טיפים על סמך ניסיוני:

* אטינגר שמח לענות על שאלות ולהתווכח בהפסקה. לא כדאי להתווכח בשיעור.
* במועד ב' הציונים טובים לאין ערוך.
* אם אתה הולך להעדר מהשיעור או לצאת באמצע – עדיף שתודיע מראש (תכין תירוץ רלוונטי – מיל', לידה, עזרה לאישה בבית וכו'). אטינגר רואה העדרות כדבר לא מנומס.
* לתמיכה טכנית בקשר למחברת פנו אלי: יאיר קויפמן, שנה ב'.
* בהצלחה!

**שיעור שני יא בחשוון**

דברנו על הפרשנות. אמרנו שאנחנו הולכים לדבר על האופי המשפטי של ההלכה מההיבט של הכלים המשפטיים – של האיך ולא של המה. בהיבט של האיך – מה הם הכלים, השיטות דרכי החשיבה.

ההלכה כולה היא משפט.

פתחנו בנושא הפרשנות שהוא מרכזי ועיקרי כי הוא מבטא את ההלכה כמשפט שכולו בנוי על הפרשנות.

אטינגר רוצה להדגיש שתי נקודות:

1. הגורם העיקרי שמצריך פרשנות הוא מוגבלות הלשון האנושית. בסופו של דבר פרשנות לפי הגישה המקובלת מורכבת משתי מרכיבים – הלשון והעניין.

2. ישנה חשיבות לדיון בחשיבותה של כוונת המחוקק והצבענו על גישות שונות. הפרשנות המקובלת גורסת שיש לחפש את תכלית החקיקה – הגורם המרכזי בפרשנות.

האמת המשפטית

השיעור נעסוק בשאלת האמת המשפטית. לכל הדעות יש לכל חוק יותר ממשמעות אחת. האם ההנחה העקרונית היא שיש משמעות אחת נכונה לחוק ושאר האפשרויות אינן נכונות או שמא לכמה משמעויות יש אפשרות להתכנות בתור 'אמת'.

השאלה הזאת קיימת הן במשפט הכללי ודנים בה. המחלוקת היא בין שתי אסכולות. ישנה האסכולה הפוזיטיביסטית לעומת הנון פוזיטיביסטית. באופן כללי אטינגר אומר שתפיסה פוזיטי' תופסת את המשפט כתופעה חברתית קיימת וכמבטא את ההתנהלות של החברה ומעצם טבעו הוא מסתכל על המשפט כמו שהוא מתנהל ולא כמה שראוי להיות או כמה שרצוי. תפיסה פוזיט' הוא רק מה שנחקק באופן פורמלי על ידי המוסדות המוסמכים.

הנון פו' טוען שהמשפט הוא הרבה יותר רחב והמשפט כולל גם את ערכי החברה הלא קבועים בחוק.

בלי להבין מה הקשר למחלוקת (אטינגר)

בראש האסכולה הפוזיט' עמד הארט ומולו עומד דוורקין. מחלוקתם מתגלגלת גם לשאלת האמת המשפטית. בעיני דוורקין יש תשובה אחת נכונה לכל שאלה משפטית ויש לחתור לשאלה הנכונה. הארט כפוזיטי' טוען שהמשפט לא נותן עדיפות לתשובה אחת על פני חברתה.

ישנו מאמר בהקשר הזה של יוסף רז שהוא תלמיד של הארט שמגיב למאמר של עמוס שפירא שהוא תלמיד של דוורקין.

הארט הדגים את תפישתו בהבחנה הבאה: צריך להבחין בפרשנות בין התחומים הברורים לתחומים האפורים. בשולים העמומים של החוק ישנם מקרים קשים וישנה בעיה משפטית ואין תשובה אחת נכונה. רז מביא במאמרו דוגמה: נניח שיש מכס שמוטל על מי שמייבא כיסאות. ברור שהחוק לא חל על מי שמייבא שולחן אולם מה יהיה הדין כאשר אדם ייבא כורסה – האם ישנה תשובה נכונה אחת? כל תשובה היא שרירותית. דוורקין יאמר שאינו יודע מהי התשובה הנכונה אולם חייבת להיות תשובה נכונה אחת.

השאלה הזאת נשאלת ביתר תוקף בהלכה. ההנחה היא שהתורה היא אלוקית וכשאתה בא ליישם דבר תורה – בהכרח חייבים להביא את הקב"ה למשוואה. שאלה זו נידונה במקורות.

באופן אינסטינקטיבי אנחנו נזכרים בסיפור תנורו של עכנאי. אפשר להביא אגדה זו לסוגיית האמת ההלכתית אולם לאטינגר נראה שהשאלה עוסקת בשאלת התוקף ההלכתי וההכרעה.

לעומת זאת המאמר אלו ואלו דברי אלוקים חיים מופיע בעירובין יג ובגיטין ו. המקור העיקרי והקובע נמצא בעירובין "יצתה בת קול ואמרה אלו ואלו דברי אלוקים חיים הם והלכה כבית הלל" פה יש אמירה הן בשאלת האמת והן בשאלת התוקף. הפירוש הוא שאין עדיפות לאחד מהם מבחינת האמת. הגמרא שואלת מפני מה הם זכו שתהיה הלכה כמותם? שנוחים וענווים היו ומקדימים דברי בית שמאי לדבריהם. ההבנה הזאת מקבלת חיזוק מהגמרא בגיטין ו. בגיטין נחלקו אמוראים בסיפור פילגש בגבעה "ותזנה עליו פילגשו" – מה זה ותזנה? רבי אביתר אומר זבוב מצא לו (מלשון מזון) ורבי יונתן אומר נימא מצא לה (זבוב). רבי אביתר שאל את אליהו במה עוסק הקב"ה ואליהו אמר לו שעוסק בסוגיית פילגש בגבעה לפי דברי החולקים והוא עונה לרבי אביתר התמה מי איכא מחלוקת קמיה שמיא שזבוב מצא לה והקפיד ונימא מצא לה ולא הקפיד.

רבי אביתר תמה על העיסוק במחלוקת בשעה שישנה מחלוקת – ברור שישנה אמת אחת אלא ששני הדברים נכונים.

לדעת אטינגר הביטוי המקורי הוא בערובין והוא נלקח לגיטין כהרחבה לכך שיש שוויון.

אטינגר: סתמה דגמרא כך הבינה את שאלת האמת שזה נפרד משאלת התוקף. אלא ששאלת הגמרא היא מדוע בית הלל זכו, מבחינת התוקף, שתקבע הלכה כמותם. עונה הגמרא שזה מפני שהם נוחים ועלובים ומקדימים דברי בית שמאי לדבריהם.

עוד מאמר שקשור לענייננו הוא המאמר הידוע בספרי שמביא רש"י (אלא שהוא בעייתי – אטינגר) "אפילו יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין" – מכאן משמע שיש אמת אחת ויש נכון ולא נכון. ולא כמו שרוצה אטינגר לטעון.

הבעיה לדעת אטינגר היא בעיית הנוסח בספרי וכבר מפרשים מביאים שרש"י לא הביא את הנוסח המדוייק אלא "אפילו מראים בעיניך על שמאל שהוא ימין" וזה כבר מתפרש במשמעות אחרת ולא בשאלת האמת.

לעינינינו חשוב הפירוש של הרמב"ן. שאומר שעל משמעות דעת חכמים ניתנה התורה אפילו יטעו .זהו סיפורו של רבי יהושע שנכפה לבוא במקלו ובתרמילו שחל להיות בחשבונו. הצו של השמיעה לקול חכמים נצרך כיוון שלא יכול להיות בכל שאלה פירוש אחד מוסכם. לפי הרמב"ן יש תשובה אחת נכונה ויש מושג של טעות. אטינגר שואל מה יאמר הרמב"ן על "אלו ואלו דברי אלוהים חיים"? התזה של אטינגר היא כדלהלן:

בתורת הפרשנות יש ויכוח לגבי רלוונטיות של כוונת המחבר. אלו ואלו דברי אלוקים חיים – כפשוטו. מצד כוונת המחוקק, שניהם שווים ואין הבדל בין בית שמאי לבית הלל ומבחינת הקב"ה שניהם שווים. הרמב"ן מדבר מצד הכתוב – משמעות הכתוב שבה יכולה להיות טעות. תפיסת הרמב"ן כרוב חכמי ישראל היא שיש אפשרות של טעות בהבנת ההלכה ואת זה הוא מייחס למאמר "שמאל שהוא ימין". הלכה כדוורקין שישנה אפשרות של טעות.

אחד החוקרים כתב על מחלוקת גדולה בין הרמב"ן הזה לבין הריטב"א הידועה בעירובין שאומר כך: "שאלו רבני צרפת היאך אפשר שיהיו שניהם דברי אלוקים חיים וזה אוסר וזה מתיר. ותירצו כי כשעלה משה למרום הראו לו על כל דבר ודבר מ"ט פנים לאיסור ולהיתר ושאל את הקב"ה על זה אמר לו שיהא מסור לחכמי ישראל בכל דור ודור ויהא הלכה כמותם" אולם לפי ההסבר של אטינגר אין מחלוקת כי מבחינת נותן התורה אין אמת אחת אלא מבחינת הכתוב ישנה טעות וישנה פרשנות שאינה נכונה. (מישהו שאל על המעשה הרצוי מצד ריה"ל וענו לו שזה לא מסתדר עם המאמר של אטינגר).

לפי הנוסחה הזו האמת לא קובעת ומכריעה אלא יש צורך לשמוע לקול חז"ל.

לעומת המאמר הזה בספרי יש מאמרים הפוכים – מאמר בירושלמי הוריות על אותו פסוק "יכול אם יאמרו לך על שמאל שהוא ימין שתשמע להם? ת"ל ללכת ימין ושמאל עד שיאמרו לך על ימין שהוא ימין" – דרשה הפוכה על אותם מילים.

מקור שני הוא המשנה בראש הוריות האומרת שאסור לתלמיד לשמוע בקול בית הדין אם הוא יודע שהם טועים – " הורו בית דין וידע אחד מהם שטעו או תלמיד שהוא ראוי להוראה ויודע שהם טועים חייב קורבן" הגמרא שואלת על זה מה פתאום קורבן הרי זה מזיד! הגמרא עונה שהטעות שלו היא שהוא טועה לשמוע בקול חכמים.

מאמרו של פרופ' בלידשטיין עונה על כך בקובץ מחקרים בהלכה לכבוד הרב פרופ' עמנואל רקמן (לקרוא עד סוף סימן ו')

הדבר היותר מעניין שהוא חידה ללא פיתרון מספיק לעניין זה. הראשון שעמד על הסתירה הזו הוא הרמב"ן בעצמו בהשגותיו לספר המצוות. הרמב"ן מסייג את החובה לשמוע לקול חכמים בהתאם לנאמר בהוריות – אם היה אחד סמוך להוראה אין עליו מצווה לשמוע לדברי חכמים ואין עליו לשמוע ולהתיר לעצמו אלא ינהג חומר בעצמו ויש עליו לבוא לפניהם ולומר טענותיו לפניהם והם ישאו ויתנו עמו ויחזור לדעתם.

הפלא הגדול שמתקשה בו אטינגר הוא שהחילוק בין שתי המקורות – ספרי והוריות הוא פשוט יותר. שני המקורות מדברים על סוגים שונים של מחלוקת. הספרי מדבר על מחלוקת פרשנית בסברה ובהבנה. הוריות מדבר בידיעה שיש טעות. לא באפשרות סבריתית אלא במחלוקת עובדתית.

זו לא המצאה של אטינגר החילוק הזה אלא זה נובע מהגמרא בהוריות שמדובר על נתעלמה הלכה.

יד המלך כותב על זה בהרחבה אבל או לא היחיד. בלידשטיין מביא עשרים תירוצים אבל הוא לא ראה את יד המלך.

**שיעור שלישי יח בחשוון**

משימה – לעמוד על עמדתו של החוות יאיר לגבי שוחד (תתכן שאלה לגבי זה במבחן)

אנו מדברים על מושג הטעות בהלכה. אמרנו שיש לכאורה סתירה שרבים וטובים דנים בין המקור "אפילו אומרים לך על שמאל שהוא ימין" לעומת ברייתא בראש הוריות שאסור לשמוע לימין שהוא שמאל. ענינו שאין סתירה מאחר שמדובר במקרים שונים. הברייתא של הספרי מדברת בפרשנות ההלכה, מה אנו למדים ממנה ועל זה דיבר הרמב"ן שתמיד יהיו חילוקי דעות בפרשנות אבל הברייתא בהוריות מדברות במקרה שידע אחד מהם שטעו ומדובר בעצם קימה של הלכה ולא בשאלה של פרשנות.

יש לנו את המושג של טעות בסנהדרין לגבי דיין שם הגמרא מבחינה בין טעה בדבר משנה לטעה בשיקול דעת. לפי פירוש הגמרא והפוסקים גם טעה בשיקול הדעת – טעה בהלכה, לא ידע שהתקבלה הלכה כפלוני.

ההלכה לא קוראת לטעות בסברה – טעות.

המסקנה עד כאן היא ששאלת האמת לא קובעת את התוקף ההלכתי של עמדה מסויימת בהלכה. מה שקובע את התוקף ההלכתי הוא לא שאלת האמת וכך ראינו שדיברנו על "אלו ואלו". מה שקובע היא שאלת הסמכות.

איך נקבעת סמכות בהלכה?

קבלה. סמכות בהלכה נקבעת על פי קבלה. היו מהחוקרים שהבחינו בין סוגים שונים של סמכות אלא שאנו מדברים על סמכות במובן המחייב – לפי מי בית הדין יפסוק. מי שהתקבל בציבור כבעל הסמכות אמירתו היא זו שתחייב.

יש על זה מאמר של הרב שלמה פישר בבית ישי – דרשות, ישנה דרשה שדנה בסוגיה זו "בעניין קבלת הרבים" שם הוא מאריך בנושא ומוכיח את מה שאטינגר אומר לנו – מה שקובע הוא הקבלה.

דבר זה נאמר בדברי חז"ל בגמרא שבת פ"ח "כפה עליהם הר כגיגית, מכאן מודעה רבה לאורייתא" שמשמעותה שיש לנו יכולת לבטל את העסקה שנעשתה בכפיה מסבירה הגמרא שלאחר מכן הייתה הסכמה. מאמר זה מרחיק לכת ומראה שהגמרא מחפשת את ההסכמה. כך אומר הרב קוק בעץ הדר קסז "שעיקר קבלת התורה תלויה הייתה גם כן ברצון שאמרו נעשה ונשמע ועל ידי האונס של כפייה כגיגית אמרינן באמת מכאן מודעה רבה לאורייתא אלא שהדר קבלוה בימי אחשוורוש והכל תלוי ברצון ישראל".

הרמב"ם אומר בעניין זה בהקדמתו למשנה תורה ביחס לתלמוד "אבל התלמוד חייבים כל ישראל ללכת על פיו כיוון שקבלו עליהם כל ישראל"

הכסף משנה בראש הלכות ממרים משתמש בלי להזכיר בדברי הרמב"ם בהקשר אחר. חכמים בדור מסויים יכולים לחלוק על הקודמים גם אם לא גדול ממנו בחכמה ובמניין והכסף משנה מקשה שהרי דור מאוחר לא חולק על דור קודם – גמרא על המשנה. ועונה – קבלה. "אפשר לומר שמיום קבלת המשנה נמנו שלא יחלקו עליה".

שאלות לא פשוטות שעולות – אם הכל תלוי בהסכמה הרי הכל בר שינוי ואכן ר' אלחנן וסרמן מתפלפל עם רש"ש שקופ. אכן כן, באופן עקרוני הדברים יכולים להשתנות.

הרב קוק מרחיב את הדיבור על כך בספרו אדר היקר ואומר שרבים חושבים שעיקר יסוד הקיום של תורה שבעל פה הוא גדולת חז"ל אלא שהיסוד הוא קבלת האומה.

בתורת המשפט המודרנית, המושג ההסכמה תופס מקום חשוב והכוונה היא לפי התפיסה הפוזיטיביסטית שתופסת את המשפט בצורה מצומצמת. תאוריה פוזיטבסיטית מודרנית רואה את המשפט כתופעה חברתית. בכל חברה ישנם כללים חברתיים וכללי המשפט הוא חלק מהכללים החברתיים ולכן מושג המפתח אצל הארט הוא "כלל חברתי".

יש מרכיבים להגדרת התנהגות מסויימת ככלל חברתי ושנים עיקרים.

1) הוא צריך לשקף התנהגות בפועל.

2) החברה רואה בביקורת כל מי שסוטה מהכלל.

3) ההצדקה לביקורת היא עצם קיומה של הכלל.

בשוויץ לא יעלה על הדעת ללכלך את הפארקים בזבל וברור שאדם שיזרוק עטיפה ברחוב צפוי לביקורת כיוון ש"אצלנו לא זורקים".

בישראל אין הרבה כללים חברתיים אולי הצפירה ביום העצמאות.

הכללים המשפטיים הם חלק מהכללים החברתיים וישנו כלל משפטי מיוחד – "כלל הזיהוי" שאומר אילו מהכללים הם משפטיים. כלל הזהוי עצמו הוא כלל חברתי שנובע מהסכמה – בגלל שיש הסכמה יש משטרה. הכל תופעה חברתית והכל יסודו בהסכמה.

אטינגר רואה חשיבות ברעיונו של הארט כיון שהוא נותן מבט מעניין גם בתחום ההלכה – לא רק בתחום הסמכות אלא בשאלה מה היא הלכה בכלל (לשיטת הארט). מה שקובע את משמעות ההלכה, לפי הארט, זו הקבלה.

כשאטינגר נותן הרצאה בכנס אקדמי ומדבר על המשפט העברי. קם חכמולוג ועונה שאצל הרפורמים התפיסה שונה. עונה אטינגר שכללי הזיהוי שלהם שונים ולכן אטינגר לא מחוייב אליה כמו שהוא לא מחויב למשפט האנגלי.

ההלכה האורתודוקסית היא המשך להלכה הפרושית מבית שני. באופן תאורטי יכל להיות הפוך והיום הייתה ההלכה הצדוקית מתוקף הקבלה.

לסיכום: תפיסתו של הארט מחזקת את עניין הקבלה שהוא מרכזי וקובע את גבולות הסמכות.

כלל הזיהוי חל על כללים ומזהה אותם ככללים משפטיים.

ברור שיש סיכון בתפיסה הזו כיוון שכשהכל תלוי בהסכמה יש סיכוי שההסכמה תשתנה – אבל זה לא נושא השיעור.

בשביל לזהות את כלל הזיהוי צריך לבחון את התנהלות בתי הדין והפסיקה ולזהות מה נכנס תחת כלל הזיהוי ובוודאי בהשוואה לשיטות אחרות – מה מקובל כאן ומה שם.

(ממליץ לקרוא שוב את מאמריהם של רז ושפירא).

אטינגר מנצל את ההזדמנות בשביל לסטות מהנושא לנושא שקשור לעניינינו.

עמדתו של הרמב"ם מול הרמב"ן במעמדן של הלכות שנדרשו בדרכי ההיקש – נושא מעניין בעל חשיבות וקשר לענייניו. מחלוקת עצומה בשאלת תוקפן ההלכתי של הלכות שנלמדו בי"ג מידות.

הרמב"ם מצביע בהקדמה למשנה ובראש ממרים על מקורות ההלכה ומבדיל בין פירושים מקובלים.

בשורש השני אומר הרמב"ם שפירושי הכתובים בתורה כגון סוכה ולולב – שהם דאורייתא, לבין דרשות – י"ג מידות/דרשות אחרות. לדידו כל מה שנלמד בדרשות הוא דרבנן. "והענין כך הוא כל מה שלא תמצאהו מפורש בתורה ותמצא שהתלמוד למד אותו באחת מיג מידות. אם פירשו הם בעצמם ואמרו שהוא מדאורייתא - הוא מדאורייתא, ואם לא אמרו כן – הרי הוא מדרבנן". (בתרגום קאפח) מכן שרוב הדברים הנלמדים בי"ג מידות הם מדרבנן.

הרמב"ן מאריך לחלוק על הרמב"ם ומביא עשרות דוגמאות מחז"ל ומהתלמוד. מהגמרא משתמע שכל הנלמד מאחת הדרשות הוא דאורייתא למעט מקרים של אסמכתה – רמז מהכתוב. כל ספר המצוות כולו מחמדים לבד מהשורש הזה שכתב הרמב"ם.

הבהרה נוספת. ישנו קושי לוגי בהבנת דברי הרמב"ם. כיצד אתה יכול ללמוד דבר מהכתוב בדרך הפרשנות והפירוש שונה מהמקור. כיצד יוצרת הפרשנות דבר אחר.

בהמשך דבריו מבהיר הרמב"ם את כוונתו. ברוב הפעמים י"ג מידות אינן פרשנות אלא דרכים ליצירת הוספות ותולדות. הרמב"ם עצמו מכנה את זה "ענפים מן השורשים" ישנו גזע ומתוכו יוצאים ענפים שונים. כוונת הרמב"ם שהגזע הוא גוף התורה והוא דאורייתא והענפים היוצאים ממנו הם בכח י"ג מידות הם דרבנן למרות שהם משתלשלים מהגזע.

למה הדבר דומה? נגיד שהחוק קובע לגבי חצר של בית ספר ולבסוף מתגלע ויכוח לגבי דבר האם הוא בית ספר או לא. יבוא בית משפט ויקבע שאותו מוסד בוא בית ספר (נניח כיתת מבוגרים). דבר כזה הוא פירוש דאוריתאי לחוק. אולם אם יבוא בית המשפט ויאמר שחוק זה יחול מק"ו על גנים ציבוריים – זה כבר, לדברי הרמב"ם, ענפים מן השורשים. בית ספר הוא דאורייתא וגנים זה דרבנן. הרמב"ן חולק ומוכיח שדברי הרמב"ם לא מסתדרים עם הגמרא שתופסת כל מה שנלמד מי"ג מידות כדרבנן.

דיון זה התפרסם מאוד בקשר לעניין קידושי כסף. הרמב"ם מישם את דבריו בהלכה והדוגמא הבולטת ביותר בה דבר זה מיושם הוא קידושי כסף. הרמב"ם בראש הלכות אישות אומר שביאה ושטר הם מהתורה וכסף מדברי סופרים. המפרשים תמהים שהקידושים שלנו בכסף הם קידושי דרבנן בלבד.

קושי נוסף בקשר לקידושי כסף נמצא ברמב"ם עצמו. בהמשך הרמב"ם מדבר על אשת איש וממזרות והוא לא מבדיל בין קידושי כסף שהם דרבנן והבא על אשת איש דרבנן אינו בסקילה לבין קידושי כסף דאורייתא.

קושי זה הביא אחדים מן המפרשים, קדמוניים ואחרונים, לעמדה דחוקה ומעניינית המוציאה את הדברים מידי פשוטם. הראשון הוא התשב"ץ בספרו זוהר הרקיע שאמר שדברי סופרים האמורים בקידושי כסף משמעותו דאורייתא אלא שחכמים למדו אותו. מפרשים רבים פירשו בדרכו של התשב"ץ ובהם הכסף משנה "על כרחך דברי סופרים הוא דאורייתא". מעניין שהכסף משנה מתפלמס עם רבי אברהם בן הרמב"ם שאומר שהרמב"ם עצמו חזר בו אלא שהכסף משנה לא מקבל את החזרה.

הסבר זה של הכסף משנה מאוד דחוק. הרב שילת והרב רבינוביץ ממשיכים בקו זה. כיצד אפשר לומר שדברי סופרים הוא כינוי לדאורייתא? ראיה ראשונה הוא הבנת הרמב"ן ברמב"ם. שנית הביטוי דברי סופרים מופיע עשרות פעמים ברמב"ם ובכל המקומות משמעותו דרבנן. הקושי העיקרי הוא כך שהרמב"ם עצמו הצהיר שדברים הנלמדים באחת מי"ג מידות הן מדרבנן.

נוסף על כך ישנה תשובה מפורשת של הרמב"ם עצמו בה הוא אומר שכסף מדברי סופרים בהתאם למה שכתב בשורש השני של ספר המצוות.

הרמב"ם מממש את התפיסה הזו על קרובים שפסולים לעדות. מהתורה פסולים רק מצד האב והפסולים מן האם פסולים רק מדרבנן. מדוע? כי קרובים מצד האם נלמדים מהקשים וכך גם מתייחס אליהם הרמב"ם על כל נפקויותיהם.

אם כן, כוונת הרמב"ם ברורה לגמרי כאמור אלא שנותר הקושי הענייני לגבי קידושי הרמב"ם.

פרופ' הנשקה כתב שקידושי כסף הם עניין לכשעצמם. שם הסיפור שונה. אמנם הם מדרבנן אלא שהאישות שנוצרה בעקבות קידושים אלו הם אשת איש מדאורייתא. רק דרך הקניין הוא מדרבנן אלא שהתוצאה היא אישות לכל דבר מדאורייתא כשם כל קניין שקבעו חכמים שמועיל לכל דבר כגון קניית לולב במשיכה שיוצאים בו. אטינגר מניח שהרמב"ם לא חזר בו אלא תיקן והבהיר שהיא אשת איש לכל דבר.

אטינגר אומר שהרמב"ן אכן צודק בקושיותיו שמבוססות על הגמרא. מה מביא את הרמב"ם לפינה זו שיג מידות הן דרבנן.

תשובה – המחלוקת בהלכה. לרמב"ם קשה להשלים עם המחלוקת בהלכה בדברי תורה. הרמב"ם לא מסכים שבדבר שהוא מפי הגבורה יש מחלוקת. דבר ה' מצד אחד ומחלוקת מצד שני. בהלכות ממרים נאמר במפורש שבפירושים מקובלים אין מחלוקת לעולם ואם תמצא מחלוקת – סימן שהוא לא פירוש ממשה רבינו. הרמב"ם עושה מאמץ לנתק את המחלוקת מכל דבר שהוא דאורייתא. וגם זה תמוה – החוות יאיר בקצ"ב מתנפל על הרמב"ם ואומר שגם בפירושים המקובלים יש מחלוקת. אצל הרמב"ם מחלוקת פירושה טעות וזה לא יכול להיות אצל הרמב"ם בדברי תורה. הרמב"ם רואה את המחלוקת באור שלילי. "כל שני אנשים שווים לא תיפול ביניהם מחלוקת" הרמב"ם בהקדמתו אומר שהמחלוקת משקפת את ירידת הדורות וצמצום ההבנה. הרמב"ם לא מזכיר את הביטוי "אלו ואלו" אף לא פעם אחת.

לרמב"ן ולרמב"ם יש צד שווה. שניהם שותפים בהבנה שמחלוקת פירושה טעות בנוגע להבנת הכתוב אלא שהרמב"ם לא מסכים לאפשרות של טעות בקשר לדין תורה בעוד שהרמב"ן מסכים שאפילו בדברי תורה לא אכפת לנו מהטעות.

**שיעור רביעי כה בחשוון**

היום נעסוק בשני נושאים כהשלמה לנושא הפרשנות שהוא נושא מרכזי בהלכה ובמשפט. בפעם האחרונה דברנו על תפיסת הרמב"ם לעניין דברים שנלמדים באחת המידות וראינו שהרמב"ם מבחין בין דברים הכתובים בפשט הכתוב לבין דברים שנלמדים באחת המידות שהם מדרבנן.

באופן כללי יש ביטויים חיוביים ושליליים בחז"ל לגבי המחלוקות. דבר זה מתקשר לשאלת האמת. לפי הרמב"ם שמשותף בזה לרמב"ן יש מושג של טעות אלא שלרמב"ן דבר זה הוא לא כ"כ נורא ודבר זה לא אמור להדאיג אותנו.

טעם הדין הוא נושא מרכזי בפרשנות כיוון שלהבדיל מכוונת המחוקק העלומה אנו מחפשים את תכלית הדין. האם גם בהלכה זה עובד כך והיא מתפרשת על פי טעמיה. האם טעם הדין הוא גורם מכריע בפרשנות הדין ומה מעמדו. בשאלה זו יש הרבה אי-בהירות. עם זאת יש לומר שהנוסחאות אינן חד-משמעיות.

טעם הדין

נושא זה קשור באדיקות לנושא אחר שהוא טעמי המצוות וטעמי המקראות. האם מותר לדרוש את טעמי המצוות או לא. לפי פרשנות הגמרא מדובר במח' תנאים שעיקרה הוא בב"מ קט"ו בסוגיית לא תחבול בגד אלמנה. "אלמנה בין שהיא ענייה ובין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה. ת"ר אלו דברי רבי יהודה ורבי שמעון אומר עשירה ממשכנין אותה למה שאתה חייב להחזיר לה אתה משיאה שם רע בשכנותיה" רבי שמעון נותן הנמקה לאיסור בכך שיוצא עליה שם רע כשאתה מחזיר לה את הבגד בלילה. עניין זה עובר גם לסוגיות אחרות האם דורשים טעמא דקרא - אתה מעלה את הטעם ומפרש אותה על פי הטעם הזה להלכה.

הדעה המקובלת בהלכה היא שלא דורשים טעמא דקרא שם וכך דעת הרמב"ם שלא ממשכנין בגד אלמנה בין ענייה ובין עשירה.

אבל יש פה טעות מסתתרת.

א. הבחנה ראשונה.

יש הבחנה בין טעמי המקראות-טעמי המצוות, לטעמי ההלכה - פרטי התושב"ע. בפרטי הלכות ודאי שדורשים טעמים.

ראיה לכך היא שבכל פרק בו נדפדף ברמב"ם נראה שהרמב"ם מנמק הלכות רבות. במשנה תורה הוא אינו מביא טעמי מצוות ולא מנמק את מצוות סוכה ותפילין (את ע"ז הוא כן מזכיר) וכן יש טעמי הלכות.

דרישת נימוקי הלכות, לדוגמה, הוא הכלל ההלכתי שאין שליח לדבר עבירה שהגמרא מנמקת אותו בין השאר ב"דברי הרב ודברי התלמיד - דברי מי שומעין" ומוציאה מכלל זה נפקויות. אין פה מצווה אלא כלל הלכתי בשליחות.

דוגמה נוספת היא תשובתו של הרב פיינשטיין על גובה מחיצה בבית הכנסת בין גברים לנשים שהיא עניין הלכתי. הרב דן בטעם המחיצה - האם למנוע ראיה או ליצור הפרדה ומביא ראיה מהמקדש. למסקנה הוא אומר שהמחיצה נועדה להפרדה.

ב. הבחנה שנייה, עיקרית.

גם כשמדברים בדאורייתא יש להבחין בין טעם פנימי לבין טעם חיצוני, בכל סוגי ההלכות. יש סוגי טעמים שהוא בוודאי להלכה והוא חלק מהדין, להבדיל מטעמים שמשרתים מטרה חיצונית - כעין תקנה לפתרון בעיה.

הטעמים הפנימיים שהם חלק מהדין וגדר הדין הוא בעל משמעויות והדין מתפרש על פיו.

לא בהכרח קיימים שני הטעמים.

דוגמה: יש בתורה מצווה להעניק לעבד (דברים טו). יש מחלוקת בחז"ל במקרה שהאדון לא הספיק להעניק לעבד את ההענקה עד שהוא נפטר האם היורשים זכאים להענקה זו.

המפרשים האחרונים אומרים שהמחלוקת היא בגדר ההענקה, מה גדרו. האם היא חלק מהשכר שמגיע לעובד ומגיעה ליורשים או שמא היא בגדר צדקה ותרומה שהיורשים לא זכאים לו. השאלה היא על הגדר ההלכתי הפנימי - כיצד יש להגדיר באופן מהותי/משפטי את השכר. הטעם החיצוני - תכלית החקיקה במובן המטרה, משותף: לעזור לעובד להסתדר.

דוגמה נוספת: יש שתי קטגוריות בהלכה לגבי פסולי עדות דאוריתה מבחינת טעם הדין:

1. חשוד על עדות שקר - נוגע בעדות.

2. גזירת הכתוב - קרוב.

הפסולים נידונים בפוסקים לגבי קטגוריות הפסילה שלהם וחולקים בגדר חלקם. יש נפקא מינות לשאלה באיזו קטגוריה עומד כל פסול עדות. אם נוגע פסול מעיד כנגד האינטרס שלו - אם פסולו הוא מטעם חשד על מהימנות הרי שהוא כשר. מחלל שבת פסול לעדות כיון שהיה חשוד על מהימנותו ולכן היום אומרים רבנים שכיום מחלל שבת יהא כשר לעדות.

ישנן דוגמאות רבות לכך ויש לבחון כל מקרה לגופו האם מדובר בנתינת טעם חיצוני או לא.

המחלוקת בין רבי שמעון לחכמים היא על דרישת הטעם החיצוני - האם חובלים בגד אלמנה או לא.

דרישת טעמים חיצוניים - נדירה אך קיימת

האמת היא שהתמונה מורכבת יותר. גם לגבי הטעם במובן החיצוני - לא מדויק לומר שהוא אינו נדרש. נכון שהוא הכלל המקובל אבל אנחנו מוצאים מקרים שגם הטעם החיצוני נדרש ולכן קשה לומר שכלל זה הוא הרמטי. הרב קוק אומר זאת בשבת הארץ לגבי שביעית. הרבה פעמים עולה לדון בטעם מצוות השביעית והרב במבוא מתפלפל לגבי הטעם ואומר ששאלת דרישת הטעם לא כל כך חלוטה. העובדה היא שהפוסקים דורשים זאת אף בלי שניתן לתת לזה הסבר. הפוסקים התלבטו בשאלת המכירה לנוכרים בשמיטה ועלתה שאלת לא תחונם. הפוסקים לא יכולים להמלט מלדון בשאלה מה טעם האיסור.

הדוגמה הכי מעניינת קשורה למצוות שילוח הקן. החל מהתלמוד מעסיקה שאלת הטעם את הפוסקים. המשנה בברכות שאומרת משתקים אותו מעוררת את שאלת הטעם. בירושלמי מובא ההסבר שהריהו קורא תיגר על מידותיו של הקב"ה ודעה אחרת אומרת שהרי הוא כנותן קצבה למידותיו של הקב"ה. שני הטעמים מסבירים שהטעם למצווה הוא משום רחמים ולכן אין להזכיר את זה בתפילה. ברוב המקומות הטעם נתפש כטעם של רחמים.

שאלה זו נידונה גם בראשונים שכמעט כולם מאוחדים בדעה שהטעם הוא משום רחמים וכן כותב הרמב"ם במפורש שהטעם הוא רחמים (הלכות שחיטה). השאלה המרכזית בנושא זה היא היחס בין העשה ללא תעשה. האם העשה והלא תעשה קשורים זה בזה או שהם נפרדים. האם ה"שלח את האם" הוא תיקון ללאו או שיש מצווה עצמית לשלח את האם.

אנשים רבים סוברים שיש מצווה כזאת והפוסקים האחרונים מתחבטים בשאלה זו. פרופ' תבורי במאמרו שילוח הקן מביא את המקורות והפוסקים שנחלקים ביחס לנימוק הנסתר כיוון שבזוהר יש רמז קבלי בכך שבשילוח האם יש פעולה בעולמות העליונים. הטעם הנגלה הרי זועק לשמים שהרי המצווה באה לעולם כרחמים על הציפור. הפוסקים כמעט ולא מעלים את הטעם הגלוי של המצווה. מלמד אותנו את התפיסה המקובלת על הפוסקים ויש יוצא מן הכלל - החת"ס - שמעלה את שאלת הטעם ומצטט את הרמב"ן ומכריע שאין מצווה עצמית בשילוח האם.

אטינגר טוען שמדובר בטעמא דקרא חיצוני שאין גדול ממנו ולא מתלבט בשאלת הטעם דקרא.

מצוות כתיבת ספר תורה. הרמב"ם כותב בהלכות תפילין ומזוזה שמצוות עשה על כל אדם לכתוב ס"ת לעצמו שנאמר ועתה כתבו לכם את השירה הזו. כמובן שזה לא כל כך פשוט לכתוב ס"ת - יקר ותופס מקום.

הטור מביא את הרא"ש שזה לא נאמר אלא לדורות ראשונים שהיו לומדים בס"ת אולם בזמנינו מצוות עשה לכתוב חומשים ופירושיהם כי מצוות הכתיבה היא בשביל ללמוד בה.

דבר זה הוא דרישת טעמא דקרא - חיצוני. הפוסקים לא מסכימים לפירוש זה בקלות. הב"י תמהה על זה ואומר שדברי הרא"ש אינם במקום מצוות כתיבת ספר תורה אלא בנוסף. מעניין שהב"י לא חולק על הטעם ולא אומר שאין לדרוש אותו אלא חולק על מה שיש להסיק מפרשנות הטעם - קנה ספר תורה ולמד ממנו את הפרשה.

הפרישה אומר שהרא"ש מתכוון לומר שאין צורך לקנות ספר תורה כלל וצריך ללכת אחר הטעם שה' ציווה לכתוב ספר תורה בשביל ללמוד ממנו.

חלק מהאחרונים לא מסכים. הט"ז טוען שדרישת הטעם פה היא ממש עקירת דבר מהתורה. ואיך תתבטל מצוות עשה בהשתנות הדורות?

מאבק על יישום המצווה על פי טעמה - הרא"ש לא חושש וכן הטור. הב"י באמצע והט"ז מתנגד נחרצות.

פשט ודרש

לתופעה זו אין אח ורעה בשיטות משפט אחרות. כשאנחנו מדברים על פרשנות כוונתנו לפשט אולם בפרשנות התורה ישנה תופעה מדהימה שנקרת דרש. פרשנות שאיננה פרשנות ועובדה זו היא אחת המוטיבים המרכזיים המשמעותיים ביותר בפרשנות התורה.

מה הוא פשט ומה מקור הביטוי?

לדעת אטינגר הפירוש לא התשנה בין מה שתפשו חז"ל כפשט לבין מה שאנו מוצאים אצל פרשנים מאוחרים יותר. הגדרה יפה למושג נמצאת אצל האבן עזרא בהקדמתו לפירוש הקצר "זה ספר הישר (הפשט) לאברהם השר בעבותות הדקדוק נקשר ובעיני הדעת יכשר וכו' - עבותות הדקדוק, - המשמעות הלשונית. עיני הדעת - משמעות ענינית, מתאים לעניין".

גם חז"ל מסכימים להגדרה זו בדברם על פשט ויש דוגמאות תואמות.

לא כל הפרשנים המסורתיים הסכימו לכך שישנה הפרדה מוחלטת בין התחומים. דרש הוא מה שלא עומד בשני המבחנים - הלשוני וההקשרי. יש מהפרשנים המסורתיים שההבחנה לא חד משמעית ויש פרשנים קיצוניים בענין זה שטוענים שהדרש הוא עומק הפשט ונובע מפרשנות הכתוב. הנציג הבולט של האסכולה הזו הוא המלבי"ם ולכן הוא אינו מסכים לחלוקה זו.

יש פרשנים שעומדים באמצע כמו הרמב"ן שמסכים להבחנה אבל הוא טורח לומר שהכתוב סובל את שני הדברים. הדרש נובע ממשמעות הכתוב.

אולם חז"ל עצמם עשו הבחנה ביניהם אך גם רשב"ם, אבן עזרא והגר"א.

גר"א בפרשת משפטים אומר "הלכה עוקרת את המקרא ופעמים שהם דברים הפוכים והיא מגדולת תורתינו שבעל פה שמתהפכת כחומר חותם" וכך הגישה של רוב המפרשים.

כשאמרו חז"ל אין מקרא יוצא מידי פשוטו משמע שיש דרש ויש פשט והם אינם זהים. המקור הוא במסכת שבת על יציאת בכלי נשק בשבת. "חגור חרבך על ירכך הודך והדרך" - אין מקרא יוצא מידי פשוטו. הפשט הוא החרב והחנית ממש אולם הדרש המדבר על דברי תורה לא יכולים לעקור את משמעותו הפשוטה. ישנם מקרים בהם הדרש דוחה את הפשט, מקרים שצריך לבחור והגר"א אומר שזו מגדולת תורתינו שהדרש משנה את הפשט באופן מעשי.

הסוגיה ביבמות מדברת על דין יבום. לפי הפשט הבכור הוא הבן שתלד מהיבם יקום על שם אחיו אולם הדרש מסביר שמדובר בבכור - בכור האחים - היבם. להיכן נעלמו המילים "אשר תלד"? על זה אומר רבא שהכא גזירה שווה מוציאה את הפסוק מפשוטו. רבא מתכוון שאפשר לקיים את שניהם אולם הגזירה השווה מפקיעה את הפשט לגמרי - על אף שאפשר לקיים את שניהם.

יש דרש ידוע על פסילתו של קרוב לעדות - לא יומתו בנים בעדות אבות. במקרה זה אפשר לקיים ואף מקיימים גם את הדרש וגם את הפשט - בנים לא יומתו בעוון אבות. משמעות הביטוי אין מקרא יוצא מידי פשוטו היא שיש לקיים את שניהם אולם ישנם פעמים בהם הדרש עוקר הפשט.

הרמב"ם עצמו במשנה תורה מבחין בין פשט לדרש כאשר הוא כותב הלכה הוא מזכיר את הכתוב בשלוש סגנונות:

מקרה א' "מצוות עשה ללמד את בנו תורה שנאמר ולמדתם אותם את בניכם" - הפסוק משמש לצורך פשטו.

מקרה ב' "מצוות עשה לזעוק ולהריע על כל צרה שתבוא על הציבור שנאמר כי תבוא מלחמה... על הצר הצורר והרעותם בחצוצרות **כלומר**, כל דבר שיצור לכם כגון בצורת ודבר זעקו" - פה ישנה פרשנות מרחיבה של העניין הלשוני.

מקרה ג' "הקרובים פסולים מהתורה שנאמר לא יומתו אבות על בנים **מפי השמועה למדו** שמכלל זה שלא יומתו בנים על פי אבות" - פה ישנו דרש שאינו תלוי במשמעות הכתוב.

אצל הרמב"ם המשמעות היא חריפה וחזקה יותר. אטינגר חושב שגם כאשר הדרש הופך את הפשט - הפשט נשאר בחשיבותו ובתוקפו. אצל הרמב"ם קיימת תופעה מדהימה שמאוד מעסיקה את החוקרים. הרמב"ם נותן טעמים למקראות במורה נבוכים ובהרבה מצוות הוא מפרשן לפי פשוטה ולא לפי המשמעות ההלכתית שלה. הרמב"ם מפרש את עין תחת עין כפשוטו אף שמאריך במשנה תורה שההלכה היא ממון. האחרונים מתפלפלים לעניין משמעות הפשט אולם הרמב"ם לא מוטרד מכך.

יש כמובן מחלוקות בין הפוסקים לגבי הפשט הוא לענין הגדרת דבר כפשט או דרש - המשמעות היא כאשר ניתן לקיים את שניהם. הראב"ד והרמב"ם חולקים לעניין בא במחתרת "אם זרחה השמש עליו דמים לו". הרמב"ם מפרש זאת בכך **שהיה הדבר ברור** לבעל הבית וכו' - הרמב"ם מדגיש שמדובר בפשט. הראב"ד חולק ואומר "איני נמנע מלכתוב את דעתי שאם ברור לך כשמש אף על פי כן אינו יוצא מידי פשוטו - ביום אסור להרוג". הרמב"ם גם הוא טוען שמדובר בפשט אלא שזה מטאפורה. לעומתו הראב"ד שרואה את פירושו של הרמב"ם כדרש.

יש מגדולי ישראל שאומרים שהתופעה של דרש ופשט הם לא רק בתורה.

ר' ישראל משקלוב אומר בשם הגר"א שגם במשנה ובתלמוד יש פשט ודרש. והדברים לא נדירים, לטענתו של אטינגר.

**שיעור חמישי ב בכסלו**

סיימנו חלק ראשון של הקורס ואנו עוברים לחלק השני. דברנו על דרכי יצירת ההלכה, טעם הדין, פרשנות, אמת הלכתית, וראינו על קצה המזלג את היחס בין פשט לדרש.

נעסוק בשאלת האמת המשפטית כאשר היא עומדת בניגוד למציאות. מושג האמת המשפטית חשוב כי יש לו השלכות על לא מעט נושאים בהלכה. מקובלת האמירה כי יש אמת משפטית שלא חייבת להיות חופפת את האמת ההיסטורית אלא שהשאלה היא מה גבולות המושג. אטינגר מתכוון למה שמוכר בעיקר בתחום המשפט הפלילי. יש פס"ד אלון נ' מדינת ישראל. בג"צ זה עוסק כנגד החלטת ועדת החקירה כנגד רצח ארלוזרוב. אלון טען שהועדה לא חוקית כיוון שעניין רצח ארלוזרוב נידון ונחתם בבית המשפט ואי אפשר לדון ולפותחו מחדש. השופט אלון אמר שם כי ועדת חקירה ובית משפט לא מחפשים את אותו הדבר. ועדת חקירה מחפשת אחר האמת ההיסטורית ואילו בית המשפט לא כפוף אליה אלא לאמת המשפטית בלבד.

אטינגר סובר כי זו טעות נפוצה. בית המשפט הפלילי מחפש אחר האמת העובדתית - האם פלוני רצח או לא רצח. נכון שבית המשפט כנציג החברה לפעמים מוותר על האמת בכפיפות לכלליו אבל הניסוח לא נכון, אין זה כי אנו מחפשים אמת אחרת.

הדבר דומה למה שקורה בהלכה. בהלכה ישנם כללים נוקשים בדין הפלילי למשל הצורך בעדים ובהתראה. אי אפשר לטעון שלא מעניינת אותנו האמת אלא שאנו מפחדים שפתיחת הפתח לענישה על פי ראיות נסבתיות יבואו להקל בהרשעה עד שיהרג אדם חף מפשע ואנחנו מעדיפים שילכו רוצחים חופשי ולא יהרג אדם חף מפשע (הרמב"ם)

בתחומים אחרים יש מושג של אמת משפטית. נכון הדבר שלפעמים הדין או החוק קובעים אמת משלהם. כללי החוק והדין קובעים אמיתות לא ריאליות ועובדתיות משלהם. יש תופעות כאלה שהדין קובע אמיתות לא ריאליות.

אטינגר רוצה להדגיש שודאי שהמטרה היא משפטית אלא שיש שימוש בקביעת אמיתות לגבי עובדות. התהליך הוא כזה: הדין אומר עכשיו בוקר ומתוך כך יש תווצר מציאות משפטית.

דבר זה נקרא, על פי רוב, פיקציה משפטית. יותר במשפט הפלילי זה נפוץ במשפט העברי. צריך להכיר את זה כי זה חשוב לפעמים להבנת משמעות הדין.

הדוגמה המפורסמת לפיקציה משפטית קשורה בהלכות סוכה. דופן עקומה. הרעיון הוא שלפעמים חלק מסוים בסכך שפסול לא פוסל את הסוכה - בשני תנאים:

א) כאשר החלק הפסול סמוך לכותל.

ב) פחות מד' אמות.

ההלכה יכלה לומר "פחות מד' אמות צמוד לדופן - כשרה" אולם היא בוחרת לנמק זאת בכך שרואים את החלק הפסול כאילו הוא חלק מהדופן. ההנמקה הזאת פיקטיבית - הדין אומר שמבחינתו הוא רואה זאת כך.

"וכן סוכה גדולה שהקיפוהו... פחות מכאן רואים כאילו הכותל נעקם ויחשב זה הסכך הפסול מגוף הכותל" (רמב"ם)

נכון שאפשר לראות פיקציה גם בלבוד - אע"פ שיש פה חלל אנחנו מחשיבים את זה לסגור, ההגדרה לא חד משמעית.

שלוחו של אדם כמותו הוא כלל משפטי שפירושו ששליח עושה פעולה והיא מחייבת ומזכה את השולח. אחת התשובות להסביר את עקרון השליחות בכך שהשליח הוא כגופו של השולח (קידושין) שהיא פקציה.

הודעת בעל דין כמאה עדים. יש גישה בין האחרונים המסבירה זאת בכך שההודאה פועלת כי אינה ראיה אלא התחייבות חדשה. יש פה פקציה שהרי אין פה באמת התחייבות חדשה. הדין לא באמת אומר שהוא התחייב לו אלא שאנחנו רואים זאת.

דוגמה נוספת להבדל שבין גישה סתמית להלכה לבין גישה של פקציה להלכה מסוימת. יש דין של שומע כעונה. יש מחלוקת בין הראשונים בישום דין זה. ישנה הלכה שכאשר אדם נמצא ב18 והקהל עומד בקדושה - רש"י אומר שישתוק היחיד בתפילתו ויצא עם הציבור "שומע כעונה". התוספות חולקים ושואלים מה התועלת בשישתוק הרי אם זה כעונה הרי הוא (שאלה למבחן "בשנה הבאה" ההבדל בין לרש"י לתוספות) מדבר.

המחלוקת היא מה הגדרת שומע כעונה. רש"י אומר שהגדרת הדין הוא שהתפילה יכולה שתהיה בשמיעה ואילו התוספות פרשו דין זה כפיקציה משפטית. שתיקה היא כאילו דיבור ולכן יש פה הפסק בתפילה בדיבור.

(שאלה על בישול בשבת? אליפז ויעקב)

לא תמיד ההגדרה היא חד משמעית שמדבור בפיקציה וצריך זהירות באבחון.

שאלה אחרת. גוי רוסי שמע שבמדינת ישראל עושים חיים. הוא התחתן עם בחורה יהודיה ועלה ארצה. אחרי שבוע הוא נפרד מאשתו. אנחנו קוראים לנישואים אלו, שאינם פקציה אלא עובדתיים - "נישואים פקטיבים". אצלנו הדין לא יצר עובדות מדומות שלא קיימות במציאות אלא בפעולה משפטית שיוצרת סטטוס משפטי. ומבחינה משפטית האיש אכן נשוי. פעולה כזאת היא הערמה.

שני מושגים הלכתיים שונים אך קרובים - פקציה והערמה.

הערמה היא מצד כוונת המחוקק גם אם היא מכוסה מבחינה פורמאלית-משפטית. לא לנישואים כאלה התכוון החוק. בכל הערמה יש מרכיב מסוים של פיקציה כי בכל המוסדות המשפטים יש גם מרכיב עובדתי אנושי - נישואים זה לא רק הרשמה אצל הפקיד. בנישואי הערמה חסר המרכיב העובדתי-אנושי-ריאלי-מקובל. בכל הערמה יש מרכיב פיקציה כי יש שימוש בדין בלי ההיבט הריאלי. יש פה התעלמות מהעובדות.

מושג הערמה שכיח לא רק לגבי נישואים. אנו מכירים במשפט העברות נכסים באופן של הערמה כדי להשיג תוצאות משפטיות מסוימות. "באופן פיקטיבי" - כלומר, באופן של הערמה. הבעלות המשפטית עוברת ברישום אלא שאין לכך ביטוי עובדתי כאמור.

רב העברות הללו נעשות לצרכי מס. זה היה שכיח בארץ לפני עליית הליכוד לשלטון כשהיה מס עזבון. אנשים חפשו דרך להפטר ממס זה והדרך הייתה העברה מחיים. המחוקק לא אוהב את זה והיה חוק שהעברה זאת תקינה רק שנתיים לפני מות המוריש.

סיפור יפה: עורך דין ידוע סיפר את זה על עצמו. בשנתיים הראשונות הוא היה שכיר באיזה משרד. הגיע אליו אדם מבוגר כבן שמונים, עשיר מופלג וביקש תכנון מס. בין השאר עלתה השאלה של מס העיזבון. העו"ד שאל אותו לכתובה. המחוקק הוציא ממס עיזבון כתובה. הלכו כתבו כתובה על רוב הנכסים והאיש נפטר. העו"ד נשבע שהכתובה כיסתה את רב העיזבון.

העברות פיקטיביות קיימות ולכן לרשות יש זכות לבטל עסקאות מלאכותיות.

מה שמאוד מעניין הוא שמושג הערמה הוא מושג שנוצר בהלכה. המושג הזה גורר שתי שאלות:

1. שאלת התוקף - האם אכן אפשר לעשות זאת? ענינו - כאן. הפעולה יעילה ותקפה.

2. לגיטימיות - האם זה נכון לכתחילה, האם זה בסדר.

שתי השאלות נשאלות ביתר תוקף לגבי ההלכה ואעפ"כ המושג הזה קיים בהלכה. הדוגמה החזקה ביותר היא מעשר שני "מערימים על מעשר שני כיצד? היה עומד בגורן ואין בידו מעות אומר לידו הרי הפרות נתונים לך במתנה וחוזר ואומר הרי אלו מחוללים על מעות שבבית" המטרה היא ההפטרות מתשלום החומש המוטל על אחר המחלל את פריות מעשר השני. יש מקומות אחרים בהם חז"ל חסמו את ההערמה.

הרמב"ם אומר שהערמה היא תחבולה כזאת שמועילה.

העניין של הערמה מופיע גם במשנה וגם בגמרא בדוגמאות רבות. אפשר לראות את זה באינציקלופדיה העברית. דוגמא מעניינית אחת היא הבכור. בכור צריך להינתן לכהן וההלכה במשנה ובגמרא מדברת על ההערמה על כך - אפשר להטיל בו מום או למוכרו לנוכרי.

(בענין זה - בכור - לקרוא את המאמר של פרופסור שמואל שילה - ההערמה בתלמוד. 322-330)

השאלות נשאלות גם לגבי המשפט הכללי.

תשובה אחת מצא אטינגר אצל פרופ' אורבך בספרו ההלכה. הוא אומר שההערמה על מעשר שני היא תקנה שנתקנה לצורך שעה, לצורך הנסיבות שהיו קיימות באות התקופה. אפשרות אחת היא שלא הקפידו על דיני המעשר וכדי לעודד את קיום המצווה באו חכמים ופטרו אותו מהחומש. אטינגר רוצה להציע הסבר אחר.

הלל תקן פרוזבול. נושא הפרוזבול חשוב מאוד. תקנת הלל מרחיקת לכת מאוד. רדיקלית. הלל ביטל מצוות שמיטת כספים מהתורה ולכן התקנה מעסיקה את הפרשנים. מה בדיוק הייתה התקנה?

כשאורבך מדבר על מעשר שני הוא מביא דוגמה את הפרוזבול שם אנחנו מוצאים את הרקע לתקנה; ראה שנמנעו העם מלהלוות ולכן הוא נאלץ לתקן תקנה. אורבך מקיש מכך למעשה שני ומביא את הרעיון של אי-קיום מעשר שני שגרם לתקנת ההערמה.

מה הייתה תקנת הלל?

הספרי הוא מדרש הלכה שלומד את ההלכות מתוך הכתובים. הפסוק בראה אומר "ואשר תהיה לך את אחיך תשמט ידך" - אתה תשמט ולא בית דין. "מכאן אמרו התקין הלל פרוזבול" הספרי אומר שתקנתו של הלל היא מסירת השטרות לבית דין.

לפי הסבר זה נפתרת שאלת ה"איך" - במסירת השטרות לבית דין.

המקור השני הוא במסכת פסחים, סוף משנה ב. "המלווה על המשכון והמוסר שטרותיו לבי"ד - אינם משמטים. פרוזבול אינו משמט. כשראה הלל שנמנעו העם מלהלוות - התקין הלל פרוזבול". המשנה לא עונה כאן על שאלת ה"איך". לפי המשנה תקנת הלל איננה מסירת השטרות לבית דין אלא תקנה נפרדת. כאן צצה שאלת ה"איך". אם אתה אומר שהמוסר שטרותיו לבית דין לא משמט כיצד יכול הלל לתקן תקנה שנקראת "פרוזבול" ולבטל דין תורה?

ובכן. שתי גרסאות. לפי הספרי המוסר שטרותיו=הלל. לפי המשנה המוסר שטרותיו לא שווה הלל.

רבי יהודה הכניס קבצים קדומים, בתכנים שווים, כמו שהם לתוך המשנה שמכנם המשותף הוא "מפני תיקון העולם" ולכן זה נכנס אף שאין זה מקומו.

לפי אביי שמיטה בזמן הזה איננה מהתורה אלא רק בזמן שיש יובל אלא שחכמים התקינו ששמיטה תחול כזכר ולכן כשבא הלל ותקן פרוזבול התירו לו. הלל ביטל מצווה מדרבנן ולכן הלל בטל את זה.

תשובה אחרת מהגמרא היא שהפקר בית דין הפקר.

זה רק מלמד שהגמרא הבינה כמו אטינגר שהפרוזבול הוא תקנה לא... אבדתי.

לפי התוספות הלל הפך מקרה חריג של מסירת שטרות לנוהג כללי שלא היה לו ללמד לעשות כן כי בכך הוא ביטל מצווה. לפי התוספות מהות התקנה הייתה הערמה. למרות שזה לפי הדין.

לפי הר"ן תקנת הלל הפכה את המסירה לפיקציה "כאילו מסירה" (כמאן דמסר דמי)- הלל אמר שאין צורך במסירה בפועל. דין תורה הוא למסור.

התוספות הסביר את תקנת הלל כהערמה. והר"ן אומר שמשמעות התקנה היא פיקציה.

תשובה שלישית היא של הרמב"ן: הספרי הוא רק פני הדברים והמקור הוא הלל ותקנתו ואח"כ בא ספרי והסמיך את זה לכתוב. כמובן שעולה השאלה איך התקין הלל תקנה כזו?

תשובות: חכמים יכולים בממון להפקיר. זה דרבנן בלבד.

(להשלים)

(מכאן ועד להודעה חדשה מושלם מסיכומו של משה וילינגר)

**אמת משפטית – יש דבר כזה?**

לשאלת האמת ההלכתית יש זוויות אחרות. בנושא הפרשנות שאלנו האם יש רק תשובה נכונה אחת לשאלה משפטית או שיש יותר. כעת נעמיד את שאלת האמת המשפטית מול האמת האובייקטיבית. ידוע שלמשפט אמיתות משלו והוא קובע עובדות משלו שעל פיהם הוא פועל ונוהג והוא מתעלם מהאמת האובייקטיבית הריאלית. יש שמדברים על האמת ההלכתית במובן של משפט פלילי וכאן יש טעות קשה לדוג' פס"ד ידוע בעליון בעניין הקמת ועדת חקירה על רצח ארלוזרוב (בגין הקים את הועדה מאחר שהאשימו את הימין במעשה) עו"ד אלון קם והגיש בג"ץ ואמר שאסור לחקור את העניין מאחר שהעניין נדון בביהמ"ש ודבר שנדון בביהמ"ש והוכרע לא ניתן לדון אותו בשנית. הטענה נדחתה והוועדה פעלה. הש' אלון הסביר שיש להבחין בין האמת העובדתית ההיסטורית לאמת המשפטית ואלו שתי אמיתות בשאלה האמת. הוועדה עוסקת באמת ההיסטורית וביהמ"ש דן באמיתות משפטיות (למשל לא כל ראיה כבילה). אטינגר טוען שתפיסה כזו איננה נכונה מאחר שהמשפט הפלילי חותר לאמת העובדתית כשביהמ"ש אומר שפלוני מקבל עונש או שלא הוא מתבסס על המגבלות שלו. למשל כשביהמ"ש משחרר פושע או שאינו מקבל עדות של עד מסוים לא מאחר שביהמ"ש חושב שהאדם לא פשע אלא מאחר שהוא חושש שאולי יש צדדים להקל.

יש מצבים בהם הדין קובע אמיתות משלו למשל פיקציות משפטיות. פיקציה פירושה שהדין קובע עובדות משלו שעליהן הוא דן למרות שבאופן אמיתי העובדות אינן קיימות. תופעת הפיקציה המשפטית שכיחה בהלכה לדוג' דופן עקומה בסוכה שם מדברים במקרה בו חלק מהסכך פסול והשאלה מתי סכך שכזה נפסל. לפי ההלכה ייתכן סוכה של פחות מד' אמות כשרה מאחר שמחשיבים את החלק הסכך כ-'דופן עקומה' וכך הסוכה גבוהה מד' אמות. אין ספק שמדובר בפיקציה משפטית שהרי חלק זה הוא חלק מהסכך ולא חלק מהדופן אך כך קבעה ההלכה. **הרמב"ם** משתמש במילים 'רואים כאילו' ו-'ייחשב' שאלו מילות מפתח לזיהוי פיקציות משפטיות. פיקציה נוספת בסוכה היא לבוד לפיה רואים רווח של פחות משלושה טפחים כדבר סתום (אטינגר מספר את הבדיחה שחתול נכנס לסוכת לבוד והחסיד לא מבין כיצד חתול יכול להיכנס שהרי ההלכה קבעה שלבוד הוא חסום).

אטינגר מדגיש שבמשפט פלילי חותרים לאמת היסטורית לעומת מקרים כמו דופן עקומה ולבוד בהם יש פיקציה.

פיקציה נוספת היא שליחות 'שלוחו של אדם כמותו' ההלכה דנה מכח מה שלוחו כמותו. אחת התשובות שהשליח נחשב ל-'ידו הארוכה של השולח' אבל זוהי לא מציאות ריאלית אלא פיקציה משפטית.

עניין מפורסם באחרונים בנוגע לספירת העומר האם אדם יכול לצאת בספירה של חברו 'שומע כעונה'. בסוגיה זו יש וויכוח באחרונים מהו הטעם של 'שומע כעונה' גישה ראשונה שאפשר לצאת במצווה עצמה ע"י שמיעה בלבד לעומתם יש אומרים שהשמיעה היא 'כאילו אמירה של השומע' (פיקציה משפטית). האחרונים מסבירים בכך מחלוקת רש"י ותוס' (ברכות כא.) אדם שנמצא בתפילה ושומע קדושה **לרש"י** ישתוק וישמע את הקדושה של הש"ץ. לעומתו, **תוס'** אומרים שיהיה בכך הפסק בתפילה. **הקהילות יעקב** (ברכות סימן י') מסביר שלתוס' השמיעה היא דיבור ולכן לשיטתם יש הפסק בתפילה לעומת רש"י שהבין 'שומע כעונה' שמספיקה שמיעה לקדושה ואין כאן דיבור.

חזקות הן סוג קביעות של פיקציה מאחר שאם אומרים 'אין אדם פורע תוך זמנו' חזקה זו נקבעה לפי רוב אנשים והנוהג הקיים ואם אומר אדם פרעתי תוך זמני אומרים לו שטענתו לא קבילה כי אין אדם פורע תוך זמנו ובכך החזקה יוצרת פיקציה. פעמים חזקה עובדתית לא נכונה מציאותית אבל משתמשים בה כאמת משפטית.

החשיבות בפיקציות מלבד ההשלכות שלהן (כמו שראינו בסוגית 'שומע כעונה') היא בהבנת ההלכה ואם מגדירים נכון את הרציונאל של ההלכה ניתן להגיע לתוצאות נכונות שמשתמעות.

בין פיקציה להערמה

המושג 'קידושין פיקטיביים' ידוע ומוכר, לדוג' אישה גויה מרוסיה שמעה שטוב לחיות בישראל ולכן היא הלכה והתחתנה עם יהודי ואז עולה לארץ ומקבלת את ההטבות השונות ולאחר מכן מתגרשת. פעולות שכאלה שכיחות בארץ ובעולם. דוג' אחרת להערמה היא 'עסקה פיקטיבית', למשל יש לי שתי דירות ואני יודע שיחייבו אותי בתשלום מס גבוה אז אני מעביר דירה אחת על שם אחי וכך נחסך ממני תשלום מס גבוה. אומר אטינגר ששתי הדוגמאות אינן פיקציה משפטית מאחר שלא מדובר על קביעות עובדתיות חדשות והדין כאן לא יצר קביעות שאינן קיימות. כאן נקבעה מציאות משפטית (ולא עובדות) אחרת שאינה קיימת במציאות ולכן האישה נשואה לכל דבר ועניין והדירה עברה לאחי ללא צל של ספק וכל זה הוא יצירת מציאות משפטית חדשה [אפשר לקרוא לדברים הללו פיקטיביים כי משפטית נעשה כאן משהו בעוד שבפועל המציאות לא השתנתה והדירה עדיין מבחינתי שייכת אלי]. לכן למקרים מסוג זה נכון יותר לקרוא הערמה.

הערמה היא עקיפת הדין תוך שימוש בדין. הדין מתכוון למטרה מסוימת ואנחנו עוקפים אותו באופן טכני פורמאלי ולא אמיתי. הערמה משתמשת בפיקציה אבל במובן קצת שונה. לא מדובר בפיקציה כי לא מדובר ביצירת עובדות מציאותיות, אלא השתמשנו במוסד הנישואין לצורך קבלת טובות הנאה. בדרך זו עקפנו את מטרת החוק הישראלי שיהיו נישואין אמיתיים ושלמים ולא זמניים ולכן יש כאן הערמה. לכן גם מכירת חמץ וקרקעות בשביעית הן הערמה (ולא פיקציה).

בעבר היה מס גדול על עיזבון ואדם שהשאיר כעיזבון דירה צריך היה לשלם רבע כמסים ולכן נהגו להעביר את הדירה בעוד האדם בחיים לאחד הבנים וזו העברה פיקטיבית (מלאכותית). במקרים מסוימים מורשה פקיד המס לבטל העברה פיקטיבית זו. הפיקטיביות באה לידי ביטוי בכך שהדירה בפועל נשארת בשליטת המוריש ולא בנו. זה נקרא הערמה ולא פיקציה כי משתמשים בדרך משפטי כדי להתגבר על מציאות מסוימת.

סיפור – עו"ד מפורסם שבראשית דרכו עסק במיסוי הגיע אליו אדם עתיר נכסים שאמר לו שהוא רוצה 'תכנון מס' (העלמת מס בשפה נקיה). בין השאר היה מס עיזבון בסכום גבוה ומדובר היה ברכוש רב ולכן המס צריך היה להיות בסכום גבוה. שאלו עו"ד האם יש לו כתובה? והשיב שאינו יודע. בתקופה זו היה סעיף במס העיזבון שכתובה פטורה ממס עיזבון (היום מופיע 'זכויות בקשר נישואין') וכדי להיפטר מתשלום מס עזבון העו"ד כתב כתובה במיליוני דולרים ופקידי המס אכלו את הלב על מעשה זה. בהמשך השנים בתקופת בגין בוטל מס העיזבון.

**הרמב"ם** אומר בפירוש המשנה (תמורה, פרק ה') בנוגע להערמה לבכור "תחבולת ההיתר נקראת הערמה, ושאיננה היתר נקראת עורמה". מדובר ב-'תחבולה' כי עוקפים את מטרת הדין.

נושא הערמה מעלה שתי שאלות:

1. שאלה פרקטית - האם הערמה תקפה? האם הדין מכיר בזה כפעולה יעילה להתחמקות מהדין.
2. שאלה ערכית - האם פעולה הערמה ראויה?

התשובה לשאלה א' היא חיובית ולרוב ע"פ ההלכה הערמות תקפות. חז"ל לא אמרו שפעולה שנחשבת להערמה איננה תקפה (כמו שהחוק אומר היום בחלק מהמקרים). בנוגע לשאלה ב' השאלה האם מעשה שכזה ראוי ונכון לכתחילה. התשובה אינה מוחלטת ומאחר שזהו תחום ערכי שתלוי בנסיבות השונות. בהלכה ניתן לומר שממבט ראשון התשובה לשאלה הערכית היא חיובית ואין בהערמה בעיה מוסרית. זאת מאחר שבמספר מקומות במשנה ובכלל חז"ל מציגים בעצמם את אפשרות הערמה כמו במקרה של הערמה על מעשר שני. עצם הביטוי מראה על הלגיטימיות שבהערמה. התורה אמרה שאם אדם לא רוצה להעלות את הפירות לי-ם ניתן לפדות אותן במטבע ולהעלות את הכסף לירושלים (במקום את הפירות). ע"פ התורה מי שעושה זאת צריך להוסיף חומש ואמרו חז"ל שאפשר לעשות כן ללא חומש וזו הערמה. אדם יכול להעביר את כספו לבנו ואומר לו 'תפדה את המעשר' וכך תפטר מחומש. זאת מאחר שכתוב 'מעשרו' ולא מעשר של אחר ולכן הבעלים מעביר את המעשר לבנו או אחר וכך פטור מהחומש.

**פרופ' א"א אורבך** כתב בספרו 'ההלכה' שהערמות הן נוהג שהתפתח וחז"ל נתנו לו נוהג בדיעבד. למשל במעשר שני כנראה הציבור לא הקפיד על מעשר שני ועלייתו לי-ם לכן חכמים רצו להקל ע"מ שהמצוות תתקיים ופטרו מהחומש. כך גם בעניין הפרוזבול שהעם נמנע מלהלוות ולכן הלל תיקן פרוזבול. **אטינגר** אומר שתופעת הערמה היא רחבה הרבה יותר ולכן לא ניתן לטעון זאת בכל המקרים.

**תקנת הפרוזבול** – השאלה שעולה היא מה עשה בדיוק הלל, מהי משמעות התקנה? שני מקורות מציינים את תקנת הלל אך יש בהם שוני מהותי.

1. **ספרי** בס' דברים (פרשת ראה) - הספרי הינו מדרש הלכה שדורש את הפסוקים על במדבר ודברים. הלכה זו נדרשת מהכתוב "את הנכרי תנגוש ואת אחיך תשמט ידך". נאמר "את אחיך ולא המוסר שטרותיו לבי"ד מכאן אמרו התקין הלל פרוזבול". הספרי דורש את המילה 'ידך' שהאיש הפרטי ישמוט ולא בי"ד. לכן אם החוב עובד לבי"ד אין עליו איסור לשמט. כלומר בסיס תקנתו של הלל על ההלכה שמוסר שטרותיו לבי"ד אינו משמט.
2. **משנה** מסכת שביעית (י, ב-ג) - "המלווה על המשכון והמוסר שטרותיו לבי"ד אינן משמטין. כשראה שנמנעו העם מלהלוות ... התקין הלל את הפרוזבול". מהמשנה עולה שאין קשר בין הלכת 'המוסר שטרותיו' לתקנת הלל (וכל אחת מופיעה במשנה אחרת).

קושיה על הספרי – אם הפרוזבול זה מוסר שטרותיו לבי"ד אז לא ברורה מדוע התקין שהרי הוא למד זאת מהכתוב ולא התקין דבר חדש.

קושיה על המשנה – אם פרוזבול לא מבוסס על 'המוסר שטרותיו' השאלה כיצד הלל מתקן תקנה על דין תורה.

הבבלי לא ראה את הספרי ולכן הגמרא שואלת מאיפה הלל תיקן תקנה זו. לפי הגמ' (גיטין לו.) הלל תיקן פרוזבול משום ששביעית בזמן הזה דרבנן (תיקנו חכמים שמיטת כספים זכר לשביעית דאורייתא). בהמשך מביאה הגמ' תשובה אחרת של הפקר בי"ד הפקר (ולפי רש"י תשובה זו רלוונטית אפילו אם שביעית מדאורייתא).

הראשונים הכירו את הספרי והשתמשו בו וחלקם הבינו שאין סתירה בין המשנה לספרי, מאחר שהמשנה התכוונה שפרוזבול זה מוסר שטרותיו. למשל **תוס'** ד.ה 'מי' מקשה מהספרי על קושיית הגמ' שהרי יש מקור להלל ומשיבים התוספות אע"פ שיש הלכה של מוסר שטרותיו לא היה לו לעשות כן כי בכך ביטל מצווה מדאורייתא של מוסר שטרותיו. כלומר הגמ' שואלת על עצם המעשה של הלל שבכך ביטל השמטת כספים. כלומר הלל פעם ע"פ הדין אבל הוא פעל שלא כשורה בכך שפרסם ועשה הערמה. ועל זה משיבה הגמ' שמדובר במצווה דרבנן ולכן אין בהערמתו בעיה גדולה.

תשובה אחרת של **הר"ן** (על הרי"ף) אם אדם מוסר שטרותיו לבי"ד אינו משמט והלל תיקן שאע"ג שלא מסר אלא אמר 'מוסרני לכם' נחשב כאילו מסר וזו תקנתו של הלל (הלל תיקן פיקציה הלכתית 'כאילו מסר'). ותשובת הגמ' שמאחר שמדובר במצווה מדרבנן יכול היה הלל לתקן פיקציה כזו.

שיעור 6

290608

סיכום – דיברנו על תקנת הפרוזבול וראינו את הגדר העקרוני משפטי של התקנה. עמדנו על שני מקורות תנאיים (ספרי – תקנה בנויה על מדרש 'המוסר שטרותיו', המשנה – הבחנה בין הדרשה לפרוזבול) שמייצגות שתי גישות. הגמ' הולכת לפי המשנה ושואלת כיצד הלל תיקן תקנה לבטל דין תורה? הגמ' משיבה שהלל תיקן תקנה זו מאחר ששמיטת כספים כיום מדרבנן. הראשונים הסבירו את הגמ' לפי הספרי ולמשל **תוס'** אומרים שהלל פעל בהערמה ושאלת הגמ' כיצד ייתכן שהלל ביצע הערמה ומשיבה שמאחר שמדובר בדין דרבנן יכול היה הלל לתקן הערמה זו. **הר"ן** הסביר שהלל אמר שאין צורך למסור את השטרות לבי"ד והגמ' מסבירה שהלל יכול היה לתקן פיקציה של מסירה פיקטיבית מאחר שמדובר בדין דרבנן. **הרמב"ן** (גם רש"י ואחרים) מסביר שהלל תיקן למסור לבי"ד וזה חידוש שלו ללא עיגון במקרא, לאחר מכן בספרי הסמיכו את הדברים על פסוקים כאסמכתא.

הערמה מודרנית

ההלכה משתמשת רבות בהערמה כבר במקורות ראשוניים למשל המשנה כותבת של הערמה על חומש, הערמה על קדושת בכור ועוד. גם בתקופות מאוחרות נמצא הערמות מודרניות כמו מכירת חמץ, מכירת קרקעות בשמיטה וריבית (היתר עסקה).

**1. היתר מכירת החמץ** - היא בנין אב לשאר הערמות והיא הקדומה ביותר משום שראשיתה כבר במקורות תנאיים. מומלץ לעיין בספרו של הרב **זווין** 'מועדים בהלכה' בו מובאים הדיונים ההלכתיים שעולים בכל מועד. בפסח הוא מרכז את נושא מכירת חמץ והשתלשלותה. ראשיתה של הערמה היא שימוש בהלכה עצמה וניצולה כמו בחומש ומכירת חמץ. בפסח יש איסור של 'בל יראה ובל ימצא' כך שאיסור חמץ כולל החזקתו בבית וההלכה קובעת שניתן למכור את החמץ. בשלב הראשון (המקורי) ההלכה קבעה שיש לקחת את החמץ ולמכור אותו לגוי ולהעביר לו פיסית את החמץ ולאחר פסח לקבלו בקנייה גמורה בחזרה. לכאורה זה לא נחשב להערמה אבל **התוספתא** בפסחים (פרק ב') כותבת על סיטואציה זו: "ובלבד שיתננו לו במתנה גמורה". אבל **בעל הלכות גדולות** גרס בתוספתא (נוסחה שהייתה מצויה לפניו) עוד שלוש מילים: "ובלבד שלא יערים". הפרשנים הסבירו שאם עושה כן כל שנה קונסים אותו. **הבית יוסף** אומר: "ואיני מבין דבריו שהרי שרי ליתנו לעכו"ם במתנה ולקנותו לאחר הפסח ואין לך הערמה גדולה זו. ובכל זאת מותר שהרי מוציאו מרשותו לגמרי". הב"י הבין שמדובר בתוספת של הבה"ג ולא נוסחה שלו, לשיטת הב"י מאחר שנתנו במתנה גמורה אז למרות שמדובר בהערמה מותר הדבר כי מכרו לגמרי.

רואים שהב"י מכנה מכירה בכסף והוצאה מרשות הערמה. בשלב השני, במאה ה-17, נוצר קושי להוציא את החמץ מהבית. לדוג' אנשים עם מחסנים גדולים של יי"ש. אז המכירה נעשתה ללא הוצאה מרשות כי ניתן היה למכור בקניין סודר/שטר ללא הוצאת החמץ מהבית.

בשלב שלישי נוצר קושי לצד השני לשלם את הסכום המלא עבור הסחורה בעיקר מאחר שהסחורה הייתה רבה. כך שהתשלום היה חלקי או נעשה במלווה וזו התפתחות נוספת במכירת החמץ.

בשלב הרביעי התרחש תהליך נוסף בעניין גידול הבהמות שהיו אוכלות חמץ ונוצר הצורך למכור את הבהמות לנוכרי או שהנוכרי יאכיל את הבהמות בפסח. חכמי ההלכה התווכחו האם מכירת הבהמות אפשרית.

עד כאן הייתה מכירה פרטית של אדם שמוכר את חמצו לשכנו הקרוב אליו בדרך כזו או אחרת. בשלב החמישי (האחרון) המרחיק לכת הוא שהמכירה היא כללית לכל המדינה ע"י בי"ד ועל זה קמו מתנגדים גדולים. מאחר שהגוי אחד קונה סחורה בסדר גודל לאומי אז דנו בגמירות הדעת של הקונה והמוכר מאחר שלא יעלה על הדעת שגוי אחד מתכוון לקנות חמץ של מדינה שלמה! ואם כך אין גמירות דעת וכדומה. רוב האחרונים תמכו במכירת החמץ בצורה מפורשת והמערערים נשרו וכמעט שלא נשאר להם זכר. **החת"ס, ר' עקיבא היגר והנודע ביהודה** תמכו בהתלהבות במכירת החמץ ושללו את טענות המערערים.

בשולי הדברים - יש שאינם רוצים לסמוך על המכירה ולא קונים חמץ לאחר הפסח אלא מייצור חדש ולא חמץ שעבר עליו הפסח. במעשה שכזה יש טעות גדולה ואין לה בסיס משום שמכירת החמץ נעשית על איסור דאורייתא של 'בל יראה ובל ימצא' אז חמץ שעבר עליו הפסח הוא איסור דרבנן אז תמוה שלסמוך על המכירה לגבי דאורייתא ולא לגבי דרבנן.

**2. היתר מכירה בשמיטה -** היתר המכירה הוא מאוחר בניגוד למכירת החמץ. אמנם כבר במקורות תנאיים רואים שרבי יהודה הנשיא רצה לבטל את השמיטה וניכר שהיו קשיים וניסיונות התמודדות. למרות זאת, השמיטה נשמרה לאורך הדורות בתקופת התנאים והאמוראים ודעת רבי לא התקבלה. אך בדורות המאוחרים יותר הלחצים הכלכליים עשו את שלהם ולכן היתר המכירה בשמיטה הוא תולדה מאוחרת. היתר המכירה שונה ממכירת החמץ משום שהשמיטה תלויה בארץ ומאז תקופת האמוראים כמעט ולא הייתה מציאות חקלאית יהודית בארץ מה שמסביר מדוע השאלה לא עלתה על הפרק. השאלה התעוררה באופן מסיבי בתרמ"ט (אמצע המאה ה-19) בגלל הקמת המושבות החדשות. ומאז ועד היום נושא השמיטה לא יורד מסדר היום. יש לשאול מדוע כמעט כולם מסכימים עם מכירת החמץ ולא עם השמיטה. הסיבות שמבדילות בין סיפור החמץ למכירת הקרקעות הן:

1. **תוצאה** – משמעות של מכירת קרקעות היא יותר מרחיקת לכת מאחר שבמכירת קרקעות מוכרים את אדמות א"י, בעוד שבחמץ מוכרים רק מצרכי מזון רבים.
2. **עוצמה (תוצאה מצוותית) –** בחמץ המצווה העיקרית היא לא לאכול ובנוסף יש איסור של 'בל יראה ובל ימצא' ולכן במכירה לא עברנו על האיסור המרכזי של איסור אכילה. בשמיטה לאחר המכירה עובדים את הקרקע שזה גופא האיסור ולכן זה משמעותי יותר.

לא מדובר בסוגי הערמה דומים, הפוסקים דנים במשמעות הערמה ובהשלכות שלה. ביטוי מעניין לדבר במשנה במעשר שני (פרק ב') מעבירים את הפירות ויש פטור מחומש והגמ' מסבירה בב"מ שעדיף להקנות את המעות במשיכה ולא את הפירות מסביר רש"י מאחר שבמעות אין זה נראה עורמה. כלומר בכסף יש פחות מראית עין להערמה מאשר העברת פירות וקנייתן בחזרה לאחר דקה. גם בנושא מכירת הקרקעות אנחנו הולכים הכי רחוק שהרי אנחנו מוכרים את הקרקעות לגוי ולאחר מכן ממשיכים לעבוד בקרקעות כרגיל.

1. **בעיות הלכתיות** - מבחינה הלכתית טכנית מתקיימות במכירת קרקעות בעיות נוספות כפי שטען החזון איש בעיית 'לא תחנם' ועוד.

השאלות ההלכתיות הפנימיות נגד המכירה נענו כולן בצורה טובה ומשכנעת ולכן אין היום בעיה של ממש. בעניין הב"י נאמר שיש תוקף למכירה של נוכרי וחכמי ירושלים אמרו לו שכך הם נוהגים מדורי דורות ואין לחלוק עליו. היום הדברים מתהפכים והחזו"א והחרדים שהולכים בעקבותיו לא קונים פירות נוכרים בא"י בשל חשש קדושת שביעית וזה בניגוד לנורמה מוסכמת דורות רבים.

לגבי בעית 'לא תחנם' נאמר ע"י החזו"א שהרבנות היא שליח למכירה ו'אין שליח לדבר עבירה'. מנגד יש שטענו שלפי הביטוי 'דברי הרב ודברי התלמיד' לומדים שאם השליח מועד לעבירה אז יש איסור. והרבנות היא מועדת לעבירה כי כל שבע שנים היא עושה כן ולכן יש שליח לדבר עבירה וצע"ג.

1. **דינא דמלכותא** - אחת השאלות המרכזיות הייתה בנוגע לדרך המכירה שהרי מקרקעין נקנים ברישום בטאבו כבר מהתקופה העות'מאנית. **הרידב"ז** מצפת היה בר פלוגתא של הרב קוק וצידד בטענה זו וטען 'האם ייתכן שהרב מיפו ימכור לערבי היחף שמוכר את א"י בצטלא זה יתפוס?'. כוונתו הייתה שלא ייתכן למכור את הקרקעות בפתק ללא רישום מסודר בטאבו וכדומה. הרב זווין מסכם בספרו 'לאור ההלכה' את נושא שמיטה ומסביר **שהחזו"א** השיב על בעיה זו ואמר שלא מעניין אותנו איך המלכות מוכרת משום שמה שחשוב האם לפי דין תורה העניין תופס. בסוף ימיו כותב החזו"א מכתב בו הוא מעלה שוב את בעיית הטאבו ונותן לה תוקף של ממש.

לגבי בעיית הטאבו יש חוק חדש של הרב **דרוקמן** חוק עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה), התשל"ט - 1979. לפי ס' 1 שר הדתות רשאים לתקן תקנות שיחול על אף הקבוע בחוק המקרקעין. בדרך זו פתרו את בעיית אי רישום הטאבו במכירת הקרקעות.

אחד השיקולים החשובים של היתר המכירה הוא לקולא, מאחר ששמיטה נחשבת לאיסור דרבנן לרוב הפוסקים, זאת בניגוד למכירת חמץ שהינו דין דאורייתא לכל מאן דבעי. ולאור הקושיות שמעלים בדבר השמיטה תמוה הדבר שהרי מדובר באיסור דרבנן אזי ראוי להקל. יוצא מהכלל אחד הוא על העיטור שקבע ששמיטה בזמן הזה מדאורייתא. כמו כן, יש קבוצת חכמים (**הרז"ה, המאירי, הראב"ד** ועוד חכמי פרובנס) שסוברים ששביעית בזמן הזה היא חסידות בלבד. בהקשר זה, החזו"א הקל במלאכות מסוימות מאחר ששביעית מדרבנן.

אחד המערערים על המכירה בתרש"ט היה **הנצי"ב** אבל לשיטתו שמיטה הייתה דאורייתא ולכן התנגד לפתרונות שהוצעו, בלשונו: "אי אפשר לגבב קולות אלא אם נאמר שאסור דרבנן, אבל לשיטתנו האיסור מהתורה". הנצי"ב היה מחובבי ציון ושמח שעם ישראל חוזר לעבוד באדמה ולכן כחלק מהגאולה הוא מבקש לקיים את המצוות התלויות בארץ כמו השמיטה. הנצי"ב מבסס את שיטתו על דברי **הרמב"ם** (הלכות שמיטה ויובל פרק י', הלכה ט), אך מקור זה היה משובש. בהלכה זו הרמב"ם חזר על עצמו והמדפיסים קיצרו והביאו לטעות. "בזמן שיובל נוהג נוהג דין עבד עברי ... ונוהגת שביעית בארץ מן התורה ... ובזמן שאין היובל נוהג אין נוהג ... ונוהגת שביעית בארץ מדבריהם וכן השמטת כספים מכל מקום מדבריהם". לפי הגרסא המקורית המילה 'וכן' לא הופיעה ובמקומה היה 'ו' החיבור, כך ששביעית ושמיטת כספים שניהם מדבריהם (דרבנן). לא כמו הנוסח שהיה מול הנצי"ב ששביעית מדאור' ושמיטת כספים מדרבנן.

**החזו"א** סותר את עצמו ובהלכות שביעית (סימן י') כותב שהמכירה בדיעבד תקפה אם מוכרים שלא ע"י שליח. בסוף ימיו כותב במכתב (סימן כ"ז) גם אם נמכר אין לדבר תוקף ומנמק שלושה טעמים: א. מפני שנמכרו ע"י שליח ואין שליח לדבר עבירה. ב. לא נמסר בטאבו. ג. מפני שבלב כל אדם אינו טעם באמת. לטעמו האחרון אומר שאין גמירות דעת אבל אטינגר לא מבין מדוע יש להבחין בגמ"ד בין מכירת חמץ למכירה בשמיטה.

החזו"א לא מדבר על זה שיש כאן בעיית הערמה וכך רוב הפוסקים. **הרב** **קוק** בספר 'שבת הארץ' היה מוטרד מכך. שאלנו מבחינה ערכית האם לכתחילה ראוי להערים או שלא? ניתן לומר **שהחזו"א** חולק על הרב קוק בדבר זה ממש. אטינגר אומר שכבר אצל הקדמונים יש חילוקי דעות בנושא. **א"א אורבך** הסביר שהערמה במעשר שני נבעה מתהליך היסטורי ואין מח' האם ראוי להערים **ואטינגר** חולק. הגמ' במעשרות (פרק ג') רבי ורבי יוסי היו מכניסים כלכלה (תבואה) מאחורי הגגות (כדי להיפטר ממעשר שנכנס דרך הדלת) ראה אותם רבי יהודה בר עילאי ואמר להם שהיו צדיקים כמו ר"ע שקנו שלושה מינים כדי להתחייב במעשרות ומנגד הם נפטרים מזה ע"י הערמה! אטינגר אומר שיש בהלכה גישה פורמאליסטית מול גישה ערכית. **התפיסה הפורמליסטית** אומרת 'הפה שאסר הוא הפה שהתיר' ומה שמותר מותר ואין בכך זלזול במצווה. לעומת זאת, קיימת **תפיסה ערכית** כמו של ר"ע שקנה באופן כזה שיתחייב במעשר. כך המחלוקת בין הרב **קוק** שראה במצוות תפיסה ערכית וכאב לו לוותר על השמיטה, לעומת **החזו"א** שהלך בצורה פורמאלית ללא נגיעה בשאלת הערמה. דוג' לתפיסה הפורמליסטית היא של הרב **סולוביצ'יק** בספרו 'איש ההלכה' שם משווה את איש ההלכה לפיזיקאי ואת ההלכה למתימטיקה כך גם בהספדו 'מה דודך מדוד'. לפי תפיסה זו אם ההלכה היא מתימטיקה אז אין בעיה ערכית בערמה שהרי הכל הן נוסחאות וברגע שמכניסים נתון שונה המשוואה שונה.

**3. היתר עסקה** – היתר זה מבוסס על פעולה הלכתית מסוימת שמטרתה לעקוף את איסור הריבית שמדאורייתא ולכן הוא הערמה. בפועל הריביות מתחלקות לדאור' ודרבנן ולא נרד לרזולוציה זו. ביטוי מעניין שראשיתו בגמ' בב"מ מקבלים מאה ₪ ממשקיע מסוים אם מדובר בעסקה רגילה אז אין בעיה, אבל המשקיע יודע שיש סיכון אז אומרים ש-50 ₪ זה מלווה ו-50 נוספים זה פיקדון. כך שאם יש הפסד יקבל המשקיע לפחות 50 שקלים ואם יש רווח הוא יגיע מהפיקדון. לאור זאת יוצא שהיתר עסקה זה הערמה בעוד שהלכתית לא מדובר בהלוואה אלה בסוג של עסקה, אבל כדי שתהיה עסקה צריכים להכניס את אלמנט ההפסד.

בהמשך הדורות פתרון זה לא הספיק מכיוון שהמשקיע לא מוכן לסיכון. נקודת התורפה היא שאלת הסיכון ואם יש סיכון מדובר בהלוואה ואם אין אז לא מדובר בהלוואה. ברבות השנים היתר העסקה בנוי על נטרול הסיכון כך שכסף המלווה בטוח ואינו מופסד.

מקרה מפורסם - אחד הלווים של הבנקים טען שמאחר שמדובר בעסקה והיו לו הפסדים אז הוא לא צריך להחזיר את הכסף. טענה זו גררה וויכוח גדול בתוקפו של היתר עסקה ואכמ"ל.

במאה ה-17 הפוסקים בוועד ארבע הארצות תיקנו היתר עסקה וזה מכונה **'היתר מהר"ם'** ע"ש אחד מחכמי קרקוב (ולא זה מרוטנבורג). **הסמ"ע** כתב בקונטרס הריבית את הדברים במפורש. בשיטה זו הלך **הרב יעקב אריאל** במאמר בעיתון 'הצופה' נכתב שהיתר עסקה היא עסקה מותרת ואמיתית.

חלק גדול מהעסקאות קשורות בבנקים ולגביהן יש היבט בכך שהבנק הוא אישיות משפטית. ולכן יש מקום להקל כי אין מדובר באישיות של ממש ובעלי הבנק אינן 'הבנק'. אטינגר אומר שיש להתחשב בשיקול זה כי הוא אמיתי ונכון. **הרב יואל בן-נון** שאל 'האם הבנק חייב במצוות צדקה?' ברור שלא, אמנם פועלי הבנק חייבים ולא הבנק עצמו.

יש פוסקים שמחמירים על 'היתר עסקה' (שמבוססת על עסקה ולא הלוואה) שלא לעשות היתר עסקה על עסקים פרטיים ללא רווח. לכן לשיטתם אסור לקחת הלוואות לרכישת מכונית, חתונה ובמקרים נוספים בהם אין רווח. לעומת זאת, מאחר שיש סיכון רווחי ברכישת דירה ולכן יש בה סוג של השקעה אך לא במקרים אחרים.

בנוסף, ראוי להדגיש כי יש שמסכימים להיתר עסקה מאחר שבנק הוא אישיות משפטית.

פוסקים אלה מנסים לצמצם את היקף הערמה ולתת לה משמעות אמיתית יותר של עסקה.

ש.ב

לעניין הערמה צ"ע מאמר של **פרופ' שמואל שילה 'הערמה בתלמוד'**, שנתון המשפט העברי, כרך ח'. צריכים לקרוא את ההקדמה בה מחלק את הערמות לכמה סוגים. כמו כן, לקרוא את הנושא על הערמת בכור בהמה (סימן ג' במאמר). שילה מתייחס לדרכי הפטור לקדושת הבכור מאחר שלאחר חורבן הבית אין מה לעשות עם בכור קדוש.

(מכאן ואילך – משלי – יאיר קויפמן)

ההלכה מלאה בההערמות. נכון שחלק מהן דרבנן. ערוב תבשילים וכדומה אך יש גם הערמות בדאוריתה. הכיוון שאטינגר טוען אליו הוא שיש עימות לגבי ההערמה האם הוא מותר או אסור - ביחס לראוי ולמותר לכתחילה. על כל פנים היא דבר נפוץ. מכירת חמץ היא ההערמה, מכירת הקרקעות היא ההערמה.

**שיעור שביעי טז בכסלו**

דברנו על פיקציות והערמות והקשר ביניהן. דברנו על ההערמה שהיא תופעה משמעותית ובולטת בהלכה. ראינו איך הדברים מתגלגלים עד ימינו. על חלק מההערמות צריך להסתכל כסוג של תקנות והדוגמה היא הלל. הלל יכול לעשות תקנה ישירה שבטכניקה מסוימת אפשר לגבות כספים למרות שעברה שנת השמיטה. ברור שחכמים מאוחרים, בימינו, לא יכולים לבטל תקנה גם בשל טעם הלכתי פורמאלי וגם בשל חוסר סמכות, חוסר בקבלה. ולכן אפשר ללכת היום רק בדרך הערמה פיקטיבית.

ודאי שהיתר עסקה הוא תקנה לצורך קיום המסחר והכלכלה - שטרות מסוימים משמעותם שהלוואה נעשית כעסקה אלא שמפאת הקושי ההלכתי הפנימי (ריבית) ובשל בעיית הסמכות תעשה התקנה בצורה עקיפה.

נכון שלגבי השמיטה יכול לבוא בחשבון כיוון אחר - קבוצה לא קטנה של פוסקים אומרים ששמיטה בזמן הזה היא מידת חסידות בלבד (כל חכמי פרובאנס, המאירי והראב"ד) ובעצם יכלו בשעת הדחק, אם אכן יש סמכות לרבנות הראשית, לאמץ את הדעה הזו והיא עדיפה מבחינת אטינגר. מנגד, הרב בשבת הארץ אומר שכיון שכל השמיטה בזמן הזה היא זכר לשביעית הרי שהזכר מתקיים גם כשמוכרים את הקרקע כיוון שהמכירה והזהירות בה מותירים את הזיכרון. ולכן עדיף למכור ולהערים מאשר לבטל לגמרי.

תופעת ההערמה נפוצה מאוד (להסתכל בהערמה באנציקלופדיה עברית) ולקרוא שוב במאמרו של שמואל שילה על בכור כמה מעניין לראות את עניין הערמה בהשתנות המציאות.

אנו חוזרים לעניין הפיקציה. בכל הערמה יש היבט של פיקציה ולהיפך בכל פעולת פיקציה יש היבט של ההערמה. ומכאן לנושא מאוד מעניין ופחות ידוע - הגמרא בב"מ קד מונה מקרים שחכמים פרשו לשון הדיוט.חכמים פרשו ונתנו משמעות הלכתית לנוסחי הדיוטות. אחת הדוגמאות היא הסיפור על הלל הזקן שדרש לשון הכתובות של אנשי אלכסנדריה שכתוב בו "לכשתכנסי לחופה תהי לי לאשה" ולא עשו ביניהם ממזרים. הלל מסיק שהיה פה תנאי בקידושין והבנים של החוטפים אינם ממזרים. כל הדרש הזה הוא במסמך שכתבו הדיוטות.

הרמב"ן בחידושיו לב"מ מביא את תשובת רב האי גאון לעניין הזה ולאחר מכן את הדברים מדעתו. הרמב"ן מסביר שהלל פירש מסמך הדיוטות כאילו יש פה תנאי בקידושין למרות שאין זה פשט הדברים. אם כן איך הלל תלה בכך תנאי?

אטינגר מסביר שיש כאן פקציה משמעותית הרבה יותר מכל מה שדברנו עליה קודם. יש כאן שימוש בסמכות רדיקלית של חכמים. עד עכשיו ראינו פיקציה של הדין וכאן אנחנו עדים לפיקציה של בית הדין. בית הדין מתעלם מן המציאות ואומר שהוא מפרש את זה כמסמך של חכמים בזמן שמדובר במסמך הדיוטות וממילא המשפט "לכשתכנס לחופה" מיותר ויש לפרשו כתנאי בקידושין.

הכח ליצור פיקציות של בית דין ידועות בשיטות המשפט השונות.

חיים פרלמן טוען שפיקציה של הדין אינה פיקציה משפטית. המחוקק הוא כל יכול והוא יכול לומר ששולחן הוא כיסא. פיקציה, לדברי חיים פרלמן אינה פיקציה מן הדין שעושה המחוקק אלא פיקציה שהשופט עושה. "חבר מושבעים הסתייע בפקציות להימנע בחוק שנחשב בלתי צודק. דוגמא עניינית לכך (לפיקציה של השופט) היא התקוממותם של השופטים האנגלים שהטילה עונש מוות על מי שנמצא אשם בגניבה חמורה. כל גניבה מעל 40 שיליניג נחשבה לפשע. באותה עת נהגו השופטים לייחס לכל גניבה ערך מרבי של 39 שיליניג. דבר זה התמיד עד שבסוף המאה תוקן החוק. במקרים של רצח מתוך רחמים הצביע חבר מושבעים על חוסר אשמה למרות ודאות האשמה בשביל להימנע מעונש מוות לרוצחים" (הלוגיקה המשפטית. חיים פרלמן). כל אלו הן פקציות פסיקתיות-משפטיות והתעלמות מן העובדות.

דוגמה נוספת לפיקציה פסיקתית. הרמב"ם בתשובות (מהדורת בלאו): אדם גירש את אשתו וכתב לה גט ולאחר מכן נישאה לאדם אחר וילדה לו בנים. כאשר הבעל ראה זאת עברה אותו רוח קנאה וקיים שטר בחתימת עדים שעדי הגט היו עוברי עברה והגט פסול והילדים ממזרים. ובכן, העדים אכן היו עבריינים. הרמב"ם אומר שאם אכן יתבררו העובדות ביחס לעדים בעדים והתראה הבנים ממזרים אולם הם לא התרו בהם או שיש רק שמועה יתחייב בעל האישה לכתוב גט נוסף והאישה לא תתגרש מבעלה. כלומר, העדים יפסלו רק בעדים והתראה.

דברי הרמב"ם אם בניגוד להלכה שלו עצמו בהלכות עדות שאין צריך התראה כשעבר העד על דברים מפורסמים שהם עבירה.

הרמב"ם עושה פיקציה פסיקתית. הרמב"ם מתעלם מסוג העבירות המדובר כשם שהתעלם הלל מהעובדה שהדיוטות כתבו את המסמך, אין הסבר אחר. הרמב"ם עשה את העבירות כאילו הן שאינן מפורסמות להציל את הבנים ממזרות.

הפעולה הזאת מתגלגלת גם בבתי הדין שלנו וזה חיובי ביותר. השימוש בפיקציה מסוג זה, שהיא מאוד רדיקלית, קיימת היום. (מומלץ לעיין במאמר של אטינגר "פיקציה של דין ובית דין בהלכה. התפרסם בקובץ מאמרים "עיונים במשפט עברי בהלכה דיין ודיון".) יש לאטינגר ויכוח עם חבר ת"ח וחוקר אלימלך וסטרייך שכתב על תפיסות מדעיות חדשות כפי שהן מתגלגלות בבתי הדין הרבניים. אלימלך טוען שיש שתי גישות בבתי הדין הרבניים ביחס לעובדות המדעיות. יש גישה מקבלת כגון הרב הרצוג שמקבלת בדיקה של כרומוזומים וישנה גישה שמתנגדת כמו הרב עוזיאל "כל מקום ששורת הדין מחייבת כגון מזונות אין סומכין על בדיקה מדעית כיוון ששלושה שותפים באדם והאודם בא מהאם (הדם) וכל בדיקה מתבטלת מול קבלת חז"ל". אטינגר טוען שמדובר בגישה פרימיטיבית לכאורה.

אטינגר טוען שמדובר למעשה בגישה מתקדמת. הרב עוזיאל ידע את המשמעות האמיתית של קבלת הבדיקות המדעיות - מחר יבוא המדע לבדוק ממזרים בצורה מדעית ולכן השתמש בפיקציה כרמב"ם.

סיפור דומה. בית דין בחיפה פסקו שהבעל הוא אבי ילד שנולד בהזרעה מלאכותית (מאיש אחר) גם אם סיכויי האב להוליד הוא אפס. אטינגר טוען שהם האנשים הכי מתקדמים וטובים.

לסיכום הנקודה: המסקנה הרעיונית שעומדת מאחורי התופעה של פיקציות פסיקתיות מאוד מעניינית - במקרים מסויימים ההלכה היא פונקציה של הדיין - כך רואים עצמם בעלי ההלכה. איש ההלכה תופס עצמו כהלכה. ההלכה באה לידי ביטוי גם בהיבט האנושי של החכמים ולא רק בשאלת הסמכות וביצירת דין אד-הוק ואין ספק שזה מה שביטא הלל. אפשר לראות את זה גם בפיסקות ובפרשנויות אחרות שהדיין רואה את עצמו כחלק מן הדין ולכן הוא מסוגל לפעולות שעל פניהן נראות כסטיה וכחריגות. זו התפיסה הפילוסופית האידיאולוגית שעומדת מאחורי תופעת הפיקציות הפסיקתות.

יש רוצים להרחיק לכת ולטעון שכל ההלכה היא כזאת אלא שוודאי שאין זה נכון - הדיין כפוף להלכה.

הרב נחום רבינוביץ במאמרו "הערכה מדעית כיסוד לפסיקת הלכה" (עיונים במשנתו של הרמב"ם) טוען כי ישנן הלכות רבות שמתייחסות לנושאים הלכתיים ומתברר שיש שני דגמים בהלכות "עובדתיות" שכאלו:

יש מצבים מסוימים שהקביעה העובדתית אינה ריאלית ולא כפופה לעובדות אלא מדובר בקביעה משפטית. הדין אומר שכך העובדות. אפשר לראות בזה סוג של פיקציה.

לעומת זאת ישנן הלכות מסוימות שאכן בנויות על הלכות ריאליות ולכן ההלכה משתנה כאשר העובדות תשתנינה.

דוגמה להבחנה ביניהן נמצאת בטרפות. המושג של טריפה בהלכה קיים ביחס לבהמות וביחס לבני-אדם. פירוש המושג הוא שבע"ח או האדם פגוע בפגיעה שסופו למות ממנה ולעניינים מסוימים הוא נחשב כמת. נפקויות באדם קיימות בדיני רוצח ולגבי נפל לעניין חילול שבת. ובכן אנחנו מוצאים הבדל גדול בין טרפות באדם לטרפות בבהמה.

הרמב"ם בהלכות שחיטה אומר שאין להוסיף על שמונת מיני הטרפות ואפילו אם נודע לנו מדרך הרפואה שאין סופה לחיות - לא נוסיף. ואפילו אם יהיו תרופות לטריפות - לא נחסיר את אחת משמונה הטריפות. הרמב"ם קובע כאן קביעה משפטית ולא עובדתית. ובלשוננו אפשר לראות פה פיקציה.

לעומת זאת כשמדובר על טריפה באדם הרי שמדובר בעובדה ריאלית - לגבי אדם שנחשב טריפה הרי שהענין תלוי בקביעה הרפואית (רמב"ם) אם אכן האדם נחשב טריפה. מדובר בקביעה ריאלית עובדתית. הוא הדין לגבי נפל. מי שנולד לשבעה סופו לחיות ומי שנולד לשמונה אין סופו לחיות והוא כאבן שאין לה הופכים. היום אנחנו יודעים שיש לחלל שבת גם על נפל קטן משבעה חודשים.

אטינגר חולק על הרב רבינוביץ'. הרב רבינוביץ' מחיל את הקביעה המשפטית-לא ריאלית גם על פסולי חיתון. לדידו, גם לגבי ממזרות אין מעוניינים בקביעות ריאליות והראיה שאסור לסמוך על בדיקות מדעיות לגבי ממזרים מאחר והדין הוא הקובע. אטינגר חושב והוכיח! כי קביעת ממזר בהלכה היא שאלה עובדתית גרידא - מי שנולד מיחסים אסורים כאלו וכאלו. זה שאנחנו איננו מחפשים את הממזר הרי זה מסיבות של מדיניות הלכתית. אנחנו אכן מוכנים להתעלם מעובדות מסוימות כמדיניות מחשש לעתיד אולם הגדרת ממזר תלוי בעובדות ריאליות. (הוא לא מוכיח את דעתו)

לאור ההבחנה הזאת - בין משפטי לעובדתי, צריך לבדוק הלכות אחרות. לפי ההלכה מותר להרוג כינה בשבת כי היא לא נולדה מפריה ורביה אלא מהעפר. כיון שאנחנו יודעים שהעובדות שונות - האם הדין שונה?

אם ההגדרה ריאלית - הדין שונה. האם ההגדרה משפטית - הדין נשאר.

יש מושג של בליעה בכלים בתערובות. מה יקרה אם מעבדה תגלה שהכלי לא בולע ולא פולט.

(אטינגר שואף לומר שיש פיקציות כאשר יש להלכה עניין להעמיד פיקציות)

לא כולם מסכימים עם הרמב"ם לגבי טריפות בבהמה. הרשב"א אומר בתשובה שדברי חכמים בטרפות הרי שזה עובדות מוחלטות ולא נוציא לעז על דברי חכמים.

נושא אחר.

מידות ושיעורים בהלכה. קביעות מדויקות של קביעה וכמות שאנחנו מוצאים הרבה בהלכה ובכל התחומים.

נושא המידות והשיעורים הוא חלק מתופעה רחבה - פורמליזם הלכתי. כשאנחנו מדברים על פורמליזם הלכתי הרי שהמידות הינן התופעה הבולטת ביותר. פורמליזים הלכתי או משפטי פרושו שהדין בנוי על כללים פנימיים משלו והוא עובד כנוסחה. הדין אינו תלוי בתוצאה אלא בנוסחה. לא פורמיליזים פרושו חיפוש של תוצאה רצויה וצודקת יותר.

לדוגמה: העיריה רוצה להוציא חוק עזר להגביל שימוש בגנים ציבוריים על מנת להגן על המשתמשים. אפשר לנסח בצורה פורמליסטית ולהגדיר את כל האופנים של השימוש האסור בגן. ניסוח לא פורמליסטי יהיה כגון "כל גמירה והפרעה למשתמשי הגן אסורה".

ישנו סיכון ברשימה סגורה במקרה שתמצא הפרעה חדשה שאינה מוגדרת ולעומת זאת יתרונה בכך שהיא ברורה ולא נתונה לחוסר ודאות ולחוסר הסכמה.

בחוק הישראלי ישנו סעיף שאומר שהגנה חלה על בן זוג של דייר מוגן רק כאשר הם נשואים בתקופה כלשהי. החיסרון הוא בשרירותיות ובחוסר הצדק והיתרון הוא במוחלטות ובבהירות.

ההפך מפורמליזם זה עניניות, התחשבות בתוצאות ובעובדות.

שאלה זו רלוונטית גם בהלכה ובמשפט - איזו גישה להעדיף.

בבא קמא פרק ד' "המדליק בתוך שלו, כמה תעבור הדליקה ויהיה חייב. רבי אליעזר אומר 16 אמות ר"ע אומר 50 אמה ר"ש אומר הכל לפי הדליקה" פה נראה העימות בין שני הגישות. דוגמה מענינית בחוק הישראלי למעבר מגישה לגישה הוא בחוק המקרקעין בס' 18 לגבי עשיית דין לעצמו והרחקת פולש תוך שימוש בכוח סביר ובלבד שעשה כן בנסיבות העניין תוך זמן סביר. המחוקק שינה את החוק ואמר ובלבד שעשה כן תוך שלושים יום.

עוסק בכך הסיפור על רבי ירמיה והניפול שנמצא תוך חמישים אמה. הוציאו את רב ירמיה על כך ששאל מה הדין בניפול הנמצא באמצע. רבי ירמיה מבטא התנגדות לשיטה הפורמלית-שרירותית. רב ירמיה שואל שאלות דומות שמבטאות את אותה התפיסה - ההלכה צריכה לבטא את המציאות ולא להיות שרירותית-פיקטיבית. אם השיעור לא משקף את המציאות הרי שזה פיקציה. (לקרוא מאמר של זילברג "קושיותיו של רב ירמיה" הוא מחלק בין חלק ממקרי רב ירמיה לחלק אחר. אטינגר מסופק אם זה צודק. לדעתו המכנה המשותף ברור לגמרי - ההתנגדות לשיטה הפורמלית)

**שיעור שמיני כג בכסלו**

המידות והשיעורים זה ביטוי אחד של הפורמליזם המשפטי. ישנה בעיה במידות ובשיעורים בכך שההגדרה אינה עניינית ובכך התוצאה לא בהכרח צודקת. חסרון בהגדרה הרחבה הוא בכך שתמיד תהיה אי הסכמה ותמיד יהיו תביעות משפטיות.

העובדה היא שאנחנו מוצאים בהלכה הבחנות פורמליות רבות.

בהקשר לפורמליזם הבאנו את דברי הרב סולובייצ'יק באיש ההלכה כשהוא מציג את הפורמליזם בהלכה כאידיאה - קובעת כללים מדוייקים שיש ליישמם במציאות "ההלכה שניתנה בסיני היא להפוך את הסובייקטיביות לחוקיות קבועה. הרצון העליון מתבטא בעולם הטבעי במדע ובמתמטיקה והוא הדין בחוקי התורה וההלכה שכולם בעלי אופי אובייקטיבי שכולם באים במידות קבועות.

יש עימות בהלכה בין שתי הגישות. ראינו ויכוח לעניין הרחקת השריפה ואת שאלותיו של רבי ירמיה - ברור שברוב המקרים בקושיותיו מבטא התנגדות לשיטה השרירותית, לקביעות שאינן ענייניות.

מקור אחר לכך נמצא בכתובות קד,א. גביית כתובת אלמנה מהיורשים - עד מתי יכולה אלמנה לגבות כתובתה מהיורשים או לקבל מזונות. הרציו עוסק במחילת הכתובה. חכמים אומרים שאחרי 25 שנה בבית אביה היא מוחלת כתובתה - חזקה. אביי שואל את רב יוסף "באה קודם שקיעת החמה - לא מחלה, אחרי השקיעה - מחלה. בזמן בין מנחה למעריב מחלה?" רב יוסף עונה לו כן - כך הן מידות חכמים והראיה מקווה של ארבעים סאה -ארבעים פחות קורטוב - לא עולה. הדוגמא של מקווה היא טובה כיוון שארבעים סאה היא מידה שמכסה אדם אולם היא מוחלטת ולא בודקים את המידה לפי האדם.

ובכן, מה ענה לו רב יוסף? רב יוסף עונה לו שלאחר קביעת המידה הרי שהיא הופכת למכשיר משפטי. ובמילים אחרות, המידה היא במקרים רבים פיקטיבית.

מקרה נוסף - חזקת הבתים כט,א. לאחר שלוש שנות חזקה לאדם יש ראיה לבעלות בקרקע. רבא אומר שהחזקה נקבעה בהתאם לכך שאנשים מתחילים להקפיד החל מהשנה השלישית. (תלת קפיד) הגמרא תמהה על כך ואומרת שישנם כאלה שמקפידים לאלתר כמו הני דבר באלישיב. רבא נותן הסבר אחר - אדם לא נזהר בשטרו שלוש שנים. ישנן שאלות רבות על כך בהתאם למה שלמדנו על מידות הגמרא והשיעורים. (לקרוא את חידושי הרשב"א על כך. ד"ה הני דבר בר אלישיב. לקרוא הערות במהדורת מוסד הרב קוק)

ראינו את העימות בין שתי הגישות.

רב אלחנן וסרמן דן במספר נושאים ב"קונטרס דברי סופרים". הוא אומר כל אומדנות שבגמרא לא בדו אותם חכמים מלבם הם הלכה למשה מסיני והם מידות מדויקות שמשקפות את המציאות. אלמנה מוחלת ודאי אחרי 25 שנה. את רבי ירמיה הוציאו מבית המדרש כי הניפול לא מדדה יותר מ50. (קשה המקרה של המקווה שמשמע ש40 סאה מספיקים לאדם בינוני ולא יספיקו לאדם גדול - הרי הקובץ שיעורים לא מסביר את הקביעות כאומדנא שהופכת לפיקציה).

נושא הפורמליזם מטריד את אטינגר מאוד. הפורמליזם הוא בעייתי. תלמידי חכמים ורבנים בדר"כ לא מבחינים בכך. יש שני תנאים להגדרת הפורמליזם:

א) המשפט מאורגן על פי כללים פנימיים שהשיטה בנויה עליהם והמערכת עובדת על פי ההגיון הפנימי שלה.

ב)ניתוק מהמימד הערכי. המערכת לא תלויה בתוצאות ובטיבם ומנותקת משאלות ערכיות. המערכת עובדת על פי ההגיון שלה.

דיון יפה בנושא אפשר לראות בספר של פרופ' מאוטנר מאוני' תל אביב "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי". הוא מראה תהליך של התפיסה הפורמליסטית של המשפט וחתירה למשפט שמחפש יותר את התוצאה הנכונה והצודקת. תיאור מעניין לתהליך הזה אפשר לראות גם בספר של פרלמן שמאריך בתפיסה הלא פורמליסטית שמתגבשת באירופה. החתירה היא לתוצאות יותר צודקות ופחות צמודות מהמתחייב פורמלית. דוגמה - בדיני חוזים התקבלה דוקטרינה של "תום לב". בעבר חוזה נערך על פי כללים והיום התפתחות המשפט בארץ מדגישה את מושג התום לב, בנוסף לפעילות על פי דין. אין משפט בלי פורמליזם ובמהותו עומדות הפורמולות. ניתוק מהפורמליזם אינו רצוי ואינו אפשרי. מדובר בשאלה של מידה.

המשפט העברי הוא פורמליסיטי ביותר ומביא לתוצאות שאינן צודקות. הדוגמה הקלאסית של הפורמליזם היא ה"גרמא בנזיקין פטור" כל פעולה שנעשית בעקיפין - המזיק פטור. ההלכה הרגישה בבעיתיות הזאת ואומרת "חייב בדיני שמיים". הרב שפירא אומר שיש לחייב בגרמא היום מתוקף "דינא דמלכותא דינא".

בהשבת אבידה המושג הקובע הוא יאוש. אם אדם לקח אבידה לפני יאוש הוא לעולם לא יוכל לזכות בה. היום האפשרות לתלות את השבת האבידה ביאוש אינה מעשית. המהר"ל הרגיש בקושי הזה ותמה איך יכול אדם לקחת את שאינו שלו בעקבות יאוש של אחר - דבר זה אינו לפי הדת הנימוסית.

בהלכה עצמה ניתן לראות עימות בין גישות פורמליסטיות לגישות לא פורמליסטיות. ישנה משנה בב"מ פ"ג מ"ב. "השוכר פרה מחברו והשאילה לאחר ומתה כדרכה. השואל חייב. ת"ק אומר שהשואל ישלם לשוכר ולא לבעלים (פורמליזם הלכתי קלאסי). רבי יוסי אומר "כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חברו?" אלא תחזור פרה לבעלים (גישה לא פורמלית). הראשונים מתלבטים במסקנת רבי יוסי כיוון שזה נוגד את הכללים הפורמליזם ועונים שהשוכר נחשב לשלוחו של הבעל בהשאלה.

בהסתכלות נכונה נראה סוגיות נוספות שיש בהן עימות.

הפורמליזם ההלכתי הוא בעיה במובן שהוא לא יכול להיות הלכה נוהגת היום.

אטינגר מחזיק מאמר של אחד מגדולי ההלכה וזה מפורסם בתחומין כרך יז לגבי השאלה "ראובן שאל מקדחה משמעון לעשות בה מלאכה ונשבר הכלי מחמת מלאכה. מה הדין אם שמעון בעל המקדח ביקש מראובן לבצע מלאכה עבורו" הרב עונה שהוא חייב כיוון שהוא לא בגדר שואל. לאטינגר מפריע שהרב לא נבהל מתוצאת התשובה שעלתה בנוסחה. צריך לתקן תקנות ולשנות דברים בהלכה בשביל לחתור לתוצאה צודקת. (כיוון שיש בעיה של סמכות ואי אפשר לתקן תקנה אז מחפשים דרכים לחייב גרמא מנזיקין בפילפולים מן הדין).

(לשיעור הבא יש לקרוא מאמר של פרופ' ידידה שטרן - נגישותה של ההלכה לסוגיות מדיניות)

- דברי תורה של חנוכה (לא למבחן)

**שיעור תשיעי ז בטבת**

מבחינת התכנים והנושאים יש להבחין בין 'משפטי ל'לא משפטי'. בקורס אנחנו לא נדבר על ה'מה' ועל התכנים אלא על ה'איך'. נדבר על דרך הפעולה של ההלכה. להלכה יש אופי של משפט ואת זה ניסינו להראות עד כאן. דברנו על הפרשנות שהוא המכשיר העיקרי של ההלכה. דברנו על שאלת האמת המשפטית. על שאלת הסמכות. על מושג הקבלה בהשוואה לדרכו של האר, על טעות, פשט ודרש, מחלוקת רמב"ם ורמב"ן על מחלוקת, טעם הדין-חיצוני ופנימי, האמת המשפטית מול האמת האוביקטיבית פיקציה והערמה, גישות לגבי הערמה ועל עוד הבטים של פקציה בהקשר לפיקציות של בית הדין - מידות ושיעורים.

במובן זה סיימנו את הנושאים העיקריים. הנושאים הבאים הם בבחינת השלמות ונספחים.

הדבר הראשון שנעסוק בו הוא "גבולות ההלכה" - מה כלול במושג הלכה ומה מחוצה לה. האם יש התנהגויות שהן לא בתחום ההלכה אלא מבחוץ. נושא זה נחלק לשנים:

1. ההבחנה בין הלכה למוסר.

2. שאלות מדיניות. האם יש דברים מסוימים כגון שאלות מדיניות ואישיות שהן לא בתחום ההלכה (לקרוא את המאמר של ידידיה שטרן - נגישותה של ההלכה לשלאות מדיניות).

תחום היחסים בין הלכה למוסר. בתחום זה המבוכה רבה. האם ישנה הבחנה בין מוסרי למשפטי? במה הכרה זו באה לידי ביטוי? נגע בנושא זה על קצה המזלג.

בשנים האחרונות יש יצוג רב והשוואה בין משפט למתודות אחרות - משפט והסטוריה, משפט וספרות ועוד. היחסים בין משפט למוסר משמעותיים יותר. אנחנו עוסקים בשתי מערכות נורמטיביות. כל אדם נמצא בשני מעגלים - במעגל המשפטי ובמעגל אחר של מערכת של מוסר. ובכן, מה ההבדל והיחס בין שניהם. זו שאלה קשה בפילוסופיה ובתורת המשפט.

אחת התשובות המקובלות והאהובות אומרת שאין הבדל. ההבדל הוא באופי הסנקציה. המשפט נאכף בסנקציה מסודרת על ידי גופים מוסמכים לכך והמוסר אינו נאכף. זה אינו מדויק כיוון שלמוסר יש דרך אחרת לאכוף עצמו גם מבחינה חברתית - לא נותנים לעבור לפני התיבה או גינויים לא רשמיים בצורה לא ממוסדת.

אטינגר אומר שזה לא נכון לומר שאין הבדל בתכנים כלל אחרת ההבחנה הסנסציונית אינה משמעותית. מבחינת התוכן אפשר לומר שנורמה מוסרית היא בעלת מאפיינים מסוימים: אנחנו יכולים להבחין בנורמות אינדיפרנטית (ללא קשר למוסר) ואנחנו יכולים גם להבחין בנורמות מוסריות אף ללא קשר לאכיפה.

בתורת המוסר יש הבחנות רבות אולם לענינינו חשובה ההבחנה החשובה ביותר היא ההבחנה בין מוסר אישי למוסר חברתי. מוסר חברתי עליו אנחנו בדר"כ מדברים בהקשר למוסר ומשפט. מדובר בנורמות מוסריות מקובלות בחברה אולם המוסר מכיר גם במוסר אישי. נורמות השייכות ליחידים. ברור שחלק גדול מהנורמות המוסריות של החברה נמצא היום במשפט במובן שהוא מכיל סנקציות. יחד עם זאת, שהוא הפך לחלק מן המשפט, הוא לא איבד מתוקפו המוסרי. התמונה העכשוית של היחסים בין משפט למוסר היא שמדובר במעגלים חופפים בחלקם. בנוסף ברור שמהלך התפשטות המשפט היא לקחת יותר נורמות מוסריות ולהפוך אותן למשפטות. המשפט אוהב להתלבש על המוסר ולאמץ אותו - חוק לשון הרע. בארץ היה ויכוח גדול לגבי הנורמה של "לא תעמוד על דם רעך". החובה לא הייתה בחוק הפלילי עד לפני 10 שנים. ישנם שטענו שישנה פגיעה בנורמה המוסרית כאשר מלבישים אותה בלבוש משפטי. בהלכה אין סנקציה על לא תעמוד על דם רעך כיוון שהיא לאו שאין בו מעשה. בהלכה הסנקציה אינה הכרחית לעצם חיוב התוקף.

באנגליה ובארה"ב התקיים ויכוח מעניין אודות שאלת התהוות המשפט בתחום המוסרי - האם באמת ההתרחבות היא חסרת גבול באופן עקרוני - אין גבול למשפט. הויכוח היה אודות השאלה האם לאסור את הזנות בחוק. נקודות המוצא לעניין הזנות היתה זהה - הזנות אינה מוסרית. המתנגדים טענו לעקרון החופש. הזנות מתרחשת בין שני אנשים חופשיים וגדולים ואנחנו לא רשאים לאסור דברים שאין בהם פגיעה באנשים אחרים מטעמים מוסריים.

יד המתנגדים גברה והאיסור לא נקבע בחוק הפלילי. לורד דבלין עמד בראש המעוניינים לחוקק. הוא טען שמדובר בתשתית החברה. נגדו עמד הארט שכתב מאמרים יפים נגד התערבות המשפט בפעולות מהסוג הזה. מאמרו של הארט יצא בעברית "חוק חרות ומוסר".

ההבחנה - יש דברים אינדפרנטים שהמשפט לא מתערב בהם ויש דברים חופפים

יש גם יחסים אחרים. יש מקומות בחוק הישראלי שמפנים אל המוסר -תום לב ותקנת הציבור, שיקולים של צדק, חוזה בלתי מוסרי.

יש מצבים של התנגשות בין משפט למוסר. לא תנאף, למשל, זו עבירה מוסרית חמורה אולם בחוק אין עבירה כזאת והעניין מותר - זו לא התנגשות בין מוסר למשפט. יש פה אולי התנגשות בתפיסה אך אין התנגשות מעשית.

על פי רב ההתנגשות תארע במוסר האישי ולא החברתי. חוק כנגד המוסר הכללי לא יחזיק מעמד זמן רב.

דוגמאות: גיוס נשים, סרבני מצפון וכדומה. דוגמה נוספת: רמת מס גבוהה בצורה לא מוסרית שנוגדת את התפיסה החברתית.

אחד התחומים שבו הקשר בין משפט למוסר הוא החזק ביותר הוא הפרשנות המשפטית. ברור לגמרי שהפרשנות המשפטית מושפעת מהפרשנות המוסרית של החברה. בהקשר לדיון בפורמליזם - משפט מודרני שואף לתוצאה צודקת ונכונה מוסרית שלא תפגע באנשים. תופעה זו קיימת גם בהלכה. כבר בפרשנות חז"ל אנחנו מוצאים דוגמאות לפרשנות מוסרית.

משה הלברטל כתב אודות זה ספר "מהפכות פרשניות בהתהוותן" ומביא דוגמא ממספר סוגיות: סוגית בן סורר ומורה בה חז"ל אומרים שלא מדובר בהלכה למעשה. הגמרא אומרת את השיקול במפורש "וכי בגלל ששתה יין יוצא להורג? אלא מכאן שבן סורר לא היה ולא עתיד להיות. דרוש וקבל שכר". היו חכמים שהגיעו למסקנה זו בדרך הפרשנות שדרשו שיהיו ההורים שווים בקומה ובמראה. אפילו הגמרא אומרת שמדובר בדעות שוות.

הודגמה הכי חשובה היא ביטול עונש מוות בהלכה. לא מפני שבטלה הסנהדרין אלא מפני שההלכה לא מאפשרת את זה ע"י התנאים הרבים לכך.

דוגמה נוספת על רגל אחת: יש סוגיה בגמרא בסוף כתובות על פורע חובו של חברו, סוגיה של עשיית עושר ולא במשפט. הלכה היא שלא זכאי להשבה. דבר זה מנוגד לרציונל ולהגיון של עשית עושר. בסוגיה אחרת, למשל, היורד לשדה חבירו - הנוטע זכאי לחלק מהרווחים. ישנן דעות מיעוט ובראשם רבינו תם שאומר "זכאי להשבה". רבינו תם עושה מהפך פרשני ממניע מוסרי כיון שהתוצאה אינה צודקת. ולכן בארבע עיניים אטינגר אומר שפרשנות יצרתית נולדה אצל הרמב"ם ולא אצל ברק.

קשר בין משפט ומוסר בא לידי ביטוי במשפט הטבע. אחת התאוריות הידועות היא השיטה של המשפט הטבעי. זו שיטה עתיקת יומין שנולדה באצל היוונים. משפט הטבע אומר שישנן נורמות הכרחיות בטבע האנושות והאדם מחויב בהן מעצם הטבע. המשמעות היא ששום משפט לא יכול לעמוד בניגוד למשפט הטבע שנוגד את הנורמות המוסריות הבסיסיות. הרעיון הזה זכה להתנגדות חריפה בתפיסות הפוזיטיביסטיות שמתחילתן באו לעולם כהתנגדות לתפיסה הזו. לדידן. המשפט המחייב רק מה שיש במשפט הפורמלי ואין דבר כזה משפט הטבע. הגישה הזו משותפת לכל הפוזיט'.

אנחנו מוצאים את משפט הטבע אצל הנון פוזיטי' כדבורקין שנורמות לא פורמליות ולא חקוקות מחייבות.

בהלכה השאלה היא בהקשר אחר. "האם לפי תפיסת ההלכה יש דבר מחייב מחוץ להלכה?" האם יש מוסר טבעי שלא במסגרת ההלכה. בהנחה שהמשפט לא אוסרת דבר האם אני מחויב על סמך מקור אחר?

(שיעור שני)

אטינגר אומר שתשובה לכך מחפשים בספר בראשית, במצב שעוד לא היה מצב מחייב. אטינגר הולך בעקבות דברי הרב ליכטנשטיין שמחלק את השאלה לשתי תקופות: עד מתן תורה ולאחר מתן תורה. קין נשאל "איה דמי אחיך". כלומר, היה איסור על רצח. ובנוסף, אברהם אבינו טוען טיעון מוסרי כנגד הריגת סדום. בהנחה שאין ציווי אלוקי הרי שהמוסר הוא דבר מחייב (שאלה במקום - שבע מצוות בני נח).

רס"ג אומר שיש מצוות שכליות שאדם מתחייב בהן גם ללא ציווי. הרמב"ן בספר בראשית בפרשת המבול, אולי בעקבות רס"ג, שנענשו הדור על המבול כי היא מצווה מושכלת ואין צריך נביא להזהיר עליה. לאור זה אפשר להבין את תפיסת התורה שהמוסר מחייב מכח עצמו ללא הציווי האלוקי. בניסוח של קאנט - "המוסר הוא אוטונומי". והנה הרמב"ן ורס"ג אומרים את אותו הדבר. אטינגר חושב שמדובר בפרשנות לא נכונה לרס"ג ולרמב"ן וכן הציטוט המפורסם של רב נסים גאון.

הפירוש הנכוון לדבריהם הוא שהמוסר הוא פונקציה של הציווי האנושי. לא תרצח ולא תגזול מחייבים בגלל הציווי האלוקי אולם רס"ג ורמב"ן אומרים שהציווי ניתן באמצעות התודעה האנושית מאת האל. כך צריך להבין את ביטויו באמונות ודעות ואין צורך לנביא להזהיר עליהן. לפי שיטה זו לא צריך ציווי מפורש והקב"ה דן כאילו נאמר ציווי מפורש. המוסר הוא הטרונומי ולא אוטונומי.

הרעיון של שבע מצוות בני נח אומרות תפיסה אחרת. חז"ל אכן התלבטו איך דנים את דור המבול מבלעדי ציווי ועונים שהיתה התגלות לאדם הראשון שצווה אל שבע המצוות. תשובת חז"ל שונה מרס"ג והרמב"ן ולא הסתפקו בתשובתם. הרמב"ן אומר זאת מפורשות בדרשה שנקראת 'תורת ה' תמימה'. "על דעת רבותינו כבר היו מצווים באלו ובשאר שבע המצוות מאדם הראשון בדרשה עמומה ועל דרך הפשט אלו מצוות שכליות הן וכל נברא המכיר את בוראו צריך להיזהר בהן".

מעניינית היא דעתו של הרמב"ם בנושא הזה. הרמב"ם לא מסכים עם הרמב"ן ורס"ג כיוון שלפי הרמב"ם כמעט כל המצוות אינן שכליות. הרמב"ם מבדיל בין שכליות לבין מפורסמות. כל הציוויים המוסרים הם במפורסמות. הרמב"ם אומר זאת כבר במילות ההגיון ובמורה נבוכים בפרק ב'. הרמב"ם במורה מתמודד עם השאלה שלכאורה האדם הועלה בדרגה לאחר חטא עץ הדעת להיות יודע טוב ורע - איך זה יכול להיות?. הרמב"ם מבדיל שם בין אמת ושקר - שאלו המצוות השכליות ויש את המפורסמות - מוסכמות מוסר. אדם הראשון חי רק במושגי אמת ושקר ומושגי טוב ורע לא היו במושגיו. אטינגר מסביר שכמובן מדובר בנגד פשט הכתובים. לפי הרמב"ם רק שני ציווים הם במצוות השכליות - אנכי ולא יהיה לך כיוון שאפשר להוכיח אותם בהוכחות מדעיות. לכן הרמב"ם לא מסכים עם תפיסת הרמב"ן ולכן הרמב"ם הולך בעקבות חז"ל ומדבר בהלכות מלכים אודות שבע מצוות בני נח - ללא ציווי אי אפשר לדון אודות מפורסמות.

18:32 נגמרה לי בטריה

**שיעור עשירי י"ג בטבת**

אנחנו מדברים על גבולות ההלכה. נושא ראשון - הלכה ומוסר. הזיקה בין ההלכה למוסר ושאלת הגבולות משמעותית הרבה יותר בהלכה. בפעם שעברה למדנו מבוא והקדמה לענין הזה. האם יש משהו מחייב מחוץ להלכה או רק מה שבהלכה מחייב. השאלה הזו נכונה למצב שנוצר לאחר מתן תורה. לפני מתן תורה השאלה הייתה האם המוסר מחייב גם ללא ציווי אלוקי. במבט ראשון התשובה היא חיובית אבל זה לא מדויק לפי התפיסה המקובלת.

רב סעדיה גאון והרמב"ם תופסים את הצו המוסרי עצמו כציווי אלוקי. גם הצו המוסרי שהיה מחייב לפני מתן תורה הוא פונקציה של הציווי האלוקי ורק עליו האדם נידון אלא שהוא לא חייב להיות מפורש אלא מועבר דרך התפיסה האנושית - רמב"ן בעקבות רס"ג.

לאחר מתן תורה השאלה היא 'האם יש ציווי מחוץ להלכה'?

זו שאלה קשה יותר ואינה חד משמעית. לגבי זה קיימת מבוכה רבה ואי בהירות. לפי פשוטם של דברי חז"ל נראה שיש מוסר מחוץ להלכה - "לפנים משורת הדין" בניגוד לדין תורה. מה שאומר שיש משהו שאינו חלק מן הדין. בסוף השיעור הקודם אמר אטינגר שמושג המפתח הוא אכן משמעות המושג "לפנים משורת הדין".

גם בהקשר לזה אין תשובה חד משמעית כיוון שאין לכך הגדרה מפורשת במקורות. בגמרא אין מושגים מופשטים והגדרות כלליות אלא מקרים (case) ועלינו מוטלת החובה לתת פרשנות לזה.(הם עסקו בכך? שאלה לאטינגר). המושג הזה הוא מושג שמופיע בתלמוד בהקשר למעשי חכמים שהם "לפנים וכו'".

דוגמה: המקרה המרכזי הוא בהקשר לסיפור בהשבת אבידה שהמוצא חייב להחזיר גם אחר יאוש. האמורא שמואל הסביר את דבריו לגבי הסתירה בין שייך למוצא לבין חייב להחזיר לפנים משורת הדין. וכן אביו של שמואל מצא חמורים במדבר והחזירם לפנים משורת הדין.

אטינגר סובר שזה המקרה העיקרי. בכל המקרים האחרים בגמרא לא מדובר בדברי האמורא אלא ביישוב של הגמרא למעשי אמורא.

מקרה נוסף: פריקה וטעינה. רבי יוסי פטור מהשבת אבידה ומפריקה ומטעינה. הגמרא מסבירה שלפנים משורת הדין הוא דיעבד. זו פרשנות של הסוגיה.

משמע שיש חובה מוסרית שלא מן הדין.

התוספות מנסים לתת הגדרה כללית ל"לפנים משורת הדין" - במקום שאחרים חייבים והוא פטור. התוספות דוחים את זה. ניסיון כזה קיים בין החוקרים שלפנים משורת הדין הוא פטור חריג לעומת הכלל שמחייב. לא לנצל את הפטור מכל סוג שהוא. כך אומר זילברג וחוקרים אחרים.

איך אנחנו יכולים לעמוד על ההגדרה?

(חסר משהו)

יש כמה וכמה מקרים שמסופר על הנהגות מאותו הסוג שדברנו והגמרא קוראת לזה "מידת חסידות". הפרשנים מתלבטים ביחס בין מידת חסידות ללפנים משורת הדין.

דוגמאות: חולין קל. בעל הבית שהיה עובר ממקום למקום וכספו תם. יכול ליטול מתנות עניים. רבי אליעזר: לכשיחזור ישלם. רב חסדא - זו מידת חסידות.

למה לא אומרים לפנים משורת הדין ישלם. כיון שזה ממון שאין לו תובעים.

דוגמה שניה: עד מתי מותר להחזיר מטבע פגומה? ב"מ - עד מתי מותר להחזיר. בכרכים עד שיראה לשולחני בכפרים עד ערבי שבתות. אם היה הנותן מכיר את המטבע - אפילו לאחר שנה מקבלה ממנו ואין לו עליו אלא תרעומת. שואלת הגמרא אודות הסתירה ורב חסדא אומר שמידת חסידות שנו כאן. למה משתמשים בטרמינולוגיה של מידת חסידות?

תשובה: לאחר 12 חודש המחזיר הוא המזיק והרשלן ואין הצדקה ותוקף לתביעה.

אטינגר אומר שלפנים משורת הדין יש שני מרכיבים:

א. יריבות. תובע ונתבע. מצב שהוא כעין דין. התקיימות של עימות.

ב. יש הצדקה מוסרית וסבירות לתביעה.

כאשר אלו מתקיימים יש חובה מוסרית - למ"ה. כאשר חסר אחד מאלו אין למ"ה אלא מידת חסידות בעלמא.

למ"ה היא נורמה הקרובה לדין יותר מאשר מידת חסידות שפחות מחייבת. ישנם ראשונים שאומרים שמידת חסידות לא מתאימה לכל אדם.

יש מקרה בגמרא שמדבר על לפנים משורת הדין. בב"ק צט: מביאה את סיפורו של רב חייא ומקשה סתירה בין שני מקורות משנאים. רב פפא מנסה ליישב שם ואומר "כי תנא אומן פטור (על חוו"ד) כגון שלא צריכי למיגמר כלל (אם הוא מומחה ממדרגה ראשונה הוא פטור)". הגמרא מקשה אם כן, איך הוא טעה. הגמרא משיבה שבאותו זמן התחולל השינוי. קיצר לא הייתה רשלנות. רבי חייא היה שולחני שהמליץ על מטבע שאמרו לה "בישא הוא" אמר רבי חייא לעוזרו לשלם לה את המטבע ולרשום את זה בהפסד. הגמרא מקשה שהרי רב חייא היה מומחה גדול ואמור להיות פטור. הגמרא עונה פה שמדובר בלפנים משורת הדין.

מעניין שהרמב"ם מזכיר את ההלכות האלו בצירוף האמירה למ"ה ואילו כאן הביא את הסיפור ופסק משלם ללא הזכרת למ"ה. התשובה היא שהרמב"ם הביא את הסוגיה בשינוי ולא על פי סוגיתנו. "וכן המראה דינר לשולחני ואמר לו יפה הוא ונמצא רע אם בשכר ראהו חייב לשלם אע"פ שהוא בקיא ואם בחינם פטור והוא שיהיה בקיא שאינו צריך להתלמד".

לפי הרמב"ם פטור בשני תנאים: כשזה היה בחינם וכשהוא בקיא. מדוע הוא לא מזכיר את למ"ה. התשובה היא שלפי הרמב"ם אין הצדקה לכך כיוון שזה היה בחינם - נעשתה פה טובה למראה המטבע ולכן אין הצדקה למ"ה.

דבר נוסף ברמב"ם. יש מן החוקרים שטוענים שהרמב"ם לא הבחין בין מידת חסידות ללמ"ה והם מביאים ראיות לשיטתם. הרמב"ם מזכיר את למ"ה ומידת חסידות בהלכותיו. אבל בהלכות דעות הוא משתמש בשני המונחים בנושא "דרך האמצע". לפי הרמב"ם שני הקצוות הם דרך שלילית. בשמונה הפרקים הרמב"ם מדבר של סטייה מדרך האמצע לכיון מסויים והרמב"ם מדגיש את הסטיה הזו כאמצעי ריפוי להגיע לאמצע מהקצה. בהלכות דעות הרמב"ן מדבר על סטיה מהאמצע לכתחילה.

הלכה ה'. מי שמדקדק על עצמו ביותר ויתרחק מדעה בינונית מעט נקרא חסיד.

כלומר, לא רק בדרך של ריפוי משמע שמי שהוא חסיד לכתחילה הוא סוטה מדרך האמצע. ההטיה הקטנה היא למ"ה.

מההלכה הזו יוצא מהרמב"ם שמידת חסידות היא ליטות עד הקצה האחרון. ולמ"ה היא ליטות סטייה מסויימת ולא גמורה. מה שהטעה את החוקרים זו ההלכה הזו והן הלכות אחרות. הן מי שנוטה הרבה והן מי שנוטה קצת הוא חסיד אלא שיש הבדל בשם הפעולה.

מקור משמעותי ומרכזי נוסף שהתלבטו בעניניו הוא "הנו שקולאי (סוף פ"ו ב"מ)" רבא מחייב את רבה בר חנה לשלם שכר ולהחזיר את הגלימות של העובדים ששברו ברשלנות את חביתו מטעם "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור". ההוראה הזו היא ודאי לא דין. רש"י אומר שהחיוב הוא למ"ה. התוספות אומרים שהחיוב לא יכול להיות למ"ה (במקום אחר) כיוון שאין להם צידוק לתביעה, הם גרמו לרבה בר חנה נזק ברשלנות ולכן אמור להיות לו תביעה כלפיהם ולא ההפך. ולכן כנראה החיוב ממוקם במקום שבין למ"ה למידת חסידות.

פה קורה דבר לא יאמן - הפוך על הפוך. חלק מהראשונים כמו חלק מהחוקרים הבינו שמדובר הכא בחיוב בכפיה ולא בחיוב מוסרי מרצון. לפי פירושם מדובר כאן בפסיקת דין בכפיה. איך יכול להיות דבר כזה - דבר שהוא אפילו לא למ"ה ואפשר לכפות עליו?

באמת זו מחלוקת בין הראשונים. חכמי ספרד לא ייחסו לזה כפיה. המרדכי והב"ח אמרו שכופים במקרים כאלו. הראשונים אומרים שכאן הצדק לא מכח צדק אלא מהפער שבין הצדדים - הצדק הסובייקטיבי. ועל זה אומרים הראשונים שאם יש צד עשיר והשני עני אפשר להפוך את מידת החסידות לכפיה (מרדכי ואחרים וב"ח). השו"ע אומר שלא והרמ"א מזכיר את שתי הדעות.

האם אבדה גדר ההפרדה בין דין לשורת הדין? התשובה היא שהעניין נתון לשיקול דעתו של השופט ולנסיבות.

לפי פרשנות זאת המקור לכפיה על מידת חסידות הוא "ועשית הישר והטוב" - בית הדין יכול להפוך את ועשית הישר והטוב לנורמה משפטית. הנורמה הזו אינה משפטית בדר"כ כי היא כללית. בכוחו של הדיין לכפות על מידות חסידות דרך ועשית הישר והטוב שהוא מקור סמכותם. (הרא"ש ואחרים אומרים שאי אפשר לכפות, כאמור)

הרמב"ן אומר שכל אדם מצווה ב"ועשית הישר והטוב" וכאן יש הבנה אחרת - לבית הדין יש כח.

זו תפיסה לא פוזיטיביסטית של המשפט. גם נורמה כללית היא נורמה גם ללא ניסוח פורמלי חתוך ומדויק. הרבה פעמים ההלכה נתקפת על הפורמליזם והפוזיטיביזם שבה וכאן זו אפשרות להפוך מידות חסידות לנורמות מחייבות.

הרי זה נוגד איסור מפורש מהתורה "ודל לא תהדר בריבו". פורמלית יש עבודות שלמות על זה: הפסק אינו קובע שהעשיר חייב אלא מחייבו ממקום אחר - "אורחות צדיקים תשמור".

יש כאן התפתחות. פורמלית יש הבדל אולם מהותית יש כאן סטיה מהתפיסה של דל לא תהדר בריבו שהפוסקים מוכנים לסטות ממנו בנסיבות מיוחדות.

דוגמה נוספת נתן אלון: בפס"ד כיתן נ' וייס מדגים אלון את העיקרון: כיתן לא ביררו על השומר. השומר לקח את נשקו ורצח את וייס. בית המשפט פטר את המפעל. אלון אמר שבמקרה הזה בית הדין הרבני היה מחייב משום ועשית הישר והטוב משום שהצדדים לא שווים ואילו כאן נותרה המשפחה בחוסר כל. אלון המליץ למפעל לשלם ושמגר אפילו לא יכל להמליץ.

דוגמה נוספת: כשהמפעל נסגר התברר שלא היה מספיק כסף לפיצויי פיטורים. בעלי המניות היו אייזנברג ובנק לאומי. על פי החוק המפעל הוא אישיות משפטית . בית דין רבני היה מחייב את אייזנברג ואת בנק לאומי לשלם.

**שיעור אחד עשר כ"א בטבת**

בהקשר לשיעור הקודם. אצל הרב הרצוג נמצאה דוגמה יפה לענין של השימוש בועשית הישר והטוב. באוסף פסקי דין של הרבנות בתש"י שהוציא זרח ורהפטיג מופיע פס"ד של הרב הרצוג. הרב הרצוג אומר לקבלן לשלם מדין ועשית הישר והטוב בשל תוצאה לא צודקת שתצא על פי הדין.

יש הבדל בין הלכה למוסר ובמקרים מסוימים בית הדין יכול לאכוף את המוסר. מצבים רבים דורשים את ההבחנה שלצערנו היא לא מספיק ברורה. עסקנו בהיתר עסקה ודברנו על הגדרים לגבי ההערמה על הרבית. בשעתו ב'הצופה' היה פולמוס לגבי ההיתר בימינו. בין השאר, אחד הכותבים סיפר מעשה שהיה בארה"ב שאחד תבע את חברו על ריבית מופקעת על החוק. הנתבע טען 'הרי עשינו היתר עסקה ואין זה ריבית'. מבחינה תורנית החוזה הזה אכן תקין מבחינת הריבית אבל עולה הטענה המוסרית כנגד זה - 'נבל ברשות התורה'. זו הבעיה של הציבור הדתי - אם זה מותר מבחינה משפטית, אז מה הבעיה? פה רואים שהחיוב המשפטי לחוד והחיוב המוסרי לחוד שגם הוא מחייב מבחינה מוסרית.

בהלכה יש דינים לגבי מלמד. מותר לפטר מלמד ותיק לטובת מישהו אחר. האם הדין ממצה את כל השאלה או שיש היבט מוסרי? ד"ר ורהפטיג אמר שהוא חושב שכנגד זה תהיה מחלוקת בין הר' קוק לחזון איש באמונה ובטחון. החזון איש טוען שההיבט המוסרי נלקח בשיקול ההלכתי.

דיני יושר

מתוך כך שהדין חל על כולם והוא כללי אז הדין מתחשב ולוקח בחשבון את הנורמה המשותפת לרובם. מה יהיה עם המיעוט או עם המקרה החריג שישום הדין הכללי לא מתאים לו?

זו בעיית היושר. בעיית כלליות הדין. באתיקה הניקומכית של אריסטו יש פרק שמוקדש לכך. אריסטו אומר שצריך להתחשב בחריג אחרת יגרם עוול ועיוות. הרמב"ם במורה נבוכים עוסק בזה גם כן.

פרופ' אליעזר שמשון רוזנטל פרסם מאמר לגבי זה בשם 'על דרך הרוב'. במאמרו הוא סוקר את אריסטו והרמב"ם.

הרמב"ם אומר שהתורה ניתנה לפי הרוב ולא תביט אל הדבר הזר ומציג גישה הפוכה מאריסטו. מטרת התורה לא מושגת בכל המקרים כיון שהיא הולכת לפי רוב. התורה לא יכולה להיות כמו רפואה שלכל אחד יש מרשם אחר אחרת התורה הייתה מתרסקת.

נכתבו מאמרים רבים בנושא זה בספר שנקרא 'דין ויושר בתורת המשפט של הרמב"ם' בהוצאת המכון למשפט עברי בירושלים.

גם אטינגר זכה לתרום לדיון הזה והוא ישמיע את זה בפנינו.

פרופ' חנינה בן מנחם אומר שהרמב"ם מדבר על החוק אבל לא על השופט שיכול לשנות את הדין לטובת החריגים.

אטינגר אומר שהטיעון לא נכון כי אם זה כך הפרק חסר משמעות ויוצא שהתורה היא בדמות הרפואה, אם אכן יש כח ביד כל אחד לעצב את הדין. האמת היא שכל החוקרים פספסו הבחנה מהותית. הרמב"ם עצמו עושה הבחנה בשני מינים של יושר. יש את המקרה החריג ויש את האדם החריג.

המקרה החריג הוא בצירוף מקרים שלא נלקח בחשבון על ידי הדין. האדם החריג הוא אדם שטוען שהוא שונה והתורה אינה מתאימה עבורו. את הרמב"ם מטריד האדם החריג ועל זה הוא אומר שהתורה לא מתאימה ליחידים מצד היותם שונים והתורה לא מתחשבת בהם. הנפקות היא כזו: כשמדובר על מקרה חריג שנולד מצירוף מקרים יש פיתרון בשם פרשנות. לגבי האדם החריג אין פתרון.

דוגמה: רוזנטל הפנה במאמרו לאחת מתשובות הרמב"ם. הרמב"ם מעלה את השאלה הזו בהקשר הלכתי כללי לגבי שמיעת זמר ונגינה. הרמב"ם אומר שאסור לשמוע שירי זמר בשל ההשפעה הרעה על הנפש. הרמב"ם לא מדבר על שירי קודש. יחיד מכיר בכך שיש יחידים שהזמר מביא אותם להתפעלות הנפש אלא שאומר שהתורה ניתנה על פי הרוב ואין להשגיח ביחיד.

דוד פטר הקשה על הרמב"ם את הגמרא מסוף קידושין שמספרת על אמוראים שהרכיבו נשים על כתפיהם. אטינגר אומר שאכן מדובר בשיטה אחרת.

בעל עקדת יצחק מזכיר את רמב"ם ואריסטו ותומך באריסטו. בעל עקידת יצחק לא עמד על הבנתו של אטינגר ולכן דחה את הרמב"ם. בעל עקידת יצחק מפנה אותנו לשני מקומות לפיתרון של בעית החריג.

מקור אחד הוא המוסד של הוראת שעה. בית דין מוסמך לשנות את הדין ועל פיה ניתן לפתור את בעיית החריג.

אם בוחנים את מושג הוראת השעה לפיו הרי שאין לזה שייכות לכאן. הוראת שעה לפי הרמב"ם מופיעה בג' מקומות.

בהלכות ממרים פ"ב: אפילו דברי תורה ניתן לעקור בהוראת שעה ואין קובעים הדבר לדורות. כשם שרופא חותך שיחיה הגוף כך בית דין מורים לעבור על מצוות. לפי הרמב"ם הוראת שעה ניתנת על מנת להחזיר רבים מישראל לדת או מלהכשל בדברים אסורים. א)מדובר במצב כללי ולא באדם חריג. ב)הוראת השעה מוגבלת למטרה הזו - הצלת הרבים.

במו"נ או בהקדמה למשנה הוא מסביר את הוראת השעה בהקשר רחב אבל עדיין כבעיה כללית ולא כשינוי עבור מקרה חריג. הוראת שעה מתמודדת עם בעיית נצחיות התורה והרצון לקיימה לדורות.

נקודה שניה בהסתכלות הרמב"ם. אמרנו שיש להבחין בין מקרה חריג לאדם חריג בהיבט הפרשנות. בעל עקידת יצחק מפנה לסיפור של מרי בר איסק בב"מ לט:. מרי ירש ירושה ובא אדם מבי חוזא וטען לירושה. רב חסדא פנה לטוען ואמר לו להביא עדים. הטוען אמר שהעדים מפחדים ממרי בר איסק. רב חסדא פנה למרי והפך את נטל ההוכחה עליו - תביא עדים שהוא לא אחיך. מרי אמר "דינא הכי?! המוציא מחבירו עליו הראיה" מכאן מראה בעל העקידת יצחק את שינוי הדין ביחס לחריג.

הרמב"ם הכיר והזכיר את הסיפור הזה. בהלכות עדות ס"פ ג': מי שיש לו עדים צריך להביאם לבית הדין. אם ידעו בית דין שבעל הדין אלים - כופים את בעל הדין להביא את העדים. הרמב"ם הבין את הסיפור כחלק מהדין וכהלכה ולא כשינוי הדין. נשלים את זה בשבוע הבא.

הרשב"א מזכיר את הנושא הזה בעקבות הרמב"ם.בחזקת הבתים.

**שיעור שנים עשר כ"ח בטבת**

יכול להיות שאין מחלוקת בין הרמב"ם לאריסטו. הרמב"ם מבחין בין המקרה החריג לאדם החריג.

דבר יפה של הרב באגרות ח"א פ"ט בקשר לשאלה זו. איגרת לד"ר זיידל ביחס ההלכה לנכרי. הרב מתייחס לשאלת תלמוד תורה. הרב אומר שצריך ללמד תורה רק למי שראוי. "דע יקירי שאין לך דבר יותר פוגע בשלמות החברה האנושית כהשפעת עניינים נעלים בהמון שאין ראוי לקבלם. והם למימינים סמא דחיי ופושעים יכשלו בם. ואם ימצא יוצא מן הכלל שפעלה התורה עליו להיטיב - אין למדים מן הכללות וכל ההלכות הקבועות נאמרו על הרוב והנהוג אבל הרשות ניתנה לחכמים להורות היתר להוראת שעה ומכול שכן כשיש בזה קידוש ה' ומיגדר מילתא ויתר הגדרים". הרב ראה את דברי הרמב"ם מול עיניו "הרוב והנהוג" ולמרות זאת קיבל את עמדת בעל עקדת יצחק שהוראת שעה יכולה לפתור גם מקרים של האדם החריג.

שתי הערות נוספות: איך הרמב"ם מסתדר עם לפנים משורת הדין? אין שום סתירה בכך - לפנים משורת הדין מכוון לכלל אדם מאיתנו. הדיין לא יכול לשנות את הדין ולאכוף את זה. הרמב"ם לא יסכים כמרדכי וכב"ח שאפשר לאכוף על סמך זה.

המושג של לפנים משורת הדין חשוב להבנת היחס בין ההלכה לבין המוסר. עד כאן לענין הזה.

נושא חדש - דברנו על גבולות ההלכה.

היבט 1) הלכה מול מוסר - על זה דברנו. 2) האם יש תחומים מסוימים שאינם בתחום ההלכה לא במובן מוסרי אלא במובנים אחרים אותם נסביר.

ובכן, אנחנו מתכוונים בזאת לשאלות משני סוגים: אישיים ומדיניים.

האם הם נמצאים בתחום ההלכה או שלא בתחום ההלכה.

הפנונו למאמר של ידידיה. הוא טועה (לא לציטוט). חשיבות המאמר היא בזה שהוא עושה היקש נכון. החידוש במאמר הוא בכך שהוא עושה הקשר נכון בין השאלה הזו לשאלת השפיטות במשפט הכללי. זהו היקש חשוב ונכון - זו אותה שאלה בדיוק - גבולות המשפט. יש תרומה משמעותית לניתוח המשפטי הכללי לטובת ההלכה, שאפשר להשתמש וצריך להשתמש בה. מדובר בהבחנה של אהרון ברק.

השאלה הזו מטרידה בעקבות הסמכויות של בגץ לדון בכל עניין שהוא רואה לנכון והשאלה הזו היא קריטית לגביו.

כל דיון בשאלה זו מוכרח לקחת בחשבון את הבחנתו של ברק. רוב הדיונים בנושא זה אינם לעניין בגלל שלא קבלו את הבחנת ברק. ברק עושה הבחנה בין שאלת השפיטות המוסדית לשאלת השפיטות הנורמטיבית/מהותית.

השפיטות המוסדית היא שגם אם הנושא הוא שפיט באופן עקרוני - למשפט יש יכולת נורמטיבית להתערב בזה באמצעות כלים משפטיים, אולם יתכן שמבחינה מוסדית - לא ראוי ולא רצוי - שבית המשפט יתערב בזה, מבחינה מעשית ועניינית. אולי רצוי יותר שגופים אחרים יעסקו באותו העניין.

כאשר מדובר בשפיטות המוסדית, פירוש הדבר שבית המשפט יאמר שהוא אינו רוצה להתערב והוא משאיר את העניין לקציני צבא או לאנשי משרד החוץ. אם תעלה שאלה של יחסים דיפלומטים עם מדינה מסוימת, למשל, לא יתערב בית המשפט. לפי ברק הכל שפיט במובן הנורמטיבי, בתשובה לשאלת השפיטות הנורמטיבית. כל הנהגה פרטית או ציבורית היא שפיטה באופן עקרוני. בית המשפט לא מתערב בגלל השיקול המוסדי.

אלון יצא נגד אמירתו של ברק "עולמו של המשפט מצומצם לפעולות בעלות משמעות משפטיות. המשפט מתיר לאכול, לרקוד? המשפט מתיר לעשות חסד? היא פשוט מתעלמת מהם כי היא מחוץ לתחום התענינותה" הבעיה היא שהוא לא הגדיר למה הוא מתכוון בכך שהוא לא השתמש באבחנת ברק. האם הוא חולק בקשר לשאלה המוסדית או הנורמטיבית? ברק אומר שהכל שפיט במובן הנורמטיבי - המשפט (בית המשפט וכל מערכת שמכתיבה חוק) יכול להתערב בכל.

אטינגר סובר שברק צודק בויכוח עם אלון במובן העקרוני הנורמטיבי - הכל שפיט. אולם, כל מה שלא אסר המשפט אין הכוונה שהוא התיר: הוא לא התיר לנו לאכול ארוחת בוקר. המושג הנכון הוא חופש: המשפט נתן לנו חופש בהרבה תחומים כמו לאכול והוא בוחר שלא להתעניין.

כל זה שייך לשפיטות בהלכה.

לפני שנראה את הרמב"ם נקדים את דעת רוב 'הרבנים'. למיטב ידיעתו של אטינגר, רוב הרבנים יאמרו שהכל הלכה. ניתן להבחין בשני גוונים עיקריים.

דעה אחת הא שהכול הלכה ואם לא במישרים אז בעקיפין. גם מבחינה נורמטיבית וגם מבחינה מוסדית. הם כמובן לא עושים את החלוקה הזאת. כמעט כל דבר לפחות.

גישה אחרת אומרת שלא הכל **הלכה**. יש דברים שאינם הלכה במובן המלא אלא שגם הם כפופים לדעת גדולי התורה - דעת תורה.

השאלה הראשונה היא האם באמת הכול הלכה והכול שפיט מבחינת ההלכה. יש תשובה מפורשת לגבי זה ברמב"ם. בהקדמה למשנה וביסודי התורה בהקשר לסמכות הנביא. לפי הרמב"ם לנביא אין סמכות בענייני הלכה. הנביא יכול לצוות על דברים שאינם מן התורה. כגון שיאמר הילחמו בעיר פלונית כמו שציווה את שאול להלחם בעמלק (באותו זמן). מכאן שיש מושג של "דברים שאינם מהתורה" ודווקא בגלל זה הנביא יכול שלא להתערב. ביסודי התורה הרמב"ם חוזר על זה "אם צוונו בדברי הרשות כגון לכו למקום פלוני או עשו מלחמה וכו' מצווה לשמוע לו". מכאן שלא צודקים הרבנים שאומרים הכול הלכה. אין סמכות להתערב בדברים הללו.

ובכן, כשהרמב"ם אומר דברי הרשות, למה הוא מתכוון? נורמטיבית או מוסדית? אטינגר אומר שהמדובר הוא ברשות מוסדית ולא נורמטיבית. אפשר להתערב אבל לא רצוי להתערב.

נפק"מ - ההלכה יכולה להתערב בכל תחום ואם היא לא מתערבת מבחירתה, הרי שזה הופך להיות דברי רשות.

פה טעותו של ידידיה. ההלכה כן יכולה להתערב אלא שבוחרת שלא להתערב.

לרבנים אין גבול, באופן עקרוני, להתערב אלא שזה קשור לשאלת הסמכות. אם ההלכה תראה את התחום הזה במסגרת ההלכה הם יוכלו להתערב.

השאלה העיקרית לפי זה היא האם יש הלכה בפועל או אין חוק. כיון שאנחנו אומרים שהכל שפיט באופן מהותי האינדיקציה הראשונה היא האם יש חוק או אין חוק - שאלה פרקטית. ברק אומר את זה.

למאי נפק"מ? לענין החזרת שטחים. ידידיה אומר שזה לא שפיט. אטינגר חושב שוודאי שזה שאלה הלכתית וידידיה מדבר שטויות (לא לציטוט). יש חוק לגבי זה "לא תחונם". מכאן שהעניין שפיט ויש לדון בזה. מה המסקנות שלו כיום? האם חל כיום הכלל של לא תחונם?

לפני כמה שנים אטינגר שמע ויכוח בין הרב ליכטנשטיין לרב דרוקמן. שניהם הסכימו שמדובר בשאלה הלכתית. הרב ליכטנשטיין אומר שיש להעביר את השאלה לרמטכ"ל ממניעי פיקוח נפש.

גישה שניה. דעת תורה. הרבנים מתערבים גם במה שהוא לא הלכתי. החוקרים אומרים שיש התפתחות במוסד שנקרא דעת תורה. לפי החוקרים מדובר בהתפתחות מאוחרת יש שאומרים אצל אגודת ישראל.

אחד מגדולי התורה שתפס את ענין ההלכה כך היה הרב שפירא. חבר של אטינגר היה בכיר בכלכלה במשרד הפנים. הרב שפירא תמה על החבר שלא בא לשאול אותו.

הלכה ומדינה

ענין אחר - בהמשך נדבר בתחום היחסים של הלכה ומדינה. רב מקורות ההלכה לא עוסקים במדינה. התופעה הזו יוצרת מצב חדש ביחס לשאלות רבות ולענינים רבים. אנחנו נדרשים לטפל בבעיות לאור העקרונות שבידינו מה שמותיר לנו סוגיות שנויות במחלוקת.

היחסים מאופיינים בחוסר בהירות. ובכן איך ההלכה עומדת מול חוקי המדינה. שלילה מוחלטת? שילוב? הכרה? כמובן שיש גם שאלה הפוכה - הכרת המדינה בחוקי ההלכה אבל זה לא מציאותי.

השאלה מתפצלת לשנים: שאלת ההכרה בחוק ושאלת מעמד בתי המשפט.

יש על זה כתיבה רבה. פרופ' שוחטמן כתב שני מאמרים גדולים ורבי מקורות. "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל".

לא חייבים לקרוא אבל זה מומלץ להכיר. הוא ממצה את הנושאים ובמקומות רבים הוא טועה.

רבנים הם אנשי הלכה ומייצגים אותה. הם עומדים נבוכים למול החוק הישראלי שאינו לפי השו"ע. הגישה המקובלת בין הרבנים היא בשלילה. רבנים לא אוהבים את זה אבל המציאות מקרוב שונה במידה רבה.

איך נגשים לשאלה הזו? ובכן יש דין המלך שהוא חוק שאינו הלכה. קטגוריה שניה היא דינא דמלכותא דינא שאינו חופף את דין המלך - ההלכה מכירה בחוקים של שלטון. קטגוריה שלישית היא תקנות הקהל - אותה אנחנו מכירים.

יכולה להיות הכרה בחוקי המדינה לפי אחת מהקטגוריות האלה. שוחטמן דן בכל השלוש האלה ומביא את המקורות.

אם אנחנו מדברים על דין המלך השאלה היא הרי לא מדברים על מלך היום - אנחנו דמוקרטים. האחרונים - נצי"ב והר' קוק - אומרים שמלך הוא לאו דווקא מלך. סמכות המלך היא הסמכות של השלטון מקבל את לגיטימיותו מהסכמת העם.

הר"ן בדרוש יא נותן הגדרה רדיקאלית לסמכות המלך. יש מצבים שההלכה לא יכולה לכסות על הדרישה החברתית. הוא מביא דוגמה מחובת ההתראה. תפקיד ההלכה הוא להחלת הענין האלוקי באומתנו אבל לא לתקן את הסדר המדיני. את התיקון מספק המלך. המלך הוא סמכות מקבילה ומכסה על הפערים שקיימים בהלכה. הר"ן מדבר על המשפט הפלילי במובן של תיקון הסדר החברתי. היו שחלקו עליו. האברבאנל חולק ואומר שהיה שיקול חברתי גם בבית הדין.

הבעיה היא במשפט הפרטי. המשפט הפלילי לא יכול להתנהל לפי ההלכה. הרשב"א בשצ"ג אומר שאי אפשר לדון פלילי על פי ההלכה.

ערב קום המדינה השלה הרב הרצוג את עצמו שהמדינה תתנהל על פי ההלכה. הוא הבין שעל פי המשפט הפלילי יש בעיה והוא יצא בפניה לרבנים להביע את דעתם. הרבנים אמרו לו שהם מעדיפים להשאיר את המשפט הפלילי למלכות.

במשפט העברי אנחנו נשארים במשפט האזרחי. לגבי זה יש שאלה בהלכה. מצד דיני המלך הענין לא ברור. מדברים על פלילי וקצת על סמכויות של מלך - צבא, מסים וכו'.

הפוסקים לא חד משמעיים בקשר למשפט המלך במשפט הפרטי. אבל פה מתמקדת השאלה.

הענין העיקרי אינו דין המלך אלא הכלל של דינא דמלכותא דינא. כל ההתיחסות בין הלכה למדינה עוסקת תחת הכותרת דינא דמלכותא דינא. הסיבות הן שדינא דמלכותא דינא הוא כלל רחב יותר מאחר והוא מדבר על כל שלטון שהוא וגם על דיני הגויים. זה כלל רחב יותר ולכן לא פלא שאחד הדיונים הראשונים הוא השאלה האם דינא דמלכותא דינא חל גם לגבי שלטון ישראלי.

התפיסה המקובלת היא שדינא דמלכותא דינא חל גם על מלכות ישראל. גם פוסקי דורנו אומרים זאת - רובם.

מה ההתיחסות והגבולות של דינא דמלכותא דינא - זו השאלה העיקרית בבסיס הדיון של ההכרה בחוקי המדינה.

**שיעור שלושה עשר - אחרון. שבט**

יש עימות ותחרות בין חוקי התורה לחוקי המדינה. אנחנו נבחן את הדברים כפי שהם במקורות. העניין העיקרי הוא, כאמור, דינא דמלכותא דינא ולכן רוב ההתייחסויות ההלכתיות והעימותים מתרחשים סביב הנושא של דינא דמלכותא דינא שהוא, במבט ראשון, כלל רחב וגורף. זה מתחיל מיחס למלכות זרה (בבל) אולם הדין חל גם על מלכות יהודית ללא מקום להבחנה בין השניים - מק"ו. סביב זה מתחוללת מלחמת עולם מראשוני הראשונים ועד ימינו. יש שביקשו לצמצם אותו ויש מרחיבים. אף אחד לא נותן לו פרשנות מוחלטת.

אין מחלוקת שהדין הפלילי מסור למלכות. בוודאי שיש סמכות לשלטון לקבוע הסדרים פליליים, כיצד להעניש עבריינים. ההלכה לא יכולה לכסות את הדין הפלילי. הר"ן כבר אומר זאת.

הרשב"א נשאל על דיון פלילי בשצ"ג. "רואה אני כי אם העדים נאמנים אצל הברורים רשאים הם לקנוס הכל לפי מה שיראה להם שאם אתם מעמידים הכל על פי הדינים בתורה נמצא העולם חרב שהיו צריכים עדים והתרעה וכל שכן בחו"ל שאין דיני קנסות וכן עושים בכל מקום ובכל דור שרואים שהשעה צריכה ואפילו עונשים שאין בתורה הכל לצורך שעה"

כלומר, גם הדין הפלילי מכוסה.

הרב הרצוג רצה לטפל בחקיקה העתידה והרבנים בקשו ממנו לעזוב למלכות את הדין הפלילי.

בשעתו היה סיפור שהורשע אריה דרעי בשוחד וקמו וזעקו שהוא זכאי כיוון שהוא לא נידון על פי דין תורה. אבל שוחד זו עבירה שילטונית, היעלה על הדעת שהראיות לא מספיקות. טיפול בעבירה כזו מסורה לשלטון.

הדבר השני שלגביו אין מחלוקת - המשפט הציבורי ודאי כפוף לדינא דמלכותא. ברור שהמלכות יכולה לתקן תקנות תעבורה ותכנון לטובת הציבור. סמכויות משרדי ממשלה ועיריות והדומה להם - להלכה אין מה לומר כאן, ברוב העניינים.

נותרנו עם המשפט הפרטי. כל הוויכוח על דין תורה מול חוקי המדינה מצטמצם למשפט הפרטי. אפשר לחלק גם את המשפט הפרטי ולמיינו. ברור שדיני שטרות שהם תחום חדש, או דיני חברות לא יכולים להיות נידונים בהלכה.

ובכן, צמצמנו את הדיון לחוזים ולנזיקין. ועל זה הוויכוח הגדול ומלחמת העולם לגבי השאלה האם יש דינא דמלכותא.

שוחטמן כתב מאמר ענק "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל" ופספס את הנקודה העיקרית - האם דינא דמלכותא חל על המשפט הפרטי.

הרא"ה אומר שדינא דמלכותא חל רק בין יהודי לנוכרי. יהודים חייבים להיות נידונים על פי דין תורה. החזון איש המשיך בתפיסה הזו "הנה למדנו מדברי רבינו יונה שכאשר הנידון הוא יהודי דנים בדיני ישראל".

רוב הפוסקים לא סוברים כך. במיוחד מתנגד לכך הרמ"א שמביא את הדעות ופוסק לקולא. כל הענין מסוכם בסימן בשס"ט (חו"מ) "יש אומרים דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא במסים ובדברים שהמלך גוזר בארצו שלא ידורו אלמלא כן ובשאר דברים לא. יש אומרים דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא ולכן המלווה על המשכון (משפט פרטי) יכול למוכרו אחרי שנה הואיל וכן דינא דמלכותא".

הרמ"א מוסיף בשס"ט: "לא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה".

הש"ך יוצא כנגד הרמ"א ומאריך כנגדו. בס' ע"ג הוא מצטט ואומר "משמע מדבריו שבמה שהוא לתקנה אמרינן דינא דמלכותא דינא ולפי ענ"ד גם דבריו צריך עיון אנא מצא זה?"

הש"ך אומר שרק מה שלהנאת המלך הוא דינא דמלכותא דינא.

הגר"א תומך גם הוא ברמ"א בע"ג.

הלבוש שהוא תלמיד הרמ"א מרחיב ומצמצם. "לא אמרינן אלא בדבר שהוא לתיקן עניני המדינה בדבר שהוא מו"מ ביניהם". יש פה הרחבה שהוא כולל את ענייני מו"מ מצד שני תקנת ענייני המדינה הוא גם נזיקין. חוק החוזים הוא לתיקון ענייני המדינה באופן מובהק בעיניי מו"מ.

הרב שפירא אומר שגרמא בנזיקין חייב מדינא דמלכותא. רבנים חרדים יקפצו על זה לשמים.

זה לא שהרבנים מתעלמים מזה. בפסיקה הרבנית מקובל שרישום בטאבו הוא דינא דמלכותא דינא. לפי החוק במדינה בעלות נרכשת ברישום. החזו"א חולק גם על זה. הרבנים אומרים שהתקנה צודקת וזה בא למנוע נזקים.

שוחטמן אומר שהתקנה היא לא נגד דין תורה אבל ברור שזה נגד התורה. מהתורה אני בעלים החל מהקניה גם ללא הרישום בטאבו.

אז מה אני צריך חוק חוזים לפי ההלכה? הרי דינא דמלכותא דינא.

נקודה נוספת - הסכמת הצדדים, הסכמה מכללא. יש פסיקה מעניינית של הרב פיינשטיין. הרב פינשטין מדבר על חוק אמריקני לענין שכירות של דירה. הרב פיינשטיין אומר לשני יהודים שבאו לפניו ש"אם החוזה נכתב לאחר חקיקת החוק הוי כהתנו שאדעתה שהסכימו לחוק האמריקאי ואין צריך שיהיה על פי חוקי התורה. לפיכך ודאי לא גרע דין המלכות כמנהג דמסתמא שהתנו על דין המלכות" (חו"מ ח"א ע"ב) הוא הדין היום בארץ. שני יהודים שעושים חוזה מכוונים לחוק הישראלי.

ובמילים אחרות. כשמדברים על תחולת ההלכה העסק הוא מצומצם הרבה יותר מהמשמעות האמיתית שלו. ההבדלים יהיו בפרטים. אטינגר אומר שאם ההלכה תחוקק חוק חוזים ההבדלים יהיו קטנים ובפרטים. אם יבקשו מרבנים לחוקק חוק בנזיקין - אם יחוקקו שגרמא בנזיקין חייב.

אטינגר אוהב להסתכל בעלונים של שבת. לפני כמה חודשים דברו על העניין הזה. הוא הביא איזה סיפור ואמר שהדין לפי דין תורה יהיה שונה מהדין לפי חוק. הוא טועה. ברוב המקרים לא יהיה הבדל. הדיבורים הגדולים בענין זה לא נכונים. רב החוקים נכונים והם לתקנת בני המדינה. וכן לגבי השאלה מה אנחנו יכולים לתרום לחקיקה. ובכן, סעיפים מסוימים. אטינגר עסק בחוק השליחות והוא מספר שבנקודות מסויימות התפיסה הלכתית טובה יותר אבל כל זה בפרטים אבל לא בכללים.

אטינגר מלמד את נושא הערבות לפי הדין העברי. אלון הכין את הצעת החוק ואטינגר היה אסיסטנט שלו. אלון לימד את חוק הערבות. אטינגר נתן תרגילים ובדק בחינות. לאלון יש סעיף אחד (8) שכואב לו בחוק. ס' 8 אומר שערב והחייב חייבים כלפי הנושה יחד ולחוד. לפי זה יכול הנושה לתבוע את הנושה קודם לתביעת החייב - רצונם של הבנקים. ההלכה אומרת שלא לתבוע את הערב בתחילה. אלון לא צודק. ההלכה מכירה בערב קבלן שחייב יחד ולחוד. הגמ"חים בירושלים דורשים ערב קבלן בהסכמים. אז מה ההבדל - שני מילים?! אז אם ההלכה מתירה בכך מה אתה רוצה מהחוק?

לפני כמה שנים שמעון שטרית עשה מהפכה וקבע ערב מוגן שאי אפשר לתבוע אותו יחד עם הנושה, בסכומים קטנים. אולם שוב, ההלכה מאפשרת מצב של ערב קבלן.

בעיה אחרת היא בעיה איסורית. בחוזים יש בעיה של ריבית. לפעמים יש סעיפי קנס על איחור מסוים בנסיבות מסוימות. זה יכול להיות כריבית. ברור שהרבנים לא יפסלו סעיף נצרך כזה. הם פשוט יבקשו לנסח אותו בצורה שאין ריבית - פורמליסטיקה.

שתי נקודות נוספות. ישנו היבט נוסף של יחס ההלכה לחוקי המדינה - תקנות. ההלכה מכירה במושג של תקנות קהל. האם אפשר לראות את חוקי הכנסת כמחייבים מכח הסכמה? אטינגר טוען שהדיון מיותר לאור הדיון בדינא דמלכותא דינא.

בתקנות קהל יש דרישות מיוחדות בהלכה. הדרישה העיקרית היא שהיא דורשת הסכמה של אדם חשוב, סמכות תורנית כמו ת"ח או גוף תורני. הכנסת חסרה את הגורם הזה שהוא מעין סמכות בקרה תורנית על חקיקת הציבור.

הרב שפירא מתייחס גם לזה ואומר שאם הנציגים הדתיים בכנסת הסכימו - יש לזה תוקף. אם הרבנות הייתה מאשרת את זה - זה עונה על הצורך של תקנות הקהל. זה חשוב רק באופן רעיוני כאשר אנחנו מדברים על אפשרות של מדינת הלכה. אטינגר אומר שאין שום בעיה שהכנסת תחוקק כל דבר אלא שיש צורך בגוף רבני שיאשר את החוקים ויתן הסכמה.

הבעיה היותר קשה אינה החוק אלא בתי המשפט. גם אם נניח שהחוק הוא דינא דמלכותא או תקף מתקנת קהל עדיין יש בעיה מבחינת בתי המשפט שבו יושבים שופטים שאינם שומרי שבת. הנטיה של רוב הרבנים היא לשלול. יש לאטינגר ויכוח עם שוחטמן. הרמ"א אומר בס' ח "כל ציבור יכול לקבל על עצמו כל בית דין".

אטינגר שמע מהרב ישראלי, ללא קשר לנושא הזה, שמה יש לדבר כנגד בתי המשפט כיום. הרי רוב הציבור איננו דתי ואי אפשר לחייב אותו לדין תורה. אז ודאי שמותר לו למנות בית משפט. השאלה היא האם שני אנשים דתיים יכולים ללכת אליהם לכתחילה. לפי זה ודאי שמותר להיות עורכי דין ולייצג אנשים בבית משפט. אם שני אנשים דתיים באים כדאי להמליץ להם על בית דין.

לסיום: אמרנו שהמשפט העברי נמצא בבעיה. הוא אינו מוגדר ומוסכם ומותקף מבית ומבחוץ. אנשי המחקר לא רואים את המשפט העברי כמדע והאנשי הכולל רואים את אנשי המשפט העברי כעמי הארצות. הבעיה העיקרית אינה מול הישיבה אלא מול אנשי המחקר התלמודי והיסטורי. הגבולות אינם כל כך ברורים. אם נעמיד את הדברים על דיוקם תהיה לנו תשובה למול הישיבה. התשובה מול הישיבה שלא משחקים באותו מגרש. כתיבתו של אטינגר היא כתיבה מחקרית ולא איש הלכה מן הישיבה. חלק מהכתיבה המחקרית במשפט העברי לא באמת ראויה לשם מחקר. מה שעושה מחקר כזה הוא הביקורת והפרשנות. מתיימרים להיות בעלי גישה ביקורתית. על סמך זה נבנה בנין הפרשנות. לאטינגר בא תלמיד להתיעץ לגבי דוקטורט במשפט עברי ואטינגר אמר לו שאין לו גישה ביקורתית. בנתיים הוא כתב דוקטורט וניגש לאטינגר ואמר לו: "צדקת". ביקורת אינה פירושה להכריע מי צודק אלא חשיפה של הרבדים שאינם נמצאים על פני השטח. גילוי מה שאינו גלוי וחיפוש המרכיבים שמוצנעים אלא שהם המנחים. להופיע בכנס ולומר את דעת ההלכה להחזרת שטחים זה לא מחקר. מחקר הוא חשיפת הדברים הנסתרים - מה הוביל לנקודות מסוימות, השפעות ומגמות, דרכי פרשנות מיוחדת, מה אמרה הגמרא לעומת הראשונים ולמה. אם אתם רוצים לראות מה הוא לא מחקר - לכו לתחומין. המאמרים שם הם רבניים קלאסיים - הבאת הדעות ופסיקה, אלא שאינם מחקר. הכתיבה של המשפט העברי אינה קלה אלא היא תיאור מה שיש ולכן הגבולות לא תמיד ברורים ומכאן הביקורת מצד האוניברסיטה. אטינגר מטיל עלינו לסגל גם את הגישה המחקרית. בלי לזלזל בלימוד התורה שאסור לו להיפסק. בדיני ישראל ובשנתון למשפט עברי יש מאמרים חשובים. חשוב לסגל את הגישה המחקרית עם הגישה התורנית. רוב עבודות המאסטר אינן מחקר אלא הם סידור הדברים לא על רמה. אנחנו נמצאים בבעיה. שולחים אלינו עבודת דוקטורט ואיננו יודעים מה לעשות בה - כל החומר נמצא אבל אין בה שום דבר ביקורתי.

כשאטינגר כותב על שאלת האמת המשפטית ומפצל אותה לשאלת האמת האלוקית - כוונת המחוקק מול שאלת האמת הפרשנית של הטקסט - זה מחקר. אטינגר נתן הרצאה וזיווג שתי סוגיות שאינן קשורות - עשיית דין עצמי וחוזה בלתי חוקי. שתי הסוגיות מתמודדות עם בעיה קלאסית במשפט - זכות היחיד מול תקנת הציבור. שליחות, אחד הדברים המבולגנים בהלכה הוא מסודר במשפט הכללי. אפשר לקחת כללים מהמשפט הכללי למשפט העברי. זה מחקר.

**בהקשר למבחן**

(כלל הזיהוי - בישראל. מה שהכנסת החליטה הוא החוק. הכלל שהחברה מחליטה מה הוא חוק מחייב)

(רמב"ם- רמב"ן בנורמה המוסרית המחייבת)

ביב' וסילבוס:

- שישה מקורות -

1) אבי שגיא על רש"ש (ה' סימנים ראשונים)

2) בלידשטיין על ימין שהוא שמאל (עד סוף ו')

3) שילה, הערמה בתלמוד - הקדמה, 322-328. מעשר ובכור.

4) הרב רבינוביץ' - הערכה מדעית וכו' הכל

5) זילברג- קושיותיו של רבי ירמיה. לקרוא בגישה ביקורתית

6) הסוגיא בב"ב כ"ט עמוד א'. חזקת ג' שנים + חידושי הרשב"א.