

“למען תלך בדרך טובים” – על הפסיקה לפנים משורת הדין

הרב ירון אונגר

- א. מבוא / 442
 ב. מקורות המחייבים פסיקה לפנים משורת הדין / 446
 ג. מקורות השוללים פסיקה לפנים משורת הדין / 455
 ד. דרכים ליישוב הסתירות בין המקורות השונים / 460
 ה. רמות שונות של “לפנים משורת הדין” / 467
 ו. פסיקה לפנים משורת הדין, בכפיה / 471
 ז. רחמים על הגורם נזק בפשיעה / 476
 ח. לפנים משורת הדין לטובתו של עבריין / 477
 ט. מעמדו של הציבור / 479
 י. לפנים 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 לכוונן 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 שמואל¹, “והלא כל מקום שיש משפט, אין צדקה, וצדקה, אין משפט!”². אף על פי כן, כמעט בכל מקום בכתובים, בו מוזכר המשפט, מוזכרת לצדו החובה לעשות צדק.³ 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, ה; לג, טו; יחזקאל יח, ה, יט, כא, 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.⁴

באופן ציורי, מספרים לנו חכמינו,⁵ 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 העיתים. מאוחר יותר, יהיה אמנם צורך לקיים את העולם, לדאוג לכך שהמסגרות ישרתו היטב את החיים, בכל מצביהם המשתנים. לשם כך תידרש מידת הרחמים.⁶

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".⁷ ופירשו חכמים: "שהעמידו דיניהם על דין תורה, ולא עבדו לפנים משורת הדין".⁸ על כן, מצווים אנו לדאוג לקיומו של עולם באמצעות הפסיקה לפנים משורת הדין.⁹

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.¹⁰ 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.¹¹

דיון מעניין ונדיר בשאלת הפסיקה לפני משורת הדין, התקיים במסגרת הדיון בבית המשפט העליון בע"א 350/77.¹²
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',¹³ 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"¹⁴ – 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"¹⁵ – חכמים למדו שהוראת המעשה אשר יעשון, היא ההוראה לנהוג לפני משורת הדין.
- ג. "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמר"¹⁶ – 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"¹⁷.

(א) "ועשית הישר והטוב"

בפרשת ואתחנן, מצווה התורה: "שמור תשמרון את מצות ה' אלוהיכם ועדתיו וחקיו אשר ציון: ועשית הישר והטוב בעיני ה'".¹⁸ רש"י,¹⁹ מפרש על אתר, שעשיית הישר והטוב היא "פשרה ולפנים משורת הדין".²⁰ ובמקום אחר²¹ 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 הדינין 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 הדיין 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,²² 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.²³ מכאן, שדרישת היושר אינה תובעת מן ההאדם להתעלות על עצמו, אלא לנהוג כפי הראוי לכל בן אנוש.²⁴

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.²⁵ ואלו התקנות:²⁶

א. **"דינא דבר מיצרא"** – חכמים הורו²⁷ 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.²⁸

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 חכמים²⁹ שאם לאחר מכן, מצליח החייב להשיג כסף לפירעון החוב, מסלקים את המלוה מן הקרקע, והיא חוזרת ללווה, משום "ועשית הישר והטוב".³⁰

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, נפסק³¹ 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.³² 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",³³ למד רב יוסף באופן הבא: "והודעת להם – זה בית חייהם (רש"י: ללמוד להם אומנות להתפרנס בו).³⁴ את הדרך – זו גמילות חסדים. ילכו – זה ביקור חולים. בה – זו קבורה. ואת המעשה – זה הדין. אשר יעשון – זו לפני משורת הדין".³⁵

דרשה זו מוזכרת פעמיים בתלמוד. במקרה אחד³⁶, 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 השני³⁷, 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 בתלמוד³⁸, 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.³⁹ על כן, נשאלה השאלה: "תרתי?". שמואל השיב, שהוראתו האחרונה נאמרה משום "לפנים משורת הדין".⁴⁰

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' בלוך: 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,⁴¹ 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.⁴²

(ג) "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור"

במסכת בבא מציעא⁴³ מסופר על סבליו של רבה בר בר חנה,⁴⁴ 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?⁴⁵" ורב השיב: "איין,⁴⁶ למען תלך בדרך טובים" (רש"י:⁴⁷ לפנים משורת הדין).⁴⁸ 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,⁴⁹ 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".⁵⁰

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 (כז 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 וְקִמַּתְּ וְעִלִּיתְּ אֶל הַמָּקוֹם אֲשֶׁר יִבְחָר ה' אֱלֹהֶיךָ בּוֹ: וּבָאתְּ אֶל הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם וְאֶל הַשֹּׁפֵט אֲשֶׁר יִהְיֶה בַּיָּמִים הֵהָם וְדִרְשָׁתָּ וְהִגִּידוּ לְךָ אֵת דְּבַר הַמִּשְׁפָּט: וְעִשִּׂיתָ עַל פִּי הַדֹּבֵר אֲשֶׁר יִגִּידוּ לְךָ מִן הַמָּקוֹם הַהוּא אֲשֶׁר יִבְחָר ה' וְשִׁמַּרְתָּ לַעֲשׂוֹת כְּכֹל אֲשֶׁר יֹרֹד: עַל פִּי הַתּוֹרָה אֲשֶׁר יֹרֹד וְעַל הַמִּשְׁפָּט אֲשֶׁר יֹאמְרוּ לְךָ תַעֲשֶׂה לֹא תִסּוֹר מִן הַדֹּבֵר אֲשֶׁר יִגִּידוּ לְךָ יָמִין וּשְׂמֹאל"⁵¹.

מפורסם פירושו של רש"י⁵² 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"⁵³.

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 הנהג 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".⁵⁴

דרך מקורית בפירוש הפסוק יש לרבי יצחק עראמה בעל 'עקידת יצחק',⁵⁵ 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.⁵⁶ ... 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.⁵⁷

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'.⁵⁸ 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',⁵⁹ 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.⁶⁰

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.⁶¹

משמעותו של האיסור היא, שאסור לדיין לפסוק דין לטובת הדל, כדי שיהיה "מתפרנס בנקיות",⁶² משום שבכך הוא "מקלקל את הדין".⁶³

במסכת חולין,⁶⁴ 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 לבריה, 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".⁶⁵

לפי זה, לכאורה, כל דיין הפוסק לפנים משורת הדין, מתוך שיקולי רחמים על אחד מבעלי הדין, עובר על ציווי התורה – "ודל לא תהדר בריבו".⁶⁶

אף על פי כן, כמעט כל מפרשי התלמוד, שדנו בשאלת סמכותו של בית הדין לפסוק לפנים משורת הדין, התעלמו לחלוטין מציווי זה. היחיד שלא התעלם מן הציווי, היה רבנו סעדיה גאון, שאכן סבר, שמתמת ציווי זה, אסור לדיין לפסוק לפנים משורת הדין.

מפאת חשיבות דבריו, נביאם כלשונם המדויקת, כפי שהם מופיעים בספר הפיקדון.⁶⁷ רס"ג מביא את כל סיפור המעשה בסבליו של רבה בר בר חנה, כפי שהוא מובא בתלמוד.⁶⁸ 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" ... סהדי 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 סהדי 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 שיזהירני 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' קראונוני**, תק-מח 298(2), 180 (בדברי השופט נ' הנדל על גישת המשפט העברי).

67. **ספר הפיקדון** סעדיאנה, XII, עמ' 40-41 (הוצאת שכתור, 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,⁶⁹ אכן הדיין לא יוסיף בדינו ולא יגרע ולא יעול שלא יעות למאמרו: לא תעשו עול במשפט...⁷⁰

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.⁷¹

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 לפני משורת הדין. אולם מדברי בעלי התוספות נוכל להיווכח שהם הבינו שהעיקרון שהניח רבי עקיבא מקיף גם את תחום הפסיקה.

במסכת בבא בתרא,⁷² 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"י⁷³ הסביר שכוונת רב ספרא הייתה, לרמוז לרבינא, שעליו לרחם על רוניא העני, ולא לסלקו מן השדה שרכש במיטב כספו.⁷⁴

רבנו תם⁷⁵ דחה את פירושו של רש"י, בין השאר, משום שלפי פירושו, נהג רב ספרא בניגוד לקביעתו של רבי עקיבא, ש"אין מרחמין בדין".⁷⁶ 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 המדויק 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 לסוקי", 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 לפני 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.⁷⁷

(ג) דין הפשרה⁷⁸

לפי רש"י, משמעות החובה לעשות את "הישר והטוב" היא, שיש לנהוג "פשרה לפני משורת הדין".⁷⁹ 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 של 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.⁸⁰ גם לאחר שיאותו להתפשר, יוכלו הצדדים לחזור בהם מכוונתם זו, כל עוד לא עשו קניין על הסכמתם להתפשר.⁸¹

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 בכוננתנו 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".⁸² 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.⁸³

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".⁸⁴

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.⁸⁵

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.⁸⁶

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,⁸⁷ 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.⁸⁸

86. שם.

87. רש"י לעיל, הערה 73.

88. וכך הובא גם בשם אור זרוע, בשו"ת תרומת הדשן, שם.

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'⁸⁹ 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.⁹⁰

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 חביתיו, 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 מלוניל, בהסבירו את פסיקת רב נחמן, שלא כפה מוצא אבדה להשיבה לבעליה לפנים משורת הדין בלשון זו -

למי שאינו כל כך אדם חשוב, דלא מחייבינן ליה לעשות לפנים משורת הדין.⁹¹

בשו"ת ציץ אליעזר⁹² 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,⁹³ 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,⁹⁴ שגם הוא נתן מכספו כדי

91. מובא בשיטה מקובצת בבא מציעא, כדב, ד"ה נעשה, והשווה לדבריו המובאים בשיטה מקובצת, בבא קמא ק"ט, 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 תיהפך ברבות הימים להיות הדין הקבוע. על כן, למרות שהתירו חכמים לבתי הדין לענוש שלא כדין, סייגו את ההיתר בכך, שתהיה הענישה "לפי שעה"⁹⁵. 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"ב⁹⁶ 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"י⁹⁷, שבפירושו לציווי הנאמר בתורה, "ודל לא תהדר בריבו", הסביר שאסור לדיין לפסוק דין לטובת הדל, כדי שיהיה "מתפרנס בנקיות"⁹⁸, משום שבכך הוא "מקלקל את הדין"⁹⁹. כלומר, בדרך זו יוצר הדיין תקדים שממנו עלולים דיינים ללמוד, מבלי שיידעו שיסוד הדין ברצון לסייע לדל.¹⁰⁰

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' בלוך, 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.¹⁰¹

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.¹⁰²

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.¹⁰³

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 ממיטלטלין? 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 המיטלטלין, 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 המיטלטלין.

(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".¹⁰⁴

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.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ 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,¹⁰⁸ שחייב להשיב אבדה לפנים משורת הדין, אינה נובעת מרחמים שאינם נוגעים לגופו של דין. בעל האבדה התיימש 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 התיימשו 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 לפנים 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.¹⁰⁹

ה. רמות שונות של "לפנים משורת הדין"

לעיל,¹¹⁰ הבאנו את שאלת בעלי התוספות, מדוע לעיתים, הביא מסדר התלמוד את דרשת רב יוסף: "אשר יעשון – זו לפנים משורת הדין", כהסבר להתנהגות לפנים 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 לפנים 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, לאחרת. 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 פוטרו מכך.

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".¹¹¹ אולם, בעלי התוספות לא קיבלו את דעתו, בהסתמך על המסופר על האמורא שמואל,¹¹² שהחזיר חמורים שמצא במדבר, לאחר שנים עשר חודשים, משום "לפנים משורת הדין", אף שהכל פטורים מכך.

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 לפני 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 לפני משורת הדין, אין לו להפסיד"¹¹³. משום כך, הובאה דרשה אחרת, המלמדת שלעיתים, יש לדבוק בדרכיהם של טובים ובאורחותיהם של צדיקים, ואפילו להפסיד, אף ששורת הדין אינה מחייבת זאת.¹¹⁴

אמנם, משהגענו לשאלת ההפסד שנגרם לתובע מן הפסיקה לפני 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 לפני משורת הדין.

על רבא מסופר¹¹⁵ 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?" והשיבו לו רבו: "הרי אלו שלו". ושוב

113. מדברים אלו משמע שלדעת התוספות, פסיקת רב לרבה בר בר חנה, אינה נכללת במסגרת הפסיקות לפני משורת הדין, בניגוד לדעת רש"י (לעיל, ליד ציון הערה 47). אולם, בהקשר זה, מן הראוי להעיר על סתירה לכאורה בדברי רש"י. **בבבא 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 לפני 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 לפני משורת הדין, בניגוד לעולה מדברי רש"י ב"עובדא דשקולאי". סתירה זו יושבה ע"י מו"ר הרב ח' סמוטריץ' (דבריו הובאו ע"י הרב ר' צור במאמרו, "בענין לפני משורת הדין", **מאבני המקום** ד (חורף תשנ"א), 45-46). לדבריו, בדרך לג עסק רש"י במנהג קבוע, כפי שאכן מדויק מלשוננו: "ואם תמיד מדקדק". בנוגע למנהג כזה, אין לדרוש מאדם שינהג **תמיד** לפני משורת הדין, כאשר קיים "הפסד מוכיח", משום שאם יעשה כך, סופו שיאבד את כל רכושו. אולם, באופן ארעי, בהחלט יש מקום לנהוג לפני משורת הדין, לפי נסיבות העניין, כפי שעולה מדבריו בפירושו ל"עובדא דשקולאי".

114. אבל **בתוספות**, שם, מסיים ש"בהנהו שקולאי לא שייך לפני משורת הדין, כיון שעשו לו היזק גדול, בפשיעה". משמע שכדי לקבוע ש"לא שייך לפני 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 לפני 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"ה¹¹⁶ עמד על כך שדברי רב נחמן מהווים סתירה לכאורה לשיטתו, שניתן לפסוק "לפנים משורת הדין", אף בכפיה.¹¹⁷ מדוע אם כן, לא פסק רב נחמן שיש להשיב את האבדה משום "לפנים משורת הדין", כשם שפסק שמואל במעשה דומה, המובא באותו מקום? ראבי"ה הציע ליישב את הקושיה, באומרו: "אפשר שהמוצא היה עני, ובעל האבדה עשיר".¹¹⁸

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"א¹¹⁹ 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. מובא 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 בשו"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'¹²⁰ מדברי רב.

אבל, לדעת רבים, אין לגרוס את המילה "אין".¹²¹ לפי גרסתם, תשובתו של רב לשאלתו של רבה בר בר חנה היא: למען תלך בדרך טובים ובהמשך, "וארחות 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 המאירי¹²² 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.¹²³

(ב) "עובדא דשקולאי" – גרסת התלמוד הירושלמי¹²⁴

בתלמוד הירושלמי,¹²⁵ מובא מעשה הסבלים ששברו את חבית היין, בשינויים משמעותיים.¹²⁶ 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 חלוקות 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.¹²⁷

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,¹²⁸ 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 חננאל¹²⁹ 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,¹³⁰ 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):¹³¹
פרעון גמור, מן העידיית).

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.¹³²

אולם כידוע, קטנים פגיעתן רעה,¹³³ משום שלא ניתן לחייבם על נזקים שגרמו. אם כך, כיצד ייתכן שרפרם כפה את רב אשי לשלם על נזק שגרם בילדותו?¹³⁴

הט"ז¹³⁵ 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 מלוניל, 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'¹³⁶ בעקבות ראב"ן וראבי"ה, הסיק שבית הדין רשאי לכפות על בעלי הדין פסיקה, שהיא בגדר "לפנים משורת הדין".

לעומתו, רבנו ירוחם¹³⁷ למד מדברי הרא"ש¹³⁸ 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'¹³⁹ קיבל את פסיקת רבנו ירוחם, ודחה את פסיקת 'מרדכי'. אולם ה'ב"ח'¹⁴⁰ חלק עליו, ופסק כ'מרדכי'.

הרמ"א¹⁴¹ 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.¹⁴² אבל, מדברים שכתב הרמ"א בתשובותיו,¹⁴³ משמע שדעתו נוטה להכריע כדעת ה'מרדכי'. למעשה, מדברי פוסקים רבים עולה שקיבלו את פסיקת ה'מרדכי', בדרך זו או אחרת.¹⁴⁴

רבי יהונתן אייבשיץ הכריע שניתן לכפות על בעל דין לנהוג לפנים משורת הדין, אך כפייה זו לא תהיה באמצעות שוטים או נידוי, אלא בדברים,¹⁴⁵ כלומר -

שאומרים לו חייב אתה לעשות כן, ואם אינך שומע אתה עברייני.¹⁴⁶

בשו"ת צמח צדק¹⁴⁷ פסק, בניגוד לעמדת רבי יהונתן אייבשיץ, שניתן לכפות לנהוג לפנים משורת הדין אף על ידי נידוי.

136. מרדכי, שם.

137. רבנו ירוחם מיישרים, 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, קמז; 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, פד"ר ה, 132, 151-152; תיק ל"ח 2824/ בבית הדין הרבני האזורי בירושלים, פד"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 קי, ב, 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".¹⁴⁸

ה"דיגלא" הוא "עץ מפוצל בראשו, וקושר בו משא שני בני אדם"¹⁴⁹. מובן שסבל יחיד הנושא על גבו משא הראוי לשני בני אדם, פשע במלאכתו. אם כך, 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 חננאל¹⁵⁰ 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,¹⁵¹ 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".¹⁵²

ח. לפנים משורת הדין לטובתו של עבריין

לעיל, עמדנו על כך שלגבי הפסיקה לפנים משורת הדין, אין זהה מעמדו של תלמיד חכם או טובע 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 בכוא 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,¹⁵³ מובאים ששה דברים שנאמרו ב"עם הארץ".¹⁵⁴ 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"¹⁵⁵.

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.¹⁵⁶

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", שייהנה 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 תליניהו רחמנא ולפנים משורת הדין כדי להתחסד עם האחים. והאי לאו אחינו הוא ולא ראוי לעשות עמו חסד ואדרבה מורדין אותו.¹⁵⁷

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".¹⁵⁸ 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 כו, 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.¹⁵⁹

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,¹⁶⁰ 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 ניווכח 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),¹⁶¹ 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 האיטליו. 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 האיטליו, 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.¹⁶²

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.¹⁶³

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"ח2824/ (לעיל, הערה 144), בעמ' 262, והשווה גם לנאמר בפסה"ד בתיק שיז828/3728, 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,¹⁶⁴ בדין ודברים שבין מוסד תורני לאחד מעובדיו.

הדין עסק בשני אחים שהקימו יחד מוסד תורני, אך רק אחד מהם שימש בפועל כמנהלו. לאחר מות האחים, ביקש בנו של האב שאישימ 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.¹⁶⁵

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.¹⁶⁶

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.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸

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.¹⁶⁹

י. לפני משורת הדין בענישה

לגבי עונש מוות, מצווה בית הדין, להשתדל להימנע מהרשעת החייב, כדי שלא להטיל עליו עונש זה, שנאמר: "והצילו העדה".¹⁷⁰

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 דיני נפשות יותר על החיוב, לפי שהוא דבר שאין לו תשלומין.¹⁷¹

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".¹⁷²

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.¹⁷³

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.¹⁷⁴

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.¹⁷⁵

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 הגולן.

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, רל"ט; **שו"ת הריב"ש**, רפ"א; **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" מכונן 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 הציון 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.¹⁷⁶

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,¹⁷⁷ 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",¹⁷⁸ 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, וחרג 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".¹⁷⁹

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".¹⁸⁰ 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.¹⁸¹

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.