

רז י-ה

סוגיות מודרניות בהלכה

אברהם וינרוט

לעילוי נשמת

אמי מורתי ה"ה דרייזל ב"ר אריה וינרוט ע"ה
(לבית אפטרגוט)

רבות בנות עשו חיל ואת עלית על כלנה
דרכיה אצילות ונועם, רוחב לבבה אין סוף,
יראת שמים ומרבה בתפילה
גלב"ע י' באדר תשע"ג
ת.נ.צ.ב.ה

למען אחי ורעי (תהלים קכ"ב, ח)
יעקב וינרוט הי"ו
וצבי יצחק וינרוט הי"ו
לבריאות ולאורך ימים ושנים

©

כל הזכויות שמורות למחבר

התשע"ז-2017

אין לצלם, להעתיק או לעשות כל שימוש מסחרי

בלא לקבל אישור בכתב מראש מהמחבר

הוצאת שואב בע"מ

הגלגל 44 ר"ג

ספרים נוספים מאת המחבר:

- גניבה וגזלה - פרקי יסוד, הוצאת מוסד הרב קוק, תשס"ב.
- ביטחון והשתדלות, תשס"ז. ספר זה זכה בפרס ירושלים לספרות והגות לשנת - תשס"ח.
- הספר ראה אור גם באנגלית בשם Faith in G-d versus Human Effort, הוצאת פלדהיים, תשע"ג.
- החיים בהלכה, עקרונות יסוד ומקרי גבול, הוצאת פלדהיים, תש"ע. זכה בפרס רמת גן תשע"ד.
- מאמרי אברהם - פרקים בנושאים הלכתיים שונים, תשמ"ג.
- פמיניזם ויהדות, הוצאת ידיעות אחרונות, תשס"א.
- ספיריטואליזם ויהדות, סדרת אוניברסיטה משודרת, בהוצאת משרד הביטחון - תשנ"ו.
- שיקול דעת ביהסי הלכה ומדע, הוצאת מחשבות, תשנ"ב.
- אב בדעת - מאמרים במגוון נושאים תורניים, הוצאת שואב בע"מ, תשע"ג.
- עיוני תפילה, הוצאת פלדהיים, תשע"ד.
- עשות משפט, בשלבי הדפסה, תשע"ז.

ספרים משפטיים:

- חברות ממשלתיות - תחולת המשפט המנהלי, הוצאת בורסי, תשנ"ה.
- מיסוי מוסדות ללא כוונת רווח (מס הכנסה ומע"מ), תשנ"ב.
- ריבית הסכמית, הוצאת שואב, תשנ"ח.
- דיני הלוואות הגנה על הלווה במשפט בישראל, בשיתוף עם פרופ' ברק מדינה, בורסי, תש"ס.
- התניית שירות בשירות על ידי תאגיד בנקאי, עם בועז אדלשטיין, הוצאת שואב, תשס"א.
- ערבות בנקאית, הוצאת שואב בע"מ, מהדורה שנייה מורחבת - תשע"א.
- דיני קניין - פרקי יסוד, הוצאת לשכת עורכי הדין - תשע"ז.

פתח דבר

החכם באדם אמר (קהלת א', ט') כי "מה שְׁהָיָה הוא שְׁיִהְיֶה וְמֵה שֶׁנַּעֲשֶׂה הוא שְׁיִעָשֶׂה וְאֵין כָּל תְּדַשׁ תַּחַת הַשָּׁמַשׁ". שלמה המלך היה שופט. והנה הוא ציין, שאין חדש. ואכן נראה כי גם בעולם המשפט אין חדש. המציאות עולה על כל דמיון, אך אינה מחדשת דבר ביחס לטבע האדם, והעקרונות המשפטיים נצחיים הם ומתאימים לכל מצב. אם נעיין בעקרונות היסוד של השיטה נראה כי ניתן לגזור מהם פתרונות מעשיים מדין קיים למציאות המודרנית.

למעשה זו האומנות של משפט, שהרי לא ניתן לקבוע נורמות משפטיות כתובות לכל מצב ולכל נסיבות. גם אין צורך. מי שיש לו עקרונות יסוד טובים, יכול לגזור מהם פתרונות מעשיים למציאות משתנה. ואכן, ידועים הם דברי הרמב"ן על הפסוק (דברים ו', י"ח) "ועשית הישר והטוב בעיני ה'" - "וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב והמדינות כולם. אבל, אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון לא תלך רכיל (ויקרא י"ט, ט"ז), לא תקום ולא תטור (שם, י"ח), ולא תעמוד על דם רעך (שם, ט"ז), לא תקלל חרש (שם, י"ד), מפני שיבה תקום (שם, ל"ב), וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל - שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שייכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין".

בדומה לכך מצינו ב"מגיד משנה" על הרמב"ם, הלכות שכנים פרק י"ד הלכה ה' כי הדין של "בר מצרא" נלמד מעקרון היסוד הכללי של "ועשית הישר והטוב". כמו כן, כתב הרמח"ל ב"מסילת ישרים" סוף פרק י"ג: "הנה זה כלל נאמן, אך משפט הפרטים על פי כלל זה אינו מסור אלא אל שיקול הדעת ולפי שכלו יהולל איש, כי אי אפשר לקבץ כל הפרטים כי רבים הם ואין שכל האדם יכול להקיף על כולם אלא דבר דבר בעיתו".

כלומר, דיני התורה אינם בגדר רשימה סגורה וממצה, אלא בגדר דוגמאות הבאות ליישם את הכלל הגדול לפיו מוטל על האדם להיות ישר וטוב בעיני ה'. פרטי הדינים השונים רק מנחים את האדם לקראת משימתו זו, ואין הם אלא אמצעי להשגת מטרה נעלה. על כן, קבעה התורה חיוב כללי של "ועשית הישר והטוב", שתכליתו לעגן את כל הוראות חז"ל החורגים מדיני התורה הספציפיים ואשר נועדו אף הם להביא לכלל המטרה האמורה.

להלן ניטול שורה של נושאים "מודרניים", שהזמן גרמן, כמו למשל: התייחסות ההלכה לחברה בע"מ, תופעת הביוש ("שיימינג"), אחריות שומר בנכס מבוטח על ידי חברת ביטוח, ואף סוגיות קלאסיות כמו תורה עם דרך ארץ, רגשי נקם במערכת הענישה, פיקוח נפש במלחמה, בצד התייחסות לפסקי דין של בית המשפט העליון מזווית ראייה של עולם ההלכה, שמגלה לפתע זווית חדשה ועמוקה יותר. נראה להלן כי לכל הנושאים הללו יש מענה הלכתי תקף, רלוונטי וכה מאיר עיניים.

בהבאת הדברים באופן מקובץ יש אפוא מסר החורג מעיון בכל אחת ואחת מהסוגיות הספציפיות הנדונות בספר, שהרי יש בכך כדי ללמד כי בקנקן הישן יש תוכן שניתן באמצעותו להשיב על החדש. אכן, "כי היא חכמתכם ובינתכם לעיני העמים!"

לכל מעשה יש טעם ויש סיבה. כך למשל, הטעם לכך שאדם אוכל הינו חוש הטעם שלו, ושמה אף חוש הרעב שבו. אבל, לאכילה יש כמובן סיבה עמוקה הרבה יותר, והיא הצורך הקיומי של האדם להזין את גופו כדי לחיות. בדומה לכך נראה כי כל המבואר לעיל הוא הטעם להוצאת הדברים לאור. אבל, הסיבה עמוקה יותר. כדי לעמוד על מהותה, נקדים דיון עיוני קצר.

בעת קבלת התורה נאמר (שמות י"ט, ח'): "ויענו כל העם יחדיו ויאמרו כל אשר דיבר ה' נעשה ונשמע". הקדמה זו של נעשה לנשמע מעוררת תמיהה

קשה, שהרי אי אפשר לקיים מצווה בלא לדעת את תוכנה, פרטיה ודקדוקיה. כך למשל, מי שאינו בקיא בהלכות שבת, כיצד יימנע מחילול שבת? ומי שאינו בקיא בדיני ממונות, כיצד יימנע מלעבור על הלכות אלו? ואכן, משנה היא במסכת אבות (ב', ה') "אין בור ירא חטא ולא עם הארץ חסיד?" כיצד ניתן אפוא להקדים נעשה לנשמע, בבחינת "תן לי לנגן בפסנתר, אף שמעולם לא ניסיתי..?" כתוצאה מקושי זה פירשו הראשונים את הדברים באופן שיהא ברור כי העשיה אינה קודמת לשמיעה. כך למשל הרשב"ם מפרש כי המילה "נעשה" מתייחסת למה שכבר דובר עד כה, ו"נשמע" היא התחייבות לקבל את אשר יצווה ה' מכאן ואילך. גם האבן עזרא מבאר כי "נעשה" מתייחס למצוות עשה ו"נשמע" למצוות לא תעשה, ובפירוש נוסף ביאר כי "נעשה" מתייחס למצוות שקבלתן ברורה מאליה (כמו כיבוד אב) ו"נשמע" מתייחס למצוות שיש צורך בציווי כדי לחדש את החיוב בקיומן. ברם, שחז"ל דווקא ראו באמירה זו התחייבות להקדים שמיעה לעשיה, ואף שיבחו זאת מאוד. כך מצינו במסכת שבת דף פ"ח ע"א: "אמר רבי אלעזר בשעה שהקדימו ישראל נעשה לנשמע יצתה בת קול ואמרה להן: מי גילה לבני רז זה שמלאכי השרת משתמשים בו דכתיב (תהלים ק"ג, כ') "ברכו ה' מלאכיו גבורי כח עושי דברו לשמוע בקול דברו". בתחילה נאמר "עושי" ורק אח"כ נאמר "לשמוע".

מה פשרו של רז זה, שבו אדם מבקש להידמות למלאך ולהקדים עשיה לשמיעה?

הקושי מתעצם עם העיון בסוגיה האמורה במסכת שבת דף פ"ח ע"א, בה נאמר:

"דרש ר' סימאי, בשעה שהקדימו ישראל נעשה לנשמע באו ששים ריבוא של מלאכי השרת לכל אחד ואחד מישראל, וקשרו לו שני כתרים: אחד כנגד נעשה ואחד כנגד נשמע.

וכיון שחטאו ישראל (בעגל) ירדו מאה ועשרים ריבוא מלאכי חבלה ופירקום שנאמר (שמות ל"ג, ו') "ויתנצלו בני ישראל את עדים מהר חורב"...

אמר רבי יוחנן, וכולן זכה משה ונטלן שכן נסמך לכך הכתוב "ומשה יקח את האהל"..

אמר ריש לקיש, עתיד הקב"ה להחזירם לנו שנאמר (ישעיהו ל"ה, י) "ופדויי ה' ישובון, ובאו ציון ברנה ושמחת עולם על ראשם" - שמחה שמעולם על ראשם".

סוגיה זו מעוררת שורה של קשיים: מה פשר הכתרת הכתרים ומה פשר הסרתם? מדוע זוכה בהן משה? מה משמעות קבלתם שוב לעתיד לבא בעת שיבואו לציון? האם יש קשר בין שיבת ציון לבין הכתרים הללו?

תוספות במסכת שבת אף תמה, מדוע הכתרת הכתרים נעשתה ע"י 60 ריבוא מלאכים ואילו הסרתם נעשית ע"י 120 ריבוא מלאכים, הרי מידה טובה רבה ממידת פורענות ולא להיפך? ומתרץ תוספות כי מלאך טוב קשר שני כתרים ואילו למלאך הרע לא היה כח לעשות זאת. מה פשר הדבר כי לא היה לו כח? והאם גדולתה של מידה טובה על מידת פורענות מתבטאת בכוחו של המלאך?

בנוסף, יש לעיין בדברי המדרש כי כאשר הקב"ה בא ליתן תורה, עבר בין האומות השונות, ואלו שאלו "מה כתיב בה". כל עם ששמע ציוויים בסיסיים כמו: לא תרצח, לא תגנוב, לא תנאף, השיב כי מסורת אבותיו בידו לעבור על ציווי זה ולכן אין בידו לקבל תורה. ברם, שתשובה זו תמוהה מאוד, איזה מין תירוץ הוא זה של אדם הרוצח חלילה, שגם אבותיו עשו כן? האם אין החיוב המוסרי גובר על "מסורת" זו ומחייב אותו לקבל עליו תורה? ובכלל, הן זו מטרת התורה, להטיל חיובים שלא נהג בהם העם עד כה, ואשר יעדנו את מידותיהם וישנו את מהלך חייהם.

המהר"ל בחידושו ל"ש"ס מבאר את הדברים בדרך המרהיבה הבאה:

אצל אנשים רבים יש "נשמע" - שזו השקפת העולם שלהם, ויש "נעשה" שאלו חיי המעשה שלהם. לעיתים רבות האידיאולוגיה והמוסר נמצאים בקוטב המזרח ואילו חיי המעשה נמצאים בצד מערב, ולא קרב זה אל זה. הם חיים בסתירה פנימית בין ה"נעשה" לבין ה"נשמע", נקרעים בין הרצוי למצוי, עוברים תהליכים דיאלקטיים של "רצוא ושוב" ולכסוף מתפשרים ואינם שבעי רצון מחייהם וממידת ההגשמה העצמית שלהם.

בשעת מעשה, פועלים על האדם כוחות ויצרים שאינם בהכרח אלו שמשקפים את דרגתו המוסרית. הרצון האמיתי של האדם מתבטא ברגע שאחרי העשיה. או אז שומע הוא קול המפעם בליבו ואומר לו: "טוב עשית" כשמדובר בדחיית סיפוקים, או "למה עשית" כשמדובר בכניעה ליצרים. אשריו ואשרי חלקו של האדם שאין אצלו סתירה בין ה"נעשה" לבין ה"נשמע" שבא אחריו.

זהו הרז המפעם במלאך שרת, שאין לו רצונות משלו כלל, וממילא שוררת בליבו הרמוניה ושלמות בין "נעשה" לבין "נשמע", ומה שהוא עושה תואם לציווי בוראו. מי שחי חיים של מילוי שליחות מוסרית, כמו מלאך, מסוגל לומר "נעשה ונשמע". אומות העולם השיבו לקב"ה כי אצלם יש סתירה טבעית בין המישור של הרציה לבין העשיה, ואין טעם כי יקבלו עליהם קבלות מוסריות שאינן מותאמות לטבעם, כי הדבר לא יחזיק מעמד לאורך זמן, וסופם שישובו לנהוג לפי נטייתם הטבעית. רק ישראל יכלו להשיב: "נעשה ונשמע" - נטייתנו הטבעית לא מתנגשת למצוות התורה ולא תהיה אצלנו סתירה פנימית מתמדת בין עשיה לרצון. זו דרגה רוחנית המאפשרת קבלת תורה וקשירתם כתרם של הגשמה עצמית.

הכלל הוא כי אין מלאך אחד עושה שתי שליחויות. לכן, בעת שקיבלו ישראל תורה, יכול היה אותו מלאך לקשור שני כתרם, שהרי הנעשה והנשמע היו

שלמות אחת. אבל, כשחטאו בעגל, לא יכול היה אותו מלאך לעסוק בשני כתרם, שהרי הנעשה והנשמע נפרדו וכל כתר ייצג מהות נפרדת.

בעת חטא העגל שב לפעם בקרב עם ישראל יצר עצמי, בדומה למצב האדם לאחר החטא הקדמון, ורק אצל משה היו קרני הוד, הנובעים משלמות עצמית בין הנעשה לבין הנשמע, בין הדרגה הרוחנית לבין חיי המעשה. ולעתיד לבא, בארץ ישראל, יתקיים הכתוב "ופדויי ה' ישובון, ובאו ציון ברנה ושמחת עולם על ראשם", שכן סגולתה של הארץ להביא לחיים של הגשמה עצמית כשאינן כל סתירה בין "נעשה" ל"נשמע" כי גם העשיה הארצית - מצווה רבה היא.

ומכאן לסיבה של הוצאת ספר זה, אשר עוסק ברז הגדול שגילה ה' לבניו - בשילוב המופלא של נעשה ונשמע, והנקרא "רז-י'ה", ע"ש אמי ז"ל:

ה"ה דרייזל - **דרזיה**, בת ר' אריה וינרוט (לבית אפטרגוט) ע"ה.

ביום י' באדר תשע"ג, נלקחה לבית עולמה אמי מורתי ע"ה. על אמי יש לומר בפה מלא כי היא חיה חיים של מלאך שרת, שיש בהם ביטול מוחלט של רצונות עצמיים, ושל הכפפה מלאה של העשיה לצו המוסרי. חיים של מזיגה ושלמות מופלאה בין נעשה לבין נשמע.

כך למשל, עזבה אמא ע"ה חיים של עושר ומותרות עם אביה בבליגיה, ובחרה לחיות עם בעלה - אבי ר' משה אהרן וינרוט ז"ל, בארץ ישראל. כאן חיה חיים קשים, שכל תכליתם ותמציתם - מסירות נפש לגידול ילדיה. יתירה מכך, אבא ז"ל היה בן יחיד, וניצל עם הוריו הזקנים. אמי הסכימה לחיות כל חיה ביחוד עם הורי בעלה תחת קורת גג אחת, בלא פרטיות, במסירות אין קץ - גם לעת זקנה ושיבה שלהם.

כיבוד האב של אמא ז"ל, כלפי סבי, ר' מרדכי אליעזר וינרוט ז"ל - אבי בעלה, היה מופת ודוגמא, לשם ולתפארת. בכל תיאור לא יהא די.

אכן, אמא ע"ה חיה חיים של נעשה ונשמע כאחד. של שילוב מלא בין תורה ומעשה, כשהם משמשים כשלמות אחת. נראה כי פרקים העוסקים בשילוב והרמוניה של תורה ודרך ארץ, של הלכה ומציאות החיים, ראויים מכל להיות מוקדשים לעילוי נשמתה הטהורה.

זה המעט שבמעט שיכול אני, קטן בניה, לנסות להשיב לה ולנסות להידמות לה. מי יתן ותהא אמא ע"ה מליצת יושר וסגור גדול לאחיי ולי, ותפרוץ שערים בתפילה, כפי שפעלה עבורנו בחיי חיותה: לחיים, לבריאות! לנחת דקדושה, לשלמות והגשמה, לחיים של נעשה ונשמע!

אברהם וינרוט

תוכן עניינים

- פרק א: הטלת חיוב אישי ('הרמת מסך') על בעלי מניות בחברה ומנהליה . 21
- א. מבוא 21
- ב. שאלות הלכתיות התלויות בהגדרת חברה בע"מ 21
- ג. שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף 27
- ד. חברה כשותפות עם שעבוד מוגבל מסוג של "אפותיקי מפורש" 31
- ה. "אפותיקי מפורש" רק כשיש אומדנא דמוכח שלכך כיוונו הצדדים 34
- ו. ערבוב נכסי - כגורם ל'הרמת מסך' 36
- ז. סיכום 41
- פרק ב: הפקעה לצורכי ציבור כשפג הצורך הציבורי 45
- א. מבוא - פסק הדין בבית המשפט העליון 45
- ב. נימוק השופט חשין וביקורתו של השופט ברק 45
- ג. נימוק השופט זמיר וביקורתו של השופט ברק 46
- ד. נימוקו של השופט ברק 48
- ה. הנפקות המשפטית בין נימוקי השופטים 48
- ו. נימוקו של השופט חשין לאור המשפט העברי 49
- ז. נימוקו של השופט זמיר לאור המשפט העברי 51
- ח. סוף דבר 53
- פרק ג: חכמה לאחר מעשה 55
- א. הקדמה 55
- ב. מחלוקת השופטים ב"פסק דין כנען" 56
- ג. המחלוקת בין רבי עקיבא איגר ורבי שמואל שטרשון 58
- ד. סוף דבר 63
- פרק ד: פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של האדם 65
- א. הקדמה 65
- ב. "פגיעה באוטונומיה" במשפט הישראלי 65
- ג. פיצוי על נזקי גוף במשפט העברי 68
- ד. פיצוי על נזק לא כלכלי 73

- ה. שומת הנזק 74
- ו. סוף דבר 74
- פרק ה: לשון הרע - משקלה ומקומה של הכוונה 77
- פרק ו: ביוש - שיימיניג 101
- א. פגיעה בכבוד האדם (ביוש) כתופעה שהחריפה 101
- ב. "בישו בדברים - פטור" 105
- ג. הקושי להבין את מהות גישתה של ההלכה-בפסיקתו של הרמב"ם 106
- ד. פסיקתו של ה"שואל ומשיב"-ביוש כפגיעה בצלם אלוקים 117
- ה. כבוד האדם כנובע משליחות אלוקית 124
- ו. הסבר שיטתו של הרמב"ם 128
- ז. באור פסיקתו של ה"שואל ומשיב" 132
- ח. מקור סמכותו של בית הדין 132
- פרק ז: פיקוח נפש במלחמה 135
- א. פתח דבר 135
- ב. גדרו המיוחד של פיקוח נפש של ציבור 137
- ג. גדרו המיוחד של פיקוח נפש בשעת חירום 140
- ד. שינוי סדרי העדיפויות בשעת מלחמה 141
- ה. סוף דבר 144
- פרק ח: אחריות השומר נכנס מבוטח 147
- א. מבוא 147
- ב. מחלוקת הפוסקים 150
- ג. סקירת המקורות התלמודיים 152
- ד. לאיזו מן הסוגיות דומה דין שומר נכס מבוטח? 154
- ה. המשפט הישראלי 156
- פרק ט: רגשי נקם במערכת הענישה 159
- א. פתח דבר 159
- ב. תוצאותיה של נקמה 160
- ג. ה' יקום דמו 162
- ד. בין מידת הדין למידת הרחמים 163
- ה. אין משפטי התורה נקמה בעולם 166

168	משפט וצדקה	ו.
168	אחרית דבר	ז.
171	שימוש לרעה בזכות ("כופין על מידת סדום")	פרק י:
176	א. שורש המונח "מידת סדום"	
179	ב. כפיה על מידת סדום בהעדר הצדקה כלכלית	
183	ג. גדרי הכפיה על מידת סדום	
197	ד. שלילת זכות קניינית מכח כפיה על מידת סדום	
203	ה. כפיה על מידת סדום בעמידה דווקנית על זכות חוזית	
208	ו. כפיה על מידת סדום הלכה ולמעשה	
211	ז. סיכום	
215	פרק יא: האישה בהליך השיפוטי	
237	פרק יב: השלום כערך על	
237	א. פתח דבר	
238	ב. השלום בין איש לאשתו	
241	ג. השלום בעולמה של האגדה	
242	ד. השלום בעולמה של ההלכה	
245	ה. סוף דבר	
247	פרק יג: תורה עם דרך ארץ	
247	א. לימוד התורה כערך על	
248	ב. דרך ארץ	
251	ג. דרך היחיד ודרך הרבים	
252	ד. היקף מצוות תלמוד תורה	
254	ה. תורה עיקר ומלאכה עראי	
256	ו. מצוות לימוד מלאכה	

פרק א: הטלת חיוב אישי ('הרמת מסך') על בעלי מניות בחברה ומנהליה

א. מבוא

1. על הפסוק (ויקרא יט, טו) "לא תעשו עול במשפט" מבאר הרש"ר הירש: "הציבור זכה בעמדת כח כלפי היחידים בזכות מוסדות המשפט. אל תנצל עמדה זו לעושק ולדין שרירותי". דומה כי המחשה חדה לדברים מצויה במוסד המשפטי של חברה בע"מ, שבאמצעותו עלול אדם להיות 'נבל ברשות החוק', עת שהוא מותיר נושים בפני שוקת שבורה בטענתו כי החוב אינו שלו אלא של החברה שאותה ניהל. הבעלים עושים לנושים 'תספורת' בעוד שבלוריתם האישית מתנופפת ברוח והתחושה היא קשה. כך כותב הרב ואזנר (שבט-הלוי ח"ח סי' שו) על אודות מי שמקים חברה בע"מ לצורך מסחרו "והוא נהנה מזה כאדם העושה בתוך שלו ממש, ואחרים משקיעים אצלו כספים. וכשכבר סחט מהחברה הזאת מה שאפשר, הוא טוען שגוף שלישי הוא ואינו חייב באחריות עליה, והוא דבר שאין דעת תורה סובל". מתי יחול אפוא על פי ההלכה הדין של 'הרמת מסך' המאפשר החלת חיוב אישי על בעלי המניות בגין חובות החברה?

ב. שאלות הלכתיות התלויות בהגדרת חברה בע"מ

2. רבים דנו בשאלה האם ההלכה מכירה בחברה בע"מ?¹ שאלת היסוד היא: האם מבחינה הלכתית יש אפשרות להקנות בעלות לדבר שאינו "אדם" אלא

1. ראו למשל: שו"ת מהר"מ-שיק יו"ד קנח; שו"ת מהרי"א הלוי א,קכד; שו"ת מהרש"ג יו"ד ג ד"ה והגם; שו"ת דברי-חיים או"ח ב,לד; שו"ת צפנת-פענח סי' קפד המחדש כי יש בעלים שהינו בגדר של "צורה בלי חומר" שלא נאמר לגביו איסור ריבית; שו"ת חלקת-יעקב יו"ד,סה; מנחת-יצחק ג,א, זכו, י,קמג-קמד; אגרות-משה או"ח א,צ, חו"מ ב,טו יו"ד ב,סג; מועדים-וזמנים ג,רסט; שבט-הלוי ח,שו; מנחת-שלמה ח"א,כח; פתחי-חושן י, הע' כב; מנחת-אשר א,קה; וראה דבריהם של הרב סיני

ישות מופשטת יציר החוק? ² אכן, ההלכה מכירה בדרכי יצירת קניין חדשים מכח "מנהג הסוחרים", שכן מנהג הסוחרים מלמד שנוצרה גמירות דעת, ומהותו של "מעשה קניין היא יצירת גמירות דעת.³ ברם, האם בכוח מנהג

- לוי, תחומין כו עמ' 362; הרב יעוצר אריאל, תחומין כו עמ' 357; הרב ש"מ עמאר, תחומין לג עמ' 15; הרב ש. דיכובסקי ושל הרב ח"ג צימבליסט בפד"ר כרך י, עמ' 287-288; הרב יצחק וסרמן "ריבית בהלוואה בנקאית" נועם ג עמ' קצה; הרב שאול ויינגרט, ספר הזכרון יד-שאל, עמ' לה; פסקי-תשובות ס' תמה; הרב יעקב פרבשטיין "גדר חברה בע"מ לדיני ממונות" קובץ ישורון כ עמ' תקנ; הרב י' אושינסקי "בעלי מניות והמסתעף" קובץ ישורון כ עמ' תקלד; הרב יעקב אברהם כהן "בנקים וחברות בע"מ האם צריכות פרוזבול" קובץ מבי דינא בענייני שביעית עמ' שכ"ו; באהלה-של-תורה ג אותיות ג-יב, עמ' 51-52; ר' רכס "על האישיות המשפטית הנפרדת של ה"תאגיד" באתר משרד המשפטים גליון 344; הרב שמחה מירון "מעמד החברה בע"מ במשפט העברי" סיני כרך נט עמ' רלט; הרב א' בניסטי, "האישיות המשפטית הנפרדת במשפט העברי - ההלכה ולמעשה", שערי-משפט א עמ' 349, בעמ' 353; כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על פי ההלכה ח"א תשנ"ו עמ' 240; משפטיך-ליעקב חלק א,לט(*); דברי-משפט ח,קמה.
2. כך למשל דבריו של הרב וסרמן בנעם ג עמ' קצה: "ברור הוא שאין שום אפשרות לחדש גדרי בעלות שלא מצינו בש"ס וגם דינא דמלכותא לא שייך שיחדשו גדרי תורה חדשים, ויכולים רק להכלל בגדרים הקיימים... ועל הרוצים לחדש שחברה בע"מ הוא מין בעלות חדשה - עליהם הראיה מהש"ס לגדר כזה"; ור' דבריו של הרב ח"ג צימבליסט בפד"ר י עמ' 293: "לא מצינו בתורה חיובים על דבר דומם כמו חברה, אלא על אנשים חיים, ואם יש שטר חוב על החברה, פירושו של דבר על בעלי החברה". וכן ר' ניתוחו של הרב י' בארי בהתורה-והמדינה יא - יג עמ' תסא.
3. וראה חזון-איש חו"מ כב בשם אביו: "כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקניין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחברו, וחברו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שחז"ל אמדו בדעת בני אדם שבדיבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחברו, ויש שאינו גומר בליבו רק ע"י הקניינים המפורשים מהתורה או מחז"ל. ודוק היטב בזה והפוך בה דכולה בה". וכן ר' חידושי ר' שמעון שקופ לב"ב סימן ל; ובשערי-ישר, מערכת הקניינים ס' יא בשם הרשב"א; משנה-למלך ריש הל' מכירה; מנחת-חינוך מצווה שמב; ברכת-שמואל נדרים ס' יד; שו"ת 'עונג יום טוב',ג; דבר-אברהם א,א, קובץ-שעורים ב"ב ס"ק שעד; 'חידושי ר' שמואל רוזובסקי נדרים פרק ג; ספר-הזכרון לגר"ח שמואלביץ וכן בשיעורי ר' חיים על מסכת קדושין עמ' ג; מועדים-וזמנים ב,קכו. ברם, ראה לעומת זאת הנודע-ביהודה (קמא חו"מ,כח ו-ל) כתב שמעשה הקניין הוא הפועל ולא גמירות הדעת שבדבר.

המדינה ליצור יש מאין גם "בעל קניין" חדש, שאינו אדם אלא גוף "מופשט", יציר החוק, שירכוש בעלות ויהיה נשוא ההתחייבויות במנותק מבעלי המניות והמנהלים האנושיים של גוף זה?⁴ ברם, עיקר הדיון התייחס למישור הדינים שבין אדם למקום: האם יש איסור ריבית כשהמלווה או הלווה הם חברה בע"מ? מה הדין כשיש לחברה בע"מ חמץ בפסח? האם חוב של חברה בע"מ נשמט בשמיטה וטעון פרוזבול? מה הדין כשיש לאדם מניות בחברה בע"מ המחללת שבת? לעומת זאת, במישור היחסים של דיני ממונות מזוהה החברה עם מנהליה ובעלי מניותיה. כך למשל מציין הרב אשר וייס⁵ כי "בכל הנוגע לאיסור גניבה וגזילה וכדומה, שהן מצוות שכליות שבין אדם לחברו, ודאי פשוט שמצוות אלה מוטלות אף על חברה. אסור לה לגנוב ואסור לגנוב ממנה. דבר פשוט שגם גוף זה, שיש בו מקבלי החלטות בעלי בחירה, צריך להתנהג בדרכי הצדק והישר, שהרי העולם עומד על האמת ועל הדין ועל השלום. ועוד, שהרי אף הגוזל בגרמא והחולק עם הגנב ונהנה ממון הגזילה - חטא בידו. אך בכל הנוגע לאיסורי תורה שאינם אלא גזירת הכתוב כחמץ בפסח, שבת וריבית וכדו' אין איסור בכספי חברה מעיקר הדין". האם נובע מכך, כי לעניין דיני הממונות אין לחברה אישיות משפטית נפרדת מבחינה הלכתית

4. ההלכה מכירה במונח "ציבור" כגוף משפטי נפרד מיחיד הציבור. ר' למשל: מנחם זמבה בשו"ת זרע-אברהם ד (כא-כד); קובץ-שעורים ב"ב תד; קהלות-יעקב הוריות, ו; וראה יד. סולובייצ'יק על-התשובה עמ' 74-75 שכתב: "בניגוד גמור לקרבן השותפין שיש לו הרבה בעלים... 'קרבן הציבור' אין לו אלא בעלים אחד, ממש כמו קרבן היחיד, ומי הוא הבעלים? הציבור, 'כלל ישראל', שאינו על פי-דין הסך הכולל, הציורף האריתמטי, של כך וכך יחידים, אלא אישיות ייחודית-עצמית, מעין חטיבה בפני עצמה". וראה בדומה דברי הרב י' הוטנר, פחד-יצחק, פסח, מאמר לג; הרב ש. דיכובסקי בפד"ר י עמ' 287; דרכי-משה לרב עמיאל, דרך-הקודש ח"א שמעתתא ה י-יא). ההלכה גם מכירה במונח של "עובון" (ובכינוי ההלכתי "תפוסת הבית") כגוף נפרד מן היורשים הפרטניים (ר' למשל בכורות דף נ"ו עמ' ב.). אבל, אלו יצירי ההלכה. האם ניתן ליצור "אישיות משפטית" מופשטת מכת מנהג הסוחרים או דינא דמלכותא?

5. מנחת-אשר עמ' שסא, ובתחומין לג עמ' 26.

ובעלי המניות והמנהלים נושאים באחריות אישית לחובותיה? אם זו תהא המסקנה באופן בלתי מסויג, יימצא לכאורה כי סר טעמה של החברה בכלל. אני מבין להיפך. אם אין איסור חמץ בפסח, על כרחך שמדובר בגוף משפטי נפרד, ורק לענין גנבה, אומר הרב וייס שמרימים את המסך, אך לא לענין השקעות מותרות.

3. יש להבין כי כל מהותה של חברה בע"מ נעוץ בהגבלת האחריות של בעלי המניות לחובות החברה. אחריות זו מוגבלת לשיעור השקעתם בהון החברה (הסכום שהתחייבו לשלם עבור מניותיהם) ומעבר לכך אין הם נושאים באחריות כלפי נושי החברה. הגיונה של הגבלת אחריות זו נעוץ ברצון לאפשר גיוון השקעות מצד בעלי ההון. אלמלא הגבלת האחריות היה כל בעל מניות אחראי לחובות החברה אף מעבר לשיעור אחזקותיו, כדין שותף שאחראי לכל חובות השותפות. במקרה זה היה כל בעל מניות מצמצם את השקעותיו לחברות מועטות שעליהן הוא מפקח באופן אישי. השקעה קטנה בהרבה חברות לא היתה יכולה להיות סבירה, שכן די שאחת החברות תהפוך לחדלת פירעון כדי לחשוף את בעל המניות לאחריות בגין כל חובותיה. לעומת זאת, הגבלת האחריות מאפשרת להשקיע מעט יחסית בהרבה חברות, וכך אם חברה מסוימת תהפוך לחדלת פירעון הרי שרק המעט שהושקע בחברה זו הוא שירד לטמיון "והיה המחנה הנשאר לפליטה". מכאן נוצרה הגבלת האחריות וסעיף 4 לחוק החברות תשנ"ט-1999 קובע כי חברה היא בת אישיות משפטית נפרדת מבעלי מניותיה.

4. ודוק, החברות השונות אינן עשויות מעור אחד, ויש הבחנה ביניהן בנקודת היסוד של ניהולן. גבהיר: בעלות של אדם על נכס מתאפיינת בשלושה תחומים: א. בעל הבית זכאי להחליט על עצם קיום הנכס ושימור הבעלות בו; לקיימו בידו או להביא לאובדנו או מכירתו; ב. בעל הבית רשאי לנהל את הנכס ולקבוע כיצד להשתמש בו (למשל האם להשכירו או שמא

לעשות בו שימוש עצמי); ג. בעל הבית זכאי לפירות הנובעים מהשימוש בנכס או ממכירתו. ברם, בחברה בע"מ, מי שזכאי לפירות הם בעלי מניות; מי שמחליט החלטות של מדיניות (למכור או להרוס) - הוא הדירקטוריון, ומי שמחליט על שימוש - זו ההנהלה (האקזקוטיבה). כלומר, מי שמנהל - אינו הבעלים ואילו הבעלים - לא מנהל. מכח הפרדה זו יש חשש שמי שמנהל יעדיף את האינטרס של עצמו על טובת בעלי המניות, ינהל את העסק באופן שאינו יעיל כלכלית אך נח למנהל, יצרוך טובות הנאה אישיות, ובעיקר יקח סיכון שימקסם את הרווחים בטווח המידי (ויעניק בונוסים להנהלה), אך יסכן את הקרן בטווח הארוך. מצד שני, בעלי מניות מעדיפים לחלק דיבידנד ולרוקן את החברה, גם אם הדבר מקשה על ניהולה ופיתוחה. ניגוד אינטרסים זה בין הבעלים לבין ההנהלה נקרא בדיני החברות - "בעיית הנציג"⁶. אבל, יש חברות שבהן בעיית הנציג אינה חדה. כך למשל כשבעל המניות הוא עצמו גם המנהל. במקרה זה לא מתקיים לכאורה הרציונל של הגבלת האחריות האישית של בעל המניות. ונשאלת השאלה: האם יש נפקות לעניין השאלות ההלכתיות דלעיל לכך שהבעלים גם מנהל? האם יש הבדל בין בעל "מניות שליטה" בחברה לבין בעל מניות מיעוט בחברה? והאם יש נפקות למשל לעניין החזקת חמץ בפסח ע"י חברה, עת שאדם מחזיק מבחינה קניינית במניות מיעוט אך ערך הסכם עם קבוצות מיעוט אחרות שהפכו אותם ל"דבוקת שליטה" בחברה?⁷ האם יש הבדל בעניין זה בין בעלות בחברה

6. ר' מאמרו של פרופ' זהר גושן "בעיית הנציג" כתיאוריה מאחדת לדיני התאגידים", ספר הזכרון

לפרופ' גואלטיארו פרוקצ'יה (הוצאת האוניברסיטה העברית, תשנ"ז) עמ' 239.

7. באגרות-משה אה"ע ח"א ז פסק כי לבעל מניות יש דין בעלים רק כשהם מחזיקים ברוב מניות השליטה, אבל בעלי מניות המיעוט אינם כבעלים כיון כפועל אין להם כל דעה והשפעה בענייני החברה. אכן, מובן הדבר שיש להם זכות קניינית ואסור למשל לגנוב את שטר המניה שלהם. אבל, זכות זו משולה למי שמחזיק באגרת חוב שמקנה זכות לקבל כספים מהחברה אך אינה מקנה בעלות בנכסי החברה. ברם, המנחת-אשר (א עמ' שנח) תמה על פסקו של הרב פינשטיין ומציין "סברא זו רחוקה מאוד ואינה מתיישבת על הלב, דלא יתכן שבעלי אותה הזכות לכשיקשרו ברית ביניהם

פרטית (שבה יתכן גם בעל מניות אחד בלבד לפי סעיף 3 לחוק החברות) לבין מניות בחברה ציבורית (מעל 50 בעלי מניות, שגם יכולים למכור את מניותיהם בלי צורך בהסכמת שאר בעלי המניות) או בחברה ממשלתית (שמעל מחצית ממניותיה שייכים למדינה)?

5. שאלות אלו שהתעוררו במישור של דיני "איסור והיתר"⁸ מקבלים משנה תוקף ביחסים שבין אדם לחברו. ככל ש"בעיית הנציג" פחות חריפה, אנו מזהים יותר את החברה עם בעלי מניותיה ומנהליה, וקשה להשלים עם מצב שבו מי שניהל את החברה (של עצמו) שולח את הנושים לשוקת השבורה שהותיר ומתחמק מאחריות אישית למעשי ידיו שאינם להתפאר. במקרה זה

ויהיו הרוב יהיו כבעלים, וכשיתהפך הגלגל וימצאו עצמם במיעוט, אע"פ שעדיין אותן הזכויות הקנייניות בידם, כיון שאברהם השפעתם יפקע מהם שם בעלים. וכי ההשפעה היא שיוצרת בעלות? אלא נראה יותר שאם בעלי מניות השליטה דינם כבעלים או כבעלים הם אף כשהם במיעוט". ונראה לכאורה, כי שיטת הרב פינשטיין הינה, ששליטה בנכס מבטאת את הבעלות הקניינית בו, כפי שמצינו בחזון-איש ב"ב יח,ג כי יאוש מפקיע בעלות, שכן "אין אדם בעלים על דבר שאינו שליט עליו, אם כן תיכף פקע קניינו". וכ"כ שער-יושר ש"ג,כד כי "לבעלים יש שליטה וכה על החפץ ומחמת זה נקרא שם בעלים על החפץ", לכן, מי שאין לו שליטה בחברה, אין לראותו כבעלים על נכסיה, שהרי אין לו גישה ממשית לנכסים אלו. ור' דבריו של מהר"א הלוי איטינגא (ח"ב קכד) כי לבעלי מניות אין רשות לפעול בחברה, והרי הם כאנשים זרים שאסור להם להיכנס לשטח החברה, ובעל מניות שיטול חפץ מהחברה לא יכול לומר "מחלקי אני נוטל" ועתיד להיתבע כגנב, וכן אם יתבע נושה את בעל המניות יאמר לו "לאו כל דברים דידי את". לכן אין לו שם בעלים. דברים אלו נכונים במיוחד כשעסקינן בבעלי מניות מיעוט שאין להם השפעה על ניהול נכסי החברה.

8. כך למשל התעוררה שאלה האם מי שמשקיע בקרן נאמנות או בקרן השתלמות המחזיקה מניות, לוודא כי משקיעים את הכספים רק בחברות השומרות שבת? ומה עם עבודה זרה, חמץ בפסח וריבית? ואכן מצינו בפוסקים הבחנה בין השקעות בחברת השקעות הצוברת "מסה קריטית" של מניות בחברה מסוימת המאפשרת לה להשפיע על ניהול החברה, לבין החזקת מניות מיעוט בלא זכויות הצבעה, וכן מצינו הבחנה בין השקעה במניות החברה לבין השקעה בקרן שבה יש למשקיע רק חלק ברווחים ובהפסדים בלא שתהיה לו שום בעלות במניות עצמן. ר' הרב ש' רבינוביץ בפסקי-תשובות סי' תמ,א.

חשים אנו תחושה חדה של "עוול במשפט". אכן, במקרים קיצוניים של הקמת החברה לשם תרמית או בעת נטילת סיכון בלתי סביר (מה שמכונה "מימון דק") מכיר חוק החברות באפשרות לבצע "הרמה של מסך ההתאגדות" וזקיפת חובות החברה כחיוב אישי של בעלי מניות שליטה (שיש להם השפעה על ניהול החברה).⁹ ברם, במקרים פחות קיצוניים - נותר החוב של החברה ואילו בעלי המניות והמנהלים מנצלים את מסך ההתאגדות. כיצד מתייחסת ההלכה למקרים אלה במישור היחסים שבין אדם לחברו? כך למשל: מה הדין כשהתובע טוען, שמעולם לא היה לו עסק עם החברה אלא עם הבעלים והמנהל אישית? מה הדין כשבשעת נטילת האשראי ידע הבעלים שאין לחברה כסף להחזיר? מה הדין כשהבעלים התרשל בניהול החברה וגרם לה להיות חדלת פירעון? מה הדין כשהבעלים הבריח נכסים מהחברה בסמוך לחדלות הפירעון, או העדיף נושים מסוימים, האם ניתן לתבוע את מקבלי הכספים או את הנושים שהועדפו ולחייבם להחזיר את הנכסים שניטלו?

ג. שעבוד נכסים בלא שעבוד הגוף

6. אדם המעניק אשראי או הלוואה לזולתו סומך על שני מקורות:

המלווה סומך על הלווה ועל מחויבותו האישית לפרוע את החוב (שעבוד הגוף). אף אם אין ללווה רכוש רב באותה עת, המלווה עשוי לסמוך על יושרו האישי ועל כשרונו להשיג הון שיספיק לו לפרוע את החוב. במקרה זה הנכסים

9. ראה סעיף 6 לחוק החברות תשנ"ט-1999 המאפשר לייחס חוב של חברה לבעל מניה במקרים החריגים שבהם השימוש באישיות המשפטית הנפרדת נעשה באופן שיש בו כדי להונות אדם או לקפח נושה, או באופן הפוגע בתכלית החברה ותוך נטילת סיכון בלתי סביר באשר ליכולתה לפרוע את חובותיה. כמו כן, נקבע בסעיף זה כי בית משפט רשאי לייחס תכונה, זכות או חובה של בעל מניה לחברה או זכות של החברה לבעל מניה בה, אם מצא כי צודק ונכון לעשות כן בהתחשב בכוונת הדין או ההסכם החלים על הענין שלפניו. ור' גם סעיפים 373 ו 374 לפ' החברות בדבר החלת אחריות אישית לחובות החברה על מנהליה אם ניהלו את עסקיה בדרכי תרמית.

שיגיעו לידי הלווה משתעבדים (שעבוד נכסים) רק מדין של מעין "ערבים" לחוב, שמושאו הוא המחויבות האישית של הלווה. על כן, אם תפקע מכל סיבה שהיא המחויבות האישית של הלווה, הרי שהשעבוד החל על הנכסים יפקע מאליו, כפי שאין ערבות מקום שבו החיוב העיקרי פוקע.¹⁰

המלווה סומך על נכסי החייב בעת מתן ההלוואה, שהינם בשיעור המספיק לפירעון ההלוואה. במקרה זה עשוי לחול שעבוד נכסים אף שאין בכלל שיעבוד הגוף החל על הלווה אישית.¹¹

7. הרב משה פיינשטיין¹² מחדש כי בחברה בע"מ יש שעבוד נכסים אף

10. ר"ן כתובות פו ד"ה המוכר שטר חוב בשם ר"ת: "המוכר שטר חוב לחברו יכול למחול אף על פי שמכירתו הוא מדאורייתא לפי ששני שעבודים יש לו למלוה על הלווה: שעבוד גופו של לווה שהוא מחוייב לפרוע והוא עיקר השעבוד, ושעבוד על נכסיו אם הוא לא יפרע מדין ערב. ושעבוד הגוף שיש למלוה על הלווה לאו בר מכירה הוא הלכך אינו נמכר אלא שעבוד נכסים בלבד. וכיון שמחל פקע שעבוד הגוף וממילא פקע שעבוד נכסים שאינו אלא מדין ערב".

11. ר' אשר גולאק "יסודי המשפט העברי" עמ' 6 והמקורות המובאים שם.

12. אגרות-משה יו"ד ח"ב,סג: "סתם מלוה שבתורה ... עושה חיוב על גוף הלווה שישלם, ואין תלוי כלל אם יש לו ממה לשלם או אין לו לשלם, נעשה עליו חיוב זה. ונקרא רשע כשאינו מקיים חיובו. והוא שעבוד הגוף שיש על הלווה שזהו העיקר. ושעבוד הנכסים בא מזה... אבל מלווה כזו שאינה עושה שום חיוב על גוף האדם לשלם, שאף שיש לו ממון הרבה אין על גופו שום חיוב לשלם ואין עליו את החיוב של תשלומין, לא יהיה רשע כשלא ישלם". הרב פיינשטיין נזקק לחידוש זה ואינו מסתפק במוסד "היתר עסקה" שכן קשה להגדיר את יחסי בצדדים כ"כעסקה" כאשר לא עסקיני כלל בהלוואה לצרכי השקעה עסקית, אלא במשכנתא למשל שבה הבנק כלל לא נותן את הכסף ללווה אלא למוכר הדירה, כנגד חוזה רכישה של מקרקעין ספציפיים ושעבודם. הוא הדין כאשר עסקיני בהלוואה של משק בית בגין צריכה שוטפת (אוברדפט). איוו עסקה יש במקרה זה? אכן, במישור הדיני פורמלי בפנינו פתרון טוב, אך במישור המעשי - המציאות אינה מתיישבת עם הפתרון. לשם כך עושה הרב פיינשטיין שימוש בעובדה כי בפנינו לווה שהינו חברה בע"מ. שם, יש לנו במישור המעשי הפרדה מלאה בין הלווה (שאין עליו שיעבוד גוף) לבין הנכס המשועבד (החברה). אכן, אם לא נכיר במושג של "אישיות משפטית" נפרדת לחברה ימצא שיש שעבוד הגוף על הגברא הלווה, אך בפועל קיימת הפרדה שכזו וממילא אין שעבוד הגוף. נמצא כי יש לנו פתרון

בהעדר שעבוד הגוף כלל. משום כך מסיק הרב פינשטיין כי לא חל בחברה בע"מ איסור ריבית, שכן חיוב שכזה לא נאמר אלא כשיש שעבוד הגוף על הלווה.¹³ ברם, שהרעיון של שעבוד נכסים בלי שעבוד הגוף מעורר לכאורה קושי מהותי, מקום בו נרכשו לאחר מתן ההלוואה נכסים חדשים. כלומר, אם הלוו כספים לחברה בע"מ ואבדו נכסיה ואח"כ חזרה החברה והרוויחה - חייבת החברה לפרוע את ההלוואה, אף כשהרווחים החדשים לא נבעו מכח הנכסים הקודמים שהיו לה. האם אין הדבר מוכיח כי יש שעבוד הגוף בהלוואה, שמכוחו משתעבדים נכסיה החדשים? הן אם אין ההלכה מכירה באישיות המשפטית הנפרדת של החברה כגוף שחל עליו "שיעבוד הגוף" והלווה משעבד מלכתחילה את הנכסים בלבד, מה יאפשר לנו להחיל את השעבוד על נכסים שכלל לא היו בחברה בעת מתן ההלוואה? מדוע אי אפשר

במישור המעשי אף אם אין הוא נקי מדיון בהמשגה הדינית שלו. אך צרוף של חברה בע"מ שמעניקה פתרון מעשי (ונותרת עם קושי בתחום הפורמלי) עם היתר עסקה שנותן פתרון בתחום הדיני (ונותר עם קושי בתחום המעשי) מעניק כיסוי הן לתחום המעשי והן לתחום הדיני, בבחינת עיוור שהרכיב על כתפיו את הפיסח וכך נהנה הן מזוג רגליים הצועדות בלא מום והן מראיית הדרך.

13. ראה אגרות-משה יו"ד ח"ב,סג. יסוד הדברים בדרשה הנלמדת מן הפסוק "אל תקח מאתו נשך ותרביית... וחי אחיד עמך" (ויקרא כה,לו). לדעת הרשב"א (שו"ת, ח"א,תרסט); וכן בתשובת המיוחסות לרמב"ן סי' רכב) הריבית האסורה צריכה לבוא מ"מלוה למלוה" ושהיה לה "בעלים ידועים", לכן סבר שאין על ה"קהל" או על תאגיד חיוב מהתורה באיסורי רבית, כפי שכותב בשו"ת חלקת-יעקב יו"ד,ו ס"ק ה': "בנק, יש סברות גדולות שדומה לציבור, ואין רבית מן התורה, כיון שלא בא מיד לזה למלוה... דציבור גוף בפני עצמו". וראה בלקט כד-הקמח יו"ד,מח,ב ד"ה ראובן. לעומת זאת פוסקים רבים חייבו גם את הקהל באיסורי רבית, ראה ברית-יהודה לרב בלוי סי' ז, סעיפים כב, כד. [לא זו שיטת האג"מ. האג"מ אינו סובר שיש ישות הלכתית מופשטת, וטעם היתרו אחר, וכפי שכתבתי לעיל, ור' אג"מ יו"ד,ב,סב שם כותב את החילוק אם המלוה הוא תאגיד או הלווה, וכן באג"מ יו"ד ג מא. ור' אג"מ יו"ד,ב,סג שם כותב שכשלווה אדם פרטי ולפי ההסכם אינו חייב לפרוע אלא מהבית הממושכן - גם כן מותרת ריבית לדעתו.

לומר שהלווה משעבד נכסים עתידיים מכח "דאינקני", ועדיין אינו משעבד את גופו?

8. נראה לנו על כן, להסביר את דבריו של הרב פינשטיין בהקשר זה כדלהלן:

החברה איננה החייב, אלא היא עצמה הנכס המשועבד. אכן, ספק אם ההלכה מכירה ביכולת של אדם לברוא חברה כ"גברא" יציר החוק שיוכל לרכוש בעלות וליצור מחויבויות. אבל ההלכה בהחלט מכירה באפשרות של אדם ליצור חברה כ"חפצא" יציר החוק, שהוא מושא של בעלות ומושא של שעבוד, כשם שההלכה מכירה ביכולתו של אדם לרשום פטנט שהוא נכס, יציר האדם וביכולתו לשעבד נכס זה.

בתוך הנכס המכונה "חברה" יכול אדם לכלול נכסים, שאותם הוא קונה מעת לעת ומכליל בתוך החברה, כפי שהוא גם יכול לגרוע נכסים מתוך הנכס הזה המכונה חברה. ממילא, משחל על ה"חברה" כנכס - שיעבוד נכסים, ברור כי כל נכס שייכלול הבעלים בתוך החברה בעתיד, יצטרף למסת הנכסים הכלולה באותו חפץ משועבד שנקרא "חברה". דבר זה אינו נובע מהגדרת החברה כגוף החייב, או מהגדרת הבעלים כמי שחל עליו שעבוד הגוף, אלא מהגדרת החברה כנכס המשועבד.

9. ברם, שלפי הסבר זה, המאפשר להוסיף נכסים ל"מסה" של נכסי ה"חפץ" המכונה "חברה", שבה בכל תוקפה השאלה, האם אפשר באותה מידה גם לגרוע ממסת הנכסים הזו, ואף לרוקן נכס זה מתוכו ולהשאירו כקליפה ריקה? לכאורה, אם מדובר רק בשעבוד נכסים בלי שיעבוד הגוף, כמו שכותב הרב פינשטיין, אין סיבה לומר שהדבר לא יהיה אפשרי, שהרי כשם שניתן להוסיף למסת הנכסים של הנכס המשועבד הנקרא חברה, כך ניתן לגרוע ממנו.

10. הרב משה פינשטיין נוקט¹⁴ כי בחברה בע"מ יש שעבוד נכסים אף כשאין

שעבוד הגוף, ולא חלה כלל מחויבות אישית (שעבוד הגוף) על הלווה. ברם, נראה כי רוב הפוסקים מתייחסים אל החברה בע"מ דווקא כשעבוד הגוף תוך הסכמה מפורשת שלא להיפרע מהחייב אלא מנכס מסויים, דבר המכונה "אפותיקי מפורש" עליו נעמוד להלן.¹⁵

ד. חברה כשותפות עם שעבוד מוגבל מסוג של "אפותיקי מפורש"

11. פוסקים רבים יוצאים מנקודת הנחה מקלה, מבחינת הנושים, כי מבחינה הלכתית אין אפשרות ליצור "גוף משפטי" יציר האדם וממילא אין אישיות משפטית נפרדת לחברה בע"מ אלא יש לראות את בעלי המניות כשותפים.¹⁶

14. זו המציאות הפשוטה מבחינת דינא דמלכותא. החידוש של הרב פיינשטיין הוא בנ"מ של מציאות זו לעניין דיני ריבית. ברם, בהחלט ייתכן שגם האג"מ יודה שיש לדמות את דיני החברה בע"מ לדיני אפותיקי מפורש.

15. ב"אפותיקי מפורש" הלווה חב בחוב באופן אישי אלא שיש הסכמה לפיה אי אפשר יהא לגבות את החוב אלא מנכס מסויים, וממילא אם הלווה מנסה למכור את הנכס המשועבד הוא יהיה מנוע מלעשות כן ואם עשה זאת הרי שהחוב יחול על כלל נכסיו. לעניין זה ראה רמ"א חו"מ קיז, א ממנו עולה כי זוהי שיטת הרמב"ם והשו"ע.

16. במשנה-הלכות ורעז, פסק כי חברה בע"מ היא בגדר של שותפות, כאשר בעלי המניות הם שותפים בנכסים איש לפי השקעתו. הם נחשבים לבעלים לכל דבר ועניין כאשר המנהלים הם באי כוחם. עם זאת אין בעלי המניות אחראים לחובות החברה אם זו הפכה לחדלת פירעון, שכן השותפים הסכימו על שני דברים: א. כי לא יחול על עניינם שעבוד הגוף אלא רק שיעבוד נכסים, של הסכום שכל אחד הכניס בעת כניסתו לחברה. כלומר, הסכמתם היא שכל זמן שימצא נכס מנכסים אלו הרי שמנכסים אלו ייגבו חובות החברה אבל לא חל שיעבוד הגוף כלומר שאין שום אחריות אישית על השותפים. ב. גם ביחס לשעבוד הנכסים - הם עושים תנאי שיהיו בערבון מוגבל, ומחמת כך הערב לנכסים הוא רק הנכסים או הסכום שהושקע עם פתיחת החברה ואין שעבוד על שאר נכסי בעל המניות. ממילא כל מי שעושה מסחר עם החברה הנ"ל, יודע שזה שיעבוד בערבון מוגבל ומסכים לכך. הגבלת אחריות זו אפשרית, שכן מצינו בדין של "אפותיקי המפורש". מסקנת הרב קליין היא כי "החברה היא שותפות בלי שיעבוד הגוף ושיעבוד שאר נכסי אבל השותפים הם הבעלים לכל דבר ולענין תשלומין פטורים משלהם לעולם כיון שזה הי' תנאי שלהם". על כן, "אם באמת הפסידו השותפים ונאבד מעות החברה הנ"ל ובא אחד מהנושים ותבע את הנשיא או שאר

ועם זאת, סבורים הם שיש מקום מבחינה הלכתית להעדר אחריות אישית של בעלי המניות לחובות החברה. זאת מכיוון שהגבלת הערבות של חברה בערבון מוגבל¹⁷ נופלת לגדר המושג של "אפותיקי מפורש", קרי להסכמה של הנושה כי לא יוכל להיפרע אלא מנכס מסוים. יסודו של מושג זה בסוגיה ערוכה במסכת גיטין (דף מ"א ע"א) והדברים נפסקו להלכה בשו"ע חו"מ קיז,א:

עושה שדהו אפותיקי לבעל חובו או לאשה בכתובתה, והוא שיכתוב להם: "מכאן תגבו", ושטפה נהר, הרי זה גובה משאר נכסים וטורף אותם... ואם התנה עמו שלא יהא לו פירעון אלא מזו (קרי "אפותיקי מפורש"), אינו גובה משאר נכסים.

12. בדומה לכך מציין הרב י' וייס במנחת-יצחק (ח"י, קמג ד"ה ופשיטא),¹⁸ כי ההבחנה בין חברה ציבורית לחברה פרטית וההבחנה בין מניות רוב למניות מיעוט נוגעת רק לענייני איסור והיתר (כמו חמץ בפסח המוחזק ע"י חברה). אבל, פשיטא שלענין דיני ממונות לא שייך לחלק בין חברה לחברה, שכן "בנוגע לממון הרי בפירוש התנו שלא נתחייב לפרוע אלא מזה והוי ממש אפותיקי מפורש".

מהנהלים או השותפים, פשוט להלכה ולמעשה שאין שום חיוב תשלומים עליהם לא בדיני אדם ולא בדיני שמים הן ע"פ דין תורה והן ע"פ חוקת המלכות".

17. המונח בע"מ הוא ר"ת של "בערבון מוגבל", ולכאורה מונח זה מהווה מקבילה ברורה למונח "אפותיקי מפורש". אפותיקי הם ר"ת של "אפה תהא קאי - דהיינו מכאן תיקח את כספך. זהו משכון של נכס ספציפי לטובת חוב. והמונח "אפותיקי מפורש" משמעו כי הגביה של החוב מוגבלת לנכס זה בלבד ולא לכלל המסה של נכסי החייב.

18. עם זאת, בהמשך הדברים בסימן קמד שם נקט הרב וייס כי בעל המניות יכול להשביע את השותף המנהל בשבועת השותפים. משמע מדבריו כי דין חברה הוא כדין שותפות לכל דבר. יתירה מכך, לדידו אף שמנהל החברה אינו שותף בה אלא שכיר, הריהו נחשב כ"עוסק בכספי בעלי המניות" ויכולים הם להשביעו.

13. ה"מנחת יצחק" (שם, קמה) מוסיף ומבהיר כי כאשר בעל מניות או מנהל בחברה ערב אישית לחובותיה, משמעות הדבר היא כי הסכים לכך שבפעולתה זו, לה ערב, לא יחול לגביה הדין של "אפותיקי מפורש" וממילא חובו של בעל המניות במקרה זה אינו מדין ערב, אלא לנוכח היותו הלווה באופן אישי. ברם, אם אין ערבות אישית של בעל המניות, הרי שהוא אינו אחראי לחובות החברה באופן אישי, לנוכח הגבלת האחזיות והגדרת החברה כ"אפותיקי מפורש".

14. מהלך זה, הרואה בהגבלת אחזיות אישית של בעלי מניות בחברה תוצאה מן הדין של "אפותיקי המפורש" מעורר קושי,¹⁹ שכן המושג של "אפותיקי מפורש" מבוסס על הסכמה בין שני הצדדים שהשעבוד יהיה מוגבל לנכס מסוים בלבד, ובחברה לנכסי החברה בלבד. לפי זה נמצא, כי בתביעה שאינה מבוססת על עסקה או על הסכמה מראש - לא תשרור הגבלת השעבוד. למשל, אדם קנה נכס מחברה והתברר שזה מקח טעות ועל החברה להחזיר לו את הכסף ששילם. לפי מהלך זה כאשר שילם את הכסף לחברה זכו בו השותפים בעלי החברה וכאשר התברר שהיה זה מקח טעות הרי יש בידם את כספו של הקונה. ברם, שכאן לא היתה הסכמה מצד הקונה לאפותיקי מפורש, שהרי הכסף ניתן בטעות. צריך אפוא להיות שאם אח"כ תקלע החברה למצב של חדלות פירעון - יוכל הקונה לתבוע את בעלי החברה באופן אישי. בדומה לכך, מקום שבו העביר אדם כסף לחשבון חברה בטעות, או אדם שהשביח נכסים של חברה ותובע את הוצאותיו מדין "יורד לתוך שדה חברו". גם כאן אין הסכמה מראש להגביל את התביעה לנכסי החברה בלבד, שהרי ההשקעה בחברה לא נעשתה ככוונת מכוון ובהסכמה. מדוע אם כן לא ניתן לתבוע את הבעלים אישית כאשר החברה נקלעה למצב של חדלות פירעון?

19. נתיבות-שלום (לר"ש גלבר) ריבית קעגט (לב).

ה. "אפותיקי מפורש" רק כשיש אומדנא דמוכח שלכך כיוונו הצדדים

15. בהתאם לעקרון האמור נראה לכאורה, כי לא ניתן לרוקן את השעבוד מתוכן ע"י ריקון נכסי החברה, אף לפי מי שסובר כי מדובר ב"אפותיקי מפורש", וזאת מהטעם המבואר ע"י הרב ואזנר²⁰ כי הדין של "אפותיקי מפורש" חל רק כשהמלווה נתן את ההלוואה על בסיס שיעבוד נכס מסוים הנחשב בעיני המלווה לנכסי צאן ברזל. על כן, החלת דין "אפותיקי מפורש" על חברה, מותנה בכך שעסקינן בחברה שהינה בת רכוש קבוע בשיעור המספיק לכיסוי חובות החברה. אבל, אם אין לחברה רכוש המספיק לכיסוי התחייבויותיה, כגון חברה שהוקמה לצורך מתן שירות, הרי שאין לחברה דין "אפותיקי מפורש" ותחול מחויבות אישית של בעלי המניות.

16. המנחת-יצחק (שם, קמג) הוסיף והביא בהקשר זה את דברי הרמ"א (ק"ז, א) כי אם נמצא שהאפותיקי אינה של הלווה הרי שהמלווה רשאי לגבות מהלווה אישית, שכן הדין של "אפותיקי מפורש" נחשב לטעות מעיקרא. נראה

20. שבט-הלוי ח, שו ובלשונו: "שכיה שאדם יחיד עושה למסחרו חברה כזאת לעצמו, והוא נהנה מזה כאדם העושה בתוך שלו ממש ואחרים משקיעים אצלו כספים. וכשכבר סחט מהחברה הזאת מה שאפשר הוא טוען שגוף שלישי הוא ואינו חייב באחריות עליה, והוא דבר שאין דעת תורה סובל, ואין זה דומה כלל למלוה מעות את הכהן ואת הלוי בגיטין שם - דהמלוה בטוח ממש בממונו, וכן אפותיקי מפורש שבדרך הטבע הוא למלוה כנכסי צאן ברזל. לכן יראה לענ"ד שאין לדון חברה בע"מ כאפותיקי מפורש, אלא: כשבעל החברה יכול להוכיח בראיות ברורות שלא נהנה מהחברה יותר משיעור המותר; ושמה שעתה פושט הרגל הוא באונס ממש דומיא דשטפה נהר של אפותיקי, אבל כשרגלים לדבר שפשטת רגל באה באשמת בעל החברה אנו סהדי שלזה לא הסכים המלווה מעולם. אעפ"י שכל תנאי שבממון קיים, אומדנא דמוכח הוא שלזה לא הי' דעתו מסכים. וכי מי שעושה אפותיקי מפורש ולא שטפה נהר מאונס אלא הלוח במזיד איבד את קרקע האפותיקי, הכי יכול לטעון: לא יהי' לך פירעון אלא מזה? ומה מועיל בזה דינא דמלכותא שהעיר כ"ת מסי' שס"ט וסי' שנו' ועוד אם המדובר במעשה מרמה מחושבת. ורק אם בעל החברה יוכיח שהכל התנהג כהלכה, ואז כאשר יקרה לו אונס יש לדון דכל תנאי שבממון קיים כהאי גוונא".

אפוא כי לשיטת ה"מנחת יצחק" אם יתברר בחברה בע"מ שהיתה טעות או מרמה מצידה בעת שגייסה כספים מן הנושים, או ברישום הרכוש בספריה - הרי שתחול אחריות אישית על בעלי המניות.

17. זאת ועוד, מדברי ה"מנחת יצחק" (שם, קמה) עולה כי גם אם בשעת ההלוואה לא היה בידי החברה הון הראוי לשמש כ"אפותיקי המפורש", אם היה לחברה יסוד להניח כי בעת שיועדה בהסכם ההלוואה לפירעון החוב יהיו לה נכסים ומקורות כספיים מספיקים לשם כך, הרי שהדבר עולה כדי "אפותיקי מפורש". זאת, בהתאם למה שהסברנו לגבי פסקו של הרב פינשטיין, מכיוון שה"נכס המשועבד" אינו נכסי החברה (שבעת נטילת ההלוואה לא היה בהם די לפירעון החוב) אלא החברה עצמה, על כל מה שייכלל בה. ברם, אם היה ברור בשעת ההלוואה כי ה"מימון דק",²¹ דהיינו שההון העצמי ביחד עם זרם ההכנסות הצפוי לא יספיק לפירעון מלא חובות החברה, הרי שיש מקום לומר כי על דעת כן לא היה המלווה מלכתחילה מסתמך על נכסי החברה בלבד, וחלה מחויבות אישית של בעל המניות לפירעון החוב.

18. גדריו האחריות האישית המוגבלת בחברה מוגדרים כתנאי בעצם ההלוואה, וכן סמכויות המנהלים והאיסור החל עליהם בחוק להעדיף נושים, מוגדרים בהלכות תנאים מצד ההסכמה של הצדדים הבאים במגע עם החברה. כך פוסק באגרות-משה (חו"מ ח"ב סי' סב) כי במקרה של העדפת נושה ע"י חברה בע"מ שנקלעה לחדלות פירעון, חובה עליו להחזיר לקופת הפירוק את מה שקיבל, וכן חלה אחריות אישית של המנהלים שסייעו בידיו של נושה זה. ברם, אם עדיין לא הפכה החברה לחדלת פירעון והמנהלים נשאו ונתנו כדין עם נושה מסוים שהקדים לתבוע "הרי עשה כדין ואינו צריך להחזיר".

21. תופעה שהינה שכיחה בשלבי ההסתככות המתקדמים של החברה, כשהבעלים או המנהלים נוטלים הלוואות ו"מגלגלים חובות" מתוך מטרה לדחות את הקץ, אף שהם יודעים כי לזה שהלווה אחרון לא יהיה מהיכן להיפרע.

19. הרב מנשה קליין כותב במשנה-הלכות (ח"ו רעז): "אם אחד מהמנהלים יצא ללוות כסף למסחר החברה ואמר ללווה שהוא בעצמו יהא משועבד - ודאי שחייב לשלם לו שהרי במקרה זה הוא שיעבד את עצמו להשבת מעות אלו". ועוד הוא כותב שם ששותפות שנעשתה חברה בע"מ לצרכי מס גרידא, והשותפים התנו ביניהם כי החברה היא אך כסות וכי בפועל הם מקבלים עליהם כל דיני שותפות על פי דיני התורה עם כל השעבודים, הרי שחלה עליהם אחריות אישית והם לא יוכלו לפטור עצמם באמצעות דיני החברות ולטעון מכח דינא דמלכותא, שהרי מלכתחילה לא זה היה בסיס ההתקשרות בין הצדדים. ברם, אם לא דובר על זה בפירוש הרי שבא מעשה יצירת החברה בע"מ ומבטל את המחשבה של שותפות רגילה. דברים אלה נכונים לכאורה לא רק ביחסים שבין בעלי המניות לבין עצמם, אלא גם לגבי צדדי ג' שסחרו עם החברה. ברם, אם אותם צדדי ג' ידעו שאין זו חברה בע"מ כהויתה אלא היא משמשת כסות משפטית גרידא, או אם עסק מסוים לא נעשה על דעת שיהא אפותיקי מפורש הרי שלא חלה כאן הגבלת אחריות ובעל המניות נושא באחריות אישית לחובות החברה ומחויבויותיה.

20. הרב קליין מוסיף ומציין כי אם בעלי החברה משכו ממנה כספים בסמוך לחדלות הפירעון - הרי הם גזלנים וחלה עליהם בפשטות חובת תשלום אישית. יש לעיין עם זאת, האם חובה זו הינה לתשלום מלוא חובות החברה באופן אישי, או שהחיוב מוגבל לסכום שאותו נטלו שלא כדין. כמו כן, יש לעיין האם יכול בעל חוב אחד מתוך נושים רבים לתבוע חוב זה, ואם יהיה הדבר תלוי בכללים של "הרמת המסך" הקבועים בחוק, שהרי זהו הבסיס למנהג ולאומדנא של הצדדים לראות בחברה "אפותיקי המפורש".

ו. ערבוב נכסי - כגורם ל'הרמת מסך'

21. ההגדרה של עיסוק מול חברה בע"מ שאין אפשרות לגבות מבעלי מניותיה ויש להסתמך רק על נכסיה, כמתן אשראי בתנאים של יצירת

"אפותיקי מפורש", גוזרת לכאורה גם את היקף ההגבלה על האחריות האישית ונובעים ממנה הגדרים של "הרמת מסך". זאת מכיוון שהפטור יוצא מנקודת הנחה שהלווה ישמור על האפותיקי המשמשת לפירעון - קרי על נכסי החברה. על כן, אם החברה נוהלה ברשלנות והלווה איבד את האפותיקי בפשיעה (כלומר, ברשלנות) הריהו חייב לפרוע מנכס אחר, שכן "אנן סהדי" (כולנו עדים) שהמלווה לא היה מסכים להלוות ולהגביל את שעבודו לנכס המשמש כאפותיקי מפורש בלבד, אילו היה יודע שהלווה יפשע (יתרשל) בשמירה על קיום האפותיקי.

22. ואכן, הרב ואזנר מחדש כי בעל החברה יפטור מאחריות אישית, אך ורק בהתקיים שני התנאים המצטברים הבאים:

בעל החברה הוכיח בראיות ברורות שהחברה נקלעה לחדלות פירעון באונס ממש - כעין האונס שמובא בגמרא אודות אדם שעשה שדהו אפותקי ו"שטפה נהר";

בעל החברה לא נטל מהחברה ונהנה, בעצמו או באמצעות מקורביו, מנכסי החברה יותר משיעור המותר.

אם לא התקיים אחד מתנאים אלו, הרי שברור לנו ("אנן סהדי") כי המלווה לא היה מסכים מלכתחילה כי החברה תהא "אפותיקי מפורש", וממילא בעל החברה אחראי בעצמו לחובותיו. ביחס לשני התנאים האמורים מעיר הרב יעקב פרבשטיין²² כדלהלן.

ביחס לתנאי הראשון של הרב ואזנר, מעיר הרב פרבשטיין כי לא ברור מדוע יצטרך הלווה להוכיח בראיות ברורות שלא פשע, שעה שכאשר נעשה

22. הרב יעקב פרבשטיין "גדר חברה בע"מ לדיני ממונות" קובץ-ישורון כ עמ' תקע.

"אפותיקי מפורש" ולא היה שעבוד על שאר הנכסים, חובת ההוכחה היא על התובע.

ואכן, נראה לומר כי חידושו של הרב ואזנר מתייחס למצב ש"רגלים לדבר שחללות הפירעון באה באשמת בעל החברה". על כן, ומחמת כך, מוטל נטל הראיה על בעל החברה. לעומת זאת בסוגיה של שטפה נהר, שזה מקרה של אונס מובהק מעצם טבעו, נותר נטל הראיה על התובע קרי על המלווה, ועליו להתכבד להוכיח כי הייתה פשיעה שהביאה להפסד הנכס המשועבד.

23. ביחס לתנאי השני מעיר הרב פרבשטיין, כי מדברי הרב ואזנר עולה כי מי שעשה אפותיקי מפורש והלווה גרם לאבדן האפותיקי בפשיעה (כלומר, ברשלנות) הריהו חייב לפרוע מנכס אחר. זאת מכיוון ש"אנן סהדי" (כולנו עדים) שהמלווה לא היה מסכים להלוות ולהגביל את שעבודו לנכס המשמש כאפותיקי מפורש בלבד, אילו היה יודע שהלווה יפשע (יתרשל) בשמירה על קיום האפותיקי. ברם, שדברים אלו סותרים לכאורה הלכה פסוקה בשולחן ערוך, חושן משפט סימן קי"ז סעיף ו': "עבד שעשאו רבו אפותיקי, ושחררו, אף על פי שכתב לו: לא יהיה לך פירעון אלא מזה, יצא לחירות, ובעל חוב גובה חובו מהלווה וכותב עליו שטר, וטורף מזמן זה השטר (השני)". ומבאר הסמ"ע בס"ק כ"א "פירוש (המלווה גובה מהלווה מכח השטר השני), ולא מזמן ההלוואה הראשונה, שכן השטר הראשון נחשב לפרוע,²³ שהרי הוגבל לאפשרות גבייה מן העבד בלבד. ברם, שהלווה התחייב בחיוב חדש באשר הזיק את המלווה ע"י שחרורו של העבד, והדבר נחשב כמי ש"הזיקו אחר ונתחייב לו מעתה מזמן הזיקו". הנה כי כן, לווה שהזיק את האפותיקי בידיים, לא ביטל ע"י זה את האפותיקי, ואין אנו אומרים כי ההלוואה קיימת

23. אכן, החוב לא נחשב לפרוע, ואם הלווה לא מביא כספים אישיים שלו הוא נחשב ל"לווה רשע ולא ישלם". אבל אין אפשרות להחיל את השעבוד שנקבע בשטר המשכנתא שכן אין לנו מהיכן לגבות. לעניין זה ראו: מגיד-משנה מלווה ולווה כב, טו; סמ"ע חו"מ קג ס"ק ו.

כבראשונה ויש לפרעה, אלא שההלוואה נחשבת כפרועה, ולכל היותר נחייב את הלווה על שהזיק את האפותיקי מדין מזיק (גרמי). בהתאם לכך נמצא, כי בעל חברה שהתרשל במסחרו, חיוב ההלוואה לא חל עליו אישית וממשיך לחול הדין של "אפותיקי מפורש" שמכוחו לא ניתן לגבות מנכסים אחרים של יוצר ההתחייבות. מן ההלכה הפסוקה בשולחן ערוך עולה כי למרות שהלווה הוא שגרם להרס האפותיקי לא אומרים כי "אנן סהדי" שעל דעת כן לא הסכים המלווה להגביל עצמו לגביה רק מהנכס ("אפותיקי מפורש"). מצד שני, במקרה של פגיעה בנכס המשועבד באופן שאינו ישיר אלא ע"י ניהול רשלני בלבד, גם לא יחול חיוב נזיקי. גם אם יש רשלנות מסוימת ואין להגדיר את הנזק כאונס גמור, הרי שמכל מקום אין להחשיבו כמזיק את ממון החברה באופן ישיר (העולה כדי "גרמי") ולא יחול חיוב מדיני נזיקין.²⁴ אם כן כיצד נקט הרב ואזנר כי ניתן לתבוע את בעל החברה?²⁵

24. בעקבות הערתו החריפה של הרב פרבשטיין נראה כי יש להבין את דברי הרב ואזנר כמכוונים לחידוש היורד לשורש הדברים בדיני חברות:

אכן, הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך (חושן משפט סימן קי"ז סעיף א') כי מקום שבו יש לאדם כמה נכסים והוא מייחד נכס אחד מסוים לפירעון החוב - אי אפשר לגבות משאר הנכסים גם אם הוא עצמו גרם לאבדן הנכס הזה. איבוד הנכס צריך להתברר באספקלריה של דיני הנזיקין אבל אין בו כדי לחשוף את שאר נכסי החייב לשמש כבטוחה לחוב לאחר שהותנה מראש כי

24. לעומת זאת, במשנה-הלכות ורעז פסק כי אם המנהל לא ניהל את העסק כדבעי, או שהוציא כסף שאינו ראוי, הריהו חייב בניזקין. אכן, גם במקרה זה סבור הרב קליין כי אין עליו שעבוד הגוף ועל כך תמה הרב יעקב פרבשטיין כי הדברים נוגדים לכאורה להלכה הפסוקה בשו"ע כי המזיק שעבודו של חברו חייב גם בדיני אדם.

25. הרב פרבשטיין מציין כי יתכן שהרב ואזנר התייחס בתשובתו למקרה חריג (שבו סביר להניח שאנן סהדי שלכך לא היה המלווה מסכים). "אך עצם העובדה שהרב ואזנר הדפיס את התשובה בעצמו שבט-הלוי מוכיחה שמדובר במקרה שבא ללמד על איזשהו כלל".

הם לא ישתעבדו להבטחתו. הן בעת יצירת ההגבלה על השעבוד - היה נכס זה בעולם, ומה שקרה לאחר מכן, לא יכול להשמיט את הגבלת האחריות של החייב שנעשתה בעת יצירתה באופן ראוי. העובדה שאדם מפר התחייבויות, או נוהג באופן מזיק, לא משמיטה את עצם יצירת ההסכמה מעיקרא.²⁶

ברם, יש להבין כי ב"אפוזיטיבי מפורש" כלולות שתי הסכמות: האחת היא לגבות רק מנכס מסויים. והשנייה היא - שלא לגבות משאר הנכסים. מקום שבו החייב פוגע בהסכמה הראשונה, והורס את הנכס שאותו שיעבד, הרי שההסכמה השנייה עדיין בעינה עומדת ואי אפשר לגבות משאר הנכסים. אבל, מה יהא הדין כשפוגעים בהסכמה השנייה, ולא שומרים על הפרדה רכושית בין הנכס הראשון לבין שאר הנכסים?

25. חברה בע"מ - היא נכס (כפי שבארנו לעיל), שכל מהותו היא כי יתנהל באופן נפרד משאר נכסי בעלי המניות. היה והנכס מתנהל תוך ערוב נכסי עם שאר הנכסים של בעל המניות (למשל כשבעל החברה נוטל מהחברה, בעצמו או באמצעות מקורביו, יותר משיעור המותר), הרי שהוא משמיט בכך את עצם הגדרת החברה כנכס נפרד.

מי שמנהל חברה תוך ערוב נכסי כאמור אינו יכול לטעון כי הגביה של החוב הוגבלה לנכסי החברה, קרי לנכס המתנהל בנפרד, שהרי הוא עצמו לא הקפיד על ניהול באופן נפרד, וכשהדבר נגע לטובתו שלו הוא ערבב את נכסי החברה עם שאר נכסיו. אין הדבר דומה למי שמשימך את הנכס המשועבד לאחר

26. לעומת זאת, מקום שבו מתברר כי הנכס שהוגדר כ"אפוזיטיבי מפורש" לא היה בבעלותו של החייב מעיקרא - ברור שפוקעת כל ההתניה שלא לפרוע מנכסים אחרים של החייב. ר' רמ"א על שו"ע הנ"ל: "עשה שדהו אפוזיטיבי מפורש, שאמר לא יהא לך פירעון אלא מוזו ונמצא שהשדה לא היתה שלו - יש אומרים שגובה משאר הנכסים (רבנו ירוחם נתיב ו' ח"ג בשם התוספות)". כך למשל בענייננו אם יתברר כי מעיקרא החברה הייתה חדלת פירעון בעת נטילת ההלוואה או שהוקמה מלכתחילה כפיקציה ולא נועדה להיות בת חיות ממשית ונפרדת משלה, הרי שתחול במקרים אלו אחריות אישית של בעלי החברה לפירעון חובות החברה.

ששעבדו, אלא למי שפוגע בעצם הגדרת הנכס כנכס נפרד, שאז נמצא כי עצם הגבלת השעבוד הייתה בטעות. "אנן סהדי" שבמקרה כזה המלווה לא הסכים להגביל עצמו ולגבות מנכס זה בלבד.

הדבר דומה למי שהסכים לגבות אך ורק את התוכן של חבית שיש לה תחתית סגורה, ולא לקחת דבר מהחבית שתחתיה, ואז הלך החייב וניקב את תחתית החבית העליונה. איך אפשר לבא לנושה ולומר לו כי התחייב להגביל עצמו לגבות רק מתוכן החבית הראשונה שתתנהל תמיד בנפרד, שעה שהחייב עצמו ניקב אותה וחיבר אותה עם החבית השניה? למצב דברים שכזה לא ניתנה הסכמת המלווה מעיקרא שלא לגבות מהחבית התחתונה.

לכן, המלווה יכול במקרה זה לומר ללווה כי הוא מעולם לא הסכים להגביל את הגביה ולקחת רק מנכס המתנהל בנפרד שעה שאין נכס שכזה. זהו דבר היורד לשורש הגדרת החברה כנכס נפרד והוא הטמון ביסוד פסקו של הרב ואזנר.

ז. סיכום

26. מן המקובץ עולה אפוא כדלהלן:

גדרי האחריות האישית המוגבלת בחברה מוגדרים כתנאי בעצם ההלוואה, וכן סמכויות המנהלים והאיסור החל עליהם בחוק להעדיף נושים, מוגדרים בהלכות תנאים מצד ההסכמה של הצדדים הבאים במגע עם החברה. "ומיהו ודאי שאם אחד מהמנהלים יצא ללוות כסף למסחר החברה ואמר ללווה שהוא בעצמו יהא משועבד - ודאי שחייב לשלם לו שהרי במקרה זה הוא שיעבד את עצמו להשבת מעות אלו".

גם אם בשעת ההלוואה לא היה בידי החברה הון הראוי לשמש כ"אפותיקי המפורש", אם היה לחברה יסוד להניח כי בעת שנקבעה לפירעון ההלוואה יהיו לה נכסים ומקורות כספיים מספיקים לשם כך, הרי שהדבר עולה כדי

אפתיקי מפורש - וזאת מכיוון שה"נכס המשועבד" אינו נכסי החברה (שבעת נטילת ההלוואה לא היה בהם די לפירעון החוב) אלא הנכס הוא החברה עצמה, על כל מה שייכלל בה. ברם, אם היה ברור בשעת ההלוואה כי בפנינו "מימון דק",²⁷ דהיינו שההון העצמי של החברה, ביחד עם זרם ההכנסות הצפוי, לא יספיקו לפירעון מלוא חובות החברה, הרי שיש מקום לומר כי על דעת כן לא היה המלווה מלכתחילה מסתמך על נכסי החברה בלבד, וחלה מחויבות אישית של בעל המניות לפירעון החוב.

27. אם יתברר בחברה בע"מ שהיתה טעות או מרמה מצידה בגיוס הכספים מן הנושים, או ברישום הרכוש בספריה - תחול אחריות אישית על בעלי המניות.

שותפות שנעשתה חברה בע"מ לצרכי מס, והשותפים התנו ביניהם כי החברה היא אך כסות וכי בפועל הם מקבלים עליהם כל דיני שותפות על פי דיני התורה, עם כל השעבודים, הרי שחלה אחריות אישית, שהרי מלכתחילה זה היה בסיס ההתקשרות בין המצדדים. ברם, אם לא דובר על כך בפירוש הרי שמעשה יצירת החברה בע"מ מבטל את המחשבה של שותפות רגילה. דברים אלה נכונים לכאורה לא רק ביחסים שבין בעלי המניות לבין עצמם, אלא גם לגבי צדדי ג' שסחרו עם החברה.

אם בעלי החברה משכו ממנה כספים בסמוך לחדלות הפירעון חלה עליהם חובת תשלום אישית של חובות החברה.²⁸

27. תופעה שהינה שכיחה בשלבי ההסתבכות המתקדמים של החברה, כשהבעלים או המנהלים נוטלים הלוואות ו'מגלגלים חובות' מתוך מטרה לדחות את הקץ, אף שהם יודעים כי לזה שהלווה אחרון לא יהיה מהיכן להיפרע.

28. יש לעיין עם זאת, האם חובה זו הינה לתשלום מלוא חובות החברה באופן אישי, או שהחוב מוגבל לסכום שאותו נטלו שלא כדין. כמו כן, יש לעיין האם יכול בעל חוב אחד מתוך נושים רבים לתבוע חוב זה, ואם יהיה הדבר תלוי בכללים של "הרמת המסך" הקבועים בחוק.

28. בעל החברה ייפטר מאחריות אישית, אך ורק בהתקיים שני התנאים המצטברים הבאים:

א. במצב ש"רגלים לדבר שחדלות הפירעון באה באשמת בעל החברה" מוטל על בעל המניות להוכיח בראיות ברורות שהחברה נקלעה לחדלות פירעון באונס ממש - כעין האונס שמובא בגמרא אודות אדם שעשה שדהו אפותקי ו"שטפה נהר". לעומת זאת במקרה של אונס מובהק מעצם טבעו, נותר נטל הראיה על התובע קרי על המלווה, שיתכבד להוכיח כי הייתה פשיעה שהביאה להפסד הנכס המשועבד;

ב. בעל החברה לא נטל מהחברה ונהנה, בעצמו או באמצעות מקורביו, מנכסי החברה יותר משיעור המותר. ברם, אם בעל החברה ניהל את ענייניה בלא להקפיד על הפרדה נכסית בינה לבין הנכסים האישיים שלו, הרי שהוא משמיט בכך את עצם הגדרת החברה כנכס נפרד וממילא פקעה מחויבות הנושים שלא לגבות מנכסיו האישיים.

פרק ב: הפקעה לצורכי ציבור כשפג הצורך הציבורי

א. מבוא - פסק הדין בבית המשפט העליון

1. בבית המשפט העליון, בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, התעוררה שאלה בעניין "קרטיק":¹ מה הדין כאשר הופקעו מקרקעין לצורך ציבורי, ולאחר מכן התברר כי צורך זה חדל מלהתקיים? לדוגמה, הופקעו מקרקעין לצורך הקמת בית חולים, אך בפועל חלפו שנות דור, ובית החולים נסגר או לא הוקם, או שאין צורך בו, מפני שהוקם בית חולים אחר בקרבת מקום. "רשות מקרקעי ישראל" מתכוונת למכור את המקרקעין במכרז למי שיקים עליהם מיזם פרטי של בנייה למגורים או קניון מסחרי: האם הבעלים המקוריים או יורשיהם זכאים לדרוש כי יוחזרו להם המקרקעין?

2. בית המשפט קבע כי אם חדל להתקיים הצורך הציבורי, ההפקעה בטלה והמקרקעין חוזרים לבעליהם. מסקנת השופטים הייתה אחידה, אך לא כן הנימוקים שהובילו למסקנתם. השופטים חשין וזמיר מצד אחד והנשיא ברק מצד שני הציעו כל אחד נימוק משלו.

3. בדברינו להלן, נתאר תחילה את נימוקיהם של השופטים חשין וזמיר ואת הביקורת המוצדקת לכאורה של השופט ברק עליהם. לאחר מכן נוסיף לעיון בסוגיה זו תוכנות השאובות ממיטב הלמדנות הישיבתית, ועל פיהן נראה כי נקודת המבט משתנה.

ב. נימוק השופט חשין וביקורתו של השופט ברק

4. השופט חשין מחדש כי ההפקעה אינה מוחקת כליל את זכות הבעלות של הבעלים המקורי, וכי גם לאחר ההפקעה יש לבעלים המקורי "זיקה

1. בג"ץ 2390/96 יהודית קרטיק נ' מדינת ישראל מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625 (2001).

קניינית" לנכס. פשר קביעה זו הוא כי הבעלות היא מעין "קופסה" המכילה בקרבה כמה וכמה זכויות, כגון: השימוש בנכס, הזכות לכלות את הנכס או להורישו או להעביר לאחר או למכור אותו וכיוצא בזה.² ההפקעה מרוקנת את ה"קופסה" של הבעלים המקורי מכל תוכן מעשי, אך אינה מוציאה את ה"קופסה" מידו. הבעלים המקורי נשאר עם בעלות מופשטת העשויה להתמלא שוב תוכן, אם יתברר שהצורך הציבורי שלשמו בוצעה ההפקעה אינו קיים עוד.

5. השופט ברק חולק על גישתו של השופט חשין בדבר קיומה של "זיקה קניינית". לדעתו, עם ההפקעה, הבעלים המקורי חדל מלהיות הבעלים של המקרקעין, ואף לא נותרת בידו "קופסה ריקה", שהרי מה פשרה של זיקה קניינית לאחר שהופקעו הזכויות ואינן? אחרי הפקעה לטובת המדינה, מה נשאר בידי הבעלים? ואכן, המונח "זיקת בעלות" נותר לכאורה לא מובן.

ג. נימוק השופט זמיר וביקורתו של השופט ברק

6. השופט זמיר מציע נימוק אחר לביטול ההפקעה עם בטלותו של הטעם הציבורי לביצועה. לדידו, ההנמקה טמונה בכך שהסמכות השלטונית היא "סמכות צמודת מטרה". כלומר, לכל סמכות יש מטרה, וקיים קשר הדוק בין הסמכות לבין המטרה. הפעלת הסמכות משנה את המצב המשפטי לאורך זמן בתנאי שמטרת הסמכות קיימת כל אותו הזמן. מטרת הסמכות צריכה להתקיים לא רק בעת הפעלת הסמכות אלא גם לאחר הפעלתה. כאשר התנאי חדל להתקיים, המצב המשפטי הנוצר עם הפעלת הסמכות צריך להשתנות. כזו היא לדוגמה הסמכות המוענקת לשר הביטחון בסעיף 2 לחוק סמכויות

2. י' ויסמן, דיני קניין: בעלות ושיתוף, ירושלים 2005, עמ' 31; א' וינרוט, דיני קניין - פרקי יסוד, תל-אביב תשע"ו, עמ' 16.

שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979, להורות על מעצרו המנהלי של אדם, אם טעמי ביטחון מחייבים להחזיקו במעצר. וכזו היא גם הסמכות של פסיכיאטר מחוזי לפי סעיף 11 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, להורות על טיפול מרפאתי כפוי לחולה נפש הזקוק לטיפול. בסמכויות מעין אלה, אם מטרת הסמכות שהייתה קיימת בעת ההחלטה על הפעלתה חדלה להתקיים, אפשר שיבטל אותה בית המשפט³. לדברי השופט זמיר, יש לראות גם בסמכות להפקיע כסמכות צמודת מטרה התקפה כל זמן שהצורך הציבורי קיים, אך מש"עבר זמנו בטל קרבנו".

7. השופט ברק תמה על גישתו של השופט זמיר, ומבהיר כי אילו היה "מוסד" ההפקעה בנוי על התפיסה שההפקעה אינה פעולה חד פעמית, אלא פעולה נמשכת היונקת תדיר את זכות הקיום שלה מתוך רצונה המתמיד של הרשות המפקיעה, אכן ניתן היה לומר כי משעה שהמטרה הציבורית חדלה להתקיים, ההפקעה מתבטלת. אך ההפקעה אינה פעולה נמשכת, אלא פעולה חד פעמית של רכישה כפויה, שבסופה נעשית הרשות הציבורית בעלת הזכויות הקנייניות במקרקעין. משכך, אין לדבר על סמכות צמודת מטרה שחובה כי תתקיים כל התקופה, וגם משתמה המטרה הציבורית, אין בדבר זה לעצמו כדי לבטל את ההפקעה שבוצעה בשעתו למטרה ראויה.

8. ביקורתו של השופט ברק בעניין זה מבוססת על הבחנה בסיסית בין אקט פיסיו לבין פעולה משפטית. מעצר מנהלי או טיפול פסיכיאטרי כפוי הם בגדר אקט פיסיו. מבחינה משפטית, לא השתנה דבר באדם, והוא ממשיך להיות זכאי

3. בבג"ץ 31/48, טובה יכימוביץ נ' רשות מוסמכת לצורך תקנות ההגנה, 1939 ו-1954 (א. ברגמן) ואח', פ"ד ב 198 (1949), קבע השופט זילברג ביחס להחרמת נכסים על-פי תקנה 48 לתקנות ההגנה, 1939: "החרמה אינה מעשה חד-פעמי ומוגמר, אלא פעולה רצופה ושוטפת, היונקת תדיר את זכות הקיום שלה מתוך רצונה המתמיד של הרשות המחרימה". והשופט זמיר מוסיף כי הוא הדין ביחס להפקעה.

לחירותו. על כן, אנו עומדים בפני קונפליקט מתמיד בכל רגע נתון בין המצב המשפטי לבין המצב הפיסי, שנשללת מן האדם חירות שהוא עדיין זכאי לה. במקרה זה, מדובר ב"סמכות צמודת מטרה", והפעלתה היא בגדר דבר הטעון בדיקה והסמכה חוקית מחדש בכל רגע ורגע. לעומת זאת, ההפקעה היא פעולה משפטית של שלילת הבעלות, ופעולה משפטית היא אקט חד פעמי וסופי המסתיים עם ביצועו, ואינו מתבצע שוב ושוב מחדש בכל רגע ורגע, וממילא אין היא בגדר "פעולה צמודת מטרה". ואכן, כשמעיינים בתמיהתו של השופט ברק, קשה לכאורה להבין את עמדתו של השופט זמיר.

ד. נימוקו של השופט ברק

9. השופט ברק מגיע גם הוא למסקנה כי משבטל הצורך הציבורי שלשמו הופקעו המקרקעין, בטלה ההפקעה. אולם נימוקיו למסקנה זו יסודם במעמד העל-חוקתי שניתן לזכות הקניין בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. חוק יסוד זה אינו יוצר זיקה קניינית בין הבעלים המקוריים לבין המקרקעין המופקעים, אך יש בו כדי להטיל על המדינה חובה לבטל את ההפקעה כשהמטרה הציבורית חדלה להתקיים. חוק יסוד זה יוצר חובת השבה של המקרקעין לבעליהם המקורי, וחובה זו ניצבת אל מול בעלות המדינה מכוח פקודת ההפקעות וגוברת עליה.⁴

ה. הנפקות המשפטית בין נימוקי השופטים

10. נראה לכאורה כי יש נפקות משפטית בין נימוקיהם של השופטים. לפי נימוקם של השופטים חשין וזמיר, זכויות המדינה הן בגדר "בעלות ציבורית"

4. רעיון דומה מצאנו במשפט העברי בדבריו של הרב חיים הלוי סולובייצ'יק, ולפיהם הגנבה היא בגדר פעולה בת תוקף קנייני, ומכוחה הגנב רוכש בעלות בנכס, אך כנגד פעולת הקניין ניצבת החובה להשיב את הנכס לבעליו המקורי (אם לא חל בו שינוי). חיוב הלכתי זה, מדין "והשיב את הגזלה", מונע את תוקף הרכישה. לעניין זה, ראה אברהם וינרוט, גניבה וגזלה - פרקי יסוד, ירושלים תשס"ב, עמ' כז.

מוחלשת, והיא נסוגה מפני זכות הקניין הפרטית המוגברת של הבעלים המקורי; או היא בגדר זכות הנובעת מאקט מנהלי נמשך תלוי מטרה, המתפוגג עם תום המטרה. עם תום המטרה הציבורית, ניצב הפרט ובידו זכות קניין (זכות בחפצא של הנכס), כאשר מולו אין זכות קניינית בת תוקף של המדינה.

לעומת זאת, לפי דרכו של השופט ברק, יש בידי המדינה זכות קניין גמורה ומוחלטת, ואילו בידי הפרט יש רק זכות אובליגטורית (חובת גברא) כלפי המדינה, אלא שהפרט מתייצב לתקוף את הרשות מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעניק תוקף רב לזעקתו. על כן, אם נפלו פגמים בזעקת ההגיונות של הפרט, למשל בשל שיהוי בהגשת עתירתו, בעלותה של המדינה תיוותר בעינה.

ו. נימוקו של השופט חשין לאור המשפט העברי

11. את גישת השופט חשין בדבר "זיקת קניין", ולפיה יש "קופסה ריקה", ניתן לכאורה להבין לאור ניתוח המושג "איסור הנאה" במשפט העברי.

חפץ שהוא אסור בהנאה הוא חפץ שנשללה הזכות לעשות בו שימוש כלשהו. עם זאת, נראה כי לדעת חלק מן הראשונים, הבעלות בו לא נעלמה לחלוטין, אלא היא נותרת כ"קופסה ריקה". כך למשל הריטב"א⁵ (ר' יום טוב מסיביליה, ספרד, המאות הי"ג-י"ד), סבור שהאדם יכול לצאת ידי חובת מצוות נטילת ארבעת המינים גם באתרוג של ערלה⁶, אף על פי שהוא אסור בהנאה. זאת אף על פי שדרשו חז"ל מן הפסוק המדבר על המצווה ליטול את ארבעת המינים בחג הסוכות, "ולקחתם לכם ביום הראשון" (ויקרא כג, ז), ואמרו: "

5. חידושי הריטב"א, סוכה לה ע"א, ד"ה ושל ערלה פסול.

6. פירות כל עץ אסורים בהנאה בשלוש השנים הראשונות לנטיעתו, והוא הנקרא איסור ערלה, ומקורו בתורה (ויקרא יט, כג).

'לכם' - משלכם", ולמדו שחובה שיהיו ארבעת המינים בבעלות מי שנוטל אותם. הנה לנו שאיסור הנאה אינו מפקיע את הבעלות.

12. בדומה לזה מצינו בדברי הריב"ש⁷ (ר' יצחק בר ששת ברפת, ספרד-אלג'יר, המאה ה"ד), שניתן לרכוש בעלות בחפץ שהוא אסור בהנאה, ור' אריה ליב הכהן, בעל "קצות החושן"⁸ (ליטא, המאה ה"ח), מוכיח כדבריו מסוגיית התלמוד⁹ האומרת שניתן לרכוש בעלות בחפץ ששימש לעבודה זרה, אף על פי שהחפץ אסור בהנאה. הנה כי כן, יש מקום לסברה שהבעלות היא מושג מופשט שאינו תלוי בתועלת שניתן להפיק מן החפץ¹⁰.

7. שו"ת הריב"ש, סימן תא.

8. קצות החושן, סימן ר, ס"ק ה. וראה גם שם, סימן תו, ס"ק ב.

9. עבודה זרה מב ע"א.

10. לעומת גישה זו, השווה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תרב, הפוסק שאי אפשר לקדש אישה באמצעות דבר מה שהיא אסרה על עצמה מכוח נדר שנדרה (אף על פי שהדבר מותר בהנאה לאחרים, ואף על פי שהיא יכולה להישאל על נדרה), משום ש"לזכות במתנה שנתנו לו אחרים ובאותה שעה שאינו יכול ליהנות בו שיהיה שלו [...] דבר זה] אינו, דכיון דבשעה שקבלו אינו יכול לזכות בו ואינו שלו, שוב אין לו בו זכות". כלומר, לדידו, לא ניתן לזכות באיסורי הנאה. וראה אבני מילואים, אבן העזר, סימן כח, ס"ק נו, המטעים שהעובדה שאי אפשר לזכות באיסורי הנאה מלמדת שהבעלות אינה נתפסת בחפץ כשאינה בת מימוש. לכאורה, גישה זו עולה בקנה אחד עם גישתו של השופט ברק, ולפיה אם החפץ מרוקן מכל שימוש, אין פשר לבעלות כמושג מופשט, והיא פוקעת.

וראה בבא קמא סח ע"ב: "אמר ר' יוחנן: גזל ולא נתיימשו הבעלים - שניהן אינן יכולין להקדיש, זה לפי שאינו שלו וזה לפי שאינו ברשותו". הרי לנו קביעה שהעובדה שהנכס כבר אינו ברשות הבעלים ואינו יכול להשתמש בו גורמת לכך שאינו יכול עוד לעשות פעולה משפטית בנכס. עם זאת, יש שהאדם מפיך תועלת מעצם הבעלות המופשטת בנכס, שאינו עומד לרשותו ולשימוש, אך הבעלות מתבטאת בעובדה שהוא יכול לקבוע כי משהו אחר ייהנה מן הנכס. כך למשל יש מי שדנים בשאלה מה יהא הדין אם ייתן איש חפץ אסור בהנאה לאישה שמתר לה ליהנות מן הנכס, בהיותה חולה במצב של פיקוח נפש, ויקדש אותה בחפץ האסור: האם הקידושין תקפים אם לאו? אמנם האישה קיבלה נכס בר שימוש מבחינתה, אבל המקדש אינו בגדר מי שנותן חפץ שלו, כי

ההסבר לשיטת הראשונים, שיש בעלות גם בחפץ האסור בהנאה, מכונה "אריא הוא דרביע עליה [=אריה רובץ על הנכס]"¹¹. כלומר, יסוד המניעה לשימוש בנכס האסור בהנאה אינו עקירת הזכות המשפטית, אלא מדובר במניעה טכנית, חיצונית, בדומה לנטילת נכסיו של אדם והנחתם במקום שנמנעת ממנו גישה פיסית אליהם.

13. בהתאם לכך, מובנת גישתו של השופט חשין, הסבור שההפקעה אינה נוטלת מן הבעלים המקורי את הבעלות אלא רק את זכות השימוש הכלולה בה, כשהרשות המפקיעה היא בגדר "אריה" המונע מן הבעלים המקורי לממש את בעלותו בנכס כל זמן שהרשות משתמשת בו. אבל משעה שנסתלקה המניעה החיצונית ותם השימוש בנכס על ידי הרשות המנהלית המפקיעה, נותרת בעינה הזכות המשפטית של הבעלים המקורי.

ז. נימוקו של השופט זמיר לאור המשפט העברי

14. את שיטתו של השופט זמיר, המדבר על הפקעה זמנית, כל זמן שמתקיימת מטרת ההפקעה, ניתן להבין לאור שיטתו המחודשת של בעל "קצות החושן"¹² בהבנת המושג "מתנה על מנת להחזיר" שבמשפט העברי. בעל "קצות החושן" מחדש כי "מתנה על מנת להחזיר" היא בגדר מתנה גמורה וחלוטה עד לזמן שצריך להחזיר אותה. עם כלות הזמן, המתנה חוזרת מאליה

מבחינתו אין לנכס כל ערך, ולכאורה גם אסור לו לתת אותו, אם בתמורה לו ייהנה מקיומם של הקידושים. ראה אבני מילואים, סימן כח, ס"ק נה. אבל שאלה זו חורגת ממסגרת דיונונו.

11. כך למשל מצינו במסכת עירובין ע"ב, כי אם יש שתי חצרות נפרדות, אסור להוציא חפץ בשבת מחצר אחת לשנייה, אלא אם יש פתח ביניהן המחבר אותן זו לזו, שאז ניתן לעשות "עירוב חצרות". והגמרא אומרת שדין סולם המחבר בין החצרות כדין פתח, ויש בו כדי לחבר את החצרות. והגמרא מעלה את הסברה שאם יש בין החצרות סולם מעץ אשרה של עבודה זרה, אף על פי שהוא "איסור הנאה", הוא עולה כדי פתח, שהרי ניתן בפועל להשתמש בו, אלא ש"אריא דרביע עליה", איסור חיצוני הרובץ עליו, מונע אותנו מלעשות כן.

12. קצות החושן, סימן רמא, ס"ק ד.

לבעלים המקורי, והעובדה שעד אז הייתה בבעלותו המוחלטת של מי שקיבל אותה, אינה גורעת מזכותו של הבעלים המקורי לחזור ולהיות בעל הנכס בכלות הזמן.

15. "קצות החושן" מדמה את הדבר לסוגיה אחרת¹³ בעניין מי שמוריש נכס ואומר: "נכסי לך ואחריך לפלוני. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אין לשני אלא מה ששייר ראשון". כלומר, הראשון יכול לכלות את הנכס, ואינו חייב להשאיר למי שבא אחריו מאומה, ומכאן עולה לכאורה כי בעלותו מוחלטת ואינה מוגבלת. יחד עם זאת, כאשר החפץ נותר בעינו, הוא עובר לשני. הכיצד? הרב שמעון שקופ¹⁴ (בלרוס-ליטא, המאות הי"ט-הכ') מסביר שיש בכל נכס ארבעה ממדים: אורך, רוחב, גובה, זמן. כשם שברור לנו כי ניתן לפצל את הבעלות בנכס לכמה אנשים בשלושת הממדים הפיסיים שלו (חלוקה לאורך, חלוקה לרוחב, חלוקה לגובה; למשל בבית משותף שיש בו כמה קומות), כך ניתן לפצל את הבעלות בנכס בממד הזמן, שבזמן מסוים יהיה שייך לפלוני ובזמן אחר יהיה שייך לאלמוני¹⁵.

16. בהתאם לזה, מובנת שיטתו של השופט זמיר, ולפיה ההפקעה היא בגדר "מתנה על מנת להחזיר" או כמו קנייה בדרך "אחריך לפלוני", במובן זה שהיא מקנה בעלות בזמן מסוים לרשות שהפקיעה את הנכס, אך הבעלות חוזרת לבעלים המקורי בעת שהרשות חדלה להשתמש בנכס.

17. משהובהר הנדבך העיוני של קניין המוגבל בזמן, אנו מגיעים לעומק עיוני

13. בבא בתרא קלז ע"א.

14. חידושי רבי שמעון יהודה הכהן (שקופ), מערכת הקניינים, סימן ת.

15. למעשה, זהו היסוד לבעלות בשיטת time share, ולפיה יש לאדם בעלות מוחלטת במקרקעין במשך שבוע מסוים בשנה מדי שנה בשנה. וראה ש' שילה, "פיצול זכות הבעלות בנכס במשפט התלמודי", דיני ישראל יב (תשמ"ד-תשמ"ה), עמ' קעג.

אחר, שמבהיר הרב שמעון שקופ¹⁶, ולפיו: אם הבעלות היא "גוש אחד", גודעים אותו בפעולה משפטית אחת, מכירה או הפקעה. אבל אם הבעלות היא כמו קו המורכב מרצף אין סופי של נקודות זמן, גם הפקעת הבעלות אינה פעולה חד פעמית אלא פעולה הנמשכת בכל רגע ורגע ממרחבי הזמן.

נראה כי לפי המשגה זו של זכות הקניין, מובנים מאוד דברי השופט זמיר, הסבור כי ההפקעה אינה אקט חד פעמי אלא פעולה נמשכת תלויה מטרה.

ח. סוף דבר

הנה כי כן, מתוך עולמה של הלמדנות התלמודית, מתגלה ממד אחר של הבנה ועומק עיוני בסוגיה זו, שמכוחו ניתן לכאורה ליישב את התמיהות שהעלה השופט ברק כלפי הנמקותיהם של השופטים חשין וזמיר.

ונאמר עוד בשולי הדברים כי מלבד הרציונלים שנאמרו לעיל, נראה כי יש בעולמה של הלכה עוד היבט העשוי להשפיע על הבנת הסוגיה דנא, והוא הפסוק "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח), שנגזר ממנו למשל דין "בר מצרא"¹⁷, ולפיו במכירת מקרקעין, יש זכות קדימה לבעל המקרקעין הסמוכים למקרקעין הנמכרים. בדומה לדין "בר מצרא", ומכוח הכלל "ועשית הישר

16. שם. הדברים מבוארים יותר בדבריו בספר הזיכרון, ברית אברהם, ירושלים תשנ"ג, "סוגיה ראשונה דבר פדא", שיעור א. סעיף ה, עמ' שצה. וראה גם ספר הזיכרון למרן הגר"ח שמואלביץ, ירושלים תש"ס, עמ' 445. הרב שמעון שקופ מחדש את הדברים לא רק לגבי קניין אלא אף לגבי קידושין (אף על פי שבקידושין לא חל כמובן המונח "קניין לזמן"). ביחס לזה, מסופר כי הרב חיים סולובייצ'יק פגש את רבי שמעון שקופ ואיחל לו מזל טוב לרגל נישואיו, שחלו עשרות שנים לפני כן. וטעמו ונימוקו של הרב סולובייצ'יק עמו: הקידושין חלים בכל רגע ורגע מחדש. תשובת הרב שקופ הייתה שאמנם כן הוא, אבל גם ברכת "מזל טוב" שנתברך על ידו בשעת נישואיו חלה ותקפה בכל רגע ורגע מחדש.

17. ראה רמב"ם, הלכות שכנים, פרק יב, הלכה ה, המבאר כי מקורו של דין הקדימה של "בר מצרא" בפסוק "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח): "אמרו חכמים הואיל והמכר אחד הוא [כלומר, שלא איכפת לו למוכר למי הוא מוכר, ואין לו הפסד בדבר], טוב וישר הוא שיקנה מקום זה בן המצר,

והטוב", נראה כי משעה שאובד טעמה של ההפקעה, נכון לכל הפחות להכיר בבעלים המקורי כ"בר מצרא" ולהעניק לו את זכות הראשונים לרכוש את המקרקעין לפי שווים המעודכן בלא מכרו.

דין "בר מצרא" מקנה לדעת הרבה מן הראשונים זכות קניינית גם במקרקעין של הזולת. כך למשל אומר ר' יוסף חביבא בחיבורו "נימוקי יוסף"¹⁸: "כאילו יש לו קצת קניין בגופו של קרקע"¹⁹. ובכן, אם יש לשכן זכויות קניין אצל שכנו, נראה כי מקל וחומר יש לבעלים המקורי זכויות דומות במקרקעין שהופקעו ממנו, מה עוד שהרצינו של "ועשית הישר והטוב" בוודאי מחייב להכיר בזכות זו. וביחס לציבור, לעולם חל הכלל "ועשית הישר והטוב" וביתר שאת.

הפסוק "ועשית הישר והטוב" ניצב גם ביסוד דין "שומא הדר לעולם"²⁰, ולפיו זכותו של הבעלים המקורי לפדות בתנאים מסוימים, גם לאחר חלוף זמן, את הנכס שנלקח ממנו על ידי הנושה כפירעון חוב. וגם דין זה מחייב להסיק שיש לאפשר לבעליהם המקורי של מקרקעין שהופקעו לחזור אל אדמתו, אם פג הצורך הציבורי שהצדיק בשעתו את ההפקעה.

יותר מן הרחוק". יפים בהקשר זה דברי הרמב"ן (דברים ו, יח), האומר כי דיני התורה הם רק דוגמאות לעקרונות היסוד של השיטה שתכליתם להביא את האדם לעשות את הישר והטוב. על כן, גם מה שלא נכתב בתורה במפורש, עדיין חל כנורמה מחייבת מכוח עקרונות יסוד אלו. והשווה דברים אלה לכללים הנוהגים כמעט בכל שיטת משפט מודרנית, כאשר נוסף על הדין הקונקרטי בכל עניין, קיימים עקרונות היסוד של השיטה שמהם גזור השופט את הדין במקרה הנדון לפניו, גם אם אין לדבר מקור חד משמעי בדין הקונקרטי. ראה אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי, עמ' 233 (1987).

18. נימוקי יוסף, בבא מציעא סד ע"א (בדפי הרי"ף), ד"ה והלכתא.

19. מכאן אנו רואים שוב כי תיתכן זכות קניין ערטילאית.

20. בבא מציעא לה ע"א.

פרק ג: חכמה לאחר מעשה

א. הקדמה

1. "השכל בא אחרי הזמן", ואנו מבינים את האירועים לאמתם לאחר שהתרחשו. ברם, דעת לנכון נקל כי חכמה לאחר מעשה אינה חכמה. ש"י עגנון המשיל זאת בסיפור בשם "תרנגול ותפילת בני אדם", המגולל את מעשהו של תרנגול הנמכר ליהודי, ומקבל את כל צרכיו עד שמגיע ערב יום הכיפורים, ואז הוא משמש כ"תרנגול כפרות". הוא מביט "כתרנגול בבני אדם" העושים בו מעשים משונים שאינו מבין את פשרם, עד שבעל הבית לוקח אותו אצל השוחט. הסיפור נחתם במשפט "אך ידיעה שלאחר מעשה, מה מועילה?".

ואף על פי כן, קיימת בלבנו הטיה מכוח חכמה בדיעבד, הנקראת גם הטיית ראייה לאחור (Hindsight bias) ביטויים כגון: "השוק היה כל כך גבוה שהוא היה חייב לרדת" או "המשבר היה בלתי נמנע" הם דוגמה להטיית החכמה בדיעבד. כלומר, ההערכה בדבר סבירות התרחשותו של אירוע מושפעת מהתרחשותו או אי-התרחשותו. אחרי שידוע לנו שאירוע מסוים התרחש, קיימת הטיה טבעית לשפוט את הסיכוי שאירוע זה היה צריך להתרחש כגבוה יותר. על כן, אם האירוע התרחש בסופו של דבר, בני אדם נוטים לטעון שהסיכוי שיתרחש היה רב.

2. בכואנו לשפוט את סבירותו של מעשה מסוים ולקבוע אם נעשה ברשלנות אם לאו, עלינו להיזהר ולהישמר אפוא מן ההטיה של חכמה שבדיעבד, שהרי הסבירות להתרחשותו של אירוע צריכה להיקבע על פי מה שנראו הדברים בזמן אמת בלא שתושפע מהתרחשותו של אותו אירוע בסופו של דבר. אם לא נעשה כן, עלולה רשלנות להפוך לאחריות מוחלטת. עניין "כשל החכמה שלאחר מעשה" עלה בוועדות חקירה רבות, כגון "ועדת כהן",

"ועדת שמגר" לעניין הרצח במערת המכפלה, ו"ועדת החקירה לעניין רצח רוה"מ יצחק רבין ז"ל". אכן, כל ביקורת, והביקורת השיפוטית בכללה, מתבססת בהכרח על בדיקה בדיעבד של שיקולי המבוקר ומעשיו, ועל העמדתם למבחני התקינות והסבירות. אך על המבקר להיות מודע לסיכון שבהשלכה מן המאוחר למוקדם¹.

3. בעוד שחכמה לאחר מעשה אינה חכמה, נראה כי בנוגע להכרעות משפטיות, כשאנחנו באים לשפוט דברים לאמתם ולבחון את מידת הצדק שבהם, אין מנוס לעתים מלהביט על הדברים במבט הכולל נתונים שאירעו לאחר מעשה.

ב. מחלוקת השופטים ב"פסק דין כנען"

4. דוגמה יפה למחלוקת שהתעוררה בסוגיה זו מצויה בדנ"א 2568/97 זהבה כנען נ' ממשלת ארה"ב². מעשה שהיה שם כך היה. גב' כנען, סוחרת בשוק הפשפשים ביפו, רכשה תמורת 250 ש"ח שני ציורים מרוכלת, מרים מזרחי שמה, שנהגה למכור ממכוניתה טובין מיד שנייה, ובכללם ציורי "קיטש". לימים, לאחר שהסירה את הציורים ממסגרותיהם לצורכי ניקוי, מצאה גב' כנען כי הציורים מסומנים במדבקת המוזיאון היהודי בניו-יורק ותוממים בשם ראובן. גב' כנען פנתה למשטרה ולמוזיאון לברר את העניין, ועד מהרה נתגלה

1. בוועדת חקירה, תכלית הבחינה אינה ברור שיפוטי של אשמת הנפשות הפועלות, אלא הפקת לקחים מן האירוע, וביחס לזה נכון הכלל "אין חכם כבעל הניסיון", כשיש להפיק לקחים על בסיס מה שקרה בפועל. וראה פרופ' ישראל ליבליך, "ועדת חקירה מן ההיבט הפסיכולוגי או - הדלות שברטרסופקציה", הפרקליט לו (התשמ"ז) 417, ולפיו השיפוט יהיה לעולם מוכתם בידע הקיים בדיעבד.

ברור גם כי הכרעה משפטית במצבי ספק על בסיס רוב או עדים תשתנה, אם יתברר לאחר מעשה כי "בא הרוג ברגליו". חכמה זו שלאחר המעשה תכריע את הספק. ברם, בחינת אירוע בשעת מעשה אסור לה שתביא בחשבון את מה שנודע לנו רק לאחר המעשה.

2. פ"ד נו(2) 632.

שמדובר בשני ציורים מקוריים של האמן ראובן רובין שהושאלו לממשלת ארצות-הברית לשם הצגתם בתערוכה של אמנות יהודית במוזיאון היהודי, ומשם הם נעלמו. ממשלת ארצות-הברית שילמה למוזיאון ישראל ולבעליהם המקוריים של הציורים סך של 115,000 דולר. השאלה שעמדה לדיון הייתה: למי נתונה הבעלות על שני הציורים - אם לגב' כנען או לממשלת ארה"ב? המחלוקת סובבת סביב שאלת תחולתה של הוראת סעיף 34 לחוק המכר (המוגדרת גם כ"תקנת השוק"), הקובע לאמור:

5. נמכר נכס נד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר, אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקיבל אותו לחזקתו בתום-לב.

6. ממשלת ארה"ב טענה שהתמורה ששילמה גב' כנען אינה ראלית. גב' כנען טענה שבזמן שנרכשו התמונות, לא ידעה שהציורים הם של הצייר רובין, ועל כן התמורה ששילמה היא ראלית. המשנה לנשיא (דאז), השופט מישראל חשין, הגדיר את השאלה שנידונה במשפט כך:

התמורה ששילמה הגב' כנען עבור הציורים הייתה תמורה ממשית על-פי אמת-מבחן, ex ante, ואילו על-פי אמת-מבחן, ex post, לא הייתה התמורה תמורה ממשית. השאלה הנשאלת היא אם נשפוט את מעשה המכר, והתמורה בצדו, מראש - לעת מעשה הממכר - או אם נשפוט אותו בדיעבד, לאחר מעשה הממכר. על כך נחלקו חבריי, מי לכאן ומי לכאן, והגיעה עת שאודיע למי מן המחנות אספח עצמי.

7. בשאלה זו נחלקו הדעות בביהמ"ש העליון. דעת הרוב, מפי השופט חשין ואחרים הייתה כי התמורה ששילמה הגב' כנען למוכרת (הגב' מזרחי) לא

הייתה תמורה "ממשית", שכן במסגרת תנאיו של סעיף 34 לחוק נדרשת תמורה הנמדדת בדיעבד אחרי ביצוע המכר. לעומת זאת, דעת המיעוט (השופטים לוין, טירקל ואנגלרד) הייתה כי התקיימו תנאי "תקנת השוק", ויש להותיר את התמונה בידי מי שקנתה אותה, מפני שהתמורה אינה נמדדת לפי הידיעה בדיעבד, ויש למדוד את התמורה לפי אומד-דעתם של הצדדים בעת עריכת עסקת המכר.

ג. המחלוקת בין רבי עקיבא איגר ורבי שמואל שטרשון

8. דומה כי מצינו ביטוי מוקדם למחלוקת זו בשלושה עניינים שנחלקו בהם שני גאונים תורניים: רבי עקיבא איגר (פוזן, המאה הי"ח) והרש"ש, - הרב שמואל שטרשון (וילנא, המאה הי"ח), בשאלת דרך ההכרעה ההלכתית במקום שיש ספק עובדתי בהתאם לכללי ההסתברות, דהיינו ביחס להפעלת העיקרון של הכרעה לפי רוב, הנלמד מן הפסוק: "אחרי רבים להטות" (שמות כג, ב). אמנם ההקשרים המשפטיים וההלכתיים שונים בתכלית, ויש לנקוט זהירות בבואנו להקיש בין הכרעת ספק מכוח רוב ובין "תקנת השוק" בחוק המכר, ואם זאת דומה כאמור שבשניהם עולה השאלה כיצד משפיע נתון המתברר רק בדיעבד.

9. העניין הראשון נוגע למשנה במסכת כתובות³ העוסקת בכשרותה של אישה שנאנסה להינשא לכהן. הכלל הוא: אם האנס הוא אדם פסול (למשל ממזר) - היא אסורה לכהן; ואם הוא כשר לבוא בקהל - היא מותרת לכהן. וכיצד נדע אם היה האנס כשר או פסול? על פי מעמד רוב הנמצאים בעיר שאירע בה האונס.

3. משנה, כתובות א, י.

ביחס למשנה זאת, מחדש רבי עקיבא איגר⁴, כי במקרה של רוב דחוק, כגון שיש בעיר 51 אנשים כשרים לעומת 50 פסולים, האישה הנאנסת אסורה להינשא לכהן. ונשאלת השאלה מדוע הוא פוסק כן? והרי גם רוב דחוק רוב הוא? והתשובה: כיוון שהכהן הבא לשאת את האנוסה גם הוא מבני העיר, והוא יודע שהוא עצמו לא היה האנס. אם כן, מבחינתו יש בעיר 50 כשרים לעומת 50 פסולים, וממילא אין כאן רוב, והסיכויים הם שקולים (50%) שהאנס בא מן הכשרים או מן הפסולים. מסקנתו של רבי עקיבא איגר עקב הערה חריפה זאת היא אפוא: ברוב דחוק מעין זה אין הכהן יכול להכריע על פי רוב, ואסור לו לשאת את האישה.

10. לעומת זאת, הרש"ש⁵ חולק על רבי עקיבא איגר מכול וכול, וסובר כי גם במקרה זה יש לפנינו רוב, והאנוסה מותרת לכהן.

ונשאלת השאלה: מה פשר שיטת הרש"ש ובמה חולק הוא על רבי עקיבא איגר? נראה כי גדר המחלוקת נעוץ בהגדרת השאלה העומדת להכרעה.

לדעת רבי עקיבא איגר, נוטלים את המקרה הנתון לפנינו בהווה, היינו בשעה שהכהן בא לשאת את האנוסה לאישה, ובוחנים טרוספקטיבית לפי כללי ההסתברות כיצד יש להשיב על השאלה: מה קרה?

לעומת זאת, לפי שיטת הרש"ש, השאלה הנידונה היא לעולם בראייה הצופה פני עתיד, ויש לשאול: מה עשוי לקרות? מובן כי כשבוחנים את השאלה מראש, אין נתון מסוים המוכנס אל תוך השאלה כהנחה, ובמקרה הנידון, השאלה אינה ביחס לכהן מסוים הבא לשאת אותה עתה לאישה, אלא שאלה כללית: נערה שנאנסת בעיר הזאת וזהות האנס לא ידועה, האם היא מותרת לכהונה? משהוצבה השאלה ההסתברותית בלא להביא בחשבון ידיעה

4. בתוספות שלו על המשנה.

5. רש"ש, כתובות יד ע"ב, ד"ה במשנה.

המתוספת לאחר מעשה, ברור כי יש רוב כשרים בעיר, ועקב זאת נקבע שהאנוסה לא נפסלה לכהונה⁶.

11. הרש"ש מביא ראייה לשיטתו מסוגיית הגמרא במסכת בבא-בתרא⁷, שמובאת בה משנה האומרת שאם נמצא גזול בתוך חמישים אמה משובך יונים, הגזול של בעל השובך; ואם נמצא מחוץ לחמישים אמה, הריהו של המוצא. ומה הדין כאשר הגזול נמצא בין שני שובכים? על כך קובעת המשנה: "נמצא הגזול בין שני שובכים: קרוב לזה - שלו; קרוב לזה - שלו; מחצה על מחצה - שניהם יחלוקו". והגמרא מסיקה שם כי אם יש באחד מן השובכים יותר גוזלים מבשובך האחר, הגזול שייך לבעל השובך שנמצאו בו רוב הגוזלים, אף על פי שהוא מרוחק יותר מן השובך האחר. לכאורה, מה עניין רוב הגוזלים בשובך? הרי ברור שהגוזלים הללו נותרו בשובך, ואילו הגזול המצוי לפנינו אינו מאלה שנותרו בשובך. איזו הוכחה יש מגוזלים אלו על הגזול שלפנינו, שהוא שונה מהם ומצוי מחוץ לשובך?

6. לכאורה מחלוקת מעין זו, ואף מפורשת יותר, מצאנו כבר בין הראשונים, אף היא בדיני רוב, בעניין ההבחנה הידועה בין ספק שגולד במקום קביעותו (עליו חל הכלל "כל קבוע כמחצה על מחצה"), ובין ספק שגולד לגבי דבר שפרש ממקום קביעותו (עליו חל הכלל "כל דפריש מרובא פריש"). הדעות נחלקו איזה חל לגבי דבר שנתברר למפרע שהיה בו ספק עוד במקום קביעותו. לדעת הרשב"א: "אם בשעה שלקח מן המקולין [=האיטליין] עדיין לא נודע שהיה שם טריפה, וגם לא נולד שם ספק, בהא לא אמרינן כל קבוע [כמחצה על מחצה דמי], שהרי בשעה שלקחו מן הקבוע לא היה שם ספק ולא נולד הספק מעולם בקבוע אלא בפריש, ואז איכא למימר כל דפריש מרובא פריש, והיינו דאמרינן ובנמצא הלך אחר הרוב" (הידושי הרשב"א, חולין צד ע"ב, ד"ה מעשה). הרא"ה חולק, וטעמו עמו: "ספק זה אינו מחודש אלא גלוי מילתא בעלמא הוא, שתחלה היה נעלם ממני שהייתי סבור שכולן מותרות, וכשנתברר שאחד אסור איגלי מילתא למפרע שבשעת מקח חתיכה זו כשפירשה מהן באותה שעה היה ספק שלה. וזה ברור" (בדק הבית, בית רביעי, שער שני, עמ' רפח בהוצאת מוסד הרב קוק).

7. בבא בתרא כג ע"ב.

אין זאת אלא כי השאלה אינה בדיעבד, אם הגוזל הזה בא משובך אחד או משובך אחר, אלא יש להציב את מדד ההסתברויות מראש, בלא להביא בחשבון ידיעה שהיא בגדר חכמה שלאחר מעשה, ולבחון מהיכן מסתבר יותר שיגיע גוזל שיפרוש מן הקן. כלומר, גם אם השאלה נובעת ממעשה שהיה, אין מביאים בחשבון את העובדות המסוימות של המעשה אלא את היסוד העקרוני של השאלה, כפי שהייתה מתעוררת אילו נלמדה כסוגיה עיונית, בלי להכניס לשאלה עובדות הידועות רק בדיעבד.

12. הרש"ש מרחיק לכת ומביא דוגמא מרהיבה כחידוש העולה לכאורה משיטתו:

בעיר אחת יש שתי חנויות לממכר בשר: אחת מוכרת בשר כשר והיקף מכירותיה עומד על 40 יחידות, והשנייה מוכרת בשר שאינו כשר והיקף מכירותיה 20 יחידות בלבד. כעת, נמצאה בעיר חתיכת בשר: האם היא כשרה אם לא? לכאורה, ברור שיש לשייך אותה לחנות הכשרה, שהרי רוב הבשר בעיר בא ממנה, וממילא מחייבים כללי ההסתברות לקבוע כי הבשר שנמצא בא מן החנות הכשרה.

13. אולם מה יהא הדין כאשר בחנות הכשרה משווקים 30 חתיכות בשר מרובעות ועשר משולשות, ובחנות שאינה כשרה משווקים 20 חתיכות בשר שכולן משולשות, וחתיכת הבשר שנמצאה היא משולשת. במקרה זה, לכאורה סביר להניח כי מקור חתיכת הבשר שנמצאה הוא בחנות הלא כשרה, המוכרת את רוב החתיכות המשולשות בעיר, ועל כן החתיכה אסורה. כך לשיטת רבי עקיבא איגר, אך הרש"ש סבור כי גם במקרה זה יש ללכת אחר רוב החתיכות הכשרות, והחתיכה שנמצאה כשרה!

14. ומה הגיונו של חידוש מופלג זה?

כיוון שהשאלה המוצגת בפני הדיינים אינה כוללת את המידע הנמצא בידנו לאחר מעשה, אודות מאפייני חתיכת הבשר המסוימת שנמצאה, אלא השאלה

היא לעולם עקרונית, פרוספקטיבית, ובוחנת עקרונית מראש, מה דין חתיכה שתימצא בעיר זו, בלא להכניס בתוך השאלה נתונים עובדתיים העתידיים להיוודע לנו רק לאחר מעשה. וכיוון שאלו הם נתוני השאלה ואופן הצגתה, בלא להביא בחשבון ידיעה שהיא בגדר חכמה לאחר מעשה, יש רוב להכשיר.

אכן, זהו חידוש מופלג, מפני שגם אם נאמר שיש לשאול את השאלה מראש, הלוא לכאורה הנתון בדבר צורת החתיכות גם הוא היה ידוע מראש, ולפי זה מסתבר כי מעולם לא היה רוב להכשיר. על כן, הרש"ש מסיים את דיונו במילים "ודבר זה צריך עדיין תלמוד".

15. ודוק היטב. עניינה של מחלוקת האחרונים הוא: עד כמה העובדה שברור בדיעבד שהספק שנולד לא יצא מחלק מן הרוב, יש בה כדי להשפיע על תחולת הכלל: "כל דפריש - מרובא פריש [=כל דבר שפרש - (ההנחה היא) שמהרוב פרש]". לדעת רבי עקיבא איגר, אין לקחת במניין הרוב את הפרטים שאין לגביהם ספק בדיעבד. לדעת הרש"ש לעומתו, הכלל נותר נכון⁸, משום שהרוב נמדד בשעת היווצרות הספק ולא לאחר מעשה, כיוון שחכמה לאחר מעשה אינה בגדר חכמה. בהתאם להסבר זה, הסיבה היחידה להתעלמות מן הנתון הרלבנטי לכאורה של צורת החתיכות או זהותו של האנס, שבוודאי

8. לדעת הרש"ש, אין אומרים שאין לקחת בחשבון את הפרטים שאינם בכלל הספק אלא בדין ביטול ברוב. הוא מפנה בעצמו בעניין זה למשנה (תרומות ד, ח-ט). עקרונית, אסור למי שאינו כוהן לאכול בתרומה. אבל אם נפלה תרומה לתוך חולין, התרומה בטלה, אם היא בכמות מזערית של עד אחוז אחד מן התערובת, ומותר אז לאכול את כל התערובת. אולם אם פירות החולין שנפלה לתוכם תרומה מורכבים מפריטים נבדלים, כגון: "חמשים תאנים שחורות וחמשים לבנות", ונפלה תאנה שחורה של תרומה לתוך החולין: "שחורות אסורות [מפני שידוע שחת מהן תרומה, ואין כמות מספקת של תאנים שחורות כדי לבטל אותה] והלבנות מותרות". וכיוון שידוע שהתאנים הלבנות אינן בכלל הספק, אין לקחת אותן בחשבון במניין הרוב. אבל, כאמור, לדעת הרש"ש, כן הוא רק בביטול איסור ברוב ולא בהכרעת ספק מכוח הרוב.

הכהן הנדון אינו נמנה עליהם, נובעת מן העובדה שמדובר בנתונים שלא היו לפנינו בעת היווצרות הספק כספק תיאורטי.

16. אם כנים הדברים, ובזהירות הראויה, שמא ניתן להסיק שב"פרשת כנען", כשבודקים את הסבירות של תמורה, אין להביא בחשבון לשיטת הרש"ש את הנתון העובדתי שאנו יודעים אותו לאחר מעשה, שמדובר בציור מקורי של "ראובן רובין", ויש להביט על העובדות לפי המצב העובדתי הנתון לפנינו בשעת מעשה (כציור "קייטש" הנמכר בשוק הפשפשים ביפו), וביחס למציאות הנתונה בשעת המכירה, התמורה שקיבל המוכר סבירה. הנתונים המשנים את נתוני התמונה הם בגדר חכמה לאחר מעשה.

ד. סוף דבר

17. באחד מפסקי הדין שכתב השופט זילברג⁹, הוא מביא מדברי ה"נודע ביהודה" ביחס לבחינת המונחים "ראוי" ו"מוחזק", ומצא שהם דומים להגדרתו של השופט האנגלי הלורד פריי מניות ואיגרות חוב כ: "chose in action" השופט זילברג אף אומר כי:

הדמיון בין הפסק האנגלי והתשובה הרבנית הוא מפתיע, ואלמלא המרחק הרב, בחומר וברוח, בין עולמו של ר' יחזקאל לנדא ועולמו של השופט פריי, השיאני ליבי לומר, כי השופט פריי ראה לפניו את הנודע ביהודה.

18. ביחס לכך אומר פרופ' מנחם אֶלון¹⁰:

ולי שהייתי אז עול ימים בעולם המשפט ובמשיכה בעול חיי המעשה של המשפט, לא היה אכפת כל כך אם הלורד פריי אמנם ראה את הנודע ביהודה,

9. המ' 89/51 מיטובה נ' קזם, פ"ד ו, עמ' 4, בעמ' 9 (3.1.52).

10. מנחם אֶלון, "משה זילברג - ביאליק של המשפט העברי", בתוך באין כאחד, ירושלים תשמ"ב, עמ' 36, בעמ' 42.

אבל היה אכפת לי מאוד, שלפתע הרגשתי שוב בבית, בעולמו של הנודע ביהודה, כשהתנא דמסייע הוא הלורד פריי.

והנה תחושה זו חוזרת ומתעוררת אצלנו בסוגיה דגן, עת שנראה לכאורה, לאחר העיון בדברים שאמרנו לעיל, כי המחלוקת שניטשה בבית המשפט העליון בפסק הדין ב"פרשת כנען" בין השופט חשין ואחרים מצד אחד לבין השופטים טירקל ואנגלרד ואחרים מצד שני דומה להפליא למחלוקת שניטשה בין רבי עקיבא איגר לבין הרש"ש.

פרק ד: פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה של האדם

א. הקדמה

1. את הפסוק שבפרשתנו, "ולא תחוס עינך, נפש בנפש עין בעין שן בשן יד ביד רגל ברגל" (דברים יט, כא), דרשו חז"ל¹ כמכוון לפיצוי ממוני תמורת פגיעה באדם, ולא הטלת מום ממשי בפוגע, והביאו הוכחות לדבר מפסוקים אחרים במקרא. נשאלת השאלה: לשם מה הוכחות אלו, הרי עיקרון הוא בדיני נזיקין שהמזיק חייב להיטיב את נזקו של הניזוק ולהשיב את המצב לקדמותו? אם כן, היעלה על הדעת לומר שמדובר בפגיעה בעין הפוגע ממש? במה יוטב מצבו של הניזוק בנטילת עינו של המזיק?

2. פרשה זו מצריכה עיון כללי בסוגיית הפיצוי בגין נזקי גוף והיא מזמנת לנו השוואה מרתקת לעקרון הפיצוי בגין ראש הנזק שחידש המשפט הישראלי הנקרא "פגיעה באוטונומיה של האדם".

ב. "פגיעה באוטונומיה" במשפט הישראלי

3. המשפט הישראלי חידש חידוש גדול, לפיו קיים ראש נזק המכונה "פגיעה באוטונומיה", שמכוחו ניתן לפצות את האדם בגין פגיעה בחופש הבחירה שלו ובכוח החלטתו מה ייעשה בגופו. דוקטרינה זו הוכרה לראשונה בשנת 1999 בפסק דין "דעקה"², בו נידון בו עניינה של אישה שסבלה מבעיה בכף רגלה, ובמהלך הכנתה לקראת ניתוח, לאחר שכבר הורדמה והייתה מטושטשת, התעורר חשש לגידול בכתפה, והרופאים החתימו אותה על הסכמתה שיבצעו ביופסיה בכתפה. במהלך הביופסיה נגרם לה נזק בכתף שלא ברשלנות

1. בבא קמא פד ע"א.

2. ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים כרמל, פ"ד נגד (4) 526 (1999).

הרופא. בית המשפט קבע שהאישה הייתה מסכימה לביופסיה אילו נתבקשה להסכים לכך כראוי, ולכן אין להטיל על הרופא אחריות בנזיקין. אולם כב' השופט תיאודור אור חידש שאי קבלת הסכמתה מדעת לביצוע הביופסיה, יש בה משום פגיעה באוטונומיה שלה, ויש להכיר בכך כנזק. באשר לשיעור הפיצוי, נקבע שהוא תלוי במידת הפגיעה ברגשות הפרט וייקבע לפי ניסיון החיים של השופט³. מאז, פיתחה הפסיקה את רעיון הפגיעה באוטונומיה כעילה נפרדת, כגון ב"פרשת הסיליקון בחלב"⁴, כשאישר בית המשפט הגשת תובענה ייצוגית בעקבות פגיעה באוטונומיה. גם בתביעות פרטניות פוסקים בתי המשפט פיצויים משמעותיים בגין עילה זו⁵. בתי המשפט משתמשים בעילת הפגיעה באוטונומיה כשאינם יכולים לפסוק פיצוי מכוח דיני הנזיקין הרגילים, כגון בהעדר קשר סיבתי בין העוולה לבין הנזק שנגרם⁶. כמו כן יש

3. ראה נילי קרקו-אייל, "אופן הערכת הפיצוי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה", המשפט יא (תשס"ז), עמ' 267, בעמ' 269, לפיה הפיצוי מוערך לפי התוצאות הלא ממוניות, הסובייקטיביות, הממשיות של הפגיעה, כלומר לפי מידת הפגיעה ברגשות הנפגע ובתחושותיו.
4. ע"א 1338/97 תנובה נ' תופיק פ"ד נו (4) 673 (2003), שבו תבע צרכן את תנובה לשלם לו פיצויי השבה בגין החלב שצרך ופיצוי בגין הפגיעה באוטונומיה, מפני שלא ידע שיש סיליקון בחלב, וכך נשללה ממנו הזכות לבחור אם לצרוך את החלב אם לאו.
5. כך למשל בפסק דין של כב' השופט ניל הנדל בע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי (פורסם בנבו, 22.2.2011), נקבע פיצוי משמעותי בגין פגיעה באוטונומיה, כשרופא לא שיתף את ההורים בכל המידע הרלוונטי במהלך ההיריון ונולדה להם ילדה בעלת תסמונת דאון.
6. כך למשל בע"א 9817/02 וינשטיין נ' ברגמן (פורסם בנבו, 16.6.2005), שבו נפסק בעניין אדם שעבר ניתוח לייזור לתיקון ראייתו בלא שהוסבר לו כראוי מהם הסיכונים האפשריים בניתוח בלייזר, שיש לתת לו פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה, אף על פי שקבע בית המשפט שאין קשר בין הניתוח לבין הנזק שנגרם לתובע. ואלה דברי כב' השופטת מרים נאור בפסק הדין: "בענייננו, כמבואר, לא היה צורך או אפשרות להתריע בפני המערער על פי הידע באותה עת על סיכון אפשרי מניתוח כשקיימת מיופיה גבוהה. בנסיבות אלה מתאים יהיה לדעתי לנקוט בדרך בה נקט בית המשפט בפרשת דעקא ולקבוע סכום מסוים בגין הפגיעה באוטונומיה ואי מתן הסבר בעניין העכירות". דוקטרינת הפגיעה באוטונומיה של האדם מיושמת על ידי הערכאות ומשפיעה במגוון תחומים. כגון: בתמ"ש (כפר סבא) 19480/05 פלונית נ' עזובון המנוח פלוני ז"ל (פורסם בנבו, 30.4.2006),

והם פוסקים פיצויים משמעותיים על פגיעה באוטונומיה⁷ נוסף על פיצויים בגין נזק לא ממוני טהור⁸.

4. ההכרה בפגיעה באוטונומיה כראש נזק עצמאי ייחודית היא לפסיקה הישראלית, ואין לה אח ורע בשיטות משפט אחרות⁹. אמנם בפסק דינו בפרשת "דעקה" מזכיר כב' השופט אור מספר פסקי דין זרים בניסיון לבסס את ההכרה בפגיעה באוטונומיה¹⁰, אלא שבפסקי הדין הללו ניתן פיצוי בגין נזק נפשי ולא בגין פגיעה באוטונומיה¹¹.

שפסק פיצויים בגין סרבנות גט; בת"א (תל אביב) 2191/02 אלמונית נ' ז'ק איגור (פורסם בנבו, 8.3.2006). שפסק פיצוי בגין שידול לזנות.

7. עם זאת, לא כל פגיעה באוטונומיה מביאה לפיצוי. בע"א 1303/09 מרגלית קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 5.3.2012). תיחם המשנה לנשיאה (כתוארו אז) ריבלין את הזכאות לפיצוי בגין פגיעה באוטונומיה לפגיעה בליבת זכות הבחירה. כב' השופט עמית סבר שאם לא נגרם נזק תוצאתי של ממש, אין לראות בפגיעה באוטונומיה משום נזק. לשיטתו, פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה אינו מפצה על הפגיעה בזכות עצמה אלא בגין הנוק שנגרם עקב הפגיעה בזכות. לדיון בשאלת התיחום, ראה גם ישראל גלעד, דיני נזיקין - גבולות האחריות, ירושלים תשע"ב, כרך א, עמ' 328 ואילך.

8. כך למשל קבע כב' השופט ריבלין בהסכמת כב' השופט דנציגר בע"א 4576/08 עטרה בן-צבי נ' פרופ' יהודה היס (פורסם בנבו, 7.7.2011) שיש לפצות אלמנה שבמכון לרפואה משפטית נותחה גופת בעלה באופן שפגע מאוד ברגשותיה בלא שניתנה לה אפשרות מושכלת לבחור אם לבצע את הניתוח ובאיוז דרך לבצע אותה. לפסק דין זה התנגד בחריפות כב' השופט יצחק עמית. בדנ"א 5636/11 נדחתה על הסף בקשה לקיים דיון נוסף באתו עניין.

9. ראה דברי כב' השופטת (כתוארה אז) בייניש בפרשת דעקה, לעיל, הערה 60, בפסקה 14 לפסק דינה.

10. Goorkani v. Tayside Health Board [1991] S.L.T. 94; Smith v. Barking Havering & Brentwood Health Authority (1989) (Q.B. - unreported).

11. וראוי לציין כי הן פרק הניזק הן פרק הפיצויים ב"הצעת חוק דיני ממונות" אינם מזכירים ראש נזק של פגיעה באוטונומיה. ראה הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, סעיפים 363-409 וסעיפים 454-492.

5. לכאורה, המושג "פיצוי בגין פגיעה באוטונומיה" הוא פועל יוצא מעקרונות של כבוד האדם וחירותו¹², שמהם נובעת זכותו היסודית של האדם לקבל בעצמו כל החלטה הנוגעת לגופו ולמנוע התערבות בגופו בלא הסכמה מודעת שלו¹³. חידוש פסיקתי זה מעורר קושי במיוחד בשעה שמבקשים לפצות בהעדר נזק כלכלי.

6. יש לציין כי פיצוי ניתן רק בגין פגיעה באוטונומיה ביחס לגופו של אדם, כפי שהיה בפרשת דעקה. אין פיצוי מקביל בגין פגיעה באוטונומיה כשאדם מתקן את רכבו של הזולת בלא רשותו.

נראים הדברים שמקור השוואה מקורי ויפה לעיון בסוגיה זו הוא שיטת הרמב"ם בפיצוי בגין נזקי גוף. כפי שנרחיב להלן, פיצוי זה אינו פיצוי נזקי שתכליתו להחזיר את המצב לקדמותו אלא פיצוי בגין עצם הפגיעה האסורה בגופו של הניזוק. לפיכך, יש והמעוול חייב בו אף שלא גרם לניזוק נזק כלכלי. נפרט עניין זה כסדרו.

ג. פיצוי על נזקי גוף במשפט העברי

7. ככלל, רגילים אנו לומר שיש להשוות את דינו של החובל בחברו לדינו של מי שמזיק לממון הזולת. ברם, להלן נראה שיש הבחנה ברורה בין נזק

12. עקרון הזכות לכבוד הוחל לא רק בתחום החוקתי-מנהלי אלא גם בתחום המשפט הפרטי, כמו שקבעה השופטת דורנר בבג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט' (4) 94 (1995), פסקה 4 לפסק דינה.

13. אחד התחומים שהוחלה בהם הזכות לכבוד הוא הזכות לאוטונומיה, שמהותה כי האדם מחליט בעצמו כיצד לפעול למען שלומו וטובתו, כמו שקבע ביהמ"ש בע"א 434/94 ברמן ואח' נ' מור - המכון למידע רפואי, פ"ד נא' (4) 205 (1997), בעמ' 236. וראה: דניאל סטטמן, "שני מושגים של כבוד", עיוני משפט כד (תשס"ה) 541, בעמ' 571-573; אהרון ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי R. Dworkin, Medical Law and Ethics in the Post-Autonomy Age; 357 בעמ' (1994), 68 Ind. L.J. 727 (1993).

שנגרם לממונו של אדם לבין חבלה בגופו של האדם, ולא קרב זה אל זה כלל. הבחנה זו יסודה בשני טעמים.

הטעם הראשון להבחנה בין נזקי הגוף לבין נזקי ממון הוא, שיסוד דיני הנזיקין הוא הטבת הנזק והשבת המצב לקדמותו, כמו שדרשו חז"ל¹⁴ את הוראת הפסוק "ומכה נפש בהמה ישלמנה" (ויקרא כד, יח), "אל תקרי ישלמנה" אלא 'ישלימנה', לשון השלמת החסר¹⁵. השלמת החסר תיתכן לכאורה רק בנזקי ממון, שבהם יכול הנזוק לקנות לעצמו נכס תחליפי באמצעות הפיצוי שקיבל. לעומת זאת, בנזק שנגרם לגופו, אין בממון שהניזוק מקבל כפיצוי כדי לתקן את הנזק הגופני שנגרם לו¹⁶. אכן, גם נכס חלופי אינו זהה לנכס המקורי

14. בבא קמא י ע"ב.

15. בגמרא שם מבואר שהמוזיק משלם רק את ההפרש בין שווי הנכס לאחר נזקו לבין שווי של הנכס השלם. והתוספות שם, ד"ה ישלימנה, אומר: "ישלמנה" - ממשע שהבהמה עצמה ישלם, וזה אי אפשר, שכבר מתה. לפיכך יש לדרוש 'ישלימנה'. כלומר, החיוב המקורי הוא לתקן את הבהמה שניזוקה, אלא שהדבר אינו אפשרי, שהרי הבהמה כבר מתה. לכן, מוטל על המוזיק לשלם את דמיה. וכיוון שנותר הנכס המקורי בידי הנזוק ויש לו ערך כלכלי, המוזיק צריך לשלם רק את ההפרש בין ערכו של הנכס לפני שניזוק לבין ערכו החדש. זהו ההכרח הפרשני לבאר את הפסוק "ישלמנה" במשמע "ישלימנה", שישלם רק את ההפרש. עקרון פיצויי הנזיקין הוא אפוא השבת המצב לקדמותו. בהקשר זה, ראה גם משנה, בבא קמא א, ב: "כל שחבתי בשמירתו, הכשרתי את נזקי". וביאר רש"י מפי רבו (שם ט ע"ב): "הכשרתי את נזקי - עלי להכשיר ולתקן את נזקי. כלומר, אני חייב לשלם". דהיינו, המוזיק חייב "להכשיר ולתקן" את הנזק, כיוון שהחיוב הוא להחזיר את המצב לקדמותו ולתקן את הנזק כדי שיהיה הנכס כמו שהיה. וראה בהרחבה ייחודתו בלס, "החזרת המצב לקדמותו כעיקרון-על בדיני הנזיקין", תחומין יג (תשנ"ב-תשנ"ג), עמ' 388-406.

16. ראה דברי השופט ברנזון בע"א 541/63 רכס נ' הרצברג, פ"ד (יח) 120, בעמ' 124: "שום כסף שבעולם אינו מפצה על יסורי גוף ונפש, על הפחתת הסיכויים להקים קן משפחתי או על אובדן הנאות חיים נורמאליים. עם זאת, על קשיים אלה יש להתגבר. העובדה ששום פיצוי אין בו כדי להשיב המצב לקדמותו במלואו אינה גוררת את המסקנה, כי אין מקום להעניק כל פיצוי. יש לעשות כל מאמץ, להגשים במונחים כספיים, ככל האפשר, את השבת המצב לקדמותו. כיון שמה שנלקח נלקח, ומה שאבד אבד, ואין להחזיר את המצב לקדמותו והפיצוי צריך להתבטא בכסף, הרי שהכסף צריך איך שהוא לענות על השאלה".

שלעיתים קרובות האדם קשור אליו רגשית, אבל התשלום מאפשר לקנות נכס דומה לנכס שניזוק. לעומת זאת, כשאדם חובל בזולתו, לרוב אין הממון דומה לאיבר שניזוק ואינו יכול לשמש לו תחליף. לכן נראה כי התשלום שמתחייב בו המזיק אינו בגדר פיצוי נזיקי הבא להיטיב את הנזק, אלא מעין עונש וקנס על מעשה העוול שלו.

8. בהתאם לשיטה זו, יש בידינו מענה לתמיהה שתמהנו בפתיחת דברינו, מדוע נדרשו חז"ל להביא הוכחות מפסוקים אחרים במקרא שהכוונה בכלל האמור בתורה, "עין תחת עין", לממון ולא לעין ממש? ושאלנו: כיצד יוטב מצבו של הניזוק על ידי נטילת עינו של המזיק? נראה אפוא בהכרח שמדובר בתשלום שאינו נזיקי אלא בחיוב עונשי המוטל על המזיק בגין העובדה שפגע בחברו. ואם בענישה עסקינן, לא מופרך כלל היה להבין שיש ליטול את עין המזיק ממש, לכן נזקקו חכמינו למקראות שיעלה מהם שהעונש בגין פגיעה גופנית מתבטא בחובת תשלום ממון ולא בפגיעה פיזית בחובל.

לפי זה מובנת גם שיטת רבי אליעזר בתלמוד¹⁷, כי השומה אינה לפי דמי עינו של הניזוק אלא לפי דמי עינו של המזיק. לכאורה, אם מדובר בחיוב נזיקי, מה עניין שווי עינו של המזיק לפיצוי לניזוק? מן ההכרח לומר שמדובר בחיוב תשלום עונשי.

9. ואכן, התוספות¹⁸ מבהירים שחיובו של החובל בחברו הוא מעין כופר, דהיינו חיוב עונשי, שאין תפקידו להיטיב את מצבו של הניזוק אלא לכפר על עוולתו של המזיק. וזו גם שיטת הרמב"ם, כפי שעולה מדבריו¹⁹:

17. לעיל, הערה 59.

18. שם, ד"ה אלא בדמיוק.

19. רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק א, הלכה ה.

זה שנאמר בתורה: "כאשר יתן מום באדם כן יתן בו" אינו לחבול בזה כמו שחבל בחבירו, אלא שהוא ראוי לחסרו אבר או לחבול בו כמו שעשה, ולפיכך משלם נזקו.²⁰

10. הטעם השני להבחנה בין נזקי גוף לבין נזקי ממון הוא, שהאדם אינו הבעלים של גופו, אלא הקב"ה, וממילא אין מקום לחייב את המזיק לפצות את הניזוק בגין החבלה שחבל בגופו מדין "נזקי ממון", שהרי גופו אינו בגדר ממון. אכן, שיטה זו אינה ברורה מאליה, ויש מי שסוברים כי כשם ש"לה' הארץ ומלואה" (תהילים כד, א), ובכל זאת נקבעו דיני קניין בעניין נכסי בני אדם, כך יש לאדם זכות מעין קניינית גם בגופו. לדוגמה, הראב"ד²¹ פוסק ש"יש דמים לבן חורין". לשיטתו, חבלה בגוף האדם דינה כדין נזק ממון, מפני שגופו של האדם וחיייו הם כממון, כיוון שהוא מופקד עליהם.²² לעומת זאת, לשיטת הרמב"ם²³, אין חובת פיצוי בגין הריגת אדם בן חורין, ויסוד סברתו

20. לו הרמב"ם היה רואה בתשלום זה תשלום נזיקי לא היה עליו לנמק "שהוא ראוי לחסרו אבר" אלא שראוי לו לפצות את הניזוק. ראה נוספת לכך שזו גישת הרמב"ם עולה מהלכה ו, שם פוסק הרמב"ם שאם לא היו עדים בשעת הנזק, אין האדם משלם על פי הודאתו תשלומי נזק וצער (להבדיל מתשלומי שְׁבֵת ובושת וריפוי). סביר להניח שההסבר לכך הוא על פי הכלל המקובל בדיני העונשין, "אין אדם משים עצמו רשע", כלומר אינו יכול להפלייל את עצמו. זאת בניגוד לחיובים ממוניים, שבהם הכלל הוא "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי". וראה בעניין זה: חידושי רבי שמואל (רוזובסקי), בבא קמא, סימן ד, ס"ק ג; חזון יחזקאל, בבא קמא, פרק ט, הלכה י, ד"ה הנחה. וראה מיכאל ויגודה, "עין תחת עין? ממוון? - פילוסופיה ומשפט", פרשת השבוע, משפטים, תשס"ג, גיליון מס' 109. והשווה דוד ניסני, "עין תחת עין" - על מעמדו של הנפגע בהליך הפלילי, פרשת השבוע, אמור, תשס"ט, גיליון מס' 347. והשווה שיטת הראב"ד להלן בסמוך.

21. בהשגותיו על הרמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק י, הלכה יד. וראה מגיד משנה, שם. וראה גם תוספות, בבא קמא מא ע"ב, ד"ה נקי מחצי כופר.

22. נראה שכן נוקט גם בעל מנחת חינוך במצווה רלו, אות ב, שכן הוא קובע שכשם שמצוות השבת אבדה אינה חלה במי שמאבד את ממונו בידי, כן מצוות "לא תעמוד על דם רעך" אינה חלה בהצלת המאבד עצמו לדעת. משמע שלשיטת מנחת חינוך, חייו של אדם מושווים לממון.

23. שם. וראה צבי קפלן, "אין דמים לבן חורין", סיני ק, כרך ב (תשמ"ז), עמ' תשיז.

בהנחה שהאדם אינו בעלים על גופו כפי שהוא בעלים על רכושו, מפני שהקב"ה הקנה לאדם בעלות על נכסים אך לא על גופו²⁴. לפי זה, האדם אינו רשאי אפילו להרשות לאחרים לפגוע בשלמות גופו²⁵, מפני שהאדם נברא בצלם אלוהים, וגופו אינו יכול להיות מושא לבעלות ולקניין²⁶. מסברה זו עולה לכאורה כי גם מי שחבל בחברו אינו חייב לשלם לו על מה שהזיק לגופו, שהרי גופו של חברו אינו ממונו. מכאן שהתשלום שחייבה התורה את המזיק גוף חברו לשלם אינו חיוב נזיקי אלא חיוב עונשי.

לשון אחר. בדומה למושג של פגיעה באוטונומיה במשפט הישראלי, העובדה שאנו דנים בערך הנעלה של האדם כנברא בצלם אלהים מזכה את האדם לתשלום בגין הפגיעה בגופו.

24. נפש האדם אינה קניינו אלא קניין הקב"ה, שנאמר "הנפשות לי הנה" (יחזקאל יח, ד). לכן אין הורגים ואין מלקים אדם על פי הודאת עצמו, ואין אומרים ש"הודאת בעל דין כמאה עדים" כבדיני ממונות, מפני שממונו של האדם שייך לו, ונפשו וגופו אינם שלו. למקורות רבים בעניין זה, ראה: הרב שלמה יוסף זווין, "משפט שיילוק על פי ההלכה", לאור ההלכה, ירושלים תשס"ד, עמ' תג; הרב יעקב נבון, "הצלת יחיד ורבים בכלל ובמלחמה בפרט", תחומין ד (תשמ"ג), עמ' 153. וראה גם היושע ויסמן, "אבריים כנכסים", משפטים טז (תשמ"ו), עמ' 500, ושם הערה 9.

25. ראה שולחן ערוך הרב (לרב שנאור זלמן שניאורסון מלאדי), חו"מ, הלכות נזקי גוף ונפש ודיניהם, סעיף ד: "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל" (זאת ועוד. ר' ישראל מאיר הכהן מראדין, החפץ חיים, פוסק שאין אדם יכול להתיר לחברו לדבר עליו לשון הרע ורכילות, מפני שדברי גנות הם בגדר איסור מוחלט, כיוון שהם פוגעים בכבוד האדם שנברא בצלם אלהים, ואין האדם בעלים להתיר פגיעה זו. ראה חפץ חיים, מקור חיים, כלל ב, ס"ק כח).

אמנם ראוי להעיר שמן התלמוד, בבא קמא צג ע"א, עולה שהאדם יכול למחול למי שהכה אותו. וראה שולחן ערוך, חו"מ, סימן תכא, סעיף יב. אבל הגרי"פ פרלא על ספר המצוות לרס"ג, חלק ב, לא תעשה מז-מח, אומר שהסוגיה בבבא קמא מדברת באפשרות למחול על החיוב הממוני הנובע מן ההכאה, אך לא באפשרות להרשות לחברו להכות אותו. וראה דברי הרב שמואל ברוך ורנר (אב"ד תל אביב), משפטי שמואל, מהדורא תניינא, סימן קל.

26. הסבר אחר להצדקת הבעלות על נכסי האדם ולא על גופו עולה מדברי המגיד מדובנא, בספרו קול רינה וישועה על מגילת אסתר, ירושלים ת"ש, עמ' סב.

ד. פיצוי על נזק לא כלכלי

11. כמו שראינו לעיל, לשיטת הרמב"ם חיובו של החובל אינו חיוב נזיקי אלא חיוב עונשי. לפיכך, ייתכן שיתחייב המזיק לפצות את הניזוק גם בלי שנגרם לו נזק כלכלי, כמו שפוסק הרמב"ם²⁷. וזה לשונו:

”החובל בבת קטנה של אחרים: אם נזק הפוחת אותה מכספה הוא - הרי הוא של אב... נזק שאינו פוחת אותה מכספה - הרי הוא שלה.”

כלומר, יש חבלה שאינה מסיבה נזק כלכלי, כגון פגיעה המותירה צלקת במקום מוצנע שאינו מפחית משוויה של האישה, ובכל זאת יש בה כדי לחייב פיצוי כספי על עצם הפגיעה הגופנית²⁸. לכאורה, עולה השאלה: אם לא נגרם נזק כלכלי, על מה מפצה החובל ומדוע הוא חייבם לשלם לניזוק? הרב ישראל זאב גוסטמן משיב על שאלה זו²⁹. וזה לשונו:

ברור לפי זה שסוברים הרמב"ם והטור שחבלה אינה מדין נזקי ממון, אלא היא פרשה מיוחדת של חיוב מדין "איש כי יתן מום בעמיתו", שזהו דין עונש, ושייך על כן לחייבו ממון אף כשלא הפחיתו מכספו³⁰.

27. רמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ד, הלכה יד.

28. וראה גם טור, חו"מ, סימן תכד.

29. קונטרסי שיעורים, בבא קמא, שיעור כא.

30. יסוד הדברים בחידושי רבנו חיים הלוי סלובייצ'יק (על הרמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק ה, הלכה ב), המטעים שביסוד תביעת נזק ממוני טמונה חובת "ישלימנה", לשלם תמורת נכס שנפגע או ניטל מן הזולת. לכן, מי שמזיק את שדה חברו, חייב להשיב לו את השדה שהזיק. תשלום הדמים הוא רק תחליף לקרקע עצמה, מפני שאינו יכול להשיב אותה, אבל יסוד התביעה הוא הקרקע. לעומת זאת, תביעה בגין נזקי גוף אינה להשיב את האבר שנחבל, ואינה תביעה נזיקית אלא תביעה

ה. שומת הנזק

12. נשאלת השאלה: בהיעדר נזק כלכלי, לפי מה תיערך השומה לקביעת גובה החיוב לניזוק שלא ניזוק כלכלית? מדובר בהכרח בשומה של הדיינים ככל השתת קנס או עונש. אך מהו קנה המידה לקביעת הסכום? הרב גוסטמן מציע שתהא "שומה כמו בצער, דהיינו כמה אדם רוצה להיות ניזק כך"³¹, כלומר כמה האדם מוכן לשלם תמורת טיפול קוסמטי שישפר את מראהו, אף על פי שאין לשינוי במראהו תועלת כלכלית. ובהלכת הרמב"ם בעניין החובל בבת קטנה³², קנה המידה לשומה הוא: כמה הבת מוכנה לשלם כדי שתיעלם הצלקת שנגרמה על ידי הפגיעה בה, אף שאיש מלבדה אינו רואה את הצלקת, ולפי אומדנה זו יש לפצותה. התשלום אינו לפי שווייה הכלכלי של הפגיעה, אלא לפי אומדן הסכום שאדם בעל יכולת כלכלית מוכן לשלם תמורת טיפול לסילוק הפגיעה.

ו. סוף דבר

13. הנה כי כן, לשיטת הרמב"ם, שהאדם אינו הבעלים על גופו, החיוב לפצות את האדם בגין חבלה בגופו אינו חיוב נזיקי, ואין הדבר דומה לפגיעה ברכושו. חיוב הפיצוי הוא חיוב עונשי, מעין קנס שבית הדין משית על המזיק בגין העוולה שבפגיעה באדם באשר הוא אדם.

אמנם מן המקורות שהבאנו לעיל, אין להסיק שהמשפט העברי מכיר בפגיעה באוטונומיה של האדם כמחייבת קנס, שכן מקורות אלו עוסקים בענישה בגין הפגיעה בגוף האדם ולא באוטונומיה שלו. אבל לשיטת הרמב"ם, החיוב בגין

לתשלום מעין קנס. ממילא לא מדובר בתביעה שהיא תחליף לאדם שנפגע אלא תביעה ממונית (וראה שם בהרחבה את הנפקות ההלכתית מהבחנה זו לחיוב שבועה של נתבע המודה במקצת).

31. ראה משנה, בבא קמא ה, א.

32. לעיל, הערה 85.

פגיעה בגוף האדם אינו פועל יוצא מדיני נזיקין, אלא תוצאה של הפגיעה בערך הכללי והנשגב של היות האדם נברא בצלם, ומשום כך מצינו שחייבו חכמים את המזיק לשלם לניזוק על פגיעה בגופו גם אם לא נגרם לניזוק נזק כלכלי.

תפיסת גוף האדם כמובחן מאובייקט ממוני, הקובעת שהפגיעה בו יוצרת חיוב שאינו נזיקי, פותחת פתח לקביעת פיצוי בגין הפגיעה באדם כאדם אף בהיעדר נזק כלכלי. השומה של הנזק תהא במקרה זה בהתאם לסכום שהאדם מוכן לשלם כדי שתכובד זכותו למנוע את המצב הזה.

עם זאת, יש להודות שהחלת עיקרון זה שמצאנו במשפט העברי על הפגיעה באוטונומיה של האדם, נותרת חידושו הגדול של המשפט הישראלי.

פרק ה: לשון הרע - משקלה ומקומה של הכוונה

1. בעולמה של הלכה מהווה הפגיעה בשמו הטוב של אדם, פגיעה בערך החיים¹. כך מצינו במסכת בבא מציעא (דף נח' עמ' ב'): "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים". ומבארת הגמרא כי מדובר בשפיכות דמים פיזית ממש, שהרי רואים אנו "דאזיל סומקא ואתי חיורא" - כלומר צבע פניו של מי שפגעו בשמו הטוב הופך ללבן והדם אוזל מפניו (ומכאן הביטוי "להלבין פנים")². הגמרא מוסיפה ומציינת כי "נוח לו לאדם שיפיל עצמו

1. תודתי מכל לב לרועי פוגלר הי"ו, על סיועו בעיון ובעיבוד הדברים.

המשפט הישראלי רואה בזכות לשם טוב זכות יסוד הנובעת מכבוד האדם (ר' דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס פ"ד נ"ב(3) 1, 74). זכות זו מבוססת על הצורך בהערכה פנימית ובהכרה בין אישית (ר' בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור פ"ד נג(3) 817, 832). ואכן, שמו הטוב של אדם חיוני הן לכבודו בעיני הבריות (כבוד במובן של honor) והן לכבודו העצמי של האדם ולהערכתו הפנימית את עצמו (כבוד במובן של dignity) (ר' רע"א 4447/07 רמי מור נ. ברק אי.טי.סי. (1995) החברה לשירותי בוק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו). ברם, במשפט העברי חורגים הדברים מעבר לכך, והפגיעה בשמו של אדם היא פגיעה בציפור הנפש ובערך החיים ממש. בית המשפט העליון הביא את הדבר לידי ביטוי עת ששקל האם לאמץ את פסק הדין הידוע שניתן בארה"ב בשנת 1964 ע"י בית המשפט הפדרלי העליון בפרשת *NY Times VS. Salivan (1964) 84 S. © 710*. בפס"ד זה הוענק מעמד על לחופש הביטוי בנושאים בעלי אינטרס ציבורי הכרוכים בנושאי משרה. כב' השופט (כתוארו אז) שמגר גרס, בע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ פ"ד לא(2) 281 כי מן הראוי לאמץ את גישת פס"ד *Salivan*. ואולם ביהמ"ש העליון לא קיבל דעה זו ובדיון נוסף שהתקיים בענין זה, ד"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון הארץ פ"ד ל"ב 337, התקבלה דעתו של הנשיא לנדוי אשר ציין כי הגישה המעמידה את הזכות לשם טוב באותו מעמד כמו הזכות לחיים מזכירה את "מאמר קדמונינו: 'כל המלבין פני חברו ברבים, כאילו שופך דמים'. בימינו קוראים לזה "רצח אופיי" ... לפי זה, אם הזכות לחופש הביטוי היא "זכות-על", כיצד נכנה את זכותו של אדם להגנה על כבודו ושמו הטוב?".

2. בהמשך הסוגיה שם מצינו כי "אמר דוד לפני הקב"ה, ריבונו של עולם, גלוי וידוע לפניך שאם היו קורעים את בשרי לא היה דמי שותת (כך) לארץ ולא עוד אלא ... אומרים לי 'דוד, הבא על אשת

לכבשן האש ואל ילבין פני חברו ברבים³. מדברי הראשונים נראה, כי הדברים חורגים מדברי אגדה ומקבלים תוקף הלכתי. כך, למשל, בתוספות במסכת סוטה⁴ מצינו כי כאשר נאמר שערך החיים אינו עומד בפני שלוש עבירות של עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים הדבר כולל גם את העבירה של הלבנת פנים, שאינה מנויה בין שלוש העבירות הללו רק מכיוון שאינה מפורשת בתורה. על בסיס זה מציין ה"פרי חדש" כי כאשר הרמב"ם מונה שלוש עבירות של יهרג ואל יעבור "הוא הדין גם בהלבנת פנים"⁵. הדברים קיבלו היבט הלכתי מובהק בדיוני הפוסקים. כך למשל, הרב ש. ז. אורבך דן בשאלה האם מותר לחלל שבת כדי למנוע הלבנת פנים⁶, ומגיעים הדברים לידי כך, שהרב יעקב עטלינגר⁷ דן בשאלה האם מותר לאדם להציל עצמו ממיתה על ידי כך שיבייש את חברו או שמא כשם שאסור לאדם להרוג את חברו כדי להציל את חיי עצמו, שכן דם הזולת לא סמוק פחות מדמו שלו,

איש מיתתו במה? ואני אומר להם מיתתו בחנק ויש לו חלק לעולם הבא, אבל המלבין את פני חברו ברבים אין לו חלק לעולם הבא".

3. הדבר נלמד מן המעשה המופיע בבראשית פרק לח אודות תמר, אשר הרה ליהודה, ואף בשעה שהיא "מוצאת להישרף" ועלולה להמיט כליה על עצמה ועל העוברים שבכבונה, אין היא מלבינה את פניו ואינה אומרת כי הוא האחראי להריונה.

4. סוטה דף י' עמ' ב' תוספות דיבור המתחיל "נוח".

5. הגהות מים חיים על הרמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה' הלכה ב'. ור' גם רבנו יונה ב"שערי תשובה" שער ג' אות קל"ט כי הלבנת פנים היא "אבק הרציחה", ועל כן "כמו שאמרו כי ייהרג ולא ירצח דומה לזה אמרו שיפיל עצמו לכבשן האש ולא ילבין פני חברו ברבים". כמו כן, ראה "פני יהושע" על מסכת בבא מציעא דף נ"ט עמ' א' המסתפק אם עסקינן רק בהיתר או בחיוב גמור למסור נפשו להריגה כדי שלא להלבין פנים.

6. הרב ש.ז. אורבך, מנחת שלמה סימן ז'. צדדי ההיתר נובעים מקל וחומר "ומה אם מותר לחלל שבת כדי להציל אדם ממיתה, כל שכן שיותר להציל מהלבנת פנים שהינו חמור יותר משריפת ג' נפשות בכבשן האש".

7. הרב יעקב עטלינגר, (רבה של אלטונה בגרמניה, בעל "ערוך לנר"), "חקירה בדין בושת במקום פיקוח נפש" הנאמן שנה ט' עמ' 132.

כך אסור לו לאדם להציל את עצמו ע"י כך שיבייש את הזולת וישפוך את דמו במובן של הלבנת פנים.

2. לאור משקלו ומעמדו של הערך בדבר איסור לשון הרע, אין תימה כי הכלל בהלכה הוא שאסור לאדם לדבר בגנות חברו גם אם מדובר באמת גמורה. דיבור המגנה את הזולת עולה כדי לשון הרע⁸ ואין הגנת "אמת דיברתי"⁹. מקור הדברים במסכת פסחים¹⁰ בה מצינו כי אסור לאדם להעיד עדות אמת, שאינה קבילה בבית הדין מבחינת דיני הראיות (מכיוון שהוא עד אחד בלבד) ומבאר הרשב"ם שם כי העושה כן עובר על לאו של "לא תלך רכיל בעמך" (ויקרא פרק יט פסוק ט"ז) שהוא המקור לאיסור לשון הרע¹¹.

8. רמב"ם הלכות דעות פרק ז' הלכה ב' / "אי זהו רכיל זה שטוען דברים והולך מזה לזה ואומר כך אמר פלוני כך וכך שמעתי על פלוני אע"פ שהוא אמת הרי זה מחריב את העולם, יש עוון גדול מזה עד מאד והוא בכלל לאו זה והוא לשון הרע, והוא המספר בגנות חברו אע"פ א שאומר אמת, אבל האומר שקר נקרא מוציא שם רע על חברו".

וכן ראה חפץ חיים הלכות לשון הרע כלל א' אות א'. החפץ חיים מוסיף שם בבאר מים חיים אות א' כי "הטעות הראשון שרגילים העולם לטעות בו" היא ההנחה שדבר שהוא אמת אינו לשון הרע ואין איסור לאומרו ומשום כך מביא ראיות מסוגיות הש"ס לקיומו של איסור זה.

9. השווה סעיף 14 לחוק איסור לשון הרע תשכ"ה - 1965, הקובע כי "תהא זו הגנה טובה שהדבר שפורסם היה אמת והיה בפרסום עניין ציבורי". ור' ע"א 751/10 פלוני נ' ד"ר אילנה דיין-אוריבך, בנוגע להגנת תום לב, במקרה של פרסום שיש בו ענין לציבור הנסמך על "אמת לשעתה", שהוכחה לאחר מכן בדיון משפטי כלא נכונה.

10. פסחים דף ק"ג עמ' ב'.

11. מפסוק זה נלמדים הן איסור לשון הרע המתייחס לאמירה המזיקה לאדם או הפוגעת בשמו הטוב גם אם היא אמת, הן איסור הוצאת שם רע המתייחס לפגיעה בשמו הטוב של האדם כשהדברים הם שקר, והן איסור רכילות המתייחס לדיבור המעורר מדנים ומפורר את האחוה שבין בני החברה ואת ההערכה ההדדית ביניהם גם אם הדברים אמת. מכח איסור רכילות אין לספר לאדם למשל שפלוני אינו מחבב אותו או אינו מעריך אותו היות שרבים הסיכויים שדברים כאלו יעוררו בלב השומע רגש שלילי כלפי אותו אדם. בדומה אסור לומר ליצרן כי פלוני אינו אוהב את מוצריו או לומר למרצה שהרצאתו לא מצאה חן בעיני פלוני. בהקשר לזה פסק הרמב"ם בהלכות דעות פרק ז' הלכה ב' "איזהו רכיל? זה שטוען דברים והולך מזה לזה ואומר כך אמר פלוני כך וכך

מכאן, כי אמירת גנותו של אדם, באופן שאין בה תועלת הינה אסורה, גם אם היא אמת. בשו"ת מהרי"ק¹² מוסיף ומבהיר כי העדות האמורה אסורה מכיוון שאין כל נפקות או תועלת לעדות מבחינת פסקו של בית הדין, או מבחינת שינוי דפוסי התנהגותו של עובר העבירה, וממילא אין בה אלא כדי לבייש ויש לאסרה. ביטוי חד לדברים מצינו בדיון שהובא בשו"ת חמדת שלמה¹³ בדבר אדם שבא להתוודות על חטאות נעוריו ולקבל תשובה, ואגב כך סיפר כי קיים יחסים עם אשת איש מסוימת, שבשמה נקב. התעוררה השאלה האם מותר להודיע את הדבר לבית הדין כדי להסיר מכשלה מבעלה של אותה אישה, שהרי אישה שזינתה אסורה על הבעל ועל הבעל¹⁴? מסקנתו של ה"חכמת שלמה" היא כי אסור להביא את הדברים בפני בית הדין, שכן הוא עד אחד שאין להאמין לדבריו¹⁵. הנה כי כן, כל דיבור בגנותו של אדם, שאין

שמעתי על פלוני אף על פי שהוא אמת הרי זה מחריב את העולם". ומוסיף החפץ חיים בהלכות רכילות כלל א' במקור חיים באות ב' "אף על פי שאותו דבר אין גנות על מי שמספר, אף לפי דברי הרוכל, ואילו היו שואלים לו בעצמו לא היה מכחיש, או משום שהאמת והצדק איתו או משום שהתכוון באלו הפעולות והדיבורים כוונה אחרת, אף על פי כן רכיל נקרא".

12. מהר"י קולון, שו"ת מהרי"ק שורש קפ"ח. לדידו אין כל תועלת בעדות זו, של מי שנעברה בו עבירה כלפי המעוול, שהרי הוא לא יאמן על כך, ולא יביא את בעל העבירה לשוב מסורו. ברם, רבנו יונה מגירונא ב"שערי תשובה" שער ג' באות ר"כ, מציין כי אסור להעיד עדות יחיד נגד אדם בדבר עבירה שעבר, אך יוכל הוא לגלות את הדבר בצנעה לרבו או איש סודו של בעל העבירה, אם הלה יאמין לדבריו ויוכיח את בעל העבירה בהצנע, באופן שלא יכלימו את פניו.

13. רבי שלמה ליפשיץ (רבה הראשון של ורשה) שו"ת "חמדת שלמה" או"ח סימן ט"ו.

14. סוטה דף ה' עמ' א'.

15. שאלה זו הובאה בשו"ת נודע ביהודה אורח חיים סימן כ"ה והשיב כי הוא מחויב להודיע לבעל כדי להפרישו מן האיסור. ברם, החמדת שלמה תמה על דבריו ונוקט כי מכיוון שאין העד האמור מהימן, הרי שאין העד רשאי להביא את הדברים בפני בית הדין אלא רק בצנעה בפני הבעל כדי להפרישו מאיסור, אם יחפוץ הבעל להאמין לדברים.

בו תועלת מעשית, אין לאומרו, אף אם הוא אמת גמורה, שהאומר ראה אותה במו עיניו¹⁶.

3. בעולמה של הלכה גם אין הגנה מפני איסור לשון הרע בכך שהדברים נאמרו בתום לב ובלא כוונה להזיק¹⁷. איסור לשון הרע קיים כאשר בפנינו פגיעה בשמו הטוב של אדם ואינו תלוי כלל בכוונתו של האומר לפגוע. מקור הדברים בהתייחסות התורנית למרים, אשר דיברה עם אהרן אודות אחיה משה¹⁸, כאשר היא רוצה אך ורק בטובתו. הרמב"ם (הלכות דעות פרק ז' הלכה ד') פסק כי אסורה היא לשון הרע הנאמרת: "דרך שחוק ודרך קלות ראש כלומר שאינו מדבר בשנאה...". משמע כי איסור לשון הרע אינו תלוי בכוונה רעה של האומר ואף אם הדברים נאמרו בשוגג, ללא כל כוונה להזיק

16. המאירי, ב"חיבור התשובה" מאמר א' פרק ד' מציין כי אנשים נוטים לחטוא באמירת רכילות והחטא קל בעיניהם בהיותו דבר אמת. ברם, הדבר אסור. בדומה לכך מצינו בשאלות דרב אחאי גאון, על פרשת "וישב" שאילתא כ"ח: ברור הדבר שדבר שאינו אמת אסור לאדם לאמרו שהרי זה שקר, אלא אפילו דבר שארע, ונשוא לשון הרע הודה כי ארע, אלא שלא נתן רשות לשומע לספר על כך לאחרים, אסור לאמרו.

17. השווה סעיף 15 לחוק איסור לשון הרע תשכ"ה - 1965.

18. במדבר י"ב, א'. ה"חפץ חיים" מציין כי מרים אהבה את אחיה כנפשה וסיכנה עצמה להצילו מן המים, וכוונתה היתה לבניינו של עולם. משה פרש מאשתו, וכשם שמרים העירה לאביה (עמרם) בשעתו כי יחזיר את אשתו (על אף גזירת פרעה כי "כל הבן הילוד היאורה תשליכוהו"), כן ביקשה שמשמה יחזור אל נווהו. על אף זאת, נענשה מרים בעוון דיבור לשון הרע. יתירה מכך, מרים לא דיברה בפניו שיבוש משה, ולא דיברה בפני רבים, ולמעשה גם לא דיברה בגנותו של משה אלא שהשוותה אותו לשאר הנביאים כמו שכתב הרמב"ם בסוף הלכות טומאת צרעת, ומשה מצידו לא הקפיד על הדברים האלה שנאמר (במדבר י"ב, ג'): "והאיש משה ענו מאד". על אף זאת, נחשבו הדברים ללשון הרע, מכיוון שהיה בהם כדי למעט מדמותו של משה ומעמדו (כגדול הנביאים אשר ה' ידבר עימו פנים אל פנים). לשון הרע נובעת, כפי שנראה להלן, מן הפגיעה הטמונה בה בדמותו של אדם ובצלמו.

לפלוני, יש בכך איסור¹⁹. בדומה לכך רבנו יונה ב"שערי תשובה"²⁰ מציין כי הכתוב אוסר לשון הרע שנאמרה מתוך רשלנות "כי יענש על הפשיעה (שהיא הכינוי ההלכתי לרשלנות) אע"פ שלא נתכוון לבזות חברו". ובדומה לכך מבאר הרמב"ן²¹ "בכתוב הזה אזהרה גדולה, להימנע מלשון הרע בין בגלוי בין בסתר, בין במתכוון להזיק ולבזות בין שאין מתכוון להזיק כלל".

4. האיסור לדבר בגנותו של אדם קיים אף שברור שאותו אדם אינו מקפיד על כך²². כך למשל מצינו במסכת בבא מציעא (דף נ"ח עמ' ב'): "כל היורדים לגיהנם עולים, חוץ משלשה שיורדים ואינם עולים. ואלו הן: הבא על אשת איש, והמלבין פני חברו ברבים, והמכנה שם רע לחברו". שואלת הגמרא: מכנה שם לחברו היינו מלבין ומדוע נמנו הדברים כשני דברים נפרדים? מתרצת הגמרא, כי כינוי שם לחברו אסור אף כשאין בכך הלבנת פנים משהכינוי הפך להיות חלק משמו הרגיל של פלוני. כינוי שם גנאי לזולת אסור

19. כך סוכמה ההלכה ב"חפץ חיים" (הלכות לשון הרע כלל ד' באר מים חיים ס"ק א'): "ונראה דאפילו אם אינו מתכוון לבזותו בזה...אפילו הכי אסור לספר עניין כזה".

20. רבנו יונה, "שערי תשובה" שער ג' סימן ע"ד, בשלהי ה"מדרגה הרביעית".

21. רמב"ן על דברים פרק כ"ד פסוק ט'.

22. חפץ חיים כלל ב' בבאר מים חיים בסוף סעיף כ"ח "אם היה ענין אחר שיוכל להגיע לו לבסוף בושת כגון שגילה לשלושה אנשים חטא אחד שלו, שאם יתגלה זה לאנשים אחרים יגיע לו בושת על ידי זה - אסור... ואף שהבעל דין בעצמו בודאי נתרצה לזה מכל מקום - הוא (דובר הלשון הרע-ההערה הוספה) הוא לגלות בושתו התכוון". החפץ חיים מוכיח את הדברים מדברי רש"י במסכת בבא מציעא ב"ח עמ' ב' שיובאו מיד להלן. החפץ חיים מבחין בהקשר זה בין אמירה בתחום המסחרי או העסקי שבה אם אין אדם מקפיד על הדברים ואמרם בפני שלושה אין איסור לשוב ולאמרם שהרי הוא רשאי לוותר על זכויות כלכליות שלו, לבין אמירה המבזה אדם במישור האישי שאז גם אם נשאו הדברים מסכים שיאמרו עליו את דברי הביזוי אין היתר לאמרם מתוך כוונה לבזותו. מכאן עולה כי ביזוי של אדם חמור מאשר פגיעה כלכלית באשר הוא פוגע בכבוד האדם שנברא בצלם הבורא, ועל כן אין נפקות לכך שהוא מסכים שיבזו אותו. אדם יכול לוותר על כספו אך לא על כבודו - שהוא כבוד שמיים בהיותו נברא בצלם.

גם אם אין אותו אדם נפגע מכך²³. לכאורה, מה טעם יש באיסור זה, כאשר לא נפגע "ערך החיים" של נשוא הלשון הרע, ולא זו בלבד שלא הולבנו פניו אלא שהוא אף לא חש פגיעה בכבודו העצמי או בכבודו בפני הבריות? נראה מכאן כי יש טעם נוסף באיסור לשון הרע לפיו דיבור של גנאי על אדם, מהווה פגיעה בצלם האדם שבו ובכבוד שמים²⁴. אין אפוא נפקות לכך שאותו אדם מרשה כי יפגעו בו, שהרי זו פגיעה בצלם שכמוה כפגיעה בכבוד שמים²⁵.

23. השווה (ויקרא י"ט, י"ד?) "לא תקלל חרש", ופוסק הרמב"ם בהלכות סנהדרין פרק כ"ו הלכה א' "כל המקלל אחד מישאל לוקה שנאמר לא תקלל חרש. ולמה נאמר חרש? שאפילו זה שהוא אינו שומע ולא נצטער בקללה זו לוקה על קללתו".

24. הסבר אחר מצוי בספרו של הרב אשר וייס, מנחת אשר על ספר ויקרא, סימן מ"א באות ג', כי לשון הרע היא מידה המשחיתה את טבעו של האדם, וממילא אין היתר לומר לשון הרע, גם כשנשוא הדברים מסכים לכך, שהרי אין בהסכמתו כדי להפחית מהשחתת המידות של הדובר. לפי הסבר זה, טעמו של האיסור אינו נעוץ בפגיעה בצלם האדם של האיש אודותיו דיברו, אלא נעוץ בהשחתת מידותיו של הדובר. בהתאם להסברו של הרב וייס, יהא עלינו להבהיר את דברי הגמרא כי המספר לשון הרע כאילו כפר בעיקר או כמי שמגביר עבירות עד השמים, כנובעים מהשחתת מידות המובילה בסופו של יום ליציאתו של אדם לתרבות רעה מוחלטת. ואכן כך ביאר את הדברים הרב אליעזר ולנדברג בספרו ציץ אליעזר חלק כ' סי' ו', וכדבריו משמע עת שמעיינים בתלמוד הירושלמי, מסכת פאה פרק א' הלכה א' בה נאמר: "רבי יוסי בשם ר' יוחנן זה שהוא אומר לשון הרע אינו אומר עד שהוא כופר בעיקר". ולכאורה נראה כי באיסור לשון הרע משולבים כל שלושת הגורמים: שפיכות דמיו של האיש שעליו נאמרו הדברים, השחתת המידות של אומר הדברים, ופגיעה בכבוד האדם ובצלם אלוקים שלו, עת שהדברים מתקבלים באוזני שומעם. ואכן, נפסק ברמב"ם הלכות דעות (פרק ז' הלכה ג'): "אמרו חכמים שלשה לשון הרע הורגת: האומר והמקבלו, וזה שאומר עליו".

25. בדומה לכך, ראה פסקו של הרב שניאור זלמן מלאדי ב"שולחן ערוך הרב" חושן משפט הלכות נזקי גוף ונפש סעיף ד': "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל". בעניין זה ראה מאמרו של הרב ש. זיין "משפט שילוק על פי ההלכה" בספרו "לאור ההלכה", והמקורות הרבים המובאים שם וכן הרב יעקב נבון "הצלת יחיד ורבים בכלל ובמלחמה בפרט" תחומין ד' 153, והמקורות הנזכרים שם בהערת שוליים 20-21). לעומת זאת, ראה "מנחת חינוך" מצווה מ"ח באות ג' "ונראה לענ"ד שזה שחייבה התורה במכה אביו ואמו או בחברו, היינו דווקא בלא רשות, אבל אם אביו ואמו או חברו אומרים לו שיכם או שיקללם אינו עובר בלאו הזה...

ואכן, במסכת ערכין (דף ט"ו עמ' ב') מצינו כי אמירת לשון הרע אינה רק דין שבין אדם לחברו אלא יש בה פגיעה בכבוד שמים²⁶ עד כדי כך ש"אמר רבי יוחנן משום רבי יוסי בן זימרא, כל המספר לשון הרע כאילו כפר בעיקר"²⁷, ובמסכת סנהדרין (דף נ"ח עמ' ב') מצינו: "אמר רבי חנינא הסוטר לועז של ישראל כאילו סוטר לועה של שכינה".

5. ברם, לפי הסבר זה יש עדיין להבין את דברי רש"י במסכת בבא מציעא (דף נ"ח עמ' ב' דיבור המתחיל "דדש ביה") המבאר: "כבר הורגל בכך שמכנים

ואף על פי שלא מצאתי זה מפורש מכל מקום הסברה נותנת כן, כן נראה לענ"ד ברור". ואכן כך פסק הרלב"ח, ב"קונטרס הסמיכה", ק"א ד"ה "עוד אני אומר", וכן מצינו בריטב"א על מסכת בבא מציעא דף נ"א עמ' א' ד"ה רבי יהודה, הסובר כי אישה יכולה לוותר על מצוות עונה, שכן "צער הגוף ניתן למחילה". הריטב"א מביא ראיה לדבריו ממה שמצינו במסכת בבא קמא דף צ"ג עמ' א' כי אדם יכול למחול על הכאתו. בדומה לכך מצינו ב"טורי אבן" למסכת מגילה דף כ"ז עמ' א' שהביא אף הוא ראיה זו ממסכת בבא קמא. מאידך גיסא, ראה דברי הגרי"פ פרלא על ספר המצוות לרס"ג חלק ב' לא תעשה מז-מח, הנוקט כי בסוגיה במסכת בבא קמא מדובר באפשרות למחול על החיוב הממוני הנובע מן ההכאה, אך לא באפשרות להרשות להכות ולצער את גופו מלכתחילה. וראה בהקשר זה דבריו של הרב שמואל ברוך ורנר (אב"ד תל אביב) במשפטי שמואל, מהדורא תנינא, סימן ל"ט.

26. רבי יעקב בעל הטורים בפירושו על הפסוק "לא תלך רכיל בעמך" מדגיש בהקשר זה כי המילה "בעמך" נכתבה בתורה "מלא יו"ד, שהרכיל עובר בעשרת הדברות". ללמדך כי אין המדובר בעקרון הנוגע רק לחלק אחד מן הדיברות העוסק במצוות שבין אדם לחברו, אלא בעקרון הכלול מעשר הדברות הכוללות גם מצוות שבין אדם למקום.

27. הגמרא ממשיכה ומציינת שם "אמר ריש לקיש כל המספר לשון הרע מגדיל עוונות עד לשמים" ומבאר המהר"ל בנתיב הלשון פרק ט כי מדובר במי שאומר לשון הרע על המתים. לכאורה, איזו פגיעה יש בכבוד האדם או בערך החיים, כאשר אומרים לשון הרע על מת? אין זאת אלא כי לשון הרע פוגעת בצלם האדם, וצלם אדם יש גם למי שמת. אדרבה, החובה לקבור אדם ללא שיהוי נובעת מהיותו נברא בצלם. (ר' דברים כ"א כג'). ור' דבריו הפינים של הרב אליהו בקשי דורון במאמרו "כבוד האדם כי נברא בצלם אלוקים" בתוך הספר כבוד האדם או השפלתו? מתח כבוד האדם בישראל, (עורכים אלוף הראבן וחן ברם, מכון ון ליר, 2000), עמ' 14.

אותו כן, ואין פניו מתלבנות, ומכל מקום - זה להכלימו מתכוון²⁸. משמע מכאן כי בהעדר כוונה לפגוע אין איסור בדבר²⁹. בדומה לכך מצינו ב"עליות דרבנו יונה" (על מסכת בבא בתרא דף ל"ט עמ' א') המבאר את דברי הגמרא כי לשון הרע הנאמרת לפני שלושה אינה לשון הרע למרות שלכאורה הדבר מבזה את חברו אף יותר, שכן "כיון שנאמרו הדברים בפני שלושה אין לדונו שאמר לגנות מאחר שאמר בפרהסיה". נמצא כי בהעדר כוונה לפגוע אין בדבר איסור. ולכאורה, מה נפקות יש בכך שהדברים נאמרו בלא כוונה לפגוע? הן עצם העובדה שיש בדברים כדי להוות שם גנאי לחברו אמורה להיות אסורה, וזאת אף אם אין לדובר כל כוונה רעה בעניין זה, כפי שראינו בדברי הראשונים לעיל. בנוסף, גם בבחינת מהותם של דברים יש להבין את מקומה של הכוונה, שהרי ראינו כי יסוד האיסור בכך שבכינוי שם יש משום פגיעה בצלם האלוקים של האדם ולכן גם אם הוא מסכים לפגיעה בשמו הטוב אין הדבר מותר³⁰. אם כן, מדוע תלוי האיסור בכוונתו הרעה של האומר? וכי אם

28. לעומת זאת ר' רמב"ם (הלכות תשובה פרק ג' הלכה י"ד) כי יש עבירות שהרגיל בהן אין לו חלק לעולם הבא ובהן "המכנה שם לחברו". מדייק ה"כסף משנה" כי הרמב"ם אינו נוקט במילים "מכנה שם רע לחברו" אלא רק כותב "מכנה שם". ומכאן מסיק ה"כסף משנה" כי הרמב"ם כתב כן לרבות מקרה של אדם שהכינוי הוא חלק משמו הנדוש "שכבר אין נראה בעיניו שם רע ולמרות כך אסור" (ור' גם רמב"ם הלכות דעות פרק ז' הלכה ד'). זאת בניגוד לשיטת רש"י הנ"ל, שלגביה מציין ה"כסף משנה" שם, נראה מדבריו שאם מדובר בכינוי שהפך לנדוש בפי הבריות ומכנה השם אינו מתכוון להכלימו - הדבר מותר "ובוחן לבבות הוא יודע". הנה כי כן, אדם הנוקב בכינוי נדוש של רעהו בלא כוונה לפגוע בו אינו עובר על איסור כלשהו לפי שיטת רש"י אך עובר על איסור לשיטת הרמב"ם. את שיטת הרמב"ם ניתן להבין בנקל, שהרי גם אם האיש אינו נפגע באופן סוביקטיבי יש בכך פגיעה בצלם האדם שבו, שהרי עסקינן בכינוי מביש והעובדה שפלוגי התרגל אליו אינה מפחיתה ממידת החומרה של התופעה.

29. בדומה לכך מצינו בספר החינוך מצוה רל"ו: "והענין הוא שאם נשמע אדם מדבר רע בחברו שלא נלך אליו ונספר לו פלוגי מדבר כך וכך, אלא אם כן תהא כוונתנו לסלק הנזקים ולהשבית ריב".

30. לעומת זאת, לפי הסברו של הרב אשר וייס שהובא בה"ש 114 לעיל כי איסור לשון הרע נעוץ בהשחתת המידות של הדובר, מובן מדוע תולה רש"י את האיסור בכוונה לכנות שם גנאי לחברו,

אין לאומר כוונה רעה מותר לומר דברים שיש בהם משום ביזוי ופגיעה בצלם?

6. שיטת רש"י לפיה אין איסור באמירת דברי גנאי בהעדר כוונה לבייש נפסקה להלכה ברמ"א על חושן משפט סימן תכ"א סעיף א' 'מי שקבל על חבריו שמסרו או גנב לו וכיו"ב, אף על פי שלא יכול לברר עליו מכל מקום פטור דהרי לא כיוון לביישו"³¹. ברם, שהדברים הללו מתייחסים לזעקתו של אדם שנפגע ופונה לבית הדין לבקש סעד. במקרה זה, מובן אכן כי הדברים אינם עולים כדי לשון הרע. אך לכאורה אין להשוות זאת עם דברים שאדם משיח לפי תומו ופוגע בכבוד חברו, בלא כוונה רעה אך גם בהעדר מניע מוצדק. מדוע נוקט רש"י כי לא יהיה בכך איסור למרות הפגיעה שיש בדבר בצלמו ובכבודו של האדם שאודותיו דיברו? התמיהה מתחדדת במיוחד לאור ההלכה הפסוקה ברמב"ם, עליה עמדנו לעיל, כי איסור לשון הרע אינו תלוי כלל בכוונתו של האומר? וכי חולק רש"י על הלכה זו והגיונותיה?

7. יתירה מכך, במסכת שבת (דף ל"ג עמ' ב') מצינו כי ישבו רבי יהודה ורבי יוסי ורבי שמעון, וישב יהודה בן גרים עימם. רבי יהודה שיבח את מעשי הרומאים שפיתחו את הארץ. רבי יוסי שתק. נענה רבי שמעון בן יוחאי ואמר: כל מה שתקנו (הרומאים) - לא תקנו אלא לצורך עצמם. הלך יהודה בן גרים וסיפר דבריהם, ונשמעו למלכות. כתוצאה מכך פסקו הרומאים כי "שמעון שגינה - יהרג", ומשום כך נאלץ רבי שמעון להסתתר במערה במשך י"ב שנה.

שהרי השחתת המידות היא פועל יוצא ישיר מכוונת מזיד, ובהעדר כוונה רעה אין בכך משום השחתת המידות.

31. מקור הדברים בשו"ת מהר"י וייל סימן קסח "ועבור האשה שתובע' את בעלה ובייש אותה וכו'. כת' מהר"ם ממירזבורק בנימוקי שלו וז"ל הקובל על חבריו שהלשין אותו או שגנב לו הואיל ובלשון קבלה הוא אין עונש בדבר עכ"ל. מ"מ נר' לי דהאשה תקבל דכוונת' לא היית' לבייש".

ביחס לדברים אלה מבאר רש"י שם, כי יהודה "סיפר דבריהם - לתלמידים או לאביו ואמו, ולא להשמיען למלכות, ונשמעו על ידו למלכות".

כלומר, יהודה לא התכוון לפגוע או להלשין למלכות, אלא דיבר עם אביו ואמו או עם תלמידיו, כמסיח לפי תומו, ואיתרע הגורל שהדברים נשמעו למלכות. מדברי רש"י אלו עולה לכאורה כי גם אם אדם אינו מתכוון כלל להזיק יש בכך משום לשון הרע³². בהתאם לכך, מתחדד הקושי להבין את שיטת רש"י לפיה עולה לכאורה כי מי שאינו מתכוון לפגוע בחברו עת שהוא מכנהו בכינוי גנאי, אינו עובר על איסור³³.

32. ואכן, ה"חפץ חיים" (הלכות לשון הרע כלל ד' באר מים חיים ס"ק א') מבהיר כי כך עולה מביאורו של רש"י לסוגיה זו שיהודה בן גרים לא התכוון ח"ו לגנות בזה לרבי שמעון בר יוחאי, רק לפי תומו סיפר בזה בביתו, וממילא נתודע אחר כך, והוא הדין בכל כיוצא בזה". ה"חפץ חיים" מביא ראיה למסקנה זו גם מדברי הרמב"ם בהלכות דעות פרק ז' הלכה ה', שפסק "זהמספר דברים שגורמים אם נשמעו איש מפי איש להזיק לו בגופו או בממונו או להצר לו או להפחידו, הרי זה לשון הרע". ומבאר ה"חפץ חיים": "וכוונת הרמב"ם, אפילו אם אין כוונתו לגנותו בזה, וכמו שהביא ה"כסף משנה" שם מקור לדברי הגמרא ממעשהו של יהודה בן גרים.

33. נראה לכאורה כי ניתן היה ליישב את הסתירה בין דברי רש"י במסכת בבא מציעא לבין דבריו במסכת שבת בכך שדברי יהודה בן גרים מובאים במסכת שבת כדברי לשון הרע מכיוון שהם הסבו נזק, לעומת כינוי אדם בשם שהורגלו בו הרבים, שאינו גורם לנזק. (בהתאם לכך גם יוסבר כי במקרה של מעשה מרים בו נגרם נזק לדמותו של משה שהשווה לשאר הנביאים תוך הקטנת הדמות והקומה של גדול הנביאים). ואכן, ב"חפץ חיים" שם, מובהר כי ההלכה האוסרת ביזוי הוולת גם אם אין בכך כוונה רעה נובעת מהנזק שהדבר מסב, ובלשונו: "דבר כזה אם יתפרסם בפני ההמון יכול להיות סיבה להזיק לו בממונו או על כל פנים להצר לו". גם הסברה נותנת כי דברים שלא גרמו נזק ולא נבעו מכוונה רעה אינם דברי לשון הרע, שהרי נעדר מהם הן הגורם האוביקטיבי (נזק) והן הגורם הסוביקטיבי (כוונה רעה). ברם, אם יסודו של איסור לשון הרע נעוץ בפגיעה בצלם האדם ובדמותו, הרי שיש מקום לאסור זאת גם אם אין כוונה רעה, כפי שמצינו שדברי מרים אודות משה נחשבו ללשון הרע אף בהעדר כוונה רעה. מאידך, יושם אל לב כי הרמב"ם בהלכות דעות פרק ז' הלכה ד' אוסר לספר לשון הרע דרך שחוק וקלות ראש והדבר אינו מותלל כלל בכך שנגרם נזק. גרימת נזק מופיעה שם בהלכה נפרדת (הלכה ה' העוסקת בדברים "שגורמים אם נשמעו איש מפי איש להזיק לו בגופו או בממונו או להצר לו או להפחידו" וזאת כדי לומר כי דבר הנאמר בפני

8. סוגיית איסור לשון הרע מעוררת קושי נוסף במישור הכוונה. מחד גיסא, הלכה פסוקה היא, שאיסור לשון הרע הוא ערך שאין לו מחיר כלכלי, וגם אם אדם ניצב בפני חשש כי יפטר אותו מעבודתו והוא יאבד את פרנסתו אסור לו לעבור על האיסור.³⁴ בהתאם להלכה זו פסק החפץ חיים³⁵ כי "אם נעשה דבר שלא כהוגן ובא ראובן ושאל לשמעון מי עשה את הדבר הזה? אפילו אם הוא מבין שראובן חושדו בזה, אסור לו לגלות מי שעשה את הדבר, אף אם ראה בעצמו (מי עשה כן) רק ישיב אני לא עשיתי את הדבר"³⁶ ... וכל זה שכתבנו הוא מצד הדין, אבל ראוי לבעל נפש שיעשה לפני משורת הדין ולא ישמיט את עצמו מזה במקום שיכול להיות שיתוודה לפני השואל ויתבייש פלוני על ידי זה, ויותר מזה מצינו בסנהדרין בנוגע לכמה תנאים שהטילו על עצמם האשמה כדי שלא יודע מיהו החוטא³⁷, וכן מובא בספר חסידים סימן

שלושה אינו אסור גם אם הוא גורם נזק). משמע כי גם דברים שאינם מסבים נזק אסורים אף אם נאמרו מתוך קלות ראש גרידא. העדר הכוונה לפגוע ע"י אמירתם אינה גורעת מחומרת האיסור.

34. רבי ישראל מאיר הכהן, חפץ חיים, הלכות לשון הרע כלל ' באות ו': "אפילו אם הוא רואה, שאם הוא ירגיל עצמו במידה הזאת שלא לספר לעולם בגנותו של ישראל וכדומה מדיבורים האסורים, יסובב לו (יגרם לו) הפסד גדול בענין פרנסתו, כגון שהוא תחת רשות אחרים והם אנשים שאין בהם ריח תורה, וידוע הוא שבעונותינו הרבים אנשים כאלו הם פרוצים מאוד בזה העוון החמור, עד שאם יראו את מי שאין פיו פתוח כל כך כמותם, יחזיקו אותו לשוטה ופתי, ועל ידי זה יסלקוהו ממשמרתו ולא יהיה לו במה לפרנס את בני ביתו, אף על פי כן אסור ככל שאר איסורי לא תעשה, שמחויב ליתן כל אשר לו, ולא לעבור עליהם כמבואר ביורה דעה (בסימן קנ"ז סעיף א' בהגהה)".

35. שם, כלל י' באות י"ז.

36. מקור הדברים במסכת בבא בתרא דף קס"ד עמ' ב' ביחס לשטר מקושר שרבי שאל את רבי שמעון מי עשה אותו ונענה כי לא הוא שכתב אותו אלא אחר שבשמו נקב. אמר לו על כך רבי 'חדל לך מלשון הרע זה' ומבאר הרשב"ם כי 'לא היה לך להטיל האשמה עליו, היה לך לומר "אני לא כתבתי"'

37. סנהדרין דף י"א עמ' א'. שם מצינו כי רבן גמליאל שאל מי עלה בלי רשותו לעליית הגג ששם לימד תורה למוזמנים בלבד, ושמואל לקח על עצמו את הדבר הגמרא מציינת כי שמואל לא עשה זאת, אך לקח על עצמו את האחריות למעשה, כדי שלא יבוש מי שעשה כן. בדומה לכך מצינו כי מישהו אכל שום ורבי אמר מי שריחו נודף ייצא! עמד רבי חייא ויצא. עמדו כולם ויצאו. למחרת

כ"ב 'ואם הוא בחבורת בני אדם ונעשה דבר אחד שלא כהוגן ולא נודע מיהו החוטא צריך שיאמר אני הוא שחטאתי אף על פי שלא חטא'³⁸.

הרב משה פיינשטיין³⁹ אף פסק כי מורה אינו רשאי לבקש מתלמידיו כי יודיעו לו מיהו אשר עשה מעשה לא ראוי, והעובדה שכוונתו לחנך את הילדים אינה מתירה לו לחייב אותם לומר לשון הרע על זולתם.

9. מאידך גיסא, מצינו כי בפסוק שבו נקבע האיסור על לשון הרע נאמר (ויקרא י"ט, ט"ז) "לא תלך רכיל בעמך - לא תעמוד על דם רעך". ומבואר במפרשים כי אמירה שתכליתה להועיל לזולת אינה בגדר לשון הרע והיא

שאל רבי שמעון בנו של רבי את רבי חייא מדוע ציער את אביו? השיב לו רבי חייא כי לא עלה חלילה על דעתו לעשות כדבר הזה, אלא שהודה כדי שאחר לא יבוש. והוא למד לעשות כן מרבי מאיר, לגביו שנינו בבביתא: "מעשה באשה אחת שבאה לבית מדרשו של רבי מאיר, אמרה לו: רבי, אחד מכם קדשני בביאה. עמד רבי מאיר וכתב לה גט כריתות, ונתן לה, עמדו כולם כתבו ונתנו לה". ומקור הדברים מן האמור בספר עזרא (פרק י') בו הודה "ייען שכניה בן יחיאל מבני עילם ויאמר לעזרא אנחנו מעלנו באלוקינו ונשב נשים נכריות מעמי הארץ ועתה יש מקוה לישראל על זאת". ושכניה בן יחיאל למד זאת מיהושע בן נון לגביו מצינו (יהושע ז') "ויאמר ה' אל יהושע קום לך למה זה אתה נפל על פניך חטא ישראל. אמר לפניו: ריבונו של עולם, מי חטא? אמר לו: וכי דיילטור (דובר לשון הרע) אני לך? הטל גורלות, ויש אומרים כי מקור הדברים ממש רבנו...".

38. כמו כן ראה ספר חסידים באות ש"ל, המציין כי מקום שבו נתנו מקופת העיר צדקה לעניים, והקהל תמה להיכן נעלמו מעות הצדקה, אין לבייש את העני על ידי מסירת שמו אלא "מוטב לגבאי שילבינו את פניו ואל יתבייש העני". ואכן ככלל איש ציבור אין לו לחוש לכבודו, ועל דעת כן התמנה, כפי שנפסק ב'שולחן ערוך' יורה דעה בסימן רנ"ז בסעיף ז' כי "גבאי צדקה אם יחרפוהו העניים אין לו לחוש - כי יותר זכותו גדול". ואולם, בשו"ת "שמע אברהם" (לרבי אברהם בנו של ר' חיים פלגי סימן מ"ח) מובהר כי דברי ספר חסידים הללו מתייחסים למקרה שאדם מצוי בתוך ציבור וחושדים בכולם. במקרה זה, מוטל על אדם להסיר את החשד מן הכלל על ידי כך שיטול את האשמה על עצמו "אבל כשחשדו אותו בלבד והוא מגלה שאינו הוא כי אם חברו - יהיה מותר כיוון שהוא בד בבד, ודמו של חברו אינו סמוק מדמו שלו".

39. הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה יורה דעה, ב', סימן ק"ג.

מותרת. אדרבה, באי אמירתה יש משום עבירה של "לא תעמוד על דם רעך"⁴⁰. באיסור זה של לא תעמוד על דם רעך נכלל גם ההיבט הממוני ואסור לכבוש עדות שיש בה כדי להציל ממון חברו⁴¹. אדם מחויב להעיד לטובת חברו אף כאשר איש אינו מבקש ממנו לעשות כן⁴². יתרה מכך, כל דיבור שתכליתו להסב תועלת ולהזהיר את הבריות מותר הוא, אף שיש בו אמירת דברים שיש בהם גנאי על חברו. כך, למשל, מותר לאדם למסור מידע כי אין להשתדך עם פלוני או לעשות עמו עסק כאשר ברור הדבר שמדובר באדם עם תכונות שליליות העלולות להסב נזק למי שיתקשר עמו⁴³. כמו כן, בהתאם להלכה

40. ור' באור החיים שם, המבאר: "לצד שצווה על הרכילות התנה בו שלא יעמוד על דם רעך, שאם ראה כת אחת שרוצים לרצוח, חייב להודיעו לבעל דבר כדי שיציל נפשו, ולא יאמר הרי זה רכילות. הא למדת שאם לא גילה אוזן חברו והרגוהו בטל אזהרת לא תעמוד וגו'. וצא ולמד ממעשה גדליה בן אחיקם (ירמי' מ) שגילו לו (כי מתכוונים להרגו) וכשלא חש היה מה שהיה".

41. ספר החינוך סימן רמ"ד "ועוד כללו רבותינו ז"ל באזהרה זו שלא לכבוש עדות כדי שלא יאבד חברו ממון, וכן הוא אומר בסיפרא, מנין שאם יודע לו עדות שאינו ראשי לשתוק עליה, שנאמר לא תעמוד על דם רעך". בדומה לכך ר' ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה רצ"ו "ובאה האזהרה באומרו לא תעמוד על דם רעך, וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכלהו גם כן זאת האזהרה כי הוא רואה ממון חברו אבד הוא יכול להחזירו אליו באומרו האמת". בגמרא במסכת בבא קמא דף נ"ו עמ' ב' מצייני כי היודע עדות לחברו ואינו מעיד לו עובר על איסור מדיני שמים ומבטלה הגמרא כי כאשר יש שני אנשים שבידיהם עדות קבילה הרי שההימנעות ממסירת עדות עולה כדי איסור תודה של "אם לא יגיד ונשא עונו". האיסור מדיני שמים מתייחס למקרה של עד אחד. אכן ראינו לעיל (הע"ש 100) כי אדם מחויב להימנע ממסירת עדות שאינה קבילה על פי דיני הראיות. ברם, במקרה דנא מבואר ברשב"ם כי אין בכך איסור שכן יש תועלת בעדותו של עד זה לחייבו שבועה, ושמה יימנע אותו אדם מלהישבע לשקר ועקב כך ישלם את חובו.

42. שו"ת משכנות יעקב, חושן משפט, ב' סימן י"ב.

43. הרב ישראל איסרלין, פתחי תשובה, סימן קנ"ו: "כל הספרי מוסר הרעישו את העולם על עוון לשון הרע, ואנכי מרעיש העולם להיפוך על עוון גדול מזה וגם הוא מצוי יותר, והוא מניעת עצמו מלדבר במקום הנצרך להציל העשוק מיד עושקו, דרך משל במי שראה באחד שהוא אורב על חברו בערמה על הדרך במדבר להרגו, או שראה מחתרת בלילה בביתו או בחנותו היתכן שימנע מלהודיע לחבירו שיזהר ממנו משום איסור לשון הרע? הלא עונו גדול מנשוא שעובר על לא תעמוד על דם רעך,

זו, פסק הרב אונטרמן כי מותר לרואה חשבון לספר לחברי הנהלה על מעילה של מנהל בכספי חברה⁴⁴. הרב עובדיה יוסף פסק כי מותר לרופא להודיע למשרד הרישוי כי מטופל שלו חולה במחלה סמויה שאינה מתגלית בבדיקת רופא רגילה, כגון מחלת הנפילה, וזאת כדי שלא יתנו רשיון לאדם שיסכן את הבריות⁴⁵. דברים דומים אודות חובתו של רופא למנוע נזק לרבים, ע"י מסירת מידע אודות חולה, פסק הרב וולדנברג⁴⁶. הראשונים מבארים כי אין איסור לומר דברים שתכליתם להגן על זכויות ממוניות, לרבות דיבור של אדם שנועד להגן על זכויותיו שלו. כך, למשל, מצינו בדברי המאירי על מסכת בבא בתרא (דף ל"ט עמ' א'), כי מותר לאדם למחות בפני שניים ולציין בפניהם כי קרקע מסוימת היא שלו "אף על פי שיש כאן קצת לשון הרע שאומר עליו (על מחזיק הקרקע) שגולץ הוא, הואיל ועסקי ממון הם, ולא לכוונת לשון הרע נאמר, אלא לענין עדות - אינם מוזהרים על כך"⁴⁷.

10. הנה כי כן, מצד אחד, רואים אנו כי האיסור הוא מוחלט ואין לו מחיר

וכן בענין ממון הוא בכלל השבת אבידה. ועתה מה לי חותר במחירת או שרואה משרתי גונבים אותו בסתר או שותפו גנב דעתו בעסק או שחבירו מטעהו במקח וממכר או שלוח מעות והוא גברא דלא פרענא הוא, וכן בעניני שידוך והוא יודע שהוא איש רע ובליעל ורע להתחתן עמו, כולן בכלל השבת אבידת גופו וממונו וכו'.

44. הרב א.י. אונטרמן "מצוות פיקוח נפש וגדריה" התורה והמדינה, ט-י עמ' כ"ג ומביא לעניין זה את דבריו של הרב ש. קושילביץ בספרו נתיבות שמואל, חלק א', נתיב ט'.

45. הרב עובדיה יוסף, שו"ת יחווה דעת, חלק ד' סימן ס'.

46. הרב אליעזר יהודה וולדנברג שו"ת ציץ אליעזר חלק ט"ו סימן י"ג.

47. הרשב"ם על מסכת בבא בתרא דף ל"ט עמ' ב' דיבור המתחיל "ומאן דה אמר בפני ג' אית ליה דרבה בר רב הונא", מביא את דברי המפרשים כי במחאה יש איסור לשון הרע ודוחה את דבריהם בצינו כי אין הדבר דומה ללשון הרע כלל ועיקר משום שתכלית הדברים להגיע לאוזניו של מחזיק "ומצווה היא לומר לו כדי שייזהר בשטריו. ולכך תיקנו למערער שימחה בפני עדים כדי שיוציאו את הקול". מדברים אלה משמע כי ההיתר לומר את הדברים אינו נעוץ בכך שאין בהם כוונת לשון הרע אלא באשר יש בהם תועלת להזהיר אדם שישמור את שטריו.

כלכלי, עד כי אדם מצווה להימנע מאמירת לשון הרע גם אם הדבר כרוך באובדן מקור מחייתו. מצד שני רואים אנו, כי מותר לו לאדם לומר דברים, אם אין כוונה רעה לאומרם, אלא תכליתם להגן על תועלתו של חברו, ואף על תועלתו הכלכלית שלו עצמו. נשאלת השאלה, הכיצד דרות שתי ההלכות הללו זו עם זו?

יתרה מכך, הדברים קשים הם גם במישור המהותי, שהרי ראינו כי הדיבור בגנות הזולת כמוהו כשפיכת דמו. הכיצד ניתן אפוא להתיר שפיכות דמים שכזו רק מכיון שיש בה תועלת כלכלית למאן דהו?

11. תשובה לשאלה זו עולה מדברי ה"חפץ חיים"⁴⁸ כי ההגדרה של לשון הרע מתייחסת לדיבור של גנאי. לעומת זאת, דיבור לתועלת כלל אינו מוגדר כלשון הרע. לאמור, כאשר אדם אומר דיבור של גנאי אודות זולתו ואין בדיבור זה שום דבר חיובי, הרי שהדבר אסור גם אם המניע לאותו דיבור הוא הרצון להגן על פרנסתו שלו ולמנוע את פיטוריו. לאיסור לומר דיבור של גנאי על הזולת אין מחיר כלכלי. לעומת זאת, כאשר עסקינן בדיבור שתכליתו לגרום תועלת, הרי שמלכתחילה אין הוא מוגדר כדיבור אסור ואינו מהווה לשון הרע.

יובהר, דיבור של גנאי הנאמר ע"י אדם החושש שמא יפטרו אותו אם לא ידבר אינו דיבור של תועלת, שהרי בדיבור עצמו אין כל תועלת אלא רק גנאי על חברו. המניע לדיבור הוא הרצון של האומר להפיס את דעתו של השומע כך שלא יפטור אותו אבל הדיבור עצמו הוא דיבור טהור של לשון הרע. לעומת זאת, דיבור שבו עצמו יש תועלת, כגון עדות או מידע בדבר נזק העלול להיגרם למישהו, אינו נחשב מלכתחילה לפעולת היזק אלא לפעולת הצלה.

משל למה הדבר דומה? אדם ההורג את זולתו, ועושה כן מכיוון שיש לו אינטרס להגן על חייו שלו (המאוימים ע"י צד ג'). במקרה זה בפנינו רוצח

⁴⁸ "חפץ חיים", הלכות לשון הרע, כלל י', אות ד'.

גמור והמניע הכשר שלו אינו מתיר לו לעשות כן, שהרי רציחה היא מן העבירות של ייהרג ובל יעבור. לעומת זאת, אדם שהורג את חברו מתוך הגנה עצמית, אינו נחשב לרוצח מלכתחילה, באשר הפעולה הזו עצמה היא פעולת הצלה ולא פעולת הריגה. אין זו פעולה אסורה שרק מניעה מותרים הם, אלא פעולה מותרת שתוצאתה המידית היא תועלת.

ההבחנה היא אפוא בין פעולה שבה עצמה אין כל תועלת ורק מניעה ותוצאתה העקיפה נעלים הם, המוגדרת כ"לשון הרע", לבין פעולה שבה עצמה יש תועלת, בבחינת סתירה שהיא עצמה בנין, ואשר על כן אינה מוגדרת מלכתחילה כ"לשון הרע".

12. הסבר זה עשוי ליישב גם את הקושי המהותי שהעלינו לעיל, כיצד מתירים "לשפוך דם" ולפגוע בשם טוב של אדם משיקולי תועלת כלכלית? זאת מכיוון שעקרון דומה מצינו לגבי דיני נפשות עצמם. מחד גיסא הכלל הוא ש"אין דוחים נפש מפני נפש" ואין להסגיר אדם אחד כדי להחיות אדם אחר, או אף עיר שלמה⁴⁹. מאידך גיסא, רואים אנו כי כאשר פלוני רודף אחר חברו להרגו, פוסק הרמב"ם כי אין לחוס על נפש הרודף ויש להרגו נפש כדי להציל את הנרדף⁵⁰. לכאורה, כאשר יש התנגשות קיומית בין נפשו של רודף לנפשו של נרדף לא היה מקום להתיר לצד ג' להרוג את הרודף ולהעדיף נפש מפני נפש⁵¹. אין זאת אלא, שההיתר להרוג את הרודף נובע מכך שהתורה

49. לכן נפסקה ההלכה ברמב"ם הלכות יסודי התורה פרק ה' הלכה ה': "נשים שאמרו להם עובדי כוכבים תנו לנו אחת מכן ונטמא אותה ואם לאו נטמא את כולכן יטמאו כולן ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל, וכן אם אמרו להם עובדי כוכבים תנו לנו אחד מכם ונהרגנו ואם לאו נהרוג כולכם, יהרגו כולם ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל".

50. רמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א' הלכה ט'.

51. ואכן, זו ההלכה שנפסקה ברמב"ם שם, ביחס לעובר שהוציא את ראשו, שאסור להרגו אף שהרמב"ם מגדירו כרודף אחר חייה של אמו, שכן אין דוחים נפש מפני נפש. להבנת פסקו זה של הרמב"ם, שיש בו לכאורה סתירה בין ההנמקה האמורה לגבי עובר שלא הוציא ראשו לבין האמור

מגדירה את דמו של הרודף כמותר. במקרה זה, אין כאן "נפש מול נפש", שהרי נפשו של הרודף כמי שאינה.

הוא הדין ביחס לדיני לשון הרע. לכאורה, תמהנו, באשר גם באמירת לשון הרע לתועלת בפנינו ערכים מתנגשים: פגיעה בשמו הטוב של אדם והלבנת פניו שכמוה כרציחה - אל מול התועלת של הצלת הניזוק. במקרה שכזה, אין את ההיתר של רודף המגדיר את דמו של הנרדף כמותר, ואם כן מה מתיר את שפיכת דמו של האדם שעליו אומרים לשון הרע? אין זאת אלא שאמירה שכזו כלל אינה נופלת לגדרי לשון הרע מלכתחילה, באשר צורת הדיבור שנאסרה היא רק דיבור של גנאי ואילו דיבור של תועלת אינו נכלל בכך. ממילא, כפי שלגבי רודף אין בפנינו קונפליקט בין נפש לנפש, באשר נפש הרודף כמי שאינה, כך גם דיבור לתועלת אינו מעורר קונפליקט בין ערכים, באשר מלכתחילה דיבור של תועלת אינו נכלל בגדר האיסור. קרי, מה שנכלל בגדר "לא תעמוד על דם רעך" לא נכלל מלכתחילה בגדר "לא תלך רכיל בעמך" ושני הציוויים הללו נאמרו בתורה בצוותא חדא, כיוון שהאיסור של הליכת רכיל מסיג מלכתחילה באופן שאינו חל על אמירה שתכליתה להועיל.

13. ברם, שבהתאם לדרך הילוך זו המגדירה את הדיבור לתועלת כדיבור שאין בו מעשה איסור, היה מן הדין שיהא היתר בדבר גם אם האומר אינו מתכוון לתועלת שבדברים אלא לנזק שבהם, שהרי מי שעושה פעולה שאינה אסורה, מה נפקא מינא יש בכך שכוונתו אינה טהורה?⁵² הן בסופו של יום

לגבי עובר שהוציא את ראשו ר' הרב חיים הלוי סולובייצקי, חידושי רבנו חיים הלוי, על הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א' הלכה ט'. לעיון והרחבה בעניין זה ר' א. וינרוט, החיים בהלכה (פלדהיים, תש"ע), פרק ה'.

52. ר' רבי חיים בן עטר, "אור החיים" על בראשית פרק נ' פסוק כ', בו משיב יוסף לאחים כי על אף שהם חשבו להרע לו, אין בלבו עליהם שהרי התגלגלו הדברים לתועלת "והאלוקים חשבה לטובה". ר' חיים בן עטר מבהיר "והרי זה דומה למתכוון להשקות חבירו כוס מות והשקהו כוס יין שאינו מתחייב כלום והרי הם פטורים וזכאים גם בדיני שמים".

לא עשה כל מעשה אסור. אדרבה, הוא הגן על אדם מפני שותפות עם רמאי או מפני שידוך עם אדם שאינו ראוי, והעובדה שהתענג על דברי הלשון הרע שאמר לשם כך אינה גורעת מן הצורך לומר את הדברים ומן ההצלה שהיה בהם למי שנאמרו לו⁵³. ועל אף זאת, מצינו בפסקו של ה"פתחי תשובה"⁵⁴ כי הדיבור לתועלת מותר רק אם לא נעשה מתוך כוונה לפגוע במי שנאמרו עליו דברי לשון הרע. ובלשונו "והכלל בזה שהדבר מסור ללב, אם כוונתו לרעת האחד הוא לשון הרע. אבל אם כוונתו לטובת השני להצילו ולשומרו הוא מצווה רבה". בדומה לכך, פסק ה"חפץ חיים"⁵⁵ ביחס לאיסור רכילות כי ישנם חמישה תנאים לומר לשון הרע לתועלת, והתנאי השלישי הוא "שיכוון רק לתועלת, דהיינו לסלק הנזקים מזה ולא מצד שנאה על שכנגדו". כמו כן פסק ה"חפץ חיים" ביחס לאיסור לשון הרע⁵⁶ כי תנאי לאמירת לשון הרע לתועלת היא "שיכוון לתועלת ולא ליהנות חס ושלום מהפגם שהוא נותן בחברו ולא מצד שנאה שיש לו עליו מכבר"⁵⁷.

53. בדומה לכך נראה לכאורה כי מי שהורג את הרודף ויש בלבו על הרודף - אינו חייב באיסור רציחה, שהרי פעולת הריגת הרודף אינה מעשה אסור. להפך, יש לראותה כהצלה ולא כרצח ומניע אסור למעשה מותר אינו הופכו לאסור.

54. הרב ישראל איסרלין, פתחי תשובה, סימן קנ"ו. הרב אליעזר יהודה וולדנברג שו"ת ציץ אליעזר חלק ט"ו סימן י"ג, מביא דברים אלה ומציין כי ההיתר לדבר לתועלת מותנה בכך "שכל הכוונה תהא לא להזיק לו כי אם לטובת השני ולטובת הכלל להצילם ולשמרם שאז מקיים עוד ע"י כך מצוה רבה שאין ערוך לה".

55. "חפץ חיים", הלכות רכילות, כלל ט'.

56. "חפץ חיים" הלכות לשון הרע, כלל י'.

57. ה"חפץ חיים" מציין בהקשר זה כי הדברים הם בגדר "מילתא דמסתברא" (דבר המסתבר ומחויב מכח הסברה), שהרי מפורש בכמה מקומות בספרי חז"ל כי הקב"ה קוצף על עובדי כוכבים המרעים לישראל על אף שהרעה מגיעה בהכרח בדין ובמשפט, כמתחייב מעקרונות של שכר ועונש, ואדרבה יש בה משום תועלת שכן על ידי כך מתמקרים העוונות ונהיה נקיים לעתיד לבוא. "עם כל זה, ייענשו אח"כ עובדי הכוכבים בעונש גדול מפני שהם אינם מכוונים לתועלת רק מצד שנאה ושמחים

על שאלה זו עמד הרב אשר וייס⁵⁸ שתמה: "ועיין ב"חפץ חיים" שכתב שהיתר לשון הרע לתועלת אינו מתכוון לדבר סרה בחברו. אבל כשמתכוון לדבר לשון הרע - אסור. ועוד כתב שם, שאם מדבר בגנות החוטא והוא עצמו אינו מנוקה מעוון אין כאן היתר. ושתי הלכות אלה לכאורה אין להן פשר, כי אם התועלת היא המתירה לדבר לשון הרע, מה לנו ולכוונתו? ומה לנו אם צדיק הוא או רשע?".

14. נראה לכאורה כי יש הסבר לדברים לאחר העיון בדברי ה"חזון איש"⁵⁹ שנאמרו לגבי דיני נפשות, אשר כאמור בפתח הדברים לעיל, דיני לשון הרע מושווים להם. ה"חזון איש" דן במקרה של חץ שהועף ומסכן כמה אנשים ואדם מבקש להסיטו ממקום מעופו כך שיפגע באדם בודד ולא ברבים, שייפגעו אם יוותר החץ בנתיבו המקורי. ה"חזון איש" מציין את ההלכה הפסוקה ברמב"ם, לפיה "אין דוחים נפש מפני נפש" ואסור לקבוצת אנשים למסור להריגה את היחיד עבור הרבים⁶⁰ אך הוא מציין כי דין זה נקבע מכיוון

בצרתנו". מכאן, כי גם מי שאומר דברים שיש בהם תועלת ואשר מותר לאומרם נענש על הכוונה הרעה שהייתה לו בכך.

58. הרב אשר וייס, מנחת אשר, פרשת קדושים, סימן מ"א המוקדש לדין "באיסור לשון הרע ורכילות", באות ג'. הרב וייס מיישב שם את השאלה האמורה באומרו "ולעניות דעתי מוכח מזה שיסוד איסור לשון הרע הוא משום תורת המידות". כלומר, גם אם בדברים יש תועלת, הרי שהם אסורים מכיוון שהאומר משחית את מידותיו כאשר כוונתו להרע. ברם, שהסבר זה אינו מספק לכאורה שהרי אם בפנינו אדם העלול להינזק (כגון בחורה העלולה להשתדך עם בחור חולה נפש) מובן שמוטלת מצווה של ממש לומר את הדברים כדי להציל מן הנזק האמור, כפי שראינו בדברי ה"פתחי תשובה" בה"ש 133 לעיל. הכיצד יתכן אפוא שהדבר יהא אסור רק מכיוון שכוונת האומר אינה טהורה? וכי מעשה מצווה הופך לאסור כשהכוונה אינה טהורה? נראה לכאורה כי על אף השחתת המידות זהו מעשה שמן ההכרח לעשותו ומצווה היא שהדברים יאמרו! כדי להציל את הניזוק מנזק. וקשה לומר כי מעשה שיש מצווה והכרח לעשותו, עדיין עולה כדי איסור רק מכיוון שכוונתו הייתה רעה.

59. הרב אברהם ישעיהו קרליץ, "חזון איש", על מסכת סנהדרין, סימן כ"ה.

60. רמב"ם הלכות יסודי התורה פרק ה' הלכה ה', עליו עמדנו בהע"ש 139 לעיל.

שמסירת היחיד נחשבת לסיוע בהריגתו של אדם ואינה מוגדרת כפעולת הצלה. זאת משום שבמעשה הישיר יש הריגה ואין בו כל הצלה, אף שבדרך גרמא נגרמת מזה הצלה. לעומת זאת, הטיית חץ ממסלולו מותרת היא מכיוון ש"היא בעיקרה פעולת הצלה ואינה קשורה כלל בהריגת היחיד שבצד האחר, רק עכשיו במקרה נמצא בצד האחר נפש מישראל. ואחר שבצד זה ייהרגו נפשות רב ובצד זה נפש של אחד אפשר שיש לנו להשתדל למעט אבידת ישראל ככל שאפשר".

כלומר, מעשה עבירה לא יכול במהותו להיות בגדר של השתדלות מותרת, ומסירת אדם למיתה היא פעולה שאין בה כשלעצמה כדי להציל ועל כן היא אסורה גם אם המטרה היא להציל רבים. אין כל היתר להרוג אדם ולהקריבו על מזבח הזולת אף כשמדובר ביחיד מול רבים. לעומת זאת, לאחר שאחרים ירו את החץ, מעשה ההסטה של החץ אינו פעולת הריגה אלא פעולת הצלה מובהקת שמוותר לנקוט בה גם אם ייגרם על ידי זה מיתה לאחר, שכן מהות הפעולה היא להציל את אלה שהחץ כוון לעברם. אכן התוצאה ההכרחית שתיגרם כתוצאה ממעשה זה תהיה כי האנשים שאליהם הוטח החץ ימותו עקב פעולה זו. אבל, הגדרת המעשה נובעת ממהותו, וזאת פעולה שיש בה כשלעצמה כדי להציל את אלה שהחץ כוון מלכתחילה כנגדם. ממילא, מכיוון שהטיית חץ היא מעשה נאצל של הצלה ולא מעשה שיוגדר כהריגה, ניתן להגדירה כהשתדלות מותרת⁶¹.

15. בדומה לכך, נראה כי גם כשבאים להגדיר מעשה כפעולה שאין בה משום איסור לשון הרע יש לבחון את המעשה לא רק מבחינת התוצאה שלו, אלא גם מבחינת התכלית שלו וכוונת עושהו. ככלל, ראינו כי לשון הרע מוגדרת כפגיעה בכבוד שמים באשר פגיעה בשמו הטוב של אדם היא פגיעה בצלם

61. לענין זה ר' א. וינרוט, החיים בהלכה (פלדהיים, תש"ע), פרק ז' בעמ' 312-313.

האלוקים שבו. ביחס לפגיעה זו נקבעה ההלכה כי אין איסור בדבר כאשר עסקינן בדיבור המועל להצלת הזולת. הלכה זו היא בבחינת אמירה כי הקב"ה כביכול אינו עומד על כבודו ועל הפגיעה בצלמו מקום שבו נחוץ המעשה לשם הצלת אדם מנזק. אבל, בחינת הדברים מזווית ראייה זו ובאספקלריה זו, מלמדת כי לא ניתן לומר שכבודו של הקב"ה יהא מחול, מקום שבו הדברים נעשים מתוך כוונה להזיק. פעולה שתכליתה היזק אינה יכולה להיות מוגדרת כפעולת הצלה. מה שמשחית את מידותיו של העושה ונעשה בכוונה רעה אינו יכול לחסות תחת ההגדרה של פעולת השתדלות מותרת⁶² ומשלא ניתן להגדיר את הפעולה כפעולת הצלה הרי ששבנו למצב שבו מבקשים לדחות נפש מפני נפש ולהתיר שפיכת דמו של האיש שדובר בגנותו כדי להשיא תועלת של הזולת, והכלל הוא כי אין דוחים נפש מפני נפש. דמו של האיש שדובר בגנותו אינו סמוק פחות מדמו של האיש שאת נזקו רוצים למנוע⁶³.

62. בהקשר זה נראה כי יש הבחנה יסודית בין משפט כללי לבין עולמה של הלכה. המשפט הכללי מושגת (כדבריו של ז'אן ז'אק רוסו) על אמנה חברתית לפיה כל בני החברה מוותרים, מכללא, על חלק מחרותם האישית, מתוך מטרה לשכון בשלום זה בצד זה בבחינת "אלמלא מוראה של מלכות איש את רעהו חיים בלעו" (אבות ג', ב'). לעומת זאת, ההלכה מוסיפה לכך עיקרון יסוד נוסף, שתכליתו לשפר את האדם ולעשותו טוב ונאצל יותר, בבחינת "ועשית הישר והטוב". לעניין זה ר' א. וינרוט, צדק חברתי בהלכה, "שבתון" גליון 548, פרשת ויצא, כסלו תשע"ב והמקורות המופיעים שם.

63. ודוק, לפי הסברו של הרב וייס שהובא בה"ש 148 לעיל, יתכן היה לכאורה לומר כי דיבור לתועלת שנעשה בכוונה רעה עולה כדי עבירה על שום השחתת המידות שבו, אך את המידע מוטל יהא למסור, שהרי יש להציל את הזולת.

גישה זו מעוררת קושי שכן נמצא שיש חיוב לעשות מעשה, שיש בו איסור, הכיזב דרים החיוב וההיתר זה עם זה? מה עוד שבגמרא במסכת תמורה דף ג' עמ' ב' מצינו כי על פעולה שיש חיוב לעשותה (כגון שבועת אמת) אין איסור בעשייתה. לעומת זאת, לפי הסברנו יימצא כי לא ניתן יהא למסור אינפורמציה הנחוצה כדי להציל מפני נזק, שהרי נזק זה אינו נדחה מפני החיוב שלא לשפוך את דמו של האיש שמבקשים לדבר בגנותו.

רק מקום שבו הפעולה יכולה לחסות תחת הגדרה של פעולת הצלה, ניתן להתיר אותה. כוונה רעה מונעת הגדרה זו⁶⁴.

64. בכך מובהרת לכאורה גם שיטת רש"י במסכת בבא מציעא דף נ"ח עמ' ב' כי אדם הנוקב בכינוי של רעהו, בלא שיהא בכך עלבון (מכיוון שזהו כינוי שהוא רגיל אליו) אינו עובר על איסור כאשר הוא חף מכוונה לפגוע בזולת. במקרה זה אין הפעולה נכנסת לגדר לשון הרע, באשר אין בה פגיעה כלשהי. אכן, לכאורה אפשר לראות בכך פגיעה בצלמו של אותו אדם ובדמותו, ומשום כך מגדיר הרמב"ם את המעשה כאסור. אך לשיטת רש"י דיבור שאינו נתפס ע"י איש כפגיעה גם אינו פוגע בדמות וממילא אינו נופל לגדר האיסור. אך הקב"ה אינו מוחל על כבודו זה, אם יש כוונה להרע באמצעות כינוי זה. כוונת הזדון מונעת את האפשרות להחריג את הדיבור מגדר של לשון הרע.

פרק ו: ביוש - שיימיניג

א. פגיעה בכבוד האדם (ביוש) כתופעה שהחריפה

1. התקדמות הטכנולוגיה משכללת התנהגויות חברתיות ואף מעצימה אותן. המשפט נקרא להתמודד בכליו הישנים והטובים עם תופעות חדשות, לא שיערום אבותינו מעולם. אחת מן התופעות הללו היא: ביוש ("שיימינג"). ביוש הוא ניצול של כלי המדיה האלקטרונית כדי לגרום לאדם, או לארגון, בושה בשל פעילות החורגת לכאורה מהנורמות המקובלות. ברוב המקרים מדובר בפרסום באתרי רשתות חברתיות, שנעשה בצורת "פוסט", העשוי לכלול אף את שמו של האדם, תמונתו, ולעיתים גם סרטון וידאו רלוונטי. הפוסט עלול להפוך ל"וויראלי" ו"לעוף" במהירות "דיגיטאלית" מקצה העולם ועד קצהו כשהוא נקרא ונחזה ע"י אלפי או רבבות אנשים, שחלקם אף ישתפו אותו (share) עם זולתם, יזדהו עמו ויעשו "לייק" לכותב, וחלקם אף יגיבו לתוכן ע"י כתיבת תגובה ("טוקבק") באופן שמחמיר את רגש הבושה. לתגובות הללו עלול להיות אופי נמהר ומתלהם, בדומה לשיפוט של אספוסף המבצע משפט שדה בכיכר העיר - לינצ'טרנט' (ה'לקחם בסיסים של לינצ' ואינטרנט)¹. רק לעיתים תוכן הפוסט הוא שנתפש כמעשה לא ראוי, ובמקרה זה הופכת המדיה

1. ראו דבריו של הרב מרדכי ברויאר בספרו פרקי מקראות (תשס"ט), עמ' 200-201: "כאשר אדם מספר דברים בגנות חברו, הרי הוא סבור שלא גרם לו כל רע, שהרי השומע איננו בגדר בית דין ואין לו סמכות להעניש. אולם זו טעות. כי השומע הוא חלק של החברה האנושית, ואין לך בית דין אכזרי יותר מהחברה האנושית. כאשר היא שומעת דברים בגנותו של אדם אחר, נוצרת מאליה דעת קהל עוינת, שיש בה כדי להזיק יותר ממאה דיינים. והואיל ואין לה הכלים לדרוש ולחקור ולהוציא משפט צדק, הרי היא קרובה להעניש שלא כדין - ועונשה כבד יותר מכל עונשי בית דין, ולפיכך לא סוף דבר שאסור לאדם לספר שקר בגנות חברו אלא אסור לו גם לספר אמת, שהרי גם במקרה זה הוא דומה למי שמספר דברי אמת לפני בית דין אכזרי ומרושע, שפגיעתו רעה והזיקו מרובה ודיניו דינים של שקר".

הדיגיטלית לחרב פיפיות כאשר מפרסם הפוסט הוא שהופך להיות מטרה לביוש על ידי המגיבים והמשתתפים. המדיה מאפשרת שיח דיגיטלי המוני, בזמן אמת, ביחס לתופעות שהפרט חווה, כשכל אחד מקבל גישה לכלי הפצה המוניים, בלא שיצטרך לעבור דרך אמצעי עריכה וסינון של כלי התקשורת.

2. תופעת הביוש אינה נתפשת בציבור בהכרח כתופעה שלילית, על אף שהיא עלולה להכיל שפה בוטה, שכן במקרים רבים היא משמשת ככלי של האזרח "הקטן" במאבקו נגד רשויות או חברות, הפוגעות בו או בזכויותיו, והיא עשויה לשמש פה ליחיד להתמודד עם תופעות קשות של ניצול עוצמה ציבורית או כלכלית ע"י גופים חזקים או ע"י הממסד האדיש למצוקותיו. ואכן, היו לא מעט מקרים שבהם ביוש הצליח לשנות מציאות, בין אם באמצעות תפיסה והרשעת פושעים, בין אם בהשפעה על חברות ומוסדות לשנות את מדיניותם. ניתן להצביע גם על מקרים שבהם שיימינג כנגד אדם פרטי נתפש בציבור כמעשה חיובי, כגון כאשר אדם אלים וגס רוח חונה במפגיע בחניית נכים, או עושה את צרכיו ליד קיר של בית פרטי, או גונב אופניים מחצר הבנין. כך למשל נפוצו סרטונים שזכו לכינוי "הישראלי המכוער" ובהם הציגו משפחות או אנשים פרטיים שמתנהגים באלימות. בדומה לכך הוקם אתר Road Shamer העוסק בביוש נהגים על עבירות תנועה התנהגותיות. לאחרונה מצינו שימוש אף של בית הדין הרבני הגדול בביוש אינטרנטי כמנוף לחץ על אדם שסירב לתת גט לאשתו. כך בהחלטה של הדיינים: הרב הראשי דוד לאו, הרב אהרן כ"ץ והרב אליעזר איגרא, נקבע כי ניתן לפרסם ברבים את שמו ותמונתו של ד"ר עודד גז, על מנת שהציבור ינהג בו "הרחקה דרבנו תם". בעבר פורסם נידוי שכזה בלוחות מודעות. כעת, נעשה הביוש פומבי בשדה האינטרנטי.

3. ברם כלשון הגמרא (בבא קמא דף ס' עמ' א') משניתנה רשות (ובמקרה דנא "מרשתת") למשחית - שוב אינו מבחין, והביוש תפס את מקומו כטקטיקה

לא רק במקרים של מלחמה בחברות ובנושאי התפקיד המייצגים אותן, אלא גם כאמצעי לסגירת חשבונות אישיים. כך למשל אישה העלתה פוסט ובו ציינה את מעלליו של פלוני לגביה, כשהיא מציינת את שמו המלא, קישור לפרופיל הפייסבוק שלו ותעתיקי שיחות עמו המעידים לטענתה על אשר התרחש. היא קראה לכל חבריה להסיר אותו מרשימת חבריהם בפייסבוק ולשתף הלאה את הפוסט. הגבר, מצדו, פרסם פוסט נגדי הכופר בטענותיה וכך הפך הפייסבוק לזירה של האשמות הדדיות של ברי הפלוגתא, בעוד חבריהם של הגבר והאישה משמשים כצופים, כשופט וכתליין. המשפט לא נערך בבית המשפט, שבו מתקיים דיון שכזה באופן שקול תוך הקפדה על דלתיים סגורות ואיסור פרסום, אלא נעשה באינטרנט באמצעות הלבנת פנים באופן פומבי, כאשר הדרך הקלה ביותר לעשות זאת היא ע"י רתימת התפוצה העצומה שמעניקות הרשתות החברתיות. הפייסבוק החליף אפוא את כיכר העיר והשיתופים בפייסבוק ותוצאות החיפוש בגוגל באו חלף אות הקלון שבהרשעה המשפטית.

4. תופעת השיימינג גורמת להצגת עמדה חד צדדית, כיוון שהמפרסם מציג את הדברים רק מהצד שלו, ללא תגובת המבויש. בשלב הראשוני של הפרסום לא ניתן לאמת האם הדברים התרחשו כפי שתואר או שישנם פרטים לא ידועים, כגון חלקו של המפרסם באירוע או טעות בתיאור ההתרחשות, ושלא ניתן הרבה משקל לטענותיו של הצד המותקף. למרות העובדה, שאירעו לא מעט מקרים בהם פרסום הסיפור המלא עצר את פעולת הביוש, הנטייה היא לקבל את הדברים כאמת ולצדד בצד שהעלה את הטענות לרשת. בנוסף לכך, הפומביות של פעולת הביוש גוררת פגיעה בפרטיותו של אדם ועלולה לגרום להשפלה נפשית. השימוש במרשתת האינטרנט כדי לשטוח טענות באופן פומבי, עלול להציג דברים באופן לא נכון ולשמש ככלי ל"רצח אופי" ול"סגירת חשבונות". הצורך להתגונן מפני גולשי אינטרנט רבים מספור והקושי לבצע זאת עשויים לגרום לתסכול נפשי וללחץ בלתי הוגן העולה

לעיתים כדי דיני נפשות ממש². שיימינג טומן אפוא בחובו סכנה גדולה³. הקלות שבה ניתן להרוס שמו של אדם ללא משפט היא בלתי נתפשת. מה עמדתה של ההלכה בעניין זה?

2. ב-2013 התאבדה נערה קנדית בת 17, בשם ריטה פרסונס, לאחר שהופצה באינטרנט תמונה מאירוע של אונס קבוצתי לכאורה שבוצע בה בגיל 15; בעקבות התמונה, אנשים שונים הטרידו אותה בהערות פוגעניות. במאי 2015 התאבד בישראל אריאל רוניס, מנהל לשכת רשות האוכלוסין בתל אביב, שהואשם באפליה בפוסט בפייסבוק שהתפרסם והפך ויראלי במהירות. מסתבר כי גברת יוצאת העדה האתיופית ביקשה לעקוף את התור, ומר רוניס העמיד אותה במקומה תרתי משמע. בתגובה לכך, פרסמה הגברת פוסט ורואיינה בהמשך בטלוויזיה, כשהיא מאשימה את רוניס בגזענות. רוניס ניסה לטעון כי לא הייתה גזענות במקרה, אך תשובותיו נבלעו. לאחר מספר ימים התאבד בביתו, לאחר שפרסם פוסט המציג את מניעיו. לאחר שנודע על התאבדותו של רוניס פרסמה האישה שהתלוננה על התנהגותו הודעה בה הביעה צער עמוק.
3. האפיק המשפטי המרכזי בו מטפל המשפט הישראלי בנושא ביוש הוא שימוש בחוק איסור לשון הרע תשכ"ה 1965. ברם, שספק אם פרסום ברשת חברתית עולה כדי "פרסום" כהגדרתו בחוק זה והפסיקה קבעה בכל מקרה כי חוק איסור לשון הרע יפורש באופן "מרוכך" בכל הנוגע לחופש הביטוי ביחס לכתיבת דעות ותגובות באינטרנט. בנוסף, חוק איסור לשון הרע קובע כי פעולה אינה מהווה עוולה אם היא עומדת בשתי הגנות: א. הגנת "תום הלב"; ב. הגנת "אמת דיברתי". במקרים שבהם מפרסם הביוש לא חרג משתי הגנות אלו, יש אפוא קושי משפטי לטפל בעניין. במקרים מסוימים ייחנה הפרסום מהגנה מלאה גם אם תוכנו איננו נכון לחלוטין. כך למשל חוק איסור לשון הרע קובע כי הגנת אמיתות הפרסום "לא תישלל בשל כך בלבד שלא הוכחה אמתותו של פרט לוואי שאין בו פגיעה של ממש". זאת ועוד, החוק מונה 12 מקרים שבמסגרת יזכה הפרסום מהגנה - בלי קשר לאמיתות תוכנו - ובלבד שנעשה בתום לב. בין המקרים שבהם פרסום בתום לב יזכה להגנה ניתן למצוא את הסיטואציות הבאות: היחסים שבין המפרסם לבין האדם שאליה הופנה הפרסום הטילו על המפרסם חובה חוקית, מוסרית או חברתית לעשות אותו פרסום; הפרסום נעשה לשם הגנה על עניין אישי כשר של המפרסם; הפרסום היה הבעת דעה על התנהגות הנפגע בתפקיד ציבורי, בשירות ציבורי או בקשר לעניין ציבורי, או על אופיו, עברו, מעשיו או דעותיו של הנפגע במידה שהם נתגלו באותה התנהגות. הפסיקה פרשה את החוק באופן שמאפשר לאנשים להגיב ברשת האינטרנט בלא להיחשף - כך שלא ניתן לתבוע אותם. דומה אפוא כי הכלי המשפטי של "איסור לשון הרע" עדין מידי מכדי להתמודד עם תופעת הביוש, אינו הולם את מידותיה ו"קטן עליה".

ב. "ביוש בדברים - פטור"

5. לכאורה, יש קושי חמור בהתמודדות ההלכה עם תופעת הביוש, שכן ברא"ש מסכת בבא קמא פרק ח' סימן טו מצינו כי "ביישו בדברים פטור". הרא"ש מבאר "ונראה לי טעמא משום שכתוב (דברים כ"ה, י"א) "והחזיקה במבושיו" - משמע שלא חייבה תורה אלא על בשת גופו אבל בשת דברים או רקק על בגדו פטור. ורב שרירא ז"ל כתב שאף על בשת דברים מנדים אותו עד שיפייסנו כראוי לפי כבודו. ומסתברא שיותר (בושה יש) בבושת בדברים מבושת של חבלה, שכן אין דבר גדול כלשון הרע ודיבה שאדם מוציא על חבריו". הנה כי כן, אין זיהוי הכרחי בין ביוש לבין לשון הרע, וחוב הממון בתורה בגין "בושת" אינו מתייחס לביוש בדברים אלא למי שמזיק את חברו וגורם לו חבלה גופנית, שאז הוא משלם: נזק, צער, ריפוי, שבת, ו- בושת. שיטת הרא"ש לגבי מי שעשה רק בושת דברים נפסקה להלכה בשולחן ערוך חושן משפט הלכות חובל בחברו סימן ת"כ בסעיף ל"ח, כי "ביישו בדברים - פטור".

בושת שאין לה ביטוי פיסי, אינה עילה לחוב משפטי ממוני מן התורה. הכיצד נתמודד אפוא עם תופעת הביוש?

ובכלל, נשאלת השאלה: מדוע בושת דברים פטורה? במה שונה היא מבושת גופו? וכי המילה הנאמרת פוגעת פחות מסטירה? והרי הרא"ש עצמו כתב כי מסתבר שיותר בושה יש בבושת בדברים מבושת של חבלה, וכפי שהבריות נהגו לומר "סטירה עוברת ומילה נשאת"? מדוע חייבה אפוא התורה בניזקין בגין בושת מסוג אחד ופטרה בושת מסוג אחר?

6. נראה כי בצד הפטור הקיים בדיני הנזקין מכירה ההלכה בצורך להעניק לבית הדין כלים להתמודד עם הקושי האמור, ומקור הדברים מצוי כבר ברמב"ם, הלכות חובל ומזיק, פרק ג' הלכה ה' הפוסק כי "המבייש את חברו בדברים או שרקק על בגדיו - פטור מן התשלומין. ויש לבית דין לגדור בדבר

בכל מקום ובכל זמן כמו שיראוי". בדומה לכך מצינו בשו"ת הרא"ש, כלל ק"א, סימן ט' כי אמנם מי שבניש בדברים פטור מלשלם על פי דיני הנזיקין, מכיוון שלא נעשה מעשה של נזק פיסית, ברם "נהגו בכל מקומות מושבות ישראל לעשות תקנה וסייג לדבר, להטיל חכה בפי בעלי לשון ולקנוס המבייש, הכל לפי הענין. וכן יעשו בית דין בכל ענין לפי הראוי, הכל לפי המבייש והמתבייש"⁴. הדברים נפסקו להלכה גם בשולחן ערוך חושן משפט הלכות חובל בחברו סימן ת"כ סעיף כ"ח: "יש לבית דין בכל מקום ובכל זמן לגדור כפי מה שיראוי. ויש אומרים שמנדין אותו עד שיפייס המבויש. ומוסיף על כך הרמ"א: וי"א שמכין אותו מכת מרדות".

ברם, שעל פני הדברים מדובר בחיוב הנובע מכוח הוראת שעה המוחלת ע"י בית הדין הדין בעניין. ואם כן שאלה היא אם בית הדין מוסמך לעשות כן במציאות המשפטית הנוכחית.

ג. הקושי להבין את מהות גישתה של ההלכה - בפסיקתו של הרמב"ם

7. להלן נעמוד על שורה של הלכות בפסיקתו של הרמב"ם בסוגיה זו, ונראה כי יש לכאורה קושי להבין את מהות גישתה של ההלכה בעניין זה.

הרמב"ם בהלכות דעות פרק ו' הלכה ח' נוקט כי המקור ההלכתי לאיסור להכלים את ישראל נוגע למעשה חיובי בעיקרו, של אדם המבקש לתקן עולם

4. ור' גם מרדכי, מסכת בבא קמא, סימן פא לפיו במקרה של ביוש "היה לקהל לקנסו או במלקות או בממון, לפי המבייש והמתבייש, לפי ראות עיני הקהל, כי דיני קנסות הם אלו, ואין להם קצבה, אלא הכל לפי מה שהוא אדם, ככל אשר ישיתו עליו עיני העדה". כמו כן ר' שו"ת תרומת הדשן סימן ש"ז כי "אם רצו בית הדין וקנסו כדי לעשות גדר וסייג, ולסכור פי דוברי שקר ומוציאי שם רע - הרשות בידם, כפי מה שנראה להם צורך, לפי הענין. וכן משמע בתשובת הרא"ש, וכן ראוי לעשות.

במלכות ומוכיח את חברו על מעשה חמור שעשה, מתוך רצון כן להשיבו למוטב. ברם, שגם כאשר עושים מעשה שכזה, מן ההכרח להקפיד שלא לבייש. כך פוסק הרמב"ם "המוכיח את חברו תחלה, לא ידבר לו קשות עד (כדי כך) שיכלימנו, שנאמר (ויקרא י"ט, י"ז) "הוכח תוכיח את עמיתך ולא תשא עליו חטא", כך אמרו חכמים: יכול אתה מוכיחו ופניו משתנות תלמוד לומר "ולא תשא עליו חטא". מכאן שאסור לאדם להכלים את ישראל וכל שכן ברבים". נראה אפוא כי ביוש אסור לא רק כשהוא נעשה מתוך מטרת זדון, ואף כשהוא לא נעשה ברבים אלא בשיחה פרטית בין המבייש למתבייש. כלומר מדובר במעשה שאין בו דיבור של לשון הרע, שהרי אין זו שיחה בין שניים אודות אדם שלישי, אלא אף כאשר מדובר בשיחה פרטית של אדם עם זולתו - יש איסור של ביוש.

הרמב"ם ממשיך ופוסק שם כי חומרה יתירה יש לביוש הנעשה בפני רבים: "אף על פי שהמכלים את חברו אינו לוקה עליו עוון גדול הוא, כך אמרו חכמים "המלבין פני חברו ברבים אין לו חלק לעולם הבא", לפיכך צריך אדם להיזהר שלא לבייש חברו ברבים בין קטן בין גדול, ולא יקרא לו בשם שהוא בוש ממנו, ולא יספר לפניו דבר שהוא בוש ממנו". ברם, הסיפא של דברי הרמב"ם בהלכה האמורה מעוררת קושי רב, שכן הרמב"ם ממשיך ופוסק באותה הלכה: "במה דברים אמורים? בדברים שבין אדם לחברו, אבל בדברי שמים אם לא חזר בו בסתר מכלימים אותו ברבים ומפרסמים חטאו ומחרפים אותו בפניו ומבזים ומקללים אותו עד שיחזור למוטב כמו שעשו כל הנביאים בישראל".

וכאן יש להבין: מה ההבחנה לעניין ביוש והכלמת אדם, אם החטא שעשה הוא "בין אדם לחברו" שאז ההכלמה אסורה, לבין חטא שהינו "בין אדם למקום" שאז ההכלמה מותרת? וכי דמו של אדם סמוק פחות ומותר להכלימו כאשר מדובר בחטא שבין אדם למקום?

כמו כן, לא ברור מדוע כלל הרמב"ם בהלכות דעות את ההיתר לבייש כאשר אדם עבר על חטא שבין אדם למקום? האם למשל נמצא ברמב"ם בהלכות חובל ומזיק פטור לבית דין שמכה מכת מרדות? אין זאת אלא, שמדובר בצד השני של אותה מטבע עצמה האוסרת לבייש בפומבי את החוטא בחטא שבין אדם לחברו, והיא המשך ישיר של אותו דין עצמו. והשאלה הנשאלת היא: מהם גדרי האיסור ומהותו?

8. בהקשר זה יש להבין, הכיצד ייתכן להתיר פגיעה בכבוד האדם החוטא בעבירות שבין אדם לחברו, שעה שכבוד האדם והתדמית שלו מכוונים את התנהגותו ומי שפוגע בהם נוטל מן האדם "את התמריץ, אולי האחרון, לשפור התנהגותו"⁵. ובלשונו של הרש"ר הירש בספרו חורב (חלק ג' פרק נ"ג) ביחס לפסוק "לא תלך רכיל בעמך":

**"דמותו של אדם המצטיירת בתודעתם של אחרים היא יקרו. דמות
זו קובעת את גישת האחרים אליו ואת המשקל שהם מייחסים**

5. במשנה מסכת סנהדרין דף כ"ט ע"א' מצינו כי בית דין היו מאיימים על העדים לומר אמת. ומבאר הגמרא כי שיא האיום היה באמירה "סהדי שקרי אאוגרייהו זילי" - עדי שקר בזויים גם בעיני מי ששכר אותם למסור עדות זו. מקשה התורת חיים "לכאורה תימה, מה איכפת לעד שיהא בזוי בעיני השוכרו ואין זה איום?" אין זאת אלא, כי כבוד האדם בעיני הבריות הוא המגן האחרון של האדם מפני התדרדרות מוסרית. ור' דברי הרא"ה קוק באגרות הרא"ה חלק א' אגרת רכ"ו: "חכמינו הקדמונים ז"ל כחוקרי הנפש האמתיים הורו אותנו, שכשמאיימים את העדים שיגידו אמת אומרים להם פתגם קצר ונוקב עד חדרי לב "סהדי שקרי אאוגרייהו זילי". על כל מוסר ותוכחה, על כל פחד משפט ובלהות מצוקה - תוכל שרירות לב הותל להחליק, אם הרגשת הלב חדלה מהכיר את הדרך הטובה והנכונה. הלב המת, שכוח החיים שבהכרה המוסרית באיזה פרט שיהיה, אבד לעמתו, את תנועתו ודרכו. הלב הזה לא ישוב כל כך בנקל לתחיה מפני כל פחד ואיום. אבל דבר אחד יש שעל ידו נוכל להגיע עד אותו המקום ששם טמון הוא זיק החיים המסתתר בקרב האדם פנימה, גם בעת אשר ירד בשפל הדיכאון התחתונה של העולם המוסרי. זהו כוח הכרת ערך עצמו והרגשת הכבוד. כבוד הנפש הראוי לאדם באשר הוא אדם. וכשיתעודד האדם להכיר את ערכו, אז ישובו לו לאטם כל כוחותיו והרגשותיו המוסריים הנרדמים, וישובו ויחיו. על כן כח קסם נפלא יש

להשפעתו. מטעם זה, ולו מטעם זה בלבד, נודעת ליקר - השפעה מרובה בהיותו מסדיר את מקומו ומעמדו של אדם. בדמות זו של האדם תלויות גם הדעות עליו, והכבוד והאהבה שחולקים לו. פרט לזכות להיראות מול פני ה' בטהרה ובעקבותיה התודעה העצמית המאושרת - אין לאדם שכר משיב נפש יותר מאשר ההכרה ההערכה ויחס החיבה שבני אדם רוחשים לו. הכבוד מביא לידי אושר בחיים. אכן אדם שקשה עליו להגיע לידי הכרת עצמו יבחין בנקל כמו במבט אל המראה, כיצד משתקף הוא בעיני אחרים. משאת הנפש להשאיר רושם. דמות זו היא עמוקה ומיוחדת כל כך עד שבני אדם שאינם חוששים לכער את דמותם למעשה ואינם נרתעים מפני יראת ה' ותודעת עצמם בכל זאת מתאמצים בכל מחיר לשמור לעצמם אותה דמות ללא רבב. כך נעשה הכבוד לתמריץ לאדם לעשות את שמוטל עליו תמריץ שלא לשמה אך לא נדיר ומתוך שלא לשמה בא לשמה ובסופו של דבר ילמד האדם לעשות את חובתו כמצווה ועושה מפי הגבורה.

כבד את האדם ביקרו ובדמותו ואל תשלח ידך להמיתו בדמות זו, שערכי קדושה וטהרה תלויים בה אל תדבר בגנותה ולו אמת הדבר אשר תדבר, והדמות טובה מן המציאות עליך לשמוח בזה ולא לעשות את עצמך שופט ותליין עליו כשם שאין לך רשות להרוג את מי שנידון למיתה ולא לגזול ממנו את התמריץ אולי האחרון לשיפור התנהגותו".

9. יסוד לדברים אלו מצוי בדברי הרמב"ם בפירושו המשניות למסכת אבות, פרק א' משנה י"ב:

"אמרו, שאהרן, עליו השלום, כשהיה מרגיש או כשהיו מספרים לו על אדם שתוכו רע, ושבידו עבירה, היה מקדים לו שלום, ומתחבר

עמו, ומרבה לספר עמו. והיה ההוא מתבייש, ואומר: אוי לי, אילו ידע אהרן צפונותי ומה שעשיתי, לא היה מתיר לעצמו להסתכל בי, כל שכן לדבר עמי. ואמנם אני אצלו בדמות איש מעלה, הרי אני מצדיק את מחשבתו. ויחזור בתשובה, וישוב להיות מתלמידיו, ומן הנהנים ממנו עצה ותושיה"⁶.

הערך העצמי של האדם, מעצב את אישיותו ואת התנהגותו, ומכאן הצורך העז בשמירה על כבודו ועל תדמיתו בעיני הזולת⁷. ואם כן, מה פשר דברי הרמב"ם כי אם מדובר במי שחטא בחטאים שבין אדם למקום ולא שעה לדברי תוכחה, ניתן להשפילו ולבזותו ולפגוע בתדמיתו בעיני הזולת? האם כך ישוב אל דרך הישר?

10. בספר החינוך מצוה של"ח, ובשולחן ערוך הרב הלכות אונאה וגנבת דעת

באים הזה של "סהרי שקרי אאוגרייהו זילי" להשיב מעוון גם ישנים נפתים ונדחים נרדמים. זאת היא תוכחת אמת, תוכחת חכמה, המיסודת על הבסיס הנאמן של רגש הכבוד".

6. מעניין כי הדברים דומים למסופר בשם הבעש"ט כי כאשר פנה אליו אדם והשיח את כאבו כי בנו סר מדרך הישר, ושאל "מה עלי לעשות"? השיב לו הבעש"ט: "תאהב אותו עוד יותר מאשר קודם".

7. הרב אביגדור נבנצל בספרו שיחות ליום הכיפורים שיחה י' עמ' קמ"ב-קמ"ג, עומד על ההבחנה בין ענווה לבין העדר הערכה עצמית מספקת, שהיא בעיניו שורש כל רע, כאשר האדם שאינו מכיר את ערכו לא שואף לכולם וממילא לא יגיע לכולם. הוא מכתיר את הפגיעה בערך העצמי של האדם בכותרת "הענווה בשיירות היצר הרע". יסוד הדברים מצוי כבר בדברי רבי צדוק הכהן מלובלין פרי צדיק דברים לחמישה עשר באב באות א, המבהיר כי העדר ערך עצמי הוא "קליפת עמלק" ועומד בסתירה לכבוד שמיים, שכן: "יש גאות לטובה כמו שנאמר ביהושפט (דברי הימים - ב י"ז, ו) "ויגבה לבו בדרכי ה'" והוא כנגד קליפת עמלק, שמשליך עצבות וקרירות על האדם, כמו שנאמר (דברים כ"ה, י"ח) "אשר קרך" ודרשו בספרי (עייני בפסיקתא פרשה י"ב) "הצנינך והפשידך". ומצינו עוד (תמורה ט"ז, א) "לבלתי עצבי" - שלא ישגבני יצר הרע מלשנות. וקרי ליה "עצבי" שהיצר הרע משליך עצבות על האדם ושפלות בפיתויו שאינו נחשב לימודו ועבודתו כלום. ולזה נצרך גאווה שידע שעל ידי תורתו ועבודתו מוסיפים כביכול כח בפמליא של מעלה כמו שנאמר (תהלים ס"ח, ל"ה) "תנו עוז לאלוקים" וכן להיפך חס ושלום נאמר (דברים ל"ב, י"ח) "צור ילדך תשי". וזה הוא הגאות לשם שמים כמו שנאמר (דברי הימים - ב י"ז, ו) ויגבה לבו בדרכי ה'".

סעיף כ"ט מצינו שהאיסור לבייש את חברו נכלל בלאו של אונאת-דברים⁸, שנאמר (ויקרא י"ז, י"ז) "לא תונו איש את עמיתו" ומבאר רש"י "כאן הזהיר על אונאת דברים, שלא יקניט איש את חברו". כל המצער את חברו בדברים עובר בלאו זה ובמסכת בבא מציעא דף נ"ח עמ' ב' מצינו כי האומר לחברו "זכור מעשיך הראשונים", או "זכור מעשי אבותיך"; או האומר לחברו בשעת צרתו כדרך שאמרו חבריו לאיוב: "זכר - נא מי הוא נקי אבד"; או המלביץ פני חברו ברבים, והמכנה שם לחברו; או אם היו חמרים מבקשים תבואה ממנו, לא יאמר להם לכו אצל פלוני שהוא מוכר תבואה, ויודע בו שלא מכר מעולם; ואל ישאל את המוכר על מחיר סחורתו, שעה שאינו מתכוון לקנות". ודוק, מן הדוגמא האחרונה שהגמרא מביאה נמצא, כי עניינה של אונאת דברים היא הצער שמצער את חברו, אפילו שאינו מתבייש. מכל מקום בפתיחה לספר חפץ חיים ס"ק יד מובהר כי המבייש את חברו הרי הוא גם מצער, שהמתבייש מצטער, ולכן ישנו גם בכלל האיסור של אונאת דברים. ואכן, מעיון בסוגיה במסכת בבא מציעא דף נ"ח עמ' ב' עולה בכירור כי יש קשר בין אונאת דברים לבין האיסור של הלבנת פנים.

11. נראה כי ביחס לביוש, התולדה חזקה מן המקור. האיסור של ביוש מקבל ממד חמור הרבה יותר מתוכחה מוגזמת או אונאת דברים גרידא ובהלבנת פנים יש חומרה יתירה שאינה נמצאת בכל אונאת דברים. ביחס להלבנת פנים

8. רגילים לפרש את המונח אונאה כמתייחס לתרמית ממונית. בפועל, המונח אונאה הוא משורש "אונג" - מי שמתו מטל בפניו וממילא שרוי ביגון עמוק. ביטוי זה מבטא אפוא את האיסור שמוטל אדם לצער את חברו. הרש"ר הירש מבאר בהקשר זה את הפסוק באומרו כי פסוק זה בא להרחיב את האיסור העוסק בהונאת ממון ולהטילו גם על אונאת דברים, כאשר המכנה המשותף בין אונאת דברים לבין אונאת ממון הוא שבשניהם המאנה מנצל את חולשת חברו לרעתו ומצער אותו. זה מנצל את חוסר בקיאותו בטיב הסחורה וזה מנצל את רגישותו הנפשית, ובשני המקרים הוא מסב לחברו צער שכן הוא חש כי חולשת אופיו הביאה אותו למצב הזה. אדרבה, חמורה אונאת דברים מאונאת ממון, שהרי "זה בגופו וזה בממונו", "זה ניתן להשבה וזה לא ניתן להשבה".

מציין הרמב"ם דברים שאינם מצויים לגבי כל שאר אונאה, ובהלכות חובל ומזיק פרק ג הלכה ז' נפסק כי אף על פי שהמבייש שאר העם בדברים פטור מן התשלומים - עון גדול הוא, ואינו מחרף ומגדף לעם ומביישן אלא רשע שוטה, ואמרו חכמים הראשונים שכל המלבין פני אדם כשר מישראל ברבים אין לו חלק לעולם הבא". ודוק, מדוע מכנה הרמב"ם את העובר על חטא זה בכינוי הגנאי "רשע שוטה", שלא כדרכו בספרו היד החזקה, העוסק רק באסור ובמותר ולא בהקלנת החוטאים? ולגופם של דברים לא ברור מדוע מוגדר איש זה כשוטה? רשעו ברור על פניו, אך במה מתבטאת שטותו של האיש? מכל מקום, הטעם לחומרה היתרה שיש בביוש חברו, מובהרת בחז"ל (בבא מציעא דף נ"ח עמ' ב') בכך שאין המדובר בצער גרידא, אלא "כל המלבין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים, שכן אנו רואים שהאודם הולך - מעל פניו - והלובן בא ופניו כמת". כמו כן, רבנו יונה גירונדי בספרו "שערי תשובה" שער ג' אות קל"ט מציין כי צער הלבנת הפנים "מר ממות"⁹. כמו כן, מצינו בגמרא בברכות דף מ"ג עמ' ב' "נוח לו לאדם שיפיל עצמו לכבשן האש ואל ילבין פני חברו ברבים"¹⁰.

12. מדברי הראשונים נראה, כי הדברים חורגים מדברי אגדה ומקבלים תוקף

9. עי' תשב"ץ אבות פרק ג משנה ט"ו. ור' חינוך מצוה ר"מ שציין כי הבושת "צער גדול לבריות, אין גדול ממנו". גדולי המודר היו אומרים בשם הרב נתן צבי פינקל ("הסבא מסלובודקה") "אם ניקח מן האדם כל רגשי כבוד - מוכרח הוא שימות, או שייצא מדעתו וישתגע ויחיה בתוך מצב שמדמה שהוא אדם אחר".

10. מקור הדברים מתמר שנאמר לגביה (בראשית לח כה) "היא מוצאת" ולא אמרה לו בפירוש אלו הסימנים של יהודה ולו אני הרה, ואמרה לאיש אשר אלה לו אנכי הרה, אם יודה יודה ואם לאו אשרף ולא אלבין פניו, והיא היתה כבר קרובה לאש, שהיא מוצת כתוב בלא אל"ף, מלשון ויצת אש בציון⁸, ולא שלחה לו אלא ברמז, שאם לא היה מודה לא היתה מפרסמתו. מקור נוסף לדברים מצוי במדרש תנחומא (ויגש, סימן ה') "למה אמר יוסף (בראשית מ"ה א') "הוציאו כל איש מעליו", אלא כך אמר יוסף מוטב שאהרג ולא אבייש את אחי בפני המצרים".

הלכתי. כך, למשל, בתוספות במסכת סוטה¹¹ מצינו כי כאשר נאמר שערך החיים אינו עומד בפני שלוש עבירות של עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים הדבר כולל גם את העבירה של הלבנת פנים, שאינה מנויה בין שלוש העבירות הללו רק מכיוון שאינה מפורשת בתורה. על בסיס זה מציין ה"פרי חדש" כי כאשר הרמב"ם מונה שלוש עבירות של יהרג ואל יעבור "הוא הדין גם בהלבנת פנים"¹². הדברים קיבלו היבט הלכתי מובהק בדיוני הפוסקים. כך למשל, הרב ש. ז. אוירבך דן בשאלה האם מותר לחלל שבת כדי למנוע הלבנת פנים¹³, ומגיעים הדברים לידי כך, שהרב יעקב עטלינגר¹⁴ דן בשאלה האם מותר לאדם להציל עצמו ממיתה על ידי כך שיבייש את חברו או שמא כשם שאסור לאדם להרוג את חברו כדי להציל את חיי עצמו, שכן דם הזולת לא סמוק פחות מדמו שלו, כך אסור לו לאדם להציל את עצמו ע"י כך שיבייש את הזולת וישפוך את דמו במובן של הלבנת פנים.

גדולי החכמים היו אומרים על עצמם שחטאו בחטא שביצעו בפועל אחרים, כדי שלא ילבינו פניו של מי שעשה החטא¹⁵, ולמדו כן ממה שאמר שכניה בן יחיאל לעזרא (עזרא י', ב') "אנחנו מעלנו באלוקינו ונשב נשים נכריות

11. סוטה דף י' עמ' ב' תוספות דיבור המתחיל "נוח".

12. הגהות מים חיים על הרמב"ם, הלכות יסודי התורה, פרק ה' הלכה ב'. ור' גם רבנו יונה ב"שערי תשובה" שער ג' אות קל"ט כי הלבנת פנים היא "אבק הרציתה", ועל כן "כמו שאמרו כי ייהרג ולא ירצח דומה לזה אמרו שיפיל עצמו לכבשן האש ולא ילבין פני חברו ברבים". כמו כן, ראה "פני יהושע" על מסכת בבא מציעא דף נ"ט עמ' א' המסתפק אם עסקינן רק בהיתר או בחיוב גמור למסור נפשו להריגה כדי שלא להלבין פנים.

13. הרב ש.ז. אוירבך, מנחת שלמה סימן ז'. צדדי ההיתר נובעים מקל וחומר "ומה אם מותר לחלל שבת כדי להציל אדם ממיתה, כל שכן שיותר להציל מהלבנת פנים שהינו חמור יותר משריפת ג' נפשות בכבשן האש".

14. הרב יעקב עטלינגר, (רבה של אלטונה בגרמניה, בעל "ערוך לנר"), "חקירה בדין בושת במקום פיקוח נפש" הנאמן שנה ט' עמ' 132.

15. עי' סנהדרין יא א ורש"י ד"ה משום כיסופא וד"ה ח"ו.

מעמי הארץ", והוא לא נשא נכרית והכניס עצמו בכלל כדי שלא להלבין פניהם¹⁶.

13. ברם, שהדברים צריכים ביאור, שכן איסור זה נאמר אף ביחס למקרים שבהם - אין ביוש כלל. והשאלה היא, ממה נובע האיסור. נבהיר:

(א) הרמב"ם בהלכות דעות פרק ו' הלכה ג' פוסק כי "מצוה על כל אדם לאהוב את כל אחד ואחד מישראל כגופו שנאמר ואהבת לרעך כמוך, לפיכך צריך לספר בשבחו ולחוס על ממונו כאשר הוא חס על ממון עצמו ורוצה בכבוד עצמו, והמתכבד בקלון חבירו אין לו חלק לעולם הבא".

(ב) הרמב"ם בהלכות תשובה פרק ד' הלכה ד' מונה חמשה דברים שהעושה אותן אין חזקתו לשוב מהן בתשובה. אחד מהם הוא "המתכבד בקלון חבירו". ומבאר הרמב"ם כי אינו שב שכן הוא "אומר בלבו שאינו חטא לפי שאין חבירו עומד שם ולא הגיע לו בושת ולא ביישו אלא ערך מעשיו הטובים וחכמתו למול מעשה חבירו או חכמתו כדי שיראה מכללו שהוא מכובד וחבירו בזוי".

(ג) מכאן כי מדובר באיסור הנעשה גם בשעה שחברו אינו מתבייש כלל. ואכן, אם אדם רואה מהחלון את חברו נופל ברחוב ונהנה מכך. החבר אינו רואה את החיוך על פניו של הצופה בו מן החלון. החיוך האמור אינו מוסיף דבר לבושתו של הנופל. ועם זאת, למרות שהוא לא עבר לכאורה שום איסור, ולא בייש את רעהו במאומה ולא ציער אותו, כל החומרה שנאמרה ביחס להלבנת פנים חלה גם על המתכבד בקלון חברו. למה?

(ד) דוגמא מובהקת לדברים מצויה במסכת כתובות דף ס"ז עמ' ב' בו הוחל הכלל של "נח לו לאדם שיפיל עצמו לכבשן האש ואל ילבין פניו

16. רש"י שם. ועי' ס' חסידים סי' תרמב.

חברו" על המקרה של מר עוקבא שגר עני בשכנותו, והיה רגיל לתת לו מתן בסתר שאותו הניח מידי יום על מפתן דלתו. יום אחד אמר העני: אראה מי עושה לי טובה זו, וכאשר בא מר עוקבא להניח את המעות הגיח לקראתו העני. מר עוקבא ברח לבית המדרש כדי שהעני לא יוכל לראותו והתחבא בתוך התנור. ודוק, באותו מקרה, מר עוקבא לא בייש את העני בשום צורה שהיא. אדרבה, הוא היטיב לו כל הימים. והעני עצמו הוא שרצה לראות מיהו האיש המיטיב לו ולא בוש בכך. מדוע הוטל אפוא על מר עוקבא להיכנס לתנור כדי שלא תיגרם בושה?"

ה) נראה כי הדברים אינם כפשוטם גם מעיון בדברי הרמב"ם בפירוש המשנה על סנהדרין פרק י' (הקדמה לפרק "חלק") המציין: "וכבר הזכירו דברים זולת אלה שהעושה אותם אין לו חלק לעולם הבא: המלבין פני חברו ברבים אין חלק לעולם הבא, והקורא לחברו בכינויו, והמתכבד בקלון חברו. לפי שלא יבוא מעשה מן המעשים האלו ואף על פי שהם קלים לפי מחשבת החושב כי אם מנפש חסרה שלא הגיעה לשלמות ואינה ראויה לחיי העולם הבא". כלומר, חומר הדברים אינו נובע מהצער שנגרם למתבייש אלא מפגם בנפשו של המבייש, ופגם זה קיים גם ביחס למי שמתכבד בקלון חברו. ונשאלת השאלה, מה פשר הדברים הללו?

14. הקושי מתעצם עת שמעיינים ברמב"ם הלכות חובל ומזיק פרק ה' הלכות ו' ח':

ו) "הודה החובל שהוא חבל משלם חמשה דברים, שהרי העדים היו שם שנכנס לתוך ידו שלם בשעת המריבה ויצא חבול. אבל אם לא היו שם עדים כלל והוא אומר חבלת בי והודה מעצמו פטור

מן הנזק ומן הצער וחייב בשבת ובושת וריפוי על פי עצמו, לפיכך אם כפר ואמר לא חבלתי נשבע שבועת הסת.

ז) ולמה משלם אדם שלשה דברים אלו על פי עצמו?

שהשבת והריפוי ממון הוא ואינו קנס, שאם לא יתן לו הרי חסרו ממון שהוא מתרפא בו ובטל ממלאכתו.

והבושת לא הגיעה לו אלא בשעה שהודה בפנינו שהוא חבל בו, שהנחבל שלא חבל בו בפני בני אדם אין לו בושת והודאתו בבית דין היא שביישה אותו.

השגת הראב"ד: והודאתו בבית דין היא שביישה אותו - אמר אברהם סוף דבר דינא דגיתי הוא זה.

ח) נמצאת למד שאין הפרש בבושת בין בושה המגיעה לו אם חבל בו בפני אחרים ובין בושה המגיעה לו בעת שהודה בפני אחרים שחבל בו, לפיכך משלם אדם בושת על פי עצמו.

15. בחידושי ר' שמואל רוזובסקי על מסכת מכות סימן ב' מציין:

"והמתבאר בפשוטו מדברי הרמב"ם, דלעולם אינו מתחייב בושת עפ"י עצמו, כיון דקנס הוא, אלא דעל הבושת שמביישו עתה בהודאתו הוא שמתחייב, דבהודאתו זו נשלם הבושת של החבלה, ועל זה הוא מתחייב. וכן הבין הגאון ר' איסר זלמן מלצר ב"אבן האזל" כאן, ועיין שם, מה שאין כן בטעמא דלא חשבינן לה בושת דברים [והובאו דבריו בכתבי הגר"ח בבא קמא בענין בושת, בשם גאון אחד].

16. ובחידושי הגר"ח סולובייצ'יק בבא קמא דף פ"ד עמ' ב' תמה:

באמת דברי הרמב"ם תמוהים דאיך אפשר לחייבו בשביל שהודה, והא התובע הביאו לידי כך, ואף דבהכני פצעני, בלא על מנת להיפטר ודאי חייב, מכל מקום הכא שהזמינו לבית דין ותובעו ביישתני והוא מוכרח להודות, שאסור לו לכפור ולטעון שקר, אם כן הרי אנוס הוא על פי התובע בעצמו ואי אפשר שיתחייב על זה, ואם כן למה סיים הרמב"ם והודאתו בבית דין היא שביישה אותו, הרי אי אפשר לחייב על זה?".

17. אין זאת אלא שכבר בהכאה עצמה נכלל הביוש שייגרם בעת הבאת המכה לדין, כאשר על המכה עצמה - אין המבייש חייב, ועל ההודאה הבלתי נמנעת בבית הדין - חייב הוא, באשר היה עליו לצפות מראש את ההליך כולו ואת תוצאותיו. אין המכה יכול לרחוץ בניקיון כפיו ולטעון אנוס אני, כאשר הוא שגרם למוכה לגרור אותו לבית הדין לאחר שהכהו. אכן, אם יבוא המכה ויספר ברבים כי הכה את פלוני, אין הדבר חורג מבושת דברים שעליה אינו חייב. אולם, כאשר הוא בא לבית הדין ומודה בהכאה, זהו המשך ישיר למעשה ההכאה הפיסי - ומדובר בבושת בלתי נמנעת שהיא המשך ישיר של ההכאה עצמה, שהיא בגדר של ביוש במעשה שעליו חייבים לשלם. מכל מקום, נראה מן הדברים כי רק בושת הכרוכה במעשה הפיסי מחייבת ממון, אך בושת דברים שאינה צומחת מתוך הכאה פיסיית אינה מחייבת ממון. הכיצד תתמודד אפוא ההלכה עם מציאות של ביוש, שגורם נזקים חמורים ומן ההכרח לשרשו?

ד. פסיקתו של ה"שואל ומשיב" - ביוש כפגיעה בצלם אלוקים

18. נראה כי יש מקור לחיוב הלכתי, מעיקר הדין, במקרה של בושת דברים. יסוד לכך מצינו בדברי הרב יוסף שאול נתנזון בשו"ת שואל ומשיב מהדורא תניינא חלק ד' סימן ס"ט, ביחס למקרה שבו אדם השתדך עם אישה ולבסוף

סירבה היא להינשא לו באופן שבייש אותו ברבים. לכאורה, אין מקום לחייבה בתשלום כספי מחמת הבושת כשלעצמה, שהרי מדובר בביוש שלא נעשה באמצעות פעולה פיסית¹⁷. ברם, הרב נתנזון פסק כי יש להשית על המביישת חיוב ממוני שכן "מה שכתב דאפילו רקק בבגדיו פטור כל שאינו מעשה בגופו לפי עניות דעתי זה דוקא בבושת שמגיע לגופו לבד, בזה כל שאינו עושה מעשה בגופו פטור. אבל בשידוכים שהבושת מגיע להנפש השכלי שזה יותר גרע מהזיק בגופו ואם כן פשיטא דאף שלא עשה מעשה בגופו ודאי חייב. וכבר אמרו ששאלו לחכם "מהו הבושת"? אמר להם - "השכל"; ושאלו "מהו השכל?" ואמר להם "הבושת"¹⁸. והיינו כי הרגשת אדם בדבר המבייש הוא שלמות שכלו, וכל פרי השכל ותולדתו שגיע למדת הבושת ... ולפי זה בשידוכים שמגיע פגם לנפש וזה אינו ניתן למחילה, והמבייש פני חברו ברבים אין לו חלק לעולם הבא, והיינו אף שלא עשה לו שום דבר בגופו כמו במובא במסכת בבא מציעא דף נ"ט עמ' א' שאמרו לדוד "הבא על אשת איש מה דינו" והשיב להם כי דינו בחנק ויש לו חלק לעולם הבא, אבל המלבין פני חברו ברבים - אין לו חלק לעולם הבא".

19. נמצא, כי בפעולת הביוש ברבים יש פגיעה החורגת מדיני הנזיקין ומחייבת פיצוי ממוני. יש להבחין בהקשר זה בין פעולת ביוש הפוגעת בגוף האדם לבין פעולה הפוגעת בשכלו ובנפשו - שבגינה - יש לחייב ממון. ברם, שיש להבין בהקשר זה מה פשר ההבחנה האמורה, הן כל פגיעה בכבודו של אדם היא לעולם פגיעה בנפש האדם?

20. נראה כי ניתן יהא לעמוד על הדברים עת שנשווה ביוש הנובע ממכה באחד מאבריו של אדם לבין סטירה בפניו, שבה יש גם מרכיב של פגיעה

17. השואל ומשיב מביא את שיטת קצות החושן בסימן ר"ז שהאריך לחלוק על הש"ך ופסק כי לא שייך חיוב בושת בעת ביטול שידוך, שכן ההלכה היא כי המבייש בדברים פטור.

18. ביחס לאדם וחיה מצינו כי בטרם שאלו מעץ הדעת הם התהלכו ערומים "ולא התבוששו". ועם אכילת עץ הדעת נטעה בהם הבושה. הרי לנו זיקה ברורה בין דעת לבין בושה.

בצלם האדם. יסוד לדברים מצינו בגמרא בסנהדרין דף נח עמ' ב: "אמר רבי חנינא: הסוטר לועז של ישראל כאילו סוטר לועז של שכינה - שנאמר (משל' כ', כ"ה) מוקש אדם ילע קדש".

מבאר המהרש"א: "לזה ישראל נקראו אדם ולא עובדי כוכבים ועל כן הסוטר לועז של ישראל שהוא דמות דיוקנו של שכינה כאלו סוטר לועז של שכינה... שעל כן קרא ישראל במקום הזה 'אדם' לפי שהן דמות דיוקנו"¹⁹.

ה"תורת חיים" מסכת בבא קמא דף צ' עמוד א', התייחס לדברי הגמרא האמורים כי "הסוטר לועז של חבירו כאלו סוטר לועז של שכינה" - הרי שהחמירו חכמים בבושת יותר מאשר במכה, שכן לא מצינו שאמרו חז"ל כי המרים יד ומכה את חברו כאלו מרים ידו בשכינה. והטעם נראה לפי שהמתכוון להכות חברו מכת פצע - הצער ההוא מגיע לגופו. אבל ... המתכוון לביישו הרי שהצער ההוא מגיע לנשמתו של אדם הנאצלת מן השכינה, לכן הסוטר לועז של ישראל ומביישו הוי כמבייש פני השכינה, שכן בבושת וקללה וזלזול - נשמתו של אדם מרגשת בהן ולא הגוף לפי שהוא כבודו של אדם ובאה מלמעלה ממקום כבוד ותכליתה הכבוד כמו שנאמר "כבוד חכמים ינחלו" לכך היא מרגשת צער הבושת שהוא היפך הכבוד".

21. ואכן, בדברי הראשונים מצינו כי כבוד האדם - הוא נשמתו, שהיא חלק אלו-ה ממעל, הנחצב מכיסא הכבוד. כך למשל:

(א) הקדמת רבנו זרחיה הלוי "בעל המאור" לספרו על מסכת ברכות

19. וראה רש"י על הפסוק שמות כ' כ"ג "ולא תעלה במעלת על מזבחי אשר לא תגלה ערותך עלינו" המבאר: "שעל ידי המעלות אתה צריך להרחיב פסיעותיך... ואתה נוהג בהם מנהג בזיון. והרי דברים קל וחומר ומה אבנים הללו שאין בהם דעת להקפיד על בזיון אמרה תורה הואיל ויש בהם צורך, לא תנהג בהם מנהג בזיון, חברך שהוא בדמות יוצרך, ומקפיד על בזיונו, על אחת כמה וכמה". וראה עוד כתבי הרמ"ע מפאנו - מאמר מאה קשיטה סימן ל' העומד על "חומר האסור למלבין פני חברו כפי גדולת הצלם והדמות שבו נברא".

מתחילה במילים הבאות: "במקומות רבים נקראת הנפש החיה כבוד, כדכתיב (תהילים ט"ז, ט') "לכן שמח ליבי ויגל כבודי"²⁰, וכתיב (שם נ"ז, ט') "עורה כבודי" וכתיב (שם ל', י"ג) "למען יזמרך כבוד". כי הבורא אצל את הנשמה על האדם מכסא כבודו ובה נתן עליו מהודו"²¹.

ב) הרמב"ן בספרו האמונה והבטחון פרק י"ז מציין "והנשמה נקראת כבוד, שנאמר (תהילים ל', י"ג) "למען יזמרך כבוד" ואומר (שם נ"ז, ט') "עורה כבודי"²².

ג) אבן עזרא על הפסוק (בראשית י"ח, ח') "ויאסף אל עמיו" - יש אומרים כי על כבוד הנפש אמר, כי בהיותנו מתעסקים עם הגוף הוא כחלק נפרד, ובהיפרד מהגוף יאסף הכבוד אל עמיו.

ויאמר רבי יהודה בן בלעם הספרדי שטעה ר' משה, כי כבוד הנפש הוא הגוף, כמו עדי בצוואר, כטעם המשביע בטוב עדין (תהילים ק"ג, ה'), וראיתו: "וכבודי לעפר ישכן סלה" (שם ז', ו').

ד) רבנו יונה על משלי (א', כ"ב) מבאר: "הכוח המשכלת היא יסוד

20. המאירי וכן מצודת דוד מבארים את המונח "ויגל כבודי" - כמתייחס לנפש, שהיא מקור הכבוד. ור' מהר"ל בספרו דרך חיים על אבות פרק ד' משנה א': "נקרא ה' יתברך מלך הכבוד - שהוא חולק כבוד ליראיו, שהמכובד חולק כבוד לאחר. .

21. בעל המאור ממשיך ומציין שם כי "חכמי המחקר קראו כסא הכבוד לגלגל השכל, ואמרו כי בורוח אורו - הוא אור החיים על הנפש החיה הזכה אשר לקחה ממנו, תזהיר כוזהר הרקיע.. על כן מלא חשק כל חכם לב לדרוש ולתור בתכמה להבין ולהשכיל". כמו כן ר' ב"שירת המאור" - פיוטי רבנו זרחיה הלוי מגירונדי, פיוט הנקרא "מה תהמי נפשי" ובו נאמר על הנשמה "הנד חצובה מכבוד עליון". ומבאר המהדיר שם, כי נפש האדם היא התגלות אלוקית, והיא נקראת כבוד ר' בראשית מ"ט, ו'; תהילים ז', ו'. הנשמה נחצבה מכבוד עליון ומשתוקקת אל קרבת כבודו ר' תהילים ס"ג, ב' - ד'.

22. בדומה לכך ר' רד"ק על תהילים ק"ח, ב' "נכון לבי אלוקים, אשרה ואזמרה אף כבודי" מבאר: "כבודי - הנפש תיקרא כבוד, כי היא כבוד הגוף".

הנפש ויקרא כבוד (תהלים נ"ז ט'): "עורה כבודי" וכן (שם ל', י"ג) "למען יזמרך כבוד" וכן יקרא יחידה' ונשמה²³ ובה נבדל האדם משאר בעלי החיים".

ה) רבנו בחיי על שמות ל"א י"ח מציין כי התורה נקראת כבוד שנאמר (משלי ג', ל"ה) "כבוד חכמים ינחלו" וכן הנפש השכלית שורשה בכסא הכבוד ונקראת כבוד שנאמר (תהילים ל', י"ג) "למען יזמרך כבוד".

כמו כן, רבינו בחיי על הפסוק (בראשית כ"ה, ח) "ויגוע וימת אברהם בשיבה טובה זקן ושבע ויאסף אל עמיו" מבאר "מפני שהמיתה היא פירוד ההרכבה, ובהפרדה כבוד הנפש נאסף אל עמיו, על כן אמר "ויאסף" והוא חוזר אל הכבוד, כי הנפש נקראת כבוד לפי שהיא חצובה מכסא הכבוד ושרשה, שהיא עתידה לשוב שם הוא כסא הכבוד, וזהו: (תהלים ל', יג) "למען יזמרך כבוד ולא ידום", וזהו: (ישעיה נ"ח, ח) "כבוד ה' יאספך", כי כבוד השם נאסף שם.

22. בהתאם לכך מובן פסקו של ה"שואל ומשיב" כדלהלן:

א) דיני הנזיקין עוסקים בפגיעה בשלמות האדם. כל פגיעה כזאת מחייבת בפיצוי מעיקר הדין.

ב) לעיתים הנזק הנגרם מפעולה פיסית הפוגעת בשלמות הגוף - מצוי בתחום הבושת, אולם, אין זו פגיעה בנשמת האדם אלא בגופו. כך למשל, מי שרוקק על בגדי חברו, אינו פוגע בכבודו הפנימי של האדם הנפגע ובצלם האלוקים שבו. ממילא, יש לבחון את הדברים רק מן ההיבט של פגיעה בשלמות גופו של אדם. ואם אין הגוף נפגע כלל, כגון בעת ביוש בדברים - הרי שאין לכך חיוב מכח דיני הנזקין.

23. בספר תורת המנחה מצינו כי הנשמה נקראת בשבעה שמות: רוח, נפש, נשמה, חיה, יחידה, יקר

ג) יש מקרים שבהם יש פגיעה בשלמות האדם - מכח ביוש המורגש ע"י נשמתו של אדם - שהיא יסוד הכבוד שלו. זוהי פגיעה בצלם האדם. כזו היא למשל סטירה לפניו של האדם. זהו נזק של פגיעה בשלמות צורתו הנפשית של אדם, וממילא היא זהה לפגיעה בשלמות הפיסית באדם, וחלים עליה דיני הנזיקין, שמכוחם בית הדין מוסמך לפסוק פיצוי.

23. בדרך זו באר את הדברים המהר"ל בספרו נתיבות עולם, נתיב אהבת רע פרק א':

"מה שאמר המלבין פני חברו כאלו שופך דמים, הוא ענין פנימי כי מי שמלבין חברו הוא שמכבה אור הפנים שהוא האדם, כמו שמכבה את הנר. וזה נקרא שפיכות דמים של אדם, כי צלם הזה יש לו ענין נפלא מאוד והוא צורתו של אדם. ולפיכך מי שמלבין ומבטל את צלם פניו עד שהוא מלבין אותו ומכבה את אורו זה נקרא שפיכת דם. כי אין שפיכת דם רק ביטול האדם, וזה שמלבין את פניו של אדם הוא מבטל את תואר הכרתו של אדם שהוא צלמו והוא בטול האדם ג"כ כי צלמו הוא האדם"

24. דברים מרהיבים מצינו בהקשר זה ב"פני יהושע מסכת בבא מציעא דף נ"ח עמ' ב', ביחס לדברי הגמרא שם כי המלבין פני חברו ברבים יורד לגהינום - ואינו עולה. הפני יהושע תמה, מה המקור לכך? אין לומר כי הדבר נלמד מסברא, מכח העובדה שהמלבין פני חברו מושווה למי ששופך דמים, שהרי לא מצינו כי מי שרוצח ממש יורד לגהינום ואינו עולה? ותשובתו לכך היא זו:

מלבין פני חברו חמור משפיכות דמים כיון שמביישו בפני רבים. שהרי במלבין פני חברו נאמר במסכת אבות פרק ג' כי אין לו חלק לעולם הבא מה שאין כן בשפיכות דמים והטעם מבואר בתוספות יום טוב בשם מדרש שמואל, כי הכלל שהמלבין פני חברו אין לו

חלק לעולם הבא נלמד מן הכתוב (במדבר ט"ו, ל"א) "כי דבר ה' בזה" - היינו אדם שנברא בצלם אלוקים, ונראה לי דמהאי טעמא גם יורד לגיהנם ואינו עולה, שכן ידוע שמה שאין נשמת האדם רשע נשרפת בגיהנם כתב התורת חיים בשם הזוהר משום דנשמה גופא נאצלה מתחת כסא הכבוד ... והיא חלק אלוקה ממעל, משום כך אין האש שולט בה לשורפה לגמרי, מה שאין כן בחטא זה שמלבין פני חברו כיון שלפי דעתו סובר שלא נברא האדם בצלם אלוקים שהרי אם לא כן לא היה מחציף נפשו כל כך להלבין פני חברו שהוא בכלל "דבר ה' בזה" כמו שכתב התוספות יום טוב לכך דנו הקדוש ברוך הוא מדה כנגד מדה שנשמתו נשרפת באש של גיהנם עיין בזה בתורת חיים".

25. הגה כי כן, ביוש של אדם ברבים פוגע בצלם האדם וממילא יש כאן מעין פגיעה בכבוד שמיים, ואם הדבר נעשה ברבים - יש בדברים היבט של חומרה בדומה לחילול השם. בדומה לכך מצינו ביחס לפסוק (דברים כ"א, כ"ג) "לא תלין נבלתו על העץ כי קבור תקברנו ביום ההוא כי קללת אלוקים תלוי" מבאר רש"י כי אי הסרת האיש התלוי פוגעת כביכול בכבוד האלוקי, שכן: "ולזולו של מלך הוא. שכן אדם עשוי בדמות דיוקנו וישראל הם בניו. משל לשני אחים תאומים שהיו דומים זה לזה, אחד נעשה מלך, ואחד נתפס לליסטות ונתלה, כל הרואה אותו אומר המלך תלוי"²⁴.

26. בהתאם לכך מובן מדוע כל הסוטר לועז של חברו כאילו סוטר לועה של שכינה, שהרי פגיעה בכבוד האדם יש בה היבט של פגיעה בצלם אלוקים

24. וראה בראשית רבה כ"ד, ז: "בן עזאי אומר זה ספר תולדות אדם זה כלל גדול בתורה, רבי עקיבא אומר "ואהבת לרעך כמוך" זה כלל גדול בתורה, שלא תאמר הואיל והתבויתי יתבוזה חברי עמי הואיל ונתקלתי יתקלל חברי עמי. אמר רבי תנחומא אם עשית כן דע למי אתה מבוזה - בדמות אלוקים עשה אותו".

ובכבוד שמיים. נראה לכאורה כי זהו הביאור בפסקו של הרמב"ם בהלכות דעות פרק ז' הלכה ג' כי "כל המספר לשון הרע כאילו כופר בעיקר". יתכן כי בכך מיושבת שאלת תוספות במסכת סוטה דף י עמ' ב' מדוע נאמר כי "נוח לו לאדם שיפיל את עצמו לתוך כבשן האש", שעה שבמסכת פסחים דף כ"ה עמ' א' מצינו רק שלוש עבירות שאין עומדים בפני פקוח נפש עבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים? ברם, שלפי דברינו אלה נראה לכאורה, כי בכלל האיסור של עבודה זרה כלולה גם הבנת הפנים שיש בה משום כפירה בעיקר.

27. מכיוון שיש בפגיעה זו היבט של חילול השם, הרי שחל על מעשה זה, המדרג הקבוע ברמב"ם הלכות תשובה פרק א' הלכה ד', לפיו: עבר אדם על מצות עשה שאין בה כרת ועשה תשובה - מוחלים לו מיד; עבר על מצות לא תעשה שאין בה כרת ולא מיתת בית דין ועשה תשובה - תשובה תולה ויום הכפורים מכפר; עבר על עבירות שיש בהם כרת או מיתת בית דין ועשה תשובה - הרי שתשובה ויום הכפורים תולים ויסורים הבאים עליו גומרים לו הכפרה; "אבל המחלל את השם אף על פי שעשה תשובה והגיע יום הכפורים והוא עומד בתשובתו ובאו עליו יסורים - אינו מתכפר לו כפרה גמורה עד שימות". נראה לכאורה כי בהתאם למדרג זה יובנו דברי ה"פני יהושע" במסכת בבא מציעא דף נ"ח עמ' ב', שהובאו לעיל, שתמה מדוע לגבי מלבין פני חברו ברבים נאמר במסכת אבות פרק ג' כי אין לו חלק לעולם הבא, בעוד שבשפיכות דמים ממש אין הדין כן? אין זאת אלא שהלבנת פנים ברבים גרועה מכל, אף יותר מרציחה ממש, שכן פגיעה זו חורגת מהמישור הפיסי ויש בה מרכיב של חילול השם.

ה. כבוד האדם כנובע משליחות אלוקית

28. ממד נוסף של עומק בהבנת הטעם לכך שכבודו של האדם מבטא את צלם האלוקים שבו, מצוי בדבריו המרהיבים של הרב י.ד. סולובייצ'יק בספרו "ימי זיכרון" בפרק על "שליחות", בו הוא מבהיר כדלהלן:

א) הערך של כבוד הבריות, הוא בסיס למצוות רבות, כגון: קבורה, כבוד המת, טומאת כהן, מת מצווה, אנינות, אבלות, זקן ואינה לפי כבודו, מלבין פני חברו ברבים וכיו"ב. ואף יתכן שכל המצוות שבין אדם לחברו מבוססות על הערך של כבוד הבריות.

ב) היסוד הרעיוני של כבוד האדם נעוץ בכך, שלכל אדם יש שליחות²⁵. המשמעות של צלם אלוקים היא כי האלוקים הטיל על האדם לקבל על עצמו שליחות מאת בורא עולם במסגרת הכוח שהוטבע באדם לפעול בעולמו²⁶. הכלל הוא (ברכות ה' ה') כי "שלוחו של אדם כמותו". שלוחו של הקב"ה נברא בצלמו. אכן, קשה להבין כיצד יתכן כי רבון העולמים, שהוא טמיר ונעלם, אדון כל, אין סוף, א-ל חי עולמים, ממנה לשליחו בשר ודם? אולם מקרא מפורש הוא (שמות ג' י') "ועתה לכה ואשלחך אל פרעה". האדם הוא שליח של הקב"ה²⁷. ו"אם אפשרי היה

25. ואם ישאל השואל: מהי שליחותי שלי בעולמי? חכמי המוסר היו משיבים על שאלה זו באמירה כי השליחות של האדם מצויה דווקא היכן שהוא נתקל בקושי. מנגד, יש מימרא חסידית לפיה כאשר בא "בעל התניא" אל רבו, המגיד ממזריטש, ושאל אותו: "רבי, מהי דרכי בעבודת ה'?" השיב לו המגיד: "את הדרך שלך אתה צריך למצוא לבד". חלק מעבודת האדם בעולמו היא אפוא: למצוא בעצמו את המענה לשאלה זו. אולם, כפי שאדם אינו יודע מראש לומר כיצד יזהה את זיווגו הראוי, אך בהגיע הזיווג - יאמר לו ליבו כי "זהו זה", כך הדבר גם ביחס לשליחותו בעולמו.

26. וראה דבריו של רבי חיים מוולוז'ין בספרו נפש החיים שער א' פרק ג כי הקב"ה אינו גוף ואין לו דמות הגוף. ממילא, המונח צלם אלוקים אינו יכול להתפרש כדמיון למה שאין אפשרות לדמותו ולהגדירו, אלא בהכרח משמעו דמיון בתכונת הכח שניתן באדם לשלוט בעולם ולהנהיגו.

27. הרב אברהם יצחק הכהן קוק זצ"ל פרש את מילות התפילה "אלוקי עד שלא נוצרתי איני כדאי, ועכשיו שנוצרתי כאילו לא נוצרתי", במובן זה: שהאדם נוצר כדי לקיים שליחות מסוימת. איש איש ושליחות חייו. את השליחות הזו לא יכול היה לקיים בכל עת אחרת, ביחס לנסיבות אחרות. על כן "עד שלא נוצרתי איני כדאי" - קרי לא הייתי כדאי להיווצר, בהעדר אפשרות לקיים אז את שליחותי.

הדבר לגבי משה להיבחר לשלוחו של הקב"ה, הרי אפשרי הדבר לגבי כל יהודי²⁸.

ג) בהתאם לכך מבאר הרב סולובייצ'יק את דברי הירושלמי במסכת קידושין בסוף פרק האישה נקנית אודות אמו של רבי טרפון שירדה לטייל בשבת בחצרה, ונקרע סנדלה, ולא יכלו להביא לה סנדל אחר משום איסור הוצאה מרשות לרשות. הלך רבי טרפון והניח שתי ידיו תחת כפות רגליה והייתה מהלכת עליהן עד שהגיעה למיטתה. פעם אחת היה רבי טרפון חולה ונכנסו חבריו לבקרו. אמרה להם אמו "התפללו על טרפון בני, שהוא נוהג בי כבוד יותר מידי". לאחר שסיפרה להם את המעשה האמור, השיבו לה החכמים: "אפילו הוא עושה כן אלף אלפים, עדיין לחצי כיבוד שאמרה תורה לא הגיע". שואל הרב סולובייצ'יק: מה פשר תשובתם זו של חז"ל, לאם המבקשת המשבחת את בנה, ובמיוחד שעה שהוא חולה וזקוק לרחמי שמיים? ותשובתו היא,, כי האם אמרה שרבי טרפון "נוהג בי כבוד יותר מידי" - משמע כי הוא השלים את שליחותו. ומי שתמה שליחותו - מפסיק טעם חייו. כדי להציל אותו ממוות אמרו לה מיד כי "עדיין לחצי כיבוד שאמרה תורה לא הגיע" - דהיינו שעדיין לא השלים את שליחותו וממילא לא הגיע זמנו למות ויימשכו חייו.

הקושי הוא רק כאשר "ועכשיו שנוצרתי - כאילו לא נוצרתי" - ואיני מקיים את שליחותי, ואם כן זו החטאה של יסוד חייו.

28. וראה ספר שערי תשובה לרבינו יונה שער ב' אות כ"א: "ומי שחננו השם יתברך דעה ישיב אל לבו, כי השם יתברך שלחו בעולם הזה לשמור משמרתו ותורתו וחוקותיו ומצותיו, ולא יפקח עיניו וזלתי לעשות שליחותו, ולקץ הימים אם עשה שליחותו באמונה, ישוב ובא ברנה, ושמת עולם על ראשו, כעבר אשר שלחו המלך לעבר הים, שאין עיניו ולבו זולתי על דבר שליחותו עד שובו אל אדונו. וכן אמר שלמה עליו השלום (משלי כ"ב, י"ט - כ"א): "להיות בה' מבטחך ... להודיעך קשט אמרי אמת להשיב אמרים אמת לשולחך".

ד) מכיוון שהבסיס לכבוד האדם - הוא שליחותו של הקב"ה ומעמדו כשליח, הרי שאין מקום כי האדם יתגאה על זולתו, שהרי כשם שהוא שליח, כך חברו שליח, ולכל אדם יש את המשימה שלו²⁹. ואל לו לאדם לזלזל בחברו, שהרי בכך הוא מזלזל בשולח!

ה) יתירה מכך, אם האדם מתגאה, הרי שהוא מועל השליחות, וחושב שהוא פועל מטעם עצמו ולא כמי שכל הטעם לכבודו הוא השליחות שהוא נושא על גבו. הרב סולובייצ'יק מבהיר על כן כי "הכבוד כשלעצמו הוא בבחינת מידה אלוקית. כאשר אדם מחשיב עצמו וחולק כבוד לעצמו הוא מביא בכך לידי הביטוי את דבר שליחותו הגדולה של האדם המתבססת כולה על צלם אלוקים שבו, אז כבודו של השליח הוא מעין בבואה של כבוד קונו. אולם אם האדם מחלל את כבוד עצמו ואת עצמו, הרי הוא מחלל בזה את צלם אלוקותו ואת שליחותו"³⁰.

ו) "משום כך, פסקו בהלכה (רמב"ם הלכות עדות פרק י"א): "וכן

29. יסוד לדברים מצינו בדברי הרמח"ל במסילת ישרים פרק כ"ב: "הנה החכמה היא המביאה יותר את האדם לידי התנשאות וגאווה, לפי שכבר היא מעלה שבאדם עצמו בחלק הנכבד שלו, דהיינו השכל ... באמת כשיסתכל ויתבונן יראה שאין מקום לגאווה וההתנשאות, כי הנה מי שהוא בעל שכל שידע יותר מהאחרים, אינו עושה אלא מה שבחוק טבעו לעשות, כעוף שמגביה לעוף לפי שטבעו בכך, השור מושך בכחו לפי שחוקו הוא - כן מי שהוא חכם הוא לפי שטבעו מביאו לזה, ואילו אותו שעכשיו אינו חכם כמוהו היה לו שכל טבעי כמוהו היה מתחכם כמו שנתחכם הוא... הא למה זה דומה למשרתי הבית, שכל אחד ממונה על דבר מה, וראוי לו לעמוד במשמרתו לפי פקודתו, להשלים מלאכת הבית וצרכיה, ואין בכאן מקום לגאווה לפי האמת".

30. נראה כי בדרך זו ניתן להבין את דברי הגמרא בסוטה דף ד' עמ' ב' כי "כל אדם שיש בו גסות הרוח (גאווה) - כאילו עובד עבודת כוכבים... וכאילו כפר בעיקר", שכן אדם זה סבור כי כבודו נעוץ בתכונותיו שלו, ולא בשליחות של הקב"ה שאותה הוא ממלא. זאת ועוד, בהמשך הסוגיה שם (סוטה דף ה' עמ' א') מצינו כי "כל אדם שיש בו גסות הרוח - אמר הקדוש ברוך הוא: אין אני והוא יכולים לדור בעולם, שנא': מלשני בסתר רעהו אותו אצמית גבה עינים ורחב לבב אותו לא אוכל" - אל תקרי אותו אלא איתו לא אוכל". כלומר, מי סובר כי כבודו שלו הוא ולא של המשלה - אינו יכול להיות שליח. והגמרא ממשיכה כי יש המפרשים פסוק זה על מספרי לשון הרע, שנאמר:

הבזויים פסולים לעדות" וכן (קידושין דף מ' עמ' ב'): "האוכל בשוק הרי זה דומה לכלב". אם אין האיש חש בחשיבות עצמו בתורת שליחו של הקב"ה הרי הוא - בבזותו את השליחות, מחלל את צלם האלוקים שלו ופוסל את מהימנותו"³¹.

1. הסבר שיטתו של הרמב"ם

29. לאור דברים אלו, נראה כי ניתן ליישב את רצף השאלות שהתעוררו בפסקי הרמב"ם השונים שהובאו לעיל:

א) מובנת פסיקתו של הרמב"ם בהלכות דעות פרק ו' הלכה ח' כי יש הבחנה בין מי שחטא חטא שבין אדם לחברו שאותו אין לבייש, לבין מי שחטא בחטא של אדם למקום, וממאן לשוב חרף דברי תוכחה בדרכי נועם, שביושו הותר. ההבחנה נעוצה במקור הזכות של אדם לכבוד. משהובן כי הטעם לכבוד נעוץ בשליחות אלוקית ובהכרת האדם את מעמדו כלפי בוראו, מובן כי אם הוא כופר בשליחותו זו שלו ושל זולתו, הרי שהוא שולל במו ידיו את זכותו לשמש כשליח ומשנשמת מעמדו כשליח - אין לו זכות לכבוד³². בהקשר זה דומה הדבר להלכה לפיה מי

מלשני בסתר רעהו אותו אצמית". הנה כי כן, הפוגע בכבוד הזולת - חולק אף הוא על הכבוד האנושי כתוצאה משליחות אלוקית, וממילא אף הוא אינו ראוי לשמש כשליח.

31. וראה דברי הגמרא בסנהדרין כ"ט עמ' א' (שעליהם עמדנו בה"ש 1 לעיל) כי האיום על עדים לומר אמת - נגע לכבודם. משמע, כי היסוד לאמינות האדם - הוא תדמיתו וכבודו העצמי. בהינטל כבוד עצמי זה, אין מה שיערוב לנו כי יעיד אמת.

32. צלם האלוקים - הוא סוד קיומו של האדם. כך מצינו במסכת שבת דף קנ"א עמ' ב': "תינוק בן יומו חי - אין צריך לשומרו מן החולדה ומן העכברים, אבל עוג מלך הבשן מת - צריך לשומרו מן החולדה ומן העכברים". ובהמשך שם: "אין חיה שולטת באדם עד שנדמה לה כבהמה". כאשר קין רצח - הוא איבד את צלמו ומצינו כי למך הרגו שכן "נדמה לו כבהמה" - קרי הוא איבד את צלם האלוקים שלו ע"י הרציחה. וראה פרושו של הרד"ק על הפסוק (בראשית ט', ו') "שופך דם האדם - באדם, שמו יישפך, כי בצלם אלוקים עשה את האדם". לכאורה, אין צורך להסביר מדוע רוצח

שמבייש ערום או שוטה פטור³³, שהרי כל יסוד הכבוד של האדם מושתת על תדמית עצמית שמשמשת אותו למילוי שליחותו, ומשניטלה זו - נשטט הבסיס לכבוד³⁴.

ב) מובנת פסיקתו של הרמב"ם בהלכות חובל ומזיק פרק ג הלכה ז' כי המחחרף ומגדף את זולתו הינו "רשע שוטה". תמהנו, מה השטות שבדבר? ברם, לפי האמור כי זכותו של אדם לכבוד - נעוצה בהבנתו כי אין אדם אלא שלוח של הקב"ה, מובן כי אם הוא מבזה את הזולת, משמע כי הוא סבור כבוד שלו הוא וזו שטות מדרגה ראשונה, שהרי אין לאדם כל מקור לזכות בכבוד זולת היותו צלם אלוקים ושלוחו של הבורא, כפי שמסביר הרמב"ן באגרתו לבנו:

"ובמה יתגאה לב האדם? אם בעושר, ה' מוריש ומעשיר. ואם בכבוד, הלא לאלוקים הוא, שנאמר: "והעושר והכבוד מלפניך", ואיך יתפאר בכבוד קונו. ואם מתפאר בחכמה, כבר נאמר: "מסיר שפה לנאמנים וטעם זקנים יקח". נמצא הכל שווה לפני המקום, כי באפו משפיל גאים וברצונו מגביה שפלים. לכן השפל עצמך וינשאך המקום".

חייב מיתה, כפפי שהתורה אינה מבארת מדוע המחלל שבת או העובד עבודה זרה חייב מיתה. עונש הוא עונד. אולם, כאן יש הסבר כי נפגע צלם אלוקים. הרד"ק מבאר כי האדם שצלם אלוקים שלו נפגע אינו רק הנרצח אלא - הרוצח. חיי אדם ניתנו לאדם מאת ה'. לא שלו הם. תפקיד ניתן לו כדי לקיימו. היה עליו להיות שותף לקב"ה במעשה בראשית, ובמקום לבנות - החריב ורצח. איה הצלם שלו? "ראוי הוא לעונש מיתה לפי חטאו, כל חוטא כראוי לו, לפי שהוא השחית צלמו תחילה בעוברו מצוות הא-ל". הנה כי כן, אין המדובר בעונש אלא בתוצאה טבעית, שכן כאשר אדם מחמיץ את שלוחותו בעולמו, הוא גודע בכך את צלם האלוקים שלו - שורש קיומו.

33. ר' שולחן ערוך חושן משפט סימן ת"כ סעיף ל"ז.

34. יתכן כי זה גם הביאור בדברי המשנה במסכת אבות פרק ד' משנה 'איזהו מכובד המכבד את הבריות' - הבסיס לכבוד האדם נעוץ בהכרתו בכך שלכל אדם יש שליחות של הקב"ה, שהיא הבסיס לכבודו שלו ובה במידה לכבודם של בריות אחרות.

ג) בדרך זו גם מובן מדוע מצא לנכון הרמב"ם לכלול במסגרת פסיקת ההלכה גם את ההגדרה של "רשע שוטה" ביחס למי שמבייש את חברו. אכן, אין זו חלוקת ציונים מוסריים אלא יש להגדרה זו נפקות הלכתית. גדריו ביוש האסור הם אלה שבהם הוא מוגדר כשטות, שבה אדם חושב שהוא כשלעצמו ראוי לכבוד וכופר בצלם האלוקים ובשליחות האלוקות, שלו ושל זולתו כמקור הבלעדי לכבוד. על כן ראינו כי המבייש שוטה פטור מחיוב תשלום, באשר הזכות לכבוד תלויה בצלמו של אדם כמי שמקיים שליחות אלוקות ומי שאין באמירה אודותיו משום פגיעה ביכולתו לקיים את השליחות האמורה, אין בכך את חומרת האיסור של הלבנת פנים. מקום שבו אין במעשה הביוש משום שטות של כפירה בשליחות האלוקות, באשר זו אינה מתקיימת ממילא ביחס לאדם הספציפי שהיה נשוא הביוש, הרי שהדבר מותר.

ד) בהתאם לאמור נראה כי ניתן להבין את פשר האיסור של מתכבד בקלון חברו. ראינו כי הרמב"ם בהלכות דעות פרק ו' הלכה ג' פוסק כי "המתכבד בקלון חברו אין לו חלק לעולם הבא", וכן הרמב"ם בהלכות תשובה פרק ד' הלכה ד' מציין כי המתכבד בקלון חברו אין חזקתו לשוב בתשובה, שכן הוא אומר בלבו שאינו חטא "לפי שאין חברו עומד שם ולא הגיע לו בוש ולא ביישו אלא ערך מעשיו הטובים וחכמתו למול מעשה חברו או חכמתו כדי שיראה מכללו שהוא מכובד וחבירו בזוי". תמהנו על כן, מדוע אסור הדבר, וכיצד ייתכן כי חומרתו כחומרת המלביץ פנים, שעה שהוא כלל לא ביישו. ולפי דברינו דלעיל נראה כי התשובה פשוטה היא, שכן מי שמבין כי אדם נברה בצלם, והפגיעה בו היא פגיעה בקב"ה ויש מרכיב של חילול השם, כיצד ייתכן כי יפיק הנאה מכך שפלוני התבייש? הרי בכך הוא נהנה מביוש צלמו של הקב"ה? יתירה מכך, הכבוד נחוץ לאותו אדם כדי לקיים את שליחותו ויעודו בעולמו, והנה הוא מתנשא על חברו ונהנה מאבדן כבוד עצמי זה של חברו, משמע

כי כופר הוא בשליחות זו וסבור כי הכבוד שלו הוא. במה שונה הוא אפוא ממי שכופר בשליחות האלוקית ע"י כך שהינו מבייש את חברו?

ה) נראה כי מעתה מובנים מאליהם דברי הרמב"ם בפירוש המשנה על סנהדרין פרק י' (הקדמה לפרק "חלק") "וכבר הזכירו דברים זולת אלה שהעושה אותם אין לו חלק לעולם הבא: המלבין פני חברו ברבים אין חלק לעולם הבא, והקורא לחברו בכינויו, והמתכבד בקלון חברו. לפי שלא יבוא מעשה מן המעשים האלו ואף על פי שהם קלים לפי מחשבת החושב כי אם מנפש חסרה שלא הגיעה לשלמות ואינה ראויה לחיי העולם הבא". כלומר, חומר הדברים אינו נובע מהצער שנגרם למתבייש אלא מפגם בנפשו של המבייש ושל המתכבד בקלון חברו, באופן שווה, באשר בשני המקרים בפנינו כפירה בכבוד כצלם אלוקים.

ו) לפי זה גם מובנים דברי הגמרא במסכת כתובות דף ס"ז עמ' ב' בו הוחל הכלל של "נח לו לאדם שיפיל עצמו לכבשן האש ואל ילבין פני חברו" על המקרה של מר עוקבא שברח לכבשן האש כדי שהעני שעמו היטיב לא יוכל לראותו. אכן, מר עוקבא לא בייש את העני בשום צורה שהיא והעני עצמו הוא שרצה לראות מיהו האיש המיטיב לו. תמהנו על כן, מדוע הוטל על מר עוקבא להיכנס לתנור כדי שלא תיגרם בושה? אין זאת אלא, שאין כל נפקות לכך שהמתבוה הביא על עצמו את בזיונו, ולא חומר האיסור הוא שמחייב אדם להפיל עצמו לכבשן האש, וברור כי אם העני היה רואה אותו לא היה מר עוקבא עור על איסור כלשהו. אולם, משיראה העני מי מיטיב לו, יפגע כבודו העצמי החיוני לקיום שליחותו בעולמו. פגיעה כזאת - היא פגיעה בצלם האלוקים של האדם, ויש בה היבט של חילול השם. כדי שדבר שכזה לא יקרה - ברח מר עוקבא אל הכבשן.

ז. באור פסיקתו של ה"שואל ומשיב"

30. בהתאם לאמור לעיל, נראה כי יש נופך נוסף של הבנה בפסקו של ה"שואל ומשיב" שאותו בארנו לעיל, כי יש להבחין בין פעולת ביוש הפוגעת בגוף האדם שלגביה נקבע בהלכה כי "בישו בדברים פטור", לבין פעולה של ביוש הפוגעת במעמדו של האדם כצלם אלוקים, שבגינה יש לחייב ממון. תמהנו מה פשר ההבחנה האמורה? והתשובה היא, כי הבחינה היא במאזני המעמד של אדם כמי שממלא שליחות אלוקית. אם הפגיעה היא בתדמיתו העצמית באופן שמשבש את יכולתו להופיע ברבים כבעל כבוד עצמי המאפשר לו למלא את שליחותו ויעודו בעולמו - יש לחייב את הפוגע לשקם כבוד זה ולפצות את הנפגע. אם לעומת זאת, מדובר בפעולה פיסית שאינה פוגעת בתדמית האדם באופן האמור, הרי שהיא נבחנת בראי דיני הנזקין ואם לא גרמה נזק פיסית - אין לחייב בגינה ממון. לפי זה, אם אדם נותן לרעהו מכה בעלמא, שאינה מסבה נזק - אין פיצוי בגינה. אבל אם הוא מבזה אותו ברבים ומלבין את פניו באופן הפוגע בכבודו העצמי וממילא פוגם ביכולתו לקיים את שליחותו בעולמו - זוהי פגיעה בכבוד שמיים, שבגינה מוטל עליו לשלם ממון.

הנה לנו אפוא, כלי בידי ההלכה הפסוקה המאפשר לה להתמודד עם תופעת הביוש, למרות ההלכה לפיה המבייש בדברים פטור.

ח. מקור סמכותו של בית הדין

31. מה מקור סמכותו של בית דין לפסוק בסוגיה זו, שבה הפיצוי אינו נובע מדיני הנזקין אלא מצורך להגן על ערך אחר - של כבוד שמיים וכבוד האדם כברוא בצלם אלוקים? נראה כי מקור הסמכות של בית הדין נובע מתפיסת תפקידו של בית הדין כשליחות³⁵. ביחס לכך מצייין החזקוני על הפסוק

35. חפץ חיים כלל ח' אות ה': "האיסור של לשון הרע הוא דווקא על איש שעל פי דין תורה הוא עדיי

(בראשית ט, ו') "שופך דם האדם באדם דמו ישפך, כי בצלם אלוקים עשה את האדם" - "שיהא דיין ושופט שיירא ממנו ולא שיבזהו ויקללהו". הווי אומר, הדיין הוא בעל תפקיד בעולמו של הקב"ה, ותפקיד זה הוא הביטוי לצלם האלוקים שלו ולשליחותו בעולמו³⁶. עמדנו על כך בהרחבה בפרקים א' ו-ב' לעיל עת שהרב יצחק הוטנר ביאר את שיטת ה"חזון איש" והבהיר כי המשפט מעצם הווייתו אינו מסור לאדם כי "רק השופט כל הארץ, הוא בעל הכוחות כולם, בידו לשפוט את האדם. כמאמר הכתוב (דברים א, יז) 'כי המשפט לאלוקים הוא'. בן אדם מה הוא כי ישפוט את בן אדם חברו?!". לאדם אין סמכות מוסרית לשפוט את זולתו, שכן הוא אינו נעלה עליו במאומה. על כן, כאשר הקב"ה מצווה (דברים א, טז) "שמע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו ובין גרו" המשך הכתוב הוא "כי המשפט לאלוקים הוא". כלומר, כי "כל עצמו של מציאות השופט, אין לה מקום כי אם בתורת שליחות של (הקב"ה) בעל המשפט - הלא הוא השופט כל הארץ, שציווה עלינו להקים בתי דין ולשפוט. ועל כך אמר יהושפט המלך לשופטים שמונו על ידו (דברי הימים ב' יט, ו-ז) "ראו מה אתם עשים, כי לא לאדם תשפטו כי לה' ועמכם

בכלל "עמיתך - דהיינו עם שאיתך בתורה ובמצוות, אבל אותם האנשים שמכירים שיש בהם אפיקורסות מצווה לנגותם ולבזותם, בין בפניהם ובין שלא בפניהם, בכל מה שהוא רואה עליהם או שהוא שומע עליהם". מדוע מותר לדבר על אדם זה שלא בפניו, אף שאמירה כזאת לא תשיבהו למוטב? אין זאת אלא שדמו הותר - ובכל תחום שהוא, אין חיוב לשמור על כבודו בכל נושא ועניין, מכיוון שדבר ה' בזה. אך מה הקשר בין הדברים? הכיצד מותר כך לבזותו? אין זאת אלא, שכאמור הזכות של האדם לכבוד נובעת מצלם אלוקים של האדם ומהכרתו בשליחות האלוקית וביעוד שאותו הוא ממלא. מי שכופר באלו - משמיט באופן חד את בסיס זכותו לכבוד.

36. יסוד הדברים בטור חושן משפט בסימן א', המביא את דברי רבנו יונה, כי בעוד שהעולם נברא עבור שלושת הערכים של: תורה, עבודה וגמילות חסדים, הרי שהמשך קיומו אחר שנברא תלוי בשלושה דברים אחרים: דין, אמת ושולם. הדין מקיים את העולם כי אלמלא הדין, הרי שאיש את רעהו חיים בלעו, וזו כוונת רבותינו ז"ל באמרם "כל הדין אמת לאמתו כאילו נעשה שותף לקב"ה במעשה בראשית" - כי הרשעים שגוזלים וחומסים מחריבים את העולם. נמצא שהדין המשבר זרועות רמות של הרשעים ולוקח מידם טרף ומחזירו לבעליו - מקיים את העולם.

בדבר משפט". המשפט הוא עניין אלוקי. מעשה המשפט הוא מעשה על אנושי והאדם יכול לשפוט את זולתו רק מכח שליחות של השופט כל הארץ העולה כדי השתמשות בשרביטו של מלך. לשופט ניתנה סמכות מאת האלוקים לדרוש את דמו של נרצח, וסמכות שיפוט זאת אינה בתוקף מינוי של החברה, אלא נובעת מן המובן הרחב של היות האדם נברא בצלם אלוקים.

32. מהגדרה זו של השיפוט ברור כי כאשר הדיין נתקל במעשה של שפיכות דמים, מוטל עליו לוודא שהעולם אינו "הפקר", ולעשות מעשה כדי לבער את הנגע ולא להסכין עם שפיכת דם. זאת כחלק מאחריותו שלו למה שקורה בעולם, וכחלק מהיותו צלם אלוקים. ומעתה, ברור מהיכן נמצא מקור סמכות לבית הדין לדון בסוגיה של פגיעה בכבוד האדם ובצלמו - באמצעות ביוש. עמדנו על כך שהביוש חורג מפגיעה בכבוד האדם ויש בו משום חילול צלם האלוקים ופגיעה בשליחותו האלוקית של האדם שדמו נשפך ע"י ביוש ברבים. ראיית הביוש כפגיעה בצלם אלוקים מחד גיסא, והגדרת סמכות בית הדין כשליחות אלוקית המטילה עליו אחריות לתיקון עולם במלכות שד-י, לתיקון החברה ולתיקון האדם מאידך גיסא, מביאה כנגזרת ברורה וישירה מכך להבנת סמכותו הטבעית של בית הדין לטפל בעניין זה, הנוגע לשורש תפקידו.

פרק ז: פיקוח נפש במלחמה

א. פתח דבר

1. בעת קרב הורחב ההיתר לחלל שבת אף שלא מפני פיקוח נפש. כלל הלכתי מחודש זה נקבע בריב"ש, רבי יצחק בר ששת (צפון אפריקה, המאה ה"ט¹): "מחללים את השבת לכל צרכי מצור, ואפילו שלא מפני הסכנה".

דין זה נלמד מן הפסוק "ובנית מצור על העיר אשר הוא עשה עמך מלחמה עד רדתה" (דברים כ, כ). מכוח פסוק זה נקבע היתר לחלל שבת בעת מלחמה אף כשאין צורך בפעולה כדי להציל חיים. יסוד הדברים מצוי בתוספתא ובתלמוד²:

"תנו רבנן: אין צרים [=לשון מצור] על עיירות של נכרים פחות משלשה ימים קודם לשבת. ואם התחילו - אין מפסיקים [את

1. בתורה מצינו ציווי (שמות כ"ב, כ"ז) "אלוהים לא תקלל" ובארו חז"ל כי המונח מתייחס לבית דין, וכן מצינו (שמות כ"ב, ח') "עד האלוהים יבא דבר שניהם" כי הכוונה לבית דין. המקום היחיד שכן מכונה האדם בתואר אלוהים מתייחס אפוא לבית דין, ומבאר רבי חיים מוולוז'ין בספרו "נפש החיים" שער א' פרק ב' בהגהה, כי זהו שם המבטא כוח לעצב את הקורה בעולם, על כן נקרא הקב"ה בכינוי "אלוקי האלוקים" בפסוק (דברים י', י"ז) "כי ה' אלוקיכם הוא אלוקי האלוקים ואדני האדנים" ותרגם אונקלוס "אלוקי הדיינים". כמו כן מצינו ביחס להליך המשפטי כי (תהלים פ"ב, א) "אלוקים ניצב בעדת א-ל בקרב אלוקים ישפט". על כן, כלשונו של הרב יצחק הוטנר בספרו פחד יצחק על שבועות פרק מ"ד כי "מציאות השופט, אין לה מקום כי אם בתורת שליחות של (הקב"ה) בעל המשפט - הלא הוא השופט כל הארץ, שציווה עלינו להקים בתי דין ולשפוט". ור' נ. ליבוביץ "עיונים בספר בראשית" בעקבות דברים אלו כי: "סמכות האדם להיות שופט לא באה לו בתוקף מינוי ע"י החברה עצמה, אלא בגלל היותו נברא בצלם אלוקים. המובן הרחב ביותר של המושג "לשפוט" מחייב אפוא כל אדם להיות אחראי למעשי חבריו, "לשפוט" אותם, ואין אדם יכול לשפוט את חברו אלא אם כן הוא יושב למשפט על עצמו".

2. שו"ת הריב"ש, סימן קא.

פעולות המצור כשנכנסת השבת]. וכן היה שמאי אומר: "עד רדתה" - אפילו בשבת."

2. אילו היה מדובר במצב שמטילי המצור נדרשים לחלל את השבת עקב פיקוח נפש, לא היה צורך בפסוק מיוחד זה, "עד רדתה", שהרי בכל התורה כולה פיקוח נפש דוחה שבת, כמו שלמדו חז"ל³ מן הפסוק: "וחי בהם" (ויקרא יח, ה) - ולא שימות בהם" או מכוח הסברה: "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה".

הריב"ש מבהיר אפוא בפסקו שמכוח מקור מיוחד זה, "עד רדתה", נלמדת הלכה מחודשת, ולפיה בעת מלחמה או מצור הורחב ההיתר לחלל שבת "אפילו שלא מפני הסכנה"⁴. בדרך זו נפסקו הדברים גם בספרות ההלכה והמפרשים⁵.

3. שבת יט ע"א. מקור הדברים בתוספתא עירובין ג, ו. וראה גם ירושלמי שבת א, ח. ונפסק ברמב"ם: "צרים על עיירות הגויים שלשה ימים קודם לשבת, ועושים עימם מלחמה בכל יום ויום, ואפילו בשבת, עד שכובשים אותה, ואע"פ שהיא מלחמת הרשות. מפי השמועה למדו: "עד רדתה" - ואפילו בשבת. ואין צריך לומר במלחמת מצווה. ולא כבש יהושע יריחו אלא בשבת" (הלכות שבת, פרק ב, הלכה כה). וראה גם רמב"ם, הלכות מלכים, פרק ו, הלכה יא, ובכסף משנה שם, וכן בלחם משנה בהלכות שבת, סוף פרק ב, המבחין בין מלחמת מצווה למלחמת רשות.

4. יומא פה ע"ב.

5. וראה הרב י"ש כהנמן (ראש ישיבת פוניבז'), דברי הרב, חלק ב, בני-ברק תשס"ג, עמ' קז, המציין שמשמע כדברי הריב"ש גם מדברי הרדב"ז על הרמב"ם שפסק: "חלוצי צבא כשיכנסו בגבול העכו"ם ויכבשו וישבו מהם - מותר להם לאכול נבלות וטרפות ובשר חזיר וכיוצא בו, אם ירעב ולא מצא מה יאכל אלא מאכלות אלו האסורים, וכן שותה יין נסך. מפי השמועה למדו: 'ובתים מלאים כל טוב' - ערפי חזירים וכיוצא בהם" (הלכות מלכים, פרק ח, הלכה א). משמע לכאורה שמתר לאכול טרפות רק בהיעדר אוכל אחר. אך הרדב"ז תמה: אם אין להם מה שיאכלו, מדוע נאמר דין זה דווקא ביחס לחלוצי צבא? הרי לכל אדם מותר הדבר, שהרי עסקינן בפיקוח נפש? והוא מיישב שם שאין מדובר כשהם בסכנת חיים מפני הרעב ושהרמב"ם מחדש ש"אינם צריכים לטרוח לבקש מאכל היתר כיון שנכנסו לגבול העמים". הרדב"ז מדמה מקרה זה לדין "עד רדתה".

3. ברם, דין זה טעון ביאור. הכלל הוא שכאשר ניצבות בפנינו שתי מצוות ו"אפשר לקיים שתיהן", אין מצווה אחת דוחה את חברתה. אם כן, אם מצד פיקוח נפש אין צורך להילחם דווקא בשבת, מדוע תתיר התורה את הדבר?

זאת ועוד. ראוי לבחון את היקף ההיתר. האמנם בשעת מלחמה מותר לנהוג בכל דבר ועניין בשבת כביום חול? האם, למשל, מותר לחיילים לשמוע מוזיקה בשבת כדי לחזק את רוחם? האם בעתות מלחמה מותר לחייל להתגלח בשבת כדי שיחוש מסודר ורענן לפני הקרב? או שמא בעת מלחמה הותרו רק פעולות חיוניות ואין בלתן? אכן, הפעילות המותרת אינה מותנית בהצלת חיים, אך האם היא מותנית בכך שיהא בה כדי להשפיע על הקרב או להעניק בו יתרון משמעותי ללוחמי ישראל?

4. דומה שניתן להציע שלושה הסברים בהבנת ההיתר להילחם "עד רדתה" ואפילו בשבת ובביאור שיטתו של הריב"ש, ובהתאם להם לעמוד על היקפו של ההיתר.

ב. גדרו המיוחד של פיקוח נפש של ציבור

5. ההסבר הראשון מובן מתוך עיון בפסק שכתב הרב שלמה זלמן אוירבך בתשובה לשאלת חייל ששירת בחיל המודיעין. בצה"ל הצליחו לאתר רשת תקשורת של מדינה עוינת ולפענח את הצופן שלה. החייל נדרש לעסוק בפענוח הצופן באמצעות מחשב, פעולה שהייתה כרוכה בחילול שבת. משום כך, ביקש החייל לפענח בשבת רק חלק מן השדרים שנראה לו שקיימת סבירות גבוהה שהם נוגעים לישראל ולדחות את פענוח שאר השדרים למוצאי שבת. הרב אוירבך פסק שהחייל חייב לפענח את כל השדרים בשבת, מכיוון

משמע אפוא כי ביחס ל"עד רדתה", יש דין מיוחד המתיר אף פעולות שברגיל אינן בגדר פיקוח נפש.

שהגדרת ספק פיקוח נפש של ציבור שונה מהגדרת פיקוח נפש יחיד. וזה לשונו⁶:

למרות שאין כל הבדל בהלכה בין פיקוח נפש של יחיד ושל רבים, ואף על ספק פיקוח נפש של יחיד מחללים שבת, בכל זאת יש הבדל גדול ביניהם ברמת הסיכון הנחשבת לפיקוח נפש. תיתכן דרגת סיכון שאצל יחיד לא תיחשב פיקוח נפש, ואילו אצל ציבור אכן תיחשב לפיקוח נפש. למשל, אנשים אינם נרתעים מנסיעות בין עירוניות, על אף שיש בהן אחוז סיכון מסוים, נניח של אחד ל-10,000. אבל ראש מדינה אשר ייטול סיכון של אחד ל-10,000 על מדינתו ייחשב כבלתי אחראי למעשיו, שכן על ציבור דרגת סיכון כזו נחשבת לסכנה. לפיכך יש לפענח את כל השדרים, כיון שהנדון בהם הוא בטחון המדינה, אע"פ שאותו אחוז של סיכון לגבי אדם פרטי לא היה נחשב לפיקוח נפש.

6. כלומר: אפשר שסיכון מסוים שלגבי אדם פרטי אינו נחשב לפיקוח נפש יוגדר כפיקוח נפש עת שעסקינן ב"חיי הציבור"⁷, מפני שהגדרת פיקוח נפש אינה נמדדת לפי מידה קבועה ואובייקטיבית של סיכון אלא כל מצב שבני אדם מחשיבים אותו כמצב מסוכן, הריהו בגדר מצב של פיקוח נפש; בעיני הבריות יש סיכון הנחשב כסיכון סביר לגבי היחיד, אך אינו נחשב לסביר כשמדובר בשלום הציבור⁸.

6. ראה: "דרישה" לטור, אורח חיים, סימן רמט; שפת אמת, בחידושי לשבת יט ע"א.

7. את הדברים מסר הרב משה מרדכי פרבשטיין במאמרו "גדרי ספק פיקוח נפש - חילול שבת לכל צרכי חולה מסוכן", אסיא נג-נד (תשנ"ד), עמ' 87, שנכח בעת הדיון בין החייל לבין הרב אירבך.

8. ודוק. ביחס לרבים, יש עוד טעם: החשש לנוק גדול יותר כלפי הכלל מן החשש כלפי היחיד. כך עולה מהסברו של רב האי גאון (מובא בחידושי הרשב"א, שבת מב ע"א, ד"ה גחלת) שהסתברות לאסון גדולה יותר אצל רבים ומגדילה את החשש. ברם, הרב אירבך אומר שטעם ההיתר אינו משום שאצל רבים ההסתברות עולה אלא שלגבי הציבור גם הסתברות קטנה של סיכון היא בגדר פיקוח נפש.

7. לפי פסיקתו של הרב אירבך בעניין זה, נראה שהפסוק "עד רדתה" בא ללמדנו שבזמן מלחמה, שהיא סכנת הרבים, היקף ההיתר בפיקוח נפש רחב יותר⁹. מאחר שמדובר במלחמה ובחייהם של חיילים רבים, אסור לערוך חשבון מדוקדק של הסתברויות. וכשם שלעניין חולה שיש בו סכנה, יש דעות¹⁰ שהיקף פיקוח נפש מתרחב וכולל מצבים שבאדם גיל אין בהם כדי לכלול אותם בגדר "פיקוח נפש", כך כאשר עסקינן בחיי רבים: די במידה קטנה של סיכון כדי לכלול אותו בגדר של פיקוח נפש.

לפי הסבר זה, נמצא כי יסוד ההיתר של "עד רדתה" נובע מדיני פיקוח נפש והסכנה לחיי אדם המוגדרת באופן רחב יותר כשעסקינן ברבים. ברם, הסבר זה קשה, שהרי לשון הריב"ש היא שההיתר נאמר "אפילו שלא מפני הסכנה"¹¹.

9. ודוק, סיבת השינוי בין היחיד לבין הציבור בעניין זה אינה אובייקטיבית ואינה קשורה למידת הסבירות של סיכון אלא נובעת מהתייחסות בני אדם לסיכונים בשגרת חייהם, שהרי האדם עשוי לסכן את עצמו לשם פרנסתו או נוחיותו. לכן הוא מוכן לעלות על פיגום או לנסוע במכונית או לצאת לטיול שיש בו סיכון והרפתקה. ואילו כשמוטלת עליו אחריות לציבור הוא אינו מוכן לקחת סיכון זה על אחריותו. והטעם הוא, כפי שהסברנו לעיל, שהקובע בהצלת נפשות הוא כוונתו הסובייקטיבית של המציל. וכיוון שהטיפול בפיקוח נפש בשבת הוא כדרך שעושה בחול, האדם הפרטי אינו מחמיר בשבת יותר משהוא מחמיר בחול ומשאיר אותה רמת סיכון לעצמו גם בשבת, ואילו כלפי הציבור, גם בשבת מותר לעשות כל דבר שימנע את הסיכון כפי שנעשה הדבר בחול. 10. כך, למשל, הבין את הסוגיה הרב משה צבי נריה, בספרו "מלחמות שבת" (ירושלים תשי"ט). הרב נריה מביא כראיה להסבר זה את הסוגיה שנאמר בה שגחלת הנמצאת ברשות היחיד אסור לכבותה בשבת אך כשהיא נמצאת ברשות הרבים מותר לכבותה, משום שזק הרבים נחשב לסכנת נפשות (שבת מב ע"א).

11. ראה "מגיד משנה" על הרמב"ם, הלכות שבת, פרק ב, הלכה יד, הגורם כי חולה שיש בו סכנה מחללים עליו את השבת לכל צרכיו, אף על פי שאין מדובר בפעולה שיש במניעתה משום סכנה. בדומה לזה, ראה: תשב"ץ, חלק א, סימן נד; מגן אברהם, סימן שכת, ס"ק ד; הרב י' אברמסקי, חזון יחזקאל, על תוספתא שבת טז, יב; הרב י"ז הלוי סולובייצ'יק (הרב מבריסק), חידושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם, הלכות שבייתת עשור, פרק ב, הלכה ח. וראה שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שכת,

ג. גדרו המיוחד של פיקוח נפש בשעת חירום

8. הסבר שני בטעם החידוש של "עד רדתה" הוא שזמן חירום נחשב כמעין מצב מיוחד המתנהל כל כולו במשטר של פיקוח נפש. מלחמה היא מצב מובנה של פיקוח נפש. לפיכך, אין לבחון פעולה מסוימת כשהיא לעצמה אלא במסגרת מכלול הלחימה. ממילא, כל מה שנוגע לדרכי המלחמה ועשוי לייעל את התהליך ולסייע בהיחלצות ממצב המלחמה מוגדר כפיקוח נפש. על כן, בעת מלחמה מותרות פעולות שאין בהן כשהן לעצמן להציל חיי אדם, אך יש בהן כדי לסייע למהלכי המלחמה בכללותה¹².

ועדיין קשה גם על הסבר זה. ככל שמתייחסים למלחמה כמצב כללי של פיקוח נפש, יש בידינו היתר כללי של "וחי בהם". אם כן, לשם מה נחוץ ההיתר המיוחד להילחם "עד רדתה" ואפילו בשבת?¹³

סעיף ד, כי חולה מסוכן, המצוי במצב של פיקוח נפש, "עושים לו כל שרגילים לעשות לו בחול". ונתבאר שם במשנה ברורה, ס"ק יד: "ומשמע אע"פ שאין בו סכנה במניעת הדבר ההוא, כיון שהחולי יש בו סכנה ויש בדבר צורך קצת, ורגילים לעשות לו בחול, עושים גם בשבת". וראה הסברו של הרב א"ז וייס, במאמרו "חולה שיש בו סכנה אם מותר לחלל שבת יותר מההכרח להצלתו", שבילי הרפואה ח (תשמ"ז), עמ' סה-סו.

12. תמיהה זו מעורר הרב אברהם משה אבידן (זמל), "מלחמה בשבת ויום הכיפורים", תורה שבעל פה יז (תשל"ה), עמ' קנה (וראה גם בספרו שבת ומועד בצה"ל, ירושלים תש"ן, עמ' י). והוא מקשה עוד כי אם מקורו של ההיתר בדין פיקוח נפש, מדוע לשיטת ה"דרישה", שהובאה לעיל, הערה 196, מותרת ההיתר בהחלה המלחמה בהיתר (בחלקו הראשון של השבוע)? וכי משום שהתחילו את המלחמה באיסור נקפת חיי אדם?

13. דרך הילוך זו מוצעת על ידי הרב אבידן, שם, ועל יסודה הוא קובע שמותר לחיילים לחמם מים לשתייה בשבת בעת מלחמה, אם הדבר נחוץ להם כדי לשמור על ערנותם. כמו כן, מכוח הכלל "עד רדתה", מותר לדעתו לעשות גם דבר החשוב לשמירת כושרם של החיילים במערך מלחמתי אף אם אינו עניין של פיקוח נפש להצלת חיים ממש.

ד. שינוי סדרי העדיפויות בשעת מלחמה

9. הסבר שלישי שנראה להציע לדין "עד רדתה", המתגבר על הקשיים שהצבענו עליהם בשני ההסברים הקודמים, הוא: בשעת מלחמה משתנים סדרי העדיפויות של הערכים עצמם, ומכאן מקור ההיתר. נבהיר את דברינו.

בעיתות שלום, פיקוח נפש הוא הערך העליון. הכלל הגדול בעניין זה הוא "וחי בהם", מפני שהתורה לא קבעה את מצוותיה אלא בתנאי שנשמרים חיי האדם. יתר על כן. הציווי "לא תעמוד על דם רעך", המצווה על האדם לפעול להצלת זולתו¹⁴, אינו חל אם האדם נדרש לסכן את חייו¹⁵. אין מסכנים חיי אדם לצורך כלשהו ואין ערך המחייב את האדם להקריב את חייו שלו, מפני ש"אין דוחים נפש מפני נפש", ואין אדם חייב לסכן את חייו אפילו לא כדי להציל חיהם של רבים¹⁶.

14. הרב אבידן חש בקושי זה ומבהיר שההיתר מכוח הכלל "עד רדתה" מובן לחלוטין לפי הראשונים החולקים על "מגיד משנה" (לעיל, הערה 201), ואילו ביחס לשיטת "מגיד משנה" והמתירים לעשות פעולות שאינן בגדר פיקוח נפש ישיר לחולה שיש בו סכנה, הוא אומר: "אפשר שאף הם למדו זאת מדיני המלחמה, שאף במלחמה אין היתר אחר זולת ההיתר הנובע מדין פיקוח נפש". ברם, בכל הכבוד, הסברו של הרב אבידן, שדיני פיקוח נפש נלמדים מן ההיתר הנפרד והמיוחד של מלחמה, נראה לנו דחוק.

15. האדם חייב לעשות ככל יכולתו להציל נפש מישראל של מי שנמצא בסכנת מוות או בספק סכנת מוות. וכן פסק הרמב"ם: "שכל המאבד נפש אחת מישראל כאילו איבד כל העולם כולו. וכל המקיים נפש אחת מישראל כאילו קיים כל העולם כולו" (הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א, הלכה טז). והראב"ד אומר: "כל היכול להציל ואינו מציל - הרי זה כאילו הרגו בידים" (איסור והיתר, כלל נט, דין לח).

16. הכלל שנאמר בעניין זה הוא כידוע: "חייד קודמים לחיי חברך". וזה לשון הברייתא: "שנים שהיו מהלכים בדרך וביד אחד מהם קיתון של מים: אם שותים שניהם - מתים; ואם שותה אחד מהם - מגיע לישוב. דרש בן פטורא: מוטב שישתו שניהם וימותו, ואל יראה אחד מהם במיתתו של חברו. עד שבא רבי עקיבא ולימד: 'וחי אחיך עמך' - חייד קודמים לחיי חברך" (בבא מציעא סב ע"א). ונפסקה הלכה כרבי עקיבא שאין האדם חייב למסור את נפשו כדי להציל את חברו. וראה מ' ויגודה, "חובת הצלה וגבולותיה", פרשת השבוע, אחרי מות-קדושים, תשס"א, גיליון מס' 24.

10. שונה לחלוטין הוא מצב מלחמה. בעת מלחמה אין האדם מצווה להשגיח על פיקוח נפשו שלו. אדרבה, היחיד מצווה לסכן את חייו ולהשליכם מנגד למען הכלל. הווה אומר: בשעת מלחמה חיי היחיד אינם מוגדרים עוד כערך עליון. הכלל במלחמה הוא שגם אם האויב מתקיף עיר אחת בלבד ומספר המותקפים הוא קטן ואין סכנה לקיום האומה, חייב האדם לצאת לקרב ולסכן את עצמו להצלת המותקפים.

יסודה של הבחנה זו מצוי כבר בתלמוד:

“אמר רב יהודה אמר רב: נכרים שצרו על עיירות ישראל - אין יוצאים עליהם בכלי זיין, ואין מחללים עליהן את השבת... במה דברים אמורים - כשבאו על עסקי ממון. אבל באו על עסקי נפשות - יוצאים עליהן בכלי זיין, ומחללים עליהן את השבת. ובעיר הסמוכה לספר, אפילו לא באו על עסקי נפשות אלא על עסקי תבן וקש - יוצאין עליהן בכלי זיין ומחללין עליהן את השבת”¹⁷.

11. נמצאנו למדים שאף על פי שכל יציאה למלחמה אינה אלא למטרת הצלה ופיקוח נפשות ישראל, מכל מקום מאחר שהוכרזה מלחמה, אין הדין מתרכז בפיקוח נפשו של היחיד אלא בהצלחת המלחמה, והיחיד מצווה לסכן

17. לדעת רבי מאיר שמחה מדוונינסק, בספרו “אור שמח” (הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק ז, הלכה ח), הפרט אינו חייב לסכן את עצמו אפילו להצלת כלל ישראל. אכן, בשיטה אחרת נקט הרב מ”ד פלאצקי, בספרו “כלי חמדה”, בתחילת פרשת פינחס. לדעתו, מצווה על הפרט למסור את נפשו להצלת כלל ישראל. ואולם מדובר רק בהצלת כלל ישראל, אך לא בהצלת רבים בעלמא, כגון הצלת יישוב אחד במסירת נפשו של היחיד. הרב א”י הכהן קוק, בספרו שו”ת משפט כהן, סימנים קמב-קמד, אומר שמעיקר הדין, אין היחיד חייב למסור את נפשו גם להצלת הכלל, אלא שלמעשה חייב האדם למסור את נפשו להצלת הכלל בתורת “הוראת שעה” ובגדר “למיגדר מילתא”, שכן להצלת כלל ישראל הדבר גלוי לכול שביט דין מתירים זאת לצורך שעה. וראה בהרחבה נ’ רקובר, מסירות נפש, ירושלים תש”ס.

את חייו עבורה¹⁸. לאור זאת, מבהיר ר' יוסף באבד (גליציה, המאה הי"ט), בעל "מנחת חינוך"¹⁹, כי אף על פי שכל המצוות נדחות מפני פיקוח נפש, אין הדבר כן בעת מלחמה, מפני שהתורה ציוותה לצאת למלחמת מצווה על אף שבדרך העולם נהרגים אנשים משני הצדדים במלחמה, וממילא "דחוייה היא סכנה במקום הזה".

12. מכיוון שעריך חיי הפרט אינו הערך העליון במצב מלחמה, והאדם מצווה לסכן את עצמו כדי לסייע במלחמה, מובן מאליו כי במצב זה נדחה גם ערך השבת, שהוא פחות בחשיבותו מן הערך של פיקוח נפש.

הווה אומר: בימים כתיקונם ניצב מעל השבת הערך של פיקוח נפש. על כן, ההיתר לחלל שבת מותנה בקיומו של פיקוח נפש. לעומת זאת, בעת מלחמה מדרג הערכים הוא: א. השבת וכל המצוות; ב. פיקוח נפש של היחיד; ג. הערך

18. סנהדרין מח ע"ב. והדברים נפסקו להלכה ברמב"ם: "ובכל מקום, אם באו על עסקי נפשות או שערכו מלחמה או שצרו סתם - יוצאים עליהן בכלי זיין ומחללים עליהן את השבת. ומצוה על כל ישראל שיכולים לבוא לצאת ולעזור לאחיהם שבמצור ולהצילם מיד הגוים בשבת, ואסור להן להתמהמה למוצאי שבת. וכשיצילו את אחיהן - מותר להן לחזור בכלי זיין שלהן למקומם בשבת כדי שלא להכשילן לעתיד לבוא" (הלכות שבת, פרק ב, הלכה כג). הנה כי כן, עסקינן במצווה המוטלת על כל אדם מישראל, לסכן את חייו כדי להגן על ציבור של יהודים הנמצא במצב של מלחמה. הרב א"י ולדנברג, בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן ט, פרק ב, מתווה שורה של כללים ברורים: אימתי יוצאים למלחמה, אימתי מסכנים חיים ואימתי מחללים שבת.

19. ביחס למלחמה כערך, ראה דבריו של הרב א' גרודז'ינסקי: "ענין מלחמה אצל עם ישראל אינו כמלחמות של אומות העולם. מלחמה של נצחון ושררה, שלל נכסים ורכוש. מלחמה של ישראל היא קידוש שם שמים בעולם. כמו שמבאר הרמב"ם בהלכות מלכים פרק ז' הלכה ט"ו בענין מלחמת רשות וזה לשונו: 'וידע שעל יחוד השם הוא עושה מלחמה, וישם נפשו בכפו, ולא יירא ולא יפחד, ולא יחשוב לא באשתו ולא בבניו, אלא ימחה זכרונו מלבו ויפנה מכל דבר למלחמה... וכל הנלחם בכל לבו בלא פחד, ותהיה כוונתו לקדש את השם בלבד, מובטח לו שלא ימצא נזק, ולא תגיעהו רעה, ויבנה לו בית נאמן בישראל, ויזכה לו ולבניו עד עולם, ויזכה לחיי העולם הבא'" (תורת אברהם, ירושלים תשכ"ב, עמ' קכב).

של "עד רדתה", שמשמעו שבעת מלחמה חייב האדם למסור את נפשו עבור הרבים.

13. מכיוון שמצב מלחמה יוצר ערך שהוא נשגב אף מפיקוח נפש ודוחה אותו מפניו, ברור שהשבת, הפחותה מפיקוח נפש, נדחית אף היא מפני הדין של "עד רדתה", וגדר ההיתר אינו תלוי בשאלת קיומו של פיקוח נפש אלא בשאלת קיומו של צורך מלחמתי. על כן, משהוגדר מצב מסוים כמצב מלחמה, ההיתר לחלל שבת אינו מוגבל למצבים שיש בהם פיקוח נפש, ואין הולכים עוד לפי משטר הדינים של "וחי בהם", אלא חל דין מיוחד של שעת מלחמה, ולפיו גם מה שאינו בגדר פיקוח נפש אך הוא נחוץ כחלק ממערכי הקרב, מותר לעשותו בשבת²⁰.

ה. סוף דבר

14. בהתאם להסבר האחרון שהצענו לעיל, נמצא שהיתר "עד רדתה" אינו מושתת על העיקרון של פיקוח נפש של היחיד. אדרבה, המלחמה היא מצב שנדחה בו כל ערך אחר לרבות הערך של פיקוח נפש עצמו. על כן, כל פעולה הנכללת בגדר צורך הלחימה, בין שיש בה משום פיקוח נפש ובין שאין בה משום פיקוח נפש - מותר לעשותה בעת מלחמה גם בשבת, וזהו הכלל של "עד רדתה".

15. לפי הסבר זה, מובן עתה מדוע מותר בעת מלחמה לחלל שבת "אפילו שלא מפני הסכנה", שהרי ההיתר אינו הרחבה של גדרי פיקוח נפש אלא הפקעתם²¹. ברם, היתר זה נובע מסדרי המלחמה ומוגבל מטבעו לפעולה

20. מנחת חינוך, מצווה תכה.

21. הרב י"ש כהנמן (לעיל, הערה 195) מעלה רעיון מרהיב לגבי משמעות האמירה בברכת על הניסים בחנוכה: "ועל המלחמות". לכאורה מה יש להודות על שפרצה מלחמה? אלא שכל זמן שלא הוגדר המצב כ"מלחמה", היה הדין נותן שיהיו ישראל מחויבים ליהרג ולא לעבור על חילול שבת, שהרי

שהיא בכירור חלק ממערכי המלחמה. גדר הדין לחלל שבת יהא אפוא: כל פעולה הנכללת בתורת הלחימה ובנוהלי הקרב של הצבא²². על כן, אם חיילים רוצים שתייה חמה בשבת, אין מקום להתיר זאת מטעם "עד רדתה", שהרי אינה חלק מדרכי הלחימה של הצבא. לא כן בעניין נוהל הקרב לפינוי חללים. אמנם פינוי חללים אינו חלק מן הקרב, ואין הבחנה בעניין זה בין חלל שנפל בקרב לבין חלל אחר, ומצווה לקבור את שניהם, אך אין מחללים עליהם את השבת. ואולם פינוי חללי מלחמה הפך להיות חלק מתורת הלחימה של צבא, למען יידע כל לוחם שלא ינטש בשדה הקרב, אף אם ייפול חלל, ושהצבא יעשה כל מאמץ, כולל סיכון חיי חיילים אחרים כדי להביאו לקבר ישראל. לכן עשוי פינוי החללים להיות חלק ממערכי המלחמה, ויהא מותר להוציא רכב לפינוי החללים גם בשבת לאור הכלל של "עד רדתה"²³, אף על פי שאין בפינוי משום "פיקוח נפש".

הייתה זו שעת השמד (לנוכח גזרת היוונים על השבת), ובשעת השמד יש דין למסור את הנפש על כל עברה. ברם, משהכריזו מתתיהו מלחמה, חל דין "עד רדתה" ואפילו בשבת. ההודיה לה' במילים "ועל המלחמות" נובעת אפוא מן העובדה שהגדרת המצב כמלחמה הביאה לשינוי גדר הדין, והותר להם לחלל שבת והדבר הביא לתשועתם.

22. על פי ההסברים האחרים שהוצעו לעיל, הותרו רק דברים שיש בהם כדי למנוע סכנה, כשדין "עד רדתה" מרחיב את גדרי "פיקוח נפש" בצורכי הרבים או בעת מלחמה באופן המגדיר גם חשש רחוק יותר וסבירות נמוכה יותר כסכנה (בדומה לשיטת "מגידי משנה" בחולה מסוכן). לעומת זאת, לפי דרך ההילוך דנא, עסקינן בהיתר מוחלט, וגם מה שאינו מנוע סכנה כלל ייעשה בשבת, ובלבד שנהוג לעשותו במלחמה.

23. בהתאם לכך, אילו היה נוהל קרב שתומורת מלווה את ההולכים למלחמה, וזאת הייתה דרך הלחימה המקובלת, היה מקום להתיר זאת מדין "עד רדתה", אף על פי שאין בקיומה של התומורת למנוע סכנה ואין בה משום פיקוח נפש. ברם, מכיוון שהיום אין התומורת חלק מדרכי המלחמה, אין מקום להתיר את הדבר. ממילא מובן גם שאם יש מי שמעוניינים במוזיקה כדי לרומם את רוחם, אין להתיר את הדבר, שהרי לא עסקינן בחלק מתורת הלחימה של צה"ל.

פרק ח: אחריות השומר בנכס מבוטח

א. מבוא

1. פרשת שומרים בתורה קובעת לאמור:

”כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר וגנב מבית האיש, אם ימצא הגנב ישלם שנים. אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האלהים, אם לא שלח ידו במלאכת רעהו. על כל דבר פשע על שור על חמור על שה על שלמה על כל אבדה אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים יבא דבר שניהם, אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו.

כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמר, ומת או נשבר או נשבה אין ראה. שבעת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו, ולקח בעליו ולא ישלם. ואם גנב יגנב מעמו, ישלם לבעליו. אם טרף יטרף יבאהו עד, הטרפה לא ישלם.

וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת, בעליו אין עמו שלם ישלם. אם בעליו עמו לא ישלם, אם שכיר הוא בא בשכרו (שמות כב, ו-יד).

2. על פי מסורת חז"ל, פרשה זו דנה בארבעה סוגי שומרים: שומר חנם, שאינו חייב אלא אם פשע בפיקדון או שלח בו יד¹; שומר שכר והשוכר,

1. וראה דברי הרב ש' גורן בספרו משיב מלחמה (שער ט, סימן קיז), המתיר מכוח מקור זה לחיילים המפנים חללים לחזור לבסיסם אפילו בשבת. הרב גורן מבהיר שפינוי החללים בשבת בעת מלחמה מותר, אף שאין בכך כל צד של הצלת חיים (שהרי מדובר בחללים) ואין בו צורך מבחינת המלחמה עצמה, וזאת מכיוון שפינוי החללים תורם לשמירה על מצב רוחם של הלוחמים, שהוא עניין של חיים ומוות. הרב גורן מביא את דברי המדרש בעניין חשיבות מצב רוחם של הלוחמים על הפסוק "ולא נחם אלוקים דרך ארץ פלשתים כי קרוב הוא, כי אמר אלוקים פן ינחם העם בראותם מלחמה

חייבים אף אם נגנב או אבד, ופטורים מן האונס²; והשואל, חייב גם באונס³.

ונשאלת השאלה: מה הדין אם אבד נכס באופן שעל פי דיני השומרים, השומר חייב לפצות את הבעלים על הנזק שנגרם להם, אך הם מבוטחים בחברת ביטוח? האם גם במקרה זה השומר חייב לשלם את ערך הנכס שאבד או ניזוק? כך, למשל, כששכר אדם דירה, ונשרפה הדירה עקב רשלנותו: האם הוא חייב לשלם את הנזק גם כשהדירה מבוטחת והמשכיר מקבל פיצוי מחברת הביטוח?

3. במקרה זה מעורבים בעניין שלושה צדדים, בעל הנכס והשומר וחברת הביטוח, ובאות בחשבון ארבע אפשרויות:

(א) השומר חייב לשלם לבעל הנכס את מה שהזיק לו, וגם חברת הביטוח חייבת לשלם לבעל הנכס פיצוי על הנזק.

(ב) השומר חייב לשלם לבעל הנכס את מה שהזיק לו, וחברת הביטוח פטורה מלשלם לו פיצוי על הנזק.

ושבו מצרימה" (שמות יג, יז). נאמר במדרש שבני אפרים יצאו ממצרים לפני שאר בני ישראל, ועמדו המצרים והרגו כל גיבוריהם, על כן לא נחה ה' את שאר העם דרך ארץ פלשתים "כדי שלא יראו את עצמות אחיהם מושלכים בפלשת ויחזרו להם" (ילקוט שמעוני, פרשת בשלח, רמז רכז). הרב גורן מבחיר שמכיוון שעסקינן בפיקוח נפש ממש, מותר לעסוק בפינוי חללים בשבת מכוח ההיתר הרגיל: "פיקוח נפש דוחה שבת". את ההיתר המיוחד מדין "עד רדתה" ופסקו של הריב"ש, יש לצרף לכלל זה כדי לקבוע שמותר לחיילים העוסקים בפינוי החללים אף לחזור לבסיסם בשבת אף בנסיעה ברכב.

לביקורת על גישתו של הרב גורן, המתיר לסכן חיי חיילים כדי להביא חללים לקבר ישראל, ראה י' זולדן, "השפלה והסתכנות למען קבורת לוחמים", פרשת השבוע, חיי שרה, תשס"ט, גיליון מס' 335.

2. הפסקה הראשונה (פסוקים ו-ח) דנה בכסף וכלים, שמקובל לשמור אותם חינם.

3. הפסקה השנייה (פסוקים ט-יב) דנה בשור או שה, שמקובל לשמור אותם בשכר.

ג) חברת הביטוח חייבת לשלם לבעל הנכס פיצוי על הנזק, והשומר פטור מלשלם לו.

ד) חברת הביטוח חייבת לשלם פיצוי לבעל הנכס, ויש לה זכות שיבוב כלפי השומר, והוא חייב לשלם לה את מה ששילמה לבעל הנכס.

ה) הצגת צדדי הבעיה

4. קודם לניתוח שאלה זו, עלינו לברר תחילה שלוש שאלות יסוד:

א) מה מהותו של חיוב השומר? האם חיובו הוא נזיקי או חוזי? אם חיובו של השומר הוא נזיקי, ועליו לפצות את בעל הנכס על נזק שאירע לו ולהשיבו לקדמותו, אם ממילא כבר שופה הנזק על ידי צד שלישי, ולבעליו לא נגרם נזק כלכלי, ייתכן שאין עוד מקום לפצותו. לעומת זאת, אם חיובו הוא חוזי, כלומר שחיוב השמירה כולל גם התחייבות לפצותו אם יארע נזק לנכס, חיוב זה דינו להתקיים גם אם חסרון הכיס שנגרם לבעלים נתמלא ממקום אחר, ואין זיקה בין חיוב השומר לבין קיומו של נזק כלכלי לבעליו, ודי שאירע נזק לנכס כדי שיתחייב המזיק.

ב) מה מהות התשלום הביטוחי? האם הוא מאיין את הנזק ומחזיר את המצב לקדמותו? או שמא הוא חיוב חוזי, שכנגד הפרמיה שבעל הנכס משלם לחברת הביטוח היא מתחייבת לשלם לו פיצוי על הנזק שנגרם לנכס עם התרחש האירוע הביטוחי? אם ננקוט את האפשרות הראשונה, יש בדבר לכאורה כדי לשחרר את השומר מאחריות, שהרי לא גרם לבעל הנכס נזק ממוני, אך אם ננקוט את האפשרות השנייה, מאחר שהתשלום אינו משנה את מהות האירוע הנזיקי אלא מקורו בחיוב חוזי, אין בתשלום של חברת הביטוח כדי לבטל את הנזק, ואין הוא מאיין את חובת השומר לשלם⁴.

4. הפסקה השלישית (פסוקים יג-יד) דנה במפורש בשואל.

ג) אם יש יריבות בין השומר לבין חברת הביטוח? האם חברת הביטוח, המפצה את בעל הנכס רוכשת את הזכות לתבוע מן השומר לשלם את מה שהזיק, ומכאן ואילך הוא חב לה את הפיצוי ששילמה לבעל הנכס? או שמא אין חברת הביטוח באה במקום הבעלים, שהרי הנזק לא אירע לה, ורק יש בינה לבין בעל הנכס מעין עסקה, והאירוע הביטוחי הוא הגורם להתגבשות החיוב.

ב. מחלוקת הפוסקים

5. מצינו מחלוקת קוטבית בעניין זה בין הפוסקים⁵.

הרב מאיר שמחה מדווינסק (ליטא, המאה הי"ט), בספרו "אור שמח"⁶, דן בשאלת מי ששכר בית מחברו, וקיבל עליו אחריות לנזקי דלקה. לאחר מכן, ביטח המשכיר את הבית בחברת ביטוח, ונשרף הבית: האם השוכר יכול לטעון שכיוון שלא נגרם למשכיר הפסד ממוני, כיוון שחברת הביטוח משפה אותו, לא קיבל על עצמו אחריות על דעת כן? והוא מסיק כי אף על פי שבעל הבית מפוצה על ידי חברת הביטוח, אין בדבר כדי לפטור את השוכר מאחריות. וזה לשונו: "הדין ברור שהשוכר שקיבל אחריות משלם דמי הבית".

נמצא שהוא סבור שבעל הנכס מקבל פיצוי על הנזק שנגרם לו הן מן הביטוח הן מן השומר.

5. בדומה לזה ניתן להציג את השאלה מצדה של חברת הביטוח: האם חיוב הביטוח הוא חיוב מעין נזיקי, שיפוי בגין נזק שאירע, ובהעדר נזק כלכלי (עקב פיצוי של השומר), חברת הביטוח פטורה מלפצות את בעל הנכס? או שמא הוא חיוב מעין חוזי, הקיים גם כשהנזק מכוסה על ידי צד שלישי?

6. להרחבה בעניין זה, ראה: שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פח; שם, חלק ג, סימן קכו; שו"ת קניין תורה בהלכה, חלק ב, סימן צד. לסקירה נרחבת בעניין זה, ראה י"י בלוי, פתחי חושן, הלכות פיקדון ושאלה, פרק ח, סעיף יח. וראה עוד ב' כהנא, שומרים, סדרת חוק לישראל, בעריכת ג' רקובר, ירושלים תשנ"ט, עמ' 316.

6. בגישה זו נקט גם מהרש"ם, רבי שלום מרדכי הכהן שבדרון⁷ (גליציה, המאה הי"ט) כשהוא עוסק במזיק שאינו שומר. מעשה באדם ששרף את ביתו המבוטח של חברו וחברת הביטוח פיצתה את בעל הבית על הנזק שנגרם לו, וטען המזיק שאינו חייב לפצות את חברו, כיוון שלמעשה לא נגרם לו נזק ממוני. ונשאלה השאלה אם הוא צודק, או שמא הוא חייב לפצות את בעל הבית, שהרי הפיצוי מחברת הביטוח הוא פרי הפרמיות ששילם בעל הבית לחברת הביטוח. מכל מקום, המזיק אינו יכול להיפטר מן החובה לפצות על הנזק שגרם, שהרי אם לא ישלם לבעל הבית את מה שהזיק, יהא חייב לשלמו לחברת הביטוח. והוא מסיק שהמזיק חייב לשלם את מה שהזיק, אף על פי שהניזוק קיבל פיצוי מחברת הביטוח, ונימוקו:

"הדבר פשוט מסברא, שאין לשורף שום זכות במה שעשה בעל הבית מסחר לעצמו עם הביטוח, וזהו רווח של מסחר... ואיך יעלה על הדעת שהמזיק ירוויח על ידי שבעל הבית עשה לעצמו מסחר מבחוץ? על כן השורף חייב לשלם לבעל הבית, אם עבור עצמו ואם עבור חברת הביטוח. ואם יקח בעל הבית כספים אלו לעצמו ולא יתן לחברת הביטוח, מה לו לשורף בזה?"

7. דעה אחרת מצאנו בדברי הרב אריה ליבש הורוביץ (אוקריינה, המאה הי"ט) בספר "שו"ת הרי בשמים"⁸. מעשה באדם ששרף ביתו, שהיה מבוטח, מאש שיצאה מבית שכנו. ואף על פי שקיבל מחברת הביטוח פיצוי על הנזק שנגרם לו, תבע את שכנו מדין נזקי אש, משום שהאש נגרמה עקב רשלנותו, ואילו השכן טוען כנגדו: "לא הפסדתיך כלום, שכבר קיבלת תשלום נזקך מהביטוח". הוא קיבל את טענת ההגנה של השכן ופטר אותו מלפצות את

7. אור שמח על הרמב"ם, הלכות שכירות, פרק ז, הלכה א.

8. שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן ז.

בעל הבית, מפני שחברת הביטוח כבר פיצתה אותו על הנזק שנגרם לו, ובהעדר נזק, אין מקום לפיצוי.

ג. סקירת המקורות התלמודיים

8. הפוסקים הסתייעו בשלוש סוגיות תלמודיות לבסס את דעותיהם. ואלה הן:

א. "שטף נהר חמורו וחמורו חבירו" (בבא קמא קטו ע"ב)

המשנה במסכת בבא קמא⁹ דנה בעניין נהר הסוחף הן את חמורו של ראובן הן את חמורו של שמעון. ראובן יכול להציל מן הנהר רק חמור אחד, והוא מציע לשמעון שבמקום להציל את חמורו, שערכו פחות מחמורו של שמעון, הוא מוכן להציל את חמורו של שמעון בתנאי שישלם לו שמעון את חמורו. המשנה קובעת שאם הסכים שמעון להצעת ראובן, הוא חייב לשלם לו את ערך חמורו. ונשאלה בתלמוד¹⁰ השאלה: מה יהא הדין, אם לאחר שהציל ראובן את חמורו של שמעון, חמורו הצליח להיחלץ בעצמו מן הנהר? האם שמעון פטור מלשלם לו את מה שהבטיח לו אם לאו? והשיבו עליה: "משמיה רחימו עליה [=מן השמים ריחמו עליו, על ראובן]". כלומר, שמעון חייב לשלם לראובן את דמי ההצלה, אף על פי שלמעשה לא נגרם לו נזק, מפני שניצל חמורו מן הנהר בסייעתא דשמיא, ואין בזה לגרוע מהתחייבותו של שמעון.

הנה כי כן, המתחייב לפצות את חברו על נזק מסוים, חייב לעמוד בהתחייבותו, אף אם בסופו של דבר לא נגרם נזק לחברו. ואין צריך לומר שהוא הדין אף אם קיבל פיצוי על הנזק ממקור אחר. נמצא אפוא שאין קשר בין חסרון הכיס לבין ההתחייבות לתשלום.

ב. "השוכר פרה מחברו והשאלה לאחר" (בבא מציעא לה ע"ב)

9. שו"ת הרי בשמים, מהדורא תנינא, סימן רמה.

10. משנה, בבא קמא י, ד.

המשנה¹¹ עוסקת במי ששכר פרה מחברו והשאילה לאחר ומתה כדרכה. הנוק שאירע לפרה הוא בגדר אונס, ולפי דיני השומרים, השוכר פטור מלפצות את בעל הפרה, והשואל, שנטל את הנכס מן השוכר, חייב לשלם לו את ערך הפרה. ואכן תנא קמא סבור שהשוכר חייב להישבע שהפרה מתה באונס, והוא פטור מלפצות את הבעלים; ואילו השואל, שהוא חייב באונסין, חייב לפצות את השוכר.

נמצא שהשואל משלם לשוכר, אף על פי שהשוכר לא הפסיד דבר, שהרי לא זו בלבד שאינו חייב למשכיר ולא כלום, אלא אדרבה, המשכיר חייב להעמיד לו חמור לימי השכירות שנתרו. אין זאת אלא כי כפי שמצינו בסוגיה הקודמת, חיובו של השואל אינו תלוי במידת הנוק הממוני שגרם למי שהוא חב כלפיו בשמירה. השוכר גובה אפוא פעמיים: הן מן המשכיר, המעמיד לו פרה חלופית לימי השכירות הנותרים, הן מן השואל, המפצה אותו על הפרה¹².

ג. "הרי עלי עולה והפריש שור" (בבא קמא עח ע"ב)

מן הסוגיה השלישית, העוסקת בענייני קרבנות, עולה לכאורה מסקנה אחרת. התלמוד מסתפק בעניין מי שהתחייב להביא קרבן עולה¹³ והפריש לשם כך שור, ונגנב השור. הכלל הוא שניתן להקריב לעולה שור

11. בבא קמא קטז ע"א.

12. משנה, בבא מציעא ג, ב.

13. אמנם רבי יוסי מתרעם על המסקנה הזאת ואומר: "כיצד הלה [השוכר] עושה סחורה בפרתו של חברו?". כלומר הייתכן שהשוכר יגבה תשלום עבור פרה שאינה שלו? על כן, רבי יוסי סובר שיש לראות בשוכר מעין שליח של הבעלים, והשואל חייב לשלם לבעלים. ברם, אף על פי שנפסקה הלכה כדעת רבי יוסי, הרב וייס אומר בשו"ת מנחת יצחק, חלק ג, סימן קכו, שניתן להסיק משיטת תנא קמא מסקנות לענייננו, מפני שלדעת התוספות, שם, ד"ה תחזור, אם נכח המשכיר בשעה שמתה הפרה כדרכה, ולכן השוכר אינו צריך לא להישבע ולא להביא עדים, רבי יוסי מודה בזה שישלם השואל לשוכר.

או כבש, ונשאלת השאלה: האם הגנב חייב להשיב לנודר דווקא שור, שהרי גנב שור? או שמא הוא רשאי להשיב לו כבש, כיוון שהוא יכול לומר לבעלים: גנבתי עולה, ואני משיב לך בעל חיים הראוי להיות עולה.

מסקנת התלמוד היא: הגנב יכול להשיב גם כבש, מפני שלא נגרם לנודר נזק ממוני כשהוא מקריב כבש במקום שור, שהרי מכל מקום מתקיים נדרו להקריב עולה.

9. הנה כי כן, בגנב, די שישפה את הנזק שנגרם לבעלים, ובהעדר נזק כלכלי, אינו חייב לפצותם. ואכן, רבי יהושע בועז, בעל "שלטי הגיבורים"¹⁴, מסיק מן הסוגיה הזאת שאם גנב אדם חפץ מידי השומר, והשומר מסכים שיפצה אותו הגנב בפחות מערך מה שגנב, הגנב אינו חייב להחזיר יותר ממה שהסכים עם השומר¹⁵. יתר על כן. אם הבעלים מוותר לשומר על החיוב לחלוטין, הגנב פטור מלשלם לשומר, מפני שלא נגרם לו נזק.

ד. לאיזו מן הסוגיות דומה דין שומר נכס מבוטח?

10. מחלוקת הפוסקים היא בשאלה: לאיזו מן הסוגיות עלינו לדמות את עניין שומר נכס מבוטח? האם הוא דומה לשתי הסוגיות הראשונות, שיש בהן חיוב כספי, גם כשלא נגרם נזק כלכלי, וכדעת "אור שמח" ומהרש"ם? או שמא יש לדמותו לסוגיה השלישית, ואם חברת הביטוח משפה את הבעלים, כבר אין המזיק חייב לשלם לבעלים, שהרי אין כאן נזק, וכדעת בעל "שו"ת הרי בשמים"?

לכאורה, הסוגיות הללו אינן מתיישבות זו עם זו, מפני שבשתי הסוגיות הראשונות חיובו של השומר קיים אף כשלא נגרם לבעלים נזק כלכלי. לעומת זאת, מן הסוגיה השלישית עולה שבהעדר נזק כלכלי, אין המזיק חייב לשלם

14. קרבן הנשרף כליל על גבי המזבח.

15. שלטי הגיבורים, בבא בתרא, פרק א.

ולא כלום, ויש זיקה ישירה בין החיוב לבין הנזק. ומאליה עולה השאלה: האם אפשר ליישב את הסוגיות ולמצוא הבחנה בין מקרה למקרה וליישם אותה גם בנשוא דיוננו בדבר פיקדון מבוטח?

11. ראוי לתת את הדעת לעובדה שהסוגיה הראשונה, סוגיית "שטף הנהר חמורו וחמור חברו", עוסקת בתשלום הבא מכוח התחייבות חוזית שבה צד אחד נותן שירות לצד השני וקוצב את שכרו. ונראה שכן הוא גם בסוגיית "שכר פרה מחברו והשאיילה לאחר", שחיובו של השואל בה הוא חוזי ולא נזיקי, מפני שהוא חל עליו גם בהעדר אשמה שלו (אונס). במקרים אלה יש מקום להסיק שהחיוב קיים גם בהעדר נזק, שהרי יסוד החיוב אינו בדיני הנזיקין אלא בפרשנות של ההתחייבות החוזית, הקיימת אם ניתן שירות, גם אם לא אירע נזק.

12. הסוגיה השלישית, סוגיית "הרי עלי עולה והפריש שור", עוסקת בחיוב גנב, שיסודו אינו בהתחייבות הסכמית, אלא הוא תוצאה של התחייבות נזיקית. והכלל בדיני הנזיקין הוא: המזיק אינו חייב מעצם המעשה שעשה אלא עקב אחריותו לתוצאה המזיקה¹⁶. במקרה זה, ברור שבהעדר נזק אין פיצוי. נמצא שאין סתירה בין הסוגיות ושניתן ליישב ביניהן בהתאם להבחנה בין חיוב נזיקי לבין חיוב חוזי.

13. לפי הבחנה זו נמצא כי לכאורה בעל "שו"ת הרי בשמים" צודק, ולא המהרש"ם, אף על פי ששניהם עסקו בחיובו של מזיק ולא בחיובו של שומר. אלא שטעמו של מהרש"ם הוא: בעל הבית נחשב כמי שעשה עסק עם חברת הביטוח בשעה שהתחייב לשלם לה את פרמיית הביטוח, וקנה בה את הפיצוי העתידי. משום כך, אין לטעון שלא הפסיד, שהרי שילם פרמיה תמורת הפיצוי. נמצא שהסכום שמקבל המבוטח מחברת הביטוח אינו להטבת הנזק ולהשבת

16. וראה שו"ת דבר הלכה, סימן מז, שדחה את דברי בעל "שלטי הגבורים".

המצב לקדמותו אלא מעין "רווח ממסחר מבחוחץ", בזכות הפרמיה ששילם לחברת הביטוח.

14. הרב אלחנן וסרמן¹⁷ רואה את הדברים בדרך אחרת. אמנם גם הוא סבור שהעובדה שהניזוק מקבל פיצוי מחברת הביטוח אינה משחררת את המזיק מחובתו לפצות את מי שהזיק לו. אולם לא כן הוא מצד חברת הביטוח:

"כיון דהנשרף [כלומר, מי שנשרף ביתו] מקבל דמי הבית מהמזיק [שגרם לשרפה], אין בעלי האחריות [חברת הביטוח] צריכין לשלם לו... דאין יכול לתבוע משניהם, אלא או מזה או מזה, דבשביל היזק אחד אין לו לקבל שני פעמים תשלומין"¹⁸.

מסתבר אפוא שהוא סבור שאם פיצתה חברת הביטוח את הניזוק, היא רשאית לתבוע את המזיק תביעת שיבוב¹⁹.

ה. המשפט הישראלי

15. במשפט הישראלי, חל הכלל: בהעדר נזק, אין פיצוי, הן בדיני הניזיקין²⁰ הן בדיני החוזים²¹, מפני שכל ניזוק חייב להקטין את הנזק, וחיובו הממוני

17. ויש שגם אינו אחראי לתוצאה המזיקה, אם הייתה תוצאה עקיפה בלבד של המעשה, על פי הכלל: "גרמא בניזיקין - פטור".

18. קובץ שיעורים, כתובות, סימנים ריז-ריח.

19. הרב וסרמן מוסיף שאפשר שזכותו של הניזוק להחליט אם לגבות מחברת הביטוח או מן המזיק, בחינת "רצה מזה גובה, רצה מזה גובה", ובלבד שלא יקבל פיצוי כפול. וצריך לעיין בשיטתו, מניין לו שלא ייתכן פיצוי כפול, הלוא לא כך עולה לכאורה משתי הסוגיות הראשונות בתלמוד שסקרנו לעיל. כך, למשל, ראינו לעיל, שהשוכר שהשאיל את הפרה השכורה ומתה הפרה באונס, זוכה לתשלום כפול: המשכיר חייב להעמיד לו פרה חלופית לימי השכירות שנותרו, ובד בבד השואל חייב לשלם לו את דמי הפרה שמתה.

20. ראה פתחי חושן (לעיל, הערה 219), הדין בעניין זה.

21. ראה למשל ע"א 709/80 יוסף פרלמן ו-2 אח' נ' בנימין לוזון, פ"ד לו(4) 273, 277: "עקרון השבת

של המזיק תלוי בשיעור הנזק שנותר לאחר שננקטו כל הצעדים להקטנתו, אם עדיין יש נזק.

16. כך, למשל, נפסק בעניין "לה ז'באנו נ' רם אוז"²², שהמזיק גרם לניזוק לסגור את העסק שלו, אך כנגד הפסד זה, הפיק התובע רווחים מעבודתו במשרות אחרות. בית המשפט קבע שעקרונית, גם רווח זה יש לנכות מן הפיצוי.

לאור זאת, דומה שהמשפט הישראלי אינו מקבל את סברת מהרש"ם ו"אור שמח", ולפיה הפיצוי מחברת הביטוח אינו בגדר הטבת נזק אלא בגדר רווח הבא עקב תשלום פרמיות. נמצא שדרכו של המשפט הישראלי שונה בעניין זה מדרכו של המשפט העברי, מפני שניזוק שקיבל פיצוי מחברת הביטוח אינו זכאי לפיצוי מן המזיק, אף על פי שמדובר בחיוב חוזי של חברת הביטוח ואף על פי שהחיוב של חברת הביטוח הוא לכאורה רווח צדדי עקב הפרמיה ששילם הלקוח לחברת הביטוח. ברם, סברת הרב וסרמן משתקפת בסעיף סטנדרטי בפוליסות הביטוח הקובע שלושה דברים:

(א) אם יש למבוטח זכות פיצוי כלפי צד שלישי, זכותו עוברת אל המבטח, לאחר שפיצה את המבוטח;

המצב לקדמותו מחייב, כי הטבות הביטוח הלאומי, הניתנות לניזוק והמפחיתות את נזקו, יחושבו אף הן בערכן הריאלי ולא בערכן הנומינאלי, שאם לא כן נמצא, כי הניזוק שיפר מצבו כתוצאה ממעשה הניזוקין". הנה כי כן, גם הניזוק אינו רשאי להתעשר שלא כדין על חשבון המזיק, ואינו זכאי לפיצוי שאינו מביא בחשבון הטבות שאירעו במצבו של הניזוק עקב קבלת תגמולי הביטוח. 22. עקרון הקטנת הנזק בדיני החוזים נקבע בסעיף 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. ראה ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה), ירושלים תש"ן, עמ' 583: "התוצאה מנקיטת אמצעים סבירים להקטנת הנזק על ידי הנפגע היא אפוא, שהמפר אינו חייב בפיצויים בגין הנזק שנמנע או הוקטן בפועל". בהתאם לכך, כל אימם שהתובע מקטין את נזקיו או מונע אותם לחלוטין על ידי עשיית ביטוח הולם, לא יוכל לתבוע כלל, שהרי למעשה לא ניזוק, פרט להשתתפות עצמית או להתייקרות עתידית של הפרמיה.

(ב) אם קיבל המבוטח פיצוי מן המזיק, הוא חייב לתתו לחברת הביטוח;

(ג) אם הפיצוי שקיבל הניזוק מן המזיק גדול מן הפיצוי המגיע לו מחברת הביטוח, זכות זו נשארת שלו.

פרק ט: רגשי נקם במערכת הענישה

א. פתח דבר

1. עשיו זומם להרוג את יעקב אחר מלאות ימי אבל אביו. בעקבות זאת, מפצירה בו רבקה לברוח מפני עשיו אחיו, ונימוקה עמה: "למה אשכל גם שניכם יום אחד" (בראשית כז, מה). ואומר רש"י: "רוח הקודש נזרקה בה, ונתנבאה שביום אחד ימותו". חז"ל מתארים בתלמוד את התגשמותה של נבואה זו. ואף שלא פגע עשיו ביעקב בחייו, משמת יעקב ועמדו לקברו במערת המכפלה, בא עשיו וערער על זכותו של יעקב להיקבר בה. עמד חושים בן דן, נכדו של יעקב, והרגו בפאתי מערת המכפלה. והתלמוד אומר בעניין זה, שבשעה שצנח ראשו של עשיו למרגלות יעקב ונעצמו שמורות עיניו של עשיו, פקח יעקב את עיניו וחייד! והתלמוד מסמיך את פשרו של חיוך זה לדברי המקרא: "ישמח צדיק כי חזה נקם, פעמיו ירחץ בדם הרשע" (תהילים נח, יא). הסבר זה לחיכוך של יעקב בשעת מותו של אחיו מעורר קושי חמור: הייתכן ששמח יעקב על מותו של אחיו? ועוד, מה פשרה של שמחת יעקב על ש"חזה נקם"?

המבקש להבין סוגיה זו, צריך לעיין במכלול המקורות הנוגעים לגישת המשפט העברי ביחס למעשה הנקמה. עיון זה מעלה שיש לו למשפט העברי שיטה ייחודית ביותר בנוגע לרגשי נקם במערכת הענישה. אף עולה מהם כי יש לכאורה מסרים סותרים בדברי חז"ל בסוגיה זו המחייבים להעמיק בדבריהם ולבחון את פשרם לעומקו.

2. מחד גיסא, מצינו שהנקימה והנטירה אסורות בתכלית האיסור, שהרי

1. ע"א 1432/90 לה ז'באנז נ' רם און, תק-על 94 (2) 297.

התורה מזהירה במפורש: "לא תקם ולא תטר את בני עמך ואהבת לרעך כמוך, אני ה'" (ויקרא יט, יח). ופסק הרמב"ם²: "הנוקם מחברו עובר בלא תעשה". והרמח"ל, רבי משה חיים לוצטו (איטליה, המאה הי"ח), בספרו הקלסי "מסילת ישירים", מדבר בהרחבה על איסור זה. וזה לשונו:

"השנאה והנקימה קשה מאוד שיימלט ממנה לב אשר לבני אדם, כי האדם מרגיש מאוד בעלבונותיו ומצטער צער גדול והנקמה לו מתוקה מדבש, כי היא מנוחתו לבדה... על כן באה התורה וכללה כלל שהכל נכלל בו: 'ואהבת לרעך כמוך'. 'כמוך' - בלי שום הפרש. 'כמוך' - בלי חילוקים, בלי תחבולות ומזימות. כמוך ממש."

כלומר, הנקמה היא רגש טבעי שהאדם נדרש להילחם בו מתוך תחושת אחווה ואהבה לרעהו, שבה מצווה כל אדם מישראל. וכשם שיד ימינו של האדם לא תנקום ביד שמאלו שפצעה אותה, שהרי שתי הידיים הן שלו, כן מצווה האדם להתגבר על רגש הנקם שבו מתוך הבנת הסולידריות בינו לבין זולתו, בהיות נשמות כל בני האדם חצובות ממקור אחד.

ב. תוצאותיה של נקמה

3. בתלמוד בא תיאור חריף ביחס לתוצאותיה של נקמה, שהיא כחרב פיפיות כלפי הנוקם³. התלמוד דן בשאלת התלבטותו של אחאב מלך ישראל אם לצאת למלחמה נגד ארם כדי לכבוש את רמות גלעד. המלך אחאב נועץ בעניין זה עם הנביא מיכיהו, והוא השיב לו:

"ראיתי את ה' ישב על כסאו וכל צבא השמים עמד עליו מימינו ומשמאלו. ויאמר ה' מי יפתה את אחאב ויעל ויפל ברמת גלעד.

2. סוטה יג ע"א.

3. רמב"ם, הלכות דעות, פרק ז, הלכה ז.

ויאמר זה בכה וזה אמר בכה. ויצא הרוח ויעמד בפני ה' ויאמר אני אפתנו, ויאמר ה' אליו במה. ויאמר אצא והייתי רוח שקר בפי כל נביאי, ויאמר תפתה וגם תוכל צא ועשה כן (מל"א כב, יט-כב)."

4. התלמוד מבקש לזהות את ה'רוח' המסתורית כרוחו של נבות: "אמר רבי יוחנן: מאי רוח? זוהי רוחו של נבות היזרעאלי". ופירש רש"י: "לפי שהוא הרג את נבות, היה רוחו מחזר לפתותו ולהפילו". והתלמוד אומר: "מאי צא ועשה כן? צא ממחיצתי, שכן כתוב: 'דבר שקרים לא יכון לנגד עיני' (תהילים קא, ז). כלומר: רוחו של המת, נבות היזרעאלי, מבקשת כביכול לנקום באחאב המלך. ומה פשרה של נקמת רוחו של מת? האמנם יש נקימה ונטירה בעולם האמת? ואם כן, האין זה רגש נכון?"

לפי מסקנת התלמוד, אף שהתיר הקב"ה לרוח לפתות את אחאב, גזר על הרוח "צא ממחיצתי". בהקשר זה מביא התלמוד את מאמר הבריות: "הפורע קינו - מחריב ביתו". וכפי שביאר רש"י: "הפורע ונוקם, חמתו וקנאתו מחריבים את ביתו, כמו רוחו של נבות שנקם כעסו מאחאב, ויצא ממחיצתו של הקב"ה". הנה כי כן, הנקמה היא מעשה שיש לו מחיר כבד, שהנוקם אינו יכול לשהות עוד במחיצתו של הקב"ה.

5. מאידך גיסא, אנו מוצאים מקורות אחרים שגישתם שונה לחלוטין, והם מצדדים לכאורה בעשיית נקמה ובהם המקור שהבאנו לעיל, המספר על שמחת יעקב בעת שחזה בנקמתו מעשיו, שנאמר עליו שם: "ישמח צדיק כי חזה נקם". דברים דומים מצינו ביחס לדוד המלך, נעים זמירות ישראל. המקרא מתאר את אקורד הסיום בחייו של דוד. משקרבו ימיו למות, קרא לשלמה בנו וציווהו כיצד לנהוג באוהביו ובשונאיו. על יואב בן צרויה ציווהו: "ולא תורד שיבתו בשלם שאל" (מל"א ב, ו), ועל שמעי בן גרא אמר לשלמה: "והוא קללני קללה נמרצת... ועתה אל תנקהו כי איש חכם אתה, וידעת את אשר תעשה לו והורדת את שיבתו בדם שאול" (מל"א ב, ח-ט), והמילים "בדם

שאו"ל" הן מילותיו האחרונות של דויד לבנו. לכאורה, זהו ביטוי חריף לרגשי הנקם המפעמים בדוד אף בשעה שהוא מצווה לביתו בטרם ייאסף אל אבותיו.

ג. ה' יקום דמו

6. ככלל, אנו מצווים לידבק במידותיו של הקב"ה, בבחינת "מה הוא רחום וחנון, אף אתה רחום וחנון". והנה מצינו שהתלמוד משבח את הנקמה: "גדולה נקמה שניתנה בין שתי אותיות שנאמר: 'א-ל נקמות ה'" (תהילים צד, א)⁴.

גם כשנספה אדם מישראל בידי צוררים, אנו מתפללים ואומרים: "ה' יקום דמו". ובתפילת "אב הרחמים"⁵, המיוסדת על מקראות אחדים, אנו מזכירים את "נקמת דם עבדיו השפוך", ובלשון התפילה:

"ככתוב בתורת משה איש האלוקים: 'הרנינו גוים עמו כי דם עבדיו יקם, ונקם ישיב לצריו וכפר אדמתו עמו' (דברים לב, מג). ועל ידי עבדיך הנביאים כתוב לאמור: 'ונקיתי דמם לא נקיתי וה' שוכן בציון' (יואל ד, כא). ובכתבי הקודש נאמר: "למה יאמרו הגוים איה אלהיהם, יודע בגוים לעינינו נקמת דם עבדיך השפוך' (תהילים עט, י). ואומר: 'כי דרש דמים אותם זכר לא שכח צעקת ענוים' (תהילים ט, יג). ואומר: 'ידין בגוים מלא גוויות מחץ ראש על ארץ רבה, מנחל בדרך ישתה על כן ירים ראש' (תהילים קי, ו-ז).

7. כיוצא בדבר מצאנו בתורה: "כי יד על כס י-ה מלחמה לה' בעמלק מדר" (שמות יז, טז), ופירש רש"י, שהורמה כביכול ידו של הקב"ה, ונשבע

4. סנהדרין קב ע"ב.

5. ברכות לג ע"א.

בכיסאו שתהיה לו מלחמת עולם בעמלק, ולא יהא שמו שלם, ואין כיסאו שלם עד שיימחה שמו של עמלק.

בספר במדבר מסופר על פינחס בן אלעזר בן אהרן הכהן שלקח רומח בידו והרג את זמרי בן סלוא ואת כזבי בת צור מתוך קנאה לשם ה', וזכה לברכת האל על מעשהו: "לכן אמר, הנני נתן לו את בריתי שלום" (במדבר כה, יב). ואף שהריגת שניהם בידי פינחס עשויה להיתפס כמעשה ענישה, ותו לא, מדגיש הספורנו בפירושו למקרא דווקא את צד הנקמה שבמעשה. לשיטתו, עשה פינחס מעשה גדול, כש"עשה נקמתו של ה' לעיני כולם", וכיפר במעשהו על חטאם של כל מי שראו פשע זה ולא מיחו עליו.

וראויה לציון העובדה שמידת "ונקה לא ינקה" נכללת בכלל שלוש-עשרה מידותיו של הקב"ה לצד מידת "א-ל ארך אפים ורב חסד ואמת".

יתר על כן: התורה מצווה אותנו במפורש שלא לרחם בדין אלא לנקום את נקמת דם הנקי שנרצח. כיוצא בדבר נצטוונו למסור את מי שרצח במזיד ליד גואל הדם כדי שימית אותו, ואף נאמרה אזהרה מפורשת בעניין זה: "לא תחוס עינך עליו, ובערת דם הנקי מישראל וטוב לך" (דברים יט, יג). ואומר רש"י: "שלא תאמר: הראשון כבר נהרג, למה אנו הורגים את זה, ונמצאו שני ישראלים הרוגים?". כלומר, אין לחוס על הרוצח אלא על קרבנו שנשפך דמו הנקי.

ד. בין מידת הדין למידת הרחמים

8. אפשר שתשובה לתמיהות שהעלינו לעיל יש בדברי הרמח"ל בספרו "מסילת ישרים", המבקש ליישב את הסתירה הקיימת לכאורה בין דרכו של ה' על פי מידת הדין לבין דרכו על פי מידת הרחמים.

מידת הדין מחייבת שייתן הקב"ה לכל איש כדרכיו וכפרי מעלליו בתכלית הדקדוק, בלא לשכוח לגמול על כל מעשה טוב, בין קטן בין גדול, ובלי

להימנע מלשפוט אדם בגין כל מעשה רע שעשה, קטן כגדול. והכלל האמור בתורה הוא: "הצור תמים פעלו כי כל דרכיו משפט" (דברים לב, ד), ואמרו חז"ל: "אם אומר לך יצר הרע: חטוא, והקב"ה מוחל לך - אל תשמע לו"⁶. הנה כי כן, מידת הדין אינה מושפעת ממעשים טובים שעשה האדם. האדם עשוי לקבל שכר עליהם, אך הקב"ה אינו מוותר תמורתם על עונש כלשהו: "כל האומר הקב"ה ותרן הוא, יוותרו חייו"⁷. ופירש רש"י על אתר: "ויפקרו חייו וגופו".

במה מתבטאת אפוא מידת הרחמים? רמח"ל אומר שמידת הרחמים מתבטאת בהארכת אפו של הקב"ה ובאי-הענשת האדם מיד בעקבות החטא, אלא הקב"ה נותן לו הזדמנות לתקן את מעשיו. הענישה אינה נעשית מתוך חרי אף או חימה, והקב"ה מאפשר לאדם לשוב אל אלוקיו⁸. שיבה זו אינה פשוטה כל עיקר: הכיצד יוכל אדם לתקן את אשר עיוות לאחר שכבר נעשה המעשה? אם רצח אדם את חברו, היוכל לתקן את מעשהו? והרי לא ניתן לשנות את העובדה שנהרג אדם בעטיו ושהוא לא יקום לתחייה.

אף על פי כן, מידת הרחמים מאפשרת לאדם לשוב בתשובה, כשעקירת הרצון נחשבת כעקירת המעשה, אלא שכפי שאומר רמח"ל: "שיוותרו עבירות בלא כלום, זה היה נגד הדין לגמרי, כי כבר לא היה משפט ודין אמיתי בדברים. על כן זה אי אפשר להימצא כלל".

9. הווי אומר: בעולמה של הלכה, מצינו שני תהליכים בעקבות החטא:

(א) ענישה מן הדין, כדי שלא יוותר עולמו של הקב"ה הפקר לכול, משל "לית דין ולית דין". למעשה, המשפט העברי רואה בענישה תוצאה

6. תפילת "אב הרחמים" תוקנה בפנקס וורמיה בעקבות הגזרות בשנת ד"א תתנ"ו ותתק"ו. מנהג אמירתה בכל שבת מובא בבהגהת הרמ"א לשולחן ערוך, אורח חיים, סימן רפד, סעיף ז.

7. חגיגה טז ע"א.

8. בבא קמא נ ע"א.

טבעית ומוכרחת של מעשיו של האדם. וכשם שהטובל ידיו באש נשרף כתוצאה טבעית ומוכרחת ממעשיו, כך מי שחוטא לאלוקיו ומתרחק ממנו מביא על עצמו את העונש כתוצאה הכרחית של מעשהו. ואולם ענישה זו חפה מרגשי נקם. אדרבה, היא מרוחקת ממעשה החטא, והיא נעשית רק לאחר זמן, בלי חרון אף, ורק כשאין בררה.

ב) אפשרות של רהביליטציה ויכולתו של האדם להשתנות. גם אדם לא נורמטיבי, שעשה דברים בלתי הפיכים, יכול לשוב למעמדו הקודם באופן מלא, כפי שאומר הרמב"ם⁹: "אמש היה זה שנאווי לפני המקום, משוקץ ומרוחק ותועבה, והיום הוא אהוב ונחמד קרוב וידיד".

10. נראה שיש להבחין בין הנקמה כרגש אינדיבידואלי וכיצר אנושי לבין הנקמה כביטוי לעשיית דין בדרך של מידה כנגד מידה.

את יצר הנקמה הטבעי והאנושי, האדם מצווה לעקור מן השורש, מכיוון שהוא סותר את הסולידריות המחויבת בינו לבין זולתו. וכשם שאין יד ימין נוקמת ביד שמאל שפגעה בה, כך אסור לאדם לנקום ברעהו, ועליו לחוש את עצמת החיוב המקראי: "ואהבת לרעך כמוך".

לעומת זאת, הנקמה כסגירת מעגל באמצעות משפט אלוקים, המראה כי יש דין ויש דייין, חיונית היא להשגת צדק וכדי למנוע הפקרות בעולמו של הקב"ה. העונש במקרה זה אינו מונע על ידי יצר נקמנות, אלא על ידי הצורך להשתית צדק ומשפט. בעולמה של הענישה, הנקמה אינה מבטאת יצר של שמחה לאיד, אלא ביטוי לרקיעת העונש במינון מדויק על פי "מידה כנגד מידה".

9. הרב י"ד סולובייצ'יק ציין בהקשר זה כי לפני שאדם מתפלל ערבית, הוא אומר: "והוא רחום יכפר עוון ולא ישחית, והרבה להשיב אפו ולא יעיר כל חמתו". בפסוק זה מגולמים שלושת העקרונות האמורים של "והוא רחום", דהיינו מידת הרחמים: "יכפר עוון" - האפשרות לתקן את החטא באמצעות תשובה; "והרבה להשיב אפו" - הקב"ה ממתין לאדם שישוב מחטאו, ואינו מעניש אותו מיד בשעה שחטא; "ולא יעיר כל חמתו" - הענישה אינה נעשית בחרי אף אלא במתינות מרבית.

11. בעניין זה, מבהיר "חזון איש", הרב א"י קרליץ¹⁰:

"ההכרח להשתמש בעונשים להקים גדרי עולם, שלא יהא העולם טרף לשיני בריאי הגוף וחלושי השכל. אבל העונש צריך להיעשות מתוך יגון עמוק, נקי מרגש צרות עין של אחרים."

ואולם כבר אמר החכם מכל האדם: "באבד רשעים רנה" (משלי יא, י), שהרי נעשה צדק בעולמו של הקב"ה, ונענש מי שפגע ועיוול, ולא יצא נקי. על כן, הענישה היא ביטוי לקיומו של דין ולקיומו של דיין. ברם, במסגרת ענישה זו, אסור להביא לידי ביטוי את רגשי הנקם של הציבור. אדרבה, הענישה נעשית מתוך יגון ולא מתוך שמחה לאיד. רגש הנקמה כשלעצמו הוא רגש מנוון ורע, ויש לשרש אותו מן היסוד, וממילא ברור כי אין לתת לו ביטוי כלשהו בין שיקולי הענישה של העבריין. נקמה רגשית, הס מלהזכיר. אך דין צדק, תיקון העולם במלכות שמים הוא. המשפט אינו בגדר נקמה באדם, אלא נועד להיטיב עמו ולהיטיב את דרכיו.

ה. אין משפטי התורה נקמה בעולם

12. ביטוי חשוב לעניין זה מצינו בדברי הרמב"ם, אגב ההלכה, ולפיה דחוייה היא מצוות שבת מפני סכנת נפשות¹¹:

"ואסור להתמהמה בחילול שבת לחולה שיש בו סכנה, שנאמר: 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' – ולא שימות בהם. הא למדת שאין משפטי התורה נקמה בעולם אלא רחמים וחסד ושלום בעולם."

עם זאת, ברור כי מידת הרחמים אינה יכולה לשבש את מידת הדין ולבטל אותה, שהרי בלית דין נוצרת התחושה כי אין דיין ואין צדק. את הדין יש

10. רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ז, הלכה ו.

11. חזון איש, אורח חיים, סימן נו, אות ד.

לעשות באופן חד וסדור בבחינת "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג, ג), שאם לא כן, נמצאנו משבשים את הדין עקב קיומה של מידת רחמים.

13. בדומה לכך, מצינו במשנה דיון ביחס לדיני הקדימה בחוב לנושים אחדים, ביחס למי שמת והניח אישה התובעת כתובתה, בעל חוב התובע את חובו ויורשים התובעים את זכותם בירושה¹²: "רבי טרפון אומר: יינתנו לכושל שבהם, רבי עקיבא אומר: אין מרחמין בדין, אלא יינתנו ליורשים...".

הענישה היא הביטוי החד והחריף ביותר לשורת הדין. יחד עם זאת, מובנית בה עצמה מידת הרחמים, בהיות הענישה על פי המשפט העברי חלק מתהליך דו שלבי של רהביליטציה של הנאשם, וחלק מן ההליך המאפשר לו לשוב למוטב: בשלב הראשון, משלם הנאשם את חובו לחברה; ובשלב השני הוא שב אל חיקה של החברה וחוזר להיות נורמטיבי ומקובל.

הענישה במשפט העברי אינה הבעת אכזריות או נקמה כלפי החוטא, אלא היא עצמה בבחינת רחמים הן כלפיו והן כלפי החברה כולה.

הענישה מבטאת רחמים כלפי החברה, שהרי המשפט מגן על סדרי החברה, מרתיע מפני הפרת הדין ומעמיד את ההגנות והצדק על מכונם, והפרתם אינה משתלמת. וכפי שמבהיר הרמב"ם¹³:

"לא כשטות החושבים שהנחת דיני התשלומים הוא חמלה על בני האדם, אבל הוא אכזריות גמורה והפסד סדר המדינה. אבל חמלה היא מה שציווה בו ה' יתעלה: 'שופטים ושוטרים תתן לך בכל שערך' " (דברים טז, יח).

הענישה מבטאת רחמים כלפי העברייך, שהרי הענישה והדין מאפשרים לו, מכוח 'תקנת השבים' שבמשפט העברי, לעבור ממצב של אדם שהוקע מתוך

12. רמב"ם, הלכות שבת, פרק ב, הלכה ג.

13. משנה, כתובות ט, ב.

החברה למעמד של בעל תשובה, כשהכלל הוא כידוע: במקום שבעלי תשובה עומדים, אין צדיקים גמורים יכולים לעמוד¹⁴.

ו. משפט וצדקה

14. על הפסוק: "ויהי דוד עשה משפט וצדקה לכל עמו" (שמ"ב ח, טו), אמרו חז"ל¹⁵: "והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה וצדקה אין משפט? אלא משפט לזה, שהחזיר לו ממונו, וצדקה לזה, שהוציא גזילה מתחת ידו".

הווי אומר: כשנעשה צדק בעולם, מגן המשפט על החברה מפני סטייה נורמטיבית וגם מאפשר לעברייני לחזור מדרכו הרעה. הוצאת הגזלה מתחת ידי הגולן היא צדקה עבורו, משום שאחר ששילם העברייני את חובו לחברה, מתקיים בו האמור בתלמוד: "ונקלה אחיך לעיניך" (דברים כה, ג) - כשלקה, הרי הוא כאחייך¹⁶. לאחר הענישה, העברייני חוזר אל החברה וחדל להיות מוקע מתוכה.

ז. אחרית דבר

15. נמצאנו למדים שמידת הדין ומידת הרחמים שלובות זו בזו. הדין מחייב להעניש את האדם בגין כל מעשה רע שעשה ולתת לו שכר בגין כל מעשה טוב, בלא שיבוא האחד על חשבון רעהו. ואילו מידת הרחמים מאפשרת לעברייני לשוב בתשובה, כשעקירת הרצון כמוה כעקירת המעשה. הענישה

14. מורה נבוכים, חלק ג, פרק לה.

15. לשון הרמב"ם בניינין זה: "ואל ידמה אדם בעל תשובה שהוא מרוחק ממעלת הצדיקים מפני העוונות החטאות שעשה. אין הדבר כן, אלא אהוב ונחמד הוא לפני הבורא כאילו לא חטא מעולם. ולא עוד, אלא ששכרו הרבה, שהרי טעם טעם חטא, ופרש ממנו, וכבש יצרו. אמרו חכמים: מקום שבעלי תשובה עומדין, אין צדיקים גמורים יכולים לעמוד בו. כלומר, מעלתן גדולה ממעלת אלו שלא חטאו מעולם, מפני שהן כובשים יצרם יותר מהם" (רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ז, הלכה ד).

16. סנהדרין ו ע"ב.

צריכה להיות נקייה מרגשי נקם ולהיות מלווה במידת רחמים וביגון עמוק. הענישה שלובה בתקנת השבים, כשהאדם משיב לא רק את הכסף שנטל אלא משלם גם את חובו לחברה, ושב בכך מן השוליים אל החברה הנורמטיבית. ענישה זו, הנעשית תוך ריחוק בזמן וברגש מן המעשה, במידה ובמשורה, מידה כנגד מידה, היא היא הנקמה שנאמר עליה שניתנה בין שני שמותיו הגדולים של הקב"ה, בבחינת "א-ל נקמות ה'". ויש בה ממידת הצדק, המלמדת כי יש דין ויש דיון, אך יש בה גם מן הרחמים ומתקנת השבים.

פרק י: שימוש לרעה בזכות ("כופין על מידת סדום")

1. חוק שאינו מתיישב עם עקרונות של צדק ומוסר, יוצר קונפליקט בין עקרון שלטון החוק לבין מהותו של חוק. בה במידה, נוצר קונפליקט כאשר קיים חוק הוגן ולגיטימי, אשר ביצעו במקרה ספציפי יוצר עיוות. הנורמה החוקית אינה יכולה לצפות מראש את כל הסיטואציות, ויישומה באופן פורמליסטי ודווקני עלול להוביל, במקרים מסוימים, לסיכול מטרת החקיקה ולפגיעה בתחושת הצדק¹. הקפדה דווקנית על קיומה של זכות חוקית, סותרת לעיתים, יותר משהיא בונה, את הנורמות הבסיסיות שעליהן מושתתת חברה הוגנת, וזאת אף כאשר הנורמה החוקית הינה כשלעצמה צודקת ומוסרית.

2. ואכן, שיטות משפט רבות מעניקות לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לו לשלול מתן סעד המעוגן בזכות חוקית, כאשר נעשה "שימוש לרעה בזכות"² או כאשר השימוש בזכות מבוקש בחוסר תום לב. במשפט הישראלי נקבע בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 כי במשא ומתן לקראת כריתתו

1. מכות כג ע"א.

2. המשפט מכיר משום כך בהבחנה שבין "פורמליזם" או "ליטרליזם" לבין "ריאליזם" ו"סובסטנטיביזם", ובין "צדק פורמלי" ("Formal Justice") לבין "צדק מהותי" ("Substantive Justice"). לענין זה ראה: א. ברק, פרשנות במשפט, כרך ראשון [נבו, תשנ"ב] 113-112:

Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 Harv.L.Rev. 1685 (1975-176); R. Posner, A Problem of Jurisprudence (1990) p. 436; R. Posner, "Legal Formalism, Legal Realism, and The Interpretation of Status and the Consitution" 37 Case W.L. Rev. 179 (1986-1987).

של חוזה³ ובקיום חיוב הנובע מחוזה⁴ יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. חוזה זו לנהוג בתום לב יוצרת סטנדרט של התנהגות הוגנת, הנובעת מהסתמכות של אדם על רעהו, בנסיבות שבהן נרקם, או עומד להרקם, קשר חוזי ביניהם⁵. סטנדרט התנהגותי זה הפך לנורמה כללית במשפט הישראלי⁶ המאפשרת לאזן בין הנורמה החוקית לבין תחושת הצדק במקרה הספציפי. עקרון זה אומץ גם מחוץ לתחום החוזי מכח סעיף 61(ב) לחוק

3. ראה: סעיף 14 לחוק המקרקעין תשכ"ט 1969: ז. זלטנר "שימוש לרעה בזכות" משפטים ב' (1972) 465; א. רוזן צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" עיוני משפט ד' (תשל"ו) 651; Vera Bolgar, "Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland" A survey of Recent Chapter in legal Doctrine", 35 Louisiana Law Rev. 1015 (1974-1975); Gutteridge, "Abuse of Rights", 5 Camb.L.J. 22 (1953); Scholtens, "Abuse of Rights", South Africa L.J. 39 (1958); Cveto-Run, "Abuse of Rights", 35 La.L.Rev. 965 (1975); Sono and Fujioka, "The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan", 35 La.L.Rev. 1037 (1975); Brunner, "Abuse of Right in Dutch Law", 37 La.L.Rev. 729 (1977).
4. סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973. לניתוח הוראה זו ראה: מ. ראביליו: "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 "Culpa in Contrahendo" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ה 57, 115 (תשל"ז); ד. אבן "Culpa in Contrahendo" עיוני משפט א' 328 (תשל"א); ד. פלפל "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה", עיוני משפטה' 608 (תשל"ד); ג. שלו "סעיף 12 לחוק החוזים תום לב במשא או מתן" משפטים ז' 118 (1976); ס. דויטש, "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב", מחקרי משפט ד' 39 (תשמ"ה); ד. פלפל "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן", עיוני משפט י"א 307 (1986); ג. כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו' 13 (1986).
5. סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973.
6. וראה: א. ידין "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה", קובץ הוראות בימי עיון לשופטים תשל"ה 50 (תשל"ו); הופר, "תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה", משפטים ד' 397 (תשל"ו); י. זוסמן "תום לב בדיני חוזים - הויקה לדין הגרמני", עיוני משפט ו' 485 (תשל"ח); ד. פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנות הציבור", עיוני משפט ז' 431 (תשל"ט); ד. פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 והויקה לדין הגרמני" הפרקליט לו' 53 (1984).
6. בהקשר זה ראה ע"א 230/80 פנידור נ' קסטרו פד"י לה' (2) 713; ד"נ 7/81 פנידור נ' קסטרו פד"י

החוזים?⁷ גישתו של בית המשפט היא על כן, כי יש ליתן לעקרון זה תחולה רחבה ביותר במיגוון רחב של נושאים⁸. במידה רבה ניתן לומר כי עקרון תום הלב מהווה כלי משפטי רב שימושי, אשר בתי המשפט נעזרים בו כדי לקבוע גורמות התנהגות הולמות, בכל מקום שבו קביעה שכזו הינה חיונית לשם השוואת המישור הנורמטיבי הרצוי עם הנורמה הנוהגת ביחס למקרה הקונקרטי.

3. דוגמא קיצונית לכך נמצאה בענין רביב נ' בית יולס⁹, עת שכבוד השופט ברק ביקש להחיל באמצעות עקרון תום הלב את החובה לנהוג בשוויון, אף בעת עריכת מכרז על ידי גוף פרטי. ענין זה שימש סנונית ראשונה, ועם

-
- לו' (4) 673, בהם הוחלה חובת תום הלב לא רק על הצדדים בכת, או בפועל, לחוזה, אלא גם על כל מי שקשור בעקיפין בלבד ואשר חלקו מתמצה במעורבות פעילה בניהול המשא ומתן.
7. ראה למשל ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי פד"י לב' (1) 231; ע"א 148/77 רוט נ' ישופה פד"י לג' (1) 617; בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה' (1) 828; ע"א 391/80 לרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פד"י לח' (2) 237, 264; וראה דעתה של ד"ר ד. פלפל במאמרה הנ"ל (הע"ש 4) כי עקרון תום הלב הפך להיות עקרון על בשיטת המשפט הישראלית וכדי לקבל סעד מפשטי לא די בהוכחת הזכות אלא יש צורך לעמוד גם בנטל שמטילה חובת תום הלב.
8. ע"א 402/176 אזרניקוב נ' מדינת ישראל, פד"י לא' (1) 270; בר"ע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פד"י לה (3) 449; בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פד"י לו' (2) 1; ע"א 789/82 עזרא נ' מזגרבי, פד"י לו' (4) 565; ע"א 700/81 פז נ' פז, פד"י לח' (2) 736. עיקרון תום הלב הוחל גם ביחס לדיני עבודה בבג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, הע"ש 3 לעיל, ואף ביחס לדיני קניין, ע"א 810/82 "זול בו" נ' זיידה, פד"י לו' (4) 737, בו נעשה שימוש בעקרון תום הלב כסייג כללי לשלטון בעלי רוב החלקים במקרקעין משותפים.
9. לדעת כב' הנשיא ברק יש בעיקרון תום הלב, גם כדי להטיל על הצדדים חובות שזכרם לא בא בחוזה ואשר ביצועם נחוץ להגשמת החוזה, כגון חובת גילוי ומסירת ידיעות וחשבונות, או חובת הדרכה באשר לשימוש בנכס. בכך חלוק עליו המשנה לנשיא כב' השופט אלון, הסבור כי יש להבחין בין יישום עקרון תום הלב לבין תוכנו הנורמטיבי. לענין זה ראה פס"ד לרסון (הע"ש 6 לעיל) וכן ע"א 188/84 "צור" חברה לביטוח בע"מ נ' חדר, פד"י מ' (3) 1.

חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו¹⁰, אשר היקנה מעמד על חוקי לזכויות האדם הבסיסיות, גורס כב' הנשיא השופט ברק כי אף אדם פרטי חייב לנצל את זכויותיו החוקיות בכפיפות לחובת השוויון ואיסור ההפליה¹¹. נורמה חוקית זו מהווה לדעת כב' השופט ברק כלל רחב, ועקרונות המשפט הציבורי האוסרים על שרירות ועל הפליה יחלחלו בדרך זו, אף אל תחומי המשפט הפרטי¹².

4. בעולמה של הלכה מוכתר אי צדק מוסרי המעוגן כנורמה חוקית, בתואר:

10. ע"א 207/79 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ ואח', פד"י לו' (1) 533 בו היתה דעה זו דעת הרוב, ולאחר מכן ד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב, פד"י מג' (1) 44, בו הפכה דעה זו לדעת המיעוט. לדיון מפורט בענין זה ראה בספרי, חברות ממשלתיות (תחולת המשפט המנהלי), (בורסי (1996), עמ' 407-417.

11. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח 1391, התשנ"ב, עמ' 150.

12. א. ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, בעריכת פרופ' י. זמיר (האוניברסיטה העברית ירושלים, תשנ"ג) 164, בעמ' 201:

"האינטואיציה שלי אומרת, כי על בעל מסעדה מוטלת החובה לתת שירות - כלומר, לכרות חוזה - בלא להפלות על בסיס מין, גזע או דת. אותה אינטואיציה עצמה גורסת כי פרט, המשכיר חדר בדירתו, ראשי לבחור את השוכר כראות עיניו. אינטואיציה זו מתבססת בעיקרו של דבר, על איוון ראוי בין חופש ההתקשרות של בעל המסעדה או בעל הדירה, לזכות של מבקש השירות (מזון או מגורים) שלא להיות מופלה. לשון אחר: מקובל עלי, כי לבעל המסעדה או לבעל הדירה החופש החוקתי להחליט עם מי להתקשר. בדומה, מקובל עלי, כי המבקש לאכול במסעדה או לשכור חדר, נהנה מהזכות לא להיות מופלה (בין על ידי המדינה ובין על ידי פרטים אחרים), וכי אם מסרבים לו על בסיס מין, דת או גזע, זוהי אפליה. באיוון בין זכויות אלה, מקום שהן מתנגשות, גוברת זכותו של אדם שלא להיות מופלה במקרה של המסעדה, וגובר חופש ההתקשרות במקרה של בעל החדר להשכרה".

נמצא כי כאשר מדובר בשרות לציבור - כגון מסעדה, להבדיל מהשכרת חדר, הקשורה לפרטיותו של המשכיר, הרי שאף אדם פרטי הנהנה מן האוטונומיה של הרצון, מחויב לנהוג על פי נורמות של שוויון ואסור לו להפלות מטעמי דת, גזע ומין, ולהחליט כי עם פלוני אין הוא רוצה כל מגע עסקי וכי לאלמוני אין הוא נותן שירות בעיסקו הפרטי.

להשוואה, ראה למשל להלן סעיפים 32-33.

"מידת סדום"¹³. מושג הכפיה על מידת סדום במשפט העברי, מהווה מכשיר משפטי המעניק שיקול דעת לבית הדין לשלול התנהגות הנגועה בשרירות אף כשהיא מעוגנת בזכויות חוקיות. עיון מדוקדק בתחומי הפעלתו ובמהותו של מכשיר משפטי זה מלמד, כי הוא משוכלל יותר מן ההגבלה המוטלת במסגרת חובת תום הלב ואי השימוש לרעה בזכות, המהווים עקרונות יסוד במשפט הישראלי. עקרון הכפיה על מידת סדום במשפט העברי מקביל יותר למהפכה החוקתית שאותה מנתח כב' השופט ברק, ואשר מכתה מוטלות חובות של הגינות והעדר שרירות אף על הפרט. תכלית הכפיה על מידת סדום הינה להכניס אף את מערכת השיקולים של הפרט, המנצל את זכויות הקניין שלו, אל תוך מבנה משפטי, שבו נשקלים מעשיו ונבחנת מידת הסבירות שבהם. המשפט העברי מבחין בהקשר זה בין "בעלות לשם שימוש" שהינה בלתי מוגבלת, לבין "בעלות לשם שלטון" הנשללת במידה רבה¹⁴. הכפיה על מידת סדום, במשפט העברי, נועדה למנוע מן הפרט לנהוג בשרירות, אף בעת שהוא מבקש ליישם את זכויותיו החוקיות, במישור פרטי מובהק, הנוגע לזכות הקניין שלו.

5. נסקור להלן את תחומיו של האיסור לעשות שימוש לרעה בזכות במשפט העברי, תוך הצגת מהותו של עקרון זה ותוך נסיון לרדת לשורשם של דברים

13. ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילות ירושלים" נ' קסטנבאום פד"י מד' (2) 464, בעמ' 530.

14. להמחשת הדברים נציין מקרה שהובא לדיון בבית דין צדק של הרב ש. וזנר בבני ברק. באותו עניין התחייב שוכר במסגרת הסכם השכירות לצבוע את קירות הדירה שאותה שכר, ביום האחרון לתקופת השכירות. השוכר עשה כן שבוע לפני תום מועד השכירות, וסבר כי בכך מילא את חיוביו. ואולם, המשכיר מחה על כך שהדירה נצבעה שבוע לפני המועד, ודרש כי ההסכם יקויים כלשונו וכי הדירה תצבע שוב - ביום האחרון לתקופת השכירות. השוכר שנאלץ לקיים את ההסכם כלשונו, צבע שוב את הדירה. ואולם, לנוכח העובדה שבהסכם לא נקבע הצבע שבו תצבע הדירה, הוא צבע את כל קירות המושכר - בצבע שחור. זוהי דוגמא מובהקת למצב שבו גררה דרישה לקיום דווקני של נורמה לפגיעה במטרת הנורמה ובתחושת הצדק.

ולהתוות את ההשלכות המעשיות הנובעות מבחינה מדוקדקת של עקרונות היסוד, שעליהם מושתת הכלל בדבר ה"כפיה על מידת סדום".

א. שורש המונח "מידת סדום"

6. השימוש בתופעה היסטורית כביטוי לכלל משפטי עשוי להצביע על כך שהתופעה ההיסטורית האמורה, היא העומדת בבסיס העקרונות שעליהן מושתתת הנורמה המשפטית. משום כך, נפנה תחילה להבנת שורש התופעה החברתית ההיסטורית שאפיינה את סדום העיר, כפי שהיא נתפסת ע"י חז"ל, כרקע להבנת מהותה של הנורמה המשפטית שנקבעה במשפט העברי והמכונה "כפיה על מידת סדום".

7. בתוספתא במסכת סוטה פרק ג'¹⁵ מובהרת התופעה החברתית שגרמה, לדעת חז"ל, לשלילת זכות קיומה של סדום, כדלקמן:

"אנשי סדום לא נתגאו אלא בשביל טובה שהשפיע עליהם הקב"ה. ומה כתוב בהם? "ארץ ממנה יצא לחם ותחתיה נהפך כמו אש, מקום ספיר אבניה ועפרות זהב לו..." (איוב כ"ח, ה-ז).

אנשי סדום אמרו, הואיל ומזון יוצא מארצנו, וכסף וזהב יוצא מארצנו, ואבנים טובות ומרגליות יוצאות מארצנו, אין אנו צריכים שיבואו בני אדם אלינו, שאינם באים אלא (כדי) לחסרנו. נעמוד

15. למקבילה ראה:

L. T. Hobhouse, "The Historical Evolution of Property, in Fact and in Idea"
in: "Property: Its Rights and Duties", pp. 25-26.

למוטיב דומה, ראה ספרא, בהר פרישה ו': "לא תרדה בו בפרך" (ויקרא פרק כ"ה, פסוק מ"ג) שלא יאמר לו [לעבד עברי שלו] החם את הכוס, והוא אינו צריך, הצין לי את הכוס והוא אינו צריך". כלומר, העסקת אדם לכל פעולה שהיא, מותרת היא, כל עוד שמדובר בהעסקה לשם שימוש. אולם, ניצול ההעסקה של הזולת לשם שלטון והשתררות עליו, והוראה הניתנת לעובד לעשות פעולה שאין בה שימוש הינה אסורה.

ונשכית הרגל מבינותינו¹⁶. אמר להם הקב"ה, אני הטיבותי לכם ואתם מבקשים לשכח את הרגל מבינותיכם? אני אשכח את הרגל מבינותיכם ואשכח אתכם מן העולם"¹⁷.

בהתאם לדברים אלו, סדום מסמלת ומבטאת תופעה של שינאת זרים, ונסיון מכוון של חברה לשמור לעצמה את כל העושר הגלום באוצרותיה, תוך גילויי אכזריות מופלגים, המכוונים לבודד חברה זו באופן מוחלט מזרים, ובמיוחד מאורחים וממבקשי סעד למיניהם. סדום ההיסטורית יצאה מנקודת הנחה, כי העושר שגילתה מיועד אך ורק לבני החברה המצומצמת של תושבי סדום, וכל סיוע לזולת עומד בסתירה לזכות הקניין המוחלטת של בני אותה חברה בעושר זה. כנגד השקפת עולם זו, ועל רקע התופעה החברתית האמורה, נוצרה בחז"ל הנורמה של "כפיה על מידת סדום".

8. בהתאם לכך ניתן להבין את המחלוקת המובאת במשנה במסכת אבות, פרק ה' משנה י"ג:

"ארבעה מידות באדם: האומר שלי שלי ושליך שלך, זו מידה בינונית, ויש אומרים זו מידת סדום..."

לכאורה, אדם המקפיד שלא ליטול את ממון זולתו, ויוצר הבחנה ברורה בין זכויותיו הקנייניות לבין זכויות חברו, הינו אדם ישר והגון. הכיצד זה אם כן סוברים חלק מן התנאים, כי אדם זה נוהג במידת סדום? מהו יסוד השלילה, מבחינה חברתית, בהפרדה מדויקת בין ממון הזולת לבין הרכוש הפרטי?

16. וראה גם, מסכת סנהדרין דף קט' ע"א.

17. בדרך זו מבאר הרמב"ן את הפסוק "ויקראו אל לוט ויאמרו לו, איה האנשים אשר באו אליך הלילה, הוציאם אלינו ונדעה אותם" (בראשית י"ט, ה). הרצון של עיר שלמה לבצע התעללות מינית בשני האורחים, מוסברת על רקע מניע לאומני של שינאת זרים, תוך נסיון ללמד לקח כל עובר אורח, למען יחדל מן העיר אורח אנשים שאינם תושבים בה.

ואולם, בהתאם לתפיסת התופעה ההיסטורית של "רשעת סדום", כפי שהדברים מובאים בתוספתא, מובן כי הקפדה דיוקנית של אדם על זכויותיו הקנייניות והתבדלותו מן החברה, מתוך השקפה כי נכסיו שייכים לו בבעלות מוחלטת, וקנויים לו אף לצורך שלילת הנאה מן הזולת - באופן שרירותי, עלולה לבטא נוקשות ודוגמתיות קיצונית, שקשה לחיות בצילה. הדווקנות האמורה בעמידה של אדם על זכויותיו הקנייניות, והשרירות המלווה בכך, הם המכונים איפוא "מידת סדום".

9. ואכן בדרך זו מבוארת המשנה האמורה ע"י פנחס קהתי:

"ויש אומרים: זו מדת סדום - כלומר מידה זו שלא להנות את האחרים, היא מידה רעה, שנהגו בה אנשי סדום, ועל ידי כך מנעו רגל אורחים מביניהם, ואף התאכזרו על עניים ואביונים, כמו שכתוב (יחזקאל טז, מט): "הנה זה היה עוון סדום אחותך, גאון שבעת לחם ושלוות השקט היה לה לבנותיה, ויד עני ואביון לא החזיקה". והרב מברטנורא מפרש: זו מדת סדום - קרוב הדבר לבוא לידי מדת סדום, שמתוך שהוא רגיל בכך, אפילו בדבר שחברו נהנה והוא אינו חסר, לא ירצה להנות את חברו, וזו היתה מדת סדום, שהיו מתכוונים לכלות הרגל מביניהם. ואף על פי שהיתה הארץ רחבת ידים לפנייהם ולא היו חסרים כלום ובמדרש שמואל מבואר, ששתי הסברות נכונות, ואין כאן מחלוקת, שכן הכל הולך אחר כוונת האומר, שאם הוא מתכוון בעיקר שלא ליהנות משל אחרים, כדי לקיים "ושונא מתנות יחיה", אלא בשביל שיוכל לעמוד בזה, הוא מוסיף ואומר: "שלי שלי", הרי זו מידה בינונית. אבל מי שמתכוון בעיקר שלא להנות את אחרים, כי חס הוא על ממונו, ורק כדי לקיים את ראשית דבריו "שלי שלי" הוא מוסיף ואומר: גם שלך שלך, זו היא מידת סדום"¹⁸.

18. בדומה לכך ראה, יחזקאל טז, מט-נ:

"הנה זה היה עוון סדום אחותך, גאון שבעת לחם ושלוות השקט היה לה ולבנותיה, ויד עני ואביון לא החזיקה, ותגבנה ותעשינה תועבה לפניי..."

בהתאם למבואר נמצא כי הכפיה על מידת סדום מיועדת למנוע ניצול קיצוני של זכויות הקניין, הרואה בבעלות ערך מוחלט, חלף אמצעי וכלי שרת. הבנה זו ביחס למונח "מידת סדום" תסייע בידינו להלן בהצבת גדריו של המונח המשפטי, בדבר הכפיה על מידת סדום.

ב. כפיה על מידת סדום בהעדר הצדקה כלכלית לעמידה על זכות קניינית

10. במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב מצינו התייחסות למקרה שבו רכש אדם שדה בסמוך לשדותיו של אביו. כאשר מת האב, ובאו בניו לחלוק את שדות אביהם, ביקש הבן שכבר היתה לו שדה סמוכה, כי חלקו בירושה יוקצה לו, באופן שיאפשר רצף בין השדה שיש לו זה מכבר, לבין החלק שיקבל מעזבונו של אביו. ביחס למקרה זה מובאת בגמרא מחלוקת כדלקמן:

"אמר רבה, כגון זו כופין על מידת סדום".

(רש"י: "זה נהנה וזה לא חסר". לאמור, לשאר האחים אין נפקות איזו שדה יטלו, ואילו לאח האמור, יש תועלת בקבלת שדה מסוימת, שהינה סמוכה לשדהו. בסיטואציה זו שבה "זה נהנה וזה לא חסר", כופין את שאר האחים להסכים לחלוקת העזבון בדרך האמורה, לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום").

"מתקיף לה רב יוסף: אמרי ליה אחי, מעלינן ליה עילויה כי נכסי דבי בר מריון. והלכתא כרב יוסף".

(רש"י: "לנו היא משובחת כקרקעותיו של בר מריון, שהיו מעולות, ומסתברא הא דרב יוסף בשדה בעל שיכולין לומר לעיתים שזו מתברכת משאר שדות").

כלומר, אין כאן כפיה על מידת סדום, שכן האחים יכולים לטעון כי לשדה הספציפית שאותה מבקש האח ליטול, יש סגולות יחודיות המביאות לייקורה).

11. גישתו של רב יוסף, שאף נפסקה להלכה, מעוררת קושי תמור.

בהתאם לשיטת רש"י, מדובר בשדה בעל, והסיכויים שהיא תזכה לכמות גשמים הולמת, הינם זהים לסיכויים של כל שאר השדות שהוריש האב. בנסיבות אלו, נמצא לכאורה, כי טענת האחים לפיה שדה מסויימת זו שווה יותר, מהווה ניצול לרעה של העובדה, כי עבור אותו אח שיש לו שדה משלו בשכנות, יש לחלקה המסויימת שאותה הוא מבקש ליטול, ערך יחודי רב יותר. מדוע מותר אם כן לשאר האחים לנצל מצוקה זו של אחיהם, כאשר מהם לא נגרע דבר? ומדוע אין זו מידת סדום ושרירות לב מצידם לחייב את אחיהם להשתתף בגורל שרירותי, או לרכוש את הסיכון בדמים מרובים, על אף שמדובר במצב שבו "זה נהנה וזה לא חסר"?

12. הסבר יפה לגישה זו מצוי ב"שלטי גיבורים", בדף ח' ע"א לדפי הרי"ף של מסכת בבא בתרא, באות ב':

"אם קנה אחד מן האחים שדה סמוך לשדות אבותיו ואמר, תנו לי חלקי הסמוך לשדה שלי, יכולין האחים לומר, לא ניתן לך חלקך סמוך לשדה שלך קח אותו בדמים יקרים, ואע"פ שכל החלקים שווים, יכול אחד לומר אני רוצה חלקי במקום שמגיע לי על פי הגורל, שפעמים שזה מתברך יותר מזה, וכענין חלקה אחת תמטר וחלקה אחת לא תמטר, ואין אדם רוצה לשנות מזלו".

לאמור, מכיון שכמות הגשמים היורדת על כל שדה, תלויה במזל, מובנת היא גישתו של אדם הרוצה דווקא בשדה שתעלה לו בגורל ואינו מוכן להחליף שדה זו באחרת, מתוך גישה לפיה "אין אדם רוצה לשנות מזלו". תחושה סובייקטיבית זו מובנת היא, וקשה לכנותה כשרירות לב, גם אם מבחינה רציונלית סיכויי שתי השדות לזכות במטר הינם זהים. משום כך, כאשר האחים מסרבים לוותר על עריכת הגורל, ונעתרים לכך רק תמורת הון רב, אין הדבר מבטא גישה שרירותית, ולא ניתן לאכוף על האחים לוותר על דרישתם לבצע את הגורל כדרך לחלוקת העזבון.

13. סוגיה זו מלמדת, כי בעלות בזכות קניינית מאפשרת לאדם לנהוג בצורה לא רציונלית, ובלבד שלתביעותיו יש עיגון בתחושות מוכרות ולגיטימיות.

לעומת זאת, שרירות לב לשמה, וניצול זכות הקניין לשם מניעת הנאה מן הזולת, או לשם דרישת כספים הימנו, כתנאי לכך שלא תשלל ממנו הנאה כאמור, בסיטואציה שבה לא יגרע מאומה מן הבעלים של הזכות הקניינית, אינה מתאפשרת לפי המשפט העברי לנוכח הכלל בדבר "כפיה על מידת סדום".

14. מן הסוגיה במסכת בבא בתרא, דף יב' ע"ב עולה אפוא, כי גם טענה לא רציונלית עשויה להחשב לטענה מקובלת לענין זה. ואולם, טענה שהינה שרירותית לחלוטין, לא תיצלח, ועליה לעמוד לכל הפחות במבחנים סובייקטיביים של סבירות.

ואכן, בשו"ת הרשב"א, חלק ב', תשובה מג' מצינו, כי אדם אינו יכול למנוע מזולתו, הנאה או שימוש כלשהם, מכח זכויותיו הקנייניות, אם לא נגרע ממנו דבר. לא זו בלבד, אלא שטענה בדבר הפסד הנגרם לבעל הזכות הקניינית, חייבת לעמוד בקריטריונים של סבירות, ואם היא שרירותית בעיני בית הדין, הרי שבית הדין ישתמש בכלי המשפטי המכונה "כפיה על מידת סדום" על אף שמבחינה סובייקטיבית הועלה טעם לסירוב האמור. ובלשונו: "ואפילו אם טען טענה שאינה מקובלת בעיני הבית דין לעכב עליה - אין שומעין לו".

15. לעומת זאת, תוספות במסכת בבא בתרא דף י"ב ע"ב (בדיבור המתחיל "מעלינן ליה כנכסי דבר מריון") חולק על גישה זו, ומבהיר את שיטתו של רב יוסף כדלקמן:

"ופירש רבינו תם, מעלינן כנכסי דבר מריון, לא ניתן לך זכות שיש לנו בשדה זו, אם לא בדמים יקרים כמו בני מריון שהיו עשירים ולא היו מוכרין קרקעותיהם אלא בדמים יקרים..."

לאמור, כשם שלמשפחת מריון היו קרקעות שלגביהן היה ביקוש רב, והיצע נמוך (בני מריון היו עשירים ולא נזקקו למכירת קרקע, אלא אם הוצע להם מחיר העולה על שווי הקרקע) וכתוצאה מכך יכלו הם לנצל את תנאי השוק ולמכור את הקרקעות בהרבה מכפי שווין הראלי, כך רשאים האחים לנצל את הצורך המיוחד של אותו אה בקרקע מסוימת, ולדרוש בגין קרקע זו תשלום גבוה, העולה על ערכה הממשי.

ניצול של צורך כלכלי מיוחד מצידו של רוכש פוטנציאלי, אינו יכול להתקל, לדעת התוספות בטענה של "כופין על מידת סדום", שכן אלו הם כללי ההיצע והביקוש לפיהם פועל השוק, וממילא לדרישה כספית מסוג זה יש הצדקה לגיטימית¹⁹.

16. לפי הסבר מוצע זה בדעת התוספות נמצא כי האח שרכש שדה בקרבת מקום, יוכל לכפות את שאר האחים להעביר לו כחלקו בירושה את השדה הספיציפית הסמוכה לשדותיו, מדין "כופין על מידת סדום".

ואולם, הוא לא יוכל לדרוש כי האחים יעשו כן בלא דרישת תשלום בגין כך. בהקשר זה, איך יוכל האח לטעון כי מאומה לא יגרע מאחיו אם יתנו לו את השדה המסוימת הזו, שכן זוהי זכותם של האחים, לתבוע מחיר מופקע בגין שדה שיש לה ביקוש רב. לענין זה אין נפקות לעובדה כי הביקוש אינו נובע ממהות השדה, אלא מזהותו של הרוכש ומצרכיו היחודיים, בהיותו שכן.

17. בהתאם לשני הביאורים דלעיל (של רש"י ושל תוספות) נמצא, כי הבעלות לכשעצמה אינה מהווה עילה לנהוג בשרירות כלפי הזולת ולמנוע ממנו טובות הנאה.

לדעת רש"י נחוץ, לכל הפחות, טעם סוביקטיבי סביר, כדי להתנגד לבקשה, שהינה על פניה בגדר "זה נהנה וזה לא חסר".

19. וראה מהר"ל, דרך חיים, פרק ה', עמ' רמט', וכן ה"ש 31 להלן והטקסט שם.

לדעת התוספות, כוחות השוק ודרך המסחר מהווים כשלעצמם עילה לדרוש כספים, כשיש היצע נמוך מן הביקוש. אדם אינו מחויב לוותר על יכולתו לנצל צרכים כלכליים של זולתו, לשם הצגת דרישות כספיות. ואולם, בהתאם להסבר המוצע לעיל נמצא, כי לדעת הכל מחוייבים האחים לאפשר לאח ליטול את החלק הסמוך לשדהו, כאשר אין טעם סביר המצדיק סרוב לכך.

18. עם זאת, מסקנה זו אינה יכולה להתקבל כפשוטה, באופן פשטני, בלא שיוצבו לה גדרים ברורים, שאם לא כן יוכל כל אדם לדרוש דרישות שונות מזולתו, ויאלצו להענות לדרישותיו, כאשר הזולת אינו חסר מאומה מהענותו לכך. כך למשל יימצא כי אדם שהינו בעל מקרקעין מרובים לא יוכל לסרב לדרישות של מחוסרי דיור, המבקשים להקים אוהלים ארעיים על שדותיו השוממים, כאשר ברור כי מאומה לא ייגרע ממנו עקב כך. נדון על כך להלן, בהצגת גדריה של הכפיה על מידת סדום.

ג. גדרי הכפיה על מידת סדום

ג1) שיטות הריצב"א

19. הקושי לגרוס כי אדם יכול לדרוש מזולתו לוותר לו על זכויות קנייניות בסיטואציות של "זה נהנה וזה לא חסר", הביא לידי כך שהריצב"א יתן הסבר אחר לחלוטין לסוגיה האמורה במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב. (דברי הריצב"א מובאים בתוספות שם, דיבור המתחיל כגון זה כופין על מידת סדום")²⁰:

"וריצב"א מפרש דהא דאמר רבה כופין, לא מדין תורה קאמר,

דבדין היה יכול למחות שכנגדו, דאיכא קפידא ברוחות, כדקאמר

20. כנגד זאת ראה שו"ת הרא"ש, כלל צז', סימן ב'.

"ולענין פסק הלכה נראה לי כפירוש שנתן טעם לדברי רב יוסף, אבל לפי רבינו תם מסתברא לי טעמא דרבה, דכיון שאינו חסר כלום אלא משום שיכוף את חבירו להוסיף דמים בשביל שהוא חפץ באותו שדה, מידת סדום היא זו.

בכמה דוכתיין. ועוד, הא דכופין על מידת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו בשכבר דר בחצר חבירו, שאינו מעלה לו שכר. אבל, הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא, וגברא דלא עביד למיגר, דהוה זה נהנה וזה לא חסר. אלא מתקנת חכמים קאמר הכא דכופין...".

20. לאמור, מדין תורה אין אפשרות להורות לאדם לוותר על זכויות קנייניות בנכס, רק מכיוון שדבר לא יגרע ממנו אם יעשה כן. ואולם, לדעת רבה קיימת תקנת חכמים לפיה יכפו בית הדין על מידת סדום ולא יאפשרו לאחים לנצל את זכותם ולדרוש חלוקת נכסים על פי גורל, מתוך מטרה לדרוש כספים מאחיהם, המבקש ליטול קרקע מסויימת דווקא. לדעת רבה, תיקנו חכמים כי על אף שאלו תנאי השוק תהא כפיה על מידת סדום בנסיבות אלו, שכן ניצול מצוקתו של האח בסיטואציה שנוצרה, קרוב מאוד לסחיטה, והיא מקבילה לשימוש שרירותי בזכות כדי לשלול הנאה מן הזולת. לעומת זאת, רב יוסף סבר, כי אכן לאדם יש זכות מוחלטת בנכסיו וכשם שאין איש יכול לדרוש ממנו לוותר על זכויות קנייניות ולאפשר לו להכנס לביתו ולדור שם, כך אין איש יכול לדרוש ממנו לוותר על זכותו לקיים גורל, כדרך לחלוקת הרכוש בין האחים-השותפים, שכן החלוקה בדרך זו מהווה זכות קניינית ולא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש.

21. לדעת הריצב"א, הטעם היחיד לכך שאין צורך בנימוק כלשהו להצדקת התנהגות האחים, כדי שלא יופעל הדין של "כופין על מידת סדום" נעוץ בכך,

דאי לא תימא הכי, כל זה נהנה וזה אינו חסר, דכופין על מידת סדום, אמאי כופין והלא חסר הוא ממון שיתן לו חבירו בשביל הנאתו, אם לא נכוף לעשות בלא דמים? אלא ודאי כיון שאין לו חסרון אלא במה שיוכל לכוף את חבירו שיתן לו ממון בשביל הנאתו - מידת סדום היא".
 נמצא כי הרא"ש אינו מקבל את ההסבר בדבר תנאי שוק של היצע וביקוש, כעילה לדרוש כסף בגין היכולת למנוע הנאה מן הזולת, באופן שרירותי, מכח זכות קניינית. היכולת לדרוש תשלום אינה מצדיקה לנצל את זכות הקניין כדי לשלול מן הזולת הנאה כאמור.

שלדעתו הגורל אינו דרך חלוקה פרוצדורלית שנבחרה בהעדר דרך רציונלית אחרת להכרעה בין השדות אלא - זכות קניינית ממש, במובן זה שהבעלות הממשית בחלקים מן העזבון תלויה ועומדת בתוצאותיו של הגורל, באשר על פי דין כך מחלקים ירושה. בהתאם לכך נוצרת הבחנה בין זכות קניינית, שעליה מדאורייתא אין אדם חייב לוותר, לבין אופן ההשתמשות בזכויות הקנייניות, והדרך הפרוצדורלית הנהוגה לשם מימושן, שלגביהם גזרו חכמים שעמידה דווקנית שאינה מעוגנת בטעם סביר - תגרור כפיה על מידת סדום. כך למשל, אם עריכת הגורל, אינה זכות קניינית אלא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש, הרי שגם על פי פירוש הריצב"א יכפו על מידת סדום, כאשר האחים מסרבים, באופן שרירותי, לתת לאח שקנה שדה בסמיכות מקום, את החלק בעיזבון הסמוך לשדותיו.

ג(2) הרמב"ם בהלכות שכנים

22. ההבחנה האמורה תסייע בידינו לכאורה, להבין את פסקו של הרמב"ם, בהלכות שכנים, פרק יב' הלכה א':

"האחין או השותפין שבאו לחלוק את השדה וליטול כל אחד חלקו, אם היתה כולה שווה ואין שם מקום טוב ומקום רע אלא הכל אחד, חולקין לפי המידה בלבד.

ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי מצד זה, כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי ויהיה הכל שדה אחת, שומעין לו. וכופה אותו על זה, שעייכות בדבר זה מידת סדום היא. אבל אם היה חלק אחד ממנה טוב או קרוב לנהר יותר, או קרוב לדרך, ושמו אותה יפה כנגד הרע, ואמר תנו לי בשומא שלי מצד זה, אין שומעין לו, אלא נוטל בגורל".

23. מפסקו של הרמב"ם עולה אפוא כי בנוגע לשדות, שהינן בנות איכות זהה, יכול האח שרכש שדה בסמיכות מקום, לכפות על שאר האחים לתת לו

חלק בעזבון הסמוך לשדהו, ואין הם יכולים להעלות טענה כלשהי כנגדו. בכך חולק לכאורה הרמב"ם על הריצב"א, שהרי לשיטתו נמצא כי אדם יכול להכריח את רעהו לוותר על זכויות קנייניות שלו, כאשר לא נגרע מרעהו מאומה עקב כך¹⁹א²¹.

ביחס לשיטה זו, מתעורר כאמור קושי, שהרי משמעות הדבר היא, כירסום בזכויות הקניין באופן שיאפשר לכל אדם להציג דרישות כלפיו בעלי רכוש רב, שאינם משתמשים בחלקים הימנו, ולדרוש כי חלקים אלו מרכושם יועמדו לרשותו, באשר הוא יהנה מכך.

24. תשובה לקושי זה ובאור לשיטת הרמב"ם, מצוי בספרו של הרב אהרן קוטלר "משנת רבי אהרן"²²:

"והנראה, דסובר הרמב"ם, דכל שהוא בעלים על הדבר, לא אמרינן כופין על מידת סדום להפקיע זכותו בזה, אבל בחלוקה סובר הרמב"ם דאין בזה הפקעת זכות כלל, דאין לאחד זכות בחלק זה יותר מהשני, ואין אנו מפסידים זכות מי שהוא כלל במה שכופין על מידת סדום באופן החלוקה, דליכא דינא כלל כיצד לעשות חלוקה.

אמנם כל זה יתכן רק אם נאמר דסובר הרמב"ם דגורל אינו דין, דאם נאמר דגורל הוא דין, והיינו דיש לכל אחד מן השותפים זכות של חלוקה בגורל,

21. כמו כן, ראה בבא קמא דף כ' ע"ב תוספות דיבור המתחיל "והא איתהנית", ובנימוקי יוסף בתחילת דף ט' לדפי הרי"ף שם, וכן דעת הריטב"א שם.

22. ואכן, ראה שו"ת תורת אמת, סימן קצ"ט, הגורס כי הרמב"ם חולק על שיטת הריצב"א. כמו כן ראה שו"ת אגרות משה, חלק יורה דעה, ב', סימן קמ"ה, המתניח לסוגית הגמרא, בתלמוד הירושלמי, מסכת תרומות פרק ו', ה"א, ומציין כי אין יכולין לכפות על אדם שיימכור נכס שלו וימיר אותו בכסף. ואולם, אם נותנים לו נכס אחר, הרי שניתן לכפות על מידת סדום ולחייבו לבצע חילופין, בין פירות שהינן "תרומה" לפירות שהינן "חולין".

נמצא בזה דכופין על מידת סדום ונותנים השדה לבעל המיצר, ומבטלים הגורל, אנו מפסידים זכותם של שאר האחים בשדה זו, וכל כי האי גוונא אין דין כפיה על מידת סדום...".

לאמור, הכפיה על מידת סדום תיתכן רק אם גורסים כי החלוקה באמצעות גורל, אינה משקפת זכות קניינית של האחים אלא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש²³. ואולם, אם מדובר בזכות קניינית, הרי שלפי הרמב"ם - לא יוכל האח לטעון כי על שאר האחים לוותר על זכותם זו, ולא יחול הדין של "כופין על מידת סדום", באשר הכלל בדבר כפיה על מידת סדום נאמר רק ביחס לאופן הניצול של זכויות הקניין ולא ביחס לעצם קיומה של זכות זו²⁴.

25. דא עקא, שהסבר זה המשווה את שיטת הרמב"ם לשיטת הריצב"א, אינו מתיישב עם העובדה שהרמב"ם ממשיך ופוסק באותה הלכה:

"אמר להם (האיש שרכש שדה סמוכה לנחלת אביו אמר לשאר אחיו – ו.א.) תנו לי חצי מידתה מן הצד הרע בלא שומה, וטול אתה מן הצד הטוב, כדי שיהיה חלקי סמוך לשדה שלי, הורו מקצת הגאונים ששומעין לו, ולזה דעתי נוטה, וכן ראוי לדון".

מכאן, כי אף במקום שבו מדובר בדרישה לוותר על זכות לקבל את השדה שהינה בעלת האיכויות הגבוהות יותר, תמורת קבלת תשלום בשווה ערך לכך,

23. ר' אהרן קוטלר, משנת רבי אהרן (ירושלים, תשמ"א), כרך א' בעמ' כ'.

24. לעומת זאת, בשו"ת הרא"ש כלל צד' סימן ב' מוצאים אנו כי לכל הדעות קיימת זכות קניינית לבצע חלוקה באמצעות גורל, שאם לא תאמר כן, הרי שהאח שקנה שדה קרובה, היה זכאי לדרוש כי ינתן לו חלק בעזבון הסמוך לשדהו, מכח הדין של "בר מצרא", שהינו חיוב חוקי בדבר מתן זכות סרוב ראשונה לשכן, כתוצאה מן הציווי הנורמטיבי - מוסרי, של "ועשית הישר והטוב". לעומת זאת, ראה שו"ת תשב"ץ, חלק ד' טור ג' (הוט המשולש) סימן יד', לפיו אף במקום שבו אין את הדין של "בר מצרא" כגון בהשכרת נכס, לעומת מכירתו, קיים הכלל בדבר כפיה על מידת סדום, ומכח כפיה זו, יהא על הבעלים ליתן זכות קדימה לשכנו, גם בשכירת הנכס.

קיים הדין של כפיה על מידת סדום. אפשרות זו של את, לכפות על שאר אחיו לוותר על זכויות קניניות בשדה מסוימת העולה באיכויותיה על פני שאר החלופות, וליטול פיצוי כספי בגין כך, מעורר קושי רב, מבחינה רעיונית, שהרי אדם המסרב להמיר רכוש בשווה כסף, ועומד על זכותו לקבל דווקא שדה משובחת, אינו יכול להיות מוגדר כמי שנהג בשרירות.

26. לא זו אף זו, ברמב"ם בהלכות שכנים פרק ח' הלכה ד' נפסק כי אדם רשאי אכן להשתמש בנכס של חברו, כשהלה אינו חסר מאומה עקב כך, כגון להעמיד סולם קטן בחצרו של חברו ולומר לו "אין לך הפסד בזה. כל זמן שתראה תטלנו".

מכאן משמע, כי אף בנוגע לזכות קניינית של הזולת, ולא רק בנוגע לדרך פרוצדורלית בדבר הכרעה היכן תמומש זכות זו, קיים הכלל של "כופין על מידת סדום" ביחס לסיטואציה של זה נהנה וזה לא חסר. והדברים עומדים לכאורה בניגוד גמור לדברי הריצב"א ולהגיון המחייב כי אדם לא יוכל ליטול את נכסי רעהו, גם אם הלה אינו משתמש בנכסים אלו ואינו זקוק להם. והדברים תמוהים, שהרי "המגיד משנה" שם מבאר כי הלכה זו אינה מעוגנת בשום סוגיה תלמודית, אלא בהגיון הפשוט (ובלשונו "והכל מודים בזה וזה פשוט") לפיו ב"זה נהנה וזה לא חסר" כופין על מידת סדום²⁵. המענה לקושי זה יובהר בפרק ד' להלן.

25. הרב קוטלר מציע שם הסבר מקורי לדעת הרמב"ם, לפיו הכפיה על אדם לוותר על זכויות פרוצדורליות נובעת מהכלל של "צדק צדק תרדוף". כלל זה הינו מקור משפטי, ולא רק ציווי מוסרי. וכך מוצאים אנו בברייתא במסכת סנהדרין דף לב' ע"ב:-
"צדק צדק תרדוף - אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד, שתי ספינות בנהר, אם שתיהן עוברות - טובעות, זו אחר זו, שתיהן עוברות הא כיצד, קרובה ושאינה קרובה, תידחה שאינה קרובה. היו שתיהן קרובות, הטל פשרה ביניהן".

מסוגיה זו עולה איפוא כי גם כאשר יש לשני אנשים זכויות שוות להשתמש במעבר מסוים, הרי שלנוכח העובדה כי רק האחד מהם יוכל לנצל את זכותו, חייב מי שנזקק קטן יותר, (דהיינו מי

ג(3) שיטת הר"י ברצלוני והרשב"ם

27. הטור בחושן משפט, סימן קנג', מביא את דעתו של הר"י ברצלוני, כי אין בעל חצר יכול למחות כנגד שכנו, המבקש לחרוג מקווי הבנין ולקבוע קורה בכותל החצר, כדי שתשמש לו קולר לתלות בו בגדים, לנוכח הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום. נמצא כי שיטת הרמב"ם אינה יוצאת דופן כלל ועיקר, וגם בדברי הר"י ברצלוני מצינו שימוש בחצר של הזולת, ופגיעה בזכות קניינית מובהקת, מכח הכלל בדבר כפיה על מידת סדום²⁶.

בדומה לכך מוצאים אנו בפירוש הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף נט' ע"ב, דיבור המתחיל "ויכול למחות":

"כלומר, הבא להוציא זיו טפח בתחילה לחצר חבירו יכול למחות בו בעל החצר שלא למלאות אויר חצירו, ולא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר. דודאי

שקרוב יותר לביתו) לחזור לביתו ולוותר על זכויותיו. הוא הדין אם כן, כאשר השדות שוות באיכותן, וכל אחד מן האחים זכאי ליטול נחלה בכל מקום, הרי שמוטל על שאר האחים לוותר ולאפשר לאח שהינו בעל שדה סמוכה, ליטול נחלה בצד שדהו, לנוכח הדין של "צדק צדק תרדוף". ואולם, עקרון זה נכון רק ביחס לאנשים שהינם שותפים ברכוש, או בעלי זכויות שוות לניצול זכות מסוימת.

כמו כן, יצוינו דברי התוספות במסכת קידושין דף ב' ע"א, דבור המתחיל "כל הקונה עבד עברי כקונה אדון לעצמו" המבאר, כי העבד העברי זוכה להטבות מעבר לאלו של אדונו "כדאיתא בירושלמי, דפעמים אין לו אלא כר אחת, אם שוכב עליו בעצמו, אינו מקיים "כי טוב לו עמך", ואם אינו שוכב עליו וגם אינו מוסרו לעבדו - זו מידת סדום, נמצא בעל כורחו צריך למסור לעבדו, והיינו "אדון לעצמו".

הרי לך חיוב על אדם לשפר את מצב רעהו, מכח שלילה של אפשרות שבה "גם לי גם לך לא יהיה", הנובעת מן הדין של כפיה על מידת סדום.

26. וראה מהרשד"ם חושן משפט סימן ט', המבאר אף הוא כי הרמב"ם חולק על הריצב"א ופוסקים נוספים המובאים שם, ומביא את דברי הריב"ה בסימן קנג' התמה: "ואינו נראה, והיאך ישתמש בשל חבירו בעל כרחו?".

איכא חסרון, כדאמרין בגמרא גבי זיו פחות מטפת, דמיגו דמשתמש בעל הגג בזיו, רואה בחצר ואיכא היזק ראייה".

ומכאן שבמקום שבו אין שום חסרון והיזק כתוצאה מהוצאת הבליטה לחצר השכן אין בידי הבעלים למנוע מן השכן לחרוג מקווי הבנין שלו, וזאת לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום". נמצא כי לאדם אין אפשרות להתנגד לבניה של השכן, הטעונה הסכמה שלו, כאשר לא נגרע ממנו מאומה עקב כך, וזאת אף כשהשכן חורג מקווי הבנין וחודר לתחום הבעלות שלו.

ג(4) שיטת הראב"ה והמרדכי

28. זאת ועוד, הנחת היסוד של הריצב"א לפיה אין אפשרות לכפות על אדם להסיר את התנגדותו לשימוש שעושה רעהו בנכס שלו, אינה נקיה מספקות.

במסכת בבא קמא דף כ' ע"א מצינו דיון בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר", האם אדם שגר בחצר חבירו חייב לשלם דמי שכירות לבעלים, על אף שמדובר בחצר שאינה עומדת להשכרה ובבעלים שלא נגרע ממנו דבר עקב השימוש שנעשה בחצירו מכיוון שמדובר בחצר שממילא אינה עומדת להשכרה ושרויה בשיממונה. בהקשר זה ציין הריצב"א כי השאלה בגמרא מתייחסת לחיוב לשלם דמי שכירות, בדיעבד כאשר אותו אדם כבר פלש לנכס וגר בו בלא ידיעתו של הבעלים. ואולם, לדעת הריצב"א, ברור כי הבעלים רשאי למנוע מאותו אדם להכנס ולהתגורר בנכס האמור מלכתחילה. לעומת זאת, המרדכי שם מציין: "כתב רבנו אבי-העזרי (הראב"ה) שמעתי דמצי למיכפיה, דהא כופין על מידת סדום".

29. לפי הראב"ה נמצא, כי כופים על אדם לאפשר לרעהו להכנס לשדה ריקה שלו, שאינה מושכרת ואינה עומדת להשכרה, שכן בהעדר הצדקה כלכלית למניעת הנאה מן הזולת, מהווה העמידה של הבעלים על זכויותיו, שימוש לרעה בהן, וכופין על מידת סדום. הרי לך הגבלה ברורה ביותר על השימוש של אדם פרטי בזכות הקניין שלו, והכפפת זכות הקניין לנורמות של

סבירות. בהתאם לנורמה זו בעלותו של אדם לעולם אינה מוחלטת והיא כפופה לחובותיו של הפרט כלפי התורה. ומשום כך סרוב בלתי סביר לאפשר לזולת להנות מקרקע כאמור, אינו אפשרי עפ"י דין²⁷.

ג(5) ההלכה הפסוקה

30. על אף שרוב הראשונים חולקים על דעת הראב"ה וסוברים כריצב"א²⁸ הרי שדווקא שיטת הראב"ה היא שנקבעה בהלכה הפסוקה.

בשולחן ערוך, חושן משפט סימן שסג' הלכה ו' נפסק:

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו: צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו: צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר²⁹ אף על פי שדרך זה הצד (המתגורר שם) לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר".

הגהת הרמ"א: "ודווקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, ואע"פ דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה לא חסר, הני מילי דבר דאי בעי להנות לא יוכל להנות. אבל, בכי האי גוונא דאי בעי בעל החצר ליהנות ולהרויח ולהשכיר חצרו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחינם (מרדכי ונימוקי יוסף שם)".

לאמור, לפי הרמ"א אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכות קניינית השווה כסף, רק מכיון שהוא לא ניצל עד כה זכות זו. זוהי זכותו של אדם לומר, כי על אף שהדירה שבבעלותו עמדה זמן רב בשימונה, אם פלוני

27. וראה פני יהושע מסכת בבא קמא, דף ב' ע"א, בהתייחסותו לדברי התוספות שם.

28. ראה הע"ש 19 לעיל.

29. הגהת הרמ"א: "ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית, והוא דר בו, (מרדכי בפרק "כיצד הרגל"). ואפילו היה רגיל להשכיר רק שעכשיו לא עבד למיגר, (אינו עומד להשכרה - א.ו.א.) בתר האי שעתא אזלינן (בעקבות שעה זו הולכים אנו - ו.א.א.) (נימוקי יוסף)".

מבקש לגור בה, יואיל נא לשלם דמי שכירות. הבעלות היא אפוא עילה לגיטימית לדרוש תשלום ולהרוויח כסף כתוצאה מכללים של היצע וביקוש, הנוהגים בשוק.

ואולם, מקום שבו יש גורם המונע מן הבעלים להשכיר את הנכס, ובכך נשלל במידה רבה הערך הכלכלי של יכולת ההשתמשות בו, אין בעל הנכס יכול למנוע מאדם הזקוק לנכס להתגורר בו. בנסיבות אלו, מניעת השימוש בנכס מאותו אדם, אינה מהווה ניצול זכות קניינית לשם הפקת רווח כלכלי, שהינו לגיטימי, אלא נסיון למנוע הנאה מן הזולת באופן שרירותי, תוך ניצול הזכות הקניינית לשם שררה בלבד. בנסיבות אלו, "כופין על מידת סדום", ואותו אדם יוכל לכפות על הבעלים לאפשר לו להתגורר בנכס - חינם אין כסף.

לכאורה, אין לך שלילה גדולה מזו של האפשרות להשתמש בזכות קניינית "לשם שלטון" על הזולת ללא צורך ובסיס רציונלי.

ג(6) שאלת הבית אפרים

31. "בפתחי תשובה", שם, ס"ק ג' מובאת הערתו החמורה של שו"ת "בית אפרים" חלק חושן משפט סימן מט':

"וצריך עיון על הרמ"א בסימן שסג', שכתב טעמא כיוון דהווי מצי לארווחי, אלא דלא בעי, והוא מדברי המרדכי. אבל לדברי הפוסקים לא משמע כן (עיון נימוקי יוסף בבא קמא בשם הרא"ה, וכן מוכח להדיא בתוספות בבא בתרא דף יב' ע"ב בשם הריצב"א, והרב ר' ישעיה, הובא בשיטה מקובצת בבא קמא דף כ')..."

לאמור, פסיקת הרמ"א לפיה כאשר אין טעם כלכלי להתנגד לשימוש של הזולת בזכות הקניינית, ניתן לכפות על בעלים לתת לזולתו להשתמש בנכס, הינה דעה חדשנית המבוססת על דברי המרדכי והראבי"ה, בה בעת שכל שאר

הפוסקים חולקים על כך. בנסיבות אלו מתעוררת התמיהה, מדוע מצא הרמ"א לנכון לפסוק כנגד דעת רוב הפוסקים?

האם מחוייבת מסקנה זו משורת ההגיון?

32. בכל הנוגע לשורת ההגיון, יצוינו דבריו של הנודע ביהודה, מהדורא תנינא, חושן משפט סימן כד':

"... והרי זה דומה למי שרוצה לדור בחצר חבירו אפילו בלא קיימא לאגרה, (כלומר, אף בשדה שאינה ראויה להשכרה) וכי יש שום הווה אמינא שיכוף זה את חבירו שיניחנו לדור בחצירו הינם?..."

ואמנם מדברי המרדכי בפרק כיצד הרגל, שהביא הרמ"א בסימן שסג' סעיף ו' בהגה, שכתב הטעם שלא יכול לכופו לדור בו בחינם, משום דאי בעי בעל החצר להשכירו היה יכול וכו'. משמע שדבר שאינו יכול להרוויח בו יכול זה לכופו אף לכתחילה.

מכל מקום, נראה לעניות דעתי פשוט שזה רק להרמב"ם (שהובא בשולחן ערוך בחושן משפט סימן קעב') אבל לדעת הרא"ש (שהינה כדעת הריצב"א - ו.א.) פשיטא שלא שייך בזה כופין על מידת סדום".

(ההדגשות בכל מקום במאמר זה הוספו).

33. מדברי הנודע ביהודה עולות איפוא שתי המסקנות הבאות:

(א) ברור ופשוט, ולא עולה על הדעת לומר אחרת, כי אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכויות קנייניות שלו ולאפשר לאחרים להנות מנכסיו, וזאת אף אם אין הדבר כרוך בגריעת תועלת כלכלית כלשהי ממנו.

(ב) הרמ"א שפסק באופן שונה, תואם לשיטת הרמב"ם. ואולם, לדעת הרא"ש וכל שאר הפוסקים, המסקנה הינה כי בנוגע לזכויות קנייניות

ממש, (להבדיל מן הדרך הפרוצדורלית הנחוצה לשם קביעתן) - לא כופין על מידת סדום.

מכיוון שכך נשאלת השאלה: על שום מה פסקו הרמב"ם, הר"א ברצלוני, הראב"ה הרשב"ם והרמ"א, באופן המוגדר ע"י ה"נודע ביהודה" כמנוגד לכל הגיון? ומדוע ראה הרמ"א לפסוק בניגוד לדעת רוב הפוסקים בענין זה?

ג(7) ההבחנה בין שימוש בנכס לבין נטילת נכס

34. הרב צבי שפיץ, בספרו מנחת צבי, בסימן ד' מציע הסבר לפסקו של הרמ"א כדלקמן:

יש להבחין בין שימוש בנכס של הזולת, לבין נטילת זכות הקניין בנכס של הזולת. נטילת זכות הקניין משמעה העברת בעלות ופגיעה ב"קניין הגוף" של הבעלים בנכס, באופן שנכס זה נשלל הימנו לצמיתות. נטילת זכות השימוש בנכס של הזולת לעומת זאת, פירושה כי הבעלות בנכס נותרת כהויתה, והפגיעה היא ב"קניין הפירות" ובזכות השימוש באופן מסויים בנכס, בנסיבות מסוימות בלבד. שלילת זכות הקניין מן הזולת לא תיתכן, גם אם אין לו כל צורך בנכס זה. אין שום היתר ליטול רכוש מאדם עתיר נכסים, שאף לא ירגיש בחסרונו של נכס מסויים. ואולם, הרמ"א לעומת זאת, מתיחס לשימוש בנכס של הזולת, בלא שלילת זכות הקניין עצמה, וזאת כאשר מאומה לא נגרע מן הבעלים. ביחס לכך בלבד, קיים הדין של "כופין על מידת סדום". לפי הסבר זה, ניתן לומר (שלא כפי שהבהירו ה"בית אפרים" וה"נודע ביהודה"), כי אין מחלוקת בין פסקו של הרמ"א המבוסס על שיטת המרדכי והראב"ה, לבין שיטת הריצב"א, שכן הריצב"א מתייחס לאחים המבקשים לבטל צורת חלוקה מסוימת (גורל) ובכך להכריע בנושא הנוגע לבעלות בקרקע. לכך אין ולא כלום עם הרמ"א המתייחס לזכות להשתמש בקרקע, בלא קשר לבעלות בה. משום כך, אין להסיק כי הרמ"א פסק בניגוד לשיטת רוב הראשונים התומכים בשיטת הריצב"א.

35. בהתאם להסבר זה נמצאת למד, כי בעוד שבנוגע לאפשרות לשלול בעלות בנכס, שיטת רוב הפוסקים היא, כי אין אפשרות לעשות כן, גם אם זה נהנה וזה לא חסר, הרי שבנוגע לשלילת זכות השימוש בנכס, הלכה פסוקה היא כי הזכות הקניינית אינה מאפשרת לאדם לנהוג בשרירות, והיא אינה בלתי מוגבלת. משום כך, אדם המבקש להשתרר על זולתו, ולהשתמש בזכות הקניין שלו כדי לשלול הנאה מן הזולת, בלא שיהא בכך כדי להועיל לו במאומה מבחינה כלכלית, יתקל בדין של "כופין על מידת סדום".

נראה כי ההסבר הרעיוני לכך נעוץ בעובדה שאת תחושת הקיפוח החברתי אין לתקן בדרך של שלילת זכות הבעלים מאדם שזכה בה בדין. זאת ועוד, נראה לכאורה כי חלוקת ההון בעולמנו, אינה עניין הגורם כשלעצמו ניכור חברתי, ואם העשיר נוהג בזולתו בחסד, ביושר, בחמלה ומרגיש מחוייבות לסייע, הרי שאין העני חש בהכרח תחושות של ניכור ועוינות כלפיו. ואכן במישור זה מכיל המשפט העברי סידרה של ציוויים וחיובים סוציאליים, שתכליתם למצוא איזונים בין רווח הכלל לבין רווחת הפרט, וקיימות מצוות כגון: שמיטה ויובל, לקט, פאה ושכחה, מעשר ובכלל זה מעשר כספים לצדקה וכיו"ב. הכפיה על מידת סדום לא נועדה ליצור שוויון חברתי, ונטילת זכות קניינית מן הזולת, לא תיתכן.

לעומת זאת, השימוש בזכות הבעלות באופן שרירותי ודווקני, עלול ליצור תחושות של קיפוח, התנשאות והתבדלות, ויש בו כדי לפורר את רגש האחירות לזולת ואת המעורבות החברתית המאפיינת חברה אנושית תקינה.

שימוש שרירותי בזכות הבעלות, לשם שלטון ולא לשם שימוש, גם חוטא לתפיסת העולם בדבר התכלית שלשמה ניתנו לאדם זכויות קנייניות. בסיטואציות אלו של שרירות לב בעת השימוש בזכויות הקניין, יש מקום לדין של כפיה על מידת סדום כדי שהזכות הקניינית לא תהווה מחסה ועילה לנהוג בשרירות ובדווקנות. מכיון שכך מובנת היא גישתם של הר"י ברצלוני,

הרשב"ם, הראב"ה ופסיקתו של הרמ"א, כי אדם יכול לכפות על שכנו לאפשר לו להשתמש בנכס בבעלות השכן, כאשר מאומה לא יגרע מן השכן, ואותו שכן מצווה להמנע מעשיית שימוש בזכות הבעלות לשם שלטון ושררה לשמה.

36. דוגמא מובהקת למצב שבו אדם לא נוטל זכויות קנייניות מרעהו, אלא להפך - מבקש כי שכניו לא ימנעו ממנו להשתמש בזכויות קנייניות שלו, באמצעות שימוש לרעה בזכויות הקניין שלהם, מצויה במסכת בבא בתרא דף נ"ט ע"א. בסוגיה זו נדון ענינו של אדם המבקש לפתוח חלון אל חצירו של רעהו, כאשר החלון ממוקם בגובה רב (מעל ד' אמות) וממילא החשש מפני פגיעה בפרטיות של השכן אינה ממשית. בענין זה מצינו מחלוקת: רב זירא מתיר לפתוח חלון שכזה, ואילו לדעת רבי אילעא הדבר טעון הסכמת השכנים ויש בידם למחות. בסוגיה זו יוצאת הגמרא מנקודת הנחה לפיה לא מוקנית לאדם הזכות לפתוח חלון ברשותו הפרטית, שכן בכך הוא מפר את האיזון העדין שעליו מושתתים יחסי השכנות. בנסיבות אלו, מציעה הגמרא הסבר לפיו לדעת רבי זירא אין השכן יכול למחות לנוכח הדין של "כופין על מידת סדום" ואילו לדעת רבי אילעא אין כפיה במקרה זה וזכותו של השכן להתנגד לפתיחת החלון. מסקנת הסוגיה האמורה היא, כי לרבי אילעא יכול השכן למחות, רק מכיוון שיש אפשרות (רחוקה), כי כאשר יעמוד אותו אדם על כיסא או שרפרף, הוא יוכל להתבונן מן החלון הישר אל בית רעהו. אפשרות רחוקה זו, פוגעת כשלעצמה בשכן בכך שהיא שוללת את הרגשת הפרטיות המוחלטת שלה הוא זכאי, והיא מהווה טעם סובייקטיבי מספיק, כדי להצדיק התנגדות לפתיחת החלון³⁰. ואולם, מקום שבו לא קיים טעם סובייקטיבי מוצדק שכזה, הרי שלדעת הכל - כופין על מידת סדום.

30. וראה שו"ת הרשב"א, חלק א', סימן אלף קמ"ד. כמו כן ראה ספר הישר (לרבינו תם) בסימן צד', לפיו הצורך לשמור על השטר, כדי למנוע טענת "חזקה" מצד השכן, מהווה כשלעצמו טעם מספיק, כדי שלא יחול הדין של "כופין על מידת סדום".

37. לפי מסקנת הסוגיה האמורה נמצא, כי אין אדם יכול להתנגד לשינויי בניה של שכנו, כאשר אלו אינם באים על חשבוננו, וזאת מקום שבו השכן אינו נוטל מזכויות הקניין שלו, אלא מבקש לנצל את זכויותיו, בתחום גדרי בעלותו, והשכנים - שאינם ניזוקים מכך - מתנגדים. דוגמא זו ממחישה את ההבחנה המוצעת בין נטילת זכויות מן הזולת, שבה אין כפיה על מידת סדום, לבין שימוש בזכויות אלו, שאינו נוטל מאומה מן הזולת, ואשר לגביו נסיון לעשות שימוש באופן שרירותי ולא סביר בזכות קניינית, יתקל בדין של כופין על מידת סדום.

באספקלריה זו נבחן להלן גם את שיטת הרמב"ם, אשר רק לכאורה אינה תואמת לקו חשיבה זה, ולפיה ניתן לכאורה אף לשלול זכויות קנייניות, מקום שבו הן מנוצלות באופן המהווה "מידת סדום".

ד. שלילת זכות קניינית מכח כפיה על מידת סדום

ד(1) עיון נוסף בשיטת הרמב"ם

38. ברמב"ם בהלכות שכנים פרק ז' הלכה ח' נפסק:

"מי שהיו לו חלונות למטה בכותלו ובא חבירו לבנות בפניהן ואמר לו אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה עצמו למעלה מאלו, הרי זה מעכב עליו ואומר לו: בעת שתפתח החלונות תרעיד את הכותל ותקלקל אותו. ואפילו אמר אני אסתור את כל הכותל ואבנה אותו לך חדש ואעשה בו חלונות למעלה ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה, יכול לעכב עליו ואומר לו אין רצוני שאטרח ממקום למקום. לפיכך, אם לא היה שם טורח כלל ואין צורך לפנות, אינו יכול לעכב עליו וכופין אותו, שיהיה חבירו סותם חלון זה שלמטה ממנו ועושה לו חלון מלמעלה, שזו מידת סדום, וכן כל דבר זה נהנה בו ואין

חבירו מפסיד כלום כופין עליו"³¹.

לכאורה, נפסק בהלכה זו כי לאדם יש זכות להכתיב לשכנו היכן ימוקמו חלונות ביתו, וכיצד ישתמש השכן בזכויות הקניין שלו, במקום שבו שימוש זה ע"י השכן אינו גורע ממנו מאומה. לכאורה מגיעים הדברים לידי כך, שלאותו אדם יש זכות לדרוש משכנו כי יימנע מלגור בביתו בתקופת השיפוצים, כדי לאפשר לו לחולל שינויים מבניים בבית, וזאת אם לא נגרע מאומה מן השכן.

39. אם אכן כך הוא, הרי שיש כאן חריגה מהותית ביותר מן ההבחנה המוצעת, שהרי אדם המחולל שינוי בבית ששכנו מתגורר בו, חורג משימוש בזכות הקניין של השכן, והוא לכאורה נוטל דבר השייך לזולתו. אכן, אין בכך כדי ליטול את הבעלות אך יש כאן פגיעה מובהקת ב"קניין הגוף" של הבעלים בנכס. דא עקא, שכאמור קשה לקבל פרוש לפיו מותר לאדם לשלול זכויות קנייניות של הזולת, רק מכיון שמאומה לא יגרע ממנו עקב כך. פסקו זה של הרמב"ם מעורר אפוא קושי חמור ביותר מבחינת מהותה והגיונה של הכפיה על מידת סדום.

ד(2) הסברו של הנימוקי יוסף

40. בנימוקי יוסף במסכת בבא בתרא דף ח' ע"ב מדפי הרי"ף מבואר כי מכיוון שלא יעלה על הדעת שאדם יוכל לשלול זכויות קנייניות מרעהו, יש לבאר את שיטת הרמב"ם, כי לאדם מותר רק לבנות בחלקו הוא ולשכן אין זכות להתנגד לכך על אף שבאמצעות הבניה האמורה, נסתם חלונו של השכן, וזאת כאשר השכן האמור לא ניזוק למעשה מסתימת החלון, באשר בידו לפתוח חלון נוסף - בלא שיגרע ממנו מאומה³². בהתאם לכך, גם לשיטת הרמב"ם

31. וראה יד רמה בביאורו למסכת בבא בתרא דף ז' ע"א, המגיע למסקנה זהה, וכן שו"ת הרשב"א חלק ב' תשובה מ"ג.

32. יושם אל לב כי פירוש זה המבאר את הדין הספציפי של בנית כותל מול חלונו של השכן אינו

קיימת ההבחנה האמורה בין השימוש בנכס לבין שלילת זכות הקניין בו, ואדם אינו רשאי להכתיב לשכן היכן למקם את חלונותיו.

כל שנפסק ברמב"ם הוא, כי הרשות נתונה לאדם לממש את זכויות הקניין ולבנות כותל מול חלונותיו של שכנו, כל עוד הוא יכול להסיר כל אי נוחות שהיא מן השכן, באמצעות הזזת חלונו של השכן. האפשרות של השכן להזיז את החלון מונעת את זכותו להתנגד לניצול זכויות הקניין לשם בניית הכותל, ואולם, ברור כי בעל הכותל הוא שישא בהוצאות הכרוכות בכך וברור שכאשר הנדון אינו ניצול זכויות הקניין שלו עצמו, אין לו שום זכות להתערב לשכן במיקומו של החלון.

ד(3) הסוגיא בבא בתרא דף צ"ט

41. דא עקא, שאם בשיטת הרמב"ם ניתן לטעון כי זהו משמעם של הדברים, הרי שלא ניתן לטעון זאת ביחס לסוגיה ערוכה במסכת בבא בתרא דף צ"ט ע"ב.

סוגיה זו מתיחסת לאדם אשר בין שדותיו עוברת רשות הרבים. אם מבקש אדם זה להסיט את השביל שהרבים עוברים בו, אל מחוץ לשדותיו, והוא מקצה לשם כך קרקע שתהווה דרך חילופית עבור הרבים, אזי: - "מה שנתן נתן ושללו לא הגיעו", דהיינו הדרך החלופית שניתנה על ידו לרבים עוברת לרשות הרבים, ואילו בעלותם של הרבים על השביל העובר בין שדותיו, אינה פוקעת. בהקשר זה שואלת הגמרא מדוע אין בידו של אדם להפקיע בעלות זו של הציבור בדרך האמורה, של מתן דרך חילופית לציבור?

הולם לכאורה את הסיפא לפסקו האמור של הרמב"ם, שבה נאמר "וכן כל דבר שזה נהנה בו ואין חבירו חסר כלום כופין עליו". עם זאת, גם סיפא זו ניתן לבאר, כמי שמתייחסת לשימוש בנכס של השכן, בלא נטילתו.

ומבאר הרשב"א את שאלת הגמרא:

"כלומר, למה לא תיקנו חכמים שיהא לו רשות לתת להן דרך מן הצד בעל כרחן, שהרי אין מפסידין כלום (שהרי יש להם דרך חלופית – ו.א.) דכגון זה כופין על מידת סדום...".

42. לאמור, שאלת הגמרא מבוססת על הדין של כופין על מידת סדום, ומכח כלל זה ביקשה הגמרא להסיק כי יש באפשרותו של אדם לכפות על רעהו להתחלף עימו בבעלות על שדהו, באשר השדות זהות ואין שום טעם כלכלי או זכות שימוש הנפגעים מכך.

מכאן עולה לכאורה כי הכפיה על מידת סדום מאפשרת אף לחייב אדם לוותר על זכויות קניין עבור רעהו ולהסתפק בתחליפים זהים, כשמאומה לא נגרע ממנו (כגון, בעקבות חילופין במקרקעין).

תוצאה זו עולה לכאורה גם ממסקנת הסוגיה האמורה, כאשר מן הדעות השונות המובאות שם עולה, כי מי שאינו נותן לרבים דרך עקלתון הפחותה בערכה מן הדרך שאותה מבקש אותו אדם ליטול לעצמו, הרי שזוהי אכן זכותו להמיר שדה בשדה, ולהכריח את הרבים לוותר על זכות קניינית שלהם, תמורת קבלת קרקע חלופית.

ד(4) ההלכה הפסוקה

43. עם זאת יצויין כי ההלכה הפסוקה, בטור חושן משפט סימן שעז', אינה תואמת למסקנה זו. וכך נפסק שם:

"מי שהיה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו ונטלה ונתן להם מן הצד, הדרך שנתן להם הוא שלהם וגם הדרך הראשון הוא שלהם ואינו יכול למנוע מהם אפילו נתן להם דרך טובה וישרה" (ההדגשה הוספה).

מכאן כי אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכויותיו הקניניות, על אף שמוצע לו תחליף זהה להן.

ואכן, המהרשד"ם חושן משפט סימן תסג' מסיק על סמך פסק זה, כי אין לשלול זכות קניינית מכח הדין של מידת סדום.

44. כמו כן, "בשיטה מקובצת" במסכת בבא בתרא, שם, מובא בשם "עליות דרבינו יונה":

"וקשיא לי, היכן מצינו שייקח אדם קרקע של חברו, ויחליף בשלו שלא מדעת חברו, מטעם זה נהנה זה לא חסר? ובפרק קמא נמי אמרינן מעלינן ליה כנכסי דבי מר מריון".

שאלתו של רבי יונה היא, כי אילו היה אדם יכול לכפות על רעהו להתחלף עמו בזכות קניינית, יכול היה האח שירש שדה הסמוכה לשדותיו של אביו, בסוגיה במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב שהובאה לעיל, להניח לאחיו לזכות בגורל בשדה המיוחלת, ואחר כך לכפות את אחיו להתחלף עימו בשדות. סברתו של רבי יוסף לפיה "מעלינן ליה כנכסי דברי בר מריון" מלמדת אם כן כשלעצמה, כי לאחר שבוצע הגורל והאחים קיבלו איש את נחלתו, אין אפשרות לכפות על מי מהם להמיר את זכותו הקניינית בשדה מסויימת, מכח הדין של כופין על מידת סדום.

45. מן הסוגיה במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב עולה איפוא כי לא זו בלבד שאין ליטול זכות קניינית מאדם, אף ביחס לנכס שאין הוא זקוק לו, אלא שזוהי זכות של אדם לנצל זכות קניינית זו, כדי להפיק הימנה רווח כלכלי ולדרוש תשלום בגין הויתור שלו על זכויותיו הקנייניות, על אף שלעמידתו על זכויותיו אין שום הצדקה עניינית, לבד מן הרצון להפיק רווח מצרכיו המיוחדים של האדם הזקוק לכך³³.

33. וראה שיטת הריצב"א שהובאה בסעיף 21 לעיל.

בהתאם לכך זכאי שכן לטעון כי הצורך בהסכמה שלו לבנות על גג משותף, מהווה חלק מן הזכות הקניינית ואין אפשרות ליטול ממנו זכות זו ללא תשלום, אף אם מאומה לא יגרע ממנו. משמעותה של הזכות הקניינית האמורה היא, כי יש לאדם רשות לדרוש כסף בגין הצורך של הזולת לקבל את הסכמתו. דרישה כספית זו הינה לגיטימית ואין לשללה באמצעות הכלל של "כופין על מידת סדום"³⁴.

(5) מסקנת הדברים

46. אדם המבקש לנצל את זכויותיו הקנייניות, אינו יכול להתקל בהתנגדות של שכן, אם התנגדות זו אינה נובעת ממניעים של הגנה כנה על זכויותיו ונוחותו, ותכליתה להפגין בעלות ושררה או - לנצל את צרכי הזולת לשם הפקת רווח. פעולה שכזו מצידו של שכן תחשב לבלתי לגיטימית, כאשר מדובר במקרה של אדם המבקש לנצל עד תום את זכויותיו הוא, והשכן מבקש למנוע זאת ממנו באופן דווקני ושרירותי. במקרה כזה דרישתו של השכן לקבל תשלום בגין הסכמתו - היא סחיטה לשמה.

47. לעומת זאת, אם מבקשים מן השכן ליותר על זכות קניינית, בודאי שזוהי זכותו לדרוש תשלום עבור כך.

אדם המבקש ליטול זכות מוקנית של שכנו, כגון לחייב את שכנו לאפשר לו לבחור בשדה פלונית דווקא בלא גורל (ובהנחה שהגורל מהווה זכות קניינית), או לכפות על שכנו להתחלף עימו בזכויות קנייניות (ליטול קרקע במיקום אחר מזו שהינה בבעלותו), או לכפות על שכנו לאפשר לו לבנות בתחום בעלותו של השכן, אינו יכול להשתמש בכלל של "כופין על מידת סדום". בהקשר זה הנוגע לעצם קיומה של זכות הקניין, גורס המשפט העברי כי הבעלות היא

34. מסקנה זו נוגעת למקרים שבהם מבקש שכן המתגורר בקומת גג לבנות על הגג המשותף לכל דיירי הבית, ואילו שכן מקומת הקרקע, שמאומה לא יגרע ממנו עקב הבניה האמורה, מתנגד לכך, אלא אם ישולם לו סכום נאות.

מוחלטת, ואין לטעון כנגדה כי אי הוויתור עליה מהווה עמידה דווקנית על זכויות, שהרי אם תאמר כן, יימצא כי אנשים יוכלו ליטול את ממונם של עתירי ההון, שלא יחסרו דבר בחיי היום יום שלהם עקב כך.

48. נמצאת למד כי הכלל של "כופין על מידת סדום" נועד למנוע מאדם להשתרר על רעהו באמצעות זכויות קנייניות, אך לא נועד לבצע מהפכות חברתיות, וליטול ממון ממי שאינו זקוק לו. משום כך לא יכול אדם להכריח את חבריו לוותר לו על זכויות קנייניות. גדר הכפיה על מידת סדום מצטמצמת איפוא למצב שבו אדם מבקש לנצל זכויות קנייניות שכבר מצויות בידו, והזולת מעכב בעדו, מטעמים לא עניינים, או כאשר הוא מבקש להשתמש בנכס מבלי לשלול את הזכות הקניינית גופה, (כגון פסקו של הרמ"א שהובא לעיל).

49. במקרה של שימוש בזכויות קנייניות קובע הכלל של "כופין על מידת סדום" כי על השכן לנהוג בסבירות, גם כאשר הוא מנצל את זכות הקניין הפרטי שלו, ומקום שבו מנוצלת זכות הקניין כדי לשלול הנאה מן הזולת, בלא שהדבר יהא חיוני לבעלים, זוהי פעולה שאינה סבירה ו"כופין על מידת סדום".

באור זה יש להבין הן את שיטת הרמב"ם והן את הגיונם של הדברים, כפי שהם משתקפים בסוגיות השונות, לבד מן הסוגיה במסכת בבא בתרא דף צט' ע"ב.

ה. כפיה על מידת סדום בעמידה דווקנית על זכות חוזית

50. לאחר שעסקנו בפרקים הקודמים בזכויות קנייניות, נעסוק להלן בהשפעותיו של הכלל השולל שימוש לרעה בזכות על מישור הזכויות החוזיות. בהקשר זה נראה כי בכל הנוגע לקיומו של חוזה, להבדיל מדרישה לאפשר שימוש בזכות קניינית, נעשה - לכל הדעות - שימוש בכלל ש"כופין על מידת

סדום". מקרים אלו הם מקרים טריויאליים, אשר בהם השימוש בכפיה על מידת סדום, אף אינה מעוררת מחלוקת.

דוגמא יפה לכך הינה הסוגיה במסכת כתובות דף קג' ע"א, בה נדונה פרשנותו הראויה של הסכם, אשר בחינה דווקנית של לשונו היתה מביאה לכך שאדם יוכל לשלם למשכיר באמצעות מצרך דווקא, (באותו מקרה: קמח, שהופק מרחיים שהושכרו תמורת חלק ממה שנטחן באמצעותם). זאת על אף שמצרך זה אינו נחוץ למשכיר, (שבאותו מקרה רכש לו רחיים משלו המספקות קמח בשפע) ובה בעת שאין זו טירחה יתירה בשביל השוכר להמיר מצרך זה בכסף ולשלם את דמי השכירות במטבע עובר לסוחר.

בענין זה מסיקה הגמרא כי עמידה דווקנית על לשון ההסכם סותרת לכל הדעות לדין של כפיה על מידת סדום.³⁵

מעניין לציין כי במקרה האמור מבאר רש"י את המונח "מידת סדום" באומרו: "זה נהנה וזה לא חסר, לא היו עושיין טובה"³⁶.

35. וראה שו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תקע"ג. כמו כן ראה שו"ת מהרי"ק בסימן ט':

"ואע"ג שיש קצת קפידא משום שינוי דעת, כדמוכח בבא מציעא, דף ע"ט, "השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך... אין לו אלא תרעומת", ומסיק תלמודא דאיכא תרעומת משום שינוי דעתא, ופירש רבינו תם "מפני שגורם לו לסבול דעת איש אחר, שלא מורגל בו", והכי נמי שייך למימד הכי ואפילו הכי כפינן ליה משום דהוי מידת סדום".

לאמור, העובדה כי אדם נאלץ להתמודד עם מציאות השונה ממרחב ההרגלים שלו, אינה מהווה טעם מספיק לפרש את החוזה, באופן דווקני ופורמלי.

להבחנה בין מקרים שבהם מצויה מחלוקת בגמרא ביחס לכפיה על מידת סדום, לבין מקרים שבהן זוהי דעת הכל, ראה מאמרו המקיף של הרב א. ליכטנשטיין "לביור כופין על מידת סדום", הגות עברית באמריקה, (כרך ראשון), 363.

36. בדומה לכך ראה בשיטה מקובצת שם, בו מובאים דברי רש"י במהדורא קמא:

"דהיינו זה נהנה וזה אינו חסר, שהיו אנשי סדום נמנעים שלא ליהנות זה אצל זה, אפילו בזה נהנה וזה אינו חסר".

לאמור, רש"י מזהה את המונח "כפיה על מידת סדום" עם התופעה החברתית שבה היתה נגועה העיר סדום שנהפכה. הנורמות השליליות שבהן היתה נגועה עיר זו, נבעו מן העובדה כי בני חברה זו עמדו באופן דווקני על זכויותיהם, ו"לא היו עושין טובה". דווקנות שכזו ואי ההכרה במוסד המכונה "לפנים משורת הדין" עלולים להמיט חורבן. בנסיבות אלו, לית מאן דפליג כי בית הדין יעשה שימוש בכחו לכפות על מידת סדום, וימנע מאותו אדם את הזכות המוקנית לו - על פי לשונו הברורה של ההסכם.

51. דוגמא לפרשנות הסכם, בהתאם לכלל של "כופין על מידת סדום", מצויה בשו"ת מהרי"ק סימן קי"ב, בו נדונה התחייבות חוזית לפרוע חוב - במקום פלוני. פרעון החוב באותו מקום סוכלה, מחמת גורם שהינו בבחינת "כח עליון", וממילא נותרו בידי החייב שתי האפשרויות הבאות:

(א) לדחות את מועד הפרעון, עד ליום שבו ניתן יהא להשיב את הכסף במקום שנקבע לכך.

(ב) לפרוע את הכסף במועד, במקום האחר, שבו מצוי המלווה.

בענין זה פסק המהרי"ק, כי אם המקום החילופי הינו רחוק יותר מזה שנקבע בחוזה, ברור כי יש לבחור בחלופה הראשונה. ואולם, אם מדובר במקום שהינו בעל קירבה גאוגרפית זהה, הרי שיש לפרש את ההסכם כמחייב את הלווה לפרוע במועד, במקום החילופי, וזאת לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום"³⁷.

52. סוגיה נוספת שבה אין מחלוקת בדבר הכפיה על מידת סדום, מצויה

וראה שו"ת ראנ"ח סימן ע"ג: "דבשלמא גט איפשר לתקן ע"י תנאי, הורה כן הרא"ש ז"ל, דבהיותו טוב למה יקרא רע, וכופין על מידת סדום...".

37. ויצויין, בהקשר זה מתבסס המהרי"ק, על שיטתו של הראב"ה שהובאה בסעיף 32 לעיל, שהרי לפי שיטה זו כופים אדם לתת לרעהו אף זכות שימוש בנכס קנייני. ואולם, לנוכח העובדה כי מדובר בפרשנות חוזה, מציין המהרי"ק, כי פסקו זה יהא נכון לכל הדעות, אף לשיטת הריצב"א החולק

במסכת ערובין דף מט' ע"א. לגבי השיתוף המושיגי הקיים בדיני שבת בכל הנוגע לערובי חצרות, הסוגיה שם עוסקת בעקרון המצוי בהלכות שבת לפיו אסורה העברת חפץ מרשות השייכת לפרטים ספציפיים לרשות השייכת לכמה שותפים. כדי להמנע מאיסור זה נוהגים ליצור שיתוף רעיוני בין רשויות הפרט השונות, כדי שגם אלו תהיינה שייכות כביכול לאותם שותפים. כך למשל נוהג ליצור "ערוב" שהוא שיתוף רעיוני ברשויות הפרט של בתים הפונים לחצר משותפת, כדי לאפשר לכל אחד מבני אותה חצר להוציא חפצים מביתו הפרטי לחצר המשותפת. הערוב הופך כביכול גם את הבית הפרטי למשותף לבני כל הבתים הפונים לאותה חצר וממילא מאפשר להוציא חפצים מן הבתים הפרטיים אל החצר, שהרי הבעלות בבית ובחצר זהה היא. רשות המסרבת להיכלל בשיתוף רעיוני כאמור או המסרבת להיכלל בחצר אחרת מבחינה רעיונית בלבד, כדי שהדבר יאפשר לבני אותה חצר ליצור ערוב מלא ביניהם וזוהו בין הבעלים בחצר לבעלים בבתים הפונים אליה, יוצרת נזק לבני אותה חצר, בתחום שאינו גורע ממנה מאומה במישור הפרקטי. זאת מכיון שערובין אינם מבטאים שיתוף מעשי, אלא שיתוף מושיגי ורעיוני בלבד. ממילא כל התנגדות בהקשר זה מהווה עמידה דווקנית על עקרון, בלא שבחיי המעשה ייגרע מאומה מן המתנגדים. כנגד דווקנות זו משתמש המשפט העברי בתרופת הכפיה על מידת סדום³⁸. אכן, במקרה זה אין המדובר בזכות חוזית, אך בפנינו כפייה, שתכליתה למנוע בדלנות במישור

על הראב"ה. לפסק דומה בנוגע למקום קיומו של חיוב, כאשר הנדון הוא חובה של יבמה להתגורר במקום מגוריו של היבם, ראה שו"ת רדב"ז חלק א', סימן רפ"ג.

38. ראה שו"ת הרשב"א חלק א' סימן תרס"א, וחלק ה' סימן ל"ז, וכן שו"ת הרדב"ז, מכתב יד חלק ח' סימן ד', כמו כן ראה שו"ת שואל ומשיב, (לרב יוסף שאול נתנון), מהדורה א', חלק א', סימן קס"ג, המבאר כי הדין של "שעבודא דרב נתן" (קידושין דף טו' ע"א) לפיו אדם הנושה ברעהו זכאי לגבות במישרין מבעלי החוב של רעהו, בלא שיוזקק להליכי גביה כפולים, נובע מן הדין של כופין על מידת סדום.

שבו אין פגיעה בבעל הנכס לא במישור הבעלות (קנין גוף) ולא במישור השימוש (קנין פירות).

53. לעומת זאת, כאשר מבקש אדם לכפות על חבריו שותפות ממשית בנכס מסויים, מוצאים אנו מחלוקת בגמרא האם "כופין על מידת סדום", בסוגיה במסכת בבא בתרא דף קסח' ע"א. באותו ענין ההתייחסות הינה לשטרי בירוין (דהיינו, לפסיקתא שבה מסוכם החלק האופרטיבי של פסק הדין)³⁹, ובגמרא מובאת מחלוקת האם זכאי כל צד לבקש כי יכתב לו שטר נפרד עבור עצמו, בכל הנוגע לחלק בפסק הדין המתייחס לזכויותיו. יש דעה הגורסת כי צד אינו רשאי לבקש זאת, וכי בית הדין יערוך שטר משותף לשני הצדדים, אשר ישלמו עבורו במשותף ויהיו בעלים בו במשותף. כדי למנוע נזק כלכלי לאדם ולחסוך לו הוצאה מיותרת, נכפה על הצדדים שיתוף בנכס. גם במקרה זה אין בפנינו מצב שבו נוטלים מבעל הנכס מאומה, לא במישור הבעלות ולא במישור השימוש, אלא נכפית שותפות. לעומת זאת, יש דעה לפיה ניתנת אפשרות לצד מן הצדדים לדרוש כי יכתב לו שטר משלו, ולסרב לשאת בעלות הכתיבה של השטר של חבריו, כדי להימנע משותפות. רש"י מסביר את הדעה לפיה ניתן לכפות על הצדדים שיתוף, מכח הדין של כופין על מידת סדום, בכך שזוהי למעשה דעה המצדדת בגישת התנאים במסכת האבות, פרק ה' משנה יג' לפיה האומר "שלי שלי ושלך שלך" זוהי מידת סדום.

54. התבדלות מן הזולת עלולה להוביל לתופעות חברתיות קשות. חברה שבה אין הזדהות ואין שותפות גורל, סופה שהיא מגיעה לדווקנות בעמידה

39. וראה שו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תרל"א, המתייחס לכתבי טענות, ופוסק בהתאם לסוגיה זו, כי אדם רשאי לטעון, שאין הוא רוצה לפרט את טענותיו בכתב קודם שהצדדים באו בשערי בית הדין. וראה רמב"ם הלכות טוען ונטען פרק ה' הלכה ז', "האומר לחברו, שטר שיש לי בידך זכות יש לי בו... כופין אותו להוציא". ומבאר המגיד משנה כי הדברים מבוססים על הסוגיא דנא. בנוגע לכפייה על מידת סדום, וראה בהגהות הב"ח, על הטור חושן משפט סימן טז', ס"ק ג' המסייג דברים אלו. כמו כן ראה, פסקי דין רבניים חלק ה' עמ' קלב'.

על זכויות, הגובלת בגילויי אכזריות. כדי להמנע מכך, מופעל הכלל של "כופין על מידת סדום". לפי אותה דעה יש לכפות משום כך שותפות ממשית בנכס, מקום שבו מאומה לא נגרע מנוחיותו של אדם כתוצאה משיתוף זה. ואולם, מכיון שמדובר בשיתוף ממשי, ולא רק בשיתוף מושגי, קיימת גם דעה חולקת, לפיה לא תהא כפיה על מידת סדום במקרה האמור⁴⁰. כנגד זאת, בסיטואציה של שיתוף מושגי בלבד או בנוגע לפרשנות דווקנית של הסכם מוצאים אנו כפיה על מידת סדום - לדעת הכלל⁴¹.

ו. כפיה על מידת סדום והלכה ולמעשה

55. הכפיה על מידת סדום הינה כלי חיוני ביותר לפתרון מצוקות קשות, שהיו נגרמות אלמלא דין זה. דוגמא מובהקת לכך, מצויה במקרים שבהם נוצרו ספק קידושין, [כגון, בני זוג אשר עשו טקס נישואין היתולי, ובפועל "שיחקו באש" ויצרו ספק קידושין]. "הבעל" יכול היה במקרה זה להנשא לאישה אחרת, בטרם קיומו של החרם דרבינו גרשום, ואילו האישה נותרה מעוגנת כל ימי חייה. בסיטואציה זו מתן גט ל"אישה", הינו לעתים בבחינת "זה נהנה וזה לא חסר" והכפיה לתת גט, מהווה עוגן הצלה לאותה אשה. ואכן, הדין של "כופין על מידת סדום" שימש את בית הדין לשם כפיית הבעל לתת גט לאשתו במצבים אלו⁴².

40. וראה שו"ת תשב"ץ, חלק ג' סימן פ'.

41. לכפיה על מידת סדום בפרשנות חוזה, בנוגע לחיי הנישואין, ראה שו"ת רדב"ז חלק א' סימן רל"ג המובא בהע"ש 37 להלן.

42. קדושין דף סה' ע"א, ור"ז שם, וראה פסקי דין רבניים, כרך ג' בעמ' שסט', וכן שו"ת יביע אומר, חלק ו', אבן העזר, סימן א'.

וראה שו"ת תשב"ץ, חלק ד', טור א' (הוט המשולש) סימן כז', בנוגע לשתי אחיות, אשר נזקקו לחליצה. בו נקבע את מי מהן יש לחלוץ, ולפטור ממילא את אחותה מחליצה, לנוכח הדין של "כופין על מידת סדום". (בהקשר זה מבאר התשב"ץ, שם, כי הדין של "אל ישפוך אדם מי בורו, ואחרים צריכין לו" נובע אף הוא מן הכלל של "כופין על מידת סדום"). כמו כן ראה בענין זה, שו"ת

56. ואף מעבר לכך, הבעל גם אינו יכול לנצל את מצוקתה של אשתו במקרה האמור ולדרוש תשלום בעד הסכמתו ליתן גט. דרישת תשלום הינה לגיטימית, רק כאשר אדם נדרש לוותר על זכות קניינית מסוימת. ואולם, כאשר הוא מבקש לנצל סמכויות וזכויות הניתנות לו עפ"י דין, באופן שויתורו עליהם לא ישלול הימנו זכות קניינית כלשהי, הרי שדרישת התשלום מהווה ניצול לשמו של מצוקת הזולת, ובית הדין כופין אותו, במקרה האמור, ליתן גט - בלא כל תשלום.

מגיעים הדברים לידי כך, שאף אם נאלצה האישה בדחקו של בעלה, להבטיח לו תשלום מסויים עבור הגט, אין היא מחוייבת לעמוד בדיבורה זה, שהוצא ממנה בסחיטה ושלא כדין⁴³.

57. כמו כן, מצינו מחלוקת עזה בין הפוסקים ביחס לשאלה האם ניתן לכפות על בת לחתום על כתב ויתור בנחלת אביה, כדי שהבנים יוכלו להציג כתב ויתור זה בערכאות שבהן אין פוסקים עפ"י דין תורה ושבהם בת יורשת גם כאשר לאב יש בנים⁴⁴.

הרדב"ז חלק א', סימן רלג', לפיו אדם שנשא אשה, ומשזו לא יכלה ללדת, פייס אותה בממון כדי שתסכים לכך שהוא ישא אשה נוספת בשם אסתר. גם אסתר לא ילדה והתעוררה השאלה, כיצד לפרש את הסכמת אשתו הראשונה: האם הסכמה זו כוללת נישואין של אישה אחרת ג"כ, לאחר גרושיו מאסתר אם לא? גם בפרשנותו של חוזה מסוג זה, נעשה שימוש בכלל בדבר הכפיה על מידת סדום, והותר לו לשאת אשה אחרת, תחת אסתר.

43. ראה שו"ת מהרש"ל סימן כה'.

"באחד שהוציא קול דיבה שקידש לאחת, וכדי להסיר הדיבה והלעז הבטיחו לו סך גדול ושיתן גט, ומסרה בסחונות על זה... ואמר לה, למה לו ליתן לה בחינם מאחר שהוא אינו נוקק לכך: זה אינו, דזה נהנה וזה לא חסר, וכחא גוונא כופין על מידת סדום, וכן כתב הר"ן בהדיא".

44. בשנת תש"ג (1943) הותקנו תקנות הדיון קע"ד, קפ"ב-קפ"ג, המחייבות את בתי הדין, ואשר על פיהן מושווה מעמד הבת בירושה למעמד הבנים, וכך אכן נוהגים בתי הדין הרבניים החל מאותה עת. דוגמא לכך נמצאת כבר בתחילת המאה ה-14 בתקנות העיר ואלילייד, והדברים מובאים בשו"ת הריטב"א סימן ק"פ.

בספר הרי בשמים (לר' ליבוש הלוי איש הורביץ) חלק א' סימן קכט' וחלק ב' סימן צט', וכן בשו"ת דברי חיים (לר' חיים הלברשטם מצאנז) הושג משפט סימן ג', ובספר "משפט שלום" למהרש"ם, בקונטרס משמרת שלום סימן קפד' נפסק כי הבת אינה חייבת להענות לדרישה זו של האחים וכי זוהי זכותה לדרוש אפילו סכום כסף גבוה ומוגזם בגין חתימתה זו.

לעומת זאת בשו"ת מהרי"א ז' עניזיל סימן כח' וסימן כט' מצינו כי יש לכפותה לחתום על ויתור שכזה, חינם אין כסף. וכמו כן מצינו בבית שלמה בסימנים קח' וקט' כי ניתן לכפות על הבת לחתום, חינם אין כסף על ויתור כאמור, לנוכח הדין של כופין על מידת סדום⁴⁵.

58. מחלוקת זו של הפוסקים נעוצה בכך שמחד גיסא הבת מוותרת על זכות קניינית, ומאידך גיסא זוהי זכות שאינה מגיעה לה בדין, עפ"י דין תורה.

מכיוון שיש במקרה זה ויתור על זכות קניינית של הבת, המוקנית לה עפ"י הדין הכללי הנוהג באותה מדינה, סבורים חלק מן הפוסקים כי זוהי זכותה של הבת לדרוש בגין כך מחיר ככל שתחפץ. הצורך של אחרים בדבר המצוי בין זכויותיה הקנייניות, מהווה ביקוש שניתן לנצלו לשם גביית מחיר גבוה, כפי שבכל תחום במשק, המחיר הינו נגזרת של עקומת ההיצע והביקוש.

לעומת זאת, הפוסקים החולקים על כך סבורים, כי מכיוון שע"פ דין תורה אין לבת זכות קניינית כאמור, הרי שניצול העובדה שעל פי דינים אחרים נמסרו

לענין זה ראה: מ. אלון "המשפט העברי" (מהדורה שלישית, תשמ"ח) בעמ' 671-670, 682-685, ובעמ' 1249 הערה 122. וראה: הרב י.א. הלוי הרצוג "הצעת תקנות בירושות", תלפיות שנה ו' (ניסן תשי"ג) 36-37. לעומת זאת ראה דבריו החריפים של ה"חזון איש" ב"קובץ אגרות" איגרת צו', במכתבו אל הרב איסר זלמן מלצר, בעל "אבן האול".

45. בענין זה ראה גם: שו"ת פני משה (בבבנישתי) חלק ב' סימן סו'; שו"ת מהרי"א הלוי, חלק א' סימן ד' וחלק ב' סימן סא'; "נחלת צבי" (לבעל ה"פתחי תשובה") סימן רעו'; וסיכום הדברים בשו"ת "מנחת יצחק" חלק ב', סימן צד'.

לידיה נכסים אלו, מהווה נסיון לעשות שימוש בזכויות שאינן נובעות מזכויות קנייניות, ובגין כך לא ניתן לדרוש תשלום, לנוכח העקרון של "כופין על מידת סדום", המונע מאדם לעמוד באופן דווקני על זכויותיו ולדרוש תשלום כאשר אין זכות קניינית כלשהי הנשללת הימנו ולא נגרע ממנו מאומה.

ז. סיכום

הכפיה על מידת סדום נועדה לאפשר לבית הדין למנוע שימוש לרעה בזכות ולשרש תופעות של שרירות לשמה, גם בתחום הקניין הפרטי. הבעלות נתפסת כזכות להשתמש בנכס אך לא כזכות להשתרר על הזולת. ההבחנה בין בעלות לשם שימוש לבעלות לשם שלטון על הזולת, מתבצעת באמצעות הכלל המשפטי בדבר הכפיה על מידת סדום. עם זאת, הכפיה על מידת סדום לא נועדה לבצע מהפיכות חברתיות וליטול ממון ממי שאינו זקוק לו כדי להעבירו לנזקקים. הכפיה על מידת סדום אינה יכולה על כן, לשמש אמתלה ליטול נכס מן הזולת וזאת גם לדעת הפוסקים הסוברים כי ניתן לכפות על אדם לוותר על זכויות קנייניות, בסיטואציות של "זה נהנה וזה לא חסר".

59. משום כך, הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום לא יבא לידי ביטוי כאשר מבקשים לשלול מאדם את קיומה של הזכות הקניינית שבידיו וזאת אף אם הוא אינו זקוק כלל לזכות זו ולא ירגיש בחסרונה. לעומת זאת, הכפיה על מידת סדום באה לידי ביטוי בשני מקרים אלו:

(א) כאשר אדם מבקש לנצל זכות קניינית שלו עצמו, והזולת מנסה למנוע זאת ממנו - מכח זכויות קניין סותרות שבידו.

(ב) כאשר אדם מבקש להשתמש בזכות קניינית של רעהו, מבלי ליטול את עצם זכות הקניין.

בשני מקרים אלו, כאשר זה נהנה וזה לא חסר מאומה, עשוי לבא לידי ביטוי הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום.

60. בנוסף, מאפשר הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום, לשרש תופעות חברתיות של דווקנות ופורמליסטיות הפוגעות בתחושת הצדק. כך נוהגת הכפיה על מידת סדום לדעת הכל בלא שתהיה בענין זה מחלוקת כלשהי, כאשר הדברים נוגעים לפרשנותו של חוזה, או בתחומים של שיתוף מושגי בלבד, כגון ביני ערובין.

ויצויין, מן הדעות השונות שנסקרו לעיל עולה, כי כאשר יש לאדם זכות קניינית ורוצים לרכוש אותה ממנו, הרי שהוא זכאי לדרוש הון רב בגין כך, על אף שהסכום הנדרש חורג משוויה של הזכות הקניינית, והסכום המופרז נדרש על ידו לנוכח העובדה כי פלוני זקוק לזכות זו. ניצול של היצע מוגבל וביקוש מיוחד - אינו נחשב לשרירות לב, ולא יחול במקרה זה הדין של כופין על מידת סדום.

ואולם, במקום שבו לא מדובר בזכות קניינית שמבקשים מאדם לוותר עליה, אלא רק בשימוש בנכס מסוים, בלא נטילת עצם זכות הקניין, חל הכלל של כופין על מידת סדום ובמקרה זה לא יכול אדם לנצל את מצוקת הזולת ולדרוש סכום מוגזם. הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום מחייב במקרה זה לאפשר לזולת להשתמש בנכס האמור בלא שיגבה ממנו סכום כלשהו מעבר לשוויה של הזכות האמורה.

61. עם זאת יצויין, כי גם כאשר יש לאדם טענות סובייקטיביות, לפיהן הוא מעדיף נכס מסוים, או אופן השתמשות מסוים בנכס, ועל כן סרובו לאפשר לזולת ליהנות כפי שביקש, אינו בגדר "זה נהנה וזה לא חסר" הרי שטענות אלו עשויות להתקבל. מקרה זה נחשב ל"זה נהנה וזה לא חסר", שכן החסרון הנחשב כעילה מוצדקת לסרוב לאפשר לזולת ליהנות אינו חייב להיות חסרון אובייקטיבי, ולעיתים די בחסרון סובייקטיבי, כדי להוות הצדקה ראויה. הכלל בהקשר זה הוא, כי על הסרוב להיות סביר, ובית הדין הוא שיקבע האם מדובר בטעם סביר או באמתלה שאין בה ממש.

כתוצאה מכך נמצא כי במשפט העברי גם מתחם השיקולים של הפרט נבחן במאזניים של סבירות כאשר קנה המידה הוא, דאם מדובר בניצול הבעלות לשם שלטון או בדלנות שרירותית או שמא מדובר בהתנהגות הנובעת מרגישות סובייקטיבית מוצדקת כשגם טענות בדבר העדפות סובייקטיביות יצטרכו לעבור את כור המבחן המשפטי, וזכויות הקניין כשלעצמן לא יהוו מחסה מפני ביקורת שיפוטית המיועדת למנוע שרירות לשמה.

62. ודוק, מן המקורות שנסקרו עולה, כי הכפיה על מידת סדום אינה נתחמת בנושאים כלכליים דווקא. בספרות ההלכתית מצינו כי נעשה שימוש בכלל משפטי זה, אף בנוגע לכח שמקנה מוסד משפטי מסויים, כגון הכח שמקנה הצורך להיזקק לגט או לחליצה מגבר מסויים. למעשה ניתן לומר, כי בכל מקום שבו ניתן בידיו של אדם כח מסויים, מוצב כנגדו הדין של כופין על מידת סדום, כדי ליתן כלי בידי בית הדין שיאפשר למנוע שימוש לרעה בכח זה וניצולו בשרירות לב ובאופן בלתי סביר.

פרק יא: האישה בהליך השיפוטי

1. "כל אשר תאמר אליך שרה שמע בקולה" (בראשית כא יב). מבאר רש"י: שאין מדובר בציווי חד פעמי לאברהם, אלא בנגזרת הנובעת מן העובדה "שהיה אברהם טפל לשרה בנביאות" (שם). הרש"ר הירש אף מציין שהמונח "לשמוע בקול", להבדיל מן המונח לשמוע "לקול", משמעו ציות. האדם שומע בקול הוריו, בקול מוריו, בקול מפקדיו ובקול הממונים עליו, והוא מחויב לציית להם אף אם דבריהם אינם לפי רוחו, ואף אם אינו יורד לסוף דעתם, מכיוון שהוא סומך, או מחויב לסמוך, על שיקול דעתם. אברהם נצטווה "לשמוע בקול" שרה, לא רק לשמוע את דבריה, כיוון ששרה היטיבה לעמוד על טיבו של ישמעאל יותר מאברהם. הרש"ר הירש (גרמניה, המאה הי"ט) מציין את הסיבה: "שהרי בדרך כלל נשים מעמיקות לחדור במבטן אל דרכי האופי". הנה כי כן, נמצא האב הראשון של האומה, המאמין הראשון והנביא הראשון, טפל לאשתו. מצב זה מלמד על הכלל.

2. ר' יצחק עראמה (ספרד, המאה הט"ו-ט"ז), בעל "עקידת יצחק", מבהיר שהשם "אישה", שניתן לחווה קודם חטאה, נועד לבטא את היות האישה שווה לאיש. ואכן, הוא גורס שהאישה אינה נופלת מן האיש במאומה במישור הקוגניטיבי:

וכמוהו תוכל להבין ולהשכיל בדברי שכל וחסידות, כמו שעשו האמהות וכמה צדקניות ונביאות, וכאשר יורה פשט "אשת חיל מי ימצא".

3. יתר על כן, בעל "עקידת יצחק" מבהיר שגער יעקב ברחל על דבריה, שאם אין לה ילדים, סר הטעם לחייה - "הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי" (בראשית ל, א) - כיוון שאמירה זו נבעה מהשקפת עולמה שבהיעדר ילדים

אין האישה מגשימה את תכליתה כ"חווה", אם כל חי, ואין כביכול טעם לחייה. יעקב התנגד מכול וכול להשקפה זו. אכן, גידול ילדים הוא תכלית חשובה, אך אין הוא חזות הכול בחיי האישה. אדרבה, זה הוא "התכלית הקטן" - ההגדרה השנייה, המשנית, של האישה. התכלית העיקרית של האישה היא ההגשמה העצמית של חייה שלה ומימוש ההגדרה הראשונה שלה כ"אישה" השווה לאיש לכל דבר ועניין.

4. אם נקודת המוצא הברורה היא שאין הבדל שכלי בין האיש לאישה, ולדברי הרש"ר הירש אף ניחנו הנשים בכישרון העמקה לחדור אל מעמקי אופי הזולת, מה היגיון יש בפסילת עדות? הן משפט צדק הוא אחד מן הדברים שעליהם העולם עומד ועדות היא אחד מן הכלים הבסיסיים החיוניים לעשיית משפט. משום כך, נקבע כי מסירת עדות איננה זכות אלא חובה.¹ כך פוסק הרמב"ם, כי אדם חייב למסור לבית הדין את אשר ראה או ידע, בין עדות שיש בה כדי להפיל ולהמית ובין עדות שיש בה כדי לזכות ולהציל, בין עדות שיש בה הפסד ממון ובין עדות שיש בה רווח לזולת, והעובר על מצווה זו וכובש את עדותו - עובר על הדין.² יתרה מכך, אדם שבידו מידע חייב לבוא ולהעיד גם מכיוון שהמשפט העברי אינו מתיר לאדם להישאר ניטרלי ואדיש כלפי מצוקה של הזולת כשיש בידו לסייע. בעל דין הנתקל בהכחשה של טענותיו ואין עדים שיוכיחו כי אכן הצדק עמו, מצוי במצוקה דיונית. על כן, כשם שאדם חייב להציל את רעהו המצוי בסכנת חיים, מכוח הדין של "לא תעמוד על דם רעך",³ כך מוטלת חובה - מכוח אותו דין עצמו - למסור עדות.⁴

1. מקורה של החובה למסור עדות בפסוק: "ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה, והוא עד או ראה או ידע, אם לא יגיד ונשא עונו" (ויקרא פרק ה' פסוק א').
2. רמב"ם, ספר המצוות מצוות עשה קע"ח.
3. ויקרא פרק יט', פסוק טז'.
4. רמב"ם, ספר המצוות מצוות לא תעשה רצ"ו. מקור הדברים בספרא פרשת קדושים, פרשה ב' פרק

5. על אף זאת, קיימת הנחה שכיחה, כי נשים פטורות כביכול מן החובה למסור עדות, שכן לפי דיני הראיות של המשפט העברי, אישה פסולה לעדות.⁵ לא הכל יודעים כי נשים מעידות בפועל בדברים רבים מספור ובאותה הלכה עצמה בשולחן ערוך מובאת בהגהת הרמ"א, תקנת קדמונים המכשירה עדות אישה בכל מקום שבידה מידע ייחודי.⁶ בהתאם לתקנת קדמונים זו קובע הרמ"א, כי אישה כשרה לעדות כאשר מתרחש אירוע ספונטני, שאין אפשרות לתכנן מראש מי יהיו עדים לו,⁷ וכמו כן כשרה

ד': "ומנין שאם אתה יודע לו עדות אין אתה רשאי לשתוק עליה? תלמוד לומר "לא תעמוד על דם רעך", ומנין שאם ראית טובע בנהר או ליסטים באים עליו או חיה רעה באה עליו, חייב אתה להצילו בנפשו? תלמוד לומר "לא תעמוד על דם רעך".

5. שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות עדות, סימן לה' סעיף יד'. מקור ההלכה מובהר על ידי הרמב"ם הלכות עדות פרק ט' הלכה ב' "נשים פסולות לעדות מן התורה, שנאמר "על פי שניים עדים" (דברים יז' ו' וכן דברים יט', טו') לשון זכר ולא לשון נקבה", ור' שו"ת התשב"ץ, חלק א', סימן ע'. ה"טורי אבן" בחידושו למסכת ראש השנה, דף כ"ב (דיבור המתחיל "האישה כשרה") מבהיר, כי בעוד שעד פסול - כלל אינו עד, הרי שאישה מהווה עד, אלא שהיא נפסלה מחמת גורת הכתוב "ועמדו שני האנשים - ולא נשים" (שבועות דף ל' עמ' א') ובלשונו: "אין לומר שאין שם עד עליה, שבוודאי שם עד עליה ורק אין שם איש עליה". משום כך מסיק ה"טורי אבן", כי גם בעדות נשים נקבע הדין כי אם אחד מן העדים הוא קרוב או פסול - בטלה העדות של כל קבוצת העדים ולא ניתן לומר כי אישה אינה נחשבת כלל כעד ועל כן אין עדותה פוסלת את שאר העדים. דברים דומים פסק הרב יצחק אלחנן ספקטור, רבה של קובנה, בשו"ת נחל יצחק, חלק א', סימן ל"ה, ענף ז'. לעומת זאת בספר נתיבות המשפט חושן משפט סימן לו' ס"ק י', וכן הרב יונתן איבשיץ' בספרו אורים ותומים סימן ל"ו אות י"א, נוקטים בגישה שונה, לפיה אם נמצאת אישה ביחד עם קבוצת עדים, ואף אם התכוונה לראות את האירוע ולהעיד - אין היא פוסלת את שאר העדים, מכיוון שהיא אינה מוגדרת כעד כלל.

לסיכום ולדין נרחב בסוגיה זו, ר' שו"ת יביע אומר, לרב עובדיה יוסף, חלק ו - אבן העזר, סימן ו' באות ד'.

6. הרמ"א בספרו דרכי משה מציינ כי מדובר בתקנה שתקן רבנו גרשום מאור הגולה. לעומת זאת במהרשד"ם, אבן העזר סימן ק"ג, מיוחסת התקנה לרבנו תם.

7. לעומת זאת, ר' שו"ת נודע ביהודה, מהדורה שנייה, חלק חושן משפט, סימן נ"ח מובהר, כי כאשר

אישה להעיד בכל מקום שבו היא שמה לב לפרטים שעדים אחרים לא ראו.⁸

הרב ישראל איסרלין, בשו"ת תרומת הדשן⁹ פסק על כן כי יש לקבל עדותן של נשים והביא ראיה לפסיקתו מן הגמרא במסכת קידושין,¹⁰ בה מצוין כי שלושה נאמנים להעיד על אדם כי הוא בכור הזכאי לקבל פי שנים מאחיו בירושה, ואלו הם: אביו, אמו והמיילדת. סוגייה זו מהווה הוכחה מן הגמרא לתקנת הקדמונים המכשירה עדות אישה במקום שבידיה מידע ייחודי.¹¹

העדות היא לגבי דבר הנמשך זמן ממושך, כגון עדות על הימצאות חפץ גנוב ברשות מישוה, אין אישה נאמנת, על אף שגניבת הנכס הייתה מעשה לבתי צפוי.

8. דוגמא מעניינת לכך מצייין הרמ"א שם בנוגע לעדות בדבר סוג הבגדים שלבש אדם בעת שהתרחש אירוע מסוים. הוא מצייין כי מכיוון שבדרך כלל גברים אינם שמים לב לפרטי לבוש של זולתם, נמצא כי בידי האישה, ששמה לב לפרטים אלו, מצוי מידע ייחודי. הרמ"א פוסק על כן כי תתקבל עדותה של אישה - היודעת את העובדות ושמה לב לפרטים.

9. ר' ישראל איסרלין, תרומת הדשן, סימן שנ"ג (מקור השם תרומת הדשן בכך שבחלק א' של הספר ישנן שנ"ד שאלות ותשובות כמניין דש"ן). המקרה שאליו התייחס "תרומת הדשן" נסב אודות ויכוח שנגע למה שהתרחש בעזרת נשים בבית כנסת. מטבע הדברים היה זה מידע ייחודי המצוי בידי הנשים. עם קבלת עדותן אף הועדפה עדות זו על פני עדות אחרת.

למהימנות עדות אישה בנושאים שבהם יש בידה מידע ייחודי ר' עוד שו"ת מהר"י מינץ, סימן ו', אודות "שתי נשים... העידו בתורת עדות ועל פי החרם".

עם זאת, הש"ך על שולחן ערוך חושן משפט, הלכות עדות, סימן לה' ס"ק י', בשם המהרש"ל, חולק ומצייין "ולעולם עד אחד באנשים מהימן יותר משתי נשים". לשיטת הש"ך גם לא ניתן להוציא ממון מידי המוחזק בו על ידי עדות אישה.

10. קידושין דף ע"ד עמ' א'.

11. באותה עת לא היו גברים רגילים להיות נוכחים בשעת הלידה וממילא היה בידי נשים מידע ייחודי בעניין זה. לעניין זה ר' פסקי דין רבנים, ערעור תשי"ח/49, כרך ג' עמ' ע"ז: "ודאי עדות גמורה חשיב, דאמרינן בפרק עשרה יוחסין (קידושין דף ע"ג, עמ' ב') "תנו רבנן: נאמנת חיה [מייילדת] לומר זה כהן זה לוי, זה נתין וזה ממזר" וכתב הר"ן ז"ל: לא מן הדין אלא שהאמינו לה רבנן לפי שעל פי רוב אי אפשר (להוכיח את הדבר) באופן אחר, וכן כתב מהר"ק בשם רבנו תם. ואישה או

נמצא אם כן, כי בניגוד להנחה המקובלת, אישה כשרה להעיד, בכל נושא שבו יש בידה מידע וזווית ראייה, שהם נחלתה הייחודית.¹² מכיוון שעדות מביאים בעיקר כדי להביא בפני הגוף השיפוטי את המידע הייחודי שבידי מוסר העדות ולא כדי לחזור על דברים שנאמרו על ידי עדים אחרים, ובכל המקרים הללו אישה כשרה לעדות, הרי שהנוהג השורר כדבר שבשגרה בבתי הדין הרבניים, הוא כי מקבלים עדות של נשים.¹³

6. בנוסף לנאמנות זו של נשים להעיד בכל מקום שבו מצוי בידן מידע ייחודי, קיימת רשימה ארוכה של נושאים שבהם מושווית עדותה של אישה לעדותו של האיש, לכל דבר ועניין.

כך למשל:

- כל דבר שמסור בידה של אישה לתקנו, נאמנת היא להעיד לגביו.¹⁴
- עדות אישה מתקבלת גם בנושאים החמורים ביותר, כגון התרת אשת איש להינשא לאחרים.¹⁵ כך, למשל, נאמנת אישה להעיד כי בעל שנעדר

קרוב נאמנים על זה, וכן בכל דבר קטטה שאין עדים רגילים... שכן באלו הדברים השייכים לנשים ואין דרך לאנשים בהם, האמינו לנשים בין להקל ובין להחמיר".

12. בעניין זה ר' ג' הולצר, במאמרו המקיף "עדות אישה במשפט העברי", סיני סז (תש"ל), עמ' צ"ד, בעמ' קי"ב.

13. ר' למשל פסקי דין רבניים, ערעור תשי"ח/49, כרך ג' עמ' ע"ז, בעמ' פ"ג בו נפסק (מפי כב' הדיינים: הרב ב' זולטי ז"ל ויבדל"א הרבנים י' הדס, י' ש' אלישיב), כי: "גם בדור פרוץ אשר רבה העזות, במקום שיש אמתלאות שאומרת אמת, היא נאמנת, ומספיק גם קצת רגלים לדבר"; ור' עוד שו"ת רלב"ח סי' ל"ג ופסיקת הרמ"א באבן העזר סי' קנ"ד ס"ז, ופתחי תשובה שם.

14. תוספות במסכת פסחים דף ד' עמ' ב' דיבור המתחיל "הימנוהו", מבחיר בהקשר זה כי מעשים בכל יום הם כי אישה מהימנת להעיד כי עישרה את האוכל והפרישה חלה וכיו"ב. כמו כן, מציינת תוספות שם, כי אישה נאמנת להעיד עד היכן מגיע תחום שבת, בעוד שקטן אינו יכול להעיד על כך.

15. היתר לאשת איש להינשא לאחר הוא נושא שלא ניתן להפריז בחומרתו, שהרי יחסי אישות עם אשת איש נחשבים לאיסור עריות (כמו קיום יחסים עם אחות או עם בת) והילדים הנולדים מיחסים אלה הם ממזרים.

שוב אינו בין החיים, ומכוח עדות זו מותרת אישתו של הנעדר מכבלי עגינותה ורשאית להינשא.¹⁶

- אישה כשרה להעיד בכל נושא שמועילה בו עדות של עד אחד.¹⁷ משום כך מתקבלת עדות אישה בכל מתחם הנושאים הנוגעים לשאלות של איסור והיתר, כגון: כשרות מזון, שחיטה, הפרשת חלה ומעשר, שבת, נידה וכיו"ב סוגיות העוסקות אף באיסורי תורה.¹⁸

כאן יש להבהיר כי תחומי האיסור וההיתר משתרעים על פני יריעה רחבה מאוד של נושאים,¹⁹ המהווים חלק ניכר מן המרחב החוויתי של היהודי שומר המצוות, ואישה כשרה להעיד בכל קשת הנושאים העצומה הזו. לאור מהימנות זו, גם התיר הרב משה פינשטיין למנות אישה כמשגיח כשרות.²⁰

16. שולחן ערוך, אבן העזר, סימן י"ז סעיף ג'. מקור הדברים במשנה ביבמות פרק ט"ז משנה ז' "משיאין את האישה על פי עד אחד". המשנה מציינת כי רבי עקיבא הרצה את הדברים בפני רבן גמליאל, ותגובתו הייתה כי אכן בעת שנהרגו יהודים בתל ארזא, השיא סבו (רבן גמליאל הזקן) את נשותיהם על פי עד אחד, ונתקבלו דבריו כהלכה פסוקה לפיה כשרה עדות אישה להתיר עגונה.

17. רמב"ם הלכות עדות פרק ה' הלכה ג'. ור' סיכום ההלכה על ידי הרב אליעזר וולדנברג, בשו"ת ציץ אליעזר, חלק ד' סימן כ'.

18. תוצאה זו נובעת מהצבר של שני גורמים: הגורם האחד הוא, כי "עד אחד נאמן באיסורים" (גיטין דף ב' עמ' ב').

הגורם השני הוא, כי אישה כשרה להעיד בכל מקום שבו די לנו בעדותו של עד אחד. אדרבה, המקור לכך שעד אחד נאמן באסורין נובע, לדעת התוספות, מכך שאישה נאמנה להעיד בנוגע לנידתה. לעניין זה ר' תוספות שם, דיבור המתחיל "עד אחד נאמן באסורין".

כמו כן יצויין כי אישה נאמנת להעיד בכל נושא שהופקד בידיה, ושואן בו טרחה יתרה ודקדוק גדול או ספק, ר' הגהת הרמ"א על שולחן ערוך יורה דעה סימן קכ"ז סעיף ג' ובש"ך שם ס"ק כ"ט ו- ל'.

19. האישה נאמנת בין השאר להעיד בסוגיות של סוטה ועגלה ערופה ועדותה בעניין זה מתקבלת מדין תורה - רמב"ם הלכות עדות פרק ה' הלכות ב' ו-ג'.

20. הרב משה פינשטיין, שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק שני סימן מ"ה.

- נשים כשרות להעיד בנושאים הקשורים לייבום וחליצה.²¹
 - נשים נאמנות להעיד בנושאים שבינו לבינה.²²
 - אישה כשרה להעיד אודות אישה אחרת, שהייתה בשבי, כי לא נאנסה על ידי שוביה וממילא יכולה להינשא גם לכהן.²³ כמו כן, הלכה פסוקה היא כי כדי לדעת האם אישה בגרה "בודקים על ידי נשים כשרות ונאמנות ואפילו אישה אחת בודקת ושומעים לה".²⁴
 - בהקשר זה פוסק הריב"ש,²⁵ כי עדות אישה היא עדות גמורה, בין לענייני איסור - כלומר לעניין האחריות הפלילית, ובין לענייני ממון.²⁶
 - אישה נאמנת להעיד בסוגיה של שיוך חפצים לבעליהם, כאשר מדובר בקניין מדרבנן.²⁷
 - עדות נשים מועילה לשנות את נטל הראייה והשבועה בסכסוך בין שני
-
21. שולחן ערוך, אבן העזר, סדר חליצה, סימנים כ"א - כ"ד. כמו כן ר' רמב"ם, הלכות ייבום וחליצה, פרק ד' הלכה ל"א. הרמב"ם מנמק הלכה זו בכך, שמדובר בעובדות העשויות להתגלות ("מילתא דעבידא לאיגלווי"), ועל כן אין המדובר בעדות המחדשת עובדות בלתי ידועות לבית הדין אלא ב"גילוי מילתא" המוסר לבית הדין עובדות שיתבררו ממילא לכל. לעניין זה ר' גם הגהות מימוניות שם בהלכה ד' וכן שו"ת הריב"ש סימן קכ"ב.
22. רמב"ם הלכות אישות פרק כ"א הלכה י' פסוק כי כאשר יש ויכוח בין בעל לאשתו בדברים הנוגעים לחיי הנישואין שלהם "מושיבים אשה ביניהם... ודבר זה כפי מה שיראה הדיין שאפשר בדבר".
23. רמב"ם הלכות איסורי ביאה, פרק י"ח הלכה י"ז.
24. שולחן ערוך אבן העזר, סימן קנ"ה ס' ט"ו.
25. שו"ת הריב"ש סימן קפ"ב.
26. לעומת זאת ר' שו"ת התשב"ץ, חלק א' סימן ע"א.
27. ר' בבא קמא דף ק"ד עמ' ב', בהתייחס למשנה לפיה נאמנת אישה להעיד "מכאן יצא נחיל זה". לדעת חלק מן האמוראים נובעת הנאמנות מכך שאין המדובר בעדות פורמלית אלא באישה המסיחה לפי תומה, ולפי דעת אמוראים אחרים, נאמנות זו נובעת מכך שמדובר בקניין מדרבנן. לעומת זאת, ר' בהקשר זה פסקו של הרמב"ם הלכות נזקי ממון פרק ח' הלכה י"ג ושו"ת נודע ביהודה, מהדורה תנינא, חושן משפט סימן נ"ח.

צדדים בהתדיינות ממונית.²⁸ בהקשר זה אף מצינו בגמרא²⁹ מקרה בו החליט רבא להעביר נטל ראייתי במסגרת התדיינות משפטית, מצד אחד למשנהו, לאור דברי אשתו של רבא כי הטלת חובת השבועה על פלונית לא תקדם את ברור העניין, שכן היא חשודה להישבע לשקר.³⁰ בעקבות מידע זה החליט רבא כי השבועה תועבר אל שכמו של הצד שכנגד, כדי למנוע מצב שבו אדם עובר עבירה של שבועת שווא. יתרה מכך, בסוגיה זו הועדפה עדות אישה אף על פני עדותו של אמורא, לנוכח רמת אמינותה האישית של העדה.³¹

7. לאור הצבר הנושאים שבהם נאמנת אישה להעיד, נמצא כי הכלל הרחב שפסל עדות אישה, ממשיך לחול כמעט אך ורק בנושאים שבהם העדות נותנת תוקף מחייב לאירוע, כגון בענייני גיטין וקידושין, שבהם נחוצה עדות לשם מתן תוקף לקידושין או לגט ולא רק כדי להעיד אודות קיומם. בכל שאר

28. רמב"ם בהלכות סנהדרין פרק כ"ד הלכה א' "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן, אף על פי שאין שם ראייה ברורה... כיצד? הרי שנתחייב אדם שבועה בבית דין ואמר לדיין אדם נאמן אצלו ושדעתו סומכת על דבריו שזה האיש חשוד הוא על השבועה, יש לדיין להפוך השבועה על שכנגדו וישבע ויטול... אפילו הייתה אישה...". עם זאת, אין הדבר ברור כי נאמנות זו של האישה להעברת הנטל נובעת מדיני עדות. לעניין זה ר' מהר"ם אלשקר, ס' קי"ט, בשם רב שרירא גאון ורב האי גאון.

29. כתובות דף פ"ה עמ' א'.

30. על בסיס זה פסק הרמב"ם הלכות סנהדרין פרק כ"ד הלכה א': "יש לדיין לדון בדיני ממונות על פי הדברים שדעתו נוטה להן שהן אמת והדבר חזק בלבו שהוא כן... אם יצא שטר חוב לפניו ואמר לו אדם שסמך עליו - אפילו אשה או קרוב - זה פרוע הוא, אם סמכה דעתו על דבריו, יש לו לומר לזה, לא תפרע אלא בשבועה".

31. כך מצוין בגמרא שם, כי כאשר לימים הגיעו שני אמוראים להתדיין בפני רבא, לא העביר רבא את נטלי הראייה בעקבות עדותו של אחד מהם. כאשר נשאל רבא במה נגרעה עדותו של האמורא (רב פפא) לעומת עדותה של אשתו של רבא, אשר על פיה שינה רבא את נטלי הראייה? השיב על כך רבא, כי עדותה של אשתו מוחזקת כמהימנה, שכן היא אישה צדקת שאינה משקרת, ואילו רב פפא - לא נהנה בעיניו ממידת מהימנות שכזו.

הנושאים מתקבלת עדות נשים באופן מלא. בהקשר זה נשאלת השאלה: מדוע קיים הכלל האמור בדבר פסלות אישה לעדות, כאשר בפועל קיימים בצד הכלל האמור יוצאים מן הכלל רבים, המקיפים מתחם רחב אף יותר מאשר הכלל עצמו? הן לא יתכן כי מדובר בחוסר אמון בעדותה של אישה, שהרי האישה נאמנת בנושאים כה רבים, ותקנת הקדמונים אף מוסיפה על כך ומכשירה את עדותה כמעט בכל נושא ובלבד שבידה מידע ייחודי.³² מה עוד

32. פרופ' שלום אלבק בספרו, הראיות בדיני התלמוד (עמ' 97 - 98) מציין כי מכיוון שלא היה זה דרכן של נשים להשתלב בעסקים ובחיי המסחר, נוצר חשש כי הן לא יבינו כראוי את הדברים שהיו עדות להתרחשותם, ולא יעמדו על משמעותם הקריטית של פרטים שונים. פרופ' אלבק מוסיף ומציין: "הלכך נאמר עליהן - 'נשים דעתן קלה עליהן', שכן מחמת שאין להם ניסיון במשא ומתן עם הבריות הן מתפתות בנקל להאמין בדברים שלא היו". פרופ' אלבק מפנה שם לשורה של מקורות, אך נראה כי אלו עוסקים במינוי נשים כאפוטרופוסים, ולא לכשירותן לעדות. לעומת זאת, מסיק פרופ' אלבק, כי במקום שבו משתלבות נשים בחיי המסחר או שבו בקיאות הנשים בסוגיה העומדת לדיון בפני בית הדין, הרי שאכן גם הנשים כשרות להעיד. פרופ' אלבק סבור כי זהו הבסיס לתקנת הקדמונים המקבלת עדות נשים בכל מקום שבו בידיהן מידע ייחודי. ואולם, הסבר זה מעורר קושי, שהרי במקום שבו בידי האישה מידע ייחודי מתקבלת עדותה גם בנושאים שבהם אין היא עוסקת בדרך כלל ושבהם אינה בקיאה. בנוסף, קשה להלום הנחה לפיה נשים נחשדות "להתפתות בנקל להאמין לדברים שלא היו", עת שאנו רואים כי עדות אישה כשרה ומקובלת בשורה כה ארוכה של נושאים.

גם את פירוש המונח "נשים דעתן קלה עליהן" הבהרנו בדרך שונה לגמרי, כמתייחס לגמישות מחשבתית ולאנושיות, ולא לפזיזות או לחוסר הבנה חלילה. פרופ' אלבק מציין כי על רקע העדר הבקיאות כביכול של נשים בעניינים ממוניים, שבהן לא עסקו באותה עת, יש להבין את מדרש חז"ל בבראשית רבתי לר' משה הדרשן (מהדורת מהר"ח אלבק ת"ש), עמ' 92 על דברי שרה "ותכחש שרה לאמר לא צחקתי כי יראה" (בראשית יח, ט) - מכאן שהנשים כובניות הן; "כי יראה" - מפני היראה מכובת, ואינן מודות על האמת, לכך אין מקבלים עדות מן הנשים". בדומה לכך ר' בערוך, ערך נשים: "בילמדנו: 'ותכחש שרה' - מכאן פסלו רבותינו את הנשים לעדות".

אך נראה כי מדרש זה אינו מתייחס לאי בקיאות של נשים בסוגיות נושא העדות אלא ניתן בו טעם אחר לחלוטין, הטעון ביאור כשלעצמו, אודות יראה - להבדיל מאי בקיאות בפרטים - הפוקת

שככלל מבהיר ה"תוספות" במסכת זבחים³³ כי פסולי עדות אינם פונקציה של חוסר נאמנות. כך למשל, כאשר נקבע כי קרובי משפחה פסולים להעיד לטובת או לחובת קרובם, הרי שהדין הוא, כי גם משה ואהרן פסולים היו להעיד לקרוביהם. על אף שאיש לא מפקפק במהימנותם המוחלטת של שני אישים דגולים אלו, שבוודאי לא נחשדו לשנות את עדותם גם כאשר העניין נוגע לקרוביהם. על רקע זה מציין "תוספות", כי גם הפסול של עדות נשים אינו נעוץ בחוסר מהימנותן כביכול. אם כן, נשאלת השאלה: מהו הגיונו של הכלל הפוסל כביכול נשים לעדות?³⁴

8. יתרה מכך, פסלות של אישה לעדות, מהווה לכאורה פגיעה ביכולתו של בעל דין להביא את העד, שהוא לדעתו המוכשר ביותר להציג באופן אמין ומדויק את הדברים שיש להביאם בפני בית הדין. דבר זה מהווה לכאורה

כביכול נשים בעת עדותן, ואשר מחמתה הן עלולות לשנות את הדברים הנאמרים בבית הדין לעומת מה שהתרחש במציאות.

בנוסף, קשה ככלל, לקבל הנחה לפיה יש לנשים תכונה בסיסית באישיותן המונעת מהן ליתן עדות אמינה, מה עוד שבפועל כשרות נשים להעיד בנושאים כה רבים ומגוונים, כפי שהראינו לעיל. ואכן, לאור שפע המקורות, שחלקו הובא לעיל, אודות כשירות עדותן של נשים בנושאים שונים, מסיק הרב בן ציון עוזיאל: "מכל זה מוכח שאין הנשים חשודות לשקר" (משפטי עוזיאל, חלק חושן משפט, סימן כ').

הרב עוזיאל מוסיף ומציין בדברים, שהם בגדר לוגיקה בסיסית "ובאמת דבר זה לא צריך לראיות, כי מהיכן נבוא למחשבה זו לומר שחשודות לשקר? ובודאי שהן בכלל הפסוק הקובע כי "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפיהם לשון תרמית" (צפניה ג', יג'). על בסיס זה מסיק הרב עוזיאל להלכה ולמעשה כי "רשאים הציבור לתקן שעדות אישה תהא מקובלת עליהם כשל איש בכל דיני ממונות".

33. זבחים, דף ק"ג ע"א א' דיבור המתחיל "אין". כמו כן ר' שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן ע"ד המבהיר כי מקום שבו אישה כשרה לעדות לא נוהגים שאר דיני העדות, כגון הצורך בשני עדים, שכן "בדבר שסמכו בו על אמיתת הנהוג, זה נראה דאפילו עד אחד כשר".

34. ר' למשל פסקו של הרשב"א (שו"ת הרשב"א, חלק ה', סימן קל"ט) כי: "לעניין ממון אין עדותן עדות כלל, ואפילו מאה נשים אינן כעד אחד".

פגיעה בזכויותיו הדיוניות של בעל הדין. כך למשל, במקרה שבו הייתה אישה עדה לאירוע מסוים, אך אין בידה מידע ייחודי, שכן ניצב בצידה גם איש, אשר ראה בדיוק את אשר ראתה היא. אך האישה מוכשרת יותר לתאר את העובדות, שפתה קולחת ואישיותה משכנעת ולא בנקל יוכלו להביכה בחקירה נגדית, ואילו האיש שראה את העובדות נשוא העדות - לא ניחן בכישורים אלו ויש סיכוי כי יפקפקו באמינותו האישית ובעדותו. מדוע ייגרע אפוא בנסיבות אלו, כוחו של בעל הדין להביא את עדותה של האישה כדי להוכיח את צדקתו?

9. נראה כי ההסבר לסוגיית העדות של נשים נובע בפשטות מן הרצון לשמור על כבוד האישה, שכן, כידוע למי שהתנסו בדבר, ההליך של בירור האמת בהתדיינות משפטית, והחקירה הנגדית המתבצעת במסגרתו, איננו הליך קל לעד הניצב על דוכן העדים ובמקרים רבים יש בו אף כדי לפגוע בכבודו של העד. בהליך המשפטי עומדת למבחן מהימנותו של העד מזוויות שונות והחקירה הנגדית מהווה סוג מסוים של עימות בין העד לבין מי מהצדדים להליך המשפטי. דוגמא לכך היא הוראת המחוקק הישראלי לבית המשפט,³⁵ כי לא ירשה חקירה שאינה הוגנת לעד ובפרט אם יש בה "עלבון, הפחדה, הטעיה או ביוש, שאינם לעניין הנדון". המחוקק ביקש אמנם להסדיר עניין זה, אך בפועל, עלבון הפחדה הטעיה או ביוש - הנחוצים לבירור העניין הנדון, ולעיתים אף מעבר לנחוץ, הם מנת חלקם של עדים.

10. יתרה מכך, במקרים רבים נדרש הגורם השיפוטי להביע את דעתו, בסוף ההליך, אודות העד ומהימנותו. הדברים הנאמרים בהקשר זה ביחס לעד, מהימנותו ועדותו, לא תמיד מחמיאים לעד, והוא יוצא לעתים מן ההליך כאדם פגוע שנקבע לגביו כי אין ליתן בו אמון.³⁶ עורכי דין היודעים את משמעותה

35. סעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח-1957.-

36. בהקשר זה ר' פסקו של כב' הנשיא, השופט אהרון ברק בבש"פ 658/88 מחמוד סארי חסן נ' מדינת

של חקירה נגדית ואת התוצאות העלולות להיגרם בעקבותיה עקב קביעות שיפוטיות בנוגע לאמינות עדותם, נמנעים ככל שניתן מלהעיד בעצמם.

11. אין פלא אפוא כי ההלכה היהודית, ביקשה לחסוך מן האישה, את ההליך הקשה הזה בכל מקום שהדבר אפשרי, מתוך יחס ערכי עמוק ומושרש של כבוד לאישה. משום כך, נקבע עקרון של אי מתן עדות על ידי אישה. עקרון זה אינו פוגע ביכולת האישה למסור עדות בכל נושא שהוא, כאשר בידה מידע ייחודי, ובפועל מיושם העיקרון האמור כמעט אך ורק בעדויות טקסיות של מתן תוקף משפטי לקידושין וגירושין. עם זאת, כאשר המידע שבידי האישה אינו ייחודי, וממילא המשמעות היא כי ניתן לברר את העניין אף בלא עדות זו, הרי שחז"ל מבקשים לשמור על כבודה של האישה ולחסוך ממנה את אי הנעימות שבמתן עדות.

12. ודוק, הכלל הוא כי מי שכשר להעיד - חייב להעיד, כפי שנאמר "ונפש כי תחטא ושמעה קול אלה והוא עד... אם לא יגיד ונשא עונו".³⁷ הרצון להגן על כבוד האישה ולמנוע ככל שניתן את כריכתה בהליך ההתדיינות השוחק, תיב ניסוח של הכלל בעניין זה כמעין מחסום של קבילות.³⁸ בפועל, ראינו

ישראל. בפסק דין זה שונה הכלל לפיו עד שנתמתחה ביקורת על עדותו ונקבע כי היא אינה אמינה, אינו יכול לערער על הקביעה השיפוטית הפוגעת בו, שכן הוא אינו צד להליך השיפוטי בו נעשתה אותה קביעה. לדעתו של כב' השופט ברק, עוררה גישה זו קשיים חמורים בכך שהיא גרמה עוול לאנשים או לגופים שהכרעות שיפוטיות פגעו בהם בלא יכולת לערער על כך. רמת הפגיעה האפשרית באמינותו של עד בהליך השיפוטי הביאה על כן למדיניות שיפוטית המוכנה להגדיר עד, "כצד" להליך השיפוטי, למען יוכל לזכות באפשרות לערער על פסק הדין כאשר נגרם עוול לעד ולתדמיתו.

37. ויקרא פרק ה' פסוק א'.

38. הרב צבי קארל, "עדות אישה במשפט העברי", הפרקליט ה' 81, בעמ' 82, וכן ר' הסברו וסקירתו של הרב משה מיוזמן משיבה אוניברסיטה בארה"ב, בספרו הנועד *Jewish Woman in Jewish Law*, עמ' 73 - 80.

כי האישה מעידה בשורה ארוכה של נושאים, וקיימת תקנה המאפשרת לאישה להעיד כשבידה מידע ייחודי. אילו הייתה זו אכן בעיית קבילות ההופכת את העדות לפסולה (בדומה לעדותו של קרוב משפחה) הרי שלא ניתן היה להתקין תקנה שכזו ולקבל עדות שאינה קבילה. נראה אפוא, כי אין המדובר בהעדר קבילות ומהימנות, אלא בסוגיה של מדיניות משפטית, ומכיוון שאין כל פגם במהימנות האישה למסור עדות, אלא מדובר בכלל שמטרתו להגן על כבוד האישה, רשאים הצדדים לקבל בהסכמה עדות אישה בלא שהדבר יעורר קושי ראייתי כלשהו.³⁹

13. לאור הסבר זה גם מובן מדוע נקבע כי בנושאים שבהם מעידה האישה יחסכו ממנה, ככל הניתן, את הליכי החקירה הנגדית ואף את ההתייצבות בבית הדין. כמו כן נקבע ב"פתחי תשובה": "וכבר נהגו כל בתי דיני ישראל, לשלוח נאמני הקהל לנשים יקרות שיגידו העדות".⁴⁰ גביית העדות אינה נעשית אפוא, באופן המצריך את האישה להגיע לבית הדין ולהתייצב שם להליך של חקירה פומבית, אלא העדות נגבית על ידי כך שבית הדין שולח את שליחיו אל האישה - משום כבודה. כמו כן פוסק הרב משה פינשטיין: "ולכן בעדות נשים הקלו, שאין צריך קבלה בפני בית דין... וזהו גדר קולת עד מפי עד בעדות נשים".⁴¹ הר"ן אף קובע כי אין בודקים עדות נשים בדרישה וחקירה,⁴² דהיינו - בית הדין משתדל להימנע מלחשוף את האישה

39. ואכן כך פסק הראשון לציון, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל בספרו משפטי עוזיאל, חלק ג' סימן פ"ז, ור' גם במאמרו של הרב עוזיאל, "מעמד האישה לפי השקפת התורה", מצפה (תשי"ג) עמ' קמ"ב, בעמ' קמ"ט.

40. פתחי תשובה על שולחן ערוך חושן משפט סימן ל"ה סעיף י"ד.

41. הרב משה פינשטיין, שו"ת אגרות משה חלק אבן העזר, חלק א' סימן מ"ז, דיבור המתחיל "ולכאורה אף".

42. ר"ן בסוף פרק ב' של מסכת יבמות בשם הגאונים, ור' שו"ת בנימין זאב סימן כ"ג "וגם בתוספות פסק ר"ח, שאין צריך עדות נשים וחקירה"; כן ר' שו"ת ב"ח (ישנות) סימן צ"ד דיבור המתחיל "ועוד נראה" הדין בפסוק זה של הר"ן לפיו "אין בודקין עדות נשים בדרישה וחקירה".

לחקירה נגדית, גם כשהיא נקראת להעיד, והמונח "כל כבודה בת מלך פנימה"⁴³ המציב את כבוד האישה במרומי הפירמידה הערכית, משמש בסיס לחסוך מן האישה מצבים העלולים להיות מביכים.⁴⁴

14. בהקשר זה יש לציין כי ההסבר האמור טעון השלמת נדבך נוסף, שכן אין בו כשלעצמו כדי להבהיר את האמירות שמצינו בחז"ל לפיהן נשים פסולות לעדות מכיוון שדעתן קלה עליהן כביכול ואת דברי המדרש⁴⁵ לפיהם

43. תהלים פרק מה' פסוק יד'. ואכן גם מלך - אינו מעיד, כפי שמצינו במשנה בסנהדרין דף י"ח עמ' א': "המלך לא דן ולא דנין אותו ולא מעיד ולא מעידים אותו". ור' שם דף י"ט עמ' א' וכן רמב"ם הלכות עדות פרק י"א הלכה ט' וברמב"ם, הלכות מלכים פרק ג' הלכה ז'. עם זאת, ביחס לעדותו של מלך מובהר שם כי מדובר בהלכה הנוהגת רק במלכי ישראל ולא במלכי בית דוד, ואשר מניעיה נעוצים בחשש לגרום קונפליקט בין בית הדין לבין המלך, במקרה שבית הדין ימצא את העדות כבלתי אמינה.

44. ג' הולצר במאמרו "עדות אישה במשפט העברי" סיני סז (תש"ל) עמ' צד, מבהיר בהקשר זה כי המקור לנימוק האמור מצוי במסכת שבועות דף ל' עמ' א' בו מציינת הגמרא כי מקור הדין לפיו האישה פסולה לעדות הוא מן הפסוק "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' לפני הכהנים והשופטים אשר יהיו בימים ההם" (דברים יט', יז'), ודורשים חז"ל: "האנשים - ולא הנשים". הגמרא שם תמחה על לימוד זה, שמא מתייחס הפסוק לבעלי הדין ולא לעדים. מכאן מסיקים חלק מן הפרשנים כי הופעה של אישה בבית הדין אף כבעלת דין (ולא רק כעדה) אינה לפי כבודה של האישה. כך סבורים למשל רבי סעדיה גאון (מובא ברא"ש, שבועות דף ל' עמ' א' באות כ'), הרמב"ן, המאירי והריטב"א בחידושיהם על סוגיה זו, וכן ברי"ף בתשובותיו סימן רמ"ט.

45. בראשית רבתי לר' משה הדרשן (מהדורת מהר"ח אלבק (ת"ש), עמ' 92) על דברי שרה "ותכחש שרה לאמר לא צחקתי כי יראה" (בראשית יח', טו') - מכאן שהנשים כזבניות הן; "כי יראה" - מפני היראה מכזבת, ואינן מודות על האמת, לכך אין מקבלים עדות מן הנשים". בדומה לכך ר' בערוד, ערך נשים: "בילמדנו: 'ותכחש שרה' - מכאן פסלו רבותינו את הנשים לעדות". אך נראה כי מדרש זה אינו מתייחס לאי בקיאות של נשים בסוגיות נשוא העדות אלא ניתן בו טעם אחר לחלוטין, הטעון ביאור כשלעצמו, אודות יראה - להבדיל מאי בקיאות בפרטים - הפוקדת כביכול נשים בעת עדותן, ואשר מחמתה הן עלולות לשנות את הדברים הנאמרים בבית הדין לעומת מה שהתרחש במציאות.

בנוסף, קשה ככלל, לקבל הנחה לפיה יש לנשים תכונה בסיסית באישיותן המונעת מהן ליתן עדות

הכחישה שרה את אי אמונה בבשורה האלוקית כי עוד יולדו לה ילדים, וכי: "מפני היראה מכזבת, ואינן מודות על האמת, לכך אין מקבלים עדות מן הנשים". קושי זה מתווסף למספר מקורות נוספים הטעונים הבהרה, כגון המדרש בפרקי דרבי אליעזר לפיו מהווה חוסר הכשירות של אישה לעדות, אחת מן הקללות שנוצרו כתוצאה מחטא עץ הדעת.⁴⁶ בנוסף יש להבין, מדוע פסולות נשים לעדות בתחום יצירת מעשה הקידושין, שהיא עדות הפועלת במישור היוצר, הנותן תוקף משפטי למעשה הקידושין, ואיננה עדות הפועלת במישור הראיתי שנועד להוכיח את אשר ארע?

15. נראה על כן כי ההסבר לכך נעוץ בנקודת המוצא ההשקפתית של חז"ל הרואים את החטא הקדמון כתוצאה מכך שלא נותר לאדם כר מחיה להפעלת שיקול דעתו העצמאי, באשר ההרמוניה והסולידריות ההדדית בין בני הזוג היו מוחלטים, ורצון האחד הפך אוטומטית לרצון רעהו. נפילת בן הזוג האחד גררה על כן את נפילת רעהו, בלא שבני הזוג יקימו ביניהם מערך של בקרה ואיזון הדדי (Checks And Balances) הפתרון לחטא היה על כן חלוקת תפקידים ויצירת ההבחנה בין המינים, למען יהא כל אחד מהם מוכשר לקיים מערך עצמאי של רצונות ושיקול דעת משלו. תוצאות קללתו של החטא הקדמון, היא על כן, הקביעה האלוקית כי בעולם שבו שולט הרובד הבסיסי

אמינה, מה עוד שבפועל כשרות נשים להעיד בנושאים כה רבים ומגוונים, כפי שהראינו לעיל. ואכן, לאור שפע המקורות, שחלקו הובא לעיל, אודות כשירות עדותן של נשים בנושאים שונים, מסיק הרב בן ציון עוזיאל: "מכל זה מוכח שאין הנשים חשודות לשקר" (משפטי עוזיאל, חלק חושן משפט, סימן כ'). הרב עוזיאל מוסיף ומציין דברים, שהם בגדר לוגיקה בסיסית "ובאמת דבר זה לא צריך לראיות, כי מהיכן נבוא למחשבה זו לומר שחשודות לשקר? ובודאי שהן בכלל הפסוק הקובע כי "שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב ולא ימצא בפייהם לשון תרמית" (צפניה ג, יג). על בסיס זה מסיק הרב עוזיאל להלכה ולמעשה כי "רשאים הציבור לתקן שעדות אישה תהא מקובלת עליהם כשל איש בכל דיני ממונות".

46. פרקי דרבי אליעזר, פרק י"ד "ונתן לאשה תשע קללות ... ענוי לידה, וענוי דם בתולים, וענוי הריון, וענוי גדול בנים, ומכסה את ראשה... ואינה נאמנת בעדות...".

והיצרי של הקיום, תיווצר שונות בין המינים ומרחבי המחיה הקיומיים שלהם יהיו נפרדים זה מזה, כאשר האיש נלחם בזיעת אפיו בכיבוש השדה ואילו האישה מתמקדת בהמשך הקיום של התא המשפחתי, בהורות, ובהיבט האנושי והרגשי של האדם.⁴⁷

16. מרחבי המחיה השונים וההתמודדות השונה של הזכר ושל הנקבה עם קשיי החיים שניצבו בפניהם במשך השנים יצרו ושכללו תכונות ומיומנויות שונות לכל אחד מן המינים. שונות זו מתבטאת, בין השאר, בכך שנשים נחנו בבינה יתרה במישור הפרקטי ובגמישות מחשבתית ואנושית הנובעת מראייה פרגמטית זו. מחמת תכונה נפלאה ומבורכת זו של גמישות מחשבתית, ראינו לעיל, כי חז"ל מבקשים שלא להעמיד נשים במצבים קונפליקטואליים, אשר התכונה הדומיננטית הנדרשת בהן היא עמידה דעתנית ועיקשת של עקרונות היסוד, בלא נכונות כלשהי להתפשר ולגלות גישה פרגמטית.

17. נראה כי סוגיה זו של מתן עדות על ידי נשים היא המשך ישיר לאותה מגמה של חז"ל, שכן עדות היא מצב קונפליקטואלי של התעמתות בעלי הדין עם העד ופגיעה בכבודו. בעת מתן עדות מחויב העד לעמוד על דעתו, גם כאשר בלחץ החקירה הנגדית נראית גרסתו בלתי סבירה ואף מגוחכת. תכונותיה של האישה, שניחנה בגמישות יחסית, אינן תואמות על כן בהכרח למעמד של מתן עדות, שבו נדרש אדם להיות עקשן ודעתן, ולעמוד על ה"אמת שלו" - בלא לשנות כמלוא הנימה, גם בלחץ נוקב של חקירה נגדית.

47. הרש"ר הירש, בספרו האישה היהודית, מציין כי האיש ניהן ביצר כיבוש, שהינו חיוני להתפתחות האנושות. אבל, הוא עלול להיסחף ולהיכבש על ידי יצר כיבוש זה ולראות בו את תכלית הכל, תוך שהוא שוכח את המטרה הגדולה של האנושות - ליצור חברה מתחשבת, מסייעת, מתוקנת, טובה יותר ומתורבתת. "והאישה היא המחזירה את האדם אל האנושי הזה - הצרוף". האישה היא התורמת לאנושות את הפן המרסן והמאזן את האדם, על תחושותיו הפראיות, ומסייעת לו להפוך למבין, מתבונן ואנושי יותר. האיש משקף אפוא את הרובד הראשון של האדם ואילו האישה משקפת את הצלע - את צידו השני, הרוחני והמתחשב של האדם.

ברור כי תכונות אלו אינן פוסלות נשים לעדות, וראינו כי נשים מעידות בפועל בשורה ארוכה מאוד של נושאים. כמו כן, מובן כי לא ניתן לעשות הכללות ויש נשים שהתמודדותן עם הליך מתן העדות עולה בעשרות מונים על זו של גברים רבים, מה גם שנשים ניחנו ככלל בכושר ביטוי והבעה מעולים ואלו הן תכונות קריטיות בעת מתן עדות. עם זאת, הנטייה הטבעית לגמישות היא תכונה היוצרת קושי בהתמודדות עם ההליך השיפוטי, אשר תכונה דומיננטית המאפיינת אותו היא דווקא נוקשות והתמודדות קשת עורף, וזהו פירושו הפשוט של דברי המדרש האמור.

18. על רקע גישה זו נראה כי ניתן להבין גם את ההלכה הפסוקה בשולחן ערוך כי אישה פסולה לדון.⁴⁸ מקורה של הלכה זו במשנה: "כל הכשר לדון כשר להעיד".⁴⁹ מכאן היו שהסיקו כי מי שאינו כשר להעיד אינו כשר לדון, שאם לא כן ימצאו אנשים שהם כשרים לשבת כדיינים ואינם כשרים להעיד.⁵⁰ ואכן, בתלמוד הירושלמי נאמר במפורש כי מכיוון שאין האישה

48. שולחן ערוך, חושן משפט סימן ז' הלכה ד'.

49. משנה בנדה דף מ"ט עמ' ב'.

50. עם זאת, הרב חיים הירשנזון בספרו מלכי בקודש, חלק שני שאלה ד' בעמ' 186 מציין כי ממשנה זו ניתן להסיק רק על דרך החיוב כי מי שכשר לדון כשר מקל וחומר להעיד, אך אין להסיק כי מי שאינו כשר להעיד אינו כשר לדון, ובלשוננו: "כלל גדול הוא בהגיון, תולדה היוצאת משלילת הנשוא אינה שוללת רק חלק ולא הכל".

הרב יונה דברת במאמרו "בחירות ומינוי נשים לתפקידי ציבור", הקבוץ בהלכה, 292, מבהיר כי הכלל של "כל הכשר לדון כשר להעיד" אינו מהווה סיבה או מקור לפסילת האישה מתפקידים שיפוטיים, אך קיימים שני מקורות אחרים לפסול נשים לדיינות:

האחד, משום פסול שררה, שהרי ישיבה על כס השיפוט היא בגדר שררה וקיימות שיטות לפיהן יש למנות רק איש ולא אישה למשרות הכרוכות בשררה.

(לעניין זה ר' פסקו של הרב משה פינשטיין בשו"ת אגרות משה, יורה דעה חלק ב' סימן מד' כי השגחה על כשרות היא מינוי של שררה, שכן משגיח הכשרות נדרש לעמוד על דעתו אף אם זו עומדת בניגוד לדעת בעל הבית, ובכך שררתו, שהרי בעל הבית מחויב לקבל את דעתו של המשגיח בעניין זה. דברים אלו נכונים לכאורה מקל וחומר לגבי משרה שיפוטית).

מעידה אינה דנה.⁵¹ לכאורה, אם הקושי במתן עדות הוא הרצון למנוע מאישה את החקירה הנגדית ואת שחיקתו של ההליך השיפוטי מתוך מטרה להגן על כבודה, מדוע נמנע מהאישה לשמש במשרה שיפוטית הכרוכה בכבוד רב?

19. כמו כן, מעוררת הלכה זו קושי הן לנוכח העיקרון הכללי הקובע את השוויון הבסיסי בין איש לאישה בכל הנוגע לכל משפטי התורה,⁵² והן מכיוון שכנגד המקורות האמורים לפיהם אישה פסולה מלדון, מצינו בתלמוד סוגיות שמהם עולה כי האישה כשרה לדון, בדיוק כשם שהאיש כשר לדון. בתנ"ך אף מצינו דוגמא בולטת ומפורסמת לשיפוט נשי, כאשר נאמר לגבי דבורה הנביאה:

"והיא שפטה את ישראל בעת ההיא, והיא יושבת תחת תומר
דבורה... ויעלו אליה בני ישראל למשפט".⁵³ זהו לכאורה מקרה
מובהק שבו אישה שופטת את ישראל.

20. ניתוח המקורות השונים של סוגיה זו מוביל למסקנה, כי לפי חלק ניכר

מקור זה אינו קונקלוסיבי שכן קיימת מחלוקת בין הרמב"ם לבין "ההיגיון" האם יש מקום לאסור מינוי אישה למשרות שיש בה שררה.

המקור השני הוא גזירה שווה המובאת בירושלמי במסכת סנהדרין פרק ג' הלכה ט' (ור' פני משה שם וכן בביאור הגר"א חושן משפט סימן ז' ס"ק יד' בליקוט, וכן ערוך השולחן שם).
51. ירושלמי במסכת יומא פרק ו' הלכה א'. כמו כן מצינו בתלמוד הבבלי, גיטין דף ה' עמ' א' "זימנין [לעיתים] דמייתא [שמביאים] לה איתתא [אישה] וסמכו עלה" ומפרש רש"י כי אישה אינה כשרה להצטרף למותב של שלושה דיינים, ובר"ן שם מובהר כי אישה פסולה לדון.
52. מסכת בבא קמא דף ט"ו עמ' א': "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" - השווה הכתוב אישה לאיש לכל הדינים".

פסוק זה המתחיל במילה "ואלה" מהווה המשך לפרשת מתן תורה, בה נאמר: "כה תאמר לבית יעקב ותגיד לבני ישראל" (שמות יט', ג') ומבאיר רש"י: "כה תאמר - בלשון הזה וכסדר הזה: לבית יעקב - אלו הנשים ... ותגיד לבני ישראל - לזכרים".

נמצא כי כשם שנשים נכללו בגדר קהל ה' שקיבל תורה מסיני, כך גם לעניין שיפוט על פי דין תורה "השווה הכתוב אישה לאיש". ר' גם קידושין דף ל"ה עמ' א'.

53. שופטים ד', ד'.

מן השיטות האישה כשרה לדון, מקום שבו אין המדובר במינוי המאציל את סמכויות הפסיקה של הסנהדרין ובהתקיים הסכמת הצדדים המקבלים עליהם את פסיקתה של האישה⁵⁴. כך למשל, מצינו דיון של בעלי התוספות⁵⁵ בשאלה, כיצד שפטה דבורה את ישראל על אף הכלל כי כל הפסול לעדות אינו כשר להיות דיין. בעלי התוספות נותנים לכך שלושה הסברים חלופיים:

א. אין להסיק מן הכלל האמור לפיו כל מי שאינו יכול להיות עד אינו כשר לשמש כדיין, כי אישה פסולה ככלל מלשמש כדיין. כלל זה קובע כי איש הפסול על רקע אינדיבידואלי מלמסור עדות - פסול גם מלדון. אך אין להסיק מן המשנה במסכת נידה כי אישה פסולה מלדון;

ב. דבורה דנה, מחמת רוח הקודש שבה, דבר שהיווה עילה לכך שבעלי הדין יקבלו עליהם את פסקיה בהסכמה;⁵⁶

ג. דבורה לא הייתה שופטת במובן המקובל אלא מלמדת את ההלכות.⁵⁷

21. ניתוח של ביאורים אלה מלמד, כי בדברי בעלי התוספות מצויות לכאורה שלוש שיטות בעניין זה: אחת, כי האישה פסולה, לאור הכלל המובא במסכת נידה כי "כל הכשר לדון כשר להעיד". השנייה, כי האישה כשרה לדון בכל

54. הרב משה פינשטיין בשו"ת אגרות משה, יורה דעה חלק שני סימן מד', מביא בהקשר זה את שיטת הרשב"א במסכת שבועות דף כ"ט עמ' ב' לפיה כאשר הצדדים מקבלים עליהם את פסיקתה של האישה אין כל מניעה כי היא תדון ותשפוט ביניהם.

55. תוספות בנידה דף נ' עמ' א' דיבור המתחיל "כל הכשר לדון כשר להעיד".

56. לעניין זה ר' גם תוספות מסכת בבא קמא דף ט"ו עמ' ב' דיבור המתחיל "אשר תשים", וכן במסכת שבועות דף כ"ט עמ' ב' דיבור המתחיל "שבועות". כמו כן ר' לעניין זה, דברי הרשב"א במסכת שבועות דף ל' עמ' א' וכן בר"ן שם "שופטת ודנה - שהיו מקבלים אותה כדרך שאדם מקבל אחד מן הקרובים".

57. ר' בתוספות הנ"ל במסכת נידה, וכן תוספות ביבמות דף מ"ה עמ' ב' דיבור המתחיל "מי לא טבלה", ותוספות בגיטין דף פ"ח עמ' ב' דיבור המתחיל "ולא".

מקרה, והשלישית כי האישה כשרה לדון, בתנאי שבעלי הדין יקבלו אותה עליהם בהסכמה. בהתאם לכך נמצא כי במישור המהותי אין סיבה אובייקטיבית שמחמתה לא תוכל אישה לשמש כשופטת וכמכריעה בסכסוכים, והיא אכן כשרה לעשות כן בהסכמת הצדדים, או במינויים שאין בהם משום האצלת סמכויות הכפייה וההוראה של הסנהדרין.

22. נראה על כן, כי הטעם לכך שאין ממנים אישה כדיין על פי ההלכה, נובע מרצון לחסוך מן האישה את הצורך ל"חתוך בבשר החי" בסכסוכים מרים, דבר שהוא מנת חלקו של שופט ממונה, שהשיפוט היא חובתו. שופט ממונה, להבדיל משופט הדין מכוח הסכמה, מחויב להכריע בכל מקרה המובא לפניו לדין, יהא קושיו האנושי אשר יהא. בהכרעה שיפוטית יש לעתים מזומנות כדי לייסר כל אדם בעל נפש, האמור לחתוך גורלות ולהכריע לעתים בשאלות קשות מגשוא.⁵⁸ ייסורי הספק אצל אדם הניחן באנושיות ובלב מבין ומתבונן - קשים הם. את ייסורי הספק הללו ביקשו חז"ל לחסוך מן האישה שמטבעה היא בעלת רגישות אנושית רבה יותר.

23. בדרך זו הובהרה ההלכה הפסוקה בעניין זה על ידי הרב עוזיאל באומרו, כי חז"ל לא ראו לנכון למנות נשים לתפקידים שיפוטיים:⁵⁹

מסיבות פסיכולוגיות של רגשי רחמים מרובים שהאישה חוננה בהם וגם מסיבת עדינות רגשותיה... ולכן אין ממנים אותה לדון, שכן אחד מתנאי הדיין הוא אנשי חיל⁶⁰ גדולים בחוכמה ואמיצים

58. שופט נאלץ לעתים להכריע בשאלות שהן מעין "משפט שלמה", ועליו לקבוע מי מהצדדים הוא שיזכה בילד מסוים, ובשאלות רבות שבוודאי מדירות שינה לילות רבים לפני ההכרעה, ולעתים גם לילות רבים לאחריה.

59. הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל, משפטי עוזיאל חלק שלישי חושן משפט סימן ה' בעמ' לא'.

60. שמות יח', כא'-כב': "ואתה תחזה מכל העם אנשי חייל יראי אלוקים אנשי אמת שונאי בצע... ושפטו את העם בכל עת".

ברוחם שמקיימים "לא תגורו מפני איש כי המשפט לא לוקים הוא".⁶¹

24. בהקשר זה יושם אל לב לפסיקתו של הרמ"א: "ואישה נאמנת בדבר איסור לומר תיקנתיו. אבל בספק שמא אין כאן איסור, או איסור שיש בו צדדים להקל, אין אישה נאמנת - דאישה דעתה קלה - להקל".⁶² לאישה יש נטייה טבעית להיות גמישה ואנושית ולהקל על הבריות. תכונה זו אינה אידיאלית לתפקידי שפיטה ולמתן עדות, שכן בהליך השיפוטי נדרשת לעיתים דווקא מסוימת וגישה של "יקוב הדין את ההר".

25. על השונות הזו עמדה אחת מן הבולטות שבחוקרות התנועה הפמיניסטית, פרופ' קרול גיליגן מאוניברסיטת הארווד בארה"ב.⁶³ פרופ' גיליגן מתארת מחקר לפיו קיים אצל נשים קונפליקט פנימי בין היושר הפנימי וערכי מוסר נעלים לבין הרצון להישאר קשובות לזולת. לדבריה, קיים באישה מאבק פנימי מתמשך בין נטייה להצדיק את מעשיה ולבחור בדרך שהיא אידיאלית מבחינת יושר אישי ומוסרי, לבין האחריות והדאגה לזולת. מובן כי התלבטות זו אינה סיבה לפסול נשים מלשמש בתפקיד שיפוטי, כפי שלא עולה על הדעת לפסול אדם אנושי ומתחשב מלשבת לדין.⁶⁴ אבל, גישה זו, המבקשת להגן על האישה מפני "סערותיו" ומצוקותיו של ההליך השיפוטי, הינה גישה קוהרנטית

61. דברים א', יז': "לא תכירו פנים במשפט כקטן כגדל תשמעון לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלהים הוא".

62. הרמ"א בהגהה על שולחן ערוך, יורה דעה סימן קכ"ז סעיף ג'.

63. פרופ' קרול גיליגן בספרה הידוע בקול שונה - התיאוריה הפסיכולוגית והתפתחות האישה (ספרית הפועלים, 1995). בפרק על זכויות הנשים ושיפוט נשים.

64. אדרבה, בהקשר זה מתעוררת האסוציאציה למעשה הידוע בו שלח הבעל שם טוב את אחד מתלמידיו להתמנות כרב בעיר מסוימת. אמר לו אותו תלמיד: "רבי, אבל אני לא מרגיש כי הגעתי לרמה של אדם הראוי לתפקיד של רבנות, כפי שצריך להיות רב בעיני רוחי". על כך ענה לו הבעל שם טוב: "וכי מי רצית שיתמנה? אדם שחושב על עצמו שהגיע לדרגה הזו?" התכונה הבסיסית

לדרך ההילוך של חז"ל, אשר מתוך הקפדה על כבוד האישה ומעמדה, מבקשים למנוע הצבת אישה במצבים קונפליקטואליים קשים, המתעצמים לאור תכונותיה הייחודיות. משום כך, ביקש המשפט העברי לחסוך מן האישה הן את זימונה כעד והן את מינויה לתפקיד שיפוטי, בו תוטל עליה חובה להכריע בנושאים קשים כשאל.⁶⁵

26. אין המדובר אפוא בגישה הנובעת מזלזול כלשהו חלילה ביכולותיה הנפשיים והשכליים של האישה, אלא, מדובר בגישה השמה כנר לרגליה את כבוד האישה ואת תכונותיה הייחודיות בתחומים של גמישות, אנושיות ורגישות. ערך זה, של כבוד האישה, ניצב בעיני חז"ל, בראש הפירמידה הערכית, ומשום כך ביקשו, לחסוך מן האישה היסחפות למצבים קשים, שהם לחם חוקם של העוסקים בהליך השיפוטי. גישה זו נובעת מהערכה עמוקה של חז"ל את האישה ומהכרה בתכונות ייחודיות ובסגולות אישיות, שבהן יש לאישה ככלל יתרון יחסי, ואשר רק בזירה המשפטית הנוקבת אינן בהכרח בגדר יתרון.

הנדרשת אצל מי שכשיר להתמנות הוא שיחשוב שיש לו עוד הרבה מה ללמוד ולשפר ושעדיין איננו מתאים.

65. פרופ' אריאל רוזן צבי ז"ל ציין כי לכאורה יש לתמוה מדוע נאמר במסכת ברכות דף ה' עמ' א' כי תורה נקנית בייסורין (כמו גם ארץ ישראל ועולם הבא). מה מייסר בלימוד תורה? הן זהו עונג אינטלקטואלי צרוף? אלא נראה, כך אמר, כי הייסורים שהתורה נרכשת בהם הם ייסורי הספק וההתחבטות הפנימית שאותה עובר אדם בעל נפש, המפנים את הדברים.

פרק יב: השלום כערך על

א. פתח דבר

1. גדול הוא השלום בעיני המשפט העברי, עד כי אנו מחויבים להיות רודפי שלום¹, כשם שאנו מחויבים להיות רודפי צדק². חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, מפנה את בתי המשפט בשאלה משפטית הטעונה הכרעה, שאין לה תשובה בדבר חקיקה או בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, אל "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". ואומר פרופ' מ' אלון בעניין זה: "חקרתי ודרשתי, ולא מצאתי אף מערכת משפטית שבין עקרונות העל שלה מנוי השלום. למקם את השלום בשורה הראשונה, כשווה ערך לחרות, לצדק וליושר, הוא ייחודה של מורשתנו"³.

2. בכלל זה מוצא לו מקום מיוחד העיקרון של "שלום בית". בכל מקום שבית הדין יכול להימנע מגט כריתות, ויש בידו להשכין שלום, הוא מהפך עולמות כדי להשכין שלום בית, שהרי בעולמה של הלכה, "כל המגרש אשתו ראשונה, אפילו מזבח מוריד עליו דמעות" (גיטין צ ע"ב)⁴.

3. מרהיבה היא בהקשר זה גישתו של ר' שמעון בן יוחאי. המדרש⁵ מספר שבאו אל ר' שמעון בני זוג ששהו עשר שנים זה עם זה ולא ילדו, ואמרו לו

1. "בקש שלום ורדפו" (תהלים לד, טו); "הלל אומר: הוי מתלמידיו של אהרן, אוהב שלום ורודף שלום" (משנה, אבות א, יב).

2. "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ).

3. מדברי הפתיחה של פרופ' מ' אלון בסמינר בנושא "השלום במקורות ישראל", חוג בית הנשיא לתנ"ך ומקורות ישראל, ירושלים תשנ"ז.

4. ההתייחסות למזבח יסודה בעובדה שאין להניף ברזל על אבני המזבח, שהרי הגרזן כורת, ואילו המזבח משכין שלום בין האדם לבין אביו שבשמים.

5. שיר השירים רבה א.

שהם רוצים להיפרד זה מזה. אמר להם: כשם שנישאתם מתוך שמחה, כך צריכים אתם להיפרד מתוך שמחה. הלכו ועשו סעודה, והשקתה האישה את בעלה יין ושיכרה אותו. אמר לה הבעל מתוך שכרות: כל חפץ טוב שיש בבית את רשאית ליטלו, ולכי לבית אביך. מה עשתה? המתינה לו עד שישן, ורמזה לעבדיה שיטלו את בעלה ויוליכוהו לבית אביה. משנתפכח הבעל מיינו וניעור משנתו, שאל: היכן אני מצוי? אמרה לו: בבית אבא. אמר לה: מה לי ולבית אביך? אמרה לו: לא כך אמרת לי, כל חפץ טוב שיש בבית שלי אותו ולכי לבית אביך?! אין לי חפץ טוב בעולם יותר ממך. שבו אל ר' שמעון בן יוחאי, וסיפרו לו את המעשה. עמד ונתפלל עליהם, ונפקדו. הנה כי כן, אין דבר העומד בפני השלום.

ב. השלום בין איש לאשתו

4. סוגיית האישה הסוטה שבפרשתנו, מעניקה לנו הזדמנות מיוחדת לעמוד על עקרונות היסוד של "שלום בית" בפרט ועל "שלום בין הבריות" ככלל, הניצבים ביסוד שיטת המשפט העברי⁶.

6. להשתתת המשפט העברי על עקרונות יסוד, ראה פירוש הרמב"ן לפסוק "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח): "על דרך הפשט, יאמר: תשמרו מצוות ה' ועדותיו וחוקותיו, ותכוון לעשות הטוב והישר בעיניו בלבד... ולרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו: זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה כי מתחילה אמר שתשמור חוקותיו ועדותיו אשר ציוך, ועתה יאמר גם כאשר לא ציוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו... וזה עניין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב כולם. אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה - כגון: 'לא תלך רכיל', 'לא תקום ולא תטור', ו'לא תעמד על דם רֵעך', 'לא תקלל חרש', 'מפני שיבה תקום' וכיוצא בזה - חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר... ואפילו מה שאמרו: פרקו נאה ודבורו בנחת עם הבריות, עד שיקרא בכל עניין תם וישר".

והשווה לדבריו הידועים של השופט סימונד (Viscount Sumonds) בפרשת *Scruttons v. Midland Silicons* [1962] 1 All E. R. 1, 7: "The law is developed by the application of old principles to new circumstances. Therein lies its genius".

בפרשה זו אנו ניצבים בפני הוראת התורה באשר לבדיקת טענתה של אישה שהזהיר אותה בעלה בפני עדים שלא תיסתר עם איש פלוני, ועל אף אזהרה זו, בא עד אחד והעיד שנסתרה עם אותו אדם. מה היה בין האיש לבין האישה בעת שהתייחדו, אין אנו יודעים: האישה אומרת "טהורה אני", אך בעלה אינו מאמין לה. על זה נאמר בפרשתנו ששניהם צריכים לבוא אל הכהן, והכהן כותב על גבי מגילת קלף את פרשת סוטה הכתובה בתורה, ומוחה את המגילה, אשר שם ה' כתוב בה, לתוך מים מעורבים בעפר שניטל מן המשכן.⁷ האישה שותה מן המים הללו, המכונים "מי המרים"⁸, ואם שתיית המים אינה משפיעה עליה לרעה, אלא להפך, אות הוא שלא נסתרה עם אחר.

התערבות אלוקית זו נחוצה, כיוון שמשעה שנכנסה באדם תולעת החשד באשתו, החשד עלול לכרסם בלבו ולכלות את השלום בינו לבין אשתו.⁹ על כן, כדי שיצא החשד מלבו של האדם המקנא לאשתו, מבטיח לו כביכול הקב"ה בעצמו, שאשתו טהורה.¹⁰

5. הכוח האלוקי מתערב אפוא כדי להשכין שלום בין איש לאשתו, ובלשון

7. את השילוב בין שלושת מרכיבי המשקה שהאישה שותה - המים, העפר ושם ה' - מבהיר המדרש: "ולמה מים? ממקום שבאתי; ועפר? למקום שהיא הולכת; וכתב? לפני מי שהיא עתידה ליתן דין וחשבון" (מדרש רבה, ט, כ).

8. למשמעות שתיית המים הללו, ראה ביאורו הנפלא של ר' חיים בן עטר, בספרו "אור החיים". וראה תיאורו של הרב א"א דסלר, מכתב מאליהו, ג, עמ' 197.

9. וכן נאמר בתלמוד: "כעס בבית כתולעת שבתוך שומשומין" (סוטה ג ע"ב).

10. ראה הרב יעקב קמיניצקי, אמת ליעקב, במדבר ה, טו: "כי טבע האדם הוא שאם נכנס בלבו חשד על אשתו, שוב לא יצא הספק מלבו לעולם, אלא אם כן הקדוש ברוך הוא בכבודו ובעצמו מבטיח לו שאמנם היא טהורה... נאמנות עדים היא גורת הכתוב שעלינו להאמינם כדי לקבוע הדין על פיהם, אבל לרגשי ולחשדי הבעל לא יועיל זה... לכן צוותה התורה למחות את שם ה' ולהשקות את המים... והרי זה כאילו הקב"ה בעצמו מעיד על אשה זו שטהורה היא. נמצא שיסוד פרשת סוטה אינו להעניש את החוטאת, אלא אדרבה - להבטיח כי תהא זכאית גם בעיני בעלה בלי שום פקפוק כלל".

הרב שמשון רפאל הירש¹¹, מנהיג היהדות האורתודוקסית בגרמניה במאה הי"ט:

"סדר השקיית סוטה קרוי 'תורה' (במדבר ה, ל), ולפיכך הוא נושא את האופי של דיני נפשות (סוטה יז ע"ב)... וכל המעשים הנעשים בסוטה כשרים רק ביום... לא כוחות אופל עושים כאן במחשך מעשיהם, אלא הכח האלוקי של תורת ה' מתערב כדי לשמור על ענייניו של 'האדם' ועל החירות המוסרית של החברה האנושית."

6. יתרה מכן, בפרשת סוטה אנו מוצאים שכביכול הקב"ה מוחל על כבודו ומסכים למחות את שמו הקדוש במים שתשתה אותם האישה למען הערך הנעלה של "שלום בית", כמו ששנינו:

"תני רבי ישמעאל: גדול שלום, ששם הגדול שנכתב בקדושה, אמר הקדוש ברוך הוא ימחה במים, כדי להטיל שלום בין איש לאשתו" (ויקרא רבה ט, ט).

נשאלת השאלה: האמנם ייתכן להעדיף את ערך "שלום בית" בין הבעל המקנא לאשתו שנסתרה לאחר שהוזהרה על פני שמו הגדול של הקב"ה?! וכי היינו דוחים מפני שלום בית גם את הערך של אי-חילול שבת?! במה נופל ערך קדושת השם וכבוד שמים, אשר על פי ההשקפה היהודית הוא תכלית האדם והבריאה כולה, מקדושתה של השבת?

7. דומה שהתשובה לכך היא: אכן האדם אינו רשאי לבצע איזון אופקי בין ערכים, ואין בידו לעבור על מצוות שונות משום דרכי שלום, אך כאן הקב"ה בעצמו מוחל על כבודו, ומסכים למחיית שמו הקדוש במי הסוטה, כדי להשכיך שלום בין איש לבין אשתו. אדרבה, זהו כבודו של הקב"ה, הניצב לימינה של האישה הנרדפת, שאין לה דרך להוכיח את תומתה, כדברי חז"ל: "בכל מקום

11. הרש"ר הירש, בביאורו לספר במדבר ה, כג.

שאתה מוצא גדולתו של הקב"ה, שם אתה מוצא ענוותנותו" (מגילה לא ע"א). עם זאת, מכיוון שמדובר בהנהגה האלוהית, הדבר מלמדנו על משקלו העצום של ערך השלום. ואכן, פרשת סוטה מהווה מקור מופתי הן בעולמה של אגדה הן בעולמה של הלכה.

ג. השלום בעולמה של האגדה

8. בעולמה של אגדה, ידועים דברי המדרש אודות התנא ר' מאיר שהיה יושב ודורש בלילי שבתות בבית הכנסת של "חמת", והייתה אישה אחת באה לשמוע את דרשתו. פעם אחת נתארכה הדרשה ונתעכבה האישה מלשוב לביתה. משהגיעה לביתה, מצאה את הנר כבוי ואת בעלה ממתין לה לסעודה. לשאלת בעלה לסיבת איחורה, השיבה לו שהייתה בבית המדרש ושמעה את דרשת ר' מאיר, והדרשה נתארכה. הבעל, שלא היה מוקיר תורה, נשבע שלא ירשה לאשתו לשוב הביתה, עד אשר תלך ותירק בפניו של הדרשן. שהתה האישה מחוץ לביתה שבת ראשונה ושבת שנייה ושבת שלישית עד שאמרו לה השכנות: עד עכשיו אתם "צהובים" זה לזה ושרויים ברוגז? בואי נלך אל הדרשן. כיוון שראה אותן ר' מאיר, הבין ברוח הקודש מה קרה. מיד עשה עצמו כאילו הוא חש בעינו, החל מפהק כמי ששלטה בו עין רעה, ואמר: היש כאן אישה היודעת ללחוש לעין הרע? וידוע שדרכן של המלחשות הייתה לירוק על מקום החולי. אמרו לה השכנות: עכשיו תוכלי לירוק בפניו ותהיי מותרת לבעלך. ניגשה האישה אל ר' מאיר, אך כשראתה אותו נתייראה מפניו. אמרה לו: "איני יודעת ללחוש על המכה". אמר לה ר' מאיר, אף על פי כן, ירקי בפניי שבע פעמים. אחר שעשתה כן, אמר לה: אמרי לבעלך, שהוא ביקש שתירקי בפניי פעם אחת, ואת ירקת שבע פעמים. אמרו לו תלמידיו לר' מאיר: "רבי, כך מבזים את התורה?". אמר להם: "לא דיו למאיר להיות שווה לקונו, שכך שנה ר' ישמעאל: גדול שלום, ששם הגדול שנכתב בקדושה, אמר הקב"ה:

ימחה על המים בשביל להטיל שלום בין איש לאשתו (ויקרא רבה, פרשת צו ט, ט) ¹².

ד. השלום בעולמה של ההלכה

9. בעולמה של ההלכה, יש לשלום שני תפקידים:

ראשית, הוא עיקרון פרשני בדרך פסיקת הדין ¹³, המתבסס על הפסוק: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" (משלי ג, יז). שנית, הוא מטרה ותכלית בפני עצמו ¹⁴. על בסיס עיקרון זה נקבעו הלכות שונות בדיני איסור והיתר ¹⁵ בתחום המשפט הציבורי ¹⁶ ובתחום דיני הנזיקין ¹⁷. כך, למשל, התעוררה אצל אמוראי ארץ-ישראל שאלת דינה של אישה ששברה כלים משל

12. פרק זה במדרש הוקדש כולו לגדולתו של השלום. וראה דברי אחיתופל לדוד המלך: "ומה לעשות שלום בין איש לאשתו, אמרה תורה שמי שנכתב בקדושה ימחה על המים, לעשות שלום לכל העולם כולו על אחת כמה וכמה" (סוכה נג ע"א וע"ב).

13. ראה, למשל, יבמות פז ע"ב, שהמקור לאי-חייב האדם במצוות ייבום באחות אשתו לאחר מות אשתו, וסודו בכלל: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" (משלי ג, יז). וראה פסק ההלכה של ר' שלמה לוריא, חכמת שלמה, יבמות פז ע"ב, בנוגע לאחד מדיני הייבום: "דברי תורה יהיו הכל בנועם ומזג השווה, לא שיהא העניין מעוקם, שאחת תהא שרויה בשמחה והשניה בצער". וראה א"א כי טוב, איש וביתו, פרק ו, העוסק בשלום בית, עמ' פז: "על התורה ומצוותיה נאמר: דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום". כל המשנה מדרכיה, בין מוסיף ובין גורע, עוקר רגליו מן התורה, ונמצא מחוצה לה, מקום שאין שם נועם ואין שם שלום".

14. ראה דברי מ' אלון, "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן ומן הראוי לסטות מהן, ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב", בתוך: רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל, הוצאת רמות, עמ' 367.

15. ראה המקורות הרבים המובאים בספרו של מ' אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 323-325.

16. שו"ת מהרי"ק, סימן קפא.

17. ראה המקורות הרבים המובאים במפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה, בעריכת מ' אלון, ירושלים תשמ"ו, עמ' כה.

בעלה ברשלנות: האם דינה כדין שומרת חינם או שומרת שכר? ומסקנת הגמרא היא¹⁸, שמשום שלום בית, היא אינה נחשבת אפילו שומרת חינם. וכך פסק הרמב"ם בעניין זה:

"האשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכותיה בתוך ביתה, פטורה. ואין זה מן הדין, אלא תקנה. שאם אין אתה אומר כן, אין שלום בתוך הבית לעולם, אלא נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות, ונמצאת קטטה ביניהם" (רמב"ם, הלכות אישות, פרק כא, הלכה ט).

מקום מיוחד נועד לעיקרון זה בתחום דיני המשפחה¹⁹, בענייני רכוש בין הורים לילדיהם²⁰, ביחסי הממון בין בני הזוג²¹, בדיני ייבום וחליצה ובדיני עגונות²².

10. וכבר הבהיר המהרש"א (פולין, המאה ה"ז-י"ז) את הטעם להקל בנושא מסוים כדי להתיר אישה מעגינותה, ואמר:

"ואמר: 'שלום רב לאוהבי תורתך' (תהלים קיט, קסה) – שאין זה עקירה של דין תורה, אלא ממידת שלום, שלא תעגן האשה. וכתוב:

18. ירושלמי, כתובות, פרק ט, הלכה ד.

19. ראה למשל, שו"ת חלקת יעקב, אורח חיים, סימן כט, ס"ק א.

20. ראה, בבא מציעא יב ע"א. וראה עוד המקורות המובאים בספרו של מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 340-341.

21. כתובות נח ע"ב; בבא קמא לב ע"א; שם פח ע"ב-פט ע"א.

22. כך, למשל, מצינו בתקנות רבנו תם שאסור לאדם להניח את אשתו לבדה יותר משנים-עשר חודש בלא רשות בית הדין, אלא אם כן הסכימה אשתו לכך בפני עדים, כשהדבר הכרחי לשם פרנסת הבית או לשם תלמוד תורה, ורק אם יהיה שלום בינו לבין אשתו. ולאחר שוב הבעל לביתו עליו לשהות עמה לפחות שישה חודשים. ראה לעניין זה, שו"ת בנימין זאב, סח; שו"ת מהר"ם בר"ך מרוטנברג, דפוס פראג, סימן קנג, וסימן תתרכב. וראה שפע המקורות המובאים בספרו של מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 325-326, ועמ' 434-435.

”דרכיה דרכי נועם... מסיים: ”ה’ עז לעמו יתן” (תהלים כט, יא). שאין זה עקירת דבר מן התורה, כי הקב”ה נתן עוז וכח לעמו, שהם תלמידי חכמים בדבר הזה להיות מקילין בדבר, שהרי ה’ יברך את עמו בשלום. כמו שכתוב: ”וכל נתיבותיה שלום” (משלי ג, יז), ואין כאן שלום אם תתעגן. ובדרך זה יתפרש המקרא: ”ישא ה’ פניו אליך” (במדבר ו, כו) – גם לעקור דבר מן התורה, לפי ש”שים לך שלום”.

11. הרב משה פינשטיין²³, מגדולי פוסקי ההלכה בדור האחרון, התיר לכהן לבקר את קרוביו בבית החולים בנסיבות מסוימות על אף החשש מפני טומאת כהנים, וטעמו:

”ולכן לצורך גדול יש להתיר לכהן לבקר חולה קרובו, כגון מפני צער הגדול, כשהחולה הוא אביו או בנו, ומשום שלום המשפחה, כשהם קרובי אשתו, וכל שכן כשאשתו חולה, שהוא ענין שלום בית”.

אך בעיקר ניתן ללמוד על מקומו של השלום בעולמה של הלכה מדברי הרמב”ם בסוף הלכות חנוכה:

”מצוות נר חנוכה מצווה חביבה היא עד מאוד, וצריך אדם להזהר בה כדי להודיע הנס ולהוסיף בשבח האל והודיה לו על הנסים שעשה לנו. אפילו אין לו מה יאכל, אלא מן הצדקה, שואל או מוכר כסותו ולוקח שמן ונרות ומדליק. הרי שאין לו אלא פרוטה אחת ולפניו קידוש היום [=לקנות יין לקידוש של שבת] והדלקת נר חנוכה, מקדים לקנות שמן להדליק נר חנוכה...”

23. הרב מ’ פינשטיין, שו”ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן קסו, ד”ה הנה האבריים.

היה לפניו נר ביתו [=נר של שבת] ונר חנוכה או נר ביתו וקידוש היום, נר ביתו קודם, משום שלום ביתו, שהרי השם נמחק לעשות שלום בין איש לאשתו. גדול השלום, שכל התורה ניתנה לעשות שלום בעולם, שנאמר: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" (רמב"ם, הלכות מגילה וחנוכה, פרק ד, הלכות יב-יד).

ה. סוף דבר

12. לסיום סקירה זו, יפה להביא מדברי הרב אליהו כי טוב, בספרו "איש וביתו"²⁴:

מה יעשה אדם וינצל מדינה של מחלוקת? מה יעשה ראש הבית כדי שיקרב את קרוביו אליו ויכונן איתם יחד את משטרו על מכון אמת, ויכון השלום ביניהם תמיד? תהא ראשית ממלכתו על עצמו. יעשה קודם מלחמה על עצמו, וישליט את דעתו על רגזנותו; או אז יהיו כל דבריו נשמעים, בין אומרם ובין אין אומרם; או אז יהיו אנשי ביתו יודעים את רצונו ומשתדלים מדעת עצמם לעשותו ולגרום לו קורת רוח. כל אשר לו יתן האדם בעד כבודו, כל מאמץ לא יקר לו בעד שלומו וטובו, והרי אין המאמץ הזה של שליטה עצמית קשה משאר מאמציו. כל שאר המאמצים תועלתם ספק, וזה תועלתו וודאי. ובחנונו נא בזאת. אמרו חכמי הנפשות: אם לא יפתחו ארובות השמים להוריד לכם ברכה עד בלי די, ושלום".

24. א"א כי טוב "איש וביתו", פרק ו, עמ' נ', "כיצד ניצולים מדינה של מחלוקת".

פרק יג: תורה עם דרך ארץ

א. לימוד התורה כערך על

1. החובה ללמוד תורה היא מן החובות היסודיות ביותר בעולמה של היהדות, עד כי הרמב"ם קובע: "תחילת דינו של אדם, אינו נידון אלא על התלמוד, ואחר כך על שאר מעשיו"¹. לימוד התורה אינו בא רק כדי לדעת אותה, אלא מצוות הלימוד היא תכלית בפני עצמה², והיא גם תכלית בריאת האדם, כדברי המשנה: "אם למדת תורה הרבה, אל תחזיק טובה לעצמך, כי לכך נוצרת"³. מצוות תלמוד תורה היא חובה מוחלטת, החובקת את כל זמנו של האדם בלי שיעור: בשכבו ובקומו, ביום ובלילה, בבחרות האדם ובזקנותו, בעוני ובעושר, בכריאות ובחולי, בכל עת ובכל מצב. והדברים מגיעים לידי חובה מוחלטת, עד שנאמר בעניין זה בתלמוד: "אמר רבא: השח שיחת חולין - עובר בעשה, שנאמר 'ודברת במ' (דברים כו, ז). במ - ולא בדברים אחרים"⁴. על האדם להיות נכון גם להקריב את צרכיו הבסיסיים ביותר על מזבח חובתו להגות בתורה בכל עת, כדברי המשנה: "כך היא דרכה של תורה, פת במלח תאכל, ומים במשורה תשתה, ועל הארץ תישן, וחיי צער תחיה, ובתורה אתה עמל"⁵. הקשיים שהאדם

1. רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, הלכה ה.

2. רמב"ם, שם, הלכה ו. וראה דברי הרב י"ד סלובייצ'יק בהקדמתו לשו"ת בית הלוי, ובספרו בית הלוי על פרשת משפטים, המבהיר ש"נעשה ונשמע" משמעו לימוד ושמיעה אף לאחר עשיית המצווה כחובה עיונית וכתכלית בפני עצמה.

3. משנה, אבות ב, ח.

4. יומא יט ע"ב.

5. אבות ו, ד. וראה רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, הלכה יב: "אין דברי תורה מתקיימין במי שמרפה את עצמו עליהן, ולא באלו שלומדים מתוך עידון ומתוך אכילה ושתייה, אלא במי שממית

נתקל בהם במהלך חייו אינם יכולים להיות תירוץ לפטור אותו מחובתו ללמוד תורה.⁶

2. בהתאם לזה, לכאורה, מן הדין שיעבוד האדם לפרנסתו רק עד המינימום ההכרחי לקיומו, בגדר פיקוח נפש, וכל מה שמעבר לזה הוא בגדר ביטול תורה.⁷ ומאליה עולה השאלה: האמנם אסור לאדם לעמול לפרנסתו כדי להתקיים ברווחה ואף בעושר? בדברינו להלן נסקור גישות אחדות של חכמי המשפט העברי ביחס הראוי בין עסק התורה לבין העיסוק במלאכה, ונראה שהדברים מורכבים יותר ממה שעולה מן המקורות שהבאנו לעיל.

ב. דרך ארץ

3. בתלמוד⁸ בא ויכוח עקרוני ביחס הראוי בין התורה לבין הפרנסה:

”ואספת דגנך” (דברים יא, יד) – מה תלמוד לומר? לפי שנאמר: “לא ימוש ספר התורה הזה מפִּיךָ” (יהושע א, ח), יכול דברים ככתבן? תלמוד לומר: “ואספת דגנך”. הנהג בהן מנהג דרך ארץ. דברי רבי ישמעאל.”

עצמו עליהן, ומצַעַר גופו תמיד, ולא יתן שינה לעיניו ולעפעפיו תנומה... כן אמר שלמה בחכמתו... 'אף חכמתי עמדה לי' (קוהלת ב, ט) - חכמה שלמדתי באף [על אף הקשיים ועל אף הנסיבות] היא עמדה לי”.

6. ראה יומא לה ע”ב: “עני עשיר ורשע באים לדין. לעני אומרים לו: מפני מה לא עסקת בתורה? אם אומר: עני הייתי וטרוד במוזנותי, אומרים לו: כלום עני היית יותר מהלל?... עשיר אומרים לו: מפני מה לא עסקת בתורה? אם אומר: עשיר הייתי וטרוד הייתי בנכסיי, אומרים לו: כלום עשיר היית יותר מרבי אלעזר?”. מכאן שהתנאים הכלכליים אינם עילה שלא לעסוק בתורה בכל עת.
7. ואכן, כך משמע מדברי ר' חיים מוולוז'ין בספרו נפש החיים, שער א, פרק ח, המדבר על עיסוק “בפרנסה כדי הצורך וההכרח לחיות נפש”.
8. ברכות לה ע”ב.

ומבאר רש"י: "הנהג בהם - עם דברי תורה, מנהג דרך ארץ - שאם תבא לידי צורך הבריות, סופך להתבטל מדברי תורה". כלומר, האדם חייב להתפרנס כדי שלא יבוא לידי עניות, מפני שהעוני סופו להביאו להתבטל מלימוד תורה. ואכן מפורסמים דברי התוספתא, ולפיהם אחת מחובות האב כלפי בנו, לצד החובה ללמדו תורה, היא ללמדו אומנות⁹, והטעם שמביא לזה רבי יהודה: "כל שאין מלמדו אומנות כאילו מלמדו ליסטות".

רבי שמעון בר יוחאי חולק על רבי ישמעאל ותמה עליו:

"אפשר אדם חורש בשעת חרישה, וזורע בשעת זריעה, וקוצר בשעת קצירה, ודש בשעת דישה, וזורח בשעת הרוח, תורה מה תהא עליה?! אלא: בזמן שישראל עושין רצונו של מקום - מלאכתן נעשית על ידי אחרים".

לדעתו, האדם חייב להשקיע את כל משאבי זמנו והווייתו בלימוד התורה ולסמוך על ההשגחה העליונה בפרנסתו¹⁰. ואולם דומה שהתלמוד נוטה לשיטתו של רבי ישמעאל:

"אמר אביי: הרבה עשו כרבי ישמעאל ועלתה בידן, כרבי שמעון בן יוחאי ולא עלתה בידן".

9. תוספתא, קידושין (ליברמן), פרק א, הלכה יא; קידושין כט ע"ב.

10. מחלוקת דומה יש לכאורה בין רבי מאיר לרבי נהוראי: "רבי מאיר אומר: לעולם ילמד אדם את בנו אומנות נקיה וקלה... רבי נהוראי אומר: מניח אני כל אומנות שבעולם ואיני מלמד את בני אלא תורה" (משנה, קידושין ד, יד).

4. נמצא לכאורה שהדרך שראוי לילך בה היא תורה עם דרך ארץ, שילוב לימוד התורה עם עיסוק בפרנסה¹¹. וכן פוסק הרמב"ם:

"כל המשים על לבו שיעסוק בתורה ולא יעשה מלאכה ויתפרנס מן הצדקה, הרי זה חלל את השם, ובזה את התורה, וכיבה מאור הדת, וגרם רעה לעצמו, ונטל חיי מן העולם הבא, לפי שאסור ליהנות מדברי תורה בעולם הזה... וכל תורה שאין עמה מלאכה, סופה בטילה וגורת עוון"¹².

5. אולם הרמב"ם נראה כסותר את עצמו כשהוא קובע במקום אחר ששבט לוי "הובדלו מדרכי העולם, לא עורכין מלחמה כשאר ישראל, ולא נוחלין [נחלה בארץ ישראל כדי לעבד אותה לפרנסתם], ולא זוכין לעצמם בכוח גופן [=אינם מתפרנסים מיגיע כפיהם], אלא הם חיל ה"¹³. והרמב"ם פוסק שהדברים הללו נאמרו לא רק לגבי שבט לוי, אלא גם לכל אדם מישראל הבוחר לעסוק אך ורק בתורה. וזה לשונו:

"ולא שבט לוי בלבד, אלא כל איש ואיש מכל באי העולם אשר נדבה רוחו אותו והבינו מדעו להיבדל לעמוד לפני ה' לשרתו ולעובדו, לדַעַה את ה', והלך ישר כמו שעשהו האלקים, ופָּרַק מעל צוארו עול החשבונות הרבים אשר ביקשו בני האדם, הרי זה נתקדש קדש קדשים, ויהיה ה' חלקו ונחלתו לעולם ולעולמי

11. וכן נאמר במשנה (אבות ב, ב): "פה תלמוד תורה עם דרך ארץ". אמנם יש מקורות שבהם משמע הציור "דרך ארץ" הוא 'מעשים טובים'. ראה למשל במדבר רבה, פרשת נשא, פרשה יג, סימן טו: "בלולה בשמן" - זו התורה שצריכה לבלול במעשים טובים כהיא דתנינן: "פה תלמוד תורה עם דרך ארץ".

12. רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, הלכה י, על פי המשנה, אבות ב, ב.

13. רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק יג, הלכה יג.

עולמים, ויזכה לו בעולם הזה דבר המספיק לו כמו שזכה לכהנים וללוים"¹⁴.

ג. דרך היחיד ודרך הרבים

6. פתרון לסתירה שיש לכאורה בדברי הרמב"ם ניתן למצוא בשיטת ר' חיים מוולוז'ין ואחרים¹⁵, ולפיה הכרעת התלמוד כדעת רבי ישמעאל אמורה ברוב העם, ואילו לגבי יחידי סגולה, פתוחה ואף מחויבת דרכו של רבי שמעון בר יוחאי:

"הרבה עשו כרשב"י ולא עלתה בידם. היינו רבים דוקא. כי ודאי שלכלל ההמון כמעט בלתי אפשר שיתמידו כל ימיהם רק בעסק התורה, שלא לפנות אף שעה מועטת לשום עסק פרנסת מזונות כלל. ועל זה אמרו באבות: "כל תורה שאין עמה מלאכה...". אבל יחיד לעצמו, שאפשר לו להיות אך עסוק כל ימיו בתורתו ועבודתו יתברך שמו, ודאי שחובה מוטלת עליו שלא לפרוש אף זמן מועט מתורה ועבודה לעסק פרנסה חס ושלום. וכדעת רשב"י"¹⁶.

14. על הלכה זו של הרמב"ם ראה א' הכהן, "על חובת השוויון בשירות הצבאי", פרשת השבוע, במדבר, תשס"ב, גיליון מס' 74.

15. לעיל, הערה 362. וכעין זה נוקטים גם: הרב י"ז סולובייצק (הרב מבריסק), חידושי מרן רי"ז הלוי על התורה, ירושלים תשמ"א, פרשת חיי שרה, בשם הגר"א; הרב אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, חלק ב, סימן מז, אות ג. והשווה להלן, סוף הערה 376.

16. ר' חיים מוולוז'ין מעיר שם בהגנה, שמשום זה הדרישה "בכל מאדך", שפירושה 'בכל ממנוך', נאמרה רק בפרשה הראשונה של קריאת שמע, המנוסחת בלשון יחיד, ולא בפרשה השנייה, המנוסחת בלשון רבים.

עוד הוא מוסיף כי "תורה עם דרך ארץ" משמעה שגם בשעה שהאדם עוסק בפרנסתו, עליו להקדיש את רעיונותיו והגיגותיו לתורה. וראה גם בספר המקנה, קידושין ל ע"ב, ד"ה גמ' אמר: "ובתורתו יגה יומם ולילה"... דאפילו בשעת מלאכתו הוא מחשב ומשתוקק בתורתו". ועם זאת ברור שמי

ד. היקף מצוות תלמוד תורה

7. ועדיין נשאלת השאלה: אם מצוות תלמוד תורה חשובה מכל המצוות, כיצד ניתן להסביר שהיא נדחית מפני הפרנסה, ולו להמון העם בלבד? תשובה מעניינת לשאלה זו יש בדברי רבים מן האחרונים, כגון הרב אלחנן וסרמן¹⁷ (ליטא, נספה בשואה), האומר:

”חיוב תלמוד תורה אינו חל על האדם אלא בשעה שהוא פנוי ובטל מעשיית צרכיו, דקרא כתיב ”ואספת דגנך”. אבל בשעה שהוא צריך לעשות מלאכתו, אז אינו מחויב כלל בתלמוד תורה.”

8. וכן נוקט גם הרב יעקב ישראל קנייבסקי, ”הסטייפלר” (בני-ברק, המאה ה-18), המבקש להסביר לאור הבחנה זו מדוע מי שעוסק במצווה מסוימת פטור ממצוות קריאת שמע, בהתאם לכלל ”העוסק במצווה פטור מן המצווה”, ואילו מי שלומד תורה חייב להפסיק את לימודו כדי לקיים מצוות קריאת שמע¹⁸, הלוא הדברים תמוהים, שהרי הכלל הוא: ”תלמוד תורה כנגד כולן”¹⁹. לדבריו, ”עיקר גבול שיעור תלמוד תורה... לעסוק בתורה כפי יכולתו”, כשאינו יכול לעסוק בלימוד תורה, אין חייב במצווה זו כלל, ואינו כמי שביטל אותה מאונס. לפי זה, מובן שמי שמנוע מלעסוק בתורה משום שמוטלת עליו מצווה אחרת, כגון קריאת שמע, אינו נחשב כמי שמבטל מצוות תלמוד תורה אלא כמי שאינו חייב בה באותו זמן, ומובן מאליו מדוע לא חל עליו הכלל ”העוסק במצווה פטור מן המצווה”. הוא הדין בזמן שהאדם עושה לפרנסתו: אין הוא

שעוסק במלאכה אינו יכול להגיע לאיכות הלימוד שמגיע אליה מי שיושב ועוסק בתורה בלבד, ועל זאת טענתו של רשב”י. ראה הרב ברוך בער ליבוביץ, ברכת שמואל, קידושין, סימן כז.

17. קובץ הערות, הוספה א.

18. ראה: שבת יא ע”א; רמב”ם, הלכות קריאת שמע, פרק ב, הלכה ה.

19. משנה, פאה א, א. וראה הרב ישראל מאיר הכהן מראדין, חפץ חיים, פתיחה, עשין אות יב: ”שקולה היא מצוות תלמוד תורה כנגד כל המצוות וכל המצוות אינן שוות לדיבור אחד מן התורה”.

מבטל תורה מחמת אונס, אלא חובת הלימוד לא חלה עליו מלכתחילה. לדעת הרב קנייבסקי, כך יש להבין את דברי התוספות²⁰, המפרשים את מאמר התלמוד מבית מדרשו של רבי ישמעאל, "דברי תורה לא יהו עליך חובה, ואי אתה רשאי לפטור עצמך מהן". וזה לשונם של התוספות: "דברי תורה לא יהיו עליך חובה" - שלא תעסוק בהן כלל, אלא יפה תלמוד תורה עם דרך עצמך מהן' - שלא תעסוק בהן כלל, אלא יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ". ומסביר הרב קנייבסקי: "אדם אינו מחויב לבטל עסקי פרנסתו לגמרי [מפני שבשעה שהוא עוסק בפרנסה, אינו חייב במצוות תלמוד תורה]... ואינו רשאי לבטל תלמוד תורה לגמרי, אלא יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ"²¹.

20. תוספות, מנחות צט ע"ב, ד"ה לא.

21. הרב קנייבסקי מבהיר שיש שיעור לחיוב תלמוד תורה שאסור לחרוג ממנו ושלא ניתן לוותר עליו גם אם האדם נאלץ לפנות ולעסוק בצורכי פרנסתו. מינימום זה, שהוא בגדר חובה, מתבטא בלימוד "פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית", לקיים מצוות "והגית בו יומם ולילה". מחובה זו האדם פטור רק באונס ממש. יסוד הדברים במנחות צט ע"ב: "שנה אדם פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית, קיים מצוות 'לא ימוש ספר התורה הזה מפריך'". יותר מזה. מצינו שם בדברי רבי שמעון בר יוחאי: "אפילו קרא אדם קריאת שמע שחרית וערבית, קיים 'לא ימוש'". ביחס לזה נאמר עוד בתלמוד: "ודבר זה אסור לאומרו בפני עם הארץ". ופירש רש"י, שלא יאמר כי די לו בקריאת שמע "ולא ירגיל בניו לתלמוד תורה". אך לדעת רבא שם: "מצווה לאומרו בפני עם הארץ". ואומר רש"י כי למשמע דברים אלה יבין כל אדם שאם יש שכר כה גדול על קריאת שמע ובזכותה יצליחו דרכיו, "אם היה עוסק כל היום, כל שכן ששכרו גדול ומרגיל את בניו לתלמוד תורה".

על הסתירה לכאורה בין דברי רשב"י אלה לבין תמיהתו, "אפשר אדם חורש בשעת חרישה... תורה מה תהא עליה", ראה זאב לב, "תשובה לביקורת", המעיין לב, גיליון ד (תשנ"ב), עמ' 44. לדעת פרופ' לב, פתרון הסתירה בהבחנה בין היחיד לבין הציבור. היחיד יכול לצאת ידי חובתו בלימוד תורה בשיעור המינימלי, אבל על הציבור מוטלת האחריות לדאוג לתנאים המאפשרים צמיחתם של גדולי תורה, שאם לא כן, "תורה מה תהא עליה?!". והשווה לעיל, ליד ציון הערה

9. ויש מי שמרחיב מאוד את תחום "צורכי האדם" שאינם בגדר ביטול תורה, כגון הרב משה פינשטיין²² (ארה"ב, המאה הכ'), האומר שמצוות תלמוד תורה היא

"חיוב קבוע בלא זמן וגבול. אבל חיובו הוא כזה שרשאי לילך לפרנסתו ולכל צרכיו, אפילו שהוא רק לתענוגים בעלמא, ולשכיבה ולישיבה לנוח בעלמא כשנהנה מזה, ואין בזה בטול המצווה".

על פי גישה זו, נמנעת התנגשות הערכים בין לימוד התורה לצורכי הפרנסה ושאר צורכי האדם, מפני שחובת לימוד התורה חלה רק בזמנו הפנוי של האדם, ואינה חלה על זמן שהוא מקדיש לפרנסתו²³, אלא שכמובן עולה שאלת האיזון הנכון בין השניים.

ה. תורה עיקר ומלאכה עראי

10. ומהם גדריו העיסוק בפרנסה? האם יכול האדם להקדיש את כל אוננו להרבות את הונו עד שיישטף בים עיסוקיו ותהא התורה טפלה? התשובה לשאלה זו בשולחן ערוך שלילית:

"אחר שיצא מבית הכנסת [בבוקר], ילך לבית המדרש. ויקבע עת

22. שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סימן לו, אות ה. וראה גם דברי הרב איסר זלמן מלצר, אבן האזל על הרמב"ם, הלכות מלכים, פרק ג, הלכות ה-ו: "הדיוט מותר לו להתענג, אף שזה יגרום לבטול תורה בהכרח על ידי השיכרות או בעילות נשים, ולהדיוט [להבדיל ממלך, ראה שם] אינו אסור אלא לבטל תורה בלי כל סיבה".

23. מסופר שאדם שלא הכיר את החזון איש שאל אותו אם הוא לומד תורה? ותשובתו היתה "כשיש לי זמן אני לומד". על כוונתו נעמוד מתשובת ר' חיים מוולוז'ין, שהבהיר כי בשיבתו "אוכלים וישנים ולא עוד". "כלומר?", שאל השואל. "כלומר, השיב ר' חיים: וכל שאר הזמן לומדים" (ראה הרב י' זוין, אישים ושיטות, עמ' 18).

ללמוד. וצריך שאותו עת יהיה קבוע, שלא יעבירונו אף אם הוא סבור להרויח הרבה²⁴.

אחר כך ילך לעסקיו, דכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה, וגוררת עון, כי העוני יעבירונו על דעת קונו. ומכל מקום לא יעשה מלאכתו עיקר, אלא עראי, ותורתו קבע, וזה וזה [תורתו ופרנסתו] יתקיים בידו²⁵.

ומהו גדרם של דברים אלו? הרמח"ל²⁶ (איטליה - ארץ ישראל, המאה הי"ח) מבאר את המשנה "הוי ממעט בעסק ועסק בתורה"²⁷ ואומר:

"כי הנה העסק מוכרח הוא לאדם לצורך פרנסתו, אך ריבוי העסק אינו מוכרח שיהיה כל כך גדול, עד שלא יניח לו מקום אל עבודתו. על כן נצטוונו לקבוע עתים לתורה"²⁸.

24. שולחן ערוך, אורח חיים, סימן קנה, סעיף א.

25. שם, סימן קנו, סעיף א. וראה משנה ברורה, שם, ס"ק ב: "העיקר שיתבונן בעצמו מה הוא הכרח אמיתי שאי אפשר בלעדיו, ואז יוכל להתקיים בידו שיהא מלאכתו עראי ותורתו עיקר". הרחבה לדברים אלו יש בספרו חפץ חיים (פתיחה, עשה יב, בהגהה): "כל מה שהקב"ה יוסיף לו בטובה וירוויח לו בעסקיו יותר, יסיטנו היצר לאמור כי עתה לפי עושרך שנתן לך ה' אתה מוכרח לדור בדירה נאה יותר ולילך במלבושי רקמה ולהתנהג כדרך בעלי בתים הגבוהים, שאם לא כן, תתבוזה לעיני חבריך... סוף דבר יהיה כל מה שה' יוסיף לו בטובה ויתן לו הצלחה בעסקיו יותר, יסיטנו היצר לבטל מתורה ועבודה, עד שלבסוף לא יניח לו פנאי אפילו לתפילה בציבור... על כן, מאוד ומאוד צריך להתיישב בזה, איהו הכרח אמיתי שבלתו אי אפשר בשום פנים, והיותר - יחרים". ומעניין להשוות דברים אלו למה שמובא בשם רבנו תם: "רגיל רבינו יעקב לומר דתלמוד תורה טפל לגבי דרך ארץ, מדקתני: 'יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ' (משנה, אבות ב, ב). אלמא [=אם כן] דרך ארץ עיקר" (תוספות ישנים, יומא פה ע"ב. אבל ראה שם שחלקו על דבריו).

26. מסילת ישרים, פרק ה.

27. משנה, אבות ד, י.

28. ויושם אל לב שהרמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק א, הלכה ח, אינו קובע שכל אדם חייב ללמוד תורה כל היום אלא שהוא חייב לקבוע עתים לתורה מדי יום. וזה לשונו: "כל איש מישראל חייב

ואמרו חז"ל שבתחילת דינו בעולם הבא עתיד האדם להישאל:

"נשאת ונתת באמונה? קבעת עיתים לתורה?"²⁹

מעבר למינימום זה, הדברים תלויים במידת יכולתו של כל אדם ואדם ללמוד תורה, כדברי הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק. וזה לשונו:

"אינו דומה בחיוב תלמוד תורה האיש אשר נפשו מרגשת בשכלה הזך ונקשרה בעבותות אהבה לתלמוד תורה, לאיש אשר כוחות נפשו נרפים ועצלים"³⁰.

ו. מצוות לימוד מלאכה

11. העולה ממה שראינו עד כה, שאין ניגוד בין לימוד התורה לבין לימוד מלאכה. ולא זו בלבד, אלא שלימוד מלאכה גם הוא בגדר מצווה. וזה לשון הרב אלהן וסרמן בעניין זה:

"אם הלימוד אינו מביא לקריאה בספרי כפירה... ולומד חכמה חיצונית לשם אומנות כדי להתפרנס ממנה, אין שום

בתלמוד תורה, בין עני בין עשיר, בין שלם בגופו בין בעל יסורין, בין בחור בין שהיה זקן גדול שתשש כוחו, אפילו היה עני המתפרנס מן הצדקה ומחזר על הפתחים, ואפילו בעל אישה ובנים - חייב לקבוע לו זמן לתלמוד תורה ביום ובלילה".

29. שבת לא ע"א. וראה חפץ חיים, שמירת הלשון, חלק שני, פרק יט, ד"ה אכן באמת.

30. אור שמח, הלכות תלמוד תורה, פרק א, הלכה ב. ר' מאיר שמחה מדווינסק אומר שמכיוון שיש הבדל בין בני אדם ביכולת העיון ולימוד התורה, יש שיעור מינימלי, קריאת שמע שחרית וערבית, השווה לכל נפש: "לפחות שבפחותים ולמשה רבנו" (ראה לעיל, הערה 376). מעבר לזה, חובת לימוד התורה היא "בכללי המצוות אשר נבדלו ונפרדו בזה כל איש לפי ערכו ומהותו", והוא מדגיש כי "בוודאי שצריך להתעצם בה האדם בכל יכולתו... וצריך האדם להלהיב נפשו לשקוד על דלתותיה". עם זאת, "בוודאי אם יבקש האדם טרף ומזון, בכל זאת אינו נחשב למפריע מצוות תלמוד תורה... וכן למשל אדם חלוש המזג, וכן כל אחד לפי ההכרחיות שלפי הרגלו וכן לפי תואר נפשו של אדם".

איסור בזה. ואדרבה, לימוד אומנות כדי להתפרנס היא מצווה³¹.

עם זאת, הרב שניאור זלמן מלאדי³², מייסד חסידות חב"ד (פולין, המאות הי"ח-י"ט), מבחין בין שתי תקופות בחיי האדם מבחינת הקדשת זמן ומשאבים ללימוד תורה. בצעירותו, האדם מבסס את יכולתו ללמוד תורה ולהגיע לדרגה של ידיעה ראויה, ומקדיש את כל זמנו ללימוד התורה, ועליו לעסוק רק בה. בשלב זה, אין האדם לומד אומנות, אינו עוסק בפרייה ורבייה, והוא פטור ממצוות עשה אף שאי אפשר לקיימן על ידי אחרים. רק לאחר שהגיע האדם לרמת ידע והבנה ראויים, ועיסוקו בתורה נעשה לשם הרחבת ידיעותיו וקיום מצוות 'והגית', מותר לו לעסוק גם בפרנסתו. ההבחנה היא בין מצוות ידיעת התורה לבין מצוות לימוד התורה.

12. מצוות לימוד התורה, החלה בכל גיל ובכל זמן, היא מצווה שאין לה שיעור, ועל כן היא בגדר חיוב החל בכל שעה שהאדם פנוי, כמו שראינו לעיל, ונמצא שאם הוא עסוק בפרנסתו, לא חלה עליו חובת לימוד תורה, ולימוד התורה נדחה גם מפני מצוות אחרות. שונה היא לחלוטין מצוות ידיעת התורה. אכן, הגדרת המונח ידיעת התורה משתנה מאדם לאדם על פי יכולת ההפשטה והעיון של כל אדם, אך את המצווה להגיע ליכולת לימוד ראויה ניתן להגדיר

31. הרב אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, חלק ב, סימן מז, אות ג. וכך הוא מסביר את דברי התלמוד (שבת קנ ע"א) כי אף על פי שנאמר בעניין איסורי שבת "ממצא חפצך ודבר דבר" (ישעיהו נח, יג), ודרשו חז"ל: "חפצך אסורים, חפצי שמים מותרין", בכל זאת מותר ללמד ילדים אומנות בשבת, כפי שמובא שם, "ועל התינוק ללמוד ספר וללמדו אומנות", שכן "אומנות היא בכלל חפצי שמים, וחיוב אדם ללמד את בנו אומנות". וראה רשב"ץ, מגן אבות, א, י. וראה גם: קידושין ל ע"ב; ירושלמי, פאה, פרק א, הלכה א; רמב"ם, הלכות דעות, פרק ה, הלכה יא.

32. שולחן ערוך הרב, חלק חמישי, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, וקונטרס אחרון, שם.

הן מבחינת הזמן, ימי הנעורים³³, הן מבחינת האיכות³⁴. מצווה זו אינה נדחית מפני שום מצווה, גם לא מפני המצווה ללמוד מלאכה³⁵. וכן פוסק גם הרב משה פיינשטיין: כל זמן שלא נשא האדם אישה ואין עליו עול פרנסה, אינו חייב ללמוד מלאכה³⁶.

13. לעומת גישה מצמצמת זו, רבי פנחס אליהו הורוביץ מוולנה (פולין-ליטא, המאות ה"ח-ה"ט), מבקר בחריפות את מי שאינו מלמד את

33. וראה שיטה מקובצת, קידושין מ ע"ב, על מחלוקת רבי עקיבא ורבי טרפון בשאלה אם "תלמוד תורה גדול או מעשה גדול". וזה לשונו: "וזה לשון הרב ר' ישעיה ז"ל, שנשאל לפניו אדם בבחרותו מה טוב לו, אם לעסוק בקיום מצוות או בתלמוד, ונמנו שטוב לו ללמוד בבחרותו, שהתלמוד מביא לידי מעשה בסוף ימיו. והמעשה רב, שאם לא ילמד בבחרותו, לא ידע טיב המצוות לקיימן בזקנותו". וראה גם פני יהושע, בבא קמא יז ע"א, ד"ה בגמרא.

34. הרב מלאדי מגדיר זאת כך: "שילמד תחילה תורה שבעל פה כולה, שהן כל ההלכות וטעמיהן בדרך קצרה". והשווה הרב ברוך בער ליבוביץ, ברכת שמואל, קידושין, סימן כז, האומר שיש שני חיובים של לימוד תורה. האחד כמותי, מבחינת זמן והיקף הלימוד, והשני איכותי, בגדר "ושנתם לבניך", שיהיו דברי תורה מחודדים בפיך. מצווה זו מתייחסת לידיעת התורה, לגדול ולהיות תלמיד חכם ומורה הוראה.

35. כך הוא מיישב את הקושי בהלכת הרמב"ם: "מי שחשקה נפשו בתורה תמיד ושוגה בה כבן עזאי ודבק בה כל ימיו ולא נשא אשה, אין בידו עוון" (הלכות אישות, פרק טו, הלכה ג). במקרה זה, אין מדובר רק בדחיית מצוות פרו ורבו אלא בביטולה לגמרי, ולכאורה אין לזה הצדקה, שהרי זו מצווה שאי אפשר לקיימה על ידי אחרים, שאפילו תלמוד תורה נדחה מפניה (ראה מועד קטן ט ע"ב). הרב מלאדי מסביר שמצוות תלמוד תורה שנדחית מפני מצוות שאי אפשר לעשותן על ידי אחרים אינה אלא מצוות "והגית", דהיינו מצווה לימוד התורה, אבל לא כן מצוות ידיעת התורה, שהרמב"ם דן בה בהלכה זו. ומי שחושש כבן עזאי שמא תשכיה ממנו טרדת פרנסת המשפחה את התורה, מותר לו שלא לשאת אישה. והשווה דברי הרב וסרמן (לעיל, הערה 372), הסבור שבן זומא היה בגדר אנוס.

36. שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סימן לו, אות א.

בנו מלאכה בטענה שחובה ללמדו רק תורה. וזה לשונו³⁷:

"ויותר חרה לי על תלמידי חכמים שלא רוצים ללמד לבניהם אומנות, רק תורה לבד, וסומכים עצמם שבניהם יהיו רבנים ודיינים. ולא רבים יחכמו בתורה עד שיגיעו להיות מורי הוראה בישראל, ונשארים קרח מכאן וקרח מכאן, ונעשים מלמדי תינוקות. ומשרבו בעלי זאת הדעת, רבו המלמדים יותר מן התלמידים, ועל כן אינם מגיעים לחצי פרנסתם, ובביתם אין לחם ואין שמלה... והנה האבות עשו זאת לשם שמים, וסמכו עצמן על דעת רבי נהוראי, שאמר: "מניח אני כל אומנות שבעולם, ואיני מלמד בני אלא תורה", ולא יבינו כי זה הוא מעשה יצר הרע, כדרכו להלביש ולכסות הדברים אשר לא טובים בכסות החסידות. ועל כל פשעים יכסה [היצר הרע] אהבה ויראת ה', ויראה אליו פנים לשם שמים."

37. רבי פנחס אליהו הורוביץ, ספר הברית, חלק ב, מאמר יב: דרך הקודש, פרק י. וראה גם מ' ויגודה, "על היחס ללימודים כלליים במקורות היהודיים", באתר המחלקה למשפט עברי, justice.gov.il/MOJHeb/MishpatIvri/ מדור חוות דעת - דת ומדינה.