

# קובץ משפטי ארץ

## דין, דיין ודיון

הרב ירון אונגר  
עורך

הרב חיים בלוך      הרב מיכאל בריס  
חברי מערכת

מכון  
משפטי ארץ  
בית מדרש גבוה להלכה ומשפט  
MISHPETEI ERETZ Institute for Halacha and Law

עפרה, תשס"ב

כל הזכויות שמורות © תשס"ב - 2002  
למכון משפטי ארץ שע"י אולפנה, עפרה

אין להעתיק ספר זה או קטעים ממנו לשימוש מסחרי  
בשום צורה ובשום אמצעי, אלקטרוני או מכני  
לרבות צילום והקלטה, ללא אישור בכתב מהמוציא

Printed in Israel

הספר מוקדש לעילוי נשמותיהם הקדושות והטהורות של כל אחינו בני ישראל די בכל אתר ואתר, אשר עלו בסערת אש השמימה במהלכה של המערכה הנוכחית (תשס"א-תשס"ב) על ארצנו הקדושה, אשר כפו אותה עלינו אנשי דמים ומרמה, המשחיתים צלם א-להים, שופכי דם נקיים.

ובייחוד, לזכר הקדושים, בני קהילת קודש עפרה ת"ו, אשר מסרו נפשם על קדושת השם:

רב סרן אריה משה לייב ב"ר יעקב הרשקוביץ, הי"ד.

אסף חיים ב"ר אריה משה לייב הרשקוביץ, הי"ד.

מרים חנה ב"ר זבולון נתן אמיתי (לבית בונה), הי"ד.

סגן פנחס ב"ר יצחק כהן, הי"ד.

ארז שלמה ב"ר יוסף רונד, הי"ד.

נעה ב"ר אריה אלון, הי"ד.

גל ב"ר יצחק אייזנמן, הי"ד.

"זכרם א-לוהינו לטובה עם שאר צדיקי עולם,

וינקום לעינינו נקמת דם עבדיו השפוף.

ככתוב בתורת משה איש הא-לוהים:

'הרנינו גוים עמו כי דם עבדיו יקום, ונקם ישיב לצריו וכיפר אדמתו עמו'"

(מתוך תפילת "אב הרחמים").

נר מצוה ותורה אור

לע"נ הקדוש סרן אברהם גביש הי"ד

בן הקדושים דוד ורחל הי"ד,

אשר תמך ועזר בקידום חזון המכון.

"ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה" (ישעיה א, כז).

## תוכן עניינים

8	הסכמות
11	דברי פתיחה
14	תקציר המאמרים
	<b>הרב מיכאל בריס - ראש מכון "משפטי ארץ"</b>
	במקום הקדמה:
21	החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה - יצירתיות אנושית וגבולותיה
	<b>הרב אברהם גיסר - רב הישוב עפרה, יו"ר הנהלת מכון "משפטי ארץ"</b>
52	אמונת עתיד - חוסן ישועות
	<b>בשער בית הדין</b>
	<b>הגאון הרב יוסף קאפח זצ"ל - דיין בית הדין הרבני הגדול</b>
69	א. הסכם פשרה שאינו על דעת בעל הדין
74	ב. הרכב חסר של בית דין, בעניינים שלא על ריב
	<b>הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג - דיין בבית הרבני הגדול וראש כולל "דעת משה"</b>
78	שבחי הפשרה
	<b>הגאון הרב אברהם שרמן - דיין בבית הדין הרבני הגדול</b>
85	סמכויות בתי הדין הרבניים לדון בענייני ממון וירושה
	<b>הגאון הרב אברהם שרמן</b>
97	מעמדו ההלכתי של בית הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין
	<b>הגאון הרב אברהם שרמן</b>
	על סמכות גדול הדור לתת הוראות לנאמני הקדש,
118	ועל סדרי דין מיוחדים בהקדשות
	<b>חקר ועיון</b>
	<b>פרופ' ברכיהו לפשיץ - ראש המכון לחקר המשפט העברי, האוניברסיטה העברית</b>
137	על הפשרה
	<b>פרופ' חנינה בן מנחם - הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית</b>
152	ענישה שלא מן הדין
	<b>ד"ר מיכאל ויגודה - ראש המחלקה למשפט העברי, משרד המשפטים</b>
164	עשיית דין עצמית
	<b>משפט התורה</b>
	<b>הרב מיכאל בריס</b>
	הגמשת סדרי הדין ההלכתיים: האם 'אופקית' או 'אנכית'?
179	עיון בשיטות התוספות והרמב"ם בסוגיות יחיד מומחה, פשרה וקבלת פסולים

	<b>הרב מיכאל בריס</b>
221	סתירת טענות וסתירת הדין : סופיות הדיון בשיטת הרמב"ם
	<b>הרב חיים יואל בלוך - ר"מ במכון משפט' ארץ</b>
241	מקורות והארות בהלכות דיינים – חושן משפט, סימנים א – ו
	<b>הרב יאיר פרנק</b>
317	כי המשפט לא-להים הוא
	<b>הרב אב"י ונגרובר והרב יהודה יפרח</b>
357	"עביד איניש דינא לנפשיה" - על העושה דין לעצמו
	<b>הרב בנימין זלצמן ור' אליהו גורפינקל</b>
387	חובת ההתייעצות לפני מתן פסק הדין
	<b>הרב ירון אונגר</b>
442	"למען תלך בדרך טובים" – על הפסיקה לפני משורת הדין במשפט התורה
	<b>הרב רענן פארן</b>
489	השלטון במדינת ישראל לאור ההלכה
	<b>הרב עדו רכניץ</b>
509	סמכות הקהל לתקן תקנות כסמכות בית דין
	<b>הרב נתן חי והרב צבי פרג</b>
525	גישור ופישור בביה"ד - פסק דין בעניין הפסקת בניה עקב עיכוב תשלומים



הספר יוצא לאור בסיועם הנדיב של:

משפחת בלומנטל – ליימן  
בית חולים לרפואת עיניים, עין טל.

הקרן לחיי קהילה עפ"י ההלכה



ע"ש ד"ר עזריאל ושושנה מרצבך ז"ל





### זלמן נחמיה גולדברג

חבר בית הדין הרבני  
ראש כולל "דעת משה" - סדיגורה

ב"ה, יום ג' תמוז תשס"ב

שמחה חמוכה היסגור לי הרקעם האשי ואלוהי דבולן  
 דציי צופרה טהור כולל ללמוד חושן משפט, משפטי אר"י  
 ודוציי ומכירי מקורג טלומסיוג שלקידה ופציון וקריקל  
 היחולוי והליסיך ולימודים זולו וכצד צלתי דלוקס  
 צפה טוב ומעיל מאג דבולטיון ספר דטמ מטכטי אהל  
 אשי כשמו כן הולו דאמת שמו מקום שייפלו דו חידושי  
 מרה ודורוכים הלכ למעלה דל הלסיך לפצת ציקרי  
 דפינים דכל הולאז טספיי היין קן מלפס הייניני  
 איהן מלפס העלועים וזיון לי ספק טספיי זה יחוב  
 למעלה געולה מאג לכולנו  
 וברקיה חזרה לברטיו מחטרתם לאור צולם  
 זכני יכפו עמטיך דמלונכר הקודש ולקפס  
 דזעפ צפרים מוזיליים

ובזאתי צל החוג  
 צלמן נחמיה גולדברג



## דברי פתיחה

'בכל דרכיך דעהו', שהיא פרשה קטנה שכוללת כל גופי תורה, שיוצאת מן הכוח אל הפועל ביחידי סגולה, נחלת הכלל היא באמת. כל שאיפת החיים וכל חפץ החיים, הקנין ותשוקותיו, העושר והכבוד, הממשלה וההתרחבות בישראל, ממקור הקודש הם נובעים. על כן, המשפטים הם קודש קדשים בישראל.

(הראי"ה קוק, אורות, ישראל ותחיתו, ג)

המכון הגבוה לתורה – "משפטי ארץ", נוסד מתוך המגמה, להעמיד תלמידי חכמים המחוברים בהווייתם ל"כל שאיפת החיים וכל חפץ החיים", המבקשים בכל מאודם להתמודד עם שאיפה זו בכלים של תורה, ובדרך זו, לחבר את החיים אל מקור הקודש.

לשם כך, נדרשים תלמידי החכמים בני זמננו להיות מצוידים בכלים מתאימים, שיהא בכוחם להפוך את משפט התורה, שלעת עתה אינו אלא נחלתם של "יחידי סגולה", ל"נחלת הכלל".

ראש וראשון לכלים אלו, הוא כלי הכתיבה. בעבר, הורו חכמינו שעל כל תלמיד חכם להיות בקי באומנות הכתיבה,<sup>1</sup> משום שרק באמצעות הכתיבה, יכול תלמיד חכם לסדר תלמודו, להנציח לימודו, ובעיקר, להנחילו לרבים. בימינו, ניתן יהיה להוסיף, שתלמיד חכם צריך להיות בעל שפה רהוטה וברורה לכל, לא רק לאותם יחידי סגולה, הרגילים בשפת בית המדרש, אלא גם לכלל הציבור.

משום כך, הציב המכון לעצמו מטרה, להביא לכך שהלומדים בו לא יסתפקו בעיון המעמיק בכל משפטי התורה תוך הבנת טעמי ההלכות, יישומן, והשלכותיהן בתקופה מודרנית, אלא גם יעלו על הכתב מחקרים תורניים. המחקרים יהיו מיוסדים על הבנה טובה ומעמיקה של "הקנין ותשוקותיו, העושר והכבוד, הממשלה וההתרחבות", שמכוחה ניתן יהיה לגלות, שאכן "המשפטים הם קודש קדשים בישראל". המחקרים יהיו פירות הלימוד, אשר יאירו את משפט התורה לעיני כל,

1. ראה: חולין ט, א.

ויציעו מענה עכשווי, ממקור הקודש, לבעיות ולהתחבטויות העומדות על סדר יומו המשפטי של עם ישראל.

מגמה גדולה וחשובה זו, ראוי לה שתקנה לה מקום של כבוד בכל בתי המדרש, ומשום כך, אין מגמת הקובץ להישאר כקובץ פנימי. בדעתנו להביא לכך שקובץ "משפטי ארץ" יהיה לבמה תורנית-מחקרית, אשר תאפשר לחוקרים ולתלמידי חכמים לפרסם בה את תורתם, להגדיל תורה ולהאדירה, בקרב כל החפצים ללמוד את משפט התורה.

הקובץ הוא תורני-מחקרי, ובכך עיקר חידושו. אין זה קובץ תורני, הנועל שעריו, מבלי משים, בפני חוקרים ואחרים, אשר אינם מבאי בית המדרש. אין זה גם קובץ מחקר, אשר לרוב, דלתותיו נעולות בפני חובשי ספסלי בית המדרש. זהו קובץ שבו נעשה ניסיון ליצור שיח בין עולמות. שיח שאינו מטשטש את הגבולות, אך מאפשר הזנה והפריה הדדית. ניתן למצוא בו פסקי דין ומאמרים של גדולי תורה, בצד מחקרים מודרניים במשפט העברי, פרי עטם של חוקרים ידועי שם.

אף מאמריהם של תלמידי המכון שונים ממאמרים מקבילים, המצויים בקבצים תורניים, הן בלשונם, והן בתוכנם. בלשונם, משתמשים הכותבים בשפה מקובלת ושגורה בפי כל, שפה שלא תסגור את הדלת בפני מי שיש לו עניין במשפט התורה, אך איתרע מזלו, ולא זכה להיות מלומדי בית המדרש. בתוכנם, עוסקים המאמרים לא רק בהצגת משפט התורה, אלא גם בהשוואתו אל המשפט הנוהג במדינת ישראל ("משפט השוואתי"), תוך בחינת הדרכים ליישומו של משפט התורה, במציאות בה אנו חיים.

מאמרים אלו נכתבו בעיצומם של לימודים אינטנסיביים לקראת מבחני הרבנות הראשית לישראל בהלכות דיינים-עדות, לימודים אשר נטלו מן הלומדים את רוב זמנם ומרצם. על כן, ברכה מיוחדת ראויה לכל אחד מן הכותבים, אשר העמיסו על גבם אף את המשימה הגדולה, לכתוב מחקר תורני ראוי ולהכינו לדפוס, ועמדו בה.

הקובץ מחולק לשלושה מדורים: "שער בית הדין", ובו מאמרים ופסקי דין של מורנו ורבותינו, דייני ישראל די בכל אתר ואתר, המשקפים את משפט התורה הלכה למעשה, תורת חיים המתבטאת מתוך פסקי הדין השונים, והפסיקה המקובלת בבתי הדין; "חקר ועיון" ובו מחקרים ומאמרים מאת טובי החוקרים בשדה המשפט העברי, הנכתבים מתוך ערנות להשקפות עולם משפטיות רווחות, והשוואת משפט התורה עמן; "משפט התורה", ובו מאמרים מעמיקים שנכתבו על ידי לומדי בית המדרש, מתוך עמל בתורה, לאסוקי שמעתתא אליבא דהלכתא.

חובה נעימה היא לנו להודות לרבנים הגאוני, הרב זלמן נחמיה גולדברג והרב אברהם שרמן, חברי בית הדין הרבני הגדול בירושלים, אשר מלבד נכונותם להעביר

שיעורים, תמידים כסדרם לתלמידי המכון, ניאותו להמציא לידינו מחידושי תורתם, על מנת שנפרסמם בקובץ זה.

ר' דוד קאפח העביר לידינו פסקי דין חשובים, מעיזבונו של אביו, הגאון רבי יוסף קאפח זצ"ל, שהנושאים שנידונו בהם, נוגעים לנושאו של קובץ זה. על כך, תודתנו נתונה לו.

פרופ' חנינה בן מנחם ופרופ' ברכיהו ליפשיץ מן המכון לחקר המשפט העברי באוניברסיטה העברית, זיכו אותנו במחקריהם החשובים אודות הענישה שלא מן הדין, והפשרה. ד"ר מיכאל ויגודה, ראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, העביר לידינו דברים שכתב בעניין עשיית דין עצמית. כולם, יבואו על הברכה.

ראש המכון, הרב מיכאל בריס שליט"א והרב חיים יואל בלוך שליט"א, ר"מ במכון "משפטי ארץ", נאותו לשמש גם כחברי מערכת, ומצאו את הזמן לעיין בכל אחד מן המאמרים, לבקר, להאיר ולהעיר במידת הצורך. דבריהם שולבו בדרך זו או אחרת, בכל אחד מן המאמרים.

תודה מיוחדת ראויה אף לר' דוד אלירז, מנהלו האדמיניסטרטיבי של מכון משפטי ארץ, העושה ימים כלילות להבטיח את הצלחת המכון, ואת קיומו של ה"לחם", שבלעדיו אין תורה.

הגברת רחל אביטל סייעה בחלק האנגלי של קובץ זה, ותודות שלוחות לה על כך.

ואחרונים חביבים, תושבי הישוב עפרה, ובראשם: הרב אברהם גיסר שליט"א וחברי מזכירות הישוב והנהלת המכון: ר' יהודה דינר, דובי דינר, ר' אלחנן גלאט, ר' חיים פלק, ור' משה בטיש, אשר ללא תמיכתם, לא היה כל המפעל קם. יהי שכרם שלם מן השמים.

ירון אונגר

עורך.

קיץ תשס"ב, עפרה

## תקציר המאמרים

### במקום הקדמה: החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה – יצירתיות אנושית וגבולותיה

שאלת ההכרה של ההלכה במעשה החקיקה במדינת ישראל, הטרידה ואף מטרידה רבים מבין פוסקי ההלכה בדורנו. מודלים הלכתיים שונים ומגוונים הוצעו, כדי להתמודד עם שאלה זו. המשותף לכולם הוא, "הכרה הלכתית ביצירתיות אנושית בכלל, ושל יצירתו של עם ישראל בפרט". ברם, בחינה מדוקדקת של הבעייתיות המתעוררת בעת הניסיון ליישם כל אחד מן המודלים, מעלה על פני השטח "דילמה קיומית אשר הציונות הדתית שרויה בתוכה גם אם אינה מודה בכך בפה מלא". על דילמה זו, השלכותיה והמסקנות העולות ממנה, מרחיב הרב מיכאל בריס, ראש מכון "משפטי ארץ", במאמר הפותח את הקובץ.

### אמונת עתיד – חוסן ישועות

הרב אברהם גיסר, רבו של הישוב עפרה, המשמש גם כראש הנהלת מכון "משפטי ארץ", מבקש להניח את התשתית הרעיונית לקיומו של המכון ולהגדרת מגמותיו, תוך בחינת משמעותו של משפט התורה כ"משפט אלוהי הארץ" ובחינת האתגרים ההלכתיים-רעיוניים העומדים בפני תלמידי חכמים בני זמננו, המבקשים לא רק להתפלל להשבת שופטינו כבראשונה, אלא אף לפעול עם א-ל, ולהשתתף בהגשמתה של התפילה, בפועל.

### הסכם פשרה שאינו על דעת בעלי הדין

הגאון, רבי יוסף קאפח שימש שנים רבות כדיין בבית הדין הרבני הגדול בירושלים. במהלך שנים אלו, הוציא מתחת ידיו פסקי דין רבים. שנים מאלו, הנוגעים להלכות דיינים, מובאים כאן. פסק הדין הראשון עוסק בביקורת על הסכם פשרה שנערך בבית דין אזורי, כאשר על פניו נראה, שההסכם מקפח את זכויותיו של אחד מבעלי הדין באורח בלתי סביר, מבלי שתהיה כל ראייה עובדתית לכך שהוא ויתר על זכויותיו. כמו כן, מתעוררת בפסק הדין שאלת תוקפה של פשרה, אשר לפי דברי אחד מן הדיינים שערכו אותה, לא קדם לה מעשה קניין.

### הרכב חסר של בית דין בעניינים שלא על ריב

פסק הדין השני, עוסק בדיון בהרכב חסר, בעניינים שלא על ריב. חשיבותו של פסק דין זה, בהיותו מסמן תחילה של גישה חדשה בפסיקת בתי הדין באשר לצורך

בהרכב מלא, בכל תנאי ומצב, גישה אשר קיבלה גיבוי אף על ידי בית המשפט העליון, ומאוחר יותר, נקבעה במסגרת תקנות הדיון משנת תשנ"ג.

### **שבחי הפשרה**

מדיניותם המוצהרת של בתי הדין בישראל היא, להימנע, ככל שהדבר ניתן, מדיון על פי דין תורה, ולהעדיף את דרך הפשרה. מדיניות זו יוצרת קשיים רבים, עליהם עמדו הלומדים במכון "משפטי ארץ", בשאלה שהופנתה אל **הגאון, רבי זלמן נחמיה גולדברג**. בתשובתו, מאריך הרב להסביר את יתרונות הדיון בדרך הפשרה, על הדיון על פי דין, תוך שהוא מציע דרך ביניים – פשרה הקרובה לדין.

### **סמכויות בתי הדין הרבניים לדון בענייני ממון וירושה**

זמן קצר ביותר לפני הבאתו של הספר לבית הדפוס, יצא מתחת ידיו של בית הדין הרבני הגדול פסק דין חשוב ביותר, אשר לו נגיעה ישירה לנושאו של ספר זה. פסק הדין, העוסק בסמכותם ההלכתית של בתי הדין הרבניים בישראל לדון בדניי ממונות. חוות הדעת המרכזית בפסק הדין, נכתבה על ידי **הגאון, רבי אברהם שרמן**, בהתבסס על מאמר שנכתב על ידו בספר הזיכרון להגאון רבי שילה רפאל זצ"ל. ייחודו של פסק הדין הוא בכך, שהוא עושה לראשונה שימוש מעשי בעקרונות שהותוו באותו מאמר, וכן, בכך שקיימת בו התמודדות מעניינת עם מקור הלכתי, שלכאורה, יש בו כדי ללמד על השפעת חוקי המדינה על סמכותם ההלכתית של בתי הדין הרבניים.

### **מעמדו ההלכתי של בית הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין**

תלונה של בית דין האזורי נגד עורך דין שביזה את הדיינים, שלא במהלך הדיון, שהופנתה אל בית הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין, עוררה שאלה מעניינת, שהופנתה אל בית הדין הרבני הגדול, בדבר מעמדו ההלכתי של בית הדין המשמעותי של לשכת עורכי הדין. האם מעמדו כשל "ערכאות של גוים", שההלכה אוסרת להתדיין בפניהם? במהלך הדיון, מרחיב **הגאון, רבי אברהם שרמן** את הדיון, אף לבתי דין במעמד דומה, כבתי דין של איגודים מקצועיים, תנועות פוליטיות, וכדומה. בשולי הדיון, נדון גם מעמדם ההלכתי של בתי המשפט האזרחיים, וחוקי הכנסת.

### **על סמכות גדול הדור לתת הוראות לנאמני הקדש, ועל סדרי דין מיוחדים בהקדשות**

ההלכה היהודית הקפידה מאז ומעולם על מה שנהוג לכנות כיום, "כללי צדק טבעי", בסדרי הדין. בכלל אלו, החובה לשמוע את טענות שני הצדדים לדיון, כאחת, והאיסור לפסוק דין שלא במעמד בעלי הדין. תקפותם של כללים אלו, בהקדשות

עלתה לדיון, עת שטענו נאמני הקדש, שפוסק הדור הורה להם לנהוג, בניגוד לפסק דינו של בית הדין האזורי להקדשות. בית הדין האזורי דחה טענות אלו, באומרו שהטוען כך, "ראוי לנדוי כדין מבזה תלמיד חכם". **הגאון, רבי אברהם שרמן** בחן את העובדות לגופן, והסיק שאמנם הורה אותו פוסק, כפי שטענו הנאמנים. אולם, לדבריו, יש לראות במעשיו של אותו פוסק, "מעשה רב", הדורש תלמוד. עקב כך, מחדש הרב, שיש מעמד מיוחד לגדול הדור, בכל הנוגע למתן הוראות לנאמני הקדש. כמו כן, מסיק הרב שסדרי הדין והדיון בענייני הקדש, שונים מסדרי הדין המקובלים בכל דיון אחר. המאמר עוסק במקורות לקביעות מחודשות אלו, ובטעמיהן.

## **פשרה**

מקובל לראות בפשרה, מעין הליך לא שיפוטי, אשר במסגרתו, מבקשים הפשרנים להציע דרך ליישוב הסכסוך, דרך שאינה חותרת בהכרח לדין אמת וצדק, אלא להשכנת שלום בין המתדיינים. במאמר זה, מבקש **פרופ' ברכיהו ליפשיץ**, כיום ראש המכון לחקר המשפט העברי באוניברסיטה העברית, להוכיח שתפיסה זו אינה נכונה. לדבריו, יש לראות בפשרה הליך שיפוטי לכל דבר, המאפשר לבעלי הדין לבחור בין התדיינות שהיא בבחינת עמידה "בפני הא-לוהים", להתדיינות שהיא בבחינת עמידה "בפני אדם".

## **ענישה שלא מן הדין**

**פרופ' חנינה בן מנחם**, לשעבר ראש המכון לחקר המשפט העברי באוניברסיטה העברית, עסק רבות בנושא הענישה שלא מן הדין במשפט העברי, בהקשרים שונים. במהלך הרצאה שנשא בפני לומדי המכון, עמד על משמעותה של הענישה שלא מן הדין, על הבדלים שבין גרסאותיה השונות של ההלכה ובין עמדתו העקרונית של התלמוד הירושלמי כלפי ענישה מסוג זה, לעמדתו העקרונית של התלמוד הבבלי. בהקשר זה, מציג פרופ' בן מנחם פרשנות שונה מזו של פרופ' אלון, תוך שהוא עומד על הבדל עקרוני בין שיטת המשפט העברי, לעומת שיטות משפט מערביות, הדוגלות בעיקרון "שלטון החוק".

## **עשיית דין עצמית**

בניגוד למקובל בכל שיטות המשפט המודרניות, ההלכה מכירה בזכותו של אדם לעשות דין לעצמו, אף כאשר עשיית הדין לא נועדה למנוע הפסד מן העושה דין לעצמו. **ד"ר מיכאל ויגודה**, ראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, מבקש במאמר זה להפנות את תשומת הלב אל פרשנותו המקורית של הגאון, רבי משה



פיינשטיין בסוגיא זו. במהלך הדיון, עוסק המחבר במשפט השוואתי בעניין זה, ובמשמעויותיה של ההלכה בעניין עשיית דין עצמית, עבור חברה בת זמננו.

### **הגמשת סדרי הדין ההלכתיים: 'אופקית' או 'אנכית'? עיון בשיטות התוספות והרמב"ם בסוגיות יחיד מומחה, פשרה וקבלת פסולים.**

סוגיות שונות בהלכות דיינים מלמדות על האפשרות העקרונית, לסטות מסדרי הדין הקבועים בהלכה, באופנים שונים. עיון בסוגיות שונות בהלכות דיינים, מגלה שתי תפישות שונות: הגמשה "אנכית" והגשמה "אופקית" של סדרי הדין, כלשונו של הרב מיכאל בריס. הגמשה 'אנכית' היא זו המתאפשרת עקב מתן סמכות מיוחדת לדיין, מכוחה הוא רשאי לדון, אף שלא לפי סדרי הדין הרגילים. הגמשה 'אופקית' היא זו שאינה מתאפשרת עקב שינוי מעמדו של הדיין, אלא עקב הסכם שבין המתדיינים. בחינת שיטתם של בעלי התוספות לעומת זו של הרמב"ם בסוגיות יחיד מומחה, פשרה וקבלת פסולים, מגלה שתי תפישות עקרוניות ומנוגדות בהקשר זה, יש בה כדי ללמד על משמעויותיהן ההלכתיות.

### **סתירת טענות וסתירת הדין: סופיות הדין בשיטת הרמב"ם**

לכאורה, אין ההלכה מכירה בעיקרון המקובל במשפט המערבי, בדבר "סופיות הדין". עמדה זו מוצאת ביטוי מובהק בדברי המשנה שבפרק השלישי של מסכת סנהדרין, הקובעת ש"כל זמן שמביא ראיה, סותר את הדין". אמנם, כאשר אמר בעל דין "אין לי ראיה", נפסק שאינו רשאי עוד להביא ראיה, על מנת לסתור את הדין. עיון בדברי ראשונים, אינו מגלה זיקה בין הלכה זו, לעיקרון בדבר סופיות הדין. אולם, טוען הרב מיכאל בריס, עיון מדוקדק בדברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין, תוך השוואת מושגים, עשוי לגלות שלדעת הרמב"ם, העיקרון של "סופיות הדין" הוא העומד בבסיסה של הלכה זו. לעמדה זו יש אף משמעות הלכתית, המוצאת לה ביטוי בדברי פוסקים מאוחרים.

### **מקורות, הערות והארות בהלכות דיינים – חושן משפט, סימנים א-ו.**

הרב חיים יואל בלוך, הופקד במהלך הלימודים במכון "משפטי ארץ" לקראת מבחני הרבנות הראשית בהלכות דיינים-עדות, על הוראת ההלכות ב"בקיאות". במסגרת תפקידו זה, הוציא מדי פעם חוברות, אשר בהן הערות, הארות ומקורות מדברי ראשונים, אחרונים וספרות השו"ת, אשר לרוב, אין הם מצויים עבור הלומד. מתוך חוברות אלו, מתפרסם כאן קובץ "קצר", על ששת הסימנים הראשונים של 'שולחן ערוך' חושן משפט, העוסקים בסמכות בתי הדין בזמן הזה, ענישה שלא מן הדין, הרכב בית הדין, עשיית דין עצמית, זמן הדיון וסך התביעה המינימאלי, המצדיק

דיון. הקובץ יוכל לשמש כלי יעיל ביותר לכל המבקשים ללמוד ולהעמיק בהלכות אלו, ולהרחיב דעת, בדבריהם של פוסקים אשר לרוב, ספריהם אינם כה מצויים.

### **כי המשפט לא-לוהים הוא**

תאור הליך הדיון בבית הדין מתואר בתורה כעמידה "לפני הא-לוהים". מה משמעות הדבר? מהן ההשלכות ההלכתיות הנובעות מכך? בשאלות אלו עוסק הרב יאיר פרנק, תוך עיון בהלכות אחדות מהלכות דיינים. במהלך הדיון, מנתח המחבר סוגיות שונות הנוגעות לסדרי הדין והדיון, ולתפקידיו של בית הדין, הדין לפי משפט התורה. בין סוגיות אלו: בית הדין כמנהיגי ציבור, התורה והמשפט הטבעי, חתירה לאמת מול פורמאליות בסדרי הדין, חסד ודין במשפט, ועוד.

### **"עביד איניש דינא לנפשיה" - על העושה דין לעצמו**

ההלכה בעניין זכותו של אדם לעשות דין לעצמו היא מן המרתקות שבהלכות דיינים. השאלות שהיא מעוררת רבות. בהן, מה הרקע להלכה? מהי משמעותה? כיצד ישפיע יישומה על החברה? האם קיימים סייגים, המגבילים את סמכותו של אדם לעשות דין לעצמו? ובעיקר, האם ראוי לשאוף ליישומה של הלכה זו, אף כיום? עם שאלות אלו ואחרות, מבקשים הרבנים אב"י ונגרובר ויהודה יפרח להתמודד, במאמרם.

### **חובת ההתייעצות לפני מתן פסק הדין**

"התוקעים עצמם לדבר הלכה" הם אלו שמכריעים דין מבלי להתייעץ עם גדולים מהם. חובת ההתייעצות לפני מתן פסק הדין היא חובה ייחודית למשפט התורה, שאין לה אה ורע בשיטות משפט אחרות, להבדיל. למרות זאת, חובה זו לא זכתה לכתיבה ולספרות נרחבת, בדברי הפוסקים. הרבנים אלי גורפינקל ובנימין זלצמן טרחו וחקרו חובה זו, תוך שהם מסתייעים רבות בספרים אשר אינם מצויים. התוצאה - מאמר מקיף ביותר, המציג את מקור החובה, טעמה, משמעותה, היקפה, ועוד.

### **"למען תלך בדרך טובים" - על הפסיקה לפנים משורת הדין**

טבעו של המשפט הוא, שהוא נוקשה, קבוע, ומנוכר לתנאי החיים המשתנים. לכן, לא אחת הוא מביא לתוצאות הסותרות את הצדק ואת רגש המוסר האנושי הטבעי. מכאן, נובע בהכרח קיומו של מתח מתמיד בין המשפט לצדק. כלי חשוב ביותר שמציע המשפט העברי, כדי ליישב את המתח ולכוון מערכת משפט שהצדק אינו זר לה, הוא הפסיקה לפנים משורת הדין. ברם, הפעלתו של כלי זה, כרוכה בבעיות לא מעטות, עליהן עומד הרב ירון אונגר, במאמרו. בחינת המקורות בעניין, מגלה דואליות. יש מקורות התומכים בפסיקה לפנים משורת הדין, ויש שדוחים אותה. הניסיון ליישב בין המקורות השונים מגלה עקרונות מנחים, בכל הנוגע לפסיקה

לפנים משורת הדין. במהלך הדיון, מתעוררות שאלות נכבדות, כגון: האם כל אדם זכאי שינהגו עמו לפנים משורת הדין? מה מעמדו של הציבור ומוסדותיו בהקשר זה? האם ניתן לפסוק לפנים משורת הדין גם בענישה? ועוד.

### השלטון במדינת ישראל, לאור ההלכה

הקמתה של מדינת ישראל, בידי אנשים אשר אינם שומרי תורה ומצוות, העמידה בפני הציבור שומר המצוות בישראל שאלה נכבדה: האם מכירה ההלכה בסמכותו של השלטון? ואם כן, מהו היסוד ההלכתי לכך? האם סמכות השלטון דומה במהותה לסמכות של מלכים מאומות העולם, בארצותיהם, שעוגנה בהלכה הידועה בעניין "דינא דמלכותא דינא"? האם סמכותו של השלטון דומה לסמכותם של מנהיגי הקהילות, על בני קהלם, או שמא, סמכות זו דומה במהותה לסמכות שהייתה מסורה בידיו של מלך ישראל? מובן שלכל אחד מן המודלים ההלכתיים הנזכרים, מאפיינים שונים, יתרונות וחסרונות. **הרב רענן פארן** מבקש לסכם את המודלים השונים, לעמוד על משמעותם והיקפם, ובעיקר, לבחון את מידת התאמתם לשלטון במדינת ישראל.

### סמכות הקהל כסמכות בית דין

ההלכה העניקה סמכויות חקיקתיות בידי בתי הדין, ואף בידי הציבור, דרך מנהיגיו. בחינה מדוקדקת של הסמכויות המיוחדות שנמסרו בידם של מנהיגי הציבור, לעומת הסמכות המסורה בידי בית הדין, מגלה דמיון מפתיע. **הרב עדו רכניץ** מבקש להוכיח, שהדמיון אינו מקרי. ייתכן ומקור הסמכות, הן של בית הדין, והן של מנהיגי הציבור, אחד הוא, והוא – הציבור.

### גישור ופישור בבית הדין:

#### פסק דין בעניין הפסקת בנייה עקב עיכוב תשלומים

הנחלת משפט התורה בקרב החברה הכללית ובקרב כל קהילה היא ממגמותיו של מכון "משפטי ארץ". בעקבות זאת, ובעידודו של ראש המכון, הוקם בעזר ה' בתחילת שנת תשס"א בישוב איתמר אשר בשומרון, בית דין לממונות, אשר חברים בו רבנים הלומדים במכון. לפנינו אם כן, פסק הדין הראשון, אשר יצא מתחת ידיו של בית דין זה, אשר בהרכבו ישבו שני תלמידי המכון, **הרב נתן חי**, רב הישוב איתמר, ו**הרב צבי פרג**, יחד עם הרב משה לין. חידוש מעניין שבפסק דין זה, אשר מן הראוי להפנות את תשומת אליו, הוא נטילת היוזמה מצד בית הדין, תוך התערבות בגוף הדיון, על מנת להגיע ליישוב הסכסוך. למעשה, בית הדין פועל לא רק כפוסק הלכה, אלא גם כמגשר בין הצדדים. הדבר נעשה בדרך מעניינת, שאינה שגרתית לרוב. אולם התוצאות מדברות בעד עצמן.



## במקום הקדמה

### החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה: יצירתיות אנושית וגבולותיה

הרב מיכאל בריס

ראש מכון משפטי ארץ

- א. מבוא / 21
- ב. מודלים שלטוניים: מלך / 24
- ג. מודלים שלטוניים-חברתיים / 38
- ד. מודלים חברתיים: מנהג, הסכמה והתנאה / 41
- ה. מסקנות / 45

#### א. מבוא

שאלת יחסה של ההלכה לחקיקה במדינת ישראל העסיקה את חכמי ההלכה מזה שנים רבות. לאמיתו של דבר היא העסיקה את חכמי התורה וההלכה שנים רבות לפני ההתעוררות הלאומית אשר הניבה פרי במדינת ישראל המודרנית. אופייה של ההלכה שהיא בוחנת מצבים עדכניים לאור מודלים הקיימים בתורה שבכתב ושבעל פה תוך בחינת האפשרות של יישום תקדימים אלה הלכה למעשה. לעתים השאלה נבחנת לאור מודלים חדשים אשר יצרו ויוצרים הפוסקים גדולי התורה במשך הדורות. בכך התורה נושמת וחיה באפו של העם היהודי - עם הנצח. הספרות אודות יחסי ההלכה ומדינה היא עשירה ורחבה, ואין בדברים דלהלן נסיון להתחרות ביוצריה או במאספיה.<sup>1</sup> אלה דנו בעיקר בשאלה הפורמלית של קליטת החקיקה על מרכיביה

1. מאמרו של א' שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", שנתון המשפט העברי טז-יז, 417 (תשנ"א), (להלן - שוחטמן), הוא יסודי ומקיף ביותר ודברינו כאן נשענים במידה רבה על עבודתו. ראה גם: הרב י' בן שחר, הרב י' הס, "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", כתר - מחקרים בכלכלה ובמשפט על-פי ההלכה א, 339 (תשנ"ו) (להלן - כתר); י' בלידשטיין, "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית", דיני ישראל יג-יד, כא (תשמ"ו - תשמ"ח); ראה גם הרב ז' קורן, "ממלכתיות ישראלית - משמעויות הלכתיות", ממלכת כהנים וגוי קדוש - מאמרים לדמותה של מדינה יהודית לנשמת דוד כהן הי"ד (מהדורה שניה, ירושלים, תשנ"ז), 181, בעיקר 200-181 (להלן - רז"ק); מכיוון אחר בוחן את הדברים ד' פרימר, "השפעת המשפט הישראלי על

השונים על ידי ההלכה. עם זאת, דומה כי עדיין קיים צורך לבחון את המודלים השונים, אשר הוצעו להכרה של ההלכה בחוקי המדינה וההסתייגויות מכך, בחינה עקרונית ורוחנית. בכך אין הדברים דלהלן אפילו דבריו של גמד על גבי ענקים, אלא של גמד הבוחן את צעדיהם של ענקים, מלמטה.

חמש הצעות על פי חמשה מודלים אנו מוצאים, לפיהם נבחנה שאלת המעמד ההלכתי של חוקי מדינת ישראל, ולכל אחת מן ההצעות קמה הסתייגות זו או אחרת. מודלים קלאסיים אלה הם: דין המלך, "דינא דמלכותא דינא", תקנות הקהל, 'ערכאות שבסוריא' ומנהג. רשימה זו משתנה מכותב לכותב, וממאסף למאסף - וחלקם אינם מסווגים יפה יחד משום ששייכים לקטגוריות שונות. כך, למשל, דינא דמלכותא הוא מעשה של חקיקה וערכאות שבסוריא מתיחס למעשה שיפוטי. מנהג יוצר חוקים אך כלל אינו 'מחוקק' פורמלי כדוגמת מלך או קהילה. אולם נעשה שימוש מעשי בחלקם של מודלים אלה בהקשרים שונים ועל ידי פוסקי הלכה מגוונים על מנת להצדיק את המצב המשפטי הרווח היום במדינת ישראל. אבקש להראות שקיים מכנה משותף ערכי-רוחני הן לקבוצת המודלים והן לקבוצת ההסתייגויות. ראיה סינופטית זו עשויה ללמדנו דבר אודות עצמנו, ואודות דילמה קיומית אשר הציונות הדתית שרויה בתוכה גם אם אינה מודה בכך בפה מלא.

הרעיון המשותף ממודלים אלה הוא הכרה הלכתית ביצירתיות אנושית בכלל, ושל יצירתו של עם ישראל בפרט. מלך מייצג את הסמכות האנושית, ומקור סמכותו הוא 'מלמטה', מהעם, לפי שיטות ראשונים מסוימות. סמכותו אינה מוגבלת רק לניהול מלכותו על פי דין תורה, אלא גם ניתנו לו סמכויות החורגות מההלכה המחייבת את האדם מן השורה - 'משפט המלך'. קהילות הן צורת ארגון חיי האדם, שהוא יוצר חברתי. חיי קהילה הן המסגרת של רוב פעולותיו של האדם, ומאפשרות את המשך קיומו. לשם כך האדם יוצר חוקים אשר יווסתו את חייו אלה, וההלכה מכירה בכך. בהעדר מערכת שיפוטית ממוסדת, רשאית הקהילה אף למנות דיינים אשר דנים לפי שכלם, וממציאים מערכת מחייבת שאינה לפי דין תורה. אולי אב לכולם הוא המנהג, אשר רק ללא סמכות פורמלית כלשהי יוצרת נורמות הלכתיות מחייבות בהקשרים מסחריים.

אולם בד בבד, ההסתייגות הקיימת כלפי כל מודל ומודל משקפת גם את גבולותיה של היצירה האנושית. אין אפשרות ליצור נורמות אלא מתוך ההלכה. האדם אינו יוצר אלא מכחו של הבורא אשר הסמיכו לכך. הצגת הדברים באופן זה מדגישה את

המשפט העברי, "מדעי היהדות" 39, 133 (תשנ"ט) (להלן - פרימר), ובמקורות שצינו כל אלה. אף ספר זה תורם את חלקו הצנוע בהקשר זה, במאמרו של הרב ר' פארן, "השלטון במדינת ישראל לאור ההלכה".

הבעייתיות של המצב המשפטי הרווח כיום במדינת ישראל. אין אפשרות להתעלם מיצירתו של עם ישראל בארצו. אין אפשרות להתכחש לסמכויות שהקב"ה העניק לכנסת ישראל כישות רוחנית ליצור נורמות 'שלא מן הדין'. אולם תנאי בסיסי למימוש סמכויות אלה היא הכרה במקור הסמכות, קרי בהלכה ובבורא שנתנה. ניתן לומר, באופן כמעט פרדוקסלי, שתנאי לגיטימיות של חריגה מן הדין הוא המחוייבות לדין. זהו מקרה פרטי לאמת רוחנית בסיסית: שתנאי לגיטימיות של יצירה בעולמו של הבורא היא ההכרה שהכל ממנו. ותנאי לכל אלה היא הענווה, כדברי מלך ישראל -

י'כי מי אני ומי עמי כי נעצ'ר כח להתנדב כזאת; כי ממך הכל, ומידך נתנו לך'.<sup>2</sup>

לפרדוקס זה משמעות מעשית מרחיקת לכת, בייחוד לציבור אשר רואה את מוסדותיה של מדינת ישראל כבעלי משמעות הלכתית ואת תקומתה כבעלת משמעות רוחנית ואף גאולית. במובנים מסויימים עבור ציבור זה אין אפשרות בלעדי חוקי המדינה. כך למשל, חלק נכבד מהמצוות המוטלות על הציבור מתקיימות רק דרך חוקי המדינה. אין אפשרות להתגייס למלחמת מצווה, לפי הגדרותיה השונות, אלא דרך מערכת שלמה של חקיקה שאינה מפורשת בסימנים שבשולחן ערוך.<sup>3</sup> אם קיים היבט 'ממלכתי' בהבעת רצון העם דרך הקלפי לעתים מזומנות, הרי שהכלי לכך - גם אם אינו כלי שלם - אף הוא הכלי של מערכת חיקוקים.<sup>4</sup> הדברים נכונים בכל תחומי החיים, הציבוריים והפרטיים גם יחד. בכל אלה המדינה, ראשית צמיחת גאולתנו, יכולה לפעול רק דרך מערכת חקיקה. מושג 'מדינה' כשלעצמו הוא למעשה מושג נורמטיבי ולא מטפיזי.<sup>5</sup> ניתן לחדד את משמעות החקיקה במדינה הדמוקרטית המודרנית ולומר כי 'אין מדינתנו מדינה אלא בחוקיה'. אולם זהו רק צל של קביעתו הידועה והצודקת של רס"ג, כי 'אין אומתנו אומה אלא בתורתיה',<sup>6</sup> שהרי 'ישראל

2. **דברי הימים א כט, יד.**
3. בין היתר: חוק יסוד: הצבא; פקודת צבא-ההגנה לישראל, תש"ח - 1948; חוק שירותי הבטחון (נוסח משולב), התשמ"ו - 1986; חוק שירות בטחון, תשי"ט - 1959 (נוסח משולב); תקנות שירותי הבטחון, תשי"י - 1949; תקנות שירותי בטחון (חובות אנשי מילואים), תשט"ז - 1956; תקנות שירות בטחון (שירות מילואים), תשכ"ד - 1964; וכל זאת מלבד חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 והחוקים הנלווים אליו.
4. ביניהם: חוק יסוד: הכנסת; חוק יסוד: הממשלה; חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (נוסח משולב), תשכ"ט - 1969; וכן הלאה מעשי חקיקה רבים.
5. אף אם למושג זה עשויות להתלוות ציפיות או משמעויות ערכיות, ראה בדברי הראי"ה קוק זצ"ל, **אורות קס**; [= **אורות הקודש ג**, קצא; **שמונה קבצים א**, פסקה קפן].
6. **אמונות ודעות** מאמר שלישי, ד"ה וכיון שהקדמתי.

ואורייתא וקוב"ה כולא חד'.<sup>7</sup> חלילה לזנוח את הצד השני של המשוואה, הדורשת מודעות למקורן של סמכויות אנוש. הקושי נוצר משום שאיזון זה אכן מופר בפועל. נמצא שחקיקה שלא על פי דין תורה הוא דבר בלתי אפשרי, גם אם היא דבר שאי אפשר בלתו. הדברים שלהלן מבקשים להדגיש קושי זה בהתאם למודלים השונים לפיהם נבחנו חוקי המדינה על פי ההלכה. בסיום נדון שוב במשמעות הרוחנית העולה מדילמה זו, ובמשמעות המעשית שיש לה ולבקשת פתרונה.

לשם הנוחות אחלק את הדיון לשלש קבוצות-על: מודלים שלטוניים, מודלים שלטוניים-חברתיים ומודלים חברתיים.

## ב. מודלים שלטוניים: מלך

### מלך ישראל

התורה הכירה ואף ציוותה בדבר שלטון מלוכה בישראל.

כי תבא אל הארץ אשר ה' א-להיך נותן לך וירשתה וישבת בה, ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבתי. שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה' א-להיך בו, מקרב אחיך תשים עליך מלך לא תוכל לתת עליך מלך אשר לא אחיך הוא.<sup>8</sup>

סמכויותיו של מלך זה נרחבות. שמואל הנביא מזהיר את ישראל מפני סמכויות אלה -

ויאמר ה' אל שמואל ... ועתה שמע בקולם אך כי העד תעיד בהם והגדת להם משפט המלך אשר ימלך עליהם.<sup>9</sup>

ושמואל אכן מבהיר לעם מה הן סמכויות המלך, בפרשה הידועה כ"פרשת המלך" - ויאמר זה יהיה משפט המלך אשר ימלך עליכם את בניכם יקח ושם לו במרכבתו ובפרשיו ורצו לפני מרכבתו. ולשום לו שרי אלפים ושרי חמשים ולחרש חרישו ולקצר קצירו ולעשות כלי מלחמתו וכלי רכבו. ואת בנותיכם יקח לרקחות ולטבחות ולאפות. ואת שדותיכם ואת כרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו. וזרעיכם וכרמיכם יעשר ונתן לסריסיו ולעבדיו. ואת

7. ראה גם: **נפש החיים** ד, יא (עמ' רכה, בהוצאת רובין, בני ברק תשמ"ט); הראי"ה קוק זצ"ל, **עין איה** ברכות כח, ב (לג); אוהב ישראל לר' יהושע העשיל מאפטא, פרשת שקלים ד"ה והנה כל הדורות מישראל: '... חד אינון', על פי זוהר ג, עג, 'דתנינן ג' דרגין אינו מתקשרין דא בדא קב"ה אורייתא וישראל', ראה הערות הר"ר מרגליות, **ניצוצי זהר**, שם, ה.

8. **דברים** יז, יד-כ.

9. **שמואל א** ח, ז ט.



עבדיכם ואת שפחותיכם ואת בחוריכם הטובים ואת חמוריכם יקח ועשה למלאכתו. צאנכם יעשר ואתם תהיו לו לעבדים.<sup>10</sup>

אף שנחלקו אמוראים אם לראות בפרק זה מקור הלכתי אם לאו -

אמר רב יהודה אמר שמואל: כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו. רב אמר: לא נאמרה פרשה זו אלא לאיים עליהם;<sup>11</sup>

נדמה כי פשוטו של מקרא מרמז כדברי האמורא שמואל, כפי שמופיע שם להלן - וידבר שמואל אל העם את משפט המלכה ויכתוב בספר וינח לפני ה'.<sup>12</sup>

וכך אכן פסק הרמב"ם, תוך מתן פרשנות לסמכויות האמורות פרשת המלך -

רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות. וקוצב לו מכס ואסור להבריח מן המכס. שיש לו לגזור שכל מי שיגנוב המכס ילקח ממנו או יהרג שנאמר 'ואתם תהיו לו לעבדים', ולהלן הוא אומר 'יהיו לך למס ועבדוך' (דברים כ, יא), **שכל האמור בפרשת מלך מלך זוכה בו.**<sup>13</sup>

במקום לשון 'היתר' שנקט שמואל, הרמב"ם מביא סמכויות אלה **כזכותו** של המלך - ובכך מדגיש את היבט הסמכות של דברים אלו. הרמב"ם הולך ומפרש את פרשת המלך להלכה - כאשר מקורו הוא בדרך כלל המקראות לבדן. פרשה זו מקבלת משמעות יתירה לפי דברי הראי"ה קוק הידועים, בהם קובע -

נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה. וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו, לענין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל... כל שמנהיג את האומה דן הוא במשפטי המלוכה, שהם כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם.<sup>14</sup>

הוא אומר, מקור הסמכות של המלך מצוי באומה ובצרכיה. המלך הוא אך המופקד על ביצוע סמכויות אלה לשם צרכיה של האומה. עקרון זה מוצא בטוי מעשי ביחס למדינת ישראל אצל תלמידו, הגאון הרב שאול ישראלי, המדגיש את כוחו של העם להסמיך את מנגנוני השלטון בישראל, ובכך, מקבלת פרשת המלך משמעות דמוקרטית -

10. שם יא-יז.

11. סנהדרין כ,ב.

12. שמואל א', כה.

13. רמב"ם מלכים ד, א.

14. שו"ת משפט כהן קמד, בעמ' שלו.

כל שהעם עצמו מסכים למנותו ע"י דרך בחירות או באיזו שהיא צורה אחרת  
בזה אין צורך לשום נביא וסנהדרין, אלא ודאי חל המינוי ויש לו תוקף ודין  
מלך, כי מכיון שהעם מסכים לשררה זו, מה לנו עוד.<sup>15</sup>

מעשה יוצא שכל המינויים הממלכתיים שיעשו בישראל בדרך של בחירות  
שבהם יכריע רוב העם יהא להם תוקף וסמכות. ומסתבר לפענ"ד שכשם  
שיכולים למנות איש אחד כראש ושופט, כמו"כ אפשר למנות מועצה שביחד  
יהיו לה הסמכויות הללו, ולפ"ז נראה כי מועצת ממשלה שתבקר בדרך של  
בחירות נכונות יהא לה סמכות בכל מה שנוגע להנהלת האומה כאותה סמכות  
שהי למלך ישראל.<sup>16</sup>

הרב ישראלי מדגיש בכך את תוקפה של הסמכת העם - אשר מייתרת אף את הצורך  
בנביא או סנהדרין כדי למנות מנהיגים ואף מלכים. את המשמעות של הסמכה זו גם  
לסטיה מן הדין הוא מפתח במקום אחר -

מכל זה נראה מוכרח שסמכות המלך אינה קבועה ועומדת בדיני התורה, וכל  
עיקרה תלויה היא במידת הסמכות שניתן לה מאת העם או באי הכח שלו  
(בישראל - הסנהדרין), בזמן המלכותו. וכל עם ועם, וגם ישראל בכלל זה,  
הרשות נתונה בידם למנות להם מלך ולמסור לו את הסמכויות שימצאו לנכון,  
על-פי תנאי החיים שלהם. ובמדה זאת שנמסרו לו הזכויות זכה בהם.<sup>17</sup>

דהיינו, אף שמוסד מלך אינו נוהג בפועל כיום במדינת ישראל, הרי שסמכויות  
ממלכתיות נוהגות, לשם נהול ענייני המדינה.<sup>18</sup>

סמכותו של מלך ישראל משתרעת על פני תחומים רבים. 'פרשת המלך' שהובאה  
להלכה בדברי הרמב"ם הנ"ל עסקה בצרכי הממלכה לרבות מסוי, גיוס, הפקעה  
ועוד. הרב קוק זצ"ל מניח במפורש כי היתה קיימת מערכת מפורטת של 'משפטי  
המלוכה' אשר לא הגיעו אלינו בשלמותם.<sup>19</sup> סמכותו של המלך היא גם במישור  
המשפטי הצרוף - שכן הוא יושב בדין, בעיקר על מנת להציל את החלשים: 'בית

15. עמוד הימיני (תל אביב תשכ"ו) ז, סד (ההדגשה שלי, מ"ב).

16. שם, סה (ההדגשה במקור, מ"ב).

17. שם ט, פג (ההדגשה במקור, מ"ב); ראה גם שם, עז-עח, והשווה בלידשטיין, לעיל הערה 1, כז-  
כט.

18. השווה רו"ק, לעיל הערה 1, 189 ובהערה 20 שם הדין בסמכויותיו של נשיא הכולל 'כל שולט  
שאינו מלך ממש', במובחן ממלך אף 'כי כל מלך הוא נשיא בהיותו עומד בראש השלטון, אך  
לא כל נשיא הוא מלך'; ראה גם כתר, לעיל הערה 1, 345 הערה 8.

19. לעיל הערה 14 קמד, בעמ' שטז: 'אלא דמלחמות והלכות ציבור שאני. ואולי הוא מכלל משפטי  
המלוכה, שהיו ודאי רבים ונמסרים באומה'.

דוד, כה אמר ה', דינו לבקר משפט והצילו גזול מיד עושק'.<sup>20</sup> וכך גם מוכיחתו אמו של למואל - הלא הוא שלמה -

'אל למלכים, למואל, אל למלכים שתו יין ... פתח פיך לאלם אל דין כל בני חלוף. פתח פיך שפט-צדק, ודין עני ואביון'.<sup>21</sup>

אולם בדינו של המלך גם קיימת הגמשה של דיני הראיות, אפילו - ואולי בייחוד - בדיני עונשין. גם כאן אנו מוצאים את נחיצות תיקונו של עולם, אשר מסמיך את המלך לפעול שלא על פי גדרי ההלכה החלים על היחיד.<sup>22</sup> תקון עולם זה מייצג את הצורך הצומח 'מלמטה', ואת ההכרה שהתורה נותנת לטיפול ייחודי בצרכים אלה.

כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה או בלא התראה אפלו בעד אחד או שונא שהרג בשגגה - יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה והורג רבים ביום אחד ותולה ומניחן תלויים ימים רבים להטיל אימה ולשבר יד רשעי עולם.<sup>23</sup>

וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבין מיתת בית דין אם רצה מלך ישראל להרגם **בדין המלכות ותקנת העולם** הרשות בידו, וכן אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות כפי מה שיראו.<sup>24</sup>

הלכה אחרונה זו מבחינה בין 'הוראת שעה' שמוקה בית דין לבין 'דין המלכות ותקנת העולם' שבסמכות המלך. ההבדל בין אלה הוא מהותי, וחשוב לעמוד עליו לצורך המשך דיוננו. בית דין לעולם פוסק לאחר מעשה. דבריו הידועים של רבי אלעזר בן יעקב אינם מרמזים על מעשה חקיקה המקדים את הסנקציה של בית הדין אשר מורה 'הוראת שעה' -

תניא רבי אליעזר בן יעקב אומר, שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים וסקלוהו. לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה,

20. ירמיה כא, יב.

21. משלי לא, ד-ט.

הערת עורך: וראה בשו"ת אבני נזר יו"ד שיב, אותיות מו, מח, שמוכיח שעיקר תפקיד המלך הוא עשיית משפט, ולא מלחמות.

22. לעיל הערה 19: 'וכל אלה ועוד כיו"ב הם שרידים שנשארו לנו ממשפטי המלוכה, שהם אינם ע"פ גדרי התורה של הלכות יחיד'.

23. לעיל הערה 13 ג, י.

24. שם הל' רוצח ב, ד.

והביאוהו לבית דין והלקוהו. לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך.<sup>25</sup>

קריאה פשוטה של הדברים מורה כי לא קדמה חקיקה - גם לא חקיקה זמנית - אשר התריעה בפני הרוכב על סוס בשבת או המטיח אשתו בפרהסיא.<sup>26</sup> סיפור המעשים מורה כי הסנקציות הוטלו על העבריינים גם ללא חקיקה או התראה מוקדמים, אחרת אין כאן 'ענישה שלא מן התורה' אלא 'חקיקה' או 'תקנה' שלא מן התורה, וזה וודאי אינו חידוש, שהרי מצוה מפורשת היא: 'לא תסור מכל אשר ירווך'.<sup>27</sup> סמך למסקנה זו ניתן למצוא גם בדברי הרמב"ם כאשר משתמש במונח 'לפי שעה' לענין המצוה לשמוע בקול נביא אומר -

אם יאמר לנו הנביא, שנודע לנו שהוא נביא, לעבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה או על מצות הרבה בין קלות בין חמורות **לפי שעה**, מצוה לשמוע לו. וכן למדנו מחכמים ראשונים מפי השמועה: בכל אם יאמר לך הנביא עבור על דברי תורה כאלוהו בהר הכרמל שמע לו חוץ מעבודת כוכבים והוא שיהיה הדבר **לפי שעה** כגון אליהו בהר הכרמל שהקריב עולה בחוץ וירושלים נבחרת לכך והמקריב בחוץ חייב כרת ומפני שהוא נביא מצוה לשמוע לו וגם בזה נאמר 'אליו תשמעון' (דברים יח, טו). ואילו שאלו את אליהו ואמרו לו: היאך נעקור מ"ש בתורה 'פן תעלה עולותיך בכל מקום' (שם יב, יג)? היה אומר: לא נאמר אלא המקריב בחוץ לעולם חייב כרת כמו שצוה משה. אבל אני אקריב היום בחוץ בדבר ה', כדי להכחיש נביאי הבעל. ועל הדרך הזאת אם צוו כל הנביאים לעבור מצוה לשמוע להם, ואם אמרו שהדבר נעקר לעולם מיתתו בחנק שהתורה אמרה 'לנו ולבנינו עד עולם' (שם כט, כח).<sup>28</sup>

הוראתו של הנביא היא לעולם מעשית, אין הנביא בא לחוקק מערכת חוקים, אף לא לשעה. כך גם הוראת השעה של בית דין אינה מעשה חקיקה קבוע אלא הוראה

25. סנהדרין מו, א.

26. אך ראה שו"ת מהרי"ק שורש קפח: "דפשיטא ופשיטא דאפילו ב"ד הגדול שבירושלים אין כח להכות ולענוש שלא מן התורה אלא היכא שבודאי יש שם קצת דררא דאיסורא כי ההיא שרכב על סוס בשבת וכן ההוא שהטיח באשתו תחת התאינה וכו' שהיו עדים בדבר אלא שלא היו ראויין לאותו עונש אם לא מכח הוראת שעה אבל בלא עדות ברורה לא". לא רק ענין של צורך בעדות יש כאן אלא צורך ב'דררא דאיסורא' והוא בא במקום חקיקה מוקדמת אף אם לא מפורשת.

27. דברים יז, י; רמב"ם ממרים א, ב.

הערת צורך: לעניין זה, השווה עם המובא להלן, במאמרו של פרופ' ח' בן מנחם, "ענישה שלא מן הדין", ליד הציון להערות 17, 18, ובדברים המובאים בהערות אלו.

28. רמב"ם יסודי התורה ט, ג.

מעשית. יש והוראה זו היא אף לאחר מעשה, דוגמת המעשים שהובאו על ידי רבי אליעזר בן יעקב, ויש והוראת השעה היא לפני מעשה, דוגמת הוראותיו של אליהו הנביא בהר הכרמל, וכדברי הרמב"ם על בית הדין הגדול -

ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו [= של בית דין שגזרו גזרה או תקנו תקנה או הנהיגו מנהג] לפי שעה אף על פי שהוא קטן מן הראשונים שלא יהו גזרות אלו חמורין מדברי תורה עצמה. שאפילו דברי תורה יש לכל בית דין לעקרו הוראת שעה. כיצד, בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה מכין ועונשין שלא כדין אבל אין קובעין הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך היא. וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים עושין לפי מה שצריכה השעה, כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו, כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה כדי שיתקיימו כולם, כדרך שאמרו חכמים הראשונים 'חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה'.<sup>29</sup>

לעומת אופן זה של 'הוראת שעה', נראה ש'דין המלכות ותקנת העולם' הם בעלי אופי של חקיקה קבועה - אף אם לא לדורות.<sup>30</sup> בעוד בית הדין מורה הוראה, המלך מוסמך לקבוע 'דין ותקנות'. עם זאת, דווקא שאלת החקיקה הקבועה היא אחת מנקודות הביקורת על השימוש ב'משפט המלך' ככלי להכרה הלכתית במערכת החוקים הקבועה של מדינת ישראל.<sup>31</sup> אף נראה שאין קושי זה ענין 'טכני' בלבד. קיימת שאלה יסודית עד היכן מגעת אפשרות הסטייה מדין תורה. האם ניתן כלל לתאר מערכת קבועה שאינה לפי דין תורה? לכך שלוש תשובות. האחת, שוללת אפשרות זו מכל וכל. האחרת, רואה בארעיות של חקיקת המלך סילוק של התחרות עם התורה הנצחית. מדברי הראי"ה זצ"ל עולה כיוון שלישי, לפיו גם משפט המלך נשאב מתוך התורה, אלא שסמכויות דרישת התורה, לפיהן שואב המלך את הכרעותיו מן התורה שבכתב, ניתנו לכל מלך ומלך. לא הדין המהותי משתנה אלא פרשנותו, באנלוגיה לתהליך דומה אצל בית הדין הגדול.<sup>32</sup> לגבי אותם 'שרידיים' שנשארו לנו ממשפטי המלוכה שהם אינם ע"פ גדרי התורה של הלכות יחיד' מבאר הרב זצ"ל -

29. רמב"ם ממרים ב, ד ומוסב על הנאמר שם בהלכה ב; האזכור הוא מיומא פה, ב.

30. אף שאין סבור כן שוחטמן, לעיל הערה 1, 425-427.

31. כתר לעיל הערה 1, 345-347; שוחטמן, שם 427, מבסס סמכות זו על דברי הרמב"ן ב'משפט החרם', וראה דבריו שם 420.

32. השווה רמב"ם ממרים ב, א.

שגם אלה יש להם מקור בתורה, אלא שדרכי הדרשה בזה נמסרו לכל מלך כבינתו הרחבה, ומשום הכי צריך שיכתוב לו שני ספרי תורה, וכל אחד לשם קדושה מיוחדת, ועל הספר תורה ששייך לכל בן ישראל נאמר 'לבלתי רום לבבו ולבלתי סור וגו'. אף-על-פי שבספר תורה דמצד המלוכה, מלך פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו.<sup>33</sup>

נמצאנו למדים, שמעבר לשאלה הפורמלית של סמכות, עומדת השאלה העקרונית של העמדת הסטייה מדין תורה 'רגיל' ומחוייבות לתורה לעצמה. שאלה זו היא גם שעומדת בבסיס שיטת הר"ן אודות היחס שבין משפט המלך לבין דין תורה.

בדבריו הידועים, משרטט הר"ן מערכת משפטית המופעלת על ידי מלך ישראל והמקבילה לדין תורה. תפקידה ומקומה של זו, לפי הר"ן -

ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשופט שישפוט בין פרטיו, שאם לא כן איש את רעהו חיים בלעו, ויהיה כללו נשחת. וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני, עד שאמר החכם 'שכת הלסטים הסכימו ביניהם היושר'. וישראל צריכים לזה כיתר האומות. ומלבד זה צריכין אליהם עוד לסיבה אחרת, והוא להעמיד חוקי התורה על תלם...

וה' ית' יחד כל אחד מהעניינים האלו לכת מיוחדת, וצוה שיתמנו השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי והוא אמרו 'ושפטו את העם משפט צדק' (דברים טז, יח), כלומר בא לבאר השופטים האלה לאיזה דבר יתמנו ובמה כחם גדול. ואמר, שתכלית מנויים הוא כדי לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי בעצמו, ואין יכלתם עבר ביותר מזה. ומפני שסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים הא-ל תיקונו במצות המלך...

ונמצא שמנוי המלכות שוה בישראל וביתר האומות שצריכים לסדור מדיני, ומנוי השופטים מיוחד וצריך יותר בישראל... כלומר שמנוי השופטים ויכלתם הוא שישפטו העם במשפטים צודקים אמיתיים בעצמם.<sup>34</sup>

הבחנה זו היא איכותית, ולא רק פונקציונלית. מטרות שתי מערכות החוקים האלה שונות.

ולפיכך אני סובר וראוי שנאמין בו, שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כל בתקון הסדור המדיני, הם סיבה עצמית קרובה לחול השפע הא-לוהי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאלו הם משותפים בין סבת חול העניין הא-להי באומתנו ותקון ענין קבוצנו...

33. לעיל הערה 19.

34. רבינו נסים בן ראובן גירונדי, דרשות הר"ן (ירושלים תשל"ז), קפט-קצ.

ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדור המדיני, ממה שימצא בקצת משפטי התורה. ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתקון הנזכר היה משלימו המלך. אבל יש לנו מעלה גדולה עליהם כי מצד שהם צודקים בעצמם רצה לומר משפט התורה כמו שאמר הכתוב 'ושפטו את העם משפט צדק', ימשך שידבק ויחול השפע הא-לוהי בנו. ומפני זה היה ראש השופטים ומבחרם עומד במקום אשר היה נראה בו השפע הא-לוהי, והוא ענין עומד אנשי כנסת הגדולה בלשכת הגזית.<sup>35</sup>

הדיון בדברי הר"ן האלה נסב לרוב בשאלת האפשרות להסתמך על 'משפט המלך' על מנת לקלוט את מערכת החוקים האזרחית כמקבילה לדין תורה, או על כל פנים כלגיטימית כאשר אין אפשרות להחיל דין תורה. כך עולה מדיונם המפורסם של הגריא"ה הרצוג והגרר"ע גרודז'נסקי.<sup>36</sup> אולם עולה מדברי הר"ן אלה קביעה לגבי שאלת היסוד שהצגנו קודם בדבר מקומה של היצירה האנושית בעולמו של הקב"ה. עם ישראל אינו מבקש להתנער מ'סדור מדיני' ותקון העולם ככל העמים, והוא אף ממנה מלך המוסמך לנהל עניינים אלה - אך לא אלה מאווייו של עם ישראל. עם ישראל מבקש 'חול הענין הא-להי'. יש לראות את מעשיו של האדם, כפי שמוצאים בטוי בסמכויות החקיקה אשר למלך, כמשרתים בקשה זו, ומשלימים את התשתית המדינית-חברתית לשם כך.<sup>37</sup> ההירארכיה בין שתי מגמות אלה עולה בבירור הן בפרשת המלך שבתורה והן בהקשר של פרשת המלך שבנביא. וכפי שמבאר הר"ן עצמו בהמשך דבריו -

ולפי שכח המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת א-להיו יבוא להפריז על המדות יותר במה שיתחייב לתקון הכלל, צוהו שיהיה ס"ת עמו תמיד, כאמרו 'והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו; למען ילמד ליראה את ה' א-להיו לשמור את כל דברי התורה הזאת' (דברים יז, יח-ט). ירצה בזה על מצות התורה בכלל, אם יבטל שום מצוה לצורך תקון זמנו לא תהיה כונתו לעבור על דברי תורה בכלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כונתו לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החוקים האלה לעשותם. שבכל מה שיוסיף או יגרע יכון כדי שחוקי התורה ומצותיה יהיו יותר נשמרים. כאשר נאמר על דרך המשל שכשיהרוג הורג נפש בלא

35. שם, קצא.

36. הגריא"ה הרצוג, חוקה לישראל על פי התורה ב (ירושלים תשמ"ט), 74-83, והערה י, שם.

37. השווה מרן הראי"ה זצ"ל, אורות, לעיל, הערה 5.

עדים והתראה, לא תהיה כונתו להראות ממשלתו לעם שהוא שליט על זה. אבל יכוין בעשותו זה כדי שמצות 'לא תרצח' תתקיים יותר ולא יפרצו עליה.<sup>38</sup> חטאו של העם אשר בקשו להם מלך סב על נקודה זו, שישראל נטו בעת ההיא יותר לתקון קבוצם המדיני... שרצו שיהיו משפטיהם נמשכים מצד המלכות לא מצד שופטי התורה.<sup>39</sup>

הדגשת מקור הסמכות של מלך ישראל בעם, כפי שהראו הראי"ה קוק והרב ישראל, מבליטה את נקודת המפגש בין כוחו של האדם לבין הצורך בענוותו. העם מרומם מי מתוכו ומסמיכו אף לחרוג מדין תורה הרגיל. אולם תנאי לכך היא ההכרה הפותחת את ספר שמואל כי ה' הוא זה ש'משפיל אף מרומם. מקים מעפר דל מאשפות ירים אביון להושיב עם נדיבים וכסא כבוד ינחילם',<sup>40</sup> וכי הוא הנותן עז, קרי בין היתר: סמכות, למלכו.

## ב. מלך מאומות העולם

אמירתו הידועה של שמואל, וביסוס הלכה זו על ידי רבא, היוו צינור עבור בית הדין הרבני של מדינת ישראל לקלוט מקצת מחוקיה של מדינת ישראל אל גדר החובה ההלכתית.

אמר שמואל: דנא דמלכותא דינא.

אמר רבא: תדע, דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עליהו.<sup>41</sup>

רבא אינו מציין טקסט כתוב לשם הוכחת הלכה זו של דינא דמלכותא. הטקסט הוא טקסט חי: 'תדע' שאנחנו פועלים על פיה של הלכה זו. אף במדינת ישראל לא מצאנו מי שיקפיד להימנע מנסיעה בדרכים אשר נסללו על אדמות פרטיות שהופקעו מבעלים חוקיים.<sup>42</sup>

38. לעיל הערה 34, רא-רב.

39. שם, קצג.

40. שמואל א ב, ז-י.

41. בבא קמא קיג, א.

42. וקדמני בזה רו"ק, לעיל הערה 1, 200: והנה עיקר הדין של דינא דמלכותא דינא כבר הזכרנו לעיל כי רבא הוכיח את אמיתותו ואמר: "תדע דקטלי דיקלי, וגשרי גישרי ועברינן עליהו". וכן היא ההלכה גם לגבי דרכים שסולל המלך, וכמו שכתב הרמב"ם (גזילה ואבידה ה, יז): "מלך שכרת אילנות של בעלי בתים, ועשה מהן גשר מותר לעבור עליו. וכן אם הרס בתים ועשאן דרך או חומה מותר להנות בה וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין". מן הדברים ברור כי אם פעולות כאלו נעשו על ידי מישהו שאין דינו דין אכן אסור לעבור בגשריו וללכת בדרכיו. והנה מדינת ישראל מפקיעה קרקעות וסוללת עליהן דרכים והכל עוברין עליהם, ואי אפשר לקיים הנהגה זו אלא אם כן מניחים שאכן מעמד מלא של מלכות יש לה למדינה...; ראה פקודת הקרקעות



משנותיה הראשונות של מדינת ישראל דנו בתי הדין באפשרות יישומו של כלל זה של 'דינא דמלכותא דינא', לרוב בענייני מקרקעין (רישום מקרקעין, הגנת הדייר) וציבוריים (מסים חוקי תכנון ובנייה) ויחסי העבודה.<sup>43</sup> הבעייתיות עולה משני מקורות: (א) מחלוקת ראשונים בדבר יישומו של כלל זה במלכות ישראל ובייחוד בארץ ישראל; (ב) דיון אודות תוכנו של הכלל.<sup>44</sup> סקירה קצרה מראה כי גם כאן השאלה העקרונית העולה לדיון אינה 'טכנית' אלא נוגעת בשאלת היסוד של מקומו של שלטון אנושי במערכת דתית.

שאלת תוקפו של הכלל דינא דמלכותא דינא במלכות ישראל נובעת ממחלוקת ראשונים בדבר הרציונל לכלל זה. בעוד סיעה אחת של ראשונים מבססת את הכלל על הסמכת העם וקבלת סמכות המלך או המלכות עליהם, סיעה אחרת רואה בכלל זה ענין 'קנייני' או שלטוני אשר אינו תלוי בהסכמת העם - ואשר אינו חל על ישראל.<sup>45</sup>

הרמב"ם סבור שכלל דינא דמלכותא דינא נגזר מהסכמה רחבה -

כללו של דבר, כל דין שיחוקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל ... במה דברים אמורים, במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים.<sup>46</sup>

כך גם הרשב"ם -

שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא.<sup>47</sup>

הדגשה מיוחדת על המשמעות של הסכמה בכלל זה, ומכאן לתפקידו המהותי של הציבור, נמצא בדברי הריטב"א -

(רכישה לצרכי צבור), 1943; חוק התכנון והבניה תשכ"ה - 1965, סעיפים 13, 26-28, 119-ב-ד,

188-196; ראה גם שוחטמן, לעיל הערה 1, 445-446.

43. ראה פרימר, לעיל הערה 1; ובהרחבה: הרב דב כ"ץ, פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים, ירושלים, תשל"ו 15-34; יש להוסיף לאמור בדבריו גם את הנאמר בשולי פסק הדין בתיק תשמ"ג 787, בבית הדין הרבני האזורי ברחובות, פד"ר יד, 42.

44. שוחטמן, לעיל הערה 1, 435; כתר 349-351.

45. ראה גם ש' שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים, תשל"ה, 59-87; ושוחטמן לעיל הערה 1, 436-437 לגבי שיטת רש"י גיטין ט, ב ד"ה חוץ מגיטי נשים (מכלל שבע מצוות בני נח), ושיטת

ר"ת ורבינו יונה (הפקר בית דין הפקר) שילה בהערה 8 שם ושוחטמן בהערה 79 שם.

46. רמב"ם גזילה ואבדה ה, יד-יח.

47. בבא בתרא נד, ב ד"ה והאמר שמואל.

והסכימו הר"י ובעלי התוספות והרמב"ן שאין אומרים דינא דמלכותא אלא בדברים שהם מחוקי המלכות הקבועים וידועים. אבל אם המלך קבע ועשה דין חדש לאו דינא [הוא] **עד שיסכימו עליו כל אנשי מלכותו**. ולהכי לא אמר שמואל דינא דמלכא דינא אלא דינא דמלכותא.<sup>49,48</sup>

המסקנה המעשית מגישה זו היא, שאין כל מניעה מלהפעיל את הכלל 'דינא דמלכותא דינא' במלך ישראל ובארץ ישראל. יתירה מזו, יש מקום להבין שהרמב"ם רואה ביסודות שתי ההלכות - דינא דמלכותא ומשפט המלך - יסוד אחד.<sup>50</sup>

גישה אחרת מתבססת על שיטה המובאת בשם בעלי התוספות, והיא רואה את מקור הסמכות של המלכות במושגי הקניין (הפאודליים?). כך ברא"ש -

והיינו טעמא דדינו דינא שהארץ שלו היא ואף הדיוט שיש לו קרקע כך דינו, שלא יהנה אדם מארצו אלא מדעתו ובקצבתו;<sup>51</sup>

וכך בר"ן, המצביע על ההשלכה לשלטון ישראל בארצו -

וכתבו התוספות דדוקא במלכי עובדי כוכבים אמר דדינא דמלכותא דינא מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם: 'אם לא תעשו מצוותי אגרש אתכם מן הארץ', אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל - כל ישראל שותפין בה.<sup>52</sup>

אולם נדמה כי הסתייגותם של ראשונים אלה, המיוצגים על ידי הר"ן, אינה פורמלית בלבד. לא רק משום שסמכויותיו של המלך נכנסות תחת כותרת של דיני קניין הסתייגו מהפעלת כלל 'דינא דמלכותא דינא' על ידי שלטון ישראלי בארצו. עולה מדברי הר"ן שלא די בהסכמה רחבה על מנת להצדיק מערכות שלטון המופעלות גם בכפייה כלפי תושבי המדינה. מושג הקניין מייצג את הסמכות שאיננה תלויה בהסכמה - ומושג זה אינו חל כלפי יהודים בארצם מפני ש'כל ישראל שותפין בה'. שלילת שני המודלים האלה בהקשר של ישראל בארצו נובעת מכך שקיים מודל אחד ויחיד לשלטון ישראל והוא דין תורה או פרשת המלך אליבא דהר"ן. הסכמה

48. **חידושי הריטב"א** שם נה, א ד"ה הני תלת מילי.

49. בכך מוסיף למעשה הריטב"א על דברי הרמב"ן בבא בתרא נה, א ד"ה אם כן בטלת: "שנראין הדברים דכי אמרינן דינא דמלכותא דינא כגון הדינין הידועין למלך בכל מלכותו שהוא וכל המלכים אשר היו לפניו הנהיגו הדברים והם כתובים בדברי הימים ובחוקי המלכים, אבל מה שהמלך עושה לפי שעה או חוק חדש שהוא עושה לקנוס העם במה שלא נהגו בימי האבות, חמסנותא דמלכא הוא ואין אנו דנין באותו הדין"; ראה גם **תוספות** בבא קמא נה, א ד"ה מברייח ארי.

50. **פר"ר** א 281, 285.

51. **פסקי הרא"ש** נדרים ג, יא.

52. **ר"ן** נדרים כח, א ד"ה במוכס העומד מאליו.

'מלמטה' אינה מבארת את סמכויות השלטון גם כלפי אומות העולם,<sup>53</sup> ואין בכוחה של 'זכות קניין' אנושית ליצור חלופה לדיני תורה הקבועים. עם זאת, קיימת פסיקה הרואה את מדינת ישראל כמקום המתאים לתחולתו של כלל זה -

דד"ד [=דדינא דמלכותא] - הוא גם וכש"כ [=וכל שכן] במלכי ישראל בא"י, ועיקרו של הדין בנוי על הנאמר בפרשת מלך.<sup>54</sup>

גם תוכנו של הכלל 'דינא דמלכותא דינא' מעלה את שאלת המפגש בין כוחו היוצר של האדם לבין מגבלותיו. גם כאן שאלות שבמדיניות משחקות תפקיד מכריע. ההגבלה התכנית העיקרית לתחולתו של כלל זה לענייננו היא הגבלתו למה שאנו מכנים 'המשפט הציבורי'.<sup>55</sup> המהר"ק משתית שיטה זו דוקא על שיקולי מדיניות שהוא רואה כמובנים מאליהם -

פשיטא דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים... אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא דא"כ בטלת כל דיני תורה ח"ו.<sup>56</sup>

קיימות דעות המכירות בתחולת כלל זה גם במשפט הפרטי כאשר קיימת 'תקנת העולם' לעשות כן.<sup>57</sup> כך, למשל, בדברי הרשב"א -

דכל שיש טעם במה שהמלך מצוה ומנהיג דבר לתקון הנהגת המדינה, יכול הוא לומר ממון שראוי להיות לזה מן הדין יהא לחבירו, ולא אמרינן בזה חמסנותא הוא ולא דינא אלא כשנוטל בלא טענת דיני המלכות... ויש כח למלך להפקיע ממון בכי הא דתקוני מדינה הם.<sup>58</sup>

אך גם בהקשרים אלה עולה תדיר הסתייגות שבמדיניות, כדברי הש"ך -

53. אף שמושג הקניין אף הוא עשוי להיות מושג הסכמי כמו מוסדות נורמטיביים אחרים, השווה שיטת הר"ן לגבי השימוש בשפה, נדרים ב,א ד"ה כל כנויי נדרים.

54. לעיל הערה 50, וכן פד"ר יז 289, 309.

55. כתר, לעיל הערה 1, 351-357; שוחטמן שם, 444-456; שילה, לעיל הערה 45, פרק חמישי.

56. שו"ת מהרי"ק שורש קפז; ראה ש"ך, להלן הערה 59; מהרי"ק מבאר גישה מרחיבה לפיה דינא דמלכותא דינא חל ב'שאר ענייני ממון', אך כוונתו כלפי שיטת ר"א ממינץ המגביל כלל זה לענייני מקרקעין, לפי הרציונל הקנייני, לעיל הערה 51, 52.

57. ראה רמ"א חו"מ שסט, ח, יא.

58. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, כב; ושם ממזג, לכאורה, הרשב"א את הטעמים שנאמרו בדינא דמלכותא: 'וכל שכן במדינות שהארץ כולה שלו ויכול הוא לעשות בה חוקים כמו שירצה, שעל מנת כן הא מחלקה להם ועל פי חקי המלך קבלוה יושביה'. אולם השווה שו"ת הרשב"א ו, רנד, שם קיימות מגבלות על כלל דינא דמלכותא דינא כדעות החולקים.

אפילו לשאר הפוסקים הסוברים דאמרינן דינא דמלכותא דינא בכל דבר, היינו דווקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלנו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל...<sup>59</sup>

גם לפי הגישה המרחיבה את סמכויות המלך מודגשת מדיניות זו -

דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאת המלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דאם כן, בטלו כל דיני ישראל.<sup>60</sup>

כאמור, בתי הדין הרבניים דנו בשאלת יישומו של כלל זה במציאות של מדינת ישראל. וכך אנו מוצאים שבתי הדין, בשנותיה הראשונות של המדינה, לא נמנעו מליישם את הכלל 'דינא דמלכותא דינא' לגבי חוקי מדינת ישראל - בתחומים מסויימים שנתפסו כתקון העולם.<sup>61</sup> ועם זאת, לא נמנעו מלסייג את יישומו של כלל 'דינא דמלכותא דינא' לאור שיקולי המדיניות הנ"ל.<sup>62</sup>

אולם לאמיתו של דבר מסתבר שאין אלה שני שיקולים נפרדים - הכרה לחוד וביקורת שבמדיניות לחוד. מבחינה ערכית דינא דמלכותא מייצג את הצורך האנושי בסדר חברתי תקין - 'תקון עולם'. ההלכה מכירה במאמציו של השלטון במתן פתרון לצורך זה. אולם מנדט זה אינו כולל את החלפת בסיס ההתייחסות הנורמטיבי. בסיס זה הוא התורה - הנורמה הבסיסית. ההלכה מקפידה שתקונים מקומיים לא יהפכו עיקר. במובן רחב יותר, זוהי חזרה על אותו איזון בין מעשיו של האדם, ומעשי חקיקה בכלל אלה, לבין עקרונות הנתונים לו בעולמו של הבורא.

לעקרון זה גם משמעות מעשית, לענין התייחסות בין סמכויות השלטון לבין יציבותה של תורה. אנו מוצאים השוואה עקרונית בין סמכויות המלך לבין סמכויותיהם של

59. ש"ך חו"מ עג, לט (על פי מהדורת מורשה להנחיל, ירושלים, תשנ"ו); שוחטמן שם, 449-450. ובכל דיונו של הש"ך מדגיש את הבעייתיות של הפנמת נורמות 'חיצוניות' לתוך מערכת ההלכה: 'היאך נלמוד מדיני גוים לבטל דין תורה, ח"ו לא תהא כזאת בישראל...'; 'היאך נלמוד מדיני גוים להכחיש דיני ישראל חלילה', 'אם כן בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני המדינה'.

60. רמ"א חו"מ שסט, יא; שוחטמן 450; וראה שם שימושו בכללי מדיניות: 'ואולם דומה שדעה כל כך קיצונית הבאה להכשיר את כל מעשה החקיקה של משטר דמוקרטי בתחום המשפט הפרטי, ולבטל כליל את תחולתו של חושן משפט בפסיקת ההלכה בעניינים אלה, היא יוצאת דופן מאוד ולא מקובלת'; והשווה דבריו שם 432 ובהערה 55 שם.

61. למשל, לעיל הערה 50 (לענין רישום בטאבו); פד"ר ה' 209, 264, 269 (לענין ערבות בנקאית); וראה בהרחבה הרב ד' כ"ץ, פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים, ירושלים תשל"ו, 15-34; שוחטמן, שם 351-454, ויש להוסיף אף פד"ר יז 289, 309 (לענין הצמדת תשלומי החזרת גזל), והשווה גם פד"ר יח, 37, 50, 53 (לענין הצמדת חוב).

62. לגבי המגבלות של כלל זה ראה גם פד"ר יז, 175, 268-270; השווה פד"ר ה' 258, 268: 'כאן שכולנו מצווים לשמור ולקיים את כל משפטי התורה, א"כ כל שטר שנעשה שלא כד"ת אין לו כל תוקף [=מצד דד"מ, מ"ב]'.  
 כל תוקף [=מצד דד"מ, מ"ב].

חז"ל להתקין תקנות, וזאת משום הדמיון העקרוני בין שני תחומים אלה. כך בדבריו של ראש ישיבת טלז, הכותב בליטא בין שתי מלחמות העולם -

והנכון בזה, דדינא דמלכותא הוא ממש כדין תקנת חכמים. דכמו שנתנה תורה כח בידי חכמים בדיני ממונות להפקיר ממונו של זה ולתתו לאחרים מדין הפקר ב"ד הפקר, הכי נמי יש כח ביד המלכות של אומות העולם לתקן במדינתם תקנות וגזרות שמוצאים לנחוץ לתקנת המלכות או לתקנת בני המדינה. ובכל זה הפקדם הפקר ומתנתם מתנה. אבל היינו דוקא במקום שבעיקר הדין אינם קובעים חוקים בנגוד לדיני התורה, הינו שהם בעצמם מכירים כי בעיקר הדין הוא ממונו של זה ששייך לו מדין תורה, אלא שמשום תקנה או גזרה תקנו תקנה לשנות מעיקר הדין; אבל היכא דהמלכות אינה מכירה בדין בעלות זו מעיקר הדין וקובעת חוקים שהם בנגוד לדין תורה, בזה מי מצינו הפקר ב"ד הפקר, דמעולם לא נתן כח ביד חכמים לחלוק ח"ו על דיני התורה, וכמו כן אין כח ביד המלכות לשנות מדין תורה.<sup>63</sup>

השוואה זו בין חז"ל לבין מלך מאומות העולם היא מאלפת, ואף חדשנית. לגבי שני גופים מחוקקים אלה קיימת משמעות תודעתית למעשה החקיקה, לא בבחינת 'כוונת המחוקק' אלא בבחינת תודעתו העצמית בשעת החקיקה. בנוסף, שיקולי המדיניות שבשאלת תקיפותם של חוקים מוצגים כפן אחר של שאלת היקף סמכותו של המחוקק. זאת ועוד, המיון זה מחדד את האוניברסליות של שאלת התייחסות בין מעשי החקיקה של האדם מול מרכזיותה וקביעותה של החקיקה שבתורה. הרב ישראלי אכן מעלה את ההבחנה המעשית לרמה עקרונית -

על כן נראה, שעיקר ההבדל הוא במהות המשפטים והחוקים. ישנם דברים ובעיות משפטיות שעיקרם בהכרעת השכל, ומטרת החוק בזה הוא למצות את מדת האמת והצדק, ולקבוע כן את החוק. עניינים אלה אין לפעול בהם בדרך של הוצאת פקודות, אלא בדרך הכרעה שכלית, ע"כ עניינים אלה מסורים להכרעת חכמי המשפט הבקיאיים בדבר, ועל פיהם יקום החוק. וישנם חוקים שכל עיקרם אינם אלא תקנות קבועות, שלא שייך בהם הכרעה שכלית, אלא קביעת נוהג וחוק בהתאם ליסודות הכליים של הצדק....

והבחנה זו בין דברים שעיקרם בהכרעה שכלית לבין דברים שעיקרם בחינת התיקון שיש מזה לעולם, היא הקובעת את ההבדל בין דין ערכאות לבין דין המלכות. כל מה שתלוי בהכרעה שכלית כלול במשפט ערכאות, שהם הם חכמי המשפט של אוה"ע, ובזה אין ד"ד כלל, כי במה שנוגע להכרעת השכל

63. רבי יוסף יהודה ליב בלאך, תשובה בענין דינא דמלכותא דינא "שיעורי הלכה (מהדורה שניה, בני ברק, תשנ"ה) עמ' נז.

יש לנו חכמת התורה והכרעתה והכרע חז"ל, ומהם לא נזוז. אולם בדברים שעיקרם מיסוד תקנתי לתיקון העולם זה שייך מטבעו למלכות, שעליה לשקוד לתיקון אזרחיה, ובזה דינא דמלכותא דינא.<sup>64</sup>

שיקולי מדיניות אלה, והשאלות העקרוניות שהן מייצגות אינם בתחומי הבלעדי של השלטון אלא עולים גם בהקשרים חברתיים - בין אם בלבוש של חקיקה פורמלית ובין בתהליכים נורמטיביים של הפועלים בחברה בצורה לא פורמלית, כפי שנראה להלן.

## ג. מודלים שלטוניים-חברתיים

### תקנות קהל

שלטון ונהול ענייני הכלל אינם באחריותו הבלעדית של המלך. לקהילות ולתתיי-קבוצות בתוך הקהילות היהודיות סמכות להתקין תקנות ואף לענוש על פי תקנות אלה. יש שראו במודל זה מקור לסמכות חקיקה 'אזרחית' במדינת ישראל, גם בהעדר מלכות פורמלית.<sup>65</sup>

תנו רבנן... ורשאים בני העיר להתנות על המידות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן [רש"י: "לקנוס את העובר על קיצת דבריהם ולהסיעם מדת דין תורה"].<sup>66</sup>

64. לעיל הערה 15, סימן ח, עמ' עד (ההדגשות במקור, מ"ב). אם כוונתו של הרב היא להבחין בין עקרונות משפטיים לבין צרכי השעה, הרי שיש להכשיר חוקים אשר מטרתם 'תיקון העולם' לעומת עקרונות משפטיים כלליים אשר נקלטו ממקורות זרים. לדוגמא: חוק החוזים האחידים, התשמ"ג - 1982 לעומת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970. אולם קשה מבחינה מעשית ועיונית גם יחד להפריד בין מכלול חוקים אלה שהרי הם שלובים זה בזה. ראה פסקי דינים של הגר"א שרמן והגר"ש דייכובסקי, **תחומין** 148-166; ופסק דינים של הגר"י אליעזרוב, הגר"מ אלחדד, והגר"ש דייכובסקי, **תחומין** ד 361-381. ומה לגבי חוקים כמו התיישנות המורכבים מיסודות שונים? ראה הגר"ב צ"מ"ח עזיאל זצ"ל, **משפטי עזיאל** ג, ירושלים ת"ש (מהד' מחודשת ירושלים, תש"ס) קלא, קלז: 'בכל זאת אי אפשר לקבל חק זה כהלכה פסוקה ומוסכמת, לפי שדין ישראל מחייב את הדיין לדון דין אמת לאמתו ... שתורת ישראל מחייבת את כל אדם להיות רודף צדקה ושמפט כדכתיב צדק צדק תרדוף למען תחיה וירשת את הארץ'; השווה ב"ב נה, א ורשב"ם שם ד"ה דאריסא דפרסאי, וקצוה"ח חו"מ קמ, ס"ק ב.

65. מ' אלון, **המשפט העברי המשפט העברי, תולדותיו מקורותיו עקרונותיו** (ירושלים, תשנ"ח), כרך א, עמ' 564 (להלן: **המשפט העברי**); **שוחטמן** לעיל הערה 1, 460-495 דן בהרחבה במודל זה ועל הקשיים ההלכתיים ביישומם במציאות של מדינת ישראל כיום.

66. **בבא בתרא** ח, ב.

אולם אף כאן קיימת מגבלה מרכזית, המצביעה על שיקולי מדיניות כפי שראינו עד כה:

הנהו טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה. אזל חד מינייהו עבד ביומא דחבריה. קרעו למשכיה. אתו לקמיה דרבא, חייבינהו רבא לשלומי. איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא: 'ולהסיע על קיצתן!' לא אהדר ליה רבא. אמר רב פפא: שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי - הני מילי היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמינייהו דמתנו.<sup>67</sup>

הגבלה זו מצטרפת לקודמותיה לפי אותו עקרון שבמדיניות. הדרישה להסכמת 'אדם חשוב' אינה פורמלית. היא מייצגת את עובדת כפיפותן של אמנות חברתיות בפני עקרונות שאינם צומחים מהחברה אלא מאמיתה של תורה. לחברה סמכות בפני עצמה רק למלאות ואקום, ולא ליצור מערכת נורמטיבית מתחרה. הגבלות אחרות, כגון זהותם של מקבלי ההחלטות וכדומה נגזרות אף הן משיקולים דומים.

#### מערכות שיפוט ('ערכאות שבסוריא')

אף כאן מצוי מנגנון מעין-שלטוני הבא לענות על חסר במיומנות מוסדות קיימים. הגמרא מבארת מצב (לשיטת רבנן) לפיו הדיוטות - הפסולים לדון משום שאינם יודעים דין תורה - משמשים בפועל כדיינים, ואין אפשרות לאחד הצדדים להתנגד. זאת, חרף האיסור למנות 'דיין שאינו הגון'.

אמר רבי יוחנן: בערכאות שבסוריא...<sup>68</sup>

מודל זה מיושם על ידי הפוסקים למקומות הרחוקים ממרכזי תורה. כך אנו מוצאים בדברי הרשב"א, המדגיש גם את הבעייתיות של מנוי דיינים שלא כהלכה -

שאלת הודיעני מה שאמרו 'כל המעמיד דיין שאינו הגון כאלו נוטע אשרה',<sup>69</sup> כיצד נעשה בעיירות שאין שם מי שיודע אפילו אות אחת ואנו צריכין לדון ולפשר על כרחן של [בעלי] דבר ואם לא נעמיד נמצאו הולכין לערכאות של נכרים ורבו האנסין...

שורת הדין אי אפשר להעמיד דיינין שאינן מומחין של מדעת בעלי הדין, אלא שהמומחין לבית דין שבעיר יכולין לכופף בעל הדין לדון לפנייהם כל (שכן)

67. שם ט, א; רמב"ם מכירה יד, יא: 'במה דברים אמורים במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה, אבל אם יש בה חכם חשוב אין תנאי שלהן מועיל כלום, ואינן יכולין לענוש ולהפסיד על מי שלא קיבל מן התנאי אלא אם כן התנה עמהם ועשו מדעת החכם'.

68. סנהדרין כג, א.

69. שם ז, ב.

[שאינן] גדולים מהם בחכמה בעיר, והוא שבקיאין בדינין, על כן צריכים אתם למנותם לדעת אנשי העיר, אף על פי שאינן בקיאין **שהכל לפי השעה וכל מעשיך יהיו לשם שמים**. ואם קבלום עליהם אנשי העיר מותר ואין אחד מהם יכול לפסלן דהיינו ערכאות שבסוריא.<sup>70</sup>

ובעקבותיו ברמ"א -

עירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים או שכולם עמי הארץ וצריכים להם דיינים שלא ילכו בפני ערכאות של גויים ממנים הטובים והחכמים שבהם אע"פ שאינם ראויים לדיינים.<sup>71</sup>

הרשב"א הדגיש שני מרכיבים המבארים את סמכותו ותפקידו של בית דין זה של 'ערכאות שבסוריא'. האחד הוא קבלת הצדדים, וכמוה ככל קבלת דיינים פסולים בדיני ממונות. כאן קבלת הקהילה מחייבת את כל אזרחיה, והיא מהווה תחליף לקבלה פורמלית של הצדדים עצמם, 'ואין אחד מהם יכול לפסלן'. המרכיב האחר מובלע בדברי השואל, ומוצא בטוי מפורש בפסקו של הרמ"א, והוא מייצג את שקולי המדיניות של הצורך במניעת התבוללות משפטית 'שלא ילכו בפני ערכאות של גוים'. משום כך מיזג הרשב"א בדבריו את צרכי השעה עם מרכיב הכוונה: 'שהכל לפי השעה וכל מעשיך יהיו לשם שמים'. אולם שאלות שבמדיניות חורגות גם מעבר למרכיבים אלה ותוחמות גם את אופן פעולתם של ערכאות שבסוריא, לפי דעות מסוימות. בשאלת הנורמות המופעלות על ידי ערכאות אלה אנו מוצאים בדברי המאירי הרחבת היריעה -

בערכאות שבסוריא - שלא היו בקיאין בדין תורה, אלא שדנין לאומד הדעת ובחוקים ונימוסים.<sup>72</sup>

בצינו 'נימוסים', קרי נומוס - מערכת נורמטיבית קיימת (חוק) - לכאורה מצביע המאירי על אמוץ הסדרים הקיימים אצל האומות כאשר יש בכחם של הסדרים אלה לקיים את הקהילה היהודית באשר היא גם כשאין היא מכירה דין תורה.<sup>73</sup> אולם

70. שו"ת הרשב"א ב, רצ; ראה גם שם א, תשכט: 'שהציבור יכולין למנות עליהם ב"ד אף על פי שאינן ראוי מדין תורה כערכאות בסוריא', ע"ע שם ג, תשכט. ראה גם חידושים המיוחסים לר"ן סנהדרין כג, א: 'מ ערכאות שבסוריא הם הדיינים שאין יודעין דין תורה אלא שהם ממונים באותן המקומות שאינן בני תורה כפי אומד דעתם ... ולי נראה לקיים זה הפירוש ... משום דכיון דמייירי במקומות שאינן בני תורה כל בני העיר קבלו על עצמן כל אותן שנתמנו להיות ערכיים [=לשמש כערכאות שיפוט, מ"ב] שלא יוכלו לפסלן, ומשום הכי קאמרי רבנן לא כל הימנו לפסול דין שהמחזהו רבים עליהם ואף על גב דלא גמירי דינא דאורייתא ...'.

71. רמ"א חו"מ ח, א; כב, א.

72. מאירי, בית הבחירה, סנהדרין כג, א.

73. כך הביין מ' אלון, המשפט העברי, שם, עמ' 22-23, ובהערה 80, שם.



ידועים דברי החזון אי"ש היוצא נגד גישה כזו, ובייחוד בהשלכות המעשיות שלה במדינת ישראל -

ואע"ג דליכא ביניהם דיין שידין ע"פ משפטי התורה ומוכרחים להימנות בעל שכל מוסרי האדם, אינם רשאים לקבל עליהם חוקי העמים או לחוקק חוקים, שהשופט כל דין שלפניו לפי הנראה אליו זהו בכלל פשרה ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים, אבל אם יסכימו על חוקים הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר 'אשר תשים לפניהם' - ולא לפני הדיוטות ... ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים, ובין ישראל ששופט ע"פ חוקים בדויים, ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי ההבל, ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא ומרימים יד בתורת משה.<sup>74</sup>

אף כאן אין שיקולי המדיניות 'חיצוניים' לשיקול המשפטי הפורמלי. מעבר לשיקולי סדר חברתי, תפקידם של 'ערכאות שבסורא' הוא בראש ובראשונה תקפיד תרבותי-רוחני. על מנת למנוע 'התבוללות משפטית' על ידי הליכה לערכאות של נכרים, הסמיכו חז"ל את הקהילות לייסד בתי דין אשר ישמרו את ההתדיינות בפני יהודית ובפני התרבות היהודית, אף אם יטעו לפי הדין ההלכתי. אמוץ מערכת נורמטיבית זרה חוטאת למטרה זו, ולכן אינה כלולה בהסמכתם של חז"ל. אף כאן ניתן לראות את שיקולי המדיניות האלה כחורגים מהתחום המשפטי, וכמייצגים את המורכבות הדתית הקיימת במעשיו של האדם - המוסמך לפעול גם כשאינו יודע דין תורה, אך חייב לשמר את נאמנותו לאותה מערכת שאינו יודע אותה. הוא חייב להכיר בה גם אם אינו מכיר אותה.

#### ד. מודלים חברתיים: מנהג, הסכמה והתנאה

השאלה התרבותית-תורנית שעלתה עד כה עולה שוב בהקשרים שאינם נתפסים כ'דתיים' מובהקים, ואדרבה, ניתן בהם חופש פעולה רחב לחברה לייצר נורמות חדשות. תחום זה מבטא יותר מכל את האפשרות היצירתית של האדם בתחום המשפט. כל שני בני אדם הופכים להיות, במידה רבה, 'מחוקקים' בכך שהם מעצבים את הנורמות הספציפיות החלות עליהם. הכלל הבסיסי בדיני ממונות הוא כי כל 'דבר שבממון תנאו קיים'.<sup>75</sup> דהיינו, הם מעצבים את מערכת החיובים והקניינים שהם מבקשים שתחולנה עליהם. בדומה לכך 'המנהג מבטל את ההלכה'.<sup>76</sup> דוגמה

74. חזון איש, סנהדרין טו, ד.

75. כתובות נו, א.

76. ירושלמי בבא מציעא ז, א, בשם רב השעיא, ושם: 'א"ר אימי כל המוציא מחבירו עליו האיה

מובהקת למנהג היוצר צורת קניין שאין מקורה במקראות או בתקנות חז"ל היא הסיטומתא -

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הילכתא? ... והלכתא לקבולי עליה במי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש קנו.<sup>77</sup>

תחום אחר בו ציינו חז"ל במפורש את תקפה של המנהג הוא תחום דיני העבודה - השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב - מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן. מקום שנהגו לזון יזון לפק במתיקה יספק במתיקה - הכל כמנהג המדינה.<sup>78</sup>

ואף על פי כן קיימת דעה המגבילה של מנהגים - אף בענייני ממונות, כאשר אין מקורות של המנהג בחכמי ההלכה, או על כל פנים במעין חקיקה קהילתית.<sup>79</sup> וכדברי אור זרוע -

והילכך איתבריר לן דהולכין אחר המנהג לענין דיני ממונות והבא לשנות המנהג וטוען שהתנה בענין אחר ולא כמו שהמנהג נוהג עליו להביא ראייה. מיהו נראה בעיני וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום כדאמר' במסכת סופרים בפ' מפסיקין בברכות שאין הלכה נקבעת אלא עד שיהא מנהג. וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג וותיקין. אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. הא למדת שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותקים וחכמי הדור.<sup>80</sup>

אולם הדגשת גבולותיהם של ההתנאה, ההסכמה והמנהג, נמצא, בהקשר של אמוץ מערכות נורמטיביות זרות. בתשובה מפורסמת קובע הרשב"א שאף כאשר אין פגם פורמלי כלשהו מכח גורמים אלו - ואף מכח דינא דמלכותא - עדין מנועים הצדדים מלהתנות, בפירוש או מכללא, לאמץ מערכת דנים זרה, אף אם המנהג הוא כמו אותה מערכת דינים.

עליו להביא ראייה חוץ מזו; השווה סופרים יד, יח: 'ונהגו העם כך שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג ותיקין אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה'.

77. בבא מציעא עד, א.

78. שם פג, א.

79. רשב"א בבא בתרא קמ"ב, ד"ה הא דאמרינן; שו"ת הרי"ף יג: 'עיקר המנהג שעושים על פיו והוא שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל ויתקנו תקנה כמה שיתקנו ויקיימו אותה זהו המנהג'.

80. פסקי בבא מציעא רפ; השווה הגהות אשר"י לרא"ש בבא מציעא ז, א; דברי ר"ת בתוספות, בבא בתרא ב, ד"ה בגויל.

מעשה היה בפירפנייאן בראובן שהשיא את בתו לאה לשמעון והכניס לו עמה סך ממון בנדוניא וילדה לו בת ואח"כ מתה לאה ואחר זמן מתה ג"כ הבת שילדה לו ועכשיו עמד ראובן ותבע בדיני הגויים שיחזיר לו אותו ממון הנדוניא שהכניס לו עם לאה בתו. ואעפ"י שהבעל יורש את אשתו והאב את בתו בדיני ישראל טוען ואומר שאין לחוש לירושת הבעל כיון שהכל יודעי' שהם הולכים בדיני הגויים והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן. וכמ"ש 'גמלי דערביא אשה גובה פורנא מהם'<sup>81</sup> לפי שאסמכתין עליהם ואע"פ שאין כתובה נגבית מן המטלטלין. ועוד סמכו הגאונים ז"ל ותקנו שיהא כל בע"ח גובה מטלטלין דיתמי. ועל ירושת האב בנכסי הבת טוען שהמלך חקק בנימוסיו שכל שימות הולד תוך זמן ידוע שיהא מה שיש לו מצד האם ליורשי האם ודינא דמלכותא דינא.<sup>82</sup>

ראוי לשים לב לטענות התובע, מכיון שקיים בדבריו שילוב של גורמים 'חוצ' הלכתיים' כביכול, אשר הזכרנו עד כה: ראשית, מכיון ש'הכל יודעים שהם הולכים בדיני ממונות' יש כאן תנאי מכללא - 'כאילו התנה כן', ואף שאין השואל מזכיר את ענין המנהג, הרשב"א יציין זאת בתשובתו. הסתמכות כזו משפיעה גם ללא התנאה מפורשת, כשם שנשתנו סדרי גביית חובות משום הציפיות הסבירות של הנושים ביחס 'לגמלא דערביא'. אף דינא דמלכותא הוזכר כבסיס לתביעה. יש לציין שתוכנה של תביעה זו - שאבי הכלה מבקש את החזר הנדוניא מאחר ובתו מתה, הוא נשוא של תקנה של רבינו תם, אם האשה מתה תוך שנה מהנישואין, ואף ביקש רבינו תם לפרש כך את סוגיית התלמוד.<sup>83</sup> הרשב"א עצמו מצדד באפשרות התנאה ואף מוסיף את האפשרות שתנאי זה יוסק על דרך הפרשנות לפי אומד דעתם הסביר של הצדדים: 'דרישת [לשון] הדיוט'.

תשובה כל דבר שבממון תנאו קיים ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה וכד<sup>84</sup> אמרי' בירושלמי הני דכתבין אין מיתת בלא בניס תהדיר מוהרא לבי נשא תנאי ממון וקיים. ומוסיף אני על זה שבכ"מ שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפי' הנושאים שם סתם גובין מהם אם מתה בלא בניס שכל הנושא סתם ע"ד הנהגה שם בישראל נושא וזהו שקראוהו בפ' המקבל דרישת הדיוט.<sup>85</sup>

ושנויים בגביית כתובה לעתים מוצדקים בתור תקנה -

81. כתובות סז, א.

82. שו"ת הרשב"א ו, רנד.

83. תוספות כתובות מז, ב ד"ה כתב לה; מרדכי, כתובות קנה.

84. כתבות ט, א.

85. על פי בבא מציעא קד, א.

וגדולה מזו אמרו שב"ד מתני' לעקור ד"ת וסמכו על מה שאמרה תורה אשר ירוך וכ"ש למגדר מילתא.

אולם התנגדותו החריפה של הרשב"א כאן נובעת משיקולי מדיניות.

ומ"מ לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נ"ל שאסור לפי שהוא מחקה את הגויים וזהו שהזהירה תורה לפנייהם ולא לפני גויים ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגויים ודיניהם ולא עוד אלא אפי' לעמוד לפנייהם לדין אפי' בדבר שדיניהם כדין ישראל. ע"כ אנו פה תמהים מקום המשפט בעיניכם מקום תורה ויתרון דעת איך נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו. ומה ממון יתהנה לירש שלא כתורתנו?...

אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה. וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלת האב על הבנים וסומך על משענת קנה הרצוץ הזה ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף והתורה מידו תבקש ומרבה הונו בזה בפועל כפיו נוקש ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזולין הוא וגזלה ישיב. וחס ליה דאפי' גזלה ישיב רשע מיקרי כדאיתא בפ' הכונס<sup>86</sup> (דף ס' ע"ב). ואם נאמר כן בטלה ירושת בנו הבכור דכל הנחלות ותירש הבת עם הבנים. ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלואות בבית מדרסי הגויים חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמא תחגור התורה עליה שק.<sup>87</sup>

דומה שאין שיקולי מדיניות אלה של הרשב"א 'חיצוניים' לעקרונות ההלכתיים אותם מביא. אדרבה, הרשב"א משרטט כאן את התיחום שביין הסמכות האנושית ליצור נורמות חדשות, בין בצורה שלטונית (דינא דמלכותא בין בצורה חברתית (מנהג המקום ובין בצורה פרטית (מתנה על דבר שבממון). אין בכל אלה כדי להכשיר יצירת תחליף לנורמה הבסיסית, והיא הציות לתורה. רק נאמנות ומחוייבות לתורה

86. בבא קמא ס, ב.

87. כנגד שיקולי 'דינא דמלכותא דינא' מצדד הרשב"א כאן בעקרון המגביל את תכנון של כלל זה: 'וכך ראיתי שאין הדברים אמורים אלא במה שהוא נעשה בדיני המלכות שכל עם ועם יש לו חקים ידועים בדיני המלכות ודינא דמלכותא אמרו דינא דמלכא לא אמרו וכל מה שאינו מחקי המלוכה אעפ"י שיאמר עכשיו המלך כן אינו דין וכן הסכימו הראשונים ז"ל. וכן אינו דין אלא במה שיש לו למלך תועלת'. והשוה דבריו שהובאו לעיל הערה 58; שמא כאן צידד בשיטה זו משום אותם שיקולי מדיניות לפיהם דחה את ההתנאה בדבר שבממון.

מאפשרות את החריגה מהוראותיה הספציפיות בהקשרים שונים, דוגמת דיני ממונות. יש גם מי שהדגיש בדברי הרשב"א בעיקר את ההיבט הלאומי.<sup>88</sup> אולם לדברינו שש כאן ראייה כוללת יותר - הדנה במקומו של האדם בעולמו הנורמטיבי של הבורא. אין כאן 'חריגים' לכללים טכניים משום שיקולי מדיניות, אלא שרטוט התוואי של סמכויותיו של האדם.<sup>89</sup>

## ה. מסקנות

ראינו את מערך הכלים שההלכה הפקידה בידי החברה והפרט במטרה לנהל את אורחות החיים בישראל. הן המלך והן הקהילה רשאים לסטות מגדרה של ההלכה על מנת לענות לצרכים חברתיים - לשם 'תיקון עולם', לשם ניהול המדינה ועוד. מקורות הסמכות של אלה עשויים לבוא ממקורות שונים - אף שקיימת גישה הרואה את מקור הסמכות של מלך בקבלת העם. כמו כן ניתנו סמכויות לערכאות שיפוטיות לדון גם שלא לפי ההלכה ואף בחוסר ידיעתה, בתנאים חברתיים מסוימים. אולי בנין אב לכולם הוא המנהג, אשר בכוחו לסטות מהדין בנסיבות מסוימות, וליצור מערכת נורמות שאין מקורה הלכתי אלא חברתי בגושפנקא הלכתית. עם זאת, מצאנו סייגי תחולה לכל אלה. קיימת מחלוקת אם הכלל 'דינא דמלכותא דינא' חל במלך ישראל או בארץ ישראל וכוחו עשוי להיות מגובל גם מבחינת התוכן לעניינים שבמשפט הציבורי או על כל פנים לתקנות חברתיות במשפט הפרטי; כוחו של מלך ישראל מוגבל כפי שעולה מדברי התורה והנביאים כמו החוב לכתוב ספר תורה שילוה את כל מעשיו וכן מפרשת אחאב וממקורות נוספים, תוקפן של תקנות הקהילות מותנית בהתייעצות עם 'אדם חשוב'; ערכאות שבסוריא אינם רשאים לאמץ 'נומוס' זר, ואף אין בכוחו של המנהג או התנאת הצדדים לאמץ מערכת זרה שכזו. אולם שתי המערכות - של כללי הסטייה ושל החריגים לה - עניין אחד להם. סטייה מהדין

88. בלידשטיין, לעיל הערה 1, מא-מב: "הרשב"א הוסיף אפוא מימד חדש ודין לדיון. לא התוכן קובע, לדעתו, אלא הכוונה. וההשלכה: חברה יהודית רשית לאמץ, בענייני ממון, נורמות הידועות לה מהעולם הסובב, אך אין היא רשאית לאמץ נורמות אלה מתוך מגמה עקרונית להתכחש לדין התורני. רשב"א אכן קובע ש'לפניהם ולא לפני נוכרים' חל לא על הפנייה לערכאות של גויים בלבד, אלא אף על אימוץ הדין הנוכרי. ברם הוא נשאר נאמן למשמעות המקורית של האיסור, שבא למנוע זיקת היהודי למערכת הנוכרית, כיון שהוא פוסל קליטת הדין הנוכרי מתוך נהירה אחרי מוצאו אך לא מתוך סגולותיו הענייניות". לדברינו, ובייחוד אם נראה את דברי החזון איש לעיל, הערה 74 כהמשך 'טבעי' לתושבה זו, הרי שלא חשש הנהירה בלבד עומד לעיני הרשב"א אלא אף החשש מיוהרתו של האדם - אשר אינו רשאי לנטוש את התורה לייצר לעצמו חלופות נורמטיביות.

89. השווה **באור הגר"א** חו"מ כו, א (על פי תנחומא תחילת פרשת משפטים): 'שכל מי שמניח דיני ישראל והולך לפני עכו"ם כפר תחילה בהקב"ה ואח"כ כפר בתורה'.

ה'רגיל' מייצגת את הכרת התורה בסמכותם של בני אדם להתוות את דרך חייהם, ובצורך שלהם להתמודד עם צרכי השעה 'ותקנת העולם'. זהו מהלך 'מלמטה למעלה'. אולם המשותף לכל החריגים הוא התייחסותם של סמכות זו בכך שאין האדם 'חפשי' מעולה של תורה. סמכותו נובעת מהתורה עצמה ולכן תנאי לסטייה היא הכרה בסמכות העל של ההלכה עצמה. מבחינה מעשית נראה שיש כאן מעין פרדוקס: ככל שהאדם מבקש לעצמו חופש פעולה כערך בפני עצמו, כך הוא מתרחק מחרות זו מבחינת הלגיטימיות ההלכתית. ככל שהוא מקבל על עצמו את עולה של תורה, כך סמכותו לסטות מהדין הקבוע בדני ממונות ובמשפט הציבורי גדלה.

התורה אינה רואה 'מאבק' בין כח היצירה של האדם לבין בוראו. אדרבה, כנגד ההנחה הפרומתיאנית הזו, אשר הנחתה את תרבות המערב למרוד בא-להות ככל שגדל כוחה, כשם שמרדו בוני מגדל בבל אשר בקשו קצוץ בנטיעות, מלמדים אותנו חז"ל שמקור כוחו של האדם הוא ברצון הא-להי עצמו.

ואור דידן, במחשבה עלה ליבראות בערב שבת, ולא נברא עד מוצאי שבת. דתניא, רבי יוסי אומר: שני דברים עלו במחשבה ליבראות בערב שבת ולא נבראו עד מוצאי שבת, ובמוצאי שבת נתן הקדוש ברוך הוא דיעה באדם הראשון מעין דוגמא של מעלה, והביא שני אבנים וטחנן זו בזו ויצא מהן אור.<sup>90</sup>

האור לא נגנב מאחר. הוא לא נוצר במעשה של מרד. הא אכן מייצג את התרבות ואת הטכנולוגיה האנושית, ולא בכדי צוותה תורה 'לא תבערו אש בכל מושבותיכם', ובחרה במלאכה זו כמייצגת את שביתת האדם ממלאכתו בשבת. ברם, יצירת האש נעשתה כחלק מהתכנית הא-לוהית, 'במחשבה עלתה להבראות בערב שבת', כמו 'צבת בצבת עשויה'.<sup>91</sup> הקב"ה עצמו נתן באדם דעה מעין דוגמא של מעלה. הוא המסמך את האדם לפעול בעולמו של הבורא 'אשר ברא ... לעשות'. אך האדם אינו מוסמך - ערכית אם לא פורמלית - לפעול נגד רצונו של הבורא, או אף בהתעלמות ממנו, חלילה. עקרון זה מבואר יפה בדבריו של רבי צדוק הכהן מלובלין בפרשנות מושג 'הברכה'. הגמרא פתרה מקראות בענייני יחסו של האדם לעולמו של הבורא כך -

תנו רבנן: אסור לו לאדם שיהנה מן העולם הזה בלא ברכה, וכל הנהנה מן העולם הזה בלא ברכה - מעל... אמר רב יהודה אמר שמואל: כל הנהנה מן העולם הזה בלא ברכה - כאילו נהנה מקדשי שמים, וכתוב: לה' הארץ ומלואה (תהלים כד, ב). רבי לוי רמי: כתיב לה' הארץ ומלואה, וכתוב:

90. פסחים נד, א.

91. אבות ה, ו.

השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם (שם קטו, טז)! לא קשיא, כאן - קודם ברכה, כאן - לאחר ברכה.<sup>92</sup>

רבי צדוק מדגיש את התפקיד ההכרתי של הברכה בהתירה את ההנאה מהעולם הזה -

וכך המשפט: מי שתולה בזכות עצמו תולין לו בזכות אחרים כמ"ש [=כמו שאמרנו],<sup>93</sup> והיינו דאם הוא מחשיב השתדלותו לכלום א"כ הוא נפרד עדיין מהש"י וכל זמן שלא הגיע לדביקות הגמור אין השתדלותו כלום עדין על האמת. והש"י מראה לו דהכל ממנו, וע"ד [=ועל דרך] ששמעת<sup>94</sup> עמ"ש בר"פ [=על מה שנאמר בריש פרק] כיצד מברכין כתיב לה' הארץ ומלואה כו' כאן קודם ברכה כו' - דהברכה הוא הכרת האדם שהכל מהש"י וקודם שיכיר זה וסבור שהוא שלו אז הש"י אומר הכל שלי. אבל משמכיר ומוסר הכל לו - 'והארץ נתן לבני אדם', ולכך כאשר הוא חושב שהוא חכמתו וגבורתו אין מקום להתהלל כלל דהש"י אומר דהכל ממנו, שהוא בראו כך חכם גבור ועשיר.<sup>95</sup>

המהפך הנדרש מהאדם הוא הכרתי-אפיסטמי. הברכה אינה 'התרת' הרצועה, אף איננה מעשה חיצוני הבא להתיר את איסור המעילה באופן זה או אחר. הברכה מבליטה את גבולות החרות האנושית - אשר חייב להכיר בכך שהעולם איננו שלו, בטרם ישלוט בו ויעשה בו כחפצו. העולם ניתן לאדם - להנאה או ליצירתיות - לפי מתווה זה. שכחת המקור האמיתי של הנאות וסמכויות גם יחד עלולה לשמט את הבסיס הערכי-רוחני ממעשיו של האדם, חלילה.

ההשלכות לתובנה זו הן חשובות. קיים צורך להסיט את הדיון משאלת ההכרה הפורמלית של ההלכה בחוקי מדינת ישראל ולהתמקד בשאלת הערכים של החברה הישראלית. לא השאלה הפורמלית עומדת לדיון כי אם שאלת המדיניות, ואף היא אינה עיקר אלא שאלת הערכים. יתכן ויש לראות את שאלת ההכרה ההלכתית בחוקי מדינת ישראל לא כשאלה שיש לה תשובה חד ערכית, אלא כתשובה על פני רצף. דהיינו, ככל שתגדל הנאמנות לערכיה של ההלכה כן תגדל הלגיטימיות של אותן הוראות חוק שאינן מופיעות בשולחן ערוך, אך הן נחוצות לסדרי חיים בחברה המודרנית. האתגר האמיתי הוא בעיקר חינוכי. חוקי המדינה אינם עומדים כשלעצמם אלא הם פועלים בתוך מערכת חברתית משתנה. העמקת התודעה הציבורית למשפט

92. ברכות לה, א.

93. ברכות י, ב.

94. השווה הרב מרדכי יוסף מאיזביצא, מי השילוח, בני ברק, תשנ"ה, ח"א, קנא; שם, רלו.

95. ר' צדוק הכהן מלובלין, מחשבות חרוץ, פיעטריקוב, תער"ב, 52.

ההלכתי ולערכיו היא תנאי הכרחי להמשך תפקודה הבריאה של מערכת החקיקה הממלכתית בעיניה של ההלכה עצמה. יתירה מזו, אם אכן יש מקום להכיר בתפקיד של הזהות הלאומית-היהודית כאחד משיקולי המדיניות או כאחד מערכי-העל של הנאמנות לנורמה הבסיסית,<sup>96</sup> הרי שניתן לגשר על פערים הקיימים כיום במדינת ישראל בעניין חשיבותו של המשפט ההלכתי אצל אלה הנאמנים למורשתם אך לכלל שמירת תורה ומצוות טרם הגיעו. זאת, על ידי קירובם לערכים הלאומיים שבשמירה על הזהות הלאומית-יהודית דרך המשפט ההלכתי. זוהי מטרה גדולה, אשר לצורך מימושה קיים צורך בהצמחת גדולי תורה, אשר מעבר לשליטתם במכמני המשפט ההלכתי יוכלו לגשר בין חלקים אלה של החברה הישראלית. ללא עיסוק בנקודות המגע בין עולמות המשפט וההלכה עלולים שניהם ללקות בחסר, חלילה. אם אכן קיימות הוראות אשר אף ההלכה מכירה בנחיצותן ובתוקפן לשם 'תיקון עולם', הרי שהתעלמות מהן במסגרת דין תורה עלולה להביא לפסק הלכה שאינו על פי דין 'אמת לאמתו'. המקום ללבן סוגיות אלה הוא דווקא בתוך בית המדרש פנימה, שהוא כור היצירה הקלאסי של העולם היהודי לדורותיו. זאת ועוד, רק על ידי הבנת עומקן של נקודות מפגש אלה, והעקרונות החבויים בהן ניתן יהיה להציג את ההלכה במלוא תפארתה לציבור הרחב - גם בנקודות אשר בהן ההלכה והחוק אינם עולים בקנה אחד. על ידי העיסוק במשפט ההלכתי כנכס לאומי, נוכל לקרב הן את הלבבות להכרה במשמעות של דבר ה' לחיי היום-יום, אך נוכל גם להמשיך ולשכלל את חיי החברה של העם היושב בציון.

חשיבותו של העיסוק דיני ממונות אינו רק לשם קירוב רחוקים. במידה רבה אנו עלולים להתרחקות מערכים של קדושה בכל הנוגע ליום יום - ואין כדוגמת התחום של דיני ממונות על מנת להמחיש זאת. דיני ממונות אכן באים לעצב את דמותו הרוחנית הכוללת של האדם. הקדושה מצויה בכל שדרות החיים - יש רק לרומם תחומים אלה, בהכרה ובמעשה, על ידי חיפוש הרצון הא-להי בהם ואודותם. זו כוונת הראי"ה קוק זצ"ל, בכותבו -

כל שאיפת החיים וכל חפץ החיים, הקנין ותשוקותיו, העושר והכבוד, הממשלה וההתרחבות בישראל ממקור הקדש הם נובעים. על כן המשפטים הם קדש קדשים בישראל.<sup>97</sup>

ומבחין הרב בדקות לשון פרשת מנוי השופטים הראשונה בישראל, המזהה חיפוש א-להות גם - ואולי בייחוד - בהתדיינות המשפטית.

96. לעיל הערה 88.

97. אורות כא.



ודרישת א-להים באה יחדו עם המשפט הישראלי. 'כי יבא אלי העם לדרוש אלהים, כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו. והודעתי להם את חקי הא-להים ואת תורותיו'.<sup>98</sup>

וכדברי בנו, מרן הגרצי"ה קוק זצ"ל, המדגיש את הצורך בהתגלות על מנת להעניק מעמד של קדושה לתחומים הנראים שייכים לחולין.

חשיבות מיוחדת יש להם לדיני ממונות, שבהם מסתמנת באמת ההתייחסות האמיתית של תורת ישראל, שהיא כוללת ומקיפה ומסדרת ומאריה ברום עזה וטהרה גם את כל פרטי החיים המעשיים, גם שבין אדם לחבירו, ומטביעה עליהם את חותמה המיוחד, שבאמת דוקא תורה מן השמים ראויה לזה.<sup>99</sup>

תפיסות אלה אך מדגישות כי עבודה רבה לפנינו ביצירת מהפכה תודעתית אודות תפקידו של המשפט ההלכתי באומה הישראלית, ולא נס לחו של צורך זה גם בדורות אלו. אולם בבסיס תודעה זו עומדת תובנה אודות מקומו ותפקידו של האדם בעולמו של הבורא. ענוה מחד ויצירתיות אדירה מאידך אינם סותרים זו את זה אלא חיוניים זו עבור זה.

\* \* \*

מכון משפטי ארץ מבקש להענות לאתגר זה - של ענוה ושל יצירה גם יחד. חברי המכון נרתמו לאתגר הגדול של התמודדות ערכית עם המשפט ההלכתי. הם מבקשים להצטיין בדיעת מקצוע זה של התורה, בבחינת ראשית חכמה קנה חכמה (משלי ד, ז). אך גם ראשית חכמה יראת השם (תהלים קיא, י), ועל כן הם מקדימים יראה ודרך ארץ ללימודיהם. בכך גם נענים לאתגר ההלכתי שבפרשת דיינים, התובעת מאיש המשפט ההלכתי - הדיין - מעלות אישיות יתירות. לימוד סוגיות חושן המשפט נעשה באופן מעמיק, שכן ללא צלילה במים העמוקים אי אפשרות להעלות מרגניות טובות, וקיימת הקפדה יתירה על יושר הסברה ועומקה, על מנת לא להעלות חרס, חלילה. אולם ייחודה של תכנית הלימודים במכון הוא בהתמודדות עם אתגרי המשפט של שעה. נבחנים העקרונות ההלכתיים גם בכלים משפטיים, ואף תוך השוואה והנגדה כלפי מערכת המשפט האזרחית של מדינת ישראל כיום. מטרת השוואה ביקורתית זו היא רב-תכליתית - היא חשובה לשם התאמת השפה ההלכתית אל זו המשפטית בכדי לקיים דיון בעקרונות ההלכה גם מעבר לד' אמות של בית המדרש; השוואה ביקורתית זו חשובה גם לצרכים מעשיים, שכן קיימים חוקים אשר מהווים תקנת הציבור, חלקם חולשים על סמכותם של דיינים בין במערכת

98. שם, על פי שמות יח, טו-טז; השווה שמונה קבצים ו, רצ.

99. אור לנתיבתי (ירושלים, תשמ"ט), לד.

הממלכתית ובין כאשר אלה פועלים במסגרת חוק הבוררות; אולם קיימת משמעות גם לתורה עצמה. לעתים, תוך כדי ליבון סוגיא בכלים משפטיים ניתן לראות על המשמעות של מושג זה או אחר בהלכה בעיניים חדשות, ובכך להגדיל תורה ולהאדירה. קיימים עדיין מגזרים רבים בחברה הישראלית, גם הנאמנים לשמירת תורה ומצוות, אשר יתברכו מפועלם של חברי המכון - ובייחוד אם יצליח השם בידיהם, ויצאו ויקימו בתי דין לממונות, תוך הבנה עמוקה של המערכת החברתית והנורמטיבית הכוללת העומדת בפניהם. דיין אשר לא יהיה אמון על השפה המשפטית, לא יוכל לבדוק אם חלה הוראה אשר מחייבת אותו לפי דין תורה, וחלילה הדין עלול ללקות. אך לא די בכך. על הדיין בישראל גם להבין את הדינמיקה של התדיינות, ועל תוצאותיה הן כלפי בעלי הדין פנימה, והן על משפחותיהם ועל הקהילה בכלל. מדינת ישראל היא בין המדינות המובילות בעולם בהתדיינות משפטיות. מיוחדת היא היהדות אשר מאז ומעולם ראתה את תפקידו של הדיין בראייה קהילתית כוללת, ולא רק כחכם המשפט. מכאן כמובן למעמדה של הפשרה בישראל, אשר אינה פעולה חשבונאית גרידא אלא חייבת להעמיק בסיבות הסכסוך עצמו.<sup>100</sup> תכניתו של מכון משפטי ארץ מתייחסת גם להיבט זה של תפקידו של הדיין, ומבקשת לפתח אצל הדיינים רגישות אנושית מיוחדת. התקווה היא שעל ידי פיתוח מערכת בתי דין לממונות גם במקומות אשר טרם קמו, ועל ידי התייחסות לציבורים רחבים אשר אינם אמונים עדיין על המשפט ההלכתי, בשפה המשפטית המוכרת להם - תחדורנה ערכיה של היהדות לכלל שדרות הצבור בכלל שדרות החיים.

חברי המכון גם קבלו על עצמם את עול הכתיבה - הן לצורך התפתחותם האישית, והן על מנת ללבן סוגיות משפטיות-הלכתיות ברשות הרבים. בהנחיית עבודות אלו, עמדו לרשותם של הכותבים חברי צוות המכון, הרב הלל גפן והרב חיים יואל בלוך שליט"א, ובייחוד הרב ירון אונגר שליט"א, אשר הדריך בכתיבה, ואף טרח וערך באופן מקצועי ותוך סבלנות רבה את הקובץ המונח בפניכם. אין ספק שמידת תורת ארץ ישראל תנהג בו ובהם, ותורתם תהיה מתברכת.<sup>101</sup> אין גם ספק שחברי המכון, אשר יגיעו בתורתם, גם מצאו כאן ברכה בקובץ איכותי זה המונח בפניכם. פילוס דרך של סגנון ובחינת דברים יש כאן, אך זו לשם המשך סלילתה של דרכה של תורה מני אז, בבחינת קנקן חדש אשר יין עתיק בתוכו.

חובה נעימה היא לנו להודות לכל אורחינו המכובדים בקובץ זה, גדולי תורה וחוקרי המשפט העברי, אשר זיכוננו להתבשם מחידושי תורתם ומחקרם, ולהפיץ

100. ראה הרב עזרא בצרי, דיני ממונות (מהדורה שנייה, ירושלים, תש"ן), א, שלט.

101. אורות התורה יג, א, על פי ירושלמי ברכות ה, א: 'על ידי שהיו חסידים היתה ברכה ניתנת בתורתן וברכה ניתנת במלאכתן'; לעומת בבלי ברכות לב, ב.

ממעיינותיהם החוצה. בהם, הגאון, הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א, אשר שימש עד לאחרונה כדיין בבית הדין הרבני הגדול בירושלים, ואשר מפיו זוכים לומדי המכון לשמוע את דבר ה' – זו הלכה, בקביעות. אף הגאון, הרב אברהם שרמן שליט"א, המכהן כדיין בבית הדין הרבני הגדול, מזכנו מדי פעם בפעם בשיעורים מעמיקים, מפרות הדיונים הנערכים מפעם לפעם בבית הדין הרבני הגדול. שלושה מאלה, אף שולבו בקובץ זה. פרופ' חנינה בן מנחם ופרופ' ברכיהו ליפשיץ מן המכון לחקר המשפט העברי אשר באוניברסיטה העברית בירושלים ניאותו לפנות מזמנם היקר לשם כתיבת מאמרים הנוגעים לעניינינו של קובץ זה. ד"ר מיכאל ויגודה, המנצח על מלאכת שילובו של המשפט העברי במשפט המדינה, במסגרת עבודתו כראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, ניאות אף הוא לבקשתנו, להעלות על הכתב מהרצאותיו בעניין עשיית דין עצמית. בעצם הסכמתם של כל אלו להקדיש מזמנם ומרצם לטובתו של קובץ זה, רואים אנו הכרה בחשיבות קיומו של קובץ מעין זה. הרב חיים בלוך והרב הלל גפן, ר"מים במכון, שוקדים ועמלים עם האברכים באופן מעולה ביותר.

חובה עמוקה של הכרת הטוב קיימת לנו גם כלפי מועצת בנימין בכלל, כלפי היישוב עפרה אשר הוא אכסניא של תורה לחברי המכון ולתושביה אשר נרתמו למשימה גדולה זו. בפרט גם בימים אלה של בוקה ומבולקה, אנשי עופרה השכילו לראות את האתגרים שמעבר לאופק המיידי. רואים הם את יישובה ובניינה של ארץ ישראל לא רק במישור הפיזי והקיומי, אלא במונח של בניית חברה צודקת אשר חיה באור א-להים חיים. הברכה והתהילה בייחוד למוסדות אולפנת עופרה, ולעומדים כיום בראשה הרב אברהם הלוי גיסר, רבה של עופרה, ולמנהלה ר' משה בטיש - אשר דוחפים את מימושו של חזון זה במלא מרצם ומאודם, וכן למנכ"ל המכון ר' דוד אלירז על מאמציו להקים את דברי התורה הזאת.

בימים אלה, בהם אנו מיחלים לבנין הארץ הקודש והמקדש, ומתפללים ממעמקים לאדון הנשמות שיחוס על עמו ונחלתו ויאמר לצרותנו די, אנו שואבים נחמה, ומחליפים כח ממפעל זה העוסק במשפט ובצדק הא-להיים עלי אדמות, לאור חזון הנביא -

ציון במשפט תפדה, ושביה בצדקה.<sup>102</sup>

## אמונת עתיך - חוסן ישועות

### הרב אברהם גיטר

ושמרתם ועשיתם כי היא חכמתכם ובינתכם  
לעיני העמים אשר ישמעון את כל החוקים  
האלה ואמרו רק עם חכם ונבון הגוי הגדול  
הזה כי מי גוי גדול אשר לו א-לוהים קרובים  
אליו כה' א-להינו בכל קראנו אליו ומי גוי  
גדול אשר לו חוקים ומשפטים צדיקים ככל  
התורה הזאת אשר אנכי נותן לפניכם היום.  
(דברים ד', ו'-ח').

### א.

"חכמתכם ובינתכם" האמור בכתוב נתפרש אצל רבותינו ז"ל כחכמת סדרי הזמנים,  
חשבון התקופות ועיבור השנה. גדולי חכמי התורה היו יודעים חכמה ובינה יקרה זו,  
ככתוב: "ומבני יששכר יודעי בינה לעתים לדעת מה יעשה ישראל".<sup>1</sup> תופשי התורה  
הם המורים מה יעשה ישראל על פי ידיעת הזמן ואמונת העתים.

לכן, ברור הקשר לפסוק הבא: "ומי גוי גדול אשר לו חוקים ומשפטים צדיקים".  
ופירש רש"י: "הגונים ומקובלים". השילוב בין בינת העתים ובין משפטים צדיקים  
יוצר משפטים הגונים ומקובלים. שילוב זה הוא אוצרה של תורה וסוד קיומה כל ימי  
עולם.

בראש הנהגת התורה בדור של חורבן ומשבר עמד רבן של ישראל, רבן יוחנן בן  
זכאי, ונלחם מלחמתה של תורה בעת שאין קשה ממנה. בכוחו המביט למרחוק,  
הכיר בעומק החורבן ועסק בבנין עולם. עולם הלכתי - יהודי שונה ומאיים ציפה לו.  
ועליו היה להשיב מלחמתה של תורה אל נוכח השאלה: היתכן קיום יהודי לאומי  
בלא בית מקדש? היש עבודת ה' ללא עבודת הקורבנות?

על כך השיב בהלכה ע"י סדרת "תקנות המקדש". תקנות משום "זכר למקדש"  
ומשום "מהרה יבנה המקדש" יצרו מצב של זיכרון וצפייה מתמדת לישועה.

מבחינה רעיונית, השיב רבן יוחנן בן זכאי לשואל -

1. דברי הימים א יב, לג.

יש לנו כפרה אחת שהיא כמותה. ואיזה זה? גמילות חסדים. שנאמר: כי חסד חפצתי ולא זבח.<sup>2</sup>

בפועל, הוא שקד על האדרת בית המדרש הגדול ביבנה, אשר יצר ועיצב את כל עולם התורה עד ימינו.

והנה בחסד ה' עלינו, זכינו בדורותינו, דורות של סדר ישועות, לעצמאות וריבונות יהודית. עצמאות זו השיבה לידינו, בין היתר, את הסמכות ואת מלוא האחריות לכל סדרי החוק והמשפט בישראל. המפנה המהפכני הזה, שלא היה כמותו מאז מלכות בית חשמונאי, מחייב את דורנו למתן תשובות על שאלות גדולות ונכבדות.

הרב הראשי הראשון למדינת ישראל, מרן הרב יצחק הלוי הרצוג זצ"ל יסד בירושלים "מכון למשפט התורה". בדבריו עם יסוד המכון, הוא הסביר כי המכון חיוני "לשם לימוד, בעיון ובסדר, בחושן משפט ובדיני ממונות שבאבן העזר, ובמטרה להכין דיינים מומחים מטובי הכוחות הצעירים הבאים מהשיבות". וכך תיאר הרב הרצוג את הרקע הרעיוני למשפט התורה במדינת ישראל -

כמעט שלא היה יכול לעלות על הדעת של שום יהודי דתי שהמדינה היהודית תעזוב מקור מים חיים, את תורתנו הקדושה, לחצוב לה בורות בורות נשברים. לסגל לה חוקים ומשפטים של עם אחר. הלא זו היתה מהפכה איומה מבפנים, וחילול ה' נורא מבחוץ! זה היה בבחינת נתינת גט כריתות, ח"ו, לתורת ישראל. כסבורים היינו שתיכף להכרזת המדינה, הגורמים הקובעים בשטח הזה, יהיו נמלכים מיד בסמכות התורה בארץ - "כדת מה לעשות"? אמנם כך הוא הנוהג בכל ארץ נכבשת, שמשאירים את החוק הקיים מכבר, שלא לגרום תזוזות וזעזועים קשים בעולם המסחר וכו'. אך במה הדברים אמורים - באומות שאין להן משפט שהוא חלק מדתם, מה שאין כן אצלנו, הרי זה דבר חמור מאד מאד לקיים אפילו לזמן מועט משפט-זר... זהו מבלי לדבר על מהות המשפט הזה הקיים, העשוי טלאים על גבי טלאים, חוק בריטי על גבי חוק עותומאני. אפילו אם בריטניה היתה תופסת מקומו של כורש, ואפילו אם היה המשפט הנידון, כולו נאה, כולו יאה, מהבחינה היוריספרודנציית הכללית - הרי זה חוק ומשפט גויי, וכבר הגאון הלאומי צריך היה לעמוד כתריס בפני ההתבוללות הסיטונית הזאת, בפני החיקוי המשפיל הזה ברקע של החוק, וכשאנו מסתכלים בענין זה מן הבחינה העליונה של תורה מן השמים וקדושת ישראל הלא רעדה תאחזנו! כל בר בי-רב יודע כמה הרעישו אבות העולם

2. אבות דרבי נתן (שכטר) ד, ד"ה ועל גמילות חסדים.

החל מהתנאים ועד לאחרוני הפוסקים על ההתדיינות בערכאות של גוים. ומה גדול החילול כשמדינת ישראל מסגלת לה ספר חוק ומשפט משל הגוים!<sup>3</sup>

הרב הרצוג מתאר בהרחבה כיצד ניגש הוא, יחד עם צוות תלמידי חכמים מומחים, להכין תשתית של תחוקה ומשפט, לצורך המסגרות המשפטיות של המדינה העתידה, והנה הופיע בעל מלחמות ומצמיח ישועות ו"המדינה כבר קמה".

אכן כבר חלפו למעלה מחמשים שנה, עוד מעט שני דורות, ועדיין אנו עוסקים באותה הכנה לסדרי חוסן ישועות.

בהסבר המאמר "ישועות - זה סדר נזיקין"<sup>4</sup> כתב הראי"ה קוק -

המשפט המיוסד על פי "תורת ה' תמימה" הוא אוצר בקרבו את יסוד הישועה הגדולה הכוללת ישועות רבות למין האנושי ולכל היצור כולו. כפי הגברת כוח המשפט האלקי כן יקטן כוח הרשע, האוון והתרמית.<sup>5</sup>

עכשיו שנטרפה השעה, וכוחו של המשפט והחוק הישראלי, המדינה והכנסת אינו מיוסד על פי תורת ה' תמימה, יש לנקוט באותם אמצעים אשר נקט רבן יוחנן בן זכאי, כנזכר לעיל.

א. תקנת תקנות לפי העת הזאת.

ב. בנין יחס רעיוני ומהותי כלפי סדרי החוק והמשפט של "המשפט הנוהג" במדינת ישראל.

ג. בנין מרכזי תורה גדולים אשר יושיעו את ישראל מן המבוכה בתחום החוק והמשפט.

יש להשיב על מספר שאלות "בוערות":

מהו שלטון חוק וסדרי משפט על פי "תורת ה' תמימה" במצב שבו יהודים ריבוניים קובעים את סדרי המשפט בכל התחומים. משפט פלילי, משפט אזרחי, ציבורי, חוקתי ומנהלי?

מהו מעמדם וסמכותם של יהודים, דורשי צדק ומשפט, אשר אין בידם תורה ומשפט אלוקי הארץ? האם מעמדם כדין גויים עובדי עבודה-זרה? ערכאות? האם סדרי חוק ומשפט הנחקק על ידי רוב ישראל, באספת נבחרים, דינו דין? היש מחויבות ליהודי ירא שמיים כלפי המדינה וחוקיה?

3. הדברים פורסמו כפתיחה לספר הלכה פסוקה חו"מ, סימנים א-ח (ירושלים תשכ"ב), עמ' יב-יג.

4. שבת לא, א.

5. עין אי"ה שבת, שם, קנו. (מכון הרצי"ה קוק זצ"ל, ירושלים תשנ"ד) עמ' 149.

אמר רבי אלעזר אמר רבי חנינא: תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם שנאמר  
 וכל בניך למודי ה' ורב שלום בניך. אל תקרי בניך - אלא בוניך.<sup>6</sup>

מאמר ידוע זה, הנאמר בפנינו יום יום, חותם ארבע מסכתות בתלמוד. ברכות, יבמות,  
 נזיר וכריתות. הלא דבר הוא. אין הוא בא רק על מנת לחתום בדברי אגדה, אלא  
 להציב עקרון יסוד ליישום תורה שבעל-פה.

ויש לשאול, מפני מה יש להזקק כאן לדרשת "אל תקרי"? הרי הפסוק כשלעצמו  
 "ורב שלום בניך" מורה על ריבוי השלום הנוצר ע"י בנים למודי ה' נמצאנו למדים  
 שהנחת יסוד היא המחיבת לראות בתלמידי החכמים לא רק בני תורה למודי ה' אלא  
 "בוני תורה". הם בנאים, הקרואים לבנות את בנין התורה והשלום בעולם.

המהרש"א מבאר בשלהי מסכת יבמות,<sup>7</sup> שבמסכת זו נשנו לכאורה כמה דברים  
 תמוהים, הנראים לכאורה כעוקרים דבר מן התורה. כגון: "גבי עיגונא הקילו בה"  
 והקלו בדרישה וחקירה באשת איש בדבר הנראה כעקירת דברי תורה, וכן בויתור על  
 חליצת צרות בית שמאי לדעת בית הלל משום "דרכיה דרכי נעם". על כן היה צריך  
 לסיים במאמר זה, הבא לחזק את כוחם של חכמים לבנות את הבנין המוטל עליהם  
 בלא חשש, והכל לשם חיזוק התורה והשלום בעולם.

מהו הבנין המבוקש על ידינו?

## ב.

צדק צדק תרדוף למען תחיה וירשת את הארץ אשר ה' א-לוהיך נתן לך.<sup>8</sup>

מכאן למדו חז"ל בספרי -

מלמד שמנוי הדיינים כדי להחיות את ישראל ולהושיבם על אדמתם ושלא  
 להפילם בחרב.<sup>9</sup>

אבל רש"י גרס -

**כדאי הוא מינוי הדיינים הכשרים להחיות את ישראל ולהושיבן על אדמתן.**<sup>10</sup>

רש"י, כדרכו בקודש, מפרש את דברי רבותינו. ומחדש שני דברים:

6. יבמות קכא, א; ברכות סד, א; נזיר סו, ב; כריתות כח, ב, והשווה לנוסח המאמר בתמיד לב, ב.

7. מהרש"א יבמות שם, ד"ה בסיומא.

8. דברים טז, כ.

9. ספרי דברים, קמד, ד"ה למען תחיה.

10. רש"י דברים שם, שם.

א. התואר "כשרים" שאינו כתוב בספרי.

ב. קריאת המילה "כדי" בפתח במונח של כדאיות ותועלת.<sup>11</sup>

אין ספק כי הציווי "צדק צדק תרדף" אשר מתפרש כציווי להדר אחר בית דין יפה<sup>12</sup> מחייב הגדרת אלו ה"כשרים" לשמש כדיינים, אשר בזכותם יזכו ישראל לכל הטובה האמורה. מכאן נובע הפירוש "כדאי" כיון שהדיינים הללו הם מזכי הרבים בשיעור קומתם, והם מגינים על ישראל מפני הפורענות. מן הראוי לעיין גם בפירושי הרמב"ן והספורנו שם, אשר הלכו בדרכו של רש"י, ופירשו שזכות הדיינים תסיר מעל ישראל חרון אף מן השמים.

דרך זו נוטה יותר לכיוון הסגולי. להשקפה הרואה במעלת הצדק כתריס בפני פורענות. במונח פנימי, קל להבין את הקשר בין צדקותם של הדיינים לבין המתקת הדינים. כביכול, אם יעשה דין צדק בארץ נעשה דין צדק גם בשמיים ויומתק הדין.

עם זאת, למדנו שאין מקרא יוצא מידי עומק פשוטו גם באופן פשוט יותר. הרי ניתן לקרוא את לשון הספרי במשמעות "כדי" (בצירה). באופן זה, הרי לפנינו לשון חכמים המחליפה את המילה המקראית - "למען". "למען תחיה וירשת את הארץ".

מובנו בלשון חכמים: כדי להחיות ולהושיב את ישראל על אדמתם.<sup>13</sup>

וכוונת התורה ללמדנו, שמערכת המשפט והצדק נדרשת לצורך קיומה של חברה יציבה שלא יהיו בה שפיכות דמים ("למען תחיה") ולא נפילה לאומית ומפלה לפני אויב ("להושיבן על אדמתן ושלא להפילם בחרב").

הנה כי כן, מינוי הדיינים הכשרים אינו רק מעלה טובה לשמירה סגולית, אלא הוא הצורך הראשוני והבסיסי ביותר כדי להחיות את ישראל, חיים ממש, ולהושיבן על אדמתן, ישיבה ארצית וקיומית. טול את הצדק והמשפט מן האומה הישראלית ונמצאת מביא לשקיעתה וגלותה חלילה.

דברי הספרי האלה עולים ברור מלשון התורה בראש הציווי להקמת המערכת המשפטית -

11. לגבי השמטת המילים "ושלא להפילם בחרב" - כך היא הגירסא הנכונה לפי גירסת הגר"א.

12. ע"פ סנהדרין לבב.

13. הערת עורך: אמנם לפי נוסחת הספרי במהדורת פינקלשטיין, נאמר: "מינוי הדיינים כדי הוא...." תוספת האות י', והמילה "הוא", מלמדת ככל הנראה, שנכון לנקד את המילה בפתח, ולהניח שאות א' נשמטה (כפי שקורה רבות במקורות ארץ ישראלים מתקופת התלמוד), ולא בצירי. אבל, מסתבר שהמילה פְּדָאִי התפתחה מן המילה פְּדָי. לאמור - דבר הוא כדאי, אם יש לו מטרה (פְּדָי).



שפטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך אשר ה' אלקיך נתן לך לשבטיך ושפטו את העם משפט צדק.<sup>14</sup>

יש כאן לפנינו ציווי מינהלי, הנובע מיסוד תפיסת ירושתנו את ארץ ישראל. היכן יש למנות שופטים? בכל שעריך! למדנו, שחובת מינוי שופטים והקמת בתי דין בכל עיר ועיר ובכל פלך ופלך קשורה במהותה לארץ ישראל.

וכך פסק הרמב"ם -

אין אנו חייבים להעמיד בתי דינים בכל עיר ועיר ובכל פלך ופלך אלא בארץ ישראל בלבד.<sup>15</sup>

הקמת בית דין בארץ ישראל היא חלק ממצות ישוב הארץ. מינוי הדיינים והקמת בתי דין היא חלק מתפיסת ישוב ישראל על אדמתם.<sup>16</sup> יסוד קיומו של בית הדין הוא מכוון ירושת הארץ על פי ה', וכל הפסקים היוצאים ממנו יהיו מכוונים על פי תפיסה זו. ברור אם כן שהיסוד הלאומי, עצמאות ישראל, רבנות, הגנה ובטחון, רוח הלחימה, חובת ההתנחלות "בכל שעריך אשר ה' אלקיך נותן לך", הם ממעצבי הפסיקה של בית הדין הארצישראלי. היות משפט התורה משפט אלקי הארץ, קובע את יסוד הסמיכה כיסוד האקסלוסיבי המיוחד לארץ ישראל בלבד, והוא תנאי לכשירותו של כל דין בסנהדרין ובכל בית דין.

לעומת זה, בחו"ל, יסוד הקמת בית הדין הוא אזרחי-מוסרי, על בסיס חובת הצדק החברתי והסעד האישי הנדרש. כך דברי הרמב"ן כאן -

כי בחוצה לארץ אינם חייבים למנות להם בית דין, אבל כאשר יצעק המעוות יעמדו עליו הראויים לשפוט ובמשפטיהם ישפטהו, או יעלה לארץ בזמנה ושם ישפטהו במקום המשפט.<sup>17</sup>

משל היינו אומרים שם, ליהודי המבקש להצילו מיד אחיו העושקו: כאן אתה מבקש משפט, בחו"ל? לך לך אצל "מקום המשפט" - ארץ ישראל! ומכל מקום, אם צריך יקימו מערכת משפטית, על פי צרכי המקום והשעה.

יש להעיר, כי דברי הרמב"ם והרמב"ן האלה לפשוטו של מקרא אינם מתאימים לדברי הברייתא<sup>18</sup> הקובעת שבחוץ לארץ, אף שאין אתה מצווה להקים בית דין בכל

14. דברים טז, יח.

15. רמב"ם סנהדרין א, ב.

16. ומכאן רמז לדיינים, שעליהם לגור במקום כהונתם, ודי לחכימא...

17. פירוש הרמב"ן לדברים, שם.

18. מכות ז, א.

עיר, אתה מצווה להקימו בכל פלך. ואולי ניתן לתרץ ולהתאימם אבל אין כאן המקום להאריך.<sup>19</sup>

מכל מקום, למדנו שקיימת זיקת מהות בין ישותנו הריבונית בארץ ישראל, לבין מערכת המשפט. על גבי יסוד זה, חייבת כל מערכת משפטית של תורה, לקבוע את הלכותיה בהתייחס ליישות היהודית השלטונית, למוסדות השלטון ולתקנות הציבור ונבחריה.

זאת ועוד. אם לא נשים ונמנה עלינו דיינים כשרים על פי דרכה של תורת אמת, עוד תירבה המכשלה ויצאו מתחת ידי השופטים הלכות ופסיקות אשר מערערות את בעלותנו ויכולת אחיזתנו בכל הארץ אשר נתן לנו ה' אלקינו לנחלה. במקום ששיטת המשפט איננה ניצבת על אדני משפטי ארץ הקודש, ישנה סכנה לניתוק בין "בכל שעריך אשר ה' אלקיך נותן לך לשבטיך" לבין "ושפטו את העם משפט צדק".

על דברי הספרי הנ"ל מעיר הנצי"ב,<sup>20</sup> שההגנות אשר מספקת מערכת משפט וצדק באות כתריס בפני הפורענויות אשר מוזכרות במאמר המובא בגמרא, ואשר מונה את הסכנות הצפויות מקלקולה של מערכת המשפט.

במסכת שבת למדנו -

בעוון עינוי הדין ועיוות הדין וקלקול הדין וביטול תורה חרב וביזה רבה ודבר ובצורת בא ובינ אדם אוכלים ואינם שבעים ואוכלין לחמם במשקל שנא' אם לא בריתי וגו' וכתוב בשברי לכם מטה לחם וגו' וכתוב יען וביען **במשפטי מאסו**.<sup>21</sup>

עינוי דין הוא שם כולל לשרשרת של עיכובים לא ענייניים, היכולים לבוא במסגרת הדיון המשפטי, המביאים לעיכוב מיותר במתן פסק הדין. בחיבורו 'עין אי"ה', מרחיב הראי"ה קוק זצ"ל בביאור מאמר נוקב זה -

החיים המעשיים הם מלאים סכסוכים. בני אדם פוגשים (מתנגשים) זה את זה במהלכם במלחמת החיים. זהו יסוד הדין - להעמיד את האמת ואת השלום על מכוננו ואז המרירות שבחיים, היוצאת מכח האהבה העצמית הגסה היא מתבסמת (מתמתנת ומתעדנת) ואינה יוצאת אל הפועל בצורתה הזועמת. **במה דברים אמורים? ! כשהדין הולך שלוב יד עם החיים**. כשם שזרם החיים הוא הולך בלא הפסק והבריות נרדפים על ידו בעל כרחם, כך צריך הדין שיהיה

19. לעניין זה ראה: **כסף משנה**, רדב"ז **ולחם משנה**, על הרמב"ם, שם, ובמקורות המצוינים ב'ספר המפתח' שבסוף הרמב"ם, שופטים (הוצאת שבת פרנקל), על הלכה זו.

20. **עמק הנצי"ב** על הספרי, שם.

21. **שבת** לג,א.

פועל את פעולתו ככל סדרי החיים הקבועים. הוא רשאי ודאי, וגם מחויב הוא, לקחת לעצמו את חלק הזמן שהוא צריך לעבודתו ככל ענין חשוב בחיים הדורש זמן לעבודה ככל הרחבתו הצריכה. אבל כיון שכבר עלתה בידו המטרה עליו מיד לצאת את החיים ולפעול עליהם. בזה האופן יהיה הדין מחובר עם מרוצת החיים.<sup>22</sup>

היוצא מן הדברים: מישור אחד של עינוי דין הוא הניתוק בין הדין ובין החיים במישור הזמן. הזמן רץ, החיים זורמים ואילו טחנות הצדק טוחנות לאט. איטיות זו, מעבר לנדרש ולהכרחי, יוצרת ניתוק בין הבריות לבין מערכת הצדק. הציפיות מתמעטות, והמרירות רבה והולכת. מעשים שבכל יום אנו רואים. שניים שבאו לידי סכסוך. אומר האחד: אני אתבע אותך למשפט. אומר שכנגדו: אדרבא, תבע אותי, תבזבז על כך את כל ממונך וזמנך עד אין קץ. ואומר הראשון לעצמו: וכי יש לי כח ויש לי זמן להמתין עד שמערכת המשפט תוציא משפט לאור? והוא מתייאש והולך.

כבר במישור זה, יכולה וצריכה מערכת משפט צדק של תורה להוות תיקון גדול. נגישות קלה, המתנה מועטת, וסדרי דין ישירים ופשוטים, יכולים לצמצם לאין שיעור את הזמן ואת ההוצאות, ולמנוע את אותו ניתוק בין בית הדין לבין סדרי החיים במרוצתם.

אולם קיים מישור נוסף, מהותי ועמוק פי כמה, שבו יש סכנת ניתוק בין המשפט ובין החיים. כדי שהדין יהלך שלוב יד עם החיים הוא חייב להיות ניכר ונודע בהבנתו את החיים, בשליטתו בתחומי הידע הרלוונטי ובהתחשבותו בסדרי החיים. בעלי הדין חייבים לבטוח בבית הדין בשליטתו בכל אלה. לא יתכן שבית דין ידון בדיני קניין וביטול מקח בעסקי היהלומים על דרך משל, בלא להתחשב בסדרי הקניין המיוחדים לענף זה (כגון: תקיעת כף, "מזל וברכה" וכיו"ב), אלא על יסוד על יסודות ההלכה הרלוונטיים (סתומתא, דרך המסחר, מנהג המדינה, קיבלו עליהם וכיו"ב).

בית דין של תורה צריך להכיר את סדרי השוק ומסחרו, את שיחם ושיגם של בעלי הדין שלפניו, ואת טיב המקום וטיב הזמן. כל הדברים הללו כלולים באותו ביטוי יחיד במינו שטבעו רבותינו ז"ל בדבר חובתו של הדיין לדון "דין אמת לאמיתו". עד שאמרו -

כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת מעלה עליו הכתוב כאלו נעשה שותף להקב"ה במעשה בראשית.<sup>23</sup>

וכך ביאר מושג זה בעל ה"דרישה" -

22. עין אי"ה שבת, שם, רכח (185-186).

23. שבת י, א.

רוצה לומר שדן לפי המקום והזמן בענין שיהא לאמתו ולאפוקי שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש. **כי לפעמים שצריך הדיין לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והענין**. וכשאינו עושה כן, אף שהוא דין אמת - אינו לאמיתו.<sup>24</sup>

ומפירושו של הגר"א למדנו הרחבה נוספת -

הדיינים צריכים להיות בקיאים גם בטבעו של עולם של כדאי שלא יהיה דין מרומה. דאם לא יהיה בקי בענינים אף שיהיה בקי בדין תורה לא יצא אמת לאמתו... ולכן צריך הדיין להיות בשניהם בקי... היינו חכם בעניני תורה ופיקח בעניני העולם.<sup>25</sup>

האם פיקחות זו היא רק שאלה של כשרון ואינטואיציה או שיש כאן גם מדע שיש ללמודו כדי להיות "בקי בטבעו של עולם"? אין ספק שגם חכמה ובקיאיות יש כאן. יש לו להיות בקי בסדרם של חיי מסחר, תקנות הסוחרים, פסיכולוגיה של שיווק, תקנות מדינה ומנהגיה ועוד. כל אלה יש בהם יסודות הנוגעים להלכה ולמעשה.

למשל, בהלכות כתובה וחיובים ממוניים בין בני זוג כתב הרמב"ם -

הנושא סתם, כותב ונותן כמנהג המדינה. וכן היא שפסקה להכניס, נותנת כמנהג המדינה<sup>26</sup>... **ובכל הדברים האלה וכיוצא בכך מנהג המדינה עיקר גדול הוא ועל פיו דנין**. והוא שיהיה אותו מנהג פשוט בכל המדינה.<sup>27</sup>

על יסוד עקרון זה צריך כל בית דין לדעת על יסוד איזה מנהג נכנסו בני זוג אלה לחופה. על מה היתה דעת האשה סומכת? מהם החיובים ההדדיים ומהם הענינים שעליהם נאמר "אדעתא דהכי לא נישאת"? מכאן השלכה גם לענין חזקת שיתוף בנכסי בני זוג, לחוק שיתוף נכסים שנחקק כחוק מדינה מחייב וכיוצא בזה.

בהרחבת הענין יש לקחת בחשבון חוקי מדינה המתייחסים לדיני עבודה, פיצויים ופיטורין, שכירות, הגנת הדייר, קנין, חוזים, איכות הסביבה, חוקי תעבורה ועוד. דעתם של בעלי הדין ומנהגי המדינה על פי חוק הם יסוד מוסד ביכולת הפסיקה לדון דין אמת לאמיתו.

בכל אלה תוכר מערכת המשפט והצדק על פי התורה. אם שואפת היא להיות מחוברת אל החיים ולהלוך עמהם שלובת זרוע ולהישירם כי אז עליה לפעול בכל כוחה שלא להיכשל בעוון עינוי דין היינו באותו ניתוק היוצר חוסר אמון וחוסר

24. דרישה חו"מ א, ב.

25. אבן שלמה משלי ו, ד.

26. יש להעיר שהמושג "מדינה" בדברי חז"ל וברמב"ם ברגיל לשטחה הכולל של עיר אחת וסביבתה.

27. רמב"ם אישות כג, יב.

התאמה בין הצדק ובין מרוץ החיים. כאשר התורה מתבצרת, כביכול, בתוך שלה, והחיים עושים את שלהם, הרי ששני יהודים שנפל ביניהם סכסוך יסכימו רק על דבר אחד: לדין תורה אין מה ללכת. שם לא מכירים את החיים, לא מדברים את השפה ולא מתחשבים בחוקי המדינה וסדריה. או בלשון אחר: "מאי אהני לך רבנן?".

הפורענות הקשה המתוארת באותו מאמר בו פתחנו, מגיעה עד לידי אבדן אמון כזה שאפילו את לחמם אופים בני אדם ואוכלים במשקל. על כך כתב הראי"ה קוק -

כיון שאזלת כח המשפט בטל החוש של דעת ההקפדה ממשפט הקנין עד שהלחם נאכל במשקל ומעורר להזכיר כמה מדוקדקת היא חלוקת הקנינים. רק עם ההשפעה הכללית הנאותה לישראל ימצאו הפרטים את מקומם במעשים ובחיים... להיות נשפעים מאורה של תורה שדרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.<sup>28</sup>

## ג.

במאמר תמציתי אשר נדפס ב"תחומין"<sup>29</sup>, מסכם ומגדיר העורך, הרב ד"ר איתמר ורהפטיג את עקרונות היחס ההלכתי אל חוקי הכנסת -

ההכרה בתוקפו של חוק, כולו או חלקו, אפשרית בשלשה דרכים:

א. משפט המלך, זאת לפי דברי הרב קוק (משפט כהן קמ"ד) ואחרים כי אפשר לייחס לשלטון כיום דין מלך במידה ידועה.

ב. דינא דמלכותא.

ג. תקנות קהל.

לכל אחת מדרכים אלו בעיות משלה, ואין כאן המקום לפורטם.<sup>30</sup>

בדינא דמלכותא, רבים הם האחרונים הסומכים דבריהם על דבריו של ה'חתם סופר', שדן על דין מלכות מסוים שגזרו בימיו אשר חידש לגבי דין זה -

שאינו נגד דין תורה, אלא כתורה עשו, ואילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן.<sup>31</sup>

28. עין אי"ה, לעיל הערה 22, 186.

29. א' ורהפטיג, "חוקי הכנסת ומדינת התורה", תחומין י (תשמ"ט), 190-191.

30. הרחבה בעניין זה, ראה לעיל, במאמרו של הרב מיכאל בריס, במקום הקדמה: החקיקה במדינת ישראל; יצירתיות אנושית וגבולותיה, ולהלן, במאמרו של הרב רענן פארן, השלטון במדינת ישראל, לאור ההלכה, עמ' 490.

31. שו"ת חתם סופר חו"מ, מד.

יסוד זה של "היינו גם כן מתקנים כן", פותח פתח רחב לכל התקנות והחוקים בדיני ממונות, התחום הציבורי, סדרי שלטון, מסים, בטחון, שירותי רווחה, חוקי עבודה, תעבורה, ודיני נזיקין.

הרב אברהם שפירא שליט"א, בדברים שפורסמו ב'תחומין'<sup>32</sup>, מתייחס גם הוא לחוקי הכנסת מכוח תקנות הקהל וסמכות הציבור לתקן תקנות בכל סדרי החיים, כמו שכתב הרשב"א -

דכל ציבור במקומו כגאונים לכל ישראל שתיקנו כמה תקנות לכל ישראל.<sup>33</sup>

ובספר 'תורת המדינה', כתב הגאון הרב שלמה גורן -

ולא תהא ידם של נבחרים העם בישראל פחות משבעה טובי העיר. עליהם כתב הרמ"א בחו"מ סימן ב': שטובי העיר בעירן כבית הדין הגדול. ... כן הוא ביחס לחוקי הכנסת, כשמתקבלים על-פי רוב מוחלט של חברי הכנסת, ולא לפי רוב מקרי, **דינם כתקנת הקהל לכל דבר.**<sup>34</sup>

הרב אברהם שפירא גם הוסיף שהמפלגות הדתיות בכנסת, בתמיכתן או בהתנגדותן לחוקים מסויימים, יכולות להחשב כ"אדם חשוב" לענין אישור התקנה.<sup>35</sup>

כדוגמא לתקנות והכרה בנוהגים חדשים מביא הרב כמה דוגמאות: עדות נשים בדיני נזיקין, במקום שצריך או מדין "קבלו עלייהו". הגנת הדייר, זכות הנתבע לייצוג ע"י עו"ד, תקנות הרבנות הראשית בעיניני משפחה.

הרב חיים דוד הלוי זצ"ל, בספרו "דבר המשפט", מתייחס לכל סמכויות בית דין בימינו. הוא סומך דבריו על עקרון "הוראת שעה", שמכוחו ניתנה הסמכות לכל בית דין להיות מכין ועונשין שלא כדין תורה, אפילו עונש מיתה. אמנם, כל זאת לא על מנת לעבור על דברי תורה אלא מפני צורך השעה לעשות סייג לתורה.<sup>36</sup> זהו יסוד לכל הדין הפלילי הנוהג כיום. והוא קובע -

32. הרב אברהם שפירא, תחומין ג (תש"ב), 238-241.

33. שו"ת הרשב"א א, תשכט.

34. הרב ש' גורן, תורת המדינה (ירושלים תשנ"ו), עמ' 62.

35. הערת עורך: על הצורך באישור של "אדם חשוב", ראה: בבא בתרא ט, א. בהקשר זה יש להעיר, שקביעה זו אינה פשוטה, משום שכידוע, הסכמתם של נציגי המפלגות הדתיות, אינה נובעת מסיבות ענייניות בהכרח. לעיתים, ההסכמה נובעת מלחצים פוליטיים. האם גם במקרה זה ייאמר שההסכמה כמוה כאישור על ידי אדם חשוב?

36. דיון נרחב בנושא זה, ראה במאמרו של פרופ' חנינה בן מנחם, ענישה שלא מן הדין, להלן עמ'

הסכמת רוב גדולי הפוסקים ראשונים ואחרונים שהסכימו דרשאים כל בית דין גדול וחשוב שבדור בכל מקום ובכל זמן לדון בהוראת שעה למגדר מילתא אפילו עונשי גוף, ותו לא מידי.<sup>37</sup>

לאחר שמביא בהרחבה את דברי הר"ן בדרשותיו,<sup>38</sup> לענין משפט המלכות הפועל שלא על פי דין, בצד משפט התורה, הוא מבקש ליישם את דברי הראי"ה קוק בענין משפטי המלוכה, החוזרים ליד האומה בכללה בשעה שאין מלך,<sup>39</sup> ומסכם -

**לאור זה לכאורה נראה בפשיטות שבתי המשפט של המדינה בימינו (וזה יצויין בבהירות ובבירור מוחלטים, במדה שדיונם נוגע לתקון חיי חברה סדירים והענשת פושעים לכל סוגיהם, ואין הם נוגדים את חוקי תורה"ק) יונקים את סמכויותיהם משתי זרועות. הראשונה נשיא המדינה הממנה את השופטים, והנשיא עצמו הרי ברור שדין מלך יש לו עכ"פ לענין המשפט וכדברי מרן זצ"ל, והשופטים יונקים מסמכויותיו הממלכתיות. השניה היא כנסת נבחרת העם שהיא מתקינה תקנות ומחוקקת חוקים שמטרתם ותכליתם הנהגת חיי חברה תקינים וסדירים (ושוב יצויין במדה שתחוקתם נוגעת לתכלית זו בלבד, כי לחוקק חוק נגד המפורש בתורה"ק אין שום כח בעולם ואפילו לא כל עם ישראל כאיש אחד אינם יכולים ורשאים), ושבתי הדין של המדינה דנים לפיהם. יוצא איפוא שהכנסת, ובתי הדין הדנים לפי חוקיה, במקום מלכות עומדים.**

זהו רק מעט מזעיר, כטיפה בים מכל מה שנכתב ונידון בנושאים אלה בכל כרכי "התורה והמדינה", תחומין, ספרי הגר"ש ישראל זצ"ל, הגריא"ה הרצוג זצ"ל, הגר"ש גורן זצ"ל ועוד גדולים ואדירי תורה.

כל הים הגדול הזה נשען בעיקרו אל אותם שלשה עקרונות שהובאו לעיל. ואף שכל כך הרבה נכתב בנושאים אלה, לא עלתה בדינו עדיין משנה ברורה והלכה ברורה בשאלות ההלכה והמשפט שלפתחנו. וכך כתב בעניין זה הרב ד"ר איתמר ורהפטיג - קל ונוח לנו להביט על משפט המדינה כ"דינא דמלכותא". מלבד העובדא כי בנידון זה יש המשך למסורת הגולה, על תקדימיו, הרי שלא נדרשת מאתנו התמודדות עם משפט זר, נכפה עלינו, ועלינו רק לדון אם ועד כמה נכיר בו.

37. דבר המשפט ג, 170.

38. דרשות הר"ן יא.

39. ראה: שו"ת משפט כהן קמ"ד, יד.

**הערות עורך:** הרב, פרופ' נחום רקובר, בספרו **שלטון החוק בישראל** (ירושלים תשמ"ט), עמ' 152, עמד על כך שהמאירי אמר כבר דבריו דומים לאלו של הרב קוק, אם כי, הרב קוק עצמו לא היה מודע לכך, משום שדברי המאירי טרם פורסמו בזמנו. וראה גם במקורות שציין שם, בהערה 81.

אולם אפשרית גם גישה שונה - לא להשלים עם המצב הקיים, כשאנו רק "מסננים" את הטוב בעינינו, אלא לנהל מאבק אמיתי להגשמת חזון מדינת התורה, במסגרת זו אכן יש להתיחס להסדר המשפטי הקיים: אם הוא נראה בעינינו, להודיע כי היינו מוכנים לקבל הסדר זה במסגרת תקנות לפי דין תורה; אם אינו נראה בעינינו, יש להציע הסדר אחר. מובן שכאן נידרש לקבוע קריטריונים, מה וכיצד מקובל עלינו.

אמנם הצעה זו חורגת מתחום המשפט וחובקת חיי מדינה בכלל. לצורך זה יש להקים גוף של תלמידי חכמים, מעורים בציבור, שבהתייעצות עם מומחים שונים ידונו "מה היינו אנו מחוקקים", מהו ההסדר המשפטי שיכלול בקרבו תקנות משלימות? ומעבר לזה: מה תהא צורת השלטון, מה הן זכויות האזרח וחובותיו.

רק במצב כזה נוכל להישיר מבט אל המנהיגים החילוניים של המדינה ולומר להם "סלו סלו, פנו דרך, הרימו מכשול מדרך עמי" (ישעיהו נז, יד) שכן לנו יש הצעה אחרת, אמיתית וטובה יותר, להנהגת המדינה. אכן, דומה עלי, כי אף אנו נכנסים לשגרה, ושוכחים מחזון מדינת התורה. ולעתים שואל אני את עצמי, העדיין חפצים אנו להגאל? האם כך מצפים לישועה?<sup>40</sup>

#### ד.

במסכת ברכות,<sup>41</sup> מסופר מעשה מופלא ברבי שילא, בן הדור הראשון לאמוראי בבל, אשר הועמד לדין על ידי המלכות בעוון שיפוט ללא סמכות. בשעה שעיינו השופטים בדינו, פתח ואמר פסוק זה: "לך ה' הגדולה והגבורה ונצח וההודו כי כל בשמים ובארץ".<sup>42</sup>

אמרו לו: מה אמרת?

אמר להם: ברוך ה' אשר נתן מלכותא דארעא כעין מלכותא דרקיעא ונתן להם שלטון ואהבת צדק ומשפט.

אמרו לו: הואיל ואתה רוחש כל כך כבוד ויקר לסדרי השלטון והצדק שלנו, ראוי אתה לקבל מאתנו רשות וסמכות לדון בקרב היהודים.

את עמדתו זו של רב שילא מבאר הרב קוק בדרך זו -

שההשכלה האנושית וארחות הצדק המוסכמות על פי שיקול דעת נבונים הם

40. ורהפטיג, לעיל הערה 29, 192-193.

41. ברכות נח, א.

42. דברי הימים א כט, יא.



מתאימות לארחות הצדק, שהם דרכי ד' שעל פיהם יסד ארץ. והם יסודי התורה גם כן, שהתכלית העולה מהתרבות והיושר האנושי היא אותה התכלית עצמה העולה במעלה יותר גבוהה ע"י עול מלכות שמים ועול מצות ע"פ תורת ד' אשר עמנו.

לא יכלו אז לחשוב אחרת, כי אם שאיש הישראלי, והן כל בן אומה ודת מיוחדת, לא יוכל, עם היותו שלם באמונה ויראת ד' בלבבו, להיות הוגה כבוד ויקר לנימוסים אחרים, שמזה נובעת הקללה הרובצת על המון בני אדם לצרר איש את אחיו. אבל בשמעם את ההגיונות הישרים היוצאים על פי ההשקפות הברורות של האמונה השלמה, שהיא מחייבת להעריך כל מוסד משפטי שתכליתו להקים את הצדק והיושר באומה בתור דבר ד', כאשר חזקה היא האמונה בהשגחת ד' הנפלאה, שמלכותו בכל משלה. וגם חוקי מדינה, המתקבלים על ידי עמים להיות מתנהגים על ידם בחיי תם ויושר, ראוי לכבדם. איש כזה ראוי להיות נאמן גם בעיני בני עמים זרים, להפקיד בידו משרות נכבדות. על כן, בהכירם את התוכן הנעלה שיש בדברי רב שילא היקרים, המיוסדים על מקרא מלא, המדבר בכללות השגחת ד' המלאה גם בכל ענפי הצדק הארצי כמו שדברו נצב בשמים, מסרו בידו כח דין ועז משפט.<sup>43</sup>

עמדה זו, אף שהיא נאמרת כאן ביחס למלכות זרה, קובעת היא עמדה של הערכה וחיובות למשפטי ההשכלה האנושית. אותם אורחות צדק ואהבת משפט אנושי הם הם דרכי ה' שעל פיהם יסד ארץ וכונן תבל ויושבי בה. יסודות צדק אלה הם יסודות התורה עצמה.

אמנם, אין להשוות בין חוקי ארץ לחוקי סיני מן השמיים. כל נסיון אנושי ושכלי, יהא משוכלל ככל שיהא, לקבוע מערכת שלימה של איזונים בין ערכים, בין ערכי הפרט והחברה, בין כל סוגי הזכויות והחירויות, בין המדינה לאזרחיה, בין אדם לחבירו "אי אפשר שלא יעבור באיזה פרט את האיזון המדויק והנקודה הרצויה. רק אדון כל המעשים שהכל גלוי וצפוי לפניו הוא המסדר את הערכים של חסד ואמת ומשפט וצדקה, עוז וגבורה, רחמים ונקמה כל אחת במדתה".<sup>44</sup> והוא אשר הורה לנו את כל אלה בתורתו.

\* \* \*

43. עין אי"ה, ברכות, שם.

44. שם.

מכון "משפטי ארץ" עפרה - מכון גבוה להלכה ומשפט, שם לו למטרה נשגבה את כל האמור לעיל. בבקשנו לגדל תלמידי חכמים דיינים מומחים בדיני ממונות ובחירתנו לדון "דין אמת לאמיתו" על פי העקרונות דלעיל, ערכנו תכנית לימודים אשר תהא מושתתת על אלה -

1. עצה והדרכה של גדולה תורה שבדור.
  2. ניתוח משפטי של ההלכה.
  3. מדינת ישראל וחוקיה כגורם בהלכה ובמשפט.
  4. ידע משפטי-מהותי כללי, תוך חשיפה לחשיבה משפטית כללית.
- יתן ה' ויברכנו שיעלה בידינו מעט משאיפותינו אלה להשיב שופטינו כבראשונה, ויועצינו כבתחילה לקומם עיר על תילה והיכל על משפטו.

## בשער בית הדין

”מלך במשפט יעמיד ארץ, ואיש תרומות יהרסנה –  
אם דומה הדיין למלך, שאינו צריך לכלום, יעמיד ארץ,  
ואם דומה לכהן המחזר על הגרנות, יהרסנה”  
(כתובות קה,ב)

”וכאשר שומר אלו דברים השייכים למשפט,  
אז ישב על כסא המלכות באמת,  
ויהיה קיום לשבתו על כסא מלכותו,  
כי אין כסא מלכות, רק (=אלא) המשפט,  
דכתיב: מלך במשפט יעמיד ארץ”  
(מהר”ל, נתיבות עולם א נתיב הדין, פרק א)



## הסכם פשרה שאינו על דעת בעל הדין

הגאון הרב יוסף קאפח זצ"ל

### הקדמה

אין עושין נפשות לצדיקים דבריהם הן  
זכרוניהם<sup>1</sup>

מורנו ורבנו, הגאון רבי יוסף קאפח נודע בשערים על מפעלו הכביר בפירוש ספרי הרמב"ם, וההדרתם. הציבור הרחב מודע פחות לפועלו הרב במסגרת בית הדין הרבני הגדול שבירושלים. השנים בהן כיהן הגר"י קאפח כדיין במוסד מכובד זה, הניבו עושר רב של פסיקה מאירת עיניים, בכל תחומי ההלכה.

זכות גדולה נפלה בחלקנו על ידי בנו, ר' דוד קאפח, כשמסר לידינו שנים מפסקי הדין של אביו, הנוגעים ישירות לנושא של קובץ זה – הלכות דיינים, ועל כך תודתנו לו, מקרב לב.

פסק הדין הראשון, משנת תשמ"ג, עוסק בערעור על פסק דין של בית הדין הרבני האזורי, שבו הסדיר בית הדין האזורי את העניינים הכספיים הנוגעים לחלוקת הרכוש המשותף של בני הזוג. הבעל ערער על פסק דין זה בפני בית הדין הרבני הגדול, בטענה שהוא מקפח את זכויותיו. בית הדין הרבני הגדול ביקש מאב בית הדין האזורי שינמק את פסק הדין, והלה השיב שפסק הדין ניתן במסגרת הסכם פשרה, לאחר שהצדדים הצהירו שהם "מבקשים מבית הדין להחליט כראות עיניו על חלוקת הרכוש".

אולם, עיון בחומר הראיות גילה לבית הדין שיש מקום רב להטיל ספק בשאלה, האם אמנם היה הבעל נכון לקבל על עצמו כל פשרה שיעלה בית הדין, אף דוגמת זו שהועלתה בפסק הדין? ואם לאו, מה תוקפו של הסכם הפשרה?

עובדה מעניינת נוספת שהתבררה במהלך הדיון היא, שמדברי אחד מן הדיינים בהרכב בית הדין האזורי ניתן ללמוד שהוא לא ראה את פסק הדין כפשרה גמורה, אלא כהצעת פשרה, אותה יכולים הבעל והאישה לקבל, או לדחות. בהקשר זה התעוררה השאלה, מה דינה של פשרה, כאשר אחד מחברי בית הדין סבור שאין לה תוקף מחייב?

1. בראשית רבה (וילנא) פב, י.

## בית הדין הרבני הגדול ירושלים.

תשמ"ג/328

בפני כב' הדיינים

הרב עובדיה יוסף

הרב יוסף קאפח

הרב אליעזר שפירא

### פסק דין

הצדדים התחתנו בסביבות שנת תשכ"ו. בתשכ"ז נולדה בתם. חיי הזוג לא התנהלו על מי מנוחות, ואי הבנות מרובות היו ביניהם, אם נתבטא בלשון עדינה, וזה למעלה מ-11 שנים הזוג אמנם חיים ביחד בדירה אחת, אך בחדרים נפרדים.

בשנת תשל"ג הגיש הבעל תביעה לגירושין, תיק /12685מא, הצדדים הופיעו לפני בית הדין, והאישה הסכימה לקבל ג"פ, אך משום מה הצדדים לא המשיכו בדיון, ובאדר תשל"ד נסגר התיק מחוסר תנועה. באלול תשל"ד שוב פתח הבעל תיק מס' 12474 בתביעת גירושין, והצדדים הופיעו לפני בית הדין, גוללו מעט מסבלם, ושוב הונח התיק, ובסיון תשל"ח נסגר מחוסר תנועה.

בסוף תשמ"א פתחה האישה תיק 11391, בו תבעה גירושין, ואף הופיעו הצדדים לפני בית הדין, ובאלול תשמ"ב שוב נסגר תיק זה מחוסר טפול. בכסלו תשמ"ג שוב הגישה האישה תביעה לגירושין והצדדים הופיעו לפני בית הדין, התקיימו כמה ישיבות, גוללו את סבלם, וכנהוג כל אחד מטיל את אשמת כשלון חייהם המשותפים על משנהו. מתברר, כי שני הצדדים הגיעו למסקנה שאין תקווה לתקון חייהם המשותפים, וצריכים להיפרד זמ"ז בג"פ [= זה מזה בגט פיטורין]. האישה עובדת ומשתכרת למזונותיה, וכבר לפני כן הגישה האישה תביעות נגד בעלה למזונות הילדה ברשות אחרת, ותביעתה נדחתה מנימוקים שאינן ענין לנו, וכל סלע המחלוקת ביניהם היא דירתם המשותפת הרשומה ע"ש שניהם, ואשר שניהם גרים-דרים בה עד היום.

ביום א' תמוז תשמ"ג ניתן פסק דין אשר מסקנותיו כדלקמן -

- א. (1) לסדר גט בין הצדדים כהסכמתם.
- (2) על הבעל לעזוב את הדירה לפני סדור הגט.
- ב. (1) הדירה הרשומה ע"ש שני הצדדים, תרשם ע"ש האישה והבת של הצדדים, 75% ע"ש האישה, ו-25% ע"ש הילדה.

- (2) בית הדין נותן בזה הרשות לשני הצדדים הוריה של הילדה ואפוטרופסיה הטבעיים לקבל רשום החלק של הדירה כאמור, - ע"ש הילדה.
- ג. (1) הזכות לאישה לגור בדירה עד שהבת תגיע לגיל 20 שנה.  
(2) בהגיע הבת לגיל 20 שנה כאמור, תהא זכאית - אם תרצה בכך - לדרוש מאמה לאפשר לה לממש את חלקה בדירה.  
(3) הזכות לאם בזמנו, לפצות את הבת על חלקה בדירה, לפי ערכה כפנויה.
- ד. על האם להפקיד ע"ש הבת בתכנית חסכון - באחת מהתכניות המקובלות בבנקים בישראל - סכום של 200,000 שקל, וזאת כדלהלן:  
(1) סכום של 100,000 שקל לא יאוחר מיום כ"א אב תשמ"ג (31.7.83)  
(2) סכום של 100,000 שקל לא יאוחר מיום כ"ג תשרי תשמ"ד (30.9.83)
- ה. פרט לאמור לעיל, אין לצדדים כל תביעות נוספות אחד נגד השני לרבות הכתובה.
- ו. אשר להחזקת הילדה של הצדדים, קובע בית הדין:  
(1) הואיל והבת היא בת למעלה מ-16 שנה, הברירה בידה להחליט אצל מי היא רוצה לחיות, ובחזקת מי מהוריה היא רוצה להישאר.  
(2) אם הבת תחליט להיות אצל אביה או שתהיה במקום אחר, על האב יהא לשאת בכל הוצאות החזקתה.  
(3) אולם אם הבת תחליט לחיות עם אמה, על האב יהא לשלם לאם לצורך מזונותיה והחזקתה.  
(4) בית הדין ידון בגובה המזונות שעל האב יהי' לשלם לאם לצורך הבת, אם תוגש לפניו בקשה לכך.  
(5) ביח"ד ידון בכל עת בענין החזקת הבת ומזונותיה עד השינוי בנסיבות - אם תוגש לפניו בקשה לכך ע"י כל אחד מהצדדים."
- פסק דין זה הוא נשוא הערעור לפנינו, בו קובל הבעל על שבית הדין הוציא אותו נקי מנכסיו, ואין לו בהם הנאה של כלום, ואף גזר אומר להוציא מביתו ומיגיעו.
- וביום י' אד"א תשמ"ד הופיעו הצדדים לפנינו, שמענו השגות הבעל ותשובות האישה, וגם בעינינו יפלא על מה ולמה ניתן פסק דין נשוא הערעור, ובו ביום החלטנו לבקש מבית הדין האזורי טעמם ונימוקם לפסק הדין. הנימוקים ניתנו ע"י כב' האב"ד שליט"א, בו שתי הדגשות שהצדדים "מבקשים מבית הדין להחליט כראות עיניו על חלוקת הרכוש".
- האישה דרשה שכל הדירה תירשם על שמה, "והבעל הציע שחלקו בדירה תירשם ע"ש הילדה, ואילו לעצמו אינו דורש מאומה", זה מדברי כבוד האב"ד שליט"א, שהצדדים קיבלו בקגו"ש [=בקניין גמור ושלם], ונאמנים עלינו דבריו, אף שלא נתפרש בתיק.

בתיק צורפת חו"ד מאחד [מ]חברי בית הדין האזורי, שלדעתו אין לפסק דין תוקף יותר מאשר הסכם רגיל בין הצדדים, וכותב: "למותר לציין שאין כל התחייבות על אף אחד מהצדדים לקבל ולמלא אחר הסדר זה" ואילו היו הצדדים מתגרשים ע"פ הסדר זה, היה מקבל תוקף, אך כיון שהוגש נגדו ערעור, הרי הוא בטל מעיקרא לדעתו.

והנה עם העיון בחומר שבתיקים, אין אנו מוצאים שום רמז שהבעל מסכים לוותר על חלקו, כל מה שהסכים היה שהדירה תימכר, וברור שהכוונה כשהיא פנויה משני הצדדים, והחצי מהמחיר של כל הדירה, יירשם בבנק ע"ש הילדה, ובית הדין בהחלטתו נתן את שלשת רבעי זכות הדיור שהיא למעשה שני שלישים מערך הדירה, לאישה, ואף השליש מערך הדירה נתן כשלשה רבעים לאישה, ורבע לילדה, שכאשר תרצה לממש את זכותה, צריכה להיכנס בדינא ודייני, ולהוציא כפליים ממה שתקבל כידוע, פרט לסכומים שערכם האפסי ידוע לכל, שיוכנסו ע"ש הילדה.

לפיכך, נראה לנו ש"חלוקה" כזו לא עלתה על לבו של הבעל, ואין מנוס מאשר לבטל את כל פסק הדין על כל סעיפיו. וכן סופו של הפסק המתייחס לילדתם המשותפת, הרי היא כיום כבת 18 שנה, ואל לנו לעסוק בעניינה, ומה גם לדברי הבעל – ויש רגלים לדבריו – שכל עניין הילדה סודר ונגמר ברשות אחרת.

לפיכך מחליטים:

- א. מבטלים פסק הדין נשוא הערעור לכל סעיפיו, וברור שהבעל רשאי לדור בביתו.
- ב. אם אחד הצדדים טוען על בעלות בכל הדירה או ברוב הדירה, הדרך פתוחה לפניו להגיש עצומותיו לפני בית הדין, יוכיח את טענותיו, וחזקה על בית הדין שיפסוק כדמו"י.
- ג. מייעצים לצדדים לטובתם ולטובת ילדתם, לסיים את הפרשה ביניהם ביפה שעה אחת קודם.
- ד. אין צו להוצאות.

## יוסף קאפח

אני מסכים לפסק הדין הנ"ל

## עובדיה יוסף

מאחר ולפי דברי אחד הדיינים, כל החלטת בית הדין האזורי היה רק בגדר הצעת פשרה, וכפי שנוסח כי אין להצעה זו תוקף יותר מכל הסכם שנעשה בין הצדדים, ולפיכך, למעשה כל פסק הדין לא קיים באם אחד מן הצדדים הגיש התנגדות, ולכן אין מקום אפילו להחליט בערעור. ומאחר ולפי דעת הדיין הנ"ל נראה כי לא קבלו בקאג"ס [=בקניין אגב סודר] כדין פשרה שצריכה קניין, ונמצא דגם יש הכחשה בין הדיינים באם היה קבלת קניין. והנה ענין הקניין לא מצאנו מפורש בפרוטוקול בית



הדין, ואף שכתב הש"ך ב[ח"מ] סי' י"ב ס"ק י"ב שהפשרנים נאמנים שעשו קניין, אך מאחר וכאן יש סתירה לכאורה, ולכן נמצא דאין כאן פסק דין שניתן ע"י כולם, ולכן אני מצטרף להחלטה כנ"ל.<sup>2</sup>

#### אליעזר שפירא

הוחלט, איפוא, כאמור לעיל:

- א. מבטלים פסק הדין נשוא הערעור לכל סעיפיו, וברור שהבעל רשאי לדור בכיתו.
- ב. אם אחד הצדדים טוען על בעלות בכל הדירה או ברוב הדירה, הדרך פתוחה לפניו להגיש עצומותיו לפני בית הדין, יוכיח את טענותיו, וחזקה על בית הדין שיפסוק כדמו"י [=כדת משה וישראל].
- ג. מייעצים לצדדים לטובתם ולטובת ילדתם, לסיים את הפרשה ביניהם ביפה שעה אחת קודם.
- ד. אין צו להוצאות.

ניתן ביום ד' תמוז תשמ"ד

אליעזר שפירא

יוסף קאפח

עובדיה יוסף

2. הערת עורך: הגר"י קאפח היה ער לעמדתו של אחד הדיינים, שלא נעשה קניין על הפשרה, ובכל אופן כתב שנאמנים בעיניו דבריו של אב בית הדין, שהיה קניין. לא ברור מדוע האמין לאב בית הדין, יותר מאשר לדיין הטוען שלא נעשה קניין. עניין נוסף שראוי לתת עליו את הדעת הוא, שככל הנראה, עמדתו של הגר"א שפירא, שמאחר ולפי דעת אחד הדיינים לא נעשה קניין, "אין כאן פסק דין שניתן ע"י כולם", אינה מקובלת על הגר"י קאפח והגר"ע יוסף, שכן, הם לא השתיתו את פסיקתם על עניין זה. ואמנם, הקביעה הנחרצת של הגר"א שפירא, שכאשר אחד הדיינים סבור שלא נעשה קניין, הוא אינו חלק מן הגוף המפשר, אינה פשוטה, ויש עוד לעיין בדבר.

## הרכב חסר של בית דין בעניינים שלא על ריב

פסק הדין השני של הגר"י קאפח, הוא משנת תשמ"ח, ועניינו בהסכם גירושין בין בני זוג, "בו הסדירו [בני הזוג] את התנאים הכספיים-הממוניים שביניהם". הסכם זה אושר על ידי בית הדין האזורי בתל-אביב, וניתן לו תוקף של פסק דין. לאחר זמן, ביקש הבעל מבית הדין הרבני הגדול שיתן בידיו פסק דין הצהרתי, ולפיו, ההסכם בטל, בין השאר, משום ש"הרכב בית הדין היה חסר, כי אז ישבו רק שני דיינים". בפסק דין זה, מברר הגר"י קאפח, האם ההלכה דורשת שישבו שלושה דיינים בדין, אף כאשר עוסק בית הדין בהליך פורמאלי, שאינו כרוך בדיון ובהפעלת שיקול דעת? בהערת אגב, מן הראוי להעיר שהבעל ערער על פסק דין זה לבג"ץ,<sup>3</sup> והאחרון, סמך ידיו על פסיקתו של הגר"י קאפח בעניין זה.

## בית הדין הרבני הגדול ירושלים

תשמו / 57

בפני כב' הדיינים:

כ"ג הראשל"צ הרב הראשי לישראל הרב מרדכי אליהו

הרב יוסף קאפח

הרב אליעזר שפירא

## פסק-דין

הצדדים התחתנו בשנת תש"ך. מנשואיהם נולדו להם שתי בנות בשנים 64-71. בשנת תשמ"ב הגישו הצדדים לבי"ד ת"א הסכם גירושין, בו הסדירו את התנאים הכספיים-הממוניים שביניהם, וביקשו מבית הדין לסדר את הגירושין ביניהם על בסיס ההסכם. בית הדין מתוך חובה מוסרית-יהודית ניסה לאחות את הקרעים ללא הצלחה מסיבות המפורטות בתיק, והצדדים נפרדו בג"פ [=גט פיטורין], לפי ההסכם.

בשנת תשמ"ו הגיש הבעל בתיק מו1808/ בקשה למתן פסק דין הצהרתי על בטלות פסק הדין, מכמה סיבות; לדעתו: א) הרכב בית הדין היה חסר, כי אז ישבו רק שני דיינים. ב) ההסכם הוא משונה, שלדבריו מתוך "מצוקתו" אז, קיבל על עצמו התחייבויות בלתי סבירות, ולדבריו אי אפשר לעמוד בהן. ג) לדבריו, בית הדין הוסיף

3. ראה: בג"ץ 502/86, א' נגד בית הדין הרבני הגדול בירושלים ובית הדין הרבני האזורי בת"א (טרם פורסם).

עליו התחייבות שלא היתה בהסכם, היינו, שיפרנס את בנותיו עד שיתחתנו, ועוד ועוד ככל המפורט בבקשתו. בית הדין דחה את בקשתו בהחלטה מיום ה' כסלו תשמ"ו, והוסיף ואישר את ההסכם כפסק דין שעל אשיותיו התגרשו, ומכאן הערעור לפנינו, תחת הכותרת "תקפו של פסק דין".

ביום כ"א אדר א' תשמ"ו הופיעו הצדדים ובאי כוחם לפנינו, חזרו על טענותיהם, האריכו-הרחיבו בדוגמאות והשוואות מפסקי דין אחרים, שמענו את הנאמר, עיינו בכל החומר שבתיקי בי"ד האזורי, לנו נראה שכל טענות המערער הבל המה ורוח תישאם. מפליא מאד עד היכן עשוי אדם לרדת בהתעללותו בזולת. כאשר רצה להשיג את מבוקשו, חתם על הסכם, ועתה הוא מתנער מכל התחייבויותיו בעוז, כאילו נעשה לו עוול, ונזכיר כאן שנים-שלשה גרגרים:

טענתו שכאילו בית הדין הוסיף עליו התחייבות שלא הייתה בהסכם, כלומר, שיזון את בנותיו עד שתינשאנה או דוחים טענה זו בשאט-נפש, התיקון נעשה בגוף ההסכם, והצדדים שניהם גם יחד חתומים על התיקון. ואף-גם-זאת, מאיזה התחייבות רצונו כעת להתנער? מלזון בנותיו יוצאי חלציו. טענתו שההסכם בלתי סביר, גם טענה זו דינה להדחות. וכבר ראינו עשרות ומאות הסכמים יותר חמורים, ובני אדם המכבדים את עצמם עמדו ועומדים בהם. וטענתו שהיא ניצלה את מצוקתו, הלא זה טבעי שאדם [ה]רוצה להשיג יתרונות לפי דמיונו, משלם בעד מה שהוא רוצה להשיג.<sup>4</sup> זאת ועוד, אין עניין שרק להשיג יתרונות, אלא יש כאן גם צד שני שהיא האישה שויתרה על זכויות המגיעות לה בצדק ובזכות מכוח הנישואין, והיא ויתרה עליהן תמורת נזיד עדשים, חצי דירה תפוסה, ועזר למזונות עלובים, ולא רק שהדירה תפוסה על ידה, אלא גם בנותיו שלו יוצאי מעיו מתגוררות שם, ועתה בא במצח נחושה לנשלה גם את נזיד העדשים שהשלה אותה בו, תמורת ויתוריה רבות הערך, וברור שיש לדחות דברי הבל אלה.

ועתה **לשורש** הערעור כלשונו, והוא שפסה"ד ניתן בשנים, וזה נוגד את הדין והחוק כלשונו. עלינו להבהיר לו, שאין זה נוגד לא את הדין ולא את תקנות הדיון, ולא את פסיקת הבג"ץ, כי המקרה של זוג זה, לא היה שום טעו"מ [=טענות ומענות], לא דין ולא דיון ולא התדיינות,<sup>5</sup> אלא הגשת הסכם מוסכם בהסכמה מוסכמת, כך שאין הנושא שייך כלל לדיון והתדיינות שצריכה להיות בשלשה דווקא.<sup>6</sup>

4. **הערת עורך**: טיעון מסוג זה, מכונה במשפט האזרחי – "עושק". סקירה נרחבת על עמדתו של משפט התורה בסוגיה זו, בהשוואה לדין הנוהג במשפט האזרחי, ראה במאמרו של פרופ' ס' דויטש, "הוראת העושק בחוק החוזים", **מחקרי משפט ב'** (תשמ"ב) 1, עמ' 28-32.

5. בהקשר זה העיר **הרב הלל גפן**, שלכאורה, הדבר תלוי בשני תירוצי **התוספות** ביבמות קא, א, ד"ה ואין. התוספות עוסק בשאלה, מדוע נדרש בית דין שאינו שקול בחליצה, ומסיק שמאחר ויש מחלוקת שונות הנוגעות לדיני חליצה, ייתכן ויתקיים דיון בבית הדין, ולכן, אין לבצע

ואף גם זאת, בסעיף 3 ב' של ההסכם, חילקו-פילגו-ביתרו והפרידו הצדדים עצמם במו ידיהם את בקשתם לפני בית הדין הרבני, וכך כתבו: "על מנת שבית הדין הרבני יאשרו ויתן לו תוקף של פסק דין". ולא כתבו "יאשרו כפסק דין", הוי אומר יאשרו משפט בפני עצמו. ובנוסף על כך, יתן לו תוקף של פסק דין, והמלה "ויתן" נכתב ב-ואו, כלומר, עניין נפרד מעניין ראשון, והרי לאשור ההסכם כהסכם, די היה בנוטריון, ולא גרע כוחו של דיין יחיד או שנים, מנוטריון! וזאת הם עשו, ואשרו את ההסכם, ומעתה, כל ב"ד יכול ליתן לו תוקף פסק דין, בפרט לאחר שהמערער השיג את כל מבוקשו ע"י הפעלת תנאי ההסכם בפועל ולמעשה.

לפיכך, נראה לנו כי אשור הדיינים את ההסכם מיום ל' סיוון, תקיפה שרירה וקיימת, והמילים שכתבו בשולי הפרטיכל "מאשרים את ההסכם המצורף לתיק" ניתנו בסמכות מלאה.

את החלק השני: "ונותנים לו תוקף פסק דין", גם אם ניתן לבעל את טענתו, כי לא היו מוסמכים מבחינת ההרכב החסר, הרי חזרו ונתנו לו תוקף פסק דין בתקופה יותר מאוחרת, ולא חשוב מתי, כיון שהוא הסכם מאושר שהופק למעשה בשעתו. ואם יטען שהם רק נתנו תוקף עתה למה שעשו אז, הרי אנו נותנים לו עתה תוקף פסק דין למפרע מיום אשורו ואשור חותמיו על ההסכם, וזו חובתנו וחובת כל בית דין להציל עשוק מיד עושקו.<sup>7</sup>

חליצה בפני בית דין שאינו שקול. אך מוסיף התוספות ומקשה: "אבל לעניין סמיכת פר, דבעינן נמי שלושה, קשה!". התוספות מציעים שני תירוצים. לפי הראשון: "תם נמי איכא פלוגתא, אי בעינן בכל כוחו". כלומר, למעשה, גם בסמיכת פר ייתכן ויתקיים דיון. ההנחה העומדת ביסודו של תירוץ זה, שבית דין שקול נדרש, רק במקום שמתקיים דיון. אולם בעלי התוספות מציעים תירוץ נוסף: "ועוד יש לומר, דבכל דוכתין דבעינן ראוי לבית דין, אין בית דין שקול". לפי תירוץ זה, ייתכן וכל מעשה בית דין צריך להתבצע בהרכב של שלושה דיינים, אף אם לא נדרשים הדיינים לקיים דיון בדבר, ויש עוד לעיין בדבר, וראה בהערה הבאה.

6. **הערת עורך:** מן הראוי לציין שקביעה דומה, לפיה אין צורך בשלושה דיינים כאשר בית הדין אינו נדרש ל"דיון והתדיינות", ישנה כבר בע"ר תשי"ד 1117 / (גנוך המדינה, מיכל 4810), שעיקריו נדפסו ב**שו"ת ישכיל עבדי** ה, אה"ע, לה. פרופ' א' שוחטמן, בספרו **סדר הדין** (ירושלים תשמ"ח) מעיר בעניין זה: "ספק אם יש לבית הדין סמכות לפעול כך, לאור העובדה שחוק הדיינים אינו מכיל הוראה המאפשרת לקיים דיון בהרכב של פחות משלושה דיינים, ולפי סעיף 8(ה) לחוק נחוצ, לכאורה, בכל מקרה ובכל עניין, הרכב מלא של שלושה דיינים; כך על כל פנים, לפי פסיקת בית המשפט העליון". בהערתו (43) הוא מפנה לבג"ץ 297/77, **דורון חן נ' בית הדין הרבני האזורי בחיפה ואח' פ"ד** לא(3), 679, 688. פרופ' שוחטמן אינו מזכיר את פסק הדין בו אנו עוסקים, ואף לא את בג"ץ 502/86, הנ"ל בהערה 3, ההופך, כפי הנראה, את ה"הלכה" מבג"ץ 297/77. כמו כן, המצב המשפטי כיום, שונה לחלוטין, היות ובמסגרת תקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל משנת תשנ"ג, נקבע בסעיף ד(2) א, שב"עניינים שלא על ריב", רשאי בית הדין לדון בהרכב שיש בו פחות משלושה דיינים.

7. **הערת עורך:** באמרת אגב זו, רמוזה גישה שונה בתכלית של בתי הדין בישראל, לעומת זו

לפיכך מחליטים:

דוחים את הערעור.

על המערער לשלם למשיבה כחלק מהוצאותיה בערעור זה, סך מאה וחמישים שקלים חדשים.

**מרדכי אליהו**

**יוסף קאפח**

בנוסף לנימוקים הנ"ל, יש להוסיף שלא ייתכן כי סעיפים מסוימים מההסכם יהיו קבילים בעיני המערער, וסעיפים אחרים לא יהיו קבילים, שאם כן, הלא ייתכן שיהיה ערעור על עצם גט הפיטורין שניתן בזמנו, ואם כן, אנו אומרים: שתיקותיך יפה מדבורך, ולכן אין לנו להתייחס לכל הערעור, שלא הוגש בתום לב, ודוחים את הערעור.

**אליעזר שפירא**

הוחלט איפוא:

דוחים את הערעור.

על המערער לשלם למשיבה כחלק מהוצאותיה בערעור זה, סך מאה וחמישים שקלים חדשים.

ניתן ביום י"ב אייר תשמ"ח

**אליעזר**

**יוסף קאפח  
שפירא**

**מרדכי אליהו**

המקובלת בבתי המשפט האזרחיים. בית המשפט האזרחי אינו נותן סעד, שלא נתבקש לתת אותו, ואף אין הוא מתערב בדיון על מנת לשפר את מצבו של אחד הצדדים. בית הדין הרבני, רואה חובה לעצמו, לא רק לשפוט בין הצדדים, אלא גם "להציל עשוק מיד עושקו". לפיכך, לא יירתע מלהתערב בדיון, ולהגיש סעד שלא נתבקש לתת, אם יראה שבכך ניתן יהיה אמנם להציל את העשוק. עוד בעניין זה, ראה להלן עמוד 531 בדברי הגריא"ה הרצוג זצ"ל.

## שבחי הפשרה

### הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג\*

כבוד הרבנים חברי כולל משפטי ארץ, עפרה.

שליט"א

יקרת מכתבכם קבלתי ובו שאלתם שאלות חכם, ואבא לפי סדר השאלות. ונתחיל בשאלה ב שהיא דחופה יותר. שאלתם: מאחר שאין בתי דינים רוצים לדון דין תורה אלא רוצים שהבעלי דין יקבלו בקנין הן לדין והן לפשרה ולכן יש בעלי דינים שמתלוננים שזה גורם שתלקה מדת הדין, [משום] שהם בטוחים שהם זכאים בדין, ולכן דרכם לתבוע יותר ממה שמגיע להם כדי לזכות בדרך פשרה לכל הפחות [ל]מה שבאמת [הם] זכאים. ושאלתכם: מה תקנה יש לזה?

א.

תשובה: באמת יש דרך, וכן נוהגין בבד"צ לקבל קנין לדון פשרה קרובה לדין. והנני להביא כמה דוגמאות [לכך] שיש עדיפות לפשרה יותר מהדין, גם למי שבאמת זכאי. בחור"מ סימן שס"ח סעיף א, המציל מיד לסטים ישראל, הרי אלו שלו מפני שהבעלים מתיאשים. אבל המציל מיד לסטים גוי חייב להחזיר, שסתם הדבר שלא נתיאשו

\* המאמר הוא למעשה, מכתב תשובה לשאלה שהופנתה אל הרב, בלשון זו: "ביסודה, היותה הפשרה דרך להשכין שלום בין בעלי דין, כפי העולה מסוגיית התלמוד במסכת סנהדרין. הפשרה אינה נכפית על ידי הדיינים על בעלי הדין, אלא מוצעת להם, והיא חסרת תוקף כל עוד לא נעשה קניין המחייב את הצדדים לקיים את פסק הפשרנים. בעקבות דברי הסמ"ג ש"צריכין הדיינין להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה כי מאד נתמעטו הלבבות" (עשין, קז, קפט ע"ד). נפסק גם בשולחן ערוך (חור"מ יב, כ) שדיינים צריכים להתרחק מלדון דין תורה. הלכה זו הביאה לכך שהפשרה הפכה מהצעה אפשרית למדיניות מוצהרת של בית הדין לאמור: הרוצה לדון בפני בית הדין, יתכונן לפשרה. בעלי דין רבים מתלוננים על כך שלמעשה, מדיניות זו גורמת למידת הדין שתלקה, כיון שמי שבטוח שהצדק עמו, ומעוניין להוציא את הצדק לאור על פי דין התורה, אינו מסוגל לעשות כן, כי בית הדין יפשר, ויגרום לו הפסד. דבר זה אף גורם לעיתים לבעלי דין לתבוע יותר מן המגיע להם, כדי שלא יפסידו את המגיע להם בעקבות הפשרה. אין צורך להכביר מילים כדי להסביר מדוע מצב דברים זה אינו בריא, ומדוע לא ייתכן לקיים מערכת משפטית ראויה בדיני ממונות, כשמראש מצהירה המערכת שאין היא דנה דין תורה. האם יש פתרון הלכתי למצב זה?". על מנת לשמר את לשון התשובה ואת סגנונה, לא נעשו שינויי עריכה, למעט הוספת מקורות נדרשים, בהערות השוליים.

הבעלים. ומפני מה אמרו [ש]סתם לסטים ישראל נתיאשו הבעלים וסתם לסטים גוי לא נתיאשו הבעלים? מפני שהבעלים יודעים שעכו"ם מחזירין מיד הגזולן, אף שאין עדים שגזול, אלא בראיות רעועות ובאמד הדעת וכו' עד כאן.

ומעתה, הבא לדון עם לסטים ישראל בבית דין של ישראל, בדרך כלל יפסיד הנגזול, מפני שקשה מאד להביא שני עדים כשרים. ואילו היו מקבלין עליהם הן לדין הן לפשרה, יתכן שהיו מוציאים ממון גם על פי אומדנא וראיות רעועות. אכן, בקבל[ו]ן פשרה קרובה לדין צריך עיון, [עד] כמה צריכה להיות האומדנא חזקה כדי להוציא ממון, שתהיה קרובה לדין.

## ב.

עוד דוגמא: קיימא לן [ש]אין הולכין בממון אחר רוב,<sup>1</sup> וגם אין אומרין מיגו להוציא,<sup>2</sup> וגם אין מוציאים ממון אפילו בסמנים מובהקים, אלא למאן דאמר סמנים דאורייתא.<sup>3</sup> ונחלקו הפוסקים (עיין בקיצור תקפו כהן<sup>4</sup> שהאריך בזה, וכן בקונטרס הספיקות<sup>5</sup>), אם מוציאים ממון על פי רוב פוסקים או יכול לומר קים לי כדעת המיעוט. ונראה (עוד) שבקבל[ו]ן עליהם לדון הן לדין והן לפשרה יש להוציא ממון על פי רוב פוסקים, ולא להתחשב ב[טענת] קים לי. וגם אם קבלו פשרה קרובה לדין, גם כן מסתבר שיש לפסוק כרוב הפוסקים ולא לדון בקים לי, [משום] שזה שאין לטעון קים לי, נראה שהוא [בגדר] "קרובה לדין", הן מצד שיש הרבה חולקין וסוברים שאין לטעון קים לי, והן מטעם שאכתוב בהמשך.

ונראה עוד, שאפילו עצם הדין שאין הולכין בממון אחר הרוב, או שאין אומרין מיגו להוציא, גם [לעניין] זה, נראה שבפשרה יש אפשרות להוציא ממון ברוב או במיגו. אכן, מסתבר ש[דבר] זה תלוי בשיקול הדעת, ובודאי שגם ברוב יש חילוקים בין רוב לרוב.

והנה, מצינו בגמ' שרוב נחשב אפילו [כאשר יש בן] אחד יותר [מן המיעוט]. עיין בדרוש וחיידוש לרע"א, כתובות יד, ב ד"ה מתניתין על מה שכתב בגמ', אם רוב אנשי העיר משיאים לכהונה תינוקת שנאנסה בעיר זה תינשא לכהונה. וכתב הרע"א, שאם יש כ"א כשרים וכ' פסולים הולכין אחר הרוב. ומסתבר שלא דוקא עשרים, [אלא] הוא הדין מאה כשרים ותשעים ותשע פסולים, או אפילו אלף ואחד כשרים ואלף פסולים כך הדין, שהולכין אחר רוב. וכן מצינו: הרי שהיו ישראל מחצה טמאים

1. בבא קמא כז, ב.
2. ראה למשל: תוספות בבא מציעא ב, א ד"ה וזה נוטל רביע.
3. ראה: שולחן ערוך חו"מ רצו, א.
4. אורים ותומים חו"מ כה, קיצור תקפו כהן, קכג.
5. קונטרס הספיקות ה, ו.

ומחצה טהורים, איך מקריבים פסח, בטומאה או בטהרה? ועיין בגמ' פסחים<sup>6</sup> שמטמאין אחד ונעשו רוב טמאים, והרי מדובר בכל קהל ישראל שבודאי היו הרבה אלפים.

ומצד שני, מצינו שאף לר"מ שחייש למיעוטא<sup>7</sup> מ"מ מיעוטא דמיעוטא גם לר"מ לא חיישינן<sup>8</sup> ועיין בתוס' יבמות<sup>9</sup> שהטובע במים שאין להם סוף, מיעוטא דמיעוטא ניצולים. ומעתה, מה שאין הולכין אחר [ה]רוב בממון, נראה שאם המיעוט הוא מיעוטא דמיעוטא, גם בממון הולכין אחריו. ומעתה, [על אף] מה שכתבנו שבפשרה יש לילך אחר רוב (= ניתן להוציא ממון על פי רוב), (אבל) נראה שלא (= שאין צורך דווקא) ברוב של מאה ואחד נגד מיעוט של מיעוט, וגם לא [נוציא ממון על פי רוב] של עשרים ואחד נגד עשרים, אלא [יש צורך] ברובא דמנכר. ומכל מקום, בפשרה קרובה לדין, צ"ע.

והנה, במקבל פשרה סתם, יש גם מקום ונוהג, שבאפנים כאלו כמו שציירנו, שיש רוב וכדומה, יש מקום לחייב, לפעמים שלישי, ולפעמים מחצה, ולפעמים שני שלישי. וגם בפשרה קרובה לדין יש לדון. אם נניח התחייב [בעל דין] בדין הכל, ונחייבו (של) שני שלישי, האם נגדירו כקרוב לדין, שהסכום קרוב לסכום שחייב על פי דין.

## ג.

ועתה נבוא לדוגמא אחרת. כגון שנראה לו (=לדיין) שהדין הוא ש[בעל הדין] חייב, אבל אין לו לדיין בזה ברירות במאה אחוז, שכך הדין. מצינו ברש"י ב"מ מב, ב [ד"ה ומשלם בקרא דמי בשר בזול] שחייב את הרועה שקבל בהמה לשמור ולשור לא היו שיניים, ומת השור, שהרועה פושע, [משום שלא השגיח לראות אם השור אוכל. אבל כל זה [נכון], אם הבעלים שמסרו השור [לשומר], לא ידעו שלשור אין שיניים. ש[כך], אם ידעו, אין הרועה נחשב פושע, כיון שהבעלים בעצמם פשעו [בכך] שלא הודיעו[ן] לרועה [שלשור אין שיניים]. וכתב רש"י, שלכן חייב את הרועה לשלם דמי בשר בזול, דהיינו, שישלם שני שלישי, מפני שאין כאן פשיעה כל כך, [ב]מה שלא שם [השומר] לב [לכך] שהשור הזה אינו אוכל, כיון שהניח האוכל בפני הרבה שוורים, [ו]לא שם לב שהשור הזה אינו אוכל. וכתב שם רש"י, שאילו הבעלים היו יתומים, לא היה עושה פשרה, [משום] שיתומים לא בני מחילה ניהו. אבל, מאחר שהבעלים לא היו יתומים, לכן עשה פשרה. הרי מצינו פשרה [כ] שאין הדבר ברור לגמרי, כמו כאן, שאין פשיעה כל כך.

6. פסחים פ, א.

7. ראה: יבמות קיט, א.

8. ראה: שם שם, ב.

9. ראה: תוספות יבמות לו, ב ד"ה הא לא.



הן אמת, שדברי רש"י צריכים עיון, שהרי [נפסק ש]פשרה צריכה קנין,<sup>10</sup> וכאן, לא קבל [הדיין] מהם (=מבעלי הדין) קנין לפשרה.

אמנם, מצינו גם פשרות שאינן צריכות קנין, כמו שאמרו בסנהדרין לב,ב [שכתוב אחד אומר:]: 'צדק צדק תרדוף', וכתוב אחד אומר 'בצדק תשפוט עמיתך', ולא הזכיר "צדק צדק". ותירצו: "צדק צדק", אחד לדין ואחד לפשרה כדתניא: שתי ספינות עוברות בנהר ופגעו זה בזה אם עוברות שתיהן, שתיהן טובעות. בזה אחר זה, שתיהן עוברות. וכן, שני גמלים שהיו עולים במעלות בית חורון, ופגעו זה בזה. אם עלו שניהם, נופלין. בזה אחר זה, שניהם עוברים. הא כיצד? טעונה ואינה טעונה, תידחה שאינה טעונה. קרובה ורחוקה, תדחה קרובה. היו שתיים קרובות [אן] שתיהן רחוקות, הטל פשרה ביניהם, ומעלות שכר זה לזה לאחת ותידחה ע"כ. ונראה שפשרה [מסוג זה] אינה צריכה קנין, [משום] שכך הדין, להטיל פשרה. והיינו, שבמקום שלא יתכן לפסוק דין, כמו בעובדא של שתי ספינות, בזה אמרה תורה, שיש לנהוג פשרה.

ונראה שזה מקור דינו של סומכוס, שסובר שממון המוטל בספק חולקין.<sup>11</sup> וזה בודאי אינו דין, ש[הרי] לא יתכן שיהיה [הדין] 'יחלוקו', כשאינן החלוקה יכולה להיות אמת. ואם כן, כשיש ספק אם נגח שור את העובר, שסובר סומכוס יחלוקו,<sup>12</sup> הרי ודאי שאינו דין אמת. אלא נראה שסברת סומכוס [היא], שכל ספק שאין בידינו לברר, חזר הדין להיות נדון בדרך פשרה. ואף שאינו דומה לגמרי ל[מעשה ב]שתי ספינות, ששם באמת אין דין אמת, מה שאין כן בשור שנגח, שיש דין אמת, רק שאינו ידוע לנו. אמנם (=אבל), נראה שאין החילוק נכון, ובכל ספק שלא ניתן לבד להגיע לאמת, עליהם לעשות פשרה. ואינו כפשרה שצריך קנין, ששם מדובר או באופן שניתן להגיע לאמת על ידי בירור ועיון, או שמדובר שאין ספק אמיתי, אלא שהספק בא מחמת [ה]טענות, שאינו נידון כספק, שהרי אין מאמינין לטענות בעלי דינים. וגם אין להאמין [ל]טענות בעלי הדין [אפילו] כדי להסתפק, אלא נשאר כאילו לא טענו, ש[אז] לא היינו מסתפקין.

וגם חכמים, החולקין על סומכוס, נראה שאינם חולקין לגמרי על סומכוס, שהרי כך אמרו בב"ק דף נו: אמר רב יהודה אמר שמואל: זו דברי סומכוס אבל חכמים אומרים זה כלל גדול בדין המוציא מחבירו עליו הראיה. ע"כ. מזה חזינן, שגם חכמים לא חלקו [על סומכוס] אלא [מטעם] שלא (=שאינן) להוציא ממוחזק, ב[מצב של] ממון המוטל בספק. אבל במקום שאין מוחזק, גם לחכמים יחלוקו.

10. ראה: שולחן ערוך חו"מ יב, ז.

11. ראה: בבא מציעא ב, ב.

12. ראה: בבא בתרא צג, א.

ומעתה, מה שכתב רש"י, שהטיל פשרה ביניהם כיון שלא היה לו ברור שפשע השומר, יש לומר שהיה אצלו בגדר ספק, וסובר כסומכוס, שגם במוחזק עושין פשרה, וכדעת רב האי גאון שהביאו תוס' [ב]גיטין,<sup>13</sup> שהלכה כסומכוס, שחולקין כשיש ספק, שהעלו בתיקו. ו[פשרה מסוג] זה אינה צריכה קנין.

אבל, לא יתכן לומר כן. חדא, [משום] שאם כן, גם בממון יתומים יש לנהוג כך, שהרי אין צריך למחילה, כיון שזה עיקר הדין. ב' [הרין] לא פסק יחלוקו, אלא פסק שישלם שני שלישי! וצריך עיון בדעת רש"י, ואולי היה שם קנין, ולא נתפרש בהדיא.

#### ד.

עוד דוגמא לפשרה, במי שנתחייב שבועה דאורייתא או דרבנן, נוהגים בפשרה, שמחייבין תשלום כדי לפטור משבועה. ונראה, שגם בפשרה קרובה לדין יש לנהוג כן. ואם לא קבלו קנין על פשרה, צריך לדון דין תורה. ואם הנתבע פסול לשבועה, [משום שהוא] חשוד [על השבועה], הדין [הוא] שכנגדו ונשבע ונוטל. ואם גם שכנגדו חשוד, יחלוקו. והחלוקה הזאת, מקורה בפשרה שאינה צריכה קנין, וכמו שכתבנו באות ג, ו[אם חייב] שבועה דרבנן, אין אומרים שכנגדו [נשבע ונוטל], ופטור החשוד.

#### ה.

ועוד אופן, בדברים שחייבין עליהם בדיני שמים ופטור מדיני אדם כמו גרמא בנזיקין,<sup>14</sup> או ברי ושמא באיני יודע אם נתחייבת,<sup>15</sup> או שמא ושמא באיני יודע אם פרעתין,<sup>16</sup> שבכל אלו [הדין הוא] שחייב בידי שמים. שבזה, נראה שהפשרה היא בעצם תשלום על מחילת התובע, [כדי] שלא יענש [הנתבע] בידי שמים.

וכן מה שמצינו במי שהזיק לחבירו באופן שאין דנים בזמן הזה, שמכל מקום מנדים אותו עד שירצה את חבירו ויבקש ממנו מחילה, ובית דין חושבין בלבם כמה ראוי לשלם כדי שימחול לו [והארכת] בזה במקום אחר, ומנדים את המזיק עד שיפייס [את הנזיק ו]עד שישלם מה שחשבו בלבם.<sup>17</sup> ונראה שפשרה כזו בודאי נחשבת קרובה לדין, וביותר, שגם אם לא קבלו בקנין, בית דין מנדין, עד שיפייס בסכום שחושבין בליבם, ואינם מגלים. וכשקבלו קנין, בית דין עצמו מגלה מה שבלבו.

13. תוספות גיטין יד, ב ד"ה וחכמים אומרים.

14. ראה: בבא קמא ס, א; נה, ב. ולהלכה, בשולחן ערוך חו"מ, תיח, ט.

15. ראה: בבא קמא קיח, א. ולהלכה: שולחן ערוך חו"מ עה, ט.

16. ראה: בבא קמא, שם; שולחן ערוך שם, שם, י.

17. ראה: שולחן ערוך חו"מ א, יג.

## 1.

כן יש תועלת גדולה בפשרה כגון שהזיקו חפץ. אם באנו לחייב מדין תורה, צריך [לעשות] שומא, כמה היה שוה [לפני הנזק], וכמה הוא שוה כעת. והנה, השמאי מקבל תשלום [על שומתו]. וכשבאין לדין, נכנסים [בעל הדין] לוויכוח [בשאלה], מיהו המומחה לשומא, ובמי [ראוי] לבחור. ולפעמים זה מביא שמאי ש[אומר ש] כך השווי [של הנזק], וזה מביא שמאי שחולק [על שומתו]. ואז, יש להביא [שמאי] שלישי, וכל זה מצריך הוצאות גדולות. ויש לדון הרבה [בשאלה], מי צריך לשלם בעד [ה]שומא, ואין כאן [ה]מקום להביא מה שיש בזה. אבל בפשרה, ואפילו בפשרה הקרובה לדין, אין הכרח להביא שמאי, ויכולים בית הדין בעצמם [לעשות שומא] על פי אומדנא או קצת התעניינות, ו[ל]פסוק [לפי] מה שנראה להם, ו[בעניין] זה נראה, שגם בפשרה קרובה לדין יכולים בית הדין לדון בכך.

סוף דבר, מידה טובה לכל הצדדים לקבל עליהם [לדון] הן לדין והן לפשר, או פשרה קרובה לדין. ואף שברוב [ה]פעמים יש בפשרה עדיפות לתובע, [משום] שבדין [תורה] קשה מאד להוציא ממון, ובפשרה מקבל [התובע] לכל הפחות חלק או אפילו הרוב [של הסך שתבע], מכל מקום, גם לנתבע יש תועלת מפשרה, [משום] שלפעמים [הוא] טועה, וחושב שפטור [ובאמת הוא חייב, ואם היו דנים לפי דין תורה, היה נדרש לשלם יותר מכפי שנדרש בפשרה], או שיתחייב שבועה או בדיני שמים וכדומה [והפשרה חוסכת זאת ממנו], וגם [הוא] חוסך הוצאות גדולות [להן היה נדרש אילו היו דנים על פי דין תורה].

ואכתוב לכם מה שקראתי בספר שחיבר ליפסון, בשם, "אבותינו מספרים": שאל אחד מהגויים או המשכילים את הרב קוק זצ"ל: [הרי] משפטים שאצל הגויים צודקים יותר, [משום] שאצל ישראל, נכנסים [בעלי הדין] לרב, ו[הוא] נותן להם מטפחת, שומע הטענות ופוסק. ואילו אצלנו, כל צד מביא עורך דין, ודנים שעות בכל פרט. וגם לאחר הפסק, מערער זה שהפסיד בבית משפט מחוזי, ואז, המפסיד בדין מגיש ערעור בבית הלורדים, עד שיצא הדין מבורר ביותר. ענה לו הרב קוק במשל: [מעשה היה] שזאב טרף כבש, ופגש את הארי. ו[טען הארי: מאחר ש]אני הוא מלך החיות, הטרף שלי. ו[לעומתו], הזאב טען: [הטרף] מגיע לי [שכן אני] הוא הטורף! והלכו למשפט ל[פני ה]שועל. והשועל פסק: שיחלוקו [את הכבש ביניהם]. ו[מייד], חילק [השועל] את הכבש לשני חלקים, ואחר כך, שם [את] שני החלקים בידיו, [אך] החליט שהאחד מהחלקים שוקל יותר. ו[לכן], אכל קצת מהחלק הגדול, ואחר כך שקל [שוב], ויצא שכעת, החלק השני כבד יותר. ואכל מהחלק הזה, וחזר ושקל, וחזר ואכל, עד שלא נשארו אלא עצמות. [סיים הרב קוק:] כך אתם, כל כך הרבה דנים, עד שכל כספם [של בעלי הדין] הולך לעורכי הדין ו[ל]שמאים ו[ל]מומחים.

לכן עצתי לכל באי משפט להסכים לפשרה, ש[כך] הפסק יוצא במהירות. אכן, אם צד אחד מתעקש שרצונו רק בדין, אין ברירה.<sup>18</sup> אכן [במצב זה], יש לצד השני למצוא שלושה אנשים, ולהכריח את הצד השני [בעל דינו] לדון לפניהם. אם אין [בעל דינו] (הצד השני) מוצא שלושה דיינים שמוכנים לדון בדין, בלי פשרה, וביותר, אם בכל המדינה הזאת לא נמצא מי שמוכן לדון דין ולא פשרה, יכול התובע להכריח לצד השני לילך לדון במדינה אחרת, ודין [זה] מפורש בגמ' (ב"ק סוף פ"ק) [סנהדרין לא, ב], שמי שנתחייב קנס בבבל כופין אותו לעלות לארץ ישראל לדון והטעם כיוון שאין ב"ד במדינה זו זכותו לדון במקום אחר.

## ז.

מה שדנו, אם מותר ל[בעל דין] לתבוע יותר ממה שחייבין לו לדעתו, כדי שבפשרה יקבל מה שמגיע לו במלואו, לעניות דעתי נראה ודאי שאסור, ועיין בחו"מ [סימן יב ס"ו, שאסור לבקש צדדים להשמט, כדי שחברו יסכים לפשרה, ועיין בתומים שם [ס"ק ה.]. אכן, [לכאורה], אין [בהכרח] ראייה משם לשאלה שבכאן. אבל מסתבר שאסור, וכמו שמבואר בגמ' שבועות [לא, א] והביאו הש"ך ריש סימן ע"ה [ס"ק א], שאסור לתבוע מ[בעל דינו] מאתיים, אם חייב לו רק מנה, כדי לגלגל עליו שבועה על דבר אחר, עיין שם, וכן בנידון דידן. ומה שחושב [אותו בעל דין] שבאמת הוא (= בעל דינו) חייב לו, אינו ראייה שזה האמת, זולת אם השני כופר בעובדה ולא בטענות. אכן, ב[מצב] זה, גם הדיין לא יחייבו אם אין לו עדים [וממילא, הגדלת סך התביעה לא תועיל]. ועצה טובה [לכל], שכל עיסקה שעושים, יכתבו בפירוש [את כל] התנאים והעובדות, ובזה יחסכו הרבה דיונים, (1) משפטים ועגמת נפש.

18. הערת עורך: עמדה זו שונה בתכלית מן העמדה שהובעה ע"י בית הדין הרבני האזורי בירושלים (תיק 2824/ל"ח, פד"ר י"א, 259-274 שפסק שסירובו של בעל דין לחתום על שטר בורות שנוסחו "הן לדין והן לפשר" והתעקשותו להתדיין ע"פ דין תורה ייחשבו לסירוב להתדיין בפני בית דין רבני, וניתן יהיה להוציא כנגדו כתב סירוב. ראה גם: הרב ש' דיכובסקי, בית הדין הרבני בשבתו כבורר, שנתון המשפט העברי טז-יז (ירושלים תש"ן-תשנ"א), 527, בעמ' 530.

## סמכויות בתי הדין הרבניים לדון בענייני ממון וירושה\*

### הגאון הרב אברהם שרמן

- א. הרקע לערעור / 85
- ב. טענות הצדדים / 86
- ג. מקור הסמכות של בתי הדין הרבניים / 86
- ד. הצורך בהסכמה שבכתב של הצדדים לדיון, להתדיין בפני בית הדין הרבני / 92

### א. הרקע לערעור

הובא בפנינו ערעור על פסק דינו של בית הדין האזורי בחיפה, שפסק לסגור תיק בקשה להוצאת צו ירושה בעיזבון המנוח י' ש' ז"ל, שהוגשה בפני בית הדין על ידי שני בניו, שתי בנותיו ואלמנתו של המנוח.

בפסק דינו, הסביר בית הדין שכאשר הצדדים הופיעו בפניו נתעוררה מחלוקת בין המערער (הבן הבכור של המנוח) לבין האלמנה. האלמנה טענה, שכל הילדים ויתרו על חלקם בעיזבון לטובתה, ועל סמך זה חתמה על הבקשה להוצאת צו הירושה, בהתאם לכך. המערער טען, שעל בית הדין להוציא צו ירושה על-פי דין תורה, היינו, שהוא כבכור יקבל שני שלישי מהעיזבון.

לאחר שהבן עמד על דעתו, שבית הדין ידון רק על-פי דין תורה פנתה המבקשת בבקשה לבית הדין, לסגור את התיק, וכאמור, בית הדין נעתר לבקשתה. הנימוק לכך היה, שמאחר וחתמת האלמנה על טופס "הסכמה לסמכות שיפוט של בית הדין הרבני" יסודה בטעות, אין בזה כדי לחייבה להתדיין על-פי ההלכה, ולכן יכולה לחזור בה.

כבוד ידידי אב בית הדין הגר"מ חשאי שליט"א, והדיין הגר"ד כהן שליט"א צרפו נימוקים הלכתיים להחלטתם, לקבל בקשת האלמנה לחזור בה מבקשתה למתן צו ירושה, וכן את טענתה שחתימתה על קבלת סמכות השפוט של בית הדין בעניין עיזבון המנוח בעלה נעשתה בטעות.

\* מעובד מתוך נימוקיו של הגר"א שרמן לפסק דין שניתן לאחרונה בבית דין הרבני הגדול בירושלים, ע"ר 057392433-41-1, ש' י' נגד ב' ח' נ' (טרם פורסם). פסק הדין ניתן ביום כ"ח בשבט תשס"ב, 10.2.2002 למנינם. הערות שוליים אחדות, הוספו במקומות שראינו שיש צורך בכך.

עיקר הנימוקים ההלכתיים סובבים סביב לשאלה, האם על פי ההלכה, יש לקבל את טענת האלמנה שיש לראות את החתימה שנעשית בטעות כחסרת תוקף, וממילא אין היא מחייבת אותה להתדיין בפני בית הדין הרבני, וכפי שהעמיד כבוד הדיין הגר"ד כהן שליט"א את הדיון ההלכתי, וכתב: "יש לדון האם חתימתה וחתימת הבנות היום מחייבת לדון עפ"י דין תורה או לא?".

### **ב. טענות הצדדים**

בא כוח המערער העלה בערעורו טענה עקרונית שסמכות בית הדין היא קבועה על פי דין תורה, והחתימה דרושה רק לפי חוקי המדינה, וכן שעל פי דין תורה בית הדין רכש את סמכותו אף ללא הסכמת היורשים.

והוסיף לטעון, שגם על פי חוקי המדינה, בנדון דנן, ברגע בו חתמו כל היורשים והסכימו לסמכות בית הדין, רכש בית הדין הסמכות, ומכאן ואילך על בית הדין לפסוק על-פי דין תורה, ולקבל את תביעת המערער שמאחר שעל-פי דין תורה הוא זכה בכל עיזבון אביו מיד לאחר פטירתו של האב, על בית הדין לפסוק שהמערער, שהוא המבקש בבקשת צו הירושה, יורש כבן בכור שני שלישי מעיזבון אביו, והבן השני יורש שלישי מעיזבון אביו.

יצוין, שלאחר שנסגר התיק בבית הדין הרבני פנתה האלמנה לבית המשפט, וקבלה צו ירושה בעניין המנוח, בו נקבע ששבע שמיניות מרכוש המנוח יירשמו על שמה, והשמינית הנותרת, על שם המערער.

לתיק צורפה הודעה, על עמדת בא כוח היועץ המשפטי לממשלה בערעור, בה נאמר כי צו הירושה שניתן על ידי הרשם לענייני ירושה בחיפה ניתן כדין, ובסמכות, לאחר שהתיק שנפתח בבית הדין הרבני בחיפה נסגר ביום 13.11.00. עוד הוסיף בא כוח היועץ המשפטי לממשלה, שהיועץ סבור שכב' בית הדין הגדול אינו מוסמך להורות על ביטול ו/או תיקון של צו הירושה שניתן על ידי הרשם לענייני ירושה.

### **ג. מקור הסמכות של בתי הדין הרבניים**

לאחר העיון בטענות הצדדים ובכל החומר שבתיק, נראה שמאחר ועל פי החוק האזרחי אנו מנועים מלדון בערעור, אין כל טעם שנדון בו על-פי דין תורה, למרות שעל פי משפטי התורה, בית דין דנן וגם בית הדין האזורי קבלו את סמכותם מתוקף היותם בתי דין קבועים בעירם ובקהילותיהם לדון בין צדדים, שהעלו את תביעותיהם בפנינו.

צדק בא כוח המערער, שעל פי דין תורה, בתי הדין לא קבלו את סמכותם מכוח החתימה שחתמו הצדדים, בבקשה לצו הירושה. על פי ההלכה ומשפט התורה, מיד כשהוגשה בקשת הצדדים לדון בעניין עזבונו של המנוח והצדדים העלו בפני בית הדין את תביעותיהם, ונודע לבית הדין הריב שבין בעלי הדין, נתנה תורה לבית הדין את הסמכות והכוח לדון ביניהם, ולפסוק. להלן יבואר, שמרגע זה חלה החובה על בית הדין לקיים הליך של עשיית משפט וצדק, ובית הדין יפסוק ויישם את פסק דין התורה להציל עשוק מיד עושוק.

לעניין מקור הסמכות של בתי הדין האזוריים אצטט מעיקרי מאמרי בעניין "מעמד בתי הדין הרבניים לאור משפט התורה" שפורסם בספר הזיכרון להגר"ש רפאל זצ"ל<sup>1</sup>.

עם התקנת תקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בשנת תש"ג (1943) בהקדמתם של נשיאי הרבנות הראשית, הרבנים הראשיים לישראל, הגרי"א הרצוג והראשון לציון, הגרב"צ עוזיאל זצ"ל, נאמר:

"מסגרת זאת התרחבה בחוקת כנסת ישראל כשנתאשרה בטבת תרפ"ח, בה ניתנה לכל בית דין רבני של כנסת ישראל גם סמכות של **בית דין קבוע** לבוררות"<sup>2</sup>.

על-פי קביעתם זו, של נבחריו ומנהיגיו הרוחניים של הצבור הדתי והקהילה הדתית, בתי הדין הרבניים הם "בית דין קבוע" בעירו, ומסורים בידם הבריור, ההכרעה והפסיקה בכל מיני סכסוכים ועניינים שבין יחיד ליחיד בין יחיד לצבור, ובין צבור לצבור לרבות עניינים שהם על פי מהותם מחוץ לסמכות החוקית של בתי דין אלו.

1. הציטוט לקוח מספר הזיכרון להגאון רבי שילה רפאל זצ"ל, עמ' תקמד-תקמו (להלן: ספר הזיכרון).

2. דברים אלו נאמרו בנוגע לפסיקת בתי דין רבניים כבוררים בסכסוכים ממוניים, על פי הסכמת בעלי הדין. עניין זה שונה במקצת מעניינו של פסק דין זה, העוסק במתן צו ירושה. מן הציטוט המובא עולה, שבשנת תש"ג היה מקובל, שלבתי הדין הרבניים, הממונים מטעם המדינה, יש סמכות לדון בדיני ממונות, כבוררים. על מידת הרלוונטיות של קביעה זו, כיום, ראה במאמרו של פרופ' א' שוחטמן, "סמכות השיפוט של בתי הדין הרבניים, שלא בענייני המעמד האישי", **בר אילן, ספר השנה למדעי היהדות והרוח**, כח-כט (מחקרים לכבוד ד"ר זרח ורהפטיג, רמת-גן תשס"א), עמ' 437. אולם, בנוגע למתן צו ירושה, המצב החוקי פשוט יותר, שכן, סמכות בתי הדין לתת צו ירושה הוכרה במפורש בחוק הירושה, תשכ"ה – 1965, בו נקבע בסעיף 155(א): "על אף האמור בסעיפים 66(א) 1511- מוסמך בת הדין הדתי שהיה לו שיפוט בענייני המעמד האישי של המוריש, לתת צו-ירושה וצו-קיום-צואה ולקבוע זכויות למזונות מן העזבונו, אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו בכתב הסכמתם לכך". עוד בעניין זה, ראה בע"ר תשל"ט 117, ב' ו-ג' נגד א', **פד"ר יא**, 289, 293.

סדר והליך מינויו של דיין להיות חבר בבית הדין הרבני, והרכבה של הועדה למינוי דיינים שנבחרת על-פי קביעת החוק, מלמדים שבית הדין הרבני נשען ויונק את סמכותו וכוחו לדון לפסוק ולכפות את המשפט והדין, משני כוחות: כוח המדינה והשלטון, וכוח הקהל והקהילה.

בטור חו"מ סי' ג כתב: "והאידינא שאין לנו נטילת רשות, שאין נטילת רשות אלא מבית דין סמוך שבארץ ישראל או מריש גלותא בבבל, ואין לנו לא זה ולא זה, לפיכך יראה ב?רשות שנותן המלך אינו כלום דהא דמהני נטילת רשות ילפינן מקרא דלא יסור שבט מיהודה, אלו ראשי גליות שבבבל, אבל רשות שנותן המלך אינו כלום... ומיהו אף על פי שאין מועיל רשות המלך, כיון שמקבלים אותם הקהל על פי כתב המלך יכולין לדון".

והעיר על דברים אלו הב"ח שם, ד"ה ומ"ש ומיהו: "איכא למידק. הא פשיטא היא, דבקבלוהו יכול לדון, אפילו לא היה לו כתב מהמלך".

הרמ"א בשו"ע חו"מ שם, סעיף ד הביא את דברי הטור להלכה וכתב: רשות שנותן המלך עכו"ם, בזמן הזה אינו כלום ומיהו אם קבלוהו הקהל על-פי כתב המלך יכול לדון.

וביאר דבריו הנתיבות: "פירוש, דלא תימא דאין ממש בקבלה זו, הואיל והיה בהכרח לקיים כתב המלך. ומכל שכן, בלא כתב המלך מהני".<sup>3</sup>

כלומר, הרמ"א והטור, קבעו שמכוח שקבלו הקהל על עצמם את הדיין, יש לו את הכוח לדון לפסוק ולאכופ הדין.

הרשב"א בתשובותיו, חלק ב, סימן רצ כתב: שורת הדין אי אפשר להעמיד דיינים שאינם מומחים שלא מדעת בעלי הדין... על כן צריכין אתם למנותם לדעת אנשי העיר, ואף על-פי שאינן בקיאים שהכל לפי השעה וכל מעשיך יהיו לשם שמים, ואם קבלום אנשי העיר מותר ואין אחד מהם יכול לפסלן דהיינו ערכאות שבסוריי, ותנן בפרק זה בורר (סנהדרין כ"ג, א') ... ואוקמה רבי שמעון בערכאות שבסוריי, והכי קאמר אם היו כשרים ועשו כמומחין מפי בית דין ואינו יכול לפסלן שלא כל הימנו שיפסול דיין שהמחזהו רבים עליהם. ומכל מקום, צריך לבדוק אחר אנשים כשרים יראי אלקים שונאי בצע ואנשי מביני מדע. הרמ"א בשו"ע חו"מ סימן ח סעיף א הביא דברי הרשב"א האלו להלכה.

3. נתיבות המשפט שם, י.



הרי, שקיים בית דין בישראל ששואב את כוחו מכוח הקהל, ובכוח בית דין זה לדון, לפסוק ולאכופ את הדין, ואין היחיד יכול לערער ולמרוד בכוח וסמכות בית דין זה, שהופך להיות קבוע בעירו.

בשו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן קנט האריך לבאר את כוחו ותוקפו של בית דין שנתמנה על ידי הקהל ובני העיר. דבריו מתייחסים לדברי הטור הנ"ל, וזו לשונו: "ויצא לנו מזה בנדון שלפנינו, כי מי שיזמין את חבריו לדין לפני אותם דיינים, ולא בא לפניהם, הוא עובר על תקנת הקהל, וכן אם הדיינים גמרו את הדין וחייבו את החייב אין יכול לסרב בדינו מכוח החרם המוטל בתקנות, וכן אין בעל דין יכול לכוף את חברו לבא לפני דין אחר, כל זמן שהלה אומר: 'נלך לפני דייני הקהל'."

בשו"ת המבי"ט, חלק א, סימן רפ דן בכוח הקהל לקבוע את בית הדין הקבוע שבעירו, שיהא כוחו יפה לכפות, שלא יהיה רשות ביד הצדדים לבקש לדון אצל דיינים מומחים מהם, שלא נקבעו ונתמנו על ידי הקהל, וזו לשונו שם: "הדרך הד', אם יש רשות לקהל לתקן ולעשות כמותם נראה דמצות מינוי דיינים היא בגדולים שבעיר בחכמה ושלמים יותר מאחרים בשבע מידות שמנו חכמים בדיינים... וכן בני עיר חייבים למנות את זה שהגיע להוראה ולא אחרים שלא הגיעו להוראה וכיון שהגיע להוראה נראה דיכולים למנותו אפי' יש אחרים גדולים ממנו."

והוסיף שם לבאר את דברי התשב"ץ הנ"ל, שכאשר הקהל מינה בית דין קבוע, שאין צד אחד רשאי לילך לבית דין מומחים אחרים, שלא נתמנו על ידי הקהל, אף על-פי שאותם הם גדולים בתורה ומומחים יותר מהבית דין הקבוע, וזו לשונו: "אפילו הכי נראה לי דהיינו מפני שהתנו שאם יסתפק להם איזה דבר ישאלו לחכמים וכן מפני שנעשית ההסכמה במאמר חכמי העיר וברשותם שיתנו רשות למנות אותם הדיינים כמו שכתב שם."

מדברי המבי"ט יש ללמוד, שמינוי בית דין קבוע בעירו, על ידי הקהל הוא מהמצווה שמוטלת על הקהל, למנות שופטים ובית דין בעירם (אם מדאורייתא אם מדרבנן בזמן הזה). וכותב אף ליתן כח לבית דין הקבוע, שיוכל לכפות את הצדדים לדון בפניו, והם אינם רשאים לומר שהם רוצים בבית דין יפה של מומחים וגדולים ממנו כפי התנאים שהסביר המבי"ט, ודייק כך מדברי התשב"ץ כנ"ל.

לאחרונה, הראוני בספר שו"ת שואל ונשאל להחכם הגאון כלפון משה הכהן זצ"ל, שנשאל על דיינים הממונים מהקהילת קודש, ומהמשלה יר"ה [=ירושם הודה], לדון ולהורות ולנהל עניני הצבור, והמשלה עוצרת בעד דייני ישראל שלא להכניס עצמם

כלל בדיני ממונות חבלות ונזיקין, ולא הרשתה אותם רק בענייני איסור והיתר איש ואשתו ובדיני ירושות. ולפעמים, באים בעלי דינים בעניינים של דיני ממונות וכיוצא. האם שפיר דמי, שיודיעם הדיין שאין זה מתפקידו? והשיב שם, שבאותם תחומים שהמלכות לא נתנה לבית הדין סמכות, שאין כל חיוב על הדיין לדון, והוסיף, דאדרבא שהחיוב והמצווה הוא שישמיט עצמו, [משום שעל ידי זה, שעומד בתחומו בדבר שהורשה בו יוכל לעבוד, עבודתו ומינויו בצדק ומישור, ונימק פסיקתו זו, וכתב בזו הלשון -

ובלאו הכי נראה לי פשוט, דכיון דהרשיון של הממשלה, אינו כללי לכל דבר, וכן בודאי המינוי של הצבור אינו רק על דעת הממשלה יר"ה, וכן הדיין, אדעתא דהכי קבל, רק לדון בדברים שהממשלה נתנה בהם רשות, אם כן הוה ליה הדיין, כמי שאינו ממונה לרבים כלל, דודאי, המינוי שלו לא יכיל פרטים אלו. ואם כן, הוה ליה כאילו ממונה לגבאי או לחזן בית הכנסת וכיוצא, דודאי, לא מפני שהוא ממונה לרבים בפרט זה, יקרא ממונה גם כן, שחייב להיזדקק להם, וזה לדעתי קל וחומר שאין עליו תשובה. ובסוגים אלה שלא ניתן רשות ורשיון לו, בהם ודאי דינו ממש כדין שאר בני אדם החכמים, שלא קיבלו מינוי רבים, דודאי יכולים להשמט וכאמור.<sup>4</sup>

לכאורה, דברי השואל ונשאל אינם עולים בקנה אחד עם פסיקת בית הדין הגדול הנ"ל, וחילוק זה צריך עיון. ונראה לי, שאין כלל מקום לדמות את מעמד בתי הדין הרבניים בישראל, ויחס מערכת השלטון המשפטי אזרחי במדינה לבתי הדין הרבניים, למעמדם של בתי הדין היהודיים ויחס השלטון אליהם, במדינתו ומקומו, של בעל השואל ונשאל.

מציטוט דברי הרבנים הראשיים לישראל הגרי"א הרצוג זצ"ל והראשל"צ הגרב"צ עוזיאל זצ"ל בהקדמה לתקנות הדיון תש"ג הנ"ל, עולה ברור שבחוקת "כנסת ישראל" (השלטון האזרחי שבאותו זמן) ניתנה רשות לבתי הדין הרבניים לדון כבית דין קבוע, בבוררות. כלומר, כאשר הצדדים באים בפני בית הדין בדיני ממונות, וחותרים גם בפני סתם אנשים, מהני [= מועילה] החתימה על שטר [ה]בוררות, [ו]יש לבית הדין הרבני מעמד כבית דין קבוע, ו[ב]סמכותו לדון ולפסוק על-פי דין תורה, וכך גם בדיני ירושה, שהשלטון נתן סמכות ביד בית הדין לדון ולהוציא צווי ירושה, כאשר כל הצדדים מקבלים את סמכות בית הדין, על דעת כן. נמצא שהקהל, והצבור הדתי בכללו, רואים בבתי הדין "בית דין קבוע", וממנים את בתי הדין ונותנים להם את הסמכות והכוח לדון ולפסוק על-פי דין תורה.

4. שו"ת שואל ונשאל ד (ח"מ), ה, והשווה גם לדבריו שם א, (ח"מ), י; ז (ח"מ), ג.

לעומת זאת, נראה שלבתי הדין היהודיים שהיו במקומו של השואל ונשאל, לא הייתה סמכות כלל לדון בדיני ממונות, בכל אופן שהוא. והשלטון אף היה רואה בית דין שדן על-פי דין תורה, כעובר על חוקי המלכות, ואף היה נרדף על כך, וגם נענש. כך עולה מתשובתו, [ש]חוקי השלטון החמירו מאוד עם בית הדין או [עם ה]דיין שדן על-פי דין תורה, וזה היה אחד מנימוקיו להתיר לדיין להסתלק מהדין, כדי שלא לסכן נפשו. בנסיבות אלו, שייך לומר את סברתו של השואל ונשאל, שגם הצבור, שמינה את בית הדין כבית דין קבוע בעירו, עשה כן רק על דעת הממשלה, ולכן אין הוא חייב להזדקק לצדדים.

יש לציין שהשואל ונשאל, הביא בתשובתו את דברי הרב הגאון מהרי"ז (=מורינו הרב ישראל זיתין זצוק"ל, הרב הראשי לתוניסיה) שמהם משמע שלבית הדין היהודי או לדיין יש מעמד כבית דין קבוע בעירו, ואין הוא יכול להשתמט מהדין כאשר שני אנשים יראי אלוקים באים לשאול ולדרוש את דבר ה'.

כללית, ניתן לומר שפסק דינו של השואל ונשאל נכתב על מנת שלא להתגרות בשלטון, ולהראות שבתי הדין היהודיים נאמנים לחוקיו. לאור האמור, אין בפסיקת השואל ונשאל לשנות את קביעתו העקרונית של בית הדין הגדול, שמעמדו של בית הדין הרבני בישראל הוא כבית דין קבוע בעירו, שהצבור כפוף לפסיקותיו והדיינים מצווים ומחויבים לפעול, כאשר צדדים באים בפניהם להתדיין, אף בדיני ממונות או בענייני ירושה, כאשר נתמלאו תנאי החוק האזרחי?

לאור האמור, ולאור פסיקת בית הדין הגדול שפסקו מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א, הגרי"ב זולטי זצ"ל רבה של ירושלים, הראשל"צ הגר"מ אליהו שליט"א (כנ"ל), ש"אין הדבר צריך לפנים, כי כל יהודי באשר הוא יהודי... יהיה חייב לפי דין תורה להיענות לכל הזמנה של בית דין רבני להתדיין לפניו ולציית לכל אשר יורה לו בית הדין", שכן "בית הדין רבני בישראל יונק את שיפוטו מכוחה של תורה ודיניה... ואם כך, כל טענה של חוסר סמכות במסגרת החוק, אינה תופסת כאשר הבעיה היא בסמכות מכוח התורה, ליהודי שומר תורה ומצוות".<sup>5</sup>

הצדדים בכלל והאלמנה בפרט, כיהודים שומרי מצוות מחויבים לדון בתביעותיהם בעניין עיזבון המנוח בפני בית דין רבני. לא חתימתה ולא הסכמתה של האלמנה הם שמקנים לבית הדין הרבני האזורי את סמכותו לדון בתביעתה, והם שמחייבים את האלמנה והבנות לדון בבית הדין על-פי דין תורה. לפיכך, אין גם כל מקום לדברי כבוד הדיין הגר"ד כהן שליט"א שעל בית הדין "לדון האם חתימתה של האלמנה וחתימת הבנות מחייבות לדון עפ"י דין תורה או לא". וכן, כל הנימוקים ההלכתיים

5. ערעור תשל"ב/9 (טרם פורסם), הציטוט, ע"פ ספרו של פרופ' א' שוחטמן, סדר הדין (ירושלים תשמ"ח), 169.

שנתנו כבוד אב בית הדין והדיין שליט"א שעוסקים בבירור השאלה, האם יש לקבל את טענת האשה ולראות את חתימתה כחתימה בטעות, אין בהם בכדי להעלות או להוריד את ההלכה, ופסק הדין שניתן על ידי בית הדין הגדול, שבתי הדין הרבניים שקבועים בעירם יונקים את סמכותם מכוחה של תורה ודייניה, על כן לא ברורה לי פסיקתו של כבוד אב בית הדין שליט"א שכתב, "לאור הנימוקים ההלכתיים נראה לפסוק כי המבקשת רשאית לחזור בה מהבקשה למתן צו ירושה", שכן לאחר שהעלתה טענותיה בפני בית הדין גם בלא שום חתימה, אין היא יכולה על-פי דין התורה לחזור בה מלהתדיין בפני בית הדין הרבני.

כאשר בית הדין דן בעניין חתימת האלמנה והבנות ומברר תוקפם, הדיון הוא במישור החוק האזרחי ולא במישור ההלכתי של משפטי התורה. על כן, הדיון וברור הדבר חייבים להיעשות מנקודת ראות משפטית-אזרחית וספק גדול, האם למקורות ההלכתיים יינתן משקל ראוי בהכרעת הנדון.

#### ד. הצורך בהסכמה שבכתב של הצדדים, להתדיין בפני בית הדין הרבני

מן הראוי להדגיש שכאשר מוגשת בפני בית הדין האזורי בקשה למתן צו ירושה, והוא נזקק לחתימת והסכמת כל הזוכים בעיזבון, אין הדבר נעשה במטרה לקבל את הסמכות על פי דין, כפי שנתבאר לעיל, אלא על מנת שפסק הדין לקביעת אופן חלוקת העיזבון והוצאת הצו יהיו מיושמים וברי ביצוע. אף בהקשר זה, נצטט מן המאמר הנ"ל<sup>6</sup> -

נתינת הכלים ביד בית הדין ליישום ובצוע פסה"ד נוגע למהות מצות הדין. הרמב"ם בספר המצות מצות עשה קע"ז על הפסוק, בצדק תשפוט עמיתך (ויקרא יט) כתב:

ובא גם כן שכל איש מצווה לדון דין תורה כשיהיה יודע בו הריב שבין בעלי דינין.

ובספר המצוות מהדורת ר"ח הלר (הוצאת מוסד הרב קוק) בנוסח לשון הרמב"ם במצוה זו יש תוספת:

... ובו גם כן, שכל איש מצווה לדון דין תורה כשיהיה יודע בו, ושישבית הריב שבין בעלי דינים.

תוספת הלשון היא במלה "ושישבית" יש בלשון זו גם תוספת הגדרה למהות מצות הדיין שאינה רק לדון דין תורה כשיהיה יודע בו, אלא גם שיפעל

6. ספר הזכרון, עמ' תקמח-תקנ.

שכתוצאה מדין התורה יושבת הריב בין הצדדים, כלומר שדין התורה ייושם בפועל ויתקן את מצב הריב, וכך כתב בטור חו"מ סי' א את דברי ר' ירמיה בסנהדרין ז, ב:

ואמר ר' ירמיה אשר תשים לפניהם (שמות כ"א, א) אשר תלמדם מיבעי ליה אלא אלו כלי הדיינין מקל ורצועה מנעל ושופר, וכתב רבינו האי: בית דין צריך שיהיה לו מזומן במושב בית דין מקל לרדות בו רצועה להלקות בו ושופר לנדות בו.

ר' ירמיה קבע שמצותו של הדיין אינה רק ללמד ולהודיע את משפט התורה, דאז היה על הפסוק לומר אשר תלמדן, ומזה שנאמר אשר תשים לפניהם היינו תיישםם בפועל ולכן צריך שיהיה ביד בית הדין את אותם כלים שעמם הוא מיישם ופועל לקיומו של הדיין.

בשו"ע הרב לבעל התניא בח' יו"ד הל' שחיטה סי' א קונטרס אחרון סק"ז קובע שיישום פסה"ד הוא חלק מהותי של מצות הדיין, השו"ע הרב שם דן בשאלה אלו מחלק עבודת הדיין שאסור לו לקבל עליהם שכר ואיזה מהם שמותר לו, וכתב שם:

כמו שחייבים לטרוח ולכוף עצמם לקיים הפסק אם יש לאל ידם בחרמות ונדויים ולצוות לשוטרים, שזהו עיקר המצות הדיינים כמ"ש שופטים ושוטרים וגם כל אדם חייב לעשות בחנם, כמו הזאה וקידוש בפ"ד דבכורות, והשבת אבידה, ולהציל עשוק מיד עושקו אין לך מצוה רבה כזו שזהו עיקר מצות הדיין לכוף לקיימו כמ"ש בטח"מ סי' א וכל טצדקי דמצי למיעבד מחייבי בחנם.

הרי דהשו"ע הרב רואה בחתימת הדיין שנותנת כח לאכיפת הדין כחלק ממצותו של הדיין "בצדק תשפוט עמיתך", על פי זה בית דין שדן ופוסק על פי דין תורה והשלטון לא נתן לו סמכות לאכוף הדין למלא את מצות הדיין בשלמות, אלא אם כן יקבל מעמד של בורר מוסכם על ידי חתימת הצדדים על שטר הבוררין, ובזה יהיה ניתן לאכוף את ביצוע פסק דין התורה שפסק, על בית הדין לעשות הכל על מנת שפסק דינו יהיה ניתן לאכיפה, ובזה מצות הדיין שלו תתקיים בשלמותה.

עפ"ז מובנים דברי הפוסקים שהובאו בספר דברי גאונים כלל נג סעיף ח' דאם אחד מבעלי הדין שמוכן לעמוד בדין תורה אך אינו רוצה לחתום על קאמפרומיס (שטר בוררין) מבואר בשו"ת נאות דשא באמצע סי' נא דיש לו דין מסרב, וכ"מ בשו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סי' ז, ט, וכ"כ בשו"ת שואל ומשיב מהדורא ג ח"ח ס"ס קכ"ה, ובשו"ת רמ"ץ חו"מ סי' ו והעיד שכן דנין.

וז"ל השו"מ הנ"ל שם בד"ה ומ"ש מעלתו:

על מ"ש ב"ד לכוף הבע"ד לחתום על שם הקומפרומיס ואם לא יחפוץ יכתב סירוב... ובנ"ד כיון שבעוה"ר אין כח ב"ד יפה רק מה שמקבל עצמו עפ"י נימוס וכיון שבדיניהם אין הבדל וכל שיקבל עליו שוב נחתין לנכסיו והדין דין אמת.

באור שיטתם, שכאשר החתימה על שטר הבוררין מאפשרת לבית הדין לבצע את שפסקו באמצעות החוק האזרחי והשלטון על-פי חוקיו הרי שבזה בית הדין יכול לאכוף את פסקיו ולקיים את עיקר מצות הדיין להוציא לפועל את פסק דינו, וכאשר בע"ד מסרב ליתן לבית הדין את כח האכיפה יש בזה סרוב לחלק מהותי שבפעולת ומצות הדיין והיא אכיפת וישום הדין והפסק, שטר הבוררין לבית הדין מהוה כלי הדיין במקל רצועה ושופר (חרם ונדוי) ע"מ שיקיים את הפסוק אלה המשפטים אשר תשים לפניכם.

לאור האמור בנדון דנן, כאשר נתקבלה בקשת הצדדים בחתימתם להוצאת צו ירושה בעיזבון המנוח ונשמע טענות הצדדים לגבי החלק שהם מבקשים לזכות מהעיזבון ונתעוררה שאלת תוקף החתמת האלמנה והבנות. מרגע זה אמנם חלה על בית הדין החובה על-פי דין תורה לדון בבקשה ולשמוע הטענות הצדדים ולפסוק. וכך כתבנו בהקשר זה, במאמר הנ"ל<sup>7</sup> -

הרמב"ם בספר המצוות מ"ע קעז כתב:

וזה אחת מהכוונות שכולל עליהם הצווי הזה ובו ג"כ שכל איש מצווה לדון דין תורה כשיהיה יודע בו הריב שבין בעלי הדין.

הרי שכאשר בית דין יודע על ריב בין בעלי דין חלה עליו מצווה לדון ביניהם. לפי"ז כאשר מוגשת תביעה בפני בית הדין, ובית הדין עיין בה ויודע אותה, חלה עליו המצווה לדון ובצדק לשפוט בין בעלי הדין ולהשבית את הריב שבין בעלי הדין, כנוסחת מהדורת ר"ח הלר לספה"מ מוסד הרב קוק.

אמנם, בתרגום אבן איוב לספה"מ לרמב"ם, וכן בתרגום הרב קאפח (הוצאת מוסד הרב קוק, תשי"ח) הגרסא בלשון הרמב"ם דמצווה לדון דין תורה "כשהתחילו בעלי הריב לדון לפניו" - גרסת תרגום א"א, "ובעלי הדין התחילו לטעון בפניו" - גרסת תרגום קאפח, כלומר שתחילת חלות המצווה לדון קיימת רק כאשר התחילו הצדדים לדון או לטעון, ואילו כאשר הוגשה תביעה בפני בית הדין הצדדים עדיין לא התחילו ל השמיע טענותיהם, לפי"ז לא חלה עדיין מצות הדיין לדון ויכול הדיין שלא לקבל את התביעה. וכן

7. ספר הזיכרון, עמ' תקנד-תקנה.

משמע מדברי אור זרוע ח"ב פסקי סנהדרין פרק א' דף י' ד"ה פי' רש"י שכתב:

ופריב"א ורבינו שמשון בן אברהם דדוקא אחד רך ואחד חזק, אבל שניהם חזקים אפילו קודם לשידע להיכן הדין נוטה משתשמע דבריהם אי אתה רשאי לומר איני נזקק לכם, וחייב לטפל בדינם דמצות עשה היא כדתיב בצדק תשפוט עמיתך.

הרי לדבריו מצות בצדק תשפוט עמיתך מחייבת לדיין להזקק לבעלי הדין רק כששמע דבריהם, ומשמע שכל עוד שלא שמע הצדדים אפילו אם שמע צד אחד שהגיש התביעה עדיין המצוה לדון לא חלה.

אמנם, בהגהות אשר"י למס' סנהדרין על הרא"ש פ"א ה"ה מובאת שיטת הריב"א והרשב"א בזה"ל:

ומפרש ריב"א ורשב"א אבל אם שניהם חזקים אפילו קודם שישמע דבריהם חייב לטפל בדינם, ואין רשאי לומר איני נזקק לכם דמצות עשה היא דכתיב בצדק תשפוט עמיתך.

הרי שלגירסא זו המצוה לדון קיימת עוד קודם שישמע דבריהם, יעויין במאמרו של הרב בנימין ליפקין בקובץ התורה והמדינה כרך ט-י עמודים קה-קי"ד שדן בגדרי המצוה לדון בעלי דין, עמד על סתירה זו בין הגרסאות בשיטות הריב"א והרשב"א הנ"ל. וכתב שם ליישב הסתירה דכאשר מדובר שבעלי הדין הופיעו בפני דיין אחד חובתו להזקק להם רק

כשישמע דבריהם, ובהגהת אשר"י מדובר כאשר התובע מגיש תביעה לבית דין, ואז אפילו קודם שישמע דבריהם חייב לזקק. בלא שנכנס לעצם ישוב הסתירה שבדברי האור זרוע, עצם ההבחנה בין דיין לא קבוע ובית דין קבוע לגבי חלות מצות בצדק תשפוט עמיתך, מצינו בדברי השו"ע חו"מ סימן י"ב סעיף א:

שנים שבאו לפניו לדין אחד רך ואחד קשה עד שלא תשמע דבריהם או משתשמע דבריהם ואתה יודע להיכן הדין נוטה אתה רשאי לומר להם איני נזקק לכם, שמא יתחייב הקשה ונמצא רודף אחד הדיין, אבל משתשמע דבריהם ותדע להיכן הדין נוטה אי אתה רשאי לומר איני נזקק לכם, ואם היה ממונה לרבים חייב להזקק להם.

אמנם השו"ע לא כתב ביחס לבית דין ממונה לרבים ממתו חובתו להזקק להם, האם גם לפני שנשמעו טענותיהם, ובשלב שהוא יודע שיש בעלי דין שיש

ביניהם דין ודברים כבר חייב לדון ביניהם ולהשבית הריב, או שהחיוב מתחיל רק כאשר נשמעו טענות הצדדים ועדיין אין בית הדין ידוע להיכן הדין נוטה.

בשו"ת המהרשד"ם ח' חו"מ סי' שע"ח קבע שבית דין ממונה לרבים חובתו לדון קיימת עוד לפני ששמעו הצדדים וכ"כ המהרשד"ם ח' יו"ד סי' קל, הרי דהמהרשד"ם יפרש דברי הרמב"ם והשו"ע שבית דין קבוע בעירו וממונה לרבים, חובתו לדון דין בעלי דין קיימת אף בטרם ששמעו את טענות הצדדים. וכפי שהסברנו בראשית דברינו שחובת בית הדין הקבוע לידון בין צדדים קיימת מיד כאשר יש במקומו של בית הדין בעלי דין שיש צורך להשבית את המריבה שביניהם. אין כאן ענין בזכות התובע או הנתבע, אלא בחובת בית הדין כלפי המצב שיש בעלי דין שלא תהיה ביניהם המריבה. לפי"ז יש לקבוע שבית דין קבוע בעירו כאשר יודע על קיום בעלי דין וזאת בדרך כלל כאשר מוגשת תביעה לפניו אפילו בכתב, כבר חלה עליו החובה לשפוט בצדק את עמיתו.

לפי זה השאלה שניצבת בפני בית הדין היא, לא עצם המצווה והחובה שמוטלת עליו על-פי דין תורה, אלא לאור טענתו ורצונו של האלמנה והבנות לבטל את חתימתם בטענות של הטעייה מצד הבן הבכור, וטעות בחתימה, מתעוררת השאלה אם על-פי החוק האזרחי ניתן ליישם ולבצע את פסק הדין, ומאחר שלפי הנסיבות בתיק לעניין חתימת האלמנה והבנות שנעשו בהטעיה וטעות, ובית הדין האזורי שסגר את התיק, ופנית האלמנה והבנות לביהמ"ש להוציא צו ירושה בעיזבון המנוח על פי החוק (ובניגוד לדין תורה), וצו הירושה שניתן על ידי הרשם לענייני ירושה בחיפה (שהוא בניגוד לדין תורה), וחוו"ד של בא כוח היועץ המשפטי, שבית הדין הגדול אינו מוסמך להורות על ביטול או תיקון של צו ירושה שניתן על ידי הרשם לענייני ירושה, אנו ובית הדין האזורי מנועים מלדון בערעור וטענות הצדדים, שכן אין כל טעם שנקבע ונפסוק את עמדת ההלכה ומשפט התורה כאשר החוק האזרחי מונע יישום פסק דין זה.

לאור האמור, אין אנו מתערבים בהחלטתו של בית הדין האזורי שסגר את התיק.



## מעמדו ההלכתי של בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין\*

### הגאון הרב אברהם שרמן

- א. תאור העובדות / 97
- ב. נימוקיו ההלכתיים של המבקש / 98
- ג. טעויות שבדברי המבקש / 99
- ד. נימוקי פסק הדין / 100
- ה. פסק דין / 116

### א. תאור העובדות

נתקבלה בקשת בא כוח המערערים עו"ד ר' ש', לביטול החלטת בית הדין בעניין העברת תלונה כלפיו, לטיפולו של לשכת עורכי הדין, באמצעות בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין ושאר מוסדות הלשכה שמטפלים בהתנהגות בלתי הולמת של עורכי דין. ההחלטה להעביר את התלונה באה עקב התבטאויותיו הבוטות והפוגעות, והעלאת האשמות חמורות ב"שפת שוק" שאינה מקובלת, כלפי דיין, אב"ד להקדשות. דברים שיש בהם פגיעה אישית חמורה באישיותו ובמילוי תפקידו כאב"ד בית הדין.

עורך הדין טוען, שהמצב המשפטי הוא, שהתלונה תטופל על ידי לשכת עורכי הדין, על פי חוק לשכת עורכי הדין. החוק קובע שועדת האתיקה של לשכת עורכי הדין תעביר את התלונה לטיפול המוסדות המשפטיים<sup>1</sup> שהוקמו על פי חוק.<sup>2</sup> הדיון בתלונה יהיה על פי תקנות וכללים שנקבעו על ידי הלשכה, כאשר שלושה שופטים, שיושבים כ"בית דין משמעתי" מנהלים את המשפט<sup>3</sup> על פי חוקי משמעת, ולפי דיני ראיות של 'ערכאות'.<sup>4</sup> כמו כן, קיימת ערכאת ערעור,<sup>5</sup> וכן, ניתן לערער על ההחלטה

\* נימוקי פסק הדין בע"ר 1-64-900000142, כולל ר' נגד ג' ג' (טרם פורסם). ההחלטה ניתנה ביום כ"ז ניסן תש"ס. הכותרות, נוסחו על ידי העורך, בהסכמת הגר"א שרמן. כותרתו של פסק הדין, בהתאם לנושאו, אולם, המעיין ייווכח שהבירור ההלכתי נכון גם לערכאות שיפוטיות דומות. הערות השוליים הוספו על ידי המערכת, בהתאם לצורך.

1. סעיף 62 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א – 1961 (להלן: חוק לשכת עורכי הדין)
2. סעיפים 14,15 לחוק לשכת עורכי הדין.
3. סעיף 18(ג) לחוק לשכת עורכי הדין.
4. ראה להלן, פרק ד, סעיף (ה).
5. לפי סעיף 70 לחוק לשכת עורכי הדין.

בערעור, לבית המשפט העליון.<sup>6</sup> עוד הוסיף המבקש, שבהרכבי בתי דין משמעותיים אלו, יכולים לשבת מוסלמים, יהודים, נוצרים, דרוזים ונשים. על כן, לדבריו, יש לראות בכל המסגרות האלו "ערכאות", שחל איסור תורה להתדיין ולהגיש תביעות בפניהם,<sup>7</sup> ובודאי שבית הדין הגדול אינו רשאי להוציא החלטה שמשמעותה המעשית היא, פניה ל'ערכאות'.

מכוח טענה זו פונה עורך הדין הנ"ל לבית הדין הרבני הגדול, בבקשה שיבטל את ההחלטה להעביר את התלונה בעניינו לבית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, החלטה שלדבריו, מנוגדת לדין תורה.

### ב. נימוקיו ההלכתיים של המבקש

בנימוקיו ההלכתיים לביסוס טענתו, שלבתי הדין המשמעתיים של לשכת עורכי הדין יש דין 'ערכאות' טען המבקש שאין לדמות בתי דין אלו לבתי דין של הסוחרים, שעליהם נפסקה הלכה, כמובא בגיליון שו"ע של רבי עקיבא איגר,<sup>8</sup> שמי שרוצה לדון על פי מנהג ודרך הסוחרים, במקום שהמנהג הוא לדון בפני בית דין של סוחרים שהקימו הסוחרים בתוכם, ובית דין זה לא דן על פי דין תורה, רשאי, ואין בזה אסור ערכאות, ומנהג מבטל הלכה. זאת משום שאותם בתי דין של סוחרים, דנים ללא מערכת חוקים קבועה. מה שאין כן בתי הדין של לשכת עורכי הדין, שדנים על פי מערכת חוקי משמעת, ולפי דיני ראיות של 'ערכאות'. לדבריו, עצם הדבר שבתי דין אלו פועלים על פי מערכת חוקים ודיני ראיות משלהם, נותן להם דין של 'ערכאות'.

לחיזוק קביעה זו, הביא המבקש את דברי ה'חזון איש',<sup>9</sup> שעל פי הבנתו, קבע דפשוט הוא דאיסור מפורש לדון גם בפני פשרנים, כאשר קבעו מערכת חוקים משלהם. ואלה שקבעו, הרי עזבו המה מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים, והם מחללים את התורה, ואין הבדל לעניין זה, בין מי שבא לפני גויים לבין מי שבא לפני ישראל הדין לפי חוקים בדויים, והדבר עוד יותר מגונה, באשר המירו את משפטי התורה על משפטי ההבל. וחותם בציטוט דברי ה'חזון איש' -

ואם יסכימו בני העיר על זה, אין בהסכמתם ממש. ואם יכופו על זה, משפטם גזלנותא הוא, ועושק, ומרימים יד בתורת משה.

לאור דבריו אלו, טוען עורך הדין המבקש, שהחלטת בית הדין להפנות את הטיפול

6. לפי סעיף 71 לחוק לשכת עורכי הדין.

7. ראה: גיטין פח, ב.

8. כמובא בגיליון שו"ע לרבי עקיבא איגר חו"מ ג, א, בשם שו"ת מגן גבורים ושו"ת מהרש"ך.

9. חזון איש חו"מ, סנהדרין טו, ד.

בתלונה נגדו לבית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין, יש בה משום הפניה ל'ערכאות', שכידוע, יש בזה איסור גמור. והוסיף, שבית הדין שגה, והסביר, שהמשגה נובע מאי מודעות להליך, והחוק בנדון.

### ג. טעויות שבדברי המבקש

לאחר העיון בכל דבריו של המבקש, ובמובאות והאסמכתאות ההלכתיות שעליהם ביסס קביעותיו, נראה שהוא שגה וטעה בשלוש נקודות.

בקביעתו, שמערכת משפטית פנימית, שנקבעה והוקמה על ידי סקטור מסוים בחברה, כגון לשכת עורכי הדין, שפועלת על פי חוקים ותקנות שקבעו לעצמם, שיש לראותה כ'ערכאות', וחל האיסור להיזקק לה.

וכן טעה בהסברו, מדוע בתי דין של הסוחרים אינם נחשבים 'ערכאות', למרות שאינם פועלים ודנים על פי דין תורה. אף פירושו בדברי הגיליון שו"ע לרבי עקיבא איגר, שקבע שבתי דין של הסוחרים אינם 'ערכאות', משום שמדובר שהם דנים ללא מערכת חוקים, אינו נכון, כפי שיבואר בהמשך, מתוך עיון במקור דבריו של רבי עקיבא איגר, בשו"ת המהרש"ך, ואדרבא, בדבריו מפורש ההפך.

וכן, טעה בהבנת דברי ה'חזון איש', שכביכול קבע, דאיסור מפורש לדון גם בפני פשרנים, כאשר קבעו מערכת חוקים ומשפטים משלהם. דאם נקבל באור זה, יש לסייג את דברי הרמ"א ש'עיריות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים או שכולם עמי ארצות וצריכים להם דיינים שישפטו ביניהם, שלא ילכו לפני ערכאות של עכו"ם, ממנינים הטובים החכמים שבהם אף על פי שאינם ראויים לדיינים. וכיון שקיבלו עליהם בני העיר, אין אחד יכול לפוסלם וכל הצבור יכולים לקבל בית דין שאינם מן התורה"<sup>10</sup> ולקבוע שמדובר, שאותם חכמים ודיינים שנתמנו, ושאינם דנים על פי דין תורה, אינם דנים על פי תקנות וחוקים שקבעו לעצמם, ואין להם סדר דין, ועקרונות שעל פיהם הם דנים, אלא הם פועלים ללא כל מסגרת של תקנות, כללים וחוקים שקבעו לעצמם. ודבר זה לא שמענו, ומובן מאליו שאין ערכאה שיפוטית יכולה לפעול בלא סדר של תקנות וחוקים, שמהווים מסגרת לעבודתה. ולא מצינו בפוסקים מי שקבע שבתי דין אלו, שנקראים 'ערכאות שבסוריה', נזקקים להם, ואין שם 'ערכאות' עליהם, רק אם הם פועלים ללא מסגרת של תקנה, חוק וסדר דין שקובעים לעצמם.

להלן יתבאר דברי ה'חזון איש' וקביעותיו בעניין 'ערכאות'.

## ד. נימוקי פסק הדין

אתחיל בביאור ההלכה שהביא הגאון רבי עקיבא איגר בשם המהרש"ך, שאין לראות בבית הדין של הסוחרים ערכאות. לאחר מכן נבחן, עד כמה יש לדמות את המערכת המשפטית של לשכת עורכי הדין לבתי דין אלו.

### (א) הגדרת "בית דין של סוחרים"

מעמדו בהלכה של "בית דין של הסוחרים" נקבע על פי דברי המהרש"ך הנ"ל, וכן הביא הגאון רבי עקיבא איגר<sup>11</sup> את דברי שו"ת מגן גיבורים, וזו לשונו -

על מחלוקת בין תובע לנתבע, אחד אומר שרצונו להתדיין בדין תורה, ואחד אומר, שאין לו להתדיין אלא בפני אחרים, שכן הוא מנהג המקום שנעשה בו העסק, הדין עמו, כיון שבמקום שנעשה העסק יש מנהג להתדיין כפי דין הסוחרים, ולא כפי דין תורה, מנהג מבטל הלכה, והביא ההיא דסיטומתא.<sup>12</sup>

דברי רבי עקיבא איגר הובאו אף ב'פתחי תשובה', שם.<sup>13</sup>

כאמור, מקור ההלכה לקביעת מעמדו של בית הדין של הסוחרים בהלכה, הם דברי המהרש"ך, וזו לשונו -

הדבר ידוע שבענייני הקניות והסחורות וכל ענייני משא ומתן שנהגו הסוחרים בעסקיהם, יש לנו ללכת אחרי מנהגיהם אפילו בסתם מנהג, ועוקר דין. [נלמד מהא דאמר רב פפא, פרק איזהו נשך "האי סיטומתא באתרא דרגילים למקני". והדבר ידוע מה שפירש רש"י, ומה שפירש ר"ח, כמו שכתב הטור (חו"מ סימן כ"א), ומה שהעלה הרא"ש להלכה מהמימרא הנזכרת. גם הרב המגיד כתב (בפרק ז' מהלכות מכירה) [כתב] בשם הרשב"א: שמע מינה כי המנהג מבטל בכל כיוצא בזה... אם כן, מאחר שראובן נשא ונתן עם שמעון במקום שנהגו שלא יצטרכו בעסקיהם לדון בדין תורה, שהיה מן הנמנעת לישא וליתן, ויבטל העסק והמשא ומתן, הייתכן שנאמר שישא ויתן על סמך אותו מנהג, והדבר ידוע שאם אותו העסק והמאורעות שאפשר שיארעו באותו העסק היו נדונים בדין תורה, הניח מעותיו על קרן הצבי.<sup>14</sup>

הרי דהמהרש"ך קובע, שסוחרים רשאים להקים בתוכם בית דין של סוחרים, וכל סכסוך ביניהם יובא בפני בית דין זה, והוא שיפסוק וכריע, ולא בית הדין הדן לפי דין תורה. ובזה פסק, שמנהג מבטל הלכה.

11. לעיל, הערה 8.

12. שו"ת מגן גיבורים, ה.

13. פתחי תשובה חו"מ ג, ב.

14. שו"ת מהרש"ך (הוצאת ונציא, ירושלים תש"ן) ב, רכט.

ולכאורה, יש להקשות על פסיקת המהרש"ך. שכן, הכלל שמנהג מבטל הלכה נאמר רק בענייני ממון ובאינטרסים שבין אדם לחברו, אך קהל אינו יכול לקבל על עצמו הנהגה שיש בה איסור. והלא ידועה ההלכה, שאסור לאדם להזדקק לבית דין שאינו דן על פי דין תורה, ובודאי שאין ציבור יכול להסכים להקמת בית דין כזה.

בשאלה זו דן בשו"ת בעי חיי וזו לשונו -

עמדתי בחקירה אחת עצומה שיש לחקור בנידון דידן, והיא זאת: גם במקום אחד נהגו כמנהג הראוי להישען עליו כפי הדין אם יהיה להם דבר הן לריב ומצה ללכת להתדיין בפני ערכאות, אם הולכים אחר מנהג בזה דמנהג מבטל הלכה, או דילמא אין הולכים אחריו. ויראה לעניות דעתי, דאפילו למאן דאמר מנהג בממון מבטל הלכה, אפילו אין לו ראייה מן התורה, בנידון דידן אין הולכין אחר מנהג בזה משום דהוי מילתא דאיסורא, דאסור לדון בערכאות משום 'לפניהם ולא לפני גוים' אמר רחמנא, וכבר ידעת שהסכימו רוב הפוסקים וכמעט כולם דמנהג נגד איסור לא יועיל, אף-על-פי שהוא מנהג פשוט והונהג, כולי עלמא מודי דלא אזלינן בתריה.<sup>15</sup>

והמשיך שם ה'בעי חיי', והזכיר את קביעת המהרש"ך בעניין בית דין של סוחרים, וכתב בזו הלשון -

לא התיר מהרש"ך ללכת לדון לפני ערכאות, חלילה לפה קדוש יאמר דבר זה שזהו עילוי יראתם, אבל מה שכתב הרב שם הוא עניין אחר. שיהיה מנהג אותו מקום שלא לדון בעסקי משא ומתן כפי דין תורה שאם היו דנין רק על פי התורה לא היה קיום והעמדה להם אלא היו דנים על פי מנהג הסוחרים **כפי נימוסיהם וכפי תקנותיהם**, וכל זה היו דנין אפילו בדיוני ישראל על פי המנהג, על זה כתב הרב, שאף אם ילכו למקום אחר, חייבים להתנהג על פי מנהג שנהגו במקום שנעשה העסק. אבל שיוכלו להתדיין לפני ערכאות, לא התיר הרב ז"ל, דאפילו דנין כדינינו אסור, כמו שנתבאר, כל שכן אם אינם דנים כפי דין, וזה פשוט למתבונן בדברי הרב ז"ל, שלא הוזכר בדבריו בכל אותה תשובה 'ערכאות' אלא לדון בדין הסוחרים וזהו מה שהתיר הרב ז"ל, דההקפדה אינה אלא לדון בפני עכו"ם מפני שהוא עילוי ליראתם.

ה'בעי חיי' מסביר בשני טעמים, מדוע אין בבית הדין של הסוחרים שבדברי המהרש"ך, משום האיסור לדון בערכאות למרות שאין בית דין זה דן על פי דין תורה -

כיון שהם דנים על פי מנהג הסוחרים כפי החוקים והנימוסים שתקנו הסוחרים, שעל פי זה ידונו, וגם דייני ישראל היו דנים על פי מנהגם.

15. שו"ת בעי חיי חו"מ א, כרך ב, קנח.

אין בעמידה בפני בית דין הסוחרים איסור עמידה בפני 'ערכאות' משום 'לפניהם ולא לפני ערכאות של גוים', דההקפדה אינה אלא לדון בפני עכו"ם, מפני עילוי יראתם.

לדברי ה'בעי חיי', תנאי ראשוני שמכוחו ניתן לקבוע שאין לראות בבית דין של הסוחרים 'ערכאות' הוא, שבית דין זה פועל על פי מערכת חוקים ונימוסים שתקנו הסוחרים. כלומר, על פי חוקים שכל מטרתם היא, להגן על חיי מסחר תקינים. בלשון המהרש"ך -

והדבר ידוע שאם אותו העסק והמאורעות שאפשר שיארעו באותו העסק היו נדונים בדין תורה הניח מעותיו על קרן הצבי.

ובענייני ממון, יכולים הקהל לתקן תקנות בניגוד לדין תורה ומנהג מבטל הלכה.

וצריך לומר, שבבתי דין אלו, גם סדרי הדין ודרכי הראיות, וגם החוקים והכללים שעל פיהם יפסוק בית הדין נקבעו בהתאם לצורך לייעל את הטיפול המשפטי ולזרזו, באופן שהמסחר לא יתנהל בצורה שענייני הממון והסחר יפגעו, כאשר הצדק, היושר, והשכל הישר של בית הדין הם הבסיס לדין ולמשפט.

מכל האמור עולה בודאות מדברי המהרש"ך הנ"ל, שבתי הדין של סוחרים "היו דנים על פי מנהג האחרים כפי נימוסים וכפי תקנותיהם", ומגמת מסגרת החוקים והנימוסים האלו, להגן על חיי מסחר תקינים. לכן, אין חוקים ונימוסים אלו נותנים לבתי דין אלו גדר של 'ערכאות' שאסור להזדקק להם, למרות שאינם דנים לפי דיני ומשפטי התורה.

לאור זאת, שגה וטעה בא כוח המערערים בביאור דברי רבי עקיבא איגר בשם שו"ת מגן גבורים ובשם הרש"ך הנ"ל. וכאמור, בדברי המהרש"ך נאמר ההפך.

כמו כן, נסתרת קביעתו העקרונית, שמערכת משפטית פנימית של סקטור מסוים בתוך החברה, שפועלת על פי חוקים ותקנות שקבעו לעצמם, יש לראותה כ'ערכאות' שאסור להזדקק להם, ומבואר מדברי המהרש"ך וכל הפוסקים שקבלו ופסקו כדבריו, כמובא בשדי חמד<sup>16</sup>, והביא שם את דברי ספר משנת ר' אליעזר,<sup>17</sup> ואת דברי ספר 'מטה שמעון'<sup>18</sup>, וכפי שהביא המגן גיבורים וכן רבי עקיבא איגר הנ"ל, שאין הם רואים בבית דין של סוחרים או כל בית דין שהוקם על ידי חברה וקבוצה בתוך הצבור, הפועל על פי תקנות כללים וחוקים שנקבעו על ידי אותו גוף על מנת להגן על קיומו ועל האינטרסים שלו, כ'ערכאות'.

16. שדי חמד מערכת המ"ח כלל ל"ח ד"ה ואי אזלינן בתר מנהג הסוחרים.

17. משנת רבי אליעזר ב, קונטרס הזכרונות, דף כ, אות מא.

18. שו"ת מטה שמעון חו"מ, כו, הגה"ט, אות א.

### (ב) מעמדו של המפקח המוסמך להכריע סכסוכי שכנים בבית משותף

וכן פסק בשו"ת ציץ אליעזר<sup>19</sup> בנוגע לפקיד המוסמך לדון ולפסוק בעניין סכסוכי שכנים בבתי משותפים, על פי חוק לבתי משותפים, שהסמך אותו להכריע בין צדדים שבבתי משותפים. החוק קובע בסעיף 47ב',<sup>20</sup> שההכרעה בסכסוכים מסוג זה נתונה לפי סעיף קטן א' בידי הפקיד המוסמך, ולא יזקק לה כל בית משפט או בית דין.<sup>21</sup> ודימה בשו"ת ציץ אליעזר דין זה, לבית דין של הסוחרים שפסק בו המהרש"ך, על אף שפקיד זה ודאי פועל על פי כללים ותקנות בבירור ובפסיקתו.

והוסיף שם הגרא"י ולדנברג, שודאי שבמידה ויש בכללים ותקנות אלו תוצאה איסורית המנוגדת לדין תורה, אין פסק הדין מחייב, כפי שמדייק מהמהרש"ך,<sup>22</sup> דהיינו דווקא היכא דליכא איסור בדבר. כגון, שאין עליו טענת ריבית, דכהאי גוונא פוסקים הסוחרים שיתן לו, ודון מינה בכל הדומה לזה.

וכן בשו"ת בית אבי<sup>23</sup> דן בשאלה, האם יש איסור לדייר בבית משותף להתלונן ולתבוע לפני משרד O.P.A שהוא מטעם שלטון העיר, להגן על הדיירים שלא יאונה להם רע מבעלי הבתיים המשותפים, משום איסור ההליכה לערכאות. והביא את דברי המהרש"ך (המובא בכנה"ג סי' כ"ו) הנ"ל, ומסקנתו שם, שאין לאותו פקיד מוסמך על פי חוק בית משותף דין ערכאות. להלן, נציין מדבריו, לביאור ההבדל שבין מערכת משפטית שנחשבת 'ערכאות' לבין מערכת משפטית פנימית שנועדה לתקנת הדיירים ולהגנה עליהם שלא יאונה להם רע, ובעלי הבתיים ימלאו את חובתם כלפי הדיירים.

אמנם, בספר 'משנה הלכות'<sup>24</sup> התייחס לתשובת ה'בית אבי' הנ"ל, וחלק על קביעתו, שפקידים המוסמכים מטעם השלטון אינם 'ערכאות' בטענה, שכיון שיש ביד אותם פקידים כוח לענוש, הרי מי שנוקק להם הוא כמוסר ממון חברו לעכו"ם שהוא גרוע מהולך לדיניהם. וכן טען, דכיון שיש להם יכולת לקנוס יש להם דין 'ערכאות', וסיים שם דבריו -

שכל הנו משרדים בכלל ערכאותיהם. והם חלק מחוקי המדינה ומשפטיה, ואדרבא לשון ערכאות לא קאי דוקא אשופטים אלא כל חלקי המדינה

19. שו"ת ציץ אליעזר יא, צג.

20. כיום, סעיף 72(א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969. להלן: חוק המקרקעין.

21. הוראה מפורשת האוסרת על כל ערכאה לדון בסכסוך שבין בעלי הרכוש המשותף, לא קיימת. אף על פי כן, מן האמור בסעיף 72(ב), שבנוגע לסכסוך בדבר הסגת גבול רשאי להכריע גם בית המשפט, ניתן ללמוד שבכל סכסוך אחר, אין בית המשפט רשאי להכריע.

22. וכמובא בשו"ת מטה שמעון, לעיל, הערה 18.

23. שו"ת בית אבי ג, קנד.

24. שו"ת משנה הלכות ט, מדור תשובות, שכז.

המתנהלים לפי חוקי ממשלה וכופין בני אדם לקיים החוקים ומוציאין ממון ... על כל פנים לפי עניות דעתי פשוט דמשרד זה הוא בכלל משרד המשפטים של המדינה והוא בכלל מוסר ממון חברו שלא ברשות בית דין.

לעניות דעתי, אין בכל הערותיו ונימוקיו כדי ליתן דין 'ערכאות' לאותו פקיד מוסמך לענייני דירות ודיירים משותפים, ולהלן אתייחס לדבריו.

אמנם, בא כוח המערער, בבקשתו לבטול ההחלטה, ציין לחוק המקרקעין, בפרק הדין בבתים משותפים, שם נקבע פקיד במשרד המשפטים להיות מפקח על הבית המשותפים ושלפקיד זה סמכות על פי חוק לדון בעניינים מסוימים שבין שכנים בבית משותף ובשימוש ברכוש המשותף והלה גובה ראיות<sup>25</sup> ועל החלטותיו ניתן לערער.<sup>26</sup> לדבריו, שאל בעניין זה את מרן פוסק הדור הגרי"ש אלישיב שליט"א, תוך שהוא מציג בפניו את התכונות המתוארות של הפקיד הנ"ל, והוא השיב לו כדבר פשוט, כי לתביעה בפניו יש דין של תביעה ב'ערכאות'. לדבריו, אף הוסיף הגרי"ש האלישיב, שכתב להגרא"י ולדנברג שליט"א מחבר ה'ציץ אליעזר', כי תשובתו בעניין הפקיד המוסמך, בטעות יסודה, ויש להניח שלא מסרו בפניו מידע מסודר מפורט ונכון בדבר ההסדר החוקי ודרכי השיפוט של הפקיד הנ"ל. ובעניין דנן (בית דין משמעתי של לשכת עורכי הדין) ודאי שיפסוק כי מדובר בערכאות.

בהיותי אצל מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א שאלתיו, האם פסק למבקש בעניין מעמדו של הפקיד המוסמך, שיש לראות בזה 'ערכאות', והאם יש לראות בבית דין למשמעת של לשכת עורכי הדין גם כן 'ערכאות'. והשיב לי, שהוא לא פסק למערער דבר בעניין הפקיד המוסמך, וודאי שאינו זוכר שהציג בפניו את המסגרת של התקנות והחוקים על פיהם פועל הפקיד המוסמך בענייני סכסוכי שכנים בבתים משותפים. והוסיף, שודאי שאין הוא פוסק לדמות דין פקיד המוסמך לדין בית דין המשמעתי של לשכת עורכי הדין.

### (ג) בית דין של מפלגה

ויש להוסיף, שמרן הגרי"ש אלישיב שליט"א קבע כבר בעבר את עמדתו ביחס למעמד בית דין של מפלגה, שפועל גם כן על פי תקנות חוקים וכללים שקבעו לעצמם, שאינם מתאימים לדינים והלכות של תורה, ואין הוא מוצא שיש ליתן לבית דין זה דין 'ערכאות', ואדרבא, הוא מפנה צדדים להמשיך ולהתדיין בפני בית דין זה. כך מבואר בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול בירושלים, בערעור על פסק דין של בית הדין האזורי בת"א, שפסק בזו הלשון -

25. ע"פ סעיף 75 (א) 751- (ב) לחוק המקרקעין.

26. ע"פ סעיף 77 חוק המקרקעין.



ומעתה בנדרון דידן שלצדדים אלו קיים מנהג לדון בפני בית דין התנועה, גם במקום זה בו הוגשה התביעה, אין לחייב את המשיבים להתדיין לפי דין תורה בפני בית הדין נגד המנהג שלהם

וכתב שם הגרי"ש אלישיב בפסק דינו בערעור בזו הלשון -

ובכן לדעתי לפי האמור, על בעלי הדין לחזור לבית הדין האזורי בת"א על מנת לברר נקודה זו, האם בית הדין של התנועה וועדת הפירושים כשרים לדון בנדרון, או שהם נוגעים בדבר, כטענת המערערים ... במקרה ובית הדין האזורי לא ימצא שום דופי לא בבית הדין של התנועה ולא בוועדת הפירושים, הרי מקום הדיון בשאלה... הוא בית הדין של התנועה... יגמור את מלאכתו ויוציא פסק דין בנדרון. ואם ימצא שדבר זה נמצא במסגרת פירוש החוקה [של המפלגה], יחזיר את העניין לוועדת הפירושים ועל פיהם יקום דבר.<sup>27</sup>

אין הגרי"ש אלישיב שליט"א רואה בבית הדין של התנועה 'ערכאות', משום שהוא פועל על פי חוקים ותקנות שנקבעו ע"י התנועה, ונקבעו על מנת לפעול על פי מסגרת החוקים והתקנות האלו. גם הגר"א גולדשמידט זצ"ל, בפסק דינו שם, אינו מערער על מעמדו של בית הדין של התנועה כגוף משפטי שרשאי לדון על פי כללים ותקנות שהוסכמו על ידי התנועה ונבחרה, למרות שאינם מתאימים לדין תורה.

#### (ד) "ערכאות שבסוריא" ובתי המשפט האזרחיים של מדינת ישראל

לא רק בתי דין של סוחרים אין לראותם כ'ערכאות', למרות שהם דנים על פי תקנות וחוקים שקבעו לעצמם, אלא גם מערכות משפט שהוקמו על ידי אותן עיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים, ואינם דנים על פי דין תורה, מתוך הצורך למנות דיינים שישפטו ביניהם, על מנת שלא ילכו לערכאות של עכו"ם, אינם בגדר 'ערכאות'. בעניין זה פסק הרשב"א,<sup>28</sup> שאותן עיירות רשאים להיזקק להם, למרות שהם פועלים ודנים על פי חוקים ונמוסים. וכתב שם הרשב"א שבתי דין אלו הם "ערכאות שבסוריה", שמוזכרות במסכת סנהדרין.<sup>29</sup>

בעניין זה כתב המאירי בזו הלשון -

ערכאות שבסוריה, שלא היו בקיאים בדין תורה, אלא דנין לאומד דעתם ובחוקים ונמוסים.<sup>30</sup>

27. ע"ר תשכ"ח/135, חוגי הצעירים של המפד"ל ואח', נ' המפד"ל המזרחי הפועל המזרחי ואח', פד"ר ז', 225, 267.

28. שו"ת הרשב"א ב, רצ, הביאו הרמ"א חו"מ ח, א.

29. סנהדרין כג, א.

30. מאירי סנהדרין, שם.

ובהמשך דבריו שם, בד"ה ואמר אח"כ כתב -

פרשוה בגמ', שאינו מומחה, אלא הוא מאותם שהמחוהו רבים דרך הנהגה מדינית כמו שבארנו בערכאות שבסוריה.

וצריך באור מהם אותם "חוקים ונמוסים" שמדבר עליהם המאירי. ולכאורה, דברי המאירי סותרים את קביעתו של ה'חזון איש' הנ"ל (כפי שהבין והביא דבריו בא כוח המערער), דפשוט הוא דאיסור מפורש לדון גם בפני פשרנים, כאשר קבעו מערכת חוקים משלהם, והוסיף -

ואלה שקבעו, הרי עזבו המה מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים. הם מחללים את התורה ואין הבדל בין בא לפני גוים לבין בא לפני ישראל הדן לפי חוקים בדוים והדבר יותר מוגנה כאשר המירו את משפטי התורה על משפטי הבל.

לאור זאת עלינו להסביר, מדוע הזדקקות למערכת משפט אזרחית כ"ערכאות שבסוריה", וכן לאותם בתי דין שהוקמו בהסכמת הציבור באותן עיירות, מותרת, כפי העולה מדברי הרשב"א והרמ"א, ואין לראות בהם 'ערכאות', שאסור להיזקק להם, אף שודאי הוא שאותם בתי דין פעלו דנו ופסקו על פי כללים חוקים ונמוסים שקבעו לעצמם (אין לתאר פעולת בתי דין או מערכת משפטית אזרחית אחרת שאינה מבוססת על כללים חוקים ונמוסים שקובעים את דרך הדין והפסיקה).

וכן, יש להגדיר את ההבדל העקרוני שיש בין 'ערכאות שבסוריה' ובתי הדין של עיירות, לערכאות בתי המשפט האזרחיים, שההלכה אכן רואה בהם 'ערכאות' לעניין האיסור של "אלה המשפטים אשר תשים לפניהם – לפנייהם ולא לפני הדיוטות". ועל פי זה, יש להגדיר את ההבדל שבין ערכאות, לבתי דין משמעתיים של לישכת עורכי הדין, נדון דנן, או לבתי דין של קבוצות אחרות בצבור כרואי חשבון, מהנדסים, ארכיטקטים, שוטרים, עובדי מדינה ומפלגות, שבמסגרת הארגונית שלהם יש מערכת משפטית פנימית ובתי דין משמעתיים.

ידועה גישה הרווחת בין משפטנים ושופטים, שבאה לידי ביטוי בדבריו של פרופ' מנחם אלון בספרו 'המשפט העברי',<sup>31</sup> שמבקשת לראות את מערכת המשפט האזרחי בישראל כדוגמת 'ערכאות שבסוריה', המוזכרים במסכת סנהדרין,<sup>32</sup> בהם ישבו יהודים שלא היו בקיאים בדין תורה ולא הוסמכו כדיינים, אלא בני העיר קבלום

31. מנחם אלון, המשפט העברי תולדותיו מקורותיו עקרונותיו (ירושלים תשנ"ח), כרך א, פרק א, עמוד 23, הערה 80 (להלן: המשפט העברי); כרך ג, עמוד 1606-1607, בהערה 38.

32. כג, א.

עליהם שידונו על פי אומד דעתם. וכן פסק הרשב"א בתשובותיו,<sup>33</sup> דבמקום שאין אפשרות להעמיד דיינים מומחים שבקיאים בדין תורה ובהלכה, וללא מערכת משפטית נמצאו הולכים לערכאות של נוכרים, שיכולים בני העיר לקבל על עצמם ולמנות כביית דין את אלו שאינם מומחים ובקיאים בתורה, ובלבד שיהיו אנשים כשרים יראי שמים שונאי בצע ואנשי מביני דעת.

הרמ"א, בעקבות הרשב"א, פסק -

ועיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים או שכולם עמי ארצות וצריכים להם דיינים שישפטו ביניהם שלא ילכו לפני ערכאות של גוים, ממנים הטובים והחכמים שבהם אף על פי שאינם ראויים לדיינים, וכיון שקיבלו עליהם בני העיר אין אחד יכול לפוסלם וכל ציבור יכולים לקבל בית דין שאינם מן התורה.<sup>34</sup>

אלא שיש להבדיל בין ערכאות בתי המשפט האזרחיים ל"ערכאות שבסוריא", וכמו שכתב החזון אי"ש,<sup>35</sup> וזו לשונו -

ואף על גב דליכא ביניהם דיין שידון על פי משפטי התורה ומוכרחים להמנות בעל שכל לפי מוסרי האדם, אינם רשאים לקבל עליהם חוקי עמים או לחוקק חוקים. שהשופט כל דין שלפניו לפי הנראה אליו זהו בכלל פשרה, ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים, אבל אם יסכימו על חוקים הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר - אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות, וכדאיתא בסימן כו. ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט על פי חוקים בדויים, ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי ההבל. ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש, ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא ועושק ומרימים יד בתורת משה.

ה'חזון איש' מבדיל בין "ערכאות שבסוריא", שבית הדין עשה את המשפט והצדק על פי אומד דעתו ושכלו הישר ואינו כפוף לסדרי דין ודרכי ראיות ופסיקה שנקבעים על פי ספר חוקים, לערכאות המשפט האזרחיות שעושים את מעשה המשפט והצדק בכפוף לסדרי דין וראיות ופסיקה שנקבעו בספרי חוקים נוכריים.

אמנם, על דברי החזון אי"ש, הביא פרופ' אלון<sup>36</sup> את דברי רבנו המאירי, שלפי הבנתו, יש בהם סתירה לדברי ה'חזון איש'. כאמור, כתב המאירי בזה הלשון -

33. לעיל, הערה 28.

34. רמ"א, לעיל, הערה 28

35. לעיל, הערה 9, ד"ה ואע"ג.

36. המשפט העברי, כרך א, פרק ב, הערה 174, עמוד 121-122.

ערכאות שבסוריא שלא היו בקיאים בדין תורה אלא דנים לאומד דעתם  
ובחוקים ונמוסים.<sup>37</sup>

ובהמשך, דבריו בד"ה ואמר אח"כ כתב -

ופרשה בגמ' שאינו מומחה אלא הוא מאותם שהמחוהו רבים דרך הנהגה  
מדינית כמו שבארנו בערכאות שבסוריא.

מדברים אלו מבקש פרופ' אלון ללמוד, שכאשר מדובר על "ערכאות שבסוריא", לא  
מדובר רק על בית דין שדן על פי אומד דעתו, אלא גם על בית דין שדן על פי חוקים  
ונימוסים, ובכל זאת, מקובלת ערכאה זו בהלכה, ואין לראותה כ'ערכאות'. וכאמור,  
דברי המאירי האלו מצא סתירה לקביעתו של ה'חזון איש'.

אך נראה, שאין מדברי המאירי כל סתירה לדברי ה'חזון איש', דהמאירי לא קבע כלל  
שערכאות שבסוריא היו **כפופים** לחוקים ונימוסים, אלא ציין שאותם דיינים, כיון  
שלא היו בקיאים בהלכה השתמשו לעיתים בשיקול דעתם, ולעיתים בחוקים  
ונימוסים נכריים שנראו להם לצורך פסיקתם באותה שעה. הם לא ראו עצמם כפופים  
לפסוק רק על פי מערכת של חוקים ונימוסים שנחקקו על ידי נוכרים, ושימושם  
באותם חוקים ונימוסים הוא במסגרת שיקול דעתם ושכלם בלבד. המאירי עצמו  
מסכים ש"ערכאות שבסוריא" קבלו את סמכותם מתוך שהציבור "המחום דרך  
הנהגה מדינית", היינו, שהציבור קיבל על עצמו להיות כפוף לדיינים, אף שלא דנו  
על פי דין תורה אלא על פי שכלם או מתוך הידיעה שלהם בחוקים ונימוסים  
אחרים. אבל, לא יעלה על הדעת שציבור יוכל לקבל על עצמו להיות **כפוף** למערכת  
חוקים ומשפטים נוכריים, כאשר הוא כפוף לחוקי ומשפטי תורת ישראל.

בלשון אחר, סמכותה של המערכת המשפטית שנקראה "ערכאות שבסוריא" נובעת  
מכוח הציבור, שמינה וקיבל על עצמו את **אותם האנשים**, ואומד דעתם ושכלם  
הישר. אבל ציבור בישראל אינו יכול לקבל **מערכת חוקים ומשפטים**, שאינם משפטי  
וחוקי התורה. לכן, אין ציבור רשאי לקבל על עצמו או להיזקק לבתי משפט  
שכפופים רק לחוקים שזרים לתורת ישראל, שכן יש בזה הרמת יד בתורת משה.

יסוד איסור ההליכה לערכאות הוא איסור לאדם מישראל, וקל וחומר לציבור ועדה  
בישראל, להיות כפופים מבחינה משפטית למערכת חוקים ומשפטים זרים, ולבתי  
משפט שכפופים למערכה זו, שיעצבו את דרכי חייהם, ובזה לערער את כפיפותם  
ונאמנותם לתורת ה' ומשפטיה.

על פי זה יש לבאר את שמצינו בש"ך,<sup>38</sup> בשאלה, אם אדם מקבל על עצמו בקניין  
עכו"ם לדין, שמחלק בין מי שקיבל עליו **משפטי עכו"ם**, שאז אסור הדבר, למי

37. לעיל, הערה 30.

38. ש"ך חו"מ כב, טו.

שקבל עליו לדון לפני עכו"ם מיוחד, שאינו מחזיק את דתם, רק שעכו"ם זה נאמן בעיניו כקרוב או פסול, שקניינו מועיל.  
וכתב שם ה'נתיבות' -

וכן נראה דאפילו בפני עכו"ם מיוחד אסור לדון אפילו בריצוי שניהם דהוי כמיקר שם אלילים.<sup>39</sup>

ונראה לבאר, דהנתיבות סבור שבעכו"ם מיוחד גם כן יש איסור ערכאות של עכו"ם, אף שקיבל את האדם ולא את חוקי דתי העכו"ם, כאשר אותו עכו"ם מיוחד רואה עצמו כפוף על פי דתו לחוקי עכו"ם, ולא ידון ולא יפסוק על פי שכלו ושיקול דעתו, במקום שיש לו את חוקי דתי העכו"ם שהוא רואה עצמו כפוף להם. לכן, גם מקרה זה רואה ה'נתיבות' כאיסור, משום שלמעשה, יש בזה ייקור של חוקי עכו"ם ולא רק קבלת האדם ושכלו.

העיקרון שקבע ה'חזון איש', ודרך הביאור של דברי המאירי, באופן שאין מהם סתירה לעיקרון זה, מצאתי בדברי הגרי"א הלוי הרצוג זצ"ל בספרו "תחוקה לישראל על פי התורה", בתגובה לדבריו של הרב שלמה גורן, שהביא את דברי המאירי הנ"ל בעניין "ערכאות שבסוריא", ומהם הסיק בזו הלשון -

מעתה נתבררו לנו שני הברורים היסודיים שעמדנו עליהם.  
בתי המשפט מסוג זה אינם קשורים לכל דיני התורה אלא רשאים הם לקבוע חוקים מיוחדים לדון "לאומד דעת ובחוקים ונימוסים".  
בסוריא היה תקדים לבתי משפט מסוג זה שכתבנו, והקמתם על בסיס מדיני ארצי היא אפשרית וחוקית אם קבלום כל בני המדינה כלל<sup>40</sup>.

על דברים אלו השיב הגרי"א הרצוג, וזו לשונו -

שהוא (המאירי) אומר שלא היו בני תורה, והיו דנים מאומד הדעת ובחוקים ונימוסים. והנה הפרט הראשון פשוט, שכיון שלא היו בני תורה דנו בכל מקרה של משפט מאומד דעתם, ולזה מהני קבלה. אבל הפרט השני קשה. שהוא אומר: "בחוקים ונימוסים", היינו, שהיו גם כללים שעל פיהם שפטו, והיינו חוקים ונימוסים שאינם בתורה שבכתב ובתורה שבעל פה. והשאלה נשאלת, מאיזה מקור שאבו אלה החוקים והנימוסים? אם מספרי המשפטים של עכו"ם, כמה זה קשה לומר שתועיל קבלה, שהרי זו היתה קבלה מצד

39. נתיבות המשפט, שם, יד.

40. הדברים פורסמו לראשונה במאמר בעיתון "הצופה", ג' אדר א' תש"ח. לאחר מכן הובאו שוב בספרו של הג"ר י' א' הלוי הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה א, נספח ג, עמ' 149 - 152. (הציטוט, מעמ' 151).

יהודים לדון על פי דיני עכו"ם! ומוכרחים לומר, שדיני הגוים בזמנים ההם לא התייחסו למקור אלילי, ואין זה מייקר אלילים. ויש לנו לתאר לעצמנו, שהם לקחו את החוקים והנימוסים שיסודותיהם מהמשפט הרומאי או מהקודקס הרומאי סורי, שעדיין היה במציאות, ואז הכריזו שאינם מקבלים אותם חס וחלילה על יסוד האבטוריטה של המחוקקים הסורים רומאים, אלא מפני שהם בעצם מתקבלים על דעתם. אך גם זה לא פשוט, שעל כל פנים הזניחו תורת משה וחז"ל, והלכו לשאוב ממקורות נוכריים. ובשלמא אם מפני בורותם דנו לפי שכלם, אין זה כל כך רע, אבל אם למדו מן הגוים, למה עזבו מקור מים חיים ומצאו להם בורות נשברים? והרי יש בזה על כל פנים משום מייקר שם עובדי אלילים, בזמן שיש לנו תורת אלוקים חיים וחז"ל! ומסתבר שכוונתו (של המאירי) **שתיקנו לעצמם על פי שכלם לבד דרכים וכללים משפטיים**.<sup>41</sup>

כך ביאר הרב הרצוג את דברי המאירי, דאין ב"ערכאות בסוריא" כל קבלת סמכות של מערכת חוקים ונמוסים אחרים, ודרך שיפוטם ופסיקתם הייתה על פי שכלם, אשר קבעו לעצמם מתוך ידיעת חוקים ונמוסים שהם מתקבלים על דעתם. ועל פי פירוש זה, דחה הרב הרצוג את הקביעה השנייה שבמאמרו של הרב גורן.

על דברי היסוד הראשון, שיש אפשרות חוקית להקים בתי משפט "מדיני, ארצי אם קבלום כל בני המדינה בדרך כלל", השיב שם הרב הרצוג בזו הלשון -

כי זה ברור שלא יקבלו עליהם את הטורח לחדש שיטת משפט משכלם, ויחברו להם קודקס מתוך משפטים של גוים. ומה הועילו חכמים בתקנתם? ומה מקום לשימוש בעקרון של קבלה, שזה יועיל לענייני קבלה של דינים ועדים פסולים, אבל לא לבחירת שיטת משפטים גויית, שלזה לא תועיל שום קבלה, והלא אפילו דינא דמלכותא דינא שיש לו מקור בתלמוד הקבילו וצמצמו הפוסקים ז"ל באופן שלא יעקרו דיני תורה.

הנובע מהאמור, שערכאות שבסוריה אמנם פעלו על פי "חוקים ונמוסים" כפי שכתב המאירי, וכפי שכתב הרב הגרי"א הרצוג "ומסתבר שכוונתו של המאירי שתקנו לעצמם על פי שכל לבד, כללים משפטיים", שהם מסגרת עבודתם כבתי דין. הערכאות שבסוריה לא יצרו או חצבו משכלם ודעתם שיטת משפט חדשה, שבנויה ומיישמת ערכי צדק ויושר ודרכי עשית משפטי צדק, ובודאי שלא אימצו מערכות משפט של נכרים מחוקקים או מערכות משפט של דתות אחרות, והכפיפו עצמם לדון ולפסוק על פיהם. וכפי שכתב החזון איש שם על ערכאות שבסוריה, "אבל אם

יסכימו על חוקים הרי הם מחללים את התורה "ועל זה נאמר אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות".

כל מגמת הקמת ערכאות כדוגמת "ערכאות שבסוריה" הייתה, כפי שכתב הרשב"א שם בתשובתו, שאם העיירות והקהילות היהודיות לא יעמידו מתוכם יהודים אנשים כשרים ויראי שמים שונאי בצע ואנשי מביני מדע נמצאו הולכים לערכאות של נכרים ורבו האנסיין. ואם נפרש את דברי המאירי כפי שפירשם הגר"ש גורן והשופט (בדימוס) מנחם אלון, מה הועילו חכמים בתקנתם, לבנות מערכת משפטים שכפופה ובנויה על מערכת חוקי נכרים, שהגדרתה 'ערכאות' שחל אסור להזדקק להם? גם המאירי עצמו, במסכת בבא קמא, כתב בזו הלשון -

כל מה שאמרנו בדין המלכות, שהוא אצלנו דין גמור, הוא בחוקים שחקק הן לתועלתו הן לתועלת נכסיו... אע"פ שהוא נגד דינין שלנו דין הוא ... וזהו שאמר דינא דמלכותא ולא אמר דינא דמלכא כלומר הדינים הראויים לו מצד המלכות אבל מה שהוא מחדש מחמת אונס או דינים שהאומות מחזיקות בהם מתורת ספריהם ונימוסי חכמיהם הקדומים כנגד דינים שלנו, אינן בכלל זה שאם כן כל דיני ישראל בטלים הם.<sup>42</sup>

אמנם, דברי המאירי מתייחסים לחוקים השייכים לסדר דין בערכאות של נכרים, אלא על האמור בגמרא שם,<sup>43</sup> שישראל שיש לו עדות לטובת גוי, שתבע את ישראל בערכאות של נכרים, שלא יופיע ויעיד, משום שבאותם ערכאות מוציאים ממון על פי עד אחד, בניגוד לדיני התורה. והגמרא אינה מקבלת את דרכי הראיות ב'ערכאות', שנקבעו על פי ספרי חוקים, גם משום הדין דינא דמלכותא. אולם העיקרון שמערכת משפט שכפופה למערכת חוק נכרים, אין לקבלה מדין תורה משום דינא דמלכותא, ודאי עמד כנגד עיני המאירי כשאר דיבר על "ערכאות שבסוריה". לכן, ודאי שאין לפרש דבריו בעניין "חוקים ונימוסים", שהם (=דיני הערכאות) כפופים להם ופועלים בכפיפות להם, דזה ודאי שאסור שישראל יהיו כפופים למערכת חוק ומשפט נכרים אלו.

לאור האמור, ודאי שדברי ה'חזון איש' בנוגע לערכאות אזרחיות, שיש לראותם במסגרת איסור פניה ל'ערכאות', מושגתים על העובדה שמערכות אלו כפופות למערכות חוקים ומשפטים שנחקקו, נוצרו ונקבעו על פי ספרי חוקים זרים, או חוקים שנחקקו בבתי מחוקקים זרים, ובמסגרות שיפוטיות שפסיקתם הופכת לחקיקה שיפוטית. אין דבריו מתייחסים כלל למערכות משפט שנקראות "בתי דין", שהן

42. מאירי ב"ק קיג, ב.

43. בבא קמא, שם.

מערכות פנימיות של גופים חברתיים כמפלגות או גופים וסקטורים חברתיים כלכליים כרואי חשבון, עורכי דין וכדומה, שהם חלק מהארגון הפנימי של אותם גופים, ואותם "בתי דין" פועלים על פי מערכת כללים, חוקים ותקנות שנקבעו ע"י אותו גוף או אגודה, לשמירת הקיום והאינטרסים שלהם, ורשאים אותם גופים וארגונים להסכים ביניהם באיזה אופן, ואלו כללים ותקנות ישמרו על קיומם התקין, ומי הגוף השיפוטי שיגן על האינטרסים שלהם בכל הנוגע לענייני ממון ועניינים שבין אדם לחברו.

קביעה זאת מצינו בדברי המהרש"ך והכנה"ג בשו"ת בעיי חיי הנ"ל, שבארו מדוע אין בהקמת בית הדין של הסוחרים משום אסור 'ערכאות', למרות שאין בית דין זה דן על פי דין תורה אלא על פי חוקים ונימוסים וכפי תקנותיהם, כאשר חוקים ותקנות אלו מטרתם להגן על חיי מסחר תקינים וכפי שכתבו שם. ויש לומר, שגם בתחום סדר הדין ודרכי הראיות והחוקים והכללים שע"פ יפסקו בית דין זה, לא היו על פי דין תורה אלא נקבעו לייעל את הטפול המשפטי ולזרזו באופן שהמסחר לא יתנהל בצורה שענייני הממון והמסחר יפגעו כאשר הצדק והיושר והשכל הישר של בית הדין הם הבסיס לדין ולמשפט.

#### **(ד) כפיפות בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין למערכות המשפט האזרחיות**

בית הדין המשמעתי של לשכת עורכי הדין מתמנה כדי לפעול למען מלוי האינטרסים המובהקים של לשכת עורכי הדין, כשאחד המרכזים שבהם הוא, הקפדה על קיומם של כללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) התשמ"ו - 1986. כללים אלו נקבעו על מנת לשמור על דרכי פעולתו של עורך הדין באופן הולם, הגון ומוסרי, עם כל הגורמים שהוא בא עמם במגע במסגרת עבודתו, כפי שנאמר בפרק ב' (הוראת יסוד), סעיף 2 (שבכללים הנ"ל) -

עורך דין ייצג את לקוחו בנאמנות במסירות ללא מורא תוך שמירה על הגינות, על כבוד המקצוע ועל יחס כבוד לבית המשפט.

וכאמור בסעיף 1 שבכללים -

**"בית משפט"** - בית משפט, בית דין וכל ערכאה שיפוטית או מעין שיפוטית שהוקמה על פי דין.

מסגרת פעולתו של בית הדין המשמעתי היא, כללי לשכת עורכי הדין (סדרי דין בבתי הדין המשמעתיים), תשכ"ב - 1962 שהתקינה המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, ולמסגרת תקנות וכללים אלו כפוף בית הדין המשמעתי, ואין הוא כפוף



למערכת חוקים ומשפטים של מערכות המשפט האזרחיות. כך, למשל, בסעיף 35א' שבכללי לשכת עורכי הדין (סדרי הדין בבתי הדין המשמעתיים) נאמר -

סדר חקירת העדים והגשת ראיות אחרות יהיה ככל האפשר כסדר הנהוג במשפט פלילי בבית משפט מחוזי.

בסעיף זה נאמר באופן ברור, שאין בית הדין המשמעתי כפוף למערכת החוק והמשפט של סדר הדין בבית המשפט, אלא שעל ביה"ד המשמעתי לראות בו דגם לנהוג על פיו ככל האפשר.

#### (ה) סמכות "בית דין של סוחרים" בענישה

במסכת בבא בתרא, מובא -

הנהו טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי דאם אחד מהם יעבוד ביום שנקבע לחברו, קרעו את עור הבהמה ששחט.<sup>44</sup>

בהתאם לכך נפסק ב'שולחן ערוך' -

רשאים בעלי אומנות לעשות תקנות בעניין מלאכתן, כגון לפסוק ביניהם שלא יעשה א' ביום שיעשה חברו וכיוצא בזה וכל מי שיעבור על התנאי יענישו אותו כך וכך.<sup>45</sup>

ויש לומר, דלא רק תקנות שקשורות לדרכי פעולתם של אותם בעלי אומנות ותקנות הענישה לאומן שחרג בפעולותיו מתקנות אלו. אלא, גם כאשר נתעורר סכסוך בין בעלי האומנות האלו, נקבעו להם תקנות וכללים איך ידונו ביניהם, ומי הממונה מטעמם של אותם בעלי אומנות לדון בזה, ולפסוק האם הייתה חריגה של אחד מהם.

ונראה, שאותו ממונה הוא גם זה שאחראי על ביצוע הענישה כלפיו, כשם שמצינו בבית הדין של הסוחרים שנתמנה על ידי הסוחרים באותו מקום, הוא הממונה לפסוק ולבצע את שפסק, כאשר התעורר סכסוך בין הסוחרים. כך נראה מפשטות הסוגיא ד"הנו טבחי",<sup>46</sup> שם דובר על שוחט ששחט ביום של חברו, והענישו אותו הטבחים, שיקרעו את עור הבהמה שלו, בהתאם לתקנות שביניהם. והגמ' מביאה, שאותו אחד שעבר על התקנה וקרעו את עור בהמתו, תבע את הטבחים בפני רבא, שישלמו לו את שהזיקו לו. משמע, שהן הקביעה שהוא עבר על התקנה, והן הטלת העונש, נעשו על ידי הטבחים, בינם לבין עצמם, ולא שהעניין נדון בפני בית דין, והוא שפסק להענישו בקריעת עור בהמתו, בהתאם לתקנות השוחטים. ורבא, שפסק שהטבחים לא נהגו

44. בבא בתרא ט,א.

45. שולחן ערוך חו"מ רלא, כה.

46. בבא בתרא, שם.

כדין, ודאי לא פסק נגד בית דין שפסק כך. וכאמור בפשטות, מסתבר שלפי התקנות שלהם, כאשר מתעורר סכסוך בין בעלי האומנות בינם לבין עצמם, הממונה מטעמם מטפל בישום ובצוע של התקנות. ורבא, שפסק להם להחזיר לאותו שוחט את דמי עור בהמתו, לא ביטל פסק דין של בית דין, אלא ביטל את פעולתו של הממונה מטעמם, וקבע שיש בעצם התקנה חסרון, ולכן אין לישמה כפי שנתבאר שם בגמ'.

#### (ו) מעמדם ההלכתי של בתי דין שהוקמו על פי חוק

ה'חתם סופר' דן בסכסוך שהיה בין שני יהודים סרסורי (סוכני מכירה) יינות בעיר טוקאי שבהונגריה וקבע, שיש לדון בסכסוכים מסוג זה, על פי חוקי המלכות, בהתאם לכלל הקובע ש"דינא דמלכותא דינא". וכתב בעניין זה, בזו הלשון -

נעייל להא דידן, דלא מיבעיא שתיקנו שרי "הקומידאט" שאיננו נגד דין תורה אלא כתורה עשו, ואלו בא לפנינו, היינו גם כן מתקנים כן, הא דלא יתיבו הסרסורים יותר ממה שראוי לפי העיר והמסחר כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא זה לזה. וכן הוא בכל מדינות מלכותו, שיש מספר ומפקד לכל מיני' אומנם כמה יהיה בעיר מאותו אומנות ולא יפסידו זע"ז. ומכל שכן בסרסורים שתקנה הוא בכל העיירות גדולות שהם מושבעים מהמלכות ושזולתם אסורים לסרסר שיש להם מספר ידוע. ומצינו כיוצא בזה בפ"ק דב"ב בהני טבחי ובש"ע ח"מ ס"י רל"א, והוא הדין כל תקנות שתיקנו ביניהם, דלא למיפסק חיותא. וכתב ליה במהרי"ק, ומייתי ליה ג"כ מהרשד"ם סי' ת"ז... מ"מ אם ראו בני העיר דפסקו חיותא טובא מותר להם להשתדל אצל .. השר לאסור עליהם גם שהוא שלא מן הדין והוא הדין מכל שכן הכא.<sup>47</sup>

ה'חתם סופר' בונה על יסוד הסוגיא ד"הני טבחי" ופסיקת ה'שולחן ערוך' שם, שכשם שקבוצה מסוימת של בעלי אומנות רשאים לתקן תקנות וחוקים שיחולו ויחייבו אותם להתנהג על פיהם, אף על פי שאין זה דין תורה, כך גם, יש למלכות רשות לחוקק חוקים ותקנות שנועדו להגן על אינטרסים חיוניים למחיייתם וסדרי חייהם של החברה, ודינים אלו מחייבים על פי דין תורה. ויש להחיל עליהם את ההלכה של דינא דמלכותא דינא גם על פי דין תורה.

רבי מאיר אריק (בשו"ת אמרי יושר ח"ב קנ"ב, ב') הביא את דברי ה'חתם סופר' הנ"ל, בנוגע לחוק הגנת הדייר שנחקק במדינה, שבא למנוע מן המשכיר לפנות את שוכר דירתו לאחר תום תקופת השכירות. וכתב על כך בזו הלשון -

שידוע שהתקנה גדולה מאוד בזמנינו שלא יהיו בני אדם מושלכים בחוצות ... מחמת גודל דוחק בדירות, שפיר דינא דמלכותא דינא.

47. שו"ת חתם סופר חו"מ, מד.

ובפסק דין של ביה"ד בירושלים (תיק תשי"ד/1228), בהרכב הדיינים הרה"ג הרב עדס זצ"ל ומרן הגרי"ש אלישיב שליט"א והרב זולטי זצ"ל) אימצו את חוק הגנת הדייר בזו הלשון -

דדינא דמלכותא לגבי תקנת והנהגת המדינה שלא יפסקו חיותא כולי עלמא שגם במלכות ישראל קיימת.

קביעה עקרונית זו, שחוקים ותקנות שמתקנת המלכות לטובת בני אותה מלכות, חלה עליהם ההלכה של "דינא דמלכותא דינא", נקבעה למעשה בדברי הרמ"א, בלשון זו -

דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שרצונו בדיני עכו"ם, דאם כן, בטלו כל דיני ישראל.<sup>48</sup>

על פי זה, ניתן לומר שדיני המלכות נחלקים לשלושה סוגים:

- א. חוק שנועד לקיום השלטון ופעולתו התקינה, כגון חוק בענייני מסים.
  - ב. חוק שנובע מתועלת העם וסדרי חברה תקינים, כלשון הרשב"א בתשובותיו: "כדי שלא יבואו העם לידי הכחשות וקטטות".<sup>49</sup> וכן דינים שבין אדם לחברו, שאם לא כן לא תעמוד הארץ, ותיהרס, כלשון מהרש"ל.<sup>50</sup>
  - ג. חוקי מלכות שמקורם בספרי חוק ומשפט של מחוקקים וחכמי דת, או שנתגבשו על ידי שופטים ששאבו את פסיקתם מעקרונות משפט נוכריים, או על פי השקפת עולמם, הזרה למשפטי תורת ישראל והשקפתה.
- לדין המלכות יש תוקף הלכתי, על פי הרמ"א, רק בשני הסוגים הראשונים, אך לא בנוגע לסוג ג', גם אם עניינם של חוקים אלו הוא בתחומים שבין אדם לחברו ובענייני ממון. סוגים א'-ב' הם תוצר של מציאות. הורתם, לידתם וחקיקתם היא מכורח הנסיבות, ולכן ניתן להם מעמד של דין תורה, אף שאין הם תואמים להלכה ולמשפטי התורה. אולם, כאשר המלכות מחוקקת או מאמצת חוקים שהם תוצר של השקפת עולם או אידיאולוגיה דתית או חברתית של צדק ויושר חברתיים, והמטרה היא לאכוף אותם, ובכך לעצב את אורחות חיי העם והצבור, על פי אותה השקפה דתית או חברתית, אזי אין חוקי המלכות והשלטון הללו מתקבלים כדין תורה, גם אם עניינם ותוכנם הוא סדרי חברה וממון. שכן, השקפת העולם הדתית והחברתית של עם ישראל, גם בתחום החברה והממון, היא תורת ישראל. משפטי הירושה, המובאים כדוגמא ע"י הרמ"א, הנם כאלה, שלא ראיית התועלת החברתית או השלטונית היא

48. רמ"א חו"מ שסט, יא.

49. שו"ת הרשב"א ב, שנו.

50. ים של שלמה ב"ק, פרק ו, יד.

שעמדה אל מול עיני מחוקקיהם, אלא השקפת עולמם ולכן המבקש לנהוג על פיהם, עובר על איסור "אלה המשפטים אשר תשים לפניהם - ולא לפני גויים".

בכך מתיישבת שאלת הש"ך על הרמ"א -

ואנה מצא דין זה, דמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרינן "דינא דמלכותא דינא" אפילו נגד דין תורה, והרי בתשובות הרשב"א, שמשם מקור הדין... לא כתב בכל התשובה רק שחלילה שנדון בדין עכו"ם נגד דין תורתנו. ועוד, דמי מפיס?! א"כ בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני המדינה!<sup>51</sup>

לדברינו, נובעים הדברים מהדוגמא שהביא הרשב"א, שבירושת הבעל או האב את בתו לא אמרינן דינא דמלכותא, ואין לקבלם כמנהג, מפני שלא נקבעו ונחקקו מחמת תועלת בני המדינה או צורך וקיום לשלטון, בעוד שבנוגע לחוקי מלכות שנועדו כדי שלא יבוא העם לידי הכחשות כתב הרשב"א במפורש, דאמרינן בהם דינא דמלכותא דינא.<sup>52</sup> וכן הביא הרמ"א ב'דרכי משה', דכל שיש טעם במה שהמלך מצוה ומנהיג דבר לתקון הנהגת המדינה, יכול הוא לומר ממון שראוי להיות לזה מן הדין יהא לחברו, ולא אמרינן חמסנותא היא ולא דינא. ויש כח למלך להפקיע ממון בכי הא, דתקוני מדינה הם. ואפילו ישראל תיקנו והנהיגו בו בכמה מקומות, ועושים מעשה בכל יום.<sup>53</sup>

## ה. פסק דין

על פי כל האמור בנידון דנן, יש לומר דעורכי הדין שמאוגדים בלשכת עורכי הדין יש לראותם כאותם בני אומנות שנתנה תורה להם רשות לעשות ולהסכים על תקנות וחוקים שבאים לקבוע את כללי הנהגתם ומלוי תפקידים כעורכי דין, וכן, לקבוע אמות מידה של התנהגות מוסרית שמתאימה לעורכי דין, על מנת שיעשו את מלאכתם נאמנה.

כמו כן, על מנת להגן על כללים אלו, הם רשאים לקבוע את גופי הפקוח, כולל בתי דין משמעתיים, שתפקידם להבטיח, שכללים אלו ישמרו, ובזה יישמר מעמדם של עורכי הדין וכן טובת הצבור והחברה, שעורכי הדין פועלים בתוכם ולמענם.

גם אותם תקנות וחוקים שעל פיהם פועלים אותם בתי דין וגופי פקוח, מגמתם שמירת כל אותם אנטרסים וצרכים פרטיים של עורכי הדין, הצבור ומערכת המשפט, שהם פועלים בתוכם.

51. ש"ך חו"מ עג, לט.

52. שו"ת הרשב"א, שם.

53. דרכי משה חו"מ שסט, ג.

על כן, אין לראות באותם בתי דין 'ערכאות', וכן אין לראות במערכת החוקים והתקנות שעל פיה פועלים אותם בתי דין משמעתיים, מערכת חוקים ומשפט שסותרת את משפטי התורה, ושאסור להיות כפוף לה, שכן, החוקים נקבעו לשם שמירת האינטרסים של עורכי הדין שמאוגדים בלשכת עורכי הדין.

העובדה שכללי האתיקה וכללי בתי הדין המשמעתיים נקבעו והוקמו במסגרת חוק לשכת עורכי הדין, אינה הופכת אותם להיות 'ערכאות', וחוקי מערכת משפטית שאסור להיזקק לה. וזאת, כפי שנתבאר לעיל, משום שגם חוקי מדינה שמטרתם הגנה ושמירה על אינטרסים של הצבור והחברה או אותה התאגדות של סקטורים שונים, יש לראותם במסגרת דין התורה של דינא דמלכותא דינא.

המערער עצמו כחבר לשכת עורכי הדין קבל עליו, כחבר, את כל הזכויות והחובות שיש מחברות זו, ובין השאר, קיבל על עצמו את כל כללי האתיקה של עורכי הדין, ואת התקנות והחוקים (שאינן בהם אסור בין אדם למקום) שקבעה והתקינה המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין. כמו כן, קיבל על עצמו את סמכות בית הדין המשמעתי, לפקח לרון ואף להעניש מי מחברי הלשכה שנמצא עובר על כללי האתיקה. על כן, כאשר נתגלה לעיני בית הדין דנן שהמערער עבר על הוראת יסוד של חובת עורך הדין, ולא שמר על יחס כבוד לבית המשפט, במקרה דנן על יחס כבוד כלפי אב בית הדין וביה"ד, ובפניות בכתב ובפרסומים גלויים תקף, ביזה והשתמש בכנויי גנאי וזלזול כלפי אותו דיין אב בית דין, החלטנו להעביר את הנושא לטיפולם של אותם גופים של לשכת עורכי הדין, שהמערער עצמו, כחבר הלשכה קבל על עצמו את תקנותיהם.

בית הדין דנן לא ראה כל צורך או חובה הלכתית לקיים דיון או לזמן את המערער, על מנת שישמיע טענותיו. התנהגותו של המערער והפגיעה בכללי האתיקה של עורכי הדין בהוראת יסוד שלהם, גלויה וברורה לבית הדין, ואין בית הדין זקוק לכל הבהרה, ראייה והסבר.

בית הדין לא פעל כדן ושופט בין המערער לבין אותו דיין אב בית דין, שהמערער התבטא כלפיו אלימות מילולית קשה, ולכן לא חלה עליו כל הלכה ודין של שמיעת טענות וראיות של צדדים, ואין לראות בהחלטתנו להפנות את המערער לבירור הנושא בלשכת עורכי הדין, פסיקת דין, או נקיטת עמדה לגופו של עניין.

## על סמכות גדול הדור לתת הוראות לנאמני הקדש, ועל סדרי דין מיוחדים בהקדשות\*

הגאון הרב אברהם שרמן

א. הבקשה / 118

ב. דחיית הבקשה / 119

ג. הנימוקים לצו עכוב הביצוע של החלטת בית הדין האזורי להקדשות / 120

### א. הבקשה

הוגשה בפני בית הדין הגדול בקשת האפוטרופסים בועד הכללי, הרב י' ר', הרב ח' י' כהן והרב א' ש', שהדיין הרב שרמן יסתלק מהרכב בית הדין שאמור לדון בערעור המשיב על החלטות בית הדין האזורי להקדשות בענינם.

המבקשים העלו שתי עילות שבגינם הם מבקשים להסתלקותו של הדיין הנ"ל מהרכב.

לדבריהם, הדיין הנ"ל קיים שיחת טלפון ערב קודם החלטתו להענות לבקשתו של המשיב, לעכב את ביצוע החלטת בית הדין להקדשות בעניני הקדשות הועד הכללי מהתאריכים כ' בתמוז תש"ס, וח' מנחם אב תש"ס. לדברי האפוטרופסים הנ"ל, באותה שיחת טלפון השמיעה "אישיות נעלה שכולנו חייבים בכבודה" באוזני אותו הדיין את דעתה בנוגע לתוכנו של פסק הדין שכב' הדיין הנ"ל יחד עם חבריו להרכב צריכים ליתן בערעור זה.

לדברי האפוטרופסים, בנו של המשיב התפרץ במהלך דיון שהתקיים בבית הדין קמא להקדשות ביום כ"ב בסיון תש"ס והטיח בבית הדין, שהדיין הנ"ל עוד יבטל את החלטות בית הדין קמא.

על בסיס שתי העובדות המצוינות בדברי המבקשים - שכביכול היו - הושתתו כל טענותיהם שנגעו לחריגה מתקנות הדיון הקשורות לנוהלי דיון בערעור, וכן טענו

\* נימוקים לפסק הדין בתיק מס': שס499, הועד הכללי כ"י נ' כהן י' ח' ואח' (טרם פורסם). הנימוקים, מיום ניתן ביום ג' בחשון תשס"א (1.11.2000). הכותרת במקור: "נימוקים להחלטה בבקשה להסתלקות דיין, ונימוקים הלכתיים לבקשת עיכוב בצוע פסקי הדין של בית הדין האזורי להקדשות".

שכתוצאה מעובדות אלו יצרו - כביכול, מצב ששיקוליו וידיעותיו של אותו דיין אינם נובעות מהחומר שבפניו. כמו כן, הוסיפו לטעון שהדברים שהושמעו לו - כביכול - על ידי אותה אישיות נעלה שכולנו חייבים בכבודה, השפיעו עליו לנטות לכיוון של אחד מבעלי הדין, ולכן לדבריהם מתערערת מן היסוד האפשרות שהוא ישמש דיין בתיק זה.

כמו כן טענו המבקשים, שהחלטתו של הדיין לעכוב בצוע החלטות בית הדין קמא נשוא הערעור, הושפעה מהדברים - שכביכול - השמיעה אותה אישיות נעלה שכולנו חייבים בכבודה.

## ב. דחיית הבקשה

לאחר העיון בבקשה על כל פרטיה וסעיפיה, אני הח"מ מבקש להודיע בזאת: אני מכחיש מכל וכל את הנאמר בבקשת האפוטרופסים המבקשים. לא היתה לי כל שיחה טלפונית עם מו"ר מרן... שליט"א, או אישיות נעלה אחרת שכולנו חייבים בכבודה, בה השמיעה באוזני את דעתו בנוגע לתוכנו של פסק הדין שעמיתי להרכב, הרה"ג שליט"א, ואנוכי צריכים ליתן בערעורים על החלטות בית הדין קמא להקדשות.

מו"ר מרן... לא השמיע בפני, בפגישה פנים אל פנים, או שלח חוות דעתו בכתב בכל הנוגע לתוכנם של פסקי הדין שנתנו ע"י בית הדין האזורי להקדשות, וק"ו שלא כלפי פסקי הדין או החלטות שאמור בית הדין הגדול להוציא בערעור. המבקשים נחפזו לקבוע ולבדות מליבם את עובדת שיחת הטלפון שקיים, כביכול, מרן הרב שליט"א או אישיות נעלה אחרת עמי, ועוד הוסיפו חטא על פשע לציין גם את תוכן הדברים שהשמיע כביכול מרן הרב שליט"א, או "אישיות נעלה" כלשונם שנוגע לתוכנו של פסק הדין, שהרכב בית הדין הגדול אמור להוציא בערעורים על פסקי הדין של בית הדין הרבני האזורי להקדשות, וזאת מבלי שטרחו כלל לחזק באילו שהם הוכחות ועדויות מוצקות ומתאימות שמחזקות את קביעתם השקרית.

כאן המקום למחות בכל תוקף על הפגיעה בכבודה של תורה על הדברים שטפלו המבקשים האפוטרופסים, הרב י' ר', הרב ח' י' כהן והרב א' ש', על מו"ר מרן... שליט"א, שכביכול נסה להתערב ולהשפיע על מהות מלאכת בית הדין הגדול ופסיקתו, בערעור שהוגש כנגד פסקי הדין של בית הדין האזורי להקדשות. האפוטרופסים הנ"ל בלשונם המתחסדת קבעו "שכולנו חייבים בכבודה", ובפועל, כל דבריהם בבקשה שמתחסים לאישיות נעלה, יש בהם פגיעה בכבודו, כבודה של תורה. על כגון זה כתב אב"ד דבית הדין להקדשות הגר"א שיינפלד בתגובתו לבקשת עכוב בצוע מה - 3.8.00 סעיף ג. שכל הטוען שהג"ר... שליט"א מחווה דעתו על

סמך שמיעת טענות צד אחד שלא בפני הצד השני פוגע בכבוד הרב שליט"א ובכבוד התורה וראוי לנדוי כדין מבזה תלמיד חכם.

ביחס לעילה השניה, שהתבססה על דברים שאמר בנו של המשיב שכביכול "הרב שרמן עוד יבטל את החלטותיכם", אבקש להודיע בזאת, שלא אמרתי מעולם לא לאותו הבן ולא לשום אחד מהצדדים ולא לשום אדם שאבטל את החלטות בית הדין האזורי להקדשות, כך שאינו אחראי לדבריו של בנו של המשיב, אם אמנם התבטא כך.

לאור האמור, כל טענותיהם הקשות של האפוטרופסים, המבקשים, שהועלו כלפי במטרה שאסתלק מלדון בערעורים נתערערו מיסודם ובקשתם להסתלקותי נדחית מכל וכל.

באשר לטענות המבקשים על תוקפה של החלטתי ביום י"ב מנחם אב תש"ס, לעכב ביצוע פסקי הדין נשואי הערעור, משום שלדבריהם ניתנה עוד בטרם שהומצאו לידי כתב הערעור ובקשת עיכוב והוסיפו עוד טענות נוספות שלוקות באי דיוקים רבים, שאיני רוצה ואיני צריך להגיב.

תוקף עכוב הביצוע לפסקי הדין נשואי הערעור שריר וקיים מכח החלטת שלושת דיינים שהרכב של בית הדין הגדול מיום י"ד באב תש"ס בה מנמק בית הדין כולו ונותן תוקף לצו עכוב הביצוע שהוצא על ידו בסמכות, וכפי שכתב עמיתי הגר"ש דיכובסקי, שאין הוא מוצא כל סתירה בין החלטתו שנתנה בו' באב תש"ס להחלטתי שניתנה בי"ב באב. התייחסותם של המבקשים וב"כ להחלטת בית הדין מי"ד באב תש"ס שאינה עניינית ובאה משקולם זרים ראויה לכל גינוי ומוטב שלא היו נותנים דרור לתחושותיהם המעוותות.

### **ג. הנימוקים לצו עכוב הביצוע של החלטת בית הדין האזורי להקדשות**

כפי שכתבתי בהחלטתי לעכוב בצו הנ"ל, שהיא נעשתה לאחר עיון בבקשה על כל סעיפיה, עיון בפסקי הדין נשואי הערעורים, ובערעורים עצמם, אבקש להציג את חלק העיון ההלכתי, שבגיננו הוצאתי את צו עכוב הביצוע.

המבקש, הרב י' ש', אפוטרופוס כנציג הצבור בועד הכללי מודיע בסעיף ד' לבקשתו שמרן פוסק הדור שליט"א הורה לא להתכנס עד למתן פסק דין סופי בפני בית הדין הגדול. וכן ציין, שגם הרב י' ד' ר' אפוטרופוס נציג כולל ה' בועד הכללי, קבל הוראה ממרן... שליט"א, שלא להתכנס, כפי שהורה בית הדין להקדשות, עד לברור הערעור על פסקי הדין של בית הדין להקדשות בפני בית הדין הגדול. מעיון בחומר שבתיק, על פסקי הדין של בית הדין להקדשות בפני בית הדין הגדול.



מכתבו של... נאמן בית הרב, נמצא שגם הגר"א ג' אפוטרופוס נציג פ' ע.כ. בועד הכללי, קבל הוראות ממרן... שליט"א בענין פסקי הדין של בית הדין להקדשות.

מעיון בפסק הדין והצו שהוצאו ע"י בית הדין האזורי להקדשות בח' מנחם אב תש"ס, עולה שבית הדין האזורי אינו מאמין למבקש, שהוא לא ציית להוראת בית הדין האזורי ע"פ הוראת מרן... שליט"א, וכך כותב הגר"א שיינפלד אב"ד דבית הדין האזורי להקדשות בתגובתו לבקשת עכוב בצצוע של עו"ד ש' בשם המבקש, בסעיף ג' -

אנו מוחים על שירבוב שמו של הגר"ר... שליט"א בכתב הבקשה בדברי שקר. הרב שליט"א לא הורה לפעול בנגוד להחלטות בית הדין. הרב שליט"א ישב בדין כשלושים שנה ונזהר מאוד שלא לחוות דעה על סמך שמיעת טענות של צד אחד שלא בפני צד השני. כל הטוען היפך דבר זה פוגע בכבוד הרב שליט"א, ובכבוד התורה וראוי לנדוי כדין מבזה תלמיד חכם. יתר על כן הרב אשר משתייך בעצמו ליוצאי "כולל וילנא" מודע לנזקים המרובים הנגרמים יום ביום בהמשך הניהול הכושל של עניני הועד הכללי על ידי אדם אחד בלבד ואיך יתן יד לעכוב התיקונים הנחוצים? הרב שליט"א ביושבו על מדין פיטר אפוטרופסים של הקדש בגין עילות קטנות יותר ממה שנתגלה לעניניו בניהול הועד הכללי. משום כבודו של ר"י ש' נמנענו לפרט את כל הדברים בפסק הדין אבל אם לא יהיה מנוס נעשה גם את זה.

על בסיס דברים אלו בית הדין להקדשות בפסק דינו ובצו מח' באב, רואה בהתנהגותו המופקרת של ר"י ש', הפרת החלטות בית הדין, וכתוצאה מכך, בית הדין מחליט בסעיף א' של פסק הדין לפטר את ר' י' ש' מלשמש כאפוטרופוס בועד הכללי, וכן מורה לו, שימסור את מפתחות משרד הועד הכללי לכנוס האפוטרופסים של הועד הכללי כולל את האפוטרופסים החדשים שמונו על ידו.

ברור איפה, שפסק הדין של בית הדין האזורי לפטורי הר' י' ש' והוצאת הצוים כנגדו נבעו מעמדתו החד משמעית של בית הדין, שהגר"ר... שליט"א לא הורה למבקש (או לאפוטרופסים אחרים) לפעול בנגוד להוראותיו.

#### (א) בירור העובדות

על מנת לדון בבקשת עכוב בצצוע של המבקש ראיתי חובה לבדוק עם מי האמת העובדתית בנדון. האם עם המבקש, שטען שפעל על פי הוראת מרן הרב שליט"א, או עם בית הדין האזורי להקדשות שקבע שמרן הרב שליט"א לא הורה דבר למבקש או לאפוטרופסים אחרים?

פניתי לאחד הרבנים ממקורבי בית הרב שליט"א, [כדין שיבדוק אצל מרן הרב שליט"א, האם הורה למבקש ולאפורופסים אחרים שלא לפעול ע"פ החלטות בית הדין האזורי, עד שיתברר הערעור על החלטותיו בבית הדין הגדול. הרב מרן שליט"א אישר את דברי המבקש, שאכן הורה לו ולעוד אפורופסים מהועד הכללי, שלא לפעול על פי החלטות בית הדין להקדשות, עד שיתברר הערעור בפני בית הדין הגדול. כך עולה גם ממכתבו של הג"ר... נאמן בית הרב שליט"א שכתב להגר"א ג' שליט"א מכ"א תמוז תש"ס, בו כתב בזו הלשון -

זאת ועוד למרן שליט"א השקפה ברורה על המתחייב להעשות כהלכה בועד הכללי ומשום כך שלח את הרב א. דביר שליט"א להרב הראשי שליט"א. ומשום כך אי אפשר לומר כי הרב... אינו מתערב מה עוד שכת"ר בישיבה מסר את דברי מרן שליט"א. וכבוד תורתו ודאי שליח נאמן המוסר את הדברים.

### (ב) סמכותו של פוסק הדור להורות לאפורופסים כיצד לנהוג

לאור זאת ניצבת בפנינו השאלה, מהו הבסיס ההלכתי שעל פיו פעל מו"ר מרן... שליט"א?

ברור לכל, שכל הנהגה של מרן הרב שליט"א היא בבחינת "מעשה רב", ויש לראותה כהלכה פסוקה שכל יסודותיה הם הלכה, ודין צרופים. ונראה לעניות דעתי, שמקור ההלכה הם דברי הרא"ש,<sup>1</sup> שקבע מיהו בית דין שהוא אביהם של יתומים. בעניין זה כתב בזו הלשון -

ועוד אני אומר אפילו אם כונו להיות אפורופסים ולהפך בזכותו של יתום לאו כל כמינייהו למנות את עצמן, דדוקא דיינין שממונין בכל עיר ועיר או גדולי הדור, שהן אביהם של יתומים יש להם למנות אפורופוס ליתום ואם יראה שהם טובים ליתומים יכולים למנות עצמן אבל לא כל שלושה אנשים בעלמא.

הרמ"א, פסק כדברי הרא"ש, באומרו: "...ובית דין, היינו הממונה בעירו או גדולי הדור".<sup>2</sup> הרי שנפסקה הלכה שכשם שבית דין הממונה בעירו הם "אביהם של יתומים", כך גם גדולי הדור הם "אביהם של יתומים", כלשונו של הרא"ש שם: "או גדולי הדור שהם אביהם של יתומים".

1. שו"ת הרא"ש פה, ה, ו.

2. רמ"א חו"מ רצ, א.

החידוש בדברי הרא"ש הוא, שהוסיף את גדולי הדור כמי שנחשבים "אביהם של יתומים". שהרי, בית דין שנתמנה בעירו, והצבור רואה בהם כ"אביהם של יתומים", היינו, שאחראים להגן על צרכיהם ועניניהם, מצינו כבר בגמרא, במסכת בבא קמא -

דאמר רב יהודה אמר שמואל: יתומים אינם צריכים פרוזבול. וכן תני רמי בר חמא: היתומים אינם צריכים פרוזבול. רבן גמליאל ובית דינו אביהן של יתומים היו.<sup>3</sup>

ובשיטה מקובצת, כתב בשם הר"מ סרגסטה ז"ל -

וכן כל בית דין קבוע שבכל עיר, והיכא דהוי בעיר שאין בה בית דין קבוע או כפר קטן נראה לומר שבתי דין הקבועים בכל מקום שהן הן אביהן ולא ישמיטו חובותיהן.<sup>4</sup>

בבאור הגר"א<sup>5</sup> הביא גמרא זו כמקור לדברי הרמ"א. אולם, בפשטות נראה דגמרא זו מתייחסת רק כלפי הקביעה דבית דין הממונה בעירו יש לראותו כאבי יתומין, אך אין ממנה ללמוד על התוספת שבדברי הרמ"א: "או גדולי הדור". ושמא יש לומר בדברי הגמרא, "ר"ג ובית דינו", כלומר, שרבן גמליאל כנשיא ישראל נחשב גם כן כאביהן של יתומין, בנפרד מבית דינו, כפי שרש"י שם כתב: "דלהכי נקט ר"ג, דנשיא הוה".<sup>6</sup> [כלומר,] דבאה הגמרא לחדש, שרבן גמליאל בפני עצמו גם כן הוי אביהן של יתומים, ויש לראותו כממונה למרות שאינו בית דין. ולפי זה, הגר"א בביאורו, שהביא גמ' זו, כוונתו, שיש בגמ' זו מקור [לכך] שגם בית דין הממונה וגם גדולי הדור הם אביהן של יתומים. (ראוי לציין על מעמדו של גדול הדור בישראל, שמצינו בהלכה שהשווה גדול הדור לנשיא לענין ההלכה, שהכל נטמאין לנשיא ואפילו כהנים, כמובא ב'שולחן ערוך',<sup>7</sup> מפני שהכל חייבים בכבודו. וכתב באגודה,<sup>8</sup> וכן הביא ה'בית יוסף',<sup>9</sup> על דברי הרבינו חיים כהן,<sup>10</sup> שנטמא על רבנו תם [על אף היותו כהן], שגדול הדור דינו כנשיא, ונטמאין לו. אמנם להלכה כתב הב"ח,<sup>11</sup> שנהגו כולם שאין נטמאין על גדול הדור, [אך] מכל מקום, יש ללמוד מדברים אלו על מעמדו הייחודי של גדול הדור בתוך קהל ישראל).

3. בבא קמא לו, א.

4. שיטה מקובצת ב"ק, שם.

5. באור הגר"א חו"מ שם, ז.

6. רש"י ב"ק שם, ד"ה אין צריכין פרוזבול.

7. שולחן ערוך יו"ד שעד, יא.

8. אגודה כתובות, קנב.

9. בית יוסף יו"ד שם, ג, (עמוד ערב, ד"ה כתבו, בהוצאת מוסדות שירת דבורה, ירושלים תשנ"ג).

10. תוספות כתובות קג, ב, ד"ה אותו.

11. ב"ח יו"ד שם, (עמוד רעג, שם, ד"ה כעתבו).

ונראה לבאר את חידושו של הרא"ש, שגדולי הדור מהוים בפועל כממונים מטעם הקהל להיות אפוטרופוסים של יתומים, ושויים במעמדם, ואולי אף מעמדם כאפוטרופוסים רב יותר.

בית דין, מלבד תפקידו, שמינוהו לדון בכל דבר הצריך משפט, מוטל עליו לעסוק בצרכי הצבור החומריים והרוחניים. בית דין מצווה להעמיד שוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך שיהיו מחזרים על החנויות ומצדקים את המאזנים ואת המדות כפי שנפסק בשו"ע,<sup>12</sup> וכן, בית דין הם אביהם של יתומים חרש ושוטה, שדינם כקטנים. וכלשון הנמוקי יוסף, מסכת יבמות פרק יד, דבית דין אביהם של חרשים, ובית דין משיא לחרש אשה וכותב לה כתובה על נכסיו.<sup>13</sup> וכן מצינו, שבית דין הם יד עניים, כיד יתומים, כפי שבאר בסמ"ע<sup>14</sup> על הנאמר ב'שולחן ערוך', שמי שחייב לקופת צדקה אינו משמט, מפני שבית דין הם יד עניים.

בתחום הרוחני, בית דין ממונים לכפות עשיית מצות התורה ולהחזיר הנוטים מדרך האמת, כנאמר בספר המצוות.<sup>15</sup> במסגרת זו, מצווים בתי הדין לכוף את ישראל על הצדקה ולמצותיו של מקום, ולהעמיד ממונים על זה, כלשון ה'נתיבות'.<sup>16</sup>

המשותף לכל התפקידים הצבוריים הללו [הוא], שבתו הדין נבחרו להיות שלוחים וממונים של הצבור והקהל בישראל לדאוג לאותם שבתוך הצבור שאינם יכולים או מצוים לדאוג לעצמם כיתומים קטנים חרשים, שוטים ועניים. חיובים אלו על בית הדין, אינם נובעים מכך שהצבור מינה אותם בפירוש בפועל לצרכים צבוריים אלו, אלא שעצם המנוי על בית דין לשפוט ולדון בכל דבר המשפט, מגלה את דעת ורצון הצבור, ש[נראה ב]הם חשובים ונאמנים להיות שלוחיו לעניינים הצבוריים הנ"ל.

וכך נראה ברור מדברי הר"מ מסרגסטה ז"ל,<sup>17</sup> דיתומים, אינם צריכים פרוזבול משום דכמאן דאכתיב פרוזבול עליה דמי דר"ג ובית דינו אביהן של יתומים הן וכן כל בית דין קבוע שבכל עיר, והיכוו דהוו בעיר שאין בה בית דין קבוע או בכפר קטן נראה לומר שבית דין הקבועים בכל מקום בכל מקום שהם הן אביהן ולא ישמיטו חובותיהן.

12. שולחן ערוך חו"מ רלא, א.

13. ראה: נמוקי יוסף יבמות מא, ב (דפי הרי"ף).

14. סמ"ע חו"מ סז, ג.

15. ספר המצוות עשה קעו.

16. נתיבות המשפט עב, באורים, יט.

17. לעיל, הערה 4.

הרי דלהר"ם סרקוסטה בית דין קבוע בעיר אחרת מהוה אביהן של יתומין שנמצאים בערים וכפרים אחרים שכלל לא היו שותפים למינוים של אותו בית דין, ובכל זאת רואים את אותו בית דין כאביהן וידם של יתומים.

ונראה בפשטות, ש[כך סברו גם הרמב"ם,<sup>18</sup> והשו"ע<sup>19</sup> שפסק בעקבותיו ש"יתומים קטנים שיש להם מלוה ביד אחרים אין צריכים פרוזבול ומי שחייב לקופת הצדקה אינו משמט", ואין הם מתנים זאת [בכך] שיהיה בית דין קבוע ממונה בעירם או כפרם. משמע בפשטות, שכל בית דין קבוע שנתמנה בעיר מסוימת על ידי קהל העיר, יש בזה גלוי של דעת הצבור שרואים בהם כגדולים, חשובים ונאמנים, וממילא רואים בהם כאפוסטרופוסים וידם של יתומים או עניים, וגם צבור או קהל שנמצא במקום אחר רואים באביהן של יתומים קטנים ועניים, למרות שבית דין זה אינו מהוה כלפיהם כבית דין קבוע שחייבים לדון בפניו בעניניהם ותביעות שיש בצבור ובקהל שלהם. (עיין בשו"ת בני שמואל,<sup>20</sup> שנסתפק בדבר זה).

בכאור הדבר יש לומר דמינוי בית דין קבוע בעירו אין בו עצמו מינוי הבית דין להיות אביהם של יתומים אלא המינוי הוא גילוי בדעת הצבור שרואה את גדולתם וחשיבותם להיות שלוחי הצבור לעסוק בעניני אותם יתומים קטנים חרשים ושוטים או עניים. וכן בעניני כפיה לקיום המצוות, שהקהל והצבור רואים בהם שלוחים דישאל לכפות על מצוות ה', כפי שכתב ה'חתם סופר',<sup>21</sup> שמסביר את שני סוגי הכפיה שבית דין כופה א. בחוקים ב. משפטים וקיום חוקים ומצוות. אמנם כל ישראל ערבין זה בזה, וכתב ה'חתם סופר' שם בזו הלשון -

ונחזור להנ"ל דדבר זה מוטל על כל ישראל וב"ד שליחותיהו דכל ישראל עבדי שנתמנו שלוחא דישאל ועי"ז נפטרו כל אחד ואחד מלהשגיח כי העמידו גברי רבבי בחריקיהו.

על יסוד דברים אלו קבע הרא"ש<sup>22</sup> ופסק כמותו הרמ"א,<sup>23</sup> שלא רק בית דין שנתמנו כבית דין קבוע הם אביהן של יתומים, אלא גם גדולי ישראל הם אביהן של יתומים, למרות שלא נתמנו להיות כבית דין. וזאת, לאחר שהצבור והקהל רואים באותם חכמים גדולי התורה וההוראה, כגדולים שבדור, ממילא, דעתם של הצבור והקהל לראותם מתאימים וראויים להיות כאביהם של יתומים או עניים וכו'. והרי הם

18. רמב"ם שמיטה ויובל ט, כד.

19. שולחן ערוך חו"מ סו, כח.

20. שו"ת בני שמואל ב, לה.

21. שו"ת חתם סופר חו"מ קעז, ג.

22. לעיל, הערה 1.

23. לעיל, הערה 2.

כממונים על עניני יתומים או עניים ויש להם הסמכות לקבוע ולטפל ולהתערב בענייניהם בין הם, בין אפוטרופסים שהם ימנו. המהרשד"ם<sup>24</sup> הביא דברי הרא"ש הנ"ל, וכתב בזו הלשון -

אני אומר, שאפילו לא היה ראובן אפוטרופוס בשום צד מן הצדדים שאמרנו, אין ליתומים שום טענה נגד לוי, והוא פטור במה שנתן חלק אביהם לזקנם במה שהזקן מעצמו היה יכול לעשות עצמו אפוטרופוס לפי הנלע"ד, והוא מטעם שכתב הרא"ש בתשובה כלל פ"ה וז"ל ועוד אני אומר אפי' אם כווננו להיות אפוטרופוס ולהפך בזכותו של יתום לאו כל כמינייהו למנות את עצמן, דדוקא דיינים שממונים בכל עיר ועיר או גדולי הדור שהן אביהן יש להם למנות אפוטרופוס ליתום ואם ראה שהם ליתומים יכולים למנות את עצמן הרי אם כן נראה, שגדול העיר הוא מעצמו יכול לימנות עצמו אפוטרופוס, וידוע כי זה הזקן זקנם, גדול בעירו היה, וחכם נשוא פנים, נוסף שהוא זקנם של אלו היתומים והוא להם במקום אב כי טעם זה לבד היה נראה שהיה מספיק למנות עצמו אפוטרופוס. כי כמו שהאב יכול ליעשות אפוטרופוס לבנו בנכסים שנפלו לו מצד משפחת אב הבן, וכמו שהביא הרא"ש ענין זה ג"כ בתשובה יע"ש כי כמו כן הזקן, דבני בנים הרי הם כבנים. ואם תמצי לומר שאין זה לכל דבר ואם כן, יש לחלק בין אב לזקן, מכל מקום בהצטרף ב' הטעמים נראה לי שזה היה מספיק ללוי מבלי שום טענה דמיגו דאנן סהדי שכן היה.

המהרשד"ם, על בסיס דברי הרא"ש שגם גדולי הדור יש לראותם כאביהם של יתומים, קבע, על זקן שהיה גדול בעירו חכם ונשוא פנים, שיש לראותו גם כן כאבי יתומים, שיכול למנות עצמו אפוטרופוס עליהם, ולטפל בענייניהם. וכן כתב בכנסת הגדולה -

אמר המאסף מתשובה זו של הרא"ש ז"ל מוכח שלמנות א' אפוטרופוס על היתומים צריך שיהיו דיינים שממונים בכל עיר ועיר או גדולי הדור ומכאן נפשט ספקו של מהרש"ח בתשובות סי' ל"ה שנסתפק אם בית דין של עיר אחת יכולים למנות אפוטרופוס על יתמי עיר אחרת, דודאי שאינם יכולים אם לא שהם גדולי הדור.<sup>25</sup>

הנובע מדבריו אלו, שגדולי הדור יכולים למנות אפוטרופסים ליתומים שנמצאים בכל מקום גם מחוץ לעירם, אף שאין להם מעמד של בית דין [לגבי] אותו צבור או

24. שו"ת מהרשד"ם חו"מ תכד.

25. כנסת הגדולה חו"מ רצ, הגהות הטור, אות י.

קהל [ש] לא מינה אותם במפורש. וזאת משום שמעמדם כגדולי הדור בעיני הקהילות קובע את דעתם הודאית של הקהילות שהם שלוחיהם, וכמוונים ועומדים לטפל או למנות אחרים לעסוק בענייני אותם מהקהל שאינם יכולים לעסוק בענייניהם, כיתומים קטנים, עניים, שוטים וחרשים,<sup>26</sup> ושאר הצרכים והעניינים הרוחניים של כל צבור וצבור.

### (ג) אפטרופוס של יתומים ואפטרופוס של הקדש לטובת נזקקים

יש להוסיף, שאמנם הרא"ש, הרמ"א, המהרשד"ם והכנה"ג קבעו את מעמדם של גדולי הדור כאפטרופסים בענייני יתומים, ואין הם מתייחסים לאפטרופסים לענייני עניים או חרשים ושוטים, אלא דהשו"ע<sup>27</sup> הוזה דיני האפטרופסים שנאמר ביחס ליתומים, לאפטרופסים על ענייני העניים, כפי שכתב הרשב"א בחדושו למסכת בבא קמא -

דאמר רב יוסף יד עניים אנן, דהא רב יהודה אמר שמואל יתומים אין צריכים פרובזבול שמעינן דדין עניים כדין היתומים ומי שחייב מעות לקופת הצדקה אינו משמט.<sup>28</sup>

וכך כתב הסמ"ע הנ"ל, וכפי שהובא לעיל הן הם הדברים גם ביחס לחרשים ושוטים וכן ביחס לכל ענייני הצבור החומריים והרוחניים לאותם מהצבור שאינו יכול לטפל בעניינם. וכן מצינו בדברי ה'חכמת אדם', שרואה בדיני אפטרופוס הנאמרים לנכסי יתומים שהם המקור ומהם נלמדים הלכות אפטרופסות על צדקה והקדשות, ודימה ביניהם. וזו לשונו שם -

ונראה לי דכל שכן אם רואים שאינו נוהג כשורה שהרי גם אפטרופוס שמינהו אבי יתומים והיתה שמועתו טובה והיה ישר ורודף צדקה וחזר והלך בדרכי חשק (חשד) בית דין חייבים לסלק אותו כדאיתא בחו"מ סי' ר"צ סעיף ו' וא"כ ה"ה בצדקה.<sup>29</sup>

26. הערת העורך - בהקשר זה, ניתן להביא גם את קביעתו המפורשת של הריטב"א, ש"כשם שבית דין חייבין ליטפל בנכסי יתומים, כך חייבין ליטפל בנכסי כל אדם שאין לו מי שיטפל בהם, ואפילו הוא גדול... וכשם שבית דין אביהם של יתומים כך הם אביהם של אלו, ולא דברו ביתומים אלא בהווה" (שו"ת הריטב"א, קסב).

27. שולחן ערוך חו"מ סו, כה.

28. חידושי הרשב"א ב"ק לו, ב ד"ה הא מהא

29. חכמת אדם קמז, כג.

ועיין בספר 'עזר משפט'<sup>30</sup> לגר"א גולדשמידט זצ"ל, שהביא דברי ה'חכמת אדם' הנ"ל, [כבסיס] לקביעה, שדיני אפוטרופוס להקדש למדים מהלכות אפוטרופוסות על יתומים הואיל ושני סוגי האפוטרופוסות הם במהותם ענין אחד.<sup>31</sup>

#### (ד) סמכותו של גדול הדור לתת הוראות לאפוטרופוסים של יתומים והקדש.

הרא"ש הרמ"א השו"ע המהרשד"ם והכנה"ג וכו' יצקו את יסודות ההלכה לקביעת מעמדם של גדולי הדור כאביהם של יתומים ושל עניים ושל הקדשות של כל הדור כולו כאשר הדור או הקהל והצבור שרואים בהם כגדולים משכמם ולמעלה מעל לדור וממנים אותם להיות האפוטרופוסים ושלוחים לדאוג בעניניהם וטובתם של היתומים והעניים ושאר אלו שבתוך הדור, הקהל והצבור שזקוקים שעניניהם וטובתם יטופלו הן בתחום החומרי והן בתחום הרוחני, כל תחום בגדרי ההלכה המתאימים לו.

לאור האמור בנדון שבפנינו הלכות אלו קובעות לעניות דעתי את מעמדו של מו"ר מרן... עמוד ההוראה ופוסק הדור שליט"א, שהדור רואה בו כאביהם של יתומים עניים והקדשות. כל הקהל והצבור, ששייך לוועד הכללי הכולל בתוכו את כל יוצאי, רבות מקהילות ליטא ורוסיה וחלק מיוצאי פולין, ודאי רואים בו כמורם ורבים וכגדול הדור וממילא הוא אביהם והאפוטרופוס של כל הנזקקים ותלויים בהקדשות של הועד הכללי.

ונראה לי ברור דגם בתי הדין להקדשות של ירושלים שעסקו בעבר בעניני הועד הכללי והקדשות שלו ראו במרן הרב שליט"א כאחד מגדולי הדור שההלכה קובעת את מעמדם כאפוטרופוסים של ההקדשות. וכך יש לפרש את התנהגותם של האפוטרופוסים הרב י' ש' שליט"א, הגר"א ג' שליט"א ואחרים שקבלו את הוראתו וחוות דעתו, להמתין לברור ערעורם על פסקי הדין של בית הדין האזורי להקדשות, ועד אז לא לפעול בעניני ההקדש. אין אפוטרופוסים אלו יכולים או רשאים ואין הדבר מסור כלל להם להכריע בין הוראותיו של מרן הרב שליט"א להוראת בית הדין האזורי להקדשות כשהם מנוגדות זו לזו. וכאשר הוגשו הערעורים בפני בית הדין הגדול הוא שממונה לדון ולהכריע בדבר.

30. עזר משפט סימן ל (א), עמוד שנד. [מקור הדברים בפסק הדין בע"ר תשט"ז/212, מועצת עזבון בליליוס וועד עדת הספרדים נ' הרב צ' פ' פרנק והרב א' מ' רבינוביץ, פד"ר ב, 18].

31. הערת העורך - עוד על ההשוואה בין דיני אפוטרופוס של יתומים לאפוטרופוס של הקדש, ראה: שו"ת הר"ן ב (תשובה של המביא לבית הדפוס), שמסיק: "פשיטא ודאי דהקדש עניים דינו לפחות כדין נכסי יתומים". תימוכין למסקנה זו הוא מוצא בדברי הגמרא (גיטין נב, א): "אמר רב חנילאי בר אידי אמר שמואל נכסי יתומים הרי הן כהקדש", עיין שם. גם בשו"ת תורת אמת, קסב כתב בד"ה וכבר נודע: "וכבר נודע דמיון ההקדש ליתומים".



**(ד) מעמדו של פוסק הדור, במקום שיש בית דין קבוע.**

ואם ישאל השואל ויאמר, דהרא"ש והרמ"א חדשו בענין מעמדם של גדולי ישראל כאביהם של יתומים (או הקדש), רק כאשר אין בית דין קבוע שנתמנה על ידי בני העיר, אבל כאשר יש בית דין קבוע שנתמנה, הצבור הם הממונים היחידים ויש לראותם כאפוטרופסים, ולגדולי הדור אין כלל מעמד לקבוע בעניניהם של היתומים כאשר יש כבר בית דין להקדשות בפועל לעניניהם. ולפי זה, גם בנדון דנן, שקיים בית הדין להקדשות, היה מקום לומר לכאורה, שרק הוא מהווה אביהם של יתומים, וגם גדולי הדור רואים בהם כאפוטרופסים בפועל.

אולם, ה'מאירי כתב ביחס להלכה שהיתומים אין צריכים פרוזבול, בלשון זו -

ולא סוף דבר דאין לו אפוטרופוס אלא אף ביש לו, ולא סוף דבר דמנהו בית דין אלא אף במנהו אבי יתומים, שהרי מכל מקום מפסיד מסלקינן ליה מעתה הרי ממונם מוטל על שמירתם והרי הוא כמי שנמסר להם.<sup>32</sup>

המאירי מחדש שגם כאשר יש ליתומים אפוטרופוס שבפועל מטפל בעניניהם נשאר עדין האחיות על בית הדין, שבמקום שקיים חשש או שיש ודאות, שנגרם הפסד ליתומים, הם מצווים בפועל להגן על עניניהם. לכן, כדי שהשמיטה לא תשמט את מי שחייב ליתומים, בית דין מהוים 'יד היתומים', ולכן, מלוה זה הוה כגבוי, ואין שביעית משמטתו.

וכן כתב המהרשד"ם בבאור דברי הרמב"ם בפרק י מהלכות נחלות, וזו לשונו -

והוא הדין לאפוטרופוס שמנהו אבי יתומים והיתה שמועתו טובה והיה ישר ורודף מצות וחזר להיות זולל וסובא והולך בדרכי החשד או שפרוץ בנדריים או באבק גזל בית דין חייבים לסלק אותו להשביעו ולמנות להם אפוטרופוס כשר וכל הדברים האילו כפי מה שיראה לדיין כי כל בית דין וב"ד הוא אביהם של יתומים.<sup>33</sup>

והוסיף המהרשד"ם וכתב בזו הלשון -

והטור חו"מ סי' ר"צ כתב זה הלשון בשם הרמב"ם בלי חולק שמעינן מיהא דאע"ג שאבי היתום הניח אפוטרופוס אם יראה לבית דין שזה אינו נוהג כשורה יש להם לסלקו ולמנות אחר תחתיו כי הבית דין אביהם של יתומים האמיתי. הא קמן, שעל בית דין שהם אביהם של יתומים מוטל להשגיח הדרך היותר טוב וישר ליתומים ולא שיאמר הקולר תלוי על האפוטרופוס או על הנפטר שמנהו לאפוטרופוס.

32. בית הבחירה גיטין לו,א.

33. שו"ת מהרשד"ם חו"מ, תלד.

דברי המהרשד"ם הובאו בפסק דין של בית הדין של ירושלים של כבוד הגאונים הרבנים יעקב עד"ס זצ"ל, יוסף שלום אלישיב שליט"א, ובצלאל זולטי זצ"ל.<sup>34</sup>

ונראה להבין את הוראתו של מרן הרב שליט"א לאותם אפוטרופוסים, שלא יפעלו על פי פסק דינו של בית הדין האזורי להקדשות, ובקש שפסק דינם יתברר בבית הדין הגדול, מתוך שהוא רואה עצמו כאבי הנזקקים והתלויים בהקדש "הועד הכללי", ושעליו מוטל להשגיח הדרך היותר טוב וישר להקדש, ואין הוא אומר שהקולר תלוי על בית הדין האזורי להקדשות.

ונראה, שאין הבדל בין מציאות שקיים אפוטרופוס שמונה על [ידין] אבי יתומים (או מקדיש) שבית דין עומד במינוי, ואחריותו [של האפוטרופוס] כלפיהם, למציאות שבית הדין להקדשות הוא בפועל אבי היתומים (או ההקדש). בין כך ובין כך, נותר מעמדו של גדולי הדור, כממונים ואחראים לענייני היתומים או ההקדש, שכן האחריות לטובת היתומים וההקדש נשארת הן על מי שאפוטרופוס בפועל והן למי שהוא אפוטרופוס בכח.

הגר"א שיינפלד שליט"א אב"ד דבית הדין להקדשות כותב בתגובתו לבקשת עכוב הבצוע (שהוגשה ע"י המערערים) בסעיף ג -

אנו מוחים על שירבוב שמו של הגר"ש שליט"א בכתב הבקשה בדברי שקר. הרב שליט"א לא הורה לפעול בנגוד להחלטות בית הדין. הרב שליט"א ישב בדין כשלושים שנה ונזהר מאוד שלא לחוות דעה על סמך שמיעת טענות של צד אחד שלא בפני הצד השני. כל הטוען היפך דבר זה פוגע בכבוד הרב שליט"א ובכבוד התורה וראוי לנדוי כדין מבזה תלמיד חכם.

גם האפוטרופוסים הרב ח' י' כהן והרב י' ר' והרב א' ש' ובא כוחם, טו"ר מ' מ', בתגובתם לבקשת עכוב הבצוע של המערערים מ - (9.8.2000) כותבים בסעיף 3 -

זהו נסיון חמור להונות את בית הדין הגדול תוך הטעיה כאילו הג"ר... שליט"א מתערב בענין.

ובסעיף 4 כתבו -

חזקה על הג"ר... שליט"א כי לו רצה לומר דברו היה אומר אותו באורח התואם את הדין ולא באמצעות בעלי ענין (כפי שעשה בסכסוך המתנהל בישיבת פ', עת חשב כי יש לשלוח מכתב ברור וחד המורה את הדרך אשר יש לילך בה).

34. תיק תשט"ו/11761 (בית הדין ירושלים), הרב צ' פ' פראנק והרב א' מ' רבינוביץ נ' מועצת עובדי בליליוס, וועד העדה הספרדית, פד"ר א, 353, 359.

**(ה) דיון בענייני הקדש, במעמד אחד הצדדים בלבד.**

בסעיף 5 לפסק דינו של בית הדין האזורי להקדשות נכתב -

הדין במקרה זה ברור ופסוק בשו"ע: "אם הוצרכו לשאול דבר מבית הדין הגדול כותבין ושולחין ובית הדין הגדול מודיעים להם דעתם והם דנים אותם דליכא למימר שיפסקו בית דין הגדול עליהם את הדין דהא בעינן שיהיו בעלי הדין עומדים לפני הדיינים".<sup>35</sup> וממילא, אסור אף להאמין לכל אלו המתימרים אף לדבר בשמו.

(כאן מן הראוי לציין את עזות מצחם והתחסדותם של האפוטרופוסים הנ"ל ובא כוחם, שבפנייתם לבית הדין לפסול אותי מלהיות דיין בהרכב, מספר ימים לאחר שכתבו את הסעיפים הנ"ל, הם מעיזים לבדות מלבם דברי שקר שכביכול מו"ר מן הרב שליט"א האישיות הנעלה שכולנו חייבים בכבודה, חווה דעתו באוזני בנוגע לתוכנו של פסק הדין, שכל הרכב בית הדין צריכים לפסוק (כמפורט בתחילת החלטתינו). "נשכח" מליבם לגמרי דברים שכתבו בסעיף 5 "חזקה" על הגרי"ש אלישיב שליט"א. גם נשכח מליבם מה שכתבו בסעיף 3: "זהו נסיון חמור להונות את בית הדין הגדול תוך הטעיה כאילו הג"ר... שליט"א מתערב בענין").

לאור המציאות שהובררה לנו, שאמנם כבוד מרן הג"ר... שליט"א הורה למספר אפוטרופוסים של הועד הכללי שלא לפעול על פי החלטות בית הדין האזורי להקדשות כל עוד שלא יתברר ערעורם בפני בית הדין הגדול, ודאי שאין כל סתירה להנהגה זו מהנהגתו של מרן הרב שליט"א ביושבו על מדין שנוהר מאוד שלא לחוות דעה על סמך שמיעת טענות צד אחד שלא בפני הצד השני, ובודאי שאין כל סתירה להנהגה זו מדברי השו"ע שצוטטו על ידי אותם אפוטרופוסים ובא כוחם.

ההסבר לדבר נראה לעניות דעתי, כפי שנאמר לעיל. לבית הדין יש שני תפקידים שהוא ממונה לפעול בהם:

בית דין שופט בין בעלי דין בדברי ריבות שבין אדם לחברו או בין איש לאשתו.

כבית דין שממונה מטעם הצבור להיות אביהם של יתומים קטנים חרשים, עניים הקדשות ושאר הנמצאים בתוך הקהל שאינם יכולים ואין מי שדואג לעניניהם שבית הדין הוא הממונה ושליח הצבור לעסוק ולדון בעניניהם הן בתחום החומרי והן בתחום הרוחני.

בתי הדין שעוסקים בהקדשות כל עסוקם נובע מהאחריות והדאגה שמוטלת עליהם לטובת ההקדש והנהנים ממנו, גם כאשר בית הדין דן באפוטרופוסים שמונו על ידם,

35. שולחן ערוך חו"מ יג, ו.

ובמריבות וחלוקי דעות שיש בין אפוטרופסים שונים, אין בזה דיון ומשפט בין שני בעלי דין אלא כל מגמתו לראות ולשמוע מן הטענות מה טובת ההקדש. מבחינה מסויימת יש להגדיר, שבית הדין עצמו כאחראי הוא בעל דין וצד בדרכי ברור טובת ההקדש ויישום טובתו. וכל פעולתיו בדין בעניני הקדשות המטרה שמירת טובת ההקדש והבירור וניהול ושמיעת צדדים הם אמצעים להשגת מטרה זו, מה שאין כן בבית דין שופט, שמטרת המשפט לשפוט צדק בין הצדדים.

וכן כתב הגר"א גולדשמידט זצ"ל בפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול, בנוגע לשאלה, האם בית הדין להקדשות דן גם כאשר לא הוגשה תביעה בפניו, וזו לשונו -

ואם כן על אחת כמה וכמה בענין הקדש עניים שהדבר כולו מסור לבית הדין ורק בית הדין שהם אביהם של עניים ויתומים לדאוג לצרכיהם וכלשון הגמ' בב"ק דף ל"ו ע"ב "אנן יד עניים אנן".<sup>36</sup>

ומכל שכן בפיקוח על שלוחיהם שמונו על ידם, הם הם בעלי הדין, הם הם התובעים ובצדק טען בא כוח המשיבים, שאין הברל בדבר אם הם עצמם ראו צורך לדון בדבר או שמישהו הסב תשומת לבם לכך. אין בית הדין חי מפי הצדדים המופיעים לפניו, בכגון זה תמיד חייב בית הדין לדון ולברר ולנקוט בכל אמצעי שהוא, הן אם נדרש שעל ידי משהו לכך או לא מכח תפקידם כבית דין עליהם לשמור בכספי העניים יגיעו למטרתם הנכונה באמצעות השלוחים המתאימים.

לאור זאת, שונים כללי פעולתו של בית הדין להקדשות, מדרכי פעולתו, הלכות סדר הדין, והלכות דיינים, של בית דין שופט בין בעלי דינים. בעוד שבית דין שופט בדרך עשית צדק המשפט אינו יכול לפסוק על פי שמיעת צד אחד בלא שיקיים את שנאמר "שמוע בין אחיכם", בית הדין להקדשות כשדן בעניני מנויי אפוטרופסים, אין הוא שופט ביניהם, אלא ששמיעת הצדדים השונים נותנת בידו את היכולת להגיע למסקנה נכונה יותר כאשר לטובת ההקדש. על כן, גם אי שמיעת צד אחד מהאפוטרופסים, עקרונית, איהו פוגעת בהחלטת בית הדין, אם בית הדין, משוכנע שלאחר ששמע צד אחד ומתוך ראות עיניו הוא מסוגל להגיע למסקנה בשאלה, מה היא טובת ההקדש ומה יפעל לרעתו. לכן, שמיעת הצדדים אינה תנאי מעכב.

גם ההלכה שהביאו המשיבים וב"כ, מהנאמר בשו"ע בעניין סמכותו של בית הדין הגדול להכריע דין מבלי ששמע את הצדדים, נאמרה רק בנוגע לבית דין ששופט בין צדדים. לגבי בית דין זה נפסק, שכאשר הוא נזקק לקבל חוות דעת של בית הדין הגדול, אין חוות הדעת מכריעה את הדין, משום שבית הדין הגדול לא שמע את הצדדים, ובעלי הדין לא עמדו לפניו. אבל בית דין להקדשות שעוסק בעניני מנויי

36. ע"ר תשט"ז/21 (לעיל, הערה 30), פד"ר ב, 18, 35.

אפורופסים (או אחד מגדולי הדור שעוסק ג"כ בענין מנוי אפורופסים של הקדש), אינם חייבים להשמיע חוות דעתם זו, ולדון בה עם הצדדים שבאים בפניהם, כאשר הם משוכנעים שקבלת חוות הדעת תועיל להקדש.

מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א מכח מעמדו כאביהם של יתומים ועניים והקדשות, התייחס וחיווה דעתו לאפורופסים (המערערים) בענין ההקדש הועד הכללי, מתוך אחריות ודאגה מרובים לטובתו וזכותו של ההקדש, שכל שנות קיומו היה נתון לפקוחם של גדולי חכמי התורה והרבנים של ירושלים עיה"ק, ובניהולם של אנשי תורה ומעשה, יראי שמים נקיי כפים ומסורים, שהיו מקובלים ונאמנים על אותם חכמי וגדולי התורה, ועל קהילות הקודש שהיו קשורים לכוללים של הועד הכללי. מתוך גדולת ראייתו יחידה בדור, ושקול דעתו, דעת תורה צרופה, ראה שיש להגן על ההקדש הועד הכללי ולשמור על טובתו בזה שפסק דין (נשוא הערעור) של בית הדין האזורי להקדשות לקביעת ההנהלה ומנויי האפורופסים שנקבעו בו, חייבים לעבור בדיקה מחודשת על ידי בית הדין הגדול לערעורים.

אין כל ספק, שכאשר כבוד מרן הרב שליט"א ישב בדין בבית דין השופט בין בעלי דין, שפסק את דינם על פי דרך צדק המשפט, סדר הדין והלכות הדיינים (כולל אותם הלכות שהזכיר הגר"א שיינפלד והאפורופסים המבקשים), להוציא משפטם על פי דרכי הצדק והיושר.

טעה בית הדין האזורי להקדשות בכך שהתעלם מהודאות שהודיעו לו כמה מהאפורופסים שבהנהלת הועד הכללי, שלמרן... יש עמדה על האופן שיש לכונן את הנהלת הועד הכללי, שנקבעה מתוך ראייתו הטהורה ודאגתו לטובת ההקדש הועד הכללי. אדרבא, בית הדין להקדשות כאביהם של עניים והקדש, מתוך דאגתו לטובת ההקדש היה צריך לפנות מיוזמתו לבקש חו"ד של מרן הרב שליט"א, ולצרפה לשיקול דעתו במתן פסקי דין הנוגעים להנהלת הועד הכללי. נתעלמה ממנו ההלכה על מעמדם של גדולי הדור כלפי ההקדשות כפי שפסקו הרא"ש והרמ"א, שאינה פחותה ממעמדו של בית הדין שנתמנה בעיר, וכן בית הדין האזורי להקדשות לא נתן ליבו להבחנה הברורה שיש בין בית דין ששופט בין בעלי הדין, לבית דין להקדשות שפועל כממונה לטובת ההקדשות.



## חקר ועיון

"משפט וצדקה ביעקב אתה עשית"

(תהילים צט, ד)

"כי באמת, גם בני נוח מצווין על הדינין.

אבל כתיב: חקיו ומשפטיו לישראל.

היינו, שבני ישראל מכוונים אל המשפט האמת.

דכתיב: המשפט לאלהים הוא.

ובני ישראל המה רק כלים

שהקב"ה מנהיג העולם על ידיהם

ונגמרים משפטי ה' על ידי סנהדרין שבישראל.

וזהו שאמר: "אתה עשית".

כי עשיית בני ישראל הוא בכוח סיוע משמים.

והם האורות שגנוזים בנשמות בני ישראל...

וזהו שאמר: משפט וצדקה ביעקב אתה עשית,

שאינ המשפט על פי שכל פשוט.

רק שיש דעת בחכמי ישראל לברר משפטי ה'.

והכל, בכוחות שגנוזים בנשמתם"

(שפת אמת, משפטים, תרמ"ה)





## פשרה

### ברכיהו ליפשיץ\*

#### א. משמעות לשונית

הפשרה, כמונח וכמוסד משפטי, מעלה כמה וכמה קשיים, הן בהבנת משמעותו המילונית של המונח, הן בהבנת טיבה ומהותה של הפשרה, הן בהגדרת התנאים להפעלתה, הן בתפיסת יחסה אל הדין, והן בעניין היחס בין המונח לבין המוסד.<sup>1</sup>

נפתח בשם. ח' י' קאהוט, בהוספותיו לערוך,<sup>2</sup> היפנה לכמה מקורות, מהם עולה כי משמעות המלה פשרה היא: התרה, הפרדה. כך בפסיקתא דרב כהנא: "כמסוכת חדק - דהוא מדמיא להדא סיכתא, דאת מפשר לה מן הכא והיא מתעריא מן הכא".<sup>3</sup>

כך הוא גם בתלמוד הירושלמי: "ר' זעירא בשם רב הונא: נסתבכו בגדיו בקוצים הרי זה מפשרן במקום צינעה".<sup>4</sup>

משמע זה מתחזק מן השויון: פשרה = ביצוע, כפי שעולה ממקורות רבים.<sup>5</sup>

\* הכותב הוא פרופסור וראש המכון לחקר המשפט העברי באוניברסיטה העברית בירושלים.

1. לעניין זה ראו מה שכתבתי במאמרי, על הערב ועל כמה מונחים אחרים של התחייבות, **שנתון המשפט העברי** יג (תשמ"ז), 185 (להלן: "על הערב").

2. ערך "פשר" (4).

3. **פסיקתא דרב כהנא** כי תשא, מהדורת מנדלבוים, עמ' 17 (ומקבילות). מנדלבוים לא פירש דבר, אלא תרגם: "לקוץ הזה שאתה מפשר אותו מכאן והוא מסתבך מכאן".

4. שבת ז, ב (י ע"א). וכן בתוספתא עירובין ח, י: "נתלו בה קוצין ודופקנין - מפשר בידו בצינעה". ופירש ר"ש ליברמן בתוספתא **כפשוטה**, ג, עמ' 459: "ומפשר פירושו חולץ". ובהרחבה בתוספתא **כפשוטה**, א, עמ' 266, בהע' 10 (וכן שם, בעמ' 267, לשו' 11). וכן בפסיקתא **רבתי**, יג (נה, ב): "...גירה בו הכלב שהיה עומד שם, עמד ופשרו הימנו... היה אומר לו: זכור אתה היאך פישרתי הימך את הכלב". כלומר: "הרחקתי". וכלשון חילוף והימלטות יש לפרש גם בבראשית **רבה** כב, יג (מהדורת תיאודור-אלבק, עמ' 220): "פגע בו (=בקין) אדם, אמר לו: מה נעשה בדינך? אמר לו: עשיתי תשובה ופישרתי", וראו בחילופי הנוסחאות ובהערות, שם. וראו גם **קוהלת רבה** ח, א: "אילו עשו תשובה - פשרו" וכן **איכה רבה** א, מ.

5. ראה: **תוספתא** סנהדרין א, ב - ו; **בבלי סנהדרין** ו, א; **ירושלמי סנהדרין** א, א (יח, א). כך כותב אף הרמ"ה בפירושו **יד רמה** לסנהדרין שם: "ביצוע הוא פשרה". לטעם שנתן לדבר ולדעות המחלקות בין המושגים ראו להלן.

קאהוט (שם) הסביר את הקשר בין המשמע של הפרדה לבין המונח "פשרה" באופן זה: "והושאל להתרת עסק עם בעל דינו לעשות עמו ביצוע".

כביכול הצדדים לדיון מסובכים וקשורים זה עם זה, והפשרה מפרידה, מתירה ומנתקת ביניהם. אך אף שאין ספק שכך עושה הפשרה, מכל מקום אין בכך די, שהרי כזאת היא אף תוצאתו של הדין ולכן אין קשר ישיר בין משמעות המלה לבין המוסד המשפטי אותו היא מתארת.

כפי שהראיתי במקומות אחרים,<sup>6</sup> כל לשונות ההסכמה משמעותן חיתוך וחלוקה, ונראה שהוא הדין באשר ל"פשרה" ול"ביצוע". דומה, שמשמעות זו עולה במפורש ממספר מקורות. כך בתלמוד הירושלמי, מסכת סוטה: "אמר רב אחא: הפשיר עמו – וכרות עמו הברית".<sup>7</sup>

הרי לך שוויון מלא ומפורש, המלמד שהפשרה היא כריתת ברית. וכן עולה גם מן הדרשה הבאה –

ואת קולו שמענו מתוך האש. אמר ר' יוחנן: קומפרומיסיין נתנו ביניהן, שאינו כופר בהן והן אינן כופרין בו... ביצע אמרתו – פשוירי מפשר.<sup>8</sup>

וכולן לשונות של הסכמה הן. ובירושלמי בבא מציעא:<sup>9</sup>

מאן [דתני] [דמר] אנגריא כמיתה – באותו ש[אין] יכול לפשר. מאן דמר אומר לו הרי שלך לפניך – באותו [שאיין] [שהוא] יכול לפשר.<sup>10</sup>

כלומר –

החמור ניטלה מיד השוכר, ובאותו שאינו יכול לפשר, לא פשע כלום במה שלא התפייס עמו על לקיחת החמור, ודומה למתה, וחייב המשכיר להעמיד לו חמור אחר. אבל באותו שהשוכר יכול לפשר ולא עשה כן (השוה: 'הוה ליה לפייס ולא פייס' [גיטין מד, א]), פשע השוכר, אין המשכיר חייב להעמיד לו חמור.<sup>11</sup>

6. על הערב, לעיל, הערה 1; משפט ופעולה, ירושלים תשס"ב, ואכמ"ל.  
7. ירושלמי סוטה ה, ז (כ ע"ג) ובמקבילה בברכות ט, ה (יד ע"ב): "הפסיד", ויש לתקן כבסוטה (כהערת קאהוט, שם).  
8. ויקרא רבה ה, א.  
9. ירושלמי ב"מ ו, ג (יא, א).  
10. על-פי רי"ן אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, ירושלים תשכ"ד, עמ' 119, עי"ש.  
11. לשון רש"י פרידמן, תלמוד ערוך, השוכר את האומנין, חלק הפירושים, ירושלים תשנ"א, עמ' 163 (ההדגשה הוספה). ר"ש ליברמן, תוספתא כפשוטה, בבא מציעא, עמ' 252 פירש לגירסה זו: "והיינו שאם אינו יכול להמלט ולהחליץ מן האנגריא ע"י שוחד או פיוס... והיפנה לדבריו בפירושו לדמאי, ו, עמ' 266-267. ונראה מדבריו שהוא עומד על לשון הימלטות וחילוץ,

ולשון פיוס היא לשון הסכם, כפי העולה, למשל, מדברי התוספתא במסכת עדויות: "לכשתפיסי ותינשאי", כלומר: כשתרצי ותתרכי ותסכימי ותינשאי, ועוד.<sup>12</sup>

כך – "הסכמה" – יש לפרש את המונח "פשרה" גם במשנה במסכת כתובות -

מי שהיה נשוי שתי נשים ומכר את שדהו, וכתבה הראשונה ללוקח: דין ודברים אין לי עמך – השנייה מוציאה מיד הלוקח והראשונה מן השניה והלוקח מן הראשונה, וחוזרות חלילה עד שיעשו פשרה ביניהן.<sup>13</sup>

כלומר, אין פתרון מן הדין לגלגל החוזר עד שיגיעו כל הצדדים, או חלק מהם, להסכמה.<sup>14</sup>

וכן בתוספתא בבא קמא -

שתי ספינות שהיו באות זו כנגד זו, אחת פרוקה ואחת טעונה – מעבירין את הפרוקה מפני הטעונה. היו שתיהן פרוקות ושתייהן טעונות – עושות פשרה ביניהן.<sup>15</sup>

כשאין עדיפות לספינה אחת על פני חברתה יעמדו במקומן עד שיסכימו ביניהן, מי תעבור ראשונה.<sup>16</sup>

## ב. פשרה כהסכם שבין בעלי הדין

נראה, שהמשמעות של הסכמה תואמת יותר את מה שהמונחים "פשרה" ו"ביצוע" מסמלים. אכן, עדיין שאלה היא הסכמה על מה? ייתכן היה לומר, שההסכמה היא על התוצאה של הפשרה, בין "אם נפרש דקנין של פשרה עושין קודם הפשרה..."

כשהאמצעי לכך הוא הפיוס (או השוחד). אבל נראה יותר כהדגשתו של פרופ' פרידמן, שפשר=פייס.

12. תוספתא עדויות א, ו, וראו משפט ופעולה, לעיל, הערה 6, בערך "פיס".

13. משנה כתובות י, ו.

14. וראו בירושלמי שם, י, ו (לד,א), שנקט לשון "פישר מן הראשון", שיש לפרשו שהגיע להסכמה עם הראשון. ולשון "פושרין" שם משמעו: מסכימים.

15. תוספתא בבא קמא ב, י.

16. ובבלי סנהדרין לב,א: "הטל פשרה ביניהן ומעלות שכר זו לזו", ופירש הרמ"ה: "המרבה בשכר הוא עובר תחילה". כלומר: הן מסכימות שהמרבה בשכר יעבור תחילה. וראו דברי בעל תורה תמימה, פרשת שופטים, טז, כ, אות פד: "והנה ענין פשרה זו שבכאן אינו מענין פשרה סתם, שאפשר לעשות גם דין גם פשרה, מה שאין כן זו שציר, לא שייך דין, רק פשרה". וראו להלן. לפי זה יש לפרש "פושרים": מעורבים, חלקם חמים וחלקם קרים. ואכן, גם לשון "ערבות" לשון התחייבות היא, ראו במאמר הנזכר לעיל בהערה 1.

לעשות כמו שיאמרו הדיינים", ובין "אם נפרש שהקנין הוא לאחר הפשרה".<sup>17</sup> אך נראה שהכוונה היא להסכמה מסוג אחר, וכדלהלן.

דומה שהכל מסכימים, שהפשרה עומדת בניגוד לדין במובן זה שתוצאתה של הפשרה שונה מזו שהיה הדיין מגיע אליה אילו היה דן על-פי דין ולא עושה פשרה בין הצדדים.

ואמאי קרי לה ביצוע? לפי שנוטל ממון מזה ונותן לזה שלא כדין ודמי לגזל, ואמטי להכי קרי לה ביצוע לשון כן ארחות כל בוצע בצע!<sup>18</sup>

אך האם עד כדי כך פגום הדין, שיש לסטות ממנו מכוחם של שיקולים שונים שאינם מוגדרים והם נתונים לתבונתו של המפשר? אין פלא אפוא, לכאורה, שרבי אלעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר -

כל המבצע הרי זה חוטא, והמברך את המבצע הרי זה מנאץ לפני המקום. על זה נאמר "ובוצע ברך נאץ ה'", אלא יקוב הדין את ההר.<sup>19</sup>

אך, מאידך גיסא, אם הדבר תלוי בהסכמת הצדדים, על מה רעשה הארץ? ההסבר המקובל הוא, שהסוברים שאסור לבצוע אומרים כן, בנוקטם לשון חריפה, משום ש"אם עושים פשרה במקום דין נראים כמזלזלים בדין",<sup>20</sup> וכדברי הרא"ה קוק -

משום שזה נראה כזילותא לדין תורה, שאחר שכבר נגמר הדין דוחין אותו ועושיין פשרה.<sup>21</sup>

ואכן, הדעת נוטה לקבל הסבר זה, שהרי הכל יודעים את מקומו החשוב של הדין.<sup>22</sup> מעתה עולה התמיהה כלפי עמדתו ההפוכה של רבי יהושע בן קרחה -

17. כלשון **תוספות**, סנהדרין ו, א ד"ה "צריכה קנין". זו מחלוקת ראשונים, אך אין היא נדרשת ישירות לענייננו.

18. לשון **הרמ"ה** בפירושו לסנהדרין ו, א, ד"ה "ואמרינן".

19. **תוספתא** סנהדרין א, ב. אך ראו להלן, בהמשך הדברים.

20. הרב א' חפוטא, בגדרי דין ופשרה, **נועם** טז (תשל"ג), בעמ' קצא. וראו גם דברי הרב מ' צ' נריה, משפט הפשרה, **ספר היובל לכבוד רבי יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק**, (ירושלים-ניו-יורק תשמ"ד), עמ' שנח, בעמ' שסא ואילך. וראו גם דברי הרב ח' ד' הלוי, **דבר המשפט**, א, (תל-אביב תשכ"ג), עמ' 99: "ע"י הפשרה לא נעשה צדק מחלט, כי טבעה של הפשרה הוא ויתור, ואז לא זו בלבד שלא הושגה אותה מטרה עליונה שהיא 'ויגבה ה' צבאות במשפט', אלא ההיפך שאותו שהפסיד בעטייה של הפשרה, ודאי שהוא מטיל ספק חמור בישרה של ההנהגה העולמית...."

21. **באר אליהו** חו"מ יב, ו.

22. ראו המקורות שנזכרו במאמרים שצינו לעיל, בהערה 20.

רבי יהושע בן קרחה אומר: מצווה לבצוע שנאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם". והלא כל מקום שיש משפט אמת אין שלום, וכל מקום שיש שלום אין משפט אמת? ואיזהו משפט אמת שיש בו שלום? הוי אומר זה הביצוע. וכן הוא אומר בדוד: "ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו", והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה, וכל מקום שיש צדקה אין משפט, אלא איזהו משפט שיש בו צדקה? הוי אומר זה הביצוע.<sup>23</sup>

באופן פרדוקסלי, ככל שהשבח לפשרה רב יותר כן רבה יותר הפגיעה בדין, וקשה להניח שאמנם זו הייתה כוונתו של רבי יהושע בן קרחה.

ככל הנראה, הטעם לעמדתו של רבי יהושע בן קרחה הוא החשש מפני חומרתו של העונש המוטל על מי שטועה בדיני ממונות. בדיני ממונות אי-אפשר להחמיר כבדיני איסור והיתר, שהרי חומרה לזה היא קולה לזה ותמיד יש צד מפסיד.<sup>24</sup> והנה, בסוגיית סנהדרין (ו,ב), לאחר שדנו בענייני הפשרה, ולאחר שאמרו: "לפני התגלע הריב נטוש – קודם שנתגלע הריב אתה יכול לנוטשו, משתגלע הריב אי אתה יכול לנוטשו", הובאה הדרשה על הפסוק "ויאמר אל השופטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפטו כי לה". שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה? – תלמוד לומר: עמכם בדבר המשפט, אין לו לדיין אלא מה שעניניו רואות". ולאחר מכן (ז,א) אמרו בשם רבי יונתן: "כל דיין שנוטל מזה ונותן לזה שלא כדין הקדוש ברוך הוא נוטל ממנו נפשו". וכן אמרו (שם), ש"כל דיין שאינו דן דין אמת לאמיתו גורם לשכינה שתסלק מישראל", ו"לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנום פתוחה לו מתחתיו". ומסופר (ז,ב) על "רב הונא כי הוה אתי דינא לקמיה מיכניף ומייתי עשרה רבנן מבי רב, אמר: כי היכי דלימטיה שיבא מכשורא. רב אשי כי הוה אתי טריפתא לקמיה מיכניף ומייתי להו לכולהו טבחי דמתא מחסיא, אמר: כי היכי דלימטיין שיבא מכשורא". ו"רב כי היכי הוה אתי לבי דינא אמר הכי: ברעות נפשיה לקטלא נפיק וצבי ביתיה לית הוא עביד, וריקן לביתיה עייל, ולוואי שתהא ביאה כיציאה". וכן אמרו במקום אחר -

איני כשאר כל הדיינים: מלך בשר ודם יושב על בימה שלו, דן להריגה, לחניקה, לשריפה ולסקילה ואין בכך כלום, ואם חייב ליטול סלע – נוטל שנים, שנים – נוטל שלשה, דינר – נוטל מנה. איני כן, אלא אם חייבתי ממון נפשות אני נתבע.<sup>25</sup>

23. תוספתא סנהדרין א, ג, ומקבילות בבבלי ובירושלמי סנהדרין, שם.

24. ראו פירושו של ר"י ליפשיץ, תפארת ישראל למשנה בבא בתרא ג, ח.

25. ספרי דברים, ט (מהדורת ר"א פינקלשטיין, עמ' 17). וראו גם דברים רבה (מהדורת ר"ש ליברמן), סי' טו (עמ' 13-14), וראו מה שכתבתי על קטע זה במאמרי, "על דייני ישראל ועל

ולא רק הדיין נדון על החטאת הדין לאמיתו, אלא אף כלל ישראל כך -  
 אם ראית דור שצרות רבות באות עליו - צא ובדוק בדייני ישראל, שכל  
 פורעניות שבאה לעולם לא באה אלא בשביל דייני ישראל.<sup>26</sup>

וכן יש לפרש בסוגיית בבא מציעא ל ע"ב: "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין  
 תורה... ולא עבדו לפנים משורת הדין".<sup>27</sup>  
 ולכן למדנו בתלמוד הירושלמי -

רבי יוסי בר חלפתא אתון תריין בר נש מידון קומוי. אמרון ליה: על מנת  
 שתדיננו דין תורה. אמר לון: אני איני יודע דין תורה, אלא היודע מחשבות  
 יפרע מאותן האנשים. מקבלים עליכון מה דנא [=דאנא] אמר לכון?<sup>28</sup>

לפי הצעה זו, גם רבי יהושע בן קרחה וגם רבי אלעזר בן רבי יוסי הגלילי מחשיבים  
 עד מאד את הדין, אבל רבי אלעזר גוזר מכך את החובה לדון רק על-פיו, ואילו רבי  
 יהושע חושש מפניו ומפני חומרת עונשו של הטועה בו, ודווקא משום כך הוא  
 מעדיף להימנע מלדון על פיו.

אמנות הדרשה, סיני צד (תשמ"ד), עמ' עא-עח. וראו גם עוד בסוגיית סנהדרין ו-ח. וראו דברי  
 בעל חסדי דוד, תוספתא סנהדרין, א, סוף ד"ה "כשם": "שבאותה שעה שהן דנין לאלו, הקב"ה  
 יושב ודן עמהם - להדיינים עצמן". וראו ע' רדזינר, "יסודות דיני קנסות" במשפט התלמודי,  
**עבודה לשם קבלת תואר דוקטור**, רמת-גן תשס"א, עמ' 278, ביחס ליראת הדין ומקומה  
 בשלילת הדין בדיני קנסות. וראו דברי הרב א' חפוטא, "בגדר דין ופשרה", **נועם** יז (תשל"ד),  
 עמ' מב: "ובפשטות נראה שיש בה טובת הדיין בעיקר משום חומרת הדין שקשה מאוד לדון דין  
 תורה שמא לא יכוון לאמת, ויחטיא את המטרה לדון דין אמת לאמיתו, והוא עוון פלילי, ולכן  
 יש יותר לבחור בפשרה, נמצא שהיא בעיקרה לטובת הדיין". ואעפ"כ יש לשכנע את הצדדים,  
 שנוח להם יותר בפשרה!

26. **שבת קלט, א.**

27. **בבא מציעא** ל, ב, והשוו לנאמר שם, פח, א. נראה לי, ש"לפנים משורת הדין" אינה מצינת מידה  
 רבה יותר של צדק. זה מתבצע באופן שלם על-ידי הדין גופו. אין דבר שהוא מעבר לשורת הדין.  
 אך החסיד הוא הירא פן יחטיא את שורת הדין, ולכן הוא מחמיר על עצמו שלא לקרב אל שורת  
 הדין. הן הפשרה והן "לפנים משורת הדין" הן דרכים להימנע מפסיקה לפי הדין. וראו המדרש  
 (שאינו בפנינו) שהביא רש"י לדברים ו, יח: "ועשית הישר והטוב - זו פשרה [ו]לפנים משורת  
 הדין" (וראו רמב"ן שם). והשוו בבא קמא ק, א: "והודעת להם... את המעשה - זה הדין; אשר  
 יעשון - זה לפנים משורת הדין". לשון "עשיה" הנזכרת בפסוקים אלה אפשר שהיא מכוונת  
 לפסק-דין, ראו משפט ופעולה לעיל, הע' 6) בערך "עשה". וכמ"ל. וראו גם ילקוט שמעוני,  
 תהלים, רמז תתלא: "אינם יודעים לדון את הדין, בשביל כך העולם נחרב"; ילקוט שמעוני,  
 דה"ב, רמז תתפפה: "לא חרבה ירושלים אלא על ידי קלקול הדין. באותה שעה נשבע הקב"ה  
 שהוא בעצמו נפרע מן הדיינים".

28. **ירושלמי סנהדרין א, א (יח, א).**

אם בסיס הסמכות לתוצאה הוא הסכמת הצדדים ולא החיוב הכפוי של הדין, כי אז הטעות האפשרית – ואולי ההכרחית<sup>29</sup> – איננה פוגעת בדין ואין היא גוררת את התוצאות שנזכרו לעיל. נראה שהסבר זה הסבר ראוי הוא.

### ג. הפשרה – משפט

יחד עם זאת, מן המקורות התלמודיים מתקבל הרושם שהפשרה איננה תוצאתה של החלטה שרירותית של הדיין, אלא אף היא בגדר משפט. כך שנינו בתוספתא שהובאה לעיל<sup>30</sup>: "איזהו משפט אמת שיש בו שלום? – הוי אומר זה הביצוע". ובמכילתא שנינו -

ושפטתי בין איש – זה הדין שאין בו פשרה. בין רעהו – זה הדין שיש בו פשרה, ששניהם נפטרים זה מזה כרעים.<sup>31</sup>

ובסוגיית סנהדרין (ו,א) הובאו הדברים הבאים -

ביצוע בשלושה, דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: פשרה ביחיד. סברוה לכולי עלמא מקישינן פשרה לדין... לא... והכא בהא קמיפלגי, דמר סבר מקישינן פשרה לדין ומר סבר לא מקישינן פשרה לדין.

וכדברי ר' מאיר הם דברי רשב"ג בתוספתא: "רבן שמעון בן גמליאל אומר: כשם שהדין בשלשה כך פשרה בשלשה".<sup>32</sup>

ואולי זו גם כוונת דברי רב מתנייה בירושלמי, הקובע: "אף הפשרה צריכה הכרע הדעת".<sup>33</sup>

וכן אמרו במסכת סנהדרין -

דריש לקיש רמי: כתיב 'בצדק תשפוט עמיתך' וכתיב 'צדק צדק תרדף'... רב אשי אמר... קראי אחד לדין ואחד לפשרה, כדתניא: צדק צדק תרדף – אחד לדין ואחד לפשרה.<sup>34</sup>

29. "איני יודע דין תורה" (ראו הציטוט לעיל); "אמר רבי שמעון בן יוחי: בריך רחמנא דלינא [=דלית אנא] חכים מידון" - ירושלמי סנהדרין א, א (יח ע"א).

30. בסמוך לציון להערה 23. "שלום" ו"צדקה" הן לשונות של הסכם, והוא משפט ופעולה, בערכיהם.

31. מכילתא יתרו, ב.

32. תוספתא סנהדרין א, ט. וכן שם, הלכה ב בסתם: "וכשם שהדין בשלשה כך הפשרה בשלשה". אבל בירושלמי סנהדרין א, א (יח,ב): "תני רבן שמעון בן גמליאל אומר: הדין בשלשה ופשרה בשנים". ואכמ"ל, וראו דברי הרב ח' ד' הלוי, לעיל, הערה 20, בעמ' 103.

33. ירושלמי סנהדרין א, א (יח,ב).

כלומר, הפשרה גם היא כדין. וקשה לומר שמשמעות הדברים היא שבמסגרת הסטייה מן הדין, הטבועה בפשרה, "כשם שמוזהר שלא להטות את הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחברו".<sup>35</sup> כי אם תיאור זה נכון, כי אז הליך הפשרה הוא לכאורה הליך מורכב ומוזר ביותר: יש לדעת את הדין<sup>36</sup> כדי לדעת אם ועד כמה אפשר ונכון לסטות ממנו.<sup>37</sup>

לכן נראה שמשמעותם של הפשרה ושל הביצוע היא הסכמה לכך שהדיון לא יתנהל מכוח הדין, דין תורה, אלא שהוא יתנהל – מכוח הסכמתם של הצדדים – על מסלול

#### 34. סנהדרין לב,ב.

35. כלשון השולחן ערוך חו"מ יב, ב. מקור הדברים הוא ברש"י סנהדרין לב,ב, ד"ה "אבל קראי": "צדק דין שלך ופשרה שלך לפי ראות עיניך, ולא תרדוף את האחד יותר מחברו". משום כך אין לפרש גם כפירוש הרמ"ה לסנהדרין שם: "דין לא בעי עיונא וצילותא כולי האי, אלא למיפסקיה אליבא דהלכתא וליכא למיחש שמא יחייב את הזכאי ויזכה את החייב. אבל פשרה צריכה עיונא טפי ולעיין לפי שיקול הדעת ולראות מי מהן אומר אמת ועל מי ראוי להחמיר יותר". (וראו דברי הרב חפוטא, לעיל, הערה 25, בעמ' לט.) וכן הוא באשר לדברי ריב"א, כפי שהובאו בשו"ת תמים דעים לראב"ד, סימן רז: "יש לתמוה למה שינה תנא זה אליבא דר' מאיר לשון בצוע ואליבא דרבנן לשון פשרה... ויש לפרש דמאן דבעי שלשה (קם) [קרי] ליה בצוע על שצריך אומד הדעת לבצוע הממון ולחלקו במדה שוה שלא יהא אחד מהם נפסד יותר מכדי הראוי לו. ומאן דאמר פשרה ביחיד קרי ליה פשרה לשון קל, שאין צריך לדקדק בדבר, אלא בכל ענין שיכול לפשר ביניהם יפשר". אך נראה שאין להבדיל בין פשרה לבין ביצוע, ודווקא משום כך החליף התנא בלשוננו. וראו ז' ורהפטיג, "דיני בוררות", מחקרים במשפט העברי (רמת-גן תשמ"ה), עמ' 27.

36. וכל זה בהנחה שאין יודעים ממש להיכן הדין נוטה, שאז אין לעשות עוד פשרה, לפחות לדעת רבי שמעון בן מנסיא בתוספתא סנהדרין, שם.

37. השוו עמ' דברי הרב ע' בצרי, דיני ממונות א (תשל"ד), עמ' שלט: "הרבה בני אדם טועים בפירוש המושג 'פשרה', וחושבים שכאשר התובע תובע מאה והנתבע כופר ומחייבים הנתבע בחמשים, זוהי פשרה, טעות היא בידם. ודיינים הדנים כך נקראים בלשון גנאי בגמ' (בבא בתרא קלג,ב) 'דייני דחצצתא', פירוש דיינים שאינם בקיאים בדין וחוצצים מחצה לזה ומחצה לזה. אולם פירושה האמתי של פשרה היא פסיקת דין ממש ככל הדינים, שעל כל צד להביא עדים וראיות וכו' ויתכן שתהיה הוכחה ברורה ואמתית מבלי ספק שיחייבו הנתבע בכל התביעה, או להיפך שיהיה פטור מכל אלא שמשתמשים כיום במלה 'פשרה' משום שהיום אין בקיאים בדין תורה באופן מוחלט בדיני ממונות... וכדי שלא להכנס לספיקות או לחומר השבועה יש לבי"ד לפשר ביניהם וזו משמעותה האמתית של הפשרה, ועל כן הוזהר הדיין שלא להטות הפשרה, ואם טעה בפשרה חוזר". אך מהי, אם כן, פשרה: פסיקת דין ממש, או שמפשרים בין הצדדים כשיש ספק? והשוו, לעומת זאת, שו"ת שבות יעקב ב, קמה: "סתם פשרה הוא מחצה על מחצה, אך מכל מקום יש רשות ביד הפשרן לעשות לפי מהות הדבר לפי ראות עיניו לעשות שלום בין הצדדים בלי נטיית צד. ובנידון זה שקבל לעשות פשר קרוב לדין נראה לי בפחות משליש מקרי קרוב לדין... כי פחות משני שלישים מקרי רחוק". וראו גם מה שהביא הרב ר' מרגליות, מרגליות הים סנהדרין ו,א, אות ט: "לפי שבדין הוי יש הלכה קבועה... אבל פשרה דבאובנתא דלכא תליא מבלי יסוד קבוע, לא יוכל אחד להכריע רק בשלושה שהם כבית דין דהפקרם הפקר". וראו שם, אות י.



שונה ממנו: המסלול של הדין שמחוץ לדין. ודוק: אין זו הסכמה לתוצאה שתושג ושתוצג על-ידי הדיינים, כפי שנזכר לעיל. זוהי הסכמה להתדיין, במלוא מובן המלה, אלא שהתדיינות זו מתנהלת במערכת שונה ונפרדת מזו של מערכת הדין. ההסכמה נדרשת רק לקביעת מסלול הדין, אבל שני המסלולים מסלולים של דין הם! והרי כך אמרו: "צדק צדק תרדוף – אחד לדין ואחד לפשרה".<sup>38</sup>

הליך הפשרה הוא אנושי, ואילו הליך הדין הוא אלוקי. לכן הדגיש רבי יוסי בן חלפתא: "אני איני יודע דין תורה... מקבלים עליכון מה דנא [=דאנא] אמר לכוך?!", דין זה שתקבלו עליכם הוא דינו של רבי יוסי בן חלפתא! ולעומת זאת עומדים דברי רבי עקיבא, המובאים מתוך ניגוד ברור לדברי ר' יוסי בן חלפתא שלפני כן –

רבי עקיבא כד הוה בר נש אזל בעי מידון קומיה הוה אמר ליה: הווי יודעין לפני מי אתם עומדין – לפני מי שאמר והיה העולם, שנאמר: ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' – ולא לפני עקיבא בן יוסף.<sup>39</sup>

המתדיינים במסלול הדין עומדים לפני ה'. המתדיינים במסלול הפשרה עומדים לפני הדיין. כך יש אפוא להבין את תרעומתו הנ"ל של רבי אלעזר בנו של ריה"ג: "כל המבצע הרי זה חוטא והמברך את המבצע הרי זה מנאץ לפני המקום. על זה נאמר ובוצע ברך – נאץ ה'". וכפירוש המובא במדרש הגדול: "נמצא זה משביח לדיינו ומנאץ ליוצרו".<sup>40</sup>

כלומר, השבח הוא לדיין (=הבוצע), וממילא יש כאן נאצה כלפי שמים. ההצדקה להעדרת העמידה לפני הדיין ולא לפני ה', ובכך לנאץ את יוצרו, יכולה להיות רק זו הנשמעת במכילתא מפי רבי אלעזר המודעי: "יראי אלהים – אלה שעושים פשרה בדין".<sup>41</sup>

38. כעין האמור בבבלי סנהדרין ו,א: "דקיבלוהו עלייהו... דיינת לן דין תורה", ובירושלמי סנהדרין פ"א ה"א (יח, א): "כשאמרו לו הרי את מקובל עלינו כשלושה על מנת שתידננו דין תורה". וראו להלן, הע' 58.

39. ירושלמי סנהדרין א, א (יח, א).

40. מדרש הגדול דברים א, יז (מהדורת פיש, עמ' כט). ושלא כנוסח שהובא בספרי דברים, מהדורת פינקלשטיין, עמ' 29: "נמצא זה משבח את הדיין וזה מנאץ את יוצרו", כביכול המדובר בשני אנשים ו"זה שהרויח משבח את הדיינים... וזה שהפסיד מנאץ את יוצרו", כהסברו של הרב הלוי, לעיל, הערה 20, בעמ' 99. וראו בדברי רא"א פינקלשטיין, שם, שהביא כעין זאת מפירושו של רבנו הלל.

41. מכילתא יתרו, עמלק, ב, מהדורת הורביץ-רבין, עמ' 198. וראו דברי רא"א פינקלשטיין, שם: "כל מחלוקת זו מתבארת היטב לאור המאורעות שאירעו בזמן החולקים שהיו כולם בשלהי השמד. אז נאסר בוודאי לדון בדיני ישראל, וגם הומתו רוב הדיינים המוסמכים עד שהוכרחו בעלי הדין לפנות אל הדיוטות לפשר... עד שהתפשרות נעשתה למנהג קבוע ורגיל, וכאשר בטלו הגזרות התנגדו החכמים אל המנהג שנראה להם כחלול התורה וביטול המשפט העברי.

ודרשה זו עומדת בניגוד לזו שקדמה לה (שם): "יראי אלהים – אלו שהם יראים מן המקום בדין".

נוכחותו של הא-ל בתהליך השיפוט היא זו שמכרעת. הא-ל הוא השופט: "לפני ה' – ולא לפני עקיבה בן יוסף". לכן נקראים הדיינים "אלוהים", והם שותפים עמו במעשה בראשית מתמשך (שבת י ע"א). הא-ל הוא הנשפט: "כי לא לאדם תשפטו כי לה'", "ואמר הקב"ה לדייניו היו נוהגים באימה בעצמכם כאילו אותי אתם דנין" (תנחומא, שופטים ז). הא-ל מסייע לדיין בפסיקתו: "עמכם בדבר המשפט". ותוצאותיו של דין מוטעה מחייבות את הא-ל: "כי המשפט לאלוהים הוא... אמר הקב"ה: לא דיין לרשעים שנוטלין מזה ממון ונותנים לזה שלא כדין, אלא שמטריחין אותי להחזיר ממון לבעליו" (סנהדרין ח, א), "הווי יודעים כי עמכם אני יושב ואם הטייתם את הדין, אותי אתם מטיין" (מדרש תהלים, פ"ב), ו"אם לא נעשה הדין למטה, נעשה הדין למעלה" (דב"ר, פ"ה). "הוא אל, הוא היוצר... הוא המבין, הוא הדיין, הוא עד, הוא בעל דין והוא עתיד לדרון" (אבות ד, ב). תפקידו רב הפנים של הא-ל במשפט בא לידי ביטוי גם בדרשה הבאה, שאף שהיא משתמשת בדימוי מן הקרבות שבאיצטדיון,<sup>42</sup> נראה שהיא עוסקת בהוויית בית הדין -

אמר ר' שמעון בן יוחאי: קשה הדבר לאומרו ואי אפשר לפה לפרשו: לשני אתליטין שהיו עומדין ומתגששין לפני המלך. אילו רצה המלך – פישרן. לא רצה המלך לפשרן, חזק האחד על חברו והרגו. והיה מצווה 'בעי דינא קדם מלכא'. כך: קול דמי אחיך צועקים אלי מן האדמה.<sup>43</sup>

המלך = הדיין, לא רצה לעשות פשרה ודן את הדין, והמפסיד שלא כדין מקריב את דינו לפני המלך = הא-ל. הדמים זועקים. אכן, הפשרה מוציאה את האלוקים מן התהליך השיפוטי.

כאמור, אף הפשרה דין היא, ולכן על הדיינים העושים פשרה בדין לדקדק בדברים ככל האפשר. ומתקבל על הדעת, שדקדוק הדין ייעשה על-פי דין תורה ממש, ורק משום שהדין נעשה במסלול הפשרה, שמחוץ לדין, אין לו לדיין לחוש לסכנה שהוא עלול להיכנס בה אם יטעה בדין. לפי זה, המעבר ממסלול אל מסלול אפשרי באופן עקרוני בכל שלב משלבי הדיון, אלא שנחלקו תנאים בתוספתא עד מתי רשאי הדיין להציע את המעבר ממסלול הדין למסלול הפשרה -

ואמנם דעה אחרת היא זו של ר' אלעזר המודעי שחי לפני תקופת השמד, ואין נראה. וראו עוד להלן.

42. ראו: י' לוינסון, "אתלט האמונה: עלילות דמים ועלילות מדומות", תרביץ סח (תשנ"ט), עמ' 62, ושם ליד הע' 13 ואילך.

43. בר"ר פכ"ב, ט (עמ' 216).

ר' שמעון בן מנסיא אומר: פעמים יבצע אדם פעמים אל יבצע אדם. כיצד? שנים שבאו אצל אחד (!) לדון, עד שלא שמע דבריהם, ואם משמע דבריהם ואינו יודע להיכן הדין נוטה – רשאי שיאמר להם צאו וביצעו. אבל משמע את דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה – אינו רשאי שיאמר להם צאו וביצעו... עד שלא נתגלה הדין אתה רשאי לנוטשו, משנתגלה הדין אין אתה רשאי לנוטשו.<sup>44</sup>

כי אף שעקרונות רשאי הדיין לפשר ולא לדון את הדין, מכול מקום סבור ר' שמעון בן מנסיא שיהא זה זלזול גדול מדי בדין אם כשהדין כבר מבצבץ ויוצא, שיוכל הדיין להתעלם ממנו ולהחליפו בפשרה.<sup>45</sup>

מאידך גיסא, יש מי שסובר ש"נגמר הדין – אין רשאי לבצוע".<sup>46</sup> "גמר דין" זה פירשו רש"י<sup>47</sup> כפשוטו בכל הש"ס: "שאמרו איש פלוני אתה זכאי, איש פלוני אתה חייב". תוספות חלקו ופירשו: "כגון שכבר דקדקו בדין היטב, וכמו גמרו את הדין, דלא מיחסר אלא איש פלוני אתה חייב".<sup>48</sup> אך הודו לרש"י, כי "לשון הש"ס מוכח כן בודאי", ותהו שם: "אבל קשה, מאי ביצוע שייך השתא אחרי שנפסק הדין לגמרי?" ותירצו בדוחק. ויש לומר, שגם באותה שעה עדיין אפשר לעבור ממסלול למסלול. השאלה המעשית, כיצד יסכים הזוכה לוותר לאחר שנודע לו על פסק-הדין המזכהו, שהיא שאלה המתעוררת לפי השיטה הנוהגת בפירושה של הפשרה, שיסודה וויתור, איננה קשה, כמובן, לשיטתנו: תוצאת הפסיקה אחת היא בשני ההליכים, ורק יסודם שונה. למה יהיה אכפת לו לזוכה לקרוא לכך "פשרה" ובכך להציל את הדיינים מעונש, אם טעו בפסיקתם?<sup>49</sup>

סיום ראוי לנקודה זו נמצא בפירושו של הראי"ה קוק לפסוקים "גם עבדך נזהר בהם בשמרם עקב רב. שגיאיות מי יבין מנסתרות נקני"<sup>50</sup> –

(יב) המשפטים האלהיים, מתוך שהם נובעים ממקור האמת העליונה, אין מטרתם רק מטרה קרובה, ליישר סכסוכים ארעיים ההווים בחיי בני אדם, אלא

44. **תוספתא** סנהדרין א, ד. וראו דבריו של בעל **חסדי דוד** על התוספתא, סנהדרין א, ד"ה "כשם שהדין".

45. ודוק: אפילו לא תשתנה התוצאה. העיקר הוא טיבו של ההליך.

46. **תוספתא** סנהדרין א, ב, ומקבילות.

47. **רש"י** סנהדרין ו, א, ד"ה "נגמר הדין".

48. **תוספות**, שם, ד"ה "נגמר הדין".

49. ראו דברי הרב ח' ד' הלוי, לעיל הערה 20, בעמ' 101 ואילך; הרב א' חפוטא, "בגדר דין ופשרה", **נועם** יח (תשל"ה/ו), עמ' קי ואילך. וראו מה שהביא הרב חפוטא בחלק השני של מאמרו (לעיל, הערה 25), בעמ' מ בשם **שו"ת שבות יעקב**, קמב, שהתיר לדיינים ליטול שכר מכיוון שהם אינם דנים דין תורה אלא פשרה, ואין בכך משום נוטל שכר לדון. וצריך עיון.

50. **תהילים** יט, יב-יג.

הם הולכים להעלות את החיים ואת ההויה כולה... משרים את השכינה בעולם ומעלים על ידי השפעתם את האדם ואת העולם... לאיגרא רמא של אור הקדושה העליונה.

(יג) הערך המקורי של משפטי ה' שהם נובעים ממעין האמת העליונה, זהו הגורם שאי אפשר כלל שמעמקי הפרטים המסתעפים מיסוד המשפט העליון יהיו תמיד מוארים לפני העין של השכל האנושי, והשגיאות הן מוכרחות לבוא על פי ההגבלה הטבעית של שכל אדם מצומצם.<sup>51</sup>

אכן, הן הדין והן "הדין-שעל-ידי-פשרה" תכליתם היא גם לעשות שלום -

רבי שמעון אומר: מה ראו דינים לקדום כלל מצות שבתורה? שכשהדין בין אדם לחבירו תחרות ביניהם. נפסק הדין - נעשה שלום ביניהם. וכן יתרו אומר: אם את הדבר הזה תעשה וגו' וכל העם הזה על מקומו יבוא בשלום.<sup>52</sup>

וכן אמרו -

תמן חנינן: רבן שמעון בן גמליאל אומר: על שלושה דברים העולם עומד - על הדין, ועל האמת ועל השלום, ושלושתן דבר אחד: נעשה הדין, נעשה אמת, נעשה אמת נעשה השלום. אמר רבי מנא: ושלושתן בפסוק אחד: אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם.<sup>53</sup>

51. **עולת ראי"ה** ב, נט. והשוו לדבריו באיגרותיו (**אגרות ראי"ה** א, קעו): "אל תגעו, אדוני היקרים, בקדושת המשפט, כי המשפט לאלקים הוא. וכשם שאנו ממתיקים את מרירותם של חוקי הטבע, שלפעמים הם חזקים יותר מכוונותינו, לא ע"י העברתם מן העולם, שלא נוכל ולא נחפץ בזה, כי אם ע"י תיקונים מלאכותיים... כן אנו משתדלים בכל עת צורך... להכנס בפשרה, על-פי רצונם של בעלי הדין, ביחוד במקום שמדת המשפט היא חריפה יותר מדאי לאיזה צד, ומכל שכן כמו שיזדמן גם זה כשהיא כבדה על שני הצדדים יחד, ועל זה אנו קוראים 'צדק צדק תרדוף - אחד לדין ואחד לפשרה'". וראו גם דברי הרב **באורח משפט** (ירושלים תשל"ט), הלכות דיינים, א, עמ' קצו. וראו דברי הרב שלום נתן רענן בתוך **מאורות הראי"ה** חנוכה, ארבע פרשיות ופורים (ירושלים תשנ"ה), עמ' קסח. על המימד הדתי בהלכה, ראו י' זוסמן, "מפעלו המדעי של פרופ' א"א אורבך", **מוסף מדעי-היהדות**, 1 (תשנ"ג), עמ' 106, הע' 246 ו-248; **משפטי עוזיאל** חו"מ, כא, א; י' קאהן, "ונקרב בעל הבית אל האלהים, המימד הדתי של המשפט העברי", **עלון שבות** 152 (תשנ"ט), עמ' 33, ובמצויין בהם. לעניין זה יש לקשור גם את עמדתו של ר"ש שקאפ על המרכיב ה"משפטי" בהלכה, שעליו הורכב המרכיב ה"הלכתי". הקשר עם שאלת תחולתו של המשפט העברי במשפטה של המדינה בולט. ואכמ"ל.

52. **מכילתא משפטים**, א. ראו גם **מכילתא דרשב"י**, יתרו, כג: "הדין דין אמת לאמתו נראה כמטיל קנאה בין הבריות ואינו אלא נותן שלום ביניהם"; ילקוט שמעוני, תהלים, רמז תתנב: "אדם יש לו דין עם חבירו, הוא נכנס עמו לדין והן מקבלין עליהן מה שהדיין נותן. יוצאין ועושים שלום, ה' אתה כוננת מישרים". וייתכן שהכוונה לפשרה!

53. **ירושלמי מגילה** ג, ו (עד ע"ב).

והוא הפסוק ממנו נדרש: "ואיזהו משפט אמת שיש בו שלום? – הוי אומר זה הביצוע"<sup>54</sup>.

אכן, הדין אינו שלום בלבד, וכאמור בסוגיית ברכות -

וכי מאחר דאפילו תרי שכינה עמהם תלתא מיבעיא? מהו דתימא דינא שלמא בעלמא הוא ולא אתיא שכינה, קמ"ל דדינא נמי היינו תורה... עשרה קדמה שכינה ואתיא, תלתא – עד דיתבי [למשפט]<sup>55</sup>.

ונראה לפי זה, שפשרה – שלמא בעלמא היא.

## ד. יחס התלמוד הבבלי לפשרה

נראה שהפירוש המוצע לעיל נכון הן במקורות התנאיים, הן בתלמוד הירושלמי והן בתלמוד הבבלי. יחד עם זאת, מן הראוי להצביע על האפשרות של התערערות מסויימת של תפיסה זו בבבלי. ייתכן שהדבר קשור בתפיסתו של הבבלי שהמוסדות השיפוטיים הם מוסדות קבועים, ואין הם יכולים להיות תלויים ברצונם של הצדדים. כך הוא גם באשר לעניינו של בית-דין של בוררין, שנבחרו בידי הצדדים. "על פי הבבלי גם בית דין שנבחרו דייניו בידי שני הצדדים מתפקד לכולי עלמא כבית דין קבוע לכל דבר עם כללי בית דין רגיל וסמכויות כשל בית דין רגיל"<sup>56</sup>... מסתבר כי תפיסה זו של הבבלי קשורה לעובדה, שמוסד הבוררות לא רווח בבבל כמו במשפט הרומי ובארץ-ישראל<sup>57</sup>.

ייתכן אפוא, שכך הוא גם באשר לפשרה: בבבל נטו לא לקבל את הפשרה כמוסד משפטי מקביל ומתחרה לדין תורה, אפילו הוא נעשה בבתי-הדין הקבועים, שהרי הן הבוררות והן הפשרה יסודן בהסכמה (compromissum)<sup>58</sup>. לכן ניסו להחיל על

54. תוספתא סנהדרין א, ג.

55. ברכות ו, א.

56. מ' סבתו, "בית דין של בוררין", ספר היובל לרב מרדכי ברזיל (ירושלים תשנ"ב), עמ' 471.

57. שם. וראו דברי הר"ש אסף (שהובאו שם) שבבבל היה כח בית-דין יפה, ולכן לא היה נהיר לבבלי מה הם שטרי בירורין וענו "שטרי טענתא" (בבא מציעא כ, א), ואילו בירושלמי הובאו רק דברי ר' ירמיה: "קומפרומיסון זבל"א וזבל"א - מועד קטן ג, ג (פב, א). וראו גם דברי ורהפטיג. לעיל, הערה 35, בעמ' 23. ולדעתם של חכמי ארץ-ישראל (ירושלמי סנהדרין ג, א (כא, א) ) יש להבדיל בין ערכאות שבסוריא לבין "דייני תורה".

58. ראו: מ' בנוביץ, "עדי ממונות", עטרה לחיים, מחקרים... לכבוד פרופ' ח"ז דימיטרובסקי, ירושלים תש"ס, עמ' 28, בהע' 26: "המונח הרומי per compromissum מתאר את הליך בחירת השופטים מתייחס לא לתוצאות המשפט אלא להסכמת הצדדים לדון בפני שופטים נבחרים אלה, ולכן אין להביא ראיה שיש קשר בין בי"ד זה לבין הפשרה (compromise)". אכן, לפי דברינו גם הפשרה אינה מתייחסת לתוצאה, וכאמור לעיל היא מתייחסת לבחירת הדיין.

הפשרה את הדין הפרטי ולדרוש קניין כדי שתהיה בת תוקף (סנהדרין ו ע"א) והרי היא כמתנה, כדברי רש"י שם. ואילו בירושלמי אין דבר הקניין נזכר כלל, והוא מצטט את התוספתא כלשונה: "יפה כח הפשרה מכח הדין, ששנים שדנו יכולין לחזור בהן ושני שפישרו אין יכולין לחזור בהן",<sup>59</sup> כאילו הוא בפני בית דין ראוי.<sup>60</sup>

הפשרה נתונה בשני מעגלים, המשיקים לדין תורה אך מצויים מחוצה לו. המעגל הראשון הוא מעגל עשיית השלום. כאמור לעיל, הפשרה היא "שלמא בעלמא", בעוד שלדין יש תכלית נוספת. עשיית דין שיש בו משום השכנת שלום באה גם במקום שהדין שותק ואין בו פתרון למחלוקת המתעוררת. כך, למשל, כתב הרא"ש בתשובותיו -

כל זה סברתי והארכתי להודיע שאין כוח ורשות להוציא את הדין חלוק מתחת ידו, שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם. ולכן נתנו חכמים רשות לדיין לפסוק לפי ראות עיניו במקום שאין הדבר יכול להתברר בראיות ובעדויות, לפעמים באומד הדעת, ופעמים כמו שיראה הדיין בלא טעם ובלא ראייה ובלא אומד הדעת, ופעמים על דרך פשרה.<sup>61</sup>

וראו: B. Cohen, Arbitration in Jewish and Roman Law, New York 1966, p. 651.

59. **תוספתא** סנהדרין א, ט; **ירושלמי** סנהדרין א, א (יח,ב). וראו **מדרש שמואל** ז, ז: "אם יחטא איש לאיש ופללו אלהים - בית-דין עושין פשרה ביניהם". ר"ש בוכר הסגיר במהדורתו את המלים "בית דין עושין פשרה ביניהם", אך הן מצויות בכל עדויות הנוסח, ובלעדויהן אין משמעות לחלקו הראשון של הפסוק. וראו בבלי יומא פז,א. עמדתו של מדרש שמואל מתאימה למקורו הארץ-ישראלי. על הקניין בפשרה על-פי תפיסתו של הדין הפרטי ראו **אסמכתא**, עמ' 57, והע' 228; **שם**, עמ' 232, הע' 251. על קניין בטעות בפשרה ראו גם **תמים דעים**, קצו.

60. "מדייק רב אשי דפשרה לא צריכה קנין הואיל ונעשית בפני ב"ד הרי היא כדין שאינם יכולים לחזור בהם. ועל זה קאמר בגמ' והלכתא שפשרה צריכה קנין, ולפי"ז משמע דאפי' אם נעשית בג' צריכה קנין.. וא"כ יוצא דאינה כדין שאינו צריך קנין" - הרב א' חפוטא, לעיל, הערה 49, עמ' צח. וראו שם בהמשך דבריו לדעות השונות בעניין זה, שיש מהן הסוברות שבשלושה אמנם אין צריך קניין. וייתכן שבאור זה יש להבין גם את ההורדה בדרגה, כביכול, שהורדו בבבלי דברי ר' יהושע בן קרחה בתוספתא, "מצוה לבצוע": "מאי מצוה נמי דקאמר רבי יהושע בן קרחה? מצוה למימרא להו אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו" (**סנהדרין** ו,ב). וייתכן שגם "דייני דחצצתא", הנזכרים לגנאי **בבבא בתרא** קלג,ב, וגם "דייני דמגיזתא", הנזכרים לגנאי **בבבא מציעא** ל,ב, שניהם מכוונים לדיינים ולדיינים מוסכמים, שכן גם לשון "חציה" וגם לשון "גזיזה" לשונות של הסכמה הן, ראו משפט ופעולה, לעיל, הע' 6. וצ"ע. יש להשוות ולעמת טענה זו עם דברי ח' בן-מנחם, "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין", **שנתון המשפט העברי ח** (תשמ"א), עמ' 113. בן-מנחם מראה כי יחסו של התלמוד הירושלמי לסטיית הדיין מחמיר מזה של התלמוד הבבלי. ונראה, שאין לכלול כללים בכך. וצ"ע. וראו להלן, בסמוך להערה 64.

61. **שו"ת הרא"ש** קו, ו, ד"ה "כל זה סברתי". וראו גם דברי הנצי"ב **בהעמק דבר** לבראשית מט, טז: "דן ידין עמו כאחד שבטי ישראל: זה היה כחו של דן לאהוב את המשפט בדיני ממונות..

למעגל זה שייכים כללים כמו שודא דדייני, יהא מונח עד שיבוא אליהו, כל דאלים גבר,<sup>62</sup> ובכלל – כשאין הדין יכול להתברר.<sup>63</sup> כשהדין מסתלק חל דין השלום.

מעגל אחר אליו משתייכת הפשרה הוא זה הנוצר כשהדין מסולק בזרוע. כך נעשה בפשרה, ובלשונו הנחרצת והמדהימה של בעל שולחן ערוך: "צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה".<sup>64</sup> לתחום זה שייכים דברי המשנה (מכות א, י) שבה הובאו דברי רבי טרפון ורבי עקיבא: "אילו היינו בסנהדרין לא נהרג אדם מעולם", ומן הסתם היו דנים על-פי הוראת שעה ובהריגה ובהלקאה שלא מן הדין כדי לא להרבות שופכי דמים בישראל. מטעם זה נמנעו מלדון דיני קנסות באופן ישיר ומצאו להם תחליפים.<sup>65</sup> וייתכן שבשל טעם זה גם נהפכו חלק מדיני הנזיקין ל"דיני שמים".<sup>66</sup> מחלוקתם של רבי מאיר ושל רבי יהודה אם המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל או קיים אף היא יכולה להיקשר לכאן. מהלך כולל זה הופך את התורה ל"תורה בשמים", תורה הנשגבת מכדי שתשמש הלכה למעשה.<sup>67</sup> ואילו התורה שאיננה בשמים אכן נמסרה לחכמים.

אמנם לא היה שופט מכח התורה.... אלא מכל מקום היו כערכאות שבסוריא, שהיו גם כן מעלה ודבר יקר... שאפילו אינו עפ"י התורה במקום שאין שם בני תורה". והשוו לדבריו לויקרא יט, ג: "עתה ביאר הכתוב במשפטים וחקי ה' אשר המה מקבילים נגד חקי העמים. שודאי תכלית חקי העמים באו ע"י איזה טעם לפי גדוליהם או כהניהם המשובש, שבאופנים הללו יתקיים שלום המדינה... ובאו מצוות ה', שבאלו המשפטים והחוקים דווקא יתקיים שלום בישראל ופרנסתם". וראו שם, יט, יט: "ואזהרה זו (=כלאים) שייך גם כן לשמירת שלום במדינה. כי כאשר נשחת סדר הרוחני בעולם משחת גם כן סדר הגשמי, כי רוח החיה שבכל הבריאה באופני הרוחני עומד". וראו בהרחב דבר לשמות יח, כג, ולדברים טז, כ עוד על הפשרה.

62. ראו נחלת דוד לבבא מציעא ב,א, לתוד"ה "ויחלוקו".

63. ראו שולחן ערוך חו"מ, יב, ט. וראו המקורות שצוטטו לעיל, ליד הערות 14, 15.

64. שולחן ערוך חו"מ ט, כ. הטעמים לכך הוסברו לעיל. וראו לעיל, הערה 60, בסופה, על סטייה מודעת של הדיין מן הדין.

65. ע' רדזינר, לעיל, הערה 25.

66. בבא קמא נה, ב. והשוו לדרשות הר"ן, דרשה יא, על "דין המלך", הממלא את החסר בדין תורה. הדין הוא הצדק המוחלט, ודין המלך הוא צורך הנהגת המדינה.

67. ראו מאמרי, "אגדה", שנתון המשפט העברי כב (בדפוס). אכן, חובתו של הדיין לשכלו האנושי אף כשהוא דן דין תורה היא משמעותית ביותר, ואין כאן המקום להאריך בכך.

## ענישה שלא מן הדין\*

### חנינה בן מנחם

#### א. מבוא

תופעה מצויה היא, שחוקרים העוסקים במשפט העברי מבקשים להראות שאותם העקרונות של המשפט המערבי, שהמשפט הישראלי הוא חלק ממנו, קיימים גם במשפט העברי. ולא זו בלבד, אלא שיש במשפט העברי יותר משיש במשפט המערבי. הוא נאור יותר, חדשני יותר וצודק יותר.

גישה זו אינה נכונה. שיטת המשפט העברי שונה בתכלית משיטת המשפט המערבי, ועקרונותיה אינם דומים כלל לעקרונות המנחים את המשפט המערבי.

ביטוי בולט לכך מוצאים אנו בגישת המשפט העברי לעיקרון יסוד במשפט המערבי, הוא עיקרון "שלטון החוק". עיקרון זה קובע בין השאר, שהשופט כפוף לחוק, ואין הוא עצמאי בפסיקותיו. תפקיד השופט הוא לגלות את זכויותיו של התובע, או הנתבע, בהתאם להוראות החוק. משום כך ניתן גם לערער על פסק הדין, שכן, פסק דין שסותר את החוק, משולל יסוד ותוקף, וממילא, דינו להתבטל.<sup>2</sup> במילים אחרות, גורלו של בעל הדין נמסר לכללים, לחוק הכתוב, ולא לידיהם של אנשים בשר ודם.

לא כן גישתו העקרונית של המשפט העברי, הגורס שגורלו של בעל הדין נמסר בידיהם של אנשים, לא בידי הכלל והחוק היבש, אף שגם במשפט העברי קיימים כללים וחוקים כמובן. תפיסתו העקרונית של המשפט העברי היא, שלדיין יש חופש פעולה נרחב, ולעיתים, הוא רשאי לסטות ממערכת הכללים הקבועה של המשפט

\* הכותב הוא פרופסור, המלמד בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. המאמר הוא שכתוב של הרצאה, שניתנה במכון הגבוה לתורה ומשפט, 'משפטי ארץ', בעפרה. הערות השוליים, רובן ככולן מאת העורך. במקום שבו הערת השוליים היא של הכותב, הדבר צויין.

2. אמנם, מוסד הערעור מקובל היום גם במערכת בתי הדין הרבניים, אולם זהו חידוש של הדור האחרון, שמקורו בלחץ של ממשלת המנדט על הרבנות הראשית, לקיים בית דין לערעורים. ואף על חידוש זה, יש עוררים. על כך ראה: ז' ורהפטיג, "תקנות הרבנות הראשית", תחומין, טו (תשנ"ה), 83-86; הרב ח' ד' הלוי, "בית דין לערעורים", שם, 187; הרב א' שרמן, "מקור הסמכות של בית הדין הגדול", שורת הדין ג (שער המשפט, תשנ"ה), רכ"ה; הרב י' מ' לאו, "תוקפו של בית דין הגדול לערעורים וסמכויותיו", ספר הזכרון לגאון רבי שילה רפאל זצ"ל (ירושלים תשנ"ח), עמ' תצח.



העברי. אמנם, בדרך כלל יכריע הדיין על פי כללים וחוקים קבועים, אך עדיין, באופן עקרוני, הוא משוחרר מעולו של הכלל המשפטי. אין הדיין מחויב לדין, אלא לצדק, אף שברוב המקרים, לא יסטה השופט מן הכלל.

כוחה של גישה עקרונית מתבטא בדרך כלל דווקא באותם מקרים נדירים, שאינם רגילים, בהם נוצר צורך לסטות מן הכלל. במקרים אלו יעמוד השופט בפני דילמה: האם ייצמד לכלל או שמא יסטה מן הכלל לטובת הצדק או צורך השעה? לכשנסקור את ההלכות השונות המובאות בתלמוד, ונבקש לבחון האם סטו חכמים מן הדין כשהיה לדעתם צורך בכך, נגלה שלעיתים רבות אכן עשו כן, ומקרים אלו אינם זניחים כלל.<sup>3</sup>

המשפט העברי גורס שבעל דין אינו עומד בפני הדיינים כמי שתובע זכות, אלא כמי שתובע מן הדיינים חסד. כאשר יבקש השופט בדין העברי להכריע את הדין לפי אמות המידה של הצדק, כאשר אין הן עולות בקנה אחד עם החוק היבש, הוא לא יהיה חייב לאנוס את החוק לדעתו, אלא הוא יהיה רשאי לסטות מן החוק, בגדר הוראת שעה.

משום כך, נתפס השופט המערבי כטכנוקרט בעיני המשפט העברי. שופט זה יודע אמנם היטב את החוק, אך אין הוא מחנך, קובע נורמות חברתיות, ואחראי לתיקון העולם. לעומתו, הדיין נתפס כמחנך, קובע נורמות, ומכאן גם נובעת הדרישה לסגולות אישיות מתאימות של הדיין.<sup>4</sup>

לפי שיטת המשפט המערבי, ייתכן מצב שיובא בפני בית המשפט איש מאפיה שעומד בראש מערכת של פשע, אך בית המשפט לא יוכל להרשיעו בדין משום שהוא השכיל דרכיו ונמנע מלעבור על החוק. במקרה זה, יודה אמנם השופט שפסק הדין אינו מספק את מידת הצדק, אך יאמר: "קצרה ידי מהושיע". אמירה כזו לא תתכן לפי המשפט העברי. אם מידת הצדק מחייבת להרשיע את הנאשם, הוא יורשע, אם על פי חוק, ואם לפי ראות עיני הדיין.

## ב. ענישה שלא מן הדין

ידועה ההלכה המובאת בשמו של רבי אליעזר בן יעקב, בכמה מקורות, הקובעת ש"בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין". שאלה משמעותית, עליה יש להשיב בטרם שנעסוק בפרטיה של ההלכה היא, מי הוא רבי אליעזר בן יעקב? בהמשך ניווכח

3. ראה למשל: **בבא קמא** צ"ב, גזלנא עתיקא; **סנהדרין** כ"ב, (לכהויה לעיניה).

4. על סגולות אלה, ראה: י' בוק, **השופט בדין העברי** (מהדורה שניה, ירושלים תשמ"ה), 17-23.

שלזיהויו של בעל ההלכה והתקופה שבה הוא חי ופעל יכולה להיות משמעות מרחיקת לכת בכל הנוגע לקביעת היקף תחולתה.

כאמור, ההלכה מופיעה במקורות שונים, אולם עיון מדוקדק במקורות אלו מגלה שיש ביניהם הבדלים, הן בנוגע ללשון, הן בנוגע לסגנון והן בנוגע לסדר הדברים. נעמוד על הבדלים אלו, ועל משמעותם.

בכל המקורות, מופיעים אחר דבריו של רבי אליעזר בן יעקב תקדימים, המוכיחים שאכן נהגו בתי הדין בישראל לענוש שלא מן הדין. האם רבי אליעזר בן יעקב הוא שהביא את התקדימים או שמא אחר? האם יש בתקדימים אלו כדי לחזק את הלכתו או שמא אין הם מחזקים אותה?

במערכת הענישה שבדין העברי, מכירים אנו שלוש סוגים של סנקציות: סנקציה ממונית (= קנס), סנקציה גופנית (=מלקות) ועונש מוות. את משמעות הביטוי "מכין" אין צורך להסביר. אולם, מהי משמעות הביטוי "עונשין"? האם הכוונה לעונש ממוני? או שמא הכוונה לעונש מוות?

כדי להבין היטב את משמעותם המדוייקת של דברי רבי אליעזר בן יעקב, יהא עלינו לתת תשובה ברורה לכל אחת מן השאלות. תחילה, נעסוק בהשוואת המקורות השונים שבהם מופיעה הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב.

#### (א) השוואת מקורות

דבריו של רבי אליעזר בן יעקב הוזכרו בשלושה מקורות שונים, בתלמוד הבבלי<sup>5</sup>, בתלמוד הירושלמי<sup>6</sup> ובמגילת תענית<sup>7</sup>. ההבדלים בין המקורות דקים, אך כפי שניווכח להלן, משמעותיים. על מנת לאפשר לקורא להבחין בקלות בהבדלים אלו, נציג את שלושת המקורות זה לצד זה, ונדגיש את ההבדלים.

#### תלמוד ירושלמי

תני: אמר רבי אלעזר בן יעקב: שמעתי שעונשין שלא כהלכה. ועונשין שלא כתורה? עד איכן? רבי לעזר בי רבי יוסי אמר: עד כדי זמזום. רבי יוסה אומר: בעדים, אבל לא בהתרייה. מעשה באחד שיצא לדרך רכוב על סוסו בשבת, והביאוהו לבית דין וסקלוהו. והלא שבות הוית? אלא שהיתה השעה צריכה לכך. שוב מעשה באחד שיצא לדרך ואשתו עמו, ופנה לאחורי הגדר

5. סנהדרין מו, א; יבמות צ, ב; תנחומא משפטים, ו.

6. ירושלמי חגיגה ב, ב.

7. מגילת תענית (ליכטנשטיין) הסכוליון, ד"ה עשרים ושנים באלול.

ועשה צרכיו עמה, והביאוהו לבית דין והלקוהו. והלא אשתו הוות? אלא שנהג עצמו בבזיון.

### תלמוד בבלי

תניא: רבי אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין **מכין** ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה, אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים, והביאוהו לבית דין וסקלוהו. לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח (=בעל) את אשתו תחת התאנה, והביאוהו לבית דין והלקוהו. לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך.

### מגילת תענית

אמר רבי אליעזר בן יעקב: שמעתי שבי"ד **מלקין והורגין** שלא מן התורה. **דבית לוי אמר רבי שמעון: שמעתי שבי"ד עונשין ממון ומכין שלא מן התורה**, לא מפני שכתוב בתורה אלא משום שנאמר ובערת הרע מקרבך. ומעשה באחד שהטיח באשתו תחת התאנה והלקוהו בי"ד. וכי חיב היה? אלא שהיתה השעה צריכה לכך, כדי שילמדו אחרים, מפני שנהגו מנהג זנות. שוב מעשה באחד שרכב על הסוס בשבת, והביאוהו לבי"ד וסקלוהו. וכי חיב היה? אלא שהיתה השעה צריכה לכך.

עתה, נעמוד על ההבדלים העיקריים שבין המקורות:

- א. במגילת תענית, בניגוד למקורות האחרים, מוצאים אנו דיון בהבנת הביטוי "עונשין". לדעת תנא קמא, הכוונה לעונש מוות. לדעת רבי שמעון, הכוונה לעונש ממוני.
- ב. לפי התלמוד הבבלי, שמע רבי אליעזר בן יעקב שבית דין "**מכין** ועונשין שלא מן הדין", אבל במגילת תענית: "**מלקין**". בתלמוד הירושלמי, לא מוזכר "מכין" ולא "מלקין", אלא "עונשין".
- ג. בתלמוד הירושלמי, נשאלת השאלה: "ועונשין שלא כתורה?"<sup>8</sup>, ממנה עולה שעצם האפשרות לענוש שלא מן הדין אינה פשוטה, בניגוד למקורות האחרים, בהם לא מופיעה שאלה זו.

8. **פרופ' בן מנחם**: סימן השאלה לא מופיע כמובן בתלמוד הירושלמי. אנו מציעים לקרוא כך את המילים "ועונשים שלא כתורה", ולא כהמשך הכלל. דרך הירושלמי לחזור בלשון שאלה על מאמר שנראה לו מוקשה. ראה: **ירושלמי** סנהדרין ט, ז; **פאה** א, א; **תענית**, ב, ח. קריאה זו מסלקת את הקושי שמוצא פרופ' אלון בהבנת המאמר. ראה: מ' אלון, **המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** (ירושלים, תשנ"ח), כרך א, עמ' 422, ה"ש 94 (להלן: המשפט

ד. בתלמוד הירושלמי נשאלת גם השאלה: "עד איכן?" שמשמעותה, על פי איזו רמה של ראיות ניתן לענוש שלא מן הדין. גם שאלה זו אינה מופיעה במקורות האחרים.

ה. מבחינת סדר הדברים, בתלמוד הבבלי והירושלמי מופיע המעשה באדם שרכב על הסוס בשבת, לפני המעשה באדם שהטיח באשתו. במגילת תענית, מופיע המעשה באדם שהטיח באשתו בראשונה, ורק לאחר מכן המעשה באדם שרכב על הסוס בשבת.<sup>9</sup>

בפרקים הבאים, נעמוד על משמעותם של ההבדלים.

### (ב) הקשר בין התקדימים לדבריו של רבי אליעזר בן יעקב

כאמור, במגילת תענית מופיע דיון עקרוני בהבנת שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב. האם יש לבית הדין סמכות גם להרוג שלא כדין, או שמא סמכותו מוגבלת לענישה ממונית? במגילת תענית אין אנו מוצאים הכרעה ברורה בין הדעות, אך נראה שעיון במקורות האחרים יוכל ללמדנו את הכרעת חכמים.

הביטוי המציין את עונש המוות במגילת תענית הוא "הורגין", ולא "עונשין". מכאן נוכל להסיק שכאשר המקורות האחרים אימצו את הביטוי "עונשין", הם הכריעו למעשה כדעה הסוברת שסמכות בתי הדין לענוש שלא מן הדין מוגבלת לענישה ממונית.

אם הסבר זה נכון, לא ייתכן שהתקדימים יצאו מתחת ידיו של רבי אליעזר בן יעקב, שכן לשיטתו, לא ייתכן שבית הדין יסקלו את מי שרכב על הסוס בשבת.

גם הביטוי "מלקין", המופיע בדעה הראשונה במגילת תענית, אינו זהה לביטוי "מכין". הלקאה היא מעשה ענישה מקובל בבית דין, שיש לו הלכות מיוחדות וסדר ברור, במסגרת דיני העונשין הרגילים. הכאה היא ענישה שאינה כדרך הרגילה שעונשין בבית הדין. "מכת מרדות" היא דרך שתקנו חכמים להכאת העבריין,

העברי).

9. שני הבדלים נוספים הם:

- א. בתלמוד הבבלי ובמגילת תענית, מוסבר הדין שנפסק על מי שהטיח באשתו תחת התאנה בכך, שהשעה הייתה צריכה לכך. אולם בתלמוד הירושלמי, מוסבר שכך נפסק משום שנהג עצמו בבזיון. אולם, ראה בפירוש פני משה על הירושלמי, חגיגה, שם, שהסביר שגם ענישת הבעל שהטיח באשתו ברשות הרבים, נעשתה על מנת "להטיל אימה על המון העם".
- ב. בתלמודים מוסבר שהפסיקה אינה משום "שכתוב בתורה", אלא משום שהשעה צריכה לכך. לעומת זאת, במגילת תענית מוסבר שהסיבה לענישה היא משום ש"נאמר ובערת הרע מקרבך". כלומר, גם הענישה שלא מן הדין, יסודה בדין כללי שנאמר בתורה, והוא, "ובערת הרע מקרבך".

שאינה זהה כלל למלקות של התורה.<sup>10</sup> ייתכן שהקפידו חכמים להדגיש שכאשר הענישה איננה מן הדין, צריך שיהיה ביטוי לכך גם באופן הענישה, לא רק בסיבות המביאות לענישה.<sup>11</sup>

בשני התלמודים, השתמר הביטוי "מכין", שמקורו בדעה הראשונה שבמגילת תענית, מה שיכול גם להוכיח שהכריעו חכמינו כדעה זו, שבית דין מכין ועונשים ממון שלא מן הדין, אך לא "מלקין והורגין".

מכאן ראייה נוספת לכך שהתקדימים לענישה שלא מן הדין, לא יצאו מתחת ידיו של רבי אליעזר בן יעקב, שכן, יש בהם כדי לסתור את העולה מן התלמודים, שחכמים לא מסרו בידי בית הדין את הסמכות להרוג או להלקות שלא מן הדין.

לאור זאת, יש להניח ששינוי סדר התקדימים במגילת תענית נועד כדי להתאים את סדר התקדימים לסדר דבריו של רבי אליעזר בן יעקב: המעשה באדם שהטיח באשתו, כנגד "מלקין", והמעשה באדם שרכב על הסוס בשבת, כנגד "הורגין". אולם לפי האמור, ההתאמה בכל מקרה לא קיימת, משום ש"עונשין" אינו "הורגין". אין גם צורך שתהיה התאמה בין התקדימים לסדר דבריו של רבי אליעזר בן יעקב, שכן, לא מתחת ידיו הם יצאו. ואמנם, במקורות האחרים הסדר שונה.

נראה שהתקדימים הם קדומים לתקופתו של רבי אליעזר בן יעקב. רכיבה על סוס בשבת אינה אלא בגדר "שבות", שמא יתלוש זמורה בשבת.<sup>12</sup> העונש על עבירה זו, גם כשהיא נעשית בפני עדים, אינו הריגה. מדוע אם כן לא הלקו את הרוכב על סוס בשבת? מדוע לא קנסו אותו?

ממקורות רבים ניתן ללמוד שבתקופות קדומות, החמירו חכמים ביותר בהלכות שבת, ולעיתים אף חייבו עונש מוות על חילול שבת המוגדר בימינו כעברה "מדרבנן". ייתכן שהתקדימים ארעו בתקופה זו, ומשום כך, לא הססו חכמים להרוג את הרוכב על סוס בשבת. לפי הסבר זה, התקדימים אינם קשורים כלל לשמועתו של רבי אליעזר בן יעקב.<sup>13</sup>

10. בהקשר זה העיר הרב ח' י' בלוך, שנכון אמנם שלרוב, הביטוי "מלקים" מיוחד לדין המלקות שבתורה, בניגוד ל"מכין", שכוונתו לענישה גופנית אחרת. אולם, יש מקורות, בהם ההכאה מוחלפת בהלקאה. כך למשל, שמה של המסכת הדנה בעונש המלקות הוא – "מכות". וכן, במסכת סנהדרין י, א: "מכין אותו מכות הראויות להשתלש". גם שם, הכוונה למלקות ולא למכות.

11. ההגיון שבכך הוא, שכאשר בית הדין מעניש שלא מן הדין, לפי דרך הענישה המקובלת, עלול הציבור לטעות, ולחשוב שהענישה מן הדין. על כן, משנה בית הדין את צורת הענישה, כדי לגלות לציבור שהענישה איננה מן הדין. יסוד לכך יש בדברי הראשונים, ראה: נמוקי יוסף סנהדרין טז, א (דפי הרי"ף), ד"ה גרסי'.

12. ראה: משנה ביצה ה, ב, אך השווה לעמדת הירושלמי ביצה ה, ב.

13. אמנם, עדיין חסרה ההתייחסות לעונשו של הבעל שהטיח באשתו תחת התאנה. אולם, לפי

אולם, כאשר למדו חכמים את שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב, עלו בזכרונם אותם תקדימים, בהם הרגו את הרוכב על סוס בשבת או הלכו את מי שהטיח באשתו תחת התאנה. תקדימים אלו היו תמוהים בעיני חכמים, שלא הבינו על מה ולמה החמירו הדיינים כל כך בעונשם של אותם עוברי עבירה. שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב שימשה לחכמים דרך ליישב את התקדימים עם ההלכה המקובלת בימיהם. הם עשו זאת, תוך שהם קושרים בין דברי רבי אליעזר בן יעקב בעניין ענישה שלא מן הדין לפסיקה באותם תקדימים, וקובעים שהענישה במקרים אלו היתה ענישה שלא מן הדין, לצורך השעה.

### (ג) עמדתו של התלמוד הירושלמי כלפי ענישה שלא מן הדין

כאמור, התלמוד הירושלמי הוא המקור היחיד שבו אין מקבלים את שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב ללא עוררין. כבר בתחילת הסוגיא נשאלת השאלה: "ועונשין שלא כתורה?".

בהמשך, מבקש התלמוד הירושלמי לצמצם את תחולת ההלכה: "עד איכן?". האם רשאי בית הדין גם לחרוג מדיני הראיות המקובלים במסגרת סמכותו לענוש שלא מן הדין? בהקשר זה מובאות בתלמוד הירושלמי שתי דעות. לדעת רבי לעזר, רשאי בית הדין לענוש שלא מן הדין, אף כאשר יש רק "זמזום", היינו, כאשר יש "רנון", שמועה לא טובה על האדם שנהג שלא כהוגן.<sup>14</sup> רבי יוסה אינו מקבל זאת. לדבריו, לא ייתכן שבית דין יעניש ללא ראיה ברורה על מעשה העבירה, אף כאשר הענישה איננה מן הדין. אבל, כאשר יש עדות ברורה על מעשה העבירה, רשאי בית הדין לענוש שלא מן הדין, אף כאשר חסרה התראה.

המגמה לצמצם ככל שניתן את תחולת שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב, ואולי אף לערער עליה, תואמת את עמדתו העקרונית והשיטתית של התלמוד הירושלמי, שנטה להימנע מפסיקה שיש בה משום סטייה מן הדין הקבוע, בניגוד לתלמוד הבבלי, שלא נרתע מפסיקה שיש בה משום סטייה מן הדין, כאשר הזמן והמקום חייבו זאת.<sup>15</sup>

הירושלמי (ראה לעיל, הערת שוליים 9), ייתכן שהלכה זו, באמת אינה קשורה לשמועתו של רבי אליעזר בן יעקב.

14. ראה: ש' ליברמן, **תיקוני ירושלמי**, תרביץ ה' (תרצ"ד), 97, בעמ' 99.

15. הרחבה בעניין זה, ראה: ח' בן מנחם, "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין", **שנתון המשפט העברי** ח' (ירושלים תשמ"א), עמ' 113 ואילך. בסיומו של המאמר, מועלית השערה, התולה את ההבדל העקרוני בין התלמודים בהבדל ההסטורי שבין מצב היהדות בגלות בכל למצב היהדות בארץ ישראל. בארץ ישראל, התנהל מאבק של הפרושים עם כל מיני כתות שהתפלגו מן היהדות, כנצרות, ואשר נתנו לגיטימציה לסטייה מן הדין. אחת מדרכי המאבק נגד כתות אלו הייתה, הדגשת עליונות ההלכה, ושליטת הסטייה מן הדין מכל וכל. בבבל, מצב זה לא היה קיים. יהודי בבל זכו למרכז תורני נבדל מן הסביבה הגויית, שלא

**(ד) ענישה שלא מן הדין – סמכות חקיקתית או שיפוטית?**

באופן עקרוני, ניתן היה להבין ששמועתו של רבי אליעזר בן יעקב עוסקת בסמכות חקיקתית של בית הדין. כלומר, כאשר בית הדין רואה שהשעה צריכה לכך, הוא רשאי להתקין תקנות או לחוקק חוקים לפי צורך השעה, ובמסגרת זו, הוא רשאי אף לחוקק חוקים בענייני ענישה, כדי לפתור בעיות חברתיות שמתעוררות מזמן לזמן.

משמעותה של הבנה כזו היא, שהענישה שלא מן הדין היא מעין "תקנות לשעת חרום", ולא סמכות חריגה שניתנת לשופט היושב בדין, להעניש, במסגרת סמכותו כשופט, שלא מן הדין, אף שאין כל יסוד שבחוק לעונש אותו הוא מבקש להטיל על הנאשם.

יש מבין חוקרי המשפט העברי שביקשו להבין כך את משמעות השמועה של רבי אליעזר בן יעקב. לפי דבריהם, אין כל סתירה בין ההלכה הקובעת ש"בית דין מכין ועונשים שלא מן הדין", לעיקרון שלטון החוק, שכן בכל מקרה, אין השופט רשאי לחרוג מן הקבוע בחוק. לכל היותר, כאשר השעה צריכה לכך, הוא רשאי להעניש על פי תקנות מיוחדות הקבועות בחוק, שנועדו לשעת חירום וכדומה.

זו דרכו של פרופ' אלון בהבנת סוגייה זו,<sup>16</sup> באמצעותה הוא מבקש להימנע מן המסקנה, שקיימת סתירה בין גישתו העקרונית של המשפט העברי לזו של המשפט המערבי, הדוגל בעיקרון שלטון החוק.<sup>17</sup>

איימה על היהדות. משום כך, לא נרתעו חכמי בבל מן הסטייה מן הדין, כאשר היה צורך בכך.

16. ראה בהרחבה: מ' אלון, **המשפט העברי**, שם, 425-421.

17. לשאלתנו, כיצד ניתן להשתית היום את דין התורה במדינת ישראל, שעה שיש תחומים נרחבים, בעיקר בתחום הענישה, בהם אין הדיינים יכולים לעסוק, מכוח דין התורה האוסר זאת עליהם, היות ואין הם "סמוכים"? השיב הרב זלמן נחמיה גולדברג, שבאופן עקרוני, אין בתי הדין היום מוגבלים בסמכות הענישה שלהם, מכוח הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב שכן, רשאים הם לענוש שלא מן הדין". בדבריו, הוא הזכיר את פסיקתו של הרא"ש (**שו"ת הרא"ש** יח, יג), שהורה לחתוך חוטמה של אישה שנאפה עם גוי.

על כך שאלנו, הרי הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב עוסקת בענישה של בית הדין, שיסודה בפסיקה לצורך השעה, ואילו הבטחת שלטון החוק והסדר במדינה, דורשת חקיקה קבועה וברורה בדיני העונשים.

על כך השיב הרב, שלא מן הנמנע שאף פסיקתו של הרא"ש התבססה על מסורת קבועה, שניתן לחתוך חוטמה של אישה נואפת. מדבריו ניתן ללמוד שאף לדעתו, הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב מקנה לבית הדין סמכות **חקיקתית**. אמנם, התקדימים שהובאו כסיוע להלכתו של רבי אליעזר בן יעקב וסגנונם, מעידים לכאורה שהשימוש בהלכה זו נעשה כתגובה למקרים שהובאו אל בית הדין, תוך שימוש בסמכות **שיפוטית**, ולא כחקיקה מסודרת, שהורתה ולידתה לפני שאירעו אותם מעשים. עיון נוסף בדבר, מגלה שייחבן שקיימת מחלוקת ראשונים בדבר. לדעת **הרא"ש** (גיטין פרק רביעי, סימן מא, הובא ברמ"א חו"מ א, ה) יש לחכמים שבכל דור סמכות לחדש קנסות, ולהטילם על העבריינים, מכוח הדין ש"מכין ועונשין שלא מן הדין". הרי"ף

אבל, דעתנו אינה כדעתו. לדעתנו, כפי שהוסבר במבוא, גישתו של המשפט העברי שונה בתכלית מזו של המשפט המערבי. ומשום כך, אין להתעקש להבין את שמועתו של רבי אליעזר בן יעקב במישור החקיקתי בלבד. להלן נוכיח שלא ייתכן להסביר את הסמכות לענוש שלא מן הדין כסמכות חקיקתית בלבד, כפי שמבקש להסביר פרופ' אלון.

לשם כך, נשוב לשאלה שצריכה הייתה לפתוח את הדיון בסוגיא זו: מי הוא בעל השמועה? מי הוא רבי אליעזר בן יעקב? מתי חי ופעל?

בדיקה בעניין זה מגלה שישנם שני חכמים ששמן היה רבי אליעזר בן יעקב.<sup>18</sup> הראשון, חי בזמן הבית. השני, חי לפני זמנו של רבי. לזיהויו של רבי אליעזר בן יעקב, בעל השמועה בעניין הענישה שלא מן הדין, תהיה משמעות רבה, בבואנו לדון בשאלה, האם חידש רבי אליעזר בן יעקב סמכות חקיקתית או שמא חידש סמכות שיפוטית?

רבי אליעזר בן יעקב לא חידש הלכה משל עצמו. הוא השתמש בביטוי "שמעתי". ביטוי זה חוזר על עצמו בכל המקורות העוסקים בענישה שלא מן הדין, ולא בכדי. השמועה, בניגוד לעדות, היא דבר שאינו ברור לחלוטין. מסכת עדויות "בחירתא",<sup>19</sup> שהלכה כמותה תמיד.<sup>20</sup> העדות היא דבר מוחלט וברור, ולא כן השמועה. ישנם כמה מקומות בתלמוד שבהם מובאת שמועה, אך כאשר מחפש התנא את התנאים בעלי השמועה או תנאים המסכימים עם השמועה הוא לא מצליח בכך, ומסיים: "ולא מצאתי לי חבר".<sup>21</sup> מכאן שהגדרת הלכה כשמועה יכולה להעיד על כך שיש בעייתיות מסוימת בשמועה. ההלכה אינה ברורה דיה.

לאור זאת, אם נפרש שהלכתו של רבי אליעזר בן יעקב עוסקת בסמכות החקיקתית של התנאים, לא יעלה על הדעת שרבי אליעזר בן יעקב, הראשון או השני, שחי ופעל לפני תקופת רבי, יהיה מסופק בשאלה, האם יש כוח לחכמים לעקור דבר מן התורה לצורך שעה כחידוש חקיקתי, ויגדיר סמכות זו כשמועה. הסמכות של חכמים לחוקק

(גיטין כג, א בדפי הרי"ף). חולק על כך, וסובר שדין זה אינו מאפשר להטיל קנסות קבועים, אלא להטיל קנסות ועונשים מתאימים לצורך השעה, בדרך של פסיקה מקומית, ולא בדרך של הוראה קבועה. נראה שביסודו של דבר, המחלוקת עוסקת בהיקף התחולה של הלכתו של רבי אליעזר בן יעקב. הרא"ש סבור שהלכה זו כוללת אף סמכות חקיקתית, בעוד שלפי הרי"ף, וככל הנראה גם לדעת השולחן ערוך (ראה בהרחבה, בבאור הגר"א חו"מ שם, כה, ובמקורות המצוינים שם), ההלכה קובעת סמכות שיפוטית בלבד, ולא חקיקתית.

18. ראה: מ' מרגליות, **אנציקלופדיה לחכמי התלמוד והגאונים**, מהדורה רביעית (תשי"ב), 104-102.

19. ראה למשל: **ברכות כז, א**; **קידושין נד, ב**; **בכורות כו, א**.

20. ראה: **רש"י ברכות, שם, ד"ה בבחירתא**.

21. ראה: **משנה עירובין ב, ו**, והשווה גם **למנחות, יח, א**.



חוקים ולתקן תקנות לצורך שעה מעוגנת היטב בדברי התנאים, בני דורו של רבי אליעזר בן יעקב, והתנאים אף עשו שימוש נרחב בסמכות זו.<sup>22</sup>

אמנם, אם נסביר שרבי אליעזר בן יעקב עסק בסמכות שיפוטית, הרי שיש בדבריו חידוש גדול, אותו לא שמענו מעולם, עד שבא רבי אליעזר בן יעקב ומסר בידינו את השמועה המלמדת שיש כח ביד השופט לענוש שלא מן הדין, וסמכות זו אינה סמכות חקיקתית אלא סמכות שיפוטית.

### (ה) הכרעת ההלכה

הרמב"ם פסק להלכה את דבריו של רבי אליעזר בן יעקב, כלשונם, לפי הדעה הראשונה במגילת תענית -

יש לבית דין להלקות מי שאינו מחוייב מלקות ולהרוג מי שאינו מחוייב מיתה, לא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה.<sup>23</sup>

בעקבותיו, הולך ה'שולחן ערוך', שאף מדגיש, על מנת להסיר כל ספק -

כל בית דין אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות דנין בין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש, ואפילו בדבר שאין עדות גמורה וכל מעשיהם יהיו לשם שמים.<sup>24</sup>

שאלה מעניינת המתעוררת בהקשר זה היא, האם הסמכות לענוש שלא מן הדין מסורה אמנם ביד "כל בית דין"?

לפי חלק מן הנוסחים, לא אמר רבי אליעזר בן יעקב "שמעתי שבית דין עונשים", אלא "שמעתי שבית דין הגדול עונשים". אבל לפי חסרונות הש"ס, מדובר בשינוי נוסח על ידי הצנזורה, שנועד להוציא מיד בתי הדין של היהודים את הסמכות לענוש לאחר ביטול הסמיכה.

ללא קשר ל"תיקונים" אלו, התפתחה במהלך השנים מסורת בקרב חכמי ספרד, מסורת שמוצאת את ביטוייה בדבריהם של הנמוקי יוסף,<sup>25</sup> אברבנאל,<sup>26</sup> ורבנו ניסים,<sup>27</sup> לפיה, הסמכות לענוש שלא כדין, מסורה דווקא לידי בית הדין הגדול שבירושלים.

22. דוגמאות, ראה באנציקלופדיה תלמודית, ח, תקא-תקכה, ערך 'הוראת שעה'.

23. רמב"ם סנהדרין כד, ד.

24. שולחן ערוך חו"מ ב, א.

25. נמוקי יוסף, לעיל, הערה 11.

26. אברבנאל, דברים יז, ח.

27. חידושי הר"ן, סנהדרין מו, א, ד"ה בי"ד מכין ועונשין.

כזכור, בהל' סנהדרין פתח הרמב"ם את ההלכה בעניין ענישה שלא מן הדין במילים: "יש לבית דין להלקות". האם כוונתו לכל בית דין, מכל סוג שהוא? הדבר לא ברור.

ייתכן, שהנאמר בהלכה הבאה: "וכן יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן להלקות אדם ששמועתו רעה"<sup>28</sup>, עשוי ללמד שהדברים נוגעים גם להלכה הקודמת, ואף בית הדין בעל הסמכות לענוש שלא מן הדין הוא בית דין שבכל מקום ובכל זמן, כלומר, בית דין שאינו בהכרח בית דין הגדול. אבל, אין זו ראייה מספקת.

החיד"א<sup>29</sup> עסק בנושא זה בהרחבה, והסיק שניתן לענוש שלא מן הדין, אף בעונש מוות, ואין צורך לשם כך בבית הדין הגדול. אבל הרמב"ם עצמו, בספר מורה נבוכים<sup>30</sup> כתב במפורש שהסמכות להכות ולהרוג שלא כדין, מסורה לבית הדין הגדול בירושלים בלבד. אולם, מדבריו בתשובותיו, בכמה מקומות עולה שהוא סבור שהסמכות לענוש שלא מן הדין מסורה בידי כל בית דין בישראל, ולא דווקא בידי של בית הדין הגדול.<sup>31</sup>

הן בדברי ה'טור'<sup>32</sup> והן בדברי ה'בית יוסף'<sup>33</sup> ניכרת המגמה להותיר את הסמכות לענוש שלא מן הדין בידי בית הדין הגדול או בידי גדולי הדור בלבד. אף על פי כן, ב'שולחן ערוך', לא נתן המחבר ביטוי למגמה זו, ואת ההלכה בעניין ענישה שלא מן הדין פתח בניסוח הכוללני: "כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל...".

למעשה, כאשר סוקרים אנו את השימוש בענישה שלא מן הדין בספרות התשובות, מוצאים אנו במשך כל הדורות, דוגמאות רבות לענישה שלא מן הדין, במסגרת הסמכות השיפוטית של בתי הדין בישראל, סמכות שנעשה בה שימוש לא רק על ידי בתי דין של גדולי הדור בלבד.<sup>34</sup>

28. רמב"ם סנהדרין כד, ה.

29. ברכי יוסף חו"מ ב, ג.

30. מורה נבוכים ג, מא.

31. ראה: למשל שו"ת הרמב"ם שנג; שסח, וראה גם בברכי יוסף הנ"ל בהערה 29.

32. ראה: טור חו"מ ב, א.

33. ראה: בית יוסף חו"מ, שם.

34. ראה למשל (בתקופת הראשונים): שו"ת הרי"ף קמו; שו"ת הרא"ש, הנ"ל בהערה 17; שו"ת זכרון יהודה סג; שו"ת הריטב"א קעט; שו"ת הרשב"א א, תקנא; שו"ת הריב"ש רלד; שו"ת רדב"ז ב, תרנב; שו"ת ציץ אליעזר יט, נא.

בהקשר זה, העיר הרב ח' י' בלוך, שמעניין להשוות לעניין זה את הנאמר בסנהדרין יז, ב, ש"כל עיר שאין בה עשרה דברים הללו אין תלמיד חכם רשאי לדור בתוכה: בית דין מכין ועונשין, וקופה של צדקה...". משמע שבית דין מכין ועונשין קיים בכל עיר, וממילא, ברור שאין הכוונה לבית דין של גדולי הדור בהכרח.

## ג. סוף דבר

במבוא, עמדנו על כך שעיקרון שלטון החוק, שקודש על ידי המשפט המערבי, אינו קדוש כלל ועיקר במשפט העברי, הגורס שצריך בעל הדין לעמוד בראש וראשונה מול הדיין בהתייצבו לדין, ולא מול ספר החוקים.

משום כך, רשאי הדיין לסטות מן הדין כאשר הצדק והיושר מחייבים זאת, או כאשר המקום והשעה צריכים לכך. ביטוי מאלף למימושה של סמכות זו מצאנו בסוגיית הענישה שלא מן הדין. סוגייה זו, בסופו של דבר, פתחה את הפתח אף בפני בתי דינים שאינם סמוכים, שעל פי דין, משוללים לחלוטין כל סמכות ענישה, בין בממון, בין בגוף ובין בנפש, לדון ולענוש "בין מיתה בין ממון בין כל דיני עונש".

באופן פרדוקסלי, דווקא בית המשפט העליון של מדינת ישראל, תחת הנהגתו של נשיא בית המשפט העליון, השופט אהרן ברק, שכידוע, המשפט העברי בדרך כלל אינו משמש נר לרגליו, אימץ והפנים לתוכו את התפיסה העקרונית של המשפט העברי, הרואה בשופט לא רק מי שמחוייב לשלטון החוק, אלא גם מנהיג ורועה רוחני שהצדק ותיקונו של עולם לנגד עיניו, ולא דווקא החוק היבש.

אולם, הסמכות של השופט להיות מנהיג ורועה רוחני יכולה להתקיים רק בחברה הומוגנית, שכל חבריה מאוחדים באמונתם ובהשקפת עולמם. רק חברה כזו יכולה להצמיח מתוכה אדם אחד שיהיה מנהיג ורועה רוחני לכל.

במדינה מערבית פלורליסטית, שיש בה ריבוי של דעות, תרבויות והשקפות עולם, לא ייתכן שיוכל להיות שופט יחיד או אף שופטים אחדים שיוכלו להיות לעם כולו מנהיגים ורועים רוחניים.

במדינה כזו, עיקרון שלטון החוק הוא היחיד שיש בידו למנוע את פירוק החברה. זאת משום שרק ההסכמה הכללית על קביעת "כללי משחק" ברורים, לפיהם, השיפוט מבוסס על מערכת חוקים שהתקבלו באורח דמוקרטי עשויה להביא ללכידות חברתית ולאמון במערכת המשפטית.

## עשיית דין עצמית

### ד"ר מיכאל ויגודה

- א. מבוא / 164  
 ב. מחלוקת האמוראים והיקפה / 165  
 ג. ניתוח הסוגיא על פי דרכו של הרב משה פיינשטיין / 168  
 ד. עשיית דין עצמית במשפט העתיק ובמשפט המודרני / 172  
 ה. סוף דבר / 176

#### א. מבוא

מן המקרא עולה מגמה ברורה של התנגדות לעשיית דין עצמית. המקרא מדגיש פעמים רבות, שהסמכות לעשיית צדק נתונה בידי אלה האמונים על כך, הלא הם השופטים, שמעמדם הרם והייחודי עולה בבירור מן התואר "אלוהים" המיוחס להם לעיתים במקרא.

מגמה זו עולה ממקורות רבים, אשר נזכיר רק חלק מהם. על גואל הדם נאסר להרוג את מי שרצח את קרוב משפחתו "עד עמדו לפני העדה למשפט"<sup>1</sup>; הוריו של בן סורר ומורה אינם רשאים להעניש אותו בעצמם אלא חובה עליהם להביאו לפני "זקני עירו ואל שער מקומו"<sup>2</sup>; בסכסוך בין המפקיד לשומר הטוען שהפיקדון נגנב ממנו שלא במסגרת אחריותו, מדגיש הכתוב: "ונקרב בעל הבית אל האלוהים [=השופטים] אם לא שלח ידו במלאכת רעהו... עד האלוהים יבוא דבר שניהם, אשר ירשיען אלוהים ישלם שניים לרעהו"<sup>3</sup>; וכעיקרון, כל אימת שעולה חשד לביצוע עבירה, התורה חוזרת ומדגישה שבית הדין הוא שיטיל עונש על הנאשם, אחרי שדרש וחקר היטב ומצא שאמת נכון הדבר.

לאור זאת ניתן היה לצפות שחכמי התלמוד ופוסקי ההלכה ימשיכו באותו הקו, ויאסרו כל גילוי של עשיית דין עצמית. אבל להפתעתנו, השאלה אם אדם רשאי לעשות דין לעצמו אם לאו שנויה במחלוקת אמוראים. ולא זו בלבד, אלא אף מי שאוסר עשיית דין עצמית, אינו אוסר אותה מכל וכל, כפי שיבואר להלן.

1. במדבר לה, יב
2. דברים כא, יט.
3. שמות כב, ז-ח

מאמר זה יחולק לשלושה חלקים: **בחלק הראשון**, נציג בקצרה את מחלוקת האמוראים והיקפה כפי שהיא עולה מן הסוגיא התלמודית. **בחלק השני**, נבקש להעמיק חקר ביסודות הערכיים של הסוגיא הנוגעים למהות תפקידו של השופט, כפי שהציע הרב משה פיינשטיין בדרכו הייחודית; את **חלקו האחרון** של המאמר נקדיש להשוואה בין גישת המשפט העברי לגישת שיטות משפט אחרות עתיקות וחדשות ובמסגרת זו נצביע על השפעת המסורת היהודית על עיצוב עקרונות עשיית דין עצמית בחקיקה הישראלית המודרנית.

## ב. מחלוקת האמוראים והיקפה

במסכת בבא קמא<sup>4</sup> מביא התלמוד מחלוקת בין רב יהודה ורב נחמן בשאלה, האם אדם רשאי לעשות דין לעצמו? משמעות השאלה היא, האם אדם רשאי להשתמש בכוח כלפי זולתו כדי לשמור על זכות משפטית שהלה מאיים ליטול ממנו שלא כדין, וכן האם הוא רשאי להשתמש בכוח כדי להחזיר לעצמו זכות משפטית שהלה נטל ממנו ומחזיק בה שלא כדין? או שמא אסור לו לנקוט אלימות, והברירה היחידה העומדת לרשותו היא הגשת תביעה בפני בית המשפט נגד המעוול?

דעת רב יהודה היא ש"לא עביד איניש דינא לנפשיה [=אין אדם רשאי לעשות דין לעצמו]". התלמוד מסביר שהנימוק לשיטתו של רב יהודה הוא, שאם יש לאדם ברירה למנוע את העוול שנעשה לו על ידי פניה לבית משפט, אין להסכים לשימוש באלימות מצדו.

רב נחמן לעומתו סבור, ש"עביד איניש דינא לנפשיה", כלומר, אדם רשאי לעשות דין לעצמו. התלמוד מסביר שנימוקו של רב נחמן הוא, שמאחר שהצדק עם הנפגע, אין הצדקה להכביד עליו ולהטריח אותו לנהל מאבק משפטי כדי למנוע את העוול שנעשה לו, אלא הוא רשאי, אם צריך, להשתמש בכוח כדי למנוע את העוול וכדי להחזיר לעצמו את שלו.

מתוך ההנמקה המיוחסת לו, ניכר שרב יהודה אינו שולל עשיית דין עצמית מכול וכול, אלא רק כאשר פנייה לבית משפט עשויה לפצות את הנפגע על העוול שנעשה לו. לעומת זאת, אם אין בידי בית המשפט להושיע, והברירה היחידה שעומדת לרשותו של הנפגע למנוע את העוול שעושה לו זולתו היא לנקוט כלפיו בפעולה אלימה, כי אז גם רב יהודה מסכים שהוא רשאי לעשות דין לעצמו. וכך קובע התלמוד במפורש: "היכא דאיכא פסידא כולי עלמא לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה (=במקום שיש הפסד, כולם מסכימים שאדם רשאי לעשות דין לעצמו)".

4. בבא קמא כז,ב.

דוגמאות למצבים כאלה עולות מן הסוגיא התלמודית, ואלה מקצת מהן: אדם דולה מים מבורו של חברו ואינו שועה להפצרותו להפסיק לגנוב ממנו את המים. אמנם בעל הבור יוכל להגיש תביעה נגד חברו בגין גניבת המים, אבל אם נגרמו לו נזקים עקיפים, כגון שהגידולים שלו נבלו או ניזוקו באופן אחר כתוצאה מאי-השקייתם באותו פרק זמן, הוא לא יוכל לקבל על כך פיצוי. נזקים אלה אינם אלא נזקים עקיפים וכלל הוא במשפט העברי ש"גרמא בנוזיקין – פטור" מדיני אדם וחייב רק בידי שמים.<sup>5</sup> בכגון זה גם רב יהודה מסכים אפוא, שמותר לבעל הבור למנוע בכוח את גניבת המים שלו, שאילולי כן, כאמור, ייגרם לו נזק בלתי הפיך.<sup>6</sup>

דוגמה נוספת: בעל חיים, שאינו מוחזק כאלים, מתנהג פתאום באלימות ומאיים לגרום נזק, כגון ש"עלה על גבי חברו להרגו". אם הניזק יתן לו לבצע את זממו הוא לא יוכל לתבוע אלא פיצוי חלקי, שכן בעל חיים שאינו מוחזק כאלים האחרייות בגין נזקיו אינה אלא אחרייות מופחתת (חצי נזק ולא נזק שלם). בכגון זה, גם רב יהודה מודה שזכותו של הנתקף להפעיל כוח כנגד בעל החיים התוקף, שאם לא כן ייגרם לו נזק בלתי הפיך, שכן, אף אם יגיש תביעה בגין הנזק שנגרם לו, הוא לא יקבל פיצוי אלא על חצי הנזק ולא על הנזק כולו.<sup>7</sup>

5. **בבא קמא סא**; נה, ב. ולהלכה, **בשולחן ערוך חו"מ**, תיח, ט.
  6. כך הוסבר עניין האי גרגותא דבי תרי שבתחילת הסוגיא על ידי ר' יעקב מליסא, **נתיבות המשפט** ד, א, והשווה פירושו של **רש"י** בבא קמא כז, ב, ד"ה במקום דאיכא פסידא, וצריך עיון.
  7. באופן כזה עולה ביד התלמוד ליישב את שיטת רבי יהודה עם המשנה לפיה "שור שעלה על גבי חברו להורגו, ובא בעל התחתון ושמת את שלו ונפל עליו ומת – פטור", שכן אפשר לפרש ולומר, שדין המשנה אמור דווקא כשהשור התוקף היה שור תם. התלמוד ממשיך ומקשה על שיטת רב יהודה מן הסיפא של אותה משנה שזו לשונה: "דחפו לעליון ומת – חייב". כלומר, אם בעל השור התחתון הציל את שורו לא על ידי ששמת אותו (וכך גרם לשור התוקף לאבד את שיווי המשקל וליפול), אלא על ידי שדחף את השור התוקף, הרי אז הוא נושא באחרייות למות השור התוקף. שואל התלמוד: "ואי בתם, אמאי חייב?" כלומר אם אמנם השור התוקף היה שור תם, שאי-מניעת הנזק על ידו הייתה גורמת נזק בלתי הפיך (שהרי אי-אפשר היה לקבל פיצוי אלא על מחצית הנזק ולא על הנזק כולו), כי אז לא הייתה סיבה להטיל אחרייות על בעל השור התחתון על כך שדחף את השור התוקף במקום לשמוט את השור שלו. אמנם הוא היה יכול לנקוט בפחות אלימות משנקט (לשמוט את שלו ולא לדחוף את של חברו), אבל מאחר שהוא פעל מתוך לחץ ובהלה, אין לבוא אליו בטענות בשל כך. לעומת זאת אם מניחים שהשור התוקף הוא שור המועד (כפי שאפשר להניח אם מאמצים את שיטתו של רב נחמן), הרי ההבחנה בין "שמט" ל"דחף" ברורה ומובנת, שכן לא הייתה סיבה סבירה לבעל השור הנתקף שלא לפעול במתינות ומתוך הפעלת שיקול דעת באשר למידת האלימות המינימלית הנחוצה בנסיבות העניין. כך הסבירו את שאלת הגמרא בעלי התוספות, בבא קמא כח ע"א, ד"ה ואי בתם.
- על כך עונה התלמוד, שאף אם מניחים, כפי שחייב לעשות רב יהודה, שהשור התוקף הוא שור תם ושהנתקף פועל אפוא מתוך לחץ ובהלה, אף על פי כן אין בכך כדי לפטור אותו מהפעלת שיקול דעת ומן החובה לנקוט במידת הכוח המינימלית הנחוצה בנסיבות העניין. נמצא אפוא

חילוקי הדעות בין רב יהודה ורב נחמן הם רק כאשר לא ייגרם לנפגע הפסד אם יפנה לערכאה שיפוטית: "כי פליגי במקום דליכא פסידא". כך הוא לדוגמה כאשר ראובן מחזיק שלא כדין בנכס של שמעון ומסרב להחזירו לו. לדעת רב נחמן שמעון יכול להשתמש בכוח כדי ליטול בחזרה את שלו, ואילו דעת רב יהודה היא, שעל שמעון להגיש נגדו תביעה, ובית המשפט הוא שידאג שיוחזר לו רכושו.

דעותיהם נחלקו לכאורה גם בשאלה אם מותר להפעיל כוח כדי לגרש מסיג גבול. לדעת רב יהודה אין לבעל הבית רשות להפעיל כוח נגד הפולש, שכן לא ייגרם לו הפסד אם יפנה לבית המשפט, ואילו לדעת רב נחמן אין מניעה להפעלת כוח גם בכגון זה.

התלמוד מביא הלכה תנאית בעניין זה הסותרת לכאורה את עמדתו של רב יהודה. ההלכה נוגעת לעבד עברי שמסרב לעזוב את ביתו של אדונו למרות שהגיע היובל והוא חייב להשתחרר. נקבע שאם האדון הוציא אותו בכוח וגרם לו חבלה הוא פטור בנזיקין. התלמוד עונה שאין כאן בהכרח סתירה לשיטת רב יהודה, שכן אפשר שהלכה זו אמורה בעבד שאדונו מסר לו שפחה כנענית והוא מסרב לצאת את ביתו של האדון משום שהוא מבקש להמשיך לחיות עם אותה שפחה, אף שמעתה היא אסורה עליו. האלימות שהאדון רשאי לנקוט כלפיו אין מקורה אפוא בעשיית דין עצמית בגין הסגת גבולו, אלא מקורה בחובה המוטלת על האדון להפריש אדם זה מן העבירה שהלה מבקש לעשות תחת קורת הגג שלו יחד עם שפחתו. וכמו שמסביר רש"י: "ורשאי להלקותו ולהפרישו דהאי דינא לאו לנפשיה הוא"<sup>8</sup>, כלומר, מאחר שהאדון אינו עושה דין לעצמו אלא הוא מפריש את חברו מן האיסור, הרי בכגון זה גם רב יהודה מודה שמותר להשתמש בכוח.

בחילוקי הדעות שבין רב יהודה ורב נחמן נפסקה ההלכה על ידי רוב הפוסקים כשיטת רב נחמן. כך פוסק לדוגמה הרמב"ם,<sup>9</sup> וזו לשונו -

שמשנה זו עשויה להתיישב גם עם שיטת רב יהודה. בתשובה זו יש ללא ספק מן הדוחק אך לא כאן המקום לדון בכך.

מקור זה שהביא התלמוד מעניין לפחות משתי בחינות: ראשית, למדנו להכיר דרכו מקרה שבו הימנעות מעשיית דין עצמית הייתה גורמת נזק בלתי הפיך (בשל הפטור מתשלום פיצויים על מחצית הנזק בשור תם). שנית, מן השקלא וטריא התלמודית עולה עיקרון משפטי חשוב ביותר בעניין עשיית דין עצמית והוא, שאף כאשר אדם רשאי לעשות דין לעצמו, עליו לנקוט במידת הכוח המינימלית הנחוצה בנסיבות העניין, וזאת אפילו כשהוא בהול וחושש פן ייגרם לו נזק בלתי הפיך, אם כי אפשר לשאול האם סייג אחרון זה מקובל גם על רב נחמן (?). לפנינו אפוא, סייג ראשון חשוב עד למאוד, בדין "עשיית דין עצמית". בהמשך הדברים נעמוד על סייגים נוספים.

8. רש"י שם, כח, א, ד"ה איסורא.

9. רמב"ם סנהדרין ב, יב.

יש לאדם (= אדם רשאי) לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו.

וכך פסק גם השולחן ערוך.<sup>10</sup>

### ג. ניתוח הסוגיא על פי דרכו של הרב משה פיינשטיין

הרב פיינשטיין<sup>11</sup> ניגש לסוגייתנו מזווית מקורית מאוד. לדעת הרב פיינשטיין, לפני שעוסקים בשאלה אימתי ומדוע מתיר החוק **לְפָרֵט** לנקוט באלימות כדי לעשות דין לעצמו, יש לדון בשאלה מקדמית והיא, מה מקור סמכותו של **בית המשפט** לעשות כן? מהי ההצדקה לכך שבית המשפט רשאי לנקוט באמצעי כפיה כוחניים (באמצעות רשויות ההוצאה לפועל) כנגד מי שמסרב לציית לפסקי הדין שלו? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר והרב פיינשטיין מציע שלושה מודלים אפשריים. להבהרת דבריו דומה שכדאי לשוות בפנינו את המשולש הבא: תובע (נפגע) נתבע (מעוול) ובית משפט. משולש זה מתקיים בכל סכסוך משפטי המתנהל בפני בית משפט, והשאלה היא: באיזה משלושת הקדקודים האלה מצויה ההצדקה לשימוש בכוח על ידי בית המשפט?

#### (א) המודלים להבנת תפקידה של המערכת המשפטית

**המודל הראשון** רואה את המוקד **בתובע-הנפגע**. על פי מודל זה, בית המשפט פועל כמי שבא להציל עשוק מיד עושקו. לתובע נגרם עוול ובית המשפט פועל להציל אותו מפני עוול זה. כשם שמותר לנקוט באלימות כלפי מי שרודף אחר חברו להרגו כדי להציל את הנרדף, כך מותר לנקוט באלימות כלפי מי שמבקש לפגוע ברכושו של זולתו כדי להציל את הנפגע. אם כי ברור שהצלת רכוש אינה מצדיקה יותר מאשר הכאה וגרימת חבלה, מה שאין כן הצלת חיים המצדיקה אפילו פגיעה בנפשו של הרודף.

על פי **המודל השני**, בשונה מהצלת חיים, הצלת רכוש אינה מצדיקה שימוש באלימות. המוקד להצדקת השימוש בכוח על ידי בית המשפט אינו מצוי אפוא בתובע (הנפגע) אלא **בנתבע (הפוגע)**. על פי מודל זה בית המשפט משתמש בכוח כדי למנוע מן הפוגע לנהוג בניגוד לחוק, הוא מאלץ את הנתבע להפסיק את מעשה

10. שולחן ערוך חו"מ ד, א.

11. דברות משה בבא קמא, יח.



העוול שהוא עושה שלא כדין. הכוח שבית המשפט מפעיל כלפי הנתבע יסודו אפוא בצורך ובסמכות שיש למנוע מכל אחד ואחד בחברה לנהוג בעבריינות ולכפות עליו את שלטון החוק (כעין המושג "כופין על המצוות").

על פי המודל השלישי, ההצדקה לשימוש בכוח על ידי בית המשפט אינו מצוי לא בתובע (הצלה) ולא בנתבע (מניעת עבריינות וכפייה על שלטון החוק והמצוות), אלא בבית הדין עצמו. על פי מודל זה הכוח הוא חלק בלתי נפרד מן המוסד השיפוטי כאמצעי הכרחי לאכיפת פסקי הדין שלו. כמו שכתוב: "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך"<sup>12</sup>, אין שופטים בלא שוטרים שתפקידם להוציא לפועל את פסקי הדין של השופטים.

לפנינו אפוא שלושה מודלים שונים להצדקת השימוש באלמות על ידי מערכת המשפט: המודל המוסרי (הצלת הנדכא); המודל החוקי (מניעת העברייני מלעבור על החוק); והמודל המוסדי (אין בית משפט ללא אמצעי אכיפה, ללא "שיניים").

### (ב) התאמת המודלים לשיטות האמוראים

לאחר שהרב פיינשטיין הציג את שלושת המודלים האלה, הוא ניגש לניתוח הסוגיא, ומבקש לבחון תחילה באופן תיאורתי, באיזו מידה, לאור המודלים השונים, ישנה סמכות גם לפרט, ולא רק לבית המשפט, לעשות שימוש בכוח לעשיית הדין. כלומר, באיזו מידה שיטותיהם של רב יהודה ושל רב נחמן מתיישבות עם המודלים השונים שהציע?

על פי המודל הראשון (המודל המוסרי), שעניינו הצלת העשוק מיד עושקו, מובנת היטב שיטתו של רב יהודה, שכן כלל בסיסי הוא בדיני הצלה, שמותר לנקוט באלמות רק כאשר אין דרך אחרת להציל. על כן ברורה שיטתו, שאם יש לנפגע אופציה להגיש תביעה משפטית אין סיבה להתיר לו להשתמש באלמות. גישתו של רב נחמן לעומת זאת, קשה על פי מודל זה, שכן לא ברור מדוע הוא מתיר לאדם להציל את רכושו על ידי שימוש באלמות כשעומדת בפניו ברורה אחרת, אף שברורה זו כרוכה בטרחה. הלא זהו הכלל בדיני הצלה, אם ניתן להציל את הנרדף על ידי פגיעה באחד מאיבריו של הרודף אף שהדבר כרוך בטרחה ובמאמץ, כך יש לעשות ואין היתר להרוג את הרודף.

אם נרצה ליישב גישתו של רב נחמן עם מודל זה ניאלץ לומר, אומר הרב פיינשטיין,<sup>13</sup> שככל הנראה רב נחמן מצמצם את היקף האיסור להכאת הזולת, ולדידו

12. דברים טז, יח.

13. דברות משה שם, ענף ד.

הכאה מותרת לא רק למניעת הפסד (כפי שמסכים רב יהודה) אלא גם למניעת הטרחה של ניהול משפט.<sup>14</sup>

לעומתו, המודל השני (המודל החוקי), שעניינו הדאגה לשמירת החוק, מתיישב טוב יותר עם שיטתו של רב נחמן. הזכות והחובה לדאוג לשמירת החוק אינה רק של בית המשפט אלא של כל יחיד ויחיד כפי שעולה מדברי התלמוד שהוזכרו לעיל בעניין העבד שרבו מונע ממנו להמשיך ולחיות באיסור עם השפחה הכנענית. אם הדאגה העיקרית היא למנוע מן העבריינין להמשיך בהתנהגותו האסורה, אין זה מעלה או מוריד אם התנהגות זו גורמת לנזק שאינו ניתן לתיקון או לנזק שניתן לתיקון. כל אימת שאדם עובר עברה יש הצדקה למנוע זאת ממנו. קשה אפוא ליישב מודל זה עם גישתו של רב יהודה, מדוע להתנות את זכותו של הנפגע למנוע מן הפוגע לעבור על איסור בכך שהוא עלול לסבול נזק בלתי הפיך?

אם נרצה ליישב את גישתו של רב יהודה עם מודל זה, נצטרך לומר, אומר הרב פיינשטיין<sup>15</sup>, שנימוקו של רב יהודה הוא, שאף שמעיקר הדין מותרת "עשיית דין עצמית" בכל מקרה, חכמים ראו לנכון לתקן תקנה, ולצמצם זכות זו רק למקרים שבהם הנפגע עלול לסבול נזק בלתי הפיך, ואילו בשאר המקרים עדיף לשלול זכות זו מן היחיד לבל ישתמש בה לרעה.

**המודל השלישי**, קשה על שתי הגישות גם יחד, שכן אם ההנחה היא שהשימוש בכוח הוא אינהרנטי למוסד השיפוטי בתור שכזה, כיצד אפשר להסביר שכוח זה עומד גם לרשותו של הנפגע, הלא הוא אדם פרטי ולא מוסד שיפוטי? אם נרצה ליישב מודל זה עם גישתם של רב נחמן ורב יהודה, ניאלץ לומר, אומר הרב פיינשטיין<sup>16</sup>, שלדעתם כל אדם נושא בקרבו כוח של בית דין (ואמנם הוא מוצא לזה סימוכין בדברי הפוסקים). ואף שברוב העניינים כוח זה ניטל מן היחיד (אולי בכוחה של מעין אמנה חברתית?) מקצת ממנו הושאר בידו בכל אותם המקרים שבהם ההלכה מצאה לנכון לאפשר לו לעשות דין לעצמו. לפי זה יש עוד לעמוד על פשר חילוקי הדעות בין רב נחמן לרב יהודה, אבל קצרה היריעה.

14. אפשרות אחרת שמעלה הרב פיינשטיין היא שהכאה למניעת טרחה כשלעצמה אינה מותרת אלא שמאחר שכאן ההכאה באה למנוע הפסד היא מותרת. אמנם, אם הייתה דרך אחרת למנוע את ההפסד בלא שימוש בכוח, חובה הייתה לנקוט בדרך חלופית זו מדין "כופין על מידת סדום". אבל מאחר שהגשת תביעה לבית משפט כרוכה בטרחה, אין התובע נוהג במידת סדום אם אינו בוחר בדרך חלופית זו. לפי זה אפשר שנקודת המחלוקת עם רב יהודה היא שרב יהודה סבור שלא הותר להכות בשביל הצלת ממון, אלא שאיסור זה נדחה מפני הצורך בהצלה, ומאחר שהאיסור רק נדחה ולא הותר, חובה להשתדל ולהימנע מהכאה ככל האפשר, ומכאן החובה לדעת רב יהודה לטרוח ולהגיש את התביעה לבית המשפט.

15. דברות משה שם, ענף ג, ד"ה ונצטרך.

16. דברות משה שם, ענף ג, ד"ה ואם הוא מדין שוטרים.

הרב פיינשטיין מרחיב הרבה בניתוח הסוגיא לאור המודלים השונים שהציע. כך, לדוגמה, באמצעות גישתו ניתן לשער מהו הבסיס לחילוקי הדעות בין רב נחמן לרב יהודה: אחת האפשרויות בעניין זה היא, שרב נחמן נקט את המודל החוקי (כפיית שמירת החוק) ומשום כך לא ראה סיבה לצמצם את ההיתר לעשיית דין עצמית בהפסד שאינו ניתן לתיקון. ולעומתו, אפשר שרב יהודה נקט את המודל המוסרי (הצלה), ומשום כך צמצם את ההיתר לעשיית דין עצמית רק למקרה שבו אין ברירה אחרת להצלה. זוהי רק דוגמה אחת להסבר מעמיק אפשרי למחלוקת האמוראים והיא מצביעה על היתרון הפרשני והאנליטי העשוי לצמוח מגישתו הייחודית של הרב פיינשטיין והוא קשור בבירור מהותו והצדקתו של התפקיד השיפוטי.

### (ג) שיטת הרמב"ם

מפרשי הרמב"ם עמדו על סתירה בולטת בדבריו.<sup>17</sup> אף שכפי שראינו לעיל, הרמב"ם פסק הלכה כרב נחמן בעניין זכותו העקרונית של אדם לעשות דין לעצמו אפילו כשלא צפוי לו הפסד אם לא יעשה כן, בעניין העבד שאינו יוצא מבית אדונו הוא פוסק<sup>18</sup> בזו הלשון -

[עבד] נרצע שמסר לו רבו שפחה כנענית והגיע יוכל והיה רבו מסרב בו [=מפציר בו] לצאת ואינו רוצה לצאת וחבל בו – פטור, שהרי נאסר בשפחה.

הלכה זו תמוהה מאוד, משום שלא נאמר בתלמוד שהמדובר בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית אלא כדי ליישב את ההלכה התנאית עם שיטת רב יהודה. ומאחר שהלכה כרב נחמן, הרי הלכה זו נכונה גם אם האדון לא מסר לעבדו שפחה כנענית.

לדעת רבי משה פיינשטיין מוכח מכאן שהרמב"ם פסק אמנם כשיטת רב נחמן, אבל הוא הבין - כפי שהוצע לעיל - שרב נחמן מאמץ את המודל השני, המודל החוקי. לשון אחר, לפי רב נחמן יש הצדקה לשימוש בכוח אך ורק כשמונעים בכך מן הצד השני לעבור על איסור. לפי זה מובנת הלכת הרמב"ם, מאחר שעצם ההימצאות בביתו של הזולת אינה כרוכה באיסור כלשהו, נאלץ הרמב"ם להעמיד את ההלכה בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית דווקא, ורק הצורך להפריש אותו מן האיסור הוא שמצדיק את השימוש בכוח.<sup>19</sup>

17. ראה לדוגמה: משנה למלך, הלכות עבדים, פרק ג, הלכה ה; לחם משנה שם.

18. רמב"ם הלכות עבדים פרק ג, הלכה ה.

19. השווה תירוץ זה לתירוץ שהציע לחם משנה, שם. הוא מציע, שאפילו לדעת רב נחמן תנאי לעשיית דין עצמית הוא שהיא באה למנוע הפסד שנגרם כרגע על ידי הצד השני, אף שניתן יהיה לקבל פיצוי על הפסד זה על ידי פניה לבית משפט. מאחר שהעבד אינו גורם הפסד בעצם נוכחותו בביתו של בעל הבית, ברור לפי הנחה זו, שגם מי שפוסק כשיטת רב נחמן לא היה מצדיק שימוש בכוח נגד העבד המשוחרר. על כן אימץ הרמב"ם את התירוץ בעניין השפחה

### ד. עשיית דין עצמית במשפט העתיק ובמשפט המודרני

לאחר הניתוח התיאורטי של הסוגיא הגיעה העת לייחד דברים לפן המעשי שלה. אמנם ל"עשיית דין עצמית" יש יתרונות פרקטיים לא מבוטלים: ראשית, היא מעניקה אפשרות מהירה, יעילה וזולה לאדם לקבל את המגיע לו על פי דין; שנית, בלעדיה עשוי בעל אמצעים להתפתות לעשות עוולה כלפי זולתו מתוך הנחה שהנפגע יתייאש ולא ינהל נגדו תביעה משפטית בשל הסרבול, האיטיות והעלות של ניהול תביעה שכזאת; ושלישית, אין לצפות שאדם יסבול בשקט את העוול שנעשה לו ולא יתנגד לו באופן אינסטינקטיבי אפילו בכוח.

אולם בצד יתרונות אלו, האם אין המשפט העברי חושש מפני החסרון הגדול פי כמה של האנדרלמוסיה שעלולה לצמוח ממתן לגיטימציה לנקיטת אמצעים אלימים פרטיזונים של האדם כלפי זולתו, אפילו סבור הוא שהצדק עמו? האם אפשר לסמוך על הפרט שיידע אימתי החוק עומד אכן לצידו? האם אין לחשוש שמא ישתמש בכוח מעבר למידה הראויה? האם אין המשפט העברי חושש מפני הפעלת כוח נגדי? והאם בסופו של דבר ההיתר לעשיית דין עצמית אינו עלול לשחק לידי החזק יותר במקום להגן את זכויותיו של הצדק יותר?

בעניין זה ראוי להעיר הערות אחדות:

**ראשית**, מקובל אמנם לחשוב שהסממן המובהק ביותר של חברה מפותחת מסודרת ומתוקנת הוא האיסור המוחלט שהיא מטילה על השימוש בכוח בידי האזרח הפרטי. השימוש בכוח נחשב לפריבילגיה בלעדית של השלטון ואילו על האזרח נאסר השימוש בכוח מכל וכל. אולם עיון בגלגול הסדרתה של סוגיא זו בשיטות המשפט השונות, מגלה שהשקפה זו לוקה בשטחיות ובאי-דיוק. מן הראוי לצטט בעניין זה דברים שכתב המלומד הצרפתי Vallimaresco<sup>20</sup> -

En examinant donc l'histoire de la justice privée, nous voyons que partout, lorsque la souveraineté faiblit ou se désagrège, ou lorsqu'encore inexistante elle est en voie de formation, elle cherche à prohiber la justice privée. Et c'est alors que nous trouvons des dispositions générales interdisant la justice privée comme telle.

משום שתירוץ זה נכון גם לפי שיטת רב נחמן. וכעין תירוץ זה הציע גם "משנה למלך". הרב פיינשטיין אינו מקבל את ההנחה שביסוד תירוץ זה: "ותירוץ המשנה למלך, מחמת דברגזע זה קודם שיבא לבית דין איכא פסידא שדבר שהוא שלו הוא תחת רשות חברו הוא דחוק טובא אחרי שעל כל פנים אין פסידא מזה" (שם, ענף א, ד"ה עוד הקשה המל"מ).

A. Vallimaresco, La justice privée en droit moderne, 1962. 20.

[=בבואנו אפוא לבחון את ההיסטוריה של "עשיית דין עצמית", אנו רואים שבכל מקום שהריבונות נחלשת או מתפרקת, או כשהיא בשלבי התגבשות, היא מבקשת לאסור עשיית דין עצמית. ובאותם השלבים הוא שמוצאים הוראות כלליות האוסרות עשיית דין עצמית באשר היא].

כך מצאנו לדוגמה שבתחילת דרכו המשפט האנגלי הגדיר כעבריינין אפילו מי שנקט אלימות כדי להדוף תוקפן, כגון אדם שהשכים והרג את מי שקם עליו להורגו. ו"עבריינין" זה ניצל מעונש רק בחסד המלך שנהג בכגון זה להעניק לו חנינה. ולאידך גיסא, ככל שהשלטון יותר מסודר, יותר מאורגן ויותר בוטח בעצמו, הוא נוטה להתיר "עשיית דין עצמית" בהיקף גדל והולך, אם כי עשיית דין עצמית נשארת תמיד היוצא מן הכלל המלמד על הכלל.

וכך כותב המלומד האנגלי W.S. Holdsworth -

It is only when obedience to law has become the rule that the occasions upon which self help will be allowed can be safely defined.<sup>21</sup>

כך הוא לדוגמה במשפט הישראלי. המשפט הישראלי מכיר בזכות להגנה עצמית לא רק מפני איום על שלימות הגוף אלא גם מפני איום על הרכוש. כך לדוגמה נקבע בפקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 24(3) -

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

ובחוק המקרקעין, התשכ"ט - 1969, סעיף 18, נקבע:

- א. המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.
- ב. תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.

21. W.S. Holdsworth, A History of English Law, 5th ed., vol 3, p. 278; מצוטט על ידי השופט אלון בע"א 756/80 (להלן, הערה 25), בעמ' 124.

הבחנה זו נכונה, וביתר שאת, גם ביחס למשפט העברי. גם כאן קיימת הרתעה מפני הניצול לרעה של הזכות לעשיית דין עצמית, שכן אם מתברר שאדם עשה דין לעצמו שלא כדין או שהשתמש בכוח במידה בלתי סבירה, הוא יאלץ לפצות את חברו. כמוכן תנאי להרתעה הוא שהמערכת המשפטית תהיה מספיק מאורגנת כדי להבטיח ביקורת יעילה של מעשה היחיד.<sup>22</sup> אך יתר על כן, יש לקחת בחשבון גם את הגורם המרוסן הקיים בשל אופיו הדתי של המשפט העברי. אופי דתי זה מבטיח שאדם לא ינצל לרעה את האפשרות של עשיית דין עצמית, שכן הוא יודע שלא זו בלבד שאם נהג באלימות שלא במקומה הוא יאלץ לפצות את חברו, אלא הוא גם חושש מלעבור על האיסור הדתי הכרוך בשימוש בכוח שלא כדין.

בהקשר זה מעניין לציין את שיטתו של רבנו אפרים תלמידו של הרי"ף (ר' יצחק אלפסי). לדעתו במחלוקת בין רב נחמן ורב יהודה, יש לפסוק הלכה כרב יהודה. אמנם בדיני ממונות הכלל הוא שהלכה כרב נחמן, אבל לדעתו המחלוקת בין רב נחמן לרב יהודה אינה במישור דיני הממונות אלא במישור של דיני איסור והיתר; האם מותר או אסור בנסיבות אלה להשתמש בכוח? בכגון זה, אומר רבנו אפרים, יש לפסוק כשיטתו של רב יהודה. אף שכאמור, פסיקתו של רבנו אפרים לא נתקבלה על דעתם של רוב הפוסקים, היא מבליטה את הפן הדתי של הסוגיא שהזכרנו. נוסף שלפי זה, אם מתרופף היסוד הדתי בחברה, יהיה צורך בהתקנת תקנות שתצמצמנה את היקף ההיתר לעשיית דין עצמית.

זאת ועוד, עיון בדוגמאות שהתלמוד מביא בקשר לעשיית דין עצמית מגלה שכולן עוסקות בלגיטימציה של שימוש בכוח לצורך הגנת הבעלות והחזקה כנגד מי שמבקש ליטול נכס בעין או להזיקו או כנגד מי שמסרב להשיב נכס בעין. אין בתלמוד לגיטימציה לשימוש בכוח לצורך מימושה של זכות תביעה אובליגטורית (=אישית) שיש לאדם כלפי זולתו. ראשונים<sup>23</sup> עמדו על הבחנה בסיסית זו והטעיימו, שכאשר אדם נושה בחברו בשל חוב כספי שהלה חייב לו, נקבע כלל הפוך; ולא זו בלבד שנאסר לנושה לנקוט אלימות כלפי החייב, אלא אסור לו אפילו להיכנס לביתו

22. אפשר שכך היה במקומו של רב נחמן שכידוע היה דיין מומחה ועמד בראש בית הדין מטעם ראש הגלות בבבל, ראה: **בבא בתרא** סה, א.

23. ראה לדוגמה: **פסקי הרא"ש** בבא קמא, ג, ג; נימוקי יוסף, בבא קמא, פרק שלישי (יב ע"ב בדפי הרי"ף), ד"ה והא דעביד דינא לנפשיה. וראה, רמ"א, חו"מ, סימן ד: "וי"א דלא אמרינן עביד אינש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו, כגון שגזלו או רוצה לגזולו או רוצה להזיקו, יכול להציל שלו. אבל אם כבר נתחייב לו מכח גזילה או ממקום אחר, לא (מרדכי ונ"י פרק המניח). וראה הערה הבאה.

כדי ליטול ממנו משכון להבטחת הפירעון, כפי שנקבע בתלמוד "המלוה את חברו לא ימשכנו אלא בבית דין".<sup>24</sup>

לבסוף מן הראוי להזכיר תקדים שנדון בפני בית המשפט העליון, בפסק דין רוזנשטיין נ' סלומון.<sup>25</sup> בפסק דין זה נדון סכסוך בין שני בעלי מקרקעין שכנים, שאחד מהם השתמש בכוח תוך כדי גרימת נזקי רכוש לחברו כדי להחזיר לעצמו את החזקה בחלק מן המקרקעין הגובלים שלטענתו חברו החזיק בהם עד עתה שלא כדין.

במסגרת פסק דינו, השופט אלון סוקר, כהרגלו הטוב, את עמדת המשפט העברי בסוגיית עשיית דין עצמית. השופט אלון אומר, שאמנם במחלוקת בין רב יהודה לרב נחמן ההלכה נפסקה לפי רוב הפוסקים כשיטת רב נחמן ולפיה אף כשלא נגרם לו נזק בלתי הפיך, מותר לאדם לעשות דין לעצמו, אולם, חכמי ישראל דאגו גם לשלום הציבור ולסדר הטוב, ועל כן ישנה סמכות כללית לסטות מן הדין לצורך השעה, ואף שבעיקרון אדם רשאי לעשות דין לעצמו, אפשר לקנוס אותו כדי שלא לעודד הפרת הסדר הטוב.

השאלה המשפטית שעמדה לדיון באותו פסק דין הייתה, האם בית המשפט יכול לדון מיד, במסגרת תביעת הסילוק כנגד הפולש האלים, בגוף סכסוך הבעלות בין הצדדים היריבים, או שעליו לצוות תחילה על סילוק ידו של הפולש האלים, והלה יגיש אחר כך תביעת בעלות נפרדת.

בפסק דינו מזכיר השופט אלון שגישת המשפט הקונטיננטלי שהייתה בתוקף בישראל עד לחקיקת חוק המקרקעין, התשכ"ט - 1969, הייתה, שראשית - על מי שנטל בכוח להסתלק, וזאת, אפילו אם אפשר שאכן נטל את שלו. השופט אלון<sup>26</sup> מצטט את סלמונד לפיו -

העוול הנובע משימוש באמצעים עצמיים, שיסודם בכוח, הוא כה רציני עד שיש לפסול דרך זו על ידי שלילת כל היתרונות שאפשר להפיק ממנה.

24. **בבא מציעא** קיג,א. אמנם הרמ"א, שם, מזכיר גם את דעת הריב"ש (שו"ת הריב"ש, סימן שצו), לפיה מותר לתפוש משכון בגין חוב שאין מקורו בהלוואה. אבל חשוב להזכיר בהקשר זה את דעת מהרי"ק המובאת גם היא על ידי הרמ"א, שם: "י"א דלא מיקרי עביד דינא לנפשיה **אלא כשמוזיק לחבירו**, כגון שמכהו ולכן לא יוכל לעשות אלא אם כן יוכל לברר שהוא שלו, אבל תפיסה בעלמא שתפסו למשכון, יכול לעשות בכל ענין, ויורד אח"כ עמו לדין (מהרי"ק שורש סי' קס"א)". ועובדה היא שלא נמצא אף פוסק המתיר שימוש בכוח לשם גביית חוב, מה שאין כן לשם הצלת רכוש בעין.

25. ע"א 756/80, **רוזנשטיין נ' סלומון**, פ"ד לח (2) 113.

26. שם, עמ' 119.

במקומה של גישה נוקשה זו, נקבע בסעיף 19 לחוק, שאף אם בעל המקרקעין פעל שלא לפי התנאים האמורים בסעיף 18 (כגון שגירש את הפולש שלא תוך זמן סביר מאז גילה את הפלישה), רשאי בית המשפט שלא לפנות אותו אלא לדון בזכויות הצדדים, ולהסדיר את החזקת הקרקע עד אז.

השופט אלון מזכיר את דברי חבר הכנסת אונא, מהם עולה, שסעיף זה הוסף בשלבי החקיקה האחרונים בהשפעת המשפט העברי, שאינו דורש את סילוקו של בעל המקרקעין אף אם עשה דין לעצמו שלא בנסיבות המותרות לו. אף על פי כן, מאחר שעל פי סעיף 19 הדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, סבר השופט אלון, שבנסיבות העניין, ראוי היה, לצורך השעה, לקנוס את מי שטוען להיות בעל החלקה ולמנוע ממנו להפיק תועלת ממעשיו הברוטליים, כדי שלא לעודד פעולות אלימות. מעניין לציין שעמדה זו של השופט לא נתקבלה על דעת עמיתיו וברוב דעות הוחלט לדחות את הערעור ולא לצוות על סילוק ידו של מי שעשה דין לעצמו שלא כדין.

### ה. סוף דבר

ראינו שבשונה משיטות משפט עתיקות, המשפט העברי מכיר באפשרות של עשיית דין עצמית, אם כי בגבולות מוגדרים. ראינו שגישה בסיסית זו של המשפט העברי מקובלת בשיטות המשפט המודרניות, כגון המשפט הישראלי שמתיר גם הוא שימוש בכוח סביר בנסיבות מוגדרות, כגון לסילוקו של פולש מן המקרקעין או להחזרת החזקה בנכס מיטלטלין.

עיון בדבריו של הרב משה פיינשטיין אפשר לנו, תוך כדי בחינת מהות התפקיד השיפוטי, להעמיק חקר ביסודות חילוקי הדעות בין האמוראים בסוגיא מרתקת זו.

לסיום הדברים, מן הראוי לצטט את דבריו של בעל השאלות, <sup>27</sup> שאומר (בתרגום) -

מי שיש לו דין עם חברו, אסור לו לנהוג עמו באלימות, אלא עליו ללכת לדיין שיפסוק להם דין תורה, ויקבלו עליהם את הדין; שעל האמת מתקיים העולם, כפי ששנינו (אבות א, יח): על שלושה דברים העולם קיים - על הדין ועל האמת ועל השלום.

הערנו בתחילת דברינו, שמגמה זו של התנגדות לעשיית דין בלא הליך שיפוטי, עולה כבר מן המקרא. נמצא אפוא, שעשיית דין עצמית, שהתירו אותה חכמים, אינה אלא היוצא מן הכלל המלמד על הכלל.

27. ספר השאלות בראשית, שאלתא ב.



# משפט התורה

“זמן הקושיים בקבלת המשפט,  
היות הכרעתו המוחלטת  
איננה מן המושכלות הראשונות  
ולא מהמונחים הפשוטים,  
רק בעמל הדיין ושקידת עיונו.  
והמשפט מסור ללב הדיין,  
מן הדיינים החיים אתנו,  
ואין הספרים של דיני המשפט אתנו  
מספיקים להראות גלוי לכל רואה  
פסק הדין של כל מאורע,  
שלא יוכל המתעקש לנטות ממנו.  
רק אלה המוסרים נפשם ולבם  
להבין אמתתו [של הדין] ימצאוהו,  
אחרי רוב השקידה ועוצם עיונם,  
עד שהדיין והדין חד הוא.”  
(חזון אי”ש, אמונה ובטחון, פרק ג, סעיף טז)



## הגמשת סדרי הדין ההלכתיים: האם 'אופקית' או 'אנכית'?

### עיון בשיטות התוספות והרמב"ם בסוגיות יחיד מומחה, פשרה וקבלת פסולים

הרב מיכאל בריס

ראש מכון משפטי ארץ

מבוא / 179

דיין יחיד מומחה לרבים: שיטת התוספות / 180

דיין יחיד מומחה לרבים: שיטת הרמב"ם / 185

פרשנות הסוגיא (סנהדרין ה, א-ב) לפי תוספות והרמב"ם / 195

משמעויותיה של 'נטילת רשות' לפי הרמב"ם / 198

פשרה וקבלת פסולים: תוצאה או סמכות? / 209

סיום / 220

#### א. מבוא

קיימת אפשרות לסטות מסדרי הדין הקבועים בהלכה באופנים שונים - הן על ידי קבלת הצדדים, והן על ידי מתן רשות מאת גורם סמכותי, ראש הגולה או בית הדין הגדול שבארץ ישראל. מה אופיין של הגמשות אלו, של סטיות אלו מסדרי הדין או ממגבלות של סמכות הנובעות מעיקר הדין? קבלת הצדדים זו מקבלת תוקף בלתי הדיר על ידי מעשה קנין. מה הזיקה בינה לבין הקנין? האם אין בכך קנין דברים?

למעשה יש לראות שתי גישות לשאלות אלה. גישת הרמב"ם, העומדת במוקד הדברים דלהלן, מכירה באפשרות להגמיש את ההליך המשפטי-הלכתי עצמו. עולה מדבריו שניתן להשפיע על סמכותו של הדיין בשני אופנים 'אנכיים'. האחד באופן של שררה. סמכות זו 'יורדת' בקו אנכי ומעניקה בשל כך אפשרויות שאינן קיימות בהליך שיפוטי בלעדית במצב דומה, כגון סמכות לדון, סמכות לכפות התייצבות לדין, וחסינות מפני תביעות במקרים של טעות. ניתן להוסיף על יכולתו של דיין יחיד לדון אם נוספה סמכות על סמכות 'אנכית' זו על ידי נטילת רשות. אופן אחר של הוספה 'אנכית' על סמכותו של הדין מקורו בהחלטת הצדדים. סמכות זו 'צומחת' מלמטה. בכוחה להכשיר דיין יחיד ולפטור מתשלומים בדומה לסמכות של שררה של נטילת רשות; בכוחה גם להכשיר פסולים וקרוכים לדון; בכוחה אף לקבל תוצאות שאינן 'דין תורה' על ידי פשרה (ובלשון הברייתא: ביצוע). שני אופנים אלה

של הוספת סמכות לדיין הם אפוא סימטריים. המשותף לשניהם היא ההבחנה בין משמעותה של הסמכות לבין משמעותו של פסק הדין שניתן מכוח אותה סמכות. לפסק דין תוקף משלו. אין לערב בין כוחו של הדיין (לכפות את בעלי הדין, לחתוך את הדין, ליצור פשרה בין בעלי הדין) לבין כוחו המחייב של פסק הדין אשר בסופו של דבר ניתן. הבחנה זו אינה עיונית בלבד. היא משמעותית מבחינת המסקנות ההלכתיות אשר ניתן להסיק מסוגיית הגמרא.

דברים אלה מודגשים על רקע גישה אחרת, היא שיטת התוספות. לדבריהם הגמשת סדרי הדין היא הסכם בין בעלי הדין, ואינה כרוכה בהסמכה של הדיין. לעתים גמישות זו היא 'אופקית', דהיינו עוסקת ביחסית בין הצדדים לבין עצמם ללא זיקה למושג הסמכות. במקרה של פשרה, בעלי התוספות אף מדגישים שהקנין הנעשה על ידי בעלי הדין פועל במישרין על נשוא התביעה. קנין זה עוקף, למעשה, את ההליך הדיוני הקבוע בכך שהצדדים מקבלים על עצמם את תוצאות ההתדיינות במעשה קנין עצמאי. הכרעת הדין המהותית כשלעצמה אינה כובלת את הצדדים במקרים אלה, שכן היא פגומה מבחינת סדרי הדין או הרכב בית הדין. הכרעה זו משמשת אך קיום של התנאי שבין הצדדים, וקובעת לטובת מי פעל מעשה הקנין. כאשר אין מדובר ב'גמישות' אופקית, דוגמת ההתדיינות בפני יחיד מומחה, סימן הוא שהסמכות קיימת גם ללא הסכמת הצדדים, ומטרת ההסכמה הנוספת היא לשם יתרונות דיוניים אחרים, דוגמת מתן חסינות לדיין למקרה של טעות בדין.

אנו נעקוב אחר שתי גישות אלה בשתי סוגיות עיקריות: הרכב בית הדין ופשרה, ובמקצת גם בקבלת פסולים כדיינים.

### ב. דיין יחיד מומחה לרבים: שיטת התוספות

הרכבו של בית הדין לממונות נקבע במשנה כשלשה.<sup>1</sup> הברייתא מבארת כי למעשה קיימת אפשרות נוספת, והגמרא ממחישה הרחבה זו.

תנו רבנן. דיני ממונות בשלשה ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי.

אמר רב נחמן כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי. וכן אמר ר' חייא כגון אנא דן דיני ממונות ביחידי.<sup>2</sup>

להשוואה זו בין הרכב בית דין של שלושה לסמכות הדיון של דיין יחיד המומחה לרבים, משמעות הלכתית. תוספות למדו מכאן את סמכות הכפייה של דיינים - גם של הדיוטות וגם של יחיד המומחה לרבים. סוגיית הגמרא מראה, לפי תוספות,

1. סנהדרין ב,א.

2. שם ה,א.

שסמכותו של המומחה לרבים כוללת אף את יכולתו לדון ביחידי בכפייה, ומכאן, על דרך ההשוואה, לבית דין של שלושה - שאף הם יכולים לדון בכפייה.

דן אפי' יחיד. ויכול לכוף את האדם בעל כרחו, דאי בדקבליה עילויה אפי' שאינו מומחה נמי, ומכאן דסתם ג' יכולין לדון את האדם בעל כרחו כשאינו רוצה לבא לב"ד דהא ג' במקום יחיד מומחה קיימי.<sup>3</sup>

תוספות מבחינים משום כך בין מקרה בו הנתבע אינו מוכן לרדת לדין כל עיקר, לבין מקרה בו קיימת הסכמה עקרונית להתדיין, אלא שאין הצדדים מגיעים להסכמה בדבר זהות ההרכב אשר ידון אותם.

והא דתנן (שם כג, א) זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד משמע דמדעתו אין בעל כרחו לא, הני מילי בשאומר 'לא אדון לפני זה אלא לפני זה', אבל אם אמר שלא יבא כלל לבית דין או אם [היה הלווה] אינו רוצה לדון כלל בעירו - כופין אותו ודנין אותו בעל כרחו.

טיעון זה של תוספות והמסקנות העולות ממנה - הן לגבי שלושה הן לגבי יחיד מומחה - אומצו על ידי רוב הראשונים, הפוסקים והאחרונים.

כך ברמב"ן -

וכל הנך מילי כששניהם רוצין לבא לב"ד אלא שזה בורר וזה בורר אבל כשאין שניהם רוצין אלא אחד תובע לפני בית דין ואחד מסרב לדון עמו כלל כל שלשה אפילו יושבי קרנות כופין ודנין אותו ודיניהם דין. וכן יחיד מומחה כופה ודן ואע"ג דלא קבלוה[ו] עלייהו כלל, [והכין] שמעתתא דפרק קמא, וכן אמרו בירושלמי 'מומחה שכפף ודן דינו דין', וה"ה לשלשה;<sup>4</sup>

וביד רמ"ה -

אמר רב האי מאן דבעי למידן דינא וכי טעי ליפטר, ואע"ג דלא קבלוה עלייהו בעלי דינין לישקול רשותא וכו', דאי למהוי דיניה [דינא] בלאו הכי נמי כיון דמומחה הוא דיניה דינא דאמרינן לעיל...

נקיטין[נן] השתא מהא שמעתא דלא שנא יחיד מומחה דגמיר וסביר ול"ש ג' הדיוטות דגמירי דינא ולא הו' מומחין דדיני דיני ממונות דיניהו דינא ואע"ג

3. שם ה,א ד"ה דן אפילו יחידי.

4. חידושי הרמב"ן, מהדורת הר"י הלוי ליפשיץ, מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים תש"ל, עמ' ז ד"ה וכל הני מילי; ראה הערה 30 שם.

דלא סמכינן, ואע"ג דלא קבלוניהו בעלי דינין ולא נקיטי רשותא מבי ריש גלותא...<sup>5</sup>

וש"מ דג' הדיוטות שדנו אע"ג דלא קבליניהו עלייהו בעלי דינין דיניהן דין. ודווקא במאן דלא ציית דינא כלל, אבל היכא דניחא ליה לחד מבעלי דינין מעיקרא בדיינא אחרינא לא כופינן ליה למיצת להני לחודיהו אלא זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד ושני הדיינין בוררין להם עוד אחד כדקתני התם בפ' דיני ממונות (כג, א).<sup>6</sup>

בחידושים המיוחסים לר"ן, עקרון זה מושתת גם על גירסת הגאונים בבבלי -

והגאונים ז"ל גרסו 'אי את קרית להו זיל שלים, ואי אינהו קרו לך לא תשלם', כלומר אם את שלחת להם מעצמך וכפית אותם לדין **שהוא** [א] **כוחו של מומחה שהוא רשאי לכוף ולדון**, זיל שלים, אחר שלא נטלת רשות, ואם אינהו קרו לך, כלומר שקבלוהו סתם, לא תשלם...

ולמדנו לפי גרסא זו דיחיד מומחה יכול לכוף ולדון והכי איתא בירושלמי 'מומחה שכפף ודן דינו דין', וכך נראה דג' הדיוטות יכולין לכוף ולדון, דלא אלים יחיד מג' הדיוטות, דכולהו דייני מתקנתא דרבנן.<sup>7,8</sup>

הציטוט מהירושלמי המוזכר בראשונים, הוא מהראשון שבשני מעשים הקשורים למומחה הדין כדיין יחיד -

רבי בא ורבי בנימין בר יפת הוו דיינין קומי ר' יצחק, ונפק דינא עם ר' בנימין. אתא רבי בא בעי מטרוף. על רבי אמי ואלף: 'מומחה שכפף ודן דינו דין'.<sup>9</sup>

העילה של רבי בא אשר ביקש להפרע או להשתפות אינה ברורה די הצורך. ה'פני משה' אף פיסק את מובאה באופן שתביעת רבי בא היתה כלפי רבי אמי - 'מיטרוף על רבי אמי' - כאשר 'על' משמעותו כלפי או 'עליו' -

אתא רבי בא. בעי מיטרוף על רבי אמי.

רצה להקיש [=להקשות?] ולהטריח לר' אמי על שדנו ר' יצחק ביחידי ואלף ליה [=לימדו] ר' אמי דמומחה שכפה לדון לפניו ודן דינו דין ור' יצחק מומחה היה.

5. יד רמ"ה, ה,א, מהדורת זילבר, ירושלים, תש"ס.

6. שם [ו,א].

7. חידושם המיוחסים לר"ן, ה, א ד"ה אי קבלוך עלייה לא תשלם.

8. ראה גם רא"ש סנהדרין א, ב, כלשון התוספות; נמוק"י א, א בדפי הרי"ף ד"ה ומהכא שמעינן.

9. ירושלמי סנהדרין א, א.

אולם נראה שמשמעותה של הבטוי 'על' היא במובן של 'בא', 'עיל' - וכן במהדורות מדוייקות<sup>10</sup> הפיסוק של משפט זה הוא כפי שהובא לעיל: רבי בא מבקש 'לטרוף' את כספו, וזאת משום טענות על סמכותו של רבי יצחק לרון יחידי, אשר דן ככל הנראה מכח היותו יחיד מומחה, וללא הסכמת הצדדים לעצם ההתדיינות. בא רבי אמי ולימד שרבי יצחק פעל בסמכות ופסק דינו תקף.

על כל פנים עולה מדבריהם של הראשונים שהביאו סוגיא זו, שלמדו מתשובתו של ר' אמי שאכן קיימת סמכות ליחיד מומחה לרון בכפייה. למרות תרעומתו של רבי בא, זהו הלימוד שמלמדו רבי אמי - על קיומה של סמכות זו. לדבריהם אכן קיימת סמכות לדיין מומחה יחיד לכפות את בעלי הדין להתדיין בפניו, בכפוף למגבלות העולות מהעקרון של 'זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד'. הוי אומר קיימת סמכות כפייה כאשר צד אינו רוצה לרדת לדין כל עיקר. סמכות זו שונה מהסמכות המודגשת במעשה המובא בהמשך דברי הירושלמי -

רבי אבהו הוה יתיב דיין בכנישתא מדרתא דקיסרין לגרמיה.

אמרין ליה תלמידיו: לא כן אלפן ר' אל תהא דן יחידי?

אמר לון: כיון דאנן [=איננו] חמין מחי לי יתיב דיין לגרמי ואתון לגביי - **כמי שקיבלו עליהן**, ותני כן: 'במה דברים אמורים שלא קבלו עליהן אבל אם קבלו עליהן דן אפילו יחידי'.

נמצא כי קיים צמד אפשרויות של דיין יחיד לרון ביחידי, על ידי כפייה ועל ידי קבלה, אפילו אם זו מתבטאת במעשה ואינה מפורשת באופן מילולי, כמעשהו של רבי אבהו. צמד זה מקביל לדברי הבבלי, אך שונה ממנו. הברייתא שבבבלי קובעת: 'יחיד מומחה דן אפילו יחידי'. כל ענין הקבלה נאמר לענין פטור משלומים למקרה והדיין היחיד יטעה בדינו, כפי שנראה להלן. בירושלמי **קבלת הצדדים** אינה מופיעה לענין פטור משלומים, וגם לא בהקשר של דיון אודות סמכותו של דיין לרון יחידי אלא בהיתר לעשות כן, על מנת שלא יעבור על 'מצוות חכמים': 'דתנינן אל תהי דן יחידי, שאין דן יחיד אלא אחד', וביתר שאת מההקשר בו נאמרו מעשים אלו בירושלמי -

א"ר יהודה בן פזי: אף הקב"ה אינו דן יחידי, שנאמר 'וכל צבא השמים עומדים עליו מימינו ומשמאלו' (מלכים א כב, יט) אילו מטין לכף זכות ואילו מטין לכף חובה...

אמר רבי יוחנן: לעולם אין הקב"ה עושה בעולמו דבר עד שנמלך בבית דין שלמעלן.

10. תלמוד ירושלמי, מהדורת האקדמיה ללשון העברית, ירושלים, תשס"א; אך ראה הערה 32 להקדמה שם, עמ' מד, שהפיסוק לא נעשה על פי כתב יד ליידן.

א"ר לעזר: כל מקום שנאמר 'וה' - הוא ובית דינו ובניין שבכולם 'וה' דבר עליו [=עליך] רעה' (שם, כג).<sup>11</sup>

עקרון זה - המעניק כח כפיית התדיינות ליחיד מומחה ולשלושה הדיוטות כאחד - מוסכם גם להלכה, כשם שהמגבלה העולה מיישוב עקרון זה עם סוגיית 'זה בורר', כפי שקבעו הראשונים הנ"ל.

אין בית דין פחות משלושה, וכל שלושה נקראים בית דין ואפילו הדיוטות והם דנים את האדם בעל כרחו אם הנתבע מסרב לירד לדין או שאינו רוצה לדון עם התובע בעירו, אבל אם רוצה לדון עם התובע בעירו אלא שאינו חפץ בשלושה שבירר התובע אז זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד.<sup>12</sup>

הגר"א אכן מציין כמקור להלכה זו את סוגיתנו על פי פרשנות התוספות -

*והם דנין*. שם [=סנהדרין] ה, [ע"א] ותוס' שם ד"ה דן. דאי בשקבלו אפילו אחד נמי, כמ"ש שם ו' א' ועיין תוס' שם.

נמצאנו למדים, כי לפי עקרון רווח זה של התוספות קיימת סמכות לכפות את בעלי הדין לדון גם ללא כל הסמכה נוספת, פרט לכשרותם של שלושת ההדיוטות או למומחיותו של המומחה לרבים. מבחינה פרשנית, נטילת הרשות שהגמרא דנה במשמעותה בהמשך הסוגיא פוטרת את הדיין היחיד מתשלומים, ואינה קשורה כלל לעצם סמכותו של דיין לדון. מהלך הסוגיא כך הוא -

איבעיא להו, כגון אנא דגמירנא וסבירנא וניקטנא רשותא, אבל לא נקיט רשותא דיניה לאו דינא או דילמא אע"ג דלא נקיט רשותא דיניה דינא.

11. שם; ראה לענין פרשנות הירושלמי והמסקנות העולות ממנו לדינא ראה: ש"ך שם, ס"ק י, הדין במחלוקת **מהרש"ל**, בשו"ת סי' לה, ובעל **שארית יוסף**, סי' יז וב"ח. למהרש"ל אין קבלת הצדדים מתירה אפילו למומחה לדון יחידי. החולקים עליו, לרבות הש"ך, מסתמכים על מעשה זה של הירושלמי, וכן עולה משו"ת **תשב"ץ** א, קס, מהדורת מכון ירושלים, ירושלים, תשנ"ח, עמ' שנה, וכן הכריע **גר"א** חו"מ ג, ג (ס"ק כ) הלומד מכאן שקבלה, ולכאורה אף קבלה מכלל לא כמו המעשה שבירושלמי כפי שהבין מרן הראי"ה זצ"ל **בבאר אליהו** כאן, מועילה אף **בהדיוט** לדון לכתחילה. אולם מהרש"ל מסתמך על דברי הרמב"ם שאכן לא הביא סייג זה למצות חכמים' לא לדון יחידי, ראה להלן הערה 31, ואדרבה הביאה ללא זיקה לשאלת כשרות הדין, ומכאן שחלה אף על מומחה לרבים ואף במקום שהצדדים קבלו את הדיין לדון יחידי. על כרחנו מהרש"ל מפרש את הירושלמי לענין כשרות הדין ולא לענין האיסור לדון יחידי, ושמא מהרש"ל סובר שרבי אבהו לא היה מומחה לרבים, ולכן לולא קבלת הצדדים לא יכול היה לדון יחידי, והירושלמי נקט 'אל תהי דין יחידי', אך כוונתו לעצם הדין המצריך הרכב של שלושה ולא רק למצות החכמים בענין זה.

12. **שו"ע** חו"מ ג, א; ראה שנויי נוסחאות, מהדורת מורשה להנחיל, ירושלים, תשנ"ב.



ת"ש דמר זוטרא בריה דר"נ דן דינא וטעה. אתא לקמיה דרב יוסף. א"ל אם קבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים.  
ש"מ כי לא נקיט רשותא דיניה דינא ש"מ.<sup>13</sup>

עולה מהסוגיא, כי הצדדים לא היו חייבים לקבל את מרותו של מר זוטרא בריה דרב נחמן. גם ללא קבלתם זו היה פסק דינו תקף. כך מדגישים ראשונים אלה -

ואי לא קבלוך עלייהו כלל אלא שדנתם אותם בעל כרחם זיל שלים. ומיהו דיניה דינא כיון שגמיר וסביר אע"ג דלא נקיט רשותא.<sup>14</sup>

נטילת רשות וקבלת הצדדים שקולים הם, אפוא. שניהם אינם נצרכים לתוקפו של פסק הדין ואף לא ליכולתו של הדיין לכפות התייצבות על בעלי הדין בדיין מומחה לרבים. תפקידם הוא לפטור את אותו הדיין מתשלום במקרה וטעה.

### ג. דיין יחיד מומחה לרבים : שיטת הרמב"ם

גם הרמב"ם הביא את מסקנת הגמרא, שנטילת רשות אינה נצרכת על מנת להכשיר את דינו של המומחה לרבים, שכן מנה את נטילת הרשות כמכשיר דיון ביחידי בנפרד מהמומחה לרבים -

אחד שהיה מומחה לרבים או נוטל רשות מבית דין הרי זה מותר לו לדון יחידי.<sup>15</sup>

ועם זאת, דברים אלו מחודשים, שהרי לדבריו נטילת רשות איננה מצטמצמת לחסינות מפני טעותו של הדיין היחיד. חידוש זה אינו עולה ממהלך הסוגיא. הרמב"ם מייחס לנטילת רשות גם הוספת סמכות לדיין היחיד. אולם, מה מקורו של הרמב"ם לכך שנטילת רשות מספקת על מנת להכשיר דיין מומחה שאיננו מומחה לרבים כדי לדון יחידי? מהלכה זו עולה גם, שהרמב"ם לא יסכים למסקנת התוספות לגבי דין בכפיה. לפי הרמב"ם, אין למומחה לרבים סמכות לכפות כל עוד לא נטל רשות -

וכל דיין הראוי לדון **שנתן לו ראש גלות רשות** יש לו לדון בכל העולם כולו **אע"פ שלא רצו בעלי דיניו** בין בארץ ובין בחוצה לארץ, אע"פ שאינו דן דיני קנסות.

13. לעיל הערה 2.

14. **פסקי הרא"ש**, סנהדרין א, ב; על פי תוד"ה ואי לא זיל שלים, שלא כרש"י שפירש 'ואי לא כגון דאמרי ליה דיינת לן דין תורה'.

15. **רמב"ם** סנהדרין ב, יא.

כל דיין הראוי לדון שנתנו לו בית דין שבארץ ישראל רשות לדון יש לו לדון בכל ארץ ישראל ובעיירות העומדין על הגבולין אע"פ שלא רצו בעלי דינין.

אבל בחוצה לארץ אין רשותן מועלת לו לכופ בעלי דינין, אע"פ שיש לו לדון דיני קנסות בחוצה לארץ. אינו דן אלא למי שרצה לדון אצלו אבל לכופ את בעלי דינין ולדון להם אין לו רשות עד שיטלו רשות מראש גלות.<sup>16</sup>

אמור מעתה, יחיד מומחה שלא נטל רשות, אינו יכול לחייב מי מהצדדים להתייבב לפניו בעל כרחו. כח הכפייה לא ניתן למומחה לרבים. וכבר עמדו ראשוני האחרונים על מחלוקת זו שבין הרמב"ם לבין תוספות והרא"ש, ביניהם הלחם משנה -

ואין כן דעת התוס' והרא"ש שכתבו על ההיא דת"ר ואם היה מומחה לרבים דן ואפילו יחידי דמכאן משמע דיחיד מומחה יכול לכופ את האדם לדון לפניו בע"כ. [משמע] דאפילו דלא נטל רשות יכול לכופ את האדם לדון לפניו. ואמת הוא שחילקו בין היכא דאומר לא אדון בפני זה אלא בפני זה להיכא דאומר לא אדון כלל. אבל רבנו [=הרמב"ם] מדלא חילק משמע דס"ל דבכל ענין יחיד מומחה אינו יכול לכופ את האדם לדון בעל כרחו דהא ודאי במומחה איירי וזהו שכתב 'ראויין לדון'... עכ"פ למדנו מדבריו דהיכא דרוצה לבא לדיין אינו יכול לכופ את האדם לדון לפניו. וזה פשוט בדברי רבינו;<sup>17</sup>

והב"ח -

ודקדק רבינו [=הטור] בסוף לשונו שאמר 'ויכול לכופ האדם לדון לפניו בעל כרחו' לומר שזה מוסכם הוא, דלא כהרמב"ם דס"ל ביחיד מומחה אינו יכול לכופ לדון כלל אלא יכול לכופ כדעת התוספות ריש סנהדרין וכן כתבו כל המחברים. ודעת הרמב"ם בטילה ברוב בדין זה בלבד ולפיכך כתב רבינו בסתם דיכול לכופ ולא חשש להזכיר דעת הרמב"ם החולק.<sup>18, 19</sup>

16. שם ד, יד. ראה גם פיהמ"ש לסנהדרין ג, א: 'שזה המומחה דלא נקיט רשותא אין לו לכופ בעלי דינים לדון לפניו, אלא שאם דן אותם דינו קיים עליהם'. לפי טיעוננו להלן עמ' 188 ואילך, נראה שאין כוונתו שאם דן אותם בכפייה דינו דין, אלא שהמשנה עוסקת בתוקף של פסק דינו בלבד.

17. רמב"ם שם, יג-יד; ושם הקשה על הטור שלא פירש כן בדברי הרמב"ם.

18. ב"ח חו"מ ג, ה; ראה כנסת הגדולה לב"י חו"מ ג, ג (שיטה לו) המביא מחלוקת בכוונת דברי הרמב"ם, שהבין בדעת מהרש"ך א, מו 'דבכל גוונא ס"ל להרמב"ם ז"ל דיחיד מומחה כופה את האדם לדון לפניו אפילו אם ירצה לדון בפני אחר', ודעה זו צריכה לכאורה עיון: גם ייחס ללחם משנה פרשנות ברמב"ם כמו התוספות 'שדעת הרמב"ם היא דכשהנתבע מסרב לבוא לדין יכול המומחה [לכופו] בע"כ', וג"ז צ"ע עיי"ש. דעת שו"ת מהרשד"ם חו"מ ב, ואחרים 'שדעת הרמב"ם ז"ל דיחיד מומחה אפי מומחה לרבים אינו דן בכפייה כלל' (ולכאורה עולה מהרשד"ם שיש אפשרות שיחיד מומחה סמוך יוכל לכפות בנסיבות מסוימות, ויש לעיין בכך).

19. גם דרך אחרת לב"ח בשיטת הרמב"ם, שו"ת ב"ח (ישנות) מ: 'מיהו אפשר לפרש הרמב"ם

כיצד מתמודד הרמב"ם עם טיעונם של התוספות - אשר הוכחתם התקבלה ורווחת, כפי שנזכרו לראות? אכן התומים נחלק על הלחם משנה, הן משום משמעות הגמרא - העוסקת בפטור ולא בסמכות לדון בכפייה - והן משום שהרמב"ם השווה בין היחיד המומחה לבין מי נטל רשות.<sup>20</sup> התומים מסתמך על פירוש המשניות לרמב"ם וסבור שגם הרמב"ם מודה להוכחה של תוספות, אלא שהמסקנה תקיפה רק לגבי יחיד 'מומחה לרבים' במובחן 'מומחה' סתם.

ויש כאן ג' בבי: מי שהוא גמיר ולא סביר זהו אינו בגדר מומחה כלל ואפי' נט"ר מר"ג לא מהני לדון בע"כ; ואי גמיר וסביר רק לא מפורסם ואתמחי כן לבני אדם זהו הנקרא מומחה וא"י לדון בע"כ אם לא נט"ר מר"ג; אבל אם נתפרסם לרבים המחאתו זהו נקרא מומחה לרבים ויכול לדון בע"כ אפילו בלי נט"ר כלל. וכן אמרו בגמרא 'ואם היה מומחה לרבים' דווקא - דן אפילו יחידי.<sup>21</sup>

צודק התומים בכך שהרמב"ם אכן הבחין בין שלושה סוגי מומחים, על פי מידת ההכרה במומחיותם.<sup>22</sup> אולם הקושי בדברי התומים נעוץ בכך שבהלכה זו במשנה תורה הרמב"ם אינו מבחין בין סוגי המומחים **לגבי ההלכה של כפייה**<sup>23</sup> - ופשטות לשון הרמב"ם מורה שרק נטילת רשות מראש הגולה או מבית דין שבארץ ישראל מקנה סמכות זו לדיין יחיד לכוף. לדברי התומים מהלכם של תוספות והרא"ש מפורש בדברי הגמרא עצמה, כפי שראינו, ועל כן הוא מפרש את דברי הרמב"ם בכפוף לפרשנותם זו. אלא שקשה להוציא את דברי הרמב"ם מפרשטם. אם נבקש לסטות בדברי הרמב"ם מפרשנותם זו של התוספות נאלץ לשאול: מה אכן מקורו של הרמב"ם? מדוע הוא אינו מקבל את הוכחתם ומסקנתם של בעל התוספות?

דסבירא ליה דמומחה יכול לדון [=ר"ל בכפייה, מ"ב] אפילו לא נטל רשות מר"ג והוא דפ"ד אינו אלא לומר דאינו יכול לכוף לענין שלא יצטרך לשלם אם טעה אבל אם לא טעה דינו דין ויכול נמי לכוף וכן נראה לי עיקר כדעת [=בדעת?] הרמב"ם, וכ"כ שם קכא; בכך אכן מיישב הב"ח את דברי הרמב"ם עם מהלך הסוגיא **כפי שלמדוהו תוספות**: תפקיד הרשות נוגע לדיני הפטור מתשלומים. אלא שהבנה זו אינה מתאימה לפשט לשון הרמב"ם: 'יש לו לדון אע"פ שלא רצו בעלי דינין', 'אינו דן אלא למי שירצה לדון אצלו'. כך גם ההקשר של כל פרק ד' אינו מתאים לענייני פטור מתשלום, וענין הפטור מתשלומים עולה רק שני פרקים לאחר מכן. השווה דבריו בדעת הרמב"ם שם נט: 'היכא דאינו סמוך כל עיקר אינו דן בכפייה' לדעת הרמב"ם'.

20. לעיל הערה 15.

21. **אורים ותומים**, תומים, כה, ח, על פי רמב"ם **פירוש המשניות**, סנהדרין ג, א.

22. ראה להלן, עמ' 200.

23. גם בפירוש המשניות בו אכן דן בשאלת הכפייה, זהו לענין נטילת הרשות ולא לענין כפייה, כמו במשנה תורה: 'שזה המומחה דלא נקיט רשותא אין לו לכוף בעלי דינים לדון לפניו, אלא שאם דן אותם דינו קיים עליהם'. האם כוונתו כמו הב"ח, להלן הערה 28, המפרש את דברי הרמב"ם בהלכות סנהדרין ו, ג בדיין שכפה את עצמו על הצדדים?

ברור אפוא, שהרמב"ם מבחין בין שני מושגי כפייה: הכפייה להתייצב לדין; הכח הכופה לציית לפסק דין תקף. אין לערב בין שני מושגים אלה של כפייה - ומשום כך הרמב"ם אינו מקבל את הוכחתם של התוספות. גם אם הצדדים 'קבלו עליהו' לדון אצל דיין פלוני, לא היה די בכך כשלעצמו כדי להכשיר את חוות דעתו של הדיין היחיד בתור פסק דין תקף אלולא דרשת הכתוב 'בצדק תשפוט עמיתך'.<sup>24</sup> רק כשרות הדיון בפני דיין יחיד, ולמעשה בפני דיין המומחה לרבים, מעניקה לחוות דעתו זו מעמד של 'פסק דין' אשר חייבים בעלי הדין לציית להוראותיו. התייצבות הצדדים מרצון אין די בה. הדברים נכונים גם לאידך גיסא. לא כל דיין היכול להוציא פסק דין תקף מתחת ידיו - אף פסק דין כזה אשר יכפוהו על הצדדים לאחר הנתנו - רשאי לכפות התייצבות על בעל דין להתדיין בפניו. כפיית תוצאת ההתדיינות נגזרת מתוקפו של פסק דין. כפיית התייצבות לדין יונקת את כוחה מסמכותו של הדיין ומשררתו על הציבור. הרמב"ם למד שסמכות ושררה אלו נעוצות ברשות שמקבל הדיין. לעומת זאת, כוחו הכופה של פסק דין נגזר מתקיפותו של הפסק, ולא מסמכות חיצונית הניתנת לפוסק. אמנם תקיפות זו אינה נבחנת לפי תוצאות הדין בלבד, אלא גם לפי כשרות בית הדין. בית דין פסול אינו יכול להוציא פסק דין כשר ומחייב, כל עוד לא הוכשר על ידי הצדדים. הרמב"ם סבור כי רק לענין כח כפייה של פסק הדין הושוו יחיד מומחה לג' הדיוטות, ולא לעניין סמכות ההתייצבות בפניהם לדין.<sup>25</sup> דינו של יחיד מומחה נחשב דין, וככזה תוצאתו מחייבת את שני הצדדים. לא נאמרה בהלכה זו מאומה על סמכות כפיית התייצבות על בעלי הדין.

התוצאה של הבחנה זו היא דחיית מסקנתם של תוספות לגבי סמכות הכפייה. הגמרא לא העניקה סמכות כפייה לדיין יחיד - גם לא למומחה לרבים. וכפי שכותב הרמב"ם עצמו בפירוש המשניות -

אלא שזה המומחה דלא נקיט רשותא אין לו לכוף בעלי דינים לדון לפניו,  
אלא שאם דן אותם דינו קיים עליהם.<sup>26</sup>

ניתן להבין את הסיפא של דבריו כעוסקת במצב ש'בדיעבד': אם הדיין עבר ותקף את בעלי הדין ודן אותם בעל כרחם אזי דינו דין; כך הובנו דבריו לגבי טעות הדיינים -

24. ויקרא יט, טו; רמב"ם שם ב, י.

25. השווה ש"ך חו"מ ג, ח: מ"ש הטור שמדברי הרא"ש יראה שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטות לכל דבר. לפע"ד ליתא, דלא הוה הרא"ש יחיד מומחה לג' הדיוטות רק לענין דין, ולא לענין הודאה. על משקל זה ניתן לומר שלא השוותה הברייתא יחיד מומחה לג' הדיוטות כי אם לענין תוקף פסק הדין, ולא לענין כפייה להתייצב לדין.

26. לעיל הערה 21.

היה הטועה מומחה בית דין ולא נטל רשות ולא קבלו אותו בעלי דינין עליהן... וטעה בשיקול הדעת, אם נשא ונתן ביד **מה שעשה עשוי** וישלם מביתו...<sup>27</sup>

וכפי שמבאר הב"ח -

והלא לדעתו אפי' הוא [מומחה] אינו יכול לדון בע"כ א"כ נטל רשות מר"ג כמ"ש בפ"ד, אלא ודאי איירי היכי דעביד ודן בכפייה.<sup>28</sup>

קיים קושי מסויים בכך שלפי פרשנות זו, עולה האפשרות שמר זוטרא בריה דרב נחמן דן בעל כרחם של הצדדים, מבלי שנטל רשות. רב יוסף אינו מביע על כך פליאה, אלא רק מברר 'אם קבלוך עלייהו... ואי לא'.<sup>29</sup> משמע שלא היה הדבר יוצא דופן, ואינו בדיעבד בלבד.

אולם לענ"ד יש להבין את דברי הרמב"ם בדרך אחרת: אם היחיד דן אותם - ללא כפייה אך ללא שהכשירו אותו הצדדים באופן מפורש - אזי דינו דין ומחייב את הצדדים. בהעדר כפייה אין מניעה מיחיד מומחה לדון, ודינו מחייב ככל פסק דין כשר, משום גזירת הכתוב 'בצדק תשפוט עמיתך'. קיים 'מרווח' בין העדר כפייה לבין קבלה. 'קבלה' מכשירה פגמים, ואיננה מציינת את המקרה הרגיל בו שני צדדים מתדיינים בפני הדיין מרצון בלא שהם 'קבלו על עצמם', קרי הכשירו, את פגמיו של הדיין או פטרו אותו מחבות במקרה והוא יטעה. קיומו של מרווח זה, אפוא, הוא מוקד המחלוקת בין תוספות והרמב"ם. לפי תוספות התדיינות מרצון משמעה

27. רמב"ם שם ו, ג.

28. **שו"ת ב"ח** (ישנות) מ, נט, קכא; אף שהוא עצמו מפרש באופן אחר, שכן הוא סבור 'דבהרמב"ם עיקר הפירוש דמומחה יכול לדון בע"כ אפילו לא נטל רשות', עמדתו זו נובעת במפורש מכך שהוא מיישם את טיעונם של התוספות בדברי הרמב"ם, ראה לעיל הערה 19. על אפשרות לדון בעל כרחם של הצדדים, בין אם בהעדר קבלה כלל ובין אם בהעדר קבלה ספציפית של דיינים אלו (שאינם ממונים לכך) ראה גם **חידושים המיוחסים לר"ן**, סנהדרין ו, א בשם 'איכא דמתרין': שהם הסכימו שניהם לעשות פשרה ביניהם... כשקנו מהן שיעשו פשרה ביניהם או אין יכולים לחזור בבם, ואם יבואו שנים ויאמרו הפשרה ביניהם, אף על גב דלא קבילו עלייהו פשרתם פשרה, כי היכא דבדין אם אתו תלתא הדיוטות ודנו שדיניהם דין אף על גב דלא קבילו עלייהו. שם נדחו הדברים, אך לאו דווקא מהקושי שבסברא זו, ראה גם **מרכבת המשנה**, לרמב"ם סנהדרין כב, ז [=1]. עם זאת קיים חיזוק לדברי הב"ח בפיהמ"ש לרמב"ם, סנהדרין ג, א: 'ואם בעלי הדין לא ביררו אתום הדיינים ולא מינו אותם עליהם אלא הם מעצמם העמדו את עצמם לדון את בני אדם כו', אך אין מדובר שם בכפיית התייצבות אלא בדרכי הקמתו של בית הדין, ואדרבה מכאן מוכח שקיימת התייצבות לדין שאינה בבחינת קבלה מפורשת שבעלי הדין מקבלים את הדיין.

29. **סנהדרין ה, א**; ושם במעשה של רבה בר חנה שהוא המקור להלכה זו: **כסף משנה** על אתר. לפי גירסת הרי"ף: רבה בר רב הונא, כבהמשך שם.

שהצדדים קבלו את הדיין עליהם והכשירו בכך כל פגם דיוני. לרמב"ם אין משמעות כזו. גם אם הצדדים מתדיינים מרצון, יש לבחון את כשרותו של הדיין לדון. לאור זאת, יש לקרוא את דברי הרמב"ם בענין טעות הדיין לא לענין דיין שעבר ודן בכפייה אלא באופן אחר –

היה הטועה מומחה, ולא נטל רשות ולא קבלוהו בעלי דין - ובכך לא פטרו אותו מחבות במקרה של טעות (בין מכוחו של ראש הגולה ובין מכח הצדדים שהתנו כן במפורש), אלא שדן את הצדדים ללא כפייה, ככל דיין מומחה לרבים שלא נטל רשות מראש הגולה - אם נשא ונתן ביד מה שעשה עשוי וישלם מביתו וכו'.

הוא אומר: אפשר ליצור פסק דין מחייב גם ללא סמכות כפיית התייצבות. זו משמעות הברייתא 'אם היה מומחה לרבים דן' (אך לא כופה דיון) אפילו יחידי. מעתה, גם סוגיית הירושלמי שהובאה לעיל, מתפרשת באור חדש.

רבי אבהו הוה יתיב דיין בכנישתא מדרתא דקיסרין לגרמיה. אמרין ליה תלמידיו לא כן אלפן ר': 'אל תהא דן יחידי?' אמר לון: כיון דאנן [=אינון] חמי לי יתיב דיין לגרמי ואתון לגביי - כמי שקיבלו עליהן, ותני כן 'במה דברים אמורים שלא קבלו עליהן אבל אם קבלו עליהן דן אפילו יחידי'.<sup>30</sup>

ההקשר הכללי של דברי הירושלמי שם עוסק באיסור לדון יחידי, כפי שראינו וכפי שהרמב"ם עצמו מביא הוראה זו של חז"ל, בסיפא של ההלכה המכשירה את המומחה לדון יחידי -

ואע"פ שהוא מותר, מצות חכמים היא שיושיב עמו אחרים. אמרו חכמים 'אל תהי דן יחידי, שאין דן יחידי אלא אחד'.<sup>31</sup>

אולם הירושלמי הבחין בין קבלת הצדדים לבין אי-קבלה. רבי אבהו ראה בהתייצבותם של בעלי הדין כעין מעשה של קבלת הדיין, אף אם זו לא נאמרה בפירוש. בכוחה של 'קבלה' זו להתיר לדיין יחיד לדון, על אף ההוראה לדון יחידי. האם בכוחה גם להכשיר פגמים פרוצדורליים של ממש? דעת השבות יעקב היא להבחין בין שני אופני קבלה אלה, ולהצריך קבלה של ממש על מנת להכשיר פסולים ממש.

30. לעיל הערה 9.

31. לעיל הערה 15; אך לא הביא את החידוש של רבי אבהו ושל הברייתא המובאת על ידו, לפיו קבלת הצדדים פוטרת את האדם מ'מצות חכמים' זו, וממילא לא ציין גם את מעמדה של 'קבלה שבשתיקה', כמו המעשה שבירושלמי.

בהא דר' אבהו דדן ביחידי ואמ' 'כיון דאתי' לקמיה כמאן דקבלהו עלייהו דמי', זה קאי דוקא איחיד מומחה דמותר לדון ביחידי אלא שמצות חכמים שיושיב עמו אחרים מ"מ כל שבאו לפניו מקרי קבלה, משא"כ בשנים או אחד שאינם מומחי' או תלתא דלא גמירי כלל דפסילי לדין מדינא צריך קבלה בפירוש כמו בקיבל עליו קרוב או פסול, וכך משמעו' לשון הפוסקים.<sup>32</sup>

לפי גישה זו יש להדגיש בדברי רבי אבהו 'כמי שקבלו עליהן', במובן של דמיון בלבד, ולא זהות בין המעשה לבין קבלה מפורשת. אם כן, זהו אכן 'המרווח' שזיהינו קודם בדברי הרמב"ם. התייצבות לדין מהווה 'קבלת הצדדים', המשקפת את רצון הדיינים לדון בפני הדיין היחיד, ואשר בכוחה אף לסלק את האיסור לדון יחידי לפי הירושלמי. עם זאת, אין היא משמשת קבלה המכשירה את פגמי הדין או את הדיינים הפסולים. אם כך הדבר, אין כל מקור לומר שדיין יחיד יכול לכפות את התייצבות בעלי הדין. תוספות הסיקו זאת רק משום שהניחו שהעדר קבלה, המוכרח בברייתא לדעתם לפי העניין, משמעה כפייה. לרמב"ם אין לכך אחיזה. העדר קבלה משמעה העדר הכשרת פגמים דיוניים אך תוך התדיינות מרצון, ללא כפייה.

גם מסקנתם האחרת של התוספות - המבחינה בין נתבע המסרב לרדת לדין לבין נתבע המוכן לרדת לדין, ואך נחלק עם בעל דינו לגבי זהות הרכב בית הדין - מקבלת פנים חדשות בשיטת הרמב"ם. אכן גם הרמב"ם מודה שאין אפשרות לכפות אחד מבעלי הדין להתייצב בפני דיין יחיד שאין המתדיין רוצה בו. ההבדל בין הרמב"ם לתוספות הוא ביסוד של הלכה זו, ומכאן גם להבדל בהיקפו. לתוספות קיימים שני כללי הכרעה שונים לפיהם יש לקבוע אם ניתן לכפות את בעל הדין להתייצב בפני הדיין. כללים אלה נגזרים מהסוגיות השונות, זו המכשירה דיין מומחה לרבים וזו הקובעת כי 'זה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד'. כלל אחד מתייחס למצב בו הנתבע מוכן לרדת דין, אלא שאינו מקבל את בחירת הדיינים של התובע. כלל אחר מתייחס למצב בו הנתבע מסרב לרדת לדין כל עיקר. כללים אלה נגזרים משתי סוגיות שונות, זו שבפנינו וזו שבפרק זה בורר. אולם לרמב"ם ייתכן וניתן לראות בכלל הראשון המשך של ההלכה השוללת כפייה מדיין יחיד בכל ענין. הרמב"ם דקדק בכך בלשונו -

32. שו"ת **שבועת יעקב** א, קלו, ולמרות שלדבריו חולק על פרשנותו של **כנסת הגדולה** לטור חו"מ ג, טו, שלמד מהירושלמי להכשיר קבלת פסולים על ידי התייצבות לדון, הרי שבכנה"ג כתב שם: 'ומיהו נהי דאם באים לפניו מהניא קבלה זו לדון יחידי, אבל לענין קרוב או פסול בעינן קבלה בפירוש', ויש לעיין בכוונתו. ראה גם כנסת הגדולה שם, כג (שיטה לג) המפרש שדעת הטור להבחין בדעת הרמב"ם בין יחיד מומחה לרבים - רשאי לדון יחידי על כל פנים אם קבלוהו הצדדים, לבין יחיד מומחה אשר נטל רשות, עליו חלה מצות חכמים לא לדון יחידי, ומפרש את הירושלמי בהתאם - שרבי אבהו היה מומחה לרבים, ולכן כאשר התייצבו לפניו לא היתה מניעה לדון יחידי מכיון שבאו מרצונם לדון לפניו. פשט הירושלמי לכאורה אינו מבחין כך.

אחד מבעלי דינין שאמר 'איש פלוני ידון לי' ואמר בעל דינו 'פלוני ידון לי', הרי אלו שני הדיינים שברר זה אחד וזה אחד בוררין להן דייין שלישי, ושלשתם דנין לשניהם, שמתוך כך יצא הדין לאמתו. **אפילו היה האחד שבררו בעלי הדינין חכם גדול וסמוך אינו יכול לכוף את בעל דינו שידון אצל זה, אלא גם הוא בורר מי שירצה.**<sup>33</sup>

הלכה זו ממשיכה את ההלכה השוללת את סמכות הכפייה מדיין יחיד שלא נטל רשות. גם כאן אין הסמיכה כשלעצמה מעניקה סמכות כפייה זו, כשם שאין מעלתו של הדיין כחכם גדול מעניקה סמכויות. הרמב"ם אינו תוחם בין שתי הלכות אלו כפי שעשו תוספות. אולם אם נפרש את דבריו לגבי יחיד מומחה<sup>34</sup> באופן דווקני, עולה שהרמב"ם חולק על התוספות בשתי נקודות. ראשית, אין הרמב"ם שולל את האפשרות כי תובע יכפה את הנתבע להתדיין בפני יחיד מומחה אשר אכן נטל רשות - גם במקום בו מוכן הנתבע לרדת לדין בפני דייין אחר. יחד עם זאת, אין כאן כל מקום להבין בדבריו שקיימת אפשרות לכפות נתבע לדון בפני יחיד מומחה שלא נטל רשות גם כאשר הלה אינו מוכן לרדת עמו לדין כלל. בכך יש להצדיק את הרישא שבדברי הטור, אשר הבין שנקודה זו שנויה במחלוקת בין הרמב"ם לבעלי התוספות. לאחר שהביא את דבריו אלה של הרמב"ם, הוסיף הטור -

ואני כתבתי למעלה שהמומחה דן את האדם בע"כ.<sup>35</sup>

דהיינו, קיימת מחלוקת בין קביעתו של הרמב"ם שאין למומחה סמכות כפייה לבין פסיקת הטור אליבא דהתוספות, שקיימת סמכות כזו כאשר אין הנתבע רוצה לרדת לדין. לעומתו, הב"ח מוכן להעמיד את דברי הרמב"ם באוקימתא, לפי פרשנות התוספות -

דיש לתמוה דכיון דכתב [=הטור] בסי' ג' דווקא כשאומר לא אדון בפני שום אדם, התם הוא דהמומחה דן בכפייה. אבל בזה אומר פלוני ידון לי וזה אומר פלוני ידון לי אין לכופו. וכך הם דברי התו' רפ"ק דסנהדרין וכ"כ בסמ"ג ואשר"י והר"ר ירוחם ומרדכי ואגודה וכ"כ בהגהות אשר"י פ' ז"ב. לפי זה אין כאן השגה על דברי הרמב"ם דמיירי ברוצה לדון אלא שאינו רוצה לבא לפני החכם שבירר לו התובע.<sup>36</sup>

[גם הטור שבפנינו מעמיד לכאורה את דברי הרמב"ם באוקימתא, על מנת ליישבו עם האפשרות של כפייה על ידי דייין יחיד מומחה. לאחר שהביא את דברי הרמב"ם הנ"ל, הוסיף -

33. רמב"ם שם ז, א.

34. לעיל הערה 16.

35. טור חו"מ יג, ו.

36. שו"ת ב"ח (ישנות), נט.



ואיפשר לומר שדעת הרמב"ם ז"ל אינו אלא דוקא כשבירר כבר אחד, דאז אינו יכול לכוף חבירו דאל"כ לא היה הדין שוה דכמו שבירר האחד כן יש לו לחבירו לברור אחד אם ירצה, אבל כל זמן שלא נברר האחד כן יש לו לחבירו לכוף שניהם לדון לפניו.

מלבד הקושי הפרשני להעמיד את דבריו של הרמב"ם במציאות זו, וכן בהבנת ההגיון הפנימי של האוקימתא, כלל אין וודאות כי אלו דבריו של הטור עצמו.<sup>37</sup>

אולם לפי דברינו, אכן נחלקו הטור והרמב"ם. הטור מאמץ את הבחנת התוספות בין שני כללי ההכרעה: אם הנתבע רוצה להתדיין, אין לכפות עליו הרכב מסויים בניגוד לרצונו (פרט לסייגים שנאמרו בהלכה זו: שוויון במעמד ההרכבים, וודאות שאין דבריו לשם התחמקות בלבד וכו'). כאשר אין בעל הדין מסכים להתדיין, הרי שאז ניתן לכפותו לדין בין על ידי יחיד מומחה לרבים ובין על ידי שלושה הדיוטות. המשמעות ההלכתית לפי הרמב"ם היא כפולה: סמכות הכפייה של דיין יחיד מומחה לרבים אינה תלויה בשאלת רצונו של בעל הדין להתדיין בפניו. כאשר דיין כזה נטל רשות, אזי הוא רשאי לכפות התייצבות על מי מבעלי הדין גם אם הלה מעוניין להתדיין בפני דיין אחר. מאידך, לא קיימת אפשרות לכפות בעל דין להתייצב לדין בפני יחיד מומחה לרבים שלא נטל רשות בשום ענין - גם לא במקרה שאין בעל הדין מוכן לרדת לדין. לגבי כפיית התדיינות בפני שלושה, נדון בסמוך.

מסקנות אלה מסתמכות, כאמור, על ההבחנה בין כפיית התייצבות לדין לבין כוחו הכופה של פסק דין כשר ותקף. נראה שהבחנה זו כלולה בהבחנתו הידועה של הרמב"ם לגבי יחיד מומחה בין כשרות לדון לבין שם 'בית דין' -

אחד שהיה מומחה לרבים או נוטל רשות מבית דין הרי זה מותר לו לדון יחידי  
**אבל אינו חשוב בית דין.**<sup>38</sup>

רמב"ם עצמו הדגיש את המשמעות של קביעה זו לגבי הודאות בעל דין, והחזקתו ככפרן. וגם כאן מדגיש הרמב"ם את ההבחנה בין הלכה זו לבין סמיכה, בין בכך שסמיכת יחיד אינה מספקת על מנת לכפות ובין בכך שמושג בית הדין בשלושה אינו תלוי בסמיכה.

37. אכן הב"ח על אתר משיג: 'ומה שנמצא במקצת ספרי רבינו 'ואפשר לומר שדעת רבינו אינו אלא כשבירר כבר האחד וכו' אין לחילוק זה שורש בהלכה. גם אי אפשר לפרש כך דעת הרמב"ם שהרי לדעתו לעולם אין המומחה דין בכפייה אלא אם כן דנטל רשות מריש גלותא אי נמי בארץ ישראל כדפרישית. וקבלתי דהאי 'ואיפשר וכו' הגה"ה הוא מאיזה תלמיד ואינו מדברי רבינו; ראה מהדורת מכון ירושלים (ירושלים, תשנ"ג), הגהות והערות אות כג.

38. לעיל הערה 15.

יחיד שהוא מומחה לרבים אע"פ שהוא דן דיני ממונות יחידים אין ההודאה בפניו הודאה בבית דין, ואפילו היה סמוך. אבל שלשה, אע"פ שאינן סמוכין והרי הן הדיוטות ואין אני קורא בהם אלהים הרי ההודייה בפניהם הודייה בבית דין...

כללו של דבר הרי הן לענין הודאות והלואות וכיוצא בהן כבית דין הסמוכין לכל דבריהם.<sup>39</sup>

סמכות כפיית התייצבות היא מסמכויותיה של בית דין ואף אינה צריכה קבלת רשות.<sup>40</sup> לגבי סמכות בית הדין לכפות על בעלי דין להתייצב לפניו, פסק הרמב"ם -

**שליח בית דין** שאמר: 'פלוני שלחני' בשם אחד מן הדיינים ולא רצה בעל הדין לבוא, אין כותבין עליו פתחא של שמתא עד שיאמר משם שלשתן. במה דברים אמורים שהלך שליח ביום שאינו ידוע לשיבת הדיינים אבל ביום הידוע שהדיינים יושבין בו לדין הכל יודעין שכל הדיינים מקובצין בו ואע"פ שבא השליח בשם אחד כאלו בא בשם שלשתן.<sup>41</sup>

מכאן יש לומר, שרק בית דין יכול לכפות התייצבות ללא נטילת רשות. הזמנת בעל דין בשם דין אחד אינה מחייבת את בעל הדין, אף אם אותו דין הוא מומחה לרבים. לא ניתנה לו סמכות שכזו. האם שיטת הרמב"ם כאן חופפת לזו של בעלי התוספות לענין כפיית התייצבות על ידי שלושה הדיוטות? ראשית, תוספות סייגו הלכה זו לפי שיטתם שכפייה מוגבלת למקום בו בעל דין אינו מוכן כלל להתדיין. ברמב"ם אין זכר להסתייגות זו, ונראה שהוא חולק עליה. זאת ועוד, כלל לא ברור שהרמב"ם יעניק סמכות כפייה לשלושה הדיוטות כלשהם. לשון ההלכה מורה כי מדובר בסמכות הנתונה לבית דין קבוע אשר יש לו שליח ידוע וימים ידועים לשיבת הדיינים, שאף הם ידועים. הגיונה של קביעה זו הוא בכך שכפיית התייצבות נובעת

39. רמב"ם שם ה, יח.

40. נחלקו הראשונים אם כלל יש משמעות לנתינת רשות לבית דין של שלושה. דעת בעל המאור היא 'דלא אשכחן מינקט רשותא וקבלה אלא בדיין יחיד' (סנהדרין יא, א בדפי הרי"ף); הרא"ש מסכים לדבריו בעקרון, 'דכיון דתלתא אינון אית להו רשותא לדון את האדם בעל כרחו', אך לעומת בעל המאור סבור הרא"ש כי יש לנטילת רשות משמעות גם בבית דין של שלושה - וגם אם אינה נצרכת לעצמה מועילה הרשות הנוספת לפטור אף במקרה של טעות בשקול הדעת, ואהני קבלה דפטירי דכיון [דאי] לא קבלינהו עליהו נמי דינייהו דינא ואהני קבלה למיפטור, רא"ש סנהדרין ד, ה. ראב"ן סבור כי אין צורך בקבלת רשות נפרדת על מנת לפטור בית דין של שלושה: 'ג' שדנו וטעו אין משלמין ואפילו אין מומחין, דבית דין הן ואין לדיין אלא מה שענינו רואות', ראב"ן, ספר אבן העזר, סנהדרין ס"א, ירושלים, תרמ"ה, ח"ג עמ' א-ב (מהד' צילום ירושלים, תשד"ם). ראה גם לעיל הערה 182.

41. רמב"ם שם כה, ז, על פי ב"ק קיב, ב.

**משררתו של בית דין על הציבור, ולא מכשרות פסק הדין שניתנת על ידו בלבד.**<sup>42</sup> בכך קיים דמיון בין מינוי או קבלת הציבור את בית הדין לבין קבלת הצדדים את הדיין היחיד. בשניהם נוצרת סמכות כלפי המקבלים, כפי שנראה להלן.

### ד. פרשנות הסוגיא (סנהדרין ה,א-ב) לפי תוספות והרמב"ם

ההבדלים בין גישות הרמב"ם והתוספות מקורם בהבדל פרשני בסוגיית הגמרא. כבר ראינו שתוספות, וההולכים בעקבותם, פירשו שתפקיד נטילת הרשות מראש הגולה הוא על מנת לפטור דיין שטעה בלבד.

אמר רב, האי מאן דבעי למידן דינא ואי טעה מיבעי למיפטרא לשקול רשותא מבי ריש גלותא, וכן אמר שמואל לשקול רשותא מבי ריש גלותא.<sup>43</sup>

מימרא זו, כשהיא עומדת בפני עצמה, אכן מראה כפירושם של התוספות. כך עולה גם מהמשך הסוגיא לגבי טעותו של רבה בר חנה.

פשיטא: מהכא להכא ומהתם להתם ומהכא להתם מהני, דהכא שבט והתם מחוקק, כדתניא: 'לא יסור שבט יהודה' (בראשית מט, י) - אלו ראשי גלויות שבבבל דרודין את ישראל בשבט, 'ומחוקק מבין רגליו' (שם) - אלו בני בניו של הלל שמלמדין תורה ברבים.

42. למרות שלגבי הודאה בבית דין והחזקת כפרן לא מצאנו הבחנה כזו, יש להבחין בין עניינים הנגזרים מפומביותו של בית דין, מעין הדין של 'כל מילתא דמתאמרא באפי תלתא לית בה משום לישנא בישא', בבא בתרא לט, ומשום כך אדם נתפס על הודאותיו במעמד פומבי כזה, לבין עניינים הנגזרים מסמכותו השלטונית של בית הדין - המצריך עניין של מנוי ציבורי, כעין המצוה למנות שופטים ושופטים 'בכל שעריך', רמב"ם שם א, א. השווה גם כתובות ק,א: רב שמואל בר ביסנא א"ר נחמן (שליח) כאלמנה, מה אלמנה יחידה אף שליח יחיד, לאפוקי בית דין דרבים נינהו; וענין זה מכתוב סמכות, ראה שם במשנה, צט,ב, שום הדיינין שפחתו שתות או הותירו שתות... רשב"ג אומר מכרן קיים אם כן מה כח בת דין יפה. ריב"ש למד משיטתו של רבינו תם שמדובר בשליח בית דין, שם תוד"ה אמר רבא, שיש סמכות לבית דין למנות שליח ואף להסמיך שליח בודד בביצוע דבר שנמצא בסמכותם ושהסכימו עליו לעשות מן הדין, שו"ת ריב"ש (מהדורת מכון ירושלים, ירושלים, תשנ"ג), רכח, עמ' רפו-רפז. שמה אפשרות זו של מנוי נגזרת מסמכותו של בית דין, ומשום כך יש לו מעמד של בית דין לענין 'כח בית דין יפה', דבר העולה בקנה אחד עם דברינו כאן, שהלכות שליח בית דין נובעות מהיותם בית דין, ולא מתוקף כשרות הדיון של יחיד מומחה. ראה גם שם רעא, בעמ' שסב, שלשיטת ריב"ש מועיל מנוי של מלך מקומי לדיין ישראל שהוא מומחה בדיני ישראל, גם לענין כפיית התייצבות, ומשום אותה ברייתא של 'לא יסור שבט מיהודה כו'. הוי אומר כפיית התייצבות היא תוצאה של שררה ומלכות, גם של דינא דמלכותא דינא. ראה גם הרה"ג ר' אריה מלכיאל קוטלר, "בדין יחיד מומחה והדיוט שקבלו עליהו", נטע משפט - זכרון שלמה (לייקווד תש"ס), עמ' שפ ואילך, שכתב כעין דברינו כאן.

43. לעיל הערה 2.

מהתם להכא מאי?

ת"ש דרבה בר חנה דן דינא וטעה. אתא לקמיה דרבי חייא. א"ל: אי קבלוך עלייהו לא תשלם ואי לא זיל שלים.

תוספות מתבססים על קריאה פשוטה של דברי רב, ושל מוקד הדיון במעשים של רבה בר חנה ושל רב נחמן בר יצחק לפיה הסוגיא - ובכללה נטילת רשות - עוסקת בחבותו או בחסינותו של דיין שטעה.

לעומתם נראה לומר, שהרמב"ם למד שדיני הפטור אינם עומדים במרכז הסוגיא, אף אם נדונו בה אגב גררא וכנגזרת של דין בסיסי יותר. במוקד הסוגיא עומדת כשרות הדיין ותוקף פסק הדין היוצא מתחת ידיו. כהמשך לדברי הברייתא הקובעת כי יחיד מומחה **כשר לדון**, מסתפקת הגמרא אם נטילת הרשות היא מרכיב הכרחי של כשרות זו, ומסיקה 'שמע מינה, כי לא נקיט רשותא **דיניה דינא**, שמע מינה'. בהקשר זה הובאה הברייתא המתארת את סמכויותיהם של ראשי גלויות ושל בני בניו של הלל, הלא הם הנשיאים וראשי בית הדין הגדול שבארץ ישראל.<sup>44</sup> כנראה למד כך הרמב"ם את הברייתא, שאינה מזכירה כלל ענין של פטור או של טעות אלא של כפייה ותלמוד תורה: ראשי גלויות שבבבל, **שרודין את ישראל בשבט**, לעומת בני בניו של הלל **המלמדים תורה ברבים**. לאמור, אף אם נטילת רשות אינה תנאי הכרחי על מנת לדון - היא אכן תנאי מספיק. בכך מתבארים יפה דברי הרמב"ם אשר נקט שתי אפשרויות להכשיר דיין יחיד, כפי שראינו -

אחד שהיה מומחה לרבים או נוטל רשות מבית דין הרי זה מותר לו לדון יחידי אבל אינו חשוב בית דין.<sup>45</sup>

הרמב"ם מוסיף בכך על דברי הברייתא אשר נקטה רק 'ואם היה מומחה לרבים דן אפילו יחידי'. אף נושאי כליו של הרמב"ם לא ציינו מקור מפורש לתוספת זו. אולם

44. השווה ריב"ש שם, רעא בעמ' שנה: 'שלפי שראשי גלויות שבבבל הם עומדין במקום מלך, ויש להם רשות לרדות את ישראל בכל מקום ולדין עליהם בין רצו בין לא רצו, כמו שאמרו שם "לא יסור שבט מיהודה אלו ראשי גלויות שבבבל שרודין את העם בשבט"...' ואם נטל רשות מריש גלותא יכול לכוף בעלי דין לדון לפניו; שם משווה בין רשות לבין קבלת הצדדים, 'שכיון שנטל רשות הרי הוא כאלו קבלו עליהם בעלי הדין שהרי יש לו רשות לדון בכפיה בכל העולם'. ושמא כוונתו על שום שקיימת משמעות של קבלה גם כאשר מדובר בסמכות שלטונית, אשר בסופו של דבר יונקת את כוחה מהעם או משום שהשלטון משמש נציג הקהל וככזה גם נציגם של בעלי דין אלו. בעדר סמכות לראש הגולה נותרה הסמכות היונקת מהציבור, ואף היא שקולה בקבלת הצדדים: 'וכל זה בטל עתה בעונותינו, ואין לנו לא שבט ולא מחוקק, ואין נטילת רשות מועלת לדון בכפיה ולהיות נפטר אם טעה אלא צריך שיקבלו עליהם הקהל ויתנו לו רשות לדון בכפיה, דאז הוי כמו אם קבלו עליהם בעלי הדין'. במדינת ישראל נראה שקיימת הן סמכות שלטונית והן קבלת הקהל לאותן סמכויות שהוענקו לבתי הדין הרבניים הממלכתיים.

45. לעיל הערה 15.

לדברינו, הרמב"ם פירש את סוגיית הגמרא כך שנטילת הרשות היא נקודת המוצא של הכשרת דיין יחיד, והספק התעורר רק אם רשות זו נצרכת לכל דיין יחיד אם לאו. דהיינו, הסוגיא אומרת: מובן מאליו שדי בכך לפטור דיין טועה במקרה והדיין 'נקיט רשותא'. האם גם כאשר 'גמיר וסביר' אע"ג דלא נקיט רשותא? הגמרא אכן הוכיחה מרב נחמן בר יצחק - שלא נטל רשות - שאין צורך בנטילת רשות. אך מה היה מקור התלבטותה של הסוגיא? האם הגמרא הסתפקה אודות משמעות המונח של הברייתא: 'מומחה לרבים'? מודע לייחס לדברי רב נחמן ורבי חייא - 'כגון' אלא דן דיני ממונות ביחיד' - משמעות של: 'כגון' אלא דנקטינא רשותא' מלבד זה 'שגמיר וסביר'?

הפתרון לתהיות אלה נמצא באותה ברייתא הדורשת את המקרא 'לא יסור שבט מיהודה' לענייני סמכות דיון, כפי שראינו. לרדות את העם בשבט משמעו לכפות דין. כפייה זו כוללת בתוכה הן את כפיית ההתייצבות והן את הכפייה הנובעת ממתן פסק דין תקף. משום כך תוהה הגמרא אם אכן קיים מסלול 'מקביל' אשר מכשיר דיין יחיד על סמך כישוריו גם ללא נטילת רשות, ומסקנת הגמרא היא חיובית. אולם אין בכך כדי לסלק את ההשלכות של ההנחות המקוריות של הגמרא. נטילת רשות כשלעצמה גם היא מעניקה סמכות לדיין: רק דרכה ניתן לדון יחידי בכפייה; נטילת רשות מועילה להכשיר גם מומחה שאינו מומחה לרבים. רדיית העם בשבט על מנת לכפות בעלי דין להתייצב לדין היא סמכות של בי ריש גלותא, המוענקת על ידי נטילת רשות. כך מפרש הרמב"ם ברייתא זו -

ראשי גלויות שבבבל במקום מלך הן עומדים ויש להן לרדות את ישראל בכל מקום ולדון עליהן בין רצו בין לא רצו שנ' לא יסור שבט מיהודה אלו ראשי גלויות שבבבל.

וכל דיין הראוי לדון שנתן לו ראש גלות רשות יש לו לדון בכל העולם כולו **אע"פ שלא רצו בעלי דינין...**

כל דיין הראוי לדון שנתנו לו בית דין שבארץ ישראל רשות לדון יש לו לדון בכל ארץ ישראל ובעיירות העומדין על הגבולין **אע"פ שלא רצו בעלי דינין**.<sup>46</sup>

אכן בהקשר זה הביאה הגמרא גם את סיפורו של רבה בר רב הונא -

והא רבה בר רב חנה כי הוה מינצי בהדי דבי ריש גלותא אמר: לאו מינייכו נקטינא רשותא. נקטינא רשותא מאבא מרי ואבא מרי מרי מרי מרי מרי חייא ור' חייא מרבי.

משמעות רשות זו, אשר נטל רבה בר חנה, היא לענין כפיית ההתייצבות ולא לענין תוקף פסק הדין, שכן הגמרא כבר הכריעה כי אין צורך בנטילת רשות על מנת להכשיר את דינו של מי ש'גמיר וסביר'. נמצא כי הרשות מעניקה סמכות לכפות את בעלי הדין להתייצב לדין, ולפי הרמב"ם גם את הסמכות לדון ביחיד, אף שאינה נצרכת במקרה זה לשם כך. שתי משמעויות אלה של 'נטילת רשות' שונות הן. כלום מקורם המהותי אחד? האם קיים מכנה משותף להיבטים אלה של נטילת רשות?

## ה. משמעויותיה של 'נטילת רשות' לפי הרמב"ם

### (א) רשות כסמכות ציבורית

נראה לומר שאכן קיים מכנה משותף לשלש משמעויות ההלכתיות של נטילת רשות בענייננו: כפיית התייצבות לדין, הכשרת דיין יחיד מומחה וחסיונות מפני תשלום במקרה של טעות. העקרון המשותף לאלה הוא רעיון הסמכות כענין שבשררה או כתפקיד ציבורי - מעין כוחו של מלך או של בית דין הממונה על הציבור - ולא כרשות בבחינת 'היתר' בלבד. למונח 'רשות' אכן משמעויות לשוניות שונות:

- א. היתר ('דבר הרשות');
- ב. שלטון ('הזהירו ברשות'). ייתכן ושתי משמעויות אלה קשורות או אף נובעות ממשמעות שלישית -
- ג. תחום ייחודי ('רשות היחיד', 'רשות הרבים' ומכאן לדיני טומאה וטהרה והלכות שבת ועוד). ומכאן, דבר שהוא בתחומו הייחודי של הפרט הוא 'דבר הרשות'; ענין שהוא בסמכותו הייחודית של השלטון הוא תחום השייך לרשות. האצלת (ונטילת) רשות כוללות בתוכן את שני המובנים - הוא הופך להיות היתר בידי היחיד, אך עשוי גם להעניק לאותו יחיד סמכויות שליטה גם על הזולת, ולא רק כלפי עצמו.

### (ב) רשות כסמכות ציבורית: כפיית התייצבות ודיין יחיד

רעיון הסמכות השלטונית בהקשר שלנו בא לידי בטוי בכמה היבטים. ראשית, כבר ראינו לדעת הרמב"ם שהאפשרות לכפות בעלי דין להתייצב לדין נובעת מהשררה של ראשי הגולה אשר 'במקום מלך הם עומדים', או של בית הדין (הגדול) שבארץ ישראל, אשר גם לו תפקיד שלטוני. סמכות זו של 'מחוקק מבין רגליו' דומה במהותה לסמכות 'לא יסור שבט מיהודה' גם בכך שהיא מופקדת בידי בני בניו של הלל, הלא הם הנשיאים, בני בניו של דוד המלך עליו השלום.

סמכות לכפיית התייצבות בעלי הדין נגזרת מכך שהמומחה מקבל את תפקיד הדיין וסמכותו ולא רק את הזכות לדון או שפסקיו תקפים. הרמב"ם רואה את המקור לכך

בסמכות השלטונית של נותן הרשות - ראש הגולה. משום כך פירש את הברייתא הדורש את המקרא 'לא יסור שבט מיהודה' כמקור לדין הכפייה של ההתייצבות לדין. כפי שראינו, בכלל מאתים מנה - ועל כן די בנטילת רשות (כאשר הדיין אכן ראוי ליטול רשות) על מנת לדון יחידי, לפי הרמב"ם. דווקא משום שהגמרא הפרידה בין נטילת הרשות לבין הכשירות לדון יחידי הסיק הרמב"ם שאין כשירות זו מעניקה סמכות כפייה, אלא עוסקת בכשרות פסק הדין בלבד. לפסק דין כשר דרישות תוקף משלו, ואף אם קבלו על עצמם בעלי הדין את סמכותו של הדיין היחיד, לא היתה קבלה זו מועילה להעניק תוקף לפסק הדין אלולא המקראות.

### (ג) רשות כסמכות ציבורית : חסינות הדיין

גם הפטור מתשלומים יונק את כוחו ממקור סמכות זה, שכן הרשות שנטל דיין ממנה אותו על הציבור. תפקידו וחסינותו באין כאחד. אין אפשרות למנות אדם להיות דיין ואף לחייב אותו לדון מבלי לפוטרו מתשלום במקרים של טעות. לא מן הדין הוא לחייב אדם לעשות מעשה אשר גם ישא עליו באחריות אם לא יעשהו נכונה, כל עוד לא התרשל או חרג מסמכותו.<sup>47</sup> סברה זו עומדת בבסיס תשובתו של רבי עקיבא לרבי טרפון -

מעשה בפרה (של בית מנחם) שניטלה האם שלה והאכילה רבי טרפון לכלבים, ובא מעשה לפני חכמים ביבנה והתירוה...

אמר רבי טרפון: הלכה חמורך טרפון!

אמר לו רבי עקיבא: פטור אתה שכל המומחה (לרבים) [לבית דין] פטור מלשלם.<sup>48</sup>

במובן זה 'מומחה לבית דין' (ואולי אף הגירסא: 'מומחה לרבים') נושאים משמעות של נשיאה בתפקיד, ולא רק ענין של מקצועיות או אפילו של נסיון. בראשונים ניתן לזהות שתי גישות להגדרת 'מומחה לרבים' או 'מומחה לבית דין'. הראשונה, כראשונים אחרים, הביא את דברי רב שרירא גאון כבסיס להגדרה -

ומומחה לרבים היינו דגמיר וסביר. הכי שדר רב שרירא גאון ז"ל יחיד מומחה דחשיב כרב נחמן בדורו דפקיע במשנה ובגמרא ופקיע נמי בשיקול הדעת ומעייין בדיני כמה שני ומנסו ליה זמנין סגיאיין ולא חזו ליה טעותא כגון האי

47. או לא התחייב מדין אדם המזיק, ראה: רי"ף יא, ב; יב, ב בדפי הרי"ף. השווה גם בעל המאור, לעיל הערה 40: 'וכלל הוא שכל המומחה לב"ד פטור מלשלם ואף בטבח אומן שקלקל ומראה דינר לשולחני ונמצא רע כולם פטורים בכה"ג', ולא ציין משום שלבו אנסו, ראה רמב"ן מלחמות ה', יא, ב בדפי הרי"ף: 'רחמנא אנסיה ופקדיה למידן דינא ולביה אנסיה למטעה', וכן הלכות בכורות לרמב"ן, פרק ד', ד"ה טמא את הטהור.

48. סנהדרין לג, א; בכורות כח, ב.

הוי מומחה לרבים. ועיקר לשון מומחה מנוסה. כדתניא יוצאין בקמיע מומחה ומפרש בגמרא היינו דאיתמחי קמיע (ראה שבת ס, א-סא, א). לכך בעינן דיין מומחה שמנוסה לרבים עכ"ל.<sup>49</sup>

ההדגשה בדברים אלו היא על מקצועיותו של הדיין, ובעיקר על נסיונו של הציבור עמו כמי שבקי דיו במשנה, גמרא ושקול הדעת<sup>50</sup> - קרי, שאין הדיין טועה באלה. דברים אלו מודגשים בדברי רב שרירא המובאים בתשובות הגאונים -

דטעמא מאי דיני ממונות בשלשה דאי מיסתפק להון דינא יטו אחרי רבים וכיון דהוי דיין מומחה לא צריך להכין.<sup>51</sup>

ומכאן שהדגש הוא בעליל על ידיעותו של הדיין, וכשהדגשתו של רב שרירא גאון שם -

ועיקר לשון מומחה ניסוי הוא... הילכך דיין מומחה מנוסה לרבים ושחכמתו מפורסמת עלויה לרבים.

גם הרמב"ם בפירוש המשניות הלך בדרך זו -

וענין מומחה לרבים, שכבר נתפרסם אצל הרבים למדנותו ומעלתו בחכמה כפי שידעו את זה החכמים שבחנהו וקיימו את פסקי דינו.<sup>52</sup>

עם זאת, קיימת שיטה הרואה בלשון 'מומחה' ענין של תפקיד ציבורי, כדברי ראב"ן -

ואם היה מומחה לרבים - דיין שהמחוהו רבים עליהם - דן אפילו יחיד.<sup>53</sup>

49. פסקי הרא"ש סנהדרין א, ב.

50. על מנת שלא תהיה טעות לא בדבר משנה - על פי הגדרתה המורחבת של הסוגיא בדף לג, א, לכלול אף דברי האמוראים (ולכן בדבר משנה וגמרא), ולא בשקול הדעת במובן של ההכרעות ההלכתיות הרווחות (כסוגיא הנ"ל: היכי דמי שקול הדעת כו', מלשון שקילת הדעות).

51. שערי צדק ד, ז, לה.

52. רמב"ם, פירוש המשניות סנהדרין א, א, (מהד' הר"י קפאח, ירושלים, תשכ"ה); השווה גם לבכורות ג, ז: 'מומחה גדול וידעו בו חכמים שאין כמותו'. דברים אלו של רב שרירא גאון עשויים להיות גם המקור לדברי הרמב"ם שאין יחיד מומחה נקרא 'בית דין' לענין הוחזק כפרן: 'ולאו הא מילתא לקבולי סהדותיה בלחודיה, דאילו מודה בעל דין קמיה במידעם והאחד כפר ואמר להד"ם אפילו ההוא דינא רב נחמן גופיה כעד אחד הוה חשיב, אלא כדאמר בעל דין אין ודאי אמרית הכין אלא מיהו אית לן מידאני שארא דמילאי ותנאי על מילאי דלא גליתינו דאמינא כיון דדיין בלחוד הוה לא מישב [=מיחשב? מושב?] בית דין הוא ולא כליתינו לכלהו מילאי, אי הוה ההוא דינא מומחה לרבים הוה ליה למידן יחיד לא משגחינן בהדין ממרא, ומשונין להו להנך מילי מחליפן קמי דיין בשימוש בית דין מעליא ופסקינן דינא עליהון דלית ליה לאוסופי עלייהו כדאמרינן לענין טוען וחוזר וטוען'.

53. ראב"ן, לעיל הערה 40; השווה סמ"ע חו"מ ג, ס"ק ז.



פירושו זה קצת קשה לאור דברי הגמרא להלן, המבחינה בין שני מושגים אלה -

כל כמיניה דפסיל דייני? אמר רבי יוחנן בערכאות שבסוריא שנו. אבל מומחים לא? ... תא שמע 'אמר לו לרבי מאיר לא כל הימנו שפוסל דיין שמומחה לרבים'. אימא 'לא כל הימנו שפוסל דיין שהמחוהו רבים עליהם'.<sup>54</sup>

אך עם זאת, עולה מדברי הגמרא בבירור שקיים מצב של 'המחאת רבים' המקנה סמכות דיון גם מעבר לסמכות המקורית. גם אם הרמב"ם פירש כרב שרירא גאון, ואולי מהטעם הפרשני האמור, עדיין יש משמעות להסתמכותם של הרבים על מומחיותו המפורסמת של הדיין. זהו ההגיון בבסיס הפטור של מומחה כאשר טעה בדין. כך עולה גם מלשון הרמב"ם לגבי הסמכת דיינים -

אין קרוי 'אלהים' אלא בית דין שנסמכו בארץ ישראל בלבד, והם האנשים החכמים הראויין לדון **שבדקו** אותן בית דין של ארץ ישראל **והמחו** אותן וסמכו אותן.<sup>55</sup>

משמע שהמחאה זו היא שלב לקראת הסמכה ולאחר בדיקה. שמא כוונתו של הרמב"ם היא שעל ידי בדיקת בית הדין שבארץ ישראל אכן ניתן לכנות חכמים אלו בשם 'מומחין', או 'מומחי בית דין' - כי אכן 'נתפרסמו אצל בית דין למדנותם ומעלתם בחכמה כפי שידעו את זה החכמים שבְּחָנוּם וקיימו את פסקי דינו'.<sup>56</sup>

על פי עקרונות אלה יש לפרש את שאלת הגמרא במקום אחר, הנשנית פעמיים: 'אלא מעתה טעו לא ישלמו'.<sup>57</sup> לפי מהלך הסוגיא שם שאלה זו אינה מובנת מאליה. אותה סוגיא בקשה מקורות לכך שדיני ממונות יהיו נדונים בשלושה הדיוטות. אולם בין לר' אבהו, הסבור כי מדאורייתא קיים צורך בשלושה סמוכים והיתר הדיוטות נוצר משום תקנת נעילת דלת, ובין לרב אחא בריה דרב איקא, הסבור שדיין יחיד כשר לדון מדאורייתא והצורך בשלושה נובע מחשש לדיינים יושבי קרנות, שאלת הגמרא

54. **סנהדרין** כג, א; אם כי לענ"ד ברור כי גמרא זו היא אכן המקור לפרשנותו של ראב"ן. השווה גם **שו"ת תשב"ץ** א, קנט, לעיל הערה 11, בעמ' שנג: המחאת רבים עדיפה מגדלות יחסית בתורה 'שהרי המחום הצבור עליהם, וכיון שהציבור מינום דיינים עליהם ולא אחרים זולתן א"כ הטוען ואומר אלך לפני ב"ד פלוני המומחה אין שומעין לו וכופין אותו ודן לפני דייני הקהל... וגדולה מזאת יש לומר שאפילו אם הערכאות הם בעיר אחת והמומחין הם בעיר אחרת יכול המלוה לכוף ללוה ללכת לפני הערכאות, **דכיון שקבלום והמחום רבים עליהם ה"ה כב"ד הגדול שבירושלים** אם המחום עליהם כל בני אותן המקומות'.

55. **רמב"ם** שם ד, ד.

56. על משקל דבריו לעיל, הערה 52, וכנראה זו ההבחנה, לפי הרמב"ם, בין 'מומחה לרבים' לבין 'מומחה בית דין': מה מקור בטחוננו בידיעותיו, האם על דרך 'המפורסמות לרבים' או משום שבית הדין 'בחנהו והמחוהו'. ראה להלן הערה 63.

57. סנהדרין ג, א; ראה גם ריב"ש, לעיל הערה 44.

אינה מובנת. מדוע תקנת נעילת דלת אמורה לפטור את הדיין מתשלום? מדוע הצורך בשלושה הדיוטות 'משום יושבי קרנות', או ההיתר לדון משום 'בצדק תשפוט עמיתך' שייכים לשאלת האחריות של דיין על טעויותיו? וכלשון המיוחס לר"ן -

דאפשר לומר שלא עשו אותם חכמים כמומחין לענין תשלומין.<sup>58</sup>

על כרחנו, שאלת המפתח היא בהבנת מושג הסמכות. סמכות בדרך כלל משהו היבט ציבורי לפעולה, ואולי אף מטילה חובה. 'בצדק תשפוט עמיתך' היא מצות עשה, ואם היא גם המקור לכך שיחיד כשר לדון הרי שמצוותו בצידו, ועליו לדון. גם אם אין חובה על כל יחיד ויחיד לדון, הרי שכאשר הדיין היחיד דן הוא עושה זאת בסמכות. התורה לא רק מאפשרת לו לדון אלא סומכת עליו שגם דרכו תתוקן החברה של כנסת ישראל. דבר 'היתר' אינו ענין של סמכות. וכאן הלשון 'רשות' משמשת לשתי פנים שהן אחת. אין לאדם 'סמכות' לקנות ולמכור וכדומה, אלא אלה הם דברי 'רשות'. רשות - על שום שהתורה נתנה את רשותה, והאדם 'רשאי'. אולם לא זו כוונת רש"י בסוגיא זו כאשר הוא אומר -

*טעו לא ישלמו. דהא ברשות נחתי אפי' מדאורייתא.*

אין כוונתו לומר שפעולה זו היא ברשות, קרי בהיתר, במובחן מפעולה 'שלא ברשות' שאינה על דעת חכמים והיא באיסור. כוונתו היא שהדיין היחיד פועל **מכה הרשות** של חכמים; הוא הומחה על ידם לדון. ככזה, חלים עליו דיני 'מומחה בית דין' הבאים לפוטרו מתשלומים. זו וודאי כוונת רש"י גם לעיל שם -

**אלא מעתה טעו הדיוטות בדיני ממונות לא ישלמו דכיון דברשות רבנן קא**

**נחתי הוה להו כמומחין וכל המומחה לב"ד אם טעה פטור...**<sup>59</sup>

58. ר"ן ג,א ד"ה אלא מעתה טעו לא ישלמו.

59. ייתכן שכוונת רש"י לפרש באופן ייחודי את דברי הגמרא, בהכשירה שלושה הדיוטות - דלית בהו חד דגמיר: 'דגמיר'. ששמע מחכמים ומדינין הלכות דין מלוה'. הראשונים פירשו, גם בעקבות דבריו, שעל מנת להכשיר הרכב של שלושה הדיוטות קיים צורך שאחד מהם ידע ברמה מספקת את הלכות התורה - אך ברמה נמוכה יותר מזה של דיין מומחה 'דגמיר' במובחן מ'גמיר' וסביר. הוה אומר, אין בדברי הגמרא כדי להכשיר שלושה דיינים אשר הם בורים לחלוטין בדיני הגמרא, כפי שהמשנה עצמה פוסלת לקמן 'שלושה רועי בקר', כ,א, וכלשון **פסקי הרא"ש** (א), או ששמע או קרא בספרים ויודע סברות הדינין, אבל אי לית בהו חד דגמיר פסולי לדינא'. כך גם במיוחס לר"ן בשם רבינו דוד, תלמידו של הרמב"ן, ואף מוסיף בה תנאי לגבי שני האחרים: 'אי אפשר דלית בהו חד דגמיר'. כלומר, א"א שיכניסו עצמן בדין אי ליכא בהו חד דגמיר וידע היכן הדין נוטה, אבל ודאי אי ליכא בהו חד דגמיר אין דיניהם כלום, אחר שאינם יודעים הדין, [והכי] אמרינן בפ' זה בורר גבי שלשה רועי בקר, אי הכי כל תלתא דלא גמירי נמי, וכן נמי אי איכא בהו חד דגמיר, בעינן הנך תרי דליסברו להו וסברי, דאי לא כמאן דליתנהו דמי, והכי איתא בבכורות לענין היתר בכורות, דבעינן שלשה גברי בני הכנסת וכן הדין לענין הפרת נדרים

ב'הוה אמינא', סברה הגמרא שרשות לדון כרוכה בהכרח במושג הסמכות. דין איננו מתחום דברי 'הרשות' כמו היתר בשר תאוה. הסמכות נצרכת הן משום שדין הוא חלק מצרכי הציבור, אולם בעיקר משום האופי הכופה של פסק הדין. כפי שצינינו, פסק דין כשר הוא פסק דין מחייב, שאם לא כן אין בין דין להוראת איסור והיתר ולא כלום.<sup>60</sup> על כן הקשתה הגמרא 'אלא מעתה טעו לא ישלמו' - בין אם מתן הרשות היא 'הסמכת' הדיוטות משום נעילת דלת, ובין אם 'הסמכה' דאורייתא של שלשה הדיוטות, מכל מקום מתן רשות זו כמזה כהמחאת הדיין על הציבור הפוטרתו. בתשובתה מבארת הגמרא את המגבלות של הרשאה זו. לרבי אבהו, תקנת נעילת דלת אינה באה למנות הדיוטות בתור מומחין, שאם כן 'כל שכן אתה נועל דלת בפני לויין' -

דסבר דלמא טעו בי דינא ופטרי ליה ומפסידנא.<sup>61</sup>

במקום להעלות את ההדיוטות למעלת מומחים, התקנה באה לבטל את עצם הדרישה למומחים. משום נעילת דלת בטלו חז"ל את דרישת הסמיכה, ולא שמינו אחרים (היינו הדיוטות) תחתם. גם לרב אחא בריה דרב איקא, מה שהתורה התירה לאחד לדון אינו משום שהוא בית דין, כפי שראינו בשיטת הרמב"ם, אלא קבעה שפסק דינו תקף, אם הוא כשר וראוי ובאו לפניו לדון. גם שלושה הדיוטות אינם 'בית דין' מדאורייתא, שהתורה פטרה מאחריות. וכפי שראינו לעיל, ממשמעות דברי הרמב"ם נראה שאף לא יוכלו לחייב לבוא לדין, כל עוד אין להם תפקיד ציבורי של דיינים (ראויים). שלושה הדיוטות כשרים לדון, אך הם אינם בית דין שהציבור מינה או המחזה עליו.<sup>62</sup>

שיטה דומה ניתן למצוא בדברי ראב"ן, המרחיב את הפטור הנוצר על ידי נטילת רשות מריש גלותא למקרים של מנוי ציבורי, תוך שהוא מבליט את הפן הציבורי של בית דין של שלושה ואת המשמעות של היותם 'בית דין' -

אמרינן דבעי שלשה שיודעים לפתוח'. גישה זו מסתמכת על הסכוי שדיין אחד מהשלשה אכן עונה על דרישות הכשרות, אך אם נודע שלא כן בוודאות ההרכב אכן פסול. לעומת זאת יש מקום לפרש בדעת רש"י שאין הכשרת ההרכב נובעת מהסתברות שדיין אחד כשר, אלא מהידע המצטבר של כל השלושה יחד. לגבי כל היבט של הדין אשר יבוא בפני שלושת הסוחרים אין ספק שמי מהם שמע או למד מה יש לעשות במקרה זה או במרכיב שלו. בסך הכל, מפגש המוחות והידיעות שלהם יוליד דין נכון, ועל כן הרכב זה כשר. כאמור, לא כן פירשו הראשונים את דעת רש"י, אך זו נראית כוננת הפשוטה, אשר גם אינה מסתמכת על הסתברות בלבד ואינה נפסלת גם אם מכירים את ההדיוטות הכרות קרובה.

60. השווה לקצות החושן ג, ב.

61. רש"י סנהדרין שם, ד"ה כל שכן.

62. לעיל עמ' 194.

ונ"ל שהוא הדין אם הקהל בוררין אחד או שנים או ג' מומחין וממנין אותם עליהם לדון דאם דן אחד וטעה לא משלם, אבל ג' שדנו וטעו אין משלמין ואפילו אין מומחין, דבית דין הן ואין לדיין אלא מה שענינו רואות.<sup>63</sup>

ראינו שהרמב"ם מנה את נטילת הרשות כמכשירה את הדיין לדון יחידי אף אם אינו מומחה לרבים.<sup>64</sup> ברור שאין בכך כדי להכשיר את מי שאינו ראוי להיות דיין,<sup>65</sup> אך הלכה זו מצביעה על ההקבלה בין 'מומחה לרבים' לבין מי שנטל רשות. יתירה מזו, נטילת רשות כגורם הפוטר את הדיין משתלומים, מועילה רק למי שהוא מומחה, וכפי שהרמב"ם פוסק -

טעה בשקול הדעת ... אם היה זה דיין מומחה ונטל רשות מראש גלות או שלא היה נוטל רשות אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן הואיל והוא מומחה חוזר הדין ואם אי אפשר להחזיר פטור מלשלם אחד הנוטל רשות מראש גלות או הנוטל רשות מבית דין של ישראל בארץ ישראל אבל לא בחוצה לארץ כמו שביארנו.<sup>66</sup>

וכך בהלכה הסמוכה, עולה אפשרות של נטילת רשות רק למומחה, ולא למי שאינו מומחה, אשר לגביו משתנה הדין רק אם הצדדים קבלוהו עליהם, ולא מוזכרת כלל נטילת רשות למי שאינו מומחה -

היה הטועה מומחה ולא נטל רשות ולא קבלו אותו בעלי דינין עליהן או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו בעלי דינין עליהן לדון להן כדין וטעה בשקול הדעת...<sup>67</sup>

משמעות דברי הרמב"ם בהלכה הראשונה - 'הואיל ומומחה הוא' - אינה חד משמעית: האם מומחיותו מכתובה את החזרת הדין? דהיינו, האם יש לקרוא את

63. לעיל הערה 40; ראב"ן עקבי בהגדרת מומחיות כהמחאת רבים, לעיל הערה 53. יש מקום לדון אם לדברי בעל המאור, לעיל הערה 40 יא, ב - יב, א, פטור מומחה לב"ד מושתת על מומחיות או על סמכות: 'מאן דגמיר וסביר ... אי לא נקיט רשותא ולא קבלוה[ן] עלייהו בעלי דינא - אי טעה מיחייב נמי לשלומי ... ואע"פ שדינו כדין מומחה מאחר שהוא גמיר וסביר, ה"מ לדון לכתחילה ביחידי אבל לשלם טעותו דינו כדין שאינו מומחה לפי שלא נתבררה המחאתו כל היכא דלא נקיט רשותא ולא קבלוה[ן] עלייהו בעלי דיין. וזה המומחה שהוא דן יחידי נקרא מומחה לרבים, והמומחה הפטור מלשלם נקרא מומחה לבי"ד'. האם הדגש בדבריו משום שאין אנו מכירים את מומחיותו - מבחינת ידיעותו בלבד - או שמא משום שאין אנו מכירים בו, וקיימת משמעות של סמכות לכך שבית דין מכירים בו כמומחה, ומושם כך נקרא מומחה בית דין, ולא רק מומחה לרבים?

64. לעיל הערה 15.

65. כסף משנה סנהדרין ב, יא; ד, טו; והשווה ו, ד.

66. רמב"ם סנהדרין ו, ב.

67. שם, ג.

ההנמקה בצמוד להמשך המידי של המשפט : 'הואיל ומומחה הוא חוזר הדין' ? הקושי בכך הוא שמומחיות נותנת משמעות לעצם נטילת הרשות, אשר בלעדית (ובהעדר קבלת הצדדים) אין פטור. כך מפורש בהמשך דברי הרמב"ם -

מי שאינו מומחה ... אע"פ שנטל רשות הרי זה בכלל בעלי זרוע ואינו בכלל הדיינין.<sup>68</sup>

יותר נראה לפרש בדברי הרמב"ם קביעה זו - שקיימת משמעות לנטילת רשות כפוטרת את הדיין רק אם הוא מומחה. יש לקרוא הלכה זו כך : הואיל והוא מומחה, כאשר אין אפשרות להחזיר לא ישלם הדיין על טעותו. כלומר, כאשר הדיין מומחה אכן יש משמעות לנטילת הרשות - והדין חוזר והדיין פטור בכל ענין. נמצא כי אותה נטילת רשות המסמיכה לדון יחידי היא גם המסמיכה לדון בכפייה, והיא אשר פוטרת את הדיין מתשלום על טעותו. רק מומחה רשאי ליהנות מרשות זו על מנת לפוטרו, רק מומחה תועיל לו נטילת רשות על מנת לדון בכפייה, ולפי הכסף משנה רק מומחה (אף שאינו מומחה לרבים) רשאי לדון יחידי מכה נטילת רשות.<sup>69</sup>

נמצא כי הסוגיא בדף ה' עוסקת בהיבטים של נטילת רשות, אשר יסודן אחד ומשמעותן שלוש : ראש הגלות הוא בעל סמכות 'לרדות בישראל' כמלך ולכפות התייצבות לדין. סמכות ההתייצבות לדין מואצלת לדיין מומחה שנטל רשות. מי שנטל רשות קבל תפקיד של דיין ואינו זקוק לבית דין על מנת שפסקיו יהיו תקפים, אם כי תנאי זה איננו הכרחי : גם מומחה לרבים אשר לא נוטל רשות יכול לתפוס מעמד דומה ולדון יחידי. ייתכן וזו צורה של סמכות שהציבור מעניק למומחה (לפי הראב"ן - שרבים המחווהו ; ואף לראשונים האחרים מצב זה של מומחיות הידועה ברבים נושאת עמה אחריות כלפי הציבור). סמכותו זו של הדיין היא שמעניקה לו חסינות מפני אחריות לטעויותיו משום החובה הציבורית הנלווית אליה.

#### (ד) רשות כסמכות מהותית : סמיכת זקנים

למעשה, סוגייתנו קבעה גם משמעות רביעית לנטילת רשות. משמעות זו איננה נגזרת משלטונו של המלך, ולכן אינו ניתן על ידי ראש הגולה כבא במקומו של המלך.

68. שם, ד.

69. כסף משנה סנהדרין ב, יא : 'זמ"ש רבינו או שנטל רשות מב"ד פי' אע"פ שאינו מומחה לרבים דגמיר וסביר אבל מומחה הוא, דאי שאינו מומחה הרי כתב רבינו סוף פ"ד שאין רשותו מועלת כלום והיאך יהיה מותר לו לדון יחידי? ואין לומר דאפילו באינו מומחה עסקינן והיינו טעמא דמצי דאין משום דקבלו בעלי דינין עלייהו, דאם כן לאו מתורת נוטל רשות הוא דמצי דאין אלא מכח קבלת הבעלי דינין ואי הכי אפילו רועה בקר נמי, אלא ודאי כדאמרן'. גם אם הכסף למד מעין דברי התוספות ורוב הראשונים החולקים כנראה על הרמב"ם, לעיל הערה 15, מכל מקום כנים דבריו - שללא מומחיות אין ערך לקבלת רשות.

סמכות זו היא סמכות מהותית, הנאצלת מידי בית הדין שבארץ ישראל - 'בני בניו של הלל **שמלמדין** תורה ברבים'. ברייתא זו קובעת אפוא שתי מערכות סמכויות, האחת שלטונית - לרדות את ישראל בשבט; האחרת מהותית - ללמד תורה לישראל. לימוד תורה זה הוא המשך של דברי משה רבינו ע"ה 'כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו והודעתי להם את חקי הא-להים ואת תורותיו'.<sup>70</sup> הוראה זו מקיפה את תוכן הדין שרשאי הדיין לפסוק, והיא הסמכות הנובעת מהיותו של הדיין סמוך. בכלל סמכות שלטונית זו של ראש הגולה נמצאת גם סמכות פרוצדורלית, לכפות התדיינות, ולפי הרמב"ם אף לדון ביחיד - והיא ניתנת להאצלה למומחים. (ייתכן וכאשר ראש גולה אינו כשר לדון - סמכות זו ניתנת למימוש רק על ידי האצלה, ולא באופן אישי)<sup>71</sup>. כמו כן, בכלל הסמכות המהותית של בית דין מצויה אף הסמכות הפרוצדורלית לכפות בעלי דין להתייצב לדין (אך לא הסמכות לדון יחיד). אולם סמכות פרוצדורלית זו קיימת לכל בית דין ובית דין העומד לישראל בכל מקום - בגבולות תחום שיפוטו.<sup>72</sup> משום כך סמכות כפיית בעלי דין, כאשר היא נאצלת מאת בית הדין שבארץ ישראל, מוגבלת לתחומי השיפוט של ארץ ישראל ו'לעצירות העומדים על הגבולין'. לעומת זאת, סמכותו הבלעדית של בית הדין שבארץ ישראל הוא בדין המהותי - רק הם קרויים 'אלהים', ורק הם דנים דיני קנסות. משנאצלה הסמכות המהותית, רשאי הדיין לדון בה אף מעבר לתחומיה של ארץ ישראל. ברייתא זו עוסקת, אפוא, בסמכויות - שלטונית ומהותית. שתי סמכויות אלה - השלטונית והמהותית - ניתנות להאצלה באופן דומה, הלא זו נתינת הרשות שבסוגייתנו. רמב"ם מדגיש את ההבחנה בין סמכות זו לבין סמכות כפיית ההתייצבות לדין בהלכה הנ"ל -

כל דיין הראוי לדון שנתן לו ראש הגלות רשות יש לו לדון בעל העולם כולו ... אע"פ שאינו דן דיני קנסות; ... כל דיין הראוי לדון שנתנו לו בית דין שבארץ ישראל רשות לדון ... בחוצה לארץ אין רשותן מועלת לו לכוף את בעלי הדין אע"פ שיש לו רשות לדון דיני קנסות.<sup>73</sup>

סמיכה זו היא למעשה 'סמכות', כפי שעולה מסוגיות גמרא. כך למשל ניתן ללמוד מאופן סמיכת הזקנים -

70. שמות יח, טז.

71. השווה לעיל, בציטוטים שבעמ' 197.

72. רמב"ם סנהדרין כה, ז; לעיל עמ' 194.

73. לעיל הערה 16.

אמר ליה רב אחר בריה דרבא לרב אשי - בידא ממש סמכינן ליה ? אמר ליה סמכינן ליה בשמא. קרי ליה רבי ויהבי ליה רשותא למידן דיני קנסות.<sup>74</sup>

ובלשון הרמב"ם -

וכיצד היא הסמיכה לדורות ? לא שיסמכו ידיהן על ראש הזקן אלא שקורין לו רבי ואומרין לו הרי אתה סמוך ויש לך רשות לדון אפילו דיני קנסות.<sup>75</sup>

וכך מדגיש הרמב"ם בהמשך דבריו,

היו שניהם בארץ סומכינן אותו אף על פי שאינו עם הסומכינן במקום אחד אלא שולחין לו או כותבין לו שהוא סמוך ונותנין לו רשות לדון דיני קנסות.<sup>76</sup>

כך גם מפרש הרמב"ם את דברי הגמרא לעניין מתן רשות לדון, שעוסקת היא בהסמכה -

כי הוה נחית רב לבבל אמר ליה רבי חייא לרבי : בן אחותי יורד לבבל. יורה ? יורה. ידין ? ידין. יתיר בכורות ? אל יתיר.

המשך הגמרא דן בהיבט של נטילת רשות הבאה למנוע תקלות בדין, ולא בסמיכת זקנים.

'יורה ? יורה'. אי גמיר - רשותא למה לי ? משום מעשה שהיה...

תנא באותה שעה גזרו תלמיד אל יורה אלא אם כן נוטל רשות מרבנו...

פשיטא לפלגא הא קאמר דמהני. על תנאי מאי ? תא שמע דאמר ליה רבי יומנן לרב שמן 'הרי אתה ברשותנו עד שתבא אצלנו'.<sup>77</sup>

למרות זאת, הרמב"ם רואה בגמרא זו מקור להלכות סמיכה -

ויש להם למנות לכל מה שירצו לדברים יחידים והוא שיהיה ראוי להורות לכל הדברים. כיצד ? חכם מופלא שראוי להורות בכל התורה כולה יש לבית דין לסמוך אותו וליתן לו רשות לדון לא להורות באיסור והיתר. או יתנו לו רשות להורות באיסור והיתר, לא לדון ממונות. או יתנו לו רשות לזה ולזה אבל לא לדון דיני קנסות, או לדון דיני קנסות אבל לא להתיר בכורות במומן. או יתנו רשות להתיר נדרים בלבד או לראות כתמים וכן כל כיוצא בזה.

74. סנהדרין יג,ב.

75. רמב"ם שם ד, ב.

76. שם, שם, ו.

77. סנהדרין ה,ב.

וכן יש לסומכין ליתן רשות עד זמן ולומר לנסמך יש לך רשות לדון או להורות עד שיבוא הנשיא לכאן או כל זמן שאין את עמנו במדינה, וכן כל כיוצא בזה.

הוא אומר, הפרק בו הרמב"ם קובע את מהות הסמיכה הוא הפרק העוסק בדיני מתן רשות. הסמיכה היא סוג מסוים של נתינת רשות - רשות לדון.<sup>78</sup> הוראה אינה צריכה רשות מדאורייתא פרט להיבטים של כבוד הרב, כפי שעולה מסוגיית הגמרא, אלא שאף היא צריכה רשות מדרבנן. נמצא שאין אלו שני מושגים נפרדים: הסמכה מחד ויכולת לדון דיני קנסות מאידך. אדרבה, הרשות לדון דיני קנסות היא מרכיב של הסמיכה, קרי ההסמכה, עצמה. כלשון הגמרא: 'מאי רשותא? כי הוה נחית רבה בר חנה לבבל כו'.<sup>79</sup> לא רק שמעשי הסמכתם של רבה בר חנה ורב משתמשים באותה לשון של נטילת (או נתינת) רשות המופיעים בשאלת הפטור מתשלומים, ולפי הרמב"ם במושג המאפשר כפיית התייצבות ואף המכשיר דיין מומחה יחיד (שאינו מומחה לרבים) לדון. הגמרא כאן מבארת מושג זה: 'מאי רשותא?'<sup>80</sup> אמור מעתה - הסמכה 'אנכית' של דיין מעשירה את סמכויותיו וחסינותו של הדיין. המשותף להלכות הנגזרות ממתן רשות (בעניינים דיוניים) או סמיכת הדיין (לשם דיון בעניינים מהותיים הדורשים 'אלהים') הוא מושגי הסמכות והשררה. תפקידו של הדיין בנושא בתפקיד ציבורי הוא אשר מקנה לו את יכולתו לדון יחידי, לדון בכפייה, לזכות בחסינות מפני טעות ולדון בעניינים מהותיים הדורשים סמכות הנגזרת מסיני, בעיקר בתחום דיני קנסות וענישה. מושג בית הדין קשור בשלטון אף הוא. אך אין להפריד בין אלה לבין שאלת כוחו הכופה של פסק הדין, שכן כל אלה אינם מהותיים לעצם הכרעת דין. זו אכן כשרה ובת תוקף גם בלי סממני השלטון: בצדק תשפוט עמיתך.

78. על הזיקה בין רשות לדון מבחינה שלטונית-ציבורית לסמכות המהותית לדון על פי סמיכת הזקנים השווה תשב"ץ, לעיל הערה 54, עמ' שנ"ד: 'ולא מיבעיא ב"ד מומחה שאינו סמוך, אלא אפילו ב"ד סמוך מפי נשיא שהוא דן דיני קנסות יכולין רבים לעכב ע"י ולמנות אחרים זולתן, ולא מיבעיא סמוך מפי נשיא אלא אפילו נשיא עצמו, שהוא סמוך אחרים ויכול לכוף ישראל לעמוד על גזירתו יכולין רבים לסלקו מנשיאותו ואע"פ שהוא גדול בישראל ומזרע דוד'. ועוד שם: 'י"ל שהיחיד אצל הציבור הרי הוא כתלמיד אצל הרב וכשאר ישראל אצל הנשיא... כמו שהנשיא יכול למנוע שאר החכמים לדון שלא ברשותו כדמוכח בפ"ק דסנהדרין ה"ג יכולין בני העיר למנוע שום דיין מלדון אלא ברשותן'. הוא אומר - רשות הנשיא וסמכות המניעה של הנשיא הם שני צדדים של מטבע - הוא מטבע הסמכות הציבורית, המשותפת גם לציבור בכללו. ראה גם בעל המאור, לעיל הערה 40 יא, ב: 'ותחילת הרשות היא ההוראה כדאמר "יורה יורה ידין ידין".'

79. לעיל הערה 2.

80. רש"י אכן דחה פירוש זה, וביאר: 'מאי רשותא דרבה בר חנה', דברי הגמרא 'והא רבה בר חנה רשותא הוה נקיט'; ראה גם: תוספות ד"ה נקיטנא רשות.



## ו. פשרה וקבלת פסולים : תוצאה או סמכות ?

ראינו עד כה, כי בעלי התוספות והרמב"ם פירשו את קבלת הדיין היחיד (שאינו מומחה לרבים) באופנים שונים המשקפים, לטענתנו, תפיסות שונות אודות תפקיד קנין זה. לתוספות, קבלת הדיין הכשירה את כל הפגמים הדיוניים - ומכאן הסיקו שסמכות המומחה לרבים היא אף לדון בכפייה. רמב"ם פירש שקבלת הדיין אינה מכשירה פגמים כאלה, ללא קנין מפורש. אין גם בכוחו של הדיין המומחה לרבים לדון כשלעצמו בכפייה ללא נטילת רשות. מחלוקת דומה קיימת גם לגבי תפקידו של הקנין בפשרה - ונראה שיש להקיש גם את המשמעויות השונות של המחלוקת זו לזו. נראה לומר כי תוספות הבינו כי תפקיד הקנין בפשרה הוא להבטיח או אף להקנות מראש את התוצאה. לעומתם הרמב"ם הבין את הפשרה כסוג של דיון, אלא שדיון זה מצריך הסמכת הדיינים על מנת לדונו שלא במערכת השיקולים של דין.

### (א) פשרה וקבלת פסולים : שיטת התוספות

לאחר שהגמרא דנה, על פי הברייטות, במספר הדיינים הנדרש בפשרה, היא מוסיפה לדון בצורך בקנין לגבי פשרה -

אמר רב אשי ש"מ פשרה אינה צריכה קנין, דאי סלקא דעתך צריכה קנין - למ"ד תלתא תסגי בתרי וליקני מיניה. והילכתא פשרה צריכה קנין.<sup>81</sup>

תוספות השוו בין קנין זה לבין קנין במצבים של הקנאה או מחילה כאשר אין וודאות לגבי אופיו המדויק של העיסקה העתידית.

אם נפרש דקנין של פשרה עושה קודם הפשרה וקנין זה מזה לעשות כמו שיאמרו הדיינים הן לשלם הן למחול - אין לדקדק מכאן דבעלמא מחילה צריכה קנין, דמה שצריך הכא קנין על המחילה משום דאי לאו הוי קנין הוי כמו מחילה בטעות שלא היה יודע שיאמרו למחול כל כך.<sup>82</sup>

המשמעות של הקנין לפי תוספות היא 'לעשות כמו שיאמרו הדיינים', הוי אומר: בעלי הדין עושים מעשה קנין אשר משמעותו מחילה ו/או הקנאה של נשוא התביעה או חלק ממנו - אלא שאין בעלי הדין יודעים אכן את משמעותו המדויקת או את הסכום הכלול בו. ההשוואה שתוספות עושים לדיני מחילה מראה שהם הבינו את המרכיב של 'הן למחול' כפשוטו: יש כאן מחילה ממש, ולמרות עובדה זו אין להקיש ממנה למחילה בהקשרים אחרים משום מאפייניה של מחילה זו הדומות

81. סנהדרין ו,א.

82. שם תוד"ה צריכה קנין; ראה שו"ע חו"מ יב, ח: מחילה אינה צריכה קנין.

למחילה בטעות. בנוסף להעדר ידיעה אם תהיה וכמה תהיה המחילה נתווסף שיקול נוסף, שהוא רלוונטי אף אם פגמים אלו אינם קיימים -

ומיהו בהלכות גדולות פירש בהלכות דיינין<sup>83</sup> דצריך קנין על המחילה אף על פי שעושין הקנין אחר הפשרה, ומכל מקום אין ללמוד מכאן על שאר מחילה שתהא צריכה קנין דמחילה על ידי פשרה - אף על פי שידע מה מוחל, דומה למחילה בטעות לפי שמוחל על פי עצתם של דיינין שהשיאו אותו למחול. לפיכך צריך לאלם הדבר על ידי קנין.

אלולא המכנה המשותף לפשרה ולמחילה, לא היה צורך להבחין ביניהם ולא היתה כל רלוונטיות לפשרה בדיון אודות מחילה, אשר תוספות ממשכסם בו בהמשך דבריהם. אכן דעת המרדכי היא שהצורך בקנין הוא כלפי הנתבע בלבד, 'אבל תובע אין יכול לחזור בו ואפילו בלא קנין, דמחילה אינה צריכה קנין'.<sup>84</sup> על כרחנו יש לראות בשיטתו גישה הרואה בנכונות לפשרה הקנאה או כמחילה בפועל של הצדדים זה לזה.<sup>85</sup>

תפיסה זו עולה גם מדבריהם לגבי אופי ההכרעה של הדיינים בפשרה.

אע"ג דמקשי פשרה לדין, לאו לכל דבר מקשינן. דבדין אזלינן בתר רובא אם שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב או איפכא. ובפשרה לא אזלינן בתר רובא עד שיסכימו שלשתן לדעת אחד, כדאמר בפ' בתרא דמסכת ע"ז (עב, א) "כדשיימי בי תלתא" - אפילו תרי מגו תלתא, "כדאמרי בי תלתא" - עד דאמרי בי תלתא.<sup>86</sup>

תוספות רואים דמיון בין פשרה לבין אמירת שלשה, דהיינו הצדדים מסכימים (ומקנים) מראש לעשות מה שיאמרו שלשת הדיינים. אין כאן הליך של דין ודין, ולכן אין הפשרה דומה לשומת שלשה, אשר יש בה רוב ומיעוט ככל הכרעה שיפוטית אחרת. בפשרה הצדדים מקנים מראש 'כפי שיאמרו השלשה'. ההסכם ביניהם הוא לקבל תוצאה, ולהלכה בדרך של קנין כבר מקנים את התוצאה ואת המחילה.

83. הלכות גדולות, הלכות הדיינין, מהד' מכון ירושלים, ירושלים, תשנ"ב, עמ' תקסב: 'פשרה היכי דמי, כגון ממונא דאיכא ביני תרי והווי אינשי ביתייהו למעבד להון פשרה ובעו ממאן דאית ליה גבי חבריה במטותא, ושבק מן ממוניה מידי אי נמי דשבקיה כוליה ואחליה וקנו מיניה דכן וכן ממונא אית לך וקא שבקת ליה'.

84. מרדכי סנהדרין תרפ, שו"ת מהר"ם (פראג) שצב.

85. זו גם משמעות דבריו של מהר"ם, מובא במרדכי סנהדרין, תרפא, הקובע כי מחילה מועילה גם כאשר יש למוחל משכון.

86. תוספות סנהדרין שם, ד"ה ביצוע בג'.

על פי זה יש להבין גם את שאלת התוספות בהבנת אמירתו של רבן שמעון בן גמליאל: 'יפה כח פשרה מכח הדין ששנים שדנו - בעלי דינין יכולין לחזור בהן, ושנים שעשו פשרה - אין בעלי דינין יכולין לחזור בהן'.<sup>87</sup>

תימה במאי 'יפה כח'? דין נמי דומיא דפשרה - שהיה מדעת, שנים שדנו אין בעלי דינין יכולין לחזור בהן כיון דקבלו עלייהו.<sup>88</sup>

שאלתם זו דומה למה שהניחו כאשר דנו בסמכותו של דיין יחיד מומחה לרבים:<sup>89</sup> אם היתה קבלה מצד בעלי הדין, הרי הוכשרו כל הפגמים הדיוניים, ומה המשמעות של קביעת הרכב לפי מספר דיינים? הרי בכך אין הבדל בין דין לבין פשרה. אופיה של פשרה, והשוואתה לדין, צריכות להבחין רק במקרה שנעדרת ממנו קבלת הצדדים. כאשר הצדדים קבלו על עצמם - אין משמעות כלל למגבלות פרוצדורליות. אף בתירוצם מודים תוספות לעקרון זה, ומעמידים את דברי רבן שמעון בן גמליאל - כגון דאתו לבי תרי ואמרי להו 'דונו אותנו כמו שרגילים לעשות הדין או עשו לנו פשרה כמו שרגילים לעשותה', דבכה"ג יפה [=כח הפשרה מכת הדין].

בדרכם של התוספות גם צעדו חלק מהפוסקים. הרמ"א מביא התייחסות לבעיה של קנין דברים -

יש אומרים כשמקבל קנין על הפשרה צריך להקנות לו החפץ, שלא יהא קנין דברים.<sup>90</sup>

מהו 'החפץ' הנקנה, ובמה הקנאתו פוטרת את בעיית קנין הדברים? ומניין צמחה בעיה זו של קנין דברים? כבר ראינו שהתוספות ביארו את תוכן הסכמת הצדדים: 'לעשות כמו שיאמרו הדיינים'. נראה שכאן נעוצה בעיית קנין הדברים. אם הכוונה שעכשיו עושים קנין על מנת לעשות פעולה עתידית, דומה הדבר לקנין דברים. משום כך הביא רמ"א את דברי המרדכי שקבע -

החפץ צריך לקנות כדי שלא יהא קנין דברים בעלמא כי ההיא דריש פרק קמא דבבא בתרא (ג,א).<sup>91</sup>

87. לעיל הערה 77.

88. תוספות סנהדרין שם, ד"ה יפה כח פשרה.

89. לעיל הערה 3.

90. רמ"א חו"מ יב, ז.

91. לעיל הערה 84. אכן הב"ח בהגהותיו שם פירש את הקנין באופן אחר: החפץ 'ר"ל סודר'. אך יש לעיין בדבריו, שכן קנין סודר אינו מפקיע את החסרון של קנין דברים כמשמעותו בתחילת בבא בתרא. שמה הב"ח גרס במרדכי: 'החפץ צריך לקנות כדי שלא יהא קנין בדברים בעלמא, וללא אזכור הגמרא בבבא בתרא.

דהיינו, אין כוונתם של תוספות לעשות קנין על פעולה עתידית, אלא הקנין הוא על החפץ נשוא ההתדיינות, ועליהם להקנותו כבר מעכשיו.<sup>92</sup> גישתם העקרונית של התוספות היא שקבלת הצדדים מכשירה את הפגמים הפרוצדורליים, ובמקרה של פשרה זהו מפני שהצדדים מקנים ומוחלים את נשוא התביעה מראש.

גם בקבלת פסולים יתכן ושיטת התוספות היא שהקנין מתרחש במישור שבין שני בעלי הדין, כעין ההקנאה שבפשרה. לפי תוספות, אין אפשרות להכשיר שני פגמים כגון קבלת פסול אחד במקום שלושה כשרים -

דדוקא כגון דקבלוה עלויה בחד דחדא לרעותא הוא דאיכא - קאמרי רבנן דאינו יכול לחזור בו, אבל אי קבליה עליה כבי תרי יכול לחזור בו אף לרבנן כיון דאיכא תרתי לרעותא.<sup>93</sup>

עם זאת מסכימים כי יועיל קנין במקרה זה, 'כי אין לאחר קנין כלום'. יתכן והם סוברים שבמקרה זה, מועיל הקנין אף שאין ההסכמה כשלעצמה מועילה, משום שהקנין מקנה התביעה (או מוחל, כדלעיל) את נשוא התביעה. גם הפסול של 'תרתי לרעותא' עשוי לנבוע מחסרון בגמירת דעתו של המסכים - דבר המעיד על התלות שבין קבלת בעלי הדין לבין דיני קנין.

### (ב) פשרה וקבלת פסולים: שיטת הרמב"ם

גישתו של הרמב"ם נראית שונה משל תוספות, באופן עקבי עם גישתו שפָּחַנו לעיל. עולה משיטתו שקבלת הצדדים כשלעצמה אינה מכשירה את פגמיו הפרוצדורליים של הליך. עם זאת, קיימת משמעות לקבלת סמכות גם ללא הכשרת פגמים כאלה. על ידי הסכמה לפשרה, ומתן תוקף על ידי קנין, רוכשים הדיינים סמכות נוספת על סמכותם. על ידי קבלת הצדדים יכולים הדיינים לדון על פי פשרה, ולא (רק) על ידי דין. אופיו השיפוטי של הפשרה מוצא בטוי גם בהלכה -

וכשם שמוזהר שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה [בפשרה] לאחד יותר מחברו.<sup>94</sup>

דרך הסקת מסקנה זו בדעת הרמב"ם היא בעיקרה על דרך השתיקה. הרמב"ם אינו

92. כפירוש הזה כתב סמ"ע בדברי רמ"א: 'פירוש החפץ שטוענים עליו צריך הנתבע להקנות לו ע"י קנין סודר כפי השיעור אשר ימצאו ביניהם הפשרנים'. יש לעיין אם לפי פירוש זה קיימת הבחנה בין הקנאת חפץ לבין חיובי ממון שאינם חפציים, ושמה בכך אין קושי כלל משום שניתן למחול סכום ממון ולא חפץ, אשר צריך להקנותו, וזו כוונת המרדכי והרמ"א - שבחפץ יש להזהר לעשות הקנאה, כי לא די במחילה. אכן הסמ"ע מסיים שם: 'ואם טוענים על המעות דאינו נקנה בחליפין דקנין סודר, צריך לשעבד נפשו להתחייב לו כפי אשר ימצאו הפשרנים'.

93. סנהדרין כד, א תוד"ה אמר רב דימי.

94. שולחן ערוך חו"מ יב, ב על פי טור שם; נוסחה אחרת: שלא יטה הפשרה כו', ראה מהדורת מורשה להנחיל, לעיל הערה 12.

מעמיד את המימרא של רבן שמעון בן גמליאל באוקימתא ואינו מסיק את המסקנות ההלכתיות הנגזרות משיטת התוספות. הרמב"ם מביא את הדברים כפשוטן -

יפה כוח הפשרה מכוח הדין, ששני הדיוטות שדנו אין דיניהן דין ויש לבעלי דין לחזור בהן ואם עשו פשרה וקנו מידן אינן יכולין לחזור בהן.<sup>95</sup>

הוי אומר, קבלת הפשרה כשלעצמה לא ביטלה את חידושה של הלכה זו. קיימת משמעות לכך שהרכב של שנים רשאי לעשות פשרה, גם ללא אפשרות כזו בדין עצמו. אין צורך להעמיד את ההלכה באוקימתא של תוספות 'באומר: "עשו כמו שרגילים לעשות"'.<sup>96</sup>

יתירה מזו, אף הרמב"ם סבור שאין צורך בקנין במחילה בעלמא, ואינו מסייג את דבריו כדרך שתוספות סייגו הלכה זו כאשר באו לבחון אותו לאור ההלכה שפשרה צריכה קנין. גם הרמב"ם מודה שלעתיים קנין מצביע על גמירת דעת כאשר אין הדבר ברור דיו, אך אינו מייחס לכך מעמד מעיקר הדין, אלא ממנהג בעלמא -

מחל לחבירו חוב שהיה לו עליו... הרי זו מתנה הנקנית בדברים בלבד ואינו צריך דבר אחר.<sup>96</sup>

ובהכללה -

יש דברים הרבה שאין צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם, כגון המשחרר עבדו או המגרש את אשתו או העושה שליח או המוסר מודעא או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו, וכל כיוצא בדברים אלו.

נהגו ברוב המקומות להקנות למקצת אלו הדברים וכיוצא בהם, ואומרים 'וקנינו מפלוני שעשה פלוני שליח או שמחל לפלוני חוב שיש לו אצלו או שביטל המודעא שמסר על גט זה וכיוצא בדברים אלו, ואע"פ שאינו צריך.

קנין זה שנהגו להקנות באלו הדברים אינו מועיל כלום אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל אלא שגמר בלבו ואחר כך אמר. לפיכך אם אמר 'בלב שלם אני אומר וגמרת לעשות דבר זה' אינו צריך דבר אחר כלל.<sup>97</sup>

גם מכאן משמע שאין טעמו של הרמב"ם בדין קנין כטעמם של התוספות. מחילה אינה צריכה קנין, ואין הרמב"ם מסייג זאת, ומאידך הודעת גמירת דעת אינה מטרת מעשה קנין מעיקר הדין.<sup>98</sup>

95. רמב"ם סנהדרין כב, ו.

96. רמב"ם זכיה ומתנה ג, ב.

97. רמב"ם מכירה ה, יא-יג.

98. אולם ראה גם רמב"ם אישות יז, יט: 'כשאר כל המוחלים שאינם צריכים קנין, והוא שיהיו דברים שהדעת סומכת עליהן, ולא יהיו דברי שחוק והתול או דברי תימה אלא בדעת נכונה'. יש שפירשו את שיטת הרמב"ם משום ריעותא בגמירת הדעת, לאור הלכות אלו. כמו כן לגבי מה

נראה שכך למד הרמב"ם את סוגיות הגמרא. שאלת הגמרא לגבי השוואת פשרה לדין משמעה שיש הליך מעין-משפטי גם בפשרה. אין כאן סחר-מכר של הצדדים בינם לבין עצמם, אלא שקול דעת של פשרה.<sup>99</sup> הדמיון בין תהליכי הדין והפשרה רב - רבן שמעון בן גמליאל אומר הדין בשלשה ופשרה בשנים;<sup>100</sup>

וכך בסוגיית הגמרא, אף אם העמדות אינן מוסכמות במסקנתה -

סברוה לכולי עלמא מקשינן פשרה לדין...

לא דכולי עלמא דין בשלשה והכא בהא קמיפלגי דמר סבר מקשינן פשרה לדין ומר סבר לא מקשינן פשרה לדין.<sup>101</sup>

אולם, גם אם אין מקישים פשרה לדין ללמוד ממנו את ההרכב הנדרש, עדיין פשרה ודין קרובים זה לזה. הברייתא שמביאה הגמרא הגבילה את האפשרות 'לְבָצוּעַ', ומלשון הברייתא גם בכך יש דמיון להליך של 'דין' -

תנו רבנן: כשם שהדין בשלשה כך ביצוע בשלשה, נגמר הדין אי אתה רשאי לבצוע.<sup>102</sup>

קריאה פשוטה של הברייתא היא שהדמיון חל על שתי ההלכות: כשם שהדין מסתיים עם גמר הדין כך האפשרות לבצוע. ושמה הדמיון הוא גם נימוק: משום שהדין הסתיים בגמר דין, הסתיימה גם סמכותו של הדין לבצוע. הלכה זו עוסקת בגבולות סמכותו של דיין במסגרת ההליך השיפוטי, ולא בשאלה מופשטת של ערך השלום לעומת ערך האמת. בהמשך אותה ברייתא מובאות דעות התנאים השונות באשר למגבלות הפשרה בשלבי הדין.

רבי שמעון בן מנסיא אומר שנים שבאו לפניך לדין - עד שלא תשמע דבריהן או משתשמע דבריהן ואי אתה יודע להיכן הדין נוטה אתה רשאי לומר להן

שכתב בהלכות מלוה ולוה כז, א: 'שטרי חוב והודאות ומתנות ושטרות ומחילות שהן בעדים שלהן [=של גויים] אע"פ שיש בהן כל הדברים שמנינו הרי הן כחרסים', כבר התקשו שו"ת ריב"ש קמב, כס"מ על אתר, ולחם משנה - המיישב שמה שנראה כעין העקרון של תוספות, אף שאינו מציין בפירושו שמטרת הקנין בפשרה היא להראות גמירת דעת: "ל דמי קצת לפשרות אע"ג דפשרה צריכה קנין ועכו"ם אינם בקיאיין בטיב קנין גם מחילות אע"פ שאין צריך קנין כתב רבינו בסוף פרק חמישי מהלכות מכירה דנהגו בו להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק ומהתל אלא שגמר בלב, ועכו"ם אינם יודעים היטב דבר זה אם גמר בלב, לא, לכך שטרי מחילות דידהו פסולים. והוא קצת טעם'. לדברינו אין טעם הקנין בפשרה משום גמירת דעת על מחילה אלא כמעשה המסמיך אל הדיינים לסטות מסדרי דין, כעין 'לקיים כל דבר' (רות ד, ז).

99. השווה ש"ך חו"מ יב, יב: 'פשרה שעשו בעלי דינין עצמן ביניהן א"צ קנין'.

100. סנהדרין ה, ב; תוספתא סנהדרין א, ד, ושם, ב: 'וכשם שהדין בשלשה כך פשרה בשלשה'.

101. סנהדרין ו, א.

102. סנהדרין ו, א-ב; תוספתא סנהדרין א, ג.

'צאו ובצעו'. משתשמע דבריהן ואתה יודע להיכן הדין נוטה אי אתה רשאי לומר להן 'צאו ובצעו' שנאמר 'פוטר מים ראשית מדון ולפני התגלע הריב נטוש' (משלי יז, יד). קודם שנתגלע הריב אתה יכול לנטשו, משנתגלע הריב אי אתה רשאי לנטשו.<sup>103</sup>

ניתן להבין את דברי ר"ש בן מנסיא לפחות בשני אופנים. האחד, כמשקף במקצת את גישת ר"א בנו של רבי יוסי הגליל השולל את הפשרה בהליך השיפוטי מכל וכל. אך ניתן להבין את דבריו גם כהמשך דברי תנא קמא - העוסק במגבלות סמכות הדין של הדיין הבא לבצוע. לר"ש בן מנסיא, קיימת סתירה בין ידיעת הדיין היכן הדין נוטה לבין קביעת הפשרה. תפקידו השיפוטי של הדיין הוא לומר את הכרעת הדין 'האמיתית'. אמירה אחרת מהווה 'נטישת הדין', כבאסמכתא המובאת על ידו - 'לפני התגלע הריב נטוש'. (ואכן כהמשך לדברי ר"ש בן מנסיא הברייתא מביא את דעת ריב"ל הקובע את השלב שמותר לדיין לא להזדקק לדין כאשר מי מבעלי הדין הוא 'קשה'). אך עולה מדברי ר"ש בן מנסיא שהדיין הוא שמורה להם: 'צאו ובצעו'. בכך הוא נוטש את הדין, אך אינו נוטש את סמכותו כדיין. מרגע שהדיין יודע להיכן הדין נוטה, אסור לו לפסוק את הדין באמירה שיש לבצוע, אך כל עוד לא הגיע לשלב זה של הדין - הפשרה היא בסמכות הוראותיו, ואינה עצה טובה בעלמא. הדיין אנו 'מתווך מן שורה' אלא פועל במסגרת סמכותו. הגמרא פסקה כרבי יהושע בן קרחה הסבור כי מצוה לבצוע, ובכך גם אמצה את דעת תנא קמא שניתן לבצוע כל עוד לא נגמר הדין. אולם נראה שבייחוד לדבריו משמעות הפשרה ('ביצוע') היא פסק דין שבסמכותו של הדיין ולא הסכם בין הצדדים. דהיינו, גם כאשר הדיין יודע להיכן הדין נוטה בסמכותו להורות על בציעה. התנאי לכך הוא קבלת הסכמתם של בעלי הדין לפני ההליך: 'מצוה למימרא להו אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו'.<sup>104</sup> אולם תפקיד הסכמה זו - והקנין הנדרש על מנת לתת לו תוקף - אינו הסכם בין הצדדים להעברת זכויות, אלא מתן סמכות לדיין לפסוק פסק דין שאינו 'נוקב את ההר'.<sup>105</sup> יתירה מזו, מלשון הברייתא גרידא היה מקום לטעון כי סמכות זו קנויה כבר לדיין. זהו 'משפט שלום' - משפט שיש בו שלום; משפט וצדקה - משפט שיש עמו צדקה'. ולכן זהו שבחו של בית הדין -

103. סנהדרין ו, ב; תוספתא שם: עד שלא נתגלה הריב וכו'.

104. סנהדרין ז, א.

105. דוק ברמב"ם סנהדרין כב, ד, שעמדתו של רבי יוסי הגלילי אכן מתקיימת לאחר גמר הדין: אחר שגמר הדין ואמר איש פלוני אתה חייב איש פלוני אתה זכאי אינו רשאי לעשות פשרה אלא יקוב הדין את ההר. מכאן שר"א בנו של רבי יוסי הגלילי לא חלק על הרעיון של הבאת שלום, אלא על עירוב התחומים במסגרת סמכויות השיפוט. לת"ק קיימת סמכות זו, אך היא מוגבלת - ומשפיקה אין הבדל בין גישתו לבין זו של ר"א בנו של ריה"ג.

וכל בית דין שעושה פשרה תמיד הרי זה משובח ועליו נאמר משפט ושלוש שפטו בשעריכם'. איזהו משפט שיש עמו שלום הוי אמר זה ביצוע; וכך בדוד הוא אומר 'ויהי דוד עושה משפט וצדקה'. איזהו משפט שיש עמו צדקה הוי אומר זה ביצוע והיא הפשרה.<sup>106</sup>

אפשר היה לראות בסמכות לדון באופנים אלה של משפט סמכות טבועה של הדיין.<sup>107</sup> ושמא זו ה'הוה' אמיןא' של הגמרא שראתה קושי ביישוב דברי רב הונא, תלמידו של רב, שהיה פותח את הדין בשאלה 'אי דינא בעיתו אי פשרה' עם הכרעתו של רב שמצוה לבצוע: אם הפשרה היא בסמכות הדיין, מדוע קיים כלל צורך בהסכמת הצדדים? אולם גם למסקנת הגמרא, הדורשת את הסכמת הצדדים לקיום פשרה, ואף לאחר הכרעתה שקיים צורך בקנין, יש לראות את ההסכמה ואת הקנין כהסכמת הדיין ולא כיצירת הסכם העברה ומחילה בין הצדדים. יתירה מזו, משמע מהרמב"ם שהקנין נועד למנוע את חזרת הצדדים מהסכמתם-הסמכתם, ולא על מנת ליצור את ההסמכה מלכתחילה.

מצוה לומר לבעלי דינין בתחילה: 'בדין אתם רוצים או פשרה?' אם רצו בפשרה עושין ביניהם פשרה...  
אע"פ שרצו בעלי הדין בפשרה בבית דין, יש להם לחזור ולתבוע הדין עד שיקנו מידם.<sup>108</sup>

אנו שוב רואים, כי לדעת הרמב"ם קיימת אפשרות להוסיף סמכויות על סמכויותיו הקיימות של דיין (או להשתמש בסמכות עודפת העומדת לו ולהגביל את החזרה ממנה). שוב יש להזדקק גם לכוח המחייב של פסק דין תקף שניתן במסגרת סמכות זו. פסק דין של פשרה הוא פסק מחייב. לא מפני הקנין של הצדדים הם מחוייבים לקיים את פסק הפשרה: 'צאו ובצעו', אלא משום סמכותו של בית הדין אשר קבע קביעה זו. מעתה אין ללמוד כלל מדיני פשרה והקנין שבה לדיני מחילה או לכל דין אחר העוסק בהסכמים שבין אדם לחבירו. הקנין אינו בין הצדדים אלא בין בית הדין לבין הצדדים כדבריו הנ"ל -

'יש להם [=לבעלי הדין] לחזור ... עד שקנו [=בית הדין] מידם'.

זו נראית גם המשמעות של קביעתו של רשב"ג 'יפה כח פשרה מכח הדין'. נושאי

106. רמב"ם שם, על פי הברייתא הנ"ל, בתוספת שבחו של בית הדין ובתרגום ביצוע לפשרה.  
107. וכעין זה מצאנו שנחלקו הראשונים אם 'בית דין יכולין לכוף ליכנס לפנים משורת הדין' כאשר נראה להם 'שהוא מן הראוי', רמ"א לשו"ע חו"מ יב, ב על פי רא"ש ומרדכי, ראה גר"א שם ס"ק ח-ט. השווה גם שם, סעיף ה: 'יש כח לדיין לעשות דין כעין פשרה במקום שאין הדבר יכול להתברר'. אף כאן בטוי של סמכות טבועה לדיין ('כח') שאינו נגזר מהסכמת הצדדים.  
108. רמב"ם שם, ה.



כליו של הרמב"ם הקשו עליו את קושיית התוספות, לאור שתיקתו של הרמב"ם מהאוקימתא שבתשובתם של התוספות -

ואיכא למידק מה יפוי כח יש בפשרה מבדין, דכיון שפשרה מיירי בשקנו מידן הלא דין גם כן אם קנו מידם שידון להם אחד אפילו קרוב או פסול אינם יכולים לחזור בהם כמבואר [בפרק ז'].<sup>109</sup>

אולם נראה שכוונת הרמב"ם להדגיש את תקיפותו של פסק הפשרה. שנים מוסמכים לעשות פשרה, גם ללא קנין. אין פגם בפסק הפשרה שלהם - כל עוד לא חזרו בהם הצדדים. הקנין אינו בא להכשיר פגם פרוצדורלי כלשהו, שהרי אין כאן פסול. תפקיד הקנין הוא למנוע חזרת הצדדים מההסמכה אותה הסמיכו את הדיינים לפשר ביניהם. כל עוד לא חזרו בהם עומד הפסק על כנו. ההנגדה בין פשרה לדין אינה באה לתת השלכה הלכתית. מדוקדקת אפוא לשון הרמב"ם שהדגיש פן זה של חזרה ואי-חזרת הצדדים כאשר ביאר את דברי רשב"ג 'יפה כח' -

יפה כוח הפשרה מכוח הדין, ששני הדיוטות שדנו אין דניהן דין, ויש לבעלי דין לחזור בהן. ואם עשו פשרה וקנו מידן אינן יכולין לחזור בהן.

שנים שדנו לא הוציאו פסק תקף מתחת ידם. נדרש קנין על מנת להכשיר את מעשה ידיהם, ולכן אין הקנין רלוונטי להנגדה שבין שפרה לדין. שנים שפשרו אכן הוציאו פסק תקף מתחת ידם, גם ללא קנין. על ידי הקנין אינם יכולים לחזור בהם מהסמכת הדיינים.

הרעיון העומד בבסיס קבלת פסולים, לפי הרמב"ם, דומה לתפקיד של קבלת הדיינים לפשרה. תפקיד הקנין אינו להעביר את נשוא ההתדיינות או למחול עליו ממתדיין לרעהו. קבלת בעל הדין את הפסול להיותו דיין מסמיכה את הדיין, וממילא הוא רוכש סמכויות דיון כמו של דיין כשר. גם כאן הקנין הוא בין בית הדין לבין בעל הדין, ולא בין הצדדים לבין עצמם -

אם קנו מידו על זה אינו יכול לחזור בו.<sup>110</sup>

גם כאן תפקיד הקנין הוא למנוע חזרה מהסמכה-הסמכה זו.<sup>111,112</sup> אולם מבחינה מעשית, קיים הבדל בין קבלת פסולים, לרבות קבלת הרכב חסר של דיינים, לבין

109. כסף משנה שם, ו.

110. רמב"ם שם ז, ב.

111. ראה נמוקי יוסף ד, ב בדפי הרי"ף: 'אין לאחר קנין כלום כיון שקנו מידו מתחילה שלא יחזור בו שוב אנו חוזר בו, ואע"ג דמחזי כקנין דברים אפ"ה אשכחן בקנין שמחזק הדברים'.

112. יש להדגיש שלמסקנת הגמרא (כד, ב), לפי רמב"ם שם, אין הבדל בין מחילה לבין 'אתן לך', ובשניהם קיים צורך בקנין - ומכאן שיש לראות את הקנין כהסמכה ולא כהקנאה בין הצדדים.

קבלת פשרה. בהעדר קנין, חזרת בעל הדין מהסכמתו מוגבלת בשלבי הדין, כהמשך דברי הרמב"ם שם -

ואם לא קנו מידו יש לו לחזור בו עד שיגמר הדין.

נגמר הדין והוציא ממון בדין זה הפסול או בעדותו אינו יכול לחזור בו.

לא מצאנו הגבלה כזו לגבי פשרה - ומשמע שבהעדר קניין גם לאחר גמר הדין, ואולי אף לאחר שהוציא ממון בפשרה זו, יוכלו בעלי הדין לחזור בהם מהסכמתם לפשרה. המשמעות המעשית היא שאין כל ערך לפשרה ללא קנין, ואלו הם דברי מסקנת הגמרא: 'פשרה צריכה קנין'. לעומת זאת, חזרה מקבלת פסולים מוגבלת עד שלב גמר הדין (או: גמר הדין ותשלום על פיו, לפי לשון הסיפא שבהלכה זו, אשר תמהו עליה נושאי כלי הרמב"ם).<sup>113</sup> ההבדל בין שתי ההלכות נעוץ, כנראה, באופיין. כאשר בעלי הדין הסמיכו פסול לדון, הרי שסמכות הדין ניתנה לו. משניתן פסק דין בסמכות - פסק הדין כשלעצמו מחייב, כפי שראינו לעיל.<sup>114</sup> עד מתן פסק הדין הצדדים יכולים לשוב ולהפקיע את הסמכות החדשה אשר הקנו לדיין, אשר לא היה זוכה לה מפני פגמים שבמינויו (קרוב או פסול). אולם משהוציא פסק דין על ידו, שוב אין פסק הדין תלוי בסמכותו של הדיין כרגע, אלא בסמכות שהיתה לו בשעת מתן הפסק. לעומת זאת, פשרה מחייבת מפני הסמכות בהווה ולא מפני הסמכות בשעת מתן פסק-הפשרה. הסיבה היא שאין הפשרנים **מגלים** את האמת ההלכתית, אלא **יוצרים** את 'המשפט-שהוא-שלום' בין הצדדים. מכאן שפשרה איננה פסק חד-פעמי, אלא אף עשויה להשתנות בין שעת הודעת הפסק לבין שעת יישומו, אם הנסיבות השתנו. יתכן גם מצב והפשרה דורשת התערבות או השגחה נמשכות של בית הדין. משום כך תוקפה של פשרה נבחנת לפי סמכות הדיין בשעת הביצוע, ולא בשעת מתן הפסק. ומכאן, שהצדדים יכולים לחזור בהם **מההסמכה** של הדיינים לעשות פשרה גם לאחר 'גמר דין', כל עוד לא עשו קנין. יש להוסיף, שלגבי קבלת פסולים מועילה קבלה גם בתרתי לרעותא לפי הרמב"ם, שכתב בפירוש, 'אפילו קבל אחד מן הפסולים בעבירה כשני עדים כשרים להעיד עליו או כשלשה בית דין מומחין לדון בו'.<sup>115</sup> כבר ראינו שדעת התוספות היא שאין אפשרות להכשיר במקרה זה, אלא אם כן נעשה קנין. נטינו גם לפרש שתפקיד הקנין לפי תוספות הוא להקנות או

113. לפי זה לכאורה יפה כח הדין מכח הפשרה, שכן בפשרה ללא קנין הצדדים יכולים לחזור בהם גם לאחר פסק הפשרה, ובדין הצדדים יכולים לחזור בהם רק עד גמר הדין. עם זאת, יש לקיים הבנה זו בדברי רשב"ג, שכן חסרון הקנין בפשרה אינו נעוץ בהרכב הנדרש, מה שאין כן דין, אשר חסרון בהרכב הוא אשר מכתוב את הצורך בקנין. לפ"ז רשב"ג התייחס לרובד העקרוני ולאו דווקא לנפק"מ שביניהם.

114. עמ' 188.

115. לעיל הערה 110.

למחול. גם ללא הסבר זה, החסרון בתרתי לרעותא נראה חסרון של גמירת דעת. אולם לרמב"ם אין צורך בכל זה, כיון שבעלי הדין רשאים להסמיך - אין כאן חסרון של גמירת דעת. תפקיד הקנין הוא למנוע חזרה מההסכמה-הסמכה הבסיסית. הוא מצוי במישור שבין המתדיין לבין בית הדין, ולא בין הצדדים.

כעין שיטתו של הרמב"ם, הרואה בפשרה סמכות טבועה של בית הדין, יתכן לראות גם בשיטות ראשונים נוספות. המרדכי מביא דעות שנראה מהן שפשרה היא בסמכות הדיון של בית הדין - אף ללא הסמכת הצדדים -

וכתב ראב"ן דוקא כשהוזקק [מתחילה] לפשרה לא אלימי לאפקועי ממונא ע"כ צריכה קנין שלא יאמר משטה הייתי בכם מפני שהייתם מפצירים בי, אבל כשהוזקק מתחילה לדין אין אדם משטה בבית דין ופשרתם אינה צריכה קנין. ורבינו יוסף ט"ע חולק בתשובותיו וכתב דבשלשה פשרנים לא בעי קנין, וכ"ש אם הדבר נעשה במעמד אנשי טובי העיר ופשרה ביחיד מקויימת אם יש שם קנין.<sup>116,117</sup>

ההדגשה בסיפא של דברי ראב"ן היא על מידת גמירת הדעת של בעלי הדין ('שלא יאמר משטה הייתי בכם', 'אין אדם משטה בבית דין').<sup>118</sup> אולם בפתיחת דבריו הוא בוחן את שאלת הקנין במושגים של סמכות, שכן כאשר הוזקקו מתחילה לפשרה 'לא אלימי לאפקועי ממונא'. לעומת זאת מדברי רב יוסף טוב עלם עולה שפשרה בבית דין - ובייחוד כאשר מדובר במעמד ציבורי - אינו צריך קנין. האם חלק רק על היקף של כלל 'אין אדם משטה בבית דין' כדי לכלול בתוכו גם בית דין של פשרנים? שמא כוונת ר"י טוב עלם שכאשר פשרה מתקיימת על ידי בית דין אזי מסמכותם לדון 'משפט-שהוא-שלום; משפט-שהוא-צדקה' קרי, פשרה. ההיבט הציבורי מדגיש את סמכותו של בית הדין מחד, ואת המשמעות החברתית-ציבורית של פשרה מאידך.<sup>119</sup>

116. **מרדכי** סנהדרין תרפ; **שולחן ערוך** חו"מ יג, ז בשם 'ויש אומרים'. בספר ראב"ן מופיע כך: 'והדין בקבלה בעלמא בלא קנין לא מצי הדר ביה הנידון, אבל שנים הבאין לידון בפני ג' או בפני שנים שיתפשו ביניהם ומקבלין אותן עליהן צריכין קנין שלא יחזרו בהן ממה שיתפשו, ואם לא יקנו חוזרין כדאמר "והילכתא פשרה צריכה קנין"'. האם המרדכי למד את שיטת הראב"ן מדיוק בדבריו ('הבאין לידון ... שיתפשו ביניהן') או ממקור מפורש אחר?

117. ראה גם **פתחי תשובה** חו"מ שם, י.

118. ראה גם **מרדכי** סנהדרין, תרפ בסופו.

119. שיטת ר"י ט"ע פוטרת גם את הבעייתיות שבסיוס הסוגיא: 'אמר רב אשי שמע מינה פשרה אינה צריכה קנין, דאי סלקא דעתך צריכה קנין למ"ד צריכה תלתא למה לי תסגי בתרי וליקני מיניה. והלכתא פשרה צריכה קנין'. לפי ר"י ט"ע פשרה אכן אינה צריכה גם קנין וגם תלתא ביחד, ואכן 'סגי בתרי וליקני מיניה', אלא שהנחת הגמרא אף היא נפסקת להלכה, ובמקום של שלושה אין צורך בקנין. בכך אין הגמרא חוזרת בה מעמדת רב אשי. לעומת זאת רש"י שם פירש שהגמרא אכן חוזרת בה: 'והילכתא פשרה צריכה קנין. ואפילו נעשית בשלשה'. ראה

## לסיום

מושג הסמכות הוא מרכזי להליך השיפוטי - גם בהלכה. יש להדגיש מושג זה בדעת הרמב"ם - הן בביאור תופעות הלכתיות המוצאות את פשרן רק לאור הסמכות, והן בביאור השנויים שבעלי דין יכולים להליך ההתדיינות. סמכות כבטוי של תפקיד ושררה מקנה אפשרויות פרוצדורליות כמו כפיית התייצבות, הכשרת דיין יחידי, חסינות מפני תביעה ואף קובעת את גבולות הדיון המהותי - שכן סמיכת זקנים אינה אלא פן של השררה הייחודית לדיין הנקרא כשם בוראו: אלהים.

העולה משיטת הרמב"ם להלכה שונה מהמקובל לדעת התוספות: דיין יחיד ואף שלושה הדיוטות אינם דנים בכפייה אלא אם נטל רשות, במקרה של היחיד, או הם בית דין קבוע של הציבור, במקרה של שלושה - וזאת בין אם הנתבע מוכן לרדת לדין ובין אם לאו; מומחה שאינו מומחה לרבים רשאי לדון יחידי על ידי נטילת רשות; התייצבות לדין אינה תחליף לקבלה מפורשת של דיין בין להכשרת פגמים דיוניים ובין לפוטרו מחבות במקרי טעות; פשרה אינה חייבת להקבע פה אחד על ידי הפשרנים; בעלי דין יוכלו לחזור בהם אף אחר מתן פסק הפשרה (ואולי אף לאחר ביצוע פסק הפשרה) במובחן מקבלת פסולים; דיין מפשר צריך לבחון את נסיבות ביצוע הפשרה בפועל, ולשם כך הוא חייב להיות מוסמך לכך באותו רגע, ולא להסתפק בקביעתו שקדמה לכך; תפקיד הקנין אינו קשור כלל ליחסי בעלי הדין אלא ליחסי מתדיין/בית הדין.

בסופו של דבר, מקורן של סמכויות אלה הוא הציבור מחד, ושרשרת תורה שבעל פה מאידך - כאשר אף הזיקה בין אלה הדוקה: אי אפשר לתת רשות לדיין שאינו ראוי, ובהעדר שרשרת סמיכה ניתן לחדש אותה, לדעת הרמב"ם, על ידי פעולה ציבורית-תורנית ('אם הסכימו כל החכמים שבארץ ישראל למנות דינין ולסמוך אותן').<sup>120</sup> כיוון אחר של הסמכה הוא מכוחם של בעלי הדין, אשר רשאים להוסיף סמכויות על סמכויותיו של דיין על מנת לדון בפשרה ואף להכשיר דיינים קרובים ופסולים והרכבים חסרים.

ביאור הגר"א לחו"מ יב, ז, ס"ק יג, שלמד את פשט הסוגיא כרש"י.

120. רמב"ם שם ד, יא.

## סתימת טענות וסתירת הדין: סופיות הדיון בשיטת הרמב"ם

### הרב מיכאל בריס

ראש מכון משפטי ארץ

- א. עקרונות מוסכמים / 221  
ב. שיטות הראשונים בהבנת המשנה: חשש זיוף / 222  
ג. שיטות הראשונים בהבנת המשנה: סמכות בית דין והודאת בעל דין / 225  
ד. שיטת הרמב"ם: הקשיים / 230  
ה. שיטת הרמב"ם: סתימת טענות, סתירת הדין וסופיות הדיון / 232

### א. עקרונות מוסכמים

משנתנו<sup>1</sup> בוחנת את היכולת להגביל את הבאת הראיות על ידי בעלי הדין, ובעיקר על ידי התובע, במהלך ההתדיינות. קריאה ראשונית של המשנה חושפת ארבעה שלבים או 'כבות' בדיון בשאלה זו -

כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין.

אמר לו 'כל ראיות שיש לך הבא מיכן ועד שלשים יום' מצא בתוך שלשים יום סותר, לאחר שלשים יום אינו סותר. אמר רשב"ג, מה יעשה זה שלא מצא עדים בתוך שלשים ומצא לאחר שלשים?<sup>2</sup>

אמר לו 'הבא עדים', ואמר 'אין לי עדים'. אמר 'הבא ראיה' ואמר 'אין לי ראיה'. ולאחר זמן הביא ראיה ומצא עדים, הרי זה אינו כלום. אמר רשב"ג, מה יעשה זה שלא היה יודע שיש לו עדים ומצא עדים, לא היה יודע שיש לו ראיה ומצא ראיה.

ראה שמתחייב בדיון ואמר 'קרבו פלוני ופלוני ויעידוני' או שהוציא ראיה מתחת פונדתו [או: אפונדתו], הרי זה אינו כלום.

נמצאו שתי נקודות שאינן שנויות במחלוקת. האחת, העקרון הבסיסי המאפשר לסתור את הדין 'כל זמן שמביא ראיה'. האחרת, הגבלה עקרונית של אותה אפשרות.

1. משנה סנהדרין לא, א.

2. בתוספתא (ו, ה) מבואר שתנא קמא הוא רבי מאיר: ראה להלן הערה 52-53, וראה חסדי דוד שם.

מחלוקת תנא קמא ורבין שמעון בן גמליאל נטושה, אפוא, בתיחומם של שני עקרונות אלה.

העקרון הראשון, אפשרות סתירת הדין, מתקיים כאשר נמצאו ראיות חדשות. כביאורו של רש"י -

כל זמן שמביא ראיה. הבא לבית דין ולא היה שטר זכותו בידו ויצא מבית דין חייב, ולאחר זמן מצא שטר זכותו והביאו ... בית דין סותרין לו דינו שפסקו ומחייבין את שכנגדו.<sup>3</sup>

ביסוד דין זה עומדת ההכרה בחתירה לאמת בדין תורה. דין אשר הושג על סמך ראיות שאינן שלמות אינו שלם אף הוא. פסק הדין הוא סופי רק לענין זה שאין מעכבים את התשלומים ואת ביצוע יתר התוצאות הנובעות מפסק הדין.<sup>4</sup> אולם אין גזר הדין כשלעצמו, ואף ביצועו,<sup>5</sup> מונעים הבאת ראיות חדשות ואף הפיכת התוצאה הקודמת כתוצאה מראיות אלה.

העקרון המוסכם השני שבמשנה קובע את הגבלת סתירת הדין, ובאשר להיקפו של העקרון נחלקו במשנתנו. הגבלה זו יכול שתנבע מהגבלה על ידי בית הדין (לרבנן בבבא השנייה של משנתנו), או על ידי בעל הדין כתגובה לדברי בית הדין (לרבנן בבבא השלישית) או לדעת כולם כאשר בעל דין 'רואה שמתחייב בדין' ושולף ראיה או עדים שהיו ידועים לו מקודם. אזי בית הדין אינו מקבל את ראייתו. ניתן להבחין בשלושה נימוקים מקובלים בראשונים כביאור מגבלה או מגבלות של הבאת ראיות, המשתנים בחלקן גם לפי הבבות השונות: חשש מפני זיוף, הודאת בעל דין וסמכות לבית הדין להגביל הבאת ראיות.

### ב. שיטות הראשונים בהכנת המשנה: חשש זיוף

רש"י מבאר את הדין המוסכם שבסיפא כנובע מערעור באמינותם של ראיות בעל הדין -

3. על המשנה, סנהדרין שם.
4. 'דאם לא כן לעולם ידחה', מרדכי סנהדרין, תשו.
5. ירושלמי סנהדרין ג, יב: 'רבי לוי הוה ליה דין עם חד ברנש על עסק בתים והוון דיינין קומי ר' לעזר. לאחר גמר דין הביא ראיה, שאל [=ר' אלעזר] לר' יוחנן. א"ל כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין. ר' אבמכיס הוה ליה דין עם חד בר נש על עיסק ריחייא. והוון אידיינין קומי רבי לעזר. לאחר גמר דין הביא עדים. שאל [=ר' אלעזר] לר' יוחנן. א"ל אדיין [=עדיין] את לזו? כל זמן שמביא ראיה סתר את הדין! ולמה תרין עובדין? רבי לוי לא אתעביד גזר דין [=גמר דין]. ר' אבמכיס אתעביד ליה גזר דין; מרדכי סנהדרין שם; ב"ח חו"מ ריש סימן כ.

**קרבן פלוני ופלוני כו'.** אפילו רבן שמעון בן גמליאל מודה שכיון שהיה יודע בהן ואמר אין לי - **ודאי שקרנים הם.**

מחלוקת תנא קמא ורשב"ג עוסקת, אפוא, במקרים בהם **אומדן השקר** חלש יותר. לפי רש"י, חכמים חוששים לכך גם כאשר בעל הדין עצמו קבע שאין לו עדים או ראיה, כמו המקרה של הבבא השלישית שבמשנה. חכמים אינם מקבלים את הראיה החדשה, לפי רש"י, 'שהרי אמר "אין לי" וחיישין שמא זייף או שכר עדים'.<sup>6</sup> רש"י אינו מבאר מה הם שיקולי המחלוקת במקרה שבית הדין קבע באורח חז-צדדי זמן להבאת עדים או ראיה, כבבא השנייה במשנה, אולם קרוב לומר שאותן סברות חלות לפי ת"ק ורשב"ג. כך אכן מבאר יד רמ"ה את הבבא השנייה של משנתנו –

**כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין.** ובסתמא קאי, אבל אם אמרו לו 'כל ראיות שיש לך הבא מכאן ועד שלושים יום'... לאחר שלושים יום אינו סותר, **דחיישין דלמא זייף אי נמי אגר סהדי שקרי,** דאם איתא דסהדי מעליי נינהו איתויי הוה מייתי להו בתוך שלושים יום.<sup>7</sup>

גם את דברי רשב"ג יש להבין על רקע חששם של חכמים. בנימוקו 'מה יעשה זה שלא מצא?' הוא כאומר, 'כיצד ניתן לעורר חשד של זיוף מתוך חוסר הבאת ראיות תוך זמן קצוב, כאשר לא ברור כלל כי היו בידיו עדויות והסתירן? שמא לא מצאן כלל'. כך יש להבין את דברי הרמ"ה בביאור המחלוקת שבבבא השלישית. אין מקבלים את עדויותיו וראיותיו לפי חכמים -

שהרי הודה שאין לו עדים ואין לו ראיה והני סהדי שקרי נינהו.<sup>8</sup>

גם כאן הודאתו של בעל הדין מעוררת חשד בדבר מהימנות ראיותיו. יש להדגיש שאין כאן פסילה מוחלטת ומראש של עדויות אלו שבאו לאחר הודאתו. במוקד דברי חכמים נמצאת שאלת מהימנות הראיות, ועל כן ניתן להגיש ראיות כאלה אשר אין לגביהם חשד, כגון ראיות שלא היו בהישג ידו של בעל הדין. נקודה זו מפורשת בדברי התוספתא כאן -

'יש לך עדים' ואמר 'אין לי אלא אלו', 'יש לך ראיות' ואמר 'אין לי אלא אלו', ואחר זמן מצא עדים אחרים ומצא ראיות אחרות - הרי זה אין מקבלין הימנו, **עד שיביא ראיה שלא היה יודע בהן.**<sup>9</sup>

6. רש"י סנהדרין שם, ד"ה הרי זה אין כלום.

7. יד רמ"ה סנהדרין שם.

8. שם.

9. תוספתא סנהדרין ו, ו.

הרי שגם לפי חכמים קיימת אפשרות להביא עדים אף לאחר שבעל הדין הודיע, בתשובה לבית הדין, כי אין לו עדים. השאלה היא רק אם ראיות חדשות אלה היו ידועות לבעל הדין. נפקא מינה בין רשב"ג לחכמים היא המענה לשאלה: על מי נטל הראיה בדבר נגישותן של הראיות לבעל הדין. אולם אילו ברור היה שבעל הדין יודע מהן - עדיו פסולים, לפי רש"י ורמ"ה, משום חשש של זיוף ושקר. עם זאת יש לציין, כי פרשנות זו בדברי הרמ"ה אינה כה חד-משמעית. יש שלמדו שרמ"ה מדגיש בכבא השלישית את הודאת בעל הדין כשוללת את כשרות העדים, ולא דווקא משום החשש לזיוף שהודאה זו מעוררת.<sup>10</sup> נשוב לדון במשמעות הפירושים השונים בדברי רמ"ה להלן.<sup>11</sup>

ביאור זה של מחלוקת חכמים ורשב"ג, עולה גם משני מקרים נוספים בסוגיית הגמרא. רב נחמן קובע חריג לעמדתם של חכמים -

ההוא ינוקא דתבעוהו לדינא קמיה דרב נחמן. אמר ליה: אית לך סהדי? אמר ליה: לא. אית לך ראייה? אמר ליה לא. חייביה רב נחמן. הוה קא בכי ואזיל. שמעוהו הנך אינשי. אמרו ליה אנן ידעינן במילי דאבוך. אמר רב נחמן בהא אפילו רבנן מודו, דינוקא במילי דאבוה לא ידע.<sup>12</sup>

הסכמתם של חכמים לדין זה נובעת מההנחה, לאו דווקא הידיעה, כי הינוקא אינו מכיר את מכלול הנסיבות, וממילא את מלא הראיות האפשריות, בעסקי אביו. כך גם בהמשך הסוגיא. לאחר שקבעה הגמרא שהלכה כחכמים בבבא השלישית, 'ראיה אחרונה', היא קובעת חריג נוסף לעמדתם של חכמים -

אלא כי אתא רב שמואל בר יהודה אמר רבי יוחנן, לעולם מביא ראייה וסותר עד שיסתתם טענותיו, ויאמרו לו הבא עדים ואומר אין לי עדים, הבא ראייה ואומר אין לי ראייה. אבל באו עדים ממדינת הים או שהיתה דסקיא של אביו מופקדת ביד אחר, הרי הוא מביא ראייה וסותר.<sup>13</sup>

אף כאן אין קביעה שהאיש דובר אמת, אך נשללת ההנחה שהוא משקר ושהוא הסתיר את עדיו ואת ראיותיו. כך עולה מדברי הרמ"ה, הקושר את שתי הלכות אלה יחד -

10. ר' יעקב זילבר, הערות ליד רמ"ה, סנהדרין, ירושלים, תש"ס, הערה 346: "ומבואר דדעת רבנו דטעמא משום דאיכא הודאת בע"ד דהעדים פסולים, אולם ברש"י במתני' כתב דטעמא משום דאמרין דמסתמא שכון ועדי שקר הן". לדברינו רמ"ה כרש"י בנקודה זו, כפי שניכר מהסיפא של דבריו, והודאת בעל הדין קובעת את השקר ולא את הפסול בפני עצמו.

11. עמ' 230.

12. סנהדרין, שם.

13. שם לא, ב.



דאנן סהדי דהני לא הוה ידע בהו מעיקרא, ומשום הכי קאמר אין לי עדים ואין לי ראייה, ובהא אפילו רבנן מודו. והא דרבי יוחנן שייכא בדרב נחמן דאמר ינוקא במילי דאבוה לא ידע.<sup>14</sup>

### ג. שיטות הראשונים בהבנת המשנה: סמכות בית דין והודאת בעל דין

גישה אחרת הרווחת בביאור מחלוקת חכמים ורשב"ג מבדילה בין שתי הבבות שבלב המשנה באופן שונה. מחלוקת חכמים ורשב"ג שבבבא השניה הינה סביב סמכותו של בית הדין להגביל את הבאת הראיות מטעם בעלי הדין, אך אינה מדגישה את החשש של שקר וזיוף לפי גישה זו. כך מבאר המאירי את הבבא השניה שבמשנה הן בדברי רבנן -

לאחר שלושים אינו סותר, שכבר הפקיעו הבית דין כל זכויותיו;

והן בדברי רשב"ג -

וודאי אחר שהבית דין לא קנו ממנו להפקיע כל זכויותיו מעכשיו ולכשימצא, אין דבר זה שאמרו לו להביא מכאן ועד שלושים יום מבטלת זכותו שכבר חפש ולא מצא, ומה יעשה שלא מצא בתוך שלושים ומצא לאחר שלושים... אין זכותו נפקע בכך וסותר את הדין.<sup>15</sup>

המאירי לא ציין מקור לסמכות זו של בית הדין להפקיע זכויות וראיות. המאירי מבאר את הבבא השלישית באורח דומה, אלא שבה מקור הפקעת הזכויות אינו מצוי בסמכותו של בית הדין אלא בהודאת בעל הדין עצמו.

אלא שדברו אחר כן במדרגה אחרת שבדין זה, והוא שזה הודה ואמר בבית דין שאין לו עוד עדים וראיה. ... ויתבאר בגמרא דוקא בשהדבר מוכיח שהיה

14. יד רמ"ה סנהדרין שם, ד"ה אלא כי אתא רב שמואל בר יהודה וכו'. לפי פירושו השני שם, הסוגיא אינה עוסקת בהבחנה בין ראיות שבשליטתו לכאלה שאינן בשליטתו, אלא בהגדרת 'סתימת הטענות'. עם זאת, גם לפי פירוש זה נראה שסתימת הטענות באה על מנת לבסס את חשש השקר, ולא מטעם הודאת בעל דין גרידא, אחרת לא היה צורך להמחיש את המקרה הזה על ידי עדים שבאו ממדינת הים או דסקיא של אביו בידי אחרים. די היה לומר כי אף אם הראיות הן תחת ידיו, כל עוד לא הודה ולא סתם טענותיו עדיין אין מניעה מלהביאם לבית דין. גם רמ"ה עצמו מסיים בכך את דבריו: 'ואכתי לא אתברירא לנא מילתא למעבד בה עובדא, דאי ס"ד בשאמר "לא מצאתי" עסקינן מאי איריא באו לו עדים ממדינת הים, אפי' היו בעיר נמי מביא וסותר'. ועדיין הדבר טעון בירור, שכן אילו למד רמ"ה שהטעם משום חשש שקר גם לפי פירוש זה, הרי שהיה מקום להבחין בין איכויות הראיות השונות אף כאשר השאלה היא אם נסתמו טענותיו אם לאו.

15. בית הבחירה סנהדרין שם (מהד' א' סופר, ירושלים, תשכ"ה), עמ' 134.

יודע בהן בזמן ששאלוהו ואמר שאין לו, שסתם הדבר שאדם יודע בעדיו ובראיותיו. ואף בזו חלק רשב"ג לומר שסותר שמא לא היה סבור שכן. והוא שאמר מה יעשה זה שלא היה יודע וכו'. כלומר שטוען עכשיו שלא היה יודע אעפ"י שהדבר מוכיח שיודע היה.<sup>16</sup>

לפרשנות זו גם שותף מהר"ם, אשר ביאר את הבבא השלישית על פי העקרון של הודאת בית דין.

נראה לי, הואיל והודה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי לא מצי למיהדר ביה ... תדע דהא אמרינן בסוף פרק זה בורר שהוא ינוקא דתבעיה לדינא קמיה דרב נחמן ... אלמא ינוקא דוקא הוא דלא ידע הא גדול ידע וכיון דאודי ואמר "אין לי עדים ואין לי ראייה" אודי, ולא מהני ליה תו עדים דיליה וראייה דיליה. כמו באדם אחר דאמר אין לי עדים ואין לי ראייה לרבנן דרשב"ג.<sup>17</sup>

כך גם עולה מדברי הראב"ד וראב"י אב"ד. במעשה שנתבע קדם וטען טענה שלא היתה אמיתית, אלא שחשב שהיא חזקה יותר, נחלקו ראב"ד וחמיו, הראב"י אב"ד, אם יש בכך משום הודאת בעל דין החוסמת בפניו את טענתו האמיתית, אשר היא גם הטענה החזקה יותר לפי הדין. מחלוקתם של ראב"ד וראב"י אב"ד סבה על הבבא השלישית של משנתנו.

הרבה נשאתי ונתתי עם הרב חמי ונתעצמתי עמו בדין, שהוא היה מחייב אותו מטעם שהרי אמר אין לי ראייה והודאת בעל דין כמאה עדים...<sup>18</sup>

ואני השיבותי לו הרבה, וטובא אמרי ליה עד דאמרי ליה שאין לנו לילך אחר טענות אלא להוציא הדין (אמת) לאמתו, ומה שטען זה... אנן שהדי שלא נתכוון להודות לבעל דינו אלא שגגה היתה בידו והיה סבור לחזק טענתו, מעתה תלוי הדבר בב"ד אם יראו כי משגגה ומפתיות טען מה שטען הוא טוען שלא נתכוון אלא להחזיק טענתו, שלא ילכו בו (אלא) אחר מצוי הדין אלא שיתקנו הדבר ויפשו בו ביניהם...<sup>19</sup>

בדברי ראשונים אלה בפרשנות הבבות השניה והשלישית, אין זכר לחשש של זיוף אלא לעקרון של הודאת בעל הדין בלבד. בכך קיימת זיקה בין שתי הבבות. אולם

16. שם, עמ' 135.

17. מרדכי סהנדרין שם; תשובות מיימוניות, משפטים, נ.

18. ומכאן שראב"י אב"ד, וראב"ד שלא נחלק עמו בנקודה זו, חולקים על שיטת הרא"ש המחייב שההודאה תבוא כתגובה לשאלה של בית דין, להלן הערה 20.

19. תמים דעים נו (הזהה לשו"ת הראב"ד, יט, מהד' ר"י קפאח, ירושלים, תשכ"ד), הובא על ידי ר' ישעיה יוסף פונטרימולי, פנים למשפט כ, ג; ר' אברהם צבי אייזענשטט, נחלת צבי חו"מ כ, א ד"ה אבל אמרו לו.

המשותף גדול עוד יותר. הודאת בעל הדין שבבבא השלישית אינה מנותקת מההליך המתקיים בבית הדין. זוהי הודאה הנאמרת כתגובה לדרישת בית הדין להביא עדים תוך זמן קצוב. הרא"ש למד שצירוף זה של דרישה והודאה הכרחי על מנת לקיים את הדין של חכמים.

כיון שלא שאלום הדיינים: 'יש לכם עדים, יש לכם ראייה', ואמרו: 'אין לנו ראייה', יכולין להביא לעולם ראייה. וכל זמן שאין הדיינים אומרים ששאלו להם ואמרו: לא, ממילא יכולין להביא.<sup>20</sup>

שני עקרונות אלה הם הבסיס למחלוקת רשב"ג וחכמים, לפי גישה זו. ואף כי קיים דמיון בין שתי הבבות, הרי שאין תלות של ממש ביניהן, שהרי ההלכה הוכרעה כרשב"ג בבבא השנייה וכחכמים בבבא השלישית, הלא היא 'ראיה אחרונה' -

אמר רבה בר רב הונא הלכה כרשב"ג ואמר רבה בר רב הונא אין הלכה כדברי חכמים...

אמר רבה בר רב הונא הלכה כחכמים ואמר רבה בר רב הונא אין הלכה כרשב"ג... לאפוקי מהא דאמר רבה בר רב חנה אמר ר' יוחנן כל מקום ששנה רשב"ג במשנתנו הלכה כמותו חוץ מערב וצידן וראיה אחרונה.<sup>21</sup>

אולם המפרשים פירשו את הבבא האחרונה של משנתנו שאינה שנויה במחלוקת - 'ראה שמתחייב בדין ואמר קרבו פלוני ופלוני ויעידוני או שהוציא ראייה מתחת אפונדתו, הרי זה אינו כלום' - לפי העקרון של חשש זיוף. כך המאירי, שפירש באופן אחר את שתי הבבות הקודמות של המשנה, כאמור, מבאר את הבבא הרביעית והאחרונה במשנתנו לפי העקרון של חשש זיוף ושקר. בבבא השלישית רשב"ג נתן לבעל הדין ליהנות מהספק, ולטעון שהודאתו לא היתה הודאה, גם אם הדברים מראים שלא כדבריו -

ויתבאר בגמרא דוקא בשהדבר מוכיח שהיה הוא יודע בהן בזמן ששאלוהו ואמר שאין לו, שסתם הדברים שאדם יודע בעדיו וראיותיו. ואף בזו חלק רשב"ג לומר שסותר את הדין.

אך לא כן כאשר הזיוף מוכח ממש מהנסיבות עצמן -

20. שו"ת הרא"ש ו, טו; ראה שם יג, כ: 'דודאי אם שאלום ואמרו אין לנו זכות וראיה יותר לחייבו או לא היו יכולין להביא ראייה'; דרכי משה חו"מ כ, א; ב"ח, לעיל הערה 5, ד"ה כתב הרא"ש בתשובה; כן גם לשון המחבר שו"ע חו"מ כ, בעקבות לשון הרמב"ם: 'אבל אם אמרו לו להביא עדים או ראייה ואמר אין לי, אף על פי שמצא אחר כך אינו כלום'; כן הוא בסמ"ע חו"מ שם ה, הובא בש"ך חו"מ שם, ב ונתיבות המשפט (משפט הכהנים) חו"מ שם, א; הלכה פסוקה כ, ד והערה 41-42 שם.

21. סנהדרין שם.

ומכל מקום אף רשב"ג מודה במה שאמר בסוף המשנה שאם נתגלה הדבר שיודע היה, כגון שראה שנתחייב ואמר לאלתר קרבו פלוני ופלוני והעידוני או שהוציא ראייה ר"ל מתוך אפונדתו<sup>22</sup>, שאינו כלום - אין זה בלא חשש זיוף. אלא שאין אנו צריכים לכך [=להלכה, מ"ב], שאף ביש הוכחה בדבר שיודע היה אינו סותר.<sup>23</sup>

ההבדל בין דברי המאירי לדברי רש"י ורמ"ה הוא בעקרון שבבסיס הדין המוסכם בסיפא של המשנה. לרש"י ורמ"ה החשש מפני זיוף עומד בפני עצמו. הוא אינו נשען על הודאת בעל דין.<sup>24</sup> החשש מפני זיוף כשלעצמו פוסל את העדות, בנסיבות קיצוניות כמו אלה של בבא זו, אולי בדומה לדין מרומה. לעומתם מסמך המאירי את חשש השקר על הודאת בעל הדין. בעל הדין מבקש לחזור בו מהודאתו, באמתלא שלא היה יודע שיש לו עדים או ראייה. מחלוקתם של רשב"ג וחכמים ממוקדת בשאלת הנטל להוכיח אמתלא זו עצמה. רשב"ג (שאין הלכה כמותו בנקודה זו) מקבל את דברי בעל הדין, אף אם 'הדבר מוכיח' באופן כללי שלא כדברי בעל הדין. לשיטתו, לא די בהנחה הכללית 'שסתם הדברים שאדם יודע בעדיו וראיותיו'. חכמים, שאינם מקבלים את דבריו כשלעצמם, מסכימים לקבלם אם אכן הוכיח את טענתו, כפי שעולה מהגמרא ('אפילו רבנן מודו דינוקא במילי דאבוה לא ידע'; 'באו עדים ממדינת הים או שהיתה דסקיאה של אביו מופקדת ביד אחר הרי זה מביא ראייה וסותר'). אולם נסיבות ספציפיות עשויות להפריך את האמתלא מכל וכל, גם לדעת רשב"ג. אלה הן הנסיבות שבסיפא: 'ראה שנתחייב ... והוציא ראייה מתוך אפונדתו'. אך דוק: חשש הזיוף מכוון כלפי האמתלא שלו, ואין בכוחו לפסול את ראיותיו כשלעצמן. לעומת זאת, רש"י ורמ"ה סוברים כי לחשש הזיוף אכן ניתן כח זה לפסול את הראיות באופן ישיר.

22. כאן היה נראה שלא גרס מלים אלה במשנתנו, אלא שבמשנה שמביא אכן גורס 'שהוציא ראייה מתוך אפונדתו', עמ' 134.

23. לעיל הערה 16.

24. השווה דברי נחלת צבי, לעיל הערה 19, הסבור שגם דברי רש"י מושתתים על הודאת בעל דין, ושאינו מקום לפסול עדות רק משום חשש השקר: "רק כוונת רש"י מטעם הודאת בעל דין שהוא פסל על עצמו אותן העדים, וסבירא ליה לרש"י דפסולין הן עליו לעולם דהוי כאילו שכרן להעיד בשקר... כיון שאמר תחילה אין לו עדים הוי כאילו הודה שאם יבואו עדים ויעידו הם עדי שקר". אולם גם הוא מבאר את הסיפא של המשנה, כך שלכל השיטות שהוא מזכיר העדות נפסלת משום חשש שקר. לדבריו זו משמעות הבדלי הלשון ברש"י - בבבא השלישית נקט 'חיישינן שמא זייף או שכר עדים', לשון המתפרשת לדבריו כפסול הנובע מהודאת בעל דין, לעומת הסיפא של המשנה בה נקט רש"י לשון וודאית: 'ודאי שקרנים הם'. אולם נראה פשוט יותר לפרש לשונות אלה כמשקפות את רמת הוודאת של שקר. רמה גבוהה יחסית פוסלת את העדות אף לפי רשב"ג. רמה נמוכה יותר, המעוררת חשש בלבד, שנויה במחלוקת בין רשב"ג לחכמים.

יש להוסיף, שגם לפי השיטה הפוסלת את דברי העדים משום חשש הזיוף כשלעצמו, עדיין דין זה מצריך הודאה שאין לו עדים - על מנת לעורר את החשד של בית הדין שהוצאת העדות אחר כך 'מתחת אפונדתו' אינה כשורה.<sup>25</sup> כך עולה מלשונות הרמב"ם, הטור והשו"ע כאן, המוסיפים ביאור על דברי המשנה, או אף גרסו זאת בפירוש -

ואין צריך לומר אם אמרו לו יש לך עדים ואמר אין לי עדים, יש לך ראייה ואמר אין לי ראייה, ודנו אותו וחייבוהו, כיון שראה שנתחייב אמר קרבו איש פלוני ופלוני והעידוני, או שהוציא ראייה המתוך אפונדתו אין זה כלום ואין משגיחין עליו ועל ראייתו.<sup>26</sup>

מכאן, שניתן היה לבאר כעין שיטת המאירי גם בבבא השניה. הוי אומר, ניתן היה לראות את החשש מפני זיוף כנימוק לשלילת אמינותה של האמתלא, על שלא מצא עדים בתוך הזמן שבית הדין קצב לו - ולא דווקא משום שמהימנות העדים נשללה באופן ישיר. אולם נדמה כי פירוש זה אינו מפורש בראשונים, וכבר ראינו שהמאירי עצמו מבאר את שיטת חכמים בבא זו על פי סמכות בית דין להגביל הבאת ראיות.

גם בעל נתיבות המשפט קשר בין שתי בבות אלה, השלישית והסיפא, וכן בין שני העקרונות שהן מייצגות. הנתיבות אכן מפרש את הבבא השלישית של המשנה מכח העקרון של הודאת בעל דין כמאה עדים דמי, אלא שתוכן הודאה זו דומה לפרשנות הרווחת של הסיפא של המשנה: חשש לזיוף.

דאמרינן עדי שקר הן ששכרן (= על פי רש"י וסמ"ע, מ"ב) ולפי זה נראה שהעדים נפסלים נגד תובע זה, דאם מוציא עוד שטר בעדים אלו אף על איש אחר - הן פסולים...

דנגד חובתו הודאתו כמאה עדי דמי, ולזה פוסל העדים המכחישין הודאתו ואומרינן זכותו, ופסולים אפילו לעדות אחרת נגדו אם רוצים להעיד לזכותו.<sup>27</sup>

25. ערוך השולחן חו"מ כ, ב-ג.

26. שו"ע חו"מ כ; ולשון הטור: 'ואין צריך לומר אם לאחר שאמר אין לי וכשרואה שמתחייב בדין אמר לפלוני ופלוני קרבו והעידוני או שהוציא ראייתו מכיסו שאינו כלום'; הרא"ש מצטט זאת כחלק מהמשנה, אף שאינה כך בפנינו: 'אבל אמרו לו הבא עדים ואמר אין לי עדים, הבא ראייה ואמר אין לי ראייה ראה שמתחייב בדין כו', ג, לז.

27. כסמ"ע ס"ק ג, בעקבות רש"י ד"ה הרי; בכך חולק על התומים, אורים ס"ק ב, 'דשכרן לאו דוקא, רק הודה שהעדים טועים ואומרים בדדמי, אעפ"י דלא אמרינן כן בעדים'. נתיבות המשפט חולק על טיעונו של התומים ממקרה של תביעה נגדית באותם העדים, וסבור שלא נפסול ממ"נ את התביעה, שכן הודאת התובע בתביעה הראשונה אינה מחייבת את הנתבע שהוא התובע בתביעה השניה, אף אם נהנה מכך בתביעה הראשונה. נתיבות המשפט, משה"א ס"ק א. ר' ישראל יהושע מקוטנא, נחלק על נתיבות המשפט בזה, ותולה את שאלת הפסול במחלוקת

לדבריו, משמעות הודאת בעל הדין היתה שעדיו וראיותיו פסולים, והוא אף מנוע מלהשתמש בהם גם בעתיד.<sup>28</sup> זו אכן משמעות דבריו של רמ"ה שפירש את הבבא השלישית בשילוב בין הודאה לבין חשש של זיוף -

שהרי הודה שאין לו עדים ואין לו ראיה והני סהדי שקרי נינהו.<sup>29</sup>

ולא כרש"י שציין את חשש הזיוף בלבד -

הרי זה אין כלום. שהרי אמר אין לי וחיישינן שמא זייף או שכר עדים.<sup>30</sup>

לסיכום ביניים: כנגד האפשרות להביא ראיות ולסתור את הדין, הציבה המשנה גם מגבלות על הבאת ראיות חדשות. יש לזהות בשיטות הראשונים שבפנינו שלושה שיקולים עקרוניים להגבלה זו, לפי הבבות השונות.

בביאור הבבא השניה, בה הלכה כרשב"ג:

א. הרמ"ה ביאר את חששם של חכמים כחשש מפני זיוף הראיות;

ב. המאירי למד שחכמים נתנו כח לבית הדין להגביל את הבאת הראיות על ידי בעלי הדין.

בנוגע לבבא השלישית של משנתנו, בה הלכה כחכמים:

א. לפי רש"י ורמ"ה החשש הוא מפני זיוף ושקר, כמו בסיפא של המשנה;

ב. לפי ראב"ד וחמיו, הראב"ד אב"ד, מהר"ם ומאירי, הודאת בעל דין היא שמונעת את הבאת הראיות בהמשך - ונחלקו האחרונים בהבנת הודאה זו אם על דרך פסילת העדים ואם בדרך אחרת.

הסיפא של המשנה, המוסכמת גם על רשב"ג, ניתנת לביאור כפול אף היא:

א. לרש"י ורמ"ה מודה רשב"ג שהתערערה אמינת הראיות שמביא בעל הדין;

ב. למאירי, התערערה האמתלא להבאת העדות לאחר הודאת בעל הדין.

## ד. שיטת הרמב"ם: הקשיים

שיטת הרמב"ם בדינים אלה מעוררת תהיות פרשניות ומהותיות כאחת.

מי שנתחייב בבית דין והביא עדים או ראיה לזכותו, סותר את הדין וחוזר

הדין, אע"פ שכבר נגמר הדין כל זמן שהוא מביא ראיה סותר. אמרו לו

ראשונים בסוגיית כתובות מד, א, שני שטרי מכר היוצאין בזה אחר זה, אם כוונת רפרם 'אודויי

אודי ל' היא גם לפסול את העדים או לא, **ישועות ישראל**, חו"מ כ, חה"מ ועיי"מ ס"ק א.

28. כאמור, רק הוא מנוע מלהשתמש בעדות זו בעתיד ולא בעל הדין שכנגד, לעיל הערה 27,

**נתיבות המשפט** שם, משפט הכהנים, א.

29. ראה לעיל הערה 10.

30. רש"י, שם.

הדיינים כל ראיות שיש לך הבא מכאן ועד שלשים יום אף על פי שהביא ראיה לאחר שלשים יום סותר את הדין מה יעשה אם לא מצא בתוך שלשים ומצא לאחר שלשים.

אבל אם סתם את טענותיו אינו סותר, כיצד אמרו לו יש לך עדים אמר אין לי עדים, יש לך ראיה אמר אין לי ראיה ודנו אותו וחייבוהו, כיון שראה שנתחייב אמר קרבו פלוני ופלוני והעידוני או שהוציא ראיה מתוך אפונדתו אין זה כלום ואין משגיחין על עדיו ועל ראיתו.<sup>31</sup>

הקושי הפרשני המרכזי בדבריו קיים במה שנראה כהשמטת חלק חשוב של המשנה. במקום ארבע בבות מביא הרמב"ם שלוש, וממזג בין הדין של 'ראיה אחרונה' לבין המקרה המוסכם שבסיפא של המשנה. הרמב"ם אכן פוסק ש'כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין', וכן פוסק כרשב"ג שבאופן כללי אין בית הדין יכול להגביל בזמן את הבאת הראיות - 'מה יעשה אם לא מצא בתוך שלושים ומצא לאחר שלשים'. אולם בכבא של 'ראיה אחרונה', דהיינו סתימת הטענות בהודעתו שאין לו עדים, מביא כדוגמה את המקרה המוסכם של הסיפא, ולא את המקרה בו נחלקו רשב"ג וחכמים ואשר הגמרא הכריעה בה כחכמים. קושיא זו מצויה כבר בלחם משנה -

והשתא קשה בדברי רבינו, דבגמרא נראה מבואר דהלכה כת"ק והיכא דאמר אין לי עדים ואין לי ראיה אפילו מצא לאחר זמן אינו כלום ולא צ"ל היכא דאמר קרבו פלוני ופלוני והעידוני דבהא כ"ע מודו דאינו סותר, ואיך כתב הוא כאן 'כיון שראה שנתחייב כו' ולא הזכיר מצא לאחר זמן דמשמע דפסק דלא כת"ק אלא כרבי שמעון דאמר סותר ומפני כך הזכיר הך חלוקה דכולי עלמא מודו בה.<sup>32, 33</sup>

קושיא זו אף הביאה את הסמ"ע לשער כי נפלה 'טעות והשמטות המדפיס' בספרי הרמב"ם, ולתקנם על פי הסברא.<sup>34</sup>

31. רמב"ם סנהדרין ז, ו-ז.

32. לחם משנה, שופטים ז, ז; ושם הקשה עוד: 'ורעה עוד מזאת דכנראה דבריו סותרות זו לזו דבסמוך נראה דפסק כת"ק דאמר בד"א כשהיו העדים עמו במדינה כו'. משמע דכשהם במדינה אפילו מצא לאחר זמן אינו כלום...'

33. ניתן היה לשער קיומה של גירסה במשנה שהיתה מתיישבת עם פסקו של הרמב"ם: 'אמרו לו הבא עדים ואמר אין לי עדים, הבא ראיה ואמר אין לי ראיה - ראה שמתחייב בדין ואמר קרבו פלוני ופלוני ויעידוני או שהוציא ראיה מתחת אפונדתו, הרי זה אינו כלום, רשב"ג אומר מה יעשה זה כו', ושכל מכלול זה מכונה 'ראיה אחרונה', אולם לא מצאתי גירסא כזו, ולא די בהשערות גרידא.

34. סמ"ע חו"מ שם, ב.

אולם קיים גם קושי מהותי בדברי של הרמב"ם. מה עומד ביסוד סתירת הדין והגבלת הראיות לפי שיטתו? אין כאן זכר לחשש של שקר, אלא 'סתימת טענות'. מאידך, אם הודאת בעל דין היא שמגבילה את האפשרות להביא עדים חדשים, מה ענין הודאה זו לנסיבות המחשידות 'כיון שראה שנתחייב אמר קרבו פלוני ופלוני ויעידוני כו'?' הודאת בעל הדין אמורה היתה לחסום את הבאת העדים גם אילו הביא עדים בסתם. ראינו שאלה דומה ביחס לשיטות הפסוקים, לפיהן חשש השקר שבסיפא קיים רק אם בעל הדין כבר הודה.<sup>35</sup> אולם בהקשר של חשש מפני זיוף, ניתן אכן לטעון שההודאה המקדימה נצרכת על מנת לעורר את החשדות. לחילופין ניתן לומר שתוכן ההודאה היא שהעדים או הראיה פסולים, ונדון אותם כעדי שקר או ראיית שקר במקרה שלפנינו (ואולי אף במקרים עתידיים כלפי בעל הדין המודה).<sup>36</sup> לא קיימות אפשרויות פרשניות כאלה ברמב"ם בסוגייתנו. הרמב"ם אינו מזכיר שקר או זיוף כלל. הוא אף אינו נוקט בלשון הודאת בעל דין אלא נוקט בלשון הגמרא - 'סתם את טענותיו'.

### ה. שיטת הרמב"ם: סתימת טענות, סתירת הדין וסופיות הדין

נראה שיש לקרוא את הרמב"ם כפשוטו, ותוך מתן משמעות חדשה להלכות שבמשנתנו. משמעות זו אף עשויה לשמש מקור לעקרון הלכתי-משפטי חדש. ראשית, חשוב לתחום את שלב ההתדיינות עליו חלות הלכות אלה. אכן נחלקו בשאלה זו גם מעבר לשאלה הפרשנית בדברי הרמב"ם. לפי הפירושים שראינו עד כה, ניתן היה להניח שקיימת אפשרות להגביל הבאת ראיות גם תוך כדי ההתדיינות בין הצדדים. בין אם המניעה נובעת מהודאת בעל הדין ובין אם משום שאנו חוששים לשקר וזיוף, שיקולים אלה נכונים גם לפני פסק הדין (וקל וחומר לפי רבנן בבבא השניה של המשנה, שם הוגבלו הראיות על ידי בית הדין כחלק מההליך עצמו).<sup>37</sup> בכך קיימת סימטריה בין מגבלות הבאת הראיות לבין הרישא של המשנה, היכולת לסתור את הדין. ניתן לסתור את דין על ידי הבאת ראיות חדשות גם לאחר הכרעת הדין ואף לאחר ביצועה. באותה מידה ניתן להגביל את הבאת הראיות, משיקולים שונים, גם לפני גמר הדין. מסקנה זו עשויה להשתנות לפי הגרסאות שבמשנתנו - אם

35. לעיל הערה 25-26.

36. לעיל הערה 27.

37. וכבר עמד על כך בערוך לנר למשנתנו: 'אכן י"ל ל"ל דגמרו דינו דוקא, גם בלא גמרו דינו לא יהיה נאמן בשכבר אמר שאין לו עדים וראיה דהא טעמא דרשב"ג הוא דאמרינן שלא הי' יודע שיש לו ראיה והרי אין זה שייך בהביא מיד לאחר שאמר אין לו. ואפשר דאורחא דמלתא נקיט דמסתמא מביא עדים אחר שכבר ראה שנתחייב'.



'ראה שמתחייב בדין' או 'ראה שנתחייב בדין'.<sup>38</sup> כך, אף שהמחבר נקט לשון 'ראה ... שדנו אותו וחייבוהו', מדגיש הנתיבות את העקרון ההפוך - לאו דווקא חייבוהו, אלא אפילו אם נראה שיתחייב בו...<sup>39</sup>

יתכן וגישה זו נובעת מפרשנותו של הנתיבות בסוגייתנו, שהפסול נובע מהודאת בעל הדין, ואולי פירש כן גם את הבבא האחרונה של המשנה. שיטה זו מצויה כבר בב"ח -

ומשמע דאפילו מצא אותם קודם גמר דין אינו כלום דחיישינן שמא זייף וכו' וכ"כ במרדכי שקבל כך מרבינו יקר.<sup>40</sup>

עם זאת, רעק"א מביא אפשרות הפוכה. לפי מהר"י וייל המובא על ידו -

כל זמן שלא נגמר הדין ואמר אין לי ראייה אינו כלום, והרי כאילו לא אמר כלום ועדיין מביא ראייה, ופסק הלכה ופשטא דגמ' הכי ריהטא.<sup>41</sup>

שתי גישות אלה נגזרות, למעשה, מלשון המרדכי 'ושאמר אין לי עדים ומצא אותם קודם גמר דין אינו כלום',<sup>42</sup> שכן לא ברור אם הודאתו אינה כלום, דהיינו אינה מגבילה אותו משום שטרם נגמר הדין, או שחזרתו אינה כלום, על אף שטרם נגמר הדין.

בדעת הרמב"ם נראה ברור שכל הדין בהלכות אלה הוא רק לאחר גזר הדין.<sup>43</sup> המונח 'סתירת הדין' משמש ברמב"ם רק למצב עניינים זה. כך למדנו בשלושה מקומות נוספים בהלכות סנהדרין. האחד מתיחס לגמר דין בדיני נפשות -

בית דין שטעו בדיני נפשות וחייבו את הפטור וגמרו דינו לחובה ונראה להם הטעם שיסותרו בו את דינו כדי לזכותו סותרין וחוזרין ודינן אותו, אבל אם טעו ופטרו את המחוייב הריגה אין סותרין את דינו ואין מחזירין אותו...<sup>44</sup>

38. ראה דקדוקי סופרים כאן; רמב"ם הביא הלשון: 'ראה שנתחייב בדין'.

39. נתיבות המשפט חו"מ שם, משפט האורים, ב.

40. ב"ח חו"מ כ, ד"ה אבל אם אמר לו כו'. ולפנינו במרדכי קיימת סתירה: "אמר לו הבא עדים ואמר אין לי, ולאחר גמר דין מצא עדים או ראייה אינו כלום דבהא הלכה כחכמים", לעומת: "ושאמר אין לי עדים ומצא אותם קודם גמר דין אינו [מזיק] כלום". הוספת המילה במוסגר באה ליישב בין הנוסח המקורי: "אינו כלום", קרי אף לפני גמר דין, לבין האמור לעיל, לפיו רק לאחר גמר דין אינו כלום. ראה חידושי אנשי שם, א.

41. גליון שו"ע לרע"א חו"מ שם.

42. ללא הוספת המילה [מזיק] שבמוסגר, לעיל הערה 40.

43. וכך בערוך לנר בדעתו, לעיל הערה 232.

44. רמב"ם סנהדרין י, ט.

הלכה זו עוסקת במובהק בדין שכבר נגזר. זוהי כוונת המשנה 'דיני נפשות מחזירין לזכות ואי מחזירין לחובה'. כלל זה מנוגד לדיני ממונות בהם 'מחזירין בין לזכות ובין לחובה'. חזרה זו במקרה של טעות, קרובה מאוד לדין שבפנינו. אין הבדל עקרוני בין סתירת דין מפני טעות בדין לבין סתירת דין מפני טעות בעובדות עליהן אמור לחול הדין. אי-ידיעת ראייה או עדות מטעם בית הדין היא טעות מעין זו. מה בטעות בדין לאחר פסק הדין אנו עסוקים, אף כאן בטעות בעובדה. זו משמעות הלשון סתירת הדין - סתירת הבנין שכבר נבנה.

האחר, אף הוא בדיני נפשות, נוקט את לשון המשנה -

**מי שנגמר דינו וברח ובא לבית דין אחר, אין סותרין את דינו אלא כל מקום שימדו שמים ויאמרו מעידים אנו את איש פלוני שנגמר דינו בבית דינו של פלוני, ופלוני ופלוני עדיו, הרי זה יהרג.**<sup>45</sup>

וכן את לשון הברייתא -

**מי שנגמר דינו בבית דין שהיו בחוצה לארץ וברח לבית דין שבארץ ישראל סותרין את דינו על כל פנים. ואם היו אותו בית דין עצמן שנגמר דינו בפניהם אין סותרין את דינו אף על פי שגמרוהו בחוצה לארץ והם עתה בארץ ישראל.**<sup>46</sup>

במקום אחר השתמש הרמב"ם בלשון 'סתירת הדין', אף הוא לאחר פסק דין, שבעל הדין פסק לעצמו.

יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח, הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין... לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו.<sup>47</sup>

גישתו של הרמב"ם ייחודית בסוגיא זו.<sup>48</sup> בניגוד לראשונים אחרים אשר הגבילו את המשמעות של עשיית דין עצמית,<sup>49</sup> ייחס הרמב"ם למעשיו של בעל הדין את המשמעות של 'פסק דין'. לשונו בכך מדוקדקת. 'יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כוח', והיא נגזרת מלשון הסוגיא 'עביד איניש דינא לנפשיה'.<sup>50</sup> ואולם למעשיו

45. שם יג, ז, על פי מכות ז, א.

46. שם, שם, ח על פי מכות שם.

47. שם ב, יב.

48. ב"ק כז, ב - כח, א.

49. שו"ת מהר"ם ב"ב פראג, תתקנ; מרדכי ב"ק ל; שו"ת מהרי"ק שורש קסא; שו"ת ריב"ש שצו.

50. ב"ק שם.

יש תוקף של פסק דין. גם כאשר מעבירים את מעשיו תחת שבט הביקורת השיפוטית, בית הדין אינו בא במקומו של בעל הדין אלא מקיים או סותר את דבריו הראשונים. אם צדקו מעשיו, הרי שפסק דינו תקף, קרי, **אין סותרים את דינו**. אם לא צדק, **סותרים את דינו**, ובכך מבטלים אותו לאחר מעשה.

כך גם בהלכות שבפנינו. הרמב"ם שב ומבאר שהלכות אלו באו לבחון את סתירת הדין. ההנחה היא, אפוא, שפסק הדין כבר ניתן, כמו ברישא - אף על פי שכבר נגמר הדין כל זמן שמביא ראיה סותר.

שאלת סתירת הדין היא זו שעומדת במרכז הלכות ו-ט.<sup>51</sup> הבאת ראיה חדשה מאפשרת כשלעצמה את סתירת הדין שכבר ניתן. אף אין בסמכותם של בית הדין למנוע סתירת דין זו. רק בתום ההתדיינות, כאשר בעל הדין סותם את טענותיו, מסתיימת ההתדיינות באופן שאינו מאפשר כמעט את פתיחתו מחדש. למעשה דברים אלו מפורשים בתוספתא -

לעולם מביא עדיותיו לבית דין עד שיגמר הדין או עד שיתנו לו זמן.<sup>52</sup>

כותרת זו הפוכה באופן סימטרי לכותרת של משנתנו, היא הבבא הראשונה - כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין.

כל זמן שמביא ראיה, דהיינו גם לאחר גמר דין, שהרי 'סתירת הדין' אפשרית רק לאחר גמר דין. קביעה זו שקולה לקביעה שלעולם מביא ראיה עד שיגמר הדין. נראה שאין כל מחלוקת בין המשנה לתוספתא. אלה הם שני העקרונות המוסכמים בהם פתחנו את הדיון. ברור שהדין אינו מוחלט, אך גם ברור כי קיימות מגבלות בהבאת ראיות. הבאת ראיות לאחר גמר הדין אינה בבחינת **הבאה גרידא**, אלא סותרת דין שכבר נפסק. על מנת לעשות כן, קיימות דרישות סף גבוהות יותר מאשר הבאת ראיות תוך כדי ההתדיינות עצמה, אשר למעשה אינה מוגבלת כלל ועיקר. רבי מאיר, רבנן שבמשנתנו, קובע כי בית הדין יכול להגביל את הבאת הראיות גם תוך כדי ההתדיינות על ידי קביעת זמן, אך חכמים, רשב"ג במשנתנו, דוחים זאת מכל וכל. הברייתא הסמוכה בתוספתא מקבילה לבבא השלישית שבמשנה -

'יש לך עדים אחרים' ואמר 'אין לי אלא אלו', 'יש לך ראיות אחרות' ואמר 'אין לי אלא אלו', ואחר זמן מצא עדים אחרים ומצא ראיות אחרות, הרי זה אין מקבלין הימנו עד שיביא ראיה שלא היה יודע בהן.<sup>53</sup>

51. סתירת הדין מוזכרת בארבע הלכות אלה תשע פעמים.

52. **תוספתא סנהדרין ו, ה.**

53. **שם ו, ו.**

לזה הוסיף הרמב"ם את פרשנותו, שגם בבא זו עוסקת לאחר גמר דין - אמרו לו יש לך עדים אמר אין לי עדים, יש לך ראיה אמר אין לי ראיה, ודנו אותו וחייבוהו...<sup>54</sup>

כאן לא הובאה דעתו החולקת של רשב"ג, ואכן הלכה כחכמים בדין זה. אולם צדקו דברי החסדי דוד בפרשנות היחס בין חלקי התוספתא. הדין של 'ראיה אחרונה' במשנה בא לבאר את דרישות הסף של סתירת הדין לאחר שנגמר הדין; המקרה שבתוספתא מהווה פרשנות לגבול של הכותרת 'עד שיגמר הדין' -

והא דקתני לעולם מביא עדויותיו עד וכו' או עד וכו'. או או קתני, דזימנין אין יכול להביא עוד עדות אחר שנגמר הדין וזימנין תלוי בזמן. ותנא והדר מפרש, ובמא דסלק מפרש ברישא...

והדר מפרש הכא לרישא דהיכי דמי מאי דאמרן שאינו יכול להביא אלא עד שיגמר הדין, כגון ששאלו ב"ד ממנו יש לך עדים אחרים או ראיות (אחרות כצ"ל) והשיב אין לי וגמרו הדין, ושוב כשראה שנגמר הדין לחובתו, אמר קרבו פלוני ופלוני והעידוני, או שהוציא ראיה מאפונדתו אין משגיחין עליו.<sup>55</sup>

מכאן חיזוק לכך שלפני גמר דין אין מגבלה כלל בהבאת ראיות. המגבלות שבמשנה ובתוספתא מתייחסות לשלב שלאחר גמר דין. כך מפורש בדברי הרמב"ם -

אמרו לו יש לך עדים ואמר אין לי עדים ... ודנו אותו וחייבוהו, כיון שראה שנתחייב אמר קרבו פלוני ופלוני והעידוני ... אין זה כלום...<sup>56</sup>

ברור אפוא, שהרמב"ם למד שמחלוקת רבנן ורשב"ג גם בבבא השניה עוסקת בסתירת הדין לאחר שכבר ניתן. מעולם לא הגבילו חכמים את הבאת הראיות תוך כדי ההתדיינות. דעת רבנן היא שניתן להגביל את סתירת הדין לאחר שכבר ניתן, מטעם שנדון בו להלן. קיימת אפשרות אחת (ולרבנן, קרי רבי מאיר, שתיים - גם הגבלת זמן על ידי בית דין) לחסום הבאת ראיות זו, והיא על ידי סתימת טענותיו: 'אם סתם את טענותיו אינו סותר'. אכן נראה שהודאת בעל דין תוך כדי מהלך ההתדיינות שייכת לשאלה אחרת, להלכות טוען ונטען, במסגרת דין 'טוען וחוזר וטוען'.<sup>57</sup> אולם סתירת הדין שייכת להלכות סנהדרין. ביסודה, מניעת סתירת הדין נובעת מעקרון של סופיות הדיון. ההלכה אינה מכירה בסופיות שכזו באופן

54. שם ז, ז.

55. ר' דוד פארדו, חסדי דוד (ירושלים, תשנ"ד) על התוספתא, שם; אולם לכאורה לא היה צריך להזכיר בדבריו 'אמר קרבו פלוני ופלוני והעידוני' או 'הוציא ראיה מאפונדתו' שכן אלה מוסכמים לכולי עלמא, ולא בכך נחלקו רשב"ג ור"מ.

56. רמב"ם סנהדרין ז, ז.

57. ב"ב לא, א; רמב"ם טוען ונטען טו, ו.

אוטומטי. אכן 'כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין'. ואף על פי כן אם סתם את טענותיו,<sup>58</sup> בית הדין רשאי לחתום את הפרשה. כל טענה המבקשת לפתוח שוב את הפרשה צריכה לשכנע שהיא מצדיקה שנוי במצב העניינים כפי שהוא. סתירה זו של הדין היא קשה אף מהחזרת ממון לאחר ששולם. סתירת דין מבקשת לשנות פסק דין סופי, ואמות המידה לכך הן קשות. רק אם יתגלה פגם בסתימת הטענות המקורית יתיר בית הדין לשוב ולסתור את הדין. אם לפי שיטת רש"י פסילת עדויות וראיות היתה משום חשש של שקר וזיוף, הרמב"ם אינו נזקק לכך. די בשיקול מערכת כי לכל תכלה יש קץ, ולפסק דין שכזה אין אפשרות לפתחו עוד. שיטה זו שונה גם משיטת המאירי בדעת רבנן, אף אם קרובה לה. המאירי הסביר בדעת רבנן שקיימת סמכות לבית הדין להגביל את הבאת הראיות בזמן. למעשה זו גם הפרשנות הפשוטה של התוספתא הנ"ל. דברי חכמים נדחו מהלכה, ועם זאת אנו עדים בדברי הרמב"ם לשיקול של הגבלת הראיות שאינה נובעת רק מכח הודאתו או מכח חשש של זיוף. הודעתו, לא רק הודאתו, של בעל הדין מונעים מבעל הדין לסתור את הדין שנפסק, ואין כל מגבלה על הבאת עדות חדשה תוך כדי ההתדיינות גם אם הודה והודיע שאין לו יותר עדים או ראיות. הודעתו של בעל הדין אינה שוללת את הבאת הראיות אלא את סתירת הדין -

אבל אם סתם את טענותיו אינו סותר.<sup>59</sup>

הודאת בעל הדין אינה פוסלת את העדים, ובודאי אינה עושה אותם לפסולי רשעים כלפי בעל הדין במקרים עתידיים. היא אף אינה יוצרת חיובים חדשים.<sup>60</sup> סתימת הטענות הופכת את הפסק הדין לפסק סופי, ומונעת את סתירתו. פגם בהודאתו, כגון חוסר אפשרות לדעת על קיומן של הראיות החדשות, אינה הופכת את פסק הדין לסופי.

במה דברים אמורים בשהיתה הראיה אצלו והעדים עמו במדינה אבל אם אמר אין לי עדים ואין לי ראיה ולאחר מכן באו עדים ממדינת הים או שהיתה החמת של אביו שיש בה השטרות מופקדת ביד אחרים ... הרי זה מביא [=ראיתו] וסותר. ומפני מה סותר מפני שהיה יכול לטעון ולומר זה שאמרתי שאין לי עדים ולא ראיה מפני שלא היו מצויין אצלי. וכל זמן שיכול לטעון ולומר מפני כך וכך אמרתי אין לי עדים ואין לי ראיה והיה ממש בדבריו הרי זה לא סתם טענותיו וסותר.<sup>61</sup>

58. כמו סתימת מעיין או, להבדיל, סתימת הגולל.

59. רמב"ם שם.

60. ראה שו"ת מהר"י בן לב א, יט; קצוה"ח לד, ס"ק ד.

61. רמב"ם שם, ח.

הדגשתו של הרמב"ם בהודאת בעל הדין אינה בתוכן ההודאה, אם פוסל את עדיו או עושה אותם טועים, אלא בכך שכלפי בעל דין זה ההליך הסתיים, והטענות הסתתמו. הדמוי של סתימת טענות ההוא כסתימת מוצאו של מעין הטענות של בעל הדין.<sup>62</sup> זהו למעשה כלי מערכתי, שההלכה מפעילה רק כאשר בעל הדין מקבל זאת על עצמו בתשובתו לבית הדין.

קושיותיו של הלחם משנה מצביעות על אופן קריאת הסוגיא עצמה על ידי הרמב"ם. זו מתבארת גם לפי עקרונות הסוגיא לפי שיטתו. בין לרב דימי ובין לרב שמואל בר יהודה, ר' יוחנן קבע -

לעולם מביא ראיה וסותר עד שיסתתמו טענותיו.<sup>63</sup>

כבר ראינו את ההקבלה בין הכללות כעין אלה של המשנה והתוספתא, ומעתה יש להציב לידן גם את ר' יוחנן.

כל זמן שמביא ראיה סותר את הדין.

לעולם מביא עדיותיו לבית דין עד שיגמר הדין.

לעולם מביא ראיה וסותר עד שיסתתמו טענותיו.

וכולם לדבר אחד נתכוונו. התוספתא מדגישה שאין הגבלה על הבאת ראיות לפני גמר הדין. המשנה קובעת את האפשרות העקרונית להביא אף לאחר גמר הדין. ר' יוחנן תוחם אף אפשרות זו בסתימת הטענות, וקביעה זו היא הכותרת למגבלות שבמשנה. המחלוקת שבמשנה הן בבחינת פרשנות להכללה זו של ר' יוחנן, בבחינת 'אין בכלל אלא מה שבפרט'. הוי אומר, שהמקרים שבבבא השלישית ושבסיפא, יסודם אחד. אלו מקרים בהם אינו מביא ראיה לסתור את הדין, משום שנסתתמו טענותיו ופסק הדין הפך חלוט. המקרה בו אומר 'קרבו איש פלוני ויעידוני או שהוציא ראיה מתחת אפונדתו' אינם מעוררים חשד גדול יותר, משום שאין כל משמעות לחשד בדבר מהימנות העדים והראיות. השאלה היחידה היא האם קיימת סתימת טענות המונעת את סתירת הדין. להלכה סתירה כזו אינה קיימת כל עוד ברור שלא ידע בעל הדין בדבר קיומן של ראיות נוספות. המקרה הממחיש את ידיעת בעל הדין אודות ראיותיו הוא 'הוציא ראיה מתחת אפונדתו'. המקרה הממחיש את חוסר ידיעתו, ולכן את הפגם שבסתימת הטענות, הוא עדים שבאו ממדינת הים ודסקיא של אביו המופקדת ביד אחרים.<sup>64</sup> הרמב"ם נקט בכך את לשונו של רבי שמואל בר יהודה משמו של ר' יוחנן, כפי שהובאו על ידי הרי"ף -

62. או כעין סתימת הגולל, אשר לאחריה נעשית הקבורה סופית.

63. סנהדרין לא, ב...

64. שם ניתן להעמיס כוונה זו בחמרא וחיי לסנהדרין לא, ב בסוף דבריו.

כי אתא רב שמואל בר יהודה א"ר יוחנן לעולם מביא ראייה וסותר עד שיסתום טענותיו. כיצד? אמרו לו הבא עדים ואמר אין לי עדים, הבא ראייה ואמר אין לי ראייה, ואם אח"כ באו עדים ממדינת הים או שהיתה דסקייה של אביו מופקדת ביד אחרים מביא וסותר.<sup>65</sup>

דוגמה זו באה בניגוד לדוגמה שבדבריו של רב דימי בשם ר' יוחנן, שהגמרא דחתה שם בסוגיא, 'קרבן פלוי ופלוי ויעידוני'. דוגמאות אלה אינן מייצגות רמות שונות של חשש מפני זיוף אלא מקרים בהם הראיות ידועות ומקרים בהם אינן ידועות למי שסותם את טענותיו. ודברים אלו ממש פסק הרמב"ם בהלכות ז-ט. השאלה היחידה שנתרת היא כיצד יש להתייחס למקרה הביניים, בו לא ידוע אם בעל הדין אכן ידע אודות קיומן של הראיות. שאלת נטל הראייה לא פורשה בגמרא, אף שפורשה בתוספתא שכבר ראינו. הרמב"ם מקפיד להביא את המקרים כפי שהם מופיעים בגמרא, אך עם זאת מונע מעצמו קושיא כעין זו בנוסח 'קשיא רישא אסיפא' או 'קשיין דיוקי אהדדי'. לאחר שהביא רמב"ם את שני המקרים, הוא מרחיב ביסוד ההבחנה ביניהם, ושם מתייחס גם למקרה הביניים, שלא ידוע אם בעל הדין ידע -

ומפני מה סותר? מפני שיכול לטעון ולומר 'זה שאמרתי "אין לי עדים ולא ראייה" מפני שלא היו מצויין אצלי'. וכל זמן שיכול לטעון ולומר 'מפני כך וכך אמרתי אין לי עדים ואין לי ראייה' והיה ממש בדבריו הרי זה לא סתם טענותיו וסותר.<sup>66</sup>

אמור מעתה, הדוגמאות שהביא הרמב"ם אינן ממצות את המקרים כולם. על כן הוא קובע גם את העקרון. כל עוד קיימת אפשרות לטעון ולומר שסתומת הטענות לא נעשתה בידיעה מלאה אנו מקבלים זאת. כך גם עולה מהמשנה ומהתוספתא. וכך גם נגזר מהגיונה הלכה זו לפי הרמב"ם. כל עוד סתומת הטענות אינה שלמה, אפשר לסתור את הדין ככלל שברישא של משנתנו.

גישה זו של הרמב"ם אינה זהה לויתור על זכויות שמצאנו לפי הראשונים שהדגישו את הודאת בעל הדין. זהו כלי מערכת. הוא אינו דומה לשיקולים של בית הדין אשר הטילו חשד בראיות, לפי גישת רש"י, שכן אין הוא שוקל כלל את משקל הראיות. אלה כבר התקבלו. השאלה היא מערכתית: האם ניתן במקרה זה לסתור דין שכבר

65. ט, ב בדפי הרי"ף, ודן בדבריו יד רמ"ה לא, ב ד"ה אלא כי אתא רב שמואל בר יהודה. רמ"ה יחס לדבריו של הרי"ף גירסה כזו, והתקשה 'כיון דלא אשכחן הכי בנוסחי דגמרא לא סמכינן עלה'. יותר נראה שרי"ף פירש כך את הגמרא, ובכך ביאר את לשון המימרא הקשה של רבי שמואל בר יהודה, אשר בה גם נתקשה רמ"ה עצמו. מעתה קיים מעבר ברור יותר בין הרישא והסיפא של המימרא. ברישא קובע ר' יוחנן את כלל הסתירה, ולעומתו בסיפא את החריגים לו. רמב"ם אמץ פרשנות זו.

66. רמב"ם שם, ח.

נפסק. ועם זאת, אין הכלי המערכתי הזה פועל בכפייה גמורה על הצדדים. רק צד אשר נשאל אם יש לו ראיות נוספות והשיב בשלילה, מביא בכך את פרשת ההתדיינות לסיומה. רק אז נסתמו הטענות. ההשלכות לכך, לדברי הרמב"ם, אינן במהלך ההתדיינות אלא באפשרות לסתור את הדין לאחר מכן על ידי הבאת ראיות חדשות. ראיות אשר נטען עליהם באופן ממשיכי לא היו בידיעתו של בעל הדין מפקיעות את סתימת הטענות, ותוכלנה לסתור את הדין.



**מקורות והארות בהלכות דיינים – חושן משפט, סימנים א – ו.****הרב חיים יואל בלוך**

ר"מ במכון משפטי ארץ

**א. הקדמה**

בלקט שלפנינו השתדלתי ללקט דינים, סברות או מחלוקות, השייכים להלכות דיינים (בינתיים על סימנים א - ו), שנראו לי יסודיים ועקרוניים (לפעמים, רק בגלל העניין שבהם). מטרתו של לקט זה היא, להקל על הלומדים, שמצד אחד מעוניינים להרחיב את היריעה מעבר ללימוד דף השולחן ערוך, ומצד שני, זמנם אינו מאפשר להם לסקור את כל מה שנכתב על הסימנים הנלמדים.

לשם עריכת הלקט, נעזרתי בליקוטים הקיימים. אולם, לא הסתפקתי בציון הדין או הקביעה העקרונית של הפוסקים השונים, אלא השתדלתי להביא את המקור עצמו, לעתים את כל המקור, ולעתים רק את תורף הדברים, על מנת שהידיעה לא תהיה רק ידיעה יבישה, אלא דין בטעמו, באופן המאפשר לרדת לעומק דברי הפוסק, ואף להתמודד עמו ועם ראיותיו.

מדי פעם הערתי או הארתי, וכמובן שלא ללמד הלכה באתי, אלא לעורר את הלומד. איני מתיימר לומר שרק מה שלוקט כאן הוא יסודי וחשוב, וייתכן אף שבין הדברים המובאים כאן, ימצאו נושאים שאינם יסודיים. אולם, דומני שיש בלקט זה על מנת להעשיר את ידיעותיו ורוחב דעתו של הלומד העוסק בהלכות אלו, ולגרות את סקרנותו, כדי להוסיף ללמוד ולהעמיק בנושאים הנסקרים בו.

במהלך הלימוד של הלכות דיינים במכון, הובאו בפני הלומדים מקורות אלו, לשם לימוד והרחבה. כיוון שהדבר הביא תועלת ללומדים, חשבנו שכדאי להביא את הדברים לפני ציבור רחב יותר של לומדים, ואם יהיה זה לתועלת, והיה זה שכרנו.

## סימן א

### סעיף א

#### (א) 'שליחותייהו' מדאורייתא או מדרבנן?

סמכותם של דיינים שאינם סמוכים לדון בזמן הזה, נובעת מן העיקרון שפעולותיהם נעשות ב'שליחותייהו' – בשליחותם של הסמוכים. בעניין זה, מן הראוי לעיין ב**נתיבות המשפט** (ביאורים, א), הסבור שהעיקרון של 'שליחותייהו' הוא מהתורה, אך הביא שהראשונים סוברים שהוא מדרבנן.

אמנם הרמב"ן (יבמות מו, ב בסוף דבריו) העלה את האפשרות ש'שליחותייהו' הוא מהתורה -

ואפשר דמן התורה אפילו הדיוטות דנין בשליחותייהו דמומחין:

ועיין במה שכתב בפירושו על התורה (במדבר לה, כט) -

בכל מושבתיכם - לימד שתהא סנהדרין נוהגת בחוצה לארץ כל זמן שנוהגת בארץ ישראל, לשון רש"י. וכן הדבר שלאחר החורבן אינה נוהגת לא בארץ ישראל ולא בחוצה לארץ, כמו שאמרו רבותינו בפרק ארבע מיתות בית דין (סנהדרין נב, ב), ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם (דברים יז, ט), בזמן שיש כהן יש משפט בזמן שאין כהן אין משפט. ושנו במכילתא, מנין שאין ממיתין אלא בפני הבית, שנאמר מעם מזבחי תקחנו למות (שמות כא, יד), אם יש לך מזבח אתה ממית ואם לאו אין אתה ממית. אבל לא מצאתי במצוה שתלויה בזמן הבית שיאמר בה "לדורותיכם בכל מושבותיכם", כי זה יורה אפילו על זמן הגלות בחוצה לארץ, כמו שנאמר בשביתת חג השבועות (ויקרא כג, כא) ובאיסור החדש (שם פסוק יד), לחייב בהם בחוצה לארץ בזמן הזה, שלא נתלה אותו בעומר ובמנחה חדשה, וכן בחלב (שם ג, יז), שלא נתלה אותו בקרבנות. ואולי הם דורשים "אלה לכם לחקת משפט" על הסנהדרין הנזכרים בפרשה תמיד שנאמר לפני העדה למשפט (פסוק יב), ושפטו העדה (פסוק כד), ויאמר שתהיה לנו לדורות עדה שופטת אפילו לאחר חורבן, לדון דיני קנסות וגזלות וחבלות וכל דבר שבממון ושל מלקות ארבעים:

שוב, בסוף דבריו עולה האפשרות שתמיד צריכה להיות דרך לדון, מן התורה.

### **(ב) מהות השליחותייהו'**

מהי מהות השליחותייהו'? האם זו ממש שליחות? לעניין זה, עיין בשו"ת הריב"ש (רכח) -

והא דאמרי' בפרק החובל (בבא קמא פד, ב), ובפרק המגרש (גיטין פז, ב), דבהודאות והלואות עבדינן שליחותיהו, ההוא לאו שליחות גמור הוא, אלא רוצה לומר, דבמילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס, אנחנו נעשה עצמנו כאלו אנחנו שלוחיהם. וכאלו בית דין הגדול שבארץ ישראל, הממונין על כל ישראל מימות משה רבינו ע"ה, תקנו דבהנהו מילי יוכלו לדון מחכמי חוצה לארץ בלא סמיכה.

### **(ג) קבלת גרים בזמן הזה**

'שליחותייהו' קיים רק בדיונים שכיחים, שההימנעות מהם עלולה לגרום חסרון כיס. לאור זאת, שאלו רבים, כיצד מקבלים גרים בזמן הזה? הרי הנושא אינו שכיח, וההימנעות מגיור לא תגרום חסרון כיס!

כמה פתרונות הוצעו לשאלה זו:

1. אין צורך במומחין לקבלת גרים כיוון שכתוב 'לדורותיכם'. כך מבואר בתוספות (קידושין סב, ב) -

וא"ת אם כן ליבעי מומחין כמו גזילות וחבלות ויש לומר דשליחותייהו עבדינן כדאמרינן בגיטין (פח, ב) עוד אמר הר"ר נתנאל דבגר כתיב לדורותיכם דמשמע בכל ענין אע"ג שאינן מומחין דעל כרחך השתא ליכא מומחין שהרי אין סמוכין ולדורותיכם משמע לדורות עולם.

וכן מבואר בראשונים (רמב"ן, רשב"א וריטב"א על יבמות מו, ב). נראה את לשון הרמב"ן -

ובעי שמעת מינה נמי דבעינן מומחין דילמא דאיכלעו. וקשיא לן כיון דגר דצריך שלשה משום משפט דכתיב ביה ליבעי נמי מומחין, שהרי אפילו עשרה והן הדיוטות שדנו אין דיניהם דין מן התורה, וליכא למימר משפט דכתיב ביה אסמכתא דרבנן הוא דהא מכאן אמר ר' יהודה נתגייר בינו לבין עצמו אינו גר, ואיכא למימר מדאורייתא הכי נמי אלא אנן שליחותייהו קא עבדינן מידי דהוה אגיטי דמעשינן ואקדושי דדיינינן בהו משום שליחותייהו כדאיתא בפרק המגרש (פח, ב), דלא דאיך דשליחותא דהדיוטות משום תקנתא דרבנן וגבי קדושין וגיטין כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, אבל גבי גר היכי מנסבינן ליה בת ישראל? ואפשר דגר צריך שלשה גמרא ומשפט כתיב ביה אסמכתא וכי גמירי שלשה גמירי מומחין לא גמירי, ואי קשיא למאי דאמרינן

דבעינן מומחין בזמן הזה דליכא מומחין בעונות היכי מקבלינן גרים, איכא למימר נפקא לן הא מהיכא דנפקא לן הרצאת דמים דגרסינן בכריתות בפרק ד' מחוסרי כפרה (ט,א) אלא מעתה האידנא דליכא קרבן לא נקבל גרים, אמר רב אחא בר יעקב וכי יגור אתכם גר או אשר בתוכם לדורותיכם כתיב, ואפשר דמן התורה אפילו הדיוטות דנין בשליחותיהו דמומחין:

2. חשיבות קבלת גרים גדולה יותר מממון ולכן דנים, מקל וחומר. כך מבואר ב**חידושי הר"ן** (גיטין מט,ב) וב**בית יוסף** (ד"ה ומסקינן) בשמו.
3. **נתיבות המשפט** (חידושים, ב) בשם אורים ותומים: גרות היא נחשבת 'שכיחא', ולענין דאין בזה חסרון כ"ס, כתב שדווקא בענייני ממונות צריך חסרון כ"ס, אך בשאר עניינים הכל תלוי אם זה שכיח.

#### (ד) נזיקין בזמן הזה – 'אש' ו'בור'

האם דנים נזקי 'אש' ו'בור' בזמן הזה? **הש"ך** בשם מהרש"ל כתב שאין דנים, וכן פסק ב**נתיבות המשפט** (חידושים, ג). לעומת זאת, **הקצות החשן** (ב) ועוד הרבה אחרונים פסקו שדנים. **הגר"א** (יד) הוכיח שזו דעת השו"ע. וכן הבין **החידושי הרי"ם** (י) בדעתו. אך עיין שם, שלמעשה, לא ניתן לכוף את הנתבע לשלם, כיון שיכול לטעון 'קים לי' כחולקים, הסבורים שאין לדיינים סמכות לדון בזמן הזה בנזקים מסוג אש ובור, וגם לדיינים הוא ספק איסור של 'השתמשות בכתר מומחים', בהנחה שגם לדיינים יש את האיסור אפילו בקבלו עלייהו. וזו לשון הרי"ם -

אך מ"מ מסתימת הש"ע נראה דדנין. וכן בהג"א בשם ר"ח דדנין וכן מבואר במרדכי בשם אבי עזרי. אולם בראב"ן ריש ב"ק כתב להדיא דנזקי בור ותולדותיו כיוון דלא שכיחי אין דנין בבבל וגם הבער כיוון דאשו משום חציו הוי נזקי אדם ואין דנין ע"ש דהוא מפרש נזקי אדם דהמזיק הוא אדם ע"ש פירושו נזקי שור בצרורות ע"ש. ולכך לע"ד מאחר שהראב"ן פסק כן והמרי"ח ג"כ מספקא ליה, ומהרש"ל והש"ך פסקו כן קשה להוציא מהמוחזק ולדון בע"כ. וג"כ לגבי בית דין ספק איסור הוא למ"ש רמב"ן ור"ן דלפניהם ולא לפני הדיוטות אסורא הוא מהתורה רק דעבדינן שליחותיהו בדברים שנתנו רשות משאם כן במה שלא נתנו רשות. ועוד דספק גזל הוא אם אין דין בית דין כמבואר בסנהדרין פ"ז ע"ב בזקן ממרא בב' שדנו אי אין דינם דין הוי גזל ע"ש ברש"י גם הבע"ד אין צריך לקיים הפסק שלהם אף אם דנו דיכול לומר קים לי. וגם לא שייך בזה דיינא דעביד כמר עביד מאחר שהספק אם יש להם דין בית דין כלל כו'. והיכא דאשו משום ממונו מבואר דדנין בזה"ז וכן גמל הטעון פשתן כו' כשהוא בפשיעתו הוי כמזיק ממש דדנין ע"ש רק דהיכא

שהיה לו לגודרה אף דהחויב משום ממנו ע"ש (בבא קמא כג, ב) מ"מ לא שכיחא ואין דנין ע"ש.

## סעיף ב

### (א) משמעות הסכמת בעלי הדין

האם קבלת הסכמה של בעלי הדין (=קבלה), מועילה בזמן הזה, כדי לאפשר לדיינים לדון בנושאים שעל פי הדין, אין הדיינים מוסמכים לדון בהם?

בהקשר זה, עיין פתחי תשובה (ג), והדבר שנוי במחלוקת ראשונים. הר"ן (סנהדרין ב, ב) כתב במפורש שלא תועיל קבלה. כך גם ברמב"ן (סנהדרין כג, א), והביאו סתירה לכך מהרמב"ן על התורה (שמות כא, א) -

ולכך אמר בכאן שהמשפטים האלה ישימו אותם לפני האלהים שיזכיר, ולא לפני גוים, ולא לפני מי שאינו שופט על פי התורה, והוא הדין לזה, שאסור לבא בפניו כשם שאסור לבא לפני הגוים ואע"פ שידוע שההדין הזה יודע שורת הדין וידין לו כהוגן, אבל הוא אסור לשומו דיין ולצעוק לו שיכוף את בעל דינו לדון לפניו, וההדין עצמו אסור לדון להם. ואף על פי שהזכירו חכמים שתי הכתות האלה כאחת, יש הפרש ביניהם, שאם רצו שני בעלי הדין לבא לפני ההדין שבישראל מותר הוא, ובדקבלום עילויהו דינו דין, אבל לפני הגוים אסורין הם לבא לפניו שידון להם בדיניהם לעולם, ואפילו היו דיניהם כדינו באותו ענין.

בחידושי הרי"ם (יב) כתב שאכן מוכח מדברי הרמב"ן, שמותר לדון בנושאים שאין לדיין סמכות לדון בהם על פי דין, אם הסכימו על כך בעלי הדין. ואכן המאירי (בבא קמא פד, ב) הביא שיטה שהסכמת בעלי הדין מועילה גם לדון דינים אחרים -

ויש מתרצין בכל אותם המעשים שהוזכרו בתלמוד שדנין אותם בבבל ענינם בשבאו לפנינו לדין והואיל ומקבלים עליהם את הדין דנין בכל מה שיבאו לפנינו עליו אבל כל שאין שניהם באין לפנינו אין דנין את האחד אף על פי שחברו קובל עליו מתורת דין אלא שבאין בזה מכח תקנה חדשה, והוא שמ"מ הסכימו הגאונים לדון עכשו בכל דיני גזלות וגנבות וחבלות מפני תקון העולם וגדולי הפוסקים כתבו כן אף בדיני קנסות שאף על פי שאין דנין אותם בבבל מנדין אותם עד שיפייס את חברו וגדולי הגאונים כתבו אף לקנוס בממון ומלקות בכל שהשעה צריכה לכך ואומרים שהמקומות שהורשו מצד מלכותם לדון בדיני ישראל והיתה הסכמת כל העם לעשות כן הרי הוא מן הסתם כמי שקבלו עליהם בעלי דבר לדון בדיני ישראל ואף בדיני נפשות דנין בהם מכח

הסכמתם לפי צורך שעה ובפרק גזול קמא יש ראייה לקצת דברים אלו בשמועת גזול עתיקא כמו שנבאר בע"ה ומקצת גדולי הדורות כתבו זה הדין מפני שכל שהצריכו מומחין לגזלות וחבלות לא נאמר אלא בזמן שיש בעולם מומחין אבל כל שאין שם מומחין דנין בהם כבאים בשליחותם שאם לא כן בטלו כל הדינין והעולם חרב:

דעת **השער המשפט** (א) היא, שהסכמת בעלי הדין מועילה כדי לתת לדיינים סמכות לדון בעניינים ממוניים שעל פי דין אינם בסמכותם, למעט דיני קנסות, שעליהם נאמר: 'אשר ירשיען א-לקים' -

והנה בדברים שאינם מצויין ויש בהן חסרון כיס פשיטא לי דמהני הקבלה דמה"ת נחלק לבין קבלת קרוב או פסול דמהני הקבלה בשאר דיני ממונות וכן דייני דלא גמירי כלל ה"ה הכא מהני הקבלה במקום סמוכין, כי קא מספקא לי בדיני קנסות דכתיב אשר ירשיעון א-לוקים דילמא לא חייבה התורה קנס אלא ע"פ בית דין סמוכין דווקא, אבל היכא דנתחייב ע"פ דיינין שאינן סמוכים אף שקבלו עליהם לא נתחייב קנס כלל על פיהם.

אך בעל **חשן אהרן** (א) חולק על דבריו, וסובר שגם בדיני קנסות מועילה הסכמת בעלי הדין -

ולפלא בעיני על מפרשי השו"ע שלא הזכירו זה בפירוש, דבזמ"ז [=בזמן הזה] שהציבור יקבלו רב קבוע, שיש לו הרשות לדון גם הדינים שאינם שכיחים וגם דיני קנסות, והן אמנם שמצאתי לי חבר שהודה לי במקצת, דבס' שער המשפט העלה לדבר פשוט דלענין הדברים שאינם מצויים דמהני הקבלה, וכמו דמהני בדיני ממונות השכיחים כשקבלו עליהם שלשה רועי בקר אף שודאי פסולים הם לכל דין, וכן קרוב או פסול מהני הקבלה כמבואר לקמן (סי' כ"ב), הוה"ד [=הוא הדין] הכא דמהני הקבלה במקום סמוכים, ורק בדיני קנסות מספקא לו, דכיון דנתחייב מכח קבלתו עליו לדון, שמא הוי בזה כמרשיע את עצמו, ואף שאינו מרשיע את עצמו בהחלט רק רוצה לדון, מ"מ כיון שע"י עצמו נתחייב מיקרי מרשיע את עצמו ע"ש שהניח בצ"ע, ולענ"ד הדבר פשוט, דמודה בקנס לא מיקרי הודאה לפטור כ"א כשמרשיע את עצמו בעצם החיוב, ואשר בלי הודאתו לא היינו יודעים שיש כאן חיוב, אבל בכה"ג דהכא, דעצם החיוב יתברר ע"י עדים ובית דין, אלא שהפטור יוכל לבוא מצד אחר, מפני שהבית דין אינם רשאים להזדקק לדין זה, ולכן כשמקבל מרצונו הדיינים עליו אין זה מרשיע את עצמו לפטור, וכמו שהסביר כעין זה התומים לקמן (סימן פח) דמודה בקנס תנן ולא מודה בתשלומין, והגע עצמך אם יש עדים שגנב ומוחזק בערטילאי שאין לו מה לשלם והוא בא לבית דין וגילה

את מצפוניו שאפשר להשתלם ממנו, הזה יקרא מודה בקנס, דזה מודה בתשלומו בקנס מיקרי ולא בקנס עצמו ע"ש, ולבד שזה מאומת מן השכל והסברא, עוד יש לי להביא ראיות מן הש"ס על זה.

עיין שם שהביא כמה וכמה ראיות לכך.

**(ב) נזיקין בזמן הזה – 'שבת' ו'רפוי'**

לגבי הסמכות לדון בנזיקין מסוג 'שבת' ו'רפוי', יש מחלוקת בין הפוסקים, בהבנת דברי הרמב"ם. הבית יוסף הבין שמעיקר הדין גובים 'שבת' ו'רפוי' בזמן הזה, ודחה את האפשרות שהאפשרות לדון בכך נובעת מתקנה, מפני תיקון העולם. אך בים של שלמה (בבא קמא, ת, סד) כתב שכך אמנם משמעות הסוגיא, אך יתכן שזו תקנה שבאה לאחר התלמוד -

ומסיק אחר כך (=הרמב"ם) אבל רפוי ושבת דנין כלומר מאחר דאין צריך לשום כעבד דנין עליו. וקשה דהא אחר כך מסיק תלמודא על הא דנישום כעבד רבא לטעמיה דאמר נזקי אדם כו' אין דנין בבבל. אלמא דסתמא נזקי אדם קאמר והיינו כל ה' דברים. וכל הנישום כעבד קאמר. בודאי לאו למעוטי שבת ורפוי בא. אלא כלומר כל מה שצריכה לשום כעבד. והיינו חבלה דאדם לאפוקי חבלה דבהמה. ותדע דהא מסיק טעמא דאין דנין נזקי אדם משום דלא שכיחא. אם כן מאי שנא רפוי ושבת מהאי טעמא? וכן הרי"ף והרא"ש לא חילקו בין רפוי ושבת לנזק. והר"ן גם כן פירש להדיא על הא דאמרינן נזקי אדם כו' אף על גב דאית ביה חסרון כיס כו' פירש כגון רפוי ושבת וכן נ"ל עיקר. אבל מ"מ אחר שכתב וכן הורו הגאונים. ואמרו שמעשים בכל יום שגובין רפוי ושבת אין לסור מדבריו. דבודאי מדברי התלמוד לית ליה ראייה כלל. אלא אדרבא משמע דגם רפוי ושבת אין דנין כמו שהוכחתי. רק שהוראת הגאונים היא ואפשר דנתקנה אחר התלמוד משום דראו הפסד גדול וחבלות איש באחיו נתרבו ולגדר מילתא דלא יתרבה תקלה בישראל תיקנו לדון רפוי ושבת לפי שהוא מילתא דאית חסרון כיס ודבר ברור. מה שאין כן בנזק דצריכא שומת העבד ומילתא דחיקא היא. ואפילו בימים הקדמונים בתלמוד מצינו שמחלו על זה. דאמרו זילא ביה מילתא לשום כעבד כנעני. ע"כ אין דנין אלא רפוי שבת. וכן פסק הסמ"ג והמרדכי.

ועיין במה שכתב בדרישה (א, ד, ד"ה וכתב הרמב"ם) בהסבר שיטת הרמב"ם. ועיין **בחדושי הרי"ם** (יט, בסופו) בעניין נזק שלא בכונה -

הראב"ן פסק בב"ק דדווקא דאזיק אדם בכוונה לא שכיח אבל שלא בכוונה שכיח ודנין נזק בזה"ז. ונראה מכל הפוסקים שכתבו סתמא דלא סבירא כדבריו.

## סעיף ג

### (א) דיון בענייני גזל וגנבה בזמן הזה

בדיני גזילות, נחלקו הפוסקים בשאלה, האם דנים כיום דיני גזילות, ואם כן, באיזה גזילות דנים (בענין גניבה נראה שיש תמימות דעים, שדנים). נחלקו מפרשי השולחן ערוך בבאור דעתו. ראה **קצות החשן** (ג), שהסכים במסקנה לבאור **הש"ך** (ט), אם כי העיר על כך שבכסף **משנה** ביאר את דברי הרמב"ם כדברי **הסמ"ע** (ד), אך גם הקצות החשן וגם **נתיבות המשפט** (ב) הסכימו שהביאור הנכון בסוגיא הוא כשיטת הר"ן והרמב"ן, שהיו שלבים בתקנה. שלב ראשון: כל עוד שהיו סמוכים, ושלב שני: מאז שלצערינו כבר אין סמוכים כלל.

כדאי להזכיר בהקשר זה גם את דברי **היד רמ"ה** (סנהדרין ג,א) אחר שהביא את השיטה שהיו שתי תקנות -

ואיבעית תימא כולא חדא תקנתא היא מעיקרא תקון כל מילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס ולבסוף נמי מילתא דשכיחא ואית בה חסרון כיס הוא דבעינן אלא מיהו מעיקרא לא הוה שכיח גזלות וחבלות ולבסוף הוה גזלות וחבלות (אולי צריך להוסיף כאן - שכיחי).

משמע אם כן, שבכל דור ודור צריך לבדוק מהם המקרים השכיחים, ואותם אפשר לדון, למרות שמעולם לא דנו אותם. ועיין **חידושי הרי"ם** (כו) שכתב כיוצא בזה -

והחולקין ס"ל דנתנו חכמים סתם רשות במה שיראה להם לחכמי הדור שיש צורך יוכלו למיעבד שליחותיהו רק ממילא אנן לא עבדינן שליחותיהו אלא במה דשכיח ויש חסרון כיס שיש צורך בזה משאם כן במאי דלא שכיח או אין חסרון כיס... מ"מ עכשיו שאין מומחין גם בא"י ואם לא יגבו יהא שכיח שפיר עבדינן שליחותיהו והוא בכלל התקנה למעבד שליחותיהו כשיהיה צורך ושכיח כנ"ל. אכן נראה דדעת הרמב"ן ור"ן אין ראייה לזה... ונראה שאין צריך לזה רק כיוון שראו כשאין מומחין בא"י דעי"ז שכיח שחובלין כמ"ש שוב היו יכולין לדון דעל כל מה דשכיח עבדינן שליחותיהו וכן גזילות כנ"ל... ואפשר דגם התוס' ס"ל כן אבל הנמוקי יוסף והרמ"א נראה דסוברים כמ"ש שמה שלא היו דנין בזמן הגמ' אין דנין לעולם.



לכאורה ניתן להסביר את שיטת הרמב"ם בדומה לשיטתו בשבת וריפוי, שלמרות שמקרה שחיסר בו איבר אינו שכיח, אך כיוון שבאופן עקרוני הצורך בשבת וריפוי הוא שכיח, אם כן צריך לשלם גם במקרים הנדירים, כך נאמר גם אצלנו, שלמרות שגזילות שע"י חבלות אינן שכיחות, כיון שגזילות הן שכיחות, אם כן צריך לדון גם במקרים הנדירים של גזילות שע"י חבלות. וכך ניתן להבין את דברי השיטה מקובצת (כבא קמא פד, ב) -

וגדולי המחברים נראה שדעתם שלא לומר בדיני גזלות וגנבות שאין דנין אותם בחוץ לארץ וכן כתבו כמה שפסקנו אלא בשיש שם כפל כגון ליסטים מזויין שנקרא גזלה וכבר פסקנו שהוא גנב. הא לענין הקרנות, דנין אותם בחוץ לארץ. וכמו כן במה שפסקנו בנזקי אדם באדם שאין גובין אותו בחוץ לארץ דוקא בנזק וצער ובושת, הא שבת וריפוי גובין.

## סעיף ד

### (א) דינא דגרמי

הדעה המקובלת היא, שדנים דינא דגרמי. הש"ך (י) הפנה למה שכתב בסימן סו (קד). נביא את דבריו, כיון שלכאורה כוונתו לומר, שלפי מה שכתב שם אין דנים כיום 'גרמי', כיון שלהרבה דיעות הוא קנס (אמנם יש מבארים בדעתו שלמרות שזה קנס, קנס כזה דנים בזמן הזה) -

ואם מת ישלמו יורשיו - דדינא דגרמי חייב מדינא ולא משום קנסא, כ"כ הטור [סעיף ל"א] והוא מדברי בעל התרומות שער נ"א [ח"ו ס"ח], וכתב שכן דעת הראב"י והראב"ד ע"ש, ולא הביאו בב"י ובד"מ שום חולק בדבר. ובאמת הרבה פוסקים מאד חולקים ע"ז וס"ל דדיני דגרמי קנסא ולא קנסו בנו אחריו, וכ"כ מהרי"ל [סימן פ"ו] ומהרי"ו [סימן כ"ח] ושאר הרבה אחרונים, ודבריהם נראה עיקר כמו שהוכחתי לקמן ריש סימן שפ"ו, וגם הי"א שמביא הר"ב לקמן סימן שפ"ח סעיף ב' דדוקא שעמד בדין כו', הוא דעת מהר"מ שכתב ששמע שכן פסק ריצב"א, עכ"ל, וכדאיתא במרדכי פרק החובל [סימן צ"א] ובתשובת מהר"מ מרוטנבורק דפוס פראג סימן תקצ"ט ע"ש. עוד איתא בתשובת מהר"מ דפוס פראג סימן ת"ס שפסק מורי הרב דכל דיני דגרמי משום קנס ולא קנסו לבנו, ע"ש, ואם כן קשה על הר"ב שלא הביא דעת היש אומרים וסתם כהמחבר, ועיין לקמן ריש סימן שפ"ו שהארכתי בזה:

**(ב) עדים שהעידו עדות שקר – מה הדין בנמצאו פסולים בגולנות?**

ב**חידושי הרי"ם** (לא) נסתפק בזה והכריע שיכולים עדים אלה לומר אמת העדנו -

ובפסלינהו בגולונתא יש להסתפק אי חייבין אף בלא הזמה כיוון דחשבינן כאילו העידו שאינם פסולים פ"ב דכתובות דחשוב תרי ותרי כו' אם כן כשמעידים שעדיין פסולים דנאמנים אחרונים לגמרי, שוב חשוב העידו שקר מה שהעידו בסתם לחייבו וא"י לומר אמת העדנו דאין נאמנים כוון דפסולין. וההיזק לפנינו א"נ לפטור אף בטענת ברי ואינו מוכרח. ובמרדכי פרק הגוזל גבי ישראל דידע סהדותא לכותי כתב דיכול לומר אמת העדתי ופטור ע"ש ולקמן סימן כ"ח ומוכח דנאמן בכהג בטענת ברי אף שההיזק לפנינו ממילא כן בהנ"ל, אף שפסולין יכולין לומר אמת העדנו כנ"ל.

אך בקצות החשן (כח, ד) חולק על כך -

אמת העדתי - נראה לי היכא דהוא עד כשר אעפ"י דעד אחד אינו נאמן כשנים מכל מקום עד מיהא הוי ויכול לומר אמת העדתי ומשום הכי פטור מלשלם, אבל אם אין עליו שם עד כלל כגון שהוא קרוב או פסול אינו נאמן לומר אמת העדתי. והגע בעצמך מי שנטל בזרוע בפני עדים חפץ של חבירו ונתנו לאחר והאחר ליתי' לחזור לאחרי ודאי צריך לשלם מה שהזיק לחבירו ולא מצי אמר אמת של חבירי הוא כיון דלית ליה מגו אינו נאמן וגזלן הוא וצריך לשלם והכא נמי בזה שאין עליו שם עד וכגון שהוא קרוב או פסול אינו אלא מסור בעלמא ואינו נאמן לומר אמת כדברי אלא היכא שהוא עד כשר, אלא שלא מצאתי בזה מפורש ושיקול הדעת נוטה כמ"ש:

ועיין באמרי בינה (עדות, ז) לאחר שהביא את דברי קצות החשן, חולק עליו -

ולא משמע כן מדברי המרדכי ב"ק דכתב ל"ח אלא כחד עי"ש וביש"ש (פ"י סימן כג) דשני קרובים והוא במקום שמוציאין הגויים ממון על פי קרובים משמתנין לתרוייהו, ומשמע אף דהיו מוציאין רק ע"י שני עדים דאל"כ אמאי משמתנין להשני הא לא גרם כלום דגם בלא עדותו ל"ה מוציאין ואם כן אינו בגדר עדות שניהם ביחד כלל עפ"י דת התורה ואעפ"כ אינו חייב לשלם.

**סעיף ה****(א) תפיסה – מן התורה או מתקנת חכמים?**

בנושאים בהם אין סמכות לדיינים לדון בזמן הזה, רשאי התובע לתפוס בתנאים מסוימים מן הנתבע את המגיע לו. בהקשר זה דנו בשאלה, האם התפיסה מועילה

מהתורה או מתקנת חכמים? עיין **טור** שכתב: "שכבר נפרע מנזקו **כתקנת רז"ל** שאמרו ואי תפס לא מפקינן מיניה". ועיין **בט"ז** (בר"ה שכבר נפרע, עמ' ד במהדורת 'מורשה להנחיל') שהוכיח שהרא"ש סובר שהוא מן התורה, ורק הרמ"ה סובר שהוא מדרבנן.

### (ב) תפיסה בקנסות

**הרא"ש** (בבא קמא, א, כ) סובר שמועילה תפיסה גם בקנסות, מעיקר הדין. דעה זו קשה, משום שלכאורה, חיוב הקנס נוצר רק בשעת העמדה לדין? הרבה אחרונים עסקו בסוגיא זו. נביא כמה מתוכם. כתב **הדברי משפט** (א, א) -

ולפי"ז קשה לי על הרא"ש ב"ק הנ"ל דלא תקנתא היא דמהני תפיסה רק דינא מדאורייתא הוא דהא חייב קנס רק דל"ל דיין למידן, וכה"ג עביד אינש דינא לנפשיה, ואמאי הא מדאורייתא כיון דל"ל דיין למידן דהא האידנא ל"ל דיינים מומחים ואם כן א"א לגמור הדין דחייב קנס וקנס לא זכה ליה רחמנא עד אחר דגמרו בית דין את הדין וכיון דל"ל בית דין לגמור את הדין אינו חייב קנס כלל. וצ"ל דהרא"ש סובר כמבואר ברש"י ב"ק דף עד דהא דאמרינן דגברא לאו בר חיובא הוא היינו משום דדלמא מודה ומפטר ע"ש וכיון דהאידנא ל"ל בית דין מומחין א"א להודות וליפטר ועמ"ש סק"ג ומש"ה כתב הרא"ש מדאורייתא מהני תפיסה דהא חייב הוא מדאורייתא אלא דל"ל דיין למידן וכה"ג עביד אינש דינא לנפשיה כסברת הרא"ש הנ"ל אבל לשיטת הראב"ד ותוס' הנ"ל דקנס לא זכה ליה רחמנא עד אחר דגמרו בית דין את הדין ואם כן לא מהני בקנס תפיסה רק מתקנת חכמים דמהני תפיסה כשיטת הרמ"ה בהרא"ש ב"ק דף טו הנ"ל.

ואילו **החידושי הרי"ם** (א, לח) כתב -

ונראה דע"כ התפיסה דמהני הוא מתורת משכון דהא נהי דאף לצי"ש פטור כשאין הבית דין מחייבן כדהוכיח בירושלמי מר"ג וטבי עבדו היינו משום דהא לא ישלם כלל מה שחייבתו תורה דמרשיע עצמו פטור אבל מ"מ יש חיוב עליו לשלם ע"פ בית דין דהיו משמתין ליה עד דאזיל לא"י שידונו ויחייבוהו ואסור לו להשמט מלילך לבית דין מומחין דחיוב זה שירשיעוהו אלקים יש עליו... ולכך ממילא כמו דמשמתין ליה עד דאזיל לא"י לפני מומחין וע"כ דע"ז נתנו רשות לבני בבל אף דהוי מילי דעישוי שנוכל לכופו שילך לבית דין שירשיעוהו אלקים כנ"ל. וכמ"ש לעיל כו' ממילא שייך בזה עביד אינש דינא לנפשיה ג"כ שיכול לכופו ע"י תפיסה היינו שיחזיק עד שילך לא"י למומחין שיחייבוהו ואף שהבית דין אין עושין כפיה זו להוציא ממנו ממון עד שילך לא"י רק משמתין ליה כו' מ"מ כמו בריבית וכה"ג דחייב

לצי"ש ומ"מ הבית דין אין כופין בממוץ למיחות לנכסיו ומ"מ כיון די ש חיוב לצי"ש יכול הבע"ד לתפוס ולא מפקינן מיניה כן בזה כיון דחיוב זה לילך למומחין לחייבו יש עליו ממילא אף בתורת כפיה לילך לא"י מ"מ הבע"ד עצמו אי תפס מהני כנ"ל מחמת החיוב שילך כו' שירשיעוהו אלקים כנ"ל ושפיר לא מפקינן מיניה עד שידונו בבית דין מומחין.

ומ"מ אינו מוכרח דבתורת משכון נראה דלא מהני התפיסה כיון דקודם דעמד בדין אין חיוב י"ל מנה אין כאן משכון אין כאן דא"א לזכות בתורת משכון כשאין חיוב וכן משמע בתוס' כתובות ריש פרק נערה שהקשו דבקנס לא משכחתי שיהיה כלי לחייב ק"ש ע"ש. ורק בתורת כפיה שילך לבית דין שבא"י לדונו כנ"ל וגם זה אינו מוכרח אי מהני ע"פ דין דהנמוקי יוסף דייק ב"ק פרק המניח דשליח בית דין יכול להכות כו' מדעביד דינא לנפשיה כה"ג מוכח כו' דאין לו רשות יותר מע"פ דין ע"ש. ואם כן גם לענין התפיסה כיון דכפיה זו גם בית דין אין עושים למשכנו כדין שילך לא"י דלא נחתינן כו' רק משמתינן כיון שעדיין אינו חייב י"ל דגם הבע"ד א"י לעשות כפיה זו ע"י תפיסה ומ"מ אינו מוכרח דהא דאין עושין כפיה זו הוא משום דלענין ממוץ אין רשות לבית דין ח"ל וגם כפיה זו שהוא בממוץ שלו הוי מילי דעישוי כנ"ל ואין לנו דין בית דין ורק משמתינן, אבל בית דין מומחין ודאי דאם לא היה רוצה לעמוד לדין רשאיין בית דין לעשות כל מיני כפיה ואף בממונו למשכנו כדין שילך לדין אם לא יועיל ע"י שמתא וממילא לענין זה מצי בע"ד למיעבד דינא לנפשיה כבית דין מומחין לתפוס לכופו עי"ז שילך לבית דין כנ"ל ואף שעדיין אין חיוב מ"מ בתורת כפיה כנ"ל.

ובדומה כתב באמרי בינה (דיינים, ד) -

וי"ל דבאמת אין לדיין לדון בדיני קנסות בבבל, ונודע סברת הפוסקים דקנס אינו מחוייב כלל מעצמו בטרם שיחייבו אותו הבית דין דאשר ירשיעון אלקים כתיב וכ"ז דלא חייבהו הבית דין ליכא שום חיוב, לא שעבוד הגוף ולא שעבוד נכסים והא דמהני תפיסה היינו כיון די ש לפנינו עדים ואם היה לפנינו בית דין סמוכין היו מחייבין אותו בזה עביד אינש דינא לנפשיה ואין בכח הבית דין של אינן סמוכין להוציא ממוץ, כיון שידענו בבירור דאם היו סמוכין היו מחייבין אותו וכל כח לבית דין הדיוטות הוא משום שליחותיהו דקמאי ובקנס אף דלא ניתן להדיוטות כח לדון בשליחותיהו מ"מ אין להם ג"כ כח להוציא אם תפס הניזק. אבל מ"מ אינו יכול הניזק התופס לגבות ממה דתפס, דאמרינן מאן שם לך? וצריך גוביינא בבית דין. וכ"ז דלא חייבו אותו בית דין סמוכין, ליכא חיוב הגוף וממילא ליכא שעבוד נכסים רק שהבית דין א"מ מן

התופס דעביד אינש דינא לנפשיה להחזיק במה שתפס עד דמפייס ליה המזיק כיון דברור לנו אם היו כאן סמוכין היו מחייבין אותו לשלם ואז היו הבית דין מגבין ליה ממה שתפס אבל כ"ז דלא חייבו אותו הבית דין ליכא חיוב כלל ולא מגבינן ממה שתפוס ועומד. וכן נראה ממה דכתב הרא"ש ואם בא הניזק לפני בית דין ואמר קבלו עדותי שאם אתפוס ממונו היום או מחר שלא יוציאנו מידי שאין בית דין נזקקין לקבל עדותו דכיון דאין דנין דיני קנסות בבבל גם אין נזקקין לקבל עדותו לזכותו אם יתפוס כדאמרינן דאין מועד בבבל דאין בית דין נזקקין לקבל העדאה אע"פ שאין עתה הוצאת ממון אבל אם תפס הניזק ותבעו המזיק לדין אמרינן לניזק שיביא עדים ואם יראה לדיינים שבדין תפס אומרים למזיק אין אנו דנין לחייבך קנס אבל אם תרצה לפדות מה שתפס משלך תן לו כך וכך ממון דהכי אמור רבנן אי תפיס לא מפקינן מיניה. ולכאורה אכתי אמאי אין מועד בבבל הא משכחת כשתפס בא אחר כך המזיק לתובעו ואז מקבלין עדותו וממילא השור מועד... ולמ"ש א"ש דע"כ הוכחת הרא"ש דלא מקבלין עדות בטרם שיתפוס ממה דאין מועד בבבל הוא משום כיון דכ"ז דלא תפס ליכא שום דבר לדון השתא דעל השור אין בכח הדיוטות לדונו וגם לחייבו אין בכחם לדון רק אם תפס אף דאז ג"כ אין בכח הבית דין לחייבו וגם לדון להוציא מזה שתפס ועומד ואומרים להמזיק אם תרצה לפדות מה שתפס תן לו כך וכך ובכח דאמרו רבנן אי תפס לא מפקינן... ואם כן א"ש דלא משכחת מועד בבבל דאף בתפס מ"מ אין בכח הבית דין לדון על השור ואף אם קבלו עדותו הוא רק שלא להוציא מזה שתפס אבל לא לעשות מועד להשור ואף לא לחייבו.

### (ג) תפיסת תשלומי 'כופר'

בסעיף ב מבואר שאין דנים כיום כופר. אך האם ניתן לתפוס תשלומי כופר מאת הנתבע? בעניין זה כתב הטור (שפט) -

ואין הדין שוה בכולם יש שמועדין לכתחלה בכל מה שיעשו ויש שיש בהן דברים שמועדין בהם מתחלתן ויש בהן דברים שהן תמים בו מתחלתן ואחר כך נעשו מועדין ודין המועד שישלם בכל מה שיזיק ותם אינו משלם אלא חצי נזק לפיכך דבר שהוא תם מתחלתו ונעשה מועד בעודו תם משלם חצי נזק ולאחר שיעשה מועד משלם נזק שלם ועוד יש בין תם למועד מועד שהזיק חיוב הנזק הוא על נכסי בעליו לשלם לניזק כל היזקו אבל תם אין החיוב על נכסי בעליו אלא על גוף שור המזיק אפילו המית שור שוה אלף דינר והוא אינו שוה אלא דינר אינו נותן משלו כלום אלא נוטל השור ואם מת השור ואין הנבלה שוה כלום יפסיד הניזק הכל ותם נעשה מועד ע"י ג' נגיחות שיגח זה

אחר זה ואין רצוני להאריך בהעדאתו כיצד נעשה מועד או כיצד חוזר לתמותו שאין מועד בזמן הזה מפני שלא נעשה מועד אלא ע"פ סמוכין לפיכך נשאר לעולם בתמותו וגם אין רצוני להאריך בדיני שור שהמית אדם לפי שאין דנין אותו עתה מפני שצריך בית דין של כ"ג אע"פ שגם חצי נזק דתם קנס הוא ואין גובין אותו מכל מקום כיון שאין מוציאים אותו אם תפס הוצרכתי לפרשו:

יוצא מכאן שאי אפשר לתפוס כופר, שהרי השווה אותו לחצי נזק (שאמנם צריך לדון גם בו). ויש מקום לשאול, למה לא תועיל תפיסה, הרי זה ממון ולא קנס? על שאלה זו ניתן להשיב לאור סוגיית **בבא קמא (מ,א)**, הדנה בשאלה, האם ממשכנין על הכופר. הסוגיא אינה מכריעה בשאלה זו, אך **הרמב"ם** (נזקי ממון, י, ד) פסק שממשכנין. **הרמב"ן** (שמות, כא, ל) לעומתו, הכריע שאין ממשכנין על הכופר -

אם כפר יושת עליו - בעבור היות הכפר כפרה כענין הקרבנות, ואם הוא אינו חפץ בה אין מכריחים אותו לבא לבית דין לחייבו בכך, ואפילו אם חייבוהו אין ממשכנין אותו, בעבור זה אמר "אם".

וכשם שלא ניתן למשכן על הכופר, לא ניתן גם לתפוס תשלומי כופר, כיון שאי אפשר לכופף אדם לעשות כפרה. ועוד, שבאופן כזה, הדבר לא יכפר לו, כמבואר בסנהדרין (מ,ב) -

איבעיא להו: קבורה משום בזיונא הוא, או משום כפרה הוא? למאי נפקא מינה? דאמר: לא בעינא דליקברוה לההוא גברא. אי אמרת משום בזיונא הוא - לא כל כמיניה. ואי אמרת משום כפרה הוא - הא אמר לא בעינא כפרה.

וכתב **רש"י** (שם, ד"ה הא אמר לא בעינא כפרה): "ואי נמי קבריה ליה לא מתכפר".

#### (ד) תפיסה חוזרת

האם לאחר שתפס התובע את המגיע לו מן הנתבע, רשאי האחרון לחזור ולתפוס מן התובע מה שתפס ממנו? עיין **נתיבות המשפט** (ביאורים, ה) שהביא ים של שלמה הסובר שאינו יכול, כיון שזכה התופס במה שתפס, בדין. הנתיבות עצמו חלק עליו, וסבר שיכול הנתבע לחזור ולתפוס, וכן הסיק בחידושים (ב). **הדברי משפט** (סוף ס"ק א) כתב שבקנסות אם חזר ותפס לא ניתן להוציא ממנו -

ואם כן מה שכתב הרמ"א סימן שמח דאף בכפל ודו"ה מהני תפיסה וכשיטת הרא"ש הנ"ל היינו כיון דהוא תפיס ומוחזק יכול לומר קים לי כהרא"ש דאף ביותר מכדי היזק מהני תפיסה אבל אם חזר המזיק ותפס מניזק אפשר לומר דמהני תפיסת המזיק דיכול לומר קים לי כשיטת התוס' והראב"ד הנ"ל דקנס לא זכה ליה רחמנא עד אחר דגמרו בית דין את הדין דחייב וכיון דבזמה"ז

ל"ל בית דין מומחין וא"א לגמור הדין אינו חייב קנס כלל, ואף דחכמים תקנו דאף בזה"ז מהני תפיסה בקנס היינו אם הוא כדי היזק, אבל ביותר מכדי היזק כגון כפל ודו"ה לא תקנו חכמים דמהני תפיסה וכשיטות הרמ"ה הנ"ל.

ראה גם במחלוקת קצות החשן (ו) ונתיבות המשפט (ג) ומש"כ עליו במשובב נתיבות לענין חב לאחריני בעבד.

## סימן ב

### (א) "ולא לעבור על דין תורה"

הענישה שלא מן הדין סויגה בכך שלא תהיה על מנת 'לעבור על דין תורה'. פירושים שונים נאמרו להסביר ביטוי זה. כדאי לעיין בט"ז (ד"ה תו איתא שם ולא לעבור על דין תורה) שהביא גם כאן את דינו המפורסם, שאין כח ביד חכמים לתקן ולגזור במקום שמפורש בתורה להיתר. האחרונים האריכו בדבריו, ליישב מקומות שונים הנראים כסותרים דבריו. נראה כדוגמא, את שו"ת חתם סופר (חלק ו, ליקוטים, נב) -

מה שהקשה לט"ז איך החרים ר"ג על מה שמפורש בתורה אדר"ג לק"מ דאע"ג אין חכמי יכולי' לאסור בתקנה מה שמותר בפירוש בתורה מ"מ אדם האוסר על עצמו בשבועה או בחרם בודאי אסור אפילו מה שהותר בפירוש בתורה ואדם המחריים עצמו אם ישא ב' נשים הרי חרמו חל עליו בלי ספק והנה יש לכל נשיא ישראל וגדול הדור להחרים ולאסור כמו שאדם נשבע לעצמו וזה ביאר רמב"ן בקונטרס משפטי החרם שלו ובתורה בפסוק וכל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה שמזה נתחייב יהונתן מיתה לולי שפדאיה ופירש שהתירו חרמו של שאול ע"ש בביאור ולא אמר ט"ז אלא דאי לא אסרו בחרם רק בתקנה ליכא לאו דלא תסור ואי קשי' קו' ט"ז אהש"ס ס"פ הבע"י למ"ד הנושא אשה על אשתו יוציא ויתן כתובה נהי אין קיי"ל כרבא דאי מצי למיקם בספוקא נושא לולי חרם דר"ג אבל הך מ"ד ס"ל אפילו מצי למיקם בספוקי כופי' אותו להוציא והלא קרא כתי' כי יהי' לאיש ב' נשים. אבל כבר כתבתי במקום אחר מה שקשה אהט"ז דחז"ל בפרק איזהו נשך אסרו רבית גוי שלא נלמוד ממעשיו וק' הלא קרא כתי' לנכרי תשיך אי הי' חז"ל אוסרי' רבית נכרי גזירה משום רבית ישראל זה הוא נגד התור' דכתי' לנכרי תשיך אבל הם לא באו לגדור גדר אריבית אלא על לאו אחר דכתי' לא תלמד לעשות כתועבות הגוים והם וראו חז"ל כי הלוואות ריבית מביא ללמוד ממעשיו אסרו לגדור הלאו ההוא לא לעשו' גדר לריבית וזה מותר וא"ש ולק"מ וה"נ דכוותי' אלו אסרו לישא ב' נשים שלא ירבה במשגל ותאווה זה התורה התירה

אבל הם ראו לעשות גדר ללאו שארה כסותה ועונתה לא יגרע אפילו מצי השתא למיקם בספוקי' דלמא לעתיד לא מצי למיקם ע"כ אסור להך מ"ד ומ"מ פליג רבא משום דאינו דומה ממש למ"ש לעיל בלאו דלא תלמוד לעשות הנ"ל דהכא הוה ממש אותו ענין עצמו שהתירה תורה.

ועיי' מג"א סימן תקנ"א סק"ז היכי דאיכא שום דיעה להחמיר אפילו לית הלכתא כוותי' מ"מ אם קבלו עלייהו כאותה של ר"ג טפי אפילו בלא חרם הוה כקיבל עליו חומרת אותו מ"ד בנחיצה רבה.

### **(ב) ענישת יחיד שלא מן הדין – רק כאשר קיים חשש שישפיע על הרבים לרעה?**

האם בכדי להטיל על היחיד עונש שלא מן הדין, אף כאשר לא קיים חשש שמא ישפיע על הרבים לרעה? בעניין זה ראה **פתחי תשובה** (א) בשם **האורים ותומים** (האורים, סוף א) שכתב כדי לענוש מיתה צריך שהעם יהיה פרוץ ולא יחיד, דלא **כמהר"ם מלובלין** (קלח) -

הגיע לידי הפסק דין אשר חרצת על דבר המעשה המכוער והזר עון הרציחה שעשה אחד מפריצי בני עמינו כנזכר בהעדיות אשר שלח מכ"ת לידי. הגם שעד השני הוא עד מפי עד, מסתמא המעשה הרע הוא ידוע ומפורסם, והפושע הרוצח הוא במאסר ובמשטר ביד הפקיד כי לא פורש מה יעשה לו וביקש מכ"ת ממני לחוות דעתי להלכה למעש' בזמן הזה ואם יפה דנת ואם יפה זכי' מלהכותו נפש...

תשובה: שיסוד הכל שבנו עליו רוב הפוסקי' שפסקו שגם בזמן הזה יש כח ביד בית דין להעני' אחד בעונש גוף או מית' הוא מהא דאית בפרק נגמ' הדין ובפרק האשה רבה תניא: אמר ר'אב"י, שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין ולא לעבו' על דברי תורה אלא לעשו' סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בימי יוני' בשב' והביאוהו לבית דין וסקלוהו. לא מפני שהדין כך אלא שהשע' צריכה לכך וכו'. ונרא' דמשמע להו להפוסקים שהבית דין דקאמ' ר'אב"י, פירושו, אפילו בית דין של חוץ לארץ אפילו לעונש מיתה שהרי משמע מדבריו שהוא משה ומדמ' הכאה ושאר עונשי' לעונש מיתה דהא דקאמר שבית דין מכין ועונשין על כרחך בין שאר עונשי' ובין עונש מיתה קאמר, וכמו שמייתי עלה ומעש' באחד וכו' ובשא' עונשי' הוא פשוט בדברי הגמרא' שגם בחוץ לארץ יש כח ביד בית דין להעני' ולקנוס מפני צורך השע' כאש' יתבא' לפנינו בסמוך ואם כן, סבירא ליה לגמרא דבית דין דקאמ' ר'אב"י אפילו בית דין של חוץ לארץ קאמ', ואם כן, הוא הדין בעונש מיתה דהא בחד בית דין כלל להו ר'אב"י...



ואהא סמך גם כן הטור ח"מ, שכתב בפשיטות בסימן ב' שדייני חוץ לארץ דנין בין עונש ממון בין עונש מיתה בצורך השעה וגם בסימן תכ"ה כתב על דברי רב נטרונאי גאון שכתב דעל כל חייבי מיתות בית דין האידינא אין בידינו לא להלקותו ולא להגלותו וכו' כתב עליו הטור וז"ל ואפשר שלא כתב כן אלא מצד הדין וכו' אבל במה שצריך לעשות לו משום מגדר מילתא בזה לא דיבר, כי מי חולק על ראב"י שאמ' שבית דין מכין ועונשין כדי לעשו' גדר? עד כאן לשונו. הרי שכתב בפשיטות כי מי יחלוק וכו' אפילו בזמן הזה...

אבל לפי דרך זה יתיישב שפיר ומבואר בטוב טעם ודעת מן הגמרא, שאפילו בזמן הזה יש כח ביד בית דין להעני' בין בעונש גוף בין בעונש מיתה בצורך שעה לעשותם סייג וגדר וזה הוסכם מרוב הפוסקי והתשובו'. לכד זה מצאנו ראינו הנמוקי יוסף שכתב בפרק ארבע מיתו' אהא דאית' התם אימרת בת טל' בת כהן שזינתה הוה. אקפא חטא בר טובי' חבלי זמורות ושרפה. אמר רב יוסף טעה בתרתי. טעה בדרב מתנא דאמר פתילה של אבר מטילין לתוך פיו וכו'. וטעה בדנתי' ובאת אל הכהנים ואל הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם. בזמן שיש כהן יש משפט בזמן שאין כהן אין משפט. וזו לשון הנמוקי יוסף שם: ואי קשיא והא קיימא לן דבית דין מכין ועונשין' שלא מן הדין ויש לומר דהת' סנהדרי גדולה הוו דרב גוברייהו, אבל בית דין דעלמא לא. ואע"ג דאמרינן בריש פרק ב' דנידה רב הונא קץ ידא מאדם אחד שהיה רגיל להכו' חבירו, ואמרינן בפרק זה בורר, אי ודאי קטיל נפשא ליכהיוה לעיני', היינו לעונשו בקצת מה שחייב' עליו תורה, כגון שיכהו עיני ההורג שנתחייב מיתה וכיוצא בו. אבל לחייבו לגמרי בדין תורה, לא עד כאן לשונו.

איברא, אפילו אם תמצא לומר שדברי הנמוקי יוסף הם כפשוטן וסבירא ליה דאין כח להעניש בעונש מיתה כי אם לסנהדרין ולא לבית דין דעלמא, אפילו למגדר מילתא לצורך שעה, אין לחוש לדבריו נגד כל הני הפוסקים, מאחר דהוכחנו למעלה דסוגיית הברייתא והגמרא נראה כדבריהם, דאפילו על בית דין דחוץ לארץ לאמר ראב"י שמכין ועונשין שלא מן הדין וכו' כנזכר למעלה. וקושיית הנמוקי יוסף לא יקשה על כל הני הפוסקים דפשיטא דיכולים לתרץ דהא דקאמ' רב יוסף דטעה בתרתי וכו' הוא פשוט שהיה ידוע להם להאמוראי' שלא דן אותה חמא בר טוביא באותה מיתה לשום מגדר מילתא אלא נתכוון לדונה בדין תורה. ועוד יש לתרץ קושיא זו לדעת הפוסקי' בפנים אחרים, אלא שאין העת להאריך. ועוד, שנוכל לפרש דברי הנמוקי יוסף שר"ל דדוקא באותה מיתה שנתחייב בה בתורה אין כח לבית דין דעלמ' לדונו כי אם לסנהדרין. אבל לסבב ולגרום לו איזה מיתה שיהיה באופן שיהא מנוער מן העולם אין הכי נמי שמודה הנמוקי יוסף שיש כח בכל בית דין לעשות כן

ולכך דקדק הנמוקי יוסף בסיו' דבריו וכתב אבל לחייבו לגמרי בדין תורה לא. וחמא בר טובי', אם אית' דלצורך שעה ומגדר מילתא עבד הכי, הוי ליה להאבידה מן העולם באיזה ענין שיהיה ולא לדונה בשרפ' ממש כדין תורה לכך אמר רב יוסף דטעה בתרתי וכו'...

והשתא לפי דרך זה אפילו הנמוקי יוסף מצי שפיר סבר דיש כח ביד כל בית דין אפילו בזמן זה להעניש באיזה עונש מיתה שיהיה להאבידו מן העולם למגדר מילתא לצורך שעה ואין חולק בדבר. וכן נראה לי פשוט להלכה למעשה שיש כח לבית דין אפילו בזמן הזה להעניש בעונש מיתה משום צורך השעה אפילו בשאר עבירות וכל שכן בעון הרציחה שראוי להחמיר יותר להעני' מפני צורך השעה כמו שכתב הריב"ש הטעם מפני שמצינו שאפילו בזמן שהיו דנין דיני נפשות היו מחמירין ודנין בה שלא ע"פ דין תור' שהיו מכניסין אותו לכיפה כשהרג שלא בעדו' גמור' כדאית' בפרק הנשרפין ולא היו עושין כן בשא' מיתו' בית דין.

אך אמנם האמת הוא שצריך כל בית דין להתיישב בדבר ולשקול במאזני שכלם אם צורך השעה ההוא כל כך גדול שכדאי הוא להענישו בעונש מיתה כאש' מבוא' מעצמו מדברי כל הפוסקי' וביחוד בתשובת הרשב"א בב"י.

אבל נראה לי פשוט שלא לבד זה בשכבר רבים מן כלל העם פרוצי' באותה עבירה הוא נקר' צורך שעה כמה שעלה על דעתך כן כמו שנראה מדברי מעלתך והבאת לראיה מדנקט בברית' בימי יונים. ומטע' זה חרצת הדין שבנדון זה הנזכר לא שייך לומר בו שהשעה צריכה לכך. וזה אינו, אלא אפילו היכי שבשעבר לא היו העם פרוצי' בעבירה הזו, אלא שרואים הבית דין שאם לא יענשו זה בדינא רבה כמיתה וכיוצא בזה יהיה סברא שמהיום ולהבא יהיו העם פרוצים בעבירה זו וינהגו בה קלות גם זה מקרי שהשעה צריכה לכך, שהרי חזינו' דבההוא עובדא המכוע' מברכת השם שכתוב בתשובו' הרא"ש כלל שהתיר הרא"ש לבערו מן העולם פשוט הוא שלא היו העם פרוצים כבר בעבירה זו חליל' ולא התיר זה רק מפני כדי שיתקדש השם בין העכו"ם ששמעו מזה וגם למגדר מילתא להבא עשה כן. וכן בההוא מעשה מהאלמנה שנתעבר' מן העכו"ם שהתיר לחתוך חוטמה ולהשחית תואר פניה ולא מפני שהיו העם פרוצי' בעבירה זו עשו כן, אלא למען שלא יצא דבר הזונה על העכו"ם להבזות דתינו ולמען תשמענה כל הנשים ולא תעשנה כזאת כאשר מבואר שם באותה תשובה. וגם היכא דליכא לא זה ולא זה אלא שרואי' הבית דין שאיש זה הוא משורש ורגיל בעבירה זו בודאי שיעש' עוד לרבי' כמעשי' שעשה מבואר בגמר' שקנסו וענשו אותו שלא מן הדין משום מגדר מילת'

כדחזינן בההו' גולנ' עתיק' דקניס אותו רב נחמן אע"ג שאינו מפורש שהיו יתר העם או פרוצים בגזילה כמוהו רק שהשיב רב נחמן גולנא עתיק' ובעינא דאיקנס'. והיינו בלתי ספק כדי שלא יוסיף עוד לעשות מעשים כאלה לרבים. וכן ההוא גברא דקץ רב הונא ידיה מפני שהיה רגיל להכר' חבירו לא עשה רב הונא זה אלא כדי שלא יוסיף לעשות עוד כאלה וכיוצא בזה. ש"מ דזה מקרי גם כן שהשעה צריכה לכך.

### (ג) עונש מוות בזמן הזה

האם ניתן כיום להטיל כיום עונש מוות שלא מן הדין? לרוב הפוסקים, גם בזמן הזה ניתן להרוג שלא מן הדין. כך דעת הרי"ף לפי ביאור המהרי"ק (שורש קפט) וכן כתב הרשב"א הלכה למעשה בכמה מקומות, וכן כתבו הריב"ש ור"י בן הרא"ש ועוד. נעייין לדוגמא בשו"ת הרשב"א (ג, שצג) -

עמדתי על כל טענות הקונדרס הזה, ורואה אני שאם העדים נאמנים אצל הברורים, רשאים הן לקנוס קנס ממון או עונש הגוף, הכל לפי מה שיראה להם, וזה מקיים העולם. שאם אתם מעמידין הכל על הדינין הקצובים בתורה, ושלא לענוש אלא כמו שענשה התורה: בחבלות, וכיוצא בזה, נמצא העולם חרב, שהיינו צריכים עדים והתראה. וכמו שאמרו ז"ל: לא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דבריהם על דין תורה. וכל שכן בחוצה לארץ, שאין דנין בה דיני קנסות, ונמצאו קלי דעת פורצין גדרו של עולם, נמצא העולם שמם, וכבר קנסו ז"ל קנסות במכה את חבירו ביד או בהרכיבה, וכו', כדאיתא בריש פרק המניח את הכד. ואעפ"י שאלו דיני קנסות הן, ואין דנין אותן בבבל, כדאיתא התם בריש פרק המניח את הכד, מכל מקום, בכל מקום ומקום דנין לעתים בכיוצא בהן לגדור את הדור. וגדולה מזו אמרו בפרק נגמר הדין: בשמעון בן שטח שתלה שמונים נשים באשקלון ביום אחד, ואעפ"י שאין תולין אשה, ושאין דנין שנים ביום אחד, ואעפ"י שאין טעמא: שלא לעבור על דברי תורה, אלא לעשות סייג לתורה. וכך אמרו ביבמות בפרק האשה רבה: באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים, והביאוהו לבית דין, וסקלוהו; ובאחד שהטיח את אשתו תחת תאנה, והלקהו; וכל זה שהיתה השעה צריכה לכך. וכן עושין בכל דור ודור ובכל מקום ומקום, שרואין שהשעה צריכה לכך, ולייסר השוטים והנערים המטים עקלקלותם. והנה אמרו: דרב הונא, שהיה מבבל, קץ ידא, כדאיתא בריש פרק כל היד; ובסנהדרין, בריש גלותא, דאמר: אי ודאי קטל נפשא, לכהויה לעיניה; ואעפ"י שאין קציצת אבר בדיני התורה, אלא הכל לגדר ולצורך שעה. ולפיכך, ברורים אלו שעשו זה, אם ראו צורך השעה לענוש ולקנוס ממון או גוף לתיקון המדינה ולצורך השעה, כדין עשו; וכל

שכן בדאיכא הורמנא דמלכא; וכענין ר' אלעזר בר' שמעון בריש פרק השוכר את הפועלים. ומכל מקום, הברורים צריכין להתיישב בדברים, ולעשות מעשיהן אחר המלכה, ולהיות כונתם בכל עת לשמים.

אך הנמוקי יוסף (סנהדרין, טז, א מדפי הרי"ף, מובא בבית יוסף) כתב שרק סנהדרין גדולה יכולה לענוש בעונש מיתה שלא מן הדין, וכן כתב רבינו יונה (סנהדרין נב, ב) -

ועוד היה יכול לומר טעיה אחרת שלא היה סמוך בבית דין וד"נ אינן אלא במומחין ואע"ג דאמרינן בית דין מכין ועונשים שלא מן התורה ואמרינן לעיל אי ודאי קטל נפשא וכו' ואמרי' נמי דרב הונא קץ ידא משמ' דכולי האי לא עבדי' אלא מקצת הדין עושין כגון רב דקאמר כחלינהו לעייני' ודלא דיינו בסייף ואע"פ שבאותו שרכב על סוס בשבת דנוהו בסקילה דילמא שאני רבנן דבימי יוונים שמשם תורה יוצאה לכל ישראל אי נמי בת כהן שזינתה לא שכיח.

המהר"ם מלובלין (הנ"ל) הבין שכל מה שחידש הנמוקי יוסף הוא שלא לדון באותו דין של תורה, אך בדין אחר - אפשר. וכן הוכיח שהבין הב"י, אך הדרישה (ד"ה ומה שכתב בשם הרי"ף) הבין שהרשב"א והנמוקי יוסף חולקים.

אך בחידושי הרי"ם (א) הביא שגם הרי"ן סובר כנמוקי יוסף ורבינו יונה, ומסיק שקשה להקל לנגדם -

הנה דין זה אינו מוסכם שהנמוקי יוסף פרק ד' מיתות אהא דאימרתא בת טלי כו' אקפה ר' חמא כו' חבילי זמורות כו'. וכתב הנמוקי יוסף ואי קשיא הא קימא לן דבית דין היו מכין ועונשין שלא מן הדין כו' יש לומר דהתם סנהדרי גדולה הי' ורב גוברייהו אבל בית דין דעלמא לא כו' ע"ש והובא בב"י גם כן. והרי שפסק שאין כח ביד בית דין אחר לדון מיתה כו'...

וכן מצאתי להרי"ן ז"ל בחידושו לסנהדרין מ"ו וז"ל ומעתה נראה שאלו הבית דין העונשין עונש מיתה למי שאינו מחויב לה בדרך הסייג ראוי שיהי' הבית דין מומחין וסמוכין כשמעון ב"ש וחבריו דיותר חמור הוא זה מעונש דין תורה כו' דהא בית דין אלקים בעינן כו' אלא דאי אית להו הרמנא דמלכא כו' אבל בדין שבדיניהם פטור כו' ודאי אסור דבית דין מומחין וסמוכין בעינן. אבל ברודפים כו' מדין רודף ע"ש. ואף שמדברי הרי"ף ז"ל לא משמע כן שהביא אהא דר"נ (ב"ק צ"ו) גולנא עתיקא כו' ובעינן למיקנסי' כו' והוכיח דאף בחוץ לארץ יכולין לקנוס והביא עוד מהא דבית דין מכין ועונשין כו'. ואם כן מאי ראי' הא שם דוקא בסמוכין דמכין ועונשין, וע"כ שסובר דגם שם

קאי אכל בית דין אף אינם סמוכין. מכל מקום אין זה מוכרח דסובר כן גם במיתה, דיש לומר דוקא בממוץ דילפינן (פרק השולח) הפקר בית דין כו' מראשי אבות דמנחילין, ולכך לא בעינן סמוכין, כמ"ש הר"ן ז"ל לענין הפרת נדרים דכתיב ראשי המטות דלא בעינן סמוכין רק כל ראשים במשמע ע"ש ולא הביא מהא דבית דין מכין כו' רק שיכולין לקנוס לצורך שעה. וממילא מהני מטעם הפקר בית דין כו' אבל במיתה, שפיר יש לומר דבעינן סמוכין...

ולכך נראה דקשה לעשות מעשה בדבר זה להמית מי שאינו חייב מיתה כיון שמצינו חולקים בדבר וכ"כ בס' בנ"ש הובא בכהאי גוונא וז"ל ולדידי לא הייתי מיקל לענין מיתה אלא בחתיכת אבר ע"ש. וכן נראה. ואחר כך ראיתי בשו"ת מהר"מ לובלין סימן קל"ח שהאריך בענין זה והביא דברי הנמוקי יוסף הנראה לי וכתב שבטלה דעתו ע"ש ולא ראה דברי הר"ן הנ"ל שמפורש להדיא גם כן כדברי הנמוקי יוסף הנ"ל וגם פירושו שרצה לפרש בדברי הנמוקי יוסף א"א לפרשו בדברי הר"ן ז"ל ע"ש וכן בדרישה דחה הראי' מהרי"ף ע"ש...

#### (ד) הכישורים הנדרשים מ'שבעה טובי העיר'

מי ראוי להיות מזו טובי העיר? בשו"ע כתב: "או טובי העיר שהמחום בית דין עליהם", וכתב הסמ"ע (ט) "שהמחום לבית דין", ואילו הרמ"א (לז, כב) -

טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים, הרי הן כדיינים ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה.

ועיין במה שכתב בשו"ת הרשב"א (א, תריז) -

ואקדים לך הקדמה כי שבעה טובי העיר המוזכרים בכל מקום אינם שבעה אנשים המובחרים בחכמה או בעושר וכבוד. אלא שבעה אנשים שהעמידו' הצבור פרנסים סתם על עניני העיר והרי הן כאפטורופס' עליהם. ואין צורך לפרנסין אלו אלא לדברים שיש להם קדושה בבית הכנסת ורחבה של עיר. וכאותם המוזכרין במגילה שאם מכרו הפרנסין במעמד אנשי העיר ואפילו למשתי ביה שכרא רשאיין. ובתוספתא קורא אותם פרנסין דתניא התם רבי מנחם ברבי יוסי אומר בני העיר שמכרו בית הכנסת לא יקחו את רחבה. אמר רבי יהודה במה דברים אמורים בזמן שלא התנו עמהם פרנסי העיר. אבל התנו עמהם פרנסי העיר רשאיין לשנות לכל דבר שירצו. ואם תאמר אם פרנסי' ידועים הם למה לי שבעה? זו בירושלמי שאלו אותו דגרסינן שלשה מבית הכנסת כבית הכנסת שבעה מבני העיר בעיר ושאלו מה הן קיימין. אם כשקבלו עליהם אפילו אחד ואם כשלא קבלו עליהם אפילו כמה? אלא הן הן

קיימין בסתם. ופירוש ואם כשקבלו עליהם בני העיר כל מה שיעשו השבעה במכר זה, אפילו אחד נמי. ואם בשלא קבלו עליהם מה שיעשו בדבר זה אפילו היו כמה אין ממכרן מכר. והעמידוה בסתם כלומר כשהעמידו עליהם הציבור שבעה פרנסים סתם לפקח על עסקי הציבור. לפיכך כשהן שבעה יש להם רשות לכל דבר כאלו עשו כן כל בני העיר. אף על פי שלא העמידו אותם על דבר זה בפירוש. אבל פחות משבעה אין כחן שוה להיותם ככל בני העיר עד שיטלו רשות בפירוש מן בני העיר. זכר לדבר שבעה רואי פני המלך. מעתה מה שנחלקו אלו כנגד אלו אם היו טובים שבעה או בינוניים שבהם.

### (ה) גואל הדם בזמן הזה

**בקצות החשן** (א) דן בשאלה, האם דין גואל הדם קיים גם בזמן הזה? בהקשר זה כתב בדעת רש"י, שניתן להרוג גם רוצח בשוגג, לאחר גמר דין. על כך הקשו רבים, שרש"י דן רק במקרה שלאחר שרצח אדם בשוגג וברח לעיר מקלט, יצא מן העיר. וגם על מה שכתב בדעת הרמב"ם, שמותר להרוג רוצח בשוגג הקרוב למזיד הקשו, שמלשונו של הרמב"ם משמע שבדיעבד אינו נענש על כך, ולא שמותר לכתחילה. ראוי לעיין למשל ב**ישועות ישראל** (דיינים, עין משפט, סימן ב, א), ולשים לב גם למה שכתב שם בשם רבינו ירוחם -

עייין באורים שכתב דאין רשות ביד גואל הדם להרוג את הרוצח כ"א אחר שנגמר דינו בפני בית דין של כ"ג לכן בזה"ז אין רשות ביד גואל הדם להרוג את הרוצח, ובס' קצה"ח חולק עליו דלדעת רש"י בפרק נגמר הדין אף ברוצח בשוגג רשות ביד גו"ה להרוג ולדעת הר"מ בשוגג שהוא קרוב לפשיעה והביא ראייה מדברי הרמז"ל בפ"ו מה' רוצח, אלא דבזה"ז יש להסתפק אם שייך גוה"ד כיון דעכ"פ בעינן קבלת עדות ואנן הדיוטות ואין מקבלין עדות נפשות, או אפשר כיון דאפילו הכחישו עצמם בבדיקות נמי רשות ביד גוה"ד אם כן אף בזמן הזה לא גרע מהורג שלא בכוונה ע"כ ת"ד. והנה מצאתי ברבינו ירוחם בסוף חלק משרים שהביא בשם הר"ר אברהם [נראה שהוא רבו ה"ר אברהם בן אסמעאל] שדינים אלו צריכים גם בזה"ז ע"ש שהביא דבריו על דברי הר"מ ז"ל בהורג בלא התראה או בע"א אם כן לפי הבנת של בעל קצות החשן נפשט ספיקו מדברי רבנו ירוחם, דגם עתה רשות. אמנם לפי עניות דעתי מה שהוכיח בעל קצות החשן מדברי הר"מ ז"ל בפ"ו מה' רוצח אין ראייה, שהר"מ ז"ל לא כתב אלא שאינו חייב עליו מיתה, אבל אין לו רשות עד שיעמוד לפני בית דין לחייב אותו מיתה או שיצא חוץ לעיר מקלטו אחר שגלה, אפילו הרג בשוגג, גם מש"כ בעל קצה"ח דמדברי רש"י בפרק נגמר הדין דף מ"ה ע"ב עיי"ש שכתב שם על רוצח בשוגג שיצא חוץ לעיר מקלטו

ובזה גם הרמז"ל מודה. אמנם עד שלא גלה לעיר מקלטו בפרט קודם שנתקבל עדות בבית דין נראה דנהי דאינו נהרג עליו הגו"ה מ"מ אין לו רשות לכתחילה אלא שהתורה פטרו ממיתה משום כי יחס לבכו והו"ל קצת כאנוס אבל אין זה עניין לרשות גדם לדעת רש"י אינו בשגגה וע"י היטב בהרמז"ל בפ"ה מה' רוצח ה"ט וה' יו"ד.

ועיין בתשובת חוות יאיר (קמו. כדאי לעיין בכל התשובה, הדנה בארוכה בענין גואל הדם בזמה"ז) -

מיהו נראה דבזמן הזה דבטלו ד"נ אפילו הורג במזיד לא יפה כחו של ג"ה מכח סנהדרין וכל בתי דיני ישראל. ונ"ל עוד דאפילו בזמן הסנהדרין מ"ש בקרא ג"ה ירצח הרוצח היינו אחר שיצא דינו למות בסנהדרין רצוני לומר שהוא חייב מיתה רק שמ"מ א"א להמיתו מצד חסרון התראה או עדות מיוחדת וכבגמ' גבי כונסין אותו לכיפה ומייתי ליה הרמב"ם שם פ"ד מ"ח.

ובהמשך דבריו דן אם חייבים להצילו מהשלטונות שנמסר להם -

ועוד אפשר לומר דכל שנתפס על דבר רציחת נפש מישראל שאילו הי' סנהדרין היה מצוה לכל אדם להביאו לבית דין לקיים ובערת הרע מקרבך ובזמן הזה שאין בידינו עכ"פ לא נפעל להצילו וכמ"ש חכמים אף הם מרבים שופכי דמים בישראל. ועוד מה שמפורסם ושגור בפי כל שנפש הנהרג לא ימצא מנוח עד שיעשה נקמה ברוצח ויש כמה ראיות לאמיתות הדבר ממעשים שהיו גם מדברי רז"ל על מקראי קודש גבי קין ודמי נבות ודם זכריה על צחיח סלע לבלתי הכסות. רק שמצד זה היה נראה לחלק ולומר דודאי אם נתפס על אותו רציחה אין להשתדל עבורו כי ודאי מן השמים הוא לקבל דינו דין תורה באדם דמו ישפך מש"כ אם נתפס אחר כך על גניבה שמשפטם לתלותו ואין זה מיתת הרוצח וע"כ מקרה הוא לו וכארוז"ל בפרק אחד דיני ממונות דף ל"ז שדין ד' מיתות לא בטלו ואע"פ שאמרו שם מי שנתחייב הרג נמסר למלכות היינו שיזדמן שיתיזו ראשו וכ"פ רש"י בפירוש ואפשר כי כל מיתות מלכיות היה בימיהם כן וכבמשנה שם סנהדרין דף נ"ב מתיזין ראשו כדרך שהמלכות עושה מש"כ תליית הגנב הוא חנק וא"א לומר שנזדמן לו זה בעון הרציחה והרי בש"ס שם פרק אחד דיני ממונות הקשו והאי בר נחש הוא וכו' ומ"מ אין זו הוכחה כמ"ש התוס' דלפעמים זכות מגין ולפעמים ע"י זכות נידון בקלה ואם כן י"ל להיפך ג"כ וי"ל שגם נפש המת תמצא מנוח באיזה ענין שיהרג לכן חזר הדין לומר שאין להשתדל עבורו אם ידעין ביה שרצח נפש ישראל מקדם כל שכן לטעם שכתבנו שלא נתפעל לקיים בקרבנו מה שהיה מוטל עלינו לבערו. וא"ת אם כן כל רשע גמור שנתפס לא נשתדל

עבורו ועוד גם כי יחלה או בבואו לידי כל סכנה לא נזדקק לו והא ודאי לית' שלא אמרו לא מורידין ולא מעלין רק באפיקורסין ומסורות ורשעים להכעיס וכו' מש"כ שאר רשעי ישראל ובעלי עבירות. דל"ק דאנן לא אמרינן רק בעבירה שחייב עלי' מיתה בדין תורה ושכא לו סיבה חוץ למנהג עולם וגם זו רפיא בידי דלפי זה אם הבא על אשת איש או הרוצח טובע בנהר לא נצילהו ואין זה נכון כמ"ש הרמב"ם ספ"ד דרוצח והביאו טור ח"מ סימן תכ"ה ומעלין ואין מורידין כל שאינו עומד ברשעו תמיד ולא אמר חוץ מרצחנים דאין חילוק. ועוד אפשר לומר נהי דלטמרו בידים אסור מ"מ להשיאו עצה ולהראות לו מקום נהי דמצד דינא דמלכות' אסור מצד דין תורה מותר וקצת יש ראייה ממ"ש להו זילו אטמרו נפשייכו דנראה דהראה להם מקום דאל"כ מה אמר להם בזה ודו"ק וכך נראה ממה דשקיל וטרי וחיפש אחר הצלתם... ונחזור לענין שאלה שבאה לידינו הנ"ל שודאי שדין רוצח אינו רק כעובר לתיאבון ליתובי יצרי' הרע וכבגמ' דשבת גבי קורע בחמתו ואם אחר זה נתפס בשביל גניבה או דבר אחר כל שכן אם בא לידי סכנה מצוה להשתדל בעדו אם אינו ברשעו תמיד כדרך קצת גנבים שהמה בכלל מורידין ולא מעלין מש"כ בשהרע דרך מקרה דינו כישראל לכל דבר אבל אם נתפס בשביל זו הרציחה עצמו שרצח נפש נקי מזיד יש פנים לומר אחר שיש סברות לכאן ולכאן שב ואל תעשה עדיף שלא להשתדל בעדו ויש לומר אידך גיסא אחר שזה כבר אבד ולגבי זה הרוצח אם ספק בגמ' או בסברא וספק נפשות להקל ויש להשתדל לכן אין בידי להכריע לחייב השתדלות אפילו מממון הרוצח שזה בכלל מיטרח ואגורי דאצטרך ריבוי גבי ישראל דמלשון למיטרח דנקט נ"ל דגם זה לולי דאיתרבי ממ"ש תורה לא תעמוד על דם רעך ה"א אם אין בידו להצילו בעצמו אינו מחויב לטרוח ולשכור אחרים אפילו בממון של חברו ... ובזה הרוצח אין לחייב להשתדל כלל. ומ"מ אין למחות ביד המשתדל אפילו מכיסו (מש"כ כל אותן שלא מורידין ולא מעלין אסור להשתדל עבורם למלטם ממות ואפילו בהשתדלות קנס ממון אם אפשר לישראל להתנצל אסור להשתדל עבורם דזה הוי בכלל השבת אבידה וראיתי מקילין גם בראשון בשכר ולא ירד בני עמהם) ומי שבכחו להכריע ולבא עד תכונות בירור הדין אם יש איסור בשתדלנות או מצוה או רשות יכריע מה שאין עמדי, ולא בי היא.

#### (ו) הפקר בית דין הפקר

נעיר על כמה עניינים הנוגעים לכלל 'הפקר בית דין הפקר', העולים בדיונים הקשורים לסימננו.



1. האם בכח בית דין גם להעביר ממון אדם זה לאחר או רק להפקירו?

בשאלה זו ישנה מחלוקת ראשונים. ברשב"א (גיטין לו, ב) כתב -

רבא אמר הפקר בית דין הפקר. אקשיא קמייתא דאקשינן ומי איכא מידי דמדאורייתא משמטא שביעית ומתקני דלא תשמט קאי, ואוקמא אפילו כרבנן דפליגי עליה דרבי לומר דשמיטה בזמן הזה דאורייתא, ואפ"ה אתא הלל והתקין פרוזבול דהפקר בית דין הפקר כדדריש לה מקראי ואויל, והכא נמי אפקורה אפקר הלל ממונו של לוח לגבי מלוה ומגבי ליה, וכן פרש"י ז"ל דאקושיא קמייתא קאי. ומינה שמעינן דכח בית דין יפה להפקיר ממון מזה ולזכותו לזה אפילו קודם שבאו לידו, וכן מוכח מקרא (יהושע יט, נא) דאלה הנחלות אשר נחלו, דמה אבות מנחילין ואומרים שדה פלוני לפלוני וזכה לו מיד ואף קודם שבא לידו, אף ראשים מנחילין לכל מי שירצו ואומרים ממון ראובן יהא לשמעון וזוכה בו מעתה שמעון:

וכן משמע ברמב"ם (סנהדרין כד, ו) -

וכן יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד ונותן כפי מה שיראה לגדור פרצות הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה והרי הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו מכאן שהפקר בית דין הפקר:

אך לעומת זאת עיין בשיטה מקובצת (בבא בתרא ק, א) בשם רבינו יונה -

ויש לומר בין לרב גידל בין לרבה בר רב הונא משום דהפקר הרבים הפקר בביררת הדרך אין אדם זוכה על ידי הפקר עד שיחזיק ויקנה וכל היכא דאמרינן הפקר בית דין הפקר בעל הנכסים איבד זכותו על ידי הפקר בית דין והרי הן כדבר שאינו שלו ויש רשות לחברו להחזיק בו ברשות בית דין אבל אינו זוכה בו בדבור בית דין עד שיחזיק ולרב גידל נמי דאוקמה למלתא דרבי אליעזר כשאבדה להם דרך באותה שדה כיון דיחיד שאבדה לו דרך בשדה חברו ילך לו בקצרה רבים ודאי צריכין הן קנייה בביררת הדרך ועד שיחזיקו לא קנו וכשהחזיקו מיהא קנו אף על פי שהחזיקו שלא ברצון בעל השדה לפי שנתנו להם בית דין כח.

2. האם כל בית דין רשאי להפקיר ממון?

גם בעניין זה קיימת מחלוקת ראשונים. במרדכי' מובאות שתי דעות. בבבא בתרא, סימן תפ, דעת רבנו תם -

וה"ר מצא בשם ר"ת רש"י בני העיר להסיע על קיצתן, האי רש"י אלהסיע קאי פירוש היכא דכבר התנו ביניהם אבל אם לא התנו מתחילה אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו ודקאמר הפקר בית דין הפקר כגון **בי דינא דרב אמי ורב אסי** דאלימי הוו לאפקועי ממונא כדאיתא פרק השולח והא דאמרי' ובאת אל הכהנים וכי תעלה על דעתך וכו' היינו שבכל זמן **שבדורם אין גדול כמותו** אבל אם יש בדורם גדול כמותו אין בידינו להפקיע ממון.

ולעומת זאת בבבא מציעא, סימן רנז, בשם תשובת רבינו גרשום -

וליכא למימר דווקא בדורות של שמאי והלל או ר"ג, שהרי אמרו חכמים למה לא נתפרשו שמותם של שבעים זקנים שלא יאמר אדם פלוני כאלדד ומידד ופלוני כנדב ואביהוא וכתיב וישלח ה' את ירבעל ואת בדן ואת יפתח וגו' לומר לך יפתח בדורו כשמואל בדורו ומי שנתמנה פרנס על הציבור הרי הוא **כאביר שבאבירים**.

וכתב בשו"ת רבי אליהו מזרחי (=הרא"ם, סימן נז) -

והא דאמרינן בגיטין פרק השולח מניין שהפקר בית דין הפקר ר' יצחק אמר מהכא, דכתיב - כל אשר לא יבא לשלשת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו. ורבי אלעזר אמר: מהכא - אשר נחלו אותם אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי אבות המטות לבני ישראל, וכי מה ענין ראשים אצל אבות? לומר לך מה אבות מנחילים את הבנים כל מה שירצו, אף ראשים מנחילים את העם כל מה שירצו. ומשמע דהפקר שייך אפילו בעל כרחם היינו כגון בי דינא דרבי אמי ורבי אסי דאלימי לאפקועי ממונא כדאיתא התם אבל שאר בתי דינים לא, והא דאמרינן בעלמא ובאת אל הכהנים וכו' וכי תעלה על דעתך וכו' אלא יפתח בדורו כשמואל בדורו, ותניא בראש השנה פרק אם אינם מכירים וישלח ה' את ירבעל ואת בדן ואת יפתח ואת שמואל וכתיב משה ואהרן בכהניו ושמואל בקראי שמו שקל הקדוש ברוך הוא שלשה קלי עולם כנגד שלשה גדולי עולם לומר לך ירבעל בדורו כמשה בדורו בדן בדורו כאהרן בדורו יפתח בדורו כשמואל בדורו היינו שאין באותו הדור כלו כמותם אבל אם יש באותו הדור גדול כמותם אף על פי שאינו נמצא באותה העיר אין בידם להפקיע ממון. וכן כתב ראב"ה שרבו הזקן ממיץ היה מפרש לברייתא דרש"י בני העיר לקיים תנאם ולהסיע על קיצתן דמיירי בשנאותו כלם יחד והוא עמהם ושוב עבר על אותה הקציעה דומיא דהנהו תרי טבחי דאתנו בהדי הדדי ואחר כך עבר אחד מהם על אותו התנאי אבל בלא דעתו לא אלימי לעשות והפקר בית דין הפקר לא שייך הכא, והרמב"ם ז"ל כתב בפרק

אחד עשר מהלכות מכירה רשאי בני העיר לקוץ להם שכר לכל דבר שירצו ואפילו בשר ולחם ולהתנות ביניהם לכל מי שיעבור שיענישו אותו כך וכך וכן רשאי אנשי אומניות לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חבירו וכיוצא בזה וכל מי שיעבור על התנאי יענישו אותו כך וכך במה דברים אמורים במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה אבל אם יש בה חכם חשוב אין התנאי שלהם מועיל ואינם יכולים לענוש ולהפסיד על כל מי שלא קבל התנאי אלא אם כן התנה עמהם ועשו מדעת החכם, וכל מי שהפסיד לפי התנאי שאינו מדעת החכם משלם, הרי לך בפירוש שהרמב"ם ז"ל סבר שאינם יכולים לענוש ולהפסיד למי שלא קבל תנאם אלא דווקא כשהתנו עמהם מתחלה.

ולעומת זאת כתב בשו"ת תשב"ץ (ב, ה) -

שאלת צבור שהסכימו שכל מי שיקדש אשה שלא מדעת חבר עירם וזקני הקהל שלא יהיו קדושי קדושין אם דומה למה שנאמר בגמ' (גיטין לג, א וש"נ) כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ויהיו יכולין מכח הסכמתם להפקיע הקדושין וגם בהסכמה זו הטילו חרם לעובר עליה.

תשובה: כל מקום שאמרו בגמ' אפקעינהו לקדושי' מניה והקשו עלה תינח דקדש בכספא הפירוש הנכון הוא מפני שיש רשות ביד בית דין להפקיר הממון ההוא דקיימא לן הפקר בית דין הפקר וכיון שהפקרן הפקר אינו ממון שלו והרי לא קדשה בכסף שלו ואינה מקודשת כלל ואם כן אנו יכולין להמשיך הענין הזה להסכמת הצבור שהרי הצבור יכולין להפקיר ממון של כל א' מבני קהלם ובכל דור ודור יש לכל בית דין כח להפקיר ממון שיש לו בעלי' דיפתח בדורו כשמואל בדורו וכן הסכימו האחרונים ז"ל דלענין פרוזבול שהתקין הלל משום טעמא דהפקר בית דין הפקר דלא בעינן בי דינא כבי דינא דסור' ונהרדע' דאלי' לאפקועי ממונא אלא כל בי דינא רב' באתריה כתי' פרוזבול ומפקיר ממונא וכן כתב הרמב"ם ז"ל וז"ל: יש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים ומאבד זכותן כפי מה שיראה וכו' עכ"ל ואע"פ שהממון לא יצא מיד הבעלים ועדיין הוא ברשותם יכולין בית דין להפקירו ולומר שאינו שלו ולזכותו לאחר והכי מוכח בגמ' בפרק השולח (לו, ב) וכ"כ המפרשים ז"ל ואם כן הצבור שגזרו שכל מי שיקדש שלא מדעת גדוליהם שלא יהיו קדושי קדושין הרי הפקירו ממון המקדש וזיכוהו לאשה ע"מ שלא יזכה בה המקדש כיון שאינו שלו לא נתן לה כלום משלו ומה שנתן לה זכתה בו מן ההפקר אחר שיצא מרשותו ואינו מקודשת כלל ויכולין הצבור לעשות כן מפני גדר ותקנה כדי שלא יקפוץ הדיוט אחד ויפתה נערה בת טובים

ויקדשה בצנעא ואם היא הסכמה קדומה הרי הוא כאלו כל אחד קבל על עצמו כן והדבר יותר פשוט זהו הנראה משורש ההלכה אלא שמשום חומר העריות יש לחוש שמא בעינין בי דינא דאליים לאפקועי ממונא כבי דינא דר' אמי ור' אסי ואם לענין ממון אנו סומכין בהפקעה זו בכל בית דין אפילו הכי בענין קדושין יש להחמיר כדאמרי' בפרק המדיר (עג,ב) ובפרק המפלת (כה,א) ובפרק חזקת (נז,ב) ובפרק התקבל (סג,ב) ובפרק כל הגט דתנא ספוקי מספקא ליה גבי ממונא לקולא גבי איסור' לחומרא ומפני שאנו מדמין אין אנו יכולין לעשות מעשה. ועוד שהרי לא אמרו בהסכמת צבור בפירוש שהם מפקירין ממון וכן שמענו שלא נעשה מעש' לעולם בדבר אע"פ ששמענו ג"כ שהרמב"ן ז"ל נשאל זה על זה פה והשיב דכל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש ואם כן מה שראוי לדון בזה הלכה למעשה הוא שאם רוצה לכנוס צריכה קדושין אחרים ואם פשטה ידה וקבלה קדושין מאחר צריכה גט משניהם ואם גרש הראשון יכול לכנוס השני בקידושין אחרים אבל לגרש השני ולכנוס הראשון יש לחוש שמא יאמרו החזיר גרושתו מן האירוסין הוא וכדמוכח בסוף פרק המגרש (פט,ב) ולענין החרם צריך להתירו אחר שינהוג נדוי כראוי לכל עובר על חכמי צבור ואם לא פירשו בהסכמתן שאם עבר וקדש לא יהיו קדושיו קדושין בזה כתבתי בתשובה שיש להסתפק אם דעת הצבור היה להפקיע הקדושין ואין הדבר יוצא מידי ספק כן כתבתי ומלשון ההסכמה יוכל להתברר זה ואם יתברר מלשון ההסכמה שלא הי' דעתם להפקיע הקדושין הרי היא מקודשת גמורה ויתירוהו מנדויו בתשובה כראוי והרשב"א ז"ל כתב בתשו' שהצבור יכולין להפקיר כל ממון שינתן לשום אשה הפקעה גמורה והפקר גמור אאם כן תקבלם האשה מדעתה ומדעת אביה ובפני פלוני ופלוני הכל כמו שירצו ובתקנ' זו נתבטלו הקדושין לגמרי אם לא נעשו כמו שתקנו.

**בשו"ת חת"ם סופר (ג, קח) הבריל בין אם המפקירים הם דיינים סמוכים לבין אם הפקירו בית דין שבזמן הזה, וקבע שבזמן הזה, הפקר בית דין הוא רק מדרבנן -**

היות כן לא אאמין שהמהרי"ק יודה להרשב"א בזה כיון שהחמיר מאוד בהפקר בית דין ונ"ל דמשו"ה כל הראשונים ז"ל הי' קשה עליהם לעשות מעשה בענין זה חוץ רשב"א סימן אלף ר"ו העיד שפ"א עשה מעשה לפני רמב"ן בענין זה כי נ"ל אפילו הסוברים שהפקר בית דין הפקר גם בענין כזה וגם כל בית דין אפילו אינם כרב אמי ור"א מ"מ נראה דאין זה מן התורה ומקרא דיחרם כל רכושו דאם כן מנ"ל הא דלמא סמוכים בעינין כי התם ומגדר מלתא כי התם אע"כ מדרבנן בעלמא הוא ולא מן התורה ואסמכוה אקרא דעזרא ואם כן מנ"ל שתקנו להפקיע קידושין דמי עדיף ממכרן וקידש בדמיהן מקודשת דפירש"י דלהפקיע אשה מבעלה לא גזרו וחמץ דרבנן בשעות דרבנן

וכה"ג ואפילו אם כל הציבור יסכימו מ"מ כיון דמן הדין הוה אסמכתא רק מפני התקנה ובההיא הנאה דצייתו אהדדי מאן לימא לן דהני סברות דאורייתא נינהו?

### 3. הפקר ממונו של היחיד על ידי הציבור

נביא בענין זה כמה חלקי תשובות, אך כדאי לעיין בהן בשלמותן. בשו"ת מהרי"ק (שורש א) כתוב -

וראייה לדבר שהרי כתב המרדכי וז"ל רשאים בני העיר להכריע על קצתם. פירש ר"ת שנעשית מדעת כל טובי העיר כו' עד ופירש רבי מאיר הטעם דטובי העיר הוה בעירם למה שהובררו כמו גדולי הדור בכל מקום עכ"ל. הרי לך בהדיא שפירש רבינו מאיר שטובי העיר בעירם כמו גדולי הדור בכל מקום. ואחר כך כתב המרדכי בשמו וז"ל: וששאלתם על ראשי הקהל שבאו לשנות להטיל מס על שוה ליטר' קרקע וכו' עד אבל לשנות שלא מדעת כולם במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ולא מגדר מילתא אין שומעין להם לעשות תקנה לעצמה שלא כתורה עכ"ל הרי לך שאין ביד ראשי הקהל לתקן מילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ואע"ג שכל ראשי הקהל היו רוצים לעשותו דע"כ בהכי מיירי מדהוצרך לעיל מינה לחלק בין הך להא דרשאין בני העיר להסיע על קצתן כו' משום שנהגו כבר קודם לכן כו' וכיון דאין ביד ראשי הקהל לתקן מילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי הכי נמי לגדולי הדור שהרי ר' מאיר פירש בעצמו לעיל דטובי העיר יש להם כח בעירם כמו גדולי הדור בכל מקום ועוד יש להביא ראייה מהא דגרסינן בגיטין פרק השולח (דף לו) אמר שמואל האי פרוזבול עולבנא דדייני הוא אי אישר חילי אבטליניה כו'. משמע בהדיא דאפילו בי דינא דרב אמי ורב אסי אין יכולים להפקיע ממון במידי דאיכא רווחא להאי ופסיד' להאי דאי לא תימא הכי היכי קאמ' שמואל דעולבנ' דדייני הוא והא שמואל גופיה קאמר לעיל מינה דלא כתבינן פרוזבול אלא בבי דינא דסורא או דנהרדעא וכגון בי דינא דרב אמי ורב אסי לכ"ע לא כדמסיק ואע"ג דסוף סוף בבית דין דרב אמי ורב אסי כתיבי פרוזבול לכ"ע היינו משום מגדר מלתא זכר לשביעית כדתקין הילל. הרי דבעלמא אפילו בי דינא דרבי אמי כו' לא היו יכולים להפקיע ממון במלתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי.

בשו"ת הרמ"א (עג) כתב -

דבר פשוט שאין כח לטובי העיר לתקן דבר כי אם על פי הדין והמשפט ולא לילך בחזקה עם היחידים, ואין לרבים כח לגזול היחיד כמו שכתב מהרי"ק

שורש א' על מעשה כזה. וכזה כתב הרשב"א בתשובה (שו"ת הרשב"א ח"א סימן תשפח) והביאו בר ששת בתשובה סימן תע"ז: ועל קהל א' שרצו לעשות תקנה שיפרעו מס מכל נכסים שיש להם בעיר זו או בעיר אחרת, והיו עושין זה כדי לחייב יחיד אחד שדר ביניהם. שהיו לו נכסים מחוץ לעיר. והשיב, וז"ל: מה שאמרת שיש לקהל לעשות דינים וחוקים בדבר זה נ"ל שאין זה אלא גזל ואינן יכולין להתנות על הגזילות וכו', והאריך שם הרב בזה. ולכן פשוט הוא שאין כח ביד בני העיר לתקן תקנות רק מה שבידן מכח הדין ולא מה שתעלה על רוחם, וזה לא היה ולא יהיה. ולכן נצרך בזו לירד לעומקא דדינא.

גרסינן ב"ב ח,ב: רשאי בני העיר להסיע על קיצתן וכו'. וכתב שם המרדכי (שם סימן תפב) בשם תשובת אבי העזרי, דיש כח ביד טובי העיר לתקן מה שירצו דמאחר שהובררו לתקן בעירן הנראה בעיניהם הפקר בית דין הפקר, ויש כח בידן לענוש על זה. אמנם ר"ת ור"י ממי"ץ ושאר הגאונים חולקים כמו שכתב שם המרדכי, וס"ל דאין כח ביד טובי העיר לתקן דבר שהוא מזיק לאיזה יחיד בלא דעתו. והא דאמרינן רשאי להסיע על קיצתן, היינו אם נעשה מתחילה מדעתו ועבר עליו אבל בלאו הכי לא, וכן נראה שם מסקנת המרדכי. וכן הוא דעת הרשב"א והריב"ש בתשובה דלעיל, וכן נראה דעת מהרי"ק שורש א' וי"ד. אם כן לפום ריהטא היה נראה דאין כח ביד בני העיר לתקן דבר דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי בלא דעת כולם, וכל שכן שאין לתקן דבר על בני העיר אחרת שאינן תחת ממשלתם. מכל מקום כי דייקנן בהך מילתא נראה דבנדון דידן מצו מעכבי מכמה טעמים, הן שיכולים לגזור על בני עירן שלא ישאו ויתנו עמהן הן על בני עיר אחרת שלא יעסקו אצלן. חדא, דהא מנהג קדום בעיר הגדולה שכל דיניה נעשים ע"י הקהל המבוררים, ומתקנין בעירן כל מילי. וכל תקנותיהן שמתקנין שנראה בעיניהם שהוא לטובת הקהל תקנתן קיימת, אף אם היה בזה פסידא לרבים כל שכן ליחידים. אם כן הוי טובי העיר ומבוררים בענין זה כאילו קבלו עליהם, דכל מקום הולכים בזה אחר מנהג בני המדינה אם לא היה מנהג גרוע שאין לילך אחריו, כמו שכתב ר"ת פ"ק דב"ב גבי הא דאמרינן התם לאתויי אתרא דנהיגי בהוצא ודפנא וכו' וכל שכן בעניני הקהל דכולן נידונין ע"פ המנהג, כמו שכתב מוהר"ם (בתשובות השייכות להלכות עדות, ברמב"ם סוף ספר שופטים סימן יג) שנוהגין להביא עידיה מתוך בני העיר אעפ"י שנוגעין בדבר מצד המנהג. וכן פסקו האחרונים ז"ל לילך בכל עניני הקהל אחר המנהג וכמו שהאריך בזה בת"ה ריש סימן שמ"ב. והוא פשוט דהולכין אחר המנהג בזה מאחר שיש להם על מה שיסמוכו, והם רבותינו האומרים שיש ביד טובי העיר כח לתקן

מה שירצו, וכמו שכתבתי לעיל דבריהם. וכן משמע בתשובת מהרי"ק סימן א' ובמקום דנהוג לרדות ולכוף היחידים שבבני עירם הרשות בידם לעשות כמנהגן.

ועוד, די"ל הא דאין רשות ביד הקהל לעשות תקנה להסיע על קיצתן במקום דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, נראה דהיינו דוקא במקום שעושין תקנה נגד דברי תורה ושלא כדין תורה, כדמשמע לשון להסיע על קיצתן ר"ל שמסיעין הדין מדין תורה, כמו שפירש"י בגמרא. אך אמנם במקום שמתקנין דבר ואינו נגד דין תורה הרשות בידן. ותדע דהא בתשובת בר ששת סימן תע"ז פסק דאין כח לתקן דבר נגד היחיד מומחה בדבר אם לא שקבלו מדעתו כדעת ר"ת דלעיל.

### **בשו"ת המהרש"ך (נט) האריך בדינים אלו, וכך הוא מסכם -**

כללו של דבר שאין חילוק בין עיר שיש בה ב"ה אחד לעיר שיש בה ב"ה רבים שבכללם הולכין אחר הרוב בין במה שהוא מיגדר מילתא במילי דשמיא בין במה שהוא לתיקון העיר במילי דעלמא שכיון שהוא תיקון לכולל לא חיישינן אם יהיה רווחא להאי ופסידא להאי דתקנת הכולל עדיף כענין להתנות על המדות וכו' וכיוצא מעניני צרכי העיר ותקנותיה ע"פ טובי העיר כי תקנות אלו במילי דעלמא לצורך הנהגת העיר חשובות לפני הקב"ה. כי בגלל הדבר הזה ירבה שלום בארץ ובשמוע המיעוט אל הרוב ישקוט מדון כי יהיו ישראל כאיש אחד חברים ומרבים שלום בעולם.

מומלץ לעיין במאמרו של הרב נחמיה טיילור, "מזכירות הישוב והלכותיה", תחומין ט, 103, הנוגע להרבה מן הבעיות והעניינים הנידונים בסימן זה.

## **סימן ג**

### **(א) הכרעת שני דיינים הדיוטות נגד דיין תלמיד חכם**

בגמרא נאמר שנדרשים שלושה דיינים דווקא, משום ש'אי אפשר דלית בהו חד דגמיר'. בהקשר זה עלתה השאלה, מה הדין אם 'גמיר' צרף אליו כאלה שאינם 'גמירי', והם הכריעו נגד דעתו? בעניין זה כתב **שו"ת שבות יעקב** (א, קלז) -

במותב תלתא הוינא עם שני יושבי קרנות דלא גמירי ולא סבירי ואחר ששמענו טענת הבעלי דינים ורציתי לשאת ולתת עמהם רבו והכריעו דלא כוותי וגמרו את הדין נגד דעתי וסברתי אי דיניהם דין כדכתיב אחרי רבים להטות או נימא דקשר רשעים ועמי הארצים אינו מן המניין?

תשובה: הנה השאלה סתומה מכל צד א' מיירו בקבלו עליהו או שדנו בעל כרחך של הנתבע או אם נתמנו להיות דיינים ואם לא נתמנו להיות דיינים ולא קבלו עליהו לכאורה יש לתמוה על מכ"ת [= מעלת כבוד תורתו] שלא דן ביחידי בעל כרחם ולא לצרף עם אנשים שאינם מהוגנים. על כן כדי לברר כל הספיקות שיוכל ליפול בזה הנדון אברר כל הדינים מש"ס ופוסקים ראשונים ואחרונים ויוסף לקח טוב ושכל לכל יוצאי שער עירך ואיש על מקומו יבא בשלום... ומה שנראה למכ"ת כיון שנגמר הדין ע"פ שנים דלא גמירי הדין בטל זה אינו, דמשמעות הש"ס והפוסקים דכיון דאית בהו חד דגמר ויודע סברות בדינים להציע לפני שנים האחרים והם רבו עליו מ"מ הדין קיים. אך מה שנראה מתוך לשון שאלתו שהב' המה רשעים הנה בודאי אם הם בכלל רשעים גמורים הפסולין לדין ולהעיד ודאי פסילי לדינא והדין בטל. אך אם עיקר שאלתו משום דלא גמירי, ודאי הדין קיים כמ"ש אך אם הם בני אדם שאינם מהוגנים מעיקרא דדינא פירכא ומתחלה היה לו למנוע מלהצטרף עמהם כי אין לאדם חכם לישוב בדין עד שיודע מי ישב עמו.

וז"ל הרמב"ם ספ"ב מה' סנהדרין ואסור לאדם חכם לישוב בדין עד שידע עם מי ישב שמא יצטרף עם אנשים שאינם הגונים ונמצא בכלל קשר בוגדים לא בכלל בית דין עכ"ל וכ"כ הטור חושן משפט לעיל סימן ג' משמע דמן הסתם אסור לישוב עם כל אדם מטעם שמא יהיה אנשים שאינם מהוגנים ויהי' בכלל קשר בוגדים וזה סותר לכאורה קצת למ"ש הרמב"ם ס"פ כ"ב מה' סנהדרין ובטור סימן ז' וז"ל דיין שהוא יודע בחברו שהוא גזלן או רשע אסור להצטרף עמו שנאמר מדבר שקר תרחק וכך היו נקיי דעת שבירושלים עושין אין יושבין בדין עד שידעו עם מי הם יושבין עכ"ל משמע דליכא איסור אלא אם כן ידוע שהוא גזלן אך ורק נקיי הדעת מחמירין על עצמן מן הסתם ובסתירת הדברים כבר הרגיש הב"ח סימן ז' סעיף י"ד גם בתשובת בית יעקב סימן ל"ח מאריך בזה. ונכנס ע"י כן בפרצה דחוקה ע"ש ובספרי ישבתי הכל על נכון וכתבתי דלק"מ דדוקא אם דיין אחר אינו מכיר את שני הדיינים אזי אסור לישוב עמהם מן הסתם שאולי אלו השנים הם אינם מהוגנים דהי' בכלל קשר בוגדין כיון שהרוב מהבית דין יהיו אינם מהוגנים יהא הו' ג"כ נכלל בתוכה אבל אם שני דיינים מכירין זה את זה רק השלישי אינם מכירין אז ליכא איסורא רק נקיי' הדעת היו מחמירין על עצמ' ואין יושבין בדין וכו' והיכי שיודע הדיין שאחד מן הדיינים רשע או גזלן אין לו להצטרף עמו דאף שאינו נקרא קשר בוגדים כיון שהוא רק אחד מ"מ אסור משום מדבר שקר תרחק: אכן היכא דקבלו הבע"ד עליהם ליכא איסורא להצטרף עמו דאז ליכא מדבר שקר תרחק כיון שקבלו עליהם וגם קשר בוגדים ליכא כיון ששנים כשרים וכן



משמע בש"ס וסנהדרין ובטור חושן משפט סימן כ"ב ובש"ע אבל מ"מ נקיי הדעת היו מחמירין על עצמן בכל ענין שלא לישב בדין אלא אם כן היו יודעין כל היושב עמו שהם כשרים וכן משמעות לשון הש"ס והרמב"ם והטור ודלא כנראה מתשובת בית יעקב ששגג בכל זה.

לעומת זאת, בשער משפט (יח, א) חולק עליו (יש לשים לב גם למה שכתוב בסוף לגבי שנים שדנו אפילו מומחין אין דיניהם דין כיון שאינו בית דין נוטה) -

בתשוב' שבות יעקב ח"א סימן קצ"ז כת' בפשיטות דאם יושב חד דגמיר בדין עם תרי דלא גמירי והם רבו עליו הולכין אחריהם וכן משמעו' הפוס' עכ"ד והנה אף דמסתמת הפוס' משמע כן מ"מ הדבר תמוה מאוד דכיון דתלתא דלא גמירי פסילי לדון ובעינן חד דגמיר כדאמרינן בש"ק דסנהדרין לרב אחא בריה דר"א דמדאורייתא חד נמי כשר והא דתקנו רבנן ג' משום דא"א דלית בהו חד דגמיר ומיני' למדו הפוסקים דאף לר' אבהו דמדאורייתא בעינן ג' מומחים מ"מ משום נעילת דלת הקילו בהדיטו' ואית ביניהו חד דגמיר ואם כן כיון דבתלתא דלא גמירי פסולי לדון אף אם יסכימו כולם לדעת אחת אם כן היכי דיתבי חד דגמיר ותרי דלא גמירי היכי מצינן למדחי דעת הגמיר לילך אחר דעת התרי דלא גמירי כיון דפסילי לדון כלל אף אם ג' דלא גמירי יסכימו לדעה אחת...

וכן הרמב"ם בפירוש המשנה ובחיבורו פ"א מה"ס ד"ד פסק כרבי יוחנן דבעינן תלתא משום בית דין נוטה ואפילו הכי מצריך ג' מומחין דוקא וכ"כ הרמב"ם פ"א מה"ס ד"ח נחלקו הסנהדרין והוצרכו לסמוך אחד כדי להוסיף על מנינם סומכין מן הראשונה וכו' אלמא דאף לענין להטות אחר הרוב כיון דגוזה"כ דבעינן מומחין הסמוכין דוקא לא מהני הכרעת דין שאינו סמוך דאם כן יוגמר הדין באינן סומכין ואם כן ה"נ לענין הדיטות כיון דהרי דלא גמירי פסילי לדון האיך יגמר הדין בהם דפסילי לדין לדון אחר דעתם.

שוב מצאתי בס' החינוך להרא"ה במצוה ע"ח לנטות אחר הרוב שכתב ובתורת רוב זה לפי הדומה הוא כששני הכיתות החולקות יודעות בהכוונת התורה בשוה שאין לומר שכת חכמים מועטת לא תכריע כת בורים מרובה ואפילו כיוצאי מצרים אבל בהשוית החכמה או בקרוב הודיעתנו התורה שריבוי הדיעות יסכימו לעולם אל האמת יותר מן המועט וכו' ע"ש משמע להדיא דאף בדיני ממונות דסגי בהו חד דגמיר כמ"ש הוא בעצמו במצוה ע"ז מ"מ לא תכריע דעת הרוב הדיעות דלא גמירי דפסילי לד"מ את דברי הגמיר דכשר לדון ד"מ וכן עיקר.

ואי לאו דמסתפינא הוי אמינא מילתא חדתא, דאף דקיימא לן דיחיד מומחה דן יחידי מ"מ שני מומחין שדנו אין דיניהם דין דהא הטעם דיחיד מומחה דן יחידי אף דקיימא לן דמן התורה בעינן ג' מומחין הוא משום דחז"ל תקנו דיחיד מומחה עומד במקום ג' הדיטות וכמו שתיקנו בג' הדיטות כן תקינו ביחיד מומחה כמ"ש התוס' בפ"ק דסנהדרין דף ה' ד"ה ואם היה יחיד מומחה ע"ש ואם כן י"ל דדוקא ביחיד מומחה תקינו חז"ל דלא שייך לומר בעינן בית דין נוטה דהא דן יחידי ומי יחלוק עמו ולכך עומד במקום ג' הדיטות, מה שאין כן בשני מומחין כיון דשני הדיטות או ד' הדין בטל משום דלא הוה בית דין מטה ה"ה בשני מומחין הדין בטל בין מדאורייתא ובין מדרבנן דחשיבי כשני בתי דינים והוי כששה דינים שהדין בטל כיון דליכא בית דין נוטה. אך אף שהסברא נכונה מאד מ"מ מדברי הרי"ף מבואר להיפך שכתב בפ"ק דסנהדרין וז"ל ושנים שדנו דקאמר רשב"ג בע"ד יכולין לחזור בהן אלמא אין דיניהם דין היינו בשאינן מומחין ולא קבלינן בע"ד עליהו אבל אי הוו מומחין או קבלינן בע"ד עליהו הוי דיניהם דין ואפילו חד מומחה דינו דין ע"כ הרי להדי' דאף לרשב"ג בשני מומחין דיניהם דין. אך מדברי הרי"ף אין הכרח כ"כ, די"ל דאזיל בשיטת הרמב"ם דמדאורייתא אף יחיד הדיט סגי, ומ"מ שנים שדנו אין דיניהם דין דאלמוהו רבנן לתקנתיהו ואם כן כיון דלא בעינן בית דין לא בעינן בית דין נוטה כלל. אך הטור בסימן כ"ה כתב וכן הדין ביחיד או שני מומחין ולא קבלו עליהם ולא נקיט רשות מר"ג וטעו בשיקול הדעת מה שעשו וישלמו מביתם אלמא ס"ל דבשני מומחין מה שעשו עשו אף דהרא"ש פסק בפ"ק דמדאורייתא בעינן ג' מומחין דוקא כמ"ש הש"ך בר"ס ג' והדבר צריך תלמוד:

**באבני חושן** (ג, א), "פישר" בין ה'שבות יעקב' ל'שער משפט', שהדבר תלוי בשאלה, האם פסק הדין יוכל ליצור תקדים -

וכל שלשה נקראין בית דין אפילו הדיטות דאי אפשר דלית בהו חד דגמיר. השבו"י כתב דאם השנים דלא גמירי מכריעין נגד היחיד דגמיר הולכין אחריהם דהם הרוב וכן משמע מכל הפוסקים וכן נראה פשוט דאל"כ שלשה למה לי אם אין דעתם חשוב כלל ואך ראיתי שהשע"מ לקמן סימן י"ח חולק עליו וכתב כיון דהם פסולין לדון איך יכריעו נגד הגמיר והביא רא' דבסנהדרין (ג, ב) פריך לר' יאשי' דיליף שלשה מתלתא אלקים וכי לית לי' בית דין נוטה והקשה דאי משום בית דין נוטה הוי סגי דהשלישי לא יהי' מומחה ויהי' ג"כ בית דין שקול להכי צריך תלתא אלקים דכל השלשה יהיו מומחין אלא ע"כ דמי שאינו מומחה אינו יכול להכריע נגד המומחה וה"ה הדיטות נגד הגמיר וכן כתב בס' החינוך מצוה ע"ח דאף אלף בורים לא אזלינן בתר

רובא דידהו נגד ת"ח ע"כ. ודבריו לא נהירין מ"ש דהם פסולין לדון אינו נראה ויבואר זה לקמן ס"ק שאח"ז דאין עליהם שם פסול ועוד הרי חכמים תקנו שלשה ומדאורייתא אף הגמיר אין יכול לדון כיון דאינו מומחה ולמה הם פסולין יותר ממנו ואם כן כיון דצירפו תרי הדיוטות אל הגמיר הם דיינים כמוהו ולפ"ז פשוט דנדחה הראי' מסנהדרין דמדאורייתא ודאי כיון דאין נקראין בית דין רק מומחין מתרי אלקים ודאי פשוט דאף השלישי שהוא משום בית דין נוטה ואיך ההדיוט יכריע בין השני מומחין. אבל בתר תקנת חז"ל דאלו השלשה הם בית דין ודאי כולם שוין וגם מה שהביא מס' החינוך דבריו תמוהים, דלא עיין מ"ש החינוך תיכף אח"ז וז"ל אבל סנהדרין אף אם המיעוט חכמים יותר הולכין אחר הרוב כיון דהם במנין ע"פ מצוה התורה. כונתו שם דוקא לענין שאנו נסמוך ע"פ דעתם בדבר שיבוא אחר כך לפנינו ונרצה לסמוך ע"פ דעת מי שכבר פסק כן או שכתבו כן בספר, בזה ודאי אף אלף בורים אינן כלום נגד ת"ח אחד, אבל היכי דהם עוסקין בדין שבא לפנייהם בדיני ממונות או בדיני נפשות בזה ודאי כיון דהם במנין ע"פ מצות התורה כל אחד שקול כאידך ולעולם הולכין אחר הרוב. וכונת החינוך כמו שמצינו דלולי הבת קול היינו פוסקין כב"ש דחריפי טובא אבל בדין שבא לפנייהם לעולם הולכין אחר הרוב. וזה נראה גם במה שאמרו מפני מה זכו ב"ה לקבוע הלכה כמותן וכו' והיינו דלא קבלו דעתם לפסוק רק כמותן בדבר שבא לפנייהם ורק תיכף קבעו הלכה כמותן וקבעו שלדורות יהי' נקבע הלכה, והיינו כיון דאז נקבע הלכה גם לדורות הוי כהלכה שבא לפנייהם כמו כל תקנת חכמים ודו"ק:

### (ב) כפיית בית דין

בענין הרשות לדון בכפיה, עיין **קצות החשן** (א) ו**נתיבות המשפט** (ביאורים, סוף ס"ק א) ו**משוכב נתיבות** (שם) שנחלקו למי היכולת לכוף על הדין ועל המצוות. ועיין מה שכתב בשו"ת **חת"ם סופר** (ה, קעז) לחלק בין הדברים -

ומה ששאל פר"מ אי כפיית בית דין בעינן דוקא מומחין כדמשמע בגיטין פ"ח דהדיוטות לאו בני עישוי נינהו לפי עניות דעתי ב' מיני מצות שכופים עליהם הם, א' חוקים, ב' משפטים, וקיום חוקים ומצות כל ישראל ערבים זה בזה ונכנס מי שאינו מוחה ויש בידו למחות בכלל אשר לא יקים את דברי התורה הזאת כפירוש רמב"ן פרשת תבוא עפ"י ספרי ומ"ש אשר לא יקים זה בית דין שלמטה לאו דוקא בית דין אלא כל אדם מישראל קטן וגדול שוה הוא אם יש בידו לעשות וכת' ואם העלם יעלימו עם הארץ בתתו מזרעו למולך משמע שהי' על ע"ה שלא יעלימו וע"ה איננו בית דין כדמוכח בפרק חטאות דע"ה

בעשותה היינו הדיוט ובית דין היינו עיני העדה ואם כן על כל ע"ה הטיל הכתוב שלא יעלימו ומדכתב אחר כך והכרתי אותו למעט כל עולם ש"מ שהי' להם ג"כ בכרת כמותו אלא שמיעט הכתוב והיקל עונשם מכרת חוץ מעונש שבועות שוא דחמיר טפי ויש עיון בדבר קצת מש"ס פרק שבועות הדיינין מ"מ אמת נכון שאין בית דין ובין כל שום איש מישראל שיכול למחות ולפגוע בעוברי עבירה ולא כלום ואפילו תלמיד לפני רבו לא מיקרי אפקרותא לפגוע בהם ולהכות באגרופ רשע עד שתצא נפשו כנחמי' בן חכלי' ואכס ואמרטם ואמר יד אשלח בכם ובית דין שהזכירו בכל מקום לישנא בעלמא הוא ואורחא דמלתא שיש כח בידם כמו קטן אוכל נבילות בית דין מצווין להפרישו וכמו במילה בית דין מצווי' למולו ורמב"ם ס"ל בס' המצות אפילו דרבנן מה"ת ניהו מלא חסור ע"כ פסק אפילו באיסור דרבנן ככה כמ"ש פ"ו מהל' חמץ ומצה באוכל מצה בערב פסח ועיין תי"ט נזיר פ"ז משנה ג' ודברי ח"י ר"ן חולין קל"ב תמוהים שכתב שיעור ההכאה ל"ט כמלקות דאורי' והוא תימא נחזור להנ"ל דדבר זה מוטל על כל ישראל ובית דין שליחותיהו דכל ישראל עבדי שנתמנו שלוחא דישראל ועי"ז נפטרו כל אחד ואחד מלהשגיח כי העמידו גברי רבירי בחריקוהו והיינו רישך בקיריא ורישא דרישך בחמימי ומ"מ קירי איכא וכל זה בחלק חוקים ומצות אך משפטים הוא הכולל ב' דברים א' לעשות משפט כתוב שקצבה תורה למחלל שבת כך ולהורג נפש כך ולעובר לאו כך וכל דבר שקצבה תורה עונשו אחר שכבר עבר אין דמו מסור כי אם ביד בית דין מומחי' כעובדא דשמעון בן שטח שאמר אין דמך מסור בידי אפילו להביאו לבית דין לקיים בי' ובערת הרע כיון דליכא ב' עדים וחלק השני להוציא ממון מיד המוחזק בו אפילו גזילות וכדומה ובכלל זה להוציא אשה מיד בעלה המוחזק בקנין כספו כל הכפיות נקרא משפטים וכתוב אשר תשים לפניהם ולא לפני הדיוטות דאלהים כתיב בפרשה וצריכים מומחי' ולולי דעבדי' שליחותיהו דקמאי במידי דשכיחי לא הוי דנין גזילו' בזה"ז אבל לפגוע בעוברי עבירה לא נכלל בכלל זה.

ולפי עניות דעתי אחר שכבר פסקו דיינים דין שישלם פלוני מפלוני והוטל עליו מ"ע לשמוע אל השופט ולא אבה ונעשה סרבן אז נעשה עברייך על חק ומצוה שמיעה אל השופט והוטל על כל ישראל ומה שבית דין מנדין ע"ז הוא בשליחות כל ישראל ובזה מיושב ק' מהרש"א על תוס' מס' מ"ק י"ד ע"ב ד"ה מהן וכו' ע"ש והא"ש דמ"ע דרגל אין יחיד מוציא רבי' י"ח משאם כן הכא בית דין מוציא י"ח כל ישראל ועפי' מג"א סימן תמ"ו ע"ש ר"ת וק"ל.

בספר **אלפי מנשה** (ג, א) האריך בענין זה, והוסיף חילוק חשוב על דברי ה'חתם סופר' הנ"ל. נביא חלק מדבריו -

אלא דנראה לי מטעם אחר והוא על פי מה שכתב החתם סופר שם לחלק בין חקים ובין משפטים דבחקים לא בעינן בית דין ובמשפטים בעינן בית דין, וחקים היינו מ"ע ול"ת, ומשפטים הוי ב' דברים אחד לעשות משפט למחלל שבת ולהורג נפש ולעובר על לאו, ב' להוציא ממון מיד המוחזק אפילו גזילות וכדומה ולהוציא אשה מיד בעלה, בזה צריך בית דין מומחין ואנן שליחותייהו קעבדינן עיי"ש. ואם כן שפיר בפריעת בע"ח דלמ"ד של"ד כופין אותו לפרוע חוב משום מצוה ולמ"ד שיעבודא דאורייתא יורדין לנכסיו, דמוציאין ממון מיד המוחזק שפיר בעינן בית דין מומחין, ואם כן שפיר נוכל לפרש גם הסוגיא דפרק החובל וגם דברי הרמב"ם ז"ל פ"ח מה' סנהדרין דכונתם היא דלענין פריעת חוב עבדינן שליחותייהו ואף דרבא וגם הרמב"ם ז"ל ס"ל שעבודא דאורייתא ויורדין לנכסיו מ"מ בעינן בית דין מומחין כיון דמוציאין ממון מיד המוחזק ולזה עבדינן שליחותייהו, אבל לדון בלבד לא בעינן בהודאות והלואות בית דין מומחין כיון דבדין בלבד אין מוציאין ממון מיד המוחזק רק דהבית דין פוסקין את הדין.

### (ג) מומחיותם של בית דין לצורך גביית עדות, לעומת זו של בית דין רגיל

עיין בדברי האורים ותומים (תומים, יב) שפסק שלצורך גביית עדות זקוקים לשלושה דיינים גמירי, למרות שלהכריע את הדין די שיש בין השלושה גמיר אחד -

חד יודע סברות וכו' כאן סתם הש"ע כהרא"ש ודלא כרמ"ה דא"צ ג' גמירי רק בחד סגי ויש לדקדק דבסימן כ"ח סכ"א העתיק דברי תשובת הרי"ף דבקבלת עדות צריך ג' מומחים משמע דבחד דגמיר לא סגי ודוחה לחלק דשם צריכין להיות בקיאים בחו"ד לעדים ודקדוקי דברי העדים, דאף דבתשובת הרי"ף נזכר כן, מ"מ סתימות לשון מחבר שם ל"מ כן רק צריכים להיות מומחים, משמעות בעלי תורה ומדע. ולכן יותר נראה דכל טעמו של מחבר דפוסק דלא כרמ"ה הוא משום דס"ל כהרמב"ם דקיי"ל כר"א דדין תורה חד נמי עבר וכמש"ל ואם כן א"צ רק חד דגמיר דהא דמה דתקנו שלשה הוא משום יושבי קרנות דבשלשה ודאי איכא חד דגמיר וכהנ"ל, ואם כן בקבלת עדות ודאי דין תורה בעי שלשה דאל"כ הוי עד מפ"ע וכיון דדבר תורה בעי שלשה אף שלשה דגמירי בעינן כדעת הרמ"ה ולכך בקבלת עדות מצריך המחבר שלשה מומחים דהיינו שלשה דגמירי וא"ש.

ועיין בחידושי הרי"ם (ג, ג) שחולק, וסובר שכל בית דין רשאים לדון, רשאים גם לקבל עליו עדות -

דלית בהו חד דגמיר כו'. בתומים הקשה דכאן פסק דסגי בחד דגמיר ולקמן

(סימן כ"ח) הביא הש"ע תשובת הרי"ף לענין קבלת עדות דמשמע דבעינן ג' דגמירי. ותירץ דדוקא בשאר דברים דפוסק כהרמב"ם ז"ל דמדאורייתא חד כשר לכך סגי בחד גמיר מה שאין כן בקבלת עדות דבעינן מדאורייתא ג' ממילא בעינן ג' גמירי ע"ש. אך הטור והרא"ש דמשמע דסברי דלא כהרמב"ם ז"ל דבעינן בכל מקום מדאורייתא ג' כמ"ש הש"ך ז"ל. ואם כן ע"כ דהא דסני בחד גמיר הוא דכך היתה התקנה שיהי' סגי בג' הדיוטות אף אי לית בהו אלא חד דגמיר אם כן ממילא אף לענין קבלת עדות יהי' סגי בחד גמיר וקשה עדיין כנ"ל. ומ"ש שלא סמך אהרא"ש הוא דוחק ע"ש:

ויש לישב דלכאורה קשה לשמואל דב' דיניהם דין ומהני אף לענין קבלת עדות כמבואר בש"ס כתובות (כ"ב) גבי בית דין דרבנא אשי ע"ש והנה לקמן ס' עדות (סימן ל"ג) פסק כהרי"ף ורא"ש דעדים הקרובים לדיינים פסולין משום דהוי עדות שא"א יכול להזימו דאותו הבית דין לא יוכלו לקבל הזמה עליהם שהם קרובים ואף שיכולין להזימם בפני בית דין אמר מ"מ לא מהני רק כשיוכלו להזימם בפני אותו בית דין דוקא ע"ש. ואם כן לענין קנס קיימא לן דודאי בעינן ג' ובשנים לא מהני כלל. ואם כן איך מהני לענין קבלת עדות בשנים הא הוי עדות שאאי"ל בפני אותו בית דין כיון דעדים דממין קנס ולא יהי' מהני כבשנים ולא יוכל אותו הבית דין לקבל הזמה עליהם וממילא לא מהני גם העדות עכשיו לשיטת הש"ך ז"ל דגם בממון בעינן עדות שאי"ל או דבעינן ראוי להזמה ע"ש. ואין לומר דמשום דיוכלו להצטרף אותן השנים עם עוד אחד ושפיר יקבלו גם הם ההזמה מקרי יכול להזימו בפני אותו בית דין. דז"א דגם אף העדים קרובים רק לדיין אחד ג"כ לא מהני ואף שיוכלו להצטרף אלא אם כן הב' הנשארים עם אחד. וכן גבי אין עד נעשה דיין דג"כ הטעם כנ"ל ולא מהני להיות אחד נעשה דיין כמבואר שם גבי ב' מכירין חתימת ידי עדים כו' (כתובות כא) ואף שיוכלו להצטרף לא מהני כנ"ל. אך באמת זה טעות דהתם דבעינן ג' אם כן אף שיוכלו להצטרף הב' שאינם קרובים עם אחר מ"מ זה הדיין הקרוב או העד שלא יוכל לקבל הזמה זה הוא דיין פסול וממילא אף שאותן הב' כשרים שיוכלו להצטרף מ"מ אין כאן רק ב' דיינים ולא מהני כיון שהג' לא יוכל להיות מכלל הבית דין המקבלים הזמה מה שאין כן הכא אף דלענין קנס לא יהי' מהני בב' ויצטרפו לצרף עמהם אחר מ"מ גם הם יהיו ממקבלי הזמה והם כשרים עכשיו ועכשיו סגי בב' כיון שהם כשרים ולענין הזמה דלא יהי' סגי בב' באמת יצטרפו עוד אחד כנ"ל ועתה ב' דיניהם דין כו'. מה שאין כן התם דבעינן ג' לדידן וכיון שאחד פסול לא מהני כנ"ל. אמנם לענין הא דבעינן ג' לדידן שיהי' בית דין רק דסני אף בחד דגמור אבל צריך עוד ב' אף שיהי' לא גמירי שיהי' בית דין. אם כן לענין קנס דבעינן

ודאי ג' גמירי דלא שייך התקנה כו'. ואם כן ממילא לענין קבלת עדות שפיר בעינן ג' גמירי דאי לית בהו אלא חד גמיר ממילא הוי עדות שאאי"ל לפני אותו הבית דין דהם לא יוכלו לקבל הזמה ואף שאותו הגמיר יוכל להצטרף עם עוד ב' מ"מ אותן הב' דלא גמירי לא יוכלו להיות מהבית דין שיקבלו ההזמה וממילא ליכא אלא החד ולא מהני. דאף דהכשירו שיהי' ב' דלא גמירי מ"מ שאר פסולין לא הכשירו דודאי אם העדים קרובים אף לאותן הב' דלא גמירי ג"כ לא מהני כנ"ל ולכך שפיר לענין קבלת עדות בעינו ג' גמירי כנ"ל. ואף דיכול להיות שיהי' אז גמירי כבר ויוכלו לקבל הזמה מ"מ כפי מה שהם עכשיו לא יוכלו לקבל הזמה כמו בקרובין בנשותיהן דיוכל להיות שיתרחקו ע"ש. ואף דבל"ז גם הגמיר לא יוכל לקבל הזמה דבעי מומחין כמ"ש לעיל מ"מ הוא הטעם דחוקק כאילו הי' סמוכין וכמו דהי' מהני אם סימן סמוכין כמו כן תיקנו שיהי' מהני עכשיו כיון דליכא מומחין כמ"ש לעיל סימן א'. ולכך בקרובים דגם אז לא הי' מהני גם עכשיו לא מהני וממילא גם בלא גמירי לא מהני כנ"ל דלענין זה לא שייך התקנה כנ"ל וא"ש...

וגם ע"ש בתומים דלענין קבלת עדות ודאי בעינן ג' מדאורייתא דאל"כ הוי עד מפי עד ע"ש. ג"כ לא ידעתי למה זה פשוט בעינינו. ולענ"ד לא נראה כן דכיון דמדאורייתא סגי בחד ונימא שיש לו דין בית דין אם כן למה הוי עד מפי עד דהטעם דלא מהני הוא משום כיון שאין העדים שראו מעידין לפנייהם ואותן העדים ששמעו מהעדים שמעו רק חוץ לבית דין דלא הי' עדות כלל ויוכלו העדים הראשונים לחזור ולהגיד בהיפוך ולכך לא מהני שאין כאן עדות לפנינו. אבל באומרים שראו עדים שנחקרה עדותן בבית דין באמת מהני לרוב הפוסקים כמבואר לקמן ס' עדות. ואם כן כיון דיש לא' דין בית דין מדאורייתא ממילא יכול לדון ע"פ שמעידים בפניו כיון שהוא בית דין גמור. ואיך נוכיח מזה שאינו בית דין משום דהוי עד מפי עד הא אי הוי בית דין לא הוי כלל עד מפי עד ומאי חילוק בין ג' לאחד. ומ"ש התוס' (ב"ב ד"מ) בקיום דלכך בעי ג' דלא להוי עד מפי עד היינו משום דבקיום אין פוסקין הדין כלל רק שמעידין וכותבין שהעדים העידו בפניהם ולכך כשבא לפני בית דין אחר הוי כעד מפי עד. וגם זה רק מדרבנן דמחזי כעד מפי עד. כמ"ש בשיטה שם. אבל היכא שפוסק הדין בעצמו ע"י העדים ודאי מהני כנ"ל מדאורייתא וממילא ודאי סגי בחד דגמיר כנ"ל. ומ"ש המחבר לקמן מומחין כו' היינו שיודעין קבלת עדות כמבואר שם להדיא ע"ש (סימן כ"ח). ואף למ"ש לעיל דגם הרמב"ם ז"ל סובר דבמידי דבעי בית דין בעינן ג' מדאורייתא. ואם כן גם לענין קבלת עדות בעינן ג' מדאורייתא. אך אי נימא כנ"ל ודאי מוכח דגם בקבלת עדות לא בעינן רק חד דגמיר מדכתב הש"ע אין בית דין פחות מג' וכל

ג' נקרא בית דין כו' דלית בהו חד דגמיר אם כן כיון שכתב דבאית חד דגמיר  
הוי בית דין ולענין שיהי' בית דין בעינן מדאורייתא ג' ומוכח דאף במאי דבעי  
מדאורייתא סגי בחד דגמיר אם כן גם לענין קבלת עדות כן כנ"ל.

בתוך דבריו שם הוא מביא גם את דברי שו"ת מהרי"ט (ב, חו"מ, מו), ממנו משמע  
שאדרכא, יותר בנקל לקבל עדים מאשר לדון, ואפילו למ"ד שתמיד צריך שלושה  
גמירי, לצורך גביית עדות אין צורך -

ומיהו בטור ח"מ סימן ג' כתב וז"ל וכתב הרמ"ה דוק' דגמירי דיני אע"ג דלא  
סמיכי ונרא' מדבריו דבעינן שלשתן גמירי אבל א"א הרא"ש כתב בג' א"א  
דליכא חד מינייהו דגמיר או קרא בספרים ויוד' סברות בדינים וכו' עכ"ל.

ותמה אני היאך אפשר שיסבור הרמ"ה דבעינן כלהו מאחר דבגמרא קאמר  
בההיא תלתא נמי מי לא הוו יושבי קרנות ומשני א"א דליכא חד מנייהו דגמיר  
ועל הטור יש לתמוה למה ייחס הדברים להרא"ש ז"ל והלא גמרא ערוכה בפיו  
היא.

ונראה שאין במשמע דברי הרמ"ה ז"ל דבעינן דכלהו גמירי שכל עצמו לא בא  
אלא לפרש לשון שלשה הדיוטות דלא תימה הדיוטות דלא גמירי דינא כלל  
אם כן אפילו ליכא חד מינייהו דלא גמיר להכי קאמר דכל דלא סמיכי קרי להו  
הדיוטות אע"ג דגמירי דינא כדאמרי' בהחובל דאמר רב יוסף והאנן דהדיוטות  
אנן אלא שלוחותיהו קעבדינן ומ"מ מסתמ' גמירי כדי שידעו היכן הדין נוטה  
וראיתי לרב מהר"י נ' לב ז"ל בח"א בסופו שכתב שיש בידו פירש נכון ליישב  
דברי הרמ"ה ואם ליישב אותו כפשטן דבעינן שלשה גמירי פליאה היא בעיני.

ובר מן דין נ"ל דלענין שתהא הודאה בפניה' כהודאה בבית דין ויהיה מוחזק  
כפרן בפניהם ודאי דין בית דין יש להם אפילו שלשתן הדיוטות ולא גמירי  
דינא תדע שהרי הרמב"ם ז"ל לא הזכיר ענין זה דבעי חד מינייהו דגמיר אפילו  
בדיעבד ואם איתא דאיכא עיכובא לא הו"ל לרב למשתק מיניה ולכתוב סתם  
שג' הדיוטות הרי הם כבית דין הסמוך לכל הדברים והא דאמרי' בגמ' א"א  
דליכא חד מינייהו דגמיר לא אתא לאפוקי דאי כלהו לא גמירי אין להם תורת  
בית דין אלא לענין שיתקיימו דיניהם ודאי בעו דלכל הפחות חד מינייהו גמיר  
כדי שידעו היכן הדין נוטה דאי ידיעת בית רבם לית להו איך ידונו דין תורה  
ואיך נסמוך על דיניהם והרי בעלי דיניהם יכולים כל א' מהם לדון במקום אחר  
ולהדר ולדיינוהו בדין תורה אבל לענין הודאה שבפניהם ומה שהוחזק כפרן  
בפניהם שאין הדב' תלוי בשיקול דעתם יש להם תורת בית דין וחשיב הודא'  
בפניהם כהודאה בפני בית דין חשיב דלהא מילתא אין אנו יכולים לסתור את  
דינם וראיה מדאמרינן בפרק זה בורר הודה בפני ב' וקנו מידו כותבי' ואם לאו



אין כותבין בפני ג' ולא קנו מידו רב אמר כותבין ומסקינן דזמנין כתיבי' וזמנין לא כתיבי' וכו' משמע מרהיט' דשמעתא דג' דומיא דב' דלא בעינן גמירי אלא כל ג' מן השוק יש להם תורת בית דין לענין הודאתו בפניהם וכן משמע מדברי רש"י ז"ל שלשה עשאן בית דין והפקרן הפקר ויכולים לעשות מלוה בשטר.

ועוד אשכחן דכל מיילי דלא תלי בשיקול הדעת דאע"ג דלא גמירי מקרו בית דין שהרי לענין קיום שטרות כל ג' מן השוק יש להם תורת בית דין כיון דלהוא מילתא יודעים מיילי דקיום או לדמות החתימה זה לזה **וכן לקבולי סהדותא** דעדים ומשהגידו בפניהם שוב אינם חוזרין ומגידין וכי היכי דהעד אינו יכול לחזור ולהגיד כך בעל הדין אינו יכול לחזוק ולטעון הפך טענתו הראשונה ולהפרת נדרים נמי דבעינן שלשה או יחיד מומחה מכשרי' בג' דידעי לפתוח בנדרים ודין ולענין חליצה נמי דבעינן ג' כדחשיב ליה תנא בריש סנהדרין ותנן בפרק מצות חליצה ואפילו שלשתן הדיוטות ופרכינן בגמרא ומאחר שאפילו שלשתן הדיוטות דיינין למה לי הא קמ"ל דבעינן בשלשה שיוודעים להקרות כעין דייני' וכת' התוספות אבל בשאר דברים אין צריך שיהיו בקיאים בהם וכי לא עשו בטוב יוכלו לישאל לבקיאים אבל קריא' אם לא ידעי להקרות לא יוכלו לישאל לבקיאים אם הקרו יפה עכ"ל. הרי דלענין חליצה דשלשה בעינן אפילו בדיעבד כדאמרי' בההוא פרקא דאין הלכה כאותו הזוג אלא חליצה בשני' או בג' ונמצא א' מהם קרוב או פסול חליצת' פסולה ואפ"ה כשר' לכתחלה בג' הדיוטות דלא גמירי אלא שישאלו לבקיאים. ... **וכן לענין הודאה שהודה בפניהם או עדות שהועד בפניהם יש להם תורת בית דין דהא מלתא לא לגמריהו צריכנ' והא דאמרי' בגמ' כל בי תלתא א"א דליכא חד מינייהו דגמ' לא משו' דלא מקרו בית דין בלאו הכי אלא דאינהו לא מעיילי בדינא ומשכוני נפשייהו דאי טעו משלמי אם לא היו סמוכי' על אחד מהם דגמיר.**

עיין ש"ך (ב), שפסק שאינו יכול לומר 'קים לי', כדעת הרמ"ה שצריך שלושה דיינים גמירי. אמנם באחרונים יש בזה מחלוקת, שדעת **שער המשפט** (ב) שאפשר לומר 'קים לי' -

ומעתה יפה פסק בתשובת מהר"י בן כב הביאו הש"ך שהמוחזק יכול לומר קים לי כהרמ"ה דבעינן תלתא דגמירי וכן משמע מסתימות דברי הרי"ף והרמב"ם שלא כתבו דסני בחר דגמיר וכן משמע מלשון תשובת הרי"ף שהביא המחבר בסימן כ"ח סכ"א וכ"כ בכנה"ג שכן דעת הרבה מהמחברים.

ואילו בחושן אהרן (א) הכריע כש"ך -

שם בש"ך סק"ב הביא בשם מוהרי"ן לב דיכול המוחזק לומר קים לי כהרמ"ה דבעינן שלשתן גמירי כו' ע"ש שהשיג עליו, ולמ"ש בדבור דלעיל דטעם דרמ"ה היינו משום דפוסק כרבא דמה"ת בעינן שלשה מומחין, ולכן אע"ג דמפני התקנה בטלו למומחין, דלא בעינן סמוכין, מ"מ שלשתן גמירי בעי, אבל למאן דפוסק כרב אחא דהא דבעינן ג' היינו משום יושבי קרנות, פשיטא דכי אית בהו חד דגמיר סגי וכדקאמר בש"ס להדיא ע"ש, וכיון דהוכחתי לעיל בשיטת הרמב"ם והרא"ש והטושו"ע דכולם פוסקין כרב אחא, פשוט דלא יוכל לומר קים לי כדעה היחידית לעומת כל הני עמודי הפוסקים.

**בכנסת הגדולה** (הגהות הטור, ג) הביא שבדבר ערווה ראוי להחמיר כרמ"ה -

**בדבר שבערווה** ראוי לחוש לדברי הרמ"ה דבעינן שלשתן דגמירי. מהר"ח באסן הובאו דבריו במהרש"ך ח"א סימן כ"ה, וקרוב לזה כתב בעל בית חדש דלכתחל' בעינן תלתא דגמירי, אבל בדיעבד כדאים הם הרמב"ם והסמ"ג לסמוך עליהם. ובעל משפטי שמואל בסימן קי"ח כתב דרבו החולקים על הרא"ש ז"ל בזה, אבל בעל בני שמואל ז"ל כתב דראוי לפסוק כהרא"ש ז"ל בין לקולא בין לחומרא. ומהר"ד בוטון ז"ל בתשוב' כתיבת יד כתב, דהויא ספק מקודשת, ועיין בהרש"ך ז"ל ח"א סימן כ"ח, אכתבנו בס"ד בסי כ"ח אות קי"ו בהגהת בית יוסף.

אגב, עיין שם בכנסת הגדולה (שם, ה) מחלוקת בהגדרת 'גמיר' -

**שטה ג':** אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב בשלשה אי אפשר דלית בהו חד דלא גמיר ששמע או קרא וכו'. נ"ב: וכן פירש רש"י ז"ל. וביאר הר"ם מפדואה ז"ל בתשובותיו סימן מ"ג, שר"ל שקבל מאחרי' אלא דלא סביר, אבל בעל בית חדש חלק עליו וכתב דלאו גמיר ממש קאמר אלא בסתם לומדין שבזמנינו, ועיין עוד שם. ועיין במהריב"ל ס"ג סימן פ"ד.

**הפתחי תשובה** (א) הביא את התשובה הנ"ל של השבות יעקב בענין דרך הקבלה של הפסולים לדון -

ודעת הרא"ש והרי"ף וסייעתם וכ"כ הש"כ שכן עיקר ושכן דעת רוב הפוסקים דהלכת' כרב' דמדאורייתא בעינן תלתא מומחין' רק מדרבנן' סגי במומחה א' או שלשה הדיוטות דא"א דלי' בהו חד דגמיר אבל אי כולהו לא גמירי כלל פסילי לדינא (וכן הדי' בשנים או א' שאינו מומחה וכן פסק בש"ע בהג"ה ריש סימן ג') ואסור להו למידן אאם כן שקבלו עלייהו והיינו שצריך שיקבלו עליהם בפירוש כדין קבלו עליהם קרוב או פסול כמבואר בסימן כ"ה ובכ"ג בהגהותיו לטור בסימן ג' אות ט"ו כתב דהכי ג"כ סגי בבואו לפניו לדון לבד...

אך עיין שוב **בכנסת הגדולה** (שם, טו) החולק על כך, וסובר שאין צורך בקבלה מפורשת אלא כל שבאו לפנייהם נחשב כקבלה -

**ירושלמי** רבי אבהו הוה דין בלחודוהי, אמרו לו תלמידיו למדתנו רבינו אל תהי דן יחידי. אמר להם, כיון דאנא יתבינ' ודן בלחודוהי ואינון אתיין ודיינין קמן, כמן דמקבלין עליהם דמי, ע"כ. והובא במשפטי שמואל סימן צ"ג. ושמעין מיניה דלא בעינן קבלה בפירוש, אלא כל שהוא יושב ודן ובאים לפניו קבלה מיקרי. ונראה שמכאן סמכו בזמננו זה לדון יחידי לכל הבא ועמד לפניו. ויראה לי דאפילו הוציא כתב מהמלך שלא ידן אלא הוא ובאים לפניו לדון הויא כקבלה, וכל שכן אם אחר שהוציא כתב מהמלך קבלוהו עליהם דיכול לדון יחידי. וראיה לדבר ממה שכתב רבינו בעל הטורים ז"ל בסוף הסימן, דאף על פי שאינו מועיל רשות המלך כיון שמקבלין אותו הקהל על פי כתב המלך יכול לדון.

#### (ד) דין הסוחרים

עיין **במהרש"ך** המובא **בפתחי תשובה** (ב). אך עיין **בערך ש"י** (ד) החולק עליו.

בב"ה סק"ב בשם הרש"ך ח"ב סימן רכ"ט תובע אומר להתדיין בדין תורה ואחד אומר שאין לו להתדיין רק בדיני סוחרים שכך המנהג במקום שנעשה העסק הדין עם השני כיון דבמקום שעשו העסק יש מנהג להתדיין כפי דרך הסוחרים ולא כפי דין תורה מנהג מבטל הלכה עיי"ש ולע"ד לא יצדק לפמ"ש בשו"ת רשב"א שהביא ב"י לקמן סימן כ"ו בנשא אשה במקום שנהגו לילך בדיני עכו"ם וכל הנושא שם אשה כאלו התנה כן שלא לירש אשתו ובסוף דבריו שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דדמ"ד בכלל עוקר כל דיני התורה השלימה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ור"א ולמדו את בניהם דא"ה לא תהא כזאת בישראל שמא תחגור התורה שק עליהם עכ"ל טעם זה שייך גם בזה שנתנו רק בדיני סוחרים מה צורך בלימוד הש"ס ופוסקים בדיני ממונות וילמדו ביניהם דיני סוחרים ומה שאמרו ומנהג מבטל הלכה היינו בדבר פרטי ולא לעקור הכל.

וגם לדברי רש"ך דודאי נחית ע"ד המנהג דוקא כשידוע שזה ידע מהמנהג וכמ"ש הרש"ך בסימן ע"א ס"ק ל"ג על מ"ש הרש"ך במנהג כאמנות וכ"כ בס"ס מ"ב ובסימן ס"א ס"ה ואם כן צריך שידע מנהג הסוחרים בדין זה דאל"כ אף שידע שנהגו באותו מקום לדון בדין סוחרים ומ"מ לא נשתעבד עד שידע דין זה עצמו שנהגו בו לדון שלא כדין תורה אך י"ל דהוי כקבלו עליהם בני העיר דיינים דלא גמירי כדלקמן סימן ח' וסימן כ"ב ס"א אמנם התם דוקא

כשאין בעיר מומחים דידעו לדון דין תורה אבל כשיש בקיאי בדין תורה אסור למנות יושבי קרנות וכמבואר בשו"ת רשב"א שבב"י סימן ח' ובאורים סימן כ"ב ס"ק ט"ו ובחידושי ר"ן ר"פ ז"ב מבואר דכשהמחו בני העיר עליהם יושבי קרנות שא"י דין תורה ואין בעיר רק דיינים כאלו גם לוח י"ל נלך לחוץ לעיר לדון לפני הבקיאין בדין תורה עיי"ש בד"ה ואפילו לוח ובד"ה ולענין פסק הלכה וכ"כ בחידושי רמב"ן וכ"י שם והרי כיון שהמחו בני העיר עליהם יושבי קרנות ואין בעיר מומחים נהגו לדון שלא כדין תורה רק לפי דרך יושבי קרנות מ"מ גם לוח י"ל נלך מחוץ לעיר לפני מומחים דידעי לדון דין תורה אף דלוח במקום שנהגו לדון שלא כדין תורה הרי בזה אין מנהג מבטל הלכה.

#### (ה) זכותו של התובע לתבוע דיון בזבל"א במקום שקיים בית דין קבוע?

כתב רמ"א: 'אם יש דיינים קבועים בעיר וכו' – האם דין זה חל גם על התובע, שלא יוכל לדרוש זבל"א? עיין בדברי החזון איש (סנהדרין, טו, ז) -

בהגה' אבל אם דיינים קבועים בעיר לא יוכל לומר לא אדון בפניהם אלא בז"ב כו', נראה דדוקא בתיקנו בני העיר כן או שכבר נקבע כן מנהגם וכשמקבלים סתם ע"ד כן קבלו, וזה כשמוצאים תקנה זו לגדר בפני עושי עולה, דע"י נתינת רשות לברור דין מוצאים מקום להשתמט מן הדין שמתארך הזמן עד שיסודרו הדיינים וגם לפעמים זה פוסל דיינו של זה, ולפעמים בורר אינו הגון וקשה לברר שאינו הגון, ובשביל זה תקנת הציבור לברור בית דין הגון ושלא יוכל לדחות לזבל"א, ונראה דכמו שאין דוחה לבקש זבל"א כן אינו יכול לומר שרוצה בבית דין אחר בעיר הזאת אפילו הם גדולים מבית דין הקבוע, מיהו נראה דהמלוה יכול לתובעו ללוח לבית דין הגדול דלמה לן לשלול מהמלוה זכות זו שהרי אין בזה מגדר מלתא, [וכן כל תובע אלא הנתבע אינו יכול לדחות], ואפשר שאין דינו של הרמ"א משום תקנת הקהלות אלא מעיקר הדין שהרי יש מקום לקבוע שכל בית דין יכול לכוף לבע"ד ולא מצי למדחי לבית דין אחר קאזילנא שהרי כל בית דין עושה כמשפט התורה להוציא עשוק מיד עושקו ולמה לן ליתן לו רשות להשתמט, אלא שמצאו חכמים להפיס דעתו שיתן אימון בהדין שיכול לבחור בית דין, אבל כל שבני העיר קובעין בית דין כחובתן אין מן הנכון שבני העיר עצמן לא יהיו זקוקין להן ולא יהיו חייבין לירד לפניהם לדין, וגם יש בזה משום כבוד הבית דין, ולפ"ז גם מלוה אינו יכול לתובעו לבית דין אחר, ונראה דדוקא בזמן שבית דין הקבוע הם תלתא וביניהו חד דגמיר ותרי דמסבר להו וסביר, או שביררו חד מומחה דגמיר וסביר [אף שאין בנו זה לענין לדון בכפיה מ"מ מהני קבלת הקהל] אבל בית דין של ערכאות, או חד גמיר, לא מסתבר שלא

יוכל לבקש לדון בפני בית דין כשר, ואין ראוי לציבור לתקן לכופו לדון בפני בית דין פסול, ואם תיקנו אין בתקנתם כלום, וכן אם קבעו דיינים שאינם הגונים שאינם נקיים ממדת החניפה והשקר או שהחזיקום בחזקת גמירי ואינם גמירי, אין במינוים כלום וכן אם לא הסכימו על מינוים הישרים שבעיר רק נתמנו באלמות אין להם דין בית דין קבוע.

וכך משמע בתוספות יום טוב (סנהדרין ג, א)

ומיהו בהא מודינא כשיש בית דין קבוע בעיר דלא מצי מדחי ליה הנתבע לתובע לדון בזבל"א לפי שמפני כן קבעו בית דין. [וכך פסק ר"מ איסרלש בהג"ה ריש סימן ג'].

### (ו) דיון בזבל"א, במקום שיש בו דין קבוע

מה הדין כאשר יש דין אחד קבוע, האם גם באופן כזה אפשר לכוף לדון לפניו? עיין בשו"ת רדב"ז (ג, תקט) המביא גם את ההשתלשלות ההסטורית, וגם את הצד ההלכתי -

שאלה: על מה סמכו במצרים להיות להם נגיד אחד או דין אחד והא תנן אל תהי דין יחידי שאין דין יחידי אלא אחד ית"ש וכן נהגו בירושלים תוב"ב ובכל המלכות. וכ"ת מפני שהוא מומחה או שנטל רשות והלא כתב הרמב"ם ז"ל אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מבית דין הרי זה מותר לדון יחידי אבל אינו חשוב בית דין ואע"פ שהוא מותר מצות חכמים הוא להושיב עמו אחרים שהרי אמרו אל תהי דין יחידי שאין דין יחידי שאין דין אלא אחד:

תשובה: צריך שתדע שעיקר דבר זה נמשך כי קרוב לתחלת מלכות הישמעאלים מלך מצרים הנקרא אצלם חל כלי"פא נשא בת מלך בגד היא בבל וכשבאה למצרים שאלה על ענין היהודים ואם יש להם מלך או נשיא ואמר לה המלך אין להם לא מלך ולא נשיא אמרה לו והלא במלכות אבי יש ישראלים הרבה ויש להם נשיא נקרא ריש גלותא והוא מזרע דוד המלך ע"ה ואבי מתברך בו ועושה לו כבוד גדול לפי שהוא מזרע מלכים ונביאים ומיד צוה המלך להביא לו משם איש אחד מזרע דוד המלך ע"ה ושלתו איש נבון וחכם מר פ' מזרע הנשיאים ומנה אותו לנגיד על כל היהודים אשר בכל מלכותו ומשם נתשלשל הנגידות במצרים והיה לו הרמנותא דמלכא ומאמר המלך לרדות את העם במקל ורצועה דכתיב לא יסור שבט מיהודה ואחר שנפסקה זרע דוד ממצרים או שלא היו זרעו ראויים למינוי חזר הנגידות למי שראויה לה מצד חכמתו ומעשיו והיה דין יחידי בדיני ממונות ומעניש ומכה ומנדה ומחרים כפי מה שצריכה השעה וכל הראשון שיהיה דין יחידי דין אחד

במקום הנגיד ובוררין להם הצבור מי שראוי לכך וממנין אותו לדיין עליהם וכיון שהם בוררין אותו הוי כאלו קבלוהו עליהם כולם אפילו אותם שלא היו בשעת הברירה שהרי הוברר מטובי העיר במעמד אנשי העיר ויכול לדון אפילו יחידי וכיון שהוא יושב ודן יחידי ובאין לדון לפניו הוי כאלו קבלוהו עליהם. והכי איתא בירושלמי דסנהדרין ר' אבוהו הוה יתיב דיינן בכנישותא מדרתא דקסרין לגרמיה אמרין ליה תלמידוי ולא כן אלפן רבן אל תהי דן יחידי אמר לן כיון דאתון תמו לי יתיב דיינן לגמרי ואתוון לגבאי כמי שקבלוהו עליהם ותני כן בד"א שלא קבלוהו עליהם אבל אם קבלוהו עליהם דן אפילו יחידי ע"כ. והכל חוזר לעיקר אחד שמן התורה יכול לדון אפילו יחידי דכתיב בצדק תשפוט עמיתך ומדברי סופרים הוא דבעינן שלשה וכיון שכן אם קבלוהו בעלי הדין או שביררו אותו הצבור הרי זה מותר לדון יחידי אפילו לכתחלה שחזר הדבר לדין התורה. והוי יודע שאע"פ שדן יחידי אינו חשוב בית דין ואין ההודאה לפניו הודאה עד שיהיו שם שלשה. וז"ל הרמב"ם ז"ל פ"ה מהל' סנהדרין יחיד שהוא מומחה לרבים אע"פ שהוא דן יחידי דיני ממונות אין ההודאה בפניו הודאה בבית דין ואפילו היה סמוך ע"כ. מ"מ נ"ל דהנ"מ ביחיד מומחה או סמיך שדן אותם בעל כרחם אין הודאה בפני האחד הודאה עד שיהיו שלשה אבל אם קבלוהו עליהם בעלי דינין או שבררו אותו הצבור, ההודאה בפניו הויא הודאה דלכל דבר בירוהו ולכל דבר קבלו אותו עליהם, דאי לא תימא הכי אלא שאין ההודאה והכפירה כלום למאי קבלוהו? תדע שהרי מומחה שטעה בשיקול הדעת אם אפשר להחזיר הדין מחזירין ואם לאו משלם מביתו ואם קבלוהו עליהם פטור מלשלם מפני שע"מ כן קבלוהו אף לענין הודאה וכפירה נמי ע"מ כן קבלוהו וכן מעשים בכל יום במצרים. כללא דמלתא דקבלה מילתא רבה היא שהרי בפסולין לדון ולהעיד מן התורה כשרים ע"י קבלה כדתנן נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמנין עלי שלשה רועי בקר וכו'. וכן נראה מדברי הטור חו"מ סימן שלישי כי הקבלה תועיל אפילו לענין הודאה וכפירה ולענין שלא יוכלו בעלי הדין להחליף טענותיהם ע"ש. ומכאן יש סמך ג"כ למה שנהגו לדון בלילה אפילו תחלת דין דהכי נמי אין מקבלין עדות בלילה ואם קבלו אין עושין עפ"י אותו עדות ואם בעלי הדין קבלו עליהם עדות לילה דנין עפ"י אותו עדות דלא גרע מכל פסולי עדות ותנו נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמנין עלי שלשה רועי בקר אף הכא נמי אע"ג דאין דנין בלילה אם קבלו עליהם בעלי הדין דין לילה כשר דמאי שנא וכיון דבעלי דינין באין לדון בלילה הוי כאלו קבלו עליהם דין לילה וכי האי דר' אבוהו דמייתנין לעיל. וכ"ת דלאו כ"ע דיני גמירי וטועין וחושבין שדנין תחלת דין בלילה ומש"ה אתו לדון בלילה הא ל"ק דהא ר' אבוהו נמי לאו כ"ע

גמירי דינא שאסור לדון יחידי ואפ"ה הוי כאלו קבלוהו עליהם הכא נמי לא שנא. ומיהו אם בא אחד מבעלי הדין לתבוע דין בלילה אין מזמנין את בעל דינו לבוא בלילה ואפילו כשבאין שני בעלי הדין ביחד אני רגיל לומר להם אתם מקבלים עליכם דין לילה. וכן אם צריך לעדות אני אומר להם אתם מקבלין עליכם עדות לילה והם אומרים הן ואני דן להם.

במחלוקת הרמב"ם והרא"ש האם יחיד מומחה נחשב כבית דין לענין הודאות וכד', כתב הש"ך (ח) שאינו מוכרח, שיכול להיות שהרא"ש יודה לרמב"ם. ועיין בנחל יצחק (ג, ב, ד"ה כל שאינם שלשה) החולק על הש"ך, וכותב למסקנה שיכול לומר קים לי כרא"ש -

כל שאינם שלשה ולא קבלום כו' אפילו הם סמוכים הודאה שמודים בפניהם כמו שמודה חוץ לבית דין ויכולים להחליף טענותיהם כו'. וכתב הטור דמדברי א"א הרא"ש יראה שאין חילוק בין יחיד מומחה לג' הדיוטות לכל דבר. והש"ך ס"ק ח' כתב דאין הכרע מן דברי הרא"ש זה.

ולענ"ד נראה דשפיר כתב הטור להוכיח כן מהרא"ש והוא דז"ל הרא"ש פ"א דסנהדרין סימן ב' דיחיד מומחה דן בע"כ ואם טעה ישלם וכן ג' הדיוטות ואי קבלוהו עלויהו פטורין דכיון דבע"כ יכולין לדון אהני הא דקבלוהו עלייהו לפוטרין עכ"ל הרא"ש וכה"ג כתב הרא"ש בפ"ד לסנהדרין סימן ה' באה"ד שם ושלשה הדיוטות דקבלינהו וטעו בשיקול הדעת דינייהו דינא ואהני הקבלה דפטירי דכיון דאי לא קבלינהו נמי דינייהו דינא ואהני הקבלה למיפטרם ודינם כיחיד מומחה שדן בע"כ ואי קבלוהו פטור כו' עכ"ל הרא"ש. וע"פ דברי הרא"ש הנ"ל כתב הש"ך בסימן כ"ה ס"ק ט"ו דלהרא"ש עיקר הטעם דמומחה פטור משום דקבלוהו עלייהו דהא הקבלה הוא מילתא יתירא וע"כ אהני הקבלה למיפטריה. והביא שם שיטת הבעל המאור דס"ל דלכן מומחה פטור משום דה"ל כעין אונס וכמו הא דב"ק ד' ל"ט גבי טבח אומן שקלקל דמומחה פטור וכן הכריע הש"ך שם. אבל הרא"ש לא ס"ל כן:

וי"ל דמזה הוכיח הטור דס"ל להרא"ש דיחיד מומחה דינו ככל ג' הדיוטות לכל דבר ואף לענין הודאה בפניו דאל"כ קשה דמגלן להוכיח דהא דקבלוהו עלייהו היו הכוונה לפוטרו מתשלומין אם יטעה. והא מתנה ומחילה הוי טענה גרועה ובלא הוכחה ברורה אין לנו לומר כן. ויש לומר דהא דהוצרך לקבלו זהו משום דיהיה הודאה שמודה לפניו כמו שמודה לפני ג' הדיוטות ולא יהיה יכול להחליף הטענות שטען לפניו. דהא מבואר הכא בשו"ע דדוקא בלא קבלום עליהם בזה יכול להחליף הטענות. אבל בקבלו אינו יכול להחליף הטענות ודינם כבית דין כשר לגמרי ע"כ י"ל דהקבלה לא הוי מילתא יתירא

דהוי תועלת מן הקבלה לגבי זה. ומדחזינן דהרא"ש ס"ל דהוי לן הוכחה מן הקבלה דפטרו מתשלומין משום דה"ל מילתא יתירה. ע"כ שפיר מוכח מהרא"ש דס"ל דלא כשיטת הרמב"ם בזה אלא דין יחיד מומחה כמו ג' הדיוטות אף גבי הודאה ולכן הוי לנו הוכחה מעלייתא מדהוצרך לקבלו דפטרו מתשלומין אם יטעה. ושפיר כתב הטור בכוונת הרא"ש.

...נחזור לענינינו דיפה כתב הטור בשם א"א הרא"ש דמומחה דינו כמו ג' הדיוטות אף לענין הודאה וא"י להחליף הטענות שטען לפניו. ומתורץ קושיות הש"ך מעל הטור. ולכן לדינא כיון דנתברר על נכון לתרץ קושיות הש"ך ע"כ י"ל דיכול המוחזק לומר קים לי כהטור בשם הרא"ש בהזה. וכמש"כ הטור בסימן פ"א סעיף כ"ז בפשיטות דיחיד מומחה כג' הדיוטות אף לענין הודאה. ובפרט דהט"ז הכריע הכא דהעיקר כפשט הרמ"א דמומחה דינו כבית דין הדיוטות אף להודאה. וע"כ לכה"פ הוי זה ספיקא דדינא.

### (ז) קבלת עדות ע"י מומחה

עיין בנתיבות המשפט (ביאורים, ג) לשיטת הרמב"ם, שגביית עדות שלהם מועילה לצורך שהם ידונו בעצמם, אך לא שידונו בבית דין אחר. ועיין בחזון איש (סנהדרין, טו, ג) שחולק על כך, אלא אם כן יש כאן תקנת חכמים -

בנה"מ סימן ג' כתב דיחיד מומחה, או חד, וקבלו עלייהו, מקבל עדות במה שנוגע לדין זה שהוא דן, אבל אי אפשר לו לקבל עדות לשלוח עדותן לבית דין אחר, ואין מקום לדברים אלו אלא אם כן הוא תקנת חכמים, אבל בדאורייתא ודאי לקבלת עדות בעינין ג' וכדאמרו כתובות כ"ב א' בקיום ותנן שבועות ל"א ב' שאין חייבין משום שבועת העדות עד שיכפרו בבית דין וסתם בית דין היינו ג' ולא חד, וקרא כתיב (דברים יט, יז), ועמדו שני האנשים וגו' ומשמע דוקא בית דין של שלשה, ולא שמענו שיהא דין עדים זוממים בלא העדאה לפני בית דין, ואין מקום לחלק בין משתמש בעדותן לדון בעצמו למקבל עדותן למסור לבית דין אחר, ואפשר דאין בזה תקנת חכמים שיקבל עדות יחידי, וביחיד מומחה לענין קיום הביא בש"מ כתובות כ"א ב' בשם ריטב"א דלא סגי ביחיד מומחה, והרמב"ן שם בחד תירוץ סובר דסגי ביחיד מומחה, ואפשר דהתם בקיום לחוד ואין דנין עכשו אבל אם דנין לפנייהן יכול לקיים, ואפשר דקיום חמיר טפי ובעינין ג', אבל בדין הבא לפניו יכול לקבל עדות, אבל כל זה מתקנת חכמים, ועיין חו"מ סימן מ"ו ס"ד בהגה' ובש"ך שם סק"ח.



**(ח) מצוות חכמים שיושיב עמו אחרים' – האם גם כשקיבלו את הדין עליהם?**

עיין ש"ך (י) שהביא בזה מחלוקת מהרש"ל ושארית יוסף, וראה שם הכרעתו. ועיין גר"א (כ, ליקוטים) שכתב כשארית יוסף. ונחלקו בזה גם הברטנורא והתוספות יום טוב, שכן כתב הרע"ב (אבות, ד, ח) -

אל תהי דין יחידי – אע"פ שיחיד מומחה יכול לדון. מדרכי החסידות הוא שאפילו מומחה לא יהא דין יחידי. ודוקא כשלא קבלוהו בעלי הדין עליהם לדיין אבל קבלוהו בעלי הדין עליהם. דין יחידי ואפילו מדרך חסידות.

ואילו בתוספות יום טוב (שם) העיר על דבריו -

אל תהי דין יחידי – אע"פ שיחיד מומחה יכול לדון כדפירש בריש פ"ג דסנהדרין [ומה שכתב הר"ב אבל קבלוהו וכו' דין יחידי אפילו מדרך חסידות ולא ידעתי טעמו דהא מ"מ מוטב שיחתך הדין ברבים ועוד שאם הם ג' לא ידע המתחייב מי שחייבו שעל כל אחד יחשוב שמא חבריו רבו עליו ומפני זה פירש [בליקוטי] מהרי"ל דמש"ה אמר שמואל [בריש סנהדרין שנים שדנו דיניהם דין אלא שנקראו בית דין חצוף כלומר שמחציפים פניהם ולא אכפת להו אף שהמתחייב לא יוכל לחשוב על שום אחד מהם שזיכהו אבל לשון הטור ח"מ ריש סימן י' כי ברוב משא ומתן ירד לעומקו ע"כ וסתם משא ומתן לא עם עצמו אלא עם זולתו ואין נראה לחלק לענין זה בין הדיוטות למומחה].

ועיין באורים ותומים (אורים, ח) שהביא תקנה שנהגה בקהילתו -

ואם באו לפניו לדין בסתם בלא כפיה הוה כאילו קבלוהו עליו ומותר לדון יחידי, כן דעת בעל שארית יוסף וב"ח, וכן העיד הט"ז בשם זקינו הגאון שנהג כן דלא כמהרש"ל בתשובה. וראיה שלהם מירושלמי דמבואר דר"א היה דין יחידי ושאלו הא תנן אל תהי וכו' והשיב כיון שמעצמן באים הוי כאילו קבלוני ע"ש. והש"ך צידד כיון דסתם קבלה הוא לדון דין תורה ואם כן אינו מועיל קבלת בית דין בסתם לדון יחידי, אם לא שאמר בפירוש איני יכול לדון לכם דין תורה או שהדין פשוט למאד ודבריו נכונים. ופה ק"ק מיץ תקנת קהל מה שהוא פחות מכ"ה ר"ט שאבית דין ידון לבד שלא להרבות שכר דיינים וזהו לדעתי אין בו פקפוק כיון דהוא תקנות עיר וקבלו קהל ע"ע וכה"ג רש"אין בני העיר לתקן מ"מ כל שאין הדבר פשוט כביעתא בכותחה אני נזהר לדון יחידי כ"א בצירוף בית דין כי היכי דלימטי' שיבא מכשורא.

ובערוך השלחן ג, ו) העיד -

ולא ראיתי נוהגין כך (=כש"ך) ובכל הערים הקטנות שאין שם רק רב יחידי דין בעצמו ואינו מתנה כלל וצ"ל דכיון שהכל יודעים שהוא יחידי לכתחילה

כוונתם כן שבאים לפניו שידין כפי שכלו והבנתו ומוסכמים הם אף אם לא ירד לעומק הדין וממילא כקבלוהו בין לדין בין לטעות.

**(ט) האם האיסור לדון עם דיינים שאינו מכיר, הוא ממש איסור או בגדר מידת חסידות?**

לכאורה שאלה זו שנויה במחלוקת הראשונים מהגהות אשר"י (סנהדרין, ב, ד) משמע שזהו דין גמור, ולעומת זאת עיין בתשובת הרא"ש (נט, א) -

לא דמיא להא דאמר רב יהודה: אין העדים חותמים על השטר אם כן יודעים מי חותם עמהם; אינו כי אם עצה טובה קא משמע לן, כדקאמר בתר הכי: וכן היו נקיי הדעת שבירושלים עושין, אבל המון העם אין מקפידין. וכן מוכח בפ"ק דגיטין (י), דתנן: כל גט שיש עליו עד כותי, פסול, חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים. ומפרש בגמ': כגון דחתים ישראל לבסוף, אי לאו דכותי חבר הוה, לא הוי מחתים ליה לקמיה. ודוקא גיטי נשים, שאין העדים חותמין זה בלא זה; אלמא, אינם מקפידים מי חותם עמהם, ושמא כותי עם הארץ חתם לפניו...

אמנם השו"ע (ד) נקט לשון 'איסור', אך בדעת הטור הב"ח (ז, יד) הביא סתירה -

ואיכא לתמוה דמדברי רבינו כאן משמע דביודע שהוא גולן איכא איסורא אבל מן הסתם אין כאן איסורא אלא מידת חסידות מדאמר רבי יודא אמר רב ריש פרק זה בורר דנקיי הדעת לא היו יושבין בדין אלא אם כן היו יודעין מי ישב עמהם דומיא דלא היו נכנסין לסעודה אלא אם כן היו יודעים מי מסב עמהם דאיתמר בהדיה ומשום דגנאי לתלמיד חכם לישב עם עם הארץ ולעיל בסימן ג' הביא לשון הרמב"ם (סנהדרין ב, יד) דמן הסתם נמי איסור לישב בדין עד שידע מי ישב עמו, ודוחק לומר דרבינו לא סבירא ליה כהרמב"ם בזה. ואפשר ליישב דבאדם גדול דחשוב כנקיי הדעת שבירושלים איכא איסורא אף במן הסתם לפיכך כתב הרמב"ם וז"ל ואסור לאדם חכם שישב בדין עד שידע וכו' אבל כאן לא מיירי אלא בסתם דייך דלא הורגל בפרישות ולפיכך אין איסור במן הסתם אלא אם כן ביודע שהוא גולן.

ועיין בדברי השבות יעקב (א, קלז) שביאר באופן אחר -

...אך אם עיקר שאלתו משום דלא גמירי ודאי הדין קיים כמ"ש אך אם הם בני אדם שאינם מהוגנים מעיקרא דינא פירכא ומתחלה היה לו למנוע מלהצטרף עמהם כי אין לאדם חכם לישב בדין עד שידע מי ישב עמו: וז"ל הרמב"ם ספ"ב מה' סנהדרין ואסור לאדם חכם לישב בדין עד שידע עם מי ישב שמא יצטרף עם אנשים שאינם הגונים ונמצא בכלל קשר בוגדים לא בכלל בית דין

עכ"ל וכ"כ הטור חושן משפט לעיל סי' ג' משמע דמן הסתם אסור לישוב עם כל אדם מטעם שמא יהיה אנשים שאינם מהוגנים ויהי' בכלל קשר בוגדים וזה סותר לכאורה קצת למ"ש הרמב"ם ס"פ כ"ב מה' סנהדרין ובטור סי' ז' וז"ל דין שהוא יודע בחברו שהוא גזלן או רשע אסור להצטרף עמו שנאמר מדבר שקר תרחק וכך היו נקיי דעת שבירושלים עושין אין יושבין בדין עד שידעו עם מי הם יושבין עכ"ל משמע דליכא איסור אאם כן ידוע שהוא גזלן אך ורק נקיי הדעת מחמירין על עצמן מן הסתם ובסתירת הדברים כבר הרגיש הב"ח סי' ז' סעי' י"ד גם בתשובת בית יעקב סי' ל"ח מאריך בזה: ונכנס ע"י כן בפרצה דחוקה ע"ש ובספרי ישבתי הכל על נכון וכתבתי דלק"מ דדוקא אם דין אחר אינו מכיר את שני הדיינים אזי אסור לישוב עמהם מן הסתם שאולי אלו השנים הם אינם מהוגנים דהי' בכלל קשר בוגדין כיון שהרוב מהבית דין יהיו אינם מהוגנים יהא הו' ג"כ נכלל בתוכ' אבל אם שני דיינים מכירין זה את זה רק השלשי אינם מכירין אז ליכא איסורא רק נקיי הדעת היו מחמירין על עצמ' ואין יושבין בדין וכו' והיכי שיודע הדיין שאחד מן הדיינים רשע או גזלן אין לו להצטרף עמו דאף שאינו נקרא קשר בוגדים כיון שהוא רק אחד מ"מ אסור משום מדבר שקר תרחק: אכן היכא דקבלו הבע"ד עליהם ליכא איסורא להצטרף עמו דאז ליכא מדבר שקר תרחק כיון שקבלו עליהם וגם קשר בוגדים ליכא כיון ששנים כשרים וכן משמע בש"ס וסנהדרין ובטור סי' כ"ב ובש"ע אבל מ"מ נקיי הדעת היו מחמירין על עצמן בכל ענין שלא לישוב בדין אלא אם כן היו יודעין כל היושב עמו שהם כשרים וכן משמעות לשון הש"ס והרמב"ם והטור ודלא כנראה מתשובת בית יעקב ששגג בכל זה.

## סימן ד

### (א) הכאה במסגרת עשיית דין עצמית

עין בנתיבות המשפט (ביאורים, א) שכתב שההיתר להכות הוא רק כאשר יש חשש הפסד באם לא יכה. לכאורה דבריו מתבססים על דברי המאירי (סנהדרין כז, ב) -

כל שאונס דבר לחברו וחברו האנוס לשם ורואה באנסו ואפשר לו לברר אף לאחר מעשה שאותו ענין אונס אצלו יש לו רשות לעשות דין לעצמו ולדחותו שלא לעשות לו אונס זה אפילו הכהו על זה כמה הכאות אין לו חיוב אם אי אפשר לו למנעו בלא כך ואין צריך לומר במקום שאם יתעכב עד שילך לבית דין תהא לו פסידא כגון שהיה גוזלו או אונס את כליו או דולה בבור מים המכונסין שלו ומכלה את מימיו אלא אף בדבר שאין הליכתו לבית דין גורמת לו פסידא זו הואיל והוא לשם בעוד שזה אונסו עושה דין לעצמו ומכהו עד

שידחהו מעליו הא כל שעבר האונס כגון שכבר גזלו או גנב לו או שכבר הלוחו אינו רוצה לפרעו אינו בדין זה לא אמרוה אלא בעוד שהוא אונסו מעתה מי שראה את שלו בביתו של חברו ומתירא שזה יחזיק בו נכנס לשם לפני חברו כדי ליטול את שלו בחזקה ואם הלה מונעו שובר את שניו ואומר לו שלי אני נוטל ומ"מ אל יכנס שם דרך העלמה שמא יראה עליו כגנב אלא שאם עשה עשוי:

### (ב) התגוננות נגד העושה דין לעצמו

עיין מה שכתב בישועות ישראל (עין משפט, א) -

יכול אדם לעשות דין לעצמו. ויש לעיין כשהשני אומר שרוצה לעמוד לדין נהי דרשאי להציל את שלו אפילו ע"י הכאה שאומר שאינו רוצה לטרוח בבית דין, מכל מקום כשהכה השני לו להציל עצמו אם חייב, ועיין משנה למלך בפ"א מהלכות רוצח ברודף שהכה את המציל ונהי דשם מסתבר דחייב, כאן יש לומר דפטור דהא היה יכול להציל ע"י בית דין וליכא פסידא, ועיין ב"י לקמן סי' כ"ז שהביא בשם רבינו ירוחם דהממשכן שלא ברשות דקני משכון כשחזר השני והכה דחייב כיון דקנה הראשון, וזה לא שייך בנידון דידן שהיה הראשון יכול לבוא לבית דין.

### (ג) הדרך לעשות דין לעצמו

הגמרא הביאה את דברי בן בג בג (בבא קמא כז, ב): "אל תיכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל". האם דבר זה הוא לעיכובא? עיין באמרי בינה (דיינים, ט) שמקשה על הרמב"ם ושו"ע שלא הביאו דין זה, והרי לכאורה למסקנת הגמרא חכמים אינם חלוקים עליו?

קימא לן עביד אינש דינא לנפשיה בדין ברור אף במקום דליכא פסידא ובכל זאת לא הביאו הרמב"ם והטור ושו"ע דברי בן בג בג המובא בש"ס ב"ק (דף כ"ח) אל תכנס לחצר חבירך ליטול את שלך שלא ברשות שמא תראה עליו כגנב אלא שבור את שיניו ואמור לו שלי אני נוטל ואף דבש"ס שם מתרץ כשהקשה ר"כ מברייתא הזאת על רב יהודה דסבירא ליה דלא עביד איניש דינא לנפשיה היכא דליכא פסידא בן בג בג יחידאה הוא ופליגי רבנן עליה, זה אליבא דר"י אבל לדידן דקימא לן כר"נ דאף במקום דליכא פסידא עביד אינש דינא לנפשיה קימא לן כברייתא הזאת דשבור את שיניו ממילא לא פליגי רבנן עליה אם כן ליכא חולק גם כן על דינו שלא יגנוב את שלו דרך גניבה... ויקשה למה לא הביאו הרמב"ם והטור ושו"ע דין זה...

ובתורת חיים כתב שם דאין זה רק זהירות בעלמא ועצה טובה קא משמע לך. וכן נראה קצת ראייה לזה מש"ס ריש פרק איזהו נשך דקאמר רבא לא תגנבו דכתב רחמנא למה לי? נילף מרבית ואונאה? ומדחיק הש"ס את עצמו לאוקמי בגונב על מנת למיקט ולמה לא השיב בפשיטות, דמשם לא ידעתי איסור גניב' רק את של חברו אבל ליקח את שלו דרך גניבה לא לכך צותה התורה לא תגנבו אף אם גונב את שלו מחבירו? אלא ודאי דעל זה ליכא איסור תורה, ויש לומר דלכך לא הביאו הרמב"ם והטוש"ע.

**(ד) האם יכול לעשות דין לעצמו, גם כשלוקח חפץ שאינו מבורר לו שהוא שלו?**

לכאורה דבר זה שנוי מחלוקת בין שני היש אומרים' ברמ"א, ועיין בש"ך ס"ק ב, שלכאורה משמע ממנו שיכול לקחת גם מה שלא ידוע שהוא שלו. שאלה זו משיקה לשאלה חשובה בסימן זה, והיא, מה ההבדל בין דין זה של 'עביד איניש דינא לנפשיה' לבין דין 'תפיסה'. הדבר תלוי בעיקר בהסבר של דברי המהרי"ק בשורש קסא, שנחלקו האחרונים בביאורו. האריך בסוגיא זו באורים ותומים (תומים, ב), ועיין נתיבת המשפט (ביאורים, ג) שמחלק בין אם תופס לגוביינא או שתופס על מנת ללכת מיד לבית דין. כמו כן עיין בביאור הגר"א (טו).

**(ה) האם יכול לתפוס על מנת ליצור מיגו?**

בשאלה זו נחלקו האחרונים. הסמ"ע (ב) והש"ך (ג) סבורים שמוותר לו לתפוס בלא עדים. לעומת זאת הים של שלמה המובא בפתחי תשובה (ה), חולק. מעניין הדבר ששניהם מביאים ראייה מאותה תשובת הרא"ש (סד, א). ועיין בפתחי תשובה (א) המביא מחלוקת אם בהלוואה יוכל למשכנו בחובו, כאשר אין לו הוכחות לחייב את הנתבע, או שמא עובר בזה באיסור "לא תבא אל ביתו לעבט עבטו" (דברים, כד, י). עיין באמרי בינה (דיינים, י) שדחה ראיותיו של השער משפט המתיר -

והיכא דכופר לו חובו ואינו יכול למשכון על פי בית דין, כתב ה'קצות החושן' דאסור לתפוס ממנו ומביתו אף שלא בעדים דיהיה לו מגו, דכיון דהקפידה התורה בחוב הלוואה דלא למיעבד ליה דינא לנפשיה ומינתח ניתוחי אסור הוא הדין אף באיכא פסידא אסור. ובסימן ש"מ צידד להתיר והביא ראיות לזה ובקל יש לדחות כל ראיותיו. מה שהביא מדברי טוש"ע (סימן ס"א) בשטר שכתב כל שיש לו רשות למשכנו שלא ברשות בית דין אינו רשאי לעבור על דין תורה, אבל אם לא מצא דין לדונו יש לו רשות לעשות דין לעצמו והא דהוצרך לפרשו בשטר הוא משום שופרא דשטרא וכמו שאמר רמ"א בתשובה (סימן ק"ח). והכא נמי, כיון שאין המלווה נאמן רק ע"י תפיסה, הוי כמו שלא מצא דין לדונו, דמלבד דיש לחלק דדוקא בדין ברור הנודע לכולי עלמא

וגלוי, יכול הוא לעשות דין לנפשיה באם לא מצא דיין, אבל בלא נודע ואינו גלוי לכל אסור, בלאו הכי, גם שם הרמ"א לא כתב זה שהוא משום שופרא דשטרא רק על לדון בפני עכו"ם אבל לעניין לכנס לביתו מבואר בפרישה (סימן ס"א) שהוא דווקא כיון ששעבד עצמו בשטר על כך, הא לאו הכי, לא. וגם נראה דווקא אם רגילין לכתוב כן בכל שטרות הא לאו הכי, הוי אסמכתא, וכמו שכתב הטור משם הרא"ש (סימן ל"ט) לעניין להשכיר את עצמו, דאף לרבינו אליהו הוא דווקא במזונות אשתו דמספר כתובה ילפינן ועיי"ש בפרישה דבשאר חוב, כיון שאין הכל כותבין כן, האי אף דכתוב אסמכתא הוא. על כל פנים מבואר מדבריו דאסור לתפוס בעצמו לעבור על דין תורה ועיינן באורים (סימן ק"ג ס"ק ח"י):

ומה שהביא רביה מש"ס פרק קמא דבבא מציעא דאביי אמר מיגו דחשיד אממונא חשוד אשבועתא והא דבב' אוחזין נשבע דשמא ס' מלוה ישנה עליו ותפסו בחובו ולדעת הרמב"ם בחוטף משכון מחברו שלא ברשות בית דין נקרא גזלן ונפסל לעדות ולשבועה הדרא קושיא: נימא מיגו דחשוד? אלא ודאי, כיון דלא מצוי לגבות רק ע"י תפיסה, מותר. גם זה אינו רביה למה שאמר הרמב"ן מלחמות שם על דברי בעל המאור, דהא דלא טוען כן על המלוה הישנה שהוא רוצה לחלוק עמו בגופו של טלית ואעפ"י שאמר על גופה כולה שלי לא חשוד דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו אם כן בזה אם תופס לגוביינא בשביל חובו ליכא איסור דלא תבא אל ביתו רק לאו דלא תחמוד וזה לא משמע להו דעובר איסור ולכך לא חשוד על שבועתא אבל מכל מקום יש לומר דלמשכון אסור לתפוס אף במקום פסידא... הרי דעובר ואסור אף אם הוא במקום פסידא ודוחק לומר דרק הוא סבר שיחזיקו אותו כרשע ובאמת לא כן הוא, דלא משמע כן ממרוצת דבריו.

### (ו) האם יכול לתפוס גם דברים שלא היה זוכה בהם בבית דין?

למשל, האם יכול לתפוס קנס שמישהו נתחייב לו, בזמן הזה שבית הדין אינו מחייב קנסות? עיינן בדברי המהרש"ל בים של שלמה (בבא קמא, א, מג) -

וכן דעת הרמב"ם פרק חמישי מהלכות סנהדרין (הלכה יז) דאין לו לתפוס אלא שראוי ליה, ויש שכתבו, שאין שייך תפיסה אלא כשיעור נזקין, אבל כפל וד' וה' וכהאי גוונא, אי תפס מפקינן מיניה, דעשו תקנתא לניזק דלא ליפסד קרניה. אבל לא לארוויחי ממונא דאחרינא, ובהג"ה מיימוני פרק ה' דהלכות סנהדרין (אות ח) כתב בשם ר"ת דאפילו אם תפש המזיק עצמו אינה מועיל תפיסה. רק קודם שבא ליד בעלים, כגון ברשות הרבים, אבל לאחר שבא ליד בעלים לא מהני תפיסה. ונראה, דכל אותם החלוקים, היינו מחמת שמפרשים

הא דאמרינן אי תפס לא מפקינן מיניה הוא משום תקנתא. ולכן חלקו באיזה עניין הוא ראוי לעשות תקנה. אבל לפי הנראה לנו שהוא דין תורה, דהא מחויב ליה לשלם בין קרן בין קנס מה שזכתה לו תורה. אלא שאין לו דין בבבל שיכוף אותו לשלם. בכהאי גוונא עביד דינא לנפשיה, ולא מפקינן מיניה, עד דיהיב ליה מה שראוי ליה, ואפילו כפל שזכתה לו תורה הוי ראוי לו, כן דעת הרא"ש.

**(ז) מי נקרא 'תלמיד חכם' לענין פטור ממסים, האם יש לנו 'תלמיד חכם' כזה היום?**

עיין מה שכתב בשו"ע (יורה דעה, רמג, ב) -

ודוקא תלמידי חכמים שתורתם אומנותם, אבל אין תורתם אומנותם, חייבים. ומיהו אם יש לו מעט אומנות, או מעט משא ומתן להתפרנס בו כדי חייו ולא להתעשר, ובכל שעה שהוא פנוי מעסקיו חוזר על דין תורה ולומד תדיר, נקרא תורתו אומנתו. הגה: ואין חילוק בין שהוא תופס ישיבה או לא, רק שהוא מוחזק לת"ח בדורו שיודע לישא וליתן בתורה, ומבין מדעתו ברוב מקומות התלמוד ופירושו ובפסקי הגאונים, ותורתו אומנתו כדרך שנתבאר. (ת"ה סימן שמ"ב). ואע"ג דאין בדורינו עכשיו חכם לענין שיתנו לו ליטרא דדהבא אם מביישו, מ"מ לענין לפטרו ממס מקילין להם בזה, רק שיהא מוחזק לת"ח, כמו שנתבאר.

**(ח) עשיית דין עצמית ע"י אחרים**

ברמ"א: 'ודוקא הוא בעצמו יכול למעבד דינא לנפשיה, אבל אסור לעשות על ידי עובדי כוכבים' - האם יכול לעשות דין ע"י ישראל אחר? לכאורה יש כאן סתירה בין הרישא לסיפא. עיין במה שכתב השדי חמד (מערכת העי"ן, א) -

וכתב הרמ"א שם בשם הרב תרומת הדשן סימן ש"ד דדוקא הוא בעצמו מצי למעבד דינא לנפשיה אבל לא על ידי עובדי כוכבים וכו' ובכנסת הגדולה שם הגהות הטור אות א' הביא גם כן דינו של התרומת הדשן בלשון זה: וכתב בתרומת הדשן דדוקא הוא עצמו עביד דינא לנפשיה אבל אסור לעשות על ידי כותי וכו' וביד מלאכי בכללי הדינים אות תל"ז הביאו בלשון עכו"ם וזה לשונו: דוקא הוא בעצמו אבל על ידי עכו"ם אסור וכו' ובין הכי ובין הכי הדבר פשוט דאינו אסור אלא על ידי עכו"ם ממש במשמעות לשון עובדי כוכבים וכותי שבתרומת הדשן ובכנסת הגדולה, ואף לשון עכו"ם שביד מלאכי, רחוק מאד לפרש דרוצה לומר איש זר, דאין דרך הפוסקים לכתוב לשון נכרי כשכוונתם על איש אחר אף שהוא בן ברית. וכן מבואר במקור

הדין, בגוף דברי התרומת הדשן דעל עכו"ם ממש הוא דאמר דאסור, דלא כהרבנים קול שמואל ותולעת שני הביא דבריהם הרב תהלה לדוד בחלק ב' דף י"ג על כרחק שהעתיקו דברי הכנסת הגדולה בלשון אבל אסור לעשות על ידי אחרים. ומתבאר ממה שכתב הרב תהלה לדוד דסברי דעל ידי אחרים אסור אף שהם ישראלים ושמה שכתב בתרומת הדשן בלשון עכו"ם, ר"ל זרים, ולא עכו"ם ממש וכו' עיין שם. וכבר השיב על דבריהם הרב תהלה לדוד שם, ונראה מדבריו, דבתרומת הדשן וכנסת הגדולה שלפניו גם כן היה כתוב עכו"ם אך בתרומת הדשן אשר בידי (דפוס ויניציא שנת ש"ו) כתוב לא על ידי עובדים כוכבים. ובכנסת הגדולה (דפים פירדא ש' בת"ן) כתוב כותי כנזכר לעיל, ואין במשמעות לשון זה איסור על ידי ישראל אחר ובתומים שם מתבאר דדין זה אינו אלא בעכו"ם ממש (וכתב בשם המרדכי דאם העכו"ם הוציאו ומסרו לישראל שפיר דמי) עיין שם והוא פשוט.

### (ט) האם בכל מקרה אסור להוציא ע"י גויים?

עיין במה שכתב המהרש"ל בים של שלמה (בבא קמא, ג, ו) -

וכבר היה מעשה בקלוניא באחד שהפקיד את חברו פיקדון. ואחר ימים כפר בו. והלך המפקיד בכח הגויים, ושבר הדלת, ולקח פקדונו, ועל הנפקד העלילו גויים, והפסיד הרבה. ותבע את המפקיד לדין, שעל ידו הפסיד. ופסקו הדין, אם לא היה יכול להציל בעניין אחר אז הוא פטור. אבל אם היה יכול להציל ממנו ע"י עניין אחר, חייב, דקימא לן כרבי מאיר, דדאין דינא דגרמי, עד כאן תשובת מהרי"ח (הג"א סימן ג'): וכן המרדכי (סימן ל"ז) בשם רבי יקר ז"ל.

ונראה לי דאפילו מהר"ם והרא"ש מודים בזה. אף על פי שכתב דוקא שיכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממנו. וזה לא היה יכול להוציא ממנו בדין. שלא היה לו עדים, או שטוען החזרתי לך. מכל מקום מאחר שהוא יודע אמיתתו, שעדיין בחדרו, ובבירור יקח את שלו, הוה כמאן דאית ליה פסידא, ומותר לדברי הכל. והוה כמו שרואה חפץ שלו ביד אחר. דכתב הרא"ש דעביד דינא לנפשיה.

ואף על פי, מי שיש לו דין עם חברו, והוא יודע אמיתתו, ובדין ישראל לא ירויח. שאסור לילך לפני ערכאות של גויים, אף שמוציא את שלו באמת. ואם כבר הלך, וחוזר זה ותובעו לפני הדין, חוזר הדין, ומחזיר לו מה שהרויח ע"י דיני גויים. היינו משום שאחר כך לא יכול לברר שבדין הוציא. אבל בנדון זה, שברר לסוף הדבר, שמצא פקדונו הידוע לכל שהוא שלו. וזה לא היה יכול



לטעון שום דבר כנגדו, אף שלא היה יכול להוציא בדין מקודם, מכל מקום היה יכול להציל את שלו ע"י שיכורר הדבר. ואם היה יכול להוציא ממנו בדין ישראל ע"י עדות והוכחות בטענות ברורות, בודאי ראוי לכפותו על העמוד, וישלם לו כל היזקותיו.

## סימן ה

### (א) מה טעם האיסור לדון בשבת?

עיי' סמ"ע (א) שכתב דהוא איסור דרבנן מחשש כתיבה כמבואר במסכת ביצה (לז,א), ועיי' בחידושי הרי"ם (ב) המברר מהו בדיוק החשש של 'שמא יכתוב' -

אסור לדון בשבת כו' והטעם גזירה שמא יכתוב פסק דין כו' ע"ש. וקשיא לי הא קיימא לן בא"ח סימן רע"ה בהא דאין קורין לאור הנר משום שמא יטה וקיימא לן דשנים מותרין לקרות משום שאם ירצה אחד להטות יזכירנו חבירו ע"ש. ואם כן כיון דקיימא לן דפחות מג' אין דיניהם דין וצריך שלשה ואם כן אמאי אין דנין משום שמא יכתוב הא הוי ממש כמו התם בשנים דג"כ אם ירצה האחד לכתוב יזכירנו חבירו...

אמנם זה לא קשה דכיון דהפסק דין רשאי גם אחד לכתוב אחר הדין אם כן שפיר שייך החשש שיכתוב אחד אחר כך שלא יהי' שוב הב' ולא יזכור כנ"ל כמו שם קודם שישב לרכוב דחיישינן כמו כן הכא אחר כך. דדוקא בקריא' דהחשש הוא דיטה בשעת הקריאה שפיר כנ"ל.

ובזה מיושב שפירש"י ז"ל ביצה ל"ז דחיישינן שיכתוב הפסק דין ולא כמ"ש הסמ"ע ס"ק א' דהחשש הוא שיכתבו הטענות ע"ש. ולמ"ש אתי שפיר דלענין החשש שיכתוב הטענות לא שייך כלל כיון שזה הוא בשעת הדין ממילא לא שייך כיון שהם ג' והוא ממש כמו בקריאה דמותר כנ"ל.

אך מצאנו שכתבו שהוא איסור תורה. עיי' בלשון הרמב"ם (ספר המצות, מצות לא תעשה, שכב) -

שהזהירו מענוש הגדרים על החוטאים ולהעביר הדינין ביום השבת והוא אמרו לא תבערו אש וגו' ביום השבת ירצה בזה לא תשרוף מי שנתחייב שריפה והוא הדין לשאר מיתות ולשון מכילתא לא תבערו אש שריפה בכלל היתה ויוצאת ללמד מה שריפה מיוחדת שהיא אחת ממיתות בית דין ואינה דוחה את השבת אף כל שאר מיתות בית דין לא ידחו את השבת והנה אמרו הבערה ללאו יצאת ואינה הלכה אבל היא לחלק יצאת והוא שיהיה חייב על

כל מלאכה ומלאכה בפני עצמה כמו שהתבאר במקומו ובגמרא דבני מערבא בכל מושבותיכם רבי אילא בשם רבי ינאי מכאן לבתי דינין שלא יהו דנין בשבת.

עניין זה מבואר על פי מה שכתב בספר החינוך (מצוה קיד) בשורש המצווה הזו (אמנם בהגדרה לא אסר כל דין, אלא הוצאה להורג) -

שלא יעשו בית דין משפט מות בשבת:

משרשי המצוה, שרצה השם יתברך לכבד היום הזה שימצאו בו מנוחה הכל גם החוטאים והחייבים, משל למלך גדול שקרא בני המדינה יום אחד לסעודה שאינו מונע הפתח מכל אדם, ואחר יום הסעודה יעשה משפט, כן הדבר הזה שהשם ברוך הוא ציונו לקדש ולכבד יום השבת לטובתנו ולזכותנו, כמו שכתבתי למעלה, וזה גם כן מכבודו של יום הוא:

ובשל"ה (פרשת ויקהל) כתב -

גם בית דין של מטה לא יעורר שום דין ועונש ביום השבת ואפילו דבר מצוה כי בא שבת בא מנוחה.

אך למעשה מוסכם שבדיני ממונות איסור הדין הוא מדרבנן, ואילו המחלוקת היא רק בדיני נפשות.

#### (ב) ענישה בשבת

פשטות הסוגיא בסנהדרין (לה, א) שדווקא 'רציחה' אסורה בשבת, וכן משמע בתוספות (שם, ד"ה אין רציחה), אך מהרמב"ם (שבת, כד, ז) לא משמע כך -

אין עונשין בשבת אף על פי שהעונש מצות עשה אינה דוחה שבת, כיצד הרי שנתחייב בבית דין מלקות או מיתה אין מלקין אותו ואין ממיתין אותו בשבת שנאמר (שמות לה) לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת זו אזהרה לבית דין שלא ישרפו בשבת מי שנתחייב שריפה והוא הדין לשאר עונשין.

משמע שכל העונשים לא דנים בשבת מהתורה. והקשה עליו במגן אברהם (אורח חיים, שלט, ג) ותירץ בדוחק -

אין דנין - כתב הרמב"ם פכ"ד אין עונשין בשבת שאע"פ שהעונש מ"ע אין דוחה שבת כיצד הרי שנתחייב מיתה או מלקות אין מלקין שנתחייב שבת לא תבערו אש וה"ה לשאר עונשין וכ' המ"מ שמנאה הרמב"ם במנין המצות ע"כ ובאמת במנין המצות סי' שכ"ב משמע דוקא בדבר שיש בו חילול שבת אסור מדאורייתא וכ"מ בגמ' שבת דף ק"ו גבי הבערה ע"ש ואפשר דבמלקות נמי

איכא חילול שבת כגון שעושה חבור' וצ"ע ואפשר דמרבוי דקרא דבכל מושבותיכם נפקא לן שאין דנין כלל וצ"ע בסנה' דף ל"ה משמע דוקא בדבר שיש בו חילול שבת וכ"מ בתו' שם ודיני ממונו' אין דנין גזיר' שמא יכתוב.

**ובשו"ת אמונת שמואל (נד) באר באופן אחר -**

עוד צ"ע מ"ש הרמב"ם פכ"ד מהל' שבת אין עונשין בשבת וכו' אין מלקין שנאמר וכו' וכתב המ"מ שמנאה במנין המצות וכו' ובגמרא בשבת ובסנהדרין מוכח בהדיא דדוקא בדבר שיש חילול שבת אין דנין שאינה דוחה שבת אבל מדרבנן אין דנין כלל. אמר שמואל לא ראה דברי הרמב"ם ז"ל במ"ש פ"א מהל' סנהדרין החילוקי' שבין ד"מ לד"נ לפיכך אין דנין לא בערב שבת כו' אד"מ וא' דיני מלקות ואחד דיני גלות כל הדרכים שווים בה וכו' וכתב הכ"מ דסבירא ליה הג"ש דרשע כו' או מלקות במקום מיתה עומדת ועיין בתו' סנהדרין דף ל"ג ע"ב ד"ה אתיא רשע כו' וס"ל להרמב"ם הא דאמרינן טעמא דכתב לא תבערו כו' הא ל"ה דחי כו' היינו דהתורה אסרה לשפוט שום עונש ולא מטעם נטילת נשמה דהא הוי מקלקל בחבורה ודלא כמ"ש התוספות בסנהדרין דף ל"ה ע"א ד"ה אין רציחה כו' ועיין בתו' דיבמות דף ז' ע"ב אלא מטעם דאסור לענות בשבת והבערה ל"ד וחדא מעונשים נקט וה"ה גלות ומלקות דנכלל בכלל והיתה לכם לחוקת משפט בכל מושבותיכם כיון דהכל ילפינן בג"ש או דעומד' במקום מיתה בעונש וק"ל ומ"ש הכותב ובסנהדרין מוכח בהדיא כו' הוא שקר מוחלט גם בירושלמי דסנהדרין פ' אד"מ דשום עונש אין דנין בשבת וזה לשונו הלכה ז' ר"ל בעי וידונו אותו ויהרג בשבת כו' ר"ל מכאן שבת דייני' שלא יהיו דנים בשבת מ"ט נאמר כאן בכל מושבותיכם כו' כנ"ל.

והביאו הפוסקים שישנה מחלוקת בענין זה בין הגאונים, שכן **בשבלי הלקט** (ענין שבת, ס) הובאה דעתו של **רב כהן גאון** שמי שעבר עבירה בשבת מלקין אותו בשבת, ולעומתו הובאה דעת **רב שרירא גאון** שלא ילקוהו בשבת -

**מצאתי בשם רב כהן גאון זצ"ל:** מאן דעבר עבירה בשבתא מלקינן ליה בשבתא, דמלקות במקום מיתה עומדת. וכד מלקינן ליה מיכפר ליה, דתנן כל חייבי כריתות שלקו נפטרו מידי כריתתן, וכת' (דברים כה, ג) ונקלה אחיך לעיניך. כשלקה הרי הוא אחיך. וכיון דמיכפר ליה מלקינן ליה דלינקי מעון דיליה, דאמ' קרא (שמות כ, ז) כי לא ינקה יי' וגו'. בית דין שלמעלה אין מנקהין אותו אבל בית דין שלמטה מלקין אותו ומנקהין אותו. **ונראה בעיניי שהדבר צריך עיון**, שהרי מלקות במקום מיתה עומדת, והיאך נדיננו בשבת? ואם אסור לדון דיני ממונות, קל וחומר לדיני נפשות. **וכן מצאתי שאילה לרב**

**שרירא גאון זצ"ל:** מי שעבר עבירה בשבת או בחול ולא נזכר אלא בשבת, ומתיראין ממנו שמא יברח למוצאי שבת יכניסוהו לבית הסוהר עד מוצאי שבת וילקוהו, או ילקוהו בשבת ומותרין בספירת מלקות אי לא. והשיב: כך ראינו, שאין מלקין ביום טוב ואין מכניסין לבית הסוהר ביום טוב, וכל שכן בשבת, דהני מילי כולהו דינא אינון. ותנן אילו הן משום רשות לא דנין ולא מקדשין כול'. ואם ברח אין עלינו כלום.

ועי"ש שם לגבי מעצר בשבת, ועי' בשו"ת שבות יעקב (א, יד), שים לב לראיה שלו מהפסוקים שאפשר לכלוא אדם בשבת -

ומהני טעמי שכתבתי הוריתי ג"כ באחד שהיה רוצה לברוח ולעגן את אשתו לחבשו ביו' השבת אף שלא נעל' ממני מ"ש הב"י בא"ח ס"ס רס"ג וז"ל שאלה לרב שרירא גאון מי שעבר עבירה בשבת או בחול ולא נזכר אלא בשבת ומתיראין שלא יברח למוצאי שבת יכניסו לבית הסוהר או ילקוהו בשב' והשיב אין מלקין ואין מכניסין לבית הסוהר ביי"ט וכל שכן בשבת דהני מילי דינא אינון ואין דנין ביי"ט ושבת ואם ברח אין עלינו כלום עכ"ל והובא ג"כ בש"ע סי' של"ט סעי' ד' לפסק הלכה מ"מ כיון שכבר כתבתי דמשום עגונא מותר לדון בשבת היכי דהוי כשעת הסכנה וזו ג"כ כשעת הסכנה דמיא מלבד שעיקר תשובה זו דרב שרירא לא בריר' כל כך דאף שאין עונשין שום עונש בשב' ויי"ט מדאוריית' וכמ"ש הרמ"בם פכ"ד מה' שבת ע"ש ובתשו' אמונת שמואל סי"ד מ"מ הא מצינו להדי' בקרא פ' שלח לך ויקריבו אותו המוצאים אותו מקושש עצים ויניחו אותו במשמר ודרשינן בגמרא דסנהדרין דף מ"א המוצאים אותו מקושש שהתרו בו ועדיין הוא מקושש משמע פשטא דקרא שהניחו אותו מיד במשמר אף ביום השבת כיון שעכ"פ אין עונשין אותו רק לחבשו ולענשו אחר השבת ומה שכתב דהוי דינא ואין דנין ביי"ט ושבת הא עיקר דינא דאסור בשבת ויי"ט הוא רק גזירת חכמים שמא יכתוב פסק דין וזה אפשר לא שייך בחבישה בעלמא עד שיצא דינו אחר שבת וכן ראיתי שהאריך מחותני המפורסם מהר"ר דוד אפנהיים בתשובה בספרו נשאל דוד יע"ש אך מי ימלא לבו לחלוק על דברי הגאון בלי ראיה ברורה ואין משיבין את הארי וכו' אך במקום צורך כי האי ודאי אף הגאון מוד' כנ"ל.

אמנם מצאנו בראשונים שעל פיהם נופלת ראיית השבות יעקב, כיון שהם פירשו שאת המקושש הביאו במוצאי שבת. עיין למשל באבן עזרא (במדבר, טו, לב) -

**במדבר.** לפי דעתי שהוא מדבר סיני וכבר הזכרתי למה נסמכה הפרשה גם יתכן שעשה המקושש ביד רמה והזהירוהו ולא הועיל. יש אומרים ויקריבו אותו ליל ראשון.

וכן כתב רבינו בחיי (שם, לג) -

ויקריבו אותו. ליל מוצאי שבת.

אגב, עיין בשערי תשובה (אורח חיים, שלט, א) בשם המור וקציעה, שודאי שמותר לדיין לעיין בפוסקים ולברר את הדין, אמנם לבעל הדין אסור, משום 'ודבר דבר'.

**(ג) דיון בשבת, בשעת הדחק**

ע"י באורים ותומים (תומים, א) שכתב על פי שיטת ר"ת שבשעת הדחק ניתן לדון בשבת -

אסור לדון בשבת וי"ט וכו' בגמ' דביצה דף ל"ו ע"ב פרכינן אין דנין והא מצוה קעביד לא צריכה דאיכא דעדיף מיני' ופירשו תו' לשיטת רש"י דהקושי' רק למה קחשבו בין אלו שאסרו משום רשות אבל באמת אף דליכא דעדיף אסור. ור"ת פירש דהקושיא למה באמת יהיה אסור הא ישנו מצוה ומשני דאיכא דעדיף אבל אי ליכא דעדיף באמת מותר. וכן פיר"ת גבי אין מקדשין ע"ש ולפ"ז בא"ח סימן של"ט הביא רמ"א דעת ר"ת ופסק בעת הצורך יש לסמוך ואפילו בכניסה לחופה יש להתיר כשאין לו אשה ובנים דהוא מצות פ"ו ואם כן ה"ה לענין דין בעת הדחק שעדי' חולין בשבת וי"ט ונוטין למות דמותר לקבל עדות אף דהוי כדין ודוקא בית דין הגדול שבאותו עיר דליכא דעדיף מנייהו ואדרבה דעת רמ"א בתשו' סימן קכ"ד דבדין רש"י ג"כ מודה לפיר"ת ע"ש. (כי נוסח' שלו בגמ' לא היה בנוסח' שלנו דדייק דרש"י לא פירש בקושי' הגמ' על אין דנין והא מצוה קעביד ולמה קחשב ליה רשות כמו שפירש על קושית גמ' גבי אין מקדשין. ואלו בנוסח' שלפנינו באמת פירש"י כן ע"ש) וגם באמת התם יש להחמיר טובא דמלבד חשש שמא יכתוב יש חשש קונה קנין בשבת ע"ש משאם כן כאן.

אך באחרונים חלקו עליו, שכן גם ר"ת לא התיר אלא לצורך גדול, כמבואר בשיטה מקובצת (ביצה לו, ב) -

אבל רבינו תם ז"ל פירש והא מצוה קא עביד ומותר לו לקדש וכן בכל הני דאקשינן. ופריק לא צריכא דאית ליה אשה ובנים דאין כאן מצוה אלא רשות דבבקר זרע זרעך ולערב אל תנח ירך. ולפי פירוש זה מותר לקדש ביום טוב או בשבת היכא שאין לו אשה ובנים והוא הדין לדון בדליכא דעדיף מיניה וליבם בדליכא גדול. ואלא מיהו כתב הרב ז"ל בתשובה שלא הורה כן אלא מתוך צורך גדול ואפילו ביום טוב שני גוערין וקונסין למי שעושה כן.

גם בבית יוסף (אורח חיים, שלט) הסיק שלא כמו ר"ת -

ולא דנין ולא מקדשין ולא חולצין ולא מיבמין. משנה בפרק משילין (ביצה לו:): וטעמא משום דגזרינן שמא יכתוב ופריך בגמרא (שם) והא מצוה קא עביד ומשני לא דנין בדאיכא דעדיף מיניה ולא מקדשין בדאית ליה אשה ובנים ולא חולצין ולא מיבמין בדאיכא גדול דמצוה בגדול לייבם (יבמות כד, לט) ומשמע דהיכא דליכא דעדיף מיניה שרי לדון והיכא דלית ליה אשה ובנים שרי לקדש והיכא דליכא גדול שרי לחלוץ ולייבם וכן כתב הר"ן (כ). ד"ה מתני" בשם רבינו תם (לו: תוד"ה והא) ומכל מקום כתב רבינו תם בתשובה (עי' ספר הישר תשו' סי' מח) שאין מקדשין אשה בשבת אלא מתוך דוחק גדול וכתבוהו הגהות פרק י' מהלכות אישות (הי"ד אות ל) וכתבו עוד ומכל מקום לא היה מורה כן הלכה למעשה וכ"כ גם בפרק ד' מהלכות יום טוב (דפוס קושטא הכ"ו) בשם סמ"ג (לאוין עה כז ע"ד): וכתבו עוד בשם סמ"ק (סי' קצד עמ' קעג) שאסור לכנוס ביום טוב וכן כתב הכל בו בהלכות יום טוב (סי' נח כב): ומשמע מדבריהם דאפילו לרבינו תם קאמרי דאסור לכנוס וכן משמע מדברי הר"ן שם ואכתוב דבריו בסמוך: אבל רש"י פירש והא מצוה קעביד כלומר והוה ליה למיחשבינהו בהדי הנך דמני התם שהם משום מצוה ומשני דהכא במאי עסקינן בדאיכא דעדיף מיניה וכו' ומשום הכי לא מני להו בהדי הנך [דמשום מצוה] אבל אין הכי נמי דאפילו ליכא דעדיף מיניה אין דנין ואפילו לית ליה אשה ובנים אין מקדשין ואפילו ליכא גדול לא חולצין ולא מיבמין וזה דעת הר"ף (כ). והרא"ש (סי' ב) ז"ל שכתבו המשנה כצורתה דמשמע דבכל גווני אסור וגם הרמב"ם בפרק כ"ג (הי"ד) כתב סתם דאין דנין ולא מקדשין ולא חולצין ולא מיבמין.

#### (ד) תוקפו של דין שנפסק בשבת

'ואם עבר ודן דינו דין' - דנו בענין זה מכמה צדדים -

למה לא נפסל לדון כיוון שעבר על איסור דרבנן? עיין בשער המשפט (א) -

ואם עבר ודן דינו דין. הר"ף והרא"ש בפרק משילין הביאו הירושלמי דבין בשוגג ובין במזיד דינו דין וכ"כ הטור ואיכא למידק כיון דהא דאסור לדון בשבת וי"ט הוא משום גזירה שמא יכתוב ומה"ט נמי אסרו חז"ל מקח וממכר בשבת וי"ט כמ"ש רש"י ותוס' שם והיא הסכמת רוב הפוסקים ואם כן כשדן בשבת וי"ט יהא פסול להעיד ולדון כמו בעובר על שאר איסור דרבנן ומוכר ולוקח בשבת וי"ט דודאי נפסל מדרבנן וה"נ יפסל מדרבנן ואין דינו דין וליכא למימר דפסילי דרבנן בעי הכרזה זה ליתא דהא כתב הנמוקי יוסף פ"ב והביאו הסמ"ע וש"ך בסימן ל"ד דלאותו עדות שנפסל בשבילו פסול אף בלא הכרזה ואם כן ה"נ אותו הדין יש להבטל כיון שנפסל בשבילו בשלמא לפי שיטת

הרב רמ"א בסימן ל"ד ס"ג בהגה דפסול דרבנן בעינן דוקא שעבר משום חימוד ממון ניהא דהא לגבי הדיינים ליכא חימוד ממון אבל לשיטת המחבר שם דמשמע דלא מחלק בהכי וכמ"ש הכנה"ג שם קשה ואפשר לומר כיון דלדון בין אדם לחבירו הוא דבר מצוה כדפריך הש"ס בפרק משילין שם והא מצוה קעביד אם כן הוי כקוברי מת ביי"ט ראשון דלא מיפסלי לעדות משום דסברי מצוה קעבדי כדאיתא בסימן ל"ד ס"ד וה"נ סברי הדיינים דמצוה קעבדי ולא מפסלי ולפ"ז אף אי נטלו שכר לדון בשבת ויי"ט דעשו איסור בשביל חימוד ממון לא מפסלי מה"ט משום דסברי מצוה קעבדי אך מ"מ נראה דבכה"ג מ"מ אותו הדין בטל כמבואר בסימן ט' דדיין שנטל שכר לדון דינו בחנם שהוא מצוה והכא אדרבה עבירה הוא לדון בשבת ויי"ט מ"מ אותו הדין בטל ממ"נ דאם אתה אומר שהוא עבירה הרי עבר על איסור דרבנן משום חימוד ממון ונפסל ואם אתה אומר שלא נפסל בהכי משום שהיה סבור דמצוה קעביד אם כן הרי עבר על מה אני בחנם ושפיר יש לקנסו שאותו הדין בטל.

אמנם עיין בשיטה מקובצת (ביצה לז,א), משמע שכך היתה התקנה המקורית -

וגרסינן בירושלמי וכולן שעשו בין שוגגין בין מזידין בין מוטעין מה שעשו עשו. כלומר ולא קנסו חכמים מעשיהם.

למה בעבר ודן הדין קיים, הרי מסתבר שבכהאי גוונא שיעברו על איסור לא תקנו 'שליחותיהו' עיין בעניין זה באמרי בינה (דיינים, יג) שנתנו לדיינים של היום את כל הכח שהיה לסמוכים -

ובס' שער המשפט כתב דלכ"ע יכולין לחזור מטענותיהם כיון דמיירי שדנו בכפיה ועשו שלא כדין יכולין לומר משטה היינו בהם ולמ"ש אף באם א"ח מטענותיהם מ"מ נתבטל הדין כיון דטעו ועותו ועשו שלא כדין לדון בכפיה בלילה לזה לא נתמנו לשלוחין. ואולי י"ל דלכל ענינים נתנו להם חז"ל הסמוכין הכח לדון בזה"ז במלתא דשכיחא וכל מה דתהני בסמוכין בדיעבד ועברו כן נמי מהני בהדיוטות. וכן מוכח מכמה דוכתי בש"ע כמו בשבת ויו"ט דאסור לדון ואם עברו ודנו דיניהם דין כמבואר (סימן ה') וכן (סימן ז') באוהב ושונא דכתב הרמ"א אם דנו דיניהם דין ועיי"ש בתומי' (ס"ק ח') מתשוב' חות איר די"ל אף דדנו בכפיה ועוד מצינו בכמה דברים מה דאסור לדון לכתחילה ואעפ"כ בדיעבד דיניהם דין וע"כ צריך לומר דכך הקנו חז"ל כל דנתנו רז"ל רשות להדיוטות לדון בשליחותיהו מהני אף אם עברו כמו דמהני בדיעבד לגבי סמוכין ואף די"ל דאין שליח לדבר עבירה ול"מ שליחות לד"ע הגם דהיכא דליכא עבירה גבי המשלחים וליכא ציווי שלהם ודומה לעושה שליח לשחוט ושחט בשבת והלך השליח וטבח בשבת כיון דלא עשאו שליח לזה

גוף השליחות לא בטל כמבואר במל"מ (פ"ג) מגניבה וה"נ המה נעשו שילוחים בסתם לדון עפ"י אופנים הראוי עפ"י התורה אף לכתחילה מ"מ אם עברו ודנו בשבת וכדומה מ"מ לא נתבטל גוף השליחות ומהני הדין מ"מ היה מקום לומר כיון דכל תוקף הדין הוא משום דעבדו שליחות דקמאי וכשמשו מדעת משלחם לא הרשוהו החכמים לדון כ"א עפ"י דעת חז"ל ושלא לעבור על תקנתם וכשעברו על דבריהם בטל השליחות וההרשאה מהם מ"מ מוכרח לומר מן מקומות הנ"ל דלא נתבטל. שוב ראיתי בתומים (סימן ג' סק"א) שכתב שם סברא הזאת ליישב דברי רמב"ם דמה"ט השתא שנים שדנו אין דיניהם דין אף אי מדין תורה חד כשר מ"מ כיון דלכתחילה צריך ג' כתקנת חכמים מ"מ שליחותיהו דקמאי ל"ש כשעברו דל"ש שליחות דקמאי הסמוכים דע"ז לא עשוהו לשלוח לדון פחות מג'. ולמ"ש מוכח דאף היכא דלא עשו כתקנתם מ"מ מה שהיה מהני הם עברו הסמוכין מהני ג"כ לגבי הדיוטות הבאים בשליחותם ויש ליישב שם דבריו עפ"י דרכו.

ועיין בנחל יצחק (א, ב), שרצה להוכיח מכאן כשיטת נתיבות המשפט (ביאורים, א, א) שהתוקף של 'שליחותיהו' הוא מהתורה -

אכן בעיקר דברינו מש"כ לדון בהא דשליחותיהו קא עבדינן להן כללא של הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. דיש לכאורה לסתור זה והוא דלקמן סימן ה' סעיף ב' אין דנין בשבת ויו"ט ואם עבר ודן דינו דין ... והנה לפמ"ש"כ בשם הר"נ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן אף אם האיסור אינו רק מדרבנן כמו ההם דהוי האיסור משום דמפסידים לחוב מזונות הבת דהוי מדרבנן ולכן לפי מה דנתבאר דמה דדנין בבבל דליכא סמוכין דאין זה רק מדרבנן אם כן הדין נותן דהיכא דכשו איסור ודנו בשבת דיהי' בטל דינם כיון דאינו רק מדרבנן מה דעבדינן שליחותיהו ... ולכן לכאורה יש להוכיח מזה כשיטת הנתיבות דהא דדנין בבבל זהו מה"ת:

אכן באמת אין זה הוכחה כלל לפמ"ש"כ המל"מ פ"ט ה' זכיי' ה' יו"ד לבאר דברי הר"נ בתשובה הנ"ל במש"כ דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. דז"א רק היכא דלא הי' יכול לעשות המעשה באופן המועיל. אבל היכא דהיה יכול לעשות זה באוה"מ אז לא דיינינן להך כללא דבמקום איסור לא תקנו רבנן ודינם דין גם במקום איסור דרבנן וכ"כ השער המלך שם. ולפ"ז הכא בעברו ודנו בשבת כיון דהיו יכולים לדון בחול ע"כ לא שייך הכא הך כללא. ... ועוד י"ל בזה ע"פ מש"כ המהרי"ט דלכן אמרו דאם דנו בשבת דדיניהם דין ולא דנין בזה להך דאי עביד לא מהני משום דהא לא יהי' מתוקן האיסור בזה ע"ש ... אבל במה שאמרו אין דנין בשבת משום שמא יכתוב דעיקר האיסור הוא



במעשה הדין שדנין וכיון דעבדו כבר ולא יתוכן דברי חכמים במה שיבוטל קיום הדין וכמש"כ המהרי"ט כנ"ל. ע"כ לא שייך לדון בזה להכליל דבמקום איסורא לא תקנו רבנן. לכן שפיר פסקו דאם עברו ודנו בשבת דיניהם דין אף בזמן דליכא סמוכים אף דנימא דשליחותיהו דקא עבדינן זהו מדרבנן.

ואפשר שהשיטה מקובצת הנ"ל מסביר גם שאלה זו. ואמנם עי' **בישועות ישראל** (עין משפט, א) שאומר שדינם דין רק אם דנו שלא בכפיה -

ואם עבר ודן דינו דין. ויראה דווקא כשדן בלא כפי' אבל אם כפאו לדין אין דינו דין ויתבאר בס"ק הסמוך ועיי' סמ"ע וש"ך והוא מדברי הר"ן בפ"ק דכתובות, ויראה לפי עניות דעתי דווקא בדבר מצוה כמו הא דרפ"ק דכתובות דיש חשש אקרורי דעתו ולאפרושי מאיסורא אבל בד"מ וודאי אין לקבל טענות דאיכא משום ודבר דבר כמבואר באו"ח סימן ש"ז:

וכן בערך **שי** (ה, ד"ה וצ"ע) -

וצ"ע אנן דהדיוטת אנן רק שליחותיהו עבדינן כדלעיל סימן א' אפילו תימא דאינו שליחות ממש רק נתינת רשות מ"מ לא נתנו רשות לדון בשבת דהא אסרו ותינת כשקבלום הבע"ד אפ"ל לשליחותיהו דיכולין לקבל רועי בקר אבל לדון בע"כ מנ"ל וירושלמי י"ל דמיירי בעיקר הדין וכשדנוהו סמוכין או קבלום בע"ד.

(ה) **'אין קובעין זמן בניסן ותשרי'**

לפי טעמו של רש"י אין הכוונה דווקא לחודשים אלו, אלא רק לחודשים שבהם עסוקים מאד. כך עולה מדברי **הברכי יוסף** (ו) המביא שטמ"ק להוכיח זאת -

אין קובעין זמן בניסן ותשרי וכו' הרי"ף כתב סיון ובדרישה כתב משם גדול שהוא ט"ס. והרב גדין תורה דף כ"ג כתב דסבר הרי"ף כטעם רש"י שהם ימי קציר ובציר עש"ב וכן ראיתי בשיטה מקובצת לקמא שכתב בשם הר"ם מסרקסטה וז"ל ונראה לומר דהשתא לדידן ניסן לאו זמן קציר הוא אלא סיון אי אמר נתבע בסיון לא אזילנא וכו' דינא קאמר ליה עכ"ל וכ"כ בס' חוקות הדיינים סימן הנז' דלמ"ד שהטעם מקום קציר ובציר ל"ד ניסן ותשרי אלא כל זמן שהוא קציר ובציר.

מה הדין אם כן, אם רואה חשבון הנתבע לדין בחודש דצמבר, ימנע מלבוא לדין, בטענה שזה חודש עסוק מאד, בו עליו להגיש את הדיווחים השנתיים?

לשיטת הרמב"ם (סנהדרין, כה, ט) ודעימיה, שהטעם שאין מזמנים לדין בתקופה זו, היא בגלל שטרודים בחגים, נחלקו מה הדין לאחר החגים. מעניין לראות בפרישה (ד"ה מפני טרדת המועדות) מדוע שייך טרדה גם לאחר החגים.

### (ו) דיון בלילה

כמו בקבלת פסולים, אם קבלו עליהם מהני. וחידש בשו"ת רדב"ז (ג, תקט) שעצם הביאה בפניהם נחשבת כקבלה -

כללא דמלתא דקבלה מילתא רבה היא שהרי בפסולין לדון ולהעיד מן התורה כשרים ע"י קבלה כדתנן נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמן עלי שלשה רועי בקר וכו'. וכן נראה מדברי הטור חו"מ סימן שלישי כי הקבלה תועיל אפי' לענין הודאה וכפירה ולענין שלא יוכלו בעלי הדין להחליף טענותיהם ע"ש. ומכאן יש סמך ג"כ למה שנהגו לדון בלילה אפילו תחלת דין דהכי נמי אין מקבלין עדות בלילה ואם קבלו אין עושין עפ"י אותו עדות ואם בעלי הדין קבלו עליהם עדות לילה דנין עפ"י אותו עדות דלא גרע מכל פסולי עדות ותנן נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמן עלי שלשה רועי בקר אף הכא נמי אע"ג דאין דנין בלילה אם קבלו עליהם בעלי הדין דין לילה כשר דמאי שנא וכיון דבעלי דינין באין לדון בלילה הוי כאלו קבלו עליהם דין לילה וכי האי דר' אבוהו דמיתנין לעיל. וכ"ת דלאו כ"ע דיני גמירי וטועין וחושבין שדנין תחלת דין בלילה ומש"ה אתו לדון בלילה הא ל"ק דהא ר' אבוהו נמי לאו כ"ע גמירי דינא שאסור לדון יחידי ואפ"ה הוי כאלו קבלוהו עליהם הכא נמי לא שנא. ומיהו אם בא אחד מבעלי הדין לתבוע דין בלילה אין מזמנין את בעל דינו לבוא בלילה ואפילו כשבאין שני בעלי הדין ביחד אני רגיל לומר להם אתם מקבלים עליכם דין לילה. וכן אם צריך לעדות אני אומר להם אתם מקבלין עליכם עדות לילה והם אומרים הן ואני דן להם.

גם הב"ח (ה, ו, ד"ה מיהו) כתב -

מיהו אם קבלו עליהם הבעלי דינין שיהיו דנין אפילו תחילת דין או שיקבלו עדות בלילה מהני דלא גרע מנאמן עלי אבא וכו', וכלקמן בב"י בסוף סי' כ"ח על שם הרשב"א בתשובה, ואפילו לא קבלו עליהם בפירוש אלא אתי מנפשייהו הוי קבלה כדמוכח בירושלמי שהבאתי לעיל בסימן ג סעיף ט. מיהו כשמזמנין אותם לבוא בלילה לא מקרי כלל קבלה כיון שמכריחין אותם לבוא לדון אלא שהראשים וטובי העיר נהגו לכוף בלילה ואיכא למימר דעל דעת מנהגם נתמנו להנהיג קהלם ככל הדברים כפי מנהגם מקדם, ומאחר שתקפה עליהם צרכי ציבור ביום הכרח הוא שידונו בלילה ובזה וכיוצא בזה וכיוצא בזה הפקר בית דין הפקר.

אמנם **הסמ"ע** (ז) הרחיק לכת יותר, שגם במקרה שזימנו בעל דין ובא, כיון שלא רצה לסרב, נחשב כקבלו עליהם. ובנקודה זו יש חולקים, כגון **בחוות יאיר** (ה) -

א"נ י"ל דודאי כשבאו יחד בלי שליח בית דין כלל הוי כקבלוהו מש"כ אם התובע הלך לבית דין והם שלחו שליח בית דין ובא אין סברא לומר שזה שלא רצה לסרב הוי קבלה ובזה ל"ק מידי על הש"כ רק על הסמ"ע כששולחין אחריו נשאר קשה דו"ק.

**הכנסת הגדולה** (הגהות הטור, ט), טען שבעצם אין מחלוקת בין הב"ח לבין הסמ"ע, אלא הכל תלוי במנהג, והוסיף שקבלה מועילה רק לענייני ממונות ולא לשאר דברים -

אם הבעלי דינים רוצים שידונו בלילה נראה דשומעין להם, דלא גרע מקבל עליו קרוב או פסול. ומיהו דוקא בדיני ממונות אבל בדיני נפשות אין שומעין להם, והוא הדין לדיני גיטין וקדושין וכל דיני נשים דדמו לדיני נפשו. בזה, אפילו למאן דאמר דדמו לדיני ממונות בדברי אחרים. ... וכתוב בספר בית חדש, דאפילו לא קבלום עליהם אלא אתו מנפשייהו הוי קבלה, מיהו כשמזמנין אותן לבא בלילה לא מקרי קבלה כלל. ובסמ"ע כתב דאפילו מזמנין אותם לבא בלילה ובאין הוי קבלה, ואפשר דלא פליג הסמ"ע עם הבית חדש, דהב"ח מיירי מדינא והסמ"ע מיירי ממנהגא, וכבר כתב בית חדש דכיון דהראשים וטובי העיר נהגו לכוף לדון בלילה איכא למימר דע"ד המנהג נתמנו להנהיג קהלם.

**בשער משפט** (ה, ב) חלק על יסוד דינו של הב"ח וכתב -

ואם כן ה"נ לענין לדון בלילה נמי נימא הכי דאף שבאו מעצמם לדון בלילה הם סברו דיכולין לדון בלילה דלאו כו"ע דיני גמירי ורחמנא אמר שלא לדון בלילה והוי קבלה בעת... על כן נראה עיקר דלענין לדון בלילה בעינן קבלה בפירוש דלא כהב"ח.

אך על סברתו שלא כל איניש דינא גמירי, הביאו הפוסקים שלא בכל מקרה ניתן לומר סברה זו. עי' **בשו"ת הריב"ש** (תפ) -

ומה שנסתפק: אולי האי גברא לא גמיר; דלאו כולי עלמא, דינא גמירי? והיה סבור: שיוכלו לכופה לקבל פרעון כתובתה, ולהפסידה מזונותיה; ולזה צוה שתהיה נזונת כל הזמן, אם תרצה: כל שלא תהיה נפרעת מכתובתה, ולא תתבענה בבית דין. אין כאן ספק! דהא אמרינן בפרק יש נוחלין (קל"ח:): תנו מנה לפלוני, בעל חובי, בראוי לו; נוטלן, ונוטל חובו. ומקשינן: משום דאמר: בראוי לו; נוטלן, ונוטל חובו? דלמא: בראוי לו, בחובו; קאמר? ומשנינן: הא

מני, רבי עקיבא היא, דדייק לישנא יתירא. דתנן: לא את הבור, ולא את הדות; אע"פ שכתב לו: עומקא, ורומא; וצריך ליקח לו דרך; דברי ר' עקיבא. וחכמים אומרים: אין צריך ליקח לו דרך. ומודה ר' עקיבא: בזמן שאמר לו: חוץ מאלו; שאין צריך ליקח לו דרך. אלמא: כיון דלא צריך, וקאמר: לטפויי מילתא קא אתי. ה"נ, לטפויי מילתא קא אתי. ואם היה ממש בטענה זו, איך אנו אומרין התם: כיון דלא צריך, וקאמר; לטפויי מילתא קא אתי? נימא: דהאי גברא לא גמיר, והיה סבור: שהמוכר את השדה, מכר את הבור ואת הדות. כדאמרינן, בנותן: שנותן את כלן. ומשום הכי, פירש: חוץ מאלו; ולא לטפויי מילתא, קא אתי, משום דרך. וכן נמי, באומר: תנו מנה לפלוני, בעל חובי, בראוי לו; לא נימא: שיטול את שניהם. אלא ידו על העליונה, ויטול אי זה שירצה; לפי שזה היה סבור: דאי לא קאמר: בראוי לו; אלא שאמר סתם; שלא היה נוטל, כי אם חובו. כמו שאמרו כן, באומר בחובו. ומשו"ה, אמר בראוי לו: שיהי' ידו על העליונה; אבל לא שיטול שניהם. אלא ודאי, האי טענה, ליתא! וליכא לספוקי בה כלל. וכל שכן בנדון זה, שהוא דבר תמיד, ומפורסם לכל: שמנהג העולם, כאנשי ירושלם. כמו שמפורש בתוספתא (כתובות פ"ד ה"ו): שאר כל הארצות, כותבין כאנשי ירושלם.

וכמו כן עיין בשו"ת הרשב"א (א, תרכט) -

נשאל ביהודי עם הארץ שבא לגרש את אשתו ואמרו לו בית דין שיפרע לה כתובתה. ואמר שלא הבין כשקרא החזן הכתובה והמתנ' ולא הבין התנאי. ואמר כי שאלו את פי הרב רבי מאיר ז"ל.

והשיב דשומעין לו. והוא אומר דאין שומעין לו דחזקה שהעידו עדים בעל פה ועל פיו חתמו בו. ואם אין אתה אומר כן לא הנחת חיוב לעמי הארץ ולא על הנשים דכולן יטענו כן. ואין אלו אלא דברי תמה. אבל מה אעשה שכבר הורה זקן יושב בישיבה חכם עם איש שיבה.

וכן עיין בש"ך (לקמן סו, נו) -

מכל מקום דבריו לא נהירין לי וקשיא לי בהו טובא שהם נגד הסברא ונגד דברי עצמו ונגד הרבה פוסקים ונגד הש"ס וכמו שאבאר. נגד הסברא, מה שכתב כולי עלמא לאו דינא גמירי והיא יראה למחול כו'. הוא נגד הסברא, דהא אשכחן כמה מיגות חמורות יותר מזה שצריכים לימוד ועומק גדול בים התלמוד שהאשה נאמנת באותן מיגות, וכל הש"ס והפוסקים מלאים מזה בכמה מקומות, ולא אמרינן שמא אינה יודעת הדין. ואם מצינו לפעמים בש"ס אטו כולהי נשי דינא גמירי, היינו דוקא במקומות שאמרו הם ושם יש טעם

בדבר, משאם כן בשאר דוכתי, דאל"כ ביטלת רוב וכמעט כל המיגות שבש"ס ופוסקים...

עיי"ש בהמשך השער המשפט שהסתפק אם קיבל עליו דיין בלילה אם יכול לחזור בו קודם גמר דין -

אמנם יש לי מקום עיון בקבלוהו עליהם בפירוש לדון בלילה אי יכולין לחזור בהן קודם גמר דין כמו בקבלו קרוב או פסול דקיימא לן בסי' כ"ב דקודם גמר דין יכולין לחזור בהן או דלמא דהכא שאני כיון דאם התחילו לדון ביום גומריין אף בלילה, אם כן כשקבלו לדון בלילה והתחילו לדון, שוב אינן יכולין לחזור בהן כיון דתחלת הדין היתה ע"פ קבלה אם כן הוי כתחילו ביום דגומריין בלילה אף ע"י כפיה וה"נ התחילה בהיתר היתה ע"פ קבלתם ושוב יכולין לגמור הדין בלילה אף ע"י כפיה דגמר דין כשר בלילה. ולכאורה יש להוכיח דיכולין לחזור בו מהא דכתב המרדכי ר"פ ז"ב בשם רבינו מאיר והביאו בסמ"ע בסי' כ"ב ס"א דבקבל עליו שלשה רועי בקר לדון דקודם גמר דין יכול לחזור בו ולטעון בענין אחר אם כן הכי נמי בקבלו לדון בלילה כיון שחזרו קודם גמ"ד הרי יכולין לחזור אף ממה שטענו מקודם, ואם כן הדר ה"ל תחלת דין ואין דנין בלילה בכפיה ואף למ"ש בסי' ג' סק"ד דנראה דלמאי דקיימא לן כשיטת הרמב"ם דהיכא דהודה דרך הודאה גמורה לפני עדים א"צ לומר אתם עדי דליתא לדברי ר"מ דכיון שקבלום עליהם ה"ל כהודאה גמורה מ"מ כיון דחזינן דר"מ ס"ל דיכול לחזור מהטענות שטען מקודם אף דבכל הודאה לפני בית דין קיימא לן דא"צ אתם עדי ע"כ צ"ל דר"מ ס"ל כיון דחוזר בו קודם גמ"ד נתבטל הקבלה למפרע ולא הוי כהודאה בבית דין, אם כן אף לדין דס"ל דהוי כהודה דרך הודאה גמורה לפני עדים מ"מ כיון שנתבטל הקבלה למפרע לא הוי רק כאלו הודו לפני עדים באתם עדי ולא התחלת הדין מקרי כיון שוועד הבית דין נתבטל למפרע. אך מ"מ עדיין יש לפקפק בזה די"ל דאף ר"מ מודה דוועד הבית דין לא נתבטל אלא משעת החזרה ואילך אך מ"מ ס"ל דיכול לחזור אף מהטענות דכיון דטעמא דהודאה בבית דין א"צ אתם עדי הוא משום דלפני בית דין ודאי אינו טוען להשטאה בעלמא ואם כן בקבלו עליהם בית דין שפסולין לדון כיון שדין הוא שיכולין לחזור בהן קודם גמ"ד יכולין לומר שלהשטאה בעלמא טענו כן כיון שהיו יודעין שיכולין לחזור בהן אבל בקבלו לדון בלילה י"ל דלא נתבטל וועד הבית דין לא משעת החזרה ואילך ושוב א"י לחזור בהן דגמ"ד כשר בלילה, ואדרבא יש לדמותו להא דכתב הרמ"א בסימן כ"ב ס"א בהגה דלענין עדות כשקבל עליו פסול להעיד מיד שהעיד א"י לחזור בו אף קודם הגמ"ד, אלמא כיון שנגמר מעשה הקבלה א"י לחזור בו ואם כן ה"נ לענין לדון בלילה כיון שא"צ לקבלתו רק

לענין קבלת הדין דגמ"ד כשר בלילה אם כן כשהתחילו לדון בלילה מיד נגמר מעשה הקבלה ושוב א"י לחזור בהן וצ"ע לדינא בזה ודוק היטב.

### (ז) זמן ישיבת הדיינים

הלבוש כתב שאסור לאכול עד סוף ישיבתם, ומקור לכך בזוהר, אך עיין בערוך השלחן (יא) שלא נהגו בזה -

ודע בזוהר משפטים הזהיר מאד שלא לישב בדין אחר סעודה וסמוך ל"י אקרא דדינו לבקר משפט ועל קרא דלא תאכלו על הדם ע"ש ומזה שנתבאר יש כעין סמך לזה ממה שאין יושבין אלא עד זמן סעודה אבל לא מצאנו זה בגמרא ובפוסקים ואדרבא דגם בדיני נפשות אמרו חז"ל [מ"ק י"ד:] דבחול המועד אוכלין ושותין ואחר כך גומריין דינו ע"ש וכל שכן בד"מ אלא וודאי דחומרא בעלמא הוא ומשמע בגמ' [שבת י"ג.] דבזמן הש"ס היה כן שלא ישבו אחר הסעודה בדין ועתה לא ראיתי בבתי דינים שינהגו כן וגם סנהדרי גדולה ישבו בלשכת הגזית כל היום אמנם אין ראיה משם דעיקר סנהדרי גדולה היתה להורות כל הספיקות לכל ישראל כמ"ש כי יפלא וגו' ואין עיקרה לדינין וראיה דמצינו בירושלמי סנהד' פ"א שר' צדוק ואחיו ישבו שם ולדין קרובים פסולים ומגמ' דמ"ק ג"כ יש לדחות דמשום כבוד הרגל התירו לאכול קודם גמר דין ומכל מקום זהו וודאי דאם הבעלי דין מתרצים יכולים לישב בדין גם לאחר סעודה ולא גרע מקרוב או פסול.

## סימן ו

### (א) דיון בפחות משה פרוטה

מה הטעם שאין דנים בפחות משה פרוטה? עיין בסמ"ע (א), ועיין בלבוש (ו, א), שהוא מטעם מחילה -

אין הדיינים צריכין לישוב בדין על תביעה פחות משה פרוטה דקיימא לן לגבי גזל דפחות משה פרוטה אינו נקרא גזל ... וטעמא דסתם בני אדם מוחלין זה לזה על פחות משה פרוטה ואין תביעתו תביעה, ואף כי זה התובע אינו רוצה למחול בטלה דעתו אצל כל אדם ואין משגיחין בו ובצעקתו, ואפילו הוזקקו כבר לישוב על שוה פרוטה אין גומריין אותו על פחות משה פרוטה, ויש אומרים שאם התחילו בפרוטה צריכין לגומרו בפחות משה פרוטה, והיכי דמי כגון אם חוזר הנתבע ותבע מן התובע פחות משה פרוטה נזקקים לו, דאי לתובע אחר הוה ליה תחלת דין לגבי דידיה ואף על פי שישבו כבר בדיינים

אחרים אין נזקקים לזה כלל שתובע פחות משה פרוטה אבל לנתבע שאינו אלא משיב על טענת התובע ומשיב זה בכללן לומר אדרבה הוא חייב לי וכי האי גוונא נזקקין לו.

ועיין באורח משפט (ו) בהג"ה מבן המחבר, שאינו מטעם מחילה -

ראיתי להגאון ר' לייב מפלאלק זצ"ל שהקשה בספרו גט מקושר דאיך יכולים שני עדים לחייב אפילו פרוטה הא הוי לה עדות שאי אתה ילה"ז דמשלשין בממון ואם כן אין על אחד שוה פרוטה ואינו יוצא בדיינים בפרט בעדים זוממין דקנסא היא. עיין שם שהניח זאת בצ"ע.

והנה ש"ב הראב"ד ר' יוסף ראפ מנאווידוואהר רצה לחדש מזה דכיון דלהתובע הוי פרוטה בית דין מזדקקין לזה וכן הדין בשנים שהזיקו פרוטה ג"כ בית דין מזדקקין וסברתו הוא משום דכיון דלהתובע הוי פרוטה לא מחיל, לכך שפיר ב"ר מזדקקין. אבל לא נראה לי לומר כן דלכך אין בית דין מזדקקין על פרוטה משום דמחיל אלא עיקר הטעם משמע בב"מ (דף נ"ה) משום דלא הוי ממון הניתן לגבות בבית דין. ונראה לי להביא ראיה לדברי דלאו במחילתו תליא מהא שהקשה הע"ש (בסימן זה) אהאי דינא דאם הוזקקו לבית דין לפרוטה גומרים דינם אפילו לפחות מפרוטה. והקשה הע"ש הא כבר מחיל ותירץ דמיירי שאומר דלא מחיל ואפ"ה זהו דוקא בשכבר הוזקקו בית דין לפרוטה אבל להזדקק לכתחילה לפחות משו"פ אפילו באומר שלא מחיל ג"כ בית דין אין מזדקקין הרי מוכח להדיא מהכא דלא במחילתו תליא ואף בלא מחיל בפירוש ג"כ אין בית דין מזדקקין.

עוד נ"ל להביא ראיה דלאו מטעם מחילה אין בית דין מזדקקין לפחות משו"פ מהא דמותיב רבא בב"מ שם לרב קטינא דבית דין נזקקין אפילו לפחות משו"פ מואת אשר חטא מן הקדש ישלם לרבות פחות משו"פ להישבון להקדש אין ולהדיוט לא ואי הא דאין נזקקין לפחות משה פרוטה הוי מטעם מחילה. אם כן למה צריך קרא לרבות הקדש להישבון דבית דין נזקקין אפילו לפחות מפרוטה כיון דהטעם הוי משום מחילה והקדש לאו בר מחילה הוא. אלא ודאי דלאו מטעם דפחות משו"פ מחיל לכך אין בית דין מזדקקין ואפילו בלא מחיל נמי אין בית דין מזדקקין משום דפחות משו"פ לא הוי ממון שניתן לנכות בבית דין וכמוש"כ.

ולפי עניות דעתי נראה ליישב קושיית הגט מקושר הנ"ל. דהנה הא דאמרינן דמשלשין בממון נראה לי דהביאור כן הוא דמן הדין כל אחד מחוייב לשלם כאשר זמם להפסידו בעדותו רק דבית דין משלשין הוא משום כיון דקיבל מה שרצו להפסידו אין לחייבם שיתנו בין שניהם כפל כאשר זמם כל אחד

להפסידו וכן פרש"י במכות (דף ה' ע"א) אהא דקאמר שם דמשלשין בממון ואין משלשין במכות משום דממון מצטרף ופרש"י לזה הטעם והרי קיבל מה שרצו להפסידו בין כולם וזה פשוט לדעת. אם כן מעתה לק"מ ושפיר יכולים בית דין להזדקק אף בלא העידו אלא אפרוטה כיון דהחיוב לשלם פרוטה שרצו להפסידו בעדותן הוא על כל עד כאשר זמם אלא כיון דבאו לבית דין ושלשו בין שניהם וקיבל מה שרצו להפסידו. מצטרפין ופטרין אותם בזה. אבל כל זמן שלא קיבל מה שרצו להפסידו החיוב הוא על כל עד לשלם הפרוטה כאשר זמם. ושפיר יכולים בית דין להזדקק אף בלא העידו אלא אפרוטה והשילוש אינו אלא קולא להעדים וזה נכון.

ועיין **בשער משפט** (א) רצה להבין איך חצאי פרוטה מצטרפים, הרי כבר מחל על החצי? עי"ש חילוק בין גזל בתחילה חצי פרוטה לבין גזל פרוטה והחזיר מחציתה -

וק"ל טובא דאמאי מצטרפין גזל פחות משווה פרוטה, הא בש"ס דסנה' דף כ"ז ודף כ"ט משמע להדיא דלכך אינו חייב בגזל פחות מש"פ משום דמסתמא כל פחות משווה פרוטה מחלי ישראל בתר הכי וכ"כ התוס' בעירובין דף ס"ב ובע"ז דף כ"א בהא דאר"י גופי' בן נח נהרג על פחות מש"פ ולא ניתן להישבון דבגזל מישראל איירי ולכך לא ניתן להישבון משום דישאל ודאי מחיל הגזילה בתר הכי ואם כן אמאי מצטרפין גזל בפחות מש"פ לתשומת יד ואבידה כיון דכבר מחל לו הגזל היכי מצי תבע ליה אחר כך אטו אם אדם מחל לחבירו שום דבר ואחר כך גזל הלה ממנו דבר אחד מי מצי לחזור ולתבוע ממנו מה שמחל לו קודם לכן, וגם לענין אבידה קשה טובא דמשמעות לשון הרמב"ם פי"א מה' אבידה והט"ו בר"ס רס"ב דאבידה שאין בה ש"פ אין שום חיוב להחזירה אף לכתחילה משום דקנה האבידה לגמרי במציאתה והתורה לא חייבה לקיים בה מצות השבה כלל ואם כן אמאי מצטרפין אבידה שנ' פחות מש"פ לחוב של הלואה כיון שקנה האבידה לגמרי והוי שנו ואפשר הא דאמרינן הכא דמצרפי גזל ואבידה בפחות מש"פ מיירי שגזל מתחילה יותר מש"פ והחזירה לו רק שנשאר אצלו פחות מש"פ שלא החזירו וכן באבידה מיירי בהכי ובהכה"ג לא נמחל לו המותר בגזל וכן באבידה לא קנה המותר.

ובעצם, חילוקו של השער משפט מבואר כבר בשיטה מקובצת (בבא קמא קג,א) בשם הרא"ש -

חוץ משוה פרוטה בקרן. וא"ת מרישא שמעינן לה מדקתני חוץ מפחות שוה פרוטה אין צריך הא שוה פרוטה צריך. וי"ל משום דמצינן למידק פחות משוה פרוטה פשיטא דאין צריך הא שוה פרוטה מספקא ליה כדאמרינן בפרק בתרא



דעבודה זרה תני רבי חייא שפחסתו צלוחיתו אבל לא פחסתו צלוחיתו מאי לא תפשוט מינה דניצוק אינו חיבור לא פחסתו צלוחיתו תפשוט לך ניצוק תיבעי לך. וא"ת מרישא שמעינן לה נמי הגזל את חברו שוה פרוטה דמשמע הא פחות אינו צריך לילך אחריו. וי"ל דסלקא דעתך אמינא הני מילי דלא גזל מתחילה שוה פרוטה אבל אי גזל מתחילה שוה פרוטה אפילו לא נשאר בידו אלא פחות משוה פרוטה צריך לילך אחריו קמשמע לן.

**אמנם בסמ"ע** (לקמן שטז, ז) משמע שאפילו בפחות משווה פרוטה יש חיוב השבה, אלא שאין בית דין נזקקים לכך -

אלא יבוא הנגזל ויטול השאר – כן הוא לשון הרמב"ם ור"ל אף שהוא פחות משו"פ בתורת השבה הוא כיון שמתחילה גזל יותר משו"פ ולא החזיר כולו אלא שאינו מחויב להוציא עליה הוצאה בהשבתה, ועוד דגם פחות משו"פ איסור גזל יש בו אלא שאין בית דין נזקקין לפחות משו"פ להוציאו מידו וכן עיקר.

**'אין בית דין נזקקים לפחות משווה פרוטה' - האם הכוונה שאסור להם להיזקק או שאינם חייבים? עיין בשו"ת דברי מלכיאל (קע) -**

ובהא דאין בית דין נזקקין לפחות מש"פ כתב הנתיבות בסימן ו' שאם נזקקו בית דין לפחות משווה פרוטה יש להם דין בית דין לענין הודאה והחזק כפרן. נראה מזה דאף שאין בית דין חייבין להזדקק לזה. מ"מ מותרים להזדקק אם ירצו. אבל הא גופא צריך ראייה והנתיבות לא הביא שום ראייה לדבריו. ובשטמ"ק בב"מ נ"ה הביא בשם הריטב"א שאם סברו שהתביעה ש"פ ונזקקו לדין ואחר כך נמצא שהוא פחות משווה פרוטה גומרין דינו. נראה מזה שהכוונה שהרשות בידם לגמור הדין דאין לומר שהכוונה שמחויבים לגמור הדין. דהא פחות משווה פרוטה אינה בהשבה ומה בצע בגמור הדין ואיך שייך לחייבם בזה. וע"כ צ"ל שהכוונה שמותרים לגמור הדין. וממילא מוכח דלכתחילה אסור להזדקק לפחות משווה פרוטה.

והעיקר נראה שאין ביד בית דין לומר שרוצים לטרוח בזה. דכיון שפסקו בש"ס הדין כן שוב אין כח ורשות לבית דין אחר לשנות הדין. וה"ז דומה לדבר שנאסר במנין ובטל הטעם שבשבילו אסרו דמ"מ צריך מנין אחר להתירו ועיין חיבורי ח"א סימן כ"ח בזה. ומכל שכן הכא שזיכו חז"ל בדין את האחד בשביל זה דבודאי אין רשות לבית דין לחייבו. ועדיפא מדין פחות משווה פרוטה. דבפחות משווה פרוטה נראה ודאי שאם בא לישאל אומרים לו בית דין שאף שאין אנו מזדקקים לזה מ"מ מוטל עליך לעשות כדן. משאם כן הכא אינו מחויב לעשות כלל. ... וכת"ר כתב דכיון שאמרו חז"ל דלא

מטרחינן בית דין. ממילא אף אם רוצים לטרוח לא עבדי שליחותייהו בזה. והיא סברא נכונה. אך י"ל דאם הדין שבית דין יכולים לטרוח לדון בזה. ממילא גם עכשיו אנחנו שלוחיהם לכל דבר שאפשר לדון כן. וגם יש לדון אם קבלוהו עליו לדיין דאז אינו דן מצד דעבדינן שליחותייהו. ומ"ש כת"ר לתלות זה בהא דיכול אדם לומר א"א בתקנת חכמים. נראה דאינו שייך בנ"ד דהכא אמרו דלהכי פסקינן הכי לפי דלא מטרחינן בית דין. וממילא נפסק הדין כן. ובית דין הרוצים לטרוח בזה הרי דנים שלא כדין. ולא הוטל על בית דין רק לדון כפי דקיי"ל בש"ס ולא יותר. דהא הדין הוא מצוה המוטלת על בית דין לשפוט בין איש לרעהו ולהציל את העשוק. והיכא שאין כאן דין מדינא דגמרא. יכול הלה לומר שאינו מקבל את דינם כי אינם דיינים בדבר זה. משאם כן בתקנה שנתקנה לזכות אנשים פרטיים. שפיר יכול לומר א"א בתק"ח [= אי אפשי בתקנת חכמים].

מה הדין בזמן הזה, שאין לפרוטה שום כח קנייה, האם גם כיום נדון על פרוטה (בערך חמש אגורות חדשות ! !)? עיין בסמ"ע (פח, ב) שכתב -

וק"ק לומר כן דשמינית מפעניק יחשב ממון לקדש בו האישה ולהיות הדיינים נזקקים לו, ואפשר לומר שבימיהם היו הפירות והקנינים בזול ובעד פרוטה היו קונים הרבה פירות ולכך היה הפרוטה נחשב כממון ולפי"ז בזמנינו דא"א לקנות בפרוטה כ"א מעט מזער מן הדין הל"ל דאין קדושי אישה סגי בפרוטה ולא פדיון הבן בשני זהובים וצ"ע.

אמנם המעיין בשו"ת הריב"ש (קנג) יראה שאמנם גם הוא התקשה בכך, אך לא שינה את הדין עקב כך -

תשובה: כבר כתבתי לך בארוכה בתשובות הראשונות, איך הסכימו כל האחרונים ז"ל, וגם הרמב"ם ז"ל, דכתובת אשה דרבנן, בין דבתולה בין דבעולה. ושהסכמת כלם, שהמאתים של בתולה, והמנה של בעולה, הם כסף מדינה, שהוא שמינית שבכסף צורי; ולזה, מאתים של בתולה אינם רק כ"ה דינר צורי, ושל בעולה י"ב וחצי. ושערו האחרונים ז"ל, שהדינר ג' ארגיניץ, והארגיניץ הוא חלק אחד מששה עשר באוקיא של כסף; וכ"כ הרמב"ן ז"ל בפירושי התורה (בפרשת כי תשא), וכן בהלכות בכורות בארוכה בענין ה' סלעים של פדיון הבן. והוקשה לך, איך תקנו חז"ל דבר מועט כזה לכתובת אשה, והם אמרו: כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה; והלא אפילו עני שבישראל, כשיהיה לו קטטה עם אשתו, תהא קלה בעיניו להוציאה בדבר מועט כזה! תשובתך: אתה שערת באנשי מיורקה, שעשיריה היו להם בתים מלאים כל טוב, אוצרות כסף וסחורה ומטמוני מסתרים, מרגליות ורוב פנינים,

ומערות מלאות דינרי זהב. ואשר אין לו כל אלה, אף אם יהיו לו חפצים ותכשיטים ואלפי זהב, ואומנות נקייה להרויח בה פרנסתו והותר, נקרא עני. אבל תשער בתושבי הארץ הזאת, שאינם מספיקים ללחם צר ומים במשורה, ועל הארץ ישנים, או על שטיח עור, ובכסות יום מתכסים בלילה, ומלבושיהם טלאי על גב טלאי, ורובם הולכים יחפים. ובימי חז"ל כך היו, כמו ששערו במזונות האשה למשרה אשתו על ידי שליח (כתובות ס"ד:). וגם מגדולי חכמים היו בעלי אומנות; כמו שאמרו על רבי יהושע שהיה פחמי. והלל, שהיה מזרע דוד, היה משתכר בזו אחד להביא מן היער חבילת עצים. ורב כהנא היה מוכר סלים לנשים מחמת עניו, כדאיתא בפ"ק דקדושין (מ). ובדורו של רבי יהודה בר אלעאי היו חמשה מתכסים בטלית אחת ועוסקים בתורה. ואנשי כנסת הגדולה, המתקנים התקנות בישראל, כשעלו מן הגולה כבר היו עניים עד מאד; כמו שמוזכר בספר עזרא, שבימי נחמיה היו נושים איש באיש, וכובשים בניהם ובנותיהם לעבדים, מהם לוו כסף למדת המלך ומהם לקחת דגן ברעב. וגם מגורת בית המקדש, אשר עשה משה רבינו ע"ה ככר זהב טהור, יש מן החכמים ז"ל אומרים, שמלכי בית חשמונאי עשאוה מעץ; ויש מן החכמים אומרים, ששפודין של ברזל היו וחפום בבעץ; העשירו, עשאו של כסף, חזרו והעשירו, עשאו של זהב; כמוזכר במסכת ר"ה ובמנחות (כח:). וגם ההבדלה במוצאי שבת, קבעוה בתפלה, עד שהעשירו קבעוה על הכוס; כדאיתא בפרק אין עומדין (לג). ושנינו במסכת פאה (פ"ח): מי שיש לו ג' זוז והוא נושא ונותן בהן, הרי זה לא יטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני, לפי שאינו בגדר עני; וחמשים זוז הם חצי כתובת אלמנה. ותמה על עצמך: איך אשה מתקדשת בפרוטה, שיש בדינר קצ"ב פרוטות, והוא דבר מועט עד מאד? וגם בית דין נזקקין לתביעת פרוטה, לפי שלא נתנה לימחל מן הסתם. וחכמים ז"ל קתנו כתובה לאשה לכלן בשוה, שלא לבייש את מי שאין לו, ושערו בעני, ואמרו, שאם רצה להוסיף אפילו מאה מנה, יוסיף; והעני, אם ירצה לגרש את אשתו, את כל אשר לו צריך ליתן. ועוד, שהרי אמרו חז"ל גם כן, שהגרשה אין שמין מה שעליה, אלא נוטלתן מלבד כתובתה; וכתב הרשב"א ז"ל בתשובה, דבין בגדי חול ובין של שבת, שלא כדברי הרמב"ם ז"ל, שכתב: דוקא בגדי חול...

אמנם יש שמתחשבים בספיקו של הסמ"ע לפחות לחומרה. עיין בשו"ת מנחת שלמה (א, סו) -

אמנם נלענ"ד דמשמע דלהלכה חוששין גם דלעת הסוברים שבמקום שהכסף הוא בזול ואין יכולים לקנות בחצי שעורה כסף כי אם מעט מזעיר שאין זה חשוב פרוטה, וכמו"ש הסמ"ע בחו"מ סימן פ"ח ועיי"ש בש"ך וביו"ד סימן

רצ"ד וש"ה, דאל"כ נמצא שבזמנינו זה שדרע"ם אחד כסף שהוא משקל ס"ד שעורות אינו שוה אלא גרא"י אחד ולפי"ז כל מיל הוא י"ב פרוטות ומעולם לא נשמע כזאת, ולכן כיון שלפי דברינו הוא מוזיל את הכסף מערכו הו"ל שפיר כשאר פחות משו"פ שאינו תופס פדיון, ועוד נלענ"ד די"ל דכיון שסברא הוא שאין אדם יכול לומר על דבר שהוא שוה פרוטה שאינו שוה אצלו אלא פחות, משום דלאו כל כמיניה לומר על ממון שאינו ממון, ה"נ בנד"ד כיון שהמעשר אינו שוה פרוטה ונמצא שלפי דבריו שהוא מוזיל את הכסף ואומר שאינו שוה אצלו אלא כשויו של המעשר, הו"ל כאומר על פרוטה שהיא פחות מפרוטה ודו"ק.

## כי המשפט לא-להים הוא

### הרב יאיר פרנק

- א. פתיחה / 317  
 ב. "כי בצלם א-להים עשה את האדם" / 319  
 ב. משרה שכינה בישראל / 320  
 ג. נעשה שותף לקב"ה / 321  
 ד. לפני ה' ולא לפני עקיבה בן יוסף / 321  
 ה. בית דין – מקום דרישת התורה / 323  
 ו. בית דין כמנהיגים / 326  
 ז. התורה ו'המשפט הטבעי' / 329  
 ח. החתירה לאמת לעומת פורמאליות - חוקים מול ערכים / 331  
 ט. אישיותו של הדיין / 337  
 י. דעת הדיין / 339  
 יא. דיון בפני "ערכאות של גוים". / 342  
 יב. משמעות הסמיכה / 344  
 יג. מקום ישיבת הסנהדרין – "במקום אשר יבחר" / 347  
 יד. הטיה וטעות / 348  
 טו. צדקה ומשפט / 349

### א. פתיחה

בפרשת משפטים מכונה בית הדין מספר פעמים בשם - "אלהים": "והגישו אדניו אל האלהים"<sup>1</sup>, "ונקרב בעל הבית אל האלהים... עד האלהים יבא דבר שניהם אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו"<sup>2</sup>, "א-להים לא תקלל ונשיא בעמך לא תאור"<sup>3</sup>. משמעות הביטוי 'אלהים' במקורות אלו היא - בית דין. הגשת העבד המבקש להישאר אצל אדניו אל בית הדין, שבועת השומר בפני בית דין והאיסור לקלל דיינים.<sup>4</sup>

1. שמות כא, ו. ועיין רמב"ן שם ובפסוק א, שם הוא מבאר את עיקרי הנאמר לקמן (וכן עיין פירושו בדברים יט, יט).
2. שם כב, ז, ח.
3. שם כב, כז.
4. עיין במכילתא ובפרשנים לפסוקים הנ"ל. אומנם לגבי קללת דיינים ישנה מחלוקת במכילתא, באשר לשאלה, האם הכוונה במילה "אלהים" לדיינים או לקב"ה. וזו לשון המכילתא (מס' פסחים פ"ג הל' א').

משמעות המילה 'אל' במקרא היא, בעל 'כוח', כדברי לבן ליעקב: "יש לאל ידי לעשות עמכם רע"<sup>5</sup>. הדיינים הם בעלי הכוח והשררה, ומשום כך מכונים 'אלהים'.

אולם התורה איננה משתמשת בביטוי זה בכדי. נראה שעומק פשוטו של מקרא הוא, שהאנשים הניגשים אל בית הדין אכן עומדים לפני ה', ותפקיד בית הדין להיות 'יד' ה' בעולם.<sup>6</sup> רעיון זה איננו בגדר דרשה בעלמא, אלא נאמר במפורש במקומות רבים בתורה: "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' לפני הכהנים והשפטים אשר יהיו בימים ההם"<sup>7</sup>, "כי המשפט לא-להים הוא"<sup>8</sup>.

בשעה שמינה המלך יהושפט שופטים בארץ, הוא פנה אליהם ואמר -

ראו מה אתם עשים כי לא לאדם תשפטו כי לה' ועמכם בדבר משפט. ועתה יהי פחד ה' עליכם שמרו ועשו כי אין עם ה' א-להינו עולה ומשא פנים ומקח שחד.<sup>9</sup>

רעיון דומה נאמר על ידי דוד המלך, בספר תהילים -

מזמור לאסף א-להים נצב בעדת אל, בקרב א-להים ישפט.<sup>10</sup>

היינו, הקב"ה נמצא עם הדיינים בכל מהלך הדין, והוא מעורב במעשה המשפט.

השקפה זו, קשורה בקשר הדוק בהבנת מעמדו ותפקידו של בית הדין על פי משפט התורה. ננסה להעמיק בהבנתה של השקפה זו, ולבחון את המשמעויות המעשיות שיש לה, במכלול של נושאים, תוך השוואה מפורשת או מרומזת בין תפקידו של בית הדין על פי דין התורה, לבין תפקידו של בית המשפט, לפי שיטות משפט אחרות.

דכספא משפטים, (ט): "אלהים לא תקלל למה נאמר? לפי שהוא אומר ונוקב שם ה' מות יומת, עונש שמענו אזהרה לא שמענו. לכך נאמר: אלהים לא תקלל, מכל מקום, דברי רבי ישמעאל. רבי עקיבא אומר: בדיינין הכתוב מדבר, שנאמר: עד האלהים יבא דבר שניהם". וראה בסנהדרין סו, א, שם מוחלפות הדעות: "א-להים' חול, דברי רבי ישמעאל. רבי עקיבא אומר: 'א-להים' קודש. ותניא, רבי אליעזר בן יעקב אומר: אזהרה למברך את השם מניין? תלמוד לומר א-להים לא תקלל" (ובהמשך שם לומדים קודש מחול וחול מקודש). וכן במסכת סופרים (ד, ה) - "א-להים לא תקלל משמע קודש וחול, רבי שמעון אומר: קודש".

5. בראשית לא, כט.

6. להלן (ליד ציון הערה 167) נעמיק בהבנת משמעות שם "א-להים" כמידת הדין.

7. דברים יט, יז. ושם בסיפרי, קצ: "לפני ה' שהם סבורים לפני בשר ודם הם עומדים, ואין עומדים אלא לפני המקום".

8. דברים א, יז.

9. דברי הימים ב יט, ו-ז.

10. תהילים פב, א.

## ב. "כי בצלם א-להים עשה את האדם"

כאמור, התורה ראתה בעמידת בעלי הדין לפני הדיינים, עמידה לפני ה'. השקפה זו מעלה את השאלה, כיצד ייתכן שבית דין, שדייניו בני אנוש, יכול להוות בית דינו של הקב"ה? תשובה לשאלה זו, נוכל ללמוד מפרשנותו המקורית של ה'חזקוני' לפסוק: "שופך דם האדם באדם דמו ישפך, כי בצלם א-להים עשה את האדם".<sup>11</sup>

רבים הבינו שסיומו של הפסוק נועד לנמק את חומרת העונש. היינו, ראוי שדמו של הרוצח יישפך, משום שרצח אדם שנברא ב"צלם א-להים".<sup>12</sup> יש שביקשו להסביר, שסיומו של הפסוק מוסב על הרוצח, ולא על הנרצח. היינו, חמור חטאו של הרוצח, דווקא משום שהוא נברא ב"צלם אלהים", ובמעשה הרצח, השחית את צלם אלהים שבו.<sup>13</sup>

ה'חזקוני' סבר שסיומו של הפסוק לא מוסב על הרוצח, ולא על הנרצח, אלא על הדיינים, הדנים את הרוצח ומענישים אותו: "באדם דמו ישפך".<sup>14</sup> הפסוק מדגיש שעונשו של הרוצח לא יבוא לו מידי שמים, אלא מידי אדם דווקא.

סיומו של הפסוק מבקש לענות על השאלה, מהיכן שואב האדם את הזכות המוסרית לענוש את רעהו, ובייחוד, כאשר העונש חמור עד כדי נטילת נפשו? התשובה לשאלה זו היא: "כי בצלם א-להים עשה את האדם". היינו, האדם נברא בדמות בוראו, ותפקידו בעולם הוא, לסדר ולתקן את החברה על-פי הרצון הא-לוהי. כיון שהאדם נברא ב"צלם א-להים", הוא מסוגל לברר את הדין, ולהכריע האם אמנם העברייין ראוי לעונש, ולהטיל עליו את העונש הראוי לו, אף כאשר מדובר בדיני נפשות. יתירה מזאת, אין זו רק זכות אלא אף חובה המוטלת על האדם. צלם אלהים שבאדם, צריך שיביא אותו לשאיפה מוסרית עליונה לטוב השלם והמוחלט, ולמיגור כל עוולה. בית הדין הם המממשים שאיפה ודרישה זו, ועל כן, ראויים הם להיקרא: "א-להים".<sup>6</sup>

11. בראשית ט, ו.

12. ראה ספורנו, ורד"ק לבראשית, שם.

13. רד"ק, שם, בסופו.

14. זה לשון החזקוני שם: "כי בצלם א-להים. דוגמת א-להים לא תקלל: עשה את האדם. שיהא דיין ושופט לירא ממנו, ולא שיבזוהו ויהרגוהו". מבואר שהסיפא של הפסוק מדבר בדיינים. אומנם, לפי החזקוני משמעות הפסוק היא שהדיינים הם בצלם א-להים כדי שייראו מהם וישמרו על כבודם. אנו נקטנו בגוף המאמר בהסבר שונה. כמו כן, החזקוני (לעיל א, כז) פירש ש'צלם א-להים' משמעו צלם המלאכים, ואילו אנו הדגשנו דווקא את המשמעות הפשוטה של 'צלם א-להים' ממש.

## ב. משרה שכינה בישראל

במסכת סנהדרין, מובאים דבריו של רבי יונתן, שאמר -

כל דיין שדן דין אמת לאמיתו משרה שכינה בישראל, שנאמר: "א-להים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט". וכל דיין שאינו דן דין אמת לאמיתו, גורם לשכינה שתסתלק מישראל, שנאמר: "משוד עניים מאנקת אביונים עתה אקום יאמר ה' וגו' (תהילים יב).<sup>15</sup>

שפיטה על פי האמת והדין, ותיקון העולם על פי הצדק הא-לוקי, אכן משרה שכינה בישראל. הקב"ה יכול כביכול "לדור" בחברה אשר מתקנת את העוולות שנעשו בקרבה, ומנהלת את דרכיה בישרות ובהגיונות. השראת השכינה היא בישראל דווקא, משום שרק דיני התורה הם המבטאים את רצון ה', המתגלה במציאות על ידי הדיינים.<sup>16</sup> משמעות השיפוט על פי דין התורה הוא, קירוב העולם אל האידיאה הא-להית.

השכינה נקראת אף 'מלכות ה'', ואכן, הקב"ה מולך על עולמו, דווקא כאשר ישראל מקיימים את גזירותיו.

רבי יונתן מדגיש בדבריו שעל הדיין לדון "דין אמת לאמיתו", היינו, לא די לדיין ללכת אחר החוק היבש, אלא עליו לתור אחר האמת והצדק ממש.<sup>17</sup> להלן,<sup>18</sup> נרחיב יותר בהבנת משמעותו של מושג זה<sup>19</sup>, והשלכותיו המעשיות. דווקא מתוך דרישה זו של אמת, שורה שכינה בקרבינו.

15. סנהדרין ז,א.

16. **הערת עורך**: גם אם יקבלו גויים על עצמם לדון לפי דין התורה, לא יביא הדבר להשראת שכינה בקרבם, משום שהרצון האלוקי הוא, שדווקא ישראל יקיימו מערכת משפטית המושתתת על דין התורה, וזהו המפתח לתיקונו של עולם. אמנם, היו שסברו שגם כאשר גויים מקיימים מערכת משפטית בדיני ממונות, כפי שהם אכן מצווים לעשות במסגרת שבע מצוות בני נוח, על מערכת זו לנהוג לפי דין התורה. על כך ראה: **שו"ת הרמ"א**, ובהרחבה אצל נ' רקובר, **שלטון החוק בישראל**, ירושלים תשמ"ט, 34-40.

**תגובת הכותב**: אכן, השראת השכינה בישראל דווקא קשורה במהותה בסגולת ובחירת ישראל. אומנם כוונת דברי שבעומקם של דברים ישראל ואורייתא חד הם, ו'תורה בגויים אל תאמין'. על כן, רצון ה' המתגלה בתורה מיוחד לישראל דווקא.

17. **הערת עורך**: כך אמנם פירש **עקידת יצחק** פרשת יתרו, מג, עמ' 186-189, והשווה לדברי **אברבנאל**, בפירושו לדברים יז, ח - יב, ולדברי **דרישה** חו"מ, א, ב. אולם, יש גם פירושים אחרים לדרישה לדון דין אמת לאמיתו, ראה למשל: **תוספות** בבא בתרא ח, ב, ד"ה דין; מגילה טו, ב ד"ה זה; **בית יוסף** חו"מ א, ב.

18. פרק ח.

19. ועיין עוד במגילה טו, ב; בבא בתרא ח, ב; אבות דרבי נתן יב; פאה ח, ט.



## ג. נעשה שותף לקב"ה

במסכת שבת, מסופר מעשה שאירע בבית הדין, בו ישבו רב חסדא ורבה בר רב הונא -

רב חסדא ורבה בר רב הונא הוו יתבי בדינא כולי יומא, הוה קא חליש לבייהו. תנא להו רב חייא בר רב מדפתי: "ויעמד העם על משה מן הבקר עד הערב", וכי תעלה על דעתך שמשה יושב ודן כל היום? כל תורתו מתי נעשית? אלא לומר לך: כל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת, מעלה עליו הכתוב כאילו נעשה שותף להקדוש ברוך הוא במעשה בראשית. כתיב הכא: "ויעמד העם על משה מן הבקר עד הערב", וכתיב התם: "ויהי ערב ויהי בקר יום אחד".<sup>20</sup>

כאשר עייפו הדיינים מן הדיונים המפרכים, עודד רב חייא את חבריו, בכך שהעמידם על הערך הרב שיש למעשיהם. רב חייא הסביר לחבריו שבעשותם דין אמת, הרי הם נעשים שותפים לקב"ה במעשה בראשית. הקב"ה ברא אמנם את עולמו בששה ימים, אך העולם דורש תיקון והשלמה. השלמה זו מופקדת בידי האדם. אי לכך, דיין המציל עשוק מיד עושקו או מתקן את סדרי החברה, הרי הוא שותף למעשה הבריאה, בכך שהוא משלים את העולם ומתקנו. בלשונו של ה'טור' -

נמצא שהדיין המשבר זרועות רמות הרשעים ולוקח מידם טרף ומחזירו לבעלים, מקיים העולם וגורם להשלים רצון הבורא יתברך שמו שבראו להיות קיים, והרי כאילו נעשה שותף להקב"ה בבריאה.<sup>21</sup>

ייתכן שרוחם של רב חסדא ורבה בר רב הונא נפלה, בראותם שעיקר עיסוקם הוא בזוטות. על כן, בא רב חייא וחיזקם, תוך שהוא מבהיר להם שלא בזוטות הם עוסקים, אלא בהמשך חידוש ותיקון העולם. מעשה הדין הוא כמעשה ה' ממש, ובכך, מתעלה דמותם להיות כעין דמות קונם.<sup>22</sup>

## ד. לפני ה' ולא לפני עקיבה בן יוסף

תודעת נוכחותו של הקב"ה בבית הדין, משפיעה על כל הנוכחים בבית הדין, על הדיינים, על בעלי הדין ועל העדים, ומביאה לבית הדין אווירה של יראה נוקבת

20. שבת י, א.

21. טור חו"מ א.

22. שוב הדבר מסביר מדוע בית דין נקראים 'א-להים' דווקא. 'א-להים' הוא שם ה' המחיה את הטבע. בעל הכוחות כולם (א-להים = 'הטבע' בגימטריה). במעשה בראשית הקב"ה ברא את הטבע, ובית הדין הנקרא אף הוא א-להים ממשיך ומשכללו כמוסבר למעלה.

ודרישת האמת.<sup>23</sup> ביטוי לכך יש בדברי התוספתא -

הדיינים יהיו יודעין את מי דנין ולפני מי הן דנין ועם מי הן דנין ומי הוא דן עמהן, ויהיו עדים יודעין את מי הם מעידין ולפני מי הן מעידין ועם מי הן מעידין ומי הוא מעיד עמהם, שנאמר: "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'" (דברים יט), ואומר: "א-להים נצב בעדת א-ל בקרב א-להים ישפוט" (תהלים פב) וכן יהושפט אומר: "ויאמר אל השופטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפטו כי (אם) לה'" (דברי הימים ב, יט). ושם יאמר הדיין: מה לי בצער הזה, והלא כבר נאמר: "ועמכם דבר המשפט" (שם). אין לך אלא מה שענין רואות.<sup>24</sup>

על הדיינים והעדים להבין שאין הם עסוקים ביישובו של סכסוך פרטי או בתיקון החברה גרידא. הם עומדים לפני ה', ודנים את עולמו בכלל. התוספתא מבקשת להדגיש זאת, תוך הפניית תשומת לבו של הדיין ודרישה ממנו להכיר את מי הוא דן, לפני מי הוא דן ועם מי הוא דן. נעמוד בקצרה על המשמעויות של שאלות אלה.

**"את מי דנין"**: במעשה הדין, נעשה הדיין שותף לקב"ה, אשר אף הוא דן ומחיה את עולמו בכל יום ויום. לכן, צריך הוא לברר מה אכן דורש תיקון, אך לעומת זאת מה נכון ואמיתי ואשר סילופו יקלקל ויעוות את דין הבורא. בתלמוד הירושלמי מודגש הדבר יותר -

וכי אפשר לבשר ודם לדון את בוראו? אלא אמר הקב"ה: אנא אמרית דיהא (=אני אמרתי שיהיו) לראובן מאה דינר ולשמעון ולא כלום ואת נוטלן מזה ונותנן לזה, עלי לשלם לו וליפרע מאותו האיש.<sup>25</sup>

**"לפני מי דנין"**: הדיין עצמו עומד כנשפט לפני ה' בעת שהוא שופט אחרים. אין הוא חותר לאמת רק מכוחן של מוסכמות חברתיות או מוסר אנושי, אלא מחויבותו לאמת נובעת מעמידתו לפני מלכו של עולם, כמאמר התלמוד -

לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו.<sup>26</sup>

23. עיין ברמב"ם, סנהדרין ג, ז: "כל בית דין של ישראל שהוא הגון שכינה עמהם, לפיכך צריכין הדיינים לישב באימה ויראה ועטיפה וכובד ראש, ואסור להקל ראש או לשחק או לספר בשיחה בטילה בבית דין, אלא בדברי תורה וחכמה".

24. תוספתא סנהדרין א, ד. התוספתא מובאת גם בסנהדרין ו, ב; ירושלמי סנהדרין א, א. להלן נביא ביאורים משם.

25. ירושלמי, שם.

26. סנהדרין ז, א.

"ועם מי הן דנין, ומי הוא דין עמהן": הדיין אינו פוסק את הדין לבדו, הקב"ה בעצמו דן עמו ומכוונו להגיע לאמת.

אולם, יש להבין מדוע כפלה התוספתא דבריה, באומרה שהדיינים דנים עם הקב"ה, והקב"ה דן עמם. נראה, שכוונת התוספתא היא, שבתחילה צריכה להיות קיימת אצל הדיינים ענווה, הבאה מתוך הבנה שהם משמשים רק ככלי לדינו של הקב"ה. ענווה זו הכרחית, על מנת שדעת הדיין תהיה פתוחה לקבל את דינו של הקב"ה, ורק כך יוכל לכוון לאמת. על כן, מתחילה צריכים הדיינים לדעת "עם מי הם דנים".

אבל, אסור שענווה זו תביא לכך שהדיין יסיר מעצמו אחריות. עליו לשאוף להכרעה הבאה מתוך נקודת המבט ושיקול הדעת שלו דווקא. עליו להבין שהדיין, והאחריות לתוצאותיו, מונחים על כתפיו. מנקודת מבט זו הדיינים הם הם המכריעים את הדין, אלא שיודעים הם שהקב"ה מסייע להם במלאכתם ממרום: "ומי הוא דין עמהן". משום כך, נדרש הדיין להכריע על פי דעתו, ולפי ראות עיניו: "ועמכם דבר המשפט, אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות".<sup>27</sup>

וכך מסופר בתלמוד הירושלמי על מנהגו של רבי עקיבא בעת שישב בדין -

רבי עקיבא כד הוה בר נש אזל בעי מידון קומיה הוה אמר להון (=כשהיה אדם מבקש לבוא לדין לפני רבי עקיבא, היה אומר להם): הווי יודעין לפני מי אתם עומדין, לפני מי שאמר והיה העולם, שנאמר "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'", ולא לפני עקיבא בן יוסף.<sup>28</sup>

### ה. בית דין – מקום דרישת התורה

במדינת ישראל, ובשיטות ממשל רווחות היום, מקובל עיקרון הפרדת הרשויות, לפיו, קיימות שלוש רשויות נפרדות: רשות מחוקקת, רשות שופטת, ורשות מבצעת. תפקידה של כל רשות מוגדר וידוע, ובדרך כלל, אין הרשות השופטת מתערבת בהליך החקיקה, כשם שאין הרשות המחוקקת מתערבת בהליך השיפוטי.

בית דין הגדול אשר ישב בירושלים, כלל בתוכו מרכיבים מכל שלושת הרשויות, ואף יותר מכך.<sup>29</sup> תחילה נתמקד בבית הדין כמקום דרישת התורה. בית הדין הגדול עסק

27. סנהדרין ו,ב.

28. ירושלמי סנהדרין א, א.

29. אמנם, הפרדת רשויות בתחום אחר, אכן קיימת במדינת התורה: הכהונה, הסנהדרין והמלוכה (ובמידה מסוימת אף הנבואה). תפקיד הכהונה מתמקד בעיקר בעבודת ה' במקדש, וכן בהוראת התורה לכל יחיד ויחיד – "כי שפתי כהן ישמרו דעת ותורה יבקשו מפיהו, כי מלאך ה' צבאות הוא" (מלאכי ב, ז). תפקידי המלוכה חופפים במידה רבה לתפקיד הסנהדרין, אך קיים הבדל עקרוני בין השניים. מפורסמים דברי הר"ן (דרשות הר"ן, דרשה יא) אשר מבחין בין תפקיד בית

במעשה הדין בפועל, יישוב סכסוכים שבין הבריות ובהענשת העבריינים, אך הוא שימש בעיקר כמקום שבו נעשתה העבודה הגדולה של דרישת התורה ולימודה.

הדיינים היושבים בבית הדין הגדול, לא דנו על פי חוקים קבועים, שנחקקו על ידי בני-אדם אחרים,<sup>30</sup> אלא הם עסקו בתורה שבכתב, תורה מן השמיים, ופירושה שנמסרו להם מדור לדור, ולאחר מכן שבו לדרוש ולהוסיף נדבך נוסף על פי רוחב דעתם. למעשה, הייתה הסנהדרין מקום גילוי וחינוך תורה שבעל-פה.

משמעות הדבר מחד היא, שהדיינים שישבו בסנהדרין נדרשו לזהירות רבה שכן פסיקתם הייתה לתורת ה'! מאידך, איפשר הדבר גמישות של הדיינים, תוך חתירה מתמדת ובלתי מוגבלת לצדק, ולעומק הרצון הא-לוהי.<sup>31</sup>

שופט החייב לפסוק תמיד על פי ספר החוקים, אינו יכול להיות חופשי בהכרעתו. וכן, הוא אינו מרגיש את כובד האחריות המוטלת עליו, משום שעיקר האחריות מוטלת על המחוקק. השופט אינו חייב להזדהות עם פסיקתו ולהרגיש שהיא אמנם קולעת למידת הצדק והישר, משום שפסיקתו מוגבלת למסגרת הקבועה בחוק.

לעומת זאת, אך המוסר והצדק יהיו נר לרגלי הדיין, המצויים, במובנם העליון, בתורת ה' ובמוסר הא-לוהי המשתקף דרכה.<sup>32</sup>

הדין, כמגלה את דבר ה' הנצחי והממשיך את "חול השפע הא-להי באומתנו והדבקו עמנו" ('חיי עולם'), לבין המלך שתפקידו העמדת הסידור המדיני בפועל ('חיי שעה'). והשווה **רמב"ם מלכים**, ג, ז-י (וכל פרק ד); **רוצח ושמירת הנפש**, ב, ד-ה. וכן, עיין בהמשך, בפרק ו.

30. ובמקרים רבים לא רק משיקולים של צדק ואמת...

31. **הערת עורך:** אמנם, לבית דין סמוך, שאינו בית הדין הגדול, לא הייתה סמכות לדרוש את הכתובים ולחדש הלכות על דעתם עצמם, כפי העולה מן הכתוב בפרשת שופטים (להלן, הערה 35). על אחת כמה וכמה שסמכות כזו אינה מצויה בידיהם של בתי הדין בימינו, שאינם סמוכים. על כן, סמכות בתי הדין הרבניים בימינו, דומה מאוד לסמכות בתי המשפט. בידם סמכות לפרש את החוק, אך לא לחוקק. אמנם, גם בימינו, יש בכוחם של בתי הדין לתקן תקנות, ובמובן זה, הם משמרים את איחוד הרשויות שהיה קיים בסנהדרין.

**תגובת הכותב:** אפשר שסנהדרין קטנה יכלה לחדש ולבאר אף בכתובים עצמם, אלא שדבריהם יכלו לעבור תחת שבט הביקורת של בית דין הגדול. אומנם הדברים צריכים עיון וביאור ואכמ"ל. ביחס לבתי הדין בימינו, אכן על כך דווח ליכנו, וכלשון הטור (חו"מ א) – "אבל האידנא דליכא סמיכה כל הדיינים בטלים מן התורה". "כיוון שגלו ישראל ממקומן אין לך ביטול תורה גדול מזה" (חגיגה ה ע"ב), ואף היום שחזרנו לארצנו אין לנו לא סנהדראות ולא סמוכין (וראה לקמן בפרק העוסק בסמיכה). מצב זה הוא הגורם שהלומדים והפוסקים מתוך ענווה והבנת מעמדם – אכן ממעטים לחדש, ומיישבים דבריהם ע"פ דברי קדמונים. אולם, נראה שאף היום הגישה הראשונית היא הבנת רצון ה' ודרישת האמת (בהתאם למגבלות לעיל, ובגדלותו ואופיו של הפוסק), ובייחוד ביחס לשאלות המתחדשות שבכל יום ויום (טכנולוגיה, מדינה והלכה וכד').

32. בהמשך, נדון במשמעויות של קביעה זו, הן מבחינת חתירת הדיין לאמת מול ההקפדה על סדר הדין ופורמליות, והן מבחינת העימות של חוקי התורה ומשפטיה עם ה'משפט הטבעי'.

יתרון נוסף לאחדות זו, נובע מן הריחוק שקיים בדרך כלל בין המחוקק, לבין מציאות החיים עימה בא במגע השופט בפועל. ריחוק זה עלול להביא לנתק בין החוק הכתוב לחיים, דבר שעלול להביא לעיוות הדין והצדק. ניתוק זה הוגבל, כאשר הסנהדרין, היו הן השופטים הנדרשים לסדר ולתקן את מציאות החיים היומיומית, והן הדורשים ומחדשים את דיני התורה עצמם.<sup>33</sup>

אמנם, ייתכן שיהיה מי שיטען, שמסוכן הדבר לרכז כח שלטוני רב כל כך במקום אחד. ריכוז כזה עלול להביא בסופו של דבר, דווקא לשחיתות ולעיוות הדין. טענה כזו תתכן אולי כלפי שופט בן זמננו. אולם, עם ישראל האמין מאז ומתמיד בטהרת ליבם ובעומק בינתם של דייניו,<sup>34</sup> והאמין כי אכן השכינה היא המדברת מתוך גרונם. תפקידם של הסנהדרין, כדורשי התורה ומפרשיה, בא לידי ביטוי בפרשת שופטים -

כי יפלא ממך דבר למשפט בין דם לדם בין דין לדין ובין נגע לנגע דברי ריבת בשעריך, וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' א-להיך בו: ובאת אל הכהנים הלויים ואל השפט אשר יהיה בימים ההם, ודרשת והגידו לך את דבר המשפט: ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא אשר יבחר ה', ושמרת לעשות ככל אשר ירווך: על פי התורה אשר ירווך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה, לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל.<sup>35</sup>

התפקיד של גילוי תורה שבעל-פה אינו מסתכם בהכרעת הדין. הסנהדרין עסקו בפירוש התורה וביאורה בכל התחומים,<sup>36</sup> מצוות שבין אדם למקום כמצוות שבין אדם לחבירו. הם מעבירי השמועות שנתקבלו, והם המחודשים דינים על ידי דרישת התורה על פי המידות שהתורה נדרשת בהם. הם הגוזרים גזירות ומתקנים תקנות לשעה ולדורות.

זאת ועוד, מתפקידי הסנהדרין גם, ללמד את העם תורה<sup>37</sup> ולהעביר את התורה

33. מצב כזה עלול להביא לידי חקיקת חוקים שאינם מתאימים ורלוונטיים במציאות ("גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה וכו'") ולעומת זאת להזנחה וחוסר הבנה מה אכן נצרך וראוי.

34. הרחבה בעניין זה, ראה להלן, פרק ט.

35. דברים יז, ח-יא.

36. סנהדרין פז, א: "דבר' - זו הלכה. 'למשפט' - זה הדין. 'בין דם לדם' - בין דם נדה דם לידה דם זיבה. 'בין דין לדין' - בין דיני נפשות דיני ממונות, דיני מכות. 'בין נגע לנגע' - בין נגעי אדם נגעי בתים נגעי בגדים. 'דברי' - אלו החרמים והערכין וההקדשות. 'ריבות' - זו השקאת סוטה ועריפת עגלה וטהרת מצורע. 'בשעריך' - זו לקט שכחה ופאה". ומפורסמים דברי הרב קוק זצ"ל (אגרות א, קג) שדייק שהירושלמי (סנהדרין יא, ג) הרחיב את היריעה אף על: "דבר ה' - זו אגדה". עיין שם, שביאר בהרחבה את ההבדל בין שני התלמודים, בין תורת ארץ ישראל לבין תורת חוץ לארץ.

37. בניגוד לספר חוקים אשר תפקידו רק לסדר את החברה ועל כן, רק העוסקים בכך לומדים אותו, התורה - מצווה על כל אחד ואחד מישראל ללומדה וללמדה. מטרתה חינוך פנימי של כל אחד

שבעל-פה לדורות הבאים,<sup>38</sup> "כי מציון תצא תורה, ודבר ה' מירושלים".<sup>39</sup> וכך כתב הרמב"ם בתחילת הלכות ממרים -

בית דין הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבעל פה, והם עמודי ההוראה, ומהם חק ומשפט יוצא לכל ישראל, ועליהן הבטיחה תורה שנאמר "על פי התורה אשר ירוך" זו מצות עשה, וכל המאמין במשה רבינו ובתורתו חייב לסמוך מעשה הדת עליהן ולישען עליהן.<sup>40</sup>

## ו. בית דין כמנהיגים

כאמור, עיקרון 'הפרדת הרשויות' מחייב גם הפרדה שבין הרשות השופטת לרשות המבצעת. היינו, השופט, המכריע את הדין על פי חוק, אינו זה שמופקד על הנהגת חיי המעשה בפועל. אין הוא האחראי על אכיפת הדין על הציבור.

בתורה נאמר: "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך". תפקיד השוטרים הוא לאכוף על הציבור את קיום פסקי הדין של השופטים. נראה שאין הכוונה לרשות מבצעת נפרדת, אלא השוטרים פועלים אך ורק כבאי כוחם של הדיינים, כדברי הרמב"ם -

שופטים אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם. שוטרים אלו בעלי מקל ורצועה, והם עומדים לפני הדיינים המסבין בשווקים וברחובות ועל החנויות לתקן השערים והמדות ולהכות כל מעוות, וכל

ואחד וקירובו לא-להיו.

**הערת עורך:** העמדה המסורתית של רוב שיטות המשפט המודרניות היא, שחזקה על האזרח שהוא יודע את החוק, ומשום כך, אי ידיעת החוק אינה פוטרת מאחריות. אולם חזקה זו אינה אלא פיקציה, אשר יסוד ממשי במציאות אין לה. עם השנים, אף משפטנים הכירו בכך, ולאחרונה, אף כרסמו בעיקרון זה, במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, בו נקבע בסעיף 34ט שתהיה לבית המשפט סמכות לפטור אדם מאחריות פלילית עקב אי ידיעת החוק, אם היתה הטעות "בלתי נמנעת באורח סביר". על חובתו של כל יחיד לדעת את החוק במשפט העברי, לעומת שיטות משפט אחרות, ראה במאמרו של ד' משען, "ידיעת החוק - פיקציה או אידיאל?" **'פרשת השבוע'** (הוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט העברי והמרכז להוראת המשפט העברי ולימודו, מכללת שערי משפט) ואתחנן תשס"א, גיליון מס' 37.

38. על פי זה, הסביר הרב גורן זצ"ל (**תורת הפילוסופיה**, ירושלים תשנ"ח, עמ' 68-69) את דין הגמרא שבסנהדרין קטנה היו שלוש שורות של תלמידים, שכל אחת מהן מנתה עשרים ושלושה תלמידים(!). ההסבר המקובל לצורך בשורות תלמידים אלו הוא, שהן נועדו לשמש עתודה לדיינים שייבצר מהם לשבת בדין מסיבה כלשהי. אולם, טען הרב גורן, קשה להניח שכל התלמידים הרבים נדרשו רק לשם כך. על כן הוא מסיק, שנוכחות התלמידים נועדה כדי שילמדו וישמשו בהוראה את חברי הסנהדרין. כמו כן, הדבר מסביר גם מדוע לקבוע ב"ד בכל עיר ועיר המונה רק מאה ועשרים איש, עיין שם.

39. ישעיה ב, ג.

40. רמב"ם ממרים א, א.

**מעשיהם ע"פ הדיינים.** וכל שיראו בו עוות דבר מביאין אותו לבית דין ודנין אותו כפי רשעו.<sup>41</sup>

אולם 'יכולת ביצוע' זו וודאי שאינה מסתכמת רק בכך. תפקיד בתי הדין הוא גם לדאוג לשמירת התורה ולקיום סדר וצדק חברתי במקומם. דוגמא לדבר מוצאים אנו בדברי המשנה בתחילת מסכת שקלים -

באחד באדר משמיעין על השקלים ועל הכלאים. בחמשה עשר בו קורין את המגילה בכרכין, ומתקנין את הדרכים ואת הרחובות ואת מקואות המים, ועושין כל צרכי הרבים, ומציינין את הקברות ויוצאין אף על הכלאים.<sup>42</sup>

בתי הדין הם אף המנהיגים את העם בשאלות נרחבות יותר הנוגעות בקיום החברה בפועל. אמנם, למעשה הופקדו משימות אלו על המלך (ובגלות על 'ראש הקהילה' או טובי העיר), אך אלו צריכים להיות בקשר הדוק בשאלות הקשורות לכלל עם בית הדין, כפי שאנו למדים מן המשנה בתחילת מסכת סנהדרין -

אין דנין לא את השבט ולא את נביא השקר ולא את כהן גדול אלא על פי בית דין של שבעים ואחד, ואין מוציאין למלחמת הרשות אלא על פי בית דין של שבעים ואחד... אין עושין סנהדריות לשבטים אלא על פי בית דין של שבעים ואחד, אין עושין עיר הנדחת אלא על פי בית דין של שבעים ואחד.<sup>43</sup>

ובתוספתא נאמר -

ואין מעמידין לא מלך ולא כהן גדול אלא בבית דין של שבעים ואחד.<sup>44</sup>

ואכן, בשעה שביקשו שמואל ודוד לקבוע את מקומו של בית המקדש, עשו זאת

41. רמב"ם סנהדרין א, א.

**הערת עורך:** ההשקפה שהשוטרים לא היו מקור סמכות עצמאי, אלא פעלו כשלוחי בית הדין, אינה מוסכמת על כל הפוסקים. הרחבה בעניין זה, ראה בספרו של הרב גרשוני, **חוק ומשפט**, י-ם תשמ"ו, עמ' לא-לו.

42. שקלים א, א.

43. משנה סנהדרין א, ה.

**הערת עורך:** אין סיבה ללמוד מדין המשנה שיש לסנהדרין סמכות להנהיג. למעשה, מדובר בהליך שיפוטי קלאסי, אלא שנקבע שכאשר דנים שבט, נביא או כהן גדול, הדיון צריך להתבצע בפני הסנהדרין משום ההשלכות שיש לדבר (להבדיל, לבית משפט בארה"ב סמכות לשפוט את הנשיא, אולם סמכות זו נתונה רק לבית המשפט העליון הפדראלי).

**תגובת הכותב:** העמדתו של שבט שלם לדין או של כהן גדול יש לה אופי הכולל בתוכו גם שיקולי הנהגה רחבים, הן ברמה של תוכן הדין והן בדרך ביצועו. לכן, אין ספק שעצם הסמכות לדון שבט או כהן גדול מלמדת על כוחם ההנהגתי של הסנהדרין.

44. תוספתא סנהדרין ג, ד.

בהתחשב במסורת שהייתה בידם, "דסנהדרין בחלקו דיהודה"<sup>45</sup>, כדי שתהיה קיימת זיקה בין המלך לסנהדרין, ומעשיו יהיו נתונים לפיקוח בית הדין הגדול.

לתפקידו של בית הדין כמנהיג ציבורי ישנן השלכות נרחבות אף על מערכת השיקולים שבית הדין מפעיל בפסיקותיו, מערכת שיקולים שנדרשת להיות ערה לטובת הציבור ולתקנתו. לא ראי הדין הראוי עבור האדם הפרטי, כראי הדין הראוי, בהתחשב לשיקולים הציבוריים של האומה בכללותה (או אף לציבור מצומצם יותר). פעמים שנדרש בית הדין לתקן תקנות כדי לגדור פרצות, ופעמים שיתיר איסורים בהוראת שעה, אם אמנם צריכה השעה לכך.<sup>46</sup> דוגמא לדבר מתחום הענישה -

תניא, רבי אליעזר בן יעקב אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה.<sup>47</sup>

ואכן, אף אם ננסה להתחקות אחר דמותו של הדיין בתנ"ך נגלה קשר הדוק זה. משה רבינו, השופט הראשון (בזמן ובמעלה), היה בראש ובראשונה מנהיג העם בתחילת דרכו, "כאשר ישא האומן את היונק"<sup>48</sup>. מודגש הדבר בדבריו של רב נחמן, שדרש: "מלך" - זה משה. דכתיב: ויהי בישורון מלך.<sup>49</sup>

מאוחר יותר, מצווה הקב"ה את משה לאסוף "שבעים איש מזקני ישראל", כדי למנותם לשופטי העם (=סנהדרין). בדבריו אל משה, מדגיש הקב"ה שהזקנים צריכים להיות כאלה "אשר ידעת כי הם זקני העם ושטריו". כלומר, משה נדרש לבחור לשופטים דווקא אנשי הנהגה ומעשה, אשר נשאו כבר בעבר בעול הנהגת העם.<sup>50</sup>

אף ה'שופטים', עליהם אנו קוראים בספר שופטים, היו לפי פשוטו של מקרא, ראשית לכל, מנהיגי העם ומושיעיו מיד העמים שמסביב.<sup>51</sup> איחוד זה בין השופט

45. זבחים נד, ב; קיח, ב; רש"י שם, ד"ה ואיכא דאמרי - "כדכתיב ומחוקק מבין רגליו".
46. עיין יבמות צ, ב בסוגייה העוסקת ביכולת חכמים לעקור דבר מהתורה, שלכ"ע "למיגדר מילתא" מותר.
47. סנהדרין מו, א. הרחבה בעניין זה, ראה לעיל, במאמרו של פרופ' ח' בן מנחם בעניין "ענישה שלא מן הדין".
48. במדבר יא, יב. אומנם שם ביטוי זה נאמר בתוך תלונת משה לה', אך אכן כזו הייתה דמותו של משה.
49. ויקרא רבה (וילנא) לא, ד.
50. קיימת מחלוקת בשאלה, האם שבעים זקנים אלו הם שבעים הזקנים שהיו במעמד הר סיני (וממילא אף זקני העם שהיו במצריים) או שמא אחרים הם. על כך ראה: תוספות, גיטין פח, ב, ד"ה לפנייהם; רש"י, שם, ד"ה לפנייהם. כן במסבר רבה טו, כ-כא.
51. רק על דבורה (שהייתה אף נביאה) נאמר במפורש: "ויעלו אליה בני ישראל למשפט" (שופטים ד, ה). ואמנם, דווקא כלפיה, ישנו דיון בשאלת כשרות אשה לדין. עיין למשל, תוספות, נידה נא, ד"ה כל, ובמקבילות.



למנהיג מצוי גם בתקופות מאוחרות יותר, כגון, בימי שלמה המלך, ומאוחר יותר בימי עזרא הסופר, ועוד.

תפקיד בתי הדין כמנהיגי העם, מחייב גם התייחסות שונה לגבי אחריות הדיינים על מצב העם. במסכת שבת למדנו -

כל מי שאפשר למחות לאנשי ביתו [שלא יעשו עבירה] ולא מיחה, נתפס על אנשי ביתו. באנשי עירו, נתפס על אנשי עירו. בכל העולם כולו, נתפס על כל העולם כולו.<sup>52</sup>

הדיינים הם אלו שבכוחם למחות באנשי עירם או בבני עמם, שלא יעשו עוולה. משום כך אמר רבי יוסי בן אלישע -

אם ראית דור שצרות רבות באות עליו צא ובדוק בדייני ישראל שכל פורענות שבאה לעולם לא באה אלא בשביל דייני ישראל.<sup>53</sup>

## ז. התורה ו'המשפט הטבעי'

ה'משפט הטבעי'<sup>54</sup> גורס שהתשתית המחייבת את כל מערכת החוקים היא המוסר והצדק האנושי. המוסר הוא המחייב כל אחד ואחד לשמוע אל החוק, וספר החוקים נכתב מתוך השקפה זו. כמו כן, השופט בפועל מפרש את החוק על פי הבנתו את ערכי המוסר, ובמקרים קיצוניים אף יסבור שיש להעדיף את ההגיון והצדק הטבעי על פני החוק.

על פניה, נראית השקפה זו קרובה להשקפת התורה,<sup>55</sup> אשר בבסיסה השאיפה לעשות את "הישר והטוב"<sup>56</sup>, וכידוע, אהבת הריע היא כלל גדול בתורה.<sup>57</sup> אולם לאמיתו של דבר רב המרחק בין השקפת התורה להשקפתו של 'המשפט הטבעי'.

52. שבת נד, ב ע"ש.

53. שם קלט, א.

54. אומנם יש להבחין בין ה'משפט הטבעי' בצורתו הקיצונית הגורס שהחוק בא לממש את זכויותיו וחירותו של כל יחיד ויחיד (הטבועות בו מלידתו), לבין זו המבחינה כבר בין ה'מצוי' ל'רצוי' – המשפט האידאלי/המוסרי. בדברינו למעלה באנו לעמת את שניהם מול משפט התורה. בנושא זה, עיין בהרחבה בהרצאתו של הרב יצחק ברויאר (ברייער), "משפט האשה העבד והנכרי", **ציוני דרך** (ת"א תשט"ו). שם הוא עומד על הבדל מהותי, בין משפט הבא ליישב אינטרסים וזכויות מנוגדים בין אדם לאדם, לבין משפט אלוקי, שיש בו עול חובה ומצווה. משפט שמקור החובות שבו, אינם "התחשבות נבונה במטרות תכליתיות", אלא ה', יוצר האדם ומקור כל המוסר. בהערת אגב נעיר, שבהרצאה זו, שהועברה בשנת 1910, התמודד הרב ברויאר בעיקר עם המשפט והמוסר הגרמני, וד"ל.

55. כפי שנראה בפרק הבא, ביחס בין הדרישה הפורמלית ומערכת החוק, לחתירה לאמת וצדק.

56. **דברים** ו, יח.

ראשית, כינונו של משפט, על בסיס המוסר והערכים האנושיים נתקל בבעיה בחברה אשר בה קיימים גוונים רבים ודעות שונות, ולא ראי ערכי המוסר הטבעי של אחד כראי המוסר של אחר.<sup>58</sup> מי הוא זה שיקבע מהו אותו 'משפט טבעי'?

אולם עומק הבעיה מצוי בתוכן המוסר עצמו. מוסר אנושי לבדו במקרה הטוב הינו חלקי, הנוטה אל הצד התועלתית<sup>59</sup> שיש בו, לכל פרט ופרט, ולחברה כולה. או לחילופין מבוסס על רגש של צדק אשר כדרכו של כל רגש הוא משתנה בנסיבות העיתים, ומושפע ממצבי רוח, דעות רווחות וכדומה. במקרה הרע, עלול מוסר כזה לשאת בחובו עוול ורוע באיצטלה של 'טוב וצדק'.<sup>60</sup> על חסרון זה העיר הרב קוק, באומרו -

המוסר בלא מקורו הוא אור פנימי, מרכזי, שאין לו מקיף, סביבה מקורית. סופו להתדלדל, וערכו בעמידתו גם כן ממועט הוא.<sup>61</sup>

המוסר האנושי צריך את המוסר הא-לוהי, כדי שיזכנו ויטהרו. את המוסר הא-לוהי אנו למדים מתוך **חוקי ומשפטי** התורה ומהדרכותיה המוסריות. רק מתוך המפגש **העמוק עם "טוב ה' לכל ורחמיו על כל מעשיו"**,<sup>62</sup> יכול האדם להיחלץ אט אט מפרטיותו ולקנות בתוכו מוסר וצדק של אמת.

אמנם, אין כוונתנו לומר שעל הדיין לדון על פי דין התורה, תוך אטימות לרגש המוסר הטבעי. אין זה רצון ה', וסופה של דרך זאת שתגרום לעיוות ותסטה מדרכה של תורה גופא.

"אסור ליראת שמים שתדחק את המוסר הטבעי של האדם, כי אז אינה עוד יראת שמים טהורה".<sup>63</sup>

- אלא -

57. ספרא קדושים ב, ד.

58. ומכאן גם הבעייתיות שיש ב"אקטיביזם השיפוטי", המביא לכך ששופטי בג"ץ משליטים על החברה כולה, ערכים והשקפות עולם שאינם מבטאים את הערכים וההשקפות של מרבית הציבור בישראל. וראה גם בהמשך, בסוף הערה 121.

59. הובס ולוק אף פיתחו שיטת מוסרית שלמה הבנויה על "המוסר התועלתית", אך לא כאן המקום להאריך בעניין זה.

60. שיטת ה'משפט הטבעי' ו'המשפט החופשי' איפשרה לשופטים הנאציים בגרמניה לעשות כל עוולה ורשע. על כך, ראה אצל: ד' פאלק, **ערכי משפט ויהדות**, (ירושלים, תש"ם), עמ' 33-34.

61. **אורות הקודש ג**, עמ' טז. ובהמשך שם: "ההופעה הנפשית לקישור הא-להי, כשאינ המוסר וערכיו מאירים כראוי, הוא תוכן מקיף חסר מרכזיות". עוד על תורת הרב קוק בנושא זה, ראה בכל שער "המוסר הא-להי", שם, עמ' א-טז.

62. תהילים קמה, ט.

63. **אורות הקודש ג**, ראש דבר עמ' כד.

סימן ליראת שמים טהורה הוא כשהמוסר הטבעי, הנטוע בטבע הישר של האדם, הולך ועולה על פיה במעלות יותר גבוהות ממה שהוא עומד מבלעדה.<sup>64</sup>

### ח. החתירה לאמת לעומת פורמאליות<sup>65</sup> - חוקים מול ערכים

בפרק הקודם עסקנו בבעייתיות הקיימת בחוקים המושתתים על מוסר אנושי בלבד, ללא קבלה והדרכה של תורה משמים. בפרק זה נעסוק בבעיה ההפוכה. היחס בין החוק וסדריו, לבין החתירה לצדק ואמת.

כל מערכת משפטית, קובעת לעצמה נהלים פורמליים הנוגעים לסדר הדין, אופן הצגת הראיות, הצגת הטענות וכדומה. נהלים אלו נועדו לשמור על זכויות בעלי הדין (פן ייווצר מצב בו צד אחד מקופח על פני השני), הגינות הדין, שמירה על הסדר ורמת הדין (התורמים לבירור הצדק עצמו), והתחשבות במגבלות בית המשפט.

אולם הבעיה המרכזית היא שעלול 'גולם' זה לקום על יוצרו, ובמקרים רבים לגרום לעוות ולסילוף האמת והצדק. בייחוד הדבר חמור כאשר בעלי הדין, ובעיקר באי כוחם - עורכי הדין, משתמשים בכל אמצעי העומד לרשותם, כולל טענות של אי מילוי מדוקדק של נהלי סדר הדין, בכדי לזכות את החייב על פי דין<sup>66</sup>. מצב זה גורם למתח מתמיד בין שאיפת הדין או השופט לעשות צדק, לבין הצורך למלא בדקדקנות אחר סדרי הדין הפורמליים.

כמובן, גם במשפט הכללי יש גישות שונות בנושא זה, מהן הדוגלות יותר בהקפדה על נהלי הפרוצדורה, ומהן הנותנות יותר מקום לגמישות ולהכרעה על פי הצדק.<sup>67</sup>

64. שם.

65. בנושא זה עסק בהרחבה א' שוחטמן, סדר הדין (ירושלים תשמ"ח). בדברינו הקצרים לקמן נעזרנו רבות בספרו (להלן: שוחטמן).

66. "וכבר אמר מי שאמר, שסדרי הדין שנוצרו אך למטרת מימושן של זכויות חוקיות כבר התפרקו מעול מטרתם. וכאותה שוליה של הקוסם חיים עתה חיי הוללות משלהם ... היו זמנים אשר בהם כל ההתנגשות הפורונסית כולה התנהלה בזירת סדרי הדין בלבד..." - ח' כהן, המשפט (ירושלים תשנ"ב), 465. הרחבה בעניין זה, ראה בדבריו, שם, החל מעמ' 461.

67. במסגרת מערכת המשפט בארץ יש לציין בייחוד את השופט צבי ברנזון, אשר בילדותו למד ב'חדר' ובישיבה, והיה מראשוני שופטי בג"ץ וממעצבי דרכו. ברנזון דגל בכל מאודו במשפט צדק. להלן דברים שאמר ביום פרישתו מתפקידו (הובאו במשפטים ח (תשל"ז - תשל"ח), עמ' 5): "הכל מרימים על נס את עקרון שלטון החוק, כי בלעדיו אין קיום לחברה תקינה. ואני דגלתי בשלטון הצדק. לא שאני שולל את שלטון החוק, אבל לדעתי החוק והצדק חד הם, אם אתה משתמש בחוק ומפרשו כראוי לו. משפט הוא משפט אם הוא משפט צדק ... ולעולם מצאתי שהצדק הוא בהישג יד, אם אתה רק רוצה בלב שלם להשיגו, לפעמים אפילו על חשבון קדושת הפרוצדורה, שבעיני אינה אלא אמצעי להשגת משפט צדק, ולא מטרה בפני עצמה". ועיין

לקמן נעמוד בקצרה על הסיבות המרכזיות המביאות לגישה הראשונה:<sup>68</sup>

1. הענקת מעמד של "קדושה" לזכויותיו של כל יחיד ויחיד בכלל, ובמסגרת סדרי הדין בפרט. הענקת מעמד כזה לזכויות אלו, חוטאת לכוונה המקורית שלשמה ניתנו זכויות אלו לבעלי הדין – הבטחת דיון הוגן ודין צדק.
2. השקפה הגורסת שבית הדין הוא מעין "זירת התנצחות" מודרנית, בה אמורים בעלי הדין "לחבוט" זה בזה בכל אמצעי העומד לרשותם, במסגרת כללי המשחק, ותפקידו של השופט הוא, להקפיד על שמירת הכללים, ולהכריז לבסוף על המנצח.<sup>69</sup> השקפה כזו תקדש יותר את נהלי וכללי הדיון.
3. יש החוששים שמא חריגה מסדרי הדין עלולה להביא לכך שתוצאת הדיון תהיה תלויה במידה רבה בהשקפתו או באישיותו של השופט. מצב זה עלול להביא למצב של איפה ואיפה, כאשר תוצאות הדיון יהיו תלויות בהרכב היושב בדין.<sup>70</sup>
4. לפעמים נראה שהגישה בכללה היא שתפקידו העיקרי של בית המשפט הוא לשמור על הסדר החברתי ולפעול ל"הרגעת הרוחות". משום כך, אין לתת לשיקולי צדק משקל רב ומכריע בבית המשפט, כאשר אלו אינם עולים בקנה אחד עם הדרישות של סדר הדין התקין.
5. לפי תפיסת המשפט הרווחת, השופט עושה דין מכח עיקרון החוק. היינו, תפקיד השופט אינו לקבוע מי צודק ומי לא, מי חייב ומי זכאי, אלא לגלות מה החוק אומר במקרה הספציפי שבא לפני בית הדין. וזאת, ללא כל קשר מחייב לשאלה, מי מבעלי הדין צודק. לכן, אם על פי חוק, על השופט לחייב את בעל הדין משום שלא מילא אחר נהלי הדיון כהלכה, הוא יעשה כן, אף אם בליבו יהיה משוכנע

דברים שאמר לכבודו בעניין זה השופט (כתוארו אז) 'זמיר, **משפט וממשל** ב (תשנ"ה). הרחבת דברים בעניין זה, ראה במאמרו המקיף של פרופ' מ' מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", **עיוני משפט** יז (תשנ"ג), 505.

68. כמובן, מנינו כוונות שונות זה מזה, שאפשר שחלוקים בינם לבין עצמם.
69. דברינו מכוונים בעיקר כלפי שיטת המשפט האנגלית (השיטה האדברסרית), אשר ברמה מסוימת נהוגה אף בארץ, הגורסת שהשופט הוא 'סביל' ובעלי הדין הם המנהלים את המשפט. לעומת זאת באירופה אכן השופט הוא ה'פעיל' והמנחה את מהלך הדיון, והוא המופקד על החקירה ובירור הדין (השיטה האינקוויזיטורית). ראה בעניין זה: שוחטמן, עמ' 8 - 10.
70. עיין שוחטמן, עמ' 3, שהביא מדברי השופט זוסמן (שהיה מהשמרנים ביותר ביחס לסדרי הדין): "אם יש ברצוננו לתת חירות מוחלטת לשופט שיוכל לעשות את הישר בעיניו ללא רסן שבסדרי הדין, הרי לא רק שניצור אנדרלמוסיה אלא בעלי הדין יהיו נתונים בחזקת סכנה של שרירות הלב, יהיה בכך משום סיכון שמה שייעשה במשפט יהיה תלוי באישיותו של השופט היושב בדין". אוי לו לדור הפוחד מ"אישיות" שופטיו! כפי שניווכח בהמשך, משפט התורה מקפיד מאוד על מינוי הדיינים, שיהיו בעלי מידות טובות, ישרי דרך ושונאי בצע. משום כך, אין סיבה לחשוש מאישיותו של הדיין, ואדרבה (כפי שיבואר בהמשך) סומכים אנו על בינתם ודעתם דווקא.

שפסק דינו אינו עולה בקנה אחד עם דרישת הצדק. שורשה של תפיסה זו, בהשקפת עולם הגורסת שהאמת אינה אחת אלא רבת אנפין, והיא אף עשויה להשתנות בהתאם לזמן. במצב זה, העוגן היחידי שיש בידו להבטיח את קיומה של המערכת המשפטית הוא - ההצמדות לעקרון החוק, וההקפדה על שיפוט על פי חוק, ולא על פי השקפתו ואישיותו של השופט היושב בדין.

השקפת עולמה של התורה שונה בתכלית. "צדק צדק תרדוף"<sup>71</sup> - זוהי הנחיית התורה אל הדיין. תפקיד הדיין הוא לחתור לאמת, לצדק וליושר, תוך התעלמות מכל שיקול אחר, העלול להטותו מכך. ניתן אם כן לומר, שתפיסתו של ה'משפט העברי' היא "לא פורמליסטית" ביסודה.<sup>72</sup>

אמנם, קיימים במשפט התורה סדרי דין ברורים, אך אלו קיימים אך ורק כדי להוציא את הצדק לאור, וההקפדה על קיומם קיימת, במידה ויש בה לסייע למטרה זו.<sup>73</sup>

בניגוד לתפיסות הרואות בחוק או בנהלים את "השחקנים" המרכזיים בבית המשפט, התורה רואה את הדיין ואת אישיותו כבעלי חשיבות מכרעת בכל הנוגע לעשיית הדין. הדיין הוא שחוקר את בעלי הדין ואת העדים, ועליו האחריות לעשיית הצדק.<sup>74</sup>

אכן, אישיותו והשקפת עולמו של הדיין מהווים גורם מכריע בהכרעת הדין על פי דין התורה. בפרקים הבאים נראה את הקפדת התורה, משום כך, על מידותיו של הדיין, ונדגים את המשקל המרכזי שיש לדעתו בעשיית הדין. כמו כן, נראה להלן מעט מתפיסת הדין וחשיבותו בכלל. רק כך תתכן אחריות מלאה של הדיין לתוצאות הדיון, דבר שיביא בסופו של דבר את הדיין להיות מעורב יותר בדיון, ויגביר בו את הרצון להביא לכך שיוציא מתחת ידו פסק דין שעונה לא רק על דרישות ה'חוק היבש', אלא גם עולה בקנה אחד עם דרישות הצדק והיושר.

כפי שאמרנו, השקפה זו משליכה גם על קביעת סדרי הדין, וההקפדה על קיומם. נציג דוגמאות אחדות לכך:

71. דברים טז, כ. עיון נרחב במושג זה (ובנושא האמור בכלל) ראה אצל: ח' שיין, **הצדק במשפט העברי**, תשנ"ד.

72. עיין **שוחטמן**, שם, עמ' 6-7. מאמרים נוספים בתחום זה: א' ח' שאקי, "קוי יחוד בסדרי הדין הרבניים ובגישת הדיינים לטיעון פורמליסטי - לאור פסיקת בתי הדין הרבניים בישראל", **ספר חסדאי** (ת"א תשל"ב), 284; ש' דרנס, "חוסר פורמליזם בסדרי הדין בבתי הדין הרבניים בישראל", **דיני ישראל י-יא** (תשמ"א - תשמ"ג), עמ' כז.

73. כמובן, יש שדיינים מסוימים לא תמיד מובנים לנו במלואם, אך אין בכך לכדי לערער את ההבנה והרוח הכללית של שאיפה לצדק.

74. "מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעידין, אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר עדים? תלמוד לומר: מדבר שקר תרחק" (**שבועות** ל, ב).

**(א) הצגת הטענות**

נאמר בתורה: "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'".<sup>75</sup> כלומר, בעלי הדין צריכים להשמיע טענותיהם וראיותיהם בפני הדיינים בעל-פה, בצורה ישירה ובלתי אמצעית.<sup>76</sup>

אמנם, בעלי הדין יכולים להעלות את טענותיהם על הכתב, אך דבר זה ייעשה רק בהסכמת בעלי הדין, ובעיקר, לאחר שבית הדין כבר שמע<sup>77</sup> את הטענות בעל-פה מבעלי הדין.<sup>78</sup> הריב"ש נימק זאת כך -

שיש לדיינים לשמוע טענות הכתוב מפיהם, שמא מתוך דבריהם ילמדו ויבינו מי מהם טוען באמת, ולא שיבאו בטענות מסודרות מפי אחר, כאשר בודא מלבו ליפות טענות של שקר בתקון הלשון.<sup>79</sup>

השמיעה הבלתי אמצעית של בעלי הדין מאפשרת לדיינים להקשיב ולחוש את דברי העומדים לפניהם בצורה בהירה יותר. באופן זה, מסוגלים הדיינים להרגיש מי מבעלי הדין דובר אמת ומי משקר, באלו פרטים יש להתמקד בחקירה וכדומה.

הכתיבה המסודרת, שנעשית לרוב על ידי עורך הדין אשר "בודא מליבו טענות של שקר בתקון לשון", עלולה למנוע מן הדיינים להגיע אל חקר האמת.

זהו גם הנימוק להלכה האוסרת על הדיינים לשמוע את דברי בעלי הדין או העדים מ"פי המתורגמן".<sup>80</sup> איסור זה לא נועד רק כדי לוודא את הדיוק בהעברת הדברים,

75. דברים יט, יז.

76. עיין באר אליהו חו"מ יג, יב, שדרש פסוק זה על החובה לשמוע את בעלי הדין – "ומפיהם בעינין, ולא מפי כתבם".

77. אומנם בלשון הרמ"א (חו"מ יג, ג) משמע שאם רוצים שני בעלי הדין בכך יכולים אף לוותר על שלב הצגת הטענות בע"פ, אך בכך הם כמוחלים אחד לחבירו על זכות זו של השמיעה בע"פ (ע"פ סמ"ע שם ס"ק טו).

78. המקום היחידי שיש בו אזכור להעלאת הטענות על הכתב הוא בכבא בתרא קסח, א, שם דובר על "שטרי טענתא". אך כאמור, שטרות אלו נכתבות רק "מדעת שניהם", שכן אחרי שהטענות נכתבו בעלי הדין לא חוזרים לטעון טענות אחרות. אומנם, במסגרת תקנות הדיון של הרבנות הראשית לישראל (פרק ג, סעיפים כה-לד), נקבע שהתובע (בלבד) חייב להגיש ראשית כל כתב תביעה לבית דין (עיין שוחטמן, עמ' 133). אך כתיבה זו אינה משמשת תחליף להצגת הטענות בעל-פה, במהלך הדיון בבית הדין. כמו כן, מוסמך בית הדין "אחרי שמיעת הצדדים, אם הוא רואה צורך או תועלת בדבר, לדרוש מכל אחד מהצדדים להגיש לו הרצאה מפורטת בכתב ולהמציא העתק ממנה לצד שכנגד" (פרק ו, סעיף סז).

79. שו"ת הריב"ש, רצח.

80. עיין מכות ו, ב; רמב"ם סנהדרין כא, ה. אמנם, עיין בריטב"א (מכות שם) שכתב שאם נותנים העדים או בעלי דין כתב ידם בבית דין, לא קיימת בעיה של 'מפיהם ולא מפי כתבם'. עוד כתב שם, שיש מרביותו שכתבו שהאיסור לשמוע מפי המתורגמן, קיים רק בקבלת עדות העדים, ולא בשמיעת טענות בעלי הדין. (אם כי פירושו בסוגיה שם, דחוק במקצת). אנו כתבנו כפי דעת רוב

אלא "דיותר יוכל להתברר האמת לכששומע מפי בעלי דינין והעדים עצמן".<sup>81</sup> הלכה נוספת, הנובעת מן הצורך לשמוע את טענות בעלי הדין בדרך שתבטא כהלכה את מידת האמת והצדק שבטענות, קשורה לזמן הצגת הטענות -

"שמע בין אחיכם ושפטתם".<sup>82</sup> אמר רבי חנינא: אזהרה לבית דין שלא ישמע דברי בעל דין קודם שיבא בעל דין חבירו, ואזהרה לבעל דין שלא יטעים דבריו לדיין קודם שיבא בעל דין חבירו.<sup>83</sup>

בעל דין המשמיע טענותיו שלא בפני בעל דינו, יוכל לנסח דבריו בצורה משכנעת, בידוע שאין מי שיכחיש את דבריו, או יעמוד על חוסר הדיוק שבהם.<sup>84</sup> כמו כן, עצם הצורך להציג את הטענות בפני בעל הדין השני, מרתיע את האדם מלשקר.<sup>85</sup> האיסור מופנה גם כלפי הדיין. דיין השומע את דבריו של אחד מבעלי הדין, עלול להשתכנע בצדקתו. לאחר מכן, יקשה עליו להפך בזכותו של בעל דינו.<sup>86</sup>

מכאן נובעת גם הגישה השלילית של משפט התורה כלפי הטיעון באמצעות עורך דין.<sup>87</sup> הטיעון באמצעות בא כוח אינו מאפשר לדיין לבוא עם בעל הדין במגע ישיר. כמו כן, בא הכוח מנוסה בהצגת טענות, כאשר לנגד עיניו עומדת המטרה להוציא את מרשו זכאי בדין, ולא דווקא עשיית הצדק והישר. הטיעון באמצעות בא הכוח עלול להסית את הדיון מביטול של האמת ועשיית צדק, לעיסוק במשא ומתן משפטי טפל. על כך אמרו חכמינו במסכת סוטה -

משרבו לוחשי לחישות (רש"י: עורכי הדינין, ומתלחשים עם הדיינין לפתוח להם פתח בזכותו של זה ובחובתו של זה) בדין רבה חרון אף בישראל ונסתלקה השכינה, משום שנאמר: "בקרב אלהים ישפוט".<sup>88</sup>

#### הפוסקים.

81. סמ"ע חו"מ יז, יד.
82. דברים א, טז. ועיין אור-החיים שם.
83. סנהדרין ז, ב, וכן שבועות לא, א. וראה בשו"ע חו"מ יז, ה.
84. עיין רש"י שבועות לא, א, ד"ה שמע.
85. עיין כתובות יח, א ובתוספות שם, ד"ה חזקה.
86. עיין רש"י סנהדרין ז, ב, ד"ה שמוע. אפשר ששני טעמים אלו מבארים את הכפילות בשתי הגמרות. הלימוד בשבועות הוא מהפסוק "מדבר שקר תרחק", ועיקרו כנגד החשש שבעל הדין יבוא לשקר כפי שביארנו. ואילו בסנהדרין הלימוד הוא מ"שמוע בין אחיכם", ועיקרו הנחייה לדיין פן יטה את דינו כמבואר.
87. על נושא זה (ועל האופן בו כן נכנס מוסד זה לבתי הדין) ראה בהרחבה בספרו של הרב פרופ' נ' רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי, ירושלים תשל"ב, 308-354.
88. סוטה מז, ב. וכן עיין במכילתא מס' דכספא משפטים כ, ד"ה מדבר - "מדבר שקר תרחק ... דבר אחר: שלא יעמיד אצלו סניגורין, שנאמר: עד האלהים יבא דבר שניהם" (ובמקבילה בשבועות

העמידה לפני ה' משמעותה אם כן שדווקא בעלי הדין יעמדו לפני הדיינים, ויטענו טענותיהם בצורה ישירה, לפי אלו אשר 'פניהם' מכוונות אל הצדק הא-להי לבד.

### (ב) סופיות הדין<sup>89</sup>

ברבות משיטות המשפט מקובל שאחר שמוצו ההליכים בדין מסוים והתקבל פסק דין, אין לפתוח את הדין מחדש, לטובת הצגת ראיות חדשות או טענות חדשות. עיקרון זה מכונה "סופיות הדין".<sup>90</sup>

מספר שיקולים עיקריים עומדים ביסודו של עיקרון זה: הצורך לשוב ולפתוח דין שכבר נפסק לשם עיון חוזר ודין נוסף עלול להכביד מאוד על עבודת בתי המשפט. נקודה מהותית יותר היא, שזכותו של הנתבע שיצא זכאי בדין, לא להיות מוטריד שוב ושוב על ידי בעל דינו, משום שהלה סבור שיש בידו טענות או ראיות חדשות. יש להוסיף על כך, שטובת הציבור בכלל מחייבת שאחר שהתקבל פסק יהיה לו מעמד מחייב וקבוע.

משמעות הדבר היא, שיש להתייחס לפסק הדין כאילו הוא האמת הצרופה, אף שלאור ראיות חדשות או טענות חדשות, ייתכן בהחלט שאין הוא כזה.

במשפט התורה אין הדבר כן, בית הדין שואף לאמת לאמיתה ולצדק המוחלט. לכן, "כל זמן שמביא [בעל הדין] ראיה, סותר את הדין".<sup>91</sup> כל השיקולים שאמרנו לעיל, נדחים מפני שאיפה זו. תוקפו של הדין נובע מהיותו אמיתי ומוסרי, וברגע שמתערער יסוד זה, הדין נסתר.

יסוד ההבדל קשור לעניין עמוק יותר. משפט התורה אינו רואה בדין אמצעי ליישוב מחלוקות בלבד, אשר נותן פתח לשקול את האמת בשיקולי כדאיות. דהיינו, האם טובת החברה או בעלי הדין היא, לרדוף אחר הצדק בכל מחיר. השאיפה היא לצדק ומוסר נצחיים, אשר רק בכוחם להשלים את העולם משורשו ולהביא אותו לתיקון

ל.ב. אומנם שם נאמרו מספר פירושים שונים בהבנת מימרא זו, עי"ש).

89. עיין גם במאמרו של הרב מ' בריס "סתירת טענות וסתירת הדין: סופיות הדין בשיטת הרמב"ם", לעיל עמ' 221, ובמאמרו של א' מכלוביץ, "סופיות הדין במשפט העברי" דיני ישראל, א (תש"ל), 7.

90. עיין ח' כהן, שם, 273-274. שם הוא מבדיל בין העיקרון, שמקורו במשפט הרומי, שפסק דין מוחזק כאילו הוא האמת. לבין עיקרון ה'השתק', הנוהג במשפט האנגלי והישראלי, שמשמעותו שאחר שיצא פסק דין סופי, 'משתקים' כל אחד מהצדדים מלעורר מחדש שאלה עובדתית שכבר הוכרעה. אנו התייחסנו בגוף המאמר לשניהם כאחד.

91. סנהדרין לא.א.



השלם.<sup>92</sup> על כן, אין בכוחם של שיקולים תועלתיים שערכם זמני, לעמוד נגד דרישת הצדק והישר.<sup>93</sup>

וכך כתב הרב קוק בסידורו 'עולת ראייה' -

המשפטים הא-להיים, מתוך שהם נובעים ממקור האמת העליונה, אין מטרתם רק מטרה קרובה, לישר סכסוכים ארעיים, ההווים בחיי בני אדם, אלא הם הולכים להעלות את החיים ואת ההויה כולה. מיסוד האמת העליונה הטבועה בהם הרי הם משרים את השכינה בעולם, ומעלים ע"י השפעתם את האדם ואת העולם, מבירא עמיקתא, אשר נפל בחטאו ורשעו, לאיגרא רמא, של אור הקדושה העליונה וזיו עדן קודש קדשים.<sup>94</sup>

אמנם, יש ולא יסכים בית הדין לקבל ראיות חדשות לאחר סיומו של דיון, וזאת, כאשר קיים חשש סביר שהראיות החדשות מזויפות. במקרה זה, ידחה בית הדין את הראיות, ויכריע: "הרי זה אינו כלום".<sup>95</sup>

### ט. אישיותו של הדיין

לאור האמור עד כה, מובנת הקפדת התורה על אישיותו ומידותיו של הדיין, שכן הוא בראש ובראשונה נדרש לגלות את 'צלם א-להים' שבו, ומצוות "והלכת בדרכיו"<sup>96</sup> צריכה שתתקיים בו יותר מכל.

כאשר ביקש יתרו ליעץ למשה כיצד עליו לבחור דינים, הוא אמר -

ואתה תחזה מכל העם אנשי חיל יראי א-להים אנשי אמת שנאי בצע<sup>97</sup>

וכאשר משה מבקש למנות דינים, הוא מוסיף -

הבו לכם אנשים חכמים ונבנים וידעים לשבטיכם ואשימם בראשיכם.<sup>98</sup>

92. עיין בהרחבה בהמשך, פרק טו.

93. אומנם עיין לקמן הערה 115, שם הוזכרה שיטת רבנו תם בעניין 'שודא דדייני'. סברתו היא, שכאשר לא ניתן להכריע את הדין בצורה חותכת, יש מקום לשקול הכרעה אשר מטרתה הבאת שלום וסיום הסכסוך.

94. עולת ראייה, ב, עמ' נט.

95. הבאנו את ההסבר הפשוט למשנה. אמנם, יש שפירשו שמשמעות ההצהרה: "אין לי ראייה" היא, מעין הודאת בעל דין, שמכוחה שולל בעל הדין מעצמו את הזכות להציג ראיות חדשות. על כך ראה ברחבה במאמרו של הרב מ' בריס, הנ"ל בהערה 89.

96. דברים כח, ט.

97. שמות יח, כא.

98. דברים א, יג. בפועל מצא משה רק "אנשים חכמים וידועים" (שם, טו). על כך נאמר בסיפרי דברים, טו: "זה אחד משבע מדות שאמר לו יתרו למשה, הלך ולא מצא אלא שלשה אנשים

הדיין אינו צריך להיות רק בעל זיכרון טוב של ספר החוקים, ואף לא רק בעל יכולת ניתוח שכלית או אינטואיציה בריאה. לפני כל זאת<sup>99</sup> צריך הדיין להיות איש אמת וירא ה', בעל חוסן וגבורה פנימית (= "אנשי חיל") ורחוק מתאוות חומריות (= "שונאי בצע"). רק אדם כזה ראוי לשבת בדין. יש להוסיף, שכפי שהוזכר, הדיינים אינם רק השופטים אלא הם אף מנהיגי העם ("וידועים לשבטיכם"). על כן, צריכים הם להיות סמל ודמות לחיקוי עבור כל הציבור.

הדרישות מן הדיין היושב בסנהדרין, גבוהות יותר.<sup>100</sup> על תכונות אלו למדים אנו מדברי רבי יוחנן -

אין מושיבין בסנהדרין אלא בעלי קומה, ובעלי חכמה, ובעלי מראה, ובעלי זקנה, ובעלי כשפים, ויודעים בע' לשון שלא תהא סנהדרין שומעת מפי המתורגמן.<sup>101</sup>

ועוד אמרו חכמים -

תניא: אין מושיבין בסנהדרין זקן וסריס ומי שאין לו בנים. רבי יהודה מוסיף: אף אכזרי.<sup>102</sup>

וכן אמרו שהדיין היושב בסנהדרין צריך שיהיה מיוחס (=ראוי להשיא לכהונה) ונקי מכל מום<sup>103</sup> שבגוף.

הבנה זו של מעמד הדיין מתחדדת לאור דברי חז"ל במקרה ההפוך, כאשר מונה לדיין אדם שאינו ראוי לכך -

אמר ריש לקיש כל המעמיד דיין על הציבור שאינו הגון כאילו נוטע אשירה בישראל, שנאמר "שופטים ושוטרים תתן לך" וסמך ליה "לא תטע לך אשירה כל עץ". אמר רב אשי ובמקום שיש תלמידי חכמים כאילו נטעו אצל מזבח שנאמר "אצל מזבח ה' אלהיך".<sup>104</sup>

חכמים וידועים".

99. ודומני שבמידות פנימיות אלו התמקד יתרו תחילה. כתבנו אפשרות אחת לפרשנות הפסוק, עיין בפרשנים שם ובפוסקים. וזו לשון הרמב"ם (סנהדרין ב, ח) - "בית דין של שלשה... צריך שיהא בכל אחד מהן שבעה דברים ואלו הן: חכמה, וענוה, ויראה, ושנאת ממון, ואהבת האמת, ואהבת הבריות להן, ובעלי שם טוב". ועיין שם בהמשך דברי הרמב"ם, הסבר כל מידה ומידה באופן מפורט.

100. בית דין של שלושה צריך שיהיה בדייניו רק אותם שבעה דברים המפורשים בתורה, עיין רמב"ם סנהדרין ב, ז.

101. סנהדרין יז, א.

102. סנהדרין לו, ב (רש"י שם - "זקן: ששכח כבר צער גדול בנים ואינו רחמני וכן סריס").

103. שם, וכן עיין קידושין עו, ב.

104. סנהדרין ז, ב. בהמשך הגמרא דורשת בייחוד על המתמנה בזכות כספו: "כתיב לא תעשון אתי

כשם שדיין הגון וראוי הוא כ'א-להים' ונחשב כשותף לבוראו בתהליך הבריאה ומשרה שכינה בישראל, כך דיין שאינו הגון מעכב בפני השראת השכינה בישראל. העמדתו היא כתקיעת תריז בין ישראל לאביהם שבשמים. כאשר תיקונו של עולם מופקד בידי מי שאינו מוכשר לכך, עתיד התיקון ליהפך לקלקול. משום כך, דיין כזה, לא זו בלבד שאין הוא ראוי שיחול שם ה' עליו, אלא הממנה אותו נחשב כמי שנוטע אשירה, מקים עבודה זרה.

הכרת ערכו של הדיין, מחייבת גם התייחסות מיוחדת של העם כלפיו -

כתיב 'ואצוה את שופטיכם בעת ההיא' וכתיב 'ואצוה אתכם בעת ההיא', אמר רבי אלעזר אמר רבי שמלאי אזהרה לציבור **שתהא אימת דיין עליהן**.<sup>105</sup>

הצורך להביא לכך שאימת הדיין תהיה על בעלי הדין, מחייב גם ריחוק מסוים של הדיין מן העם. משום כך נקבע שאסור לדיין לעשות מלאכה בפני שלושה -

שלא יזונו עיני הבריות ממנו דרך הדיוטות, עד שיהא בעיניהם כאחד מהם, ולא יהיו דבריו נשמעים ומקובלים.<sup>106</sup>

התורה אף ייחדה לאו מיוחד על קללת הדיין -<sup>107</sup>

כל המקלל דיין מדייני ישראל עובר בלא תעשה שנאמר **אלהים לא תקלל**.

מאידך, הדיין עצמו צריך לנהוג בענווה ויראה כלפי העם -

אסור לאדם לנהוג בשררה על הצבור ובגסות הרוח אלא בענווה ויראה ... וכן אסור לו לנהוג בהן קלות ראש אע"פ שהן עמי הארץ, ולא יפסיע על ראשי עם הקדש. אע"פ שהן הדיוטות ושפלים, בני אברהם יצחק ויעקב הם וצבאות השם שהוציא מארץ מצרים בכח גדול וביד חזקה. וסובל טורח הצבור ומשאן כמשה רבינו, שנאמר בו כאשר ישא האומן את היונק וכו'.<sup>108</sup>

## י. דעת הדיין

הדיין איננו רק מנתח את החוקים והדינים הכתובים בתורה ומשליכם על הנידון שלפניו, אלא עיקר המוקד הוא הכרעה ופסיקה ע"פ עומק **דעתו**. למעשה, פסק הדין

אלהי כסף ואלהי זהב. אלהי כסף ואלהי זהב הוא דלא עבדי, הא דעץ שרי? אמר רב אשי: אלוה הבא בשביל כסף, ואלוה הבא בשביל זהב".

105. **סנהדרין ח, א.**

106. עיין **קידושין ע, א** ולשון המאירי שם. ועיין גם לשונו החריפה של הרמב"ם **סנהדרין כה, ד**.

107. **רמב"ם סנהדרין כו, א**. ועיין לעיל בהערה 4 את המקורות במכילתא ובבבלי, והמחלוקות סביב פרשנות הפסוק.

108. שם כה, א-ב.

מורכב משלוש גורמים: דין התורה, המקרה הנדון, ושיקול דעתו של הדיין. שיקול דעת זה, הוא "ליבו" של המשפט. על החשיבות של שיקול הדעת האישי של הדיין, ניתן ללמוד מהלכות אחדות בהלכות הדיינים. כמובן שחלק מהדוגמאות מבהירות את הנושא דווקא ע"י מקרים מיוחדים (ולשיטות מסוימות), אך נראה שהדבר מלמד על הכלל כולו על היחס והמוקד של דעת הדיין.

#### (א) דעתו של תלמיד

במסגרת הדיון על מניין המזכים והמחייבים בדיני נפשות, קבע רב ש"שונה אדם לתלמידו ודן עמו בדיני נפשות".<sup>109</sup> על כך הקשו מברייתא מפורשת הקובעת שמאחר שכל תורת התלמיד היא מרבו, "אין מונין להן אלא אחד". קושיה זו יושבה באמצעות ההבחנה בין תלמיד הצריך את רבו רק לשם ידיעת הדינים, לתלמיד הצריך ללמוד מרבו גם את טעמי הדינים וההגיון העומד מאחוריהם: "כי קאמר רב, כגון רב כהנא ורב אסי דלגמריה דרב הוה צריכי, ולסבריה דרב לא הוה צריכי".

נמצא שכאשר יש לתלמיד שיקול דעת עצמאי (=סבריה), הוא ראוי להיחשב כדיין, אף שאת כל ידיעתו ב"חוק היבש" (=גמריה) הוא שואב מרבו. במילים אחרות, לא ידיעת הדינים עיקר, אלא שיקול הדעת העצמאי של הדיין. דיין שהינו בעל סברא משל עצמו, ראוי להיחשב כדיין, אף שאינו בקי בידיעת הדינים, ולשם ידיעתם הוא נדרש ללמוד מרבו.<sup>110</sup>

#### (ב) הכרעה במחלוקת הפוסקים

במסגרת הדיון על רשותו של דיין מדורות מאוחרים לחלוק על פסקי הגאונים, דן הרא"ש גם בדרך הראויה לדיין, להכריע במחלוקת הפוסקים -

והיכא שנחלקו שני גדולים בפסק הלכה לא יאמר הדיין אפסוק כאיזה מהם שארצה ואם עשה כן זהו דין שקר. אלא אם הוא חכם גדול וגמיר וסביר ויודע להכריע כדברי האחד בראיות ברורות ונכוחות הרשות בידו, דאפילו אם פסק גדול אחד יכול החכם לסתור דבריו בראיות ברורות ולחלוק עליו כאשר כתבתי למעלה וכ"ש אם יש סיוע מא' מהמחברים החולקים עליו, ואם לאו בר הכי הוא לא יוציא ממון מספק.<sup>111</sup>

109. סנהדרין לו, א.

110. פרשנו ע"פ לשון הרמב"ם (סנהדרין יא, י): "תלמיד שהיה חכם ומבין והיה מחוסר קבלה הרי רבו מוסר לו הקבלה שהוא צריך לה בדין זה והוא דן עמו בדיני נפשות". אומנם עיין במאירי שם שכתב שהתלמידים נמנים רק כאשר הם צריכים ל"דברים נעלמים שהוא מקובל, אבל לא לסברא ושיקול הדעת וידיעת הדברים הרגילין". השווה גם ללשון רש"י, שם, ד"ה כי.

111. רא"ש סנהדרין ד, ו.

למדנו שאסור לדיין לסמוך על דעת אחרים בבואו לפסוק את הדין. על הדיין להכריע את הדין על פי דעתו בלבד. אם לא יוכל הדיין להכריע במחלוקת הפוסקים על פי דעתו, יישאר הדין מסופק, ללא הכרעה. הדיין לא יכול להסתמך על פסיקות ותקדימים של אחרים,<sup>112</sup> משום שעיקרו של דין תלוי בדעת הדיין היושב בדין, וכאשר חסרה דעת הדיין, ייחשב הדין כדין שקר.

### (ג) פסיקה על פי אומדן הדעת

פעמים שאין לדיין מספיק ראיות ברורות שבאמצעותן ניתן להגיע להכרעה, ובכל אופן הוא רשאי לפסוק על פי אומדן דעתו בלבד. במסכת כתובות, מובאות דוגמאות אחדות לכך.<sup>113</sup> בעקבות זאת, ניסח הרמב"ם כלל -

**יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן** אף על פי שאין שם ראיה ברורה, ואין צריך לומר אם היה יודע בודאי שהדבר כן הוא שהוא דן כפי מה שיודע.<sup>114</sup>

עקרון זה דומה למושג אחר, המופיע מספר פעמים בתלמוד, והוא "שודא דדייני".<sup>115</sup> לדוגמא, במסכת כתובות<sup>116</sup> נדונה השאלה: מה הדין כאשר אדם צוה לפני מותו שיתנו את נכסיו לאדם בשם "טוביה", ולאחר מותו בא לבית הדין שני אנשים העונים לשם זה. נקבע שאם "שניהם קרובים ושניהם שכנים ושניהם חכמים - שודא דדייני".

רש"י פירש את הביטוי "שודא דדייני" באופן הבא -

112. כמובן שהדיין יכול, ואף חייב, להתייעץ וללמוד דעותיהם של אחרים, אך בסופו של דבר ההכרעה צריכה להיות שלו בלבד, בלא להיסמך ולהיתלות באחר. על חובת ההתייעצות של הדיינים, לפני מתן פסק הדין, ראה במאמרם של הרב א' גורפינקל והרב ב' זלצמן, חובת ההתייעצות לפני מתן פסק הדין, להלן עמ' 388.

113. כתובות פה, א.

114. רמב"ם סנהדרין כד, א. אמנם, יש לדון במסגרת יכולת הכרעה זו על פי המקרים שהוא מביא לאחר מכן. כמו כן להלכה כתב: "כל אלו הדברים הן עיקר הדין, אבל משרבו בתי דינין שאינן הגונים ואפילו היו הגונים במעשיהם אינן חכמים כראוי ובעלי בינה הסכימו רוב בתי דיני ישראל שלא יהפכו שבועה ... ולא ידון הדיין בסמיכת דעתו ולא בידיעתו כדי שלא יאמר כל הדיוט לבי מאמין לדברי זה ודעתי סומכת על זה..." אמנם, בראשונים ובדברי פוסקים מאוחרים רבים מצאנו שנתנו להלכה ולמעשה מקום נרחב לשיקול דעת ואומדנא במסגרת הכרעת הדין, אך לא כאן המקום להאריך בעניין זה.

115. ראה: כתובות פה, ב; שם צד, א; גיטין יד, ב; קידושין עד, א; בבא בתרא לד, ב; שם סב, ב; שבועות ל, ב; ירושלמי כתובות י, ד.

116. כתובות פה, ב (בהמשך הסוגיא שהזכרנו לעיל).

"לפי מה שיראו דיינים שהיה דרכו של מת לקרב את זה יותר מזה או מי שבשניהן טוב ונוהג בדרך ישרה שיש לומר בו נתכוון המת לזכות".<sup>117</sup>

גם כאן, ניתנת לדיינים הרשות להכריע את הדין על פי שיקול דעתם בלבד, למרות שאין בידיהם ראייה ברורה שבאמצעותה ניתן להכריע את הדין.<sup>118</sup>

### יא. דיון בפני "ערכאות של גוים".

נאמר בתורה, בפרשת משפטים: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם".<sup>119</sup> מכאן למד רבי טרפון -

כל מקום שאתה מוצא אגוריות של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" - לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים. דבר אחר: לפניהם ולא לפני הדיוטות.<sup>120</sup>

בטעם האיסור נאמרו מספר שיטות, להלן נביא שתיים עיקריות מתוכם. המתדיין בפני 'ערכאות של גוים', בוחר במערכת חוקים אחרת, שאינה חוקי ודיני התורה.<sup>121</sup>

117. רש"י, כתובות שם, ד"ה שודא דדייני.

118. וברוח זו פירש רש"י בכל אחת מהסוגיות המוזכרות בהערה 115. בהקשר זה ראוי להעיר שלרבנו תם, שיטה שונה בהבנת המשמעות של "שודא דדייני". לדבריו (תוספות, כתובות שם ד"ה שודא; שם צד, ב ד"ה לימא; בבא בתרא לה, א ד"ה שודא), במקרים שלא ניתן להכריע על פי ראיות ברורות, הדיין פוסק לפי רצונו בלבד (שודא=השלכה), ללא שיקול דעת הקשור למקרה עצמו. להבנת סברתו, ראה: "שו"ת הרא"ש קו, ו, בסופו, המבאר את חשיבות ההכרעה בכדי לישב סכסוכים ולהשכיח שלום בעולם. ולהלכה בשו"ע חו"מ יב, ה. יש בדברים אלו להאיר באור נוסף את תפקיד בית הדין.

119. שמות כא, א.

120. גיטין פח, ב.

121. יש להעיר כאן על מאמרו של ח' כהן "על ערכאות של גוים ועל ערכים של גוים", משפט וממשל, ד (תשנ"ז), שלדעתי, לוקה ב'אי-דיוקים' לא מעטים. נתמקד בשתי הערות מרכזיות. א. בחלקו הראשון של המאמר הוא מנסה להוכיח שאיסור ערכאות לא חל על בתי המשפט האזרחיים שבמדינת ישראל. בתחילה, הוא מתמקד בנימוק המובא אצל חלק מהראשונים, שיש בהתדיינות בפני ערכאות של גוים, "עילוי יראתם של עובדי עבודה זרה". מכאן הוא מסיק ש"בקיזום ובפעולתם של בתי משפט אלה (ממלכתיים, שאינם מיצגים דת כלשהי - י.פ.) אין שמץ חשש של פגיעה בבתי דין רבניים או בערכים דתיים כלשהם". אולם זו טעות, משום שלפי העולה מדברי הרמב"ם (סנהדרין כו, ז) הדין בפני "ערכאות של גוים" הרי הוא כמי ש"הרים יד בתורת משה". משמע שעצם ההעדפה של מערכת חוקים אחרת, על פני חוק התורה מהווה כפירה בתורת ה' ומשפטיה.

ב. חלקו השני של המאמר עוסק בהגדרת 'ערכים יהודיים'. לדעת הכותב, יש לקבל מתוך התורה "ערכים נצחיים באמיתותם ובאנושיותם" ולדחות כאלה "שאבד עליהם הכלח". לא

במעשה זה הוא "הרים יד בתורת משה רבינו" (לשון הרמב"ם)<sup>122</sup>. ואף אם לעיתים לכאורה "דיניהם כדיני ישראל" – לאמיתו של דבר לבטח יסטו מדין תורה המקורי.

כוון נוסף, מתמקד בפן האמוני והלאומי שבהליכה לערכאות - "...שהמביא דיני ישראל לפני ארמים מחלל את השם ומיקר את שם העובד אלילים להשביחם (ס"א להחשיבם) שנאמר<sup>123</sup> כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים כשאווינו פלילים זהו עדות לעלוי יראתם" (לשון רש"י)<sup>124</sup>.

אולם, לאור האמור עד כה, ניתן להסביר את האיסור בדרך נוספת.<sup>125</sup> במדרש תנחומא נאמר -

כל מי שמניח דייני ישראל והולך לפני עכו"ם, **כפר בהקדוש ברוך הוא תחלה**, ואחרי כן כפר בתורה, שנאמר: כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים.<sup>126</sup>

מדוע רואה המדרש בהליכה לערכאות של גוים, בראש וראשונה, כפירה בקב"ה, ורק לאחר מכן, מזכיר שזו גם כפירה בתורה?

אלא כפי שבארנו ההתדיינות לפני דייני ישראל נחשבת כהתייצבות לדין לפני ה'. משום כך מי שמבכר התדיינות בפני ערכאות של גוים, הרי הוא כופר בקב"ה. הוא כופר בנוכחות השכינה בבית הדין, הוא כופר ב-ה' הוא הא-להים'.

לאור זאת, ברור גם מדוע האיסור קיים, אף שדיניהם של אותם ערכאות זהים לדין התורה, שכן לב ליבו של המשפט חסר. יתר על כן, אפשר שאף אם יהיו השופטים יהודים הדנים על פי התורה, אם אין הם אנשי אמונה<sup>127</sup> היודעים "את מי דנין ולפני מי הן דנין וכו'" - הרי דינם כערכאות!

עוד, אלא שמה שנבחר הם הם 'ערכי היהדות'! והשאר 'לא זכו לבוא בקהל' אף שמצויים ומוסכמים בהלכה, בתלמוד או אף בתורה עצמה!! (עי"ש). ערכים כגון אלו, אינם ערכי תורה, אלא ערכיו של חיים כהן, וראה גם בדברנו לעיל, פרק ז.

122. **רמב"ם סנהדרין** כו, ז.

123. **דברים** לב, לא.

124. **רש"י דברים**, שם. ניתן להרחיב משמעות הבנה זו, שחלק ממה שמהווה עם עצמאי וחופשי הוא שיש לו מערכת שילטון וחוקים עצמאית משלו, אשר איננה כפופה לאומה אחרת.

125. ובמידה מסוימת מרחיבה את טעמו של רש"י.

126. **תנחומא משפטים**, ג.

127. או שאין להם את הידע והיכולת לדון, היינו הדיוטות.

**הערת עורך**: כאמור דרש רבי טרפון: "לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים. דבר אחר: לפניהם ולא לפני הדיוטות". מסמיכות הדרשות, וגם מדברי פוסקים רבים עולה, שעיקרו של האיסור לא נובע ממידת יראת השמים של הדיינים, אלא מתוכן החוקים שמערכת המשפט כפופה להם. אם יהיו חוקים אלו חוקי התורה, לא תוגדר הערכאה כערכאות של גוים.

אמנם, רבי טרפון מדגיש שבערכאות של גוים אסור לדון "אף על פי שדיניהם כדיני ישראל", אולם נראה שכוונתו היא שגם כאשר בדין מסויים דיניהם כדיני ישראל, אין להיזקק להם,

### יב. משמעות הסמיכה

סמיכת חכמים היא התנאי היסודי להיות הדיין מומחה ורשאי לדון בכלל (ולאחר תקנת 'שליחותיהו'<sup>128</sup> לדון בדיני קנסות ועונשין בפרט).

ניתן לכאורה לראות את ה'סמיכה' כדרישה פורמלית, שמטרתה לרכז את מערכת המשפט ע"י סמכות אחת, היא הסמכות המסמיכה, ולשמור על רמתם של הדיינים. אולם, עיון במקורות שונים מגלה משמעות עמוקה הרבה יותר. משה רבנו, "איש הא-להים"<sup>129</sup>, הוא שעמד בהר סיני וקיבל את דבר ה' "פה אל פה",

משום שבכך נותן המתדיין לגיטימציה למערכת משפטית שאינה כופפת עצמה למשפט התורה.

כמו כן, ניתן להסביר שישנם שני נימוקים לאיסור: אישי, ומהותי. הנימוק האישי הוא, שאל ליהודי להתדיין בפני גוי, משום שגוי פסול לדון. הנימוק המהותי הוא, שגם אילו היה הגוי כשר לדון, אסור היה להתדיין בפניו משום שמערכת החוקים שלפיה הוא דן, אינה חוק התורה. הנימוק המהותי לא קיים בערכאה של גוים שקיבלה על עצמה לדון לפי דין התורה. אולם הנימוק האישי קיים בכל אופן, ומשום כך, אין להיזקק להם, אף שכל דיניהם כדניי ישראל.

אולם, לפי כל ההסברים, אף המחמירים ביותר, נראה שאין מקום להגדיר בית דין כערכאות של גוים משום שדייניו אינם יודעים לפני מי הם דנים ואת מי הם דנים.

למעשה, שמענו מפי הג"ר אברהם שרמן שבית הדין הרבני הגדול אכן נדרש לשאלה דומה, במעשה שהיה בין שוכר למשכיר, שהתנו ביניהם בחוזה השכירות שכל ויכוח שביניהם יוכרע על פי דין התורה. לאחר שנתגלעו חילוקי דעות בין המשכיר לשוכר, בקש המשכיר להכריע את הויכוח בבית דין רבני. השוכר ביקש ללכת לבית דין אזרחי. השופטת שדנה בעניין טענה שהחוזה שבין המשכיר לשוכר אינו מונע ממנה לשבת בדין, שכן, היא יכולה לדון לפי דין התורה, והיא אף הביעה נכונות להיוועץ עם גדולי תורה לפני מתן פסק הדין. עמדת דייני בית הדין הרבני הגדול הייתה שאין בכך כדי למלא את התנאי שבחוזה. טענה מעניינת שנטענה היא, שאם למשל, דין התורה יחייב שבועה את אחד מבעלי הדין, לא תהיה לשבועה בפני שופטת חילונית, בבית משפט אזרחי, אותה משמעות שיש לשבועה על פי דין התורה. לכן, למעשה, על כל רצונה הטוב של השופטת, פסק דינה לא יוכל להיות פסק דין לפי דין התורה.

למרות שיש לדון רבות בפסק זה ובמשמעויותיו, נראה שאין להסיק ממנו שבית דין של יהודים שדן על פי דין התורה, אך אין לשופט יראת שמים, ייחשב כערכאות של גוים, משום שהדין לא היה בשאלה, האם הדיון בפני בית המשפט האזרחי ייחשב כדיון בפני ערכאות של גוים או לאו. הדיון עסק רק בשאלה, האם דיון בפני השופטת החילונית המסכימה לדון לפי דין התורה עונה על התנאי שבחוזה השכירות. ייתכן בהחלט שגם אם היו הדיינים מסיקים שדיון כזה עונה לתנאי, עדיין היו סבורים שזהו דיון בפני ערכאות של גוים, היות ומערכת החוקים שלפי דן בית משפט זה בדרך כלל, אינה זו של משפט התורה.

128. עיין סנהדרין ג, א; בבא קמא פד, א; גיטין פח, ב; ובשו"ע חו"מ סימן א. הדברים לקמן יבהירו, שהמצב בו אין לנו דיינים סמוכים, בראש ובראשונה מלמד על רמת שיפוט נמוכה יותר, כאשר בית הדין אינו 'א-להים' במשמעות הפשוטה והמלאה.

129. דברים לג, א, ובמקומות הרבה בנ"ך.



והוא שהעבירה לעם ישראל. ואכן, בתחילה חפץ היה משה להיות דיין יחיד שישפוט את העם לבדו, באין מסייע לו. כאשר שאל יתרו, מדוע הוא מבקש לשפוט את העם לבדו, משיב משה: "כי יבא אלי העם לדרוש א-להים".<sup>130</sup> היינו, העם מבקש לעמוד לדין – בפני בית דין אשר מגלה את דבר ה'. הגילוי הנעלה ביותר של דבר ה', מתקיים רק כאשר הדיין הוא משה רבנו בעצמו. וכך כתב הרב קוק -

משה רבינו ע"ה, בתפסו את כח המשפט בתחילת יסודו באומה, העלה את כל ערכי המשפט עד סוף כל הדורות לאותו התוכן הא-להי שמשפטי ישראל באים אליו, ודרישת א-להים באה יחדיו עם המשפט הישראלי.<sup>131</sup>

אמנם, מצב זה לא יכול היה להמשיך לאורך זמן.<sup>132</sup> משום כך, יעץ יתרו למשה למנות אנשי מעלה, שישפטו את העם: "והקל מעליך ונשאו אתך". על הדרך שבה התמנו אותם אנשי מעלה, "שבעים איש מזקני ישראל", למדנו בפרשת בהעלותך -

ולקחת אתם אל אהל מועד והתיצבו שם עמך. וירדתי ודברתי עמך שם **ואצלת<sup>133</sup> מן הרוח אשר עליך ושמתי עליהם** ונשאו אתך במשא העם ולא תשא אתה לבדך.<sup>134</sup>

אמנם, הביטוי "סמיכה" בהקשר זה,<sup>135</sup> אינו מופיע בפרשת בהעלותך, אלא בעת שמעביר משה את ההנהגה ליהושע -

ויאמר ה' אל משה קח לך את יהושע בן נון איש אשר רוח בו, **וסמכת את ידך<sup>136</sup> עליו ... ונתתה מהודך עליו**, למען ישמעו על עדת בני ישראל.<sup>137</sup>

130. שמות יח, טו.

131. אורות, ישראל ותחייתו, עמ' כא (עיין בכל הפסקה).

132. לא כאן המקום להאריך במשמעות 'הפרטה' זו.

133. **הרמב"ן** שם מדגיש שכל יניקתם היא מרוחו של משה לבד: "כי הזקנים אשר אמר בהם שהתנבאו לא שמעו דבור מפי השם ולא נראה להם במראה או בחלוס, אבל השם מדבר עם משה ומאצילות רוח משה הם יודעים הנבואה ההיא. וזה טעם 'ויתנבאו ולא יספּו', שלא יספּו להתנבאות מעצמם, אבל בנבואה שאמר השם למשה בה לבדה התנבאו".

134. **במדבר** יא, טז. אומנם יש לעיין על היחס בין פרשת יתרו לבין פרשה זו (עיין לעיל הערה 50).

135. מצינו גם 'סמיכה' בהקשר לקורבנות – "וסמך ידו על ראש העולה וכו'". גם שם המשמעות היא העמדה של הקורבן **במקום** המקריב, במקום הסומך. "וסמך אהרן את שתי ידיו על ראש השעיר החי והתודה עליו את כל עונת בני ישראל ואת כל פשעיהם לכל חטאתם ונתן אתם על ראש השעיר ושלח ביד איש עתי המדברה" (ויקרא טז, כא). ועיין **רמב"ן** ויקרא א, ט.

136. אומנם הסמיכה ביד בטלה לדורות, אלא "קרי ליה רבי" (**סנהדרין** יג, ב). על שאלה זו, ועל הסמיכה בכלל עיין בהרחבה ב**שרידי אש** חלק ד', וכן בדברי הגרי"ה הרצוג, **הפרדס** (ניסן תש"ג), ובתגובת הר"מ פיינשטיין ב**שו"ת אגרות משה** חו"מ א, א. ואולי, ע"פ האמור בגוף המאמר, ניתן לומר שכל עוד הדיינים אף נשאו בעול ההנהגה (כיהושע) אזי סמיכתם הייתה ביד.

בתחילת מסכת סנהדרין,<sup>138</sup> נלמד מנין הדיינים בבית דין, על פי שלושת הפעמים שמוזכרת המילה "אלהים" בפרשת משפטים.<sup>139</sup>

לדעת רבא,<sup>140</sup> המילה "אלהים" מלמדת שעל הדיינים להיות מומחים, היינו סמוכים.<sup>141</sup> ואכן, כאשר דנה סוגיית התלמוד במסכת בבא קמא<sup>142</sup> בהיקף סמכותם של בתי דין שאינם סמוכים, היא קובעת שדיינים שאינם סמוכים אינם רשאים לדון בדיני נזיקין שאינם שכיחים, כנזקי אדם בשור. הנימוק בסוגיא הוא שלשם דיון בדיני נזיקין שאינם שכיחים - "א-להים בעינן, וליכא!". כאשר אין סמיכה, גם אין "אלהים" בבית הדין כביכול.

וכך כתב הרמב"ם בהלכות סנהדרין -

אחד בית דין הגדול, ואחד סנהדרין קטנה או בית דין של שלשה צריך שיהיה אחד מהן סמוך מפי הסמוך. ומשה רבינו סמך יהושע ביד שנאמר ויסמוך את ידיו עליו ויצוהו, וכן השבעים זקנים משה רבינו סמכם ושרתה עליהן שכינה, ואותן הזקנים סמכו לאחרים ואחרים לאחרים. ונמצאו הסמוכין איש מפי איש עד בית דינו של יהושע ועד בית דינו של משה רבינו ... אין קרוי א-להים אלא בית דין שנסמך בארץ ישראל בלבד.<sup>143</sup>

הסמיכה ממשיכה את רוחו של משה דור אחר דור מדיין לדיין. למעשה, כל מוסד הסנהדרין אמור לשמש מעין "תחליף" למשה רבינו: "ונשא אתך בדומין לך".<sup>144</sup> סמיכת הדיין מכניסה אותו לשלשלת הדורות של גילוי תורה שבעל פה, היונקת כוחה ממשה רבנו.

137. במדבר כז, יח-כ.

138. סנהדרין ג, ב.

139. כך למד ר' יאשיה. ר' יונתן לא דרש תחילות, והוסיף דיין שלישי מפני שאין בי"ד שקול. דעה שלישית היא דעת רבי, הסובר שצריכים להיות חמישה דיינים. עי' בגמ' טעמו. ואולי אפשר לומר שרבי מנה את כל ה'א-להים' הכתובים בפרשה, וכך הגיע לחמישה דיינים!

140. סנהדרין ב, ב.

141. ראה רש"י שם, ד"ה 'אי קסבר'. ראוי להעיר שרב אחא חלק על רבא, וסבר שמהתורה צריך דיין אחד הדיוט, שנאמר - "בצדק תשפוט עמיתך" (ויקרא כד, ט). רב אחא סובר שכל אחד (באשר גם הוא צלם א-להים) רשאי לדון את חברו. בהקשר לכך עיין דעת הרמב"ם שלכאורה פסק כמותו (סנהדרין ב, י) אע"פ שפסק שצריך גם סמיכה (שם ד, א), אך אין כאן המקום להאריך בכך.

142. בבא קמא פד, א.

143. רמב"ם סנהדרין ד, א, ד.

144. סנהדרין יז, א; לו, ב (שם במשמעות שיהיו כולם מיוחסין ומנוקים ממום כמשה).

### יג. מקום ישיבת הסנהדרין – "במקום אשר יבחר"

בפרשת 'כי יפלא' שהבאנו לעיל,<sup>145</sup> התורה מורה לכל יחיד ויחיד, שכאשר 'יפלא ממנו דבר למשפט', ויהיה לו צורך לברר את הדין, עליו לעלות אל בית הדין הגדול שבירושלים. התורה מדגישה - "ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא אשר יבחר ה', ושמרת לעשות ככל אשר יורוך". "המקום אשר יבחר"<sup>146</sup> הוא מקום עבודת ה' בקרבנות ובתפילה, הוא בית המקדש. מקום ישיבת הסנהדרין צריך להיות בלשכת הגזית הסמוכה למקדש, ומכוחה באים כל הסנהדראות ובתי הדין שבכל מקום ומקום.<sup>147</sup> מקום דרישת התורה ופסיקתה ראוי לו שיהיה דווקא במקום השראת השכינה בישראל.<sup>148</sup>

וכך דרשו חז"ל את הסמיכות שבין סוף פרשת יתרו, לתחילת פרשת משפטים -

ולמה נסמכה פרשת דינין לפרשת מזבח, לומר לך שתשים סנהדרין אצל מזבח.<sup>149</sup>

להלכה זו יש משמעות, לא רק למקום הסנהדרין, אלא גם ליכולת המעשית של כל מערכת המשפט בישראל -

אין דיין דני נפשות אלא בפני הבית והוא שיהיה בית דין הגדול שם בלשכה שבמקדש, שנאמר בזקן ממרא לבלתי שמוע אל הכהן וגו', ומפי השמועה למדו שבזמן שיש כהן מקריב על גבי המזבח יש דיני נפשות והוא שיהיה בית דין הגדול במקומו.<sup>150</sup>

145. הערה 35.

146. עיין למשל **דברים יב ועוד**.

147. **סנהדרין פח, ב** - "משם (בית דין הגדול) כותבין ושולחין בכל מקומות: כל מי שהוא חכם ושפל ברוך ודעת הבריות נוחה הימנו - יהא דיין בעירו. משם מעלין אותו להר הבית, משום לעזרה, משם ללשכת הגזית".

148. עיין עוד **בכורי מאמר ג**, לט. ועיין עוד **זבחים פח, ב** (שם דרשו על מה מכפר כל בגד ובגד של כהן גדול) - "חושן מכפר על הדינין, שנאמר: ועשית חושן משפט".

149. **רש"י שמות כא, א**. השוואה במישור אחר עיין **דרישה חו"מ ח, א**: "כי בשעה שהן יושבין בדין יהא דומה בעיניהם כאילו הם עוסקים בעבודת ה' יתברך במקום הקורבן ... ושייך לומר לא תזבח להקריב שום בעל מום ודבר רע, דכמו שהתלמיד חכם והדיין מכונים בשם מזבח, וכמו שדרשו רז"ל מאצל מזבח, כן הדין שהוא דן מכונה בשם זבח, ומחשבה פוסלת בדין כמו בזבח..."

150. **רמב"ם סנהדרין יד, יא** (ע"פ **סנהדרין נב, ב**). ועיין **עבודה זרה ח, ב** (ובמקבילות) **סנהדרין גלתה ממקומה ארבעים שנה קודם החורבן מפני שרבו הרוצחים**. כמו כן גם דין זקן ממרה מתקיים דווקא כאשר הוא נחלק על הסנהדרין היושבת בלישכת הגזית, עיין **סנהדרין פז, א**.

היכולת של כל הסנהדראות לדון בדיני נפשות החמורים תלויה בקיומו של בית המקדש, ובישיבת הסנהדרין הגדולה בלשכת הגזית. כאשר נדרש בית הדין לדון בעונש מוות, הוא נדרש לסיוע רב מן השמיים, לקשר עמוק למקום השראת השכינה, שיכול להתממש רק בזמן שבית המקדש קיים וסנהדרין הגדולה יושבת בלשכת הגזית. לשון אחר, "באדם דמו ישפך" יכול להתקיים רק כאשר הדיינים עולים לקומת "צלם א-להים" במדריגה השלמה ביותר.<sup>151</sup>

### יד. הטיה וטעות

מדברינו עד כה, עלול להיווצר הרושם שדייני ישראל הם אנשים בעלי יכולת על טבעית, שותפים לקב"ה במעשה הדין. אולם, לא כך הם פני הדברים. ההשראה הא-להית באה במקום אשר קדם לכך מאמץ והקפדה אנושית.

כפי שראינו לעיל, מלכתחילה אין ממנים אלא דיינים שהם יראי ה', טהורי לבב, ושלמים במידותיהם. אולם, אף דיינים אלו, בני אנוש הם. משום כך מזהירה אותם התורה באזהרות רבות לבל יטו את הדין, מתוך רגישות לכל מגוון המקרים שעלול הדין לסטות מהאמת במודע או שלא במודע.

לא תטה משפט אבינך בריבו. מדבר שקר תרחק ונקי וצדיק אל תהרג כי לא אצדיק רשע. ושחד לא תקח כי השחד יעור פקחים ויסלף דברי צדיקים.<sup>152</sup>

לא תעשו עול במשפט לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול בצדק תשפט עמיתך.<sup>153</sup>

ואצוה את שפטיכם בעת ההוא לאמר שמע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו. לא תכירו פנים במשפט כקטן כגדל תשמעון לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלהים הוא.<sup>154</sup>

חז"ל הרחיבו ובארו איסורים אלו בדרכים שונות.<sup>155</sup> כל זאת, מתוך הבנה שרק מתוך הקפדה על כל פרטי הדינים, ומתוך עמידה מלאת גבורה מחד, וענווה של "לפני מי הן דנין ואת מי הן דנין" מאידך, יביאו לכך שיהיה בית הדין ראוי שתשרה בו שכינה.

151. הסבר אחר, ראה: עין-איה שבת א, א, פסקא עא.

152. שמות כג, ו-ח.

153. ויקרא יט, טו.

154. דברים א, טז-יז. ובעוד מקומות.

155. לדוגמא רק לפסוק "מדבר שקר תרחק" הובאו בגמ' בשבועות ל, ב ובמכילתא משפטים כ, שבעה עשר פירושים שונים (!).

זאת ועוד, אף הדיין עלול לטעות. כאשר הוא טועה ב'דבר משנה', היינו בדבר הפשוט והמוכרע בפוסקים, דינו בטל ומבוטל ומחזירים את המצב לקדמותו.<sup>156</sup> היות שמטרת הדין להגיע לצדק, מייד שנודע שהדיין טעה – הדין בטל מאליו ואין לו כל משמעות ("לאו דינא"). רק אם הדיין פסק כשיטה מסוימת והתברר שפסיקתו אינה מקובלתגה, אף שהדבר מוגדר כטעות ('טעות בשיקול הדעת'), היות שפסיקתו לגיטימית יהיו מצבים<sup>157</sup> שנשאיר את הדין על כנו.

### טו. צדקה ומשפט

אף שעיקר המטרה במאמר זה היה לעסוק במסגרת ובמבנה של בתי הדין, ולא בתכני הדין עצמם, נסטה מהאמור לטובת הבנת היחס בין 'צדקה' ו'משפט'. גם כאן, אין הכוונה בביאור פרטי דינים, אלא בראייה כוללת של המשמעויות השונות של יחס זה. ביאור זה יסביר מעט מעומק המשמעות (עכ"פ בנושא זה) של "ה' הוא הא-להים", וייתן 'אור חוזר' על הנושא המרכזי – בית הדין.

צמד זה מופיע בתנ"ך בעשרות מקומות ובפנים שונות, להלן נביא מעט מזעיר מהן - הקב"ה בחר באברהם – "כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו ואת אחריו ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט".<sup>158</sup> ועל דוד נאמר - "ויהי דוד עושה משפט וצדקה לכל עמו".<sup>159</sup>

על הגאולה העתידה נבא ישעיהו – "כה אמר ה' שמרו משפט ועשו צדקה, כי קרובה ישועתי לבוא וצדקתי להגלות".<sup>160</sup> וכן ירמיהו המנבא על המשיח עצמו – "והקמתי לדוד צמח צדיק ומלך מלך והשכיל, ועשה משפט וצדקה בארץ".<sup>161</sup>

צמד מקביל (ובמידה מסוימת כולל יותר) הוא – חסד ואמת. "צדק ומשפט מכוון כסאך, חסד ואמת יקדמו פניך".<sup>162</sup> "כה אמר ה' צבאות לאמר משפט אמת שפטו, וחסד ורחמים עשו איש את אחיו".<sup>163</sup> "כי חסדך לנגד עיני, והתהלכתי באמתך".<sup>164</sup>

156. כאשר אי אפשר להחזיר את הדין יהיו מצבים שהדיין יהיה חייב לשאת באחריות התשלום, עיין שולחן ערוך חו"מ כה, א ובנושאי הכלים.

157. שו"ע חו"מ כה, ב-ג ובנושאי הכלים.

158. בראשית יח, יט.

159. שמואל ב ח, טו. וכן עיין במלכים א י, ט.

160. ישעיהו נד, א. וכן עיין שם א, כז.

161. ירמיהו כג, ה. וכן עיין שם ט, כג ו- כב, ג.

162. תהלים פט, טו.

163. זכריה ז, ט.

164. תהלים כו, ג.

לכאורה יש לפנינו מתח בין שני ערכים. מחד הדרישה להעמיד את המציאות ע"פ האמת והדין הישר, ללא וויתורים ומשוא פנים. דווקא העמדה זו היא שתביא לתיקון והשלמת המציאות (ולא 'עיגול פינות' ורחמים על אכזרים) בבחינת – "מלך במשפט יעמיד ארץ, ואיש תרומות יהרסנה"<sup>165</sup>. ומאידך ההכרה בערך העליון של היות טוב לכל, אשר הוא לאמיתו של דבר יסוד כל הערכים. חסד שמשמעו נתינה וויתור, שאיפה לחברה ששוררים בתוכה אהבה וחסד איש לרעהו, ורחמים על הנוזקים.

סתירה זו בין מידת הדין ומידת החסד 'מיושבת', ואף מתעלה לכדי אחדות גבוהה יותר, דווקא ע"י הקו האמצעי - עמוד המשפט. "באורח צדקה אהלך בתוך נתיבות משפט"<sup>166</sup>. שורשו ופנימיותו של המשפט הוא חסד שלם.<sup>167</sup>

רק הקב"ה, אשר הוא רב חסד ועושה השלום, יכול להנהיג את העולם בדין אשר אינו אלא כלבוש לרחמים מרובים. "ה' (=מידת הרחמים) הוא הא-להים" (=מידת הדין). בלשונו של הרמח"ל – "מעומק עצתו יתברך הוא לגלגל מסיכותיו בעומק חכמה כל כך, עד שמתוך הטוב והרע עצמו (הנהגת המשפט) נגיע סוף סוף לדבר זה שיהיה הכל נשלם, ויהיה הוא ית"ש מגלה יחודו (הנהגת היחוד)"<sup>168</sup>. והדברים נוקבים ויורדים עד השיתין.

אין מטרתו של משפט התורה סידור חברתי גרידא, או שמירת זכויותיו של כל יחיד ויחיד (בבחינת 'שלי שלי - שלך שלך' שיש אומרים שהיא מידת סדום)<sup>169</sup>, אלא מגמתו עילוי ותיקון של כל העולם בזכות עצמו! והבאתו לכדי אחדות, אחווה ושלום של אמת. צדקה אשר בנויה ובאה מתוך צדק. עומק דין זה יכול להינתן דווקא ע"י בורא העולם עצמו.

הדיינים, מוציאי דין התורה לפועל, נקראים 'א-להים' - אשר על כן פנימיות מגמתם אהבה וחסד לכל הבאים לפניהם. שאיפתם היא לקרב את העם לאביהם שבשמיים -

165. משלי כט, ד. עיין אורות עמ' כא: "המינות הפקירה את המשפט, תקעה עצמה במידת הרחמים והחסד המדומה, הנוטלת את יסוד העולם והורסתו וכו'", ובפסקה כולה.

166. משלי ח, כ.

167. עיין זוהר קדושים פה, ב - "תא חזי: תרי דרגין אינון הכא משפט וצדק, מה בין האי להאי, אלא חד רחמי וחד דינא ודא אתבסם בדא. כד אתער צדק דאין דינא לכלא כחדא דלית ביה רחמי ולא וותרנותא, כד אתער משפט אית ביה רחמי ... דבעי לחברא להו כחדא דלא ישתכח דא בלא דא והאי שלימו דדינא. וכ"כ למה, בגין דקודשא בריך הוא שכיח תמן ובגיני כך בעי לאשלמא דינא, כגוונא דאיהו עביד לתתא כגוונא דיליה ממש עביד לעילא..."

168. דעת חבונות, מח (מהדורת הרב פרידלנדר, עמ' מ).

169. אבות ה', י. ואכן, אף ביחס לתוכן הדין – "כופין על מידת סדום" (בבא בתרא קסח, א ובמקבילות), עיין לקמן דברינו לגבי 'לפנים משורת הדין'.

השראת השכינה בישראל. "אמר ר' אלעזר אם נעשה הדין למטה - אין הדין נעשה למעלה".<sup>170</sup>

דוגמא מעטה לדרך זו נביא דווקא באמצעות שני נושאים הנמצאים ב'צומת הדרכים' - פשרה ולפנים משורת הדין.<sup>171</sup>

#### (א) פשרה<sup>172</sup>

פשרה היא הסכם בו שני הצדדים מוותרים על ה'דין החתוך', לטובת הכרעה שקולה, הנושאת בחובה וויתור מסוים של כל אחד מבעלי הדין.

בנושא זה, מצאנו בחז"ל התייחסויות הפוכות מקצה אל קצה, מדעה האוסרת ועד כזאת הרואה בפשרה מצווה -

רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר: **אסור לבצוע**, וכל הבוצע - הרי זה חוטא, וכל המברך את הבוצע - הרי זה מנאץ, ועל זה נאמר "בצע ברוך נאץ ה'",<sup>173</sup> אלא **יקוב הדין את ההר, שנאמר: "כי המשפט לאלהים הוא"**. וכן משה היה אומר יקוב הדין את ההר. אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום, ומשים שלום בין אדם לחבירו, שנאמר: "תורת אמת היתה בפיהו ועולה לא נמצא בשפתיו בשלום ובמישור הלך אתי ורבים השיב מעון".<sup>174</sup>

... רבי יהושע בן קרחה אומר: **מצווה לבצוע**, שנאמר: "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם".<sup>175</sup> והלא במקום שיש משפט - אין שלום, ובמקום שיש שלום - אין משפט. **אלא איזהו משפט שיש בו שלום - הוי אומר: זה ביצוע**. וכן בדוד הוא אומר "ויהי דוד עושה משפט וצדקה",<sup>176</sup> והלא כל מקום שיש משפט - אין צדקה, וצדקה - אין משפט, אלא איזהו משפט שיש בו צדקה - הוי אומר: זה ביצוע.<sup>177</sup>

רבי אליעזר סובר שאסור לעשות פשרה, משום שפסיקה כזו מטשטשת את הדין והאמת. רק הגעה לדין - היא אשר תביא תיקון ומרפא למציאות, ולא דחייתו של

170. דברים רבה ה, ה.

171. "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח) - "זו פשרה ולפנים משורת הדין" (רש"י שם, עיין רמב"ן שם שהביא לשון זו בשם מדרש חז"ל, וביאורו). דוגמא נוספת אפשר למצוא לעיל בדברינו ביחס ל'סופיות הדין'.

172. הרחבת דברים בעניין זה ראה גם במאמרו של פרופ' ב' ליפשיץ, "פשרה", לעיל, עמ' 137.

173. תהילים י, ג.

174. מלאכי ב, ו.

175. זכריה ח, טז.

176. שמואל ב ח, טו.

177. סנהדרין ו, ב, וכן בתוספתא סנהדרין א, ב-ג, ובירושלמי סנהדרין א, א.

הצדק לטובת שלום עכשווי. הבנה זו, מתבהרת יותר לאור דברי הגמרא בהמשך, כאשר היא דורשת את הפסוק (שהביא ריב"ק לשיטתו) "ויהי דוד עושה משפט וצדקה": "משפט לזה - שהחזיר לו ממנו, וצדקה לזה - שהוציא גזילה מתחת ידו". דהיינו הצדקה והחסד היותר גדולים, הם להציל את הגנב מעונו, ולהחזירו לדרך הישר.

אומנם, אין להבין את רבי אליעזר באופן קיצוני מדי. בהמשך דבריו הוא מדגיש - "אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום". דהיינו, אף רבי אליעזר מכיר בערך השלום, ובעדיפות לפתרון סכסוכים בדרך של נתינה והסכמה.

אלא, שכל זאת קודם בואם לפני בית-דין.<sup>178</sup> במסגרת החיים הרגילה, טוב ונכון שתשרור בין הבריות אהבה ורעות, אשר יביאו לנתינה וויתור של האחד למשנהו. אך בבואם לפני בית הדין, צריך הוא להוציא מתחת ידו את הדין והאמת. "כי המשפט לא-להים הוא". הדיין, המופקד על דין התורה, צריך לחתור לגלות דין זה. ואם וכאשר הוא מנסה לטשטש ולהעלים זאת - הרי הוא "מנאץ את ה'".<sup>179</sup> במילים אחרות, בתוך מסגרת מערכת המשפט, אין לראות בפשרה אלטרנטיבה לצדק.

לעומתו סובר רבי יהושע בן קרחה שרשאי הדיין, ואף מצווה עליו, לחתור ולהעדיף הכרעה בדרך של פשרה.<sup>180</sup> כאשר הצדדים מסכימים לכך,<sup>181</sup> יכול בית הדין 'לפשוט

178. עיין רש"י שם, ד"ה אבל: "וכיון שהיה שומע מחלוקת ביניהם, קודם שיבואו לפניו לדין היה רודף אחריהן, ומטיל שלום ביניהן". לפי רש"י אף שאהרון עצמו גם היה דיין, כל עוד לא באו לפניו לדין, יכול היה להקדים ולהשכין שלום ביניהם. והשווה דעת תוספות שם, ד"ה אבל: "כיון שלא היה דיין, ולא היה הדין בא לפניו אלא לפני משה, ודאי לדידיה שרי". דהיינו, תוספות אף דורש הפרדה והרחקה גדולה יותר, בין הדיין המופקד אך ורק על דין תורה, ובין משכין השלום כאהרון.

179. אומנם בגמרא נאמר פסוק זה בייחוד על המברכו.

180. פירשנו בגוף המאמר ע"פ פשט דברי רבי יהושע בן קרחה: "מצווה לבצוע", דהיינו, שעל הדיין להעדיף פשרה מאשר הגעה לדין. אומנם, בהמשך הסוגיא ניתן להבין את משמעות המצווה בדרך שונה - "מאי מצוה נמי דקאמר רבי יהושע בן קרחה - מצוה למימרא להו: אי דינא בעיתו, אי פשרה בעיתו". כאן משמע, שהמצווה על הדיין היא אך ורק להציע את האפשרות לפשרה. אולם, הרמב"ם (סנהדרין כב, ד) כתב להלכה - "וכל בית דין שעושין פשרה תמיד הרי זה משובח". לשון זו הובאה גם בשולחן ערוך חו"מ יב, ב, ובעקבות כך כתב הסמ"ע (שם, ו) - "צריך הדיין להסביר לבעלי דינים שבפשרה נוח להם ולדבר על ליבם אולי יסכימו על הפשרה". נראה שדעה זו מקובלת על דעת רוב הפוסקים, ובניגוד לדעת המהר"ל מפראג (דבריו הובאו בט"ז, שם, על סעיף ב), שסבור ש"מדאמר רב הונא אי דינא בעיתו אי פשרה בעיתו, נראה שאין לרדוף כל כך אחר הפשרה, רק דאמרי להו אי דינא בעיתו וכו'".

181. מובנה הפשוט של הגמרא, וכך אמנם נפסק להלכה, שפשרה נעשית אך ורק מתוך הסכמת הצדדים. אמנם, יש להעיר שהב"ח (טור חו"מ יב, ד) הסביר הוזה אמינא בגמרא, ולכך נוטה גם דעת הר"מ בריס בפשט הברייתא, שהמחלוקת היא אף על יכולת להכריע בפשרה בכפיה, ללא הסכמת בעלי הדין! הבנה זו, מעניקה לפשרה משמעות גדולה הרבה יותר, ומחלוקת



מעליו את לבוש הדין, ולגלות את מגמתו לעשות - 'משפט שלום'. המשמעות הפנימית של ביטוי זה היא שפשרה איננה וויתור על המשפט, אלא היא אפשרות מקבילה, ואף עדיפה, בתוך מסגרת מערכת המשפט עצמה.

הגרסא בירושלמי לברייתא זו, מגלה פן נוסף בהבנת דעתו -

כל מקום שיש אמת אין משפט שלום, יש שלום אין משפט אמת, ואי זה

**אמת שיש בו משפט שלום** הוי אומר זה ביצוע.<sup>182</sup>

הירושלמי מדגיש שעשיית משפט שלום איננה בסתירה לאמת<sup>183</sup> (אלא שפעמים עדיף השלום על האמת), אלא בפשרה עצמה יש פן של האמת. ואכן, כמעט בכל סכסוך יש צד של אמת לכל אחד מבעלי הדין. בפשרה יכול הדיין לכלול בהכרעתו מרכיבים רבים, שאינם יכולים לבוא במסגרת הדין.<sup>184</sup>

נמצא ששורש המחלוקת הוא הבנת היחס הנכון בין המשפט והצדקה. לדברי שניהם, מגמת הדין בפנימיותו היא חסד. אלא שלדעת רבי אליעזר דווקא משום כך יש להקפיד על הדין, ואילו לפי ריב"ק פעמים שעדיף להסיר את לבוש הדין, ולפעול להשכנת אחווה ושלום. להלכה נפסק כרבי יהושע בן קרח.<sup>185</sup>

התנאים תקבל משמעות הרבה יותר מהותית.

182. **ירושלמי סנהדרין א, א.**

183. כפי שמשמע בבבלי, ויותר מכך בתוספתא סנהדרין א, ב-ג – "כל מקום שיש משפט אמת אין שלום..."

184. ואכן, הפשרה איננה חלוקה פשוטה, אלא על הדיין להגיע לפשרה הקרובה לדין, ואף בפסיקת פשרה שייכת טעות (והדין יחזור), עיין פתחי תשובה חו"מ יב, ג. ועיין גם במאמרו של הג"ר זלמן נחמיה גולדברג "שבחי הפשרה", לעיל, עמ' 78.

185. המשך הסוגיא שם, **שולחן ערוך**, חו"מ, יב. אומנם יש להעיר, שאפשר שהבנת הפסיקה בכללותה תאיר את הדברים באור מעט שונה. בתחילת הסוגיא (ו,א) דנה הגמ' מהו הרכב הדיינים הדרוש בפשרה (שלשה או אף אחד), והאם נדרש לעשות קניין. אפשר שמשמעות השאלה היא, האם הכרעת הפשרה באה מכוחו של ב"ד (ולכן נדרש דווקא ב"ד בהרכב מלא, ואין צורך בקניין), או שכל כוחה של הפשרה בא מהסכמת שני הצדדים (לכן נדרש שיעשה קניין, ונצרך רק דיין יחידי שייתן את הצעתו לפשרה). במילים אחרות, האם הפשרה היא פסיקה 'לגיטימית' כשאר הכרעות ב"ד (רק לשם ביצועה נדרשת הסכמת בעלי הדין), או שלאמיתו של דבר ב"ד משמש רק כבורר המציע הצעה לפשרה, וכל כוחה בא מבעלי הדין עצמם. נראה שדעת ריב"ק במקורה היא כצד הראשון: הן מהלשון 'משפט שלום', דהיינו פסיקה שהיא בתוך מסגרת הדין, והן מהפתיחה לברייתא בבבלי (דעת ת"ק): "כשם שהדין בשלשה כך ביצוע בשלשה", שנראה שהיא לדעת כולם. אולם להלכה פשרה צריכה קניין ונעשית ביחיד (כצד השני). דהיינו, אף שיש לב"ד אפשרות (ואף עדיפות) להכריע פשרה בתוך ב"ד עצמו, מבחינה מהותית פשרה זו היא כמחוק לכותלי ב"ד, וכוחה מהסכמת הצדדים לבד.

**(ב) לפני משורת הדין<sup>186</sup>**

פעמים שהקפדה על הדין, מתבטאת במציאות בפועל לכאורה כחוסר צדק. ופעמים אף שהדין משקף גם את הצדק, אך קיומו מלווה בקשיים מוסריים רבים וכחוסר רחמים. אמירה נוקבת בהקשר לכך מצאנו בדברי רבי יוחנן -

אמר רבי יוחנן: לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה. אלא דיני דמגיזתא לדיינו?! אלא אימא: שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו לפני משורת הדין.<sup>187</sup>

ואכן, כבר בראשית הבריאה מצאנו את הקושי להעמיד את העולם על הדין לבדו - "בראשית ברא א-להים". ולא אמר ברא ה', שבתחלה עלה במחשבה לבראתו במדת הדין, וראה שאין העולם מתקיים והקדים מדת רחמים ושתפה למדת הדין, והיינו דכתיב ביום עשות ה' א-להים ארץ ושמים.<sup>188</sup>

כבר ראינו לעיל, ששורש הדין בעצמו הוא אהבה וחסד מרובים, אלא שהעולם לא יכול להתקיים בדין, לכן הקב"ה אינו מתגלה בעולמו אך ורק כמלך המשפט, אלא "רחום וחנון ה', ארך אפים ורב חסד".<sup>189</sup>

הדרכה זו היא אף לכל אדם ואדם - "מה הוא חנון ורחום - אף אתה היה חנון ורחום".<sup>190</sup> ראוי לו לאדם להיות גומל חסד עם הבריות ומעביר על מידותיו. ואכן, הרבה מההדרכות להליכה לפני משורת הדין, נאמרו כהדרכה לאדם הפרטי. אולם מה בדבר בית הדין? האם נגזר עליו להיות אך ורק המקיים את הדין הנוקב ללא רחמים?

186. בנושא זה עיין בהרחבה במאמרו של הרב י' אונגר, "למען תלך בדרך טובים - על הפסיקה לפני משורת הדין במשפט התורה", להלן עמ' 443. בדברינו, נעזרנו בו רבות.

187. **בבא מציעא** ל,ב.

188. **רש"י** בראשית א, א. כמובן, 'במחשבה' אינו ציון זמן, אלא אכן מגמת העולם כפי ש'צוייר' במחשבה הא-לוהית בראשיתו היא שיעמוד בסוף תיקונו בזכות עצמו - במידת הדין. מדרש זה בא גם לפרש מדוע בפרק א' מופיע רק שם 'א-להים', ובפרק ב' "ה' א-להים". השווה ללשון המדרש (**בראשית רבה** יב, טו) - "ה' אלהים. למלך שהיו לו כוסות ריקים אמר המלך אם אני נותן לתוכן חמין הם מתבקעין, צונן הם מקריסין, ומה עשה המלך ערב חמין בצונן ונתן בהם ועמדו. כך אמר הקב"ה אם בורא אני את העולם במדת הרחמים הוי חטייה סגי אין (חטאיו מרובים), במדת הדין היאך העולם יכול לעמוד, אלא הרי אני בורא אותו במדת הדין ובמדת הרחמים, והלואי יעמוד". כאן אכן משמע ש'מכתחילה' ברא הקב"ה את העולם ב'מיוזג' הדין והרחמים.

189. **תהילים** קג, ח.

190. **שבת** קלג, ב.

פסיקה שתכלול אף גורמים אחרים בשיקוליה, נתקלת בבעייתיות מרובה שכן רחמים על בעל דין אחד, פוגעים לכאורה בזכויותיו (על פי דין!) של משנהו. ואכן, במשפט בכללי איננו מוצאים כמעט הכרעה שהיא בגדר של 'לפנים משורת הדין'.

אולם, לא כן הוא בית דין של תורה. בית הדין איננו יונק את כוחו, ואין מגמתו, זכויותיו של היחיד. מקור כוחו וסמכותו הוא בורא עולם, ומגמתו קיום הצו הא-להי והעלאת כל העולם לייעודו. הלכך, אם מוצא בית הדין לנכון לפסוק 'לפנים משורה הדין', מתוך הבחנה שבמקרה העומד לפניו ראוי אכן להכריע באופן זה, רשאי הוא לעשות כן.

מכלול השיקולים שיש בנושא זה רב ומורכב,<sup>191</sup> ואין כאן המקום להאריך<sup>192</sup>. להלן נביא דוגמא אחת, אשר בה הכריע רב במפורש 'לפנים משורת הדין' -

רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי חביתא דחמרא. שקל לגלימייהו. אתו אמרו לרב, אמר ליה: הב להו גלימייהו. אמר ליה: דינא הכי? אמר ליה: אין! "למען תלך בדרך טובים"<sup>193</sup>. יהיב להו גלימייהו. אמרו ליה: עניי אנן, וטרחינן כולה יומא וכפינן ולית לן מידי. אמר ליה: זיל הב אגרייהו. אמר ליה: דינא הכי? אמר ליה: אין! "ואורחות צדיקים תשמר"<sup>193</sup>.

אע"פ שהסבלים פשעו בשבירת החבית של רבה בר בר חנה, והוא צדק בכך שלקח את גלימותיהם כפירעון, הורה לו רב להחזיר להם את גלימותיהם. ולא עוד, אלא שלאחר שנוכח רב לדעת את מצבם הכלכלי הקשה של הסבלים, פסק שעל רבה בר בר חנה אף לשלם להם את משכורתם!

ובנושא אחר, כך הסביר ספר החינוך את המצווה על בית הדין להקל בדיני נפשות -

משרשי מצוה זו, לפי שנצטוינו להדמות במעשינו למדות השם ברוך הוא, וממדותיו שהוא רב חסד כלומר שעושה עם בני אדם לפנים משורת הדין, וגם אנחנו נצטוינו בכך שיהיה הזכות בדיני נפשות יותר על החיוב, לפי שהוא דבר שאין לו תשלומין.<sup>194</sup>

191. בדברינו לעיל ביחס לפשרה, הדגשנו את חשיבותו של הדין דווקא בכדי לתקן את העולם, ואכן מצאנו ש"אין מרחמין בדין" (כתובות פד, א), והתורה עצמה מדגישה "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג, ג). כמו כן, יש לשקול האם הנטייה לחסד באה מתוך שיקול הקשור למקרה עצמו, או מתוך רחמים על אחד מבעלי הדין, ללא קשר למקרה המסוים? האם הכרעה כזו עשויה לגרום לתקדים שממנו ילמדו התלמידים את הדין? האם יש משמעות מיהו בעל הדין השני, ומהי רמתו הרוחנית, אשר בית הדין מחייבו בהכרעה כזו? ועוד.

192. עיין בהגהת הרמ"א חו"מ יב, ב, ובפתחי תשובה, שם, ו.

193. משלי ב, כ.

194. ספר החינוך עו. המצווה שם היא לא להכריע בדיני נפשות ע"פ רוב של אחד בלבד.

ההליכה לפנים משורת הדין, באה מתוך דרישה ללכת בדרך ה', וכפי שאמרנו, זו אף מקור סמכותה.

על עומקו של דין תורה, העומד בין הצדקה והמשפט, אמר נעים זמירות ישראל -  
חסד ואמת נפגשו צדק ושלום נשקו. אמת מארץ תצמח וצדק משמים נשקף.  
גם ה' יתן הטוב וארצנו תתן יבולה. צדק לפניו יהלך וישם לדרך פעמיו.<sup>195</sup>

### סוף דבר

לאור הדברים לעיל, על הקשר העמוק בין מלכות ה' בעולמו לדיני ישראל, ועל היחס  
בין הצדקה והמשפט, מתבהרות ומתחדדות תיבות התפילה -

השיבה שופטינו כבראשונה ויועצינו כבתחילה

והסר ממנו יגון ואנחה

**ומלוך עלינו מהרה אתה ה' לבדך**

בחסד וברחמים בצדק ובמשפט

ברוך אתה ה'

מלך אוהב צדקה ומשפט

195. תהילים פה, יא-יד.

**"עביד איניש דינא לנפשיה" - על העושה דין לעצמו****הרב אב"י ונגרובר והרב יהודה יפרח**

- א. מבוא / 357
- ב. הצגת הסוגייה / 359
- ג. 'עביד איניש דינא' - משמעות המושג / 360
- ד. מקור הדין / 360
- ה. מקור סמכותו של העושה דין לעצמו / 361
- ו. העושה דין לעצמו – "דיין" או "שוטר" ? / 363
- ז. הלכה למעשה / 365
- ח. עשיית דין עצמית במשפט האומות / 383
- ט. סוף דבר / 386

**א. מבוא**

משמעותה של ההלכה התלמודית, הקובעת ש"עביד איניש דינא לנפשיה" היא, שרשאי אדם לעשות דין לעצמו. מניסוח ההלכה, ניתן להגיע למסקנות מרחיקות לכת ביותר, שכן לכאורה היא מאפשרת לכל אדם לפעול בכל דרך לשם מימוש זכויותיו, כפי שהוא מבין אותן ובהתאם לשיקול דעתו.

אין להתעלם מן הסכנות הטמונות ביישום גורף של הלכה זו. שהרי משהותרה הרצועה וניתנה הרשות לכל אדם לעשות דין לעצמו ללא פיקוח, עלול הדבר להביא לעיוות הצדק, פגיעה מיותרת בזולת, ואף לניצול ההלכה לרעה בידי אנשים מפוקפקים. לא נגזים אם נאמר שיישום מלא של ההלכה כלשונה, עלול להביא כל חברה לאנארכיה מוחלטת.

מאידך, ניתן לראות גם צדדים חיוביים בעשיית דין עצמית. הן ידוע לכל ש"טחנות הצדק טוחנות לאט". הסירבול הביורוקרטי וגובה ההוצאות שמלוות כל הליך משפטי, גורמים לא אחת לאנשים להימנע מלנקוט בהליכים משפטיים נגד אלו שפגעו בזכויותיהם. מצב זה מנוצל היטב על ידי עושי עוולה הפוגעים בזכויות זולתם, ביודעם שהזולת דל אמצעים, זמן או כח מכדי לעמוד בהליך משפטי ארוך, שבסופו אולי יזכה להשיב לעצמו חלק מזכויותיו. לכן, דווקא הענקת הרשות לכל

נפגע להגן על זכויותיו בעצמו, עשויה לנעול את הדלת בפני עושי עוולה, ולהבטיח צדק חברתי.

מניסוח הנימוק התלמוד להלכה: "כיון דבדין עביד לא טרח",<sup>1</sup> למדים אנו שההיתר לעשיית דין עצמית נועד בראש וראשונה לשם הגנה על זכויותיו של הנפגע.

עם זאת, חשוב להתבונן במשמעותה של ההלכה על רקע הזמן שבו היא נאמרה. ההלכה נאמרה שעה שבטלו בתי הדינים הסמוכים מישראל. משמעות הדבר היתה, שבתי הדין בישראל לא יכולים היו לעסוק עוד בתחומי דיון רבים ומגוונים בהם עסקו בעבר, כפלילים, קנסות וכדומה. מצב זה יצר חלל ריק שהוא בבחינת פרצה הקוראת לגנב. לכן חשוב היה להציע מערכת חלופית, המוציאה לפועל את דין התורה גם כאשר קצרה ידה של המערכת המשפטית הרגילה מלהושיע. זאת, מתוך הכרה שביטול הסמיכה לא ביטל את דיני התורה ואת עקרונות המוסר החברתי התקין, אלא רק יצר בעיה ביכולת לממשם ולהוציאם אל הפועל בכל התחומים. לאור זאת, ניתן לראות את עשיית הדין העצמית כמערכת הוצאה לפועל חלופית וחיונית.<sup>2</sup>

אשר על כן, יש להניח שנמצא סייגים לעשיית דין עצמית. למשל, אין להעלות על הדעת שכוחו של היחיד יהיה רב יותר משל בית הדין הנתון במסגרת גבולות ההלכה.

סוגיית עשיית הדין העצמית היא מן המרתקות שבסוגיות התלמוד, והשלכותיה מרחיקות לכת. הסוגיא מעוררת הרהורים ותהיות, שלחלקן ננסה להתייחס בעבודה זו.

מתי וכיצד נוצרה הלכה זו? האם היא נוצרה בעקבות תקלות ומכשולים בעבודת בתי הדין? האם חכמינו "נכנעו" ללחץ הפונים לבתי הדין בהסירם את המגבלות על עשיית דין עצמית, או שמא, שתי המסגרות לעשיית הדין, הפורמלית והבלתי פורמלית, ירדו לעולם יחדיו, זו לצד זו, כשאין מלכות נוגעת בחברתה?

בתלמוד ובספרות ההלכה, יש אזכורים להלכה וליישומיה, אם כי לא בתדירות רבה. אפשר שהדבר נובע מן המגבלות שהטילו עליה. הדבר מעורר את השאלה, כיצד ראוי שנתייחס כיום להלכה זו, במסגרת הדיון בבתי הדין הרבניים? האם יש להלכה זו מקבילות במערכות המשפט האזרחיות או שמא אין הן רואות בעין יפה את נתינת הרשות לכל אדם לעשות דין לעצמו?

האם יישומה של ההלכה בדבר עשיית דין עצמית יהיה בבחינת "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה", ויהפוך את החברה שבה אנו חיים לאלימה מכפי שהיא עתה, או שמא ברכה צפויה לחברה מיישום ההלכה, ובעקבותיו, תיהפך חברתנו לצודקת

1. בבא קמא כו, ב.

2. כך ניתן להבין מדברי הרא"ש (בבא קמא א, כ), שקובע שרשאי אדם לעשות דין לעצמו, גם כדי לגבות קנס, המגיע לו על פי דין התורה, בימנו, כאשר אין לבתי הדין סמכות לדון בדיני קנסות.

יותר, מתוקנת יותר, ואולי אף פחות אלימה? כדי לנסות להשיב על שאלות אלו, נפנה תחילה אל סוגיית התלמוד.

## ב. הצגת הסוגייה

במסכת בבא קמא,<sup>3</sup> מופיעה מחלוקת בין רב יהודה לרב נחמן, בשאלה האם "עביד איניש דינא לנפשיה" -

ההוא גרגותא דבי תרי (רש"י: בור מים מכונסין להשקות שדות) דכל יומא הוה דלי חד מנייהו, אתא חד קא דלי ביומא דלא דיליה, אמר ליה [חברון]: יומא דידי הוא! לא אשגח ביה, שקל פנדא דמרא מחייה (=לקח קת של גרזן, והכהו). אמר ליה [רב נחמן לרב חסדא]: מאה פנדי בפנדא למחייה, אפילו למ"ד לא עביד איניש דינא לנפשיה, במקום פסידא עביד איניש דינא לנפשיה. דאתמר, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה; היכא דאיכא פסידא, כולי עלמא לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה, כי פליגי, היכא דליכא פסידא, רב יהודה אמר: לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא; רב נחמן אמר: עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד לא טרח.

בהמשך, מובאות ראיות שונות לתמוך בשיטות האמוראים השונות. ראיות אלו הן הבסיס להבנת הגדרים של עשיית הדין העצמית. ואלו הראיות -

- א. "בן בג בג אומר: אל תיכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות, שמא תראה עליו כגנב, אלא שבור את שיניו, ואמור לו שלי אני נוטל!" - ראייה שעושה אדם דין לעצמו אף במקום שלא ייגרם לו הפסד אם יילך לבית דין.
- ב. "שור שעלה על גבי חברו להורגו, ובא בעל התחתון ושמט את שלו, ונפל עליון ומת - פטור" - לכאורה, דווקא בגלל החשש שמא ימות השור. מכאן ראייה שעושה אדם דין לעצמו רק כאשר קיים חשש שמא ייגרם לו הפסד אם יילך לבית דין.
- ג. "הממלא חצר חברו כדי יין וכדי שמן, בעל החצר משבר ויוצא משבר ונכנס" - לכאורה, ראייה שעושה אדם דין לעצמו אף שלא ייגרם לו הפסד אם יילך לבית דין. אבל, "אמר רב נחמן בר יצחק: משבר ויוצא לבית דין, משבר ונכנס להביא זכויותיו". ואם כך, אין מכאן ראייה.
- ד. "מניין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה, שהוא פטור? תלמוד לומר: 'לא תקחו כופר לשוב' - לא תקחו כופר לשב". לכאורה,

3. בבא קמא, שם.

ראיה שעושה אדם דין לעצמו, אף שלא יפסיד דבר מכך שיילך לבית הדין. אבל, מסדר התלמוד מסביר: "הכא במאי עסקינן, בעבדא גנבא". ואם כך, עלול להיגרם הפסד, רב נחמן בר יצחק אמר: בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית. עד האידנא היתירא, והשתא איסורא.

### ג. 'עביד איניש דינא' - משמעות המושג

למושג "עשיית דין" ייתכנו שני מובנים: הפעלת כוח לשם השגת צדק, או הפעלת שיקול דעת והכרעת דין, שבעקבותיה באה הפעלת הכוח הנדרש לשם מימושו.

האם כל הפעלה של כוח כדי להגן על זכותו תחשב כעשיית דין עצמית? האם גם מי שמפעיל כוח כדי שיוכל להמשיך ולהחזיק בשלו, או אף כדי לקחת מאחרים את שנטלו ממנו שלא כדין ייחשב כעושה דין לעצמו?

תשובה לשאלה זו נמצא בדברי רבי יוסף קולון (=מהרי"ק), המבחין בין עשיית דין עצמית לתפיסה -

דהא לא מיקרי עביד דינ' לנפשי' אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר או להכות את חברו או להפסידו עד שישלם הממון בכה"ג שייך למימר דינ' לנפשי' אבל בכה"ג לא מיקרי אלא תופס בכולי תלמוד.<sup>4</sup>

הגובה ממון "בשביל ממון אחר", צריך להכריע שהממון שהוא נוטל מן החייב שווה ערך לממון שהחייב נטל ממנו. כך גם בבואו להכות את החייב או "להפסידו עד שישלם ממון". נמצא שהמבחן המבדיל בין תפיסה לעשיית דין עצמית הוא מבחן הפעלת שיקול הדעת. כאשר הפעולה דורשת הפעלת שיקול דעת, הרי שתיחשב כעשיית דין עצמית. כאשר היא אינה דורשת זאת, הרי שזו תפיסה.

להבחנה זו תהיה משמעות רבה, משום שמעתה, כל המגבלות שיוטלו על עשיית דין עצמית, לא יוטלו בהכרח גם על התפיסה, כפי שהוגדרה על ידי מהרי"ק.

### ד. מקור הדין

בתלמוד ובספרות ההלכה, לא מוזכר מקור להלכה המקובלת על הכל ש"עביד איניש דינא לנפשיה". לפיכך נשאל, האם היא שייכת להלכות שיסודן בדין תורה או שמא יסודה בתקנת חכמים?

4. שו"ת מהרי"ק קסא.



הרב נפתלי צבי יהודה ברלין (=הנצי”ב)<sup>5</sup> כדרכו, מצא מקור להלכה. בדבריו הוא מביא את דברי רבי עקיבא, שאמר -

מנין לסנהדרין שראו אחד שהרג את הנפש, שאין ממיתין אותו עד שיעמוד בבית דין אחר? תלמוד לומר: עד עמדו לפני העדה למשפט, עד שיעמוד בב”ד אחר.<sup>6</sup>

בעקבות דברי רבי עקיבא, פסק הרמב”ם -

רוצח שהרג בזדון אין ממיתין אותו העדים ולא הרואים אותו עד שיבא לבית דין וידינוהו למיתה, שנאמר: ’ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט’, והוא הדין לכל מחויבי מיתת בית דין שעברו ועשו שאין ממיתין אותן עד שיגמר דינם בבית דין.<sup>7</sup>

מכאן למד הנצי”ב שהחובה להביא את הנאשם לפני בית הדין קיימת דווקא בדיני נפשות, ולא בדיני ממונות.

ישנו דין נוסף בתורה שממנו ניתן ללמוד את ההלכה בעניין עשיית דין עצמית במצבים מסויימים. בפרשת כי תצא נאמר -

כִּי יִנְצוּ אֲנָשִׁים יַחְדָּו אִישׁ וְאָחִיו וְקָרְבָּה אִשְׁתׁ הָאָחִד לְהַצִּיל אֶת אִישׁהּ מִיַּד מִפְּהוּ, וְשָׁלְחָה יָדָהּ וְהִתְזַיְקָה בְּמִבְשָׁיו. וְקָצַתָּהּ אֶת פִּפְּהָ לֹא תַחֲוֹס עֵינָי.<sup>8</sup>

מכאן, שאין לאשת הנפגע רשות להציל את בעלה על ידי ”עשיית דין עצמית”. אף על פי כן, בתלמוד מוסבר שהוראת הפסוק קיימת, רק כאשר אשת הנפגע יכולה להצילו ”על ידי דבר אחר”.

אבל אינה יכולה להציל ע”י דבר אחר פטורה. ה”נ קאמר: בד”א בשיכולה להציל ע”י דבר אחר, אבל אינה יכולה להציל ע”י דבר אחר נעשה ידה כשליח ב”ד ופטורה.<sup>9</sup>

## ה. מקור סמכותו של העושה דין לעצמו

כפי שנוכחנו, סוגיית התלמוד הבחינה בין עשיית דין עצמית שנועדה להציל מהפסד, לבין עשיית דין עצמית, שאין בה הצלה מהפסד. אם קיים חשש שמא הצורך לקיים

5. העמק שאלה בראשית, ב, א.
6. מכות יב, א.
7. רמב”ם רוצח ושמירת הנפש, א, ה.
8. דברים כה, יב.
9. בבא קמא כח, א.

דיון מסודר בפני בית הדין יגרום הפסד לבעל דין, מסכימים הכל ש"עביד איניש דינא לנפשיה".

מכאן עולה שמחלוקתם של רב יהודה ורב נחמן מצטמצמת לעשיית דין עצמית שלא נועדה להציל מהפסד. רב יהודה סבר שיש לגשת לבית הדין על מנת שיכריע בין בעלי הדין, ורב נחמן סבר שאדם רשאי לעשות דין לעצמו, ולחסוך מעצמו את הטרחה שבהגעה לבית הדין ובעמידה בדין. משמעות הדיון בשאלת הלגיטימיות של עשיית הדין העצמית היא, האם רשאי אדם להפעיל כוח בכדי לממש זכות שנפגעה, וכדי להוציא לאור את הדין ולתקן המעוות.

בהקשר זה עלינו לברר, מהו מקור הסמכות, שממנו שואב העושה דין לעצמו את כוחו לכפות על זולתו לקיים את הדין. ככלל, ניתן להציע שני מקורות סמכות לעשיית דין עצמית -

א. העושה דין לעצמו פועל מכח בית הדין, והוא כעין "שליח בית הדין".  
 ב. העושה דין לעצמו פועל למעשה ללא סמכות. משמעות הקביעה ש"עביד איניש דינא לנפשיה" היא, שבדיעבד, העושה דין לעצמו מקבל "הכשר" למה שעשה,<sup>10</sup> אם אמנם עשה כדין.

בדרך כלל, רק בית הדין הוא המוסמך להכות אדם מישראל, או לרדת לנכסיו. לכן, מסתבר שהעושה דין לעצמו מתפקד כבית דין. במילים אחרות, העושה דין לעצמו יוצר למעשה מעין ערכאה שיפוטית חדשה.<sup>11</sup>

ברוח זו מפרש נמוקי יוסף -

מאה פנדי אם אינו יכול להציל על ידי דבר אחר אלא ע"י ההכאה ולא בהכאה אחת יכה אפי' מאה מכות ופטור וממילא שמעינן דשליח ב"ד נמי הכי דיניה בהדי מאן דלא ציית דינא דאי לא תימא הכי... מי אלים משליחא דבי דינא.<sup>12</sup>

ראיה נוספת לכך שהעושה דין לעצמו פועל כערכאה שיפוטית, נוכל למצוא בדברי הרא"ש,<sup>13</sup> בעניין רשותו של אדם לעשות דין לעצמו, כאשר אינו יכול לברר שהדין עמו -

10. השלכה מענינת של החקירה כיצד נגדיר את כוחו של האדם, נוגעת לאיסור עשיית דין בשבת. בספר **ערוך ש"י** (ח"מ, סימן ה, ס"ק א), כתב שעל אף שבית הדין אינו דן בשבת, רשאי אדם לעשות דין לעצמו בשבת. מכאן ניתן אולי להסיק שלדעתו, העושה דין לעצמו אינו פועל מכוח בית הדין, ולכן, אין הוא כפוף לכללי הדיון הנהוגים בבתי הדין.

11. הרב קלישר בספרו **מאזנים למשפט** (ח"מ ד, ג) כתב על העושה דין לעצמו: "נעשה בית דין לעצמו".

12. **נמוק"י** בבא קמא, יב, ב (דפי הרי"ף).

13. **רא"ש** בבא קמא, ג, ג.

עביד איניש דינא לנפשיה ופטור במה שחבל בחבירו אם לא היה יכול להציל את שלו אם לא שיכנו ובדבר דלית ליה פסידא אלא הצלת טורח שלא יצטרך להוציא ממנו בדין בהא פליגי. דרב יהודה סבר בשביל הצלת טורח אין לו רשות לחבל בו. ורב נחמן סבר כיון דדינא קא עביד ויכול לברר שבדין היה יכול להוציא ממנו יש לו רשות להציל את שלו אפילו בהכאה אם אינו יכול להציל בענין אחר. אבל אם אין יכול לברר שבדין יכול להוציאו ממנו לאו כל כמיניה לומר שלי הוא ולהציל ממוני עשיתי.

מדבריו עולה, שהרשות לעשות דין עצמי מותנית ביכולתו של עושה הדין לברר את תוקפו המשפטי של מעשהו, בבית דין. מכאן יש ללמוד שהעושה דין לעצמו פועל במסגרת מרחב הפעולה הרגיל של בית הדין. קביעה זו מעלה אמנם את עשיית הדין העצמית לדרגת מעשה משפטי שיש לו תוקף ככל מעשה משפטי אחר. מנגד, יש בקביעה זו כדי להחיל על העושה דין לעצמו את כל המגבלות הרגילות הקיימות כלפי כל בית דין בשעה שהוא בא לעשות דין, ובכלל זה הצורך לפעול במסגרת דיני הראיות המקובלים.<sup>14</sup>

### ו. העושה דין לעצמו – "דיין" או "שוטר"?

מכלל המקורות שהובאו בפרק הקודם, עולה נטיה ברורה לראות בעושה דין לעצמו, מי שפועל מכוח בית הדין. ברם, אף אם נסיק כך, עדיין נוכל להציע שתי דרכים לאפיין את פעולתו של העושה דין לעצמו:

- א. העושה דין לעצמו הוא גם המכריע והפוסק את הדין. במילים אחרות, העושה דין לעצמו מתפקד גם כ"דיין".
- ב. העושה דין לעצמו פועל למימושו של הדין, אך אין הוא רשאי לפסוק דין. במילים אחרות, העושה דין לעצמו אינו אלא "שוטר", ומעשהו נושא אופי של הוצאה לפועל.

אם אמנם העושה דין לעצמו אינו אלא "שוטר", הרי שאין לו רשות להשפיע על אופי הפסק, ומשום כך, רק במצבים בהם ההכרעה פשוטה וברורה יהיה תוקף משפטי למעשהו. לקביעה מעין זו, תהיינה השלכות מעשיות רבות, כפי שניווכח להלן.

14. אמנם, אין הדבר אומר שעל העושה דין לעצמו חלות גם כל סדרי הדין הנהוגים בבית הדין, שכן, בסופו של דבר, לא מתקיים דיון בבית דין.

**(א) הטועה בדין**

לגבי דיין שפסק דין וטעה בדינו, נפסק שאם הטעות מוגדרת כ"טעות בשיקול הדעת", הדין קיים. טעה "בדבר משנה", דינו חוזר.<sup>15</sup> ומה יהא על דינו של העושה דין לעצמו, ולאחר מכן התברר שטעה בשיקול הדעת? אפשר שיש להשיב על כך, על פי דברי הרמב"ם בעניין העושה דין לעצמו -

יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו.<sup>16</sup>

מהי משמעות הקביעה ש"אין סותרין את דינו"? אם רשאי אדם לעשות דין לעצמו, מדוע יסתרו דינו? ומאידך, אם יש אפשרות לערער על מעשיו, מהי משמעות ההיתר שניתן לו לעשות דין לעצמו?

הרב גוסטמן<sup>17</sup> הביין שכוונת הרמב"ם היא שגם במקרים בהם הדין אינו ברור, נתייחס אל עשיית הדין העצמית כאל פסק דין לכל דבר. אי לכך, אם טעה העושה דין לעצמו בשיקול הדעת לא נסתור את הדין. אולם אם טעה בדבר משנה נסתור את דינו. לפי זה, העושה דין לעצמו נחשב כדיין לכל דבר, וכל ההלכות המחייבות את הדיין מחייבות אף אותו.<sup>18</sup>

דברים דומים אומר רבי שבתאי הכהן -

אם כן פשיטא דמהני תפיסתו מטעם עביד דינא לנפשיה, דמצי למימר הדין עמי ואני הוא הדיין העושה דין לעצמי.<sup>19</sup>

**(ב) תפיסה בקנסות**

מקובל, שחיובי קנס המוטלים על אדם, אינם חיובים טבעיים, בהם האשם מתחייב ברגע שעשה את העבירה, אלא הם מוטלים עליו רק לאחר שבית הדין חייבו לשלם קנס, ועד אז אין הוא מחוייב בשום אופן.<sup>20</sup> לפיכך, השאלה, האם רשאי אדם לעשות

15. בענין האבחנה שבין טעות בדבר משנה לטעות בשיקול הדעת עיין בטור ובשו"ע חו"מ, כה.

16. רמב"ם סנהדרין ב, יב.

17. הרב גוסטמן, קונטרסי שיעורים, שם, פסקא ז.

18. כך ניתן ללמוד גם ממיקום ההלכה בעניין עשיית דין עצמית, במסגרת הלכות סנהדרין. ההלכה מובאת בפרק השני, הדין במסגרות הדין השונות. הרי שגם עשיית דין עצמית היא מסגרת דין לגיטימית.

19. תקפו כהן, פז.

20. ע"פ מכות ה, א; כתובות לג, ב; תוספות ד"ה "לאו משום דלא מיחייב".

דין לעצמו ולתפוס את הקנסות המגיעים לו על פי דין, זהה למעשה לשאלה, האם העושה דין לעצמו הוא ”דיין” או ”שוטר”? מדברי הרא”ש<sup>21</sup> למדנו שבעניין זה חלוקת הדעות -

והר”מ הלוי (=רמ”ה) ז”ל כתב הא דאמרינן אי תפס לא מפקינן מיניה היינו דוקא כשיעור נזקיה או בציר מנזקיה אבל טפי מנזקיה אי תפס מפקינן מיניה... ועוד תקנתא דעבדו ליה לניזק הוא וכי עבדו ליה לניזק תקנתא בקרנא דלא ליפסוד ממוניה אבל לארווחיה מידי ממונא דאחריני לא תקינו ליה.

כלומר, לדעת רמ”ה, העושה דין לעצמו אינו רשאי אלא לממש את הדין הקיים, וזאת, על פי תקנת חכמים, שנועדה למנוע ממנו להפסיד ממונו, באמצעות הרשות לתפוס משל זולתו. משיטת הרמ”ה אנו למדים שלדעתו, העושה דין לעצמו פועל כ”שוטר”, אך לעולם לא כ”דיין”, שבכוחו ליצור חיובים חדשים, כקנסות. אולם הרא”ש חולק על הרמ”ה, ואומר -

ולא נראה לי דלאו תקנתא היא אלא דינא הוא דמדאורייתא מחייב ליה אלא שאין לו דיין בבבל שיכופנו ליתן לו בכל כה”ג עביד איניש [דינא] לנפשיה ולא מפקינן מיניה עד דיהיב כל דמחוייב ליה מדאורייתא.

לדברי הרא”ש, כיון שגם מקור סמכותו של הדיין הוא דין התורה, כאשר אין הדיין יכול לפסוק את הדין, מכל סיבה שהיא, רשאי העושה דין לעצמו לפסוק את הדין, במקומו. אם כן, לדעת הרא”ש, אין הדיין ”שוטר” בלבד, אלא הוא אף ”דיין” אשר בכוחו אף לפסוק דין ולחייב קנס.

## ו. הלכה למעשה

כלל ידוע הוא, ש”הלכתא כרב נחמן בדיני”<sup>22</sup>. לפיכך, רובם המוחלט של הראשונים הכריעו כשיטתו של רב נחמן, הסבור שרשאי אדם לעשות דין לעצמו, אף שלא במקום הפסד<sup>23</sup>.

רבינו אפרים<sup>24</sup>, פסק כרב יהודה. לדבריו, למרות שהלכה כרב נחמן ב”דיני”, כלומר בדיני ממונות, השאלה האם רשאי אדם לעשות דין לעצמו או לאו אינה נושאת אופי

21. רא”ש, בבא קמא א, כ.

22. כתובות, יג, א.

23. ראה: רי”ף בבא קמא, יב, ב (דפי הרי”ף); רמב”ם סנהדרין ב, יב; רא”ש בבא קמא, ג, ג.

24. על הרי”ף, שם.

ממוני, אלא איסורי. אמנם מדברי 'הגהות מיימוניות'<sup>25</sup> משמע, שאף הוא חזר בו, ובסופו של דבר הסכים לדעת הרי"ף רבו שהלכה כרב נחמן.<sup>26</sup>

גם מדברי רב אחאי גאון ב'שאלתות',<sup>27</sup> משמע שפסק כרב יהודה. אולם הנצי"ב<sup>28</sup> הסביר שלמעשה, אף רב אחאי גאון מסכים ש"עביד איניש דינא לנפשיה", ולא אסר עשיית דין עצמית, אלא כאשר אין העושה דין לעצמו יכול לברר זכותו בבי"ד.

#### (א) שיטת הרמב"ם

בהלכות סנהדרין פסק הרמב"ם -

יש לאדם לעשות דין לעצמו אם יש בידו כח הואיל וכדת וכהלכה הוא עושה אינו חייב לטרוח ולבוא לבית דין, אף על פי שלא היה שם הפסד בנכסיו אילו נתאחר ובא לבית דין, לפיכך אם קבל עליו בעל דינו והביאו לבית דין ודרשו ומצאו שעשה כהלכה ודין אמת דן לעצמו אין סותרין את דינו.<sup>29</sup>

מדברים אלו משמע שאין הרמב"ם מטיל הגבלה, מכל סוג שהוא, על האדם הרוצה לעשות דין לעצמו. אבל לעומת זאת, בהלכות עבדים פסק הרמב"ם -

אם היו לו אשה ובנים, אף על פי שמוסר לו רבו שפחה כנענית, אינו יכול להפרישו מאשתו ובניו, שנאמר: 'אשתו עמו'. ואינו יכול ליתן לו שתי שפחות, ולא ליתן שפחה אחת לשני עבדיו העברים כדרך שנותן לכנעניים, שנאמר: 'יתן לו אשה'. נרצע שמסר לו רבו שפחה כנענית, והגיע יובל, והיה רבו מסרב בו לצאת ואינו רוצה לצאת וחבל בו, פטור. שהרי נאסר בשפחה.<sup>30</sup>

משמע, שהרמב"ם שולל עשיית דין עצמית, שלא נועדה על מנת להציל אדם מאיסור, בניגוד גמור לדברים שניתן ללמוד מדבריו בהלכות סנהדרין, שם כאמור, אין הוא מציב סייגים בפניו של העושה דין לעצמו.

יתירה מזו, דברי הרמב"ם בהלכות עבדים אינם עולים לכאורה בקנה אחד עם מהלך הסוגיא במסכת סנהדרין. זאת משום שממהלך הסוגיא עולה שהצורך להתנות את

25. הגהות מיימוניות סנהדרין ב, ה.

26. לשון ההגהות: "דהילכתא כרב נחמן בדיני וכן פסקו ה"ג ור"ח וכן רבינו אלפס ועל דבר זה תפסו לרבינו אפרים מקולנא עד שהודה לו". אמנם, בדפוס קושטא הגירסה היא: "דהילכתא כרב נחמן בדיני וכן פסקו ה"ג ור"ח וכן רב אלפס ועל דבר זה תפסו רבינו אפרים מקולנא עד שהודה לו". לפי גירסה זו, ייתכן שדווקא הרי"ף הוא זה שחזר בו, והודה לרבינו אפרים. הרחבה בעניין זה, ראה אצל: 'דינרי', "עביד איניש דינא לנפשיה", דיני ישראל ד (תשל"ג), 91 - 94.

27. שאלתות דרב אחאי גאון בראשית, א.

28. העמק שאלה, שם.

29. רמב"ם סנהדרין ב, יב.

30. רמב"ם עבדים ג, ה.

זכותו של אדם להכות את עבדו עד שייצא בכך שהמעשה מציל את העבד מאיסור, קיים רק לשיטת רב יהודה השולל עשיית דין עצמית שמטרתה אינה מניעת הפסד. לאור זאת, מאחר שהרמב”ם פסק כרב נחמן, לא היה לו לנמק את זכותו של האדון לעשות דין לעצמו, בכך שהוא מבקש להציל את עבדו מאיסורים!

מפרשי הרמב”ם השיבו על הקושי בדרכים שונות -

**לחם משנה:**<sup>31</sup> גם רב נחמן מודה שאין אדם רשאי לעשות דין לעצמו, כאשר אין הוא מבקש למנוע הפסד. אולם, לדעת רב נחמן אם עשיית הדין נועדה למנוע הפסד, רשאי אדם לעשות דין לעצמו אף שיש ביכולתו למנוע את ההפסד באמצעות הליכה לבית הדין, שם יתבע את זכויותיו. לעומתו, סבור רב יהודה שאין אדם רשאי לעשות דין לעצמו, אלא אם אין דרך אחרת למנוע את ההפסד.

לפי הסבר זה, לכל הדעות אין יסוד להתיר לאדון להכות את עבדו על מנת שייצא לחפשי, שכן אי יציאת העבד אינה גורמת לבעליו הפסד. לכן נזקק הרמב”ם לנמק שעשיית הדין נועדה למנוע מהעבד לעבור על איסור.

**מהרש”ך:**<sup>32</sup> אף לדעת רב נחמן, לא הותר לאדם להכות את זולתו במסגרת עשיית דין עצמית. המחלוקת בין רב יהודה לרב נחמן אינה עוסקת בעשיית דין עצמית תוך הפעלת כוח, אלא בעשיית דין עצמית על ידי תפיסת ממון הזולת, ללא שימוש באמצעים אלימים. לפיכך, השאלה שהועלתה בתלמוד מדין האדון שרשאי להכות את עבדו מופנית גם כלפי רב נחמן.

למסקנת הסוגיא, אין האדון רשאי להכות את עבדו על מנת להוציאו לחירות, אלא אם עושה כן כדי למנוע הפסד, כגון כאשר העבד גנב, או על מנת להציל את העבד מאיסורים.<sup>33</sup> לפיכך מובן מדוע נימק הרמב”ם את זכותו של אדם להכות את עבדו על מנת להוציאו לחירות, בכך שהוא מציל אותו מאיסורים.

## ז. סייגים

מתוך בירור שיטתו של הרמב”ם, למדנו על סייגים אחדים לכוחו של אדם לעשות דין לעצמו. בפרק זה, נרחיב בעניין.

31. לחם משנה, שם.

32. מהרש”ך, שם.

33. עיין בתומים ד,א; קונטרסי שיעורים שם, פסקא י, ד”ה ”ובעיקר הקושיה”, שהסבירו את הרמב”ם בדרך שונה, ללא קשר לדין ”עבד איניש דינא לנפשיה”.

**(א) עשיית דין עצמית תוך גרימת חבלה לזולת**

מדברי מהרש"ך, למדנו שלפי הרמב"ם, אין אדם רשאי לעשות דין לעצמו תוך גרימת חבלה לזולת, אלא אם כוונתו להצילו מאיסורים.

כזכור, רב נחמן הציע לאדם שזולתו גרם לו הפסד, להכותו "מאה פנדי בפנדא דמרא" כדי למנוע את ההפסד. אמנם לדעת רב נחמן, רשאי אדם לעשות דין לעצמו גם כשעשיית הדין לא נועדה למנוע הפסד. האם גם בעשיית דין מסוג זה רשאי העושה דין לעצמו לחבול בזולתו?

תשובה לכך נוכל ללמוד מדבריו של ה'שולחן ערוך' בעניין זה -

יכול אדם לעשות דין לעצמו; אם רואה שלו ביד אחר שגזלו, יכול לקחתו מידו; ואם האחר עומד כנגדו, יכול להכותו עד שיניחנו, אם לא יוכל להציל בענין אחר (טור), אפילו הוא דבר שאין בו הפסד אם ימתין עד שיעמידנו בדין, והוא שיוכל לברר ששלו הוא נוטל בדין; מכל מקום אין לו רשות למשכנו בחובו.<sup>34</sup>

הגר"א ציין שהמקור לדברי השולחן ערוך, הוא בדברים שהובאו בסוגיא בשם בן בג בג, שאמר -

**שבור את שיניו ואמור לו: שלי אני נוטל.**

אולם רבי יעקב מליסא<sup>35</sup> פסק שכשם שאף בית הדין אינו מכה את כל החייבים בדין, כך גם, אין העושה דין לעצמו רשאי להכות את זולתו, ללא כל מגבלה. לדבריו, רק אם עלול להיגרם נזק או הפסד בלתי הפיך לנכסיו, ואין כל דרך אחרת למנוע זאת, רשאי אדם לעשות דין לעצמו, גם תוך גרימת חבלה לזולת.

לפי זה, בסופו של דבר אף שנפסק שיכול אדם לעשות דין לעצמו גם כשעשיית הדין לא נועדה למנוע הפסד, מבחינה ההלכה למעשה בין "איכא פסידא" ל"ליכא פסידא".

בניגוד לעולה מלשון ה'שולחן ערוך' דלעיל, שרשאי אדם לעשות דין לעצמו, גם תוך גרימת חבלה לזולתו, מדברים שכתב בהלכה אחרת, ניתן להסיק מסקנה שונה. וכך כתב -

אפילו נכנס חבירו לרשותו שלא ברשות, וחבל בו והוציאו, חייב; דנהי שיש לו רשות להוציאו, אין לו רשות לחבול בו. אבל אם הוא מסרב בו ואינו רוצה לצאת, יש אומרים שיש לו רשות אפילו לחבול בו כדי להוציאו. הגה: וכן מי

34. שולחן ערוך חו"מ, ד.

35. נתיבות המשפט ד, א.



שיש לו משרת, וחושש שיגנוב לו, יוכל להוציאו קודם זמן השכירות; ואם מסרב, יוכל להכותו עד שיצא.<sup>36</sup>

כאן, הביא ה'שולחן ערוך' את הדעה שניתן לחבול בזולת, במסגרת עשיית דין עצמית, רק כדעת "יש אומרים".

'משנה למלך'<sup>37</sup> עשה אבחנה בין שתי ההלכות וחילק בין נכנס לחצר חבירו, שבו אין שום הפסד, לבין מקרים אחרים שאין אמנם הפסד ממשי אך יש בהם איזשהוא הפסד. לכן פסק השו"ע בסימן ד' שהאדם רשאי להכות חבירו אף כשאין הפסד.

### (ב) עשיית דין עצמית תוך השגת גבול

כזכור, בן בג בג הוא שאמר -

אל תיכנס לחצר חברך ליטול את שלך שלא ברשות, שמא תראה עליו כגנב, אלא שבור את שיניו, ואמור לו שלי אני נוטל.<sup>38</sup>

מדבריו משמע, שאין אדם רשאי להיכנס לרשות חברו מבלי לידעו על כך, אף כשהוא עושה דין לעצמו.

דברי בן בג בג לא הובאו להלכה על ידי הרמב"ם, ולא על ידי ה'שולחן ערוך'.<sup>39</sup> ייתכן שהסיבה לכך היא שדעתו של בן בג בג היא דעת יחיד, כפי שנאמר בסוגיא, וחכמים חולקים עליו ומתירים עשיית דין עצמית גם תוך כניסה לרשותו של אדם ללא ידיעתו.<sup>40</sup>

הרמב"ם, שפסק כאמור כרב נחמן, לא הגביל שום הגבלה מפורשת (למרות שיש המדייקים מדבריו אחרת). הביקורת אחרי פעולתו תהיה בביה"ד. כלומר, אם ביה"ד יורו שנהג כדין ושהגיע לו הדבר לא יסתרו את דינו.<sup>41</sup>

### (ג) הצורך בגב של ראייה משפטית בשעת עשיית הדין:

לעיל,<sup>42</sup> הבאנו את דברי הרא"ש שקבע שעשיית דין עצמית מותנית בכך שיהיה בידו

36. שולחן ערוך חו"מ, תכא, ו.

37. משנה למלך עבדים ג, ה.

38. בספרא קדושים ב, פב; הובאו דברי בן בג בג בצורה שונה: "לא תגנובו מה תלמוד לומר... בן בג בג אומר לא תגנובו את שלך מאחר הגנב שלא תראה גונב"

39. אמנם, דבריו הובאו להלכה בסמ"ג (ל"ת קנ"ה), ואף מדברי ה'עיטור' (אות ע', עיסקא וחוב, הלכות מלוה על פה, יז ע"ב) משמע שפוסק כדברי בן בג בג.

40. ראה גם במנחת חינוך רכה. בענין "גניבת" שלו מתוך חצר חבירו, ראה: ברכות ה, ב; שו"ת רב פעלים ג, חו"מ, ה.

41. רמב"ם סנהדרין ב, יב.

42. ליד ציון הערה 13.

של עושה הדין להוכיח בבית דין שהדין עמו. נראה כי שיטתו מתבססת על נימוקו של רב נחמן בסוגיא: "כיון דבדין עביד לא טרח". מסתבר כי הסמכות להחליט שמעשהו של עושה הדין היה ע"פ דין התורה מצויה בידי בית הדין, ומותנית בכך שהאדם יוכל להביא ראיות שהדין עימו.

הרב גוסטמן<sup>43</sup> דייק מדברי הרא"ש, שגם בשעת עשיית הדין העצמית צריך שיהיה בידו של העושה דין להוכיח שהדין עמו, ולא די בהוכחה שתבוא לאחר מעשה. היה ויעשה אדם דין לעצמו מבלי שיש בידו הוכחה כזו, ייחשב העושה דין לעצמו כחובל או מזיק. לדבריו, יש לדמות עניין זה לבית דין שהיכו וחבלו לפני גמר הדין הרשמי. במקרה זה יחשבו הדיינים כחובלים ומזיקים, גם אם לאחר מכן יתברר שפעולתם היתה מוצדקת מבחינה משפטית.

סיוע לשיטת הרא"ש, מוצא הגר"א<sup>44</sup> בסוגיית מועד קטן, בעניין תלמיד חכם העושה דין לעצמו. ושם נאמר -

אמר רב יוסף: צורבא מדרבנן עביד דינא לנפשיה במלתא דפסיקא ליה.<sup>45</sup>

לכאורה, סוגיא זו סותרת את סוגיית בבא קמא שהתירה לכל אדם, אף מי שאינו בגדר "צורבא מרבנן", לעשות דין לעצמו. הגר"א מיישב את הסוגיות תוך שהוא מבחין בין כוחו של תלמיד חכם לעשות דין לעצמו לכוחו של אדם אחר.

ככלל לשיטת הרא"ש, אין אדם רשאי לעשות דין לעצמו אם אין בכוחו להוכיח שהדין עמו. אף על פי כן, תלמיד חכם רשאי לעשות דין לעצמו ב"מלתא דפסיקא ליה". כלומר, כאשר ברור לתלמיד חכם שהדין עמו, הוא רשאי לעשות דין לעצמו אף שאין בידו להוכיח זאת בעת עשיית הדין.<sup>46</sup> אמנם, חשוב להדגיש שאין משמעות הדבר שתלמיד חכם פטור מלהביא ראיה בשלב מאוחר יותר. כל שנקבע בסוגיית מועד קטן הוא, שאין הוא חייב לדאוג לכך שראיה זו תהיה בידו בעת עשיית הדין העצמית.<sup>47</sup>

43. קונטרסי שיעורים, בבא קמא, שיעור טו, פסקא ג.

44. ביאור הגר"א סעיף קטן טז ובליקוט שם.

45. מועד קטן, יז, א.

46. אבל הריטב"א (מו"ק, שם), פירש שכוונתו של רב יוסף היא לחדש ש"אפילו צורבא מרבנן, דבעי לאזדהורי טפי", רשאי לעשות דין לעצמו. לפי פירוש זה, אין כל הבדל בין כוחו של תלמיד חכם לעשות דין לעצמו, לכוחו של אדם אחר.

47. יתכן שסברת הרא"ש היא, שיש לחשוש שמא אנשים יעשו דין לעצמם גם כאשר אין לכך הצדקה משפטית, משום שהם יחשבו שהצדק אתם מתוך בורות בהלכה. לכן, חשוב שבעת עשיית הדין, יוכל העושה דין להוכיח שהדין עמו. לפי זה, ניתן להבין גם את המעמד המיוחד הניתן לתלמיד חכם הבקי בהלכות ובדיינים שמן הסתם לא יטעה בטעויות גסות ולכן אין לדרוש ממנו שיוכל להוכיח שהדין עמו, בזמן שעושה דין לעצמו.

נמוקי יוסף,<sup>48</sup> למד מדברי רב יוסף שתלמיד חכם רשאי לנדות על דעת עצמו את מי שחייב לו ממון ואינו רוצה לפרוע חובו, אם אמנם הוא משוכנע שהדין עמו. מדבריו ניתן ללמוד שלפחות בכל הנוגע לעשיית דין עצמית באמצעות נידוי, אין תלמיד חכם נדרש לכך שתהיה בידו ראייה כלשהי להצדקת עמדתו אף לאחר מעשה. אולם הרא"ש<sup>49</sup> אינו מקבל את דברי נמוקי יוסף, וקובע שאין תלמיד חכם רשאי לנדות על דעת עצמו, אף אם הוא משוכנע שהדין עמו. בעקבות דברי הרא"ש בדבר הצורך בקיומה של ראייה, בעת עשיית הדין, פסק שולחן ערוך -

יכול להכותו עד שיניחנו... והוא שיכול לברר (=להוכיח) ששלו הוא נוטל בדין.<sup>50</sup>

כלומר לא רק שאינו יכול להכות ולעשות מעשה לחבירו ללא ראייה, אף ליטול ממנו מה שהוא טוען ששייך לו לא יוכל (סמ"ע).

בדרך כלל, היכולת להוכיח דבר, מתבססת על עדים, שטר וכדומה. אולם לעיתים מותר לו לתפוס אם אין עדים בהסתמך על ראייה מכוח מיגו, שלא לקח ממנו דבר שאינו שלו על פי דין.<sup>51</sup> מיגו כזה ייווצר כאשר התפיסה תיעשה בסתר, ללא שיהיו עדים שיראו אותה. במקרה זה, יכול עושה הדין לטעון שהחפץ שנתפס מעולם היה שלו וברשותו, והוא מעולם לא לקח אותו מבית זולתו. טענה כזו הייתה מזכה אותו בדין, שכן כידוע, "המוציא מחברו עליו הראיה". כיון שלא טען כך, והודה שתפס, אלא שטען שתפס על פי דין, יאמין לו בית הדין.<sup>52</sup>

לעיל,<sup>53</sup> הבאנו את דברי מהרי"ק, בנוגע להבדל בין תפיסה לעשיית דין עצמית. מתוך דברים אלו למדו הפוסקים את דעתו גם לגבי הצורך בראיה, בעת התפיסה כפי שיבואר להלן. וכך כתב המהרי"ק -

דהא לא מיקרי עביד דינ' לנפשי' אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר או להכות את חבירו או להפסידו עד שישלם הממון בכה"ג שייך למימר דינ' לנפשי' אבל בכה"ג לא מקרי אלא תופס בכולי תלמוד.<sup>54</sup>

48. נמוקי יוסף מועד קטן ט, א (דפי הרי"ף).

49. רא"ש מועד קטן שם, ג, י.

50. שולחן ערוך חו"מ, ד.

51. כך משמע בתשובת הרא"ש סד, א וכך כתבו הסמ"ע חו"מ ד, ב וש"ך שם, ג.

52. ביים של שלמה' בבא קמא ג, ה; אוסר לתפוס בסתר, כדי ליצור מיגו. לעומתו, בשו"ת שבות יעקב א, קסז מתיר זאת רק לתלמיד חכם.

53. ליד ציון הערה 4.

54. ים של שלמה (שם) חולק על המהרי"ק בטיעון שאם ננהג כדבריו "לא שבקת חיי לכל בריה".

דבריו של מהרי"ק הובאו להלכה על ידי הרמ"א: -

יש אומרים דלא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא כשמזיק לחבירו, כגון שמכהו ולכן לא יוכל לעשות אלא אם כן יוכל לברר שהוא שלו, אבל תפיסה בעלמא שתפסו למשכון, יכול לעשות בכל ענין, ויורד אחר כך עמו לדין.<sup>55</sup>

אמנם, ב'דרכי משה' הביא הרמ"א את דברי מהרי"ק בסגנון שונה -

כתב מהרי"ק: והיינו [המושג עביד איניש דינא לנפשיה] דוקא לענין להכותו או להזיקו אבל לתפוס ממנו הדבר שגזל ממנו יכול לעשות במקום דמהני תפיסתו.<sup>56</sup>

מדברים אלו משמע שמהרי"ק לא התיר לתפוס, אלא את נשוא התביעה, "הדבר שגזל ממנו", ולא נכס אחר כערובה לפירעון החוב ("משכון"), בניגוד לפסיקתו בהגהותיו ל'שולחן ערוך'. כמו כן, משמע שניתן לתפוס רק במקום ש"מהני תפיסתו", היינו, שיש לו ראייה לכך שהדין עמו, ולא "בכל עניין", כפי שעולה מדבריו בהגהותיו ל'שולחן ערוך'.

דרכים שונות נאמרו, ליישב את דברי הרמ"א אלו עם אלו -

**סמ"ע:**<sup>57</sup> לדעת רמ"א, מהרי"ק התיר לתפוס נכס ללא גרימת חבלה, אף אם אין לו כל ראייה או מיגו. זאת, בתנאי שקיים סיכוי שהתפיסה תוכל לעמוד בביקורת משפטית. כאשר מדובר בתפיסת משכון לטובת פירעון חוב, קיים סיכוי שהחייב יודה לתופס שהוא חייב לו, שכן חזקה היא ש"אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו". לכן, אף שאין לתופס ראייה, ייתכן שבסופו של דבר, מחמת הודאת החייב, היא תעמוד בביקורת משפטית. בתפיסה כזו עסק הרמ"א בהגהותיו ל'שולחן ערוך'.

לעומת זאת, כאשר התופס מבקש להוציא מזולתו חפץ שנגזל ממנו, יש להניח שהגזולן לא יודה שגזל את החפץ. לכן, ללא ראייה, אין סיכוי שהתפיסה תעמוד בפני ביקורת משפטית. משום כך, אין להתיר את התפיסה, מבלי שתהיה ביד התופס ראייה שהדין עמו. בתפיסה מסוג זה עסק הרמ"א ב'דרכי משה'.

**נתיבות המשפט:**<sup>58</sup> לדעת ה'נתיבות', אין אדם רשאי לתפוס נכס משל זולתו, מבלי

משום כך הוא אסר גם לתפוס חפץ שלטענת המבקש לתפוס, נלקח מביתו. אמנם, הוא מתיר לעכב פיקדון כערובה לפירעון חוב. אבל, ראה בדברי 'קצות החושן' (ד, א) שלמד מדברי ה'זהר' שאין לעשות כן.

55. רמ"א חו"מ ד, א.

56. הלשון "במקום דמהני תפיסתו" אינה מורה בהכרח על קיומם של עדים, שאם כן, מה מחדש המהרי"ק? אלא נראה שרצה לומר תפיסה שתועיל ע"י מיגו וכדלקמן.

57. סמ"ע חו"מ ד, ד.

58. אורים ותומים ד, ביאורים, ד.

שתהיה בידו ראייה קבילה לכך שהדין עמו, כפי העולה מדבריו ב'דרכי משה'. משום כך, אסר ה'נתיבות' לתפוס נכס מן הזולת בפני עדים, שכן במקרה זה, לא יוכל התופס ליהנות מראיה מכוח 'מיגר'.<sup>59</sup>

לדברי ה'נתיבות', בהגותו ל'שולחן ערוך', התייחס רמ"א לדעה שהציג, לפיה אין אדם רשאי לתפוס מזולתו נכס, שאינו נשוא התביעה. בהקשר זה, חידש הרמ"א, על פי מהרי"ק, שניתן לתפוס גם ממון שאינו נשוא התביעה (=משכון) כערובה לפירעון החוב, ובלבד שהתפיסה תיעשה ללא חבלה בזולת, וכן, שהתופס יבוא עם זה שתפס מנכסיו לדין, מייד אחר התפיסה.<sup>60</sup>

**אורים ותומים:**<sup>61</sup> לפי הרמ"א, מהרי"ק התיר לתפוס דווקא את הנכס נשוא התביעה, ולא נכס אחר. עיקר חידושו של מהרי"ק הוא, שרשאי אדם לתפוס את נכס זה, אף שאין בידו כל ראייה, מכל סוג שהוא, לכך שהדין עמו. משמעות הדבר היא, שלמרות שהותר לאדם לתפוס משל זולתו, כאשר הוא סבור שהדין עמו, ייתכן בהחלט שזולתו יתבע אותו לדין, ויוציא ממנו את הנכס שתפס.<sup>62</sup>

#### (ד) הצורך בנגיעה אישית של העושה דין לעצמו – "לנפשיה"

המשמעות המילולית של הביטוי "דינא לנפשיה" היא, דין לעצמו. מכאן יש להסיק שמי שאינו דיין, אינו רשאי לעשות דין, זולת אם יש לו נגיעה אישית לדין. מסתבר, שאף הצורך בקיומו של הפסד, לשיטת רב יהודה, כדי להצדיק את עשיית הדין העצמית, קשור לכך. לדעת רב יהודה, אם ניתן למנוע את ההפסד גם באמצעות תביעה בבית הדין, הרי שאין לעושה הדין נגיעה ממשית, המחייבתו לעשות דין לעצמו.

גם לשיטת רב נחמן, הסבור שרשאי אדם לעשות דין לעצמו, אף במקום שיוכל למנוע את ההפסד באמצעות תביעה בבית דין, כדי שיהיה הדין "לעצמו", קיים צורך שהדין יהיה קשור לתביעה שיסודה בהפסד שנגרם לעושה הדין, אף שניתן למנועו באמצעות תביעה בבית דין.<sup>63</sup>

59. כמבואר לעיל, ליד ציון הערה 51.

60. משמעות הביטוי "לברר שהוא שלו" שבדברי הרמ"א בהגותו, אינה יכולת להוכיח שהדין עמו, שכן, אם כך נפרש, הרי שנהיה חייבים לפרש שמשמעות התפיסה "בכל ענין" היא, שניתן לתפוס ללא ראייה, ולזה, אין ה'נתיבות' מסכים. לפיכך, משמעות הביטוי "לברר שהוא שלו" היא, שמדובר בחפץ שברור לכל שהוא שייך לתופס.

61. **אורים ותומים** ד, תומים, ב.

62. לפי פירושו זה, יש לפרש שמשמעות הביטוי "משכון" שבדברי הרמ"א, אינה דווקא תפיסה של נכס שאינו נשוא התביעה כערובה לתשלום החוב.

63. הרב גוסטמן (**שם**, פסקה ט עמ' 282) מבאר שאם עושה הדין יקבל מעמד של דיין (כמבואר לעיל, ליד הערה 18), ייתכן שמי שנגרם לו הפסד שערכו אינו עולה על פרוטה, לא יהיה רשאי

בהקשר זה, קיימת מחלוקת מעניינת בין רש"י לתוספות, לגבי עשיית דין כנגד הממלא את רשות הרבים חביות. במשנה נאמר -

"המניח את הכד ברשות הרבים, ובא אחר ונתקל בה ושברה, פטור".<sup>64</sup>

רב, הסביר שהמשנה עוסקת ב"ממלא רשות הרבים כולה חביות". בסוגיית "עביד איני דינא לנפשיה", מובאת ההלכה, תוך הדגשה שהפטור נובע מכך שהשובר נתקל, ולא שבר במזיד.

רש"י<sup>65</sup> הסביר שכוונת הסוגיא היא ללמוד מן המשנה, לאור הסברו של רב, ש"לא עביד איניש דינא לנפשיה אפילו במקום פסידא". כלומר, מן המשנה עולה סתירה לכל הדעות בסוגיא, שכן הכל מסכימים ש"במקום פסידא" רשאי אדם לעשות דין לעצמו.

בעלי התוספות מפרשים את כוונת הסוגיא בדרך שונה. לדבריהם -

**לתרוייהו לא פריך דאף על גב דאיירי בממלא, ליכא פסידא, דלא דמי לחצר חבירו, דאדם יכול להקיף ברשות הרבים, ולילך בכל מקום שירצה.**<sup>66</sup>

כלומר, כיון שמטרת עשיית הדין היא רק למנוע טורח, אין להגדירה כעשיית דין שנועדה למנוע הפסד, שכן, לטורח אין ערך ממש.

לפי זה, מדברי רש"י למדנו שאף מניעת טורח תחשב כמניעת הפסד, המצדיקה עשיית דין עצמית.<sup>67</sup>

לעשות דין לעצמו, כשם שאין בית דין נזקקים לדון בתביעה שאין ערכה עולה על פרוטה. אולם, ניתן לדחות את דבריו, משום שייתכן שהסיבה לכך שאין בית הדין נזקקים לדון בתביעה כזו, אינה משום שאין להם סמכות לדון במקרה כזה, אלא משום שאין להטריח את בית הדין משום תביעה פשוטת ערך. לפי זה, אם עושה הדין מוכן להתאמץ על מנת למנוע הפסד מועט, אין סיבה למנוע ממנו את הזכות לעשות דין לעצמו.

64. משנה בבא קמא כז, א.

65. רש"י בבא קמא כח, א, ד"ה הא שברה חייב.

66. תוספות שם, ד"ה טעמא דנתקל הא שבר חייב.

67. לכאורה, ניתן היה לומר שהדיון בשאלה, האם טורח נחשב הפסד או לאו, הוא העומד ביסוד מחלוקתם של רב נחמן ורב יהודה. זאת מאחר שהנימוק לשיטתו של רב נחמן, שעושה אדם דין לעצמו אף במקום שניתן למנוע את הפסד באמצעות פנייה לבית הדין הוא: "כיון דבדין עביד, לא טרח". אולם אפשר לחלק ביניהם ולומר שאינה דומה טרחה זו לטרחה בהליכה לבית הדין. הטרחה עליה מדברת הגמ' עתה, הקפת רה"ר משמעותה מניעת שימוש בחלק מסוים של הדרך לעומתה הטרחה עליה נחלקו רב נחמן ורב יהודה, הליכה לבית הדין, קלה יותר (עפ"י הרב גוסטמן, שם עמ' 272). יתכן לומר הסבר נוסף מדוע אינן להשוות ביניהן, שהרי הטרחה במחלוקת האמוראים הנ"ל, שמשה תירוץ מדוע אין צורך בהליכה לבית הדין, ואילו בסוגיית הממלא רשות הרבים חביות, הטרחה היא תיאור המקרה, הנזק שיש בו, והיא נוספת על הטרחה הקיימת בהליכה לבית הדין.

ההכרה בכך שעשיית דין עצמית מותנה בכך שלעושה דין תהיה נגיעה אישית, המביאה אותו לעשות דין לעצמו, תסייע בידנו גם להבחין היטב בין עשיית דין עצמית, למושג הלכתי אחר, הנראה דומה ביותר לעשיית דין עצמית, במבט ראשון. הכוונה למושג ”אפרושי מאיסורא”, שמשמעותו היא, זכותו של אדם למנוע מזולתו לעשות מעשה אסור, בכל דרך.

אמנם, ברור שיש יתרונות לנקיטת פעולה מכוח ”אפרושי מאיסורא”, על פני פעולה מכוח עשיית דין עצמית, שכן פעולה מן הסוג הראשון, אינה מוגבלת באף אחד מן הסייגים המוזכרים בפרק זה.

אמרנו שהמושגים דומים, שכן גם העושה דין לעצמו מבקש לכפות על זולתו לקיים את הדין, בכל דרך. הדמיון הרב שבין המושגים, הביא לכך שהמושג ”אפרושי מאיסורא” משתלב כבר בסוגיית ”עביד איניש דינא לנפשיה” -

תא שמע: מניין לנרצע שכלו לו ימיו, ורבו מסרהב בו לצאת וחבל ועשה בו חבורה שהוא פטור? תלמוד לומר: לא תקחו כופר לשוב - לא תקחו כופר לשוב.

מברייתא זו עולה לכאורה, שרשאי אדם לעשות דין לעצמו, על מנת להוציא את עבדו לחירות, אף שסירובו של העבד לצאת, אינו גורם לו לכאורה הפסד, בניגוד לשיטת רב יהודה.

אולם, רב נחמן בר יצחק יישב מקור זה עם שיטת רב יהודה, תוך שהוא מסביר שמדובר ב”עבד שמסר לו רבו שפחה כנענית”. הנימוק לזכותו של בעל העבד לחבול בעבדו על מנת להוציאו לחירות הוא ש”עד האידנא היתירא והשתא איסורא”. כלומר, כיון שמעת השחרור, הישארות העבד בבית בעליו עלולה לגרום לו לעבור על איסורים, כי יבקש להמשיך לחיות חיי אישות עם השפחה הכנענית, רשאי בעליו להפרישו מן האיסור, אף באמצעים אלימים.

בסוגיא מוזכרת גם ההלכה, המתירה לאישה להציל את בעלה באמצעים אלימים, כנגד המבקש להורגו -

תא שמע: ’וקצתה את כפה’ – ממון. מאי לאו בשאינה יכולה להציל על ידי דבר אחר? (רש”י): ”דברין קא עבדא, אלמא לא עביד איניש דינא לנפשיה, אפילו במקום פסידא” לא, שיכולה להציל על ידי דבר אחר, אבל אינה יכולה להציל על ידי דבר אחר, פטורה. אי הכי, אדתני סיפא: ’ושלחה ידה’ - פרט לשליח בית דין, לפלוג ולתני בדידה: במה דברים אמורים, בשיכולה להציל על ידי דבר אחר, אבל אינה יכולה להציל על ידי דבר אחר, פטורה? הכא נמי קאמר! במה

דברים אמורים, בשיכולה להציל על ידי דבר אחר אבל אינה יכולה להציל על ידי דבר אחר, נעשה ידה כשליח בית דין, ופטורה.

לכאורה, הלכה זו אמורה הייתה להיות שייכת דווקא ל"אפרושי מאיסורא", שכן, אין היא נוגעת להפסד ממוני, אלא למניעת אדם מהריגה. אף על פי כן, הסוגיא רואה בהלכה זו, הלכה השייכת לעשיית דין עצמית, ולא ל"אפרושי מאיסורא".

מהו אם כן המבדיל בין "עביד איניש דינא לנפשיה" ל"אפרושי מאיסורא"? על כן יכולים אנו ללמוד מדבריו של רש"י בעניין המכה את עבדו על מנת להוציאו לחירות, שם פירש -

ורשאי להלקותו ולהפרישו דהאי דינא לאו לנפשיה הוא.<sup>68</sup>

כלומר עשיית דין עצמי מוגדרת כמעשה שנוגע "לנפשיה", שיש לעשה הדין עניין אישי בו. הוצאת העבד מבית בעליו, אינה עניינו האישי של מי שהיה בעליו, אחר שהלה שחררו. הוצאת העבד מבית בעליו נועדה למנוע ממנו לעבור על איסורים, ובעליו פועל מכוח חובתו של כל אדם מישראל להפריש את זולתו מעשיית איסורים.

לעומת זאת, האישה הבאה להציל את בעלה, הרי היא למעשה מצילה את עצמה, שכן "אשתו כגופו"<sup>69</sup>. נמצא, שיש לה עניין אישי במעשה הדין, ולפיכך היא פועלת מכח "עביד איניש דינא לנפשיה". במילים אחרות, ההפרשה מאיסור נובעת מיראת שמים, ולא מרצון להגן על עניינו האישי של העושה דין. לכן, ההפרשה מאיסור באמצעות הכאת הזולת, מותרת רק למי שפועל מתוך מניעים של יראת שמיים.<sup>70</sup>

#### (ה) הפעלת כוח כבירת מחדל אחרונה

כאשר דן ה'שולחן ערוך' בזכותו של אדם לחבול בחברו על מנת לעשות דין לעצמו, כתב -

יכול להכותו עד שיניחנו דוקא אם לא יכול להציל בענין אחר.<sup>71</sup>

העיקרון, הקובע שאין לפגוע בזולת, אם ניתן לעשות דין מבלי לפגוע בו, נלמד מן הסוגיא במסכת בבא קמא, הדנה בסיבה לכך שמי שדחף שור שעלה על גבי שורו והרגו, חייב לשלם על הנזק. הסיבה לכך היא ש"היה לו לשמטו ולא שמטו".<sup>72</sup> באופן דומה, הוסבר שהחויב הממוני המוטל על אישה הפוגעת באדם המבקש לפגוע

68. רש"י שם, ד"ה איסורא.

69. "בסורא אמרי בעל כאשתו בפומבדיתא אמרי אשה כבעלה..." - סנהדרין כח, א.

70. פרישה חו"מ תכא, כ.

71. שולחן ערוך, שם.

72. בבא קמא, כח, א.



בבעלה קיים דווקא כאשר היא היתה "יכולה להציל על ידי דבר אחר".<sup>73</sup>

#### (ו) עשיית דין עצמית כנגד מזיק בשוגג

בשור"ת 'חוות יאיר'<sup>74</sup> רצה לומר שאין לעשות דין אלא כשהמזיק עושה כן במזיד מתוך כוונה -

אלא ע"כ הטעם דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה רק כשבא חבירו להזיקו בכוונה ורצון יכול לעמוד מנגד להציל ממנו ולהזיק חבירו בין בגופו בין בממונו מש"כ כשבהמות חבירו מזקת אותו בלי ידיעתו ובלי רצון חבירו והוא סוגי' דפרק כיצד הרגל כ"ג... כלל העולה שכל זה מיירי כשבהמות חבירו מזיקתו דלא שייך בזה עביד איניש דינא לנפשיה.

והוכיח כן מן הגמרא -

מכריז רב יוסף, ואיתימא רבה, דסלקין לעילא ודנחתין לתחתאה: הני עיזי דשוקא דמפסדי, מתרינן במרייהו תרי ותלתא זמנין, אי ציית - ציית, ואי לא - אמרין ליה: תיב אמסתא וקבל זוזך.<sup>75</sup>

ופירש שם רש"י: "עיזי דשוקא" - דקצבי דקיימי לשחיטה אלא דמשהו להו עד יומא דשוקא. "מתרינן במרייהו" - אי מפסדן אפילו ברשות הרבים. "תיב אמסתא" - מקום מעמד הקצבים.

מכאן למד בעל "חות יאיר" שיש להגביל את עשיית הדין שאם לא כן, מדוע צריך להתרות בבעל העיזים, הרי רשאי אדם לעשות דין לעצמו ?

#### (ז) עתוי עשיית הדין

המאירי, מסייג את זכותו של אדם לעשות דין לעצמו, תוך שהוא קובע שיש משמעות לעיתוי של עשיית הדין העצמית -

כל שאונס דבר לחברו וחברו האנוס לשם ורואה באנסו ואפשר לו לברר אף לאחר מעשה שאותו ענין אונס אצלו יש לו רשות לעשות דין לעצמו ולדחותו שלא לעשות לו אונס זה אפילו הכהו על זה כמה הכאות אין לו חיוב אם אי אפשר לו למנעו בלא כך ואין צריך לומר במקום שאם יתעכב עד שילך לבית דין תהא לו פסידא כגון שהיה גוזלו או אונס את כליו או דולה בבור מים המכונסין שלו ומכלה את מימיו אלא אף בדבר שאין הליכתו לבית דין גורמת

73. ש.ס.

74. שור"ת חוות יאיר קסה.

75. בבא קמא כג.ב.

לו פסידא זו הואיל והוא לשם בעוד שזה אונסו עושה דין לעצמו ומכהו עד שידחהו מעליו הא כל שעבר האונס כגון שכבר גזלו או גנב לו או שכבר הלוחו אינו רוצה לפרעו אינו בדין זה לא אמרוה אלא בעוד שהוא אונסו מעתה מי שראה את שלו בביתו של חברו ומתירא שזה יחזיק בו נכנס לשם לפני חברו כדי ליטול את שלו בחזקה ואם הלה מונעו שובר את שניו ואומר לו שלי אני נוטל ומ"מ אל יכנס שם דרך העלמה שמא יראה עליו כגנב.<sup>76</sup>

לפי דבריו, אין לעשות דין עצמי. למרות זאת כתב שם שרשאי אדם להיכנס לבית חברו, על מנת להוציא משם חפץ השייך לו. שיטתו יחידאית, כנראה, וזקוקה להסבר.

### (ח) עשיית דין עצמית תוך כניסה לרשות הזולת

נאמר במשנה -

המלוה את חברו לא יכנס לביתו ליטול משכונו שנאמר: 'בחוף תעמוד'.<sup>77</sup>

כלומר, אסור למלוה למשכן את הלווה, האיסור נלמד מן הכתוב: "כי תשה ברעך משאת מאומה לא תבא אל ביתו לעבט עבטו. בחוף תעמד והאיש אשר אתה נשה בו יוציא אליך את העבוט החוצה."<sup>78</sup> לכאורה, הלכה זו סותרת את ההלכה המתירה עשיית דין עצמית, לפיה, רשאי העושה דין לעצמו להיכנס לרשות זולתו לשם עשיית הדין כדי לעשות דין.

שתי דרכים עיקריות נאמרו, להסביר את המאחד והמפריד בין ההלכות:

1. שיטת רבנו תם – עשיית דין ולא נטילת משכון

אדם רשאי לעשות דין לעצמו, הן כאשר הוא מבקש לגבות תשלום עבור נזק או גזלה, והן כאשר הוא מבקש לגבות תשלום כפירעון הלוואה. המשנה אסרה רק להיכנס לבית הלווה על מנת ליטול משכון. אבל, רשאי אדם להיכנס לבית החייב, כדי לגבות את חובו.<sup>79</sup>

ה'נמוקי יוסף' הוא אשר חיבר בין שיטת ר"ת בעניין משכון בהלוואה לבין עשיית דין, בתוספות<sup>80</sup> הובאה שיטתו של ר"ת, רק בהקשר של נטילת משכון ע"י שליח בית הדין. וכן פסק ה'שולחן ערוך' -

76. בית הבחירה בא קמא כז, ב.

77. משנה בבא מציעא ט, יג.

78. דברים כד, י-יא.

79. מובא בנמוקי יוסף בבא מציעא טט, א (דפי הרי"ף), ד"ה "הרי בעל הבית אמור".

80. בבא מציעא קיד, א ד"ה "מהו שיסדרו בבע"ח"

במה דברים אמורים שאסור למשכנו הוא בעצמו, ושאסור ליכנס לביתו למשכנו אפילו שליח בית דין, ללווה... וכן מי שיש לו שכר אצל חברו, בין שכר עצמו בין שכר בהמתו או כליו או שכר ביתו, מותר למשכנו שלא על פי בית דין, וליכנס לביתו למשכנו; ואם זקף עליו השכר בהלוואה, אסור.<sup>81</sup>

בהמשך, מביא ה'שולחן ערוך' את שיטתו של רבנו תם, בלשון זו -

יש מי שאומר שאין שליח בית דין אסור ליכנס לביתו למשכנו, אלא במשכנו להיות בטוח ממעותיו ולא הגיע זמן הפירעון. אבל כשהגיע זמן הפירעון ובא לגבות חובו, וזה אינו רוצה לפורעו והוא בחזקה שיש לו מיטלטלין ומבריהם, שליח בית דין נכנס לביתו למשכנו ויפרע לזה חובו, שפריעת בע"ח מצווה, ומכין אותו עד שתצא נפשו כדי לקיימה.

ה'שולחן ערוך' לא התיר למשכן לשם פירעון אלא לשליח בית דין, על כן, אין אפשרות לעשיית דין עצמית בהלוואה לשיטתו.

2. שיטת הרא"ש - עשיית דין עצמית, רק לשם השבת הגזלה

לרא"ש דרך אחרת ליישב את המשנה בעניין נטילת משכון עם דין "עביד איניש דינא לנפשיה". לדבריו -

דווקא אם בא לגזול ממנו או שראה חפץ שלו בידו הוא דאמרינן הכי (=שמותר להיכנס לבית הגזולן). אבל למשכנו בשביל חוב שחייב לו, לית ליה רשותא. דתנן בפרק המקבל: 'המלוה את חבירו לא ימשכנו אלא בבית דין'. ואמר שמואל התם, דאפילו שליח בית דין מנתח נתוחי בשוק דוקא, אבל לא יכנס לביתו. והמלוה עצמו, אפילו בשוק לא. וכיון דאין לו רשות, אם חבל בו או אם הזיק ממונו, חייב כמו על אחר.<sup>82</sup>

כלומר, רשאי אדם לעשות דין לעצמו על מנת להשיב את שלו, או במילים אחרות, על מנת להגן על הבעלות שלו בנכס. אולם, אין הוא רשאי לגבות חוב, אלא באמצעות בית הדין.

### (ט) נטילת משכון

במשנה שהוזכרה בפרק הקודם, נאמר גם -

המלוה את חברו לא ימשכנו אלא בבית דין.

81. שולחן ערוך חו"מ צו, טו.

82. רא"ש בבא קמא ג, ג.

המשכון הוא נכס, הניטל על ידי הנושה, כערובה לפירעון החוב. האם רשאי אדם לעשות דין לעצמו, ולקחת משכון, כערובה לפירעון חוב? האם ההלכה האוסרת לאדם ליטול בעצמו משכון, כערובה לפירעון הלוואה, חלה גם על חובות שיסודם אינו בהלוואה? הבסיס לתשובה על שאלה זו, נמצא במעשה המובא במסכת ברכות.<sup>83</sup>

לפי המעשה, ארבע מאות חביות יין השייכות לרב הונא, החמיצו. רב הונא הבין שככל הנראה, ההפסד נגרם משום שנהג שלא כדין. היות ולא מצא מעשה שנהג בו שלא כדין, העשוי להוות סיבה להפסד שנגרם לו, אמר לחבריו: "אי איכא מאן דשמיע עלי מלתא – לימא".

ומסופר, שאמרו לו חבריו: "הכי שמיע לך, דלא יהיב מר שבישא לאריסיה". כלומר, ידוע לנו שלא שילמת שכר לאריסך. אבל, על כך השיב רב הונא: "מי קא שביק לי מידי מיניה? הא קא גניב ליה כוליה!". האם הוא מותר לי תבואה? הרי הוא גונב ממני את כל התבואה, ומדוע עלי עוד לשלם לו את שכרו?

על כך השיבו לו: "היינו דאמרי אינשי: בתר גנבא גנוב, וטעמא טעים". היינו, מי שגונב מן הגנב, בכל זאת טועם טעם גניבה, ועל כך נענשת. בעקבות זאת, קיבל רב הונא על עצמו לשלם לאריס את שכרו, והחומץ הפך שוב לייין, ויש אומרים שהתייקר החומץ, עד ששוויו היה כשווי היין.

אמנם, לכאורה נהג רב הונא כדין, שכן עשה דין לעצמו, ושילם לעצמו את החוב של אריסו כלפיו, מתוך השכר שהיה אמור לשלם לו. מדוע אם כן נגרם לו הפסד?<sup>84</sup>

רבנו קלונימוס הסביר שרב הונא רשאי היה אמנם לעשות דין לעצמו, אבל, הזכות לעשות דין לעצמו מותנה בכך שהעושה דין ייטול מן הזולת את הנכס השייך לו. זכות זו אינה מתירה לעושה הדין ליטול נכס כערובה לפירעון חוב. במילים אחרות, אין אדם עושה דין לעצמו כדי ליטול מזולתו משכון.<sup>85</sup>

דברים מפורשים יותר בעניין זה, כותב מהר"ם מרוטנבורג -

והא דאמרינן הכא, עביד אינש דינא לנפשיה, אפילו לכנוס (=להיכנס) לבית חברו, היינו החפץ שלו המבורר. שכיון שזה החפץ עצמו שלו הוא, יכול

83. ברכות ה, ב.

84. יש לציין כי סיבת הבקורת על ר"ה היא "בתר גנבא גנוב וטעמא טעים". משמעותה בפשטות היא דרישה להנהגה מוסרית יותר, מעבר לשורת הדין (הנדרשת מחכם כר"ה). אין בזה סתירה הכרחית לדין עביד אינש דינא לנפשיה.

85. מובא במרדכי בבא קמא ג, ל.

[לקחון] בכל מקום שימצאו. אבל למשכנו ולקח משל חברו בשביל חובו, אינו רשאי בלא שליח בית דין, וכן מוכח כל ההלכה, **דווקא דבר שהוא שלו**.<sup>86</sup>

אף הרא”ש קבע -

אף על גב דלא עביד איניש דינא לנפשיה אפילו היכא דאיכא פסידא **אלא בחפץ המבורר שהוא שלו**, כמו שפי’ רבינו מאיר ז”ל בפרק המניח, אימא הכא נמי, מה שלקחה היה שלה.<sup>87</sup>

אבל הוא מוסיף -

ואפילו לא היה שלה, נהי דלא עביד איניש דינא לנפשיה לכתחילה, מכל מקום אם תפס אדם חפץ משל חברו עבור תביעה שהוא חייב לו, לא מיקרי גזלנא.

נמצאנו למדים שכשם שאין אדם רשאי למשכן נכס של זולתו בעצמו, כדי להבטיח פירעון של הלוואה, כך אין הוא רשאי לעשות דין לעצמו, ולמשכן נכס של זולתו, כערוכה לפירעון כל חוב.<sup>88</sup>

ואם כבר הגיע לידינו של אדם נכס של זולתו, בהיתר. האם רשאי לעכב את הנכס בידיו, כערוכה לפירעון חוב שהזולת חייב לו? תשובה לכך נלמד מדברי ה’עיטור’, ששלל אמנם נטילת משכון, כערוכה לפירעון חוב, במסגרת עשיית הדין העצמית, אך הביא גם את דברי הרי”ף -

וכתב רבינו אלפס: אם רצה התובע להחרים סתם, הרשות בידו. ואם יבא ממון לידו כנגד חובו שלא בעדים **יחזיק לעצמו** ומשתבע שבועת היסת ומיפטור.<sup>89</sup>

וכך כתב אף הריב”ש -

אבל חזר והביא ראיה מדברי רבינו חננאל ז”ל, שכתב: דמאן דאית ליה מלוה או פקדון גבי חבריה, מצי לעכובי, משום מאי דאית ליה גביה: דעביד איניש דינא לנפשיה.<sup>90</sup>

אמנם, הוא מסייג, וקובע שאחר שיעכב אדם נכס של זולתו, כערוכה לפירעון החוב - מיבעי ליה למיזל לבי דינא, ולמימר קמייחו: מלתא כצורתה אית ליה להאי גברא גבאי; כך וכך. ואית לי גביה, כך וכך.

86. מהר”ם מרוטנברג (פראג) ד, תתקנ.

87. שו”ת הרא”ש סד, א.

88. הרב גוסטמן (קונטרס שיעורים, שם, עמ’ 287 קמד) הסביר שנטילת משכון היא מעשה הדורש שיקול שעת של דיין. לעושה הדין לעצמו אין סמכות להפעיל שיקול דעת כזה.

89. העיטור אות ע’ עיסקא וחוב - הלכות מלוה על פה (יז, ב).

90. שו”ת הריב”ש שצו.

כלומר, הזכות לעכב נכס, אינה פוטרת את המעכב מן החובה ללכת ולטעון בפני בית הדין את טענותיו, כדי לקבל אישור רשמי לנטילת המשכון. ועוד הוא מוסיף -

וכן נשתמשו הגאונים ז"ל מדין זה בעניין התפיסות. שיוכל אדם לעכב פיקדון שבידו לטעון עליו אם הוא חייב לו מצד אחר.<sup>91</sup> שהיה אפשר לומר: ייתן לו הוא, את שלו, ואח"כ יתרעם<sup>92</sup> ממנו בבית דין, על מה שחייב לו. אלא שמטעם 'עביד איניש דינא לנפשיה' הוא יכול לעכבו כדי להציל את שלו, אף על פי שהיה יכול להציל בבית דין, כגון דאיכא עדים וליכא פסידא. או אפילו לתפוס מטלטליו, כל שמצאום ברשות אחרים. או אפילו ליקח מידו ומביתו, כל שהחוב אינו הלוואה ממש".<sup>93</sup>

מדבריו משמע שכאשר החוב אינו נובע מהלוואה, רשאי אדם גם ליטול נכס מביתו של החייב, כמשכון. וכך משמע גם מדברי 'שולחן ערוך', שפסק -

וכן מי שיש לו שכר אצל חברו, בין שכר עצמו בין שכר בהמתו או כליו או שכר ביתו, מותר למשכנו שלא על פי בית דין, וליכנס לביתו למשכנו; ואם זקף עליו השכר בהלוואה, אסור.<sup>94</sup>

לעומתו, רמ"א מביא שתי דעות בעניין זה -

ויש אומרים: דווקא בחובו ממש, אבל אם חייב לו בלא הלוואה, או שאין צריך למשכנו כי הוא כבר אצלו בפקדון או מצאו ביד אחר, מותר לתפוס.

משמע שכאשר החוב אינו נובע מהלוואה, מותר לאדם לעשות דין לעצמו, כדי ליטול משכון מזולתו. אבל, הרמ"א מוסיף -

ויש אומרים דלא אמרינן עביד איניש דינא לנפשיה רק בחפץ המבורר לו שהוא שלו, כגון שגזלו או רוצה לגוזלו או רוצה להזיקו, יכול להציל שלו. אבל אם כבר נתחייב לו מכח גזלה או ממקום אחר, לא.

דעה זו היא כמובן דעת מהר"ם מרוטנבורג, הסבור שאין אדם רשאי לעשות דין לעצמו, כדי ליטול משכון מזולתו עבור פירעון חוב, אף שחוב זה לא נוצר בעקבות הלוואה.

91. למעשה, ישנן דוגמאות לתפיסות מסוג זה, אף מתקופת התלמוד. ראה למשל: **בבא מציעא** פג, א (הנהו שקולאי).

92. כנראה צ"ל: יתבעם

93. הוא יפרש את המעשה של רב הונא בצורה אחרת: רב הונא לא היה רשאי לתפוס משום שלא היו לו עדים ולא היה מסוגל לברר שבדין מגיע לו.

94. **שולחן ערוך** חו"מ צז, יד.

### ח. עשיית דין עצמית במשפט האומות~~

מאז ומעולם היה קיים מתח בין הצורך לקיים סדרי ממשל תקינים ולאכוף את קיום החוק על ידי רשויות השלטון, לבין צרכיו של הפרט. הללו חייבו לעתים נקיטת פעולה מיידית, על מנת להגן על הבעלות ברכוש, וכן כדי למנוע עוולה, או להגן על זכויות אחרות. בעקבות זאת, התעוררה תביעה להתיר ליחיד לעשות לעיתים דין לעצמו. או אז התעוררו השאלות, האם ראוי להיענות לתביעה זו? ואם ראוי, מה יהיה הקיפו של ההיתר? באיזה אופן ייעשה הדין? מי הוא שמותר לו לעשות דין לעצמו, ומי אינו רשאי לעשות כן?

היו שטענו שעשיית דין עצמית נאסרה, במקומות בהם השלטון לא היה חזק דיו על מנת להתיר זאת. במקומות אלו, היה חשש שמא ההיתר לעשות דין עצמי, ימוטט את שלטון החוק. לעומת זאת, במקומות שבהם היה השלטון מבוסס ויציב, הבינו הרשויות השונות, שיש מקרים בהם הצורך להגן על זכויות היחיד אינו מאפשר להמתין, עד שהרשויות יעשו את שעליהן לעשות, כדי להגן על זכויות אלה.

במשפט הרומי, מקובל היה לשלול עשיית דין עצמית מכל וכל, ואף הוטל עונש על העושה דין לעצמו. בתי הדין היו מבטלים הישגים שזכה להם אדם, מכוח עשיית דין עצמית. אמנם, המשפט הרומי לא התעלם לחלוטין מן הצורך של היחיד לעשות דין לעצמו. דבר זה התבטא בכך שבתי המשפט פטרו לעיתים מעונש, את מי שפעל להשבת רכשו, תוך נקיטה באמצעים אלימים, אם אמנם ראו שלא הייתה בידו דרך אחרת להגן על זכויותיו.<sup>95</sup>

יתירה מכך, לפי תקנות הקיסרים, אם נטל אדם בכוח את השייך לו, מאת זולתו, היה מאבד את הבעלות על הרכוש שנטל. אם נטל בעל חוב משכון מהחייב, על דעת עצמו, היה המשכון מוחזר לחייב, והחוב היה מתבטל(!).

במדינת ישראל, יש להבחין בין המצוי בחקיקה עד לחידושים שנעשו בחקיקה האזרחית לבין התקופה שאחרי כן -

ניתן לומר, שהיתה התנגדות לעשיית דין עצמית

היו שופטים שהתנגדו לעצם ההיתר לעשית דין עצמי. דוגמא מעניינת לכך, מוצאים אנו בדבריו של השופט לנדוי שקבע שיש לסלק מן הדירה את מי שעשה דין לעצמו, "כדי שבעלי ריב יהפכו להיות בעלי דין"<sup>96</sup>.

לעומת זאת, חוק המקרקעין קובע -

95. ראה ש' איזנשטדט, המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו, 263-264.

96. ע"א 243/60 פסטרנק נ' מ"י, פ"ד יד, 2292-2293.

המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.<sup>97</sup>

ובתיקון לחוק, משנת 1981, הותר אף לסלק בכוח סביר מן הקרקע את מי שמחזיק בה שלא כדין תוך 30 יום מרגע התפיסה -

תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציאו מהם.<sup>98</sup>

דוגמא נוספת להתפתחות שחלה בעניין, נוגעת לזכויותיו של בעל הקרקע המעונון לממש את זכותו להחזיק בקרקע.

לפי החוק העותומני, שהיה בתוקף עד לחקיקת חוק המקרקעין, היה איסור מוחלט על עשיית דין עצמית -

אם בעל השטר לא השתמש בדרך החוקית הזאת (פניה לבית המשפט) אלא תפס את הנכסים דלא נידי בכח ובהכרח והשני פנה אל בית המשפט, יחזירו המצב לכמו שהיה ויודיעו לבעל השטר שהוא חייב ללכת בדרך החוקית.<sup>99</sup>

97. חוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969, סעיף 18(א) (להלן: חוק המקרקעין).

98. חוק המקרקעין סעיף 18(ב).

99. סעיף 24 לחוק שופטי השלום העותומני. התרגום עפ"י קובץ החוקים העותומניים (תרגום מ' לאניאדו, תרפ"ט), 113.

**הערת עורך:** נראה שבדבר משמעותו של הסעיף, כבא לסייג את העיקרון השולל עשיית דין עצמית קיים ויכוח בין שופטי בית המשפט העליון. נשיא בית המשפט העליון (כתוארו אז), השופט אגרוט בבג"ץ 109/70, **המוטראן הקופטי האורתודוקסי נ' שר המשטרה**, פ"ד כח(1) 225, 238 סוקר את עמדת הפסיקה הישראלית בנוגע לעשיית דין עצמית, ומסקנתו היא ש"העיקרון המטיל איסור על "עשיית דין עצמית" כאמור, אין טעמו כל כך לתת הגנה ארעית לחזקה שהיתה בידי האדם שנושל מהנכס על ידי מעשה כנ"ל, כמו למנוע קטטות בין בעלי הדין היריבים, לקיים את הסדר הציבורי ולשמור על שלום הציבור. **העובדה כי בית המשפט מוסמך היום לברר בעת ובעונה אחת את התביעות הפוסטוריות (=התקנתית, תביעתו של המחזיק) והפטיטוריות (=הבעלותית, תביעתו של בעל המקרקעין) של בעלי הדין, אין בה כדי לגרוע מעצם העיקרון ומטעמו, כאשר מתחשבים בכך שדבר הקיום של בירור שכזה מסור לשיקול דעתו של בית המשפט וכי לצורך זה, הוא רשאי לצוות על הסדר ארעי של החזקה, שיחול עד שתבוא ההכרעה הסופית (שם, 241)". לעומתו השופט אלון בע"א 756/80, **רוזנשטיין נ' סלומון**, פ"ד לח(2) 113, אכן סבור שסעיף 19 מסייג את העיקרון. בדבריו, הוא עומד על כך שהסעיף התקבל על פי המלצתה של ועדת חוקה חוק ומשפט, אשר בראשה עמד באותם ימים חבר הכנסת משה אונא. בהציגו את החוק, הצביע ח"כ אונא על השוני בין עמדת המשפט העברי בעניין עשיית דין עצמית לזו של המשפט הרומאי והקונטיננטלי, תוך שהוא מציין ש"רוב חברי הוועדה מחזיקים בדעה, **התואמת את ההלכה העברית**, והיא, שאין טעם להוציא את המקרקעין מידי בעליהם, ולהכריחם לנהל משפט כדי להחזיר לעצמם את המקרקעין" (ד"כ 55, תשכ"ט-תש"ל, 3759).**



לעומת זאת, היום מתיר החוק לבית המשפט -

לדון בזכויות שני הצדדים בעת ובעונה אחת, בלי לפנות את הפולש, עד להכרעה בזכויותיהם “רשאי בית המשפט להסדיר את ההחזקה, ככל שיראה לו צודק ובתנאים שימצא לנכון.<sup>100</sup>

הכרת המחוקק בעשיית דין עצמית במקרקעין גררה אחריה את ההכרה בעשיית דין עצמית במיטלטלין, למרות שהשיקולים השונים מצדיקים דינים שונים לעניין זה, לא כך סבר המחוקק, אלא קבע -

סעיפים 15 עד 20 לחוק המקרקעין, תשכ”ט – 1969, יחולו גם על הגנת הבעלות וההחזקה במיטלטלין.<sup>101</sup>

אף במשפט הפלילי נוכל למצוא היתר לעשיית דין עצמית. כגון, ההוראה בחוק העונשין הקובעת -

התוקף **שלא כדין** את חברו דינו- מאסר שנתיים.<sup>102</sup>

הווה אומר תקיפה כדין - מותרת. משמע, שמי שתקף כדין, כגון על מנת להשיב את רכשו, לא יהיה צפוי לעונש.<sup>103</sup>

למרות זאת, לא התיר המחוקק להפעיל כוח כנגד הגזלן על מנת שיגלה היכן נמצאת הגנבה. בעיני החוק האזרחי, פעולה זו נקראת סחיטה, והיא אסורה.<sup>104</sup> יש לראות בהוראה זו צמצום של עשית הדין רק למקרים ההכרחיים שהגזלה נמצאת ביד הגזלן, אם אינה בידו, תפקידה של המשטרה לחקור אותו ולגלות את הגזלה.

מנגד, במקרים מסוימים, מתיר החוק לעכב רכוש, והוא אף מכיר בזכות הנושה לתפוס את נכסי החייב במקרים מסוימים.<sup>105</sup> הכלל העולה משם, שעשיית דין עצמית אסורה ומצטמצמת לאותם מקרים שהזכות לכך נקבעה בחוק ובכל מקרה אחר, העושה דין צפוי לעונש.

100. סעיף 19 לחוק המקרקעין.

101. סעיף 8 לחוק המיטלטלים, תשל”א – 1971.

102. סעיף 379 לחוק העונשין, תשל”ז – 1977 (להלן: חוק העונשין).

103. **הערת עורך**: ספק רב אם הדיוק נכון. אפשר שכוונת המחוקק התקיפה על ידי מי שהוסמך בחוק לתקוף, כגון: שוטר, המבקש למנוע שוד. בהתקופה את השוטר, אין השוטר עושה דין לעצמו, כמובין.

104. סעיפים 427, 428 ו-430 לחוק העונשין אוסרים את עבירות הסחיטה למיניהן: סחיטה בכוח, סחיטה באיומים ונטילת נכסים לשם סחיטה.

105. זכות העכבון הוכרה בחוקים שונים, כמו בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל”א – 1970, סעיף 19, ובחוק לשכת עורכי הדין, תשכ”א – 1961, סעיף 88. אף זכותו של הנושה לתפוס את נכסי החייב הוכרה בחוק. כך, למשל, בעל מלון יכול לתפוס את נכסי האורח הנמצאים במלון (חוק השומרים, תשכ”ז – 1967, סעיף 12).

מן הסקירה הקצרה בתחום החוק האזרחי ניכרת התייחסות משתנה, יש שהוא מכיר בעשיית הדין ויש שהוא חושש מפניה. הותר להרחיק מסיג גבול ולהשיב גולה על ידי שימוש בכוח ולא הותר לנקוט אמצעי אחר לשם כך.

המצב הנוכחי נחשב בעייתי בשל חוסר בקו ברור וכך כותב השופט שטרוזמן -

המצב הנוכחי...איננו תקין ומן הדין להעמידו על תיקונו. בדרך כלל נוצר צורך לאדם לעשות דין לעצמו... כאשר עליו להגיב מיד על המצב שנוצר לנגד עיניו. גם המשפטן יתקשה לקבוע מתי וכיצד מותר לאדם לעשות דין לעצמו ומתי אסור.<sup>106</sup>

ומסיים השופט שטרוזמן -

על כן נחוצה חקיקה טובה, מובנת והגיונית, שתתיר אמצעים נוספים וסבירים לעשיית דין עצמית... [והיא] תבטיח הגנה ברורה בדין הפלילי ובמשפט האזרחי למי שיעשה דין לעצמו כדין.

### ט. סוף דבר

סקרנו, את היבטיה השונים של ההלכה בעניין עשיית דין עצמית. עברנו מהמשפט הסתמי "עביד איניש דינא לנפשיה" המרחיב את הסמכות, לדינים מצומצמים, אשר רק במקרים מאוד מסוימים נותנים כוח לאדם לנהוג כבית דין.

לעשיית הדין העצמית פנים שונות. מצד אחד, יישומה של ההלכה עלול לטמון בחובו סכנות, כאשר הוא יימסר לאנשים שאינם הגונים. יש בה פתח למתן לגיטימציה חוקית לריב ומדון. על כן, ניתן לראות בהלכה זו הלכה שנוצרה כדיעבד, מחמת חוסר הסמכות של בתי הדין בישראל. לפי השקפה זו, אין לשאוף לקיומה והגשמתה של ההלכה בעניין עשיית הדין העצמית.

מנגד, בניגוד לרושם הראשוני העולה מן ההלכה, המצביע על חוסר שליטה, על התנהגות בלתי מוסרית ומרוסנת אשר עלולה למוטט סדרי חברה, במבט מעמיק, ניתן לומר שדווקא חברה בריאה ומתוקנת מסוגלת להכיל בקרבה מערכת שרשאית לפעול באופן עצמאי, ויש בכוח אותה מערכת לתרום לביסוס החוק והשלטון. ואם כך, הרי שיש לקבוע אותה בחוק באופן מסודר, וברור יותר. בטרם נפעל בכיוון זה, עלינו לבדוק היטב את מצב החברה ולשקול כיצד ישפיעו הדברים עליה, אם יביאו לתיקונה או חלילה לחורבנה.

106. א' שטרוזמן, "העושה דין לעצמו", ספר לובנברג, 107.

## חובת ההתייעצות לפני מתן פסק הדין

### הרב בנימין זלצמן והרב אליהו גורפינקל

- א. מבוא / 387
- ב. הקדמה / 388
- ג. טעמה של חובת ההתייעצות - שיטות הראשונים / 391
- ד. החיובים בהתייעצות / 405
- ה. היקף החובה / 408
- ו. המייעץ / 423
- ז. תוקפו של פסק דין שהתקבל ללא התייעצות / 434
- ח. מעמדו של דיין שנמנע מלהתייעץ / 435
- ט. סוף דבר / 436
- י. נספחים / 438

### א. מבוא

במסכת אבות הדריכו חז"ל את הדיינים להימנע מפזיזות בעת פסיקת הדין באומרם: "הוו מתונים בדין".<sup>1</sup> הדרכה זו היא העומדת ביסוד ההלכה העוסקת בחובת הדיין או פוסק ההלכה להתייעץ עם חכם אחר בבואו לפסוק הלכה. במאמר זה, ננסה לברר את גדריה של ההלכה: מתי חלה חובת ההתייעצות, על מי היא מוטלת,<sup>2</sup> ומהי הדרך הראויה ליישומה.

נושאו של המאמר נושק לנושאים נוספים כחובת המתנינות בדין, עצמאות הדיין והפוסק, לעומת מחויבותו למקורות ההלכה ולתקדימים, פסיקה של רב בחיי רבו או במקום בו מצוי גדול ממנו, דימוי מילתא למילתא, היינו, פסיקה על פי דימוי מקרה למקרה, הצורך בעיון בספרים, ומכלול תהליך הפסיקה.

1. אבות א, א.

2. מובן שהנחת היסוד היא, שההלכה לא נאמרה כלפי מי שאינו ראוי לדון, שכן לאדם כזה אסור להורות הלכה, וראה לעניין זה במסכת עבודה זרה יט, ב ובדברי הרמ"א חו"מ ח, א, בנוגע לאיסור למנות דיין שאינו יודע הלכה, על דעת שישאל את החכמים כיצד לפסוק את הדין. אעפ"כ, ראה להלן, הערה 75, שיש מי שסבר שההלכה מכוונת כלפי מי שאינו ראוי לדון. אמנם, זו דעת יחיד, שאינה מקובלת על רובם המוחלט של הפוסקים.

נושאים אלו רחבים מאוד, וכל אחד מהם ראוי לבירור מעמיק בפני עצמו. במסגרת מאמר זה, נעסוק בנושאים אלו, רק במידה שהם נוגעים לנושאו של המאמר.

## ב. הקדמה

בדברי חז"ל ישנן הדרכות ברורות לפוסק ולדיין, הנוגעות לדרך פסיקת ההלכה. רוב ההדרכות עוסקות בצורך בעיון מדוקדק בדין ובמתינות, מתוך הכרה בגודל האחריות המוטלת על כתפיו של הפוסק או הדיין, כדי שדינו יהיה אכן דין אמת.

וכך לימד רבי ישמעאל, בנו של רבי יוסי -

הגס ליבו בהוראה שוטה רשע וגס רוח.<sup>3</sup>

דבריו של רבי ישמעאל בנו של רבי יוסי נאמרו כהדרכה כללית לדיינים, וייתכן שאין הם בגדר הלכה מחייבת, אלא בגדר עצה טובה בלבד. על הצורך להיות מתון בדין כהלכה מחייבת, ניתן ללמוד מן הנאמר במסכת סנהדרין, על הצורך לפסוק דין רק אחר בירורו -

דרש רבי יאשיה ואיתימא רב נחמן בר יצחק, מאי דכתיב "בית דוד דינו לבקר משפט והצילו גזול מיד עושק" וכי בבוקר דנין וכל היום אין דנין? אלא, אם ברור לך הדבר כבוקר, אמרהו, ואם לאו אל תאמרהו.<sup>4</sup>

רבי חייא בר אבא אמר רבי יונתן מהכא "אמור לחכמה אחותי את" אם ברור לך הדבר כאחותך שהיא אסורה לך, אומרהו, ואם לאו אל תאמרהו.

כאן מדובר כבר בהלכה מחייבת, אך ייחודה הוא בכך שאין היא מחייבת אלא את הדיין המסופק כיצד עליו לפסוק, ולא את הדיין הסבור שהדין ידוע וברור לו.

במסכת בבא בתרא מוצאים אנו הדרכה נוספת -

ת"ר: אין למדין הלכה לא מפי למוד ולא מפי מעשה, עד שיאמרו לו הלכה למעשה. שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה, ובלבד שלא ידמה.<sup>5</sup>

ההדרכה העקרונית, העולה ממקורות אלו היא, שאין לדיין למהר בהוראתו, עליו לעיין היטב לפני שהוא פוסק, ולדאוג לכך שכל צדדי הדין יהיו ברורים לו לחלוטין.

3. אבות ד, ז.

4. סנהדרין ז, ב.

5. בבא בתרא קל, ב.

וכן, שאין לו לדמות עניין לעניין. על רקע זה יש להבין את דברי רבי יצחק בעניין חובת ההתייעצות לפני מתן פסק דין -

דאמר רבי יצחק: מאי דכתיב "רע ירוע כי ערב זר" (משלי יא, טו)? רעה אחר רעה תבא למקבלי גרים ולערבי שלציון ולתוקע עצמו לדבר הלכה.

... ואיבעית אימא, תוקע עצמו לדבר הלכה, בדיינא דאתי דינא לקמיה וגמר הלכה ומדמי מילתא למילתא ואית ליה רבה ולא אזיל משאיל, דאמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן, לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירוכותיו וגיהנום פתוחה לו מתחתיו.<sup>6</sup>

כלומר, על הדיין מוטלת החובה לברר את ההלכה בדרך הטובה ביותר, באמצעות התייעצות עם חכם. מי שלא עושה כן, נחשב ל"תוקע עצמו לדבר הלכה".

נראה שהמושג "תוקע עצמו לדבר הלכה" מבטא את כניסת הדיין לנושא הלכתי בכוח ובמהירות (=בתקיעה), ללא ההכנה והמתנות הראויים.<sup>7</sup>

נראה שבדברי רבי יונתן הובאו כנימוק לחובת ההתייעצות. על הדיין להתייעץ, משום גודל האחריות המוטלת עליו, שהיא בבחינת חרב המונחת בין ירוכותיו וגיהנום הפתוחה מתחתיו.

החידוש העיקרי שבדברי רבי יצחק הוא, שיש בהם הטלת חובה מעשית על הדיין, להתייעץ לפני שפוסק את דינו.

מובן שהטלת חובה זו מצמצמת ביותר את עצמאותו של הדיין, יש בה כדי לגרום לעיכוב הפסיקה. מילוי החובה מקשה מאוד על הדיין בפרט, ועל מערכת בתי הדין בכלל. על כן, חשוב לברר את גדריה של חובה זו ואת סייגיה.

6. **יבמות קט, ב.**

7. **הערת עורך:** המושג "תוקע עצמו לדבר הלכה", שאוב ככל הנראה מן הסיפא של הפסוק במשלי: "ושונא תִּקְעִים בוטח". משמעותו הפשוטה של הפסוק היא, שמי שנעשה ערב עבור נכר ("כי ערב זר") יאבד כספו לבסוף ("רע ירוע"), ורק מי ששונא תוקעים, היינו, ששונא את הערבות הנעשית על ידי תקיעת כף, בוטח. ראה: **אבן עזרא, מצודת דוד, מצודת ציון ודעת מקרא** למשלי, שם. אפשר שניתן לקשור בין הפשט לדרש, על פי באורו של הגר"א למשלי, שם. הגר"א מסביר שהמלמד תורה לאחרים הוא בבחינת "ערב", משום שאם ינהג התלמיד על פי הוראתו המוטעית, הוא יתן את הדין על כך. אולם הדיין, שאינו רק מורה הלכה, אלא גם כופה על הצדדים לקיים את דבריו, הוא בבחינת "ערב קבלן", שבכל אופן יגבו ממנו את החוב, אם טעה. לפי **ביאור הגר"א** (משלי, שם), "שונא תוקעים" הוא למעשה, מי ששונא לשמש כדיין. לאור זאת, ניתן לפרש שמשמעות הדרשה היא, שמכלל ההמלצה להיות "שונא תוקעים", לחשוש מן הדין ומתוצאותיו, כפי שמובא בהמשך הסוגיה, בשם רבי יונתן. משום כך, ראוי לדיין שיתיעץ עם חכמים ממנו, לפני שיפסוק את הדין. אמנם, לפי הסבר זה, לא מדובר כאן ב"לטותא דרבנן" (ראה להלן, ליד הציון להערה 14), אלא בעצה טובה.

רבים הסבירו את ההלכה בעניין חובת ההתייעצות, על רקע חובת הדין להיות מתון בדין<sup>8</sup>. בדבריהם, הסבירו שהנמנע מלהתייעץ הוא מהרשעים שגס ליבם בהוראה ונקרא רשע, שוטה וגס רוח. "רשע", משום שגורם לעיוות הדין. "שוטה", משום שאינו יודע את הדין בבירור. "גס רוח", משום שמעשיו מעידים על היותו גאווה, החושב שאין הוא צריך להתייעץ<sup>9</sup>, כי לעולם לא יטעה.

יש לציין כי בגמרא ביבמות אין כל קישור לדין של הגס ליבו בהוראה וכו', חיבור זה נעשה על ידי הרמב"ם הטור והשו"ע, דבר המראה מצד עצמו על הקשר שיש לפי דעתם בין חובת ההתייעצות לחובת המתנות בדין.

יש לעיין, האם חובת ההתייעצות אינה חובה הלכתית, אלא הדרכה כללית, כדוגמת ההדרכות לדיין, להיות מתון בדין, המובאות במסכת אבות?

ואולי, הצורך להתייעץ נובע מן החובה להימנע מפסיקת דין שאינו ברור, שהוזכרה במסכת סנהדרין? אם כך נסביר, תצומצם החובה להתייעץ, ותחול רק על דיין המסופק כיצד עליו לפסוק את הדין.

ייתכן שחובת ההתייעצות נובעת מן האיסור לפסוק הלכה במקום רבו, אם כן החובה להתייעץ תהיה רק עם רבו של הפוסק.

כמו כן, אפשר גם שחובת ההתייעצות באה להציב סייגים לפסיקה על פי דימוי מילתא למילתא. להלן ניווכח שבדברי הפוסקים ישנן גישות שונות בדבר.

לדעתנו, על אף הקרבה הרעיונית שבין המקורות דלעיל לחובת ההתייעצות שחידש רבי יצחק, אין לשייך את חובת ההתייעצות לאף אחד ממקורות אלו באופן בלעדי, ולכן, אין גם ללמוד את גדריה וסייגיה של חובת ההתייעצות ממקורות אלו. נבקש להוכיח שחובת ההתייעצות בנויה על גביהם ומוסיפה עליהם נדבך נוסף. אחר שנעשה זאת, נעמוד על ההשלכות ההלכתיות הנובעות ממסקנה זו.

משום מה, חובת ההתייעצות לא זכתה לדיונים נרחבים, בדברי פוסקים ראשונים ומאוחרים. אף על פי כן, מתוך דברי הראשונים וספרות השו"ת, ניסינו לדלות משנה סדורה בעניין זה.

שאלות רבות מעוררת חובת הדיין או הפוסק להתייעץ. על מי מוטלת חובת ההתייעצות? מהו היקף החובה? האם היא קיימת דווקא בפסיקה בדיני ממונות או

8. ראה: רי"ף, סנהדרין, ב ע"א (בדפי הרי"ף); רא"ש, סנהדרין, פרק ראשון, סימן ט; רמב"ם, סנהדרין כ, הלכה ח, בה הוא מביא את ההלכה בעניין חובת ההתייעצות, כהמשך להלכה ז, העוסקת בחובת הדיין להיות מתון בדינו ולומר דבר ברור, ראה להלן, לפני הציין להערה 50, והשווה גם ללשון הטור והשולחן ערוך חו"מ, י.

9. ע"פ ב"ח חו"מ, י, ב; פרישה שם, ב.

גם בפסיקה בענייני איסור והיתר? האם החובה קיימת רק כאשר הדיין מסופק בדין, או אף כאשר הדין ברור לו כשמש? האם עיקר החובה דווקא בפסיקה שיש בה משום חידוש, או שיסודה בדימוי דין לדין, או שהחובה קיימת גם לגבי פסיקה בהלכות פשוטות, שמופיעות כבר בספרים? וכן, האם החובה קיימת גם אחר שהדיין כבר התייעץ בעבר על אותו דין, או על דין הדומה לו?

לבסוף, יהא עלינו לדון בשאלה, מי הוא החכם שיש להתייעץ עמו? האם חייב הדיין להתייעץ דווקא עם רבו? או שמא הוא חייב להתייעץ אף עם חכמים אחרים? ואם כך הדבר, האם חייב הדיין להתייעץ דווקא עם חכם הגדול ממנו או שהוא חייב להתייעץ אף עם מי ששווה לו בחכמה? האם חייב הדיין להתייעץ אף עם חכם המצוי במקום מרוחק, או שמא חובתו להתייעץ רק עם חכם המצוי במקומו? ולבסוף, האם יכול הדיין לצאת ידי חובת ההתייעצות באמצעות העיון בספרים?

על שאלות חשובות ונכבדות אלו נבקש להשיב בעזרת ה', בגוף המאמר.

### ג. טעמה של חובת ההתייעצות - שיטות הראשונים

כדי להבין את מקור הדין ואת השיטות השונות להסבירו, נשוב ונעיין בסוגיית התוקע עצמו לדבר הלכה -

אמר רבי יצחק: מאי דכתיב 'רע ירוע כי ערב זר'? רעה אחר רעה תבא למקבלי גרים ולערכי שלציון ולתוקע עצמו לדבר הלכה".

בהמשך, מבקשת הסוגיא לברר את פירושו של הביטוי "תוקע עצמו לדבר הלכה" -

תוקע עצמו לדבר הלכה, דתניא רבי יוסי אומר: כל האומר אין לו תורה אין לו תורה. ואיבעית אימא, תוקע עצמו לדבר הלכה, בדיינא דאתי דינא לקמיה וגמר הלכה ומדמי מילתא למילתא ואית ליה רבה ולא אזיל משאיל דאמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן לעולם יראה דיין עצמו כאילו חרב מונחת לו בין יריכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו שנאמר הנה מטתו שלשלמה ששים גבורים סביב לה מגבורי ישראל וגו' מפחד בלילות מפחד של גיהנם שדומה ללילה.

כאמור, חובת ההתייעצות נתחדשה בסוגיא זו, ואין זכר לה במקורות אחרים. אמנם, כפי שהוזכר בהקדמה, קיימים דינים אחרים, שתכליתם דומה. בשל כך, נחלקו המפרשים והפוסקים בהבנת הסוגיא. יש מהם שביקשו לראות את חובת ההתייעצות כחלק מדינים או הדרכות שהוזכרו בהקדמה. אחרים סברו, שאין לשייך את חובת ההתייעצות לדינים אחרים, אף שתכליתם דומה. למחלוקת אלו יש השלכה רבה גם

על קביעת גדריה של חובת ההתייעצות. יתכן גם שתפיסות יסוד שונות בדבר מהותה של מלאכת הפסיקה ומידת עצמאותו של הדיין עומדות ברקע הדיון.

#### (א) ההתייעצות – הדרכה שאינה מחייבת לדיין

בהקדמה ובמבוא, הבאנו הדרכות אחדות ממסכת אבות, שנועדו להביא לכך שהדיין יהיה מתון בדין. לכאורה, הדרכות אלו נאמרו כהמלצה או עצה טובה, שנועדה למנוע עיוות של הדין.<sup>10</sup> יש שראו אף בחובת ההתייעצות הנזכרת בסוגיית יבמות, הדרכה כללית לדיינים, שאין בה חובה גמורה. הסבר זה מתאים גם לשאר הדינים המובאים בסוגיית יבמות כ'ערבי של ציון' ו'מקבלי גרים', שלא נפסקו להלכה כאיסור מחייב, אלא נתפסו כהדרכה טובה.

ה'מאירי' מפרש את סוגיית יבמות בדרך זו -

כל שיש אצלו רב או חכם שהוא יכול לברר עמו ספיקותיו והוא נשען בבינתו ומדמי מילתא למילתא ומורה מתוך סברותיו, הרי זה בקללת חכמים וראוי לגעור בו הרבה כמי שאין אימת הוראה עליו ולעולם צריך שיהא החכם ירא בהוראה. דרך הערה אמרו: לעולם יראה דיין עצמו כאלו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנום פתוחה מתחתיו, ר"ל, שיתירא מעונש בעולם הזה ובעולם הבא, שנאמר "הנה מטתו שלשלמה ששים גבורים סביב לה כלם אחוזי חרב מלומדי מלחמה מפחד בלילות" מפחדה של גיהנם שדומה ללילה רומז שהיה מדרשו מזויין בתלמידי חכמים גדולים כדי שלא יכשלו בהוראה.<sup>11</sup>

מדבריו משמע שלדעתו, אין בסוגיית יבמות דין מחייב, אלא הדרכה לדיין, כיצד ראוי שינהג בעת יושבו בדין. אמנם, זו הדרכה שיש לגעור ואולי אף לקלל את מי שאינו נוהג לפיה, אך בכל אופן, אין היא נחשבת כהלכה מחייבת.

כך ניתן להסיק גם מפירושו של המאירי למסכת ברכות, שם כתב -

תלמיד אף על פי שהגיע להוראה במקום רבו מיהא לא יורה אלא ברשות רבו כמו שיתבאר בסנהדרין ואם הדברים ברורים לו ראוי לו שאחר שגלה דעתו ימלך ברבו כך דנתי כך זכיתי וכך חייבתי וכיוצא בזה.<sup>12</sup>

10. אמנם, יש פוסקים שהעירו לגבי חובת המתנות, שזו חובה גמורה, שמשמעותה היא, שחייב הדיין לעיין בכל דין מחדש לפני הפסיקה גם אם פסק דין זה בעבר. ראה: ברטנורא אבות, שם; אורח משפט דיינים, כה, ד"ה בסימן י; בית מושב, סימן י (ר' אפרים נבון, נכד ר' אפרים נבון בעל ה"מחנה אפרים", י"ל מחדש בקובץ "מנחילי משפט")

11. בית הבחירה יבמות, שם.

12. בית הבחירה ברכות ד, א. ראוי לעמוד על הבדל קל שיש בין דבריו של המאירי ביבמות, לדבריו בברכות: ביבמות, מגדיר המאירי את מי שאינו מתייעץ כמי שנאמרה כלפיו קללת חכמים. אבל



גם בדברי אחרונים, ניתן למצוא ראיות לכך שהיו שראו בהדרכה שבסוגיית יבמות, מעין עצה טובה, אך לא הדרכה מחייבת.

בחידושי אגדות למהרש"א,<sup>13</sup> נכתב שהדיין צריך להתייעץ בטרם יפסוק את הדין, לפני שבעל הדין שפסק נגדו יעשה כן, דבר שעשוי לגרום לו אי נעימות, ופעמים שאף ביטול פסק דינו. מהסבר זה ניתן ללמוד שההדרכה אינה בגדר חובה גמורה, אלא זו עצה טובה בלבד.

בהתייחסו לאנשים שפסקו הלכה מבלי להתייעץ, כותב רבי יעקב עמדין -

ותלמידים שלא שמשו כל צרכן ילמדו לקח, ולזדהרו **מלטותא** דתוקע עצמו לדבר הלכה דמוקמינן ל' בדינא כו'.<sup>14</sup>

משמע שקללה מוטלת על התוקע עצמו לדבר הלכה, אך הוא לא עבר על הלכה מחייבת.<sup>15</sup>

ה'טור'<sup>16</sup> קובע שדיין ש"פוסק הדין קודם שיחקרנו היטב בינו לבין עצמו עד שיהא ברור לו כשמש הרי זה **שוטה רשע וגס רוח**". לעומת זאת, דיין ש"יש עמו חכם בעיר שיכול להימלך בו ואינו נמלך בו הרי זה **שוטה וגס רוח**". מכאן למד הב"ח,<sup>17</sup> שלדעת הטור, דיין שנמנע מלהתייעץ, נחשב אמנם "שוטה וגס רוח", אך אין להגדירו כ"רשע". לפי זה, ייתכן שלדעת הטור, ההתייעצות אינה בגדר חובה גמורה, ומשום כך, אין לכנות את הדיין שנמנע מלהתייעץ, "רשע". (אמנם, עיין לקמן,

בברכות הוא כותב, שראוי להתייעץ. משמע, שהמתייעץ נוהג בדרך ראויה וטובה, אך אין לקלל את הנמנע מלהתייעץ. ייתכן להסביר את ההבדל, באמצעות ההבחנה בין התייעצות על דין פשוט, להתייעצות על דין מסופק הנובע מדימוי מילתא למילתא והוראה מתוך סברות, ולא מתוך הלכה פסוקה. בדין מן הסוג האחרון, ההתייעצות הכרחית, כי הטעות בו מצויה. על כן, יש לקלל את מי שנמנע מלהתייעץ. בדין מסוג זה עסקה סוגיית יבמות. במסכת ברכות, דן המאירי בהתייעצות על דין הנלמד מהלכה פסוקה, שבו, בדרך כלל אין הטעות מצוייה, ואעפ"כ, ראוי לתלמיד להימלך ברבו.

13. מהרש"א חידושי אגדות, יבמות, שם.

14. שו"ת שאלת יעב"ץ ב, קנג.

15. וראה להלן בהערה 49, שם יבואר שיתכן שהשאלת יעב"ץ הביין כך אף מדברי רמב"ם ושולחן ערוך, אולם הסבר זה בדברי הרמב"ם והשולחן ערוך לא התקבל על ידי רוב האחרונים. אמנם, יתכן לדחות את ההסבר המוצע לדברי השאלת יעב"ץ, ולטעון שלדעתו, חובת האיסור היא חובה גמורה, אלא שכינה חובה זו כ"לטותא דרבנן", כהסבר לדברי הגמרא, שקבעה שרעה אחר רעה תבוא על התוקע עצמו לדבר הלכה. אולם מדבריו נראה יותר שהתכוון לקללה כביטוי למורת רוח, ולא לחובה גמורה, שכן, אילו הייתה כוונתו לאיסור גמור, היה עליו לכתוב שהפוסקים ללא התייעצות עברו על האיסור לפסוק ללא התייעצות.

16. טור חו"מ, שם.

17. ב"ח שם, ס"ק ב.

שנראה לנו, שהטור סובר כשיטת הרמב"ם והשו"ע שנביא להלן כשיטה שנפסקה להלכה, וכן נראה שהבינו רוב האחרונים מדבריו).

### (ב) חובת התייעצות כחלק מן האיסור להורות במקום רבו

ידועה ההלכה שאסור לתלמיד להורות הלכה במקום רבו.<sup>18</sup> ייתכן לראות בהתייעצות אמצעי המתיר להורות במקום רבו. תלמיד שמורה הלכה במקום רבו אחר שהתייעץ עמו, אינו עובר על איסור זה.

להלן, נמצא שמדברי חלק מן הראשונים ניתן אמנם ללמוד שהם סברו שחובת ההתייעצות נובעת מן האיסור להורות הלכה במקום רבו.

#### 1. ראב"ן

על התוקע עצמו לדבר הלכה כתב הראב"ן -

תוקע עצמו לדבר הלכה אי נמי, תלמיד שיושב בדין וסמך על לימודו ומדמה דבר לדבר ואינו שואל את רבו שבעיר.<sup>19</sup>

מדברים אלו למד ה'ברכי יוסף'<sup>20</sup> שלדעת הראב"ן, חובת הדיין להתייעץ דווקא עם רבו, ואף זאת, רק כאשר רבו מצוי בעירו. במילים אחרות, ראב"ן משייך את חובת ההתייעצות לאיסור להורות הלכה במקום רבו.

שיטה זו קשה, משום שאין היא מסבירה, מדוע ההתייעצות מתירה לתלמיד את האיסור להורות הלכה במקום רבו. הרי כאשר הרב נמצא בעיר, אין התלמיד רשאי להורות כלל, ומדוע יפתח בדיון, ולא יפנה את המתדיינים לרבו? ה'כסף משנה'<sup>21</sup> כתב שבשל הקושיה היאך התלמיד דן במקום רבו, הכריע הרמב"ם שהדיין חייב להתייעץ אף עם חכם שאינו רבו.<sup>22</sup>

ה'ברכי יוסף'<sup>23</sup> תירץ קושי זה, בהסבירו שהראב"ן עסק בהתייעצות עם חכם שאינו

18. שולחן ערוך יו"ד, רמב, ד.

19. ראב"ן יבמות, עמ' קכג.

20. ברכי יוסף חו"מ, י, ג.

21. כסף משנה סנהדרין כ, ח.

22. היה אולי מקום ליישב, שדעת התלמיד להתייעץ בהמשך, מתירה לו לדון ואחרי הייעוץ יחשב הדבר כפסק של רבו. אך לא נראה כן, כיון שנוכיח לקמן, שההתייעצות אינה על פסק ההלכה אלא על הדימוי בלבד, ולכן, יתכן שאינה מתייחסת כלל לפסק ההלכה הסופי. כמו-כן, ההתייעצות אינה מחייבת את המתיעץ לפסוק עפ"י העצה שקיבל. נוסף לכך, כאשר התלמיד יושב לדון או עונה לשואליו, הוא נראה כעובר איסור, כיון שהשואלים אינם יודעים שהוא עתיד להתייעץ.

23. ברכי יוסף שם.

רבו המובהק של הפוסק. לגבי חכם כזה, נפסק שרשאי להורות אף במקום רבו לאחר שקיבל ממנו רשות, ובלבד שיתיעץ עימו תחילה.

בדרך דומה, ניתן גם לתרץ, שהראב"ן עוסק אף בהתייעצות עם רבו המובהק של הפוסק, אלא שלדעתו, רשאי התלמיד להורות הלכה במקומו של רבו המובהק, אחר שנטל ממנו רשות לעשות כן,<sup>24</sup> ובלבד שיתיעץ עמו לפני שיפסוק את הדין.

למעשה, נטה ה'ברכי יוסף' להסביר שהראב"ן לא התכוון לקבוע שחובת הדיין להתייעץ רק עם רבו, והסביר שאף לדעת הראב"ן, חובת ההתייעצות מחייבת כלפי כל חכם, אף שאינו רבו של המתייעץ. אולם, מלשון ראב"ן נראה שהוא אמנם סבר שחובת ההתייעצות נכללת במסגרת האיסור להורות במקום רבו, וכך, צמצם במידה ניכרת את מידת החידוש שבדין.<sup>25</sup>

## 2. הרשב"א

גם מדברי הרשב"א בתשובה, ניתן להבין שהוא מסכים לראב"ן בכל הנוגע לשיוכה של הלכת התקוע עצמו לדבר הלכה, לאיסור להורות הלכה במקום רבו. בתשובתו, עוסק הוא בדברי התוספתא, בה מובאים דבריו של איסי הבבלי, שאסר את הרכיבה על פרדה. על כך שאלו אותו חכמים -

הרי הוא אומר: 'והרכבתם את שלמה בני על הפרדה אשר לי והורדתם אותו אל גיחון?'<sup>26</sup>

משמע, שדוד המלך לא סבר שיש איסור לרכב על פרדה, שכן אילו היה סבור כך, לא היה מצווה את עבדיו להרכיב את בנו על גבי פרדה.

על כך השיב איסי הבבלי: "אין משיבין מתקוע".

מדוע כינה איסי הבבלי את דוד המלך "תקוע"? הרשב"א, הסביר -

דוד שלא כרצון חכמים עבד, שלא היה עושה מעשיו על פי חכמים שתוקע עצמו בדבר הלכה היה ודן לעצמו.<sup>27</sup> וכמו שעשה מעשה לעצמו ולא שאל על

24. כך סובר גם הרשב"א, עיין באנציקלופדיה תלמודית, ח, 'הוראה', עמ' תקא, ובמקורות המצוינים שם בהערה 228.

25. עיין לקמן בשיטת רש"י, שם הבאנו ביאור נוסף בדברי הראב"ן.

26. רתוספתא כלאיים ה, ד.

27. הערת עורך: על הסבר זה יש לתמוה, שכן מקובל שדוד המלך נוהג היה להתייעץ בכל דבר הלכה עם מפיבושת רבו (ראה: ברכות ד,א). האם רק משום "מעידה" אחת, בחטא בת שבע, נכון יהיה לכנותו כ"תקוע"? ייתכן להסביר שהמבחן האמיתי, אם אמנם דוד הוא "תקוע" או לא, יתקיים דווקא בשעה שמאוד לא נוח לדוד להתייעץ. העובדה שלרוב נהג דוד להתייעץ, אינה מוכיחה שהתייעץ תמיד. לכן, כיון שכאשר לא היה נוח לדוד להתייעץ, הוא נמנע מכך, אפשר שאף בנושא הרכיבה על הפרדה הוא נמנע מלהתייעץ, משום שלא היה נח לו להתייעץ

פי חכמים בדבר בת שבע, כך תקע עצמו בדבר הלכה כאן, ודן לעצמו שלא כרצון חכמים אע"פ שהיה לו רב בעירו. וזהו נקרא תקוע. כדאמרינן ביבמות פרק בית שמאי (דף ק"ט ב') ולתוקע עצמו בדבר הלכה. ופי' מאי תוקע? דיינא דאתי דינא לקמיה וגמר הלכתא ומדמה מלתא למלתא ואית ליה רבה במתא ולא אזיל לשילי מיניה.<sup>28</sup>

ייתכן ללמוד מדבריו שכראב"ן, אף הוא סבר שחובת ההתייעצות קיימת רק כלפי רבו המצוי בעירו. דבר זה מתאים לשיטת הרשב"א, שיותר לתלמיד להורות במקום רבו כאשר נוטל רשות. לאור זאת, ברור שיכול הרשב"א לפרש שהסוגיא עוסקת בהתייעצות עם רבו המובהק של המתייעץ.<sup>29</sup>

אמנם ניתן לדחות ולומר שבמילה "רב" אין כוונת הרשב"א לרבו של הדיין, אלא למי שחכם ממנו.

### 3. רש"י

זכור, הוסבר שהתוקע עצמו לדבר הלכה הוא "דיינא דאתי דינא לקמיה וגמר הלכה ומדמי מילתא למילתא ואית ליה רבה ולא אזיל משאיל". רש"י, פירש זאת כך -

יודע הלכה, אלא שאין דומה לדין הבא לפניו כל כך, ומדמי מלתא למלתא, ולא משאיל לרביה.<sup>30</sup>

מלשון זו הסיק ה'פנים במשפט',<sup>31</sup> שאף לדעת רש"י חובת ההתייעצות היא חובה המוטלת על תלמיד להתייעץ עם רבו, ויסודה בהלכות הנוגעות לאיסור להורות הלכה במקום רבו, ולא לחובת המתינות בדין.

לדבריו, אין להקשות, כיצד ייתכן שיוורה התלמיד הלכה במקום רבו, משום שכבר הסביר המהרי"ק,<sup>32</sup> שלדעת רש"י, אין המורה הלכה במקום רבו חייב מיתה, אלא אם זו הוראה בדיני איסור והיתר, כפי שעשו נדב ואביהוא. אבל בממון, כיון שניתן

על כך.

28. שו"ת הרשב"א א, תצא. יתכן שניתן ללמוד מכאן גם, שהאיסור לפסוק בלא התייעצות נאמר לא רק לדיין אלא גם בכל פוסק באיסור והיתר. על כך ראה בהרחבה, להלן פרק ה, סעיף (ג).

29. לעיל, הערה 24.

30. רש"י יבמות, שם, ד"ה וגמר הלכה.

31. פנים במשפט, חו"מ י, ו, ז.

32. שו"ת מהרי"ק קע. ע"ש שמסביר על פי זה את הגמרא בסנהדרין כג, א, שהיה בית דין של רב חסדא ורב הונא באותו מקום. רש"י מסביר, שמדובר באותו מקום ממש, ולא קשה לו מהגמרא בעירובין שרב חסדא לא היה מורה אפילו ביעתא בכותחא בימי רב הונא, מכיון שבעירובין מדובר באיסורין, ובסנהדרין מדובר בממונות. לעומתו, תוס' בסנהדרין (שם, ד"ה כגון), חולק, וסובר שדיני ממונות חמורים יותר ולכן מבאר שהיו רחוקים ג' מילין זה מזה.

להחזיר את הדין, וגם בית הדין רשאי להפקיר ממון שלא כדין, מכוח הפקר בית דין, מועילה נטילת רשות מהרב, כדי שיוכל התלמיד להורות הלכה, אפילו בפני רבו.<sup>33</sup>

לאור זאת, מסביר ה'פנים במשפט', שרש"י פירש שהסוגיא במסכת יבמות עוסקת בתלמיד שדן בדיני ממונות, לאחר שקיבל מרבו רשות לעשות כן. ואולם, אף שמותר לו להורות הלכה, מוטל עליו להתייעץ תחילה עם רבו. בדרך זו הוא מפרש גם את דברי הראב"ן, אך הוא מוסיף, שרוב הראשונים לא קיבלו את שיטת רש"י בענין החילוק בין ממון לאיסור והיתר.

### (ג) חובת ההתייעצות – כדי שלא לפסוק דין שאינו ברור

במסכת סנהדרין, נאמר שאסור לדיין לפסוק דין, כל עוד אין הדין ברור לו כבוקר. חובת ההתייעצות נאמרה כלפי דיין ש"מדמי מלתא למלתא", היינו, שמשווה בין דין הבא לפניו, לדין אחר, הדומה לו. כלומר, כאשר הדין עצמו, ללא הדימוי אינו ברור לדיין, או כאשר אף הדימוי עצמו אינו ברור לו, מוטל עליו להתייעץ. יש שרצו להסיק מכך, שחובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק האם אמנם פסיקתו נכונה. הבנה כזו, מצמצמת ביותר את החידוש שיש בחובת ההתייעצות, ומשייכת אותה להלכה הקובעת שאסור לדיין לפסוק מתוך קלות ראש, ללא בירור מעמיק ויסודי של הדין.<sup>34</sup> נעייך בדברי ראשונים, שמדבריהם ניתן ללמוד שכך הבינו את חובת ההתייעצות.

#### 1. רש"י

ייתכן שהשאלה, האם חובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק כיצד עליו לפסוק, או שמא חובה זו קיימת, אף שהדיין אינו מסופק, תלויה בשתי הגירסאות בפירושו של רש"י<sup>35</sup> לסוגית יבמות -

**גירסת מהרש"ל:**<sup>36</sup> "יודע הלכה שאין דומה לדין הבא לפניו כל כך, ומדמי מילתא למילתא".

**גירסת הב"ח:**<sup>37</sup> "יודע הלכה אלא דומה לדין הבא לפניו כל כך, ומדמי מילתא למילתא".

לפי גירסת מהרש"ל, נראה שרש"י סבר שחובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדין אשר ממנו מבקש הדיין ללמוד כיצד לפסוק, אינו דומה כל כך לדין שבא לפניו,

33. על הבחנה זו, בין דיני ממונות לדיני איסור והיתר, ראה גם להלן, ליד ציון הערה 144.

34. דוגמאות, ראה: **אנציקלופדיה תלמודית שם, עמ' תצ-תצא, ובסנהדרין ז, ב.**

35. רש"י שם.

36. **חכמת שלמה חו"מ שם, ד"ה וגמר הלכה שם.**

37. **הגהות הב"ח יבמות שם, אות ג.**

וקיים ספק, האם אמנם נכון ללמוד ממנו. משמע, שחובת ההתייעצות נועדה להכריע את הספקות שבלב הדיין כבואו לפסוק את הדין.<sup>38</sup>

## 2. רבנו ירוחם

לגבי חובת ההתייעצות, כתב רבנו ירוחם -

דיין אינו רשאי לדון **דבר מסופק**, אם יש תלמיד חכם בעיר, קודם שישאלנו, כדי שלא לדמות דבר לדבר אלא אם כן ברור לו כבוקר.<sup>39</sup>

גם מדבריו משמע שההתייעצות נועדה לפתור ספקות, כדי להביא לכך שלא יפסוק הדיין, אלא אחר שביירר את הדין היטב. במילים אחרות, רבינו ירוחם חיבר את סוגיית יבמות לסוגיית סנהדרין, וקבע שחובת ההתייעצות נובעת מהספק הקיים אצל הדיין, ולא מעצם הדימוי. לפי הסבר זה, דיין שאינו מסופק בדין ובדימוי אינו חייב להתייעץ, אף שפסקתו מבוססת על דימוי מלתא למלתא.<sup>40</sup>

## 3. חוקות הדיינים

בעל 'חוקות הדיינים'<sup>41</sup> מביא שני פירושים לחובת ההתייעצות -

צריך הדיינים שלא יפסקו הדין **עד שיהא ברור להם**, שנאמר "בית דוד כה אמר ה', דינו לבוקר משפט", ואקשינן בגמ', וכי בבוקר הם דנים, והלא כל היום הם דנים, אלא לומר לך, אם ברור לך הדבר כבוקר, אמרהו, ואם לאו אל תאמרהו, כן הוא במסכת עבודה זרה, **ואם אינו ברור לו**, שילך לפני חכם לשאול היאך הוא, ואם אינו עושה כן, עליו הכתוב אומר "רע ירוע כי ערב זר

38. יש להעיר, שלפי גירסא זו ברש"י אנו עוסקים בספק אם הדימוי נכון ולא בהכרח במקרה בו הדין כשלעצמו מסופק לדיין (שאו יתכן ואסור לו לפסוק על פי דין הגמרא במסכת סנהדרין).

אם נפרש כך, הרי ששיטת רש"י אינה שייכת לנידון.

39. **רבנו ירוחם** מישרים, נתיב א, חלק ב, (ח, ב).

40. כך נראה שהבינו מדברי רבינו ירוחם: **אורח משפט** (להלן, הערה 58); **הלכה פסוקה** חו"מ י, הערה 32; **ברכי יוסף** (לעיל, הערה 20), שהבין כך את אחת השיטות בספר **חוקות הדיינים** (לקמן), וכך הבנו גם אנו. אולם, העירני ידידי העורך, שניתן ללמוד מדברי **רבינו ירוחם**, באופן דומה לדרך שבה הצענו להבין את דברי רש"י (לעיל, הערה 38), שכוונתו היא, שהדיין חייב להתייעץ כאשר הוא מסופק האם דימויו נכון, אך לגבי עצם הדין, ברור לו שהצדק עמו. אך אם עצם הדין אינו ברור לו, אין הוא רשאי לפסוק, משום דין הגמרא במסכת סנהדרין, וממילא, לא תועיל התייעצות. לפי הסבר זה, יש לשים את הדגש בדברי רבינו ירוחם על המילים "לדמות דבר לדבר". אם אמנם זהו ההסבר הנכון בדברי רבנו ירוחם, הרי שגם הוא פסק כרמב"ם וכשולחן ערוך לקמן, ושיטתו אינה שייכת לנידון. לפי"ז, המקור היחיד לשיטה שחובת ההתייעצות הוא רק במקרה של ספק בדין, היא השיטה הראשונה המוזכרת בספר חוקות הדיינים, שיטה שככל הנראה לא התקבלה להלכה, היות ואף פוסק לא התייחס אליה.

41. רבינו אברהם בר שלמה טאזארטי, תלמיד הרשב"א.

ושונא תוקעים בוטח", ודרשו חז"ל רעה אחר רעה תבוא למקבלי גרים והתוקע עצמו בדבר הלכה<sup>42</sup>

**ויש מפרשים**, כגון דיין שבא דין לפניו והוא מדמה דבר לדבר, ויש שם ת"ח ואינו רוצה לילך לו לשאול, וע"ז נא' "רעה אחר רעה תבוא לו", כן הוא במסכת יבמות.

החיד"א<sup>43</sup> ביקש להסביר את ההבדל שבין שני הפירושים. לדבריו, לפי הפירוש הראשון, חובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק בדין. לפי הפירוש השני, חובה זו קיימת, אף כאשר אין הדיין מסופק כיצד עליו לפסוק. כן פירש את דבריו הרב עוזיאל.<sup>44</sup> לדבריהם, הפירוש השני בספר חוקות הדיינים, זהה לפסק ההלכה בשו"ע, וכפי שנראה להלן.

אמנם, הרב אברהם אשכנזי הסביר,<sup>45</sup> שגם לפי הפירוש הראשון שבדברי חוקות הדיינים, חובת ההתייעצות קיימת גם כאשר אין הדיין מסופק, אך בתחילת הדיון היה הדיין מסופק בו. ההבדל בין הפירושים השונים לדבריו נוגע בשאלה, האם חובת ההתייעצות קיימת בכל פסיקה או שמא היא קיימת רק בפסיקה שיסודה בדימוי מלתא למלתא. בעניין זה נרחיב להלן.<sup>46</sup>

#### (ד) חובת ההתייעצות – דין מחודש

בניגוד לכל הנאמר בשלושת הפרקים האחרונים, נראה שמדברי פוסקים רבים יש להסיק שאין לשייך את חובת ההתייעצות המובאת בסוגיית יבמות, לאף אחד מן המקורות האחרים שהוזכרו לעיל, על אף הקרבה הרעיונית ביניהם. חובת ההתייעצות אינה קשורה לאיסור לפסוק בפני רבו, לא להדרכה הכללית להיות מתון בדין, ולא לאיסור לפסוק דין שאינו ברור. לפי שיטתם חובת ההתייעצות היא המשך ליסוד של מתינות הדין, אך יש בה "קומה נוספת" על גבי חובת המתינות. חובה זו קשורה לאיסור לפסוק דין על פי דימוי מלתא למלתא, אך יש בה חידוש, בהיותה מחייבת את הדיין להתייעץ, אף כאשר מותר לו לפסוק על פי דימוי.<sup>47</sup> לפי הסבר זה, יש להסביר את לשון הגמרא במסכת יבמות כפשוטה, "מדמה מילתא למילתא" אינו כינוי למצב של ספק, אלא הגדרה למצב שמחייב התייעצות.

42. חוקות הדיינים (מכון הרי פישל, ירושלים תש"ל), סימן ג סעיף ג (עמ' יז-יט)

43. ברכי יוסף, לעיל, הערה 20.

44. הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל, הראשון לציון, בספרו "משפטי עוזיאל", חו"מ סימן א, סעיף ג.

45. בפירושו, **שמרו משפט**, על 'חוקות הדיינים', שם.

46. בפרק ה.

47. על המקרים בהם מותר לפסוק על פי דימוי, ראה להלן, ליד ציון הערה 82.

אמנם, גם לפי שיטה זו, ישנם סייגים רבים, עליהם נעמוד להלן, בכל הנוגע לתחומי הפסיקה המחייבים התייעצות, החכמים שעמם יש להתייעץ, ועוד. סייגים אלה מקלים על הדיין את ההתמודדות עם הקשיים הכרוכים במילויה של חובת ההתייעצות, קשיים שעמדנו עליהם בהרחבה, בהקדמה.

הראשונים הפוסקים כך, לדעתנו, הם: הרמב"ם, הטור, השו"ע, ובעל 'חוקות הדיינים',<sup>48</sup> וכן, לדעתנו, נפסקה ההלכה. כפי שיבואר להלן.

בפרק כ מהלכות דיינים עוסק הרמב"ם בהדרכות כלליות לדיינים בעניין מתן פסק הדין. נעייין בהלכות אחדות מפרק זה -

#### הלכה ו

לא תעשו עול במשפט זה המעוות את הדין ומזכה את החייב ומחייב את הזכאי, וכן המענה את הדין ומאריך בדברים ברורים כדי לצער אחד מבעלי דינים הרי זה בכלל עול

#### הלכה ז

הגס לבו בהוראה וקופץ וחותר את הדין קודם שיחקרהו בינו לבין עצמו עד שיהא לו ברור כשמש הרי זה שוטה רשע וגס רוח, כך צוו חכמים הוו מתונין בדין, וכן איוב הוא אומר וריב לא ידעתי אחקרהו

#### הלכה ח

כל דיין שבא לפניו דין והתחיל לדמותו בדין פסוק שכבר ידע אמתו [י"ג: אותן] ויש במדינה גדול ממנו בחכמה ואינו הולך ונמלך בו הרי זה בכלל הרשעים שלבם גס בהוראה, ואמרו חכמים רעה על רעה תבא לו שכל הדברים וכיוצא בהן מגסות הרוח הן המביאות לידי עוות הדין

מהקשר הכללי שבמסגרתו מופיעה ההלכה בעניין חובת ההתייעצות, ניתן ללמוד שהרמב"ם סבר שחובה זו קשורה לחובה להיות מתון בדין כדי שלא יעשה הדיין עוול במשפט, ולא יעוות את הדין. היות והמעוות את הדין עובר על איסור, כמבואר בהלכה ו, הרי שההתייעצות, שנועדה למנוע עיוות דין היא בגדר חובה גמורה.<sup>49</sup> כך הבין גם המהרש"ל מדברי הרמב"ם, שכתב -

48. בשיטה השנייה שהובאה לעיל, אחר הציון להערה 42. וכך ניתן ללמוד אף מדברי רש"י ורבינו ירוחם, כמבואר לעיל, הערות 38, 40.

49. מן הסגנון השלילי של דברי הרמב"ם, הכותב שמי שאינו מתייעץ נקרא רשע, ואינו מדגיש שישנה חובה להתייעץ, ניתן היה להסיק, שההתייעצות אינה בגדר חובה גמורה, אלא עצה טובה ותו לא. יתכן שכך הבין מדברי הרמב"ם בעל השאלת יעב"ץ (לעיל, ליד הערה 14), שכתב שזו קללת חכמים וכמבואר לעיל (שם). אך אעפ"כ נראה, שהעובדה שהרמב"ם הביא דין



**אסור** לכל מורה להורות ולדמות מילתא למילתא אם יש גדול במדינה ... וכאשר פירשתי סוגיית התלמוד **כן מוכן מדעת הרמב"ם** להדיא.<sup>50</sup>

הרי שההתייעצות אינה רק ראויה, אלא היא בגדר חובה גמורה. כך משמע גם מדברי רבים אחרים,<sup>51</sup> שסברו שההתייעצות היא בגדר חובה גמורה, וקבעו **שאסור** לדיין לפסוק דין ללא התייעצות.<sup>52</sup>

הרמב"ם כתב גם, שחייב הדיין להתייעץ עם כל מי "שגדול ממנו בחכמה". משמע, אף שאינו רבו. כך מסיק גם ה'כסף משנה', שמסביר -

וסובר רבינו דהאי רבה [= שבלשון סוגיית התלמוד], אין פירושו רבו ממש, דאם כן היאך הוא דן במקום רבו?<sup>53</sup>

הסבר זה מתאים לשיטת הרמב"ם, שפסק שאסור לדיין להורות במקום רבו, אף אם קיבל ממנו רשות לעשות כן.<sup>54</sup> היות והרמב"ם סבר שלא ייתכן שתלמיד יורה הלכה במקום רבו, בשום אופן, לא ייתכן לפרש שחובת ההתייעצות מוטלת על תלמיד המורה הלכה במקום רבו. לפיכך, היה הרמב"ם חייב להסביר שחובת ההתייעצות מוטלת על כל חכם, ולא על תלמיד כלפי רבו. כך כתב גם המהרש"ל,<sup>55</sup> ופוסקים נוספים.<sup>56</sup>

היו גם שדייקו זאת מלשון הסוגיא: "ואית ליה רבה", כלומר יש לו גדול. אילו הכוונה הייתה דווקא לרבו, היה צריך להיכתב "רביה" או "רב".<sup>57</sup>

זה בהלכותיו, כינה את מי שאינו מקיימו כ"רשע", וטען שמעוות את הדין, מלמדת שלדעתו ההתייעצות היא בגדר חובה גמורה.

50. **שו"ת מהרש"ל** לה.

51. ראה להלן הערה 66.

52. בדבריהם נדון בפרקים הבאים.

53. **כסף משנה** לעיל, הערה 21.

54. **רמב"ם** תלמוד תורה ה, ב, ג, (ע"פ **כסף משנה** שם).

55. לעיל הערה 50.

56. ראה למשל: **ברכי יוסף** לעיל, הערה 20; **ערוך השולחן** חו"מ, י.

57. מאידך, ניתן לעמוד גם על הלשון "אית ליה". אם מדובר בחכם שאינו רבו של המתייעץ, מדוע נכתב בגמ' "אית ליה"? אמנם **בשו"ת בית מרדכי**, עט, רצה לומר שגם שיטת הרמב"ם מבוססת על האיסור להורות הלכה במקום רבו, אלא שלדעתו, כל חכם הגדול מן המתייעץ נחשב כרבו (ויש בכך מעין הרחבה לשיטת בעלי התוספות, ברכות לא, ב, ד"ה מורה הלכה, שחידשו שגדול הדור נקרא רבו של כל אדם מישראל). אולם, קשה לקבל את דבריו, בעיקר משום החידוש הגדול שבהם, חידוש אשר לא מצאנו זכר לו בדברי אף אחד מן הפוסקים. אמנם, מצאנו שלדעת חלק מן הפוסקים, ספריהם של פוסקים גדולים נחשבים כרבותינו, ועל כך ראה להלן, ליד ציון הערה 183, אך לא מצאנו פוסק שיטען שכל חכם הגדול מחברו, ייחשב כרבו.

לפי הרמב"ם, חובת ההתייעצות מוטלת על הדיין, אף בבואו לפסוק "בדין פסוק שכבר ידע אמתו". משמע, אף כאשר אין הדיין מסופק, מוטלת עליו החובה להתייעץ עם חכם גדול ממנו.

לסיכום, מלשונו של הרמב"ם למדים אנו על שלושה מאפיינים עיקריים לחובת ההתייעצות:

- א. ההתייעצות היא בגר חובה גמורה, לא עצה טובה בלבד.
  - ב. החובה חלה על כל דיין, ולא דווקא על תלמיד כלפי רבו.
  - ג. החובה חלה אף על דיין שאינו מסופק כיצד עליו לפסוק.
- לשלושה מאפיינים אלו, הסכימו גם הטור וה'שולחן ערוך', כפי שעולה מלשונום, שהועתקה ברובה מלשונו של הרמב"ם. לאור זאת, ברור שלדעת פוסקים אלו, ההתייעצות אינה בגדר עצה שאינה מחייבת, כעין ההדרכות המצויות במסכת אבות. חובת ההתייעצות אינה קשורה גם לסוגייה האוסרת על תלמיד להורות הלכה במקום רבו, שכן היא חלה על כל חכם שיש בעירו חכם הגדול ממנו בחכמה, אף שאינו רבו. ולבסוף, ברור שהחובה אינה קשורה לאיסור לפסוק דין שאינו ברור, שכן חובת ההתייעצות קיימת אף כשולחן הדיין ברור. נמצאנו למדים שחובת ההתייעצות שנתחדשה בסוגיית יבמות, אינה קשורה לסוגיות אחרות, שבהן יש הדרכות דומות, ומשום כך, אין ללמוד את גדריה על פי אותן סוגיות.
- אמנם, היו שסברו שהרמב"ם וה'שולחן ערוך' מסכימים לדעתו של רבנו ירוחם, הסבור שחובת ההתייעצות קיימת, רק כאשר הדיין מסופק, כיצד עליו להכריע את הדין.<sup>58</sup> אולם, נראה שהסבר זה אינו נכון, מן הטעמים דלהלן:
- א. בספר חוקות הדיינים מובאות שתי שיטות. הראשונה מתאימה לדברי רבינו ירוחם, והשנייה אומרת שחייבים להתייעץ בכל דימוי. אם אמנם נסביר שהרמב"ם וה'שולחן ערוך' סברו שחובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק, הרי שאין פוסק שסבור שהחובה קיימת גם כשאין הדיין מסופק. אולם מדברי השיטה השנייה שבספר חוקות הדיינים הוכחנו, שחובת ההתייעצות קיימת אף כשאין הדיין מסופק. הרי ששיטה כזו קיימת בדברי הפוסקים, ומלשון רמב"ם וה'שולחן ערוך' נראה שהם הסכימו עמה.<sup>59</sup>
  - ב. בניגוד לרבינו ירוחם, שחיבר את האיסור לפסוק דין שאינו ברור עם חובת ההתייעצות, הרמב"ם הטור והשו"ע הביאו את שתי ההלכות בנפרד, וקבעו לכל אחת מהן גדרים שונים. הרמב"ם מכנה בהלכה זו את הפוסק דין שאינו ברור, "רשע". אם אמנם גם הפוסק מבלי להתייעץ, פוסק למעשה בדין שאינו ברור לו,

58. ראה: אורח משפט דיינים, כה, ד"ה בסימן י; הלכה פסוקה י, הערה 32.

59. וכפי שהסבירו ופסקו הברכי יוסף והמשפטי עוזיאל.

מדוע יש צורך לשוב ולכנותו בכינוי זה, בהלכה ח? ועוד, הרי בנוגע להתייעצות, פטר הרמב"ם את מי שאין חכם גדול ממנו בעירו מן החובה להתייעץ. פטור דומה לא ניתן למי שפוסק בדין שאינו ברור לו! אמנם, ייתכן לטעון שההתייעצות, לדעת הרמב"ם, היא הפתרון הראוי למצב של ספק, אך אם כך הדבר, היה לו לרמב"ם להביא את שני הנושאים בהלכה אחת, שבראשיתה האיסור לפסוק דין ללא התייעצות, ובסופה יציג הרמב"ם את הפיתרון הראוי לספק, ההתייעצות.

ג. כדי ליישב את לשון הרמב"ם, ממנה עולה שחובת ההתייעצות קיימת אף כאשר אין הדיין מסופק, הסבירו בספר הלכה פסוקה<sup>60</sup>, שחובת ההתייעצות קיימת כאשר בתחילת הדיון היה הדיין מסופק, אך בסופו לא. מניין המקור לחדש זאת? הרי לכאורה באופן זה גם רבינו ירוחם לא יחייב את הדיין להתייעץ. נמצא שלפי הסבר זה, אין לשיטת הרמב"ם וה'שולחן ערוך' כל אחיזה בדברי הראשונים! אין צורך להסביר את הדוחק שבכך, ובייחוד, כאשר אין בלשונו של הרמב"ם או של ה'שולחן ערוך' כל ראייה או רמז לכך שמדובר במצב של ספק.<sup>61</sup>

על כן, נראה שרבינו ירוחם, סבור כשיטה הראשונה שהביא בעל 'חוקות הדיינים', לפיה, חובת ההתייעצות קיימת אך ורק בספקות. לעומתו, ה'שולחן ערוך', הרמב"ם וה'טור' סבורים שחובת ההתייעצות קיימת אף כשאין הדיין מסופק כיצד עליו להכריע את הדין. כך הבינו החיד"א,<sup>62</sup> המהרש"ל,<sup>63</sup> הרב אברהם אשכנזי,<sup>64</sup> והרב עוזיאל.<sup>65</sup> מדבריהם, וככל הנראה, הכרעה זו מקובלת על רוב האחרונים.<sup>66</sup>

לא נותר לנו בשלב זה, אלא להבהיר את טעמה של חובת ההתייעצות לפי שיטת הרמב"ם, בהתאם לדרך שבה הבנו את שיטתו.

נראה שחובת ההתייעצות קשורה בצורך להיות מתון בדין, כדי למנוע עיוות של הדין, וזאת, דווקא כאשר הפוסק משתמש בדימוי לשם הכרעת הדין, משום שהדימוי

60. ראה לעיל.

61. על טעמים אלו יש להוסיף, שכל הפוסקים שדנו בחובת ההתייעצות, וקבעו שהיא קיימת גם בפסיקה בענייני איסור והיתר (ראה להלן, פרק ה, סעיף ג), לא העירו כלל שמדובר בספק. אף מדברי הפוסקים שדנו בשאלה, האם חובת ההתייעצות קיימת אף כאשר הדימוי זהה לחלוטין לדימוי אחר שעשה הדיין בעבר (ראה להלן, שם, סעיף א), תת סעיף 2), יש ללמוד שחובת ההתייעצות קיימת אף כאשר אין הדיין מסופק.

62. לעיל, הערה 20.

63. לעיל, הערה 50.

64. לעיל, הערה 45.

65. עיין בנספחים, ד.

66. כמבואר לעיל, בהערה 61, וכך משמע גם מדברי **ערוך השולחן**, לעיל הערה 56, והפנים **במשפט**, לעיל הערה 31, וראה בהרחבה שו"ת **יביע אומר**, ט (או"ח), סימן א' סעיף י.

הוא מסובך, דורש שיקול דעת מרובה וניתן לטעות בו בנקל היות וגם שינוי קל בין פרטי מקרים שונים יכול להיות סיבה להבדל בדין. יתירה מכך, עצם העובדה שהפוסק נדרש לדימוי, מגלה שהדין אינו פשוט. לכן, במקרה זה, הטילו חכמים על הדיין חובה להתייעץ על הדימוי בטרם יפסוק את הדין.

אולם, יש להדגיש שכיון שהקושי בפסק הדין נובע מן הדימוי, נדרש הדיין להתייעץ רק על הדימוי, ולא על עצם הפסק או על היסודות ההלכתיים העומדים בבסיסו של הפסק. לכן, ייתכן שהחכם המייעץ יסכים לדימוי אך לא יסכים לפסק ההלכה שהסיק הדיין ממנו, וכן ייתכן, שלא יסכים לדימוי אך יסכים לפסק ההלכה מטעמים אחרים.

ההתייעצות אינה משחררת את הדיין מן האחריות על פסק הדין. אחריות זו נותרת בידי של הדיין, וכאשר הוא אמנם ראוי לדון חזקה עליו שפסק כראוי. אולם, על מנת שלא יפסוק במהירות ובייחוד לא כאשר הפסק מבוסס על דימוי, נדרש הדיין להתייעץ כדי שיבחון את הדברים שוב בצורה יסודית. הייעוץ יאפשר לדיין לבחון שוב אם הדימוי נכון. הוא ישמע דעה נוספת, וכך יוכל ללבן שוב את הנושא, עם חכם גדול ממנו. היה והסכים החכם לדימוי, קיבל חיזוק לסברתו. חלק עליו, יבחן הדיין את הנושא שוב, ועתה, כאשר יש בידו זווית ראייה נוספת. אך בכל אופן, אין עצת החכם הגדול ממנו מחייבת אותו. אם יחליט הדיין, לאחר עיון נוסף להישאר בדעתו למרות שהמייעץ חלק עליו, הוא רשאי לעשות כן, וחזקה עליו שעשה כך מתוך שיקול דעת ומתיינות, בהיותו תלמיד חכם הראוי להוראה, בעל מידות טובות, שאין לחשוש בו שישנה את האמת בגלל שיקולי כבוד, גאווה וכדומה. יתירה מכך, היות והייעוץ אינו מחייב, רשאי הדיין, אחר שהתייעץ, לשוב ולהתייעץ עם חכם אחר.<sup>67</sup>

אמנם, בהקשר זה חשוב להדגיש שלמרות החירות שיש לדיין, לחלוק על המייעץ, הוא בכל זאת כפוף לכללי הפסיקה, המגבילים את סמכותו לחלוק על הלכות שהתקבלו במשנה, בתלמוד, בדברי הגאונים, ואולי אף ב'שולחן ערוך'.<sup>68</sup> אולם, על הכל מוסכם שחכם רשאי לחלוק על חכם בן דורו, אף שהוא גדול ממנו בחכמה.<sup>69</sup> כמו כן, אין הדיין רשאי לפסוק בניגוד לפסיקה המקובלת בנושא שבו הוא דן.<sup>70</sup> ראוי גם להוסיף, שלדעת חלק מן הפוסקים, כאשר מצוי בעירו של הפוסק חכם גדול

67. דין זה פשוט, כיון שמותר לחכם לחלוק על חכם אחר, אפילו הקודם לו, בראיות או בסברא, עיין לדוגמא בפסקי הרא"ש, סנהדרין, פרק ד, סימן ו.

68. ראה לדוגמא בנתיבות המשפט, סימן כה, חידושים, ס"ק כ

69. ראינו לעיל בדברי הרב קוק בקונטרס 'ריהטא דחקלאי' שאמר שאינו חייב לעיין בספרי אחרונים שלא ישנה את דעתו מפני דעתם גם אם יחלקו עליו, מכאן ברור שיש מקרים שיכול לחלוק על אחרונים שקדמו לו. ועיין בקובץ הפוסקים בסימן י, שהביא כמה כללים בעניין זה.

70. עיין לעיל הערה 68.

ממנו, הוא רשאי לבטל את פסק דינו.<sup>71</sup> אולם, היות והמתייעץ אינו חייב להתייעץ על פסק הדין, אלא על הדימוי, אין סיבה שיגיע למצב שהמתייעץ ביטל את פסק דינו.

כללו של דבר: משמעותה של ההתייעצות אינה שהדיין המייעץ פוסק הלכה עבור הדיין המתייעץ, אלא הוא דן עמו, האם הדימוי שעשה נכון.<sup>72</sup>

בעל ה"פנים במשפט"<sup>73</sup> מעלה אפשרות נוספת להבין את טעמה של חובת ההתייעצות. לדבריו, ייתכן שיסודה של חובת ההתייעצות בצורך לכבד את החכם שעמו מתייעצים. אולם, הוא דוחה אפשרות זו משום שאם כך היה, הייתה מחילת החכם על כבודו פוטרת את הדיין מחובת ההתייעצות, אך בתלמוד או בדברי הפוסקים אין אנו מוצאים שמחילת חכם פוטרת את הדיין מחובת ההתייעצות. אולם, ייתכן שהצורך לכבד את החכם שעמו מתייעצים יכול להוות טעם נוסף להתייעצות, אך לא טעם יחיד, וודאי שלא טעם עיקרי. להבנה כזו, עשויות להיות השלכות שונות, כגון:

דיין שיש בעירו חכם, ובכל זאת, הוא בחר להתייעץ עם חכם שגר בעיר אחרת, שחכמתו שווה לזו של החכם שבעירו, או שהוא פחות חכם ממנו. האם יהיה הדיין חייב לשוב ולהתייעץ עם החכם שבעירו? אם ההתייעצות נועדה גם כדי לחלוק כבוד לחכם שבעירו, ייתכן שאמנם נחייבו לשוב ולהתייעץ עם החכם שבעירו. אולם, אם יסוד החובה הוא, להביא לכך שפסיקתו תהיה נכונה בלבד, ברור שגם כאשר התייעץ עם חכם גדול שאינו מחכמי עירו, יצא ידי חובתו.

מה הדין כאשר יש בעיר חכמים רבים, שחכמתם רבה משל הדיין הפוסק? האם הוא יהיה חייב להתייעץ דווקא עם הגדול שבהם? לכאורה, אם חובת ההתייעצות נועדה כדי לברר את הדין היטב ולבחון את הדברים מזווית נוספת, ייצא הדיין ידי חובתו, אם יתייעץ עם חכם גדול ממנו, אף שאינו גדול החכמים שבעיר. אולם, אם ההתייעצות נועדה לחלוק כבוד לחכם הגדול, אפשר שיהיה הדיין חייב להתייעץ דווקא עם גדול החכמים שבעיר.<sup>74</sup>

## ד. החייבים בהתייעצות

סוגיית יבמות לא הגבילה את חובת ההתייעצות לדיינים מסויימים.<sup>75</sup> אף על פי כן,

71. ש"ך, בסיכומו לסימן כה.

72. השלכות הנובעות מכך, ראה להלן, פרק ו, סעיף ג.

73. חו"מ י, ג.

74. יודגש שלא מצאנו בדברי הפוסקים דיון במקרים אלו, ומשום כך, אין בדברינו מסקנה ברורה להלכה.

75. לעיל, הערה 2, כתבנו שככלל, מובן שחובת ההתייעצות אינה מופנה כלפי מי שאינו ראוי כלל

בדברי הפוסקים מוצאים אנו דיונים בשאלות כגון: האם החובה מוטלת אף על דיין שמונה לתפקידו על ידי בני מקומו או שמא דיין כזה נהנה מאמון בלתי מוגבל, ומשום כך, יש לפטור אותו מההתייעצות? ואם כן, האם גם רב מקומי, "מרא דאתרא" חייב להתייעץ עם חכמי עירו? ולבסוף, האם החובה מוטלת רק על דיין יחיד, או אף על בית דין של שלושה דינים?

### (ב) בית דין או דיין ממונה

האם לעובדה שהדיין הפוסק בדין מונה לתפקידו על ידי בני מקומו יש משמעות לגבי חובת ההתייעצות? ואם לאו, האם לעובדה שבדין ישבו שלושה דינים, כבית דין, יש משמעות לגבי חובה זו?<sup>76</sup>

על הפוסק מבלי להתייעץ, כתב מהרש"ל -

ואם כן, לפי זה, אסור לכל מורה להורות ולדמות מילתא למילתא אם יש גדול במדינה... ואפילו קבלו עליהם שני הצדדים, מכל מקום היה לו למנוע מלהורות, ופשיטא שכהאי גונא נקרא שוטה רשע וגס רוח מאחר שקפץ בהוראה.<sup>77</sup>

מדבריו למדנו שחובת ההתייעצות קיימת גם כלפי דיין שקיבלו אותו הצדדים עליהם. המהרש"ל לא מתייחס אמנם לדיין ממונה, אך ניתן לומר שיתרוננו של דיין ממונה על דיין שאינו ממונה הוא, שאנשי עירו של הדיין הממונה קיבלוהו עליהם. לפי זה, נוכל להסיק שכשם שחובת ההתייעצות חלה אף על דיין שקבלו אותו הצדדים עליהם, כך היא חלה אף על דיין ממונה.

לדון. אולם, בשו"ת בית מרדכי, עט, כתב שחובת ההתייעצות מוטלת רק על דיין שלא הגיע להוראה, היינו, שאינו מוסמך לפסוק, משום שעדיין לא למד די כדי שיהיה ראוי להורות הלכה. לגבי אדם כזה, קיים איסור לדמות מילתא למילתא, כדי לפסוק דין. משום כך, עליו להתייעץ עם חכם שהגיע להוראה, לפני שיפסוק דין על פי דימוי מלתא למלתא. לפי זה, חכם שהגיע להוראה רשאי לפסוק דין מבלי להתייעץ כלל. אולם, זו דעה יחידאית. שאר הפוסקים לא הבחינו בין דיין שהגיע להוראה לדיין שלא הגיע להוראה לעניין חובת ההתייעצות, ולכן, נראה שלדעתם, החובה מוטלת על כל דיין, אף על גדולי החכמים שהגיעו להוראה.  
76. לכאורה, חובת ההתייעצות אינה נוגעת לדיונים שנערכו בסנהדרין, שכן הסנהדרין הקטנה מורכבת מעשרים ושלושה דינים, שנחשבים לחכמים הגדולים ביותר במקום, וממילא, אין להם עם מי להתייעץ. אמנם, ייתכן שיהיה בעיר דיין שפסול לדון בדין מסוים, כגון זקן או סומא, אך הוא חכם מחברי הסנהדרין. במקרה זה עשויה להתעורר השאלה, האם על חברי הסנהדרין להתייעץ עמו? כיון שההתייעצות אינה פסיקה, ואין המתיעץ חייב לקבל את עמדת המייעץ (ראה לעיל, ליד הציון להערה 67), יש מקום לומר שהעובדה שהחכם המייעץ פסול לדון, אינה פוסלת אותו בהכרח גם מלשמש כמייעץ.  
77. שו"ת מהרש"ל לה.

המבי"ט, דן בדבר במפורש, וקובע -

ואפילו יש בית דין מומחה קבוע בעירו, ואפילו שנתמנה, אם בא לפניו דין שצריך לדמותו צריך לימלך עם מי שגדל ממנו בחכמה וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל פרק עשרים.<sup>78</sup>

מדברי המבי"ט נוכל ללמוד שגם דיין יחיד שמונה על ידי הציבור יהיה חייב להתייעץ, שהרי מן הסתם, מעמדו אינו עולה על מעמדו של "בית דין מומחה קבוע בעירו".

### (ג) מרא דאתרא – רב מקומי

האם גם הרב המקומי, "מרא דאתרא", חייב להתייעץ עם חכמים הגדולים ממנו, או אף השוים לו בחכמה, המצויים בעירו?

מחד, ניתן לומר, ש"מרא דאתרא" אינו עדיף מבית דין קבוע, שגם הוא קיבל סמכות מאת הציבור, לדון. אבל מאידך, ייתכן שסמכותו של "מרא דאתרא" רחבה מסמכות בית הדין. "מרא דאתרא" התקבל על ידי כל בני העיר כפוסק יחיד, שאין רשות לחכם מחכמי העיר לפסוק במקומו, אלא אם קיבל רשות לעשות כן.

לפי זה, ייתכן שעצם מינויו של רב כ"מרא דאתרא" מגדירו כחכם הגדול שבעיר, אף אם אליבא דאמת, יש בעיר חכמים ממנו.<sup>79</sup> אם כך נאמר, ממילא נהיה חייבים לקבוע ש"מרא דאתרא" אינו חייב להתייעץ, שכן, בפועל, אין בעיר חכם הגדול ממנו בחכמה, או השווה לו בחכמה.

החיד"א<sup>80</sup> סבר שעל הדיין להתייעץ לא רק עם חכם גדול ממנו, אלא גם עם חכם השווה לו בחכמה.<sup>81</sup> בהקשר זה הוא חידש, שחובה זו מוטלת גם על "מרא דאתרא".

78. **שו"ת מבי"ט** א, רפ. יש להעיר שכל הפוסקים שעסקו בדין זה, לא הביאו כלל את דברי המבי"ט. דבריו לא הובאו גם בספרים שמטרתם ללקט את דברי כל הפוסקים, כ'הלכה פסוקה', ותודה לא-ל, השאירו לנו מקום להתגדר בו. יש אף שטעו, וציינו בהקשר זה לדברי הברכי יוסף (להלן, הערה 160), ולמדו מדבריו שבית דין אינו חייב להתייעץ עם דיינים חכמים מאלו שישבו בדין. אולם, המעיין בדבריו ייווכח ש'ברכי יוסף' עסק בהתייעצות הדיין עם חכם השווה לו בחכמה. בהקשר זה, קבע 'ברכי יוסף' (שם) שבית דין אינם חייבים להתייעץ עם דיינים השוים להם בחכמה. מכאן אין להוכיח בשום אופן, שבית הדיו פטורים גם מן ההתייעצות עם חכמים גדולים מאלו שישבו בהרכב בית הדין.

79. **הערת עורך**: סברא זו נאמרה כבר על ידי רבי אליהו מזרחי, מגדולי הפוסקים בטורקיה במאה הט"ז, שבהתייחסו למעמדו של רב מקומי כתב: "מכיוון שהוא ממונה עליהם הוה ליה כבית דין הגדול בירושלים, שכל החכמים היו בטלים לגביו" (שו"ת הרא"ם נז).

80. **ברכי יוסף** שם.

81. הרחבה בעניין זה, להלן, פרק ו, סעיף (א).

מכאן יש ללמוד בקל וחומר, ש"מרא דאתרא" חייב להתייעץ עם חכם גדול ממנו הדר בעירו.

## ה. היקף החובה

### (א) כללי

לפי המבואר בסוגיית יבמות, ההתייעצות נדרשת כאשר מבקש הדיין לפסוק על פי דימוי מילתא למילתא. בהקשר זה חשוב להדגיש, שעצם השימוש בדימוי כדרך לפסיקת הלכה אינו פשוט, כמבואר במסכת בבא בתרא -

ת"ר: אין למדין הלכה לא מפי למוד ולא מפי מעשה, עד שיאמרו לו הלכה למעשה. שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה, ובלבד שלא ידמה. מאי ובלבד שלא ידמה? והא כל התורה כולה דמויי מדמינן לה! אמר רב אשי, הכי קאמר: ובלבד שלא ידמה בטריפות, דתניא: אין אומרים בטריפות זו דומה לזו, שהרי חותכה מכאן ומתה, חותכה מכאן וחיתה.<sup>82</sup>

משמע, שהפסיקה על פי דימוי היא דרך מקובלת וראויה לפסיקת הלכה, בכל דיני התורה, חוץ מדיני טריפות. אמנם, רבים העירו על כך מדברי התלמוד במסכת גיטין, גמ' שם תמהו חכמים: "וכי מפני שאנו מדמין נעשה מעשה?".<sup>83</sup> משמע, שהפסיקה על פי דימוי היא בעייתית, ולא רק בדיני טריפות. לכן הכריעו, שרק חכם גדול ובעל הוראה רשאי ללמוד ממקורות הפסיקה ולהכריע דין על פי דימוי מילתא למילתא.<sup>84</sup>

ראוי לעיין ביחס סוגיא זו לסוגיתנו. נראה שסוגיתנו מהוה נדבך נוסף, על גבי ההיתר לפסוק על פי דימוי, לחכם גדול, בכך שהיא מוסיפה, שאף החכם הגדול נדרש להתייעץ על הדימוי עם חכם גדול ממנו, בטרם יבוא לפסוק הלכה.

אמנם, אם הסבר זה נכון, תמוה, מדוע לא הוזכרה חובת ההתייעצות בהמשכה של סוגיית בבא בתרא, שהתירה את הפסיקה על פי דימוי?

82. בבא בתרא קל, ב.

83. גיטין יט, א; לז, א.

84. ראה: יד רמ"ה בבא בתרא, שם; מאירי בבא בתרא, שם. בנוגע לשאלה, מי הוא החכם שראוי לפסוק על פי דימוי, ניתן לומר באופן כללי, שכמובן, עליו להיות חכם שראוי להורות. כיון שפסיקה על פי דימוי קשה מפסיקה רגילה, מובן, שעל החכם הפוסק על פי דימוי להיות חכם גדול. ההגדרה המדויקת בעניין זה אינה פשוטה. יש שכתבו שבדיני ממונות, די לחכם בקבלת רשות מרבו על מנת שיוכל לפסוק על פי דימוי. יש שכתבו שכאשר יושבים שלושה בדין, הם רשאים לדון, ואולי אף לדמות מילתא למילתא, אף שלא הגיעו להוראה. אך רוב הפוסקים לא הבחינו בין המקרים, וקבעו ככלל, שעל הפוסק המבקש להכריע דין על פי דימוי להיות חכם שראוי להוראה. דיון בנושאים אלו, ראה בזכרון משה (חיד"א), י.



בעל 'אורח משפט'<sup>85</sup> הסביר שסוגיית בבא בתרא, עוסקת בפוסק שאין גדול ממנו בעירו. על פוסק זה לא מוטלת חובת ההתייעצות, ולכן, לא הזכירה הסוגיא את החובה. ככל הנראה, כך הבינו רוב המפרשים, שהרי אם לא כן, קיימת לכאורה סתירה בין הסוגיות, משום שאחת מהסוגיות מחייבת התייעצות בפסיקה על פי דימוי, והאחרת אינה מזכירה חובה זו בהקשר זה. היות והמפרשים לא העירו על סתירה זו, יש להניח שיישבו את הסתירה כדרך שמיישבה בעל 'אורח משפט'.<sup>86</sup>

למדנו אם כן, שביסודה, חובת ההתייעצות קיימת כאשר הפסיקה היא על פי דימוי. אולם ראוי לברר, האם רק בפסיקה על פי דימוי נדרש הדיין להתייעץ, או שמא הדיון משמש לחכמים דוגמא לפסיקה שיש בה בעייתיות, שאין היא נקייה מספקות. לפי זה, ייתכן שלעיתים, אף בפסיקה שלא על פי דימוי תהיה קיימת החובה להתייעץ.

אף אם נכריע שההתייעצות נדרשת רק בפסיקה על פי דימוי, עדיין יש לברר איזו פסיקה ראוי לה שתוגדר כפסיקה על פי דימוי, ואיזו פסיקה לא ראוי לה שתוגדר כך? ה"קצוות" של הדימוי ברורים. כך למשל, ברור שהשוואת מקרים תחשב לדימוי. כמו כן, השוואת דינים, מתוך שהם עוסקים בנושאים דומים, אף היא תחשב לדימוי. מאידך, ברור שהכרעת הלכה על פי דעת רוב הפוסקים אינה דימוי. אולם, לא ברור האם פסק דין המבוסס על ראייה שיסודה בדקדוק בלשון התלמוד ומפרשיו ובסברותיהם, ראוי להחשב לדימוי, או לפרשנות רגילה? מסתבר שיהא עלינו לבחון כל מקרה לגופו. היה והראיות מבוססות על השוואת מקרים או דינים שאינם זהים לחלוטין, יהא הדבר בגדר "דימוי". אולם אם הראיות יוכיחו שניתן ללמוד מדברי

85. אורח משפט כה (דף מב, א, ד"ה בסימן י')

86. אמנם בשו"ת בית מרדכי (עט) למד מלשון הרמב"ם חידוש גדול בחובת ההתייעצות, השופך אור גם על ענין זה: הרמב"ם (תלמוד תורה ה, ד) מגדיר כשוטה רשע וגס רוח גם את התלמיד שלא הגיע להוראה ומורה, וגם את המדמה מבלי להתייעץ (סנהדרין כ, ח) מכך לומד ה'בית מרדכי' שיסודה של חובת ההתייעצות הוא באיסור להורות כאשר עדיין לא הגיע להוראה. לפי דבריו, מי שכבר הגיע להוראה, יכול להורות מבלי להתייעץ. כסיוע להבחנתו, הוא מביא מדברי הראשונים על סוגיית בבא בתרא (לעיל, הערה 84), שחכם גדול רשאי לדמות. לפי זה, הסיבה לכך שסוגיית בבא בתרא לא הזכירה את חובת ההתייעצות היא, שהיא עוסקת בחכם שראוי להורות, שכלפיו לא חלה חובת ההתייעצות. יש לציין שהבית מרדכי מדגיש, שעל פי דברי המאירי, שכתב על חכמי דורו שיש להם להיזהר ביותר בדימוי ולא כל אחד ראוי לכך, יש להסיק שכל שכן בדורנו אין ראוי לדמות מילתא למילתא ללא התייעצות. אמנם, כאמור, שיטה זו דחוייה, כמבואר לעיל, הערה 75.

**הערת עורך:** אבל, תכנה דרכים נוספות ליישוב הסתירה לכאורה שבין הסוגיות, שלא כדרכו של 'אורח משפט' או כדרכו של ה'בית מרדכי'. למשל, רבנו ירוחם יוכל לתרץ שההתייעצות נדרשת רק כאשר הדיין מסופק, וסוגיית בבא בתרא עוסקת בדיין שאינו מסופק. אחרים, יוכלו להסביר שההתייעצות נדרשת רק כאשר רבו של הפוסק נמצא עמו בעיר, וסוגיית בבא בתרא עסקה בפוסק שרבו אינו גר בעירו. אמנם, הסברו של 'אורח משפט' הוא היחיד, שתואם את עמדת הרמב"ם, הטור וה'שולחן ערוך', כפי שהוסברה לעיל.

התלמוד ומפרשיו את הדין במקרה הספציפי שדן בו הפוסק, לא תוגדר הפסיקה כפסיקה על פי דימוי.

בהקשר זה ראוי לדון, האם גם השוואה של נתונים עובדתיים ראוי שתוגדר כדימוי? למשל, פוסק המכריע בדיני כתמי נידה, וקובע שמראה מסויים דומה למראה שעליו אמר לו רבו שהוא טהור. האם קביעה זו היא על פי דימוי או שמא נאמר שלאחר שהפוסק יודע את הדין במציאות מסויימת, הקביעה שהמציאות שבאה לפניו היא זהה לאותה מציאות אינה בגדר דימוי? ככלל, נראה שאחר שהדיין יודע את הדין במציאות מסויימת, הקביעה שהמקרה שבא לפניו זהה לאותה מציאות, אינה בגדר דימוי, אך גם בעניין זה, יהיה מקום לדון כל מקרה לגופו.<sup>87</sup>

שאלות נוספות שיהא עלינו לעיין בהן בהקשר זה הן, מהו הדימוי שעליו יש להתייעץ? האם גם כאשר הדימוי הוא פשוט וברור חייב הדיין להתייעץ או שמא רק כאשר הדימוי אינו פשוט מוטלת עליו חובה זו? האם אף כאשר כבר התייעץ הדיין בעבר על דימוי דומה, מוטל עליו להתייעץ שנית?<sup>88</sup> ואם כן, האם כך הדין אף כשהתייעץ בעבר על אותו דימוי ממש?

לבסוף, נבקש לברר האם חובת ההתייעצות קיימת רק לגבי פסיקה בדיני ממונות, שמא אף לגבי פסיקה בדיני איסור והיתר? ואם כן, האם קיימת החובה רק כאשר פוסק לאחרים, או שמא אף כשפוסק לבני ביתו?

### (ב) פסיקה שלא על פי דימוי

הרמב"ם, ה'טור' והשולחן ערוך' דנו בחובת ההתייעצות רק בנוגע לפסיקה על פי דימוי. אולם, אין הכרח לתמוד מכך שהם סוברים שאין צורך להתייעץ בפסיקה שלא על פי דימוי, משום שניתן לומר שהם העדיפו להביא את לשון הסוגיא, שדנה בפסיקה על פי דימוי. בדברי רובם המוחלט של המפרשים, אין עיסוק בהתייעצות על פסיקה שלא על פי דימוי. היחיד שעסק בכך הוא המהרש"ל. את דבריו בעניין זה הוא לומד מלשונו של המהר"ם מרוטנבורג, שקבע -

87. על פי זה נוכל להבין פשט מדוע אין לפסוק ממעשה עד שיאמר לך הלכה למעשה, שכאשר לומדים ממעשה יש צורך לדמות בין המקרים וזאת אין לעשות אם אינו חכם גדול, וגם אז חייב להתייעץ. אך אם יאמר לך הלכה למעשה פירושו שאמר לך החכם את הדין בתור כלל, וכלל הוא ידיעה, ואז אינך פוסק על ידי דימוי אלא על פי ידיעה ברורה ובכך אין בעיה.

88. יש לשים לב שיש הבדל בין השאלה האם יש חובה להתייעץ במקרה בו הפוסק בכלל לא מדמה אלא מכריע הלכה על פי ראייה או סברא או כלל הלכתי, לבין השאלה האם חייבים להתייעץ במקרה בו דימה והתייעץ ועכשיו באה לפניו אותה שאלה ממש ונדרש לאותו דימוי שכבר עשה, שבמקרה זה הדין היסודי עליו נשען הוא דימוי ויתכן שזו סיבה מספקת לחייב התייעצות נוספת.

כל פסק שאדם רואה בפי' בספר מספרי הגאונים יכול להורות בימי רבו ואפי' תלמיד גמור רק שלא יורה דבר מלבו ולא יסמוך על ראיותיו ולא ידמה למלתא למילתא

מלשון זו לומד המהרש"ל הלכות אחדות הנוגעות לחובת ההתייעצות. ובהן - דלאו דווקא מדמה מילתה קאמר תלמודא דאסור בלא שאילת רבו, אלא אפילו הראייה שמדקדק ושקיל וטרי מן התלמוד והגאונים אסור, אי לאו שראה בפירוש בפסקי הגאונים.<sup>89</sup>

עולה מדבריו, שחובת ההתייעצות אינה רק בדימוי מילתא למילתא, אלא בכל פסיקה שאינה פשוטה וצריכה ראיות או הכרעת דין.

אמנם, ניתן לומר שגם המהרש"ל אינו מחייב התייעצות בכל פסיקה, אלא בזו שמבוססת על ראיות שאינן ברורות מדברי התלמוד והגאונים. לפי זה, כאשר הפסיקה היא על פי דעת רוב הפוסקים, נראה שאף המהרש"ל לא יחייב התייעצות.

אף אם נסיק, שהמהרש"ל מחייב להתייעץ לפני מתן כל פסק דין, מכל סוג שהוא, עדיין יש לדון, מה הדין כאשר הדיין כבר התייעץ בעבר, כאשר נדרש לפסוק במקרה זה? במקרה זה, ייתכן שיסכים המהרש"ל, שיש לפטור את הדיין מהתייעצות, משום שלאחר שהתייעץ בעבר, הפך דין זה להיות עבורו כדין המפורש בתלמוד או בספרי הגאונים. ראייה לכך ניתן להביא מגירסתו של המהרש"ל בפירושו של רש"י לסוגיא:<sup>90</sup> "יודע הלכה שאין דומה לדין הבא לפניו כל כך, ומדמי מילתא למילתא". משמע שכאשר המקרה שבא לפניו זהה למקרה אחר שדן עליו בעבר, אין צורך להתייעץ.

יתכן שניתן למצוא התייחסות לנושא ההתייעצות בפסיקה שלא על פי דימוי, בדברים שכתב ה"תומים", כבדרך אגב, כאשר הציג את שיטתו בפסיקת ההלכה.<sup>91</sup> לדבריו, אין הוא נוהג לפסוק הלכה, מבלי לעיין בספרי הפוסקים שקדמו לו, אלא אם הנושא שאליו הוא נדרש הוא פשוט "כביעתא בכותחא".

ניתן להבין מדבריו, שהוא סבור שהעיון בספרים נחשב כהתייעצות,<sup>92</sup> ולדעתו, חובת ההתייעצות קיימת בנוגע לכל פסיקה, בין על פי דימוי ובין שלא על פי דימוי. לפי הסבר זה, ייתכן שלדעתו, אף אם אין כל צד של דימוי בפסיקה, תיירש התייעצות, ואף כאשר התייעץ כבר בעבר על מקרה דומה או אף זהה, יהא עליו לשוב ולהתייעץ,

89. סימן לה.

90. ראה לעיל, ליד ציון הערה 36.

91. אורים ותומים י, אורים, ג.

92. הרחבה בנושא זה, להלן, פרק ו, סעיף (ג).

כל עוד אין הנושא הנדון פשוט כ"ביעתא בכותחא"<sup>93</sup>. הסבר כזה, מציג גישה מחמירה ביותר בנוגע לחובת ההתייעצות, על פיה, כמעט בכל פסיקה, נדרש הדיין להתייעץ עם חכם גדול ממנו.

אולם ייתכן, שלא לכך כיוון רבי יהונתן אייבשיץ. ייתכן שלדעתו, מומלץ ביותר לעיין בספרים לפני מתן פסק הדין, והוא אף ציין שכך הוא עצמו נוהג, אך לא ביקש לקבוע בכך הלכה מחייבת לכל מי שפוסק שלא על פי דימוי.

ייתכן גם, שמטרת העיון בספרים אינה התייעצות, אלא העיון נועד להזכיר לפוסק הלכות ששכח.<sup>94</sup> כך אמנם משמע שהבין החיד"א, המביא את האורים, וכותב עליו -

והחי יתן אל ליבו, שאם הגאון זלה"ה, אשר ידענו נאמנה שהיה לו זכרון גדול מאוד לא היה סומך על זכרונו והיה מעיין בספר... ואנן יתמי דיתמי, אשר באמת חסרון ידיעה ורוב השכחה גוברת וידע איניש בנפשיה, איך לא נבוש ולא נכלם להורות תיכף בלי ראות שום ספר.<sup>95</sup>

לפי הסבר זה, אין להביא כל ראייה מדברי רבי יהונתן אייבשיץ, לעניינו.

יש להעיר, שהרב עוזיאל,<sup>96</sup> לאחר שפסק הלכה שחייבים להתייעץ בכל פסק שיש בו דימוי, מציין, שכן נהגו הלכה למעשה בכל הדורות להתייעץ בגדולים "בכל הלכה משפטית שנתחדשה, או בכל שאלה מסובכת אשר פתרונה דורש התעמקות הסברא והיקש דמיוני, או הכרעה בין סברות החולקים". העולה מדבריו, שייעוץ אינו רק כאשר מדמים מילתא למילתא, אלא בכל הלכה מורכבת או מחודשת. אמנם, ניתן לומר שזהו תיאור המציאות, ושכן ראוי לנהוג, אך אין זו חובה גמורה.<sup>97</sup>

### (ג) פסיקה על פי דימוי

כאמור, עיקרה של חובת ההתייעצות הוא, בפסיקה על פי דימוי. לפיכך, מן הראוי לברר האם כל פסיקה על פי דימוי דורשת התייעצות תחילה, או שמא יש דימויים שאינם דורשים התייעצות.

93. כשאלת ההיתר של אכילת ביצה עם חלב, שהיא שאלה פשוטה, שכל אדם יודע את תשובתה.  
94. כלומר, יש חיוב לעיין בספר, אך אין זה מחובת ההתייעצות, ויתכן אף שהעיון בספר לא פוטר ממנה.

95. יוסף אומץ מז.

96. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ א, ג.

97. וכפי שמשמע מסיכום דבריו "וכן שורת הדין מחייבת, להיות מתון בדין, להימלך בכל מי שגדול, במשא ומתן הלכותי מצד הדמיון". ולא ציין שוב שיש להתייעץ גם בשאלה חדשה והכרעה בסברות החולקים.

1. דימוי פשוט

נעייין תחילה במפרשים שעסקו בשאלה האם גם בדימוי ברור מאוד חייבים להתייעץ וננסה לדייק בדבריהם מה הדין בדימוי זהה לדימוי עליו התייעצו כבר, נעבור אח"כ לאחרונים, שעסקו במפורש בחובת ההתייעצות לגבי דימוי שהדיין התייעץ עליו בעבר.

לעיל,<sup>98</sup> הזכרנו את דברי חוקות הדיינים, שכתב -

צריך הדיינים שלא יפסקו הדין עד שיהא ברור להם... ואם אינו ברור לו, שילך אצל חכם לשאול... **ויש מפרשים** כגון דיין שבא דין לפניו והוא מדמה דבר לדבר ויש שם ת"ח ואינו רוצה לילך לו לשאול

מדברי "יש מפרשים" למד החיד"א, שחובת ההתייעצות קיימת אף בנוגע לדימוי ברור, שהדיין אינו מסופק בו. אולם הרב חיים דוד הלוי<sup>99</sup> דן בדבריו ודייק מהם שכאשר הדימוי פשוט וברור לדיין, אין הוא חייב להתייעץ. כמו כן, לדבריו, אין הדיין חייב להתייעץ על פסק זהה לפסק שכבר התייעץ עליו בעבר.

רבי אברהם אשכנזי הבין מדברי "יש מפרשים", שחובת ההתייעצות קיימת גם כאשר אין הדיין מסופק אם דימה כראוי או לאו, ואף כאשר התייעץ בעבר על פסק הדין במקרה דומה.<sup>100</sup> הסיבה לכך היא, שקיים חשש שאם יהיה הדיין פטור מן ההתייעצות, כאשר הדין ברור, הוא עלול להתרגל לפסוק ללא התייעצות, ולבסוף, יפסוק ללא התייעצות, אף כאשר יהיה חייב להתייעץ. לפי הסבר זה, נראה שאף אם התייעץ בעבר על מקרה זהה לחלוטין לזה שדן בו עתה, יהא עליו לשוב ולהתייעץ, כדי שלא יתרגל לפסוק ללא התייעצות.

הרב עוזיאל<sup>101</sup> פרש, שגם השיטה הראשונה בספר חוקות הדיינים סוברת, שבדימוי שפשוט לגמרי לדיין, אינו חייב להתייעץ.

רבי שלמה יעקב רבינוביץ,<sup>102</sup> שכתב שחובת ההתייעצות קיימת גם כאשר לומד הדיין את הדין על פי דין פשוט וברור שהובא בספרי ההלכה, משום שייתכן שהדין שבו עוסק הדיין, אינו דומה לחלוטין להלכה שממנה מבקש הדיין ללמוד את הדין. דברים דומים כתב גם הרב משה נחמיה כהניו,<sup>103</sup> בנוגע להתייעצות על פסק דין עליו

98. ליד ציון הערה 41.

99. דבר המשפט כ, ח.

100. **שמרו משפט**, שם. יש להעיר שרוצה לפרש כך גם את דברי רבינו ירוחם ובכך מצרף אותו לשיטת הרמב"ם והשולחן ערוך.

101. לעיל, הערה 96.

102. **עין משפט**, י (לעמבערג 1882).

103. **נתיבות שלום**, אורחות משפט, דיינים ד, ו.

התייעץ כבר בעבר. אמנם, גם לפי דבריהם, כאשר קיימת זהות גמורה בין המקרה שדן בו הדיין, למקרה אחר שנפסקה בו ההלכה, אין הדיין חייב להתייעץ, משום שבמקרה זה, לא קיים חשש לטעות.

בספר בית מושב<sup>104</sup> נכתב, שאם ההלכה הברורה אינה דומה לחלוטין לנושא שדן בו הדיין, הוא חייב להתייעץ. אולם, אם הדין שבו הוא עוסק זהה לחלוטין להלכה שמובאת בספרי ההלכה, ומקובלת על הכל, אין הוא חייב להתייעץ. כמו כן, אין הדיין חייב להתייעץ שנית, על אותה הלכה שעליה התייעץ כבר בעבר.<sup>105</sup>

## 2. התייעצות חוזרת

בפרק הקודם, הוזכר כבדרך אגב, שהיו שדנו בשאלה, האם חייב הדיין להתייעץ, כאשר התייעץ בעבר על הדימוי, בשאלה דומה שנדרש לדון בה.

לעיתים, מתבקש הדיין לדון במקרה זהה לחלוטין למקרה שדן בו בעבר. ייתכן ובעת שדן בעבר במקרה הזהה, ביקש לפסוק את הדין על פי דימוי מילתא למילתא, ואף התייעץ עם חכם ודן עמו, האם אמנם דימויו נכון. האם יהיה דיין זה חייב לשוב ולהתייעץ, על הדימוי, כאשר יתבקש לדון במקרה זהה?

בביאור הסוגיא בבבא בתרא<sup>106</sup> העוסקת בדיני דימוי, הסביר ה'נמוקי יוסף'<sup>107</sup> -

אם שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה כל ימיו בענין זה, ואינו צריך לשאול בכל פעם ופעם באותו ענין עצמו,<sup>108</sup> ואפילו בדדמי... לפי שאי אפשר לדינין המאורעין שימצאו בכתב.

נראה מדבריו, שבדימוי זהה לחלוטין, אין צורך להתייעץ לחלוטין, וכשיטת חלק מהאחרונים, שנראה להלן.<sup>109</sup>

104. שם, 10.

105. **הבית מושב** מבסס את דינו על דין קודם שפסק (חו"מ, י, ב, ד"ה "והגס ליבור"), שאם הדיין דן בדין זה בעבר, לא חלה עליו חובת המתנות, ומתוך כך, נובע הפסק שהבאנו בפנים. יש להעיר, שהרע"ב, בפירושו למשנה באבות (א, א), מפרש שהציווי "הווי מתונים בדין", מתייחס גם לדין שדן בעבר: "שלא יאמר הדיין דין זה כבר בא לפני ושנית ושלשתי וימהר לפסקו אלא יהא מתון בדין". לפי"ז, יוצא שהברטנורא אינו מסכים לדינו הבסיסי של ה"בית מושב", ומסתבר שיחלוק גם על מסקנתו, ויחייב להתייעץ גם בדימוי פשוט, ואולי אף בדימוי זהה.

106. **בבא בתרא** קל, ב.

107. **נמוקי יוסף** בבא בתרא נח, ב (דפי הרי"ף).

108. ניתן לדייק מכך, שאין צורך להתייעץ לגבי דינים הכתוב בספרים. על כך בהרחבה, ראה להלן, פרק ו, סעיף (ג).

109. אמנם, נראה שהאחרונים פרשו דבריו באופן אחר כפי שנראה בפרק הבא.

בפרק הקודם, הבאנו את דבריו של רבי אברהם אשכנזי, שחייב את הדיין להתייעץ אף כאשר הדין ברור לו לחלוטין, כדי שלא יתרגל לפסוק ללא התייעצות. לפי דבריו, ייתכן שהדיין יהיה חייב להתייעץ על פסק דין המיוסד על דימוי מילתא למילתא, אף שבעבר כבר התייעץ על דימוי זהה, כדי שלא יתרגל לפסוק ללא התייעצות.

רבים תלו את התשובה לשאלה המוצגת בראש הפרק, בהבנת לשון הטור. וזו לשונו -

צריך הדיין להיות מתון בדין, שלא יפסקנו עד שיחמיצנו וישא ויתן בו ויהיה ברור לו כשמש כי ברוב משא ומתן ירד לעומקו כמו שאמר אסף "כי יתחמץ לבבי וכליותי אשתונן", והגס לבו בהוראה וקופץ ופוסק הדין קודם שיחקרנו היטב בינו לבין עצמו עד שיהא ברור לו כשמש, הרי זה **שוטה רשע וגס רוח**. וכל מי שבא לידו דין ומדמהו לדין **אחר שבא לידו כבר ופסקו** ויש עמו חכם בעיר שיכול להימלך בו ואינו נמלך בו הרי זה **שוטה וגס רוח**<sup>110</sup>.

הפוסקים הציגו דרכים שונות להבין את הביטוי: "אחר שבא לידו ופסקו". לדעת ה'פרישה'<sup>111</sup>, פירוש הביטוי הוא -

אף על פי שנמלך בדין הראשון כראוי (דאם לא כן למאי נפקא מינה קאמר שמדמהו לדין שבא לידו כבר) מכל מקום צריך שימלך בכל פעם שמא טעה בדעתו ואינו דומה לדין הראשון לגמרי.

מדבריו עולה, שחובת ההתייעצות קיימת אף שכבר התייעץ הדיין על אותו דימוי, בדין דומה. אמנם, מנימוקו של ה'פרישה' ניתן ללמוד שלא מדובר על התייעצות על אותו דימוי, עבור דין זהה לחלוטין, משום שבכגון דא, אין מקום לחשש "שמא טעה בדעתו ואינו דומה לדין הראשון לגמרי". על כן נראה, שכוונתו היא שאף בכואו לפסוק דין במקרה דומה מאוד, עליו להתייעץ על דימוי מלתא למלתא, אף שהתייעץ כבר על הדימוי לדין הקודם, הדומה מאוד.

הב"ח<sup>112</sup> הסביר את דברי הטור כך -

דאתא דינא קמיה, הוא הדין הראשון, ונמלך ברבו עליו וגמר הלכתא, ואחר כך בא דין אחר לפניו, ומדמהו לאותו דין וכו' הרי זה שוטה וכו' כי חייב הוא להימלך ברבו בכל דין ודין, ולא כן פירשו שאר המפרשים.

גם לגבי הבנת דבריו, אין תמימות דעים בין הפוסקים. לדעת ה'קצות החושן'<sup>113</sup>,

110. טור שם.

111. פרישה חו"מ י, ג, ד"ה ומה שכתב; סמ"ע, שם, ס"ק ד.

112. ב"ח, שם, ג.

113. סימן י ס"ק א.

כוונתו היא שלדעת הטור, חייב הדיין להתייעץ, אף כאשר מדובר בדימוי זהה עבור מקרה זהה לזה שכבר התייעץ עליו. כך סבור גם רבי אהרן וולקין, בעל 'חושן אהרן'.<sup>114</sup>

ה'חושן אהרן' אף הוסיף, שמאחר שבסופו של דבר, התייעץ כבר הדיין על דין זהה ודימוי זהה, אין לכנותו "רשע", אם לא התייעץ. משום כך, לא כינה הטור את מי שנמנע מלהתייעץ כרשע, בניגוד לרמב"ם ול'שולחן ערוך', שקבעו שדיין שאינו מתייעץ הוא מכלל הרשעים שלבם גס בהוראה.

מדוע אמנם יהיה חייב הדיין להתייעץ על דימוי זהה לדימוי שעשה בעבר וכבר התייעץ עליו? ייתכן שהסיבה לכך היא, כפי שהסביר רבי אברהם אשכנזי,<sup>115</sup> שהכוונה היא, להרגיל את הדיין להתייעץ תמיד, כדי שלא ימנע מלהתייעץ, כאשר אמנם ראוי להתייעץ.

הב"ח סיים דבריו, באומרו ששאר המפרשים לא פירשו את חובת ההתייעצות, כפי שפירשה ה'טור'. לדבריהם, חובת ההתייעצות אינה קיימת, כאשר הדיין כבר דן במקרה זהה, דימה אותו לדין אחר, והתייעץ על הדימוי, וכעת בא לפסוק שוב, על פי אותו דימוי.

דרך אחרת להבנת דברי הב"ח, נאמרה על ידי בעל 'שמרו משפט' ובספר 'הלכה פסוקה'.<sup>116</sup> לדבריהם, הב"ח הסביר שלדעת הטור, אם בא הדיין לפסוק דין במקרה דומה למקרה שעליו התייעץ כבר בעבר, עליו לשוב ולהתייעץ על הדימוי, משום שייתכן שהדימוי שהיה יפה למקרה שדן בו בעבר, אינו יפה עבור המקרה הדומה לו. אולם, אם המקרה הנדון זהה לחלוטין למקרה שנדון בעבר, ומבקש לדמות כפי שעשה בעבר, אם התייעץ בעבר, אין הדיין חייב לשוב ולהתייעץ בבואו לפסוק דין במקרה זהה, על פי אותו דימוי.<sup>117</sup>

יש להעיר, שהב"ח הדגיש שרוב המפרשים חולקים על הטור. לפי הסבר 'שמרו משפט' ו'הלכה פסוקה', דעתם היא, שאין הדיין חייב להתייעץ על דימוי מילתא למילתא אם התייעץ כבר בעבר על דימוי זה, בבואו לפסוק דין דומה. אבל, לא ברור מי הם אותם מפרשים, ומהי סברתם.

ייתכן, שלדעת אותם מפרשים, אם הדיין התייעץ כבר עם חכם אחר בבואו לפסוק במקרה דומה, על פי אותו דימוי, הוא כבר עמד, במהלך ההתייעצות על העקרונות

114. סימן י.

115. שמרו משפט, שם.

116. סימן י, הע' 34-35.

117. בהלכה פסוקה (שם), רצו לדחוק גם את הקצות כדבריהם, אך נראה שהסבר זה דחוק, ומצאנו במשפטי עוזיאל (שם), שהבין את הקצות כדברינו לעיל (אמנם חלק עליו להלכה, ע"ש).



שאמורים להנחותו, בבואו לדמות בין מקרה שבו הוא דן, להלכה שממנה הוא מבקש ללמוד את הדין. על כן, קיים כבר את חובת ההתייעצות, בבואו לפסוק במקרה הדומה, בעבר. אולם, אם מעולם לא התייעץ על דימוי זה, אף לא בבואו לפסוק במקרה דומה, ייתכן שאין הוא מודע לכל העקרונות שאמורים להנחותו בבואו לפסוק דין, על פי דימוי להלכה ידועה.

פירוש נוסף בדברי הב"ח מצאנו בספר משפטי עוזיאל<sup>118</sup>: דעת הטור היא שצריך להמלך בכל דין שיש בו דימוי, גם אם הדימוי ברור לו, אא"כ התייעץ בעבר על דימוי זה. ה"ש מפרשים" סוברים צריך להתייעץ רק כאשר אין דמיונו ברור לו, והוא טוען ששתי דעות אלו הינן כשתי דעות הראשונים שנזכרו בספר חוקות הדיינים, שהבאנו לעיל. הוא פוסק להלכה כדעת הטור, המחמירה להתייעץ אפילו אם דמיונו ברור לו.

עולה מדבריו לעניינינו, שבמקרה שהדיין התייעץ בעבר על דימוי זה, אינו צריך להתייעץ שנית.

גם הרב חיים דוד הלוי<sup>119</sup> פסק, שאין צורך להתייעץ שנית במקרה הזה לחלוטין למקרה עליו התייעץ בעבר.

כללו של דבר: חובת ההתייעצות קיימת, לדעת רובם המוחלט של הפוסקים, רק כאשר מבקש הדיין לפסוק דין על פי דימוי מלתא למלתא.<sup>120</sup> לפי רוב הפוסקים, הדיין פטור מחובה זו, אם כבר התייעץ בעבר על אותו דימוי ממש, בבואו לפסוק דין במקרה זה. לגבי דימוי ברור או מקרה דומה למקרה שעליו שאל, נחלקו האחרונים. נראה שרובם יודו בדימוי פשוט, כגון ביעתא בכותחא, או דומה מאוד למקרה שעליו שאל, ומחלוקתם היא במקרה שרק לדיין ברור שדימויו נכון, וכן כאשר לדיין נראה פשוט שדומה למקרה עליו שאל.

נראה שמחלוקתם תלויה בשאלה, היא האם קיימות בכלל שתי שאלות זהות, או שתמיד קיים הבדל בין המקרים והדינים. אם קיימות שאלות זהות, יתכן שדיין שכבר התייעץ על שאלה דומה, או שמצא אותה מפורשת בפוסקים, לא יצטרך להתייעץ שוב, אך אם נבין שאין שתי שאלות כאלה, ותמיד ישנו יסוד של דימוי בהשוואת דינים, יש לחשוש שמא יש טעות בדימוי, ועלינו להכריע מתי חוששים שהדיין טעה בדימוי ומתי לא. לא באנו להכריע כמי לפסוק, ורק נעיר, שעכ"פ, ראוי לדיין ולפוסק, לכל הפחות לעיין בספרי ההלכה לפני פסיקתו, וכפי שנראה בהמשך.<sup>121</sup>

118. לעיל, הערה 96.

119. עיין לעיל הערה 99.

120. בין אם הדימוי הוא בין המקרים ובין אם הדימוי הוא בסברות או בראיות.

121. פרק ו, סעיף (ג).

**(ד) איסור והיתר****1. עיון בסוגיות**

כזכור, את דברי הברייתא, המובאת במסכת בבא בתרא, שקבעה שאם "שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה, ובלבד שלא ידמה", פירש רב אשי: "ובלבד שלא ידמה בטריפות".

ה'נימוקי יוסף'<sup>122</sup> הסביר -

אם שאל ואמרו לו הלכה למעשה, ילך ויעשה מעשה כל ימיו בענין זה, ואינו צריך לשאול בכל פעם ופעם באותו ענין עצמו,<sup>123</sup> ואפילו בדדמי... לפי שאי אפשר לדינין המאורעין שימצאו בכתב.

מדבריו היה מי שהסיק שבהוראה בענייני איסור והיתר, אין הדיין חייב להתייעץ, אפילו כאשר יסוד ההוראה בדימוי מילתא למילתא.<sup>124</sup>

אולם, ניתן לדחות מסקנות אלו, משום שהברייתא עסקה בהוראה של אדם הנוגעת לעצמו, ולא לאחרים. ייתכן שדווקא בהוראה כזו, אין אדם חייב להתייעץ, משום שאין חשש שההוראה תפגע באחרים. אולם, כאשר ההוראה נוגעת לאחרים, ייתכן שיהא על הדיין להתייעץ.<sup>125</sup>

ייתכן גם, שהחידוש בדברי 'נימוקי יוסף' הוא, שאם רבו של אדם אינו נמצא בעיר, הוא רשאי לפסוק לעצמו, בהסתמך על הוראות דומות ששמע בעבר מרבו. אך אם רבו מצוי בעיר, יהא עליו להתייעץ עמו, ולא להורות הלכה ללא התייעצות.<sup>126</sup>

לפי הסברים אלו, דברי 'נימוקי יוסף' נאמרו רק במקרים מסויימים, שאין ללמוד מהן על הכלל. סיוע לכך ניתן ללמוד מדברי 'נימוקי יוסף' עצמם, שנאמרו על דרך הכלל, מבלי להגבילם לעניינים הוגעים רק לאיסור והיתר. אילו דברי 'נימוקי יוסף' לא עסקו בהוראות חריגות, היו דבריו סותרים את העולה מסוגיית יבמות, שבדיני ממונות, חייב הפוסק להתייעץ על דימוי מלתא למלתא.<sup>127</sup>

122. **נימוקי יוסף** בבא בתרא נח, ב (דפי הרי"ף).

123. ניתן לדייק מכך, שאין צורך להתייעץ לגבי דינים הכתוב בספרים. על כך בהרחבה, ראה להלן, פרק ו, סעיף (ג).

124. ראה: **קובץ הפוסקים** חו"מ י, עמ' קסג.

125. הרחבה בעניין זה, בפרק הבא.

126. כך הוסבר **באורח משפט**, חו"מ כה, (דף מב, א).

127. למרות שניתן לומר שהנימוקי יוסף סובר כשיטות שסוגיית יבמות אינה מלמדת הוראה מחייבת, אך האחרונים לא למדוהו כך.

על חובת ההתייעצות בדיני איסור והיתר ניתן ללמוד גם מן הסוגיא במסכת חולין, הדנה בהלכה שחידש רב יוסף, לפיה, כהן שמעוניין לסייע לתלמיד חכם, רשאי לתת לו במתנה את מתנות הכהונה שאותו תלמיד חכם חייב לתת לו, ובלבד שידוע שהתלמיד חכם רגיל לתת לו אותן.

בהקשר זה מסופר -

רבא ורב ספרא איקלעו לבי מר יוחנא... עביד להו עגלא תילתא. אמר ליה רבא לשמעיה (רש"י: לשמשו של בעל הבית, והוא כהן, ובעל הבית נותן לו מתנותיו): זכי לן מתנתא, דבעינן למיכל לישנא בחרדלא, זכי ליה. רבא אכל, ורב ספרא לא אכל.

אקרייה לרב ספרא בחלמא (=הקריאו לרב ספרא בחלומו את הפסוק): "מעדה בגד ביום קרה חומץ על נתר ושר בשירים על לב רע (רש"י: כן האומר דברי תורה למי שאינו יודע להבין בהם).

אתא לקמיה דרב יוסף, אמר ליה: דלמא משום דעברי אשמעתא דמר (=אולי אמרו לי כך, משום שעברתי על דבריך)? אמר ליה: כי אמרי אנא באחר, שמעא - בעל כרחיה מזכי, וכי אמרי אנא, למאן שלא אפשר ליה, הא אפשר ליה ואלא מאי טעמא אקריין הכי? כלפי רבא. ולקריין לרבא? רבא נזוף הוה.<sup>128</sup>

רש"י<sup>129</sup> פירש שרבא נקרא "נזוף", משום שפסק הלכה על פי דימוי, מבלי להתייעץ על כך עם רב יוסף. היות והלכתו של רב יוסף עוסקת בדיני איסור והיתר, ניתן להסיק שגם בפסיקה מסוג זה, קיימת חובת ההתייעצות.<sup>130</sup>

אמנם, 'אורח משפט' טען שגם כאן, ניתן לטעון שמדובר בדין יוצא מן הכלל, שאין ללמוד ממנו, לכל הפסיקות בענייני איסור והיתר. וזאת משתי סיבות:

1. הסוגיא עוסקת באכילת איסור על ידי תלמידי חכמים, דבר שנחשב כגנאי גדול לתלמיד חכם. ייתכן שדווקא במקרה כזה, כדי למנוע את הגנאי, חייב התלמיד חכם להתייעץ.

2. ייתכן שרבא נדרש להתייעץ רק משום שראה שרב ספרא נמנע מלאכול, ולכן,

128. חולין קלג, א.

129. רש"י, שם, ד"ה נזוף.

130. ים של שלמה (חולין שם, יג) למד ממקור זה גם, שאף תלמיד חכם מובהק, הנוהג לסמוך על הוראותיו להקל, חייב להתייעץ, אף אם התיר לו רבו לנהוג כפי שהורה, אם בכל אופן יש הבדל קל בין הוראת רבו לפסיקתו, וההבדל דורש לדמות מלתא למלתא.

היה עליו לחשוש שמא דימויו אינו נכון.<sup>131</sup>

בעל 'פנים במשפט'<sup>132</sup> טען שניתן להוכיח, שחובת ההתייעצות קיימת גם בנוגע להוראה בדיני איסור והיתר, מדברי איסי הבבלי שבתוספתא.<sup>133</sup> כזכור, טען איסי שאין ללמוד הלכות כלאיים, מדוד, משום שהוא נחשב ל"תקוע", משום שאינו נוהג להתייעץ עם חכמים, וקיים חשש שאף בהלכה המדוברת, פסק מבלי להתייעץ. משמע, שחובת ההתייעצות קיימת אף בנוגע לפסיקה בדיני איסור והיתר (כלאיים).<sup>134</sup>

המהרש"א<sup>135</sup> מוכיח, שסוגיית יבמות עוסקת בדיני ממונות דווקא, מסופה. בסוף הסוגיא מובא מאמרו של רבי יונתן: "לעולם יראה הדיין את עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנום תחתיו, שנאמר: 'הנה מטתו שלשלמה...'. בעלי התוספות<sup>136</sup> הסבירו, שרבי יונתן למד את דרשתו מן המילים "אחוזי חרב" שבפסוק, שמשמען: "מזויינין בדין, כדרשינן בסנהדרין מויחגור דוד חרבו, שדנו לנבל בסנהדרין". על פי דבריהם הסיק מהרש"א, שחובת ההתייעצות נאמרה דווקא לגבי דיון בדיני ממונות,<sup>137</sup> הדורשים חכמה יתירה, כפי העולה מדברי רבי ישמעאל, שאמר: "הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות".

עוד מוסיף המהרש"א, שמסתבר, שדווקא בדיני ממונות צריך הדיין להתייעץ, משום שבדינים אלו, קיים חשש שבעל הדין שיצא חייב בדין, ילך לדיין אחר כדי לברר האם דנו אותו כהלכה. ההתייעצות נועדה למעשה, להקדים את ההתייעצות של בעל הדין עם דיינים אחרים, ולמנוע מן הדיין אי-נעימות או אף מן הצורך, במקרים מסויימים, לפצות את בעל הדין, אחר שתתגלה טעותו.

131. השווה לדברי מהר"ם בן חביב, להלן, ליד ציון הערה 157.

132. **פנים במשפט**, י, ה.

133. לעיל, הערה 26.

134. אמנם, ייתכן שדוד הוגדר כ"תקוע" משום שלא התייעץ גם בפסיקה בענייני ממונות. כוונת איסי הייתה, שמאחר שאין דוד נוהג להתייעץ בדיני ממונות, אין ללמוד ממנו הלכה, גם בדיני האיסור וההיתר, אף שלגבי דינים אלו, לא קיימת חובת ההתייעצות. אמנם, הסבר זה נראה דחוק למדי, מה גם שהרשב"א (לעיל, ליד ציון הערה 28) עצמו הבין שדוד נחשב כ"תקוע" משום שנמנע מלהתייעץ עם חכמים בשאלה, האם בת שבע מותרת לו, שאלה שאינה נוגעת כלל לדיני ממונות.

135. **מהרש"א יבמות**, שם.

136. **תוספות יבמות**, שם, אחוזי חרב.

137. אם כי מלשונם של בעלי התוספות משמע שהביטוי "אחוזי חרב" משמעו, דיון העוסק בדיני נפשות, כדיון שעסק בו דוד, שחגר חרבו כדי לדון את נבל להריגה.

## 2. הכרעת ההלכה

מהר"ם מרוטנבורג פסק -

כל פסק שאדם רואה בפירושו בספר מספרי הגאונים יכול להורות בימי רבו ואפילו תלמיד גמור רק שלא יורה דבר מלבו ולא יסמוך על ראיותיו ולא ידמה מילתא למילתא<sup>138</sup>

מן הביטוי "כל פסק", למד המהרש"ל -

וממילא ידעינן דקאי אכל דבר בין אהוראות איסור בין אממון<sup>139</sup>

בשו"ת בית מרדכי<sup>140</sup> נכתב, שייתכן שבשאלה, האם יש להתייעץ גם בהוראות הנוגעות לאיסור והיתר, נחלקו ראשונים. רוב מפרשי התלמוד, הזכירו בדבריהם את המושגים "דין" או "דיין", בבואם לדון על חובת ההתייעצות. מושגים אלו משמשים בדרך כלל לדיני ממונות. על כן, ניתן להסיק מדבריהם, שחובת ההתייעצות קיימת רק בדיני ממונות. ההגיון שבדבר הוא, שדווקא בדיני ממונות, המורכבים וקשים מדינים אחרים, נדרשת חכמה יתירה, ולכן חייב הדיין להתייעץ לפני שיכריע את הדין. בדינים אחרים, הקלים יותר, אין הפוסק נדרש להתייעץ.

אבל מדברי המאירי,<sup>141</sup> שהטיל את חובת ההתייעצות על "כל מי שיש אצלו רב או חכם שיכול לברר עימו ספקותיו", ניתן ללמוד שחובת ההתייעצות מוטלת גם על רב הפוסק הלכה בענייני איסור והיתר.

על פי דיוק זה, נוכל גם לומר, שהרמב"ם, שהטיל את חובת ההתייעצות על "כל דיין", ביקש לקבוע שחובה זו קיימת רק לגבי פסיקה בדיני ממונות. לעומת זאת, 'שולחן ערוך', שככלל, העתיק את לשון הרמב"ם בהלכה זו, העדיף בעניין זה את לשון הטור, שהטיל את חובת ההתייעצות על "כל מי שבא לידו דין". ייתכן שעשה כך כדי לחלוק על הרמב"ם, שחייב רק את הדיין להתייעץ, ולא את מורה ההוראה באיסור והיתר, אך ייתכן גם שכוונתו להדגיש שאף לדעת הרמב"ם, חובת ההתייעצות קיימת הן כלפי דיין, והן כלפי מורה ההוראה.

אולם, נראה שיש לדחות את דיוקו של 'בית מרדכי', משום שלמרות שבדרך כלל משמשים המונחים "דין" ו"דיין" לדיונים בדיני ממונות, יש ונעשה בהם שימוש גם

138. הובא בשו"ת המהרש"ל לה, מובא בשולחן ערוך יו"ד רמב, ט, ובהגהות מיימוניות תלמוד תורה ה, ג.

139. שו"ת מהרש"ל לה.

140. שו"ת בית מרדכי (פוגלמן), עט.

141. לעיל, הערה 11.

כאשר מדובר בהוראה בענייני איסור והיתר.<sup>142</sup>

לדעת בעל שו"ת שואל ונשאל,<sup>143</sup> ניתן ללמוד שחובת ההתייעצות קיימת גם בהוראה בענייני איסור והיתר, מקל וחומר, וזו לשונו -

והגם דכל זה אמור בחלק חושן משפט, דהוי דיני ממונות, נראה לעניות דעתי, דכל שכן בדיני איסור והיתר, דהרי בדיני ממונות כיון שבאו לדון לפניו ונתרצו ללכת על פי דעתו יש פנים להקל, דהוה ליה כאלו קבלו עליהם דעתו, ואף על פי כן, מצד ההוראה כדין חייב להמלך במי שגדול ממנו בחכמה, וכל שכן איסור והיתר. ועוד, דהממון ניתן להמחל לא כן האיסור וההיתר דאולי יבוא להתיר את האיסור, דלא שייך ביה מחילה. ומה שלא הזכיר מרן ז"ל דין זה רק בחושן משפט משום דשם כתב דיני דיינים וודאי מינה מכל שכן לאיסור והיתר. והגם דיש לצדד ולומר דדוקא גבי דינים ממונות שהם מקצוע גדול בתורה וכמו שאמרו הרוצה שיחכים יעסוק בדיני ממונות, מכל מקום נראה לעניות דעתי כעת דאין לחלק ביניהם כלל, ואדרבה, אם בדיני ממונות, שלגביהם שייכת מחילה יש להתייעץ, כל שכן באיסור והיתר.

לפי זה, ייתכן שהשאלה, האם חייב הדיין להתייעץ בהוראות בענייני איסור והיתר, תלויה בשאלה, אלו דינים חמורים יותר דיני ממונות או דיני איסור והיתר? מחד, ניתן לומר שדיני ממונות חמורים יותר, משום שאלו דינים מסובכים שכדי לפסוק בהם, צריך הדיין להיות בעל חכמה מרובה, כפי שעולה מדברי המהרש"א. משום כך, חובת ההתייעצות קיימת רק בדיני ממונות. מנגד, ניתן לומר שדיני איסור והיתר חמורים יותר, משום שבניגוד לדיני ממונות, תוצאת הפסיקה אינה הפיכה, ואין לבית הדין סמכות להתיר את האיסור, כפי שיש להם סמכות לחייב את הזכאי בדיני ממונות, מכוח "הפקר בית דין הפקר", כפי שעולה מדברי ה'שואל ונשאל'.<sup>144</sup> משום כך, ייתכן לומר שאם בדיני ממונות קיימת חובה להתייעץ לפני מתן פסק דין, על אחת כמה וכמה שחובה זו קיימת גם לגבי הוראה בענייני איסור והיתר.

למעשה, כתב ה'תומים'<sup>145</sup> שצריך להתייעץ גם בפסיקה בדיני איסור והיתר, וכך סבר גם החיד"א.<sup>146</sup>

142. ראה למשל: רש"י ביצה כז, א, ד"ה אלמא; רש"י קידושין ו, א, ד"ה לא יהיה. גם היושבים בדין כדי לקדש את החודש ולעבר את השנה נקראים דיינים (ראה: סנהדרין ב, א).

143. שו"ת שואל ונשאל ה, יו"ד, קיא.

144. והשווה לדברי המהרי"ק (לעיל, הערה 32), המציג מחלוקת דומה בין רש"י לתוספות בענין המורה הלכה במקום רבו.

145. אורים ותומים סימן י, ס"ק ג.

146. זכרון משה סימן י. גם בספרו חיים שאל (א, כט) דן על חובת ההתייעצות בקשר לדיני עירובין, השייכים לאיסור והיתר, ולא לדיני ממונות.

נוכל אם כן לסכם, שניתן אמנם ללמוד מכמה סוגיות שיש להתייעץ גם בהוראה בדיני איסור והיתר, אך ראינו שיש שדחו ראיות אלו. להלכה, נטיית רוב הפוסקים היא, שחובת ההתייעצות קיימת אף בנוגע להוראה בדיני איסור והיתר.

### (ה) פסיקה לעצמו

לגבי ההלכה האוסרת על תלמיד להורות הלכה במקומו של רבו, נפסק שרשאי התלמיד להורות הלכה בתוך ביתו, לעצמו, אף שרבו נמצא במקומו.<sup>147</sup> האם נוכל להסיק מכך שגם לגבי חובת ההתייעצות, אין אדם חייב להתייעץ על פסיקה לעצמו? ה'פנים במשפט'<sup>148</sup> השיב על כך בשלילה. לדבריו, חובת ההתייעצות קיימת גם לגבי הוראה של אדם לעצמו, משום שיסוד החובה בצורך למנוע עיוות של הדין. צורך זה קיים הן בפסיקה לאחרים, והן בפסיקה לעצמו.

ה'פנים במשפט' אף מוסיף ראייה לקביעתו, מדברי הרשב"א,<sup>149</sup> שהסביר שדוד נקרא "תקוע", משום שלא התייעץ עם החכמים כשלקח את בת שבע וזו הייתה פסיקה לעצמו.<sup>150</sup>

## ו. המייעץ

סוגיית יבמות עסקה בהתייעצות עם רב. בפרקים הקודמים, הוכחנו שלדעת רוב הפוסקים, אין הכוונה דווקא לרבו של המתיעץ. אולם, עדיין יש לדון בהקשר זה, האם על המייעץ להיות חכם מן המתיעץ?

שאלה נוספת שנדון בה היא, האם על המייעץ להיות חכם שכשר לדון בדיון שבו עוסק המתיעץ, או שמא אף הפסול לדון, כשר לייעץ?

לבסוף, נדון בשאלה מעניינת שהתעוררה בעקבות המצאת הדפוס וריבוי הספרים והיא, האם יכול הדיין לצאת ידי חובת ההתייעצות, על ידי עיון בספרי הפוסקים?

### (א) התייעצות עם חכם הקטן או שווה למתייעץ בחכמה

הרמב"ם,<sup>151</sup> קבע שעל הדיין המבקש לפסוק דין, להתייעץ עם מי ש"גדול ממנו בחכמה". מכאן, שאינו חייב להתייעץ עם חכם השווה לו ואם יתייעץ הדיין עם חכם

147. כך פסק הפנים במשפט, ועיין בשולחן ערוך יו"ד רמב, בפתחי תשובה שם, ה.

148. פנים במשפט י, ג.

149. לעיל, הערה 28.

150. הערת עורך: אבל, ניתן לדחות את הראיה, משום שלליקחת בת שבע יש משמעות רבה וחמורה כלפי הזולת - אוריה החיתי. לכן, קשה להגדיר זאת כפסיקה לעצמו, בתוך ביתו.

151. לעיל, אחר הציון להערה 48.

שאינו חכם כמותו, או אפילו חכם כמותו, אך אינו גדול ממנו בחכמה, לא ייצא ידי חובתו כאשר יש גדול ממנו בעיר.<sup>152</sup> ה'שולחן ערוך',<sup>153</sup> העתיק את לשון הרמב"ם בעניין זה.

אבל הטור<sup>154</sup> כתב שהדיין חייב להתייעץ אם "יש עמו חכם בעיר שיכול להימלך בו". מכך שהטור לא כתב שההתייעצות צרכיה להיות עם "חכם גדול ממנו", וכן, מכך שהטור לא הגדיר את מי שאינו מתייעץ כ"רשע", הסיק 'חושן אהרן',<sup>155</sup> שלדעת הטור, חייב הדיין להתייעץ אף עם חכם השווה לו בחכמה, כאשר אין גדול ממנו.<sup>156</sup> דיון בשאלה זו התגלגל מתוך דברים שכתב הריב"ש,<sup>157</sup> על רב עיר שנמנע מלהתייעץ עם חכמי עירו. בדבריו, ביקר הריב"ש את אותו רב, וקבע שנהג שלא כדיון. בנוגע למשמעותה של הביקורת, יש מחלוקת בין הפוסקים.

המהר"ם בן חביב בספרו עזרת נשים הסביר שביקורתו של הריב"ש נבעה מכך שרב העיר עסק בדין חמור, הנוגע להיתר עגונות, וידע שחכמי עירו חולקים על פסיקתו. לפי זה, הסיק המהר"ם, אם לא ידוע לרב שחכמי העיר חולקים על פסיקתו, אין הוא חייב להתייעץ עמם, אף כשפסיקתו נוגעת להלכה חמורה, שבה הוא מיקל.

אמנם, הוסיף מהר"ם בן חביב, שראוי לרב להימלך עם חכמי עירו, כדי ש"נימטי שיבא מכישורא",<sup>158</sup> היינו, כדי שהאחריות על הפסיקה תתחלק בין חכמים רבים, ולא ישא הוא לבד באחריות הכבדה לטעות. החיד"א<sup>159</sup> הסביר שכוונת המהר"ם

152. לא נכנסנו במאמר זה לברר מהו גדר "גדול ממנו". מסתבר, שהכוונה לגדול בחכמה ובמנין, כפי שמתפרש ביטוי זה בעניני כבוד ת"ח והכרעה בספיקות הלכתיים. 'מנין', הוא ריבוי שנים או ריבוי תלמידים. עיין ב**דרכי משה** יו"ד רמו, שכותב שמעלת מנין עדיפה על מעלת חכמה, ולפי זה, דיין חכם יצטרך לילך אל הקטן ממנו אם יש לקטן 'מנין' יותר משלו. נראה עוד בהמשך, שראוי לדיין להיות עניו, ולהתייעץ גם עם השווים לו בחכמה, ובודאי שבמקום ספק מי גדול ממי, ראוי להיות עניו.

הערה נוספת שיש להעיר בהקשר זה היא, שאין חובה לפרש את המושג "גדול ממנו", באופן רחב ביותר, שמשמעותו, שמי שרק מי שגדול מזולתו בכל ענפי ההלכה, ייחשב כ"גדול ממנו". אפשר בהחלט שחכם שיש גדולים ממנו בענפי הלכה אחרים, ייחשב לגדול שבעיר, בתחום ההתמחות הייחודי לו.

153. **שולחן ערוך** חו"מ י, ג.

154. **טור**, שם.

155. **חושן אהרן** חידושים על השולחן ערוך, חו"מ, י.

156. הנחתו היא, שמי שנמנע מלהתייעץ עם גדול ממנו, ראוי להחשב כ"רשע", אך לא כן, מי שנמנע מלהתייעץ עם מי ששווה לו בחכמה.

157. **שו"ת הריב"ש** שעה.

158. **סנהדרין** ז, ב.

159. **ברכי יוסף** חו"מ י, ד.



היא, שרב העיר אינו חייב להתייעץ עם חכמי עירו השווים לו בחכמה, אם כי ראוי שיעשה כך, לפנים משורת הדין.

אולם החיד"א לא הסכים עם ההסבר של המהר"ם בן חביב לביקורתו של הריב"ש. לדבריו, סבר הריב"ש שרב העיר נדרש להתייעץ עם חכמי עירו, , אף שהם שווים לו בחכמה, וזאת, אף כשלא ידוע לו שהם חולקים על דעתו. הוא אף מדגיש שכך יש לנהוג בימנו, כיון שנתמעטה החכמה.

אמנם, החיד"א<sup>160</sup> מסייג, וקובע שבית דין הנוהג לפסוק במתינות, אינו חייב להתייעץ לפני מתן פסק הדין עם חכמים השווים לו. מדבריו משמע שאף שבמקרה זה, אין בית הדין חייב להתייעץ, בכל אופן ראוי שיעשה כן, לפנים משורת הדין.

לדעת החיד"א, אין בני העיר רשאים לקבל על עצמם לנהוג לפי פסיקות הרב המקומי **בנושאים חמורים**, ולפטור אותו מחובת ההתייעצות כשיש חכמים אחרים בעיר, אף כשלא ידוע שחולקים עליו, וצריכים מראש כשמקבלים את הרב להתנות, שיתיעץ עם שאר חכמי העיר.

כסיוע לדבריו, מביא החיד"א מדברי פוסקים אחרים, שהכריעו שאין לקבל את פסיקת "מרא דאתרא" להקל, כשחכמי עירו או גדולי הדור חולקים עליו.<sup>161</sup>

כללו של דבר: לפי 'ברכי יוסף', חובת ההתייעצות מוטלת אף על "מרא דאתרא", בין כשידוע שחכמי עירו חולקים עליו, ובין שלא ידוע שחכמי עירו חולקים עליו. ההתייעצות תהיה, בין עם חכמי העיר הגדולים ממנו בחכמה, ובין עם אלו השווים לו בחכמה. אמנם, חובה זו קיימת בעיקר כשבא הרב המקומי להקל באיסור חמור, אם כי ראוי לו שיתיעץ עם חכמי עירו על כל הוראה ודין.

#### (ב) התייעצות עם חכם המתגורר במקום מרוחק

עד היכן צריך הדיין להרחיק, כדי להתייעץ? הרמב"ם<sup>162</sup> כתב שצריך הדיין להתייעץ עם חכם גדול ממנו המצוי עמו "במדינה". משמע, בארצו של הדיין. לפי הסבר זה, דרשו חכמים מן הדיין להיטלטל ממקום למקום, או לשלוח מכתב, כדי לצאת ידי חובת ההתייעצות. פעולות אלו, ללא ספק, יעכבו את מתן פסק הדין.<sup>163</sup>

160. שם.

161. אמנם, פוסקים אלו לא דנו בחובת התייעצות, אלא פסקו שאין ראוי לציבור לקבל את פסיקות "מרא דאתרא" להקל באיסור חמור, כאשר חכמי עירו או גדולי עולם חולקים עליו.

162. לעיל, אחר הציון להערה 48.

163. כיום, ניתן להתייעץ בנקל עם חכם מרוחק, באמצעות הטלפון, הפקס והדואר האלקטרוני. אולם, מן הראוי לדון על ההגיון שבהלכה, לפי הזמן בו התקבלה, כאשר אמצעים אלו לא היו קיימים. אפשר גם שהתייעצות מקוונת אינה יכול להיות תחליף להתייעצות פנים אל פנים.

אולם, ידוע שלעיתים, הרמב"ם מכנה "עיר" בשם "מדינה".<sup>164</sup> לכן, ייתכן שאף הרמב"ם, כשכתב "במדינה", כוונתו למקומו של הפוסק, ולא לארצו.<sup>165</sup>

ה'טור'<sup>166</sup> וה'שולחן ערוך'<sup>167</sup> לא חייבו התייעצות עם חכם גדול שנמצא "במדינה", אלא הגבילו את ההתייעצות לדיין ש"יש עמו חכם בעיר". משמע, שאין הדיין חייב להתייעץ, אלא עם חכם המצוי בעירו. ואמנם, מדברי רוב הפוסקים נראה שאין הדיין חייב להתייעץ עם חכם שאינו נמצא בעירו.

המהרש"ל פסק שחייב הדיין להתייעץ עם חכם הנמצא עמו באותה ארץ.<sup>168</sup> הוא אף מוכיח זאת מכך שסוגיית התלמוד לא הבחינה בין דיין שיש במקומו חכם גדול ממנו, לחכם שאין במקומו חכם כזה, אך יש חכם גדול ממנו במדינה, וזו לשונו -

לפי זה, אסור לכל מורה להורות ולדמות מילתא למילתא אם יש גדול במדינה, ואין לומר דווקא בדאית ליה רבא במתא (= במקומו) קאמר תלמודא דאסור, דהא סתמא קאמר תלמודא 'ואית ליה רבא', ולא קאמר 'במתא' ועוד, דאי במתא איירי, מאי אריא דאסור משום דלא שאל מרביה, תיפוק ליה דמורה במקום רבו... כלומר שיש לו אדם גדול ממנו אפילו אינו רבו וגם כן אינו אצלו, אפילו הכי אסור

כאמור, חייב הדיין להתייעץ דווקא עם חכם גדול ממנו, הנמצא "עמו בעיר". בהקשר זה יש לדון בשאלה, האם חייב הדיין להתייעץ עם חכם גדול ממנו שהגיע לעירו לתקופה קצרה? ולחילופין, האם חכם הגר במקום אחד, אך מגיע באופן תדיר למקום אחר, ייחשב כבן אותו מקום לעניין הצורך להתייעץ עם חכמי המקום הגדולים ממנו?

ייתכן שאת התשובה לשאלות אלה נוכל ללמוד מלשון ה'טור'.<sup>169</sup> הטור הדגיש שהדיין חייב להתייעץ עם חכם המצוי בעירו, ו"יכול להימלך בו". מלשון זו ניתן ללמוד שחובת ההתייעצות קיימת, כל אימת שיש לדיין יכולת להתייעץ עם חכם גדול ממנו. לפי זה, כאשר הדיין נפגש באופן תדיר עם חכם גדול ממנו, הוא חייב להתייעץ עמו לפני מתן פסק דין, המיוסד על דימוי מלתא למלתא.

164. ראה למשל: רמב"ם סנהדרין א, א, ב, ובלחם משנה סוף הלכה א, שם; שם כה, י; סמ"ע חו"מ יא, יב.

165. כך כתב בשו"ת בית מרדכי (פוגלמן), עט.

166. לעיל, הערה 154.

167. לעיל, הערה 153.

168. יש לעיין בדבריו מה כוונתו במדינה, האם לגבול מדיני או לאיזור, לא הארכנו בזה כיוון ששיטתו לא הובאה כלל על ידי הפוסקים המאוחרים.

169. לעיל, הערה 154.

נמצאנו למדים, שלדעת רוב הפוסקים, אין הדיין חייב להתייעץ עם חכם שאינו מצוי בעירו. אולם, בסוגיית יבמות אין זכר לסייג זה, מהו אם כן מקורו? נראה שניתן להשיב על כך בשתי דרכים:

א. אילו היו חכמים מחייבים כל דיין להתייעץ עם כל חכם השווה לו בחכמה או הגדול ממנו בחכמה, היה הדבר גורם לעיכוב רב במתן פסק הדין, והטלת עומס בלתי נסבל על גדולי החכמים, שהיו נדרשים לא רק לפסוק בשאלות המופנות אליהם, אלא גם לייעץ לדיינים רבים, כיצד עליהם לפסוק.<sup>170</sup> על כן, הבינו הפוסקים שחייב להיות סייג, שיגביל את חובת ההתייעצות, באופן שיהפוך אותה לחובה שתשרת את בתי הדין, תבטיח מתן פסק דין מדויק ונכון יותר, ולא חובה המסרבלת את הדיון וגורמת להלנת הדין. סייג זה, הוא הסייג הקובע שאין הדיין חייב להתייעץ עם חכם שאינו גר בעירו.

ב. בעבר, משמעותה של הטלת חובת ההתייעצות עם חכם מרוחק הייתה, שעל כל חכם לנדוד למרחקים בדרכים לא סלולות, על גבי סוסים או חמורים, כדי להגיע למקומו של החכם שעמו הוא צריך להתייעץ. לא ייתכן לכנות דיין שנמנע מלעשות כך, "רשע".<sup>171</sup> אם בכל אופן, מכנה סוגיית התלמוד את מי שנמנע מלהתייעץ כ"רשע", הרי שהכוונה למי שנמנע מלהתייעץ עם חכם הגר בעירו, עמו היה יכול להתייעץ בנקל.<sup>172</sup>

המהרש"א,<sup>173</sup> כתב שעל הדיין, הפוסק בדיני ממונות להתייעץ, כדי שלא יקדימונו בעל הדין שיצא חייב בדין, ויתיעץ עם חכם אחר, ובעקבות זאת, יבין שהדיין טעה בפסיקתו. לפי הסבר זה, מובן שההתייעצות היא דווקא עם חכם הנמצא בעיר, שכן, רק כלפיו קיים חשש סביר שבעל הדין יתייעץ עמו על פסק הדין שניתן לו.

170. כפי שאמר יתרו למשה.

171. אמנם, בספרות השו"ת, מצוי שנשלחות שאלות גם לחכמים ממקומות רחוקים, אך בדרך כלל אלו שאלות כבדות משקל, דיונים חדשים, שדורשים הכרעה של גדולי הדור. גם בשאלות מסוג זה, לא נראה נכון וראוי לכנות כרשע, דיין שראוי להורות הלכה, שנמנע מלהתייעץ עם חכמים אחרים, שאינם מצויים בעירו.

172. יתכן, שיש נפקא מינה בין שתי הסברות: לפי הסברה השנייה, יש מקום לומר שבימינו, כיון שא"צ להיטלטל ימים רבים כדי לשאול חכם שנמצא בכל מקום בעולם, ייתכן בהחלט שמי שנמנע מלשאול את גדולי הדור ייקרא רשע, כי הטורח לשאול את גדולי הדור זהה לטורח שנדרש כדי לשאול חכם שבעירו. אבל, אם יסוד הסברה הוא בצורך להקל על מתן פסק הדין ולמנוע עומס מגדולי הדור, סברא זו קיימת גם היום, ולשינויים הטכנולוגיים אין כל השפעה עליה. אמנם, לדעתנו, אין כאן שתי סברות שונות מהותית, אלא יסוד אחד המדבר על פגישה טבעית עם החכם, שאינה מטריחה את המייעץ ואת המתיעץ.

173. מהרש"א יבמות שם.

בימינו, ההתייעצות עם חכם שאינו מצוי בעירו של הדיין אינה כרוכה בקשיים. ניתן להתייעץ באמצעות טלפון, פקסימיליה ודואר אלקטרוני, במהירות הבזק. האם עובדה זו עשויה להביא לשינוי ההלכה בעניין חובת ההתייעצות עם חכם מרוחק?

נראה לנו שהתשובה לכך שלילית. אין בדינו הסמכות, להרחיב את ההלכה ולחייב את הדיינים להתייעץ עם חכמים מרוחקים.<sup>174</sup> יתירה מכך, לאור מה שהוסבר עד כה, חובת ההתייעצות קיימת כאשר יש מפגש יומיומי טבעי, של הדיין, עם חכם גדול ממנו, אין טעם להרחיב את החובה.<sup>175</sup>

אמנם, כאשר הפסיקה נוגעת לשאלות מורכבות ומסובכות, לשאלות חדשות, שהפסיקה בהם עשויה להיות מעין "תקדים", או שיש לפסיקה השלכה על כל העם, ראוי לכל פוסק, אף אם הוא הגדול בעירו, להתייעץ עם חכם גדול ממנו, אף שאינו גר בעירו.<sup>176</sup>

### (ג) התייעצות עם הפסול לדון

מובן הדבר שעל המייעץ להיות דיין שראוי לדון, באופן עקרוני, משום שאם לא כן, יהיו חסרים לו הכלים הראויים, על מנת ליעץ. אולם, שאלה מעניינת עשויה להתעורר, כאשר המייעץ פסול לדון במקרה המסויים, עליו מבקשים להתייעץ עמו. האם עובדת היותו פסול לדון תחייב גם את פסילתו מלייעץ? למשל, האם קרוב של

174. **הערת עורך:** עקרונית, נראה שאין סיבה שלא לקבוע שהשינויים הטכנולוגיים עשויים לשנות את ההלכה בעניין זה. לשם כך לא נדרשת סמכות מיוחדת, היות ואף המגבלה שבדברי הראשונים, אינה מפורשת בתלמוד, וכפי שהסיקו הכותבים, יסודה בתנאי חיים שונים מאלו שקיימים היום. אמנם, השיקול הראשון דלעיל, אחר הציון להערה 169, מחייב מחשבה נוספת, לפני הרחבת ההלכה, שעלולה להטיל עומס רב על כתפי גדולי הדיינים, שמעתה יתווסף לתפקידם תפקיד נוסף, הדורש זמן רב ומאמץ – ייעוץ לדיינים. אולם, נראה שגם בעיה זו היא פתירה.

175. **הערת עורך:** כל האמור בעניין זה, נכון כמובן, כאשר מדובר בערים קטנות, כעין אלו שעליהן דנו חז"ל והפוסקים. אולם בימינו, ישנן ערים גדולות ביותר, בהן לא קיים בהכרח מפגש תדיר בין החכמים המצויים בעיר. למשל, האם דייני ירושלים נפגשים תדיר עם גדולי החכמים שבירושלים, כהג"ר מרדכי אליהו, הג"ר אברהם אלקנה כהנא שפירא, הג"ר י' ש' אלישיב ואחרים? על כן, ספק רב אם יש כיום בסיס להגבלת ההתייעצות לתחומי "עיר" דווקא.

**תגובת הכותבים:** השאלה, האם הגדרת "עיר" עשויה להשתנות בימינו מעניינת אמנם, אך נראה שבכל אופן, נדרש גבול מסוים לחובת ההתייעצות, וגבול זה הוא גבול העיר. אין בידנו גבול אחר וכן בכל הפוסקים שהזכירו את ההגבלה של עיר לא שינו את הגדרת עיר למרות שהערים גדלו מימי חז"ל וה'שולחן ערוך'.

176. ואכן, לפי הידוע לנו, כך נוהגים ת"ח רבים בפסיקתם. כך שמענו מהרבנים א' שרמן, ש' אבינר ו' אריאל. כך משמע מדברי ה'ברכי יוסף' (שם), וכ"כ המשפטי עוזיאל (שם), שכן נהגו בכל הדורות להתייעץ "לא רק לת"ח גדול שבעיר, אלא גם לגדולי הדור בכל מקום שהם חונים". כך מקובל בשם הרצי"ה קוק זצ"ל, וכך מסתבר.

בעל דין יהיה פסול מלייעץ לדיין הדין בדין קרובו? וכן, האם נוגע בדבר יהיה פסול מלייעץ לדיין הדין בדיון שאליו יש לו נגיעה?

לעיל,<sup>177</sup> עמדנו על כך שהמתייעץ אינו מחוייב לעצת המייעץ. כמו כן, הייעוץ אינו על פסק הדין, אלא על הדימוי.<sup>178</sup> לפיכך, נראה שיש מקום להתיר לדיין להתייעץ עם קרובו של בעל דין, משום שהדיין פסול לדון את קרובו על פי גזירת הכתוב.<sup>179</sup> המקור הפוסל את הקרוב מלדון את קרובו, פוסל אותו מלדון, לא מן הייעוץ, שהוא כאמור, שונה באופן מהותי מן הדין.<sup>180</sup>

אמנם, כאשר הפסול נובע מחמת נגיעה, שוחד וכדומה, מוצאים אנו בכמה מקומות בתלמוד, שקיים חשש להטיית דעתו של הדיין, אף כאשר אין הוא דן בפועל.<sup>181</sup> לכן, נראה שבמקרים אלו, כשם שלא יהיה הדיין רשאי לדון, כך הוא לא יהיה רשאי ליעץ.<sup>182</sup>

#### (ד) התייעצות בספרים

חובת העיון בספרים לפני מתן פסק דין קשורה לשתי הלכות:

א. **האיסור להורות הלכה במקום רבו:** ספרים רבים נכתבו על ידי רבותינו הראשונים, או על ידי פוסקים מפורסמים מגדולי הדורות שעברו. בספרים יש

177. אחר הציון להערה 66.

178. שם.

179. **שולחן ערוך** חו"מ ז, ט. ועיי' **בבא בתרא** קנט,א, ששם משמע שהוא גזירת הכתוב.

180. **הערת עורך:** הקביעה שהקרובים פסולים לדון ולהעיד לקרוביהם מגזירת הכתוב, לא נועדה לצמצם את תחולת הפסול, אלא להרחיבה. אך אין ספק שלרוב, דעתו של קרוב נוטה לטובת קרובו, לא פחות מאשר נוטה דעתו של הנוגע בדבר, או של המשוחד. לכן, אם אמנם יש סיבה לפסול את הנוגע בדבר, או את המשוחד מן הייעוץ, אין סיבה שלא לפסול גם את הקרוב. אמנם, ספק רב אם קיימת סיבה כזו, וראה להלן, הערה 182.

181. כך למשל, מסופר ב**כתובות** קה,ב, על רבי ישמעל ברבי יוסי שפסל עצמו מן הדין משום שלדעתו, קיבל שוחד מאריסו, ולאחר מכן, נטתה אמנם דעתו לטובת אריסו, אף שלא ישב בדין.

182. **הערת עורך:** אבל, היות והייעוץ הוא על הדימוי בלבד, אין סיבה שהמייעץ יידע במי מדובר, ועל מה נסוב הדיון. ניתן לנסח לפניו שאלה עקרונית, שלא תסגיר את זהות בעלי הדין או את הנושא הנדון. אם ייעשה הדבר בחכמה, החשש שמא תהיה דעת המייעץ מוטה לא יהיה קיים. משום כך, אין סיבה לפסול, לא את הקרוב, לא את הנוגע ולא את המשוחד.

**תגובת הכותבים:** לדעתנו אין הענין קשור לשאלה אם המייעץ יודע מי הם בעלי הדין, אם כי יש להניח שלרוב, יידע זאת, שכן, ברור לו שלא בכדי הוא נפסל מלדון, על אף שהוא הגדול שבעיר. נראה שבאופן עקרוני, יש להימנע מלהבחין בין המקרים השונים ("לא פלוג"). היסוד הוא, שהיכן שדעתו של הדיין מוטה, אין הוא מסוגל לדון באופן אובייקטיבי. דעתו של קרוב אינה מוטה, אלא שגזרת הכתוב פסלה אותו מלדון. לכן, אין סיבה לפסול אותו מלייעץ, כיון שהתורה לא פסלתו מכך.

ביטוי לעמדתם בנושאים הלכתיים שונים, ולכן, הגדיר רבי יעקב ריישר<sup>183</sup> בעל השבות יעקב את הספרים כ"רבותינו". משום כך, אסור לפוסק להורות הלכה ללא עיון בספר, משום שבכך הוא עובר על האיסור להורות הלכה במקום רבו<sup>184</sup>.

ב. **חובת ההתייעצות:** הספרים הם מעין חכם גדול ממנו הנמצא עמו בעיר, עמו חייב הפוסק להתייעץ לפני מתן פסק הדין<sup>185</sup>.

סיכום נאה של דעות הפוסקים בעניין חובת ההתייעצות בספרים, ישנו בשו"ת יביע אומר<sup>186</sup> מכלל הדברים עולה שיש מן הפוסקים שחייבו את הדיין לעיין בספרים לפני מתן פסק הדין. אולם לדעת רוב הפוסקים, אין הדיין חייב לעיין בספר לפני פסק הדין, אם כי, אף לדעתם, כך ראוי לנהוג.<sup>187</sup> ויש הסוברים שהעיון בספרים לפני מתן פסק דין הוא בגדר "מידת חסידות" ותו לא. בהקשר זה מן הראוי להדגיש את שהדגישו כמעט כל הפוסקים, שהעיון בספרים אינו מוגבל לספרים שחוברו על ידי הפוסקים הראשונים, אלא אף לספרים שחוברו בידי פוסקי זמננו.

אבל, מן הראוי להדגיש שדעות הפוסקים בעניין זה אינן נוגעות ישירות לענייננו. ייתכן שאף אלו שאינם מחייבים עיון בספרים לפני מתן פסק הדין, יסכימו שיש בעיון זה כדי לפטור את הדיין מהתייעצות.

יש לתת את הדעת לכך שאם אמנם ייקבע שיש לעיין בספרים כדי לצאת ידי חובת ההתייעצות, יהא בכך חומרה רבה, שכן מעתה, לא יהיה הדיין רשאי להסתפק בייעוץ של חכם גדול ממנו הנמצא בעיר, אלא יהא עליו גם לעיין בספרים. אולם מנגד, תהא זו חומרה המביאה לידי קולא, שכן, הדיין לא יידרש לכתת רגליו אל חכם גדול ממנו הנמצא בעירו, ולא לשאול את דעתו בכל דרך אחרת.<sup>188</sup> די שיעיין בספרים הנמצאים בביתו, וייצא ידי חובת ההתייעצות.<sup>189</sup>

183. שו"ת שבות יעקב סד.

184. כך כתב גם פרי מגדים, פתיחה כוללת, סדר ג, אות א. מקורות נוספים בשיטה זו, ראה בשו"ת יביע אומר, או"ח א, י.

185. שו"ת יביע אומר שם. יתכן שזאת גם כוונת התומים (לעיל, הערה 91), שעל הלכת ההתייעצות שבשולחן ערוך כתב, שהוא עצמו נוהג לעיין בספרים לפני מתן פסק הדין. אך ראה לעיל, ליד ציון הערה 94, שניתן להסביר דבריו גם בדרך אחרת.

186. שם.

187. וראה גם: שדי חמד ו, יב – יט, ב (נדפס מחדש עם הערות וציונים בקובץ מאבני המקום יג (בית-אל תשס"א) עמ' 18–43) שהביא הקונטרס ריהטא דחקלאי להראי"ה קוק זצ"ל ועוד הרבה אחרונים שכתבו כן; תעלומות לב כללים, אות א; קובץ הפוסקים חו"מ י.

188. למעשה, הורה לנו הרב יעקב אריאל, שלדעתו אמנם יוצאים כל הפוסקים ידי חובת ההתייעצות באמצעות העיון בספרים.

189. בשו"ת מהרש"ל (לעיל הערה 139) הביא בשם המהר"ם שדבר הכתוב במפורש בספרי הגאונים יכול לפסוק אף בלי להתייעץ. גם כאן לכאורה רואים שעל ידי העיון בספר נפטר

אמנם, ההתייעצות בספרים, כתחליף להתייעצות עם חכם, אינה פשוטה כל עיקר. לעיל, הדגשנו שישנם דעות רבות הסוברות שחייב הדיין להתייעץ על דימוי שבעזרתו הוא מבקש לפסוק את הדין, אף שכבר התייעץ בעבר על דימוי דומה. כמו כן, אם המקרה שבו הוא עוסק אינו דומה לחלוטין למקרה שדן בו בעבר, או שהדימוי אינו זהה לחלוטין לדימוי שעשה בעבר, חייב הדיין להתייעץ לכל השיטות. רק כאשר הדיין עוסק במקרה זהה לחלוטין לזה שעסק בו בעבר ופסק בו על פי דימוי מילתא למילתא, אחר הייעוץ, אין הוא חייב לשוב ולהתייעץ אם מבקש עתה לפסוק על פי אותו דימוי.

לפיכך, לעיתים רבות, לא די בעיון בספרים. אם הנאמר בספר עוסק במקרה דומה לזה שבו עוסק בו הדיין, אך לא זהה לחלוטין, יהיה הדיין חייב להתייעץ עם חכם, שכן פסיקתו היא על פי דימוי בין המקרה שבו הוא עוסק, למקרה שנדון בספרים. נמצא, שהעיון בספרים יוכל להוות תחליף להתייעצות, רק אם בספרים דנו המחברים בדיוק באותו מקרה שבו הוא עוסק.

זאת ועוד. אין להשוות בין "תורה שבכתב" ל"תורה שבעל-פה". לעיתים, יש בכוחה של המילה הכתובה להטעות את הקורא. הקורא עלול לחשוב שמן הכתוב בספר יש ללמוד את ההלכה במקרה בו הוא עוסק, ולא היא. יתרונה של ההתייעצות בעל פה הוא, שיש בכוח המייעץ להבהיר את עמדתו על בוריה, מבלי להשאיר מקום לטעות. יש באפשרות המייעץ ללבן ולהבהיר את דבריו למתייעץ מתוך משא ומתן הלכתי שיביא לכך שהמתייעץ יירד לעומק דעת המייעץ. כל זאת, אינו אפשרי בדרך כלל, כאשר המתייעץ לומד את דעת המייעץ מן הספר, שבו, לעיתים רבות, נכתבים הדברים בצורה לא מדויקת, או בקיצור נמרץ.<sup>190</sup>

במאמרו הידוע, 'ריהטא דחקלאי', כותב הרב קוק שהחובה לעיין בספרים לפני מתן פסק הדין, כוללת רק ספרי ראשונים, או ספריהם של גדולי הפוסקים, שהדיין יבטל דעתו מפני דעתם, אם ימצא שחולקים עליו. אך בספרי פוסקים מאוחרים, אין הדיין חייב לעיין לפני מתן פסק הדין, מדין "ספק ספיקא". היינו, קיים ספק, האם אמנם אותם פוסקים לא יסכימו עם הכרעתו של הדיין, ואף אם יחלקו עליה, ספק אם יקבל את דבריהם. לכן, אין לחייב את הדיין לעיין בספרי פוסקים מאוחרים לפני מתן פסק הדין, כאשר מראש לא רבים הסיכויים שעיון זה ישנה את עמדתו.

מחובת ההתייעצות אך כבר ראינו לעיל שכאן מדובר שבספר כתוב בדיוק הפסק שמחפש ושוב אינו מדמה כלל ולא מדובר פה במקרה שמדמה דבריו למה שכתוב בספר או שסתם דימה דבר לדבר ועיין בספר שבמקרה זה עדיין חייב להתייעץ.  
190. כמובן שהערה זאת מוציאה הרבה מהחידוש מהדין של עיון בספר כתחליף להתייעצות, ועיין לקמן במסקנות ההלכה.

למעשה, מן הראוי להעיר שבעניין זה קיים הבדל יסודי בין שיטת הפסיקה האשכנזית, לשיטת הפסיקה הספרדית. ככלל, ניתן לומר שהפוסקים האשכנזיים נטו להכריע הלכה על פי עיון בסוגיות התלמוד ודברי הראשונים, ותו לא.<sup>191</sup> לעיתים, יצטטו אמנם הפוסקים האשכנזיים מדברי פוסקים מאוחרים, אך אין הם רואים הכרח להכניס בפסקת ההלכה את שיקולי הפוסקים המאוחרים.<sup>192</sup>

לעומת זאת, שיטת הפסיקה הספרדית מקפידה בדרך כלל על פסיקה על פי כל מקורות ההלכה, החל מן התלמוד ומפרשיו הראשונים, וכלה בפוסקים המאוחרים ביותר, עד פוסקי זמננו.<sup>193</sup>

ייתכן שהיסוד להבדל זה נובע מהשקפות שונות בדבר המושג "רב". הפוסקים האשכנזים גרסו, ככל הנראה שהספרים אינם נקראים רבותיו של הפוסק, כיוון שרק רב חי, שממנו למד הפוסק, ראוי להיקרא רבו, או שספר אינו נחשב חכם הנמצא בעירו יותר מהתלמוד ודברי הראשונים, בהם עיין.

לסיכום, ראינו גישות שונות בעניין ההתייעצות בספרים. יש שראו בכך תחליף להתייעצות, ואף חייבו זאת. לעומתם, יש שטענו, שאין חובה לעיין בספרים, בודאי לא בספרי האחרונים. נראה שלשיטתם, העיון בספרים אינו יכול להוות תחליף להתייעצות מהסיבות שצויינו לעיל. למעשה, גם הפוסקים שסברו שאין חובה לעיין

191. עיין בהקדמה לשו"ת אגרות משה שכותב שעל כל פוסק לפסוק בכל שאלה הבאה לפניו ואין לו לחשוש לטעות בגלל הכלל שאין לדיין אלא מה שענינו רואות, ולמרות שהפוסקים היום לא נחשבים כמי שהגיעו להוראה בזמן התלמוד, נחשבים כך היום, ודי לפוסק בכך שיעיין היטב לפי דעתו בגמרא ובפוסקים (הראשונים) ויפסוק על פי סברתו. הוא אף מדגיש שכל מי שבא לפסוק על פי דבריו, יעיין תחילה בסוגיית התלמוד. בעניין זה הוא חולק במפורש על כמה מגדולי הפוסקים הספרדים, כגון התעלמות לב, והחיים שאל, שכתבו במפורש שאין היום לסמוך על הכלל שאין לדיין אלא מה שענינו רואות כיוון שזה נאמר בימי הראשונים שהיו גדולים בחכמה, ובדורנו אין לסמוך על זה, ולכן יש לעיין בספרי הראשונים והאחרונים ולפסוק על פי דבריהם ולא על פי הסברא. כנראה שמכך גם נובעת המחלוקת המעשית בשאלה, עד כמה יש לעיין בספרי אחרונים לפני מתן פסק הדין.

192. כן עיין בשו"ת נודע ביהודה יורה דעה, קמא, נה שכתב: "ואני תמה וכי אין צרי בגלעד הלא כמה רבנים גדולי הדור הקרובים אצלו ולמה בחר בדרך רחוקה וגם ראיתי שרום מעלתו בעצמו ידיו רב לו בפוליו. אך הואיל וקרא אענהו כפי מיעוט השגתי. וראיתי את מעלתו בונה וסותר בדברי הגאון בעל שב יעקב וחבריו בתשובת שב יעקב והדברים ארוכים, ואני אין דרכי לשום עיון בתשובות האחרונים חכמי זמננו ולא אפילו בקודמים לפנינו דור או שני דורות ודי לנו בהעמיק עיוננו בדברי התלמוד ופוסקים ראשונים והסמוכים להם עד הגיענו לבעלי שלחן ערוך אשר סדרו לנו שלחן מלא ברכת ה' ולא זולת זה בדברי תשובות שאחריהם שאין לנו להשען על הכרעתם יותר מעל הכרעותינו וא"כ למה זה נבלה זמנים באריכות דבריהם?". נראה שנגד דברים אלו יצאו חלק מגדולי הספרדים בספריהם.

193. התייחסות לעניין זה, ראה בשו"ת יביע אומר, לעיל הערה 184.



בספרים, הסכימו, שראוי לעיין בהם לפני כל פסק, וכך גם שמענו בע"פ מפוסקים שונים.<sup>194</sup>

## 2. ההתייעצות בספרים והתקדים המשפטי המנחה – ניתוח השוואתי

העיקרון הקובע שלתקדים יש ערך משפטי מחייב, מקובל היה בעיקר במשפט האנגלו-סכסי.<sup>195</sup> יחד עם עקרונות משפטיים אחרים, שהמשפט הישראלי "ירש" משיטת המשפט האנגלית, שהייתה נהוגה בארץ בתקופת שלטון המנדט, "ירש" המשפט הישראלי גם את עיקרון התקדים המשפטי המחייב.<sup>196</sup>

כיום, תחולתו של עיקרון התקדים המשפטי המחייב רחבה פחות מזו הקיימת במשפט האנגלי. לפי סעיף 33א לחוק בתי המשפט, תשי"ז – 1957, "בית משפט יונחה על ידי הלכה שנפסקה בבית משפט גבוה ממנו". סעיף 33ב קובע ש"הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון".

רבים עסקו בשאלה, האם אמנם עיקרון התקדים המשפטי המחייב קיים במשפט העברי.<sup>197</sup> העיסוק בכך אינו מעניינו של מאמר זה, אך ככלל נאמר, שאין המשפט העברי גורס שהדיין צריך להיות כפוף בפסיקותיו לתקדימים של פוסקים אחרים.

אמנם, מכל המוזכר בשני הפרקים הקודמים, ניתן להסיק, שחובת ההתייעצות בספרים, מקבילה או אולי זהה לתורת התקדים המשפטי המייעץ או המנחה, המוזכר בסעיף קטן א' של החוק, הקובע שבית המשפט יונחה על ידי הלכה שנפסקה בבית משפט גבוה ממנו.

משמעותו של סעיף 33א לחוק היא, שהשופט נדרש להתחשב בפסקי דין שנתקבלו בערכאות גבוהות ממנו, בבואו לפסוק את הדין. לא זו בלבד, אלא שהוא גם חייב לבדוק ולבחון, האם אמנם קיימים תקדימים, האמורים להנחותו בבואו לפסוק את הדין.

חובה זו, דומה מאוד לחובה שקיימת במשפט העברי, לדעת חלק מן הפוסקים, שאין הדיין רשאי לפסוק את הדין לפני שעיין בספרי הפוסקים, ובחן, האם הם דנו בשאלות דומות לאלו שהוא עוסק בהן, ובדק מה הייתה פסיקתם.

194. הגר"י אריאל, ועוד.

195. סקירה רחבה יותר בעניין זה, ראה: ד' ורהפטיג, "התקדים במשפט העברי", **שנתון המשפט העברי**, ו-ז (ירושלים תשל"ט-תשמ"ם), 107-108.

196. ביטוי לכך, עוד בטרם התקבל הדבר בחוק, יש בדברי השופט ויתקון בבג"צ 176/54, **נחום יהושע נ' ועדת ערעור לפי חוק הנכים ואח'**, פ"ד ט 617, 624: "ברור ונעלה מכל ספק, שבית המשפט סמך ידו על ההלכה האנגלית בדבר כוחו המחייב של התקדים בצורתה המוחלטת".

197. ראה: ורהפטיג, שם; מ' אלון, **המשפט העברי, תולדותיו מקורות עקרונותיו** (ירושלים תשנ"ח), כרך ב, עמ' 799-804.

את החובה שבחוק, לבחון דווקא את התקדימים של "בית משפט גבוה ממנו", ניתן להשוות לחובה להתייעץ דווקא עם חכם גדול ממנו.<sup>198</sup>

אולם נראה, שהדמיון חיצוני בלבד. כאמור, העיון בספרים אינו פוטר את הדיין מהתייעצות בלתי אמצעית עם חכם גדול ממנו, אם הנושא שנדון בספר אינו זהה או דומה מאוד לנושא בו הוא דן.<sup>199</sup> נמצא שלפי החוק, חייב השופט לעיין בפסקי בית המשפט הגבוה ממנו, אולם ההכרעה בשאלה, האם הנושא הנדון בהם והשיקולים המשפטיים שהובאו בהם רלוונטיים לנושא בו הוא דן היא בידיו. לעומת זאת, לפי המשפט העברי, דווקא בעניין זה עליו להתייעץ עם חכם גדול ממנו, בעוד שלאחר ההתייעצות, הוא חופשי לפסוק בניגוד לדעתו של המייעץ. במילים אחרות, החוק מחייב התייעצות על הדין הראוי, אך לא על הדימוי. המשפט העברי מחייב התייעצות על הדימוי ולא על הדין הראוי.

### ז. תוקפו של פסק דין שהתקבל ללא התייעצות

מה תוקפו של פסק דין שניתן ללא התייעצות, האם פסק הדין בטל, או שמא נאמר שפסק הדין קיים, על אף שהדיין חטא בכך שנמנע מלהתייעץ לפני מתן פסק הדין? ה'פנים במשפט'<sup>200</sup> הכריע, שלמרות שדיין שפסק את הדין מבלי להתייעץ נקרא "רשע", אין לבטל את פסק הדין, אם לא התברר שטעה. כראיה לדבריו, הוא מביא שתי הלכות ידועות בתלמוד, בהן, אין מפקיעים את תוקפו של מעשה, על אף שהמעשה אסור.

הלכה אחת היא המכונה דין "עני המהפך בחררה". ההלכה קובעת שמי שרכש חפץ שהעני ביקש לרוכשו, או עשה עסק עם אדם, שעה שהוא ידע שהעני ביקש לעשות את אותו עסק עם אותו אדם, נחשב כ"רשע". אף על פי כן, עובדה זו אינה גורמת לכך שהעיסקה תבוטל.

כמו כן, למרות שאמרו חכמים על דיין הנוטל שכר בטלה דלא מוכח,<sup>201</sup> שמעשיו מכוערים, אין הדבר גורם לביטול פסיקותיו.

198. אם כי, אין כל הכרח שהשופטים בבית משפט גבוה יהיו חכמים יותר או בקיאים בחוק יותר משופטים בבית משפט נמוך.

199. ביקורת חריפה על אלו המבקשים להסתמך על דברי פוסקים קדומים, ולהכריע דין על פי דימוי לדבריהם מבלי להתייעץ על כך עם גדולים מהם, ראה בדברי יד רמ"ה ומאירי לעיל, הערה 84.

200. פנים במשפט, שם.

201. עקרונית, אין הדיין רשאי ליטול שכר על הדין, אלא אם זהו "שכר בטלה", היינו, שכר על כך שביטל את עבודתו הקבועה ועקב כך הפסיד. כאשר יש לחכם עבודה קבועה המשולמת לו

גם ללא ראיות אלו, נראה שהגיון רב יש בדברי 'פנים במשפט'. חובת ההתייעצות אינה קשורה ישירות לפסק הדין, אלא לחובת הדיין להיות מתון בבואו לפסוק את הדין. הדיין רשאי גם לחלוק על החכם המייעץ, ולכן, ברור שאין לקבוע באופן החלטי, שכל דין שהתקבל ללא התייעצות, אינו נכון. אמנם, קיים חשש שמא מי שאינו מתייעץ יטעה עתה, או בעתיד. משום כך הוא אמנם מוגדר כ"רשע", אך כיון שיייתכן בהחלט שפסק דינו נכון, אין לבטל את פסק הדין כאשר הוא נכון מצד עצמו.

### ח. מעמדו של דיין שנמנע מלהתייעץ

אחר שדנו על תוקפו של פסק דין שהתקבל ללא התייעצות, מן הראוי שנדון במעמדו של דיין, שנמנע מלהתייעץ.

ה'פנים במשפט'<sup>202</sup> חידש, שגם פוסק שלא פסק בפועל הלכה למעשה, רק חשב לפסוק ולדמות מבלי להתייעץ נקרא שוטה רשע וגס רוח על כוונתו זאת, למרות שלמעשה הלך בסופו של דבר לחכם הגדול ממנו, והוא פסק את הדין.

כמו כן, כתב<sup>203</sup> שדיין שפסק דין מבלי להתייעץ נקרא "רשע" אף שלא טעה בדימויו.<sup>204</sup> ההגיון שבכך הוא, שרשעות הדיין אינה נובעת מן הטעות שבפסק הדין, אלא מחוסר המתינות בבואו לפסוק דין.

בעל 'פתחי משפט'<sup>205</sup> הביא במסגרת הדיון על חובת ההתייעצות, את דבריו של רבי יעקב ב"ר שמואל, אב"ד צויזמיר, שפסק שמורה הוראה שטעה בדינו אין מעבירים אותו מתפקידו,<sup>206</sup> וכן את דבריו של מהרש"ל,<sup>207</sup> שפסק לגבי מי שהוחזק כמורה הוראה, וטעה, אפילו בדבר ערווה, שאין מנדים אותו, לא מורידים אותו מגדולתו,<sup>208</sup> ולא מכלימין אותו.

לפי שעות, הרי זה שכר בטלה שמוכח, כיון שידוע וברור שהדיין הפסיד כסף עקב כך שנאלץ לדון. אבל, כאשר אין לחכם עבודה קבועה, אלא לעיתים הוא עובד ולעיתים לא, הוא רשאי אמנם ליטול מן המתדיינים שכר, בטענה שהיה יכול אולי למצוא עבודה אחרת באותו זמן. שכר זה נקרא שכר בטלה דלא מוכח, כי לא ברור שבאמת הדיין הפסיד מן הצורך לשבת בדין. שכר כזה אסור לדיין ליטול על פי הלכה, אך אין מבטלין את פסק דינו של דיין שנטל שכר בטלה דלא מוכח.

202. פנים במשפט י, ד.

203. שם, ז.

204. עיין שם, שמביא ראייה לדבריו.

205. פתחי משפט, י.

206. שו"ת בית יעקב לא

207. ים של שלמה יבמות טז, יא.

208. הים של שלמה (שם) כתב שרבינו ירוחם הביא את דברי הרמ"ה בעניין התרת עגונה, שבכל דבר שחכמים קבעו שאין מעדיין עליו אם יש חכם שהתיר, מנדין אותו. משמע שיש דינים

מדבריו משמע שלדעתו, אין לסלק דיין שפסק ללא התייעצות מתפקידו, אף אם הוא מוחזק כמורה הוראה, ואף שטעה בדינו. אבל, יש מקום לערער על דבריו. דיין או פוסק שטעה, אינו נקרא "רשע", משום שאם הטעות נעשתה בתום לב, אין סיבה להאשים את הדיין. לעומת זאת, דיין שטעה בגלל שעבר על חובת ההתייעצות, נהג שלא כדין, ראוי לכנותו "רשע", וממילא, ייתכן שראוי גם לסלקו מתפקידו.

ועוד יש לעיין, האם יש משמעות הלכתית לכך שהדיין שפסק דין ללא התייעצות נקרא "רשע". לעת עתה, לא מצאנו מי שדן בזה. ייתכן שאין לכבד דיין כזה, או לא למנותו לתפקידים חשובים.

ככלל, להגדרת אדם כ"רשע" ישנן משמעויות שונות בסוגיות התלמוד, אך מסתבר שלא נכון להשליך מהן לנידוננו. יש שהגדרת אדם כ"רשע" מתירה לבזותו, אך ספק רב אם ניתן לומר שמותר לבזות דיין שנמנע מלהתייעץ, בייחוד אם לא טעה בדינו. מסתבר שיש מקום להבחין בין דיין שנמנע מלהתייעץ בזדון, לדיין שנמנע מכך בשוגג, וכן, בין דיין שלא התייעץ על פסק דין קל לדיין שלא התייעץ על פסק דין חמור.

עוד יש לדון בשאלה, האם גם מי שלא התייעץ בשוגג נקרא "רשע"? מסתבר הדבר שאין להגדיר דיין שנמנע מלהתייעץ בשוגג כרשע, משום שחובת ההתייעצות נועדה להביא לכך שהדיין יפסוק את הדין במתינות. אם אמנם היה הדיין מתון בדינו, אלא שלא ידע שיש בעיר חכם הגדול ממנו, או שלא ידע שבמקרה שבו עסק חייבים להתייעץ, אין סיבה לקרותו רשע. ועוד יש להתייעץ עם גדולים מאתנו בחכמה, כדי שישבו על שאלות אלו.

## ט. סוף דבר

ההלכה העוסקת בחובת ההתייעצות, היא מן ההלכות ה"עניות" שלא זכו שרבים יעסקו בבירורן הלכה למעשה. ייתכן, שהסיבה לכך נובעת מן ההבדל בין המבנה החברתי שהיה קיים בעבר, למבנה החברתי שקיים בימנו. בעבר, גרו יהודים בקהילות קטנות, שלכל אחת מהן היה רב, שנחשב כ"גדול שבעירו". כיון שהקהילות היו קטנות, לא היו בהן תלמידי חכמים רבים, שחכמתם מרובה משל הרב המקומי, וכן, לא הייתה בעיה לפנות לרב בכל שאלה שהתעוררה. אי לכך, היישום המעשי של ההתייעצות היה נדיר, וייתכן שמשום כך, לא הרבו הפוסקים לעסוק בהלכה זו.

כיום, המציאות שונה. ישנן ערים גדולות, ובהם ב"ה תלמידי חכמים רבים שהם ברי סמכא לפוסק הלכה, לא פחות מן הרב המקומי. יתירה מכך, לרוב, הרב המקומי אינו

בהם אם חכם טועה כן מורידים אותו ממשרתו, ויתכן שגם בנדוננו, תלוי באיזה דין טעה.

פנוי להשיב על כל השאלות, והמצב שבו יש בעיר פוסקים רבים, מיקל על עבודתו. על כך יש להוסיף, שישנן ערים רבות, שבהן גרים תלמידי חכמים גדולים, מגדולי הדור, שאינם משמשים ברבנות. מצב זה מעורר שאלות רבות בכל הנוגע לחובתו של כל פוסק להתייעץ לפני מתן פסק הדין. משום כך, חשוב ביותר לברר היטב את ההלכה בעניין חובת ההתייעצות.

תחילה, ביקשנו לברר האם ההלכה בעניין חובת ההתייעצות קשורה להלכות אחרות הנוגעות להדרכה המורה לדיין להיות מתון בדין, לאיסור לפסוק במקום רבו, או לאיסור לפסוק דין כאשר אין הפסיקה ברורה ופשוטה לדיין.

נוכחנו לדעת שלדעת הרמב"ם, הטור וה'שולחן ערוך', חובת ההתייעצות אינה קשורה לאחת מן ההלכות האלו, ואין ללמוד את גדריה מהלכות אלו. אלא היא בגדר הלכה מחודשת: בניגוד להדרכה להיות מתון בדין, שאינה בגדר חובה גמורה, חובת ההתייעצות היא חובה גמורה. בניגוד לאיסור לפסוק במקום רבו, חובת ההתייעצות קיימת כלפי כל חכם שגדול מן המתיעץ בחכמה, אף שאין הוא רבו. ובניגוד לאיסור לפסוק בדין שאינו ברור לדיין, חובת ההתייעצות קיימת, אף כאשר הדין הסופי פשוט וברור לדיין.

למדנו שהחובה להתייעץ, מהווה קומה נוספת על גבי הדין שאין לדמות מילתא למילתא. ולכן קיימת רק כאשר בתהליך הפסיקה משתמש הפוסק בדימוי מילתא למילתא, היינו, בהשוואה בין שני מקרים או שני דינים.

להרבה דעות חובת ההתייעצות אינה קיימת, כאשר הדימוי פשוט ביותר, "כביעתא בכוחא", ויש סוברים שאף כאשר הדימוי דומה ביותר למקרה שדן בו הפוסק, אין הדיין חייב להתייעץ, אף שאין הדבר פשוט "כביעתא בכוחא".

מצאנו שחובת ההתייעצות מוטלת על כל דיין, בין הגיע להוראה ובין אם לאו, אם יש בעיר חכם גדול ממנו. אף על רב העיר, ולדעת המבי"ט, אף על בית דין הקבוע שבעיר.

מצאנו שחובת ההתייעצות קיימת גם בהוראות הנוגעות לדיני איסור והיתר וגם בשאלות שבתוך ביתו.

ההתייעצות תהיה עם חכם הגדול בחכמה מן המתיעץ, הגר בעירו.

נראה שלמעשה, ניתן לסמוך על הפוסקים המתירים עיון בספרים כתחליף להתייעצות, ובלבד שהכתוב בספר יהיה דומה ביותר לנושא שבו עוסק הדיין.<sup>209</sup>

209. וזאת בצירוף השיטות שהזכרנו לעיל, הסוברות שאין חובה להתייעץ במקרים פשוטים, וכן אין חובה להתייעץ כאשר הדימוי הוא פשוט. יש להוסיף כי שמענו מהרב שלמה אבינר, שהיום שרוב השאלות כבר נידונו בספרים, נקראות כל השאלות, פשוטות ביותר "כביעתא

אין המתייעץ חייב לקבל את דברי המייעץ, משום שחובת ההתייעצות לא נועדה להגביל את עצמאותו כפוסק, אלא להביא לכך שיהיה מתון בדינו, וישמע דעה נוספת של תלמיד חכם גדול ממנו בטרם יפסוק את הדין. וזאת, בעיקר כאשר הוא עוסק בפסיקה על פי דימוי.

נעיר, שמתוך שיחות עם תלמידי חכמים רבים העוסקים בפסיקה בפועל, נוכחנו, שלא קיימת מודעות לחובת ההתייעצות, או שהיא נתפסת כעצה טובה בעלמא. החידוש הגדול העולה ממאמרינו הוא, שהשדרה העיקרית של הפוסקים: הרמב"ם, הטור, השו"ע, המהרש"ל, החיד"א, ערוך השלחן,<sup>210</sup> הרב עוזיאל, ועוד, ראו הלכה זו כחובה גמורה.<sup>211</sup> על פי זה, כל פרטי הדינים שנתבררו במאמר, נוגעים למעשה לרוב פוסקי דורינו. על כן באנו להעלות את הדברים על שולחנם של חכמים, על מנת שיביעו חוות דעתם בעניין.

נוסיף, שבמקורות רבים, מצאנו שגדולי הדורות הזהירו מפני הוראת הלכה בצורה חפוזה, על פי דימוי מילתא למילתא, והדגישו שיש להיזהר מכך בייחוד בדורות אלו, שבהם נחלשו הדעות. על כן, הורו לעיין היטב בספריהם של הפוסקים, ראשונים כאחרונים, לפני מתן פסק הדין, הן על מנת שיתחשב הדיין בדעתם והן על מנת שלא יטעה בדין מחמת השכחה.<sup>212</sup>

יהי רצון שנזכה תמיד לפסוק הלכה לאמיתה של תורה, ושנזכה לראות מהרה בכינונה של הסנהדרין שתפשוט את כל הספקות.

### י. נספחים

ראינו לנכון להביא לפני הקורא כמה מהתשובות שהתייחסנו אליהם בגוף המאמר הן מפאת חשיבותם והן על מנת שניתן יהיה להבינם היטב, בהיותם מוצגים בשלמותם.

בכותחא" ולכן אין חובה להתייעץ ויש להתייעץ רק כאשר עוסקים בשאלות חדשות שלא נידונו בעבר. ואכן, נראה, שכך נוהגים בפועל, וסומכים על העיון בספרים במקום התייעצות בעל פה, וכן הבאנו לעיל שכך שמענו מהרב יעקב אריאל.

210. **ערוך השולחן** חו"מ, סימן י.

211. כמובן, עפ"י פרטי הדינים שהובאו בגוף המאמר. ולא כדברי האומרים שדעת הרמב"ם והשולחן ערוך היא, שחובת ההתייעצות קיימת רק כאשר הדיין מסופק בדינו, וכפי שהארכנו להוכיח בגוף המאמר [פרק ג, (ד)].

212. ועיין **בשדי חמד** (עיון לעיל הערה 187), ומאמר **ריהטא דחקלאי** (שם), שהביאו הדרכות כלליות שראוי שכל פוסק ינהג בהם בבואו לפסוק הלכה.

**(א) שו"ת מבי"ט, א, רפ - התייעצות דייני בית דין קבוע, עם גדול מהם הנמצא בעיר**

הדרך הד', אם יש רשות לקהל לתקן ולעשות הסכמ' שלא יוכלו לדון אלא פלוני ופלוני אעפ"י שיש אחרים ראויים לדון כמותם, נראה דמצות מינוי דיינים היא הגדולים שבעיר בחכמה ושלמים יותר מאחרים בשבע מדות שמנו חכמים בדיינים, ואין אלו רשאים להסתלק מלהיות דיינים, אלא א"כ ידעו שיש לשם ראוי להוראה, וכמו שכתב הרמב"ם ז"ל פ' עשרים אבל אם הדור צריך לו אינו יכול להסתלק וקרין עליה ועצומים כל הרוגיה. וכן בני העיר חייבים למנות את זה שהגיע להוראה ולא אחרים שלא הגיע להוראה. וכיון שהגיע להוראה, נראה דיכולים למנותו אפילו יש אחרים גדולים ממנו, דכמו שהם יכולים להסתלק כיון שיש שם ראוי להוראה כדאמ', ה"נ הם יכולים למנות קטנים ממנו כיון שהם ראויים להוראה. והא דתניא "אחר חכמים לשיבה, אחר רבי אליעזר ללוד, אחר ריב"ז וכו', היינו מצוה לבעל דין, כדתניא "צדק צדק תרדוף הלך אחר בית דין יפה, אחר רבי אליעזר וכו', דהיינו למי שהולך לב"ד והם הבעלי דינים שהם יכולים לכופף זה את זה ללכת לפני ב"ד יפה על הדרך הנזכרת למעלה. ואפילו יש ב"ד מומחה קבוע בעי', ואפילו שנתמנה, אם בא לפניו דין שצריך לדמותו, צריך לימלך עם מי שגדל ממנו בחכמה וכמו, שכתב הרמב"ם ז"ל פ' עשרים. ונראה, דאין קהל יכולים לעשות הסכמה שלא ילכו לדין אלא לפני הב"ד שקבעו, אפילו הוא מומחה, אי איכא גדול ממנו, דהא מצווין הן הבעלי דינים לילך מן התורה אחר ב"ד יפה כדכתיב "צדק צדק תרדוף", כדאמר, ויכולין לכופף זה את זה.

**(ב) שו"ת מהרש"ל, סימן לה**

1. פירוש המושג – "תוקע עצמו לדבר הלכה"

ע"כ, באתי לחפש ולצדד זכות לאותו המורה באולי מליץ יושר אחד מיני אלף יהא עמו. ואף שאין נפקותא כ"כ בדין, שאם רוב הגאונים כנגדו הרי הוא כטועה בדבר משנה, כאשר אוכיח לקמון, מ"מ, כדי שלא יכלם בדין ויקרא ב"ד טועה, ע"כ מחוייבים אנו לחקור בזכות התנצלותו. ואם בכל החקירה והדרישה ליכא גברא דקאי כוותיה, מה נדבר ונצטדק, האלהים מצא עון עבדו, כי שגגת התלמוד עולה זדון, והצור יציל משגיאות. שלמה אמר בחכמתו "רע ירוע כי ערב זר ושונא תוקעים בוטח". ההוא מקרא צרפו וזקקו ר' יצחק במסכת יבמות בפ' ב"ש (ק"ט): "רעה אחר רעה תבא למקבלי גרים ולערכי של ציון ולתוקע עצמו לדבר הלכה". ואית ביה תרי לישני בתלמוד: ללישנא קמא מפרש, כל האומר אין לו אלא תורה כו' וללישנא בתרא מפר', כגון דאתא דינא קמיה וגמר הלכה ומדמי מילתא למילתא ואית לית רבא /ליה רבה/ ולא אזיל משאיל מיניה, כי הא דאמר ר' שמואל בר נחמני א"ר

יונתן, לעולם יראה דיין עצמו כאלו חרב מונחת לו בין יריכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו, שנ' הנה מטתו של שלמ"ה ששי"ם גבורים סביב לה מגיבורי ישראל כולם אחוזי חרב מלמדי מלחמה, איש חרבו על יריכו מפחד בלילות, דהיינו מפחד של גיהנם שדומה ללילה ע"כ הסוגיא. ואף שכתב באשר"י בפרק חזקת הבתים וז"ל: "ולפי מה שהגאונים פסקו בכל איכא דאמרי לישנא קמא עיקר ולפי שכך היה שגור ברוב העולם אלא שמקצת החכמים אמרו בע"א כו', ע"כ כן פסק הריב"א", א"כ משמע, דבכל מקום הלשון ראשון עיקר והשני טפל לו, וכן דעת הריטב"א ובסוגיא זו נמי נימא הכי, מ"מ, נראה כאן דלכ"ע לישנא בתרא עיקר, מאחר שאמר ואיבעית אימא ואינו דומה לא"ד, וזהו מובן, וכן הביאו הרי"ף והרא"ש לישנא בתרא לפסק הלכה בפ"ק דסנהדרין, אלמא שהוא עיקר. ועוד, הלא אפילו בא"ד רגיל לפסוק הרי"ף כלישנא בתרא שסידר רב אשי באחרונה שהוא עיקר, כמו שכתב האשר"י בשמו בפ"ק דב"ק, והוא גופיה פסק כה"ג בסוף הפרק, אלמא מה שכתב האשר"י בפר' חזקת הבתים לפי הגאונים, היינו אליבייהו וליה לא סבירא ליה. ותדע, שהוא גופי' פסק אח"כ בסוף המוכר פירות דהלכה כלישנא בתרא דא"ד, והיינו כדעת הרי"ף גאות שפסק כן בפ"ק דע"ז, וכאשר הביא הרא"ש וכן דעת הרמב"ם ורוב הגאונים, א"כ ק"ו גבי /איבעית/ איבעי אימא דלישנא בתרא הוא עיקר. ועוד, מאחר דהנך תרי לישני לא פליגי אהדדי, א"כ כולם סלקי אליבא דהילכתא ושניהם אמת, וכאשר פסק האשר"י בריש פ"ק וז"ל "כל הני אוקימתא כולן הלכות פסוקות הם ולא פליגי אהדדי אלא מר אמר חדא" כו' וכה"ג פוסק בכמה דוכתי. ואפי' בשני פירושים אליבא דתלמודא, פוסק הרא"ש ששניהם אמת וסלקי אליבא דהלכה בפרק שור שנגח את הפרה (מ"ו): גבי אין נזקקים לתובע תחילה וכה"ג פסק מהרר"א בתרומת הדשן גבי עדות נשים, וכן חיבר בשערי דורא גבי כעינא דתורא כו', א"כ ק"ו בתרי לישני דתלמודא מאחר דלא פליגי ושניהם סברות ישרות הן, א"כ מכל הנ"ל נשמע דלישנא בתרא שהבאתי, עיקר הוא לכ"ע.

## 2. גדריה של חובת ההתייעצות

וא"כ, לפי זה אסור לכל מורה להורות ולדמות מילתא למילתא אם יש גדול במדינה. וא"ל דווקא בדאית ליה רבא במתא קאמר תלמודא דאסור, דהא סתמא קאמר תלמודא "ואית ליה רבא" ולא קאמר 'במתא'. ועוד, דאי במתא איירי, מאי אריא דאסור משום דלא שאל מרביה, ת"ל דמורה במקום רבו.

ואפי' קבלו עליהם שני הצדדים, מ"מ היה לו למנוע מלהורות, ופשיטא שכה"ג נקרא שוטה רשע וגס רוח, מאחר שקפץ בהוראה.

ומן הנראה, אפי' כשאינו מדמה מילתא למילתא, אפ"ה היה לו למנוע עצמו מלקפוץ בהוראה, וכן יראה מדברי מהר"ם שפסק כנדון דידן, וז"ל: "כל פסק שאדם



רואה בפיו בספר מספרי הגאונים יכול להורות בימי רבו ואפיו תלמיד גמור רק שלא יורה דבר מלבו ולא יסמוך על ראיותיו ולא ידמה מילתא למילתא ע"כ.

ושמענין מיניה תלת מילי: **חדא**, אפיו מי שהוא ראוי להוראה וראה פסק אחד שמותר להורות, אפ"ה אינו מורה אלא בימי רבו. ולא בפניו, מדלא אמר רבותא אפילו בפני רבו רק בימי רבו קאמר, ומדקאמר אח"כ אפיו תלמיד משמע דלעיל מיניה איירי אפילו באדם גדול שהגיע להוראה. וא"ל דלעיל כל אדם, ומי שהוא מוחזק להוראה אפיו בפני רבו מותר והא דכתב בימי רבו משום הך שריותא גבי תלמיד שכתב אחריו קאמר הכי, דזה אינו מותר אלא בימי רבו ולא לפני רבו, אבל לעולם בעל הוראה שרי בכל עניין, א"נ, משום הא לא כתב רבותא ברישא דאפיו בפני רבו מותר בעבור הסיפא שלא ידמה מילתא למילתא ולסמוך על לבו דאסור אפילו בימי רבו. ז"א, מדלא כתב מהר"ם בזה הלשון כל פסק שאדם רואה בפיו כו' אפיו הוא תלמיד גמור יכול להורות בימי רבו, ומדאפליג מהר"ם לתרתי בבי לשנות הלשון, כדי לאשמועינן דאפילו בעל הוראה ואדם גדול לא שרי אלא בימי רבו ולא לפניו, דלא תימא דווקא אתלמיד קאי שאסור לפני רבו אלא בכל עניין אסור. **תניינא**, דלאו דווקא מדמה מילתה קאמר תלמודא דאסור בלא שאילת רבו, אלא אפילו הראייה שמדקדק ושקיל וטרי מן התלמוד והגאונים אסור, א"ל שראה בפיו בפסקי הגאונים, כמו שכתב מהר"ם לעיל. **תליתאי**, דלא תימא דווקא היכא שנתאמץ וקופץ להוראה אסור, אבל מי שקבלוהו שני הצדדים עליהם שרי בכל עניין דהא מדכתב מהר"ם כל פסק כו' משמע בלא פלוג לעולם אסור מדן[לא] כתב סתמא וממילא ידעינן דקאי אכל דבר בין אהוראות איסור בין אממון אלא לאשמועינן אפילו כה"ג שפיו אפ"ה אסור אם כן ע"כ סוגיא דתלמודא בפר' ב"ש אפיו רבו אינו אצלו מ"מ אסור. וא"ל דוקא כשיש לו רבו מובהק אבל כשאין לו רבו מובהק וק"ו שאינו מובהק דשרי אפילו כשיש גדול ממנו בעיר אצלו והוא במדינה, ז"א, מדלא כתב תלמודא בקצרה ולא אזיל ושאל שמעתא מרביה, דאז הוה משמע כפשוטו דאיירי ברביה, אלא כך כתב תלמודא "ואית ליה רבא ולא אזיל" כו', **כלומר**, שיש לו אדם גדול ממנו אפילו אינו רבו וג"כ אינו אצלו, אפ"ה אסור היכא דרוצה לדמות מילתא למילתא ולסמוך על ראייתו. וכאשר פירשתי סוגית התלמוד, כן מובן מדעת הרמב"ם להדיא שכתב בפ"כ דהלכות סנהדרין (ה"ח) וז"ל "כל דין שבא לפניו דין והתחיל לדמותו לדין פסוק שכבר ידע ויש במדינה גדול ממנו בחכמה ואינו הולך ונמלך בו הרי הוא בכלל הרשעים שלבם גס בהוראה ואמרו חכמים רעה על רעה תבא לו". אלמא, ממש כדברי...

## “למען תלך בדרך טובים” – על הפסיקה לפני משורת הדין

### הרב ירון אונגר

- א. מבוא / 442  
 ב. מקורות המחייבים פסיקה לפני משורת הדין / 446  
 ג. מקורות השוללים פסיקה לפני משורת הדין / 455  
 ד. דרכים ליישוב הסתירות בין המקורות השונים / 460  
 ה. רמות שונות של “לפנים משורת הדין” / 467  
 ו. פסיקה לפני משורת הדין, בכפיה / 471  
 ז. רחמים על הגורם נזק בפשיעה / 476  
 ח. לפני משורת הדין לטובתו של עבריין / 477  
 ט. מעמדו של הציבור / 479  
 י. לפני משורת הדין בענישה / 483  
 יא. סוף דבר / 486

### א. מבוא

מאז ומתמיד התחבטו חכמי המשפט בשאלות של משפט ומוסר, דין וצדק. טבעו של המשפט הוא, שהוא נוקשה, קבוע ומנוכר לתנאי החיים המשתנים. לכן, לא אחת הוא מביא לתוצאות הסותרות את הצדק ואת רגש המוסר האנושי הטבעי. מצב זה מביאנו לשאול מדי פעם, האם אין תכלית המשפט לכונן עולם צודק יותר? ואם אין המשפט משפט צדק, האם יש הצדקה לקיומו?

ביטוי חריף לסתירה לכאורה, הקיימת בין משפט למוסר, מוצאים אנו בסוגיית הפשרה, שם נשאלת השאלה, כיצד ייתכן שדוד עשה “משפט וצדקה” כפי שמסופר עליו בספר שמואל<sup>1</sup>, “והלא כל מקום שיש משפט, אין צדקה, וצדקה, אין משפט!”<sup>2</sup>. אף על פי כן, כמעט בכל מקום בכתובים, בו מוזכר המשפט, מוזכרת לצדו החובה לעשות צדק.<sup>3</sup> דבר זה כשלעצמו, די בו כדי להעיד שמשפט התורה מעולם לא קיבל

1. שמואל ב ח, טו, וכן בדברי הימים א, יח, יד.
2. סנהדרין ו, ב.
3. ראה למשל: דברים א, טז; ד, ח; מלכים א י, ט; ישעיהו א, כא; ט, ו; יא, ד; לב, טז; לג, ה; נח, ב; נט, יד; ירמיהו ד, ב; ט, כג; כב, ג; טו, כג; טז, כג; טז, כז; לג, יד, טז, יט; עמוס ה, ז, כד; תהלים צט, ד.

את הסתירה שבין משפט לצדק כדבר מובן מאליו וכגזירה משמים, שיש להשלים עמה. אדרבה, המגמה היא לכונן משפט צדק.<sup>4</sup>

באופן ציורי, מספרים לנו חכמינו,<sup>5</sup> שבשעה שביקש הקב"ה לברוא את עולמו, חשב לברוא במידת הדין. רק לאחר שנוכח שאי אפשר לעולם להתקיים במידת הדין, שיתף בהנהגת עולמו את מידת הרחמים.

ההבדל בין בריאה לקיום הוא למעשה ההבדל שבין משפט לצדק. הבריאה היא חד פעמית, תפקידה לכונן את המסגרות לקיומו של עולם. היא קודמת לעולם, וככזו, אין היא מתחשבת בשינויים שיעברו על העולם ובתמורות העיתיים. מאוחר יותר, יהיה אמנם צורך לקיים את העולם, לדאוג לכך שהמסגרות ישרתו היטב את החיים, בכל מצביהם המשתנים. לשם כך תידרש מידת הרחמים.<sup>6</sup>

מידת הדין נצמדת למסגרות הבריאה, מבלי להתחשב בצרכי החיים המשתנים. לעומתה, מידת הרחמים רואה לנגד עיניה את תנאי החיים השונים, את קשייהם של בני אדם ואת חולשותיהם, ומבינה, שכל עוד לא הגיע האדם לשיא שלמותו, אין לתבוע ממנו התאמה מוחלטת למסגרות הבריאה, למידת הדין. תביעה כזו, עלולה להביא את האדם למאסת הדין, לבעיטה במסגרות, ובסופו של דבר, להחרבת עולם.

רבי יוחנן לימד, שקביעה זו אינה בגדר רעיון נאה גרידא, אלא היא הפכה לממשית בהיסטוריה של עמנו, שכן, "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה".<sup>7</sup> ופירשו חכמים: "שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו לפנים משורת הדין".<sup>8</sup> על כן, מצווים אנו לדאוג לקיומו של עולם באמצעות הפסיקה לפנים משורת הדין.<sup>9</sup>

4. על עניין זה עמד גם השופט ברנזון בד"צ 22/73 **בן שחר נ' מחלב**, פ"ד כח(2), 91, 96, באומרו: "אצלנו, אולי יותר מאשר אצל כל עם אחר, משפט וצדק הם שמות נרדפים, והמושג משפט צדק מושרש עמוק עמוק בתודעת העם".

5. ראה: **בראשית רבה** יב, טו; **מדרש ילמדנו** (מאן), ילקוט תלמוד תורה, בראשית, א; **ילקוט שמעוני** בראשית, רמז יט, ד"ה בשתי אותיות.

6. ראוי שנעיר, שלכאורה, פרשנות זו אינה עולה בקנה אחד עם פרשנותו של רבנו ניסים (דרשות הר"ן, דרוש יא) למושג "משפט צדק". לדעת הר"ן, משפט הצדק הוא, משפט המבטא צדק אלוקי, נעלה מן הצדק האנושי, הנובע מצרכי החיים המשתנים. לדבריו, התאמת הצדק האלוקי לצרכי החיים המשתנים היא מתפקידיו של המלך, לא מתפקידם של דיניי ישראל, האמורים לכונן מערכת משפטית אידיאלית, המכונה "משפט צדק". השוה דבריו גם לדברי **נחלת יעקב** (מליסא), פרשת שופטים. רבים דנו בהרחבה בדברים אלו של הר"ן, ובמשמעותם לימינו. ראה למשל: הגריא"ה הרצוג, **תחוקה לישראל על פי התורה** ב, ג, סעיפים ז, ח (מעמ' 74).

7. **בבא מציעא** ל, ב.

8. שם, והשווה לנאמר שם, פח, א: "מפני מה חרבו חנויות...".

9. מן הראוי להעיר שקיימות במשפט העברי דוקטרינות נוספות לפסיקה שלא על פי דין, כגון "מכין ועונשין שלא מן הדין", בתחום הענישה (ראה מאמרו של פרופ' ח' בן מנחם, **ענישה שלא מן הדין**, המתפרסם בקובץ זה), וכן כסנקציות נגד אלמים, בעיקר במסגרת קביעת סדרי

בהקשר זה מן הראוי לציין שבחוק הישראלי, כמעט ואין התייחסות לנושא הפסיקה לפני משורת הדין.<sup>10</sup> בפסיקת בתי המשפט, אין אנו מוצאים בדרך כלל, פסיקות שיש בהן משום לפני משורת הדין. כאשר השופט מרגיש שהמשפט אינו מביא לצדק, הוא יעדיף לרוב להביא לתוצאה של משפט צדק, באמצעות פרשנות של החוק, שתהיה תואמת ככל שהדבר ניתן, למוסר ולצדק, בהתאם להשקפת עולמו של השופט.<sup>11</sup>

דיון מעניין ונדיר בשאלת הפסיקה לפני משורת הדין, התקיים במסגרת הדיון בבית המשפט העליון בע"א 350/77.<sup>12</sup> בפסק דינו, קבע השופט אלון כי בעיקרון -

במערכת משפטנו אין כופין על האדם לנהוג לפני משורת הדין, והדבר מסור ליזמתו ולרצונו של בעל הדין. אך דומה כי הבעת משאלה כזו, בנסיבות מסוימות, יפה לה שתבוא מצד השופט היושב על מדין

בהמשך, מפנה השופט אלון לדברים שכתב בעניין זה בספרו 'המשפט העברי',<sup>13</sup> ופונה אל המערערת בלשון זו -

אני כשלעצמי, משאלה היא עמדי שהמערערת שהדין עמה תנהג לפני משורת הדין ותפצה את המשיבים כפי שעלה במחשבתה תחילה. או אז תקיים את אשר הורונו החכם מכל אדם: "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור".

- הדין (ראה בהרחבה, נ' רקובר, **שלטון החוק בישראל**, ירושלים תשמ"ט, 107-136). במאמר זה, דוקטרינות אלו אינן מעניינותנו. ייחודה של הפסיקה "לפנים משורת הדין" הוא, שהיא נותנת כוח ביד השופט לחרוג מן הדין כאשר יש צורך בדבר, אף כאשר המתדיינים הם אנשים רגילים, שלא חטאו ולא פשעו, וממילא, אין סיבה להפעיל נגדם סנקציה שלא מן הדין.
10. "כמעט", משום שכחריג לכלל זה, ניתן להביא את סעיף 132 לחוק הגנת הדייר, נוסח משולב, תשל"ב-1972, העוסק בסילוקו של דייר מדירה ששכר בגין פיגור בתשלום שכר הדירה, בו קבע המחוקק ש"על אף קיומה של עילת פינוי, רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינוי, אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לתתו" (ס"ק (א)). וכן, שאם "ניתן פסק דין בתביעת פינוי, והוגש עליו ערעור, רשאי בית המשפט לערעורים לשקול מחדש אם היה זה צודק לתת את פסק הדין" (ס"ק (ב)).
11. דיון נרחב בעניין זה, נעשה בדנ"א 2401/95, **רותי נחמני נ' דניאל נחמני 21 אח'**, פ"ד נ(4), 661.
12. ע"א 350/77, **כיתן בע"מ נ' שרה וייס ואח'**, פ"ד לג(2), 785. דיון נוסף בעניין זה, אם כי פחות נרחב, ראה בע"א 216/80 **בוניאר נ' שיכון עובדים בע"מ ואח'**, פ"ד לח(2), 561, 569-570.
13. מ' אלון, **המשפט העברי תולדותיו מקורות עקרונותיו** (ירושלים תשנ"ח), כרך א, עמ' 148-137.

אולם, השופט שמגר הסתייג מדבריו של השופט אלון בעניין זה, תוך שהוא מציג את החסרונות שיש בפסיקה לפנים משורת הדין, ההופכת לשיטה בפסיקה. ואלו דבריו - מסתייג הנני בתכלית מן המגמה העולה מבין השיטין בדברי חברי הנכבד, שלפיה רצוי להעניק לתשלום לפנים משורת הדין מעמד כללי וממוסד בדיני הנזיקין... גישה כאמור תוביל בהכרח להגשת ערעורים בלתי מבוססים ותוסף בכך לקשיים שבהם מתלבטים בתי המשפט, שהרי אם אין חייבים לסמוך על קבלות טענות המעוגנות בדין דווקא כדי לזכות בפיצויים, מדוע לא למצות את כל ערכאות השיפוט עד תומן?

כדי שלא יטעה הקורא לחשוב, שהשופט שמגר חס רק על זמנם ומרצם של השופטים, הוא מוסיף -

איני חרד כאן לזמנו של בית המשפט, אלא לתוצאה הנגררת והיא פגיעה באותם מערערים אשר יש יסוד לערעורם ואשר יצטרכו לחכות זמן רב עוד יותר להכרעה בעניינם.

בהמשך, מסביר השופט שמגר שהתנגדותו לפסיקה לפנים משורת הדין אינה נובעת משיקולים מעשיים גרידא, אלא -

מערכת משפט הזונחת - כשיטה - את התחומים שהותוו בדין המהותי ומוסיפה, כנדבך חלופי נוסף וכשיטה, את ההמלצה על מתן פיצויים לפנים משורת הדין, פועלת בהכרח על פי אמות המידה הערטילאיות, ואם נדייק - גם המקריות - של השופט היושב על מדין בתיק מזדמן, ומביאה במשך הזמן לטשטוש של הדין ולפגיעה בזכויות הצדדים. בשל היעדר אמות מידה ברורות עלול הדבר להביא לא אחת, למעשה, גם לתוצאה שהיא בגדר איפה ואיפה.

לאור זאת, הוא קובע -

המלצה לבר-משפטית אשר לפי עצם טיבה יכולה לשמש בנסיבות יוצאות דופן בלבד, אין להפכה בשיטה כשלנו לכלל מנחה, כי הדבר נוגד מהותה.

השופט אלון אינו מתרשם מטיעונים אלו. בדברי תשובתו לדברי השופט שמגר הוא מדגיש -

אין עניני בשיטה. לדעתי מן הראוי שבנסיבות מסוימות יביע בית המשפט משאלה שההיענות לה... נתונה לגמרי לשיקול דעתה של המערערת, ולא הייתי מציע לטשטש את הגבול בין פטור וחייב.

בהתייחסו לחששות שהעלה השופט שמגר מהפיכת הפסיקה לפנים משורת הדין לשיטה, הוא אומר -

אין חלקי עם החוששים מטשטושה של מידת הדין, באם נביע את דעתנו, ונחדיר לתודעתם של המתדיינים, שבנסיבות מסוימות מן הראוי לילך לפנים משורת הדין. בית המשפט, אשר מכריע על-פי שיקולים שבצדק ויושר, שבתקנת הציבור ותום לב, שבזכות עמידה ומניעת אפליה בעניינים שהנפש והרכוש תלויים בהם ואין אנו חוששים לחוסר אמות מידה ברורות ולתוצאה של איפה ואיפה, חזקה עליו שישכיל לבור לו דרכו בסוגיא זו שמשפט ומוסר נשקי אהדדי, וחזקה עליו, שישקול היטב, בהתאם לנסיבות כל עניין ועניין, בטרם יביע משאלתו, ומשאלה בלבד, לפצות, בצורה זו או אחרת, את הניזוק לפנים משורת הדין.

ולבסוף, בנוגע לחשש שמא הפסיקה לפנים משורת הדין תכביד על העומס המוטל על בית המשפט, הוא אומר -

ייתכן אולי, כאשר בעלי הדין יכירו בערכה של ההליכה לפנים משורת הדין במקרים הראויים לכך, ימעטו בהתדיינויות אין ספור – שלא תמיד מחוייבות המציאות הן – לשם מיצוי הדין, ובכך אולי יוקל במידת מה מהעומס הכבד המוטל על בתי המשפט.

לכשנדון בסוגיות השונות ובדברי המפרשים בכל הנוגע לפסיקה לפנים משורת הדין, נמצא שלמרות שככלל, מעודד המשפט העברי את האדם מישראל לנהוג עם זולתו לפנים משורת הדין, לא תמיד הייתה תמימות דעים בין הפוסקים בשאלה, האם ראוי לדיין שיפסוק לפנים משורת הדין. הן היתרונות, והן החסרונות של הפסיקה לפנים משורת הדין, כפי שהוצגו על ידי השופטים אלון ושמגר, היו קיימים בתודעתם של חכמי ישראל בכל הדורות, ודרכים שונות הוצעו, להתגבר על החסרונות שבפסיקה לפנים משורת הדין מחד, ומאידך, לדאוג לכך שמשפטם של הדיינים יתרומם למדרגת משפט צדק, וכך, יזכו הדיינים להיות שותפים להקב"ה במעשה הבריאה, ולא חלילה, מחריבים את עולמו בהעמידם את דיניהם תמיד, לפי שורת הדין.

### **ב. מקורות המחייבים פסיקה לפנים משורת הדין**

ביסודו של הדיון, ראוי לבחון את המקורות לפסיקה לפנים משורת הדין. בחינת מקורות אלו, תוך שימת הדגש על המיוחד שבכל אחד מהם, תסייע בידנו לדלות מהם את העקרונות המעשיים, בכל הנוגע לפסיקה לפנים משורת הדין.

בסוגיות התלמוד, ישנם שלושה מקורות לפסיקה לפנים משורת הדין:

א. "ועשית הישר והטוב"<sup>14</sup> – על אף שבתלמוד, מוזכר מקור זה בעיקר כיסוד להתקנת תקנות שאינן על פי דין, מתוך המגמה לעשות את הישר והטוב, ולא לפסיקה שלא על פי דין, למעשה, ניווכח שרבים ראו במקור זה יסוד גם לפסיקה לפני משורת הדין.

ב. "והודעת להם את הדרך... ואת המעשה אשר יעשון"<sup>15</sup> – חכמים למדו שהוראת המעשה אשר יעשון, היא ההוראה לנהוג לפני משורת הדין.

ג. "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמר"<sup>16</sup> – אף פסוק זה מספר משלי, שימש מקור לחכמים לפסוק דין, לפני משורת הדין.

מקור נוסף, שלא הוזכר בתלמודים כמקור לפסיקה לפני משורת הדין, אך הוזכר ככזה על ידי מפרשי התורה הוא, הפסוק שבפרשת שופטים: ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך... לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"<sup>17</sup>.

#### (א) "ועשית הישר והטוב"

בפרשת ואתחנן, מצווה התורה: "שמור תשמרון את מצות ה' אלוהיכם ועדתיו וחקיו אשר ציון: ועשית הישר והטוב בעיני ה'".<sup>18</sup> רש"י,<sup>19</sup> מפרש על אתר, שעשיית הישר והטוב היא "פשרה ולפנים משורת הדין".<sup>20</sup> ובמקום אחר<sup>21</sup> מפרש, שהטוב הוא טוב בעיני שמים והישר, הוא הישר בעיני הבריות.

כלומר, באה התורה לצוות, שמעבר לכל המצוות, העדות והחוקים שצוינו בהם בתורה במפורש, עלינו לנהוג לפי הישר והטוב, דהיינו, על פי נורמות ראויות בעיני שמים ובעיני הבריות.

14. דברים ו, יח.

15. שמות יח, כ.

16. משלי ב, כ.

17. דברים יז, י-יב.

18. דברים ו, יח. אמנם ראוי להעיר שרוב מוני המצוות לא מנו את "ועשית הישר והטוב" כמצווה בפני עצמה, אך אין בכך כדי לקבוע שאין מדובר בחיוב גמור. זאת משום שדרכם של מוני המצוות למנות רק הוראות ברורות ומוגדרות, ולא הדרכות כלליות. אמנם, הרמב"ן (ויקרא יט, ב), כתב: "אחרי אזהרת פרטי הדין בכל משא ומתן שבין בני אדם... אמר בכלל, ועשית הישר והטוב, שיכניס בעשה היושר וההשויה וכל לפני משורת הדין לרצון חבריו". מדבריו משמע שהבין את החיוב לעשות את הישר והטוב כמצוות עשה. אך בהשגותיו לספר המצוות לרמב"ם, לא מנה את עשיית הישר והטוב כמצוות עשה בפני עצמה.

19. רש"י שם.

20. בחלק גדול מנוסחי רש"י, הושמטה האות 'ר', שלפני "לפנים משורת הדין". השמטה זו היא משמעותית ביותר, משום שממנה עולה שדין הפשרה יסודו במגמה להכריע את הדין "לפנים משורת הדין", ולפי זה, נוכל ללמוד הרבה על רשות הדין לפסוק לפני משורת הדין, מן המוזכר בדין הפשרה. ראה גם להלן, ליד ציון הערה 82.

21. רש"י דברים יב, כח, ע"פ תוספתא שקלים ב, ב.

הרמב"ן,<sup>22</sup> הרחיב בעניין זה וכתב -

זה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוני הישוב והמדינות כלם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון לא תלך רכיל (ויקרא יט, טז) לא תקום ולא תיטור (שם, יח), ולא תעמוד על דם רעך (שם, טז), לא תקלל חרש (שם, יד), מפני שיבה תקום (שם, לב), וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין, וכגון מה שהזכירו בדינא דבר מצרא, ואפילו מה שאמרו (יומא פו, א) פרקו נאה ודבורו בנחת עם הבריות, עד שיקרא בכל ענין תם וישר.

בלשון הכתובים, הישר הוא היפוכו של הרשע או של חסר הלב.<sup>23</sup> מכאן, שדרישת היושר אינה תובעת מן ההאדם להתעלות על עצמו, אלא לנהוג כפי הראוי לכל בן אנוש.<sup>24</sup>

ה"טוב" ככל הנראה מעלה נוספת, על גבי ה"ישר", מעלתם של בעלי רמה מוסרית גבוהה מן הרמה המינימאלית הנדרשת מכל בן אנוש.

בתלמודים, משמשת החובה לנהוג בדרך הישר והטוב, כנימוק לקביעתן של תקנות שאינן על פי דין, ולא כנימוק לפסיקה לפני משורת הדין.<sup>25</sup> ואלו התקנות:<sup>26</sup>

א. **"דינא דבר מיצרא"** – חכמים הורו<sup>27</sup> שכאשר שניים מעוניינים לקנות שדה, ולאחד מהם שדה הגובלת באותה שדה, יש לתת עדיפות למי ששדהו גובלת

22. רמב"ן דברים ו, שם.

23. ראה למשל: **משלי ב**, כא-כב; **שם יא**, ה; **שם טו**, כא; **שם כא**, כט.

24. תביעה זו דומה לתביעה שלא לנהוג ב"מידת סדום". כידוע, ההלכה היא ש"כופין על מידת סדום". בנוגע לכפייה על "לפנים משורת הדין", חלוקות הדעות, כפי שיבואר להלן, בפרק ו. נראה שההבחנה היסודית בין "מידת סדום" ל"לפנים משורת הדין" נובעת מאופיו של המעשה. "מידת סדום" היא מידתם של אנשים "רעים וחטאים" (**בראשית יג**, יג), המנצלים פרצות בדין על מנת להיות נבלים ברשות התורה. על כן, מן הדין למנוע זאת מהם, אף בכפייה. לעומת זאת, התנהגות "לפנים משורת הדין" היא ראויה, מוסרית, אך עדיין, אין לומר על מי שנמנע ממנה שהוא אדם רע.

25. מקור נוסף, יש בתוספתא הנזכרת לעיל בהערה 21, שם נאמר שכשבא הכהן "לתרום את הלשכה", כלומר, להוציא מן הכסף שנצבר בלשכה מתרומות בני ישראל לשם קניית קרבנות ציבור וכדומה, היו מפשפשים בבגדיו בכניסתו וביציאתו, ומשוחחים אתו כל זמן ששהה בלשכה, "לקיים מה שנאמר 'והייתם נקיים מה' ומישראל, ואומר: 'ועשית הישר והטוב'". גם במקרה זה, אין מדובר על פסיקה, אלא על תקנה שלא לפי שורת הדין, כדי לנקות את הכהן מחשד.

26. מעניין הדבר, ששתי התקנות נתקנו על ידי אנשי נהרדעא, שככל הנראה היו רגישים מחכמים אחרים, לצורך בהתקנת תקנות שיש בהן משום עשיית הישר והטוב.

27. **בבא מציעא קח, א**. פרטי הדינים: **רמב"ם שכנים, יב**; **שולחן ערוך חו"מ, קעה**.



בשדה הנמכרת. יתירה מכך, אף אם קנה אדם אחר את השדה, רשאי בעל השדה הסמוכה לסלקו ממנה, אחר שישלם לו את מחירה. בדין זה, המגמה לנהוג בדרך הישר והטוב, הביאה את חכמינו להתחשב בבעל שדה סמוכה, המעוניין לצרף את השדה הסמוכה לשדה שבבעלותו, ובדרך זו, לחסוך לעצמו הוצאות וטירחה בעיבוד שתי שדות מרוחקות זו מזו.<sup>28</sup>

ב. **"שומא הדר לעולם"** – אם לווה לא פרע למלוה את חובו, רשאי המלוה לפנות לבית הדין כדי שישום את מקרקעי הלווה, ויקבע איזו קרקע רשאי המלוה לגבות מן הלווה. לאחר מכן, רשאי המלוה לסלק את הלווה מן הקרקע שנקבעה כפירעון החוב. אף על פי כן, קבעו חכמים<sup>29</sup> שאם לאחר מכן, מצליח החייב להשיג כסף לפירעון החוב, מסלקים את המלוה מן הקרקע, והיא חוזרת ללווה, משום "ועשית הישר והטוב".<sup>30</sup>

28. לגבי "דינא דבר מיצרא" בחקיקה הישראלית, קיימים כמה הבדלים בין ההלכה לבין הנהוג במשפט הישראלי. מכוח "דינא דבר מיצרא" פסק הרמב"ם ש"אחד מן האחין או מן השותפין שמכר חלקו לאחר, מסלקין את הלוקח ונותנים לו שאר האחין או שאר השותפין דמים שנתן, והולך, כדי שלא יכנס זר ביניהן" (שכנים יב, ד). הלכה זו היתה מקובלת גם, להבדיל, על המשפט העותומני, שנהג בארץ עד לחקיקתו של חוק המקרקעין בשנת תשכ"ט (הרחבה בעניין זה, ראה אצל א' אייזנשטיין, **יסודות והלכות בדיני מקרקעין**, ב, תל-אביב תשנ"ו, עמ' 214-217). אף על פי כן, חוק המקרקעין ביטל את זכות הקדימה של שותף, וקבע במפורש ש"כל שותף רשאי להעביר חלקו במקרקעין המשותפים, או לעשות בחלקו כל עסקה אחרת, בלי הסכמת יתר השותפים" (סעיף 34א) **לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969**. להלן: חוק המקרקעין).

לקדימתו של בעל קרקע גובלת, המחוקק כלל לא התייחס, ומכאן יש להסיק שאין הוא מכיר בה (כפי שאכן הסיק אייזנשטיין, שם, עמ' 217). אמנם, החוק הכיר בזכות הקדימה, כאשר מדובר ב"מקרקעין שהם משק חקלאי... והם עברו בירושה... ליורשים אחדים במשותף" (סעיף 100א) (לחוק המקרקעין). במקרה זה, נקבע ש"לא יהיה יורש רשאי להעביר חלקו בהם לאחר, אלא אם הציע אותו תחילה ליורש בעל זכות הקדימה" (סעיף 101 לחוק המקרקעין). הוראה דומה נאמרה גם לגבי "מקרקעין שהם בבעלות משותפת של בני זוג, והם משק חקלאי או בית עסק המתנהלים על ידיהם במשותף או דירה המשמשת להם מגורים", לגבי מקרקעין מסוג זה נקבע ש"לא יהיה בן זוג זכאי להעביר חלקו לאחר אלא אם הציע אותו תחילה לבן זוגו" (שם).

29. **בא מציעא** טז, ב. פרטי הדינים, ראה ברמב"ם מלוה ולוה, כב, טז; **שולחן ערוך** חו"מ קג, ט. 30. לגבי דין "שומא הדר" בחקיקה הישראלית, נראה שהמחוקק ביטל דין זה כמעט לחלוטין. לפי החוק, לאחר שניתנה לנושה הזכות לממש משכון, אין לבעל המשכון כל זכות במשכון, וגם אם יצליח לגייס את סכום הכסף הנדרש כדי לפרוע את חובו, אין לו כל זכות לסלק את בעל חובו מן הנכס שהיה בעבר בבעלותו. לעניין זה, ראה בעיקר: סעיפים 18, 19 **לחוק המשכון, תשכ"ז – 1967**, וראה גם בע"א 555/71 **אמסטרדמר נ' מוסקוביץ ואח'**, פ"ד כו (1) 793, 805. אמנם, זכר קלוש לדין "שומא הדר", ניתן למצוא בסעיף 5 **לחוק השבת אבדה, התשל"ג – 1973**, הקובע שאם "זכה המוצא או המדינה באבדה... זכאי בעלה הקודם, תוך שנה לאחר הזכיה, לפדותה מהזוכה, או ממי שרכש אותה מן הזוכה שלא בתמורה, בתשלום שוויה בזמן הפדיון...." לעניין זה, ראה גם: מ' ויגודה, **חוק לישראל, השבת אבדה**, ירושלים תשנ"ב,

כאמור, עשיית הישר והטוב, במקורות אלה, משמשת נימוק לתקנות שאינן על פי דין, ולא לפסיקה שלא על פי דין. במילים אחרות, הציווי לעשות את הישר והטוב התפרש בתלמודים כציווי המקנה לחכמים סמכות חקיקתית, ולא סמכות שיפוטית לפסוק שלא על פי דין.

אף על פי כן, בספרות השו"ת, מוצאים אנו שימוש נרחב בעיקרון של "ועשית הישר והטוב", גם במישור הפסיקה. כך, למשל, על אף שמי שגר בעיר שנים עשר חודש, דינו כתושב קבוע, לעניין חיובו במיסים, נפסק<sup>31</sup> שכאשר ברור שאין בכוונתו של אדם להשתקע בעיר, ובאופן מקרי נשאר בעיר שנים עשר חודש, יש להקל מעליו את עול המיסים, משום "ועשית הישר והטוב".

בית הדין הרבני הגדול עסק בשאלה, האם חייב אדם לפצות את זולתו על הפרת חוזה, כאשר עקב ההפרה, נהנה זולתו מרווחים לא צפויים, שערכם רב מערך הפיצויים שנקבעו בחוזה על הפרתו.<sup>32</sup> הכרעת בית הדין הייתה, שלמרות שעל פי דין, ניתן לחייב את המיפר לשלם את הפיצויים, למעשה אין לעשות זאת, משום "ועשית הישר והטוב".

מצאנו אם כן שהציווי לעשות את "הישר והטוב", מהווה מקור שמכוחו ניתן לתקן תקנות שלא על פי דין, ואף לפסוק לפני משורת הדין.

### (ב) "אשר יעשון – זו לפני משורת הדין"

את הפסוק שבפרשת יתרו, בו מציע יתרו למשה: "והזהרתה אתהם את החקים ואת התורות והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון",<sup>33</sup> למד רב יוסף באופן הבא: "והודעת להם – זה בית חייהם (רש"י: ללמוד להם אומנות להתפרנס בו).<sup>34</sup> את הדרך – זו גמילות חסדים. ילכו – זה ביקור חולים. בה – זו קבורה. ואת המעשה – זה הדין. אשר יעשון – זו לפני משורת הדין".<sup>35</sup>

דרשה זו מוזכרת פעמיים בתלמוד. במקרה אחד<sup>36</sup>, מסופר על רבי ישמעאל ברבי יוסי, שקנה משא שנשא חברו, כדי להיפטר מן החובה לסייע לו להרים את המשא.

עמ' 85-86.

31. שו"ת דברי ריבות, נו.

32. ע"ר תש"ה 1/32, אוסף פסקי דין של הרה"ר לישראל, עמ' פו.

33. שמות יח, כ.

34. ואף זה, חידוש גדול הוא, שכן ריבוננו של עולם (!) מוצא לעצמו צורך לצוות על משה רבנו (!) שידאג לכך שבני ישראל ילמדו אומנות שיוכלו להתפרנס בה. וזאת, בסמיכות לציווי להורות לבני ישראל על קיום תורה ומצוות.

35. בבא מציעא ל, ב.

36. שם.

התלמוד הקשה, מדוע היה חייב לעשות כן, הרי מעיקר הדין היה פטור מן החובה לסייע בהרמת המשא, כדין "זקן ואינה לפי כבודו"? על כך השיב התלמוד, שאמנם נהג רבי ישמעאל ברבי יוסי לפנים משורת הדין, ובהקשר זה, מובאת דרשתו של רב יוסף.

במקרה השני<sup>37</sup>, מסופר על אישה שהראתה דינר לרבי חייא, ושאלה אותו, האם הדינר טוב או רע. רבי חייא השיב שהדינר טוב, אך כאשר באה האישה לשוק, לא רצו לקחת ממנה את הדינר, ואמרו לה הסוחרים שהדינר אינו טוב. כשסיפרה זאת לרבי חייא, הורה לרב, שהיה שומר על כספו של רבי חייא, להחליף לה את הדינר בדינר משלו. על פי דין, לא היה רבי חייא חייב לפצות את האישה על הנזק שנגרם בעקיפין עקב חוות דעתו, משום שהוא לא היה מומחה לעניין שעליו נשאל. לפי ההלכה, כאשר ידוע שנותן חוות הדעת אינו בקיא בנושא שעליו נשאל, אין לחייבו בנזיקין על נזק שנגרם עקב חוות דעת מוטעה, שכן במקרה זה, יכול נותן חוות הדעת לטעון, שידע מבקש חוות הדעת שאין הוא בקיא בנושא, וממילא, קיבל על עצמו את הסיכון שיינזק עקב טעות. התלמוד מסביר שאף על פי כן, פיצה רבי חייא את האישה, לפנים משורת הדין. ושוב, הובאה דרשתו של רב יוסף.

המשותף לשני המקרים הוא, שבשניהם, אין מדובר בפסיקה, ואף לא בהתקנת תקנות. המקרים עוסקים בהנהגות של חכמים כלפי עצמם. הנהגות אלו, אינן בהכרח מחייבות את זולתם. אולם, מדבריהם של בעלי התוספות ניתן להבין שלדעתם ניתן ללמוד מדרשתו של רב יוסף, שיש לחכמים גם כוח לפסוק לאחרים, לפנים משורת הדין.

דבריהם של בעלי התוספות מוסבים על המסופר בתלמוד<sup>38</sup>, על רב יהודה, שהלך אחר שמואל ב"שוקא דבי דיסא", כלומר, במקום שרבים מצויים שם, ועל כן, המאבד חפץ שם, מתיימש ממנו מייד. שאל רב יהודה את שמואל: "מצא כאן ארנקי מהו?", והשיב לו: "הרי אלו שלו". ושוב שאל רב יהודה: "בא ישראל ונתן בה סימן, מהו?", והשיב לו: "חייב להחזיר". לכאורה, פסיקה זו סותרת את קודמתה, בה קבע שמואל שהמוצא ארנק בשוק זה, זכה בו.<sup>39</sup> על כן, נשאלה השאלה: "תרתי?". שמואל השיב, שהוראתו האחרונה נאמרה משום "לפנים משורת הדין".<sup>40</sup>

37. בבא קמא צט, ב.

38. בבא מציעא כד, ב.

39. בעניין זה היה שמואל לא רק "נאה דורש", אלא אף "נאה מקיים", כמבואר להלן, ליד הציון להערה 112.

40. הרב ח' י' בלון: ניתן גם לפסק את הנאמר בסוגיה בדרך אחרת, לפיה נשאלה השאלה: "תרתי אמר ליה?" ועל כך באה התשובה: "לפנים משורת הדין". לפי דרך זו, הדיון האחרון לא התקיים בין רב יהודה לשמואל, אלא זהו דיון שמעורר מסדר התלמוד, הוא השואל והוא

בהקשר זה שאלו בעלי התוספות,<sup>41</sup> מדוע במקור זה, לא הוזכרה דרשתו של רב יוסף? משאלתם זו אנו למדים שלדעתם, דרשת רב יוסף אינה מוגבלת להנהגות של אדם כלפי עצמו, שכן, כאן מדובר על הוראה לאחרים.<sup>42</sup>

### (ג) "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור"

במסכת בבא מציעא<sup>43</sup> מסופר על סבליו של רבה בר בר חנה,<sup>44</sup> ששברו לו חבית של יין בעת שהעבירוה ממקום למקום. משנודע לרבה בר בר חנה על כך, נטל מהם את גלימותיהם. הסבלים פנו אל רב, כדי שיורה לרבה בר בר חנה להשיב להם את הגלימות. לאחר ששמע רב את סיפור המעשה, הורה לרבה בר בר חנה להשיב את הגלימות לסבלים. על כך תמה רבה בר בר חנה: "דינא הכי?<sup>45</sup>" ורב השיב: "איין,<sup>46</sup> למען תלך בדרך טובים" (רש"י:<sup>47</sup> לפנים משורת הדין).<sup>48</sup> ואכן, רבה בר בר חנה נשמע להוראת רב והשיב את הגלימות לסבלים. לאחר מכן, טענו הסבלים בפני רב: "עניי אנן וטרחינן כוליה יומא וכפינן ולית לן מידי (=עניים אנו וטרחנו כל היום, ורעבים אנו, ואין לנו דבר)". בעקבות זאת, הורה רב לרבה בר בר חנה לשלם לסבליו את שכר טירחתם (!). ושוב, שאל רבה בר בר חנה: "דינא הכי?" והשיב לו רב: "איין, וארחות צדיקים תשמור". מעשה זה מובא אף בתלמוד הירושלמי,<sup>49</sup> בשינויים, שעליהם נעמוד בהמשך.

למעשה, זהו המקור התלמודי היחיד שבו אנו מוצאים פסיקה לפנים משורת הדין, בדיון שבין תובע לנתבע. ייחוד נוסף הוא, שזהו המקור היחיד שבו נדרש אדם להפסיד ממון, כדי לנהוג עם זולתו "לפנים משורת הדין".<sup>50</sup>

המשיב.

41. תוספות, בבא מציעא שם, ד"ה לפנים.
42. בתשובתם של בעלי התוספות לשאלה זו, נעסוק בהרחבה, להלן, פרק ה.
43. בבא מציעא פג, א.
44. לפי חלק מן הגרסאות, בר בר חנן, או בר רב הונא (רי"ף, רא"ש).
45. השווה: בבא מציעא לט, ב; כתובות כז, ב.
46. לפי חלק מן הגרסאות, אין לגרוס את המילה "איין". על כך, ראה להלן, הערה 121.
47. רש"י בבא מציעא, שם, ד"ה בדרך טובים.
48. אבל, ראה להלן, הערה 114, שמדברי בעלי התוספות עולה שמנהג על פי "דרך טובים" אינו בגדר "לפנים משורת הדין".
49. ירושלמי בבא מציעא ו, ו (כו ע"א).
50. אמנם, ע"פ פירוש ריצב"א (להלן, הערה 76), פסיקת רב ספרא בדין ודברים שבין רוניא לרבינא (בבא בתרא ה, א), גם היא נובעת מן הצורך ללכת בדרכי טובים ובארחותיהם של צדיקים, וגם בה, נדרש רבינא להפסיד ממון, כדי לנהוג עם בעל דינו לפנים משורת הדין. מחותני, הרב ב' צ' קריגר, שמעתי על הגר"א נבנצאל, שסיפר לשומעיו, שהוזמן לחתונה של מכר שהתקיימה בצפון. על מנת להגיע לחתונה בזמן, הזמין הרב מונית, והודיע לנהגה שהוא

### (ד) "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"

בפרשת שופטים נאמר -

"פי ופלא מִמֶּךָ דָּבָר לְמִשְׁפָּט בֵּין דָּם לְדָם בֵּין דֵּין לְדֵין וּבֵין נֶגַע לְנֶגַע דְּבָרֵי רִיבֹת בְּשִׁעְרֶיךָ וְקִמְתָּ וְעָלִיתָ אֶל הַמָּקוֹם אֲשֶׁר יִבְחָר ה' אֱלֹהֶיךָ בּוֹ: וּבָאתָ אֶל הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם וְאֶל הַשֹּׁפֵט אֲשֶׁר יִהְיֶה בַּיָּמִים הֵהֵם וְנִדְרָשְׁתָּ וְהִגִּידוּ לְךָ אֵת דְּבַר הַמִּשְׁפָּט: וְעָשִׂיתָ עַל פִּי הַדֹּבֵר אֲשֶׁר יִגִּידוּ לְךָ מִן הַמָּקוֹם הַהוּא אֲשֶׁר יִבְחָר ה' וְשִׁמְרָתָ לַעֲשׂוֹת כְּכֹל אֲשֶׁר יֹרֹד: עַל פִּי הַתּוֹרָה אֲשֶׁר יֹרֹד וְעַל הַמִּשְׁפָּט אֲשֶׁר יֹאמְרוּ לְךָ תַעֲשֶׂה לֹא תִסּוֹר מִן הַדֹּבֵר אֲשֶׁר יִגִּידוּ לְךָ יָמִין וּשְׂמֹאל"<sup>51</sup>.

מפורסם פירושו של רש"י<sup>52</sup> לפסוק האחרון -

"אפילו אומר לך על ימין שהוא שמאל, ועל שמאל שהוא ימין".

מפרשים רבים תמהו, האמנם נדרש אדם לפעול נגד הדין (= "ימין שהוא שמאל"), רק משום שהדיינים הורו לו לעשות כן ? !

תמיהה זו הביאה את הרמב"ן לפרש, שאין אדם נדרש לנהוג שלא כדין, רק משום שכך הורו לו חכמים. אלא שאף אם יטעה לחשוב שהדין עמו, והדיינים טעו, והורו "על ימין שהוא שמאל", יבטל דעתו מפני דעתם, "כי רוח ה' על משרתי מקדשו, ולא יעזב את חסידיו, לעולם נשמרו מן הטעות ומן המכשול"<sup>53</sup>.

בעל 'החינוך', סבר שאמנם ייתכן להורות לאדם לנהוג כהוראת החכמים, אף שבאמת הורו לו "על ימין שהוא שמאל", משום ש"טוב לסבול טעות אחת, ויהיו הכל מסורים

מבקש שיסיעו אל מקום החתונה, תוך שהוא מדגיש, שעליו להגיע לחתונה בשעה המיועדת לעריכת החופה. הנהג אמנם הבטיח שידאג לכך שהרב יגיע בזמן, אולם למעשה, טעה הנהג בדרך, ועקב כך, הגיע הרב לחתונה לאחר שנסתיימה. את השומעים שאל הרב: האם אמנם היה עליו לשלם לנהג את שכר טרחתו? השומעים ענו, שדינו של הנהג כדין פועל קבלן, וכשם שהקבלן שלא עמד בהתחייבויותיו אינו זכאי לשכר, כך גם נהג המונית אינו זכאי לשכר. אולם הרב השיב שבכל זאת הוא שילם לנהג, וזאת, על אף עגמת הנפש הרבה וביטול הזמן שנגרם לו. הוא אף הסביר שעשה כן, בהסתמכו על פסיקתו של רב לרבה בר בר חנה.

51. דברים יז, ח - יב.

52. רש"י, שם, יא, ע"פ ספרי דברים, קנד, עמ' 207.

53. לשון רמב"ן בפירושו לתורה, שם, והשווה גם לפירוש שפתי חכמים, שם. ראוי להעיר בהקשר זה, שלשון הספרי (לעיל, הערה 52), שהוא המקור לדרשת חז"ל שהובאה על ידי רש"י, תומכת בפירוש זה, שכן שם נאמר: "אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל...." כלומר, ה"ימין" הוא אכן "ימין" רק "בעיניך", אך למעשה, מבחינה אובייקטיבית, אין הוא "ימין", אלא "שמאל".

תחת דעתם הטובה תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו, שבזה יהיה חורבן הדת וחילוק לב העם והפסד האומה לגמרי".<sup>54</sup>

דרך מקורית בפירוש הפסוק יש לרבי יצחק עראמה בעל 'עקידת יצחק',<sup>55</sup> הממצעת בין שני הפירושים האחרונים. לדבריו, אכן יש חובה לקבל את פסיקת חכמים אף כשהיא מנוגדת לדין ("ימין שהוא שמאל"), משום שלעיתים יש לחכמים כוח לסטות מן הדין, כאשר לדעתם, כך ראוי לעשות.

בתחילה, מבחין בעל ה'עקידה' בין "המשפט הכולל", "שהוא על הרוב צודק בכלליו", ל"עניין הפרטי", שמוגדר על ידו כ"אמת פרטית" הנחוצה בעיקר כאשר "יבוא הצורך לצאת מהצדק ההוא הכולל לסיבה מן הסיבות שהמניח עצמו, אילו היה אז נמצא, לא היה דן אותו לפי הנימוס הכוללי".

ומה יעשה הדיין, בראותו ש"המשפט הכולל" אינו מתאים ל"עניין הפרטי"? על כך משיב בעל ה'עקידה' -

כשיתברר להם (=לדיינים) שאינם מסכימים השרשים הכוללים אל הענינים הנידונים, ויפלא בעיניהם לדון בהם או חוץ להם, כי אז יהיה הדין ההוא נדון על פי בית דין הגדול, כי הוא נותן בידם רשות גמורה ליישר הנמוס ולתקנו.<sup>56</sup> ... אף על פי שיצאו משורת הדין הכולל.

מדברים אלו משמע שהרשות לפסוק דין בניגוד ל"שרשים הכלליים" מסורה אך ורק לבית הדין הגדול בלבד, ולא לכל דין בישראל. אבל, בהמשך הדברים משבח בעל ה'עקידה' את הדיין היודע לדון לפי "העניין הפרטי", שעליו אמרו חז"ל -

כל הדין דין אמת לאמיתו, נעשה שותף להקב"ה במעשה שמים וארץ.<sup>57</sup>

דברים אלו נאמרו לגבי כל דין בישראל, אף זה שאינו מכהן בבית הדין הגדול. ועוד מוסיף בעל ה'עקידה', כלפי אלו שאינם דנים לפי "העניין הפרטי" -

עם (=אף על פי) שהם דנים דין אמת, הנה הם מחריבי עולם, וכמו שאמרו 'לא חרבה ירושלים אלא מפני שדנו בה דין אמת'.<sup>58</sup> ועליהם אמר המשורר -

54. ספר החינוך תצו (מהדורת שוועל, תקח).

55. עקידת יצחק יתרו, מג, עמ' 186-189, והשווה לדברי אברבנאל, בפירושו לתורה, שם, ולדברי דרישה חו"מ, א, ב.

56. לשון זו עלולה להטעות, משום ש"תיקון הנימוס" הוא תיקון החוק. ואם כן, אין בעל ה'עקידה' דן על סמכות שיפוטית. אולם ממכלול דבריו ומן הדוגמאות שהוא מביא לעיקרון אותו הוא מבקש להוכיח, מן התלמוד, עולה באופן ברור, שאין הוא מגביל את הסמכות להורת על שמאל שהוא ימין, לחקיקה בלבד.

57. שבת י, א.

58. בבא מציעא ל, ב.

'לא ידעו ולא יבינו בחשיכה יתהלכו ימוטו כל מוסדי ארץ',<sup>59</sup> והיא הכת היותר מזקת בכל כתות הדיינים המקולקלים.

משמע שהדברים מופנים כלפי כל דין בישראל. על כן, נראה שכוונתו היא, שכאשר קיים בישראל בית הדין הגדול, יש להתייעץ עמו, לפני הכרעת פסק דין שסוטה מן הדין הקבוע. אולם, משבטל בית הדין הגדול, מסורה הסמכות והחובה לדון "דין אמת לאמיתו", בהתאם ל"עניין הפרטי", לכל דין בישראל. אמנם, ייתכן ללמוד מדברי בעל ה'עקידה', שמן הראוי, שלא כל דין יטול לעצמו את הסמכות לפסוק לפנים משורת הדין, אלא ייוועץ תחילה בגדולים ממנו - "בית הדין הגדול" של דורו.<sup>60</sup>

### ג. מקורות השוללים פסיקה לפנים משורת הדין

לעומת המקורות הנזכרים בפרק הקודם, מהם עולה שיש בהחלט מקום לפסיקה לפנים משורת הדין, קיימים מקורות אחרים, מהם ניתן להסיק שהדין אינו רשאי לפסוק לפנים משורת הדין.

#### (א) "ודל לא תהדר בריבו"

בפרשת אחרי מות, מצווה הדיין -

לא תעשו עול במשפט, לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול, בצדק תשפוט עמיתך.<sup>61</sup>

משמעותו של האיסור היא, שאסור לדיין לפסוק דין לטובת הדל, כדי שיהיה "מתפרנס בנקיות",<sup>62</sup> משום שבכך הוא "מקלקל את הדין".<sup>63</sup>

במסכת חולין,<sup>64</sup> ביקשו חכמים להבין את פירוש ההוראה שבספר תהילים: "עני ורש הצדיק". בהקשר זה נשאלה השאלה: "אילימא בדיינים, והא כתיב 'ודל לא תהדר

59. תהלים פב, ה.

60. לסיומו של פרק זה, ראוי להביא מקור מעניין נוסף, לכך שיש לנהוג לפנים משורת הדין, על פי שו"ת שרידי אש (ג, סה). המחבר, מתייחס לאיסור לעכב בגד של החייב, כערוכה לפרעון חובו. ה'שרידי אש' עומד על כך שהתורה אינה מסתפקת בקביעת האיסור, אלא מוסיפה: "כי הוא כסותה לבדה, הוא שמלתו לערו במה ישכב? והיה כי יצעק אלי ושמעתי כי חנון אני". לכאורה, אריכות דברים זו מיותרת. בעל 'שרידי אש' מסביר ש"התורה הרבתה בדברים מרעידים את הלב, כדי לומר להמלוה, שאעפ"י שמצד המשפט אינו מחוייב להחזיר את המשכון שניתן לו לערבון, אבל במה ישכב? הרי שהזהירה התורה על הרחמנות".

61. ויקרא יט, טו.

62. כלשון רש"י, שם.

63. לשון רש"י, שם.

בריבו" ! כלומר, לא ייתכן שמשמעות ההוראה היא, שיש להעדיף את העני או הרש בדין, משום שאם כך, תהא ההוראה סותרת את צו התורה – "ודל לא תהדר בריבו".<sup>65</sup>

לפי זה, לכאורה, כל דיין הפוסק לפני משורת הדין, מתוך שיקולי רחמים על אחד מבעלי הדין, עובר על ציווי התורה – "ודל לא תהדר בריבו".<sup>66</sup>

אף על פי כן, כמעט כל מפרשי התלמוד, שדנו בשאלת סמכותו של בית הדין לפסוק לפני משורת הדין, התעלמו לחלוטין מציווי זה. היחיד שלא התעלם מן הציווי, היה רבנו סעדיה גאון, שאכן סבר, שמתמת ציווי זה, אסור לדיין לפסוק לפני משורת הדין.

מפאת חשיבות דבריו, נביאם כלשונם המדוייקת, כפי שהם מופיעים בספר הפיקדון.<sup>67</sup> רס"ג מביא את כל סיפור המעשה בסבליו של רבה בר בר חנה, כפי שהוא מובא בתלמוד.<sup>68</sup> אבל, בסיומו של המעשה, מוסיף רס"ג את הדברים הבאים –

ואולם מה שקראו החכמים בשם קדמוניהם דרך טובים וארחות צדיקים, הרי (=משמע שזו) חובה שילכו [הבריות] אחרי זה. **אלא שזו חובה על הבעלים,**

#### 64. חולין קלד, א.

65. בהערת אגב, מן הראוי להעיר שמקור זה שולל לחלוטין את הדברים שאמר השופט ח' כהן בע"א 409/78 **גולן נ' פרקש**, פ"ד לד(1), 813, ואלו דבריו: "עד שאברר דברים לגופם, רואה אני לסלק מכשול שהערים על דרכי בא כוח המשיבים: גם הוא כנראה חש באהדה אשר המערערים זוכים וראויים לה במצבם הקשה, והוא מזהיר אותנו אזהרה חמורה, "ודל לא תהדר בריבו" ... שהדי במרומים שלא אהדר ולא אצדיק שום דל בריבו, אלא אם כן אמצא לו צד זכות בדין: הא דכתיב, לא תטה משפט אביונך (שמות כג, ו) – לא תטה עליו את הדין לפסוק על רשע כשועל כשר רשע (ראה מכילתא, סכתא דכספא, רשה כ, ד"ה לא תטה). וכן שהדי במרומים שלא אשא פני דל כדי שיוכל להתפרנס "בנקיות" ולא אני ולא העשיר יריבו נצטרך לפרנסו (ראה תורת כהנים, קדושים פרק ד). אבל מודה אני ומתודה שלא **אנוח ולא אשקוט מלחפש לדלים ולעשוקים ולנרכאים צד זכות בדין**, ולא אאמין לאומרים לי, אל תיגע כי לא תמצא. ואם מצפה בא-כוח המשיבים **למקרא מפורש שיוזירני גם על זאת**, הרי הוא לפניו: עד מתי תשפטו עול ופני רשעים תשאו סלה. **שפטו דל ויתום עני ורש הצדיקו**, פלטו דל ואביון, מיד רשעים הצילו (תהלים פב, ב-ד)". אבל כאמור, אף בנוגע לפסוק זה, נקבע בתלמוד, שאין הוא מכוון לדיינים, משום שאם אלו יבקשו למצוא צדדי זכות לעני בדין, רק משום היותו עני ודל, הרי הם עוברים על הצו – "לא תהדר פני דל".

66. על השימוש בעיקרון זה בבתי המשפט בישראל, ראה: ע"א 409/78, הנ"ל בהערה הקודמת; ת"פ 1298/95, **מדינת ישראל נ' אלי גל יבוא בע"מ**, דינים שלום, יג, 370; ת"א (ירושלים) 6050/98, **יעקב באשר נ' דוד עובדיה**, תק-של 2000(1), 194, 198; ר"ע (באר שבע) 703/98, **אלימלך נ' קראוני**, תק-מח 98(2), 180 (בדברי השופט נ' הנדל על גישת המשפט העברי).

67. **ספר הפיקדון** סעדיאנה, XII, עמ' 40-41 (הוצאת שכטר, קיימברידג' 1903), הובא גם במאמרו של הרב ש' י' כהן, "לפנים משורת הדין", **ספר אדם נח**, עמ' קסו.

68. למעט העובדה שהוא משמיט את המילה "אין". על החשיבות שיש להשמטה זו, ראה להלן, ליד ציון הערה 121.



**לא על הדיין**,<sup>69</sup> אכן הדיין לא יוסיף בדינו ולא יגרע ולא יעול שלא יעות למאמרו: לא תעשו עול במשפט...<sup>70</sup>

לפי דברים אלו, הוראתו של רב בדיון שבין רבה בר בר חנה לסבליו, לךא הייתה בגדר הוראה מחייבת, אלא בגדר המלצה בלבד.

### (ב) "אין מרחמין בדין"

במסכת כתובות, מובאת משנה, ובה מחלוקת בין רבי עקיבא לרבי טרפון -

מי שמת והניח אשה ובעל חוב ויורשין, והיה לו פיקדון או מלוה ביד אחרים. רבי טרפון אומר: ינתנו לכושל שבהן. רבי עקיבא אומר: **אין מרחמין בדין**, אלא ינתנו ליורשין, שכולן צריכין שבועה, ואין היורשין צריכין שבועה.<sup>71</sup>

אמנם, מחלוקת זו עוסקת בקביעת הדין, בחקיקה, ולא בפסיקה. משום כך, אין לכאורה בקביעה העקרונית של רבי עקיבא, ש"אין מרחמין בדין", כדי לשלול פסיקה לפנים משורת הדין. אולם מדברי בעלי התוספות נוכל להיווכח שהם הבינו שהעיקרון שהניח רבי עקיבא מקיף גם את תחום הפסיקה.

במסכת בבא בתרא,<sup>72</sup> מובא סיפור על אדם ששמו רוניא, שרכש שדה הסמוכה לשדה של רבינא. אך רבינא, ביקש אף הוא לרכוש את אותה שדה, ומשום כך, ביקש לסלק את רוניא, "משום דינא דבר מיצרא". אך רב ספרא, בנו של רב יבא מנעו מכך, בטענה המעניינת: "אמרי אינשי ארבעה לצלא ארבעה לצלא". רש"י<sup>73</sup> הסביר שכוונת רב ספרא הייתה, לרמוז לרבינא, שעליו לרחם על רוניא העני, ולא לסלקו מן השדה שרכש במיטב כספו.<sup>74</sup>

רבנו תם<sup>75</sup> דחה את פירושו של רש"י, בין השאר, משום שלפי פירושו, נהג רב ספרא בניגוד לקביעתו של רבי עקיבא, ש"אין מרחמין בדין".<sup>76</sup> מדחייה זו יש ללמוד

69. ההדגשה אינה במקור.

70. התרגום מערבית הוא תרגומו של ד"ר אדם נח בראון, הובא ע"י הרב ש' י' כהן, שם.

71. **משנה** כתובות פד, א.

72. **בבא בתרא** ה, א.

73. **רש"י**, שם, ד"ה ארבעה לצלא וד' לצלא

74. בפירוש המדוייק של "צלא" ו"צלא" התחבט רש"י, שם, והביא שלושה פירושים בעניין זה. המשותף לכל הפירושים הוא, שהוראת רב ספרא יסודה ברחמים על רוניא העני, וראה גם בפירוש הר"ר יוסף הלוי אבן מיגש, **בשיטה מקובצת**, שם.

75. **תוספות**, שם, ד"ה ארבעה.

76. שאלה נוספת שהעלה רבנו תם היא, שלפי פירוש רש"י, לא מובן מדוע נאמר ש"סבר רבינא לסלקי", ביטוי שממנו משתמע שטעה רבינא בסברתו, אך לפי פירוש רש"י, רבינא לא טעה בדין! בשיטה מקובצת, שם, מובא בשם ריצב"א, שרב ספרא הכריח את רבינא לנהוג לפנים משורת הדין, משום "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור". טעותו של רבינא הייתה

שלדעת רבנו תם, האיסור לרחם בדין אינו נוגע לרחמים המעצבים את החוק, אלא גם לרחמים המעצבים את הפסיקה.<sup>77</sup>

### (ג) דין הפשרה<sup>78</sup>

לפי רש"י, משמעות החובה לעשות את "הישר והטוב" היא, שיש לנהוג "פשרה לפני משורת הדין".<sup>79</sup> משמע, שיסוד הפשרה שעושה הדיין בין בעלי הדין, בחובה לעשות את הישר והטוב, ולנהוג עם בעלי הדין לפני משורת הדין. אם נקבל גירסא זו בפירושו רש"י לתורה, הרי שיש ללמוד על סמכותו של בית הדין לפסוק לפני משורת הדין, מסמכותו לפסוק פשרה.

סמכותו של בית הדין לפשר הינה מוגבלת ביותר. אין בית הדין רשאי לחייב את הצדדים לדיון להתפשר ביניהם, אלא הוא רשאי רק להציע את הפשרה בפניהם.<sup>80</sup> גם לאחר שיאותו להתפשר, יוכלו הצדדים לחזור בהם מכוונתם זו, כל עוד לא עשו קניין על הסכמתם להתפשר.<sup>81</sup>

לפי זה, מובן שאין לבית הדין סמכות לפסוק לפני משורת הדין, אם כי הוא רשאי לייעץ לבעל דין למחול על זכויותיו המגיעות לו על פי דין, ולנהוג עם בעל דינו לפני משורת הדין.

בכך ש"סבר לסלוקיה בלא שום גמגום וחשש איסור", ולכן, "שייך למימר שפיר סבר". מדבריו יש ללמוד שההליכה בדרך טובים ובאורחות צדיקים אינה רק הנהגה ראויה, המלצה שיכול הדיין להמליץ לבעל הדין, והלה יכול לקבלה או לדחותה, אלא זו פסיקה מחייבת, שהדיין רשאי להכריח את בעל הדין לקיימה, ואם לא יעשה כך, הרי הוא עובר על איסור! בעניין הכפייה על לפני משורת הדין, ראה להלן, פרק ו.

לשיטת רש"י, ניתן אמנם לומר, שהוא סבר ש"אין מרחמים בדין", רק כאשר מבקש החכם לקבוע חוק בהתאם למידת הרחמים. כאשר הרחמים אינם מעצבים את החוק, אלא הם באים לידי ביטוי בפסיקה חד פעמית, אין סיבה לשלול אותם. וראה גם בפרק הבא, סעיף (ג).

77. אבל, ראוי להדגיש ששיקולי רחמים אינם השיקולים היחידים המניעים את הפסיקה לפני משורת הדין. למשל, רבי חייא (לעיל, ליד ציון הערה 37) נהג לפני משורת הדין עם האישה שהתייעצה עמו על ערך המטבע, ככל הנראה, משום החשש מחילול השם שהיה נגרם אם לא היה עושה כן. זהו כנראה גם השיקול שעמד

78. נושאה הפשרה ראוי למאמר בפני עצמו, וראה לעיל עמ' 137, במאמרו של פרופ' ב' ליפשיץ, "פשרה". בפרק זה, אין בכונתנו אלא לעסוק בנקודות העולות מסוגיית הפשרה, שיש להן שייכות לפסיקה לפני משורת הדין.

79. לעיל, ליד ציון הערה 19.

80. כפי שעולה מסוגיית **סנהדרין** ז, א.

81. כפי שעולה מסוגיית **סנהדרין** ו, א, ולהלכה, **בשולחן ערוך** חו"מ יב, ז.

אבל, יש הגורסים בפירוש רש"י: "פשרה נלפנים משורת הדין".<sup>82</sup> לפי גירסא זו, יש בפשרה משום עשיית הישר והטוב, אך אין היא נכללת בהתנהגות לפנים משורת הדין.

על ההבדל בין "לפנים משורת הדין" לפשרה, נוכל ללמוד בעיקר מן הסוגיות שעסקו ב"לפנים משורת הדין". סוגיות אלו מלמדות על הבדל בין מגמות הפשרה, למגמות הפסיקה לפנים משורת הדין. הפסיקה לפנים משורת הדין יסודה בשיקולי רחמים. לעומתה, בפשרה, יש לעיתים מרכיב של "צדקה", אך לרוב, מגמת הפשרה היא להשכיך שלום בין בעלי הדין, באמצעות פסיקה המוסכמת על כל הצדדים, שבה מוותר כל צד לדיון על חלק מתביעותיו.<sup>83</sup>

הבדל זה עשוי להוות סיבה גם להבדל מעשי בין הפשרה לפסיקה לפנים משורת הדין. פסיקה שמגמתה השכנת שלום בין הצדדים לדיון, לא תשיג את מטרתה אם היא לא תהיה מוסכמת על הצדדים. לכן, אין טעם לכפות על בעלי הדין את הפשרה. משום כך גם, יש לבצע קניין, כדי לתת תוקף לפשרה. אבל, כאשר מגמת הפסיקה היא לרחם על אחד מבעלי הדין, אפשר שיש לשקול גם פסיקה מחייבת, שתבטא את עמדת הדיינים בנוגע להתנהגות הראויה.

באשר לפשרה הנובעת משיקולי רחמים, חלוקות הדעות בסוגיית הפשרה. רבי יהושע בן קרחה משבח פשרה מסוג זה. לדבריו, על פשרה כזו נאמר: "ויהי דוד עושה משפט וצדקה".<sup>84</sup>

לעומתו, מביא מסדר התלמוד את דעת תנא קמא שבברייתא, הסבור שדוד המלך לא שינה כמלוא הנימה את פסק הדין, משום שיקולי רחמים, אלא -

דן את הדין זיכה את הזכאי וחייב את החייב וראה שנתחייב עני ממון ושלם לו מתוך ביתו, זה משפט וצדקה. משפט לזה וצדקה לזה, משפט לזה, שהחזיר לו ממון. וצדקה לזה, ששילם לו מתוך ביתו.<sup>85</sup>

במילים אחרות, אין לערב בין צדקה למשפט. הצדקה ראויה היא, אך מחוץ למסגרת הדיון בבית הדין, שבו יש להכריע אליבא דאמת, לזכות את הזכאי ולחייב את החייב. גישה חריפה יותר לעניין זה יש בדברי רבי יהודה הנשיא, שאינו רואה כלל סתירה בין הדין לצדקה. לדבריו, המשמעות של משפט וצדקה היא -

82. ראה לעיל, הערה 20.

83. כפי שעולה מסנהדרין ו,א; לב,א. בהקשר זה מן הראוי להוסיף, שאף לדעת רבי יהושע בן קרחה (סנהדרין ו,א) הסבור שהפשרה היא "משפט וצדקה", הפשרה היא גם "משפט שלום".

84. לעיל, הערה 1.

85. סנהדרין ו,א.

משפט לזה וצדקה לזה. משפט לזה, שהחזיר לו ממונו. וצדקה לזה, שהוציא הגזילה מתחת ידו.<sup>86</sup>

רחמים המביאים לעיוות דין, רחמים של הכל הם. צדקה הבאה על חשבוננו של אחד מבעלי הדין אינה צדקה. צדקה אמיתית עם בעל הדין היא, לנקות אותו מעוולה, להוציא גזילה מתחת ידו. גישה זו שוללת מכל וכל את הפסיקה המונעת משיקולי רחמים, ובכך, עומדת לכאורה בסתירה לכל אותם מקורות שהוזכרו בפרק הקודם, המחייבים פסיקה מסוג זה, במסגרת הפסיקה לפנים משורת הדין. בדרכים ליישובה של הסתירה, נעסוק בפרק הבא.

### ד. דרכים ליישוב הסתירות בין המקורות השונים

בשני הפרקים הקודמים, למדנו שיש מקורות שמהם עולה שהדיין רשאי לפסוק לפנים משורת הדין, ויש מקורות שמהם ניתן להסיק מסקנה הפוכה. אף על פי כן, בתלמוד, אין עימות של המקורות אלו עם אלו, ולא מופיעה מחלוקת מפורשת בין התנאים בעניין הפסיקה לפנים משורת הדין. עובדה זו צריכה להביאנו למסקנה, שחכמינו לא סברו שקיימת סתירה אמיתית בין המקורות. על כן, עלינו לחפש דרכים להבחין בין הסוגיות, באופן שיישב את הסתירה הקיימת לכאורה ביניהן.

מן הדרכים השונות ליישוב הסתירות, נוכל להסיק מסקנות חשובות באשר לסמכות בית הדין לפסוק לפנים משורת הדין, והיקפה של סמכות זו.

#### (א) לפנים משורת הדין – בדין שיסודו משום "ועשית הישר והטוב"

בדרך כלל, קביעתו של רבי עקיבא, ש"אין מרחמין בדין" צריכה להנחות את הדיין. אולם, קביעה זו נכונה דווקא כאשר בדין רגיל אנו עסוקים, שיסודו אינו בחריגה מן הדין לשם עשיית הישר והטוב. בדין שיסודו בתקנת חכמים משום "ועשית הישר והטוב" כ"דינא דבר מיצרא", בהחלט יש מקום לערב שיקולי רחמים בפסיקה, שכן, אם לא נעשה כך, נמצאנו מחטיאים את מטרת הדין.

הסבר זה כמעט מפורש בדברי רש"י,<sup>87</sup> שהסביר את פסיקת רב ספרא הנזכרת לעיל, בדרך זו -

כשם שאתה אומר לו הסתלק מעלי בדינא דבר מצרא משום ועשית הישר והטוב, כך אני אומר לך: עשה ישר וטוב לעני זה, ואל תסלקהו.<sup>88</sup>

86. שם.

87. רש"י לעיל, הערה 73.

88. וכך הובא גם בשם אור זרוע, בשו"ת תרומת הדשן, שמ.

לפי הסבר זה, נוכל גם לומר שציווי התורה – "ודל לא תהדר בריבו", נוגע רק לדינים שיסודם בדין תורה, ולא בדינים הנובעים מתקנות חכמים, שיסודן במגמה לעשות את הישר והטוב.

אמנם, אין בהסבר זה כדי ליישב את פסיקת רב לסבליו של רבה בר בר חנה, וכן, אין בו כדי להסביר את הפסיקה לפנים משורת הדין מכוח דרשתו של רב יוסף, על פי הפרשנות של בעלי התוספות.

### (ב) מעמדו של התובע

הקביעה ש"אין מרחמין בדין" נאמרה על דרך כלל, אך יש לה חריגים, בהם חובה לרחם בדין. חריגים אלו יסודם במעמדו של התובע, מצבו הכלכלי של התובע או הנתבע, וכדומה.

כזכור, שמואל פסק לרב יהודה שאם הוא היה מוצא ארנק ב"שוקא דבי דיסא", הרי הוא "חייב להכריז", אך זאת, משום "לפנים משורת הדין".

בעל 'חוות יאיר'<sup>89</sup> עמד על כך ש"לפנים משורת הדין" משמעו לרוב, מידת חסידות שאינה מחייבת. אם כך, מדוע פסק שמואל לרב יהודה שהוא היה "חייב להחזיר"? תשובתו של ה'חוות יאיר' היא, שיש להבחין בין אדם פשוט לאדם גדול. לגבי אדם פשוט, הדין הוא שהאבדה שייכת לו, ואף אם יבוא אדם ויתן בה סימנים לאחר מכן, הוא יהיה פטור מחובת ההשבה. אמנם, גם מאדם זה ניתן לצפות שינהג לפנים משורת הדין, ויחזיר את האבדה, אך אין הוא חייב בכך. לעומת זאת, מאדם גדול, אנו מצפים לנורמות גבוהות יותר. לגביו, "לפנים משורת הדין" היא בגדר חובה גמורה, ולכן, עליו להשיב את האבדה לבעליה, על אף שאדם אחר לא היה מחוייב בכך.

מדבריו ייתכן ללמוד גם לגבי פסיקה לפנים משורת הדין. כאשר התובע הוא אדם גדול, יש מקום לחייבו לנהוג לפנים משורת הדין. ייתכן שמשום כך, כאשר שאל רבה בר בר חנה את רב, האם פסיקתו היא בגדר "דין", השיב לו שאכן דין הוא, משום שלגבי אדם גדול כרבה בר בר חנה, לפנים משורת הדין הוא הדין.<sup>90</sup>

89. הגהות חוות יאיר בבא מציעא, יג, א (דפי הרי"ף), אות ד.

90. אמנם, ניתן לטעון כלפי מסקנה זו, שאין הנדון דומה לראיה. בהשבת אבדה, למעשה, אין המוצא מפסיד דבר, אלא הוא מונע מעצמו את הרווח שהיה זוכה לו, אילו לא היה משיב. לכן, נכון לדרוש מאדם גדול, שישב את האבדה לבעליה, אף שעל פי דין, אין הוא חייב בכך. לעומת זאת, רבה בר בר חנה נדרש להפסיד את ערך חביותיו, ועוד יותר מכך, לשלם לפועלים את שכר העבודה שלמעשה, לא עשו. דרישה כזו היא דרישה גבוהה בהרבה מזו שדנו בה בהשבת אבדה, וייתכן לטעון שדרישה כזו, אין לדרוש אף מאדם גדול, אם כי ניתן להמליץ לו לנהוג בדרך טובים.

למעשה, עיקרון זה נאמר כבר בקיצור נמרץ על ידי רבי יהונתן מלונל, בהסבירו את פסיקת רב נחמן, שלא כפה מוצא אבדה להשיבה לבעליה לפנים משורת הדין בלשון זו -

למי שאינו כל כך אדם חשוב, דלא מחייבין ליה לעשות לפנים משורת הדין.<sup>91</sup>

בשו"ת ציץ אליעזר<sup>92</sup> מובא בשם רבי שלמה זאב תמה, מדוע השיב רב לרבה בר בר חנה שפסקתו היא בגדר דין, בשעה שיסודה במגמה ללכת "בדרך טובים" ובאורחותיהם של צדיקים, הנוהגים לפנים משורת הדין. את תמיהתו הוא מיישב, תוך שהוא מדייק בלשון הפסוק -

רב דייק מלשון הכתוב, דכתיב למען תלך בדרך טובים ומשמע **דהטובים יש להם דרך אחר שלא כשאר בני אדם**, וכן כתיב ואורחות צדיקים תשמור משמע **דהצדיקים יש להם אורחות אחרים**, רק דשלמה המלך הזהיר דכל בני אדם ג"כ ראוי שילכו בדרך טובים ובאורח צדיקים, ומזה הוציא רב, דלתלמידי חכמים וצדיקי הדור, הם **מחויבים ע"פ דין תורה לעשות לפנים משורת הדין שאצלם לפנים משורת הדין הוא דין גמור**, ושפיר השיב רב לרבה בר בר חנה דכיון דאתה צדיק ות"ח מחויב אתה להתנהג ע"פ ד"ת לעשות לפנים משורת הדין ולתת להו אגרייהו דכן הוא דרך הטובים וצדיקים דמחויבים לעשות לפנים משורת הדין.

לפי זה, האיסור להדר את הדל בריבו נאמר על דרך הכלל, לגבי רוב המקרים, בהם התובע הוא אדם רגיל, שאינו מכלל ה"צדיקים" וה"טובים". כאשר הוא מכלל אלו, ראוי לו לנהוג עם זולתו לפנים משורת הדין, והדיין רשאי להורות לו שיעשה כן.

בדרך דומה ניתן להבין גם את קביעתו של רבי עקיבא ש"אין מרחמין בדין", ואת עמדות התנאים בסוגיית הפשרה, השוללים פסיקה לפנים משורת הדין.

כך נוכל גם להבין את הנהגתו של רבי ישמעאל ברבי יוסי,<sup>93</sup> שנהג לפנים משורת הדין, אף כשהדבר גרם לו הפסד ממוני, משום שסבר שאדם במעמדו נדרש לנהוג לפנים משורת הדין. כך סבר ככל הנראה גם רבי חייא,<sup>94</sup> שגם הוא נתן מכספו כדי

91. מובא בשיטה מקובצת בבא מציעא, כדב, ד"ה נעשה, והשווה לדבריו המובאים בשיטה מקובצת, בבא קמא קיט, ב, ד"ה זה בא.

92. שו"ת ציץ אליעזר ח, ג, ד"ה וייתכן עוד. וראה גם בפסק דינו של בית הדין הגדול לערעורים, ע"ר תש"ה 155, אוסף פסקי דין של הרה"ר לא"י, קי, בסעיף ה של פסק הדין, ובדברים המובאים בשם הגרי"א הרצוג, ע"י הרב ש' י' כהן, שם, עמ' קפג-קפד.

93. לעיל, אחר הציון להערה 36.

94. לעיל, אחר הציון להערה 37.

לפצות על נזק שנגרם על ידו בעקיפין, אף שמן הדין, לא היה חייב בכך. מסתבר שרבי חייא הבין גם כן, שתלמיד חכם במעמדו, נדרש לנהוג לפני משורת הדין, ודינו שונה מדין אדם פשוט.

### (ג) לפני משורת הדין ההופך לתקדים מחייב

לעיתים, ייתכן ויש מקום לפסוק שלא על פי דין, אולם, חשוב במקרים אלו לדאוג לכך, שהפסיקה שלא על פי דין, לא תהפך ברבות הימים להיות הדין הקבוע. על כן, למרות שהתירו חכמים לבתי הדין לענוש שלא כדין, סייגו את ההיתר בכך, שתהיה הענישה "לפי שעה"<sup>95</sup>. כלומר, חשוב שיהיה ידוע שהענישה שלא על פי דין נועדה לפתור מצב זמני, והיא אף מוגבלת בזמן, מה שיבטיח שמה שנחשב כיום "שלא מן הדין", לא ייהפך להיות הדין הקבוע.

הנצי"ב<sup>96</sup> למד עיקרון זה מתוך הפסוק שהיווה יסוד לדרשת חכמים בעניין הפסיקה לפני משורת הדין. כזכור, דרשו חכמים "והזהרתה אתהם... אשר יעשון – זו לפני משורת הדין". לדברי הנצי"ב, תוספת האות "ן" אחר המילה "יעשו" שבפסוק, נועדה ללמדנו שהרשות לפסוק לפני משורת הדין, מותנה בכך שפסיקה זו תהיה חד פעמית, מבלי שתהפך לחוק קבוע.

בדרך זו ניתן להבין אף את דברי רש"י<sup>97</sup>, שבפירושו לציווי הנאמר בתורה, "ודל לא תהדר בריבו", הסביר שאסור לדיין לפסוק דין לטובת הדל, כדי שיהיה "מתפרנס בנקיות"<sup>98</sup>, משום שבכך הוא "מקלקל את הדין"<sup>99</sup>. כלומר, בדרך זו יוצר הדיין תקדים שממנו עלולים דיינים ללמוד, מבלי שיידעו שיסוד הדין ברצון לסייע לדל.<sup>100</sup>

קביעתו של רבי עקיבא, ש"אין מרחמין בדין", נאמרה נגד כוונתו של רבי טרפון להכניס שיקולי רחמים בעת קביעת הדין לדורות, ולא לגבי פסיקה חד פעמית, שלא תהיה לה כל השלכה על העתיד.

לאור זאת, יובן שאם הדיין מבהיר שפסיקתו היא בגדר "לפנים משורת הדין", אין הוא "מקלקל את הדין". לפי זה, מובן מדוע לא חשש רב לכך שבפסיקתו לטובת

95. הרחבה בעניין זה, ראה במאמרו של פרופ' ח' בן מנחם, ענישה שלא מן הדין, לעיל בעמ' 152.

96. ברכת הנצי"ב על המכילתא, יתרו ב, ד"ה לפני משורת הדין.

97. לעיל, הערה 62.

98. שם.

99. שם.

100. לדעת הרב ח' י' בלונך, משמעותם הפשוטה של דברי רש"י היא, שכאשר הדיין מרחם על הדל בדין, הרי הוא מקלקל את הדין הבא לפניו.

סבליו של רבה בר בר חנה הוא יקלקל את הדין, שכן הוא הבהיר שפסיקתו נובעת מן הרצון ללכת בדרכי טובים ובאורחותיהם של צדיקים.<sup>101</sup>

ראיה להסבר זה, נוכל למצוא בדיון שבין רבי אלעזר לרבי שמעון בן אליקים, במסכת כתובות, בעקבות הדיון בפסיקה של רבי אלעזר, בניגוד לדין הקובע ש"אין הבנות ניוזנות אלא מן הקרקע". משמעות הדין היא, שלשם פרנסת בנות אחר מות אביהן, ניתן להשתמש במקרקעין של האב, אך אין להשתמש במטלטלין שהניח אחריו, כדי למוכרם על מנת שבתמורתם ישיגו כסף לפרנסת הבנות. כאמור, רבי אלעזר ביקש לפרנס בנות אף מן המטלטלין, בניגוד לדין. על כך טען רבי שמעון בן אליקים -

רבי, יודע אני בך שאין מדת הדין אתה עושה אלא מדת רחמנות אלא שמא יראו התלמידים ויקבעו הלכה לדורות.<sup>102</sup>

מכאן, שהחשש העיקרי מפסיקה לפנים משורת הדין הנובעת משיקולי רחמים הוא, שפסיקה זו תהפך ברבות הימים לדין קבוע, שאינו מתחשב בנסיבות המיוחדות שהביאו את הדיין לפסוק כפי שפסק.<sup>103</sup>

101. אמנם, נגד הסבר זה ניתן לטעון שרב לא נימק את פסיקתו ביוזמתו. רק לאחר ששאל רבה בר בר חנה: "דינא הכי?" הוא הסביר שכך הדין משום "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור". לפי זה, ייתכן שלולא שאלת רבה בר בר חנה, לא היה מנמק את פסיקתו, מה שעלול היה להטעות את הדיינים האחרים, שיחשבו שפסיקתו היא בגדר "דין". ואם כן, חזרת השאלה למקומה, מדוע לא חשש רב מכך שבפסיקתו הוא מקלקל את הדין? אבל, ייתכן להסביר, שבמקרה זה, מובן לכל שהפסיקה נובעת משיקולים של "לפנים משורת הדין", שכן, ברור לכל שעל פי דין, מי שהזיק חייב לשלם על הנזק שגרם, או לכל הפחות, להישבע שהנזק נגרם שלא באשמתו, ומובן גם שמי שלא ביצע מלאכה, אינו זכאי לשכר. על כן, לא חשש רב לכך שפסיקתו תקלקל את הדין. לפי זה, שאלת רבה בר בר חנה: "דינא הכי?" לא נועדה לשאול האם אמנם שורת הדין מחייבתו לוותר על פיצויים על אבדן חביותיו ולשלם שכר לסבליו, אלא היא נועדה לשאול, בהנחה שיסוד הדין הוא ב"לפנים משורת הדין", האם זהו דין מחייב, שרשאי הדיין לחייב את בעל הדין לנהוג על פיו, או שמא זו המלצה של הדיין, שאין בה כדי לחייב את רבה בר בר חנה. כמו כן, מן הראוי להעיר בהקשר זה, שלפי הירושלמי, הנימוק לפסק הדין לא בא כתגובה לתמיהתו של רבה בר בר חנה, ראה להלן, אחר הציון להערה 125.

102. כתובות נ,ב.

103. אמנם, אם כך, ישאל השואל: מדוע לא יבהיר רבי אלעזר שאין בפסיקתו כדי לקבוע הלכה לדורות, וכך, יוכל לאפשר לבנות ליזון ממטלטלין? ייתכן שהסיבה לכך היא, שהיו שביקשו לערער על הקביעה שהבנות אינן ניוזנות אלא מן המקרקעין, כמבואר בסוגיה, שם. על כן, חששו של רבי שמעון בן אליקים מובן ומוצדק, שכן, אם יראו התלמידים שרבים זן את הבנות מן המטלטלין, יסברו שהכריע כדעת המערערים על הדין. בצב זה, קיים חשש שאף אם יסביר רבי אלעזר שאין לראות בפסיקתו תקדים, ההסבר לא יישמע, או לא יופנם אצל התלמידים, שיסברו שרבים הכריע כדעה הגורסת שהבנות ניוזנות מן המטלטלין.



### (ד) רחמים הנוגעים לגופו של דין ורחמים שאינם נוגעים לגופו של דין

יש ורחמיו של הדיין כלפי החייב בדין נובעים מהכרת מצבו הכלכלי, הנפשי, או הפיזי בעת עשיית המעשה המחייבו או מהכרת המצב המיוחד אליו הוא נקלע שלא בטובתו ושלא מרצונו, מצב שהביאו לנהוג כפי שנהג. במקרים אלו, אין הרחמים מעוותים את הדין, אלא מגלים רובד נוסף של דין, עמוק יותר, המתחשב בכל הנסיבות של הדיון, אלו הגלויות לעין, ואלו שאינן. זוהי המשמעות העמוקה של "לפנים משורת הדין".<sup>104</sup>

אולם, יש ורחמיו של הדיין כלפי החייב בדין אינם נוגעים לגופו של דין. אין בנתונים הגורמים לדיין לרחם על בעל הדין כדי להקל, ולו במעט את אשמתו, כאשר הוא מואשם בפלילים, או להקל מעליו את החיוב הכספים המוטל עליו, בדין. במקרים אלו, עירוב הרחמים במסגרת פסק הדין אינו ראוי. עירוב שכזה גורם לעיוות הדין, ולכן יש לשלול אותו מכל וכל. חובתו הראשונה של הדיין היא, להכריע את הדין לאמיתו. ביטוי לרחמיו כלפי בעל הדין, רחמים שאינם נוגעים לגופו של דין, הוא יוכל לתת מחוץ לכותלי בית הדין, לאחר תום הדיון, ומן הראוי שיעשה כך.

כך הייתה דרכו של דוד בדין, שהיה משלם מכיסו לעני שהיה יוצא חייב בדינו.<sup>105</sup> דוד סבר שעונו של בעל הדין אין כל קשר לדיון עצמו. לכן, הוא הכריע את הדין כפי שראה לנכון, ולאחר מכן, ביטא את רחמיו כלפי העני, בכך שהיה משלם לו מכיסו את הסך שנתחייב בו בדין.

זו גם המשמעות הפשוטה ביותר של צו התורה: "ודל לא תהדר בריבו". כלומר, אין הדיין רשאי לפסוק לטובת הדל, רק משום היותו דל. אבל, צו זה אינו שולל מהדיין את הרשות ואולי אף את החובה לפסוק לטובתו של הדל לפנים משורת הדין, אם ייווכח שלדלותו של בעל הדין הייתה השפעה על התנהגותו.

כאשר פסק רב לטובת סבליו של רבה בר בר חנה, לא עשה זאת רק משום היותם עניים.<sup>106</sup> על כך נוכל ללמוד מן הסוגייה הסמוכה למעשה זה, בה מוזכרת תקנת חכמים הפוטרת את הסבלים מחובת התשלום על נזק שגרמו לסחורה שהובילו, אחר שיישבעו שלא גרמו את הנזק בפשיעה.

104. פירושו של הדרישה (לעיל, הערה 55), לפיו, לעתים, משמעות הדרישה לפסוק דין "אמת לאמיתו" היא, שהדיין נדרש לפסוק לפנים משורת הדין, מחזק את הדברים. הפסיקה לפנים משורת הדין אינה חריגה מן האמת, אלא היא עומק האמת, "דין אמת לאמיתו".

105. ראה לעיל, ליד ציון הערה 85.

106. עובדה עליה למדים אנו מסיפור המעשה, כפי שהוא מובא בתלמוד הבבלי (לעיל, אחר הציון להערה 47), אך אין לה ביסוס מסיפור המעשה, כפי שהוא מובא בתלמוד הירושלמי (להלן, אחר הציון להערה 124).

חכמים ראו שמלאכת הסבלות היא מלאכה קשה, שרק עניים הסכימו לקבלה עליהם. עוד ראו חכמים, שהסיכון שנוטל על עצמו העוסק במלאכה זו רב, שכן, כובד המשא, והצורך לעבוד בחוץ במשך זמן רב, גרמו לא אחת לאיבוד הריכוז של הסבל, ועקב כך, לנזקים לסחורות שנשא. בראותם זאת, סברו חכמים שראוי לחוס על הסבלים העניים, ולפטור אותם מן החובה לפצות את מעבידיהם על נזק שנגרם שלא בפשיעה, תשלום שפעמים רבות, היה מעל ומעבר ליכולתם הכלכלית.

למעשה, פסיקתו של רב מהוה המשך ישיר לקו מחשבה זה, אלא שבניגוד לתקנת חכמים, רב אף פטר את הסבלים מן הצורך להישבע.<sup>107</sup> נמצא, שרחמיו של רב כלפי הסבלים, לא היו רחמים שאינם נוגעים לגופו של דיון, אלא היו אלה רחמים הנובעים ישירות לגופו של דיון, המגלים את עומקו של הדיון.

גם הוראתו של שמואל,<sup>108</sup> שהייב להשיב אבדה לפנים משורת הדין, אינה נובעת מרחמים שאינם נוגעים לגופו של דין. בעל האבדה התייבש אמנם מאבדתו, שנאבדה לו ב"שוקא דבי דיסא". אולם לא מרצונו עשה כן, אלא בעל כרחו. לפיכך, למרות שעל פי דין, איבד בעל האבדה את הבעלות עליה, ולכן, שייכת האבדה למוצא, לפי עומקו של הדיון, לפנים משורת הדין, הויתור על הבעלות לא נעשה בדרך ראויה. במקרה זה, מבט מעמיק מגלה שהניתוק שבין בעל האבדה לאבדה, אינו ניתוק מוחלט ואמיתי, ומשום כך פסק שמואל שיש להשיב אבדה, אף אחר שבעליה התייבשו ממנה, לפנים משורת הדין.

107. ר"ח אלבק (תורה שבעל פה ד (תשכ"ב), עמ' כג, כה; סיני נ (תשכ"ב), עמ' קד) טען שפסיקת רב אינה פסיקה החורגת מן הדין, אלא הוא ביקש, באמצעות פסיקתו, לחדש תקנה, לפיה, סבלים ששברו כלים במהלך עבודתם, יהיו פטורים מתשלום, ועל המעביד יהיה לשלם להם את שכרם. אולם פירושו דחוק. בדרך כלל, כאשר מבקש מסדר התלמוד ללמדנו על תקנה של חכמים, אין הוא פותח במעשה. אדרבה, כאשר ידועה הלכה, הנוגדת את העולה ממעשה מסויים, רגילים אנו לשאול: "מעשה לסתור"? כלומר, אין להשתמש במעשה, כדי לסתור הלכה פסוקה. לפיכך, מתבקש היה שמסדר התלמוד יביא את התקנה, ולאחר מכן יתמוך אותה במעשה. גם ההגיון שבתקנה מעין זו לא מובן. עם כל הרחמים הראויים כלפי הסבלים, האם לא ראוי לחוס גם על בעלי הסחורה, שמעתה תהיה סחורתם תלויה ברצונם הטוב של הסבלים, שיידעו שלא יידרשו לשלם למעבידיהם על הסחורה שניזוקה?

אמנם, לפי זה, לא ברור לחלוטין מדוע רב לא חייב את הסבלים להישבע שהנזק לא נגרם בפשיעתם? אפשר שזו הסיבה לכך שרש"י (להלן, ליד הציון להערה 148) פירש שהסבלים גרמו את הנזק בפשיעה. לדעות הסוברות שהנזק נגרם שלא בפשיעה, ייתכן שרב ראה שהסבלים עלולים להעדיף את התשלום על פני השבועה, משום חומרת השבועה בעיניהם, ולכן לא דרש מהם להישבע. כמו כן, יש מצבים בהם לסבל עצמו לא ברור אם אמנם הנזק נגרם עקב פשיעתו. הטלת השבועה עליו במצבים אלו, עלולה להביא לתוצאה בלתי רצויה. או שהוא יישבע לשקר, או שהוא יימנע מן השבועה מחשש שיישבע לשקר, וישלם, כאשר אינו חייב בכך, אליבא דאמת.

108. לעיל, אחר הציון להערה 38.

אולי לדרך זו ליישב בין המקורות השונים, מכוונים דבריו הבאים של הרב קוק - ומדת הרחמים היא משמשת בייחוד אצל קובעי החוקים ומתקני תקנות לדורות... ואפילו בשופטים פרטיים... וגם עיקר של **לפנים משורת הדין גם הוא נכנס בכלל הדין לפעמים**, "ולא חרבה ירושלים אלא שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עשו לפני משורת הדין" (בבא מציעא ל,ב). ומכל זה מוכרחים לומר שהכתוב, שאומר "ודל לא תהדר בריבו", הוא נאמר דווקא בזמן שהדיין אינו מתחשב כלל עם שורת הדין, אלא שהוא פוסק את המשפט רק מפני מידת הרחמים על הדל, אבל בזמן שיש משקל לזה גם כן מצד צורת המשפט ויסודי הדין, יש רשות לדיין לפעמים לצרף לזה גם מידת הרחמים והחמלה על האומללים והעובדים הנדכאים.<sup>109</sup>

### ה. רמות שונות של "לפנים משורת הדין"

לעיל,<sup>110</sup> הבאנו את שאלת בעלי התוספות, מדוע לעיתים, הביא מסדר התלמוד את דרשת רב יוסף: "אשר יעשון – זו לפני משורת הדין", כהסבר להתנהגות לפני משורת הדין, ולעיתים, נמנע מלהביא דרשה זו. שאלה נוספת שעוררו בעלי התוספות היא, מדוע בדין ודברים שבין רבה בר בר חנה לסבליו, הובא הפסוק "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור", ולא הובאה דרשתו של רב יוסף. מן השאלות, ומן התשובות שניתנו עליהן, למדים אנו על שלוש רמות של "לפנים משורת הדין".

#### (א) כאשר דין היחיד שונה מדין אחרים

בעלי התוספות עמדו על כך שבמקרים שבהם הובאה דרשתו של רב יוסף, הפטור על פי דין, היה קיים רק כלפי אלו שנהגו לפני משורת הדין, ולא כלפי אחרים. רבי ישמעאל ברבי יוסי פטור מנשיאת משא זולתו, אך אחרים, שאינם מכובדים כמותו, אינם פטורים מכך. רבי חייא פטור היה מן האחריות על חוות דעת מוטעה, משום שאינו מומחה, אך המומחים, נושאים באחריות על אותה טעות שטעה בה רבי חייא. במקרים אלו, הובאה דרשת רב יוסף, כדי להסביר מדוע נהגו חכמים "לפנים משורת הדין". לעומת זאת, במקרים שבהם הדין קיים באופן שווה כלפי כל הציבור, לא הובאה דרשת רב יוסף.

109. מתוך איגרת שפורסמה בספר הזיכרון לאברהם שפיגלמן (ירושלים תשל"ט), עמ' 67 (ההדגשות, אינן במקור). אבל, ניתן גם להסביר שהרב קוק מתכוון לומר שכאשר לפי שורת הדין, יש מקום לזכות את העני, אולם יש גם מקום לחייבו, רשאי הדיין לזכותו, ואינו עובר בכך על "ודל לא תהדר בריבו". אם זו כוונתו, הרי שלא זכינו לכוון בדברינו, לדעת גדולים.

110. ליד ציון הערה 41.

מדוע דרשת רב יוסף שייכת רק למקרים שבהם דין היחיד שונה מדין אחרים, ואינה שייכת למקרים שבהם הדין שווה כלפי הכל? ייתכן שדברי התוספות מיוסדים על ההנחה, שאין לנהוג לפנים משורת הדין, אלא כאשר ה'לפנים משורת הדין' הוא למעשה, דינם של אחרים. במילים אחרות, אפשר ורצוי לעבור ממערכת דין אחת, לאחת. אולם, אין לצפות מאדם שינהג לפי דין שאינו קיים כלל, לא עבורו ולא עבור אחרים.

את רבי חייא לא ניתן לחייב לשלם פיצוי על מתן חוות דעת מוטעה, משום שהשואל הניח כספו על קרן הצבי, כששאל את מי שאינו מומחה. אף על פי כן, מובן שרבי חייא הטעה את האשה שבאה לבקש את חוות דעתו, ונגרם לה נזק עקב חוות דעתו. על כן, באה דרשתו של רב יוסף, ומלמדת שראוי ליחיד שינהג לפנים משורת הדין כדרך שנוהגים חבריו, אף שהדין פוטר מן.

במקרים אחרים, בהם הדין שווה לכל, אדם רשאי לבטא את רמתו המוסרית הגבוהה על ידי שינהג לפנים משורת הדין, אך דבר זה כבר מסור ללבו של כל אדם, ואין אנו מצפים מכל אחד שיתעלה על עצמו, ויקבל על עצמו להתנהג על פי נורמות גבוהות מאלו הראויות כלפי כלל החברה. לכן, לא הוזכרה דרשה המחייבת לנהוג לפנים משורת הדין, לגבי מקרים שבהם הדין שווה כלפי הכל.

הסבר זה עולה בקנה אחד עם דעתו של רבי יעקב מאורליינש, הסבור ש"לא שייך לפנים משורת הדין, אלא בדבר שאחרים חייבים וזה פטור".<sup>111</sup> אולם, בעלי התוספות לא קיבלו את דעתו, בהסתמך על המסופר על האמורא שמואל,<sup>112</sup> שהחזיר חמורים שמצא במדבר, לאחר שנים עשר חודשים, משום "לפנים משורת הדין", אף שהכל פטורים מן.

אפשר שלדעת רבי יעקב מאורליינש, אף המסופר על שמואל שייך לדינים שבהם "אחרים חייבים וזה פטור", שכן, לפי ההלכה, אילו היה אדם אחר מוצא את אותם חמורים, זמן קצר לאחר שאבדו מבעליהם, היה עליו להשיבם אף לאחר שנים עשר חודש. מכאן, שההלכה הפוטרת אדם מהשבת אבדה שנמצאה לאחר שעברו שנים עשר חודשים מעת שאבדה, אינה נובעת מכך שהתורה סברה שלא מן הראוי להשיב אבדה לאחר זמן זה, אלא מכך שלאחר שנים עשר חודשים, בדרך כלל בעל האבדה מתייאש ממנה. נמצא, שהסיבות שהביאו לפטור מהשבת אבדה הינן צדדיות, ואין בהן כדי לבטא את דרך ההתנהגות הראויה בעיני התורה.

111. תוספות בבא קמא, ק,א, ד"ה לפנים.

112. בבא מציעא כד,ב.

### (ב) פסיקה לפנים משורת הדין הגורמת הפסד

כאמור, התוספות שאלו גם, מדוע לא הוזכרה דרשת רב יוסף במעשה סבליו של רבה בר בר חנה. תשובתם היא שבמעשה זה, גרמו הסבלים לרבה בר בר חנה הפסד גדול, "ומשום לפנים משורת הדין, אין לו להפסיד"<sup>113</sup>. משום כך, הובאה דרשה אחרת, המלמדת שלעיתים, יש לדבוק בדרכיהם של טובים ובאורחותיהם של צדיקים, ואפילו להפסיד, אף ששורת הדין אינה מחייבת זאת.<sup>114</sup>

אמנם, משהגענו לשאלת ההפסד שנגרם לתובע מן הפסיקה לפנים משורת הדין, יהא עלינו לתת את דעתנו למצבו הכלכלי של התובע, לעומת זה של הנתבע. כאשר התובע עשיר, ייתכן לראות בהפסד הנגרם לו כתוצאה מן הפסיקה הפסד קל, שאינו ראוי להיחשב כהפסד. ולעומת זאת, כאשר התובע עני, ייתכן שאף ההפסד הקל ייחשב עבורו כהפסד גדול, הפוטרו מן החובה לנהוג עם הנתבע לפנים משורת הדין.

על רבא מסופר<sup>115</sup> שהלך אחר רב נחמן ב"שוקא דגלדאי", ויש אומרים "בשוקא דרבנן". ואף הוא שאל את רבו: "מצא כאן ארנקי מהו?" והשיבו: "הרי אלו שלו". ושוב שאל: "בא ישראל ונתן בה סימן מהו?" והשיב לו רבו: "הרי אלו שלו". ושוב

113. מדברים אלו משמע שלדעת התוספות, פסיקת רב לרבה בר בר חנה, אינה נכללת במסגרת הפסיקות לפנים משורת הדין, בניגוד לדעת רש"י (לעיל, ליד ציון הערה 47). אולם, בהקשר זה, מן הראוי להעיר על סתירה לכאורה בדברי רש"י. **בבא מציעא** לגא, נקבע שבאופן עקרוני, אבדתו ואבדת אחרים, אבדתו קודמת, משום שנאמר "אפס כי לא יהיה בך אביון", ומכאן למדו חכמים ש"שלך קודם לשל כל אדם". אולם, רב מזהיר ש"כל המקיים בעצמו כך, סוף בא לידי כך". על כך מפרש רש"י (שם, ד"ה כל המקיים בעצמו כך): "אף על פי שלא הטילו עליו הכתוב, יש לאדם ליכנס לפנים משורת הדין ולא לדקדק שלי קודם, אם לא בהפסד מוכיח ואם תמיד מדקדק, פורק מעליו עול גמילות חסד וצדקה, וסוף שיצטרך לבריות". מדברים אלו משמע שכאשר קיים "הפסד מוכיח", לא נדרש אדם לנהוג לפנים משורת הדין, בניגוד לעולה מדברי רש"י ב"עובדא דשקולאי". סתירה זו יושבה ע"י מו"ר הרב ח' י' סמוטריץ' (דבריו הובאו ע"י הרב ר' צור במאמרו, "בעניין לפנים משורת הדין", **מאבני המקום** ד (חורף תשנ"א), 45-46). לדבריו, בדף לג עסק רש"י במנהג קבוע, כפי שאכן מדויק מלשוננו: "ואם תמיד מדקדק". בנוגע למנהג כזה, אין לדרוש מאדם שינהג **תמיד** לפנים משורת הדין, כאשר קיים "הפסד מוכיח", משום שאם יעשה כך, סופו שיאבד את כל רכושו. אולם, באופן ארעי, בהחלט יש מקום לנהוג לפנים משורת הדין, לפי נסיבות העניין, כפי שעולה מדבריו בפירושו ל"עובדא דשקולאי".

114. אבל **בתוספות**, שם, מסיים ש"בהנהו שקולאי לא שייך לפנים משורת הדין, כיון שעשו לו היזק גדול, בפשיעה". משמע שכדי לקבוע ש"לא שייך לפנים משורת הדין", נדרשים שני תנאים מצטברים: שייגרם לאדם "נזק גדול", ושיהיה הדבר "בפשיעה". במצב זה, סבורים בעלי התוספות, הויתור על הדין אינו בגדר "לפנים משורת הדין", אלא בגדר "אורחות צדיקים". על פסיקה לפנים משורת הדין לטובת הגורם נזק בפשיעה, ראה להלן, פרק ה, סעיף (ב).

115. **בבא מציעא** כד, ב.

שאל רבא: "והלא עומד וצווח?", הרי בעל האבדה צווח שזו אבדתו, מדוע נקשיח לבנו כלפיו, ולא נשיב לו את אבדתו? על כך השיב רב נחמן: **"נעשה [בעל האבדה] כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים"**.

ראבי"ה<sup>116</sup> עמד על כך שדברי רב נחמן מהווים סתירה לכאורה לשיטתו, שניתן לפסוק "לפנים משורת הדין", אף בכפיה.<sup>117</sup> מדוע אם כן, לא פסק רב נחמן שיש להשיב את האבדה משום "לפנים משורת הדין", כשם שפסק שמואל במעשה דומה, המוכב באותו מקום? ראבי"ה הציע ליישב את הקושיה, באומרו: "אפשר שהמוצא היה עני, ובעל האבדה עשיר".<sup>118</sup>

מדבריו אנו למדים, שייתכן שלעתים יפסוק הדיין "לפנים משורת הדין", ולעיתים יימנע מלפסוק כך, בהתחשב במצבם הכלכלי של התובע ושל הנתבע. כאשר התובע עשיר, ראוי לתבוע ממנו לנהוג לפנים משורת הדין, ולוותר על הרווח הצפוי לו מהחזקת המציאה. כאשר המוצא עני, לא נדרוש זאת ממנו, שכן עבורו זהו הפסד גדול.

מחילה על חוב ותשלום שלא על פי דין

בפירושו לספר משלי, מסביר הגר"א<sup>119</sup> שלא לחינם ציטט רב בפסיקתו הראשונה, דווקא את החלק הראשון של הפסוק – "למען תלך בדרך טובים", ובפסיקה השניה, את חלקו השני – "ואורחות צדיקים תשמור".

הגר"א מסביר שיש הבדל בין ה"טובים" ל"צדיקים". הטוב הוא מי ש"מיטיב עם הבריות" אבל ה"צדיק" הוא מי ש"נותן משלו לבריות בחנם, אף שלא היה ראוי". הוא מסביר שלהיות "טוב" היינו, "שלא לעשות רע", זו מידה שנדרשת מרוב בני האדם, כי "זהו דרכן של רוב בני האדם".

116. מוכב במרדכי בבא מציעא, כיצד הרגל, רנז. וראה בדבריו שם, שפסק ש"כייפנין למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות", ובהגהות **מרדכי** פירש: "רצה לומר, שהוא עשיר", וראה ברמ"א חו"מ, רנט, ה.

117. דיון נרחב בשיטה זו, בפרק הבא.

118. מלשון זו למד ב**שו"ת צמח צדק** (להלן, הערה 144) שדווקא בהתקיים שני התנאים, היינו, שהנתבע עני וגם התובע עשיר, פטור התובע מלנהוג לפנים משורת הדין. אבל, אם התובע עני וגם הנתבע עני, או לחילופין אם שניהם עשירים, צריך התובע לנהוג לפנים משורת הדין. בהקשר זה, אומר הרב יצחק יעקב וייס (**שו"ת מנחת יצחק**, להלן, הערה 161), שיש לעיין האם קביעה זו ייחודית להשבת אבדה, בה נדרש אדם לוותר על רווח צפוי, ולא להפסיד ממונו, או שמא כך הדין גם בדין ודברים שאינם נוגעים להשבת אבדה, בהם משמעות הפסיקה לפנים משורת הדין היא, גרימת הפסד ממשי לתובע.

119. **באור הגר"א** משלי ב, כ.

משום כך, מסביר הגר"א, נכתב בפסוק הביטוי "דרך", בסמיכות ל"טובים", כי הדרך רחבה היא לעומת ה"אורחות", המיועדות לצדיקים, שהם מועטים מן ה"טובים".

זו גם הסיבה לכך שלגבי דרך הטובים נאמר "תלך", ולגבי אורחות הצדיקים נאמר "תשמור", שכן, מאחר ש"אין דרכן של רוב בני אדם לעשות, לכן זו צריך שמירה".

בהתאם לפירוש זה, מסביר הגר"א שכאשר הורה רב לרבה בר בר חנה לוותר על התשלום על הנזק שנגרם לו, ציטט את תחילת הפסוק, המדברת בדרכם של טובים, משום ש"למחול ההיזק הוא דרך הטובים", אבל "ליתן להם עוד משלו, אינו אפילו דרך הטובים". מנהג זה שייך כבר לאורחותיהם של צדיקים.

מפירושו זה למדנו שבמסגרת הפסיקה לפנים משורת הדין הגורמת הפסד לבעל דין, יש להבחין בין שתי רמות של הפסד. הפסד שמשמעותו היא, מחילה על חוב, והפסד שמשמעותו היא, תשלום. הרמה הראשונה היא קלה יותר, וניתן לצפות מרוב בני האדם שינהגו בה לפנים משורת הדין. הרמה השנייה קשה יותר, והיא אינה מתאימה לכל אדם, אלא למעטים ומיוחדים, שראוי לכנותם צדיקים.

### ו. פסיקה לפנים משורת הדין, בכפיה

הפוסקים, דנו רבות בשאלה, האם רשאי בית הדין לכפות על בעל דין פסיקה שהיא בגדר "לפנים משורת הדין". הדעות השונות מושפעות רבות מן הסוגיות העוסקות בפסיקה לפנים משורת הדין, ומן הגירסאות השונות של הסוגיות.

#### (א) "עובדא דשקולאי" – גרסת התלמוד הבבלי

כאשר שאל רבה בר בר חנה את רב "דינא הכי"? כשהורה לו לוותר על חוב הסבלים ולשלם להם את משכורתם, השיב לו רב: "אין". מן התשובה, ניתן להסיק שלדעת רב, רשאי הדיין לפסוק דין לפנים משורת הדין, ודין זה יהיה מחייב ככל דין אחר היוצא מתחת ידי בית הדין. כך אמנם למד ה'מרדכי'<sup>120</sup> מדברי רב.

אבל, לדעת רבי, אין לגרוס את המילה "אין".<sup>121</sup> לפי גרסתם, תשובתו של רב לשאלתו של רבה בר בר חנה היא: למען תלך בדרך טובים ובהמשך, "ואורחות צדיקים תשמור". מתשובה זו אין להסיק כלל שהיא נאמרה כדין, ואדרבה, ניתן להסיק ממנה שרב מסכים לרבה בר בר חנה שהוראתו אינה בגדר "דין", ואף על פי כן, ממליץ לנהוג כפי שהורה, משום "למען תלך בדרך טובים".

120. מרדכי, שם.

121. כך עולה מדברי רי"ף בבא מציעא, נא, ב (דפי הרי"ף), מדברי העיטור, אות פ', פיקדון, עב, ב, וראה גם ברס"ג, לעיל, ליד ציון הערה 67, במהרש"א חדושי הלכות, בבא מציעא, שם, ובדקדוקי סופרים בבא מציעא, שם.

ברם, גם ללא המילה "אין", מלשון התלמוד ניתן ללמוד שרב כפה על רבה בר בר חנה לנהוג כפי שהורה לו, שכן רב לא **הציע** לרבה בר בר חנה לשלם לסבלים את שכרם, אלא אמר לו: "זיל הב להו גלימייהו", ובהמשך, "זיל הב להו אגרייהו", לשונות שמשמען כפייה לנהוג כפי שהורה הדיין.

ואכן, כאשר רבנו מנחם המאירי<sup>122</sup> מפרש את "עובדא דשקולאי", הוא מסביר ש"מדרך מדות החד, צוה להחזיר להם מה שנטל להם מן הדין ולפרוע להם". כלומר, רב לא הציע לרבה בר בר חנה לנהוג כפי שהורה, אלא צוה אותו לעשות כן.<sup>123</sup>

### (ב) "עובדא דשקולאי" – גרסת התלמוד הירושלמי<sup>124</sup>

בתלמוד הירושלמי,<sup>125</sup> מובא מעשה הסבלים ששברו את חבית היין, בשינויים משמעותיים.<sup>126</sup> על שינויים אלה נבקש לעמוד, אך תחילה, נביא את לשון המעשה, כפי שהוא מובא בתלמוד הירושלמי -

קדר מסר קדרוי לבר נש (=בעל קדרות מסר קדרותיו לאדם). תברין, ארים גולתיה (=שברם, ונטל ממנו בעל הקדרות את גלימתו). אתא גבי (=בא לפני) רבי יוסי בר חנינה אמר ליה: איזיל אמור ליה: 'למען תלך בדרך טובים'. אזל ואמר ליה, ויהב גולתיה. אמר ליה: יהב לך אגרך? (=נתן לך שכרך?) אמר ליה: לא. אמר ליה: זיל ואימור ליה 'וארחות צדיקים תשמור'. אזל ואמר ליה, ויהב ליה אגריה.

נעמוד עתה על ההבדלים, שבעינינו יש להם משמעות בכל הנוגע להבנת משמעותה של הפסיקה -

א. התלמוד הירושלמי אינו מציין מי הוא בעל הקדרות. לא מדובר על תלמיד חכם או על אדם חשוב, אלא על "קדר".

122. **חיבור התשובה** (סופר), 226.

123. ובאופן דומה **בסמ"ג** עשין פט (קעב, ב): "וצוה להחזיר... וצוה ליתן להם שכרם", בניגוד ל**פסקי ריא"ז** בבא מציעא, קס: "**וביקש** מן החכם להחזיר להם כסותם לפנים משורת הדין".

124. למרות ההבדלים הרבים בין הסוגיות, נטו החוקרים לומר שהסיפור המובא בבבלי הוא זה שהובא בירושלמי, אם כי חלוקת הדעות באשר לשאלה, איזה מעשה הוא המקורי, ואיזה מעשה הועתק באופן לא מדויק מן המקור. ר"ח אלבק (סיני נ, תשכ"ב, עמ' קד, הערה 20), סבר שבבבלי נמצאת הגירסא המקורית של המעשה, שעבר אח"כ מבבל לארץ ישראל. לעומתו, ש' י' פרידמן (**תלמוד ערוך** השוכר את האומנין, הפירושים, הוצאת בית המדרש לרבנים באמריקה, ירושלים תשנ"א, 414) סבור שהמעשה שבירושלמי הוא המקור למעשה שבבבלי.

125. **ירושלמי** בבא מציעא ו, ו (כו, א).

126. מלבד העובדה שהנפשות הפועלות בסיפור, שונות מאלו שבתלמוד הבבלי.



- ב. מקבל הקדרות אינו בהכרח סבל. ייתכן ומדובר באומן, שומר בשכר וכדומה.
- ג. בעל הקדרות אינו נוכח בעת שבא אותו "בר נש" ומתלונן עליו לפני רבי יוסי בר חנינה.
- ד. מקבל הקדרות אינו בהכרח עני ורעב, כפי שמסופר עליו בתלמוד הבבלי.
- ה. המשיב, אינו נותן הוראה מפורשת לבעל הקדרות, להשיב את הגלימה ולתת את השכר, אלא רומז לו מה ראוי לו שיעשה.
- ו. לעובדה שרק מקבל הקדרות הגיע אל רבי יוסי בר חנינה משמעות רבה, משום שממנה ניתן ללמוד שלא התקיים דיון רגיל בבית דין, שכן, דיון כזה, דורש רת נוכחותם של שני הצדדים לדיון.

כיון שרבי יוסי בר חנינה אינו נותן הוראה מפורשת לבעל הקדרות, יש להסיק שהוא אינו פוסק שעל בעל הקדרות לשלם למקבלן שכר, אלא רק מזכיר לו את הפסוק, בתקוה שיביין ממנו, שראוי לו לנהוג עמם לפנים משורת הדין.<sup>127</sup>

שינויים אלו עשויים לצמצם את משמעותו ההלכתית של המעשה, משום שמהם עולה שאין הדיין רשאי לכפות על בעל דין לנהוג לפנים משורת הדין, אם כי הוא רשאי להציע לבעל דין לנהוג כך.

מנגד, העלמת זהותו של בעל הקדרות עשויה ללמד שהמלצה לנהוג לפנים משורת הדין אינה מופנה כלפי אדם חשוב או תלמיד חכם דווקא, אלא כלפי כל אדם. כמו כן, המלצה זו אינה ניתנת רק כאשר בעל הדין המבקש שינהגו עמו לפנים משורת הדין הוא עני, רעב וכדומה, העוסק במלאכת הסבלות, אלא גם כאשר הוא אדם רגיל, שאינו נזקק לסעד מיוחד. בכך יש הרחבה של משמעותו ההלכתית של המעשה, מעבר למה שעולה מן התלמוד הבבלי.

### (ג) פסיקת שמואל בהשבת אבדה

מקור נוסף, שממנו למד ה'מרדכי' שניתן לכפות פסיקה שהיא בגדר "לפנים משורת הדין", הוא ההוראה של שמואל לרב יהודה,<sup>128</sup> שאם מצא מציאה שעל פי דין אין הוא חייב להשיבה לבעליה, ובא בעליה ונתן בה סימנים, הרי הוא "חייב להחזיר".

127. הבנה זו מנוגדת בתכלית להבנתו של הרב צ' י' מלצר, הדרום, יב (תש"ך), בעמ' 34, שם כתב שלאחר ש"הם ענו שלא שילם [להם המעביד את שכר עבודתם], אמר להם, לכו תאמרו לו שישלם". המעיין בסוגיית הירושלמי שם, ייווכח שאין כל זכר לכך שרבי יוסי בר חנינה אמר לסבלים שיאמרו למעבידם שישלם להם את שכר עבודתם, ואדרבה, משמע כפי שכתבנו, שביקש רק להעביר דרכם את המסר למעביד, שראוי לו לנהוג עמם לפנים משורת הדין. לכן, נראה לנו שגם מסקנת הרב מלצר (שם) ש"זה (=סוגיית הירושלמי) מחזק את היסוד שחייב אותו מדינא" אינה נכונה. סוגיית הירושלמי דווקא מחלישה את ה"יסוד שחייב אותו מדינא", בניגוד לסוגיית הבבלי, שאמנם מחזקת יסוד זה.

128. לעיל, ליד ציון הערה 38.

מלשון זו משמע שפסיקת שמואל אינה רק בגדר עצה טובה, אלא היא בגדר חיוב גמור, שניתן לכפות את קיומו.

אבל, לרבנו חננאל<sup>129</sup> היתה גרסא שונה לגבי תשובת שמואל. לפי גירסתו, השיב שמואל לרב יהודה: "אם רוצה לעשות לפנים משורת הדין, מחזיר". לפי גירסא זו, שמואל לא ביקש להורות לרב יהודה כיצד לנהוג, אלא להציע בפניו את האפשרות לנהוג לפנים משורת הדין.

#### (ד) "כפייה רפרם לרב אשי"

מקור נוסף שממנו ניתן ללמוד שיש לחכמים כח לפסוק לפנים משורת הדין בכפיה, קשור למעשה שמוכא במסכת בבא קמא,<sup>130</sup> בעניין השורף שטרותיו של חברו. הדין הוא, שהשורף שטרות חוב של חברו, חייב בנזיקין. בהקשר זה מסופר -

הוה עובדא, וכפייה רפרם לרב אשי ואגבי ביה כי כשורא לצלמא (רש"י: <sup>131</sup> פרעון גמור, מן העידית).

קשה להניח שרב אשי הזיק לחברו על ידי שרפת שטרותיו. אף אם היה חלילה עושה כן, האם היה רב אשי, מסדר התלמוד, מפרסם זאת? ! כנראה משום כך פירש רש"י שהמעשה אירע בילדותו של רב אשי.<sup>132</sup>

אולם כידוע, קטנים פגיעתן רעה,<sup>133</sup> משום שלא ניתן לחייבם על נזקים שגרמו. אם כך, כיצד ייתכן שרפרם כפה את רב אשי לשלם על נזק שגרם בילדותו?<sup>134</sup>

הט"ז<sup>135</sup> הסביר, שאמנם מעיקר הדין, לא היה רב אשי חייב לשלם על הנזק שגרם בילדותו, ובכל אופן כפה אותו רפרם לשלם, לפנים משורת הדין. לפי פירוש זה, הרי לנו מקור מפורש המתיר לדיין לפסוק לפנים משורת הדין, בכפייה.

129. רבנו חננאל בבא מציעא, כד, ב.

130. בבא קמא צח, ב.

131. רש"י, שם, ד"ה כי כשורא.

132. שם, ד"ה ואכפייה. אבל ראה בשיטה מקובצת בבא קמא, שם, ד"ה הוה עובדא, בשם רבנו יהונתן מלונגיל, שהסביר שרב אשי היה דיין, שביקש לפטור את השורף שטרותיו של חברו מתשלום, ורפרם כפה אותו לחייב את הנתבע בדין.

133. ע"פ משנה בבא קמא פז, א.

134. אמנם, לדעת הגהות אשר"י בבא קמא ח, ט, אף שלא ניתן לחייב קטנים לשלם על נזקים שגרמו בעודם קטנים, ניתן לחייבם לשלם על נזקים אלו, אחר שיגדלו. לפי דעות אלו, אין להוכיח מכפיית רב אשי דבר לנושא בו אנו עוסקים. אולם נראה שזו דעת יחיד, כפי שכתב משנה למלך מלוה, ד, יד, ד"ה והיכא. למעשה, פסקו הרמב"ם (חובל ומזיק ד, כ; גנבה א, ח; טוען ונטען ה, יא) והשולחן ערוך (ח"מ תכד, ח), שאף לאחר שהגדיל, אין גובים תשלום ממי שהזיק בעודו קטן.

135. ט"ז או"ח, שמג, ב.

### (ה) הכרעת ההלכה

ה'מרדכי'<sup>136</sup> בעקבות ראב"ן וראבי"ה, הסיק שבית הדין רשאי לכפות על בעלי הדין פסיקה, שהיא בגדר "לפנים משורת הדין".

לעומתו, רבנו ירוחם<sup>137</sup> למד מדברי הרא"ש<sup>138</sup> שפסק שאין לכפות על מוצא אבדה להכריז עליה במקום שעל פי דין אין הוא חייב בכך, שאין הדיין רשאי לכפות על בעל הדין לנהוג לפנים משורת הדין.

ה'בית יוסף'<sup>139</sup> קיבל את פסיקת רבנו ירוחם, ודחה את פסיקת 'מרדכי'. אולם ה'ב"ח'<sup>140</sup> חלק עליו, ופסק כ'מרדכי'.

הרמ"א<sup>141</sup> הביא את שתי הדעות להלכה, אך מכך שהביא בתחילה את דברי רבנו ירוחם, בלשון סתמית, ורק לאחר מכן הוסיף "ויש חולקים", ניתן להסיק שדעתו נוטה להכרעתו של רבנו ירוחם.<sup>142</sup> אבל, מדברים שכתב הרמ"א בתשובותיו,<sup>143</sup> משמע שדעתו נוטה להכריע כדעת ה'מרדכי'. למעשה, מדברי פוסקים רבים עולה שקיבלו את פסיקת ה'מרדכי', בדרך זו או אחרת.<sup>144</sup>

רבי יהונתן אייבשיץ הכריע שניתן לכפות על בעל דין לנהוג לפנים משורת הדין, אך כפייה זו לא תהיה באמצעות שוטים או נידוי, אלא בדברים,<sup>145</sup> כלומר -

שאומרים לו חייב אתה לעשות כן, ואם אינך שומע אתה עברייני.<sup>146</sup>

בשו"ת צמח צדק<sup>147</sup> פסק, בניגוד לעמדת רבי יהונתן אייבשיץ, שניתן לכפות לנהוג לפנים משורת הדין אף על ידי נידוי.

136. מרדכי, שם.

137. רבנו ירוחם מישירים, נתיב א, חלק ד, ט, ב (הובא בבית יוסף חו"מ יב, ב).

138. רא"ש בבא מציעא, ב, ז.

139. בית יוסף, שם.

140. ב"ח, שם, ד.

141. רמ"א, שם.

142. ראה גם בשו"ת שב יעקב אה"ע, כט.

143. שו"ת הרמ"א, לב.

144. ראה: שו"ת מהרי"ל החדשות קלו, קמ, קמו; קצות החושן רנט, ג; שנו, ו; שו"ת ציץ אליעזר ז, לח ד"ה ולעצם דברי; ש"ך חו"מ, רנט, ג; ט"ז, שם; תומים יב, ד; שו"ת שבות יעקב א, קסח; שו"ת צמח צדק, פט; שו"ת חתם סופר יו"ד, רלט; פתחי תשובה חו"מ, יב, ו; תיק כ"א 5637/ כ"א בבית הדין הרבני האזורי ת"א-יפו, פר"ר ה, 132, 151-152; תיק ל"ח 2824/ בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, פר"ר יא, 259, 262, ובמקורות שהובאו בשדי חמד כללים, מערכת הלמ"ד, כט, ד"ה לפנים.

145. השווה: תוספות כתובות, מט, ב, ד"ה אכפייה; חולין קיב, ד"ה כל.

146. תומים, שם, והשווה לדברי שו"ת שבות יעקב, שם.

147. שו"ת צמח צדק, שם, וראה בפתחי תשובה, שם, שלמד מדברי שו"ת חתם סופר, שאף הוא

## ז. רחמים על הגורם נזק בפשיעה

מקובל לחשוב שרחמים בדין ראויים, כלפי מי שפעל בתום לב, הוטעה, או חטא בשוגג. הפושע אינו ראוי לרחמים, שהרי הוא פעל באופן מודע כפי שפעל, ולכן, ראוי הוא לשאת באחריות לתוצאות מעשיו.

אף על פי כן, בפירושו למעשה בסבליו של רבה בר בר חנה, מציע רש"י שני הסברים לנסיבות שהביאו לשבירת החבית: "ותברו ליה שלא במקום מדרון, ובפשיעה. אי נמי בדיגלא".<sup>148</sup>

ה"דיגלא" הוא "עץ מפוצל בראשו, וקושר בו משא שני בני אדם".<sup>149</sup> מובן שסבל יחיד הנושא על גבו משא הראוי לשני בני אדם, פשע במלאכתו. אם כן, מהו בכל זאת ההבדל בין הפירושים?

נראה שההבדל דק בין הפירושים נובע מן השאלה, האם מקובל לנהוטג כפי שנהג הסבל. עצם קיומו של ה"דיגלא" מעיד על כך שנשיאת החביות בדרך זו היתה מקובלת בין הסבלים. סבליו של רבה בר בר חנה לא המציאו את הנשיאה בדיגלא.

אף על פי כן, נכון להתייחס לנשיאה בדרך זו כאל פשיעה, משום שהסיכון שהיא גורמת לסחורה רב. העובדה שדרך מסויימת לנשיאת משאות מקובלת, אינה הופכת אותה לראויה.

אבל, פשיעתו של הסבל ההולך במישור ומתוך רשלנות, לא שם לב לדרכו, וגורם נזק לסחורה אותה הוא נושא, חמורה יותר. כאן, הנוהג המקובל לא יעמוד לזכותו של הסבל, שכן הנוהג המקובל הוא, שהסבלים נזהרים בשעה שהם נושאים את המשא, ובדרך כלל, אינם גורמים נזק לסחורה אותה הם נושאים, ביחוד כאשר הם נושאים סחורה במישור.

לפי זה, הפירוש הראשון מחודש יותר. לפיו, יש מקום לנהוג לפנים משורת הדין, אף אם הפושע שנהג שלא בדרך מקובלת. לפי הפירוש השני, פסיקה לפנים משורת הדין ראויה גם כלפי הפושע, ובלבד שפשיעתו נחשבת בגדר "פשיעה מקובלת".

לעומת זאת, רבנו חננאל<sup>150</sup> פירש שסבליו של רבה בר בר חנה כלל לא פשעו. לגבי סבל שגרם נזק שלא בפשיעה, ההלכה היא, שהסבל רשאי להישבע שהנזק נגרם

מסכים לדברי ה'צמח צדק'.

148. רש"י בבא מציעא, שם, ד"ה שקולאי, וראה גם בריטב"א, שם, שהסכים עם פירושו. וכן משמע מדברי התוספות, המוזכרים לעיל, הערה 114.

149. רש"י שם, ד"ה דדרו בדיגלא.

150. מובא ברי"ף בבא מציעא, נא, ב (דפי הרי"ף). וראה גם בחידושי הרמב"ן בבא מציעא, שם, בשם הרי"ף.

אמנם שלא בפשיעה, ובכך, להיפטר מן החובה לשלם על הנזק. אולם, לדעת איסי בן יהודה,<sup>151</sup> אם הנזק נגרם במקום שהרבים מצויים שם, יש להניח שהיו עדים לאירוע שגרם לנזק. לפיכך, על הסבל להביא ראיה שלא פשע, כדי להיפטר מתשלום. ככל הנראה, לא הייתה לסבליו של רבה בר בר חנה ראיה שלא פשעו, ולפיכך, מן הדין היו ראויים לשלם על הנזק שנגרם לחביותיו, **אלולי** פסיקתו של רב, שפטר אותם מחובה זו, לפנים משורת הדין.

ייתכן שהסיבה לכך שרבנו חננאל נמנע מלפרש את המעשה, כפי שפירשו רש"י היא, שלדעתו, לא ראוי לפסוק לפנים משורת הדין, לטובתו של הפושע.

למעשה, מוצאים אנו בספרות השו"ת דוגמאות לכך שחכמי ישראל נהגו לפסוק לפנים משורת הדין, אף במקום שפסיקה זו הייתה לטובתו של הפושע, כי "תפארתו עובר על פשע".<sup>152</sup>

### ח. לפנים משורת הדין לטובתו של עבריין

לעיל, עמדנו על כך שלגבי הפסיקה לפנים משורת הדין, אין זהה מעמדו של תלמיד חכם או תובע נכבד לזה של אדם פשוט. אי השוויוניות במשפט היא מן הסימנים המובהקים של הפסיקה לפנים משורת הדין. הדין הוא שוויוני, וכך צריך הוא להיות, משום שהוא אמור לייצג את ההתנהגות הראויה עבור כלל החברה, עבור העשיר והעני, האדם החשוב ועם הארץ. לעומת זאת, כאשר דנים לפנים משורת הדין, לא כל בני האדם שווים הם. יש מי שממנו מצפים לרמה מוסרית גבוהה מזו המיוצגת בחוק, ויש שאין אנו מצפים זאת ממנו.

האם גם לאישיותו ומעמדו של מי שפוסקים לטובתו, יש משמעות בבוא הדין לשקול אם לפסוק לפנים משורת הדין, אם לאו? במילים אחרות, האם יש מי שאינו ראוי שינהגו עמו לפנים משורת הדין?

בפרק הקודם, נוכחנו לדעת שלפי רבנו חננאל, ייתכן שאין לפסוק לפנים משורת הדין, לטובתו של מי שהזיק בפשיעה. הסברנו זאת בכך, שמי שפשע במודע, צריך לשאת באחריות לתוצאות מעשיו. בפרק זה, נבקש לבחון מה מעמדו של מי שלא פשע באירוע שעליו נסוב הדיון בבית הדין, אך הוא מוכר כ"עם הארץ".

בברייתא,<sup>153</sup> מובאים ששה דברים שנאמרו ב"עם הארץ".<sup>154</sup> בהקשר זה נאמר גם ש"יש אומרים, אף אין מכריזין על אבדתו". אולם, תנא קמא של הברייתא חולק על

151. **בבא מציעא**, שם.

152. **שו"ת מהרי"ל** החדשות, קמ (בסופו).

153. **פסחים** מט, ב.

כך, וסובר שמכריזים אף על אבידת עם הארץ, משום ש"זמנין דנפיק מיניה זרעא מעליא ואכיל ליה, שנאמר: יכין וצדיק ילבש"<sup>155</sup>.

דעת יש אומרים' לא נפסקה אמנם להלכה, אך לנדוננו, מעניין מאוד הוא פירושו של ה'אשכול' למחלוקת -

ואפילו יש אומרים לא קאמרי, אלא במקום שאין מחויב להכריז אלא שעושה מדת חסידות ולפנים משורת הדין ומכריז... ותנא קמא סבר מכריזין דעושין לו לפנים משורת הדין דדילמא נפיק מיניה זרעא מעליא ויכין רשע וילבש צדיק.<sup>156</sup>

מדבריו עולה שמחלוקתם של תנא קמא ו"יש אומרים" עוסקת בדיוק בשאלה שהצגנו. "יש אומרים" סברו שאמנם אין זה מן הראוי לנהוג עם "עם הארץ" לפנים משורת הדין, אך דעתם נדחתה על ידי תנא קמא, שהלכה כמותו, משום שייתכן שמן הרשע ייצא ביום מן הימים "זרעא מעליא", שייחנה מן הפסיקה לטובת אביו.

הרשב"א, פירש שמחלוקתם של תנא קמא ו"יש אומרים" עוסקת בהשבת אבדה -

ואע"פ שמותר להלוותו (=למשומד) בריבית... דריבית והחזרת אבדה באחזה תליינהו רחמנא ולפנים משורת הדין כדי להתחסד עם האחים. והאי לאו אחינו הוא ולא ראוי לעשות עמו חסד ואדרבה מורדין אותו.<sup>157</sup>

מדבריו משמע שהכריע כדעת "יש אומרים", שאין משיבים אבדתו של עם הארץ. מנימוקו נוכלל ללמוד בקל וחומר, שלא ראוי לעשות חסד ולפסוק לפנים משורת הדין לטובת עם הארץ. למעשה, פסיקה זו מנוגדת לדעתו של רבי יוחנן, שפסק: "לכל אבידת אחיך - לרבות את המומר".<sup>158</sup> כלומר, חובת השבת אבדה קיימת, אף כאשר המאבד הוא מומר.

154. בדרך כלל, הכינוי "עם הארץ" מופנה גם כלפי אלו שלא למדו תורה או שאינם מקיימים מצוות. אף על פי כן, דומני ש"עם הארץ", בהקשר המובא בסוגיית פסחים הוא אדם רע, ש"ראוי לקורעו כדג" (פסחים שם) או "לנוחרו ביום הכיפורים" (שם), אדם שנלחם בתלמידי חכמים ואומר: "מי יתן לי תלמיד חכם ואנשכנו כחמור". ומי שמשיא לו את בתו, הרי הוא "כאילו כופתה ומניחה לפני הארי" (שם). על כן, נראה שהכותרת "עברייך" הולמת ל"עם הארץ" מסוג זה.

155. איוב כז, יז.

156. ספר האשכול (אלבק), הלכות רבנן, רד, ב.

157. שו"ת הרשב"א א, רמב.

158. עבודה זרה כז, ב. להלן בדברי מהר"ח אור זרוע: "לרבות את המשומד". מסתבר שזהו הנוסח הנכון. החלפת "משומד" ב"מומר" נעשתה רבות על ידי הצנזורה, מתוך מטרה להקהות את המשמעות השלילית של נטישת היהדות.

אולם, ה'אור זרוע' קיבל למעשה את פסיקתו של רבי יוחנן, ואף על פי כן, סבר שיש להבחין בין לפנים משורת הדין בהשבת אבדה ללפנים משורת הדין בדינים אחרים - ואף על גב דתניא ב[מסכת] עבודה זרה 'לכל אבדת אחיך לרבות את המשומד', דוקא לענין אבדה נתרבה להחזיר לו את שלו ואין ללמוד מזה ליתן לו משל אחרים.<sup>159</sup>

מכאן נלמד, שאף אם נכריע שיש להשיב לעם הארץ את אבדתו, עדיין לא נוכל להסיק מכאן שניתן לפסוק לפנים משורת הדין לטובתו, במקום שפסיקה זו באה על חשבון אחרים. אבל, מהמשך דבריו עולה שיייתכן לנהוג לפנים משורת הדין גם לטובתו של עם הארץ -

ומה שרבי אמי (גיטין מו, ב) רוצה לפדות משומד אוכל נבילות לתאבון, לפנים משורת הדין היה עושה.

הרמ"א,<sup>160</sup> מדגיש שאף רבי אמי לא נהג לפנים משורת הדין, אלא עם מומר אוכל נבילות לתאבון, כלומר, מי שחטא מחמת תאוותו. אבל "מומר להכעיס", היינו, עבריין שחוטא על רקע אידיאולוגי, אין לרחם עליו, אסור לפסוק עבורו לפנים משורת הדין, ואף לא לנהוג עמו כך.

כללו של דבר: יש הסוברים שהעבריין זכאי לפסיקה לפנים משורת הדין, ככל אדם אחר, משום שאולי ייצא ממנו בעתיד "זרע מעליא". אחרים סברו שאין ראוי לרחם על העברינים, ויש שהבחינו בין עברינים שחוטאים משום תאוותם, לעברינים על רקע אידיאולוגי. האחרונים הם החמורים מכולם, ולטובתם אין לפסוק לפנים משורת הדין.

### ט. מעמדו של הציבור

לעיתים, עומד היחיד בדין נגד הציבור. כך קורה בעיקר, כאשר תובע היחיד את הרשות, או לחילופין, כאשר תובעות הרשות את היחיד. כמו כן, יש ועומד בדין ציבור נגד ציבור. כך קורה בתביעה של רשות נגד רשות. להלן ניוכח שמעמדו של הציבור בכל הנוגע לפסיקה לפנים משורת הדין אינו ברור. מחד, ישנם שיקולים המדגישים את חובת הציבור לנהוג לפנים משורת הדין עם היחיד, ומנגד, ישנם שיקולים המחייבים את היחיד לנהוג לפנים משורת הדין עם הציבור.

159. שו"ת מהר"ח אור זרוע קטז.

160. שו"ת הרמ"א סב.

**(א) על הציבור לנהוג לפנים משורת הדין עם היחיד****1. אין עניות בציבור**

שיקול מעניין, לחייב את הציבור לנהוג לפנים משורת הדין עם היחיד, למדים אנו מתשובתו של רבי יצחק יעקב וייס (=מנחת יצחק),<sup>161</sup> הנוגעת לדין ודברים שהיו בין הקצב של קהילת בואנוס איירס לבני קהילתו.

הקצב היה חייב לקהילה סך רב, וכדי לפרוע את החוב, ביקשה הקהילה לעקל חלק מכלי האיטליז. רב הקהילה שאל, האם רשאת הקהילה לעשות כן. בשאלתו, הדגיש הרב שקהילתו דלת אמצעים, ולכן היא בגדר "עניים", שאין כופים אותם לנהוג לפנים משורת הדין.

בתשובתו, מסיק הרב וייס שמעיקר הדין, רשאת אמנם הקהילה לעקל את כלי האיטליז, אך "לפנים משורת הדין", ראוי לה להתפשר עם הקצב. את טענתו של רב הקהילה, שקהילתו היא בגדר "עניים", דוחה הרב וייס בנימוק ש"זה נגד הכלל דאין עניות בציבור".

מדבריו למדנו שבדין ודברים שבין הציבור או מוסדותיו ליחיד, ייחשב הציבור כעשיר, והיחיד כעני. לכן, ראוי לציבור לנהוג עם היחיד לפנים משורת הדין.<sup>162</sup>

**2. הציבור כ"אדם חשוב"**

השיקול שהזכיר ה'מנחת יצחק', רלוונטי רק לדין ודברים שבין יחיד לציבור. במצב זה, ייחשב היחיד כ"עני", והציבור כ"עשיר". לפי זה, נראה שבדין ודברים שבין שני ציבורים, כגון, בין נציגי משרדי ממשלה שונים, או בין עיריות שונות, יהא עלינו לבחון תחילה, איזה ציבור או איזו רשות "עשירה" יותר. מובן מאליו שלעניין זה, יהא עלינו לעשות חישוב שיכלול בתוכו גם את האמצעים העומדים לרשותה של הרשות, וגם את צרכיה ותפקידיה.<sup>163</sup>

161. שו"ת מנחת יצחק ה, קכא.

162. בהתאם למבואר לעיל, ליד ציון הערה 118. דברים דומים כתב גם הג"ר י' א' הלוי הרצוג, פסקים וכתבים, ט, שו"ת בדיני חו"מ, פח (עמ' של); והגר"א שפירא בפסק הדין בתיק ל"ח 2824/ (לעיל, הערה 144), בעמ' 262, והשווה גם לנאמר בפסה"ד בתיק שיז 3728/ פד"ר ג 91, 96.

163. הרב ח' י' בלוך: ייתכן גם שבמצב זה, לא יהיה נכון כלל לדבר על "עני" ו"עשיר". תגובת הכותב: לעומת זאת, ראה בדבריו של הגר"א שפירא שם, בעמ' 262, שכתב: "ונמצא לפי זה שבנידון דידן כשהנתבעת הינה צבור, ויתכן שנקראים עשירים לגבי זה, דהרי צבור לא מעני, שיש לכופה על לפנים משורת הדין".



שיקול נוסף בהקשר זה, שיש בו כדי ללמדנו על מעמדו של הציבור בכל הנוגע לפסיקה לפני משורת הדין, ניתן ללמוד מפסיקה של בית הדין הרבני הגדול,<sup>164</sup> בדין ודברים שבין מוסד תורני לאחד מעובדיו.

הדין עסק בשני אחים שהקימו יחד מוסד תורני, אך רק אחד מהם שימש בפועל כמנהל. לאחר מות האחים, ביקש בנו של האב שלא שימש כמנהל בפועל, להתמנות כמנהל, מכוח ירושת אביו, וכן ביקש הקצבת פנסיה בסכום זהה לזה שמקבלת דודתו, אלמנת המנהל.

בית הדין דחה את הבקשה במישור העקרוני, וטען שמאחר שאבי המבקש לא נשא בפועל במשרת המנהל, אין יסוד להורות על מינוי בנו כמנהל. אף על פי כן, הורה בית הדין למנהלי המוסד לפצות את המבקש, לפני משורת הדין. בנימוקים לפסק הדין, נכתב בין השאר –

אפילו במקום הפסד גדול כופין לאדם חשוב משום למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור (משלי ב, כ) והוה דינא הכי לגביה אף שאין דינא הכי לגבי אחרים.

על העיקרון שהחובה לנהוג לפני משורת הדין מוטלת על אדם חשוב יותר משהיא מוטלת על אדם אחר, כבר עמדנו לעיל. אולם בית הדין הוסיף וקבע –

והנה מוסד ציבורי כזה, יש לו תורת אדם חשוב, וחובה יותר גדולה לפצות תרעומות וטענות לפני משורת הדין... וראוי הוא הדבר לסלק תרעומות מהמוסד, שלא יפול עליו שום אבק של תלונות שיש להם יסוד מוסרי במדה ידועה.

למדנו אם כן, שראוי לציבור לנהוג לפני משורת הדין, משני שיקולים עיקריים:  
א. הציבור נחשב "עשיר" כי "אין עניות בציבור". ככזה, עליו לנהוג לפני משורת הדין עם היחיד, הנחשב לגביו כ"עני".  
ב. הציבור נחשב כ"אדם חשוב", שהדרישה המוסרית ממנו גבוהה מן הדרישה ממי שאינו "אדם חשוב", ולכן, הוא חייב לנהוג לפני משורת הדין.<sup>165</sup>

164. ע"ר 1/55/705, בית הדין הגדול לערעורים בירושלים, אוסף פס"ד של הרה"ר לא"י, א (מהדורה ב) קי, קיד.

165. ראוי גם לציין לנאמר בתיק כא5637/ (לעיל, הערה 144), עמ' 151: "הרי שאף על פי שהחוב אינו לפי הדין, אלא רק לפני משורת הדין, כופין את הציבור על כך. כי הציבור כמו היחיד, ואולי עוד יותר, חייב ללכת בדרך הטוב והישר, ולא להעמיד דינו על הדין" (ההדגשה לא במקור).

**(ב) על היחיד לנהוג לפנים משורת הדין עם הציבור**

1. לפנים משורת הדין, כדי "לסלק מעליו תלונות רבים" בדין ודברים הנוגע לענייני תשלום המס, בין אחד מחשובי הקהילה לנציגי הקהילה, הכריע רבי יעקב ריישר שהדין עם היחיד. אף על פי כן, אותו יחיד ויתר לקהילה, לפנים משורת הדין. על כך הוא משבחו -

וויתר לפנים משורת הדין נגד בני המדינה, ובודאי יפה עשה, כי מס היינו צדקה וזה הטוב והישר לסלק מעליו תלונות רבים.<sup>166</sup>

מדברים אלו ניתן להבין, שכאשר הציבור תובע את היחיד, ראוי ליחיד לסלק מעליו את תלונות הרבים, ולנהוג עמם לפנים משורת הדין. אמנם, אין כאן הוראה מחייבת, אלא המלצה בלבד.<sup>167</sup>

## 2. ההטבה לרבים היא מצווה

מעשה באדם ששכר שטח קרקע מגוי, על מנת שיעשה בשטח ככל העולה על דעתו, עד תום תקופת השכירות, ואז, יפנה השוכר את השטח וישיבו למשכיר, באותו מצב בו היה בתחילת השכירות. השוכר, השכיר חלק מן השטח לקהילה, על מנת שתבנה עליו מקווה. לימים, מכר הגוי את השטח לשוכר. בתום תקופת השכירות, דרש הקונה מן הקהילה לפנות את השטח ולהרוס את המקוה, כפי שהוא עצמו היה נדרש, אילו לא היה קונה את הקרקע מן הגוי. הקהל סירב לעשות כן, מטענות שונות.

הנצי"ב מוולוז'ין נדרש להכריע בסכסוך, ולאחר דיון ארוך בטענות הצדדים הוא אכן מסיק שהדין עם הקונה. למרות זאת, בשולי הדברים הוא מוסיף -

אך לפי הנראה הקונה... אדם כשר, וחפץ להטיב לרבים, שהוא מצוה וגוף גדול. [לכן] מהראוי לעשות אופנים נאותים לטובת הרבים. גם אם יהיה לפנים משורת הדין, וברכת הרבים עליו תבוא לעד.<sup>168</sup>

מדבריו למדנו שיקול נוסף, להעדיף את הציבור על היחיד בכל הנוגע לפסיקה לפנים משורת הדין. ההטבה לרבים נחשבת מצוה, ולכן, ראוי ליחיד להיטיב עם הרבים, על

166. שו"ת שבות יעקב ב, קפא.

167. בהקשר זה מן הראוי להעיר שבהמשך הדברים, פונה רבי יעקב ריישר אל נציגי הקהילה ואומר: "גם בני המדינה ראוי שלא לדקדק כולי האי עם פני הארץ ועשירי עם שיש להם יד ושם אצל השררה ויכולין לעמוד בפרץ". במילים אחרות, יש לתת גם משקל למעמדו של היחיד. כאשר מעמדו של היחיד הוא כזה, שיש ביכולתו לסייע לציבור בדרכים שונות, מן הראוי שהציבור ישמור על יחסים טובים עם היחיד, וינהג עמו לפנים משורת הדין. אמנם, גם דברים אלו לא נאמרו אלא כהמלצה, ולא כהוראה מחייבת.

168. שו"ת משיב דבר ג, ט.

ידי שינהג עמם לפני משורת הדין. אמנם, גם במקור זה, נראה שאין מדובר בהוראה מחייבת, אלא בהמלצה.

נמצאנו למדים שמן הראוי שדווקא היחיד ינהג לפני משורת הדין עם הציבור, משני שיקולים:

א. על כל אדם מוטלת החובה להיות נקי בפני אלוהים ואדם. על מנת שאכן כך יהיה, עליו "לסלק מעליו תלונת רבים", אף אם לשם כך עליו לנהוג עם הרבים לפני משורת הדין.

ב. ההטבה לרבים נחשבת מצוה, ולכן, ראוי ליחיד להיטיב עם הרבים, על ידי שינהג עמם לפני משורת הדין.

למעשה, אם באים אנו לשקול את דעות הפוסקים, הרי שבדרך כלל, הנטיה היא להעדיף את היחיד, ולהורות לציבור לנהוג עם היחיד לפני משורת הדין.<sup>169</sup>

### י. לפני משורת הדין בענישה

לגבי עונש מוות, מצווה בית הדין, להשתדל להימנע מהרשעת החייב, כדי שלא להטיל עליו עונש זה, שנאמר: "והצילו העדה".<sup>170</sup>

בעל ה'חינוך' הסביר את טעם המצווה בלשון זו –

נצטוינו להדמות במעשינו למדות השם ברוך הוא, וממדותיו שהוא רב חסד, כלומר שעושה עם בני אדם לפני משורת הדין, וגם אנחנו נצטוינו בכך שיהיה הזכות בדיני נפשות יותר על החיוב, לפי שהוא דבר שאין לו תשלומין.<sup>171</sup>

עם זאת, יודגש שאין הדיין רשאי להקל בעונשו של העבריין, אלא להימנע לחלוטין מענישה. וכן, חובת הצלתו של הנאשם קיימת רק במסגרת בחינת הראיות לפשע, ומשמעויותיהן. במילים אחרות, חובת הצלת הנאשם, כאשר העונש על העבירה הוא מוות, מחייבת את הדיינים להוכיח מעל כל צל של ספק, שהנאשם אכן עבר את העבירה, בטרם יטילו עליו עונש מוות, משום שעונש מוות הוא בגדר "דבר שאין לו תשלומין".<sup>172</sup>

169. ראה: שו"ת הריב"ש, תעה; שו"ת מהר"ח אור זרוע, רכב; שו"ת חתם סופר, יו"ד, רנט; שו"ת ציץ אליעזר ז, לח, ד"ה ולעצם דברי.

170. במדבר לה, כה.

171. ספר החינוך, מצוה עו.

172. לשון ה'חינוך', שם. בהקשר זה מן הראוי להעיר, שיש מקום לדון בשאלה, האם לעניין זה, שווה עונש מאסר לעונש מוות, שכן באופן עקרוני, גם אבדן החירות לשנים ספורות הוא בגדר "דבר שאין לו תשלומין". אך מנגד, ניתן לטעון שכוונת ה'חינוך' היא, שאם נפסק עונש מוות

לכן, אין לראות בהלכה זו יסוד לפסיקה לפנים משורת הדין בעונשין, למרות השימוש שעושה בעל ה'חינוך' במושג "לפנים משורת הדין".

ככלל, בכל הנוגע לענישה, אין ההלכה מותירה מקום רב לשיקולי הדיין. אם אמנם השתכנע בית הדין שהנאשם אמנם עבר את העבירה, אין הוא רשאי להימנע מלהטיל עליו את העונש אותו קבעה התורה. חז"ל אף מעידים שכאשר ראו חכמי הסנהדרין שלפי תנאי החיים ומצבו המוסרי של העם, אין מקום להטיל עונש מוות, הם לא נמנעו מהטלת העונש, אלא גלו מלשכת הגזית, וכך למעשה, שללו מעצמם את הסמכות לדון בדיני נפשות.<sup>173</sup>

לעברו של אדם, זכויותיו, או מצבו הכלכלי, אין כל משקל בכל הנוגע לענישתו על עבירה שעבר. דינו של גנב עני כדינו של גנב עשיר, ודינו של רוצח מחמת בצע כסף זהה לדינו של רוצח את מי שהתעלל בו או בבני משפחתו.

נדמה שהשיקול המרכזי בעניין זה, הוא זה שמביא ה'נודע ביהודה', בנוגע לעברייני ששב בתשובה. החזרה בתשובה של הרוצח, תהא כנה ככל שתהיה, לא תביא להקלה בעונשו. בהקשר זה כותב ה'נודע ביהודה' -

הקב"ה רצה ליתן עונש מיתה על קצת עוונות, כדי שיתירא האדם מלעבור, לכן נחוץ הוא שלא תועיל התשובה להציל ממיתת בית דין.<sup>174</sup>

במילים אחרות, הקלה בעונשו של עברייני, אף אם הוא עצמו היה ראוי לכך עלולה להביא לכך שהעונש לא יהיה אפקטיבי, שכן, עבריינים רבים יסמכו על כך שגם אם יגיעו לבית הדין, יחוסו עליהם הדיינים.

ואם אין בכוחה של תשובה, שרב כוחה אף להציל את האדם מעונש בידי שמיים, כדי להקל בעונשו של עברייני, בדיני אדם, על אחת כמה וכמה שכל שיקול אחר לא יצדיק הקלה בענישה.<sup>175</sup>

על החף מפשע, לא ניתן יהיה עוד לפצותו. אך אם נפסק עונש מאסר על החף מפשע, ניתן יהיה להוציאו ממאסרו ולשלם לו פיצויים על השנים שאיבד. ויש עוד לעיין בדבר.

173. ראה: שבת טו, א; עבודה זרה ח, ב; תוספות שבת, שם, ד"ה אלא.

174. שו"ת נודע ביהודה קמא, או"ח, לה.

175. בהקשר זה חשוב להדגיש שעידוד התשובה היה שיקול בענישה, במסגרת "תקנת השבים" (ראה: שולחן ערוך חו"מ סימן שסו. תקנה זו שקנתה לה מקום של כבוד גם במשפט הישראלי, בשמה המקובל בתלמוד, במסגרת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים תשמ"א - 1981. אולם, תקנה זו אינה מקילה בעונש באופן מהותי, אלא ממירה את חובת השבת הגזולה בעין, בחובת השבה של שוה ערך הגזולה.

כמו כן, גולן המבקש לשוב בתשובה, והגזלה אינה בעין, אין מקבלים ממנו, כדי לעודדו לחזור בתשובה (ראה: בבא קמא צד, ב; שולחן ערוך חו"מ שסו, א). אמנם, הלכה זו אינה עוסקת בפסיקה במשמעותה הרגילה, משום שאין מי שתובע את הגזלן.

בנוגע לענישה שאינה מדין תורה, נטו הפוסקים להקל מעט בענישה, על מנת לקרב את העבריין המבקש לשוב בתשובה. בעניין זה, ראה: **שו"ת הרשב"א**, ה, רלט; **שו"ת הריב"ש**, רפא; **שו"ת זכרון יהודה**, מז.

לאחר כתיבת הדברים, התגלגל לידי **גיליון פרשת השבוע** (הוצאת משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי והמרכז להוראת המשפט העברי ולימודו, מכללת "שערי משפט"), לפרשת משפטים, תשס"ב, גיליון מס' 62. בשולי הדברים טוען ד"ר מ' ויגודה, שעל אף שלפי משפט התורה, אין מקום לשיקולי רחמים בענישה, בענישה מכוח "משפט המלך", היות והענישה מבוססת על "שיקולי יעילות במלחמה בפשיעה", הרי היא גמישה יותר. לדבריו, הצו – "ודל לא תהדר בריבו" מכון אך ורק לדין האזרחי, משום שאין לפגוע בזכויותיו של צד לדין, אך משום שהמדיין עמו הוא דל. אולם כאשר מדברים אנו בענישה פלילית או בקנס המשולם לקופת המדינה (להבדיל מקנס אזרחי, המשולם לבעל דינו של האשם, עליו דן הרמב"ם סנהדרין כ, ד) "השלטון רשאי אפוא להגמיש את יישומן ולהעניק לשופטיו את האפשרות להתחשב בין השאר במצבו המיוחד של הנאשם, כגון במצבו הכלכלי" (ליד הצינור להערה 21, שם). לקביעה זו אין אמנם סיוע ממקור מפורש, בעיקר משום שאין בידנו מקורות רבים לענישה לפי משפט המלך.

לעניות דעתי, יש להיזהר ממסקנה חפוזה בעניין זה, ויש לראות בשיקול שהעלה בעל 'נודע ביהודה' (לעיל, הערה 174) בנוגע להקלה בעונשו של השב בתשובה, שיקול מנחה. דווקא משום שענישה לפי משפט המלך מכוונת לפי "שיקולי יעילות במלחמה בפשיעה", יש לבחון מה תהיה ההשלכה של ההקלה בעונשם של עבריינים שמצבם הכלכלי דחוק על מלחמה זו. ייתכן שמדיניות של הקלה בעונשם של עבריינים שמצבם הכלכלי דחוק, עלולה לפגוע באפקטיביות של העונש ובמשקלו ההרתעתי, אצל עבריינים פוטנציאליים, שמצבם הכלכלי דחוק.

יתירה מכך. מדברי ה'נודע ביהודה' עולה, שתפקידו של העונש אינו רק להשיב לעבריין כגמולו, אלא גם לשדר מסר לחברה, למען יראו וייראו. אולם לרוב, הציבור אינו מבין את שיקוליו המדויקים של השופט בדין, ועיניו אל התוצאה בלבד. משום כך, הקלה בענישה עשויה לפגוע בערכה ההרתעתי, אף אם לגופו של עניין, היא צודקת. לעניין זה, מן הראוי להביא דברים שכתב רבי שלמה הלוי אלקבץ, בספרו **מנות הלוי**, על הפסוק במגילת אסתר (א, טז), בו נאמר: "לא על המלך לבדו עותה ושתי המלכה". ואלו דבריו: "כי כאשר יהיה החטא מפורסם ובדברים המפורסמים, אין החטא לאיש אחד לבדו, כי אם לכלל המדינה או המלכות, אז, אין לדונו בטענות חלקיות פרטיות, רק במספיקות מפורסמות, לפי שחומר החטא הוא מפורסם לכל, והטענות המצילות או המקילות מן העונש, אם הן מושכלות לשופטים אינן מפורסמות לרבים. דרך משל, המכה אביו או רבו בפרהסיא, אף על פי שבחיקור הדין תמצא למכה שום טענה, אין לקבל אותה. כי ההמון לא ירדו לסופה, וישאר פרסום החטא בפייהם, לאמור: פלוני הכה את אביו, וניצל בבית דין, ויהיה דוגמא לדורות, וימשך נזק כולל למדינה". אמנם, אין בדברים אלו כדי לשלול תיקון **בדרך של חקיקה**, בנוגע לקנסות פליליים, לפיו, יעודכן הקנס, בהתאם למצבו הכלכלי של העבריין. תיקון כזה יהיה צודק וראוי, שכן, לגובה הקנס יש משקל הרתעתי שונה, בהתאם לרמת ההכנסות של העבריין. כך, למשל, לא דומה משקלו ההרתעתי של קנס על סך של 750 ₪ שיוטל על בנקאי אמיד על שנסע במהירות העולה על המהירות המרבית המותרת, כמשקלו ההרתעתי של קנס זה, כשיוטל על אברך המשתכר למחייתו סך הנמוך בהרבה מגובהו של שכר המינימום במשק. אולם, כל עוד תיקון כזה לא נעשה, הרי שמתן הסמכות ביד בתי המשפט, להפחית מעונשם של עבריינים משיקולי רחמים, עלולה כאמור, לפגוע באפקט ההרתעה של העונש.

## יא. סוף דבר

בדברים שנשא רבה הראשי של ארץ ישראל, הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, לפני קום המדינה, הוא ביקש לסכם את השקפת עולמה של היהדות, בנוגע לפסיקה לפני משורת הדין, במילים אלו -

לא הדין הוא האידיאל של היהדות אלא הלפנים משורת הדין, כלומר, לא המשפט אלא החסד. "שלי שלך ושלך שלך חסיד". סיכום היהדות של מיכה המורשתי הוא מודרג. שלש מעלות הן זו על גבי זו; עשות משפט, זה הדין. למעלה ממנו, אהבת חסד, לפני משורת הדין, ולא עוד, אין היהדות מסתפקת במידת החסד במעשה בלבד, היא דורשת גם את החסד שבלב, אהבת חסד, החפץ הפנימי לעשות חסד.<sup>176</sup>

ביקשנו לעמוד על העקרונות האמורים להנחות את הדין בבואו לפסוק לפני משורת הדין. מצאנו שקיימים מקורות שונים, יש מהם שמלמדים על גישה המחייבת פסיקה לפני משורת הדין, ויש ומהם המלמדים על גישה השוללת פסיקה כזו.

אף בין פוסקי ההלכה יש דעות שונות. יש מהם המחייבים פסיקה לפני משורת הדין, עד כדי כך שהם אף מתירים לבית הדין לכפות בעל דין לנהוג לפי פסיקה שהיא בבחינת לפני משורת הדין. אחרים, שוללים מכל וכל את זכותו של הדיין לפסוק לפני משורת הדין. ויש, שרואים באור חיובי את הפסיקה לפני משורת הדין, אלא שהם סבורים שפסיקה כזו צריכה להישאר בגדר המלצה בלבד, ולא בגדר פסק דין מחייב.

הניסיון ליישב בין המקורות, לימדנו עקרונות רבים וחשובים בכל הנוגע לפסיקה לפני משורת הדין. עקרונות אלו אינם סותרים זה את זה, ונראה שעל הדיין להכניס את כולם, במסגרת שיקוליו, לפני שיתן פסק דין שהוא בגדר לפני משורת הדין.

שיקולים שונים נדרש הדיין להפעיל, בבואו להכריע האם לפסוק לפי שורת הדין, או שמא לפסוק לפני משורת הדין. בכלל שיקולים אלו, מצבו הכלכלי של התובע לעומת מצבו הכלכלי של הנתבע, מעמדו של התובע ואישיותו, והגורמים שהביאו את האדם לגרום נזק או לעבור עבירה.

כמו כן, על הדיין לשקול, האם קיים חשש סביר לכך שפסיקתו תהפך לתקדים מחייב. אם חשש זה קיים, ראוי שימנע מלפסוק לפני משורת הדין.

176. הובא בתחומין, ז, עמ' 278, והשווה מדרג זה למדרג העולה מדרשתו של רב יוסף, לעיל, ליד הציון להערה 35.

גם במסגרת הפסיקה לפנים משורת הדין, יש רמות שונות. כאשר דינו של היחיד שונה מדינם של אחרים, הסקנו שיש מקום לדרוש מהיחיד לוותר על הזכויות שהעניק לו החוק, ולנהוג לפנים משורת הדין, יותר מכפי שיש לדרוש, במקרה שדינו של היחיד זהה לדינם של אחרים. במקרים מיוחדים, ניתן יהיה לפסוק לפנים משורת הדין, אף במקום שפסיקה כזו עלולה לגרום הפסד לבעל דין.

מצאנו שלדעת רבים, רשאי הדיין לנהוג לפנים משורת הדין אף עם מי שהזיק בפשיעה. לעניין זה, מעמדו של עבריין זהה למעמדו של מי שאינו עבריין. אולם, אין הדיין רשאי לנהוג לפנים משורת הדין עם עבריין על רקע אידיאולוגי (=מומר להכעיס).

שיקולים שונים ואף סותרים מצאנו בכל הנוגע למעמדו של הציבור בדין ודברים שבינו לבין היחיד או שבינו לבין ציבור אחר. למעשה, הסקנו שראוי לציבור שינהג לפנים משורת הדין, לפחות בדין ודברים שבינו לבין היחיד.

לבסוף, דנו בשאלה, האם ראוי לפסוק לפנים משורת הדין, בענישה. בניגוד לחוק הישראלי, שלרוב, אינו קובע עונש מינימום, וכך מאפשר לשופט מרחב רב של שיקול דעת בענישה,<sup>177</sup> משפט התורה אינו מותיר לבית המשפט את החופש לקבוע בעצמו את עונשו של החוטא. העונש קבוע מראש, ואין הדיין רשאי לשנותו. לרחמי הדיין כלפי בעל הדין ניתן לתת ביטוי בשלב של פסק הדין, אך לא לאחוריו. כלומר, הדיין יכול לזכות את הנאשם משיקולים שונים, ובדיני נפשות, הוא אף מצווה לעשות כן. אבל, אחר שנקבע שאדם עבר עבירה שראוי הוא לקבל עליה עונש, אין הדיין רשאי לפחות מן העונש הקבוע בתורה, משום שאם יעשה כך, עלול הדבר לפגום באפקטיביות של הענישה כאמצעי שאמור להרתיע עבריינים פוטנציאליים מלעבור את העבירה.

במבוא, עמדנו על כך שמידת הרחמים נדרשת כאשר באים אנו להתאים בין המסגרות שנקבעו בעת הבריאה לקיומו של עולם, למצבם של הבריות, לקשיי יומם ולמצבם הנפשי או הגופני.

ככל שהאדם שלם יותר, בגופו וברוחו, קשה לו יותר להבין לנפשם של אנשים שאינם שלמים כמותו. אף על פי כן, מצווה הדיין לדבוק בדרכו של הבורא, שעליו נאמר ש"כל מקום שאתה מוצא גבורתו של הקדוש ברוך הוא אתה מוצא ענוותנותו",<sup>178</sup> ולפסוק לפנים משורת הדין. ואל יהא דבר זה קל בעינינו, שכן, אף הקב"ה בכבודו ובעצמו, כביכול, רואה צורך להתפלל על עצמו כל יום: "יהי רצון

177. ראה: סעיף 35 לחוק העונשין תשל"ז - 1977, וחריג לכך בסעיפים 273-275, שם.

178. מגילה לא,א.

מלפני שיכבשו רחמי את כעסי, ויגולו רחמי על מדותי, ואתנהג עם בני במדת רחמים, ואכנס להם לפני משורת הדין".<sup>179</sup>

בפרק המבוא עמדנו על כך שהמשפט והצדק אחד הם לפי השקפת התורה. דבר זה בא לידי ביטוי גם בעדותו של הקב"ה על אברהם אבינו: "כי ידעתיו למען אשר יצוה את בניו ואת ביתו אחריו ושמרו דרך ה' לעשות צדקה ומשפט".<sup>180</sup> נאה יהיה לסיים פרק זה, שנפתח בדבריו של ראש הרבנים לארץ ישראל, בפירוש נאה מפיו לפסוק זה, שיש בו גם תפילה ותקווה לעתיד. וכך פירש -

כלומר, שכל כך תגבה רמת המוסר שלכם, עד שמה שאצל אחרים נחשב כבר לצדקה, אצלכם לא יהא נחשב אלא למשפט.<sup>181</sup>

אמן, וכן יהי רצון.

179. ברכות ז, א.

180. ראשית יח, יט.

181. הגר"א הרצוג, פסקים וכתבים, שו"ת חו"מ, ט, עמ' תכו.



## השלטון במדינת ישראל לאור ההלכה

### הרב רענן פארן

- א. מבוא / 489
- ב. סמכותם של ראשי העיר / 489
- ג. דינא דמלכותא דינא / 494
- ד. סיכום / 507

#### א. מבוא

עם קום המדינה עם ישראל עמד בפני מצב חדש. לאחר כאלפיים שנה של שעבוד תחת שלטון זרים עם ישראל זכה בעצמאות מדינית והקים בארץ ישראל את מדינת ישראל המונהגת בשלטון יהודי.

הפוסקים בדור האחרון דנו רבות בשאלה, מהו היסוד ההלכתי של השלטון במדינת ישראל והתייחסו בעיקר לשתי סוגיות מרכזיות א. סמכותם של ראשי העיר<sup>1</sup> ב. דינא דמלכותא דינא.<sup>2</sup> במאמר זה אבקש לברר את היסודות ההלכתיים העולים משתי הסוגיות הנזכרות ולנסות להסיק מכך מה הם היסודות ההלכתיים שעליהם ניתן לבסס את השלטון במדינת ישראל ומה תחומי סמכותו של שלטון זה לאור ההלכה.

#### ב. סמכותם של ראשי העיר

##### (א) תקנות בעניינים ממוניים

הגמרא בבבא בתרא כותבת שלבני העיר יש כוח לתקן תקנות ממוניות ולכפות עליהם -

1. בפוסקים רבים ראשי העיר מכונים 'שבעת טובי העיר' או 'טובי העיר' לאור המונח המופיע **במגילה** כו, א: 'שבעת טובי העיר'.
2. בין הפוסקים שהסמיכו את חוקי המדינה על תקנות בני העיר: הרב ב' צ' מאיר חי עוזיאל, "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים", **בצומת התורה ומדינה** א, 83; הרב א' שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו (שיחה)", **תחומין** ג, 238. בין הפוסקים שהסמיכו את חוקי המדינה על דינא דמלכותא דינא: הרב ע' הדאיה, **שו"ת ישכיל עבדי** ו, רפה; הרב מ' אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה (שיחה)", **תחומין** ג, 242; הרב ד' ליאור, "יחס ההלכה לחוקי המדינה (שיחה)", **תחומין** ג, 247.

תנו רבנן: ... רשאים בני העיר להתנות על המידות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן.<sup>3</sup>

הגמרא מדברת על בני העיר, בגמרא במגילה משמע שכאשר מדובר על בני העיר אן זה הכרחי שכל בני העיר יהיו במקום, ובדרך כלל מדובר על שבעת טובי העיר שהם נציגי הציבור ומחליטים החלטות ציבוריות לטובת בני העיר.

מהגמרא בבבא בתרא יש לכאורה מקור לכוחם של מנהיגי ציבור לתקן תקנות ציבוריות אם הם קיבלו סמכות לכך מהציבור. על בסיס מקור זה אפשר לומר שגם נבחרו הציבור במדינת ישראל יש להם כוח לחוקק חוקים ציבוריים ולכפות על קיומם.

1. שיטת ר"ת – מנהיגי העיר לא יכולים לקן תקנות חדשות

רבנו תם הגביל את כוחם של שבעת טובי העיר לתקן תקנות חדשות -

רשאים בני העיר להסיע על קיצתן האי רשאים אלהסיע קאי, פירוש, היכא דכבר התנו ביניהם, אבל אם לא התנו מתחילה אין כוח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו.<sup>4</sup>

לדעת ר"ת נציגי הציבור יכולים לכפות על חוקים קיימים אך לא יכולים לחוקק חוקים חדשים. החולקים על ר"ת סוברים שנציגי הציבור יכולים לחוקק חוקים חדשים. לדעתם יש בכוח נציגי הציבור לחדש חוקים מדין "הפקר בית דין הפקר". רבנו תם סובר שדין זה לא נאמר בכל בית דין ולא בכל נציגי ציבור, אלא דווקא בבית דין חשוב כבית דין של רב אמי ורב אסי -

והא דאמר הפקר בית דין הפקר, כגון בי דינא דרב אמי ורב אסי, דאלימי הוי לאפקיעיה ממונא כדאיתא בפרק השולח<sup>5</sup> והא דאמרינן ובאת אל הכהנים וכי תעלה על דעתך וכו', היינו שבכל זמן שבדורם אין גדול כמותו, אך אם יש בדורם גדול כמותו אין בידן להפקיע ממון.<sup>6</sup>

רבנו תם סובר שרק בית דין הגדול שבדור יכול לחדש חוקים בענייני ממון. לדעת רבנו תם הפקר בית דין הוא סמכות של בית דין ולא של הציבור, לפיכך נציגי ציבור שנבחרו על ידי הציבור אין ביכולתם לחדש חוקים מכוח "הפקר בית דין הפקר". לפי רבנו תם, לנציגי הציבור במדינת ישראל אין כוח לחדש חוקים חדשים אלא רק

3. בבא בתרא ח, ב.

4. מרדכי בבא בתרא, השותפין, תפ.

5. גיטין לו, ב.

6. כפי שמובא בהמשך דברי המרדכי מתשובת המהר"ם שהולך בשיטת ר"ת.

לכפות על חוקים קיימים כפי שהסביר רבנו תם את הגמרא בבבא בתרא "רשאים בני העיר להסיע על קיצתם" דווקא להסיע (=לענוש) על מה שקיים כבר אך אין בכוחם לחדש חוקים חדשים.

2. שיטת ראבי"ה ורשב"א - מנהיגי העיר יכולים לתקן תקנות חדשות הראבי"ה חולק על רבנו תם. לדעתו נציגי הציבור יכולים לחדש חוקים בענייני ממון אף אם אינם בית הדין החשוב שבדורם -

וכיון שתקנתן וגזרתן קיימת והפקר בית דין היה הפקר בדבר שתקנת הציבור הוא דכתיב 'וכל אשר לא יבוא',<sup>7</sup> ואם רוב הקהל מסכימים אל גזירת הראשים היו יכולים מן הדין לכפות המיעוט להיות צייתי לתקנתן.<sup>8</sup>

לדברי הראבי"ה הפקר בית דין אינו כוח של בית דין אלא כוח שהציבור נותן לנציגיו, לפיכך כל נציגי ציבור שרוב הציבור הסכימו עליהם יכולים לחדש חוקים ולכפות על קיומם.

הרשב"א סובר גם הוא כדעת הראבי"ה שנציגי ציבור יכולים לחדש חוקים מכוח הפקר בית דין -

וכל שכן אם יש תקנה ביניכם שכל מי שלא יוציא זכותו תוך זמן ההכרזה שיהא זכותו מופקע לפי שיש כוח ביד הציבור בכך והפקר ציבור הפקר, וכמו שאמרו רשאין בני העיר להסיע על קיצתן.<sup>9</sup>

הרמ"א מביא את המחלוקת בין רבנו תם ובין הראבי"ה והרשב"א ופוסק למסקנה - מכל מקום הולכים אחר מנהג העיר וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר כן נראה לי.<sup>10</sup>

לפי הראבי"ה והרשב"א וכפי שפסק הרמ"א לכל נציגי ציבור יש כוח לחדש חוקים, לפיכך אפשר לומר שגם לנציגי הציבור במדינת ישראל יהיה כוח לחדש חוקים.

כאמור לעיל הסוברים שיש לכל נציגי ציבור כוח לחוקק חוקים חדשים מתבסס על דין "הפקר בית דין". הפקר בית דין נותן כוח לנציגי הציבור בענייני ממון,<sup>11</sup> אך זה לא נותן להם כוח גם לענוש שלא כדין אם הם רואים שיש צורך בכך.

7. עזרא י, ח, ע"פ גיטין לו, ב.

8. מובא במרדכי שם, תפב.

9. שו"ת הרשב"א ד, קמב; ה, קסד; א, רו; שו"ת המיוחסות לרמב"ן נט.

10. רמ"א חו"מ ב, א.

11. ועיין בדבר אברהם יא, ז שמסיק כך בפשטות שהפקר בית דין כוחו רק להפקיע ממון ולא להפקיר אף את הגוף וכן במנחת חינוך מב, ז.

**(ב) סמכות בענישה**

ה'שולחן ערוך' פוסק שיש כוח לטובי העיר להעניש שלא כדין תורה -

כל בית דין אפילו אינם סמוכים בארץ ישראל, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות ושהוא צורך שעה דנין בין מיתה ובין ממון בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה. ואם הוא אלם חובטין אותו על ידי עכו"ם ויש להם כח להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואין לגדור פרצת הדור. וכל מעשיהם יהיו לשם שמים, ודוקא גדול הדור או טובי העיר שהמחום ב"ד עליהם.<sup>12</sup>

1. ענישה שלא מן הדין – סמכות של בית דין

מאיזה כוח בית דין או טובי העיר יכולים להעניש שלא כדין? מקור הדין המופיע ב'שולחן ערוך' הוא בדברי רבי אליעזר בן יעקב -

תניא רבי אליעזר בן יעקב אומר שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה.<sup>13</sup>

מפשט הדברים נראה שענישה שלא כדין היא אחת מסמכויותיו של בית דין, כשם שבידם לדון כדין התורה, כך יש בכוחם לדון גם שלא כדין תורה אם רואים שיש צורך בדבר. כיון שהכוח לענוש שלא כדין הוא כוח של בית דין ממילא נציגי הציבור יכולים לענוש שלא כדין רק אם הם מתפקדים כבית דין. כך משמע מלשון ה'שולחן ערוך' "או טובי העיר שהמחום בית דין עליהם", כלומר טובי העיר יכולים לענוש כיון שהם משמשים כבית דין, אמנם סתם נציגי ציבור שלא מתפקדים כבית דין אינם יכולים לענוש שלא כדין. לפי מסקנה זו, שדווקא נציגי ציבור שמתפקדים כבית דין יכולים לענוש שלא כדין, נציגי הציבור במדינת ישראל, שאינם בית דין, אין בכוחם לקבוע ענישה שלא כדין תורה.

2. הענישה כסמכות שלטונית

בפסקיו למסכת בבא קמא, כתב הרא"ש -

ועוד דגרסינן שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה, ודווקא גדול הדור, כגון רב נחמן דחתני דבי נשיאה הוה וממונה לדון על פי הנשיא, או טובי העיר שהמחום רבים עליהם, אבל דיני דעלמא לא.<sup>14</sup>

12. שולחן ערוך חו"מ ב, א.

13. סנהדרין מו, א.

14. רא"ש ב"ק ט, ה.

מדברי הרא"ש משמע שלא כל בית דין יכול לענוש שלא כדין, לדברי הרא"ש דווקא בית דין שממונה על פי השלטון (הנשיא) או שמונה על ידי הציבור יש בכוחו להעניש שלא כדין, לפי זה הכוח להעניש שלא כדין אינו כוח של בית דין אלא כוחו של השלטון או כוחו של הציבור (במקום שאין רשות שלטונית) והם מעניקים כוח זה לבית דין. הר"ן כותב כדברי הרא"ש, שדיינים שאינם סמוכים יכולים לענוש שלא כדין רק אם קבלו רשות מהמלכות לעשות כך -

אבל במקומות שדנים דיני נפשות בחו"ל לא יספיק להם טעם זה של מכין ועונשים דבית דין אלוהים בעיני כדכתיבנא. אלא דאי אית להו הורמנא דמלכא לדון דיני נפשות כפי דיני ישראל, נראה לומר שכל דין נפשות שדיניהם חייב מצד דין המלכות ובדיננו גם כן חייב מיתה, בזה יכולים הם לדון מכוח דהרמנותא דמלכא.<sup>15</sup>

מדברי הרא"ש והר"ן ניתן היה להסיק שכל נציגי ציבור שמונו על ידי הציבור יכולים לענוש שלא כדין, אך מסקנה זו אינה מדויקת, משום שגם הרא"ש והר"ן מסכימים שהסמכות ניתנת דווקא לאנשים שכשרים לדון. גם הרא"ש וגם הר"ן מדברים על **בית דין** שמכים ועונשים. כלומר, בסופו של דבר הכוח לענוש שלא כדין ניתן דווקא לבית דין ולא לכל מי שהשלטון יבחר או לכל מי שהציבור יבחר בו. במקומות בהם אין אנשים שראויים לדון אפשר למנות גם אנשים ראויים לדון, כדי שידונו על פי סברתם והבנתם,<sup>16</sup> אך במקומות שיש אנשים הראויים לדון אין כוח ביד הציבור למנות אנשים אחרים כדיינים. כך בפשטות פוסק הרמ"א שנציגי הציבור הם כדיינים ועל כן, צריך למנות דווקא אנשים הכשרים לדון.

טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים הרי הן כדיינים ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה.<sup>17</sup>

היוצא מדברינו שגם לשיטת הרא"ש והר"ן שסוברים שהכוח לענוש שלא כדין הוא כוח של השלטון ולא כוח של בית דין, כוח זה ניתן דווקא למי שראוי לדון. לפי זה, אין כוח ביד נבחר הציבור במדינת ישראל, אשר אינם כשרים לשמש כדיינים, לתקן תקנות בתחום הענישה הגופנית, מכוח ההלכה בעניין בית דין מכין ועונשים שלא כדין.

עד כאן עסקתי בשאלה האם אפשר לראות בטובי העיר מקור לסמכות השלטון

15. **חידושי הר"ן** סנהדרין מו, א, ד"ה בית דין מכין ועונשים.

16. וכך אמנם הבין הרשב"א (**שו"ת הרשב"א** ב, רצ) את המושג "ערכאות שבסוריא", שאלו ערכאות שמכהנים בהן אנשים שמונו לדיינים למרות שאינם ראויים לכך מפני שלא היו במקום תלמידי חכמים הראויים להתמנות כדיינים.

17. רמ"א חו"מ לו, כב.

בישראל. בדיון בשאלה זו עסקתי הן בסמכויות ממוניות והן בסמכות לענוש ענישה גופנית. כפי שהראיתי לעיל, בעניין הממוני קל יותר לבסס את סמכות השלטון על סמכותם של טובי העיר, אך בתחום הענישה הגופנית קשה יותר להשוות בין השניים. אמנם נראה לי שמעבר לדיון בפרטים כשלעצמם, יש כאן נקודה עקרונית יותר. לדעתי, קשה לומר שכל כוחו של שלטון מדיני מתבסס על סמכויות שהיו בידי טובי העיר, שעיקר ענינם היה הנהגה מקומית. לדעתי שלטון מדיני שונה במהותו משלטון מקומי, כפי שבא לידי ביטוי אצל טובי העיר. שלטון מדיני עוסק בכלל ענייני המדינה, החורגים הרבה מעבר לחוקים ממוניים וענישת עבריינים. שלטון מדיני יכול להוציא את העם למלחמה – מה שאין כן בטובי העיר, שהרי לא יעלה על הדעת שטובי העיר יחליטו להוציא את בני עירם למלחמה. ברור שהשלטון בישראל אינו רק הרחבה של הנהגת טובי העיר, אלא שלטון כללי של מדינה כפי שאנו מוצאים בכל מדינה מתוקנת.

### ב. דינא דמלכותא דינא

מקור אחר שניסו לבסס עליו את סמכות השלטון במדינת ישראל הוא הדין שמופיע בכמה מקומות בתלמוד<sup>18</sup> בשם האמורא שמואל, שאמר שדינא דמלכותא דינא. משמעות המושג "דינא דמלכותא דינא" אומר שדינים שנקבעו על ידי המלכות, דהיינו השלטון המקומי, יש להם תוקף הלכתי וצריך לנהוג על פיהם.

#### (א) מקור הסמכות

1. דינא דמלכותא כדין שבעת טובי העיר

מה מקור הסמכות של השלטון לקבוע דינים חדשים? רשב"ם הסביר שהשלטון מקבל את סמכותו מהעם -

כל מיסים וארנונות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא, ואין למחזיק בממון חברו על פי חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל.<sup>19</sup>

דברים דומים כותב גם הרמב"ם -

במה דברים אמורים (שיש תוקף לדין המלך) במלך שמטבעו יוצא באותן

18. נדרים כח, א; בבא קמא קיג, ב; בבא בתרא נד, ב; גיטין י, ב.

19. רשב"ם בבא בתרא נד, ב ד"ה והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא.

הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתם שהוא אדוניהם והם לו לעבדים.<sup>20</sup>

מה המשמעות של קבלת העם, אפשר להסביר שעם שמקבל עליו מלך מסויים זה כמו טובי העיר שמונו על ידי בני העיר. לעיל הסברנו (לדעת הראב"ה והרשב"א) שטובי העיר פועלים מכוח הפקר בית דין הפקר. כאמור לעיל, הפקר בית דין הפקר כוחו דווקא בעניינים ממוניים. לפי זה, אם המלך פועל מכוח הפקר בית דין הפקר כוחו מצמצם דווקא לעניינים ממוניים. במקומות שונים בתלמוד מצינו שיש למלך סמכות גם בתחומים שאינם ממוניים.

במסכת שבועות נאמר -

מלכותא דקטלא חד משיתא בעלמא לא מיענשא שנאמר כרמי שלי לפני האלף לך שלמה למלכותא דרקיעא ומאתים לנוטרים את פרוי למלכותא דארעא.<sup>21</sup>

בעלי התוספות<sup>22</sup> מפרשים שהכוונה להוצאת העם למלחמת הרשות. מכאן משמע שכוח המלכות נוגע גם לענייני הגוף, שכן המלך יכול להוציא את עמו למלחמה שאינה רק לשם הגנה עצמית ומחמת זה ימותו אנשים. אמנם אפשר לומר שהוצאה למלחמת רשות היא סמכות שקיימת רק למלכי ישראל (וגם הם צריכים לקבל אישור לכל מבית דין הגדול, כפי שפוסק הרמב"ם<sup>23</sup>) ולא למלכי הגויים, ואם כך אין ראייה מגמרא זו שדינא דמלכותא דינא, שנאמר גם במלכי אומות העולם, כוחו גם בדברים הנוגעים לגוף.

הנצי"ב הבין שאף למלך גוי נתנה הסמכות להוציא את עמו למלחמת רשות ולמד זאת מהגמרא במסכת שבועות שהובאה לעיל, וכך הוא כותב -

מיד איש אחיו, פירש הקב"ה אימתי האדם נענש בשעה שראוי לנהוג באחווה, מה שאין כן בשעת מלחמה ועת לשנא אז עת להרוג ואין עונש על זה כלל, כי כך נוסד העולם וכדאיתא בשבועות (לה:): מלכותא דקטלא חד משיתא לא מיענש ואפי' מלך ישראל מותר לעשות מלחמת הרשות.<sup>24</sup>

כלומר הנצי"ב מבין שמלחמה היא חלק ממציאות העולם וכל מלכות יש לה סמכות לצאת ולהלחם באומה השכנה לה, ולא דווקא מלכות ישראל אלא אפילו מלך גוי

20. רמב"ם גזילה ה, יח.

21. שבועות לה, ב.

22. תוספות שם, ד"ה דקטלא.

23. רמב"ם מלכים ה, ב.

24. העמק דבר בראשית ט, ה.

יכול לצאת למלחמת רשות, ואדרבא, מדברי הנצי"ב עולה שבגויים היתר זה פשוט יותר, והיינו חושבים שדווקא הם יכולים לצאת למלחמה ולשפוך דמים לדבר הרשות, אך ישראל צריכים להמנע משפיכות דמים, אלא שמצאנו<sup>25</sup> שאף מלכי ישראל יכולים להוציא למלחמת הרשות ובלבד שיקבלו אישור מבית דין הגדול.

בנוסף מצאנו בגמרא שלמלך יש סמכות לענוש ענישות גופניות ואף לרצוח, מי שלא שומע בקולו או שמאיים על שלומה של המלכות -

הגמרא במסכת בבא מציעא<sup>26</sup> מספרת על רבי אלעזר ברבי שמעון שהיה תופס גנבים ומוסר אותם למלכות, והמלכות היתה דנה אתם למיתה. על כך שאל הריטב"א, מדוע הותר לרבי אלעזר ברבי שמעון לעשות כך? הרי לפי דין המלכות נידונו אותם גנבים למיתה, ללא עדים וללא התראה, ובזמן שלא הייתה כבר סנהדרין, שיש בכוחה להטיל עונש מוות? ! תשובתו היא -

שאני הכא דשלוחא דמלכא הוא ומדיני המלכות להרוג בלא עדים והתראה לייסר העולם.<sup>27</sup>

לעיל<sup>28</sup> בדין "מכים ועונשים שלא מן הדין" הבאנו את דעת הר"ן שסובר שסמכותם של בית דין שאינם סמוכים לענוש לא מן הדין נובעת מ"הרמנותא דמלכא", כלומר כל הכוח של בית דין נובע מדין המלך משמע שלמלך יש כוח לענוש את בני מלכותו אף בגופם, הר"ן מביא ראיה לדבריו מרבי אלעזר ברבי שמעון שמסר גנבים למלכות, משמע שהוא סבר שכך הדין כרבי אלעזר ברבי שמעון שדין המלכות דין אף בענישה גופנית, שאם אין הלכה כמותו כיצד אנו דנים כיום שלא כדין מכוח רשותה של המלכות.

הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פסק -

אסור למסור ישראל ביד גויים בין בגופו בין בממונו ואפילו היה רשע ובעל עבירות ואפילו היה מיצר לו ומצער.<sup>29</sup>

כלומר הרמב"ם לא פסק כרבי אלעזר ברבי שמעון אלא כרבי יהושע בן קרחה שחלק עליו וסבר שאסור למסור גנבים למלכות. רבי יהושע בן קרחה אף כעס על מעשיו של רבי אלעזר ברבי שמעון ואמר לו "עד מתי אתה מוסר עמו של אלוקיננו להריגה" מלשון הרמב"ם נראה שהבין שרבי אלעזר ברבי שמעון מסר גנבים להריגה בידי

25. סנהדרין כ, ב.

26. בבא מציעא פג, ב.

27. ריטב"א ב"מ, שם, ד"ה "אמר להם".

28. ליד הציון להערה 15.

29. רמב"ם, חובל ומזיק ח, ט.



המלכות בגלל רשעותם ולא בגלל שזה דין המלכות. כך גם משמע מדברי רבי אלעזר ברבי שמעון שאמר לרבי יהושוע בן קרח "קוצים אני מכלה מן הכרם", כלומר, רבי אלעזר מסר את הגנבים להריגה לא מחמת שכך דין המלכות אלא מפני שרצה לכלות רשעים העולם. לפי זה, לשיטת הרמב"ם, אין ראייה ממעשיו של רבי אלעזר ברבי שמעון שמדין הלכות אפשר להעניש עבריינים אף בגופם.

במקום אחר נראה שאף הרמב"ם מסכים שיש למלך סמכות ענישה בגוף. בהלכות עבדים כותב הרמב"ם -

וכן אם היו דינוי שכל מי שלא יתן המס ימכור או מי שעשה כך וכך או לא יעשה כך וכך ימכר הרי דינו דין ועבד הנלקח בדינין אלו הרי הוא עבד כנעני לכל דבר.<sup>30</sup>

בהלכה זו דיבר הרמב"ם בעבד כנעני שנמכר עפ"י דין המלך. בפרק הראשון בהלכות עבדים הרמב"ם מדבר בדין עבד עברי וכותב על זה -

מלך שגזר שכל מי שלא יתן המס הקצוב על כל איש ואיש ישתעבד לזה שנתן המס על ידו הרי זה מותר להשתמש בו יותר מדאי אבל לא כעבד.<sup>31</sup>

מכירת עבד שעליה מדבר הרמב"ם אינה זכות ממונית בלבד אלא זכות בגוף. כך הבין בעל ה'מנחת חינוך'<sup>32</sup> שאמר שבית דין לא יכול למכור ילד קטן מישראל לעבד כיון שמן התורה לא מועילה לגביו מכירה, ה'מנחת חינוך' דוחה את האפשרות שבית דין ימכרו ילד קטן מכוח הפקר בית דין מפני שהפקר בית דין מועיל רק בממונו של אדם אך לא בדברים שבגופו. כלומר מדברי המנחת חינוך יוצא שהזכות למכור עבד היא זכות בגוף האדם ולא רק בממונו, מכאן אם המלך יכול למכור עבד מצד דין המלכות יוצא שדין המלך תקף גם בעניינים שבגוף ולא רק בדברים שבממונו.

המסקנה מדברי הרמב"ם היא, שגם לדעתו דין המלך אינו מצטמצם דווקא לעניינים ממוניים, שהרי כאן אנו רואים שהוא יכול להעניש אדם בגופו, ולמכור אותו לעבד אם עבר על מצוות המלך. אמנם לא מצינו בהלכה זו שיש למלך רשות להעניש בהכאה גופנית<sup>33</sup> אלא במכירת גוף העבד לאדם אחר, אך עדיין זו זכות בגוף האדם ולא רק בממונו.

30. רמב"ם עבדים ט, ד.

31. רמב"ם עבדים א, ז.

32. מנחת חינוך מב, ז.

33. ואכן בעניין הריגת רוצח שאינו מחוייב בבית דין כותב הרמב"ם (רוצח ושמירת הנפש ב, ד) שלמלך ישראל יש רשות להורגם משמע שדווקא מלך ישראל ולא מלך גוי.

## 2. דינא דמלכותא שלטון מדיני שתפקידו לתקן את צורכי המדינה

מהמקורות הנזכרים עולה שסמכות המלך חורגת מתחומים ממוניים וקיימת אף בעניינים הנוגעים לגוף כדוגמת יציאה למלחמה וכדוגמת ענישה גופנית. לפי זה נראה ברור שסמכות המלך הנובעת מהסכמת העם אינה דומה לדין הפקר בית דין שכן הפקר בית דין עניינו רק בדברים שבממון ולא בדברים שבגוף, ואילו סמכות המלך תקיפה אף בדברים הנוגעים לגוף. לכן נראה לי שהסכמת העם מעניקה למלך סמכות לפעול כדרכם של מלכים, בכל הנוגע לתיקון המדינה, בין בעניינים הנוגעים לממון, ובין בעניינים הנוגעים אל הגוף, כיציאה למלחמה או ענישת עבריינים אף בעונש גופני.

את הגדרת סמכות המלך כסמכות כללית לתקן כל צורכי המדינה ניתן ללמוד מדרשות הר"ן -

ולכן צוה השם יתברך לצורך "ישובו של עולם" במינוי המלכות כמו שכתוב בפרשה זו. וכי תבא אל הארץ וגו' שום תשים עליך מלך וגו', שהיא מצוה שנצטוינו בה למנות עלינו מלך, כמו שבא בקבלת רבותינו ז"ל. והמלך הוא יכול לדון שלא בהתראה כפי מה שיראה שהוא צריך לקבוע המדינה, ונמצא שמנוי המלכות שווה בישראל וביתר אומות שצריכים סדור מדיני.<sup>34</sup>

נראה שהר"ן לא מגביל את סמכותו של המלך לתחום הממוני דווקא. לדבריו, יש למלך סמכות בכל הנוגע לסידור המדינה, בין בעניינים הקשורים לממון ובין בעניינים הנוגעים לגוף.<sup>35</sup>

## 3. דינא דמלכותא הן מכוח הבעלות על הארץ והן מכוח הסכמת הציבור

הר"ן והראשונים שסוברים כמותו, הסבירו שדינא דמלכותא דינא מפני שהארץ שלו ויכול להנהיג בה תקנות כרצונו. לפי טעם זה הסיקו שבארץ ישראל שהארץ לא שייכת למלך אין תוקף לדיני המלך. אפשר לומר שהר"ן אמר את דבריו דווקא בדינים שהם לטובת המלך. דינים כאלה לא באים מכוח הסכמת העם שהרי הם לא לטובת העם אלא הם מכוח בעלות המלך על הארץ, אך דיני המלך שהם הנהגת המדינה גם הר"ן יסכים שהם באים מכוח הסכמת העם ולכן הם נוהגים אף במלכי ישראל. החתם סופר עושה חלוקה כזו בשיטת הר"ן -

ומכל מקום נראה לי דלא פליג אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם סבירא ליה לא שייך לומר בני מדינה ניחא להו אלא משום שהוא אדון הארץ ואם כן, יש לחלק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם אבל במנהגים ונימוסים כמו

34. דרשות הר"ן יא, ד"ה אבל בעיני.

35. שהרי דבריו מוסבים על הצורך להרוג רוצחים אף ללא התראה, משום יישוב העולם.

בבא בתרא נד, ב, מודה ר"ן דהטעם משום דניחא להו ואין לחלק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם.<sup>36</sup>

ה'חתם סופר' מבין שגם לשיטת הר"ן מה שהוא לטובת העם וצרכי הנהגת המדינה הוא לא מכוח בעלות המלך על הארץ אלא מכוח הסכמת העם ולכן שייך אף במלכי ישראל.

רב ושמואל<sup>37</sup> חולקים האם מה שכתוב בפרשת המלך<sup>38</sup> מלך מותר או אסור בו. על פי החלוקה שהצגנו, בין דברים שנעשים בעל כורחו של העם לבין דברים שנעשים לטובתו, אפשר לומר שמחלוקת רב ושמואל היא רק בדבר שהמלך עושה בעל כורחו של העם. בפרשת המלך מתואר שהמלך לוקח את הבנים לשים במרכבתו, ואת הבנות לרקחות ואופות, נראה שמדובר כאן על דברים שהם להנאת המלך ולא לצורכי המדינה, על כן אומר רב שלא נאמרו דברים אלו אלא ליראם ולבהלם, ושמואל סובר שיש למלך סמכות לקחת מהעם אף לצורכי עצמו, אך בדברים שהם צורך המדינה כולה גם רב יסכים שדין המלך דין שאם המלך לא יתקן את צורכי המדינה מי יעשה זאת.

#### 4. חוקי השלטון במדינת ישראל תקפים בענינים שהם צרכי המדינה

לפי האמור לעיל נראה שלפי כל הדעות בעניינים שהם לטובת המדינה יש תוקף לדיני המלכות אף בארץ ישראל. היום שיש שלטון מקובל ממדינת ישראל ברור שיש לו סמכות לפעול בכל תחום הנוגע לטובת המדינה, ובוה אינו שונה השלטון בישראל מכל שלטון בכל מדינה מתוקנת. מה שאמר שמואל שיש תוקף לדין המלכות נכון גם לגבי השלטון בישראל.

#### (ב). תחום סמכותו של דינא דמלכותא

בפרק הקודם התבאר שדין המלך תקף בכל עניין הנוגע לצורכי המדינה, לפי זה סמכותו לא אמורה להיות מוגבלת בתחום מסוים דווקא. אמנם בראשונים מצאנו הגבלות שונות לדין המלך. בפרק זה ברצוני להראות שההגבלות המופיעות בראשונים אינן גורעות מהעיקרון הכללי שדין המלך תקף בכל עניין שנוגע לצורך המדינה.

#### 1. דינא דמלכותא – רק בכל הנוגע לקרקעות

יש מן המפרשים, שסברו שהכלל הקובע ש"דינא דמלכותא דינא" קיים רק בנוגע לתקנות במקרקעין. כך, למשל, כותב ה'שיטה מקובצת' -

36. שו"ת חתם סופר חו"מ, מד.

37. סנהדרין כ, ב.

38. שמואל א, יא-כא.

ולרבנו הקדוש נראה דלא אמרי דיניה דינא אלא בקרקעות ובמשפטים שהוא תולה בקרקעות כמו מכס שלא יעבור אדם בארצו אלא יתן המכס... והיינו טעמא דדיניה דינא שהארץ שלו היא ואינו רשאי שיעמוד בארצו אלא במצותו.<sup>39</sup>

מכאן, שלפי שיטה מקובצת, אין למלכות סמכות לחוקק חוקים ועל אחת כמה וכמה, לכפות על קיומם של חוקים, הנוגעים למטלטלין. לפי הגישה שהצגנו בפרק הקודם סמכותו של המלך תקפה בכל הנוגע לצרכי המדינה ואם כן לא ברור מדוע, לדעת השיטה מקובצת סמכות המלך מוגבלת לעניני קרקעות בלבד. נראה שסייג זה נובע משיטתו העקרונית של בעל שיטה מקובצת, בדבר מקור הסמכות של "דינא דמלכותא".

בעל השיטה מקובצת סובר כדעת הר"ן, ש"דינא דמלכותא דינא" משום שהארץ שייכת למלך, ולכן, הוא רשאי לקבוע מה ייעשה בה. מאחר שהמטלטלין שבארץ אינם שייכים למלך, אין לו סמכות לקבוע מה ייעשה בהם.

לעיל<sup>40</sup> הסברנו שגם לשיטת הסוברים שדין המלך תקף בגלל שהארץ שלו והוא רשאי לקבוע באיזה תנאי ישבו בה, בדברים שהם צורך המדינה פועל המלך מכוח הסכמת העם ולא מכוח בעלותו על הקרקע. לפי זה יש לומר שהגבלת סמכותו של המלך לעניני קרקע היא רק בעניינים שהם לא לצורך המדינה, אך בעניינים שהם לצורך המדינה אין סמכותו מוגבלת, והוא יכול לתקן כל מה שהמדינה צריכה לו, בין אם מדובר בקרקע ובין אם מדובר בממון.

## 2. סמכותו של המלך לתקן חוקים חדשים

הרמב"ן כתב -

אלא שנראים הדברים דכי אמרינן דינא דמלכותא דינא כגון הדינים הידועים למלך בכל מלכותו, שהוא וכל המלכים אשר היו לפניו הנהיגו הדברים והם כתובים בדברי הימים ובחוקי המלכים. אבל מה שהמלך עושה לפי שעה, או חוק חדש שהוא עושה לקנוס העם במה שלא נהגו בימי האבות, חמסנותא דמלכא הוא ואין אנו דנים אותו הדין.<sup>41</sup>

מדבריו עולה, שסמכות המלכות תקיפה רק בחוקים קיימים, ואין בכוחה לחדש חוקים. אולם, יש לעיין בדבריו. הרי הציבור קיבל על עצמו את המלך כדי שידאג

39. שיטה מקובצת נדרים כח, ד"ה ואומר רבי.

40. ליד הציון להערה 36.

41. רמב"ן ב"ב נה, א ד"ה אם כן בטל ירושת בנו בכור, וכך כתבו גם הריטב"א בנדרים כח, ב, והנמוקי יוסף שם.

לטובת הציבור, וטובת הציבור משתנה מעת לעת. אם כך, מדוע תישלל מן המלך הסמכות לחוקק חוקים חדשים, בהתאם לצרכים המשתנים?

מתוך ההקשר של דברי הרמב"ן ניתן אולי לומר, שהוא לא דן בתקנות שביקש המלך לתקן לטובת המדינה, אלא בתקנות שהמלך מבקש לתקן לטובת עצמו. הרמב"ן מסביר באיזה סוג חוקים נאמר שהם "חמסנותא דמלכא" -

יש מקומות שישראל יוצאים ממלכות למלכות והמלך מחזיק בכל מה שנמצא להם במלכותו אם בא ישראל וקנה מן המלך זה היה מעשה, ופסקו הדין שאין זה דינא דמלכותא אלא חמסנותא דמלכותא, לפי שהדבר ידוע ביניהם שדין היהודים כדין הפרשים לדור בכל מקום שירצו וכיון שכן אם יש מלכות שבאה לשנות את הדין ולעשות דין לעצמה אין זה דינא דמלכותא.<sup>42</sup>

כלומר, הרמב"ן דן באדם שעזב מדינה והמלך באותו מקום רצה להחרים את רכושו בניגוד לחוק שהיה מקובל במקום. במקרה זה לא מדובר על מעשה שהוא לצורך תיקון המדינה, אלא במעשה שרירותי שעושה המלך - החרמת רכוש של יחידים, ללא צורך ציבורי מוצדק, וללא מתן פיצויים לאלו שרכושם הוחרם. בהקשר זה כתב הרמב"ן, שאין למלך סמכות לפעול בניגוד לדין המקובל במדינה.<sup>43</sup>

על כן, נראה שכאשר מדובר בחוק שנועד לטובת המדינה, אף הרמב"ן יסכים לכך שהמלך יכול לחוקק חוק על פי הצרכים החדשים, שהרי על דעת כן קיבלוהו אנשי המדינה עליהם.<sup>44</sup>

### 3. דינא דמלכותא בדברים שבין אדם לחבירו

הרמב"ם פוסק ששטרי מתנות שנכתבו בערכאות של גויים אינם מועילים, וכותב על זה המגיד משנה -

דאף על גב דקיימא לן דדינא דמלכותא דינא (ואם כך שטרי מתנות בערכאות של גויים צריכים להיות כשרים) כמבואר [ב]פרק ה' מהלכות גזילה ואבידה,

42. רמב"ן שם.

43. הערת עורך: אפשר שמדברי הרמב"ן יש ללמוד על עקרון חשוב במשפט הציבורי העברי, לפיו, אין השלטון רשאי לחוקק חוק שיפגע בזכות הקניין של יחידים, כאשר זכויות אלו מוכרות בעולם כולו כזכויות יסוד מוגנות (לדור בכל מקום).

44. כך משמע גם מדברי התוספות (ב"ק נח, א ד"ה א"נ מבריה). שאף הוא דן במקרה שעליו מדבר הרמב"ן, ומסביר שאין דין המלכות דין מפני ש"זה הדין אינו הגון כלל ודמיא למוכס שאין לו קצבה", כלומר אין מדובר בשלטון מדינה שמתקן תקנה לטובת כלל הציבור שנועדה "לתכלית ראויה", אלא בתקנה שנועדה להעשיר את המלך על חשבון הפגיעה בזכויותיהם היסודיות של האזרחים. שלטון שנוהג כך, הוא בגדר גולן, ודינו אינו דין.

הני מילי במה שהוא תועלת למלך בענייני המיסין שלו ומה שהוא מחוקיו אבל בדברים שבין אדם לחברו אין דינו בהם דין.<sup>45</sup>

הרמב"ן הביא דעה שסוברת שבשטרות לא אומרים דינא דמלכותא דינא אך דחה דעה זו וכתב למסקנה -

ומכאן נראה לי שכל שטרות העולים בערכאות של גויים בנוטרין של מלכים כשרים בין בשטר בין בשטר מתנות בין בשטר הלוואות וכל שכן שטר מקח וממכר.<sup>46</sup>

הרשב"א בתשובה כותב כדברי הרמב"ן שאף בדברים שבין אדם לחברו דינו דין - ולשון דינא דמלכותא מורה על דברים שהם מחוקי המלכים לעשות כן בארצם, כגון לשים ערכאות לכתוב שטרות... וכן לעשות חוקים בארצו, כדי שלא יבואו העם לידי הכחשות וקטטות... וכן כל כיוצא בזה, שכלל עניינין אלו הן ממשפטי המלכים.<sup>47</sup>

לדעת הרשב"א לא רק בשטרות דינא דמלכותא דינא, גם בכל תקנה שיש בה משום שלא יבואו לידי קטטות ומריבות דינו דין.

ה'מגיד משנה' דלעיל כתב שדינא דמלכותא אינו דין בדברים שבין אדם לחברו. המגיד משנה הסיק את דבריו מהרמב"ם שפסק ששטרי מתנות של גויים פסולים. אפשר לדחות את מסקנת המגיד משנה ולהסביר את דברי הרמב"ם במקום שאין דינא דמלכותא לעניין שטרי מתנה, אך במקום שיש דינא דמלכותא שקונים בשטרות שטרי מתנה של גויים יהיו כשרים משום שדינא דמלכותא דינא.<sup>48</sup>

#### 4. "דינא דמלכותא" שאינו כדין תורה

מאחר שיש למלך סמכות לחוקק חוקים הנראים בעיניו כנדרשים לטובת הציבור, יש לעיין, האם מכוח סמכות זו הוא יכול לחייב ללכת דווקא לערכאות של המדינה, כמו כן יש לברר, האם חוקים שהמלך מחוקק מחייבים את דיני ישראל גם במקום שהם סותרים את ההלכה.

45. רמב"ם מלוה ולוה כז, א.

46. חידושי הרמב"ן בבא בתרא נה, א ד"ה אם כן.

47. שו"ת הרשב"א ב, שנו.

48. כך הסביר הרמב"ן (חידושי הרמב"ן בבא בתרא נד, א) מדוע הגמרא בגיטין דחתה את התירוץ הראשון בגמרא שאומר ששטרי מתנה כשרים משום דינא דמלכותא דינא, הרמב"ן אומר שאין הכוונה שדינא דמלכותא אינו מועיל בשטרות אלא שבמקום שאין דינא דמלכותא בשטרות שטרי מתנה של גויים יהיו פסולים.

הרשב"א בתשובותיו דן באדם שתבע מחתנו שיחזיר לו את הנדוניה של בתו, אחר שמתה. כיון שלפי דיני ישראל יורש הבעל את אשתו, ביקש האב לתבוע את חתנו לפני ערכאות של גויים, שלפי דיניהם, נקבע שנכסי האישה עוברים לרשות משפחתה, אחר מותה. בהקשר זה כתב הרשב"א -

ובאמת אמרו שמתנין בכעניין זה (=בעניינים ממוניים, לעבור על דברי תורה), אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט הגויים באמת נראה לי דאסור, לפי שהוא מחקה את הגויים וזהו שהזהירה התורה לפנייהם ולא לפני גויים, ואעפ"י ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו חוקות הגויים ודיניהם ולא אפילו לעמוד לפנייהם לדון אפילו בדבר שדיניהם כדיני ישראל... ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא, ואפילו גדולה ישיב רשע מקרי כדאיאתא בפרק הכונס ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ובנו להם במות טלואות בבית מדרס הגויים חלילה לא תהא כזאת בישראל, חס ושלום שמא תחגור התורה שק עליהם.<sup>49</sup>

בתשובה זו דן הרשב"א בשאלה, האם יש לדין המלכות שאומר ללכת לערכאות תוקף. הרשב"א משיב שדין המלכות אינו יכול לחייב יהודי לדון בפני הערכאות של המלך ומי שהולך לאותן ערכאות משום "דינא דמלכותא", עובר על איסור "לפניהם ולא לפני ולא לפני גויים".<sup>50</sup>

בעניין השאלה האם דין המלכות מחייב את דיני ישראל במקום שהוא סותר את ההלכה, על זה כותב הרשב"א בתשובה נוספת -

לעניין דינא דמלכותא דינא דע שלא אמרו אלא במאי דאיכא הורמנא דמלכא ובדברים שהם מדיני המלכות, כי כמו שיש לנו מלוכה כמו שאמר שמואל לישראל, כך בשאר האומות דינים ידועים יש למלכות ועליהם אמרו דדיניהם דין, אבל דינים שדנים בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה אלא הערכאות

49. שו"ת הרשב"א ו, רנד.

50. יש שרצו לדייק מדברי התשב"ץ (שו"ת תשב"ץ סא) שהוא חולק על הרשב"א וסובר שאם דין המלכות ללכת לערכאות העכו"ם דין המלכות דין אף בעניין זה ושני ישראלים שיש בניהם דין צריכים ללכת לערכאות של גויים, היות וכך מחייב דין המלך. אמנם מדבריו נראה שאמר כך רק משום שהמלכות באותו מקום הקפידה שידונו דווקא בערכאות שלה, ואולי אף היתה סכנה לדון בדיני ישראל, אך אם המלכות אינה מקפידה ברור גם לתשב"ץ, שאין ללכת לדיני עכו"ם אף שמונו על ידי המלך (ועיין שם בדבריו שבתחילה כותב שמנהג קהל מיורקה ללכת לדיני עכו"ם היה מנהג אסור וכתב על זה "תא חזי מה סלקא בהו" וכנראה מתכוון לגזרות קנ"א במיורקה).

דנים לעצמם כמו שימצאו בספרי הדינים שאם אי אתה אומר כן בטלת חס  
ושלום דיני ישראל.<sup>51</sup>

מדברי הרשב"א ניתן להסיק שדייני ישראל, אינם מחוייבים ל"דינא דמלכותא", אלא  
בדברים שהם מ"משפטי המלוכה". אבל, דברים שהם מחוקי הערכאות דייני ישראל  
לא מחוייבים בהם. חילוק זה של הרשב"א טעון בירור כשלעצמו, מהו חוק המוגדר  
כדיני המלכות ומהו חוק שנחשב כדינם של הערכאות ולא דין של המלכות, ולא כאן  
המקום להאריך.<sup>52</sup>

### (ג). היחס בין דינא דמלכותא לדין המלך

עד כאן עסקנו בסמכות שיש לשלטון מכוח דינא דמלכותא דינא, בישראל מצינו  
שהתורה נתנה כוח שלטוני למלך "שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה' אלוהיך בו"  
(דברים יז, ו) ונשאלת השאלה מה היחס בין סוגי שלטון אלו.

#### 1. מלך ישראל כוחו מהתורה ומלך גוי כוחו מהעם

אפשר לומר שדינא דמלכותא דינא שנאמר במלכי אומות העולם שונה מדין המלך  
שנאמר במלכי ישראל. לגבי מלכי הגוים הראנו לעיל שני הסברים מדוע דינם דין, או  
שזה מכוח שהארץ של המלך או מכוח שהציבור קיבל על עצמו את המלך. מקור  
סמכותו של מלך ישראל הוא ע"פ הנאמר בתורה "שום תשים עליך מלך", והוא  
ממונה על פי בית דין של שבעים ואחד ונביא.<sup>53</sup>

הרב שלמה זלמן אויערבאך כתב בעניין זה -

51. שו"ת הרשב"א ג, קט.

52. ולכאורה החלוקה היא בין דברים שהם צרכי המדינה שהם דין המלך שמחייב אף את דייני  
ישראל (כגון שטרות ומשכנות וכו') לבין דברים שהם חוקים כיצד לנהוג בענייני ממון פרטיים  
(כגון ירושות שאינן ענייני הכלל אלא דין פרטי מי יורש את המת). כך ניתן יהיה להסביר את  
פסיקת הרמ"א (חו"מ שסט, יא), כדברי הרשב"א (שו"ת הרשב"א ו, רנד) שבירושות אין  
הולכים על פי מנהגי הגוים מפני שזה בגדר משפטי הערכאות, ואילו בעניין משכון (רמ"א שם,  
ח) פסק שאומרים דינא דמלכותא. הסבר זה עולה גם מדבריו (שם, יא) "דלא אמרינן דינא  
דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה", כלומר במקום  
שזה צרכי הכלל ותקנת המדינה בזה אומרים דינא דמלכותא דינא וזה מחייב אף דיני ישראל אף  
אם הדין סותר את דין תורה. אמנם, עיין בש"ך חו"מ עג, לט, שמתקשה בשיטת הרמ"א, ודוחה  
את האפשרות שהבאנו לעיל לחלק בין דבר שהוא לצורך המדינה לשאר דברים, וכותב באופן  
כללי שכל מקום שדינא דמלכותא סותר את דיני התורה אסור לדון לפי דין המלכות, אלא דנים  
על פי דין תורה. ועיין בספרו של הרב ש' ישראלי עמוד הימיני סימן ח (סט-עו) שהאריך  
להסביר את דברי הרמ"א והש"ך בסוגיא זו, ולהגדיר באלו מצבים אומרים דינא דמלכותא דינא  
אף בדיני ישראל. ויש עוד לעיין בסוגיה זו.

53. ראה: רמב"ם מלכים א, ג.



אך אפשר דאדרבא דווקא מלך ישראל לא חשוב מלך, אלא אם כן המליכוהו על פי חוקי התורה מה שאין כן עכו"ם סברא היא דגם הם שפיר יש להם דין מלך והוא נכלל בכלל "דינים" שמסור בידם לשפוט על פי הסברא, ולכן כל שעל פי נימוסי העכו"ם הרי הוא חשוב מלך יש לנו שפיר לומר דדינו דין משום דגבי עכו"ם לא קפדינן כלל אם המליכוהו בדין התורה או לא.<sup>54</sup>

מדבריו נראה שסמכות מלך ישראל וסמכות מלך גוי הן שתי סמכויות שונות; סמכות מלך גוי היא מסברא שכל המתמנה על פי נימוסי הגויים יש לו דין מלך ויכול לשפוט את העם על פי הנראה לו, וזה נכלל בכלל "דינים" שנצטוו בהם בני נח, אך מלך ישראל שואב את כוחו מדין התורה, ולפי זה נראה שמלך ישראל מתמנה דוקא על פי חוקי תורה, דהיינו על פי בית דין של שבעים זקנים ונביא ולא בהסכמת העם בלבד, מה שאין כן במלך גוי שכוח מלכותו מסברא מכוח נימוסי הגויים כל מלך שמולך על פי נימוסי הגויים כל דיניו דין מדינא דמלכותא.

הרדב"ז משווה בין דינא דמלכותא לדין מלך ישראל -

פלוגתא דתנאי ואמוראי<sup>55</sup> (האם מלך מותר בכל האמור בפרשת המלך) ופסק כרבי יוסי ושמאל שאמרו כל האמור בפרשת המלך מלך מותר בו, ואמרו בכמה מקומות דינא דמלכותא דינא, ואפילו מלכי הגויים אמרינן בהו דינא דמלכותא דינא.<sup>56</sup>

אפשר להבין שהשוואה בין דינא דמלכותא לדין המלך היא חיצונית בלבד, בדברים שיש בסמכותם לעשות, אך ממקור הסמכות שונה. מלך נוכרי שואב את כוחו מהעם או שיש לו סמכות מכוח שהארץ שלו ואילו מלך ישראל שואב את כוחו מהתורה, וכך רצה הרב אויערבך להסביר את דברי הרדב"ז -

כוונתו רק לומר שמכוח זה שגילתה תורה שיש דין מלך אצל ישראל, אנו יודעים דסברא היא שגם העכו"ם יכולים לעשות להם מלך משלהם על פי נימוסיהם ודינו דין. כלומר כשם שמצינו מישראל מלך שיש לו סמכויות בתיקון ענייני המדינה, כך גם הסברא נותנת שהעכו"ם יכולים למנות להם מלך שיהיו לו סמכויות בעניינים שהם לתיקון המדינה, אך מקור הסמכות שונה בשניהם.<sup>57</sup>

54. מעדני ארץ כ, יב.

55. סנהדרין כ, ב.

56. רדב"ז מלכים ד, א.

57. מעדני ארץ שם.

## 2. מלך ישראל כוחו מהעם כמו במלכי האומות

מדברי הרדב"ז נראה שכוונתו היא להשוות באופן עקרוני את דינא דמלכותא לדין המלך, וכשם שמצאנו באומות העולם שיש להם מלך שיש לו סמכות לתקן תקנות בכל הקשור לצרכי המדינה, כך בישראל יש מלך שנתנה לו סמכות לתקן את כל צרכי המדינה. וכך עולה מדברי הר"ן בדרשותיו -

ולכן ציוה השם יתברך לצורך ישובו של עולם במינוי המלך כמו שכתוב בפרשה זו וכי תבוא אל הארץ וגו' שום תשים עליך מלך וגו' שהיא מצווה שנצטוונו בה למנות עלינו מלך כמו שבא בקבלת רז"ל (סנהדרין כ'), והמלך יכול לדון שלא בהתראה כפי מה שיראה שהוא צריך לקבוע המדיני, נמצא שמנוי המלך שווה בישראל וביתר אומות שצריכים סידור מדיני.<sup>58</sup>

גם מדברי הר"ן וגם מדברי הרדב"ז נראה שמלכי ישראל ומלכי אומות העולם שווים בעניינם. כשם שאומות העולם זקוקים למלך שיתקן את כל צורכי המדינה כך עם ישראל צריך מלך שידאג לכל צרכי המדינה. לפי כיוון זה נראה שכשם שדינא דמלכותא נובע מכוח העם שקיבל עליו את המלך, כך גם בישראל העם נותן סמכות למלך לפעול על פי דין המלך בישראל, אמנם מינוי המלך נעשה לכתחילה על פי סנהדרין ונביא אך כאשר אין סנהדרין ונביא בישראל יש בכוח העם למנות עליו מלך ולתת בידו סמכות כמו למלך שמונה על ידי נביא וסנהדרין. כך כותב הרב שאול ישראלי בספרו עמוד הימיני -

מכל זה נראה ברור ששיטת הראשונים היא שסמכויות המלך באומות העולם תלויות בהסכמת העם וכל מה שהסכימו על זה בזמן המינוי דינו דין גם לגבי ישראל, וכנ"ל. והמקור לזה נראה הוא ממה שאמרה התורה "ככל הגויים", הרי שיש תוקף למינוי המלך של הגויים. ומכאן גם התוקף למלך או לנשיא בישראל, כיון שלמדנו שמסרה התורה הרשות גם לישראל למנות להם כפי דרכי המנוי של "כל הגויים", יוצא מזה שגם בישראל הכל תלוי לפי מה שמינו על עצמם לקבל את המלך או את הנשיא, וכפי מה שקבלו דינו דין וסמכותו סמכות אפילו לענייני נפשות מן התורה. ובזה יובן מה שהצריכה התורה להדגיש במינוי מלך "ככל הגויים" מה שלא נזכר בשום דין אחר. ודאי שהוא לא לגנאי (בכל אופן לא רק לגנאי) נאמר, שהרי הרמב"ם פוסק שמינוי מלך היא מצווה, אם כן הכתוב דן במינוי המלך לפי המצווה... ולפי הנ"ל דבר גדול בא הכתוב להשמיענו שבדיני המלך קבלת העם על עצמו יש לה תוקף ממש כמו בדרכי המלוכה אצל אומות העולם.<sup>59</sup>

58. דרשות הר"ן דרשה יא.

59. עמוד הימיני ט, י.

גם לפי שיטה זו שמלכי ישראל והאומות שווים בכך שהם מתמנים בהסכמת העם, אין הכרח לומר שסמכויות של מלך בישראל שוות לסמכויות של מל באומות העולם. סמכות להוציא למלחמת הרשות מופיעה ברמב"ם רק לגבי מלכי ישראל<sup>60</sup> ולא לגבי מלכי אומות העולם. וכן בעניין הריגת רוצחים מדין המלכות כותב הרמב"ם -

וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינם מחוייבים מיתת בית דין אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו.<sup>61</sup>

כלומר רק מלך ישראל יכול להרוג רוצחים, אך למלכי אומות העולם אין סמכות כזו.

### 3. העברת סמכויות המלך לידי העם – שיטת הרב קוק

ידועים דבריו של הרב קוק שכותב בעניין העברת סמכויות המלך לידי העם -

נראים הדברים שבזמן שאין מלך כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה וחוזרים אלה הזכויות של המשפטים לידי האומה בכללה.<sup>62</sup>

בהסבר דברי הרב קוק אפשר לומר שהוא מסכים לדברי הרב אויערבאך שמלכי ישראל שואבים את סמכותם מהתורה ומתמנים על ידי נביא וסנהדרין, אלא שהרב קוק מחדש שכשאינן נביא וסנהדרין העם יכולים למנות את המלך. בעניין הסמיכה<sup>63</sup> כותב הרמב"ם שכאשר בטלה הסמיכה אפשר לחדשה על ידי הסכמת כל החכמים בארץ ישראל. מעין זה אומר כאן הרב קוק, כאשר אין סנהדרין ונביא שימנו מלך העם יכול למנות אותו.

אפשר להסביר שכוונת הרב קוק היא כאפשרות השניה דלעיל, שסמכותו ההלכתית של מלך בישראל זהה לזו של מלכי אומות העולם. אמנם, בישראל, מינוי המלך נעשה על ידי נביא וסנהדרין, אך כאשר אין נביא וסנהדרין ברור שהעם יכול למנות את המלך כפי שבאומות העולם העם ממנה את המלך.

## ד. סיכום

הפוסקים הסתמכו על שני מקורות עיקריים לבסס עליהם את הסמכות ההלכתית של השלטון במדינת ישראל: סמכותם של טובי העיר, וסמכותו של המלך.

60. רמב"ם מלכים ה.

61. רמב"ם רוצח ושמירת הנפש ב, ד.

62. משפט כהן קמ"ד, יד.

63. רמב"ם סנהדרין ד, א.

בענייני ממון ניתן לומר שיש כוח לשלטון בישראל לחדש חוקים חדשים כשם שלטובי העיר היה כוח כזה מדין הפקר בית דין. בעניין ענישה גופנית קשה לומר שלשלטון בישראל, שלא מונהג דווקא על ידי אנשים שומרי תורה ומצוות יהיה כוח של בית דין, שמכים ועונשים שלא כדין, כפי שהיה לטובי העיר. מעבר לכך, נראה לי באופן עקרוני שקשה לבסס סמכות של שלטון מדיני שבכוחו להוציא אף למלחמה, כפי שקיים היום במדינת ישראל, על סמכויות שהיו בידי טובי העיר שעיקר עניינם היה לתקן צרכים מקומיים של בני העיר.

על כן נראה לי שהגישה הפשוטה יותר היא, שסמכות השלטון בישראל מבוססת על דברי שמואל שאומר שדין המלכות דין. הר"ן סבר אמנם שדברי שמואל נאמרו רק במלכי האומות, אך נראה שגם הוא יסכים שדין המלך תקף בכל הנוגע לחקיקה לטובת המדינה.

לפי זה, ניתן להשליך את דברי שמואל שדין המלכות דין, גם על השלטון בישראל. לכן, כל קביעה של השלטון בעניינים שהם צרכי המדינה, תקפה ומחייבת את תושבי המדינה אליבא דהלכתא. וכשם שבכל מדינה מתוקנת יש שלטון שדואג לכל צרכי המדינה, כך גם בישראל יש לשלטון כוח לחוקק חוקים ולתקן תקנות בכל הקשור לצורכי המדינה.

בסיום הדברים מן הראוי להוסיף, למרות שלאור האמור עד כה, מכירה ההלכה בסמכות השלטון במדינת ישראל לחוקק חוקים הנדרשים לטובת המדינה. אבל, ברור שהמצב כיום אינו משקף מצב אידיאלי של השלטון בישראל. תפקידו המלא של השלטון בישראל מתואר על ידי הרמב"ם בהלכות מלכים -

ובכל אלו הדברים דינו [של המלך] דין כל הארץ שכובש הרי היא שלו ונותן לעבדיו ולאנשי המלחמה כפי מה שירצה, ומניח לעצמו כפי מה שירצה, ובכל אלו הדברים דינו דין, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים, ותהיה מגמתו ומחשבתו להרים דת האמת, ולמלאות העולם צדק, ולשבור זרוע הרשעים ולהלחם מלחמות ה', שאין ממליכין מלך תחלה אלא לעשות משפט ומלחמות, שנאמר ושפטנו מלכנו ויצא לפנינו ונלחם את מלחמותינו.<sup>64</sup>

כלומר, תפקיד המלך לא מסתכם בקיום צרכיה הגשמיים של המדינה, אלא מטרת מלכותו להרים דת האמת ולמלאות את העולם בצדק התורה. יהי רצון שנזכה לכך.

64. רמב"ם מלכים ד, י.

**סמכות הקהל לתקן תקנות כסמכות בית דין****הרב עדו רכניץ**

- א. פתיחה / 509  
 ב. הדיון העקרוני / 509  
 ג. היקף סמכותו של הציבור / 512  
 ד. תקנות המתבססות על סמכות בית דין / 517  
 ה. סיכום / 523

**א. פתיחה**

נאמר בתוספתא -

כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת ולקנות להן ספר תורה ונביאים ורשאים בני העיר להתנות על השערים ועל המדות ועל שכר פועלין רשאים לעשות קיצתן. רשאים בני העיר לומר: 'כל מי שיראה אצל פלוני יהא נותן כך וכך וכל מי שיראה אצל מלכות יהא נותן כך וכך', 'כל מי שתרצה או מי שתרעה פרתו בין הכרמים יהא נותן כך וכך וכל מי שתראה בהמת פלונית יהא נותן כך וכך רשאים לעשות קיצתן'.<sup>1</sup>

הסמכות המוקנית לציבור, כפי שהיא משתקפת בהלכה זו, היוותה בסיס לפעילות חקיקה נרחבת על ידי הקהילות. הפוסקים נדרשו לשאלה מה מקור הסמכות והיקפה. הדיון עסק בשאלות העקרוניות ובמקרים פרטיים שונים. במאמר זה נבקש לבחון את הקשר בין תקנות הקהל וסמכות בית הדין במישור העקרוני, ובמימושו, כפי שהוא בא לידי ביטוי בפוסקים.

**ב. הדיון העקרוני****(א) מבוא**

בספר עזרא נאמר -

וכל אשר לא יבוא לשלושת ימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה.<sup>2</sup>

1. תוספתא ב"מ (ליברמן) יא, כג.

2. עזרא י, ח.

בהמשך מתוארת החלטת הקהל, ממנה ייתכן וניתן להסיק מי הם "השרים והזקנים" -

יעמדו-נא שרינו לכל-הקהל וכל אשר בערינו ההשיב נשים נכריות יבא לעתים מזמנים ועמהם זקני-עיר ועיר ושופטיה.<sup>3</sup>

נראה כי כוונת הביטוי "שרינו לכל-הקהל", היא להנהגה הפוליטית, השולטת בקהל. ופירוש הביטוי "זקני-עיר ועיר ושופטיה" עוסק באנשי המשפט. אם כן, הטלת החרם היתה בהסכמת אנשי המשפט והשלטון כאחד. בגמרא למדו מהחרם -

דאמר רבי יצחק מנין שהפקר בית דין הפקר? שנאמר: וכל אשר לא יבוא לשלושת ימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו.<sup>4</sup>

כלומר, מן התקנה המוזכרת בספר עזרא למד רבי יצחק את סמכות בית הדין לתקן תקנות בתחום הכלכלי.

הגאונים פרשו את הפסוק בדרך אחרת, לפיה, התקנה המוזכרת בספר עזרא, היא תקנה שמתקין הציבור או מנהיגיו, ולא בית הדין -

שכל מקרה שיקרה לבני המדינה וכולם שווים בו ותקנה הוא להם וצריכים לו - כופין זה את זה לאותו דבר והסכמת הזקנים נוהגת בם, וכל בני המדינה נכנסים תחתיהם, כענין שנאמר: "וכל אשר לא יבוא לשלושת ימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה".<sup>5</sup>

כלומר, מהפסוק ניתן ללמוד כי לציבור יש סמכות לתקן תקנות שיש בהם מרכיבים ממוניים.

על פי פרשנות הגאונים, ניתן להבין שסמכות בית הדין להפקיע ממון, יסודה בסמכות הציבור הכללית. ייתכן שבכך יש רמז כי סמכות בית הדין עצמו נובעת מהציבור. טענה זו תידון לקמן.

### (ב) "סמכות פרשנית" ו"סמכות חקיקתית" של בית הדין

סמכות חכמים היא כפולה, מחד, חכמים מוסמכים לפרש את התורה, מאידך, חכמים מוסמכים לתקן תקנות בנוסף לתורה. כפילות זו באה לידי ביטוי בפסיקת הרמב"ם.

3. שם, שם, יד.

4. יבמות פט, ב.

5. עזרא י, ח.

6. תשובות הגאונים שערי צדק, ד, טז.

אחד דברים שלמדו אותן מפי השמועה והם תורה שבעל פה, ואחד דברים שלמדום מפי דעתם באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא, ואחד דברים שעשאום סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזרות והתקנות והמנהגות, כל אחד ואחד מאלו השלשה דברים מצות עשה לשמוע להן, והעובר על כל אחד מהן עובר בלא תעשה.<sup>7</sup>

כלומר, בכלל החובה לשמוע לדברי חכמים, נכללים הדברים שחכמים למדו מהתורה, והדברים שחכמים גזרו מדעתם. אולם, הבדל גדול יש, בין הלכות שהן בגדר "תורה שבעל-פה" או שנלמדו באחת מהמידות שהתורה נדרשת בהן, ל"גזרות תקנות ומנהגות", כפי שנוכל ללמוד מן ההלכות הבאות. את הסמכות לקבוע הלכות מן הסוג הראשון, נכנה מעתה "סמכות פרשנית", ואת הסמכות לקבוע הלכות מן הסוג השני נכנה: "סמכות חקיקתית". מהלכות שונות ניתן ללמוד שהבדל רב יש בין הסמכויות, כפי שיבואר להלן.

לגבי הלכות הנובעות מן הסמכות הפרשנית של בית הדין, פסק הרמב"ם -

בית דין גדול שדרשו באחת מן המדות כפי מה שנראה בעיניהם שהדין כך ודנו דין, ועמד אחריהם בית דין אחר ונראה לו טעם אחר לסתור אותו הרי זה סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו, שנאמר אל השופט אשר יהיה בימים ההם אינך חייב ללכת אלא אחר בית דין שבדורך.<sup>8</sup>

כלומר, הסמכות הפרשנית מוקנית לבית הדין הגדול שבדור באשר הוא, וכל בית דין מוסמך לחרוג מהפירוש שנתנו קודמיו.

לעומת זאת, בתחום סמכות החקיקה המצב שונה, כפי שנראה מההלכות הבאות -

בית דין שנראה להן לגזור גזירה או לתקן תקנה או להנהיג מנהג צריכין להתיישב בדבר ולידע תחלה אם רוב הצבור יכולין לעמוד בהן או אם אין יכולין לעמוד, ולעולם אין גוזרין גזירה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה.

הרי שגזרו בית דין גזירה ודימו שרוב הקהל יכולין לעמוד בה, ואחר שגזרוה פקפקו העם בה ולא פשטה ברוב הקהל הרי זו בטלה ואינן רשאין לכוף את העם ללכת בה.

גזרו ודימו שפשטה בכל ישראל ועמד הדבר כן שנים רבות, ולאחר זמן מרובה עמד בית דין אחר ובדק בכל ישראל וראה שאין אותה הגזרה פושטת בכל

7. רמב"ם ממרים א, ב.

8. שם ב, א.

ישראל, יש לו רשות לבטל ואפילו היה פחות מבית דין הראשון בחכמה ובמנין.<sup>9</sup>

ברמב"ם ישנן שלוש הלכות: האחת, אין לגזור גזרה שהציבור אינו יכול לעמוד בה, השניה, תוקפה של הגזירה מותנה בקבלת הציבור אותה, השלישית, בית דין רשאי לבטל תקנה שכבר התקבלה על הציבור, אם הציבור הפסיק לנהוג על פיה. ניתן לפרש הלכות אלו בשתי דרכים:

א. סמכות החקיקה של בית הדין מקורה בציבור, ומשום כך, ללא הסמכת הציבור אין לחקיקה תוקף. לאור זאת, ברור מדוע הישוו הגאונים את סמכות החקיקה של הציבור לסמכות בית הדין, כיון שגם סמכות החקיקה של בית הדין נובעת מהציבור.

ב. סמכות החקיקה נמצאת בידי בית הדין בלבד, אולם, בית הדין אינו יכול לתקן תקנות שהציבור אינו יכול לעמוד בהן. זו ככל הנראה דעת הרמב"ם, כפי שיוצג לקמן, אגב הדיון בשיטת ר"ת.

### ג. היקף סמכותו של הציבור

בנוגע להיקף סמכותו של הציבור לתקן תקנות, נחלקו ראשונים. יש מהם המצמצמים את היקף הסמכות, ויש המרחיבים אותה. להלן, נסקור את הדעות השונות.

#### (א) הגישה המרחיבה

הפוסקים הנותנים פירוש רחב לסמכותו של הציבור לתקן תקנות, סבורים שבאופן עקרוני, מסמיכה ההלכה את הציבור לחייב את יחידיו לפעול בהתאם לתקנות שמתקין הציבור או נציגיו, אף אם אותם יחידים לא קיבלו מעולם על עצמם את אותן תקנות. כפי שניווכח, אף בין הנוקטים בגישה זו, יש דעות שונות, מהן מרחיבות ביותר את סמכותו של הציבור לתקן תקנות, מהן מרחיבות פחות.

1. תקנות בעניינים ממוניים – "הפקר בית דין הפקר"

בנוגע לתקנות בעניינים הנוגעים לממון, כתב רבינו גרשום -

ואם תאמר כי אמרינן הפקר בית דין הפקר - בית דין חשוב כגון שמאי והלל אבל האידנא לא? ליכא למימר הכי דתנו רבנן: 'וישלח ה' את ירבעל ואת בדן

9. שם הלכות ה, ו, ז.



ואת יפתח ואת שמואל וכו' שאפילו קל שבקלים ונתמנה פרנס על הציבור הריהו כאביר שבאבירים.<sup>10</sup>

כלומר, הכלל הקובע ש"הפקר בית דין הפקר" אינו מוגבל דווקא לתקנות של בית דין חשוב, שמגמתן להפקיע ממון. בכללו של כלל זה, גם החלטות של נציגי הקהל, שמגמתן להפקיע ממון מן היחיד, לטובת קידומן של מטרות ציבוריות.

אגב דבריו, קבע רבינו גרשום כי סמכות ההתקנה נמצאת בידי ראשי הקהל, ואינה נזקקת להחלטת כל הציבור כולו.

## 2. סמכות ענישה

רבנו יוסף טוב עלם דן בסמכות הקהל לחייב כל אחד מבני הקהל לשלם מס. כמקור לסמכות זו, הוא מביא את דבריו של רבי אליעזר בעניין ענישה שלא מן הדין -

ותניא: רבי אליעזר אומר: שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה... וכאן לא הכרנו שיהא שום עבריינות, שאין אדם יכול לפטור עצמו מן המס וממתנת הקהל.<sup>11</sup>

כלומר, כשם שלבית הדין סמכות לענוש שלא מן הדין לצורך שעה, כל עוד הענישה אינה "לעבור על דברי תורה", כך גם לכל ציבור יש סמכות לחייב את יחידיו לקיים את תקנות הקהל.

מעצם החלת הכלל "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה" על נציגי הקהל יש ללמוד שרבי יוסף טוב עלם מרחיב עוד יותר את סמכויות הציבור לתקן תקנות, בקובעו שלציבור יש אף סמכות ענישה. נראה שהיסוד לחידוש זה הוא הזהות, הקיימת לדעתו, בין נציגי הקהל לבית דין.

הר"י מאיוורא חידש שלקהל יש סמכות לדון בדיני קנסות, על אף שלבית דין רגיל, אין כיום סמכות לדון בדינים אלה. דבריו הובאו ב'מרדכי', בלשון זו -

ודיני קנסות שפירש שאין דנין בזמן הזה, שמעתי בשם הר"י מאיוורא שיש לדונם על פי טובי הקהל וכן הוא מקובל מרבתי.<sup>12</sup>

על פי דבריו, גדול כוחם של טובי הקהל (=נציגי הציבור) מכוחם של חכמי ישראל! הסיבה לכך היא שבית הדין דן על פי דין תורה, ודין התורה דורש שדין בדיני קנסות

10. שו"ת רבנו גרשום מאור הגולה סז.

11. דבריו הובאו בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג (לבוב), תכג.

12. מרדכי גיטין, השולח, שפד.

יתבצע על ידי דיינים סמוכים. לעומת זאת, טובי הקהל אינם דנים מכוחו של דין התורה, ומשום כך, אין סיבה לשלול מהם את הסמכות לדון בדיני קנסות.<sup>13</sup>

### 3. סמכות כוללת

הרשב"א הגדיר את סמכויות הציבור באופן גורף ביותר -

דע שכל ציבור וציבור יש להם רשות על יחידיהם, שכל ציבור רשאי לגדור ולתקן בעירם כמו שבית הדין הגדול יכולים לגדור ולתקן על כל ישראל.<sup>14</sup>

אולם, אף הרשב"א מסייג את כוחו של הציבור, כאשר מבקש הציבור לתקן תקנה שנועדה להתיר איסור תורה -

היאך הסכימו הרבים להתיר האיסור? כל מי שמסכים להיתר זה, כמסכים לעשות עבירה בכינופאי! וכל הסכמה שהיו הנסכמים רבים תהיה אותה ההסכמה רבת המהומה.<sup>15</sup>

כמו כן, הרשב"א מסייג את סמכות הציבור לתקן תקנות, בכך שמגמת התקנות תהיה לשם "תקנת הקהל". למעשה, סייג זה מותיר בידי בית הדין את הסמכות לבחון ולבקר את התקנות לגופן, אם וכאשר יסבור שהתקנות אינן משרתות תכלית זו. וזו לשון הרשב"א -

דעתי הוא שהציבור יכולין להכריח את היחיד להיותו בהסכמתם בכל ענין שיהיה תיקון הקהל.<sup>16</sup>

מושג זה, נותר מעורפל. עובדה שאפשרה להשתמש בו באופן גמיש. בפסקים אחרים ישנן דוגמאות לתקנות הנכללות ב"תקנת הקהל". כך, למשל, מהר"ם אלשיך<sup>17</sup> קבע שפיקוח על מחירים הוא בגדר "תקנת הקהל". הרב קוק<sup>18</sup> קבע, שמניעת שיבוש משמעותי בתכנון עיר היא בכלל "תקנת הקהל". לעומת זאת, הב"ח<sup>19</sup> טען, שההגנה על פרנסת המיעוט, על ידי מניעת תחרות חופשית איננה בגדר "תקנת הקהל".

13. הרב ח' י' בלוך: לפי הסבר זה, אין לטובי הקהל סמכות לדון דיני קנסות של תורה, אלא יש בידם סמכות לדון בקנסות כעין דין התורה. סמכות מסוג זה, יש גם לבתי הדין שבזמן הזה, ראה: רמ"א חו"מ א, ה.

14. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, רפ.

15. שו"ת הרשב"א ז, רמד.

16. שם, שם, שמ.

17. שו"ת מהר"ם אלשיך נט.

18. שו"ת אורח משפט חו"מ, י.

19. שו"ת הב"ח (ישנות), ס.

## (ב) הגישה המצמצמת

תקנות בעניינים ממוניים - התחייבות הדדית

לעומת הגישה המרחיבה, בהבנת היקף הסמכות של הציבור לתקן תקנות, קיימת גישה מצמצמת, בה נקטו חלק מן הפוסקים, שסברו כי מקור הסמכות של הקהל הוא בהתחייבות ההדדית של חברי הקהילה. כך מובא ב'מרדכי בשם רבינו תם -

והרב רבנו מרדכי מצא בשם רבנו תם: 'רשאיין בני העיר להסיע על קיצתן' האי 'רשאיין' אלהסיע קאי, פירוש: היכא דכבר היתנו ביניהם, אבל אם לא התנו מתחילה, אין כח בבני העיר להכריח אחד מבני עירם למה שירצו. ודקאמר 'הפקר בית דין הפקר', כגון בי דינא דרב אמי ורב אסי דאלימי הוו לאפקועי ממונא, כדאייתא בפרק השולח.<sup>20</sup> והא דאמרינן: 'ובאת אל הכהנים... וכי תעלה בדעתך וכו'' - היינו שבכל זמן שבדורם אין גדול כמותו, אבל אם יש בדורם גדול כמותו, אין בדינו להפקיע ממון.<sup>21</sup>

כלומר, הקביעה ש'הפקר בית דין הפקר', נכונה רק כאשר המפקיר הוא בית דין של גדולי הדור. מדבריו נראה כי לציבור אין סמכות לחוקק חוקים ולתקן תקנות לטובת הציבור. סמכות זו מסורה לתלמידי חכמים, ולא לתלמידי החכמים המקומיים, אלא רק לגדולי הדור.

נראה כי זו גם דעת הרמב"ם כפי שעולה מההלכה הבאה -

אין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כבית דינו של רבי אמי ורבי אסי שהן ראויין להפקיע ממון בני אדם אבל שאר בתי דינין אין כותבין.<sup>22</sup>

כלומר, כיון שפרוזבול מפקיע ממון, רק בית דין של גדולי הדור יכול לכותבו. כיון שרק גדולי הדור יכולים להפקיע ממון. משמע, שנבחרו הקהל אינם יכולים לתקן תקנה שתפקיע ממון.

20. גיטין לו, ב.

21. מרדכי ב"ב, השותפין, תפ.

22. רמב"ם שמיטה ויובל ט, יז. כך סברו גם ר"ת (ספר הישר קלח, ובתוספות גיטין לו, ב ד"ה דאלימי) ומהר"ם מרוטנבורג (שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, פראג, תקעב), לשיטתם. בניגוד לדעת הרא"ש (פסקי הרא"ש גיטין ג, יג. אולם, בשו"ת הרא"ש עז, ו פסק כדעת ר"ת) והרשב"א (שו"ת הרשב"א ג, לג), שפסקו לשיטתם, שניתן לכתוב פרוזבול בכל בית דין. כיון שהרמב"ם סבר שסמכות החקיקה נמצאת רק בידי בית הדין הגדול, הוא הזכיר כי לנציגי הציבור ישנה סמכות חקיקה רק בהקשר שהוזכר בגמרא (בבא בתרא ט, א; רמב"ם מכירה יד, ט-יא).

**"מיגדר מילתא"**

אף בין המצמצמים את היקף סמכות הציבור לתקן תקנות, ניתן למצוא הרחבה מסוימת, בתחום המכונה "מגדר מילתא". בתחום זה, רשאים מנהיגי הציבור לתקן תקנות, אף שלא מדעת כל הציבור. וכך מובא בתשובת מהר"ם מרוטנבורג -

אבל לשנות שלא מדעת כולן במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, לא מיגדר מילתא היא, [ו]אין שומעין להן לעשות תקנה לעצמן שלא כתורה.<sup>23</sup>

כלומר, לשם "מגדר מילתא" ניתן לתקן תקנות שלא מדעת כולם. לדעת המהר"ם, סמכות החקיקה ל"מגדר מילתא" נמצאת גם בידי כל קהילה וקהילה, ולא רק בידי בית הדין הגדול.

ההגדרה של "מגדר מילתא" אינה פשוטה, וכבר דנו בדבר אחרונים. המהר"ק כתב - ופשיטא דלא מקרי מגדר מילתא אלא במילי דשמיא, שהדור פרוץ לעבור על דברי תורה ורוצים לגדור גדר ולעשות סייג.<sup>24</sup>

כלומר, דווקא תקנות שמטרתן מניעת מעשי איסור, נכללים ב"מגדר מילתא".

לעומתו, המהר"י בן לב כלל בעניין זה גם שיקולי ביטחון -

משום דהני מילתא דסכנתא ועדיפא ממגדר מילתא, וכדאמרינן: חמירא סכנתא מאיסורא.<sup>25</sup>

**(ג) הכרעת ההלכה**

להלכה, פסק הרמ"א -

אף על פי שיש חולקין וסבירא להו דאין כוח ביד טובי העיר באלה רק להכריח הציבור במה שהיה מקדם או שקיבלו עליהם מדעת כולם. אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי או להפקיע ממון שלא מדעת כולם. מכל מקום, הולכין אחר מנהג העיר וכל שכן, אם קבלום עליהם לכל דבר כן נראה לי.<sup>26</sup>

23. ע"פ מרדכי ב"ב, השותפין, תפא.

24. שו"ת מהר"ק קפ.

25. שו"ת מהר"י בן לב א, קטו.

**הערות עורך:** השווה לדברי הרב קוק בשו"ת משפט כהן קמד, עמ' שכו ובביאור הדברים אצל נ' רקובר מסירות נפש, הקרבת היחיד למען הרבים, ירושלים תש"ס, עמ' 152, ובמקורות המצוינים בהערה 9, שם. וראה בדעתו החולקת של הרב ש' ז' פינס, המובאת באיגרתו השלישית, שם, עמ' 225-226, ובמקורות המצוינים בהערות 105-108, שם.

26. רמ"א חו"מ ב, א.

כלומר, לדעת הרמ"א אם הציבור הסכים לכך שטובי הקהל יוכלו לתקן תקנות שיש בהן "רווחא להאי ופסידא להאי", אזי לא ניתן לבטל תקנות אלו. יש לציין כי פסיקה זו לא הכריעה את הויכוח בין האחרונים.<sup>27</sup>

### ד. תקנות המתבססות על סמכות בית דין

בעלי הגישה המרחיבה נימקו את תקפותן של מספר תקנות בהשוואת הציבור לבית הדין. כך גם בבואם להחיל על תקנות הקהל את הדרישות המחמירות החלות על בית הדין. להלן מספר דוגמאות, המחולקות לשלוש קטגוריות. חלק מן המקורות, יחזקו את הטענה כי סמכות החקיקה של בית הדין שאובה מן הציבור, וזוהה לסמכות החקיקה של נציגי הקהל.

#### (א) תקנות שלא ניתן להסבירן על יסוד ההסכמה ההדדית

הפוסקים אפשרו חקיקה של תקנות שלא ניתן להסבירן על יסוד ההסכמה ההדדית, בנימוק, כי התקנות הן מכוח בית דין, ולכן, אין צורך בהסכמה כדי לכפותן על הציבור.

כך, למשל, תקנה המעבירה בעלות על דבר שלא בא לעולם תקפה, על אף שבמסגרת הסכם חוזי, לא ניתן להעביר בעלות על נכסים מסוג זה.

התשב"ץ נימק זאת בלשון זו -

אפילו הכי תקנות הציבור הם קיימות בכך **כתנאי בית דין**... והוא הדין והוא הטעם לתקנת הציבור.<sup>28</sup>

דברים דומים כותב הרשב"ש -

אם כן, ציבור אפילו בלא [מעשה] קניין ובדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם, מכירתם מכירה... דדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם קני בתנאי בית דין, ודין הציבור על קהלים כדין בית דין לכל העולם...<sup>29</sup>

כך ניתן גם להבין את הפסיקה המחילה את התקנות גם על הנולדים לאחר שתוקנו, כפי שכתב הרשב"א -

וכן מה שיגזרו או יסכימו רובו של קהל בצרכי קהלה, שכיון שעשו כן הרוב, אפילו בעל כרחם של יחידים, מה שעשו, עשוי. ודוקא שעשו הרוב, ובדבר

27. למשל, שו"ת חתם סופר, חו"מ קיו, פוסק כדעת ר"ת, מהר"ם אלשיך, נט, פוסק כשיטה המרחיבה.

28. שו"ת תשב"ץ ג, קנ.

29. שו"ת רשב"ש תקסו.

שרוב הצבור יכולין לעמוד בו, כדאיתא בפרק אין מעמידין. לפי שכל צבור וצבור היחידים כנתונים תחת יד הרבים, על פיהם הם צריכין להתנהג בכל עניניהם, והם לאנשי עירם ככל ישראל לבית דין הגדול או למלך, ובין שיהיו במעמדם ובין שלא יהיו. ואפילו בנים אשר יולדו להם דור אחר דור, חייבין לנהוג במה שהסכימו והחרימו האבות, אלא כל מה שקבלו והחרימו עליהם ועל זרעם, שכן היתה קבלת התורה, וכן דברי קבלה כמגילה וחנוכה.<sup>30</sup>

כלומר, סמכות הרבים היא כסמכות בית דין או כסמכות המלך. וכן הרבים יכולים לחייב גם את הדורות הבאים, הראיה של הרשב"א איננה מכך שגם בית דין יכול לחייב את הדורות הבאים, אלא מכך שקבלת הרבים מחייבת את הדורות הבאים. ייתכן להבין שקבלת הרבים היא בדיוק המקור לסמכות החקיקה של בית הדין ושל טובי הקהל, כפי שנטען לעיל.

ההשוואה שעושה הרשב"א בין תקנות הקהל לקבלת חג החנוכה וקריאת המגילה, מחזקת את הטענה כי מקור סמכותם של חכמים לתקן תקנות הוא הציבור. לפיכך, אין הבדל בין תקנות חכמים, אפילו בתחום שבין אדם למקום, לתקנות הקהל. דברים דומים כותב הרשב"ש, הן לעניין העברת בעלות על דבר שטרם בא לעולם, והן לעניין חיוב או זיכוי למי שלא בא לעולם -

אם כן, ציבור אפילו בלא (=מעשה) קניין ובדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם - מכירתם מכירה... דבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם קני בתנאי בית דין, ודין הציבור על קהלם כדין בית דין לכל העולם.<sup>31</sup>

בדרך כלל, מקובל שכל התחייבות צריכה להיות מלווה במעשה קניין, שיבטיח את גמירות דעתו של המתחייב. למרות זאת, כאשר מדובר בהתחייבות של הציבור במסגרת תקנות הקהל, קניין כזה אינו נדרש.<sup>32</sup> ה'חזון איש' נימק זאת באופן הבא -

ואמנם כיון דטעם דרבים אין צריכים קנין הוא משום שיש להם כח בית דין, צריך ג' דוקא, אבל יחיד אפילו הוא בא מכח רבים, מכל מקום, אינו יכול לחייב את הפועל בלא קניין.<sup>33</sup>

כלומר, ה'חזון איש' משווה בין החלטות הקהל להחלטות בית דין, כשם שהחלטות בית דין תקפות גם ללא מעשה קניין, כך גם החלטות הקהל. מכאן מסיק ה'חזון איש'

30. שו"ת הרשב"א ג, תיא, וכן נפסק בשולחן ערוך יו"ד ריד, ב.

31. שו"ת הרשב"ש, תקסו.

32. שו"ת הרא"ש ו, יט, וכן רמ"א חו"מ קסג, ו.

33. חזון איש בבא בתרא, ד, כב.

שהחלטות הקהל תקפות רק כאשר הן התקבלו בפורום של שלושה, הנדרש לבית דין של ממונות.

### (ב) סגולותיהם האישיות של מנהיגי ציבור

גם הדרישות האישיות ממנהיגי ציבור, יכולות ללמדנו רבות על מעמדם, בהשוואה למעמד בתי הדין. כך, ה'תרומת הדשן' שלל מכל מי שפסול לדון, את הזכות להתמנות כנציג הציבור ולתקן תקנות. את קביעתו הוא נימק בדרך זו -

אין אתם רשאים להושיבו בקהל... דכיון שנשבע לשקר בשביל חימוד ממון גרע מגנב וגזלן... וטובי הקהל כשיושבין לפקח על עסקי רבים ויחידים, במקום בית דין קיימי.<sup>34</sup>

דברים אלו נפסקו להלכה על ידי הרמ"א -

טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים הרי הן כדיינים ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה.<sup>35</sup>

לקביעה זו השלכות מעניינות, אשר רק על חלקן נעמוד. ה'חתם סופר', שלל ממקבלי שוחד את הזכות לשמש כנציגי ציבור ולהשתתף בהחלטות הנוגעות לציבור, וכך אמר -

אמנם אותם המקבלים שוחד לא יבואו לתוך האסיפה כלל, אפילו אחר שהחזירו השוחד ויקבלו עליהם באלה ושבועה שלא יקבלו תו שום שוחד עבור זה. מכל מקום, לא יבואו אל המינוי הזה כלל, ואפשר אפילו לעולם פסולים להתמניות עד שישובו בתשובה, אבל למינוי זה פסולים לעולם. דכיון שכבר נתקרב דעתם אצלו לא יחזרו בהם. והוי ליה נוגעים בדבר לעולם. ועיין היטב ב[שולחן ערוך, חו"מ] סימן ט בכל פרטיו, מבואר אפילו לא קבל הדורון, מכל מקום, אינו ראוי להיות דיין מפני שנתקרב דעתו, ולא מהני בזה סלוק ופשוט הוא.<sup>36</sup>

34. תרומת הדשן פסקים וכתבים, ריד. יש להעיר כי במקום בו הציבור החליט לקבל על עצמו פסולים, אין צורך במעשה קניין וניתן לכפות החלטה זו על המיעוט. כפי שכתב הרשב"ש (שם): "וכיון דהפקר בית דין הפקר יכולין הציבור להפקיר ממונו של זה להוציא ממנו ממון בעדות קרובים, כמי שבית דין הגדול יש להם רשות על כל ישראל כך כל ציבור וציבור יש להם רשות הרוב על המיעוט". גם פסיקה זו נומקה בכך שסמכות הציבור היא כסמכות בית דין, וכשם שבית הדין יכול להפקיר ממון שלא כדין תורה, כך יכול הציבור לתקן תקנות הנוגדות דין תורה.

35. רמ"א חו"מ לז, כו.

36. שו"ת חתם סופר חו"מ, קס ד"ה אמנם.

כלומר, נבחר ציבור שקיבל שוחד פסול מלהשתתף בקבלת החלטות עד שישוב בתשובה. לעניין ההחלטה שבגללה קיבל את השוחד הוא פסול לעולם. ראיית ה'חתם סופר' היא מן ההלכות שנאמרו לגבי דיין שקיבל שוחד.

מדברי ה'חתם סופר' ניתן ללמוד שטובי העיר שיש להם נגיעה אישית להחלטה - פסולים.<sup>37</sup> דברים מפורשים בעניין זה כותב בעל 'נודע ביהודה' -

בדבר שהם עצמם נוגעים בדבר, אינם נקראים טובי העיר בזה.<sup>38</sup>

בפסק דין רבני, נדון תוקפה של החלטת מרכז של מפלגה, שיש בה כדי להיטיב עם חלק מחברי המרכז, המשמשים כחברי הועד הפועל של המפלגה. בהקשר זה נאמר -

ויש להוסיף עוד, כי גם אילו לא האמור לעיל, יש להטיל ספק בתוקפה של החלטת המרכז הנ"ל, שנתקבלה ברוב דעות, אחרי שחלק גדול מהמצביעים, ויתכן גם המכריעים את הכף, כפי שנטען, היו חברי הועד הפועל, אשר נחשבים כנוגעים בדבר זה, להחליט שהם עצמם יהיו צירים לוועידה ללא בחירות.

ואם כן יש מקום לומר גם בנידון דידן, שבהכרעה זו למנות את עצמם לצירים, נקראים הם נוגעים בדבר ואין תוקף להחלטתם.<sup>39</sup>

כלומר, למרות שנציגי הציבור מוסמכים לקבל החלטות המיטיבות עם חלק מהציבור, אין תוקף להחלטה שבאה להיטיב באופן ישיר עם המחליטים עצמם. נראה שגם דרישה זו נובעת מכך שסמכות בציבור היא כסמכות בית דין, לפיכך, כשם שדיין שיש לו נגיעה אישית פסול, כך נבחר ציבור.

### (ג) סדר הדין

על הדמיון שבין בית הדין להנהגת הציבור יכולים אנו ללמוד גם מהלכות אחדות הנוגעות לסדר הדיון בעת קבלת החלטות הנוגעות לציבור.

#### 1. הכרעה על פי הרוב

הרי"ף פסק שניתן לקבל הכרעות על פי רוב -

37. הערת עורך: עניין זה קשור כמובן לנושא שעלה לאחרונה לכותרות, כשנטען על רה"מ שבמסגרת תפקידיו הציבוריים היה שותף להחלטות בענייני מקרקעין, שהיה בהן כדי להיטיב עם בני משפחתו, וזאת, מבלי להתייחס לגופן של הטענות כמובן.

38. שו"ת נודע ביהודה קמא, חו"מ, כ, ד"ה ואפילו.

39. ע"ר תשכ"ח/2658 פד"ר ז, 324. טענה דומה יכולה היתה להתקבל כנגד הנוהג על פיו חברי הכנסת קובעים את גובה שכרם, אולם, ייתכן כי שתיקת הציבור לאורך שנים תמנע כעת העלאת טענה כזו.



עיקר המנהג שעושים על פיו והוא שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל, ויתקנו תקנה כמה שיתקנו ויקיימו אותה - זהו מנהג.<sup>40</sup>

הרא"ש נימק דין זה כך -

וששאלת: אם שנים או שלשה מהבינונים שבעיר יכולין להוציא עצמן מן ההסכמה שיעשו הקהל, או מגזרת חרם שיעשו על שום דבר. דע, כי על עסק של רבים אמרה תורה: אחרי רבים להטות. ועל כל ענין שהקהל מסכימים, הולכים אחר הרוב, והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים. דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם. לכן אמרה תורה, בכל דבר הסכמה של רבים: אחרי רבים להטות.<sup>41</sup>

כלומר, הכלל "אחרי רבים להטות" חל "בכל דבר הסכמה של רבים". גם הרא"ש אינו מבחין בין כללי הדיון בבית הדין לכללי הדיון של טובי הקהל.

2. החובה לשמוע את דעת המיעוט

לגבי שמיעת דעת המיעוט פסק הרשב"א -

ואפילו אמרו בפירוש שילך אחר הרוב, אין הרוב יכול להסכים על דבר עד שיהיו כולם במעמד אחד ומתוך מעמדם יסכים הרוב, דומיא דבית דין דאפילו סנהדרי גדולה, אם ישבו ע' מהם לעצמם וחייבו או זכו, אין דיניהן דין, אלא אם כן יהיו ע"א במעמד אחד ונושאים ונותנים בדבר, כי שמא האחד יראה ראייה או יטעון טענה חזקה שיקבלו חבריו וישומו לדעה אחרת, אבל שהיו במעמד ונשאו ונתנו בדבר הלכה כדברי הרוב.<sup>42</sup>

כלומר, יש צורך בשמיעת דעות כל חברי הפורום המחליט, כיון שרק בדרך זו ניתן למצות את הדיון. אף דין זה מקורו בסדרי הדין הנהוגים בבתי הדין.

3. פרישת המיעוט

יישום מפתיע לכך שמקור סמכות הקהל הוא כסמכות בית דין נמצא בדבריו של רבי אליהו מזרחי -

וגם הפרוד שנפרדו מהם מעוט הקהל שלא כדין עשו מה שעשו שהרי היה להם להמשך אחר רוב דיעות הקהל כפי מה שגזרה תורתנו הקדושה אחרי

40. שו"ת הרי"ף (מהדורת לייטר), יג.

41. שו"ת הרא"ש ו, ה.

42. שו"ת הרשב"א ה, קכו.

רבים להטות... וגדולה מזו אני אומר, שאפילו הם אינם רשאים לקבוע כת לעצמם מכיון שמתחלה שלא כדין נעשת. אבל ראוי שילכו להתפלל עם הכת האחרת ולהשלים עמם, ויהיו כלם לאחדים כאשר היו בראשונה כדי שתתקיים גזרת תורתנו הקדושה ד'אחרי רבים להטות' במקומה. ואחר כך אם ירצו יחיד או רבים לצאת מחמת שאין הבית מכילה אותם, או מחמת סבות אחרות שאינן מחמת חלוק הדיעות שביניהם, הנה הרשות בידם. אבל שיצאו מאותו כנסת מחמת שהם רוצים לקיים דעותיהם ולבטל דעת הרבים הפך גזרת התורה, הוה ליה כמו הדיינים שנתוועדו ושמעו דברי הבעלי ריבים, וכשנחלקו בדיעותיהם באותו דין וראו המועטים שרבו דיעות החולקים עליהם, קמו והלכו להם ולא רצו לקיים גזרת 'אחרי רבים להטות', שהם עוברים במצות עשה דאחרי רבים להטות.<sup>43</sup>

כלומר, המיעוט שדעתו לא התקבלה אינו רשאי לפרוש מהקהילה, כשם שבעלי דעת המיעוט בבית הדין אינם יכולים לפרוש.

#### 4. כפיפות נציגי הציבור ל"אדם חשוב"

בגמרא<sup>44</sup> הוזכר הצורך בהסכמת "אדם חשוב" לתקנה, בכדי שיהיה לה תוקף. הרא"ם נימק זאת כך -

אבל אם חסר אחד מאלו כגון שנעשו התנאים שלא בעצת כל טובי העיר וכל שכן שלא בעצת החכם המנהיג דכולהו בטלי לגביה מפני שהוא ממונה עליהם כמו שהבית דין הגדול הוא ממונה בדור הנה אף על פי שהסכימו באותן התנאים רוב בני העיר אינם יכולים להכריח למי שלא קבל תנאים לקונסו בשום קנס שבעולם משום דלא שייך הכא הפקר כלל מכיון שנעשו התנאים שלא מדעת החכם המנהיג העומד במקום בית דין הגדול שבירושלם.<sup>45</sup>

כלומר, הצורך באישורו של אדם חשוב, זהה לחובתו של בית דין מקומי להישמע לפסיקת הסנהדרין. גם נימוק זה מחזק את הקביעה כי הכללים המחייבים את בין הדין מחייבים גם את הקהל, בבואו לתקן תקנות.<sup>46</sup>

43. שו"ת הרא"ם נג.

44. בבא בתרא ט, א.

45. שו"ת הרא"ם נו, ד"ה אם כן.

46. העובדה שהחלטות הכנסת אינן מאושרות על ידי "אדם חשוב", מהווה מכשול נוסף בדרך לראותן כתקנות הקהל.

## ה. סיכום

מדברי הרמב"ם למדנו ששתי סמכויות יש לבית הדין: "סמכות פרשנית", במסגרתה הוא מורה הוראות שיסודן בפרשנות לדברי התורה, ו"סמכות חקיקתית", במסגרתה מוסמך בית הדין לתקן תקנות לפי צורך השעה, שאינן הן מבוססות על דין תורה, ואף מנוגדות, לו. תקנות אלו אינן מחייבות, אלא אם הן נתקבלו על ידי רוב הציבור. וכן, ניתן לבטלן, אחר שהציבור הפסיק לקיימן.

פוסקים רבים השוו בין סמכות החקיקה של הציבור לסמכות בית הדין, מדבריהם למדנו שככל הנראה, מקור הסמכות של בית הדין ושל נציגי הציבור זהה, והוא: הציבור עצמו. לפי זה, התלות שבין תקנות בית הדין, לקיומן על ידי הציבור, הוא מהותי. משום שכאשר הציבור אינן מקיים את התקנות, הרי הוא מודיע לבית הדין שאין הוא מעוניין בהן, ובכך, נשללת מבית הדין הסמכות להורות על קיומן.

למרות קבלת העיקרון על פיו, לציבור יש סמכות לתקן תקנות ולכפות על הפרטים לקיימן, חלוקת הדעות באשר לשאלה, האם רשאי הרוב לכפות דעתו על המיעוט, וכן, בשאלה, מהו היקף סמכויותיו של הציבור.

רבנו גרשום ורבים מחכמי ספרד סברו שרשאי הרוב לכפות דעתו על המיעוט, כל אימת שהוא מבקש לתקן תקנה לטובת הציבור. לדבריהם, הציבור יכול להסמיך את מי שירצה, בתנאי שהוא כשר, לתקן תקנות. ייתכן שהציבור ימנה את דייני העיר וייתכן שהוא ימנה נציגים אחרים. כל התקנות שתוקנו, הן על ידי הדיינים והן על ידי נציגי הציבור מחייבות מאותה סיבה - קבלת הקהל. אולם, קבלה זו אינה ככל הסכם בין חברי הציבור, אלא היא שייכת לתחום המשפט הציבורי, בו אין צורך בהסכמת כל הפרטים, אלא די בהסכמת הרוב.

רבנו תם, וחלק מחכמי אשכנז ביקשו לצמצם את סמכות הציבור, בקבעם שאין לציבור סמכות לתקן תקנות חדשות, אלא אם הן תהיינה מוסכמות על הציבור כולו. אבל, מרגע שהסכים כל הציבור על תקנה, הוא יהיה רשאי לכפות את בני הציבור על קיומה, אף שהם יבקשו לחזור בהם מהסכמתם על התקנה. תקנות אלו מחייבות ככל הסכם ממוני אחר והן שייכות למשפט הפרטי.

הסמכות לתקן תקנות חדשות, שאינן מוסכמות על הכל, מסורה אך ורק לידי של בית דין הגדול שבדור. תקנות אלו הן חלק מהמשפט הציבורי והן אינן כפופות לכללי המשפט הפרטי.

מובן מאליו שלמחלוקת זו יש השלכות רבות בנוגע להיקף הסמכות של הציבור. לדעת הפוסקים המזדהים עם שיטתו של רבנו גרשום, יש לציבור סמכות לתקן כל

תקנה שתיראה לו, ובלבד שמגמתה תהיה "תקנת הציבור". בכלל זה, תקנות שנועדו למנוע שיבוש התכנון העירוני, פיקוח על מחירים, וכדומה.

המהר"ם קבע שגם לשיטת רבנו תם, רשאי רוב הציבור לתקן תקנות, כאשר מטרתן היא "מגדר מילתא". היינו, תקנות לטובת חיזוק שמירת המצוות. מהר"י בן לב חידש שבכלל "מגדר מילתא" גם תקנות לשמירת בטחוננו של הציבור.

בהמשך, ביקשנו לסקור הלכות אחדות הנוגעות לתקנות הקהל וסמכותם של נציגי ציבור, שמבוססות על ההשוואה בין נציגי הציבור לדייני בית הדין.

מצאנו שהתחייבות בני הקהילה זהה להתחייבות בפני בית הדין, במובנים רבים. ההתחייבות יכולה לחול על נכסים שטרם באו לעולם, ולחייב גם את אלו שטרם באו לעולם, בדומה לחיובים שמטיל בית הדין. וכן, כהתחייבות בפני בית הדין, אף ההתחייבות של בני קהילה, אינה צריכה להיות מלווה במעשה קניין, כדי שיהיה לה תוקף.

הדמיון ההלכתי שבין תקנות הקהל לתקנות בית הדין מוצא את ביטוי גמ בתחום הדרישות האישיות מנציגי הציבור. ככלל, קבע רבי ישראל איסרלן שנציגי הציבור צריכים להיות כאלה שאינם פסולים מלדון בבית דין. בעקבות דבריו, נפסלו מקבלי שוחד מלשמש כנציגי ציבור, וכן, נפסלו נציגי ציבור מלהשתתף בהחלטות שיש להם נגיעה אליהן.

הרשב"ש חידש שמטעם "הפקר בית דין הפקר", יש לקהל סמכות לתקן תקנות שיש בהן כדי לשנות את דיני הראיות, כגון, לקבל את עדותם של פסולי עדות.

אף בנוגע לסדר הדין, יש מן ההוראות הנוגעות לסדר הדין והדיון של נציגי הציבור, שיסודן בהלכות דומות, הנוגעות לסדר הדין והדיון בבית הדין. כשם שהחלטת הדיינים מתקבלת על פי רוב דעות, כך גם החלטת של נציגי הציבור, וכשם שמיעוט הדיינים, שדעתם לא התקבלה, אינו רשאי לפרוש מן ההרכב משום שדעתם נדחתה, כך גם אסור למיעוט הקהל לפרוש מן הציבור, משום שעמדתו לא התקבלה.

גם בנוגע לדרך קבלת ההחלטות, כשם שבבית הדין, לא יוכרע הדין אלא אחר שמיעת דעותיהם של כל הדיינים, כך גם החלטות ציבוריות לא תתקבלנה אלא אחר שמיעת דעותיהם של כל נציגי הציבור.

הצורך בהסכמת "אדם חשוב" נומק בכך שהוא כ"בית דין הגדול בירושלם". כשם שבית דין מקומי אינו יכול לתקן תקנה לכלל ישראל ללא הסכמת הסנהדרין, כך בית דין מקומי אינו יכול לתקן תקנה לכלל הציבור ללא הסכמת החכם שבעיר.

## גישור ופישור בבית הדין: פסק דין בעניין הפסקת בנייה עקב עיכוב בתשלומים

הרב נתן חי והרב צבי פרג\*

א. נושא הדיון / 526

ב. השאלות לדיון / 527

ג. בירור הדין / 527

ד. החלטה / 530

ה. סוף דבר / 530

ו. נספח – נימוקים בעניין סמכות בית הדין להתערב בסכסוכים, על מנת להשכין שלום בין הצדדים / 530

### א. מבוא

הנחלת משפט התורה בקרב החברה והקהילה היא ממגמותיו של המכון הגבוה לתורה – "משפטי ארץ". בעקבות זאת, ובעידודו של ראש המכון, הוקם בע"ה בתחילת שנת תשס"א בישוב איתמר אשר בשומרון, בית דין לממונות, אשר חברים בו רבנים הלומדים במכון.

הדיונים אשר נערכו בבית הדין כבר בשנה הראשונה להקמתו, מעידים עד כמה נחוץ להקים בית דין מסוג זה, בכל קהילה. בית הדין מאפשר נגישות מרבית לדין תורה עבור תושבים שעד כה נמנעו מפנייה לבית דין עקב ריחוקם של בתי הדין, ועומס העבודה המוטלת עליהם.

כמו כן, היות והדיינים מודעים לתהלוכות החיים באזור, פסקי הדין מותאמים יותר למציאות החיים, ומשום כך, מתקבלים פסקי הדין היטב בציבור.

נושא הדיון בפסק דין זה, אינו נוגע ישירות להלכות דיינים. אף על פי כן, עולה מתוכו עמדה עקרונית באשר לתפקידו של בית הדין, בבואו להכריע בסכסוכים, שמן הראוי לתת עליה את הדעת. במקרה זה, התערב בית הדין בסכסוך, תוך שהוא נוטל על עצמו לשמש כנאמן, שתפקידו לגשר בין הצדדים, ולהבטיח את קיום חובותיהם ההדדיות. דבר זה נעשה מתוך ההשקפה, שתפקידו של בית הדין אינו רק להוציא

\* מעובד מתוך תיק תשס"א / 01 ד' ש' נגד מ' כ', בית הדין לדיני ממונות - איתמר, בהרכב בית הדין ישבו: הרב נתן חי (מרא דאתרא ואב"ד), והרבנים צ' פרג ומ' לין.

מתחת ידו דין אמת, אלא גם לעשות כל אשר בידו כדי להשכין שלום בין הצדדים. בשולי פסק הדין, הובאו נימוקים נפרדים לעניין זה.

## ב. נושא הדיון

בסיוון תש"ס, הסכים מר ד' ש' (להלן: הקבלן), לבנות תוספת לבית שרכש מ' כ' (להלן: בעל הבית), ואשר עדיין לא נכנס לתוכו. התוספת כללה בניית קומה שנייה וכן תוספת למטבח הקיים. סוכם על מחיר של 71,000 ₪. ותקופה מסוימת לאחר התחלת הבניה סוכם על תוספות לבניה בסך 20,200 ₪, אשר ישולמו לקבלן בפריסה של 2,500 ₪ כל חודש בגביה שתתחיל עם סיום הבניה והשלמת התשלום הבסיסי בסך 71,000 ₪. לבית הדין הוגש זיכרון דברים של שני הצדדים אשר נכתב בראשי פרקים ואינו כולל תאריכים וכן אינו קובע מה יעשה אם אחד הצדדים יפר את ההסכם, וכל זאת מאחר והצדדים פעלו בתום לב ובהרגשת אימון.

עד אלול תש"ס שולמו לקבלן סך 64,500 ₪. במשך חודש תשרי, השלים הקבלן כמעט את כל העבודה, כולל התוספות דלעיל, אך באמצע תשרי הופסקה העבודה על ידי הקבלן, וזאת עקב אי המשך התשלומים עבור העבודה. למרות נתינת ארכה וכיוצא בזה, לא שולמו הכספים לקבלן, ולכן הוא תבע את בעל הבית בפני בית הדין. התקיימו שתי ישיבות: ביום א', ג' אדר תשס"א, בה חתמו הצדדים על כתב בוורות והושמעו טענות שני הצדדים. וכן ביום א' ט"ז אדר תשס"א.

בנוסף לטענה על אי תשלום על העבודה שבוצעה עד עתה, תובע הקבלן 5,000 ₪, כפיצוי על העיכוב בתשלומים, וכן 10,000 ₪, עבור תוספות שונות שעשה עבור בעל הבית ובעיקר עבור הסכמתו לבנות קירות בלוקים במקום קירות גבס, כפי שסוכם מלכתחילה, וזאת כמחווה של רצון טוב. (יש לציין כי בזיכרון הדברים לא נכתב בפירוט אם הקירות יבנו מגבס או מבלוקים)

בתגובה, טוען בעל הבית, שלכתחילה בעת עשיית זיכרון הדברים סוכם שיבנו קירות בלוקים. לעצם טענת הקבלן, טוען בעל הבית כי הוא נקלע לקשיים כספיים ולכן לא היה מסוגל לשלם לקבלן. כמו כן, לאחר שנתקרו היחסים ביניהם, חשש שאם ישלם את מלוא הסכום לפני השלמת כל הגימורים, הקבלן ישאיר אותם כפי שהם מבלי להשלימם.

כמו כן טען שיש ליקויים רבים בבנייה, והגיש רשימה בעניין זה לבית הדין, כאשר הטענה העיקרית היא על שימוש אריחים שאינם תואמים בקומת התוספת.

בתגובה, אמר הקבלן שההבדלים בין סוגי האריחים הם זניחים. וכי לא מצא אותו סוג של אריחים לבניה. וכן הודה כי השאיר בכוונה דברים לא גמורים בבניה כדי

למנוע כניסת בעל הבית לדירה וכאמצעי לחץ להשלמת החוב כלפיו. ובעניין זה הגיב בעל הבית, ואמר, כי עיכוב יזום זה גורם לו להמשיך לשלם שכר דירה בסך של 500 ₪ מידי חודש.

### ג. השאלות לדיון

- א. היות ולא נכתב חוזה מפורט הכולל קביעת תאריכים להשלמת הבניה, ופירוט הסעדים למקרה של עיכובים בהשלמת הביצוע של שלבי העבודה וסדרי התשלום, וכן, לא נקבעו נהלים ברורים למקרה של הפרת החוזה או עיכובים בביצוע, מה משמעות הפסקת הבניה לגבי שני הצדדים ?
- ב. כיצד יש להתייחס לתביעות ההדדיות של הצדדים, אשר נלוות לנושא העיקרי, שהוא הפסקת הבניה.
- ג. מה מידת המעורבות הראויה של בית הדין, בכל הנוגע לסידור נהלי התשלומים והבניה, עד השלמתה.

### ד. בירור הדין

#### (א) מידת המחויבות כשאין חוזה מפורט

אמנם הצדדים לא כתבו חוזה מפורט המעגן לפרטיו את ההסכם ביניהם ובפרט לגבי תאריכים ונהלים למקרים של תקלות, אך בכל אופן, היות ועבודת הבניה התנהלה כסדרה כארבעה חודשים, כאשר בעל הבית משלם את הכסף בהתאם להתקדמות הבניה, ניתן לומר שהייתה הבנה לא כתובה, שהבניה תתקדם בהתאם להזרמת הכסף. דומה הדבר לחיוב תשלום לפי שלבי העבודה, הנזכר במסכת בבא בתרא (ה,ב): "דכל שפא ושפא זימניה הוא", היינו, שהזמן הקבוע לפירעון התשלום עבור בניית כל נדבך ונדבך היא, עם השלמת הנדבך.

צורת התנהלות זו של הצדדים, יש לה תוקף גם לפי מנהג המדינה, הקובע שקיבול חוזה אפשר שייעשה לא רק באמצעות הסכמה כתובה, אלא אף על ידי מעשה שנועד לקדם את ביצוע החוזה, או התנהגות אחרת, שמשמעותה היא, שמבצע המעשה קיבל את ההצעה. דין קיבול כזה, כדין מתן הודעת קיבול על הצעת החוזה.<sup>1</sup>

1. ראה: חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973, סעיף 6(א).

**(ב) משמעות הפסקת הבניה**

התברר לבית הדין כי הפסקת התשלומים מצד בעל הבית נגרמה עקב קשיים אישיים שלו בגיוס הכספים, והיא שגרמה להפסקת הבניה. לכן, האחריות על הפסקת הבניה מוטלת בעיקר על בעל הבית. כל עוד בעל הבית לא ממשיך לשלם לקבלן, פטור הקבלן מן החובה להמשיך ולבנות.

כך ניתן ללמוד גם מן הנאמר ב'שולחן ערוך' (חו"מ שלג, ג) -

אמר לאומן עשה לי דבר פלוני ואקחנו ממך ועשהו האומן ואחר כך אינו רוצה לקחתו, חייב.

מכאן, שעבודת האומן יוצרת התחייבות תשלומים מצד בעל הבית. לכן, אם יצר בעל הבית מצב, שבו הוא אינו מקבל את העבודה על ידי אי עמידה בסדרי תשלום, אזי עליו לשאת בהפסד.

גם לפי מנהג המדינה, הפסקת התשלומים במשך קרוב למחצית שנה תחשב להפרה יסודית של תנאי ההתקשרות, ואינה בגדר הפרה סבירה.<sup>2</sup> לכן, יהיה הקבלן רשאי להפר את החוזה מצדו, ולהפסיק את הבניה.

אמנם, היות ולא סוכמו בין הצדדים זמנים להשלמת שלבי העבודה, תוקף ההסכם שביניהם לא פקע לגמרי. לכן, אם לאחר תקופה מסוימת ישיג בעל הבית כסף, וימשיך לשלם לקבלן, חובה על הקבלן להמשיך ולבנות, לפי התנאים שסוכמו מראש.

כך ניתן ללמוד גם מהנאמר במסכת כתובות (קח, ב), לגבי המקדש אישה, וסיכס עמה שישאנה לאחר שאביה יעביר אליו סכום כסף מסוים, אך אחר כך, ירד אביה מנכסיו. בעניין זה נפסק ב'שולחן ערוך' (אבהע"ז נב, א) כדעת חכמים, שתשב עד שילבין ראשה. כלומר, עד שיעביר אביה את הכסף. אולם, ברגע שיעביר את הכסף, אינו יכול עוד לעגנה, וחייב המקדש לשאתה לאישה. ולכן, גם בעניין הנידון, כל עוד בעל הבית לא עומד בסדרי התשלומים, רשאי הקבלן להפסיק את העבודה. אולם, במועד מאוחר יותר, כשיקבל את כספו, עליו להמשיך ולבנות, לפי ההסכמה המקורית, עד להשלמת הבניה.

**(ג) התייחסות לטענות הנלוות**

על כל פנים, פסק הדין דלהלן, מבוסס בין השאר, על העובדה שעיכוב התשלומים במשך תקופה ארוכה מהווה הפרה יסודית של תנאי החוזה בין הצדדים, וכן על

2. ראה: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1970, סעיף 6, והשווה לנאמר בע"א 4012/90, 3666/90 עיריית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ, פ"ד מו(4), 45.



העובדה ששני הצדדים חתמו על כתב בוורות. בהתאם לכך, שינה בית הדין במעט את ההסכם המקורי ודרש מבעל הבית שישליש את מלוא הסכום בידי בית הדין, שידאג להעברתו בהדרגה לידי הקבלן וכפי התקדמות הבניה, כפי שיבואר בהמשך.

בנוגע לתביעת הקבלן לתוספת עבור בניה בבלוקים ולא בקירות גבס, הנה, פרט זה לא מופיע בזיכרון הדברים, ובעל הבית לא מודה בכך, אלא טוען שסוכם מראש על קירות בלוקים. ומה גם, שהקבלן עצמו מודה כי עשה את קירות הבלוקים כמחווה של רצון טוב. לכן, נראה שמחל על תוספת התשלום, וממילא, אין הוא רשאי עוד לחזור בו ממחילתו, וכנזכר ב'חלקת מחוקק' (אבהע"ז צט, ז), בענין הנותן מתנה לאוהבו, ואחר כך נתרחק, שאינו יכול לחזור בו. וכן הוא ב'פתחי תשובה' (שם, ז), ואין צריך לעשות קניין על המחילה, וכפי שמבואר ברמב"ם (אישות יז, יט), שכל המוחלים אינם צריכים קניין, אלא חלה המחילה אף בדברים בלבד.

באשר לתביעות נוספות שהעלה הקבלן, נראה שהן הועלו כאמצעי לחץ, ואף הקבלן עצמו הודה בכך, בסופו של דבר.

וכן נראה, שהתביעות הנגדיות של בעל הבית הועלו כאמצעי התגוננות, ועל כך תעיד העובדה, שטענות אלו לא הועלו כלל קודם לכן במהלך הבניה.

ואשר לטענת בעה"ב שהוא הפסיד משום שנדרש לשלם שכר דירה, כל עוד הבניה מתעכבת, הרי נזק זה נובע בעקיפין מאי עמידתו בסדרי התשלומים, דבר שגורם להפסקת הבניה. לכן, אין הוא זכאי לפיצוי על הפסדים אלו.

ובכלל, נראה שטענות הקבלן על נזקים שנגרמו לו עקב הפסקת הבניה, וטענת בעל הבית על תשלום שכר דירה עקב עיכוב השלמת הבניה אינן טענות מוכחות, ואולי הן ספק גרמא. ואפילו אם נאמר שהן גרמא ממש, הרי הן בגדר המבטל כיסו של חברו, שמונע ממנו רווחים שיכול היה להרוויח, שדינו שפטור בדיני אדם, לפי שאינו אלא גרמא (רא"ש ב"ק ב, ו). וכאשר לא התכוון להזיק, פסק ה'מאירי' שאינו חייב אפילו כלפי שמיא (בית הבחירה ב"ק נו, א)

#### (ד) מעורבות בית הדין במימוש פסה"ד

בית הדין התרשם ממצבו הכלכלי הקשה של בעל הבית, עקב היותו מובטל ומנוע מלהחזיק חשבון בנק וכיוצא בזה. כמו כן, התרשם בית הדין מנכונותו של הקבלן להתפשר על תביעותיו הנוספות, ולהשלים את הבניה בהתאם לתכנית התשלומים המקורית. משום כך, קבע בית הדין שהוא יהיה מעורב במידה מסוימת בין הצדדים (העברת תשלומים דרך בית הדין ובדיקת המשך הבניה בפועל), עד להשלמת הבניה והתשלומים, כפי ההסכם המקורי בין הצדדים. ומה שבית הדין מתערב ומתווך במידה מסוימת בהעברת התשלומים מבעל הבית לקבלן, הוא כחלק מחובת בית דין

לביצוע ומימוש פסק הדין, כנזכר ברמ"א (חו"מ ב, א), וב'שולחן ערוך' (חו"מ רלא, כ), שבית דין מעמידים ממונים לבצוע הנחיות בית הדין.<sup>3</sup> נימוקים נוספים בעניין זה, נפרסם בעתיד.<sup>4</sup>

### ה. החלטה

לאחר שמיעת טענות שני הצדדים ולאור העובדה שהחווה ביניהם לא היה חד משמעי ולא הובאו בו בחשבון עיכובים ותקלות, החליט בית הדין כי על מ' כ' להפקיד בידי בית הדין תוך חודש מתאריך י"ז אדר תשס"א, את מלוא הסכום שהוא התחייב לתת לקבלן (סה"כ:  $20,200 + 6,500 = 27,200$  ₪).

עם קבלת סכום זה, יעביר בית הדין סכום של 6,500 ₪ לידי הקבלן, שיתחיל מיידית בעבודה, ויסיים אותה תוך חודש מיום קבלת סכום זה.

עם סיום העבודה יכנס מ' כ' לביתו החדש בעזרת השם, ובמקביל, תתחיל פריסה של תשלומים, בסך של 2,500 ₪ מידי חודש בחודשו.

בכל מקרה של אי ביצוע פסה"ד יועבר הדבר להכרעת בית הדין.

### ה. סוף דבר

ביום רביעי ד' ניסן תשס"א התקיימה ישיבת בית הדין עם בעל הבית לליבון סדרי התשלומים המוטלים עליו כעובר לעשייתן. עד תאריך זה הפקיד בעל הבית בידי בית הדין 3,000 ₪ ובעל הבית נתן עוד 3,500 ₪ מיד לאחר הפסח. סכומים אלה הועברו לקבלן, שהחל בעבודה והשלים אותה במקביל לתשלומי בעל הבית.

ו. נספח – נימוקים בעניין סמכות בית הדין להתערב בסכסוכים, על מנת

### להשכין שלום בין הצדדים

ההשקפה המקובלת במערכת המשפט האזרחית במדינת ישראל, ואף ברוב שיטות המשפט המקובלות היא, שתפקידו של בית המשפט הוא להוציא את האמת לאור, ובהתאם לכך, לפסוק את הדין.

3. על חובתו של בית הדין להביא לקיומו של פסק הדין הניתן על ידו, ראה בהרחבה במאמרו של הג"ר אברהם שרמן, "סמכויות בתי הדין הרבניים לדון בענייני ממון וירושה", לעיל עמ' 85.

4. הנימוקים להלן, פרק ו.

אולם, לנגד עיניו של בית הדין הרבני הדין לפי משפט התורה צריכה לעמוד לא רק המגמה להביא לכך שדינו יהיה אמנם דין אמת לאמיתו, אלא גם, להביא לכך שפסק הדין יביא שלום לעולם – "אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם".

לכן, מקום שרואה בית הדין שדווקא חריגה מסדרי דין רגילים, התערבות בסכסוך וכדומה, תביא להשכנת השלום, לא זו בלבד שהוא רשאי לנהוג בהתאם, אלא הוא אף מחויב לעשות כן.

דוגמא מעניינת לכך מוצאים אנו בתשובתו של ראש הרבנים לישראל, הגאון, רבי יצחק אייזיק הלוי הרצוג. התשובה עסקה בתביעה של גבאי בית כנסת, לסלק מבית הכנסת ישיבה שקבעה את לימודיה בבית הכנסת. תביעה זו נדחתה על ידי בית הדין האזורי, אשר קבע גם את דמי השכירות שיהא על הישיבה לשלם לבית הכנסת. בערעור על החלטה זו, טענו גבאי בית הכנסת, בין השאר, שבית הדיון האזורי לא היה מוסמך לדון בדמי השכירות, הואיל וטענה בעניין זה לא הועלתה על ידם. בהקשר זה כותב הרב הרצוג את הדברים הבאים -

בנוגע לטענה שהתביעה לא הייתה לקצבת השכירות, אלא לפינוי, ולא היה מעסקו של הבית דין לדון ולהחליט על זה, הנה אין לבי הולך אחרי פורמליות עד כדי כך, אנשי הכנסת דרשו פינוי והבית דין שללו את דרישתם זאת, וממילא עלתה לפניהם שאלת דמי השכירות והיו מוכרחים לעיין בזה ולא להמשיך משפטים, כמו שנהוג בערכאות שלהם, שאצלם המשפט הוא עניין מלאכותי באופן מכונתי (מכאני), ואצלנו, להבדיל, **תכלית המשפט הוא הבאת שלום**, והנביא צווח אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם, ואמרו בירושלמי פ"ג דמגילה<sup>5</sup> על שלשה דברים העולם עומד על הדין ועל האמת ועל השלום, נעשה הדין נעשה אמת, נעשה אמת נעשה שלום, ולהרבות במשפטים ולהמשיכם איננו מביא שלום, ופעמים שכופין על הפשרה כשאין הדין יכול להביא לידי שלום.<sup>6</sup>

תכלית זו היא שעמדה לנגד עיניו בעת שהוחלט להתערב בסכסוך, על מנת להביא לסיומו בדרכי שלום. במהלך הדיון, התברר לבית הדין שחלק ניכר מן הסכסוך התפתח על רקע משבר אמון חריף בין הצדדים. אי קיום ההתחייבויות ההדדיות נבע לא אחת, מן החשש של הצדדים, שמא לאחר שיקיים אחד מהם את חובותיו, לא יקיים הצד השני את חובותיו. הקבלן, מצדו, סירב להמשיך בעבודה כמתוכנן, מחשש שמא לא יקבל את התמורה לעבודתו, ובעל הדירה סירב להעביר אליו את

5. ראה: ירושלמי מגילה ג, ו (כו,א).

6. שו"ת היכל יצחק או"ח, יד.

הכספים, מחשש שמא יממן הקבלן בהם הוצאות שונות, שלא סוכמו בין הצדדים, ולא לשם השלמת הבניה.

במצב זה, הניח בית הדין שההתערבות בסכסוך, באופן שבית הדין יגבה מן הנתבע את הכספים שהוא חייב לתובע, והוא זה שישלם לתובע את הכספים, בהתאם להתקדמות הבניה, תנטרל את הבעיה, שהיא כאמור, חלק ניכר מן הסיבה לקיומו של הסכסוך. ואכן, זמן מה שימש בית הדין כנאמן, קיבל לידי סכומים מן הנתבע, והעבירם לתובע, בהתאם להתקדמות בבניה. עם הזמן, שוקם האמון שבין הצדדים, עד שלא היה להם עוד צורך בתיווכו של בית הדין, ואת יתרת התשלומים, שילם הנתבע ישירות לתובע, בהתאם להתקדמות בבניה. בשלב זה בית הדין הוסיף לפקח על התקדמות הבניה, בהתאם למה שסוכם בין הצדדים.

בסיוון תשס"א, לאחר שהושלמה בניית הבית, נכנס בשעה טובה ומוצלחת בעל הבית לביתו החדש, עשה מסיבת חנוכת הבית, בה השתתף אף הקבלן.