

אב בדעת

אברהם וינרוט

©
כל הזכויות שמורות

©
All Rights Reserved

אין לצלם, להעתיק ולעשות כל שימוש מסחרי
בלא לקבל אישור בכתב מראש מהמחבר

שואב הוצאה לאור בע"מ
רח' הגלגל 44 רמת גן, 52391

נדפס בישראל תשע"ד-2013

לעילוי נשמת

אבי מורי ועטרת ראשי

הר"ר משה אהרן ב"ר מרדכי אליעזר וינרוט ז"ל
הוֹלֵךְ תָּמִים וּפְעֵל צְדָק וְדֹבֵר אֱמֶת בְּלִבּוֹ

נלב"ע בש"ק פרשת וישב כ' בכסלו תשע"א

ת.נ.צ.ב.ה

תוכן העניינים

7	פתח דבר
	חוזים וקניין
21	מקח כפוי
39	תוצאות בטלותו של סעיף התחיבות למתן גט בהסכם גרושין
87	מהותו של תנאי במשפט העברי
112	גמירות דעת יוצרת לעומת גמירות דעת המשלימה עם הקיים
121	על הגניבה ועל הגזילה ומה ביניהן
	ביטוח
131	אחריות השומר בנכס מבוטח
	שליחות וריבית
141	פסקו הנסתר של רש"י לפתרון בעיית הריבית ומהותה של שליחות
	שפיטה ופרשנות
179	דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית במשפט העברי
199	תפקיד המילים ומשמעותן
246	רגשי נקם במערכת הענישה
254	"זמן בראשית" ו"זמן בית דין"
	דין ולפנים משורת הדין
269	שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ("כופין על מידת סדום")
303	כופין על לפנים משורת הדין
312	גדול השלום - השלום כערך על צדק חברתי בהלכה
	מעמד האישה
325	האישה בהליך השיפוט
332	אלימות האיש כלפי אשתו ותוצאותיה המשפטיות
	גיור
343	שלבי הגיור ומרכיביו - משקלם ההלכתי וההגותי

	בין אדם למקום
399	מהותה של תפילה ומהותו של זמן
410	גאולה עפ"י דין וגאולה למעלה משורת הדין
422	בין "צדיק" לבין "בעל תשובה"
437	מוטיב המעגליות כעקרון בסיס בספרות חז"ל
450	מהי "הרת עולם"?
456	תורה עם דרך ארץ

מיסוי

469	מס הכנסה כקיום של מצוות צדקה ומעשר כספים
-----	--

ערך החיים

481	"לא תעמוד על דם רעך"
503	פיקוח נפש בעיתות מלחמה
512	הכרעות בין נפש לנפש
524	אימתי נוטלים סיכון ומתי "אין סומכין על הנס"
535	הסתכנות בשביל פרנסה

לשון הרע

551	משקלה של הכוונה בפרסום לשון הרע
-----	---------------------------------

דברי סיום

569	דברים לסיום הש"ס
576	דברים להכנסת ספר תורה

פתח דבר

1. תורה ניתנה בדרך של ראיית קולות. כך נאמר (שמות כ', ט') "וכל העם רואים את הקולות ואת הלפידים ואת קול השפר ואת ההר עשן וירא העם וינועו ויעמדו מרחוק". ברם, שכידוע - קול שומעים. קול חזק אף שומעים היטב ולמרחק. אך כיצד ניתן לראות קול?
 במכילתא (שמות, פרשת יתרו, ט') מצינו מחלוקת בעניין זה: רבי ישמעאל סובר כי אכן אי אפשר לראות קולות, ועל כן יש לפרש את הפסוק כי העם היו "רואין הנראה (הלפידים והעשן) ושומעין הנשמע (הקולות וקול השופר)".
 לעומת זאת, רבי עקיבא אומר כי היו רואים את הקולות. ונשאלת השאלה, מה פשר דבריו של רבי עקיבא? כיצד ייתכן כי אדם יראה קולות? שמא תאמר כי מדובר בנס? יש להבין, לשם מה צריך היה לחולל נס שכזה? הן כלל הוא, כי הקב"ה אינו עושה ניסים שלא לצורך ("לא עבד קוב"ה ניסא למגנא"). אם כן, מה טעם עשה הקב"ה נס המשנה את טבעו של האדם ואת חושיו, כך שיראה את הנשמע? מה מועיל לאדם לראות את הנשמע? האם זהו חלק ממהותו של מתן תורה?
2. מחלוקת נוספת בין רבי ישמעאל לרבי עקיבא מצויה בפרשה שיוחדה למתן תורה לישראל. בפסוק נאמר (שמות כ', א') "וידבר אלוקים את כל הדברים האלה - לאמור". לאמור למי? הרי כל עם ישראל היה נוכח בזמן מתן תורה? מבאר רש"י, על פי דברי המכילתא, כי המונח 'לאמור' מציין כי בני ישראל לא נותרו פסיביים אלא ענו על הציוויים שנאמרו להם. הם אמרו - "על הן ועל לאו לאו". כלומר, ציוויים לעשות דברים - נענו בהתחייבות בלשון "הן". איסורים נענו בהתחייבות בלשון "לאו". מעיון במכילתא (שמות פרשת יתרו, ד') עולה כי רש"י הביא את דברי רבי ישמעאל, ואילו רבי עקיבא חולק עליו, וסובר כי בני ישראל הגיבו באמירה "על הן הן, ועל לאו - הן". כלומר, בני ישראל התחייבו לעשות את רצון ה' בכל צורה שהיא וגם על איסורים השיבו בהתחייבות בלשון חיובית - "הן". מדוע לדעת רבי ישמעאל נוסח ההתחייבות היה "לאו" ואילו לדעת רבי עקיבא נוסח ההתחייבות היה בלשון "הן"? הרי תוכן ההתחייבות הוא אותו

תוכן לדעת רבי ישמעאל ורבי עקיבא. כמה חולקים אפוא רבי ישמעאל ורבי עקיבא?

3. רש"י על הפסוק "וידבר אלוקים את כל הדברים האלה לאמור" מפרש על פי שיטתו של רבי ישמעאל כי הם היו עונים על הן הן ועל לאו לאו. והדבר ברור הוא שהרי זהו פשוטו של מקרא. ברם, שאת הפסוק "וכל העם רואים את הקולות" פירש רש"י על פי שיטתו של רבי עקיבא וביאר "רואין את הנשמע שאי אפשר לראות במקום אחר". מדוע נקט בשיטתו? וכי זהו פשוטו של מקרא? ובכלל, מדוע בחר רש"י לפרש במקום אחד כרבי ישמעאל ובמקום אחר כרבי עקיבא? האם אין פירושיהם של תנאים אלה ביחס לקבלת התורה - שיטתיים, כשדבר אחד משפיע על רעהו?

4. הראיה והשמיעה - שניהם דרכים להפנים את המתרחש. אדם למד על המציאות ממה שהוא שומע. ואדם חווה את המציאות המתרחשת סביבו ע"י מה שהוא רואה. אבל, יש הבדל מהותי בין ראייה לבין שמיעה: ראייה מתייחסת אך ורק לדבר מוחשי. שמיעה לעומת זאת, תופסת רק לגבי דבר בלתי מוחשי: קולות, צלילים ומלים. יתירה מכך, שמיעה במובן של הבנה (ר' רש"י בראשית מ"א, ט"ו) מתייחסת בוודאי ובוודאי רק לדבר מופשט - רעיונות ודעות. מהבדל זה נובעת הבחנה נוספת: האדם כיצור גשמי משתכנע יותר מחוש הראיה, החווה דברים מוחשיים, מאשר מחוש השמיעה החווה חוויות מופשטות. על כן, הכלל הוא (מכילתא יתרו, י"ט, ט') כי "אינה דומה ראייה לשמיעה". ראייה משכנעת את האדם יותר משמיעה. אדם הרואה תופעה כמו עיניו חווה אותה ומשתכנע באמיתותה באופן מוחלט. אם יבא חכם גדול ויביא הוכחות שכליות כי תופעה כזו לא תיתכן, לא יוכל לשכנע בדבריו את הרואה, שהרי הוא ראה את הדברים כמו עיניו. לא כן הדבר ביחס לשמיעה. אף ביחס לדברים הנמסרים לאדם מפי עדים שאין הוא מפקפק ביושרם, הוא עשוי להשתכנע אחרת, אם יובאו בפניו ראיות אחרות. האדם גם מסוגל ללמד זכות על פעולה שלא ראה אותה, ועל חוויה שלא חווה בעצמו. לעומת זאת, ראייה של מעשה ותוצאותיו מותירה רושם עז על עד הראיה. משום כך, נקבע כי אדם ששמע דבר יכול עדיין לדון באותו נושא כדיין ואף לשקול לדון לכף זכות את עושה המעשה. אולם, משראה את הדבר בעיניו חל לגביו הכלל (ראש השנה דף כ"ו, עמ' א') לפיו "אין עד נעשה דיין". אחרי ראייה אין עוד שכנוע אחר - והחוויה היא טוטאלית וכובשת. על כן, הדיין שראה את עשיית המעשה כמו עיניו אינו מסוגל עוד ללמד זכות על העושה (ובלשון הגמ' ראש השנה דף כ"ו, עמ'

א' - "כיוון דחזיוה לא מצוו חזו ליה זכותא". ראייה היא אפוא ההוכחה האולטימטיבית מבחינתו של האדם לקיומה של תופעה, והיא כובשת את ההוויה כולה ומותירה חותם ברור וחד ערכי.

5. נמצאת למד, כי בדברים מוחשיים אדם יכול להיווכח באופן מוחלט - ע"י הראיה, המותירה רושם בל ימחה. לעומת זאת, בדברים מופשטים שאותם יכול האדם רק לשמוע - השכנוע הוא יחסי ועשוי להשתנות. ומכיוון שככלל, אמונה מבוססת על שמיעה והיא מתחילה במקום שבו מסתיימת הידיעה והחוויה החושית שאדם מסוגל לראות, הרי שהאמונה היתה עלולה להיות דומה לשמיעה - ולהוות חוויה העלולה לדהות, לכהות ולפוג. ברם, שלא כך היא אמונתו של היהודי המאמין. החוויה של מתן תורה נטעה בתוכנו את היכולת להאמין אמונה ברמה של שכנוע סופי, מוחלט ועולמי, אף אם אין אנו ממשיכים לראות את הדברים כמו עינינו¹. ידועה האמרה של הרבי מקוצק, כי הוא אינו רואה את האושפיזין המתארחים בסוכה, אך אינו זקוק לראיה כדי לדעת, שהרי חז"ל אמרו - והוא מאמין לדבריהם. ואכן באמונה כזאת רואים יותר ממה שרואים בעיניים. זה פשר המונח "רואים את הקולות"!

6. "וירד ה' על הר סיני" (שמות י"ט, כ') - בהר סיני ארעה תופעה יוצאת דופן. המופשט הפך למוחש. בהר סיני חוו בני ישראל גילוי שכינה. לא היתה זו "שמיעה" אלא חוויה אישית הכובשת את כל מרחב ההוויה של אדם ומותירה רושם בל ימחה, שאינו משתנה לעולם. היתה זו אכן ראייה של הנשמע, שכן עוצמתה ותוקפה של החוויה כמתן תורה, היתה עזה ורשמיה ערכיים ונצחיים - זהו רושם שמותירה ראייה ולא שמיעה. אכן, אין זה נס בעלמא, אלא זו מהותו של מתן תורה כפסגה רוחנית של הזדככות החומר האנושי שהפך לרוחני ונשגב, עד כי העם היה מסוגל לראות את המופשט

1 ור' בבא בתרא דף ע"ה ע"א, שם מצינו כי רבי יוחנן תיאר את גודל האבנים הטובות שה' עתיד להעמיד בשערי ירושלים. תלמיד אחד היה ספקן ביחס לדברים, שכן גודל כזה של אבנים טובות לא נראה מעולם. יום אחד הפליג בספינה והנה נראה לו מחזה אלוקי של מלאכים המנסרים אבנים טובות ומרגליות בגודל זה. שאל הוא את המלאכים "אלו למי?" והשיבו לו כי הדבר מיועד לשערי ירושלים. שב התלמיד אל רבי יוחנן ואמר לו "רבי, לך נאה לדרוש, כאשר אמרת כן ראיתי". אמר לו רבי יוחנן "ריקא, אלמלא ראית לא האמנת?". הנה כי כן, מדובר בתלמיד שראה מחזות אלוקים ועם זאת הוגדר כ"ריקא", מכיוון שלא השתרשה בליבו אמונה מוחלטת המשווה שמיעה לדברי חז"ל - לראיה כמו עיניו.

ולהפנים אותו². זו שיטתו של רבי עקיבא ורש"י מפרש על פיה, באשר זהו פשוטו של דבר, שכן משנאמר "יורד ה' על הר סיני" - הרי שבפנינו מציאות שעל פי פשטותה האדם נוכח בה באופן בלתי אמצעי. מקום שבו הקב"ה יורד אל ההר - החוויה היא טוטאלית ויש בה ראייה של הקולות באופן מוחש - ומוחלט. חוויה זו נטעה נטיעה עולמית של אמונה שלמה. ואכן, הרמב"ם מנסח את חובת האמונה ב"ג עיקרי האמונה במילים "אני מאמין באמונה שלמה" - אמונה היא שלמה כשהיא מוחלטת ותקפה לעדי עד.

7. רבי ישמעאל, לעומת זאת, גורס כי כאשר הקב"ה ירד על הר סיני (שמות כ"ט, כ'), אין זו העפלה של האדם לפסגה על חושית ומופשטת. האדם וחושיו אינם משתנים. אדרבה, הכתוב אומר: "וירא העם וינועו ויעמדו מרחוק". ירידה זו של ה' אל ההר מבטאת אפוא השראת שכינה בתוך הטבע עצמו. העם ראו ראייה ושמעו שמיעה והטבע המשיך לפעום כדרכו - אלא שהתקדש.

לפי רבי עקיבא, הירידה של ה' על ההר מבטאת העפלה של האדם לפסגה רוחנית, שבה הוא מסוגל להפנים אלוקות. העם ראה ושמע את הנראה, כי היה כאן משהו עליון שמעל לטבע.

לפי רבי ישמעאל במעמד הר סיני - העם ראו ראייה ושמעו שמיעה ונהגו באופן טבעי, אלא שהטבע היה קדוש וננסכה באדם היכולת לראות אלוקות בתוך הטבע ולקדש את המציאות הגשמית שבה הוא נתון.

לכשתימצי לומר, מחלוקת זו אופיינית למי שאמר את הדברים, שהרי רבי ישמעאל היה כהן גדול והיה אמון על הכנסת קדושה בתוך מעשים של חולין. כלפי חוץ רואים במקדש בית מטבחים שיש בו שחיטה של פר, הזאת דמו ושריפת בשרו. אבל מי שבעל נפש הוא, רואה במקדש השראת שכינה וקדושה עילאית³. לעומת זאת, רבי עקיבא היה בן גרים ובעל תשובה שהחל ללמוד תורה בעוז לאחר מ' שנים. מטרתו היתה להתמקד ברוחני ולדחוק את הגשמי לקרן זוית. לא להכניס קדושה אל תוך המימד הפיזי אלא להתעלות אל מעליו⁴.

8. בהתאם לשיטתו של רבי עקיבא, העם אינו מבחין בין הן ללאו. התרוממות

2 ראה נפש החיים שער ג' פרק י"א, בהגהה.

3 ר' א. כי טוב, חסידים ואנשי מעשה (יד אליהו כי טוב, תשל"ח) עמ' ק"נ-קנ"ב, "מבין כזיב ואמנה לירושלים".

4 ר' ליקוט שיחות ו' 119-129.

הרוח שהובעה כמתן תורה באה לידי ביטוי גם ביישום הדברים בחיי המעשה, וההתחייבות היא לומר הן - כנכונות לעשות את רצון ה' - יהא הביטוי המעשי של כך אשר יהא. הפרטים טפלים לעיקרון. העם ניצב למעלה מן המציאות ומייחד את לבו לקונו, בין אם נדרש ממנו לעשות מעשה על דרך של "הן" ובין אם נאסר עליו לעשות מעשה, על דרך של "לאו". לעומת זאת, רבי ישמעאל סובר כי האדם נשאר על עמדו. ה' ירד אל הר סיני ולא העלה את האדם אליו. שכינה ירדה אל למטה מעשרה טפחים וקדשה את הטבע, אך האדם נשאר אדם, עם שתי רגליו על הקרקע. בחיי היום יום הבאים לאחר אותה התרוממות רוח - מחויב האדם ליישם את הציווי באופן ארצי ומציאותי מאוד, כשהוא יורד לפרטים ומשיב על הן הן - ועל לאו לאו.

9. רש"י נאמן לשיטתו ומבאר את הכתובים על פי פשוטם של דברים. על כן, בנקודה אחת נוקט רש"י כרבי ישמעאל ובנקודה שניה כרבי עקיבא. כאשר באים לתאר את האירוע המרומם של מתן תורה, הרי שפשוטם של דברים הוא כשיטת רבי עקיבא, כי היתה זו תופעה מרוממת ונשגבת של מחזה אלוקים - שיצר אצל מי שחווה אותה שכנוע מלא, טוטאלי ועולמי בכחינה של ראייה. ברם, כאשר באים להתייחס לתרגום הדברים בימים הבאים לאחר האירוע השמימי הזה, הרי שמקבל רש"י את הסברו של רבי ישמעאל כמשקף את הדברים כפשוטם, כי היישום בחיי המעשה הוא בנאלי וארצי, והאדם מקיים את אשר ציוו אותו ע"י אמירת הן על הן, ועל לאו לאו.

10. בכך, מתווה לנו למעשה רש"י את הדרך. במישור האמוני - נדרש אדם לאמונה שלמה ומוחלטת. אמונה זו היא תוצאה ישירה של יכולת האדם להעפיל לפסגות רוחניות. מוטל על אדם לחוות מידי יום את החוויה הכובשת של מתן תורה ולחוש רוממות רוח. כרגעים נעלים אלו האדם מטפס ונוסק לגבהים, שבהם הוא חווה את המופשט בחוויה פיזית ומוחשית. עליו לראות את הקולות ולהפנים את המסר באופן שיכבוש את כל מרחבי הוויתו ויותיר רושם חד ערכי, שאינו מותיר כל מקום לספקות ושאינו נמחה ואינו דוהה עם שינויי זמן ומקום. אם הוא יישאר מציאותי ונטוע בקרקע המציאות גם בדקות הללו - הוא לא יחוה רוממות רוח אמיתית והווייתו תיוותר קרה וכבויה.

מאידך גיסא, במישור המעשי - משעובר האדם מרגעי הרוממות לחיי המעשה ומבקש ליישם את התורה הגדולה הזאת בחיי היום יום, הרי שהוא חייב להתייבב על קרקע המציאות ולהבחין בין הן לבין לאו. הוא חייב

לדעת להשרות קדושה בתוך טבע, ולמסוך מופשט בתוך כנאלי ויומיומי. בהקשר זה מוטל על האדם לשים מעטה מעל לאש היוקדת בו, להיוותר מציאותי ומעשי ולומר "על הן הן - ועל לאו לאו".

11. כזו היתה דרכו של אבי מורי, ר' משה אהרן וינרוט ז"ל - לו מוקדש ספר זה.

אבא חי בדרך שהיא בגדר פשטו הפשוט של רש"י לפיו לגבי החוויה של מתן תורה יש לחיות כרבי עקיבא ולראות את הקולות, ולגבי חיי המעשה יש להיות כרבי ישמעאל ולומר על הן הן ועל לאו לאו - בלא שתהא כל סתירה בין שתי השיטות.

אבא היה שלם באמונתו. היתה בו אש התלהבות יוקדת ברגעים של רוממות רוח. תפילתו בקעה רקיעים והאמונה שלו היתה זכה, תמימה, טהורה, לווהטת ומוחלטת - בבחינת מי שרואה את הקולות כמו עיניו וממילא אין לו שום פקפוק, או צל צילו של הרהור או ספק חלילה. אמונה תמה ובהירה זו נשארה אצל אבא בכל תהפוכות הזמן והמקום שאותן עבר, כשהוא פוסע מאירופה שלפני השואה אל עולם מודרני שבו חי לאחריה, בלא שתכהה או תתקרב במאומה האש היוקדת שבקרב.

ובה בעת, היה אבא אדם שחי את חיי המעשה, וידע להציב גבולות של "הן הן ולא לאו".

יש כאלו הבוחרים בין חומר לרוח, כשהם נוטשים את הרוח לטובת החומר, או את החומר לטובת הרוח. יש גם כאלה העושים פשרה בנפשם בבחינת "היה אדם בצאתך ויהודי באוהלך" - הרוח מפכה בבית והחומר מחוצה לו. אבל אבא ידע לשלב והיה יהודי ואדם הן בצאתו והן בביתו. לא היתה אצלו סתירה מעולם בין קודש לחול.

12. הכיצד נמנעת הסתירה בין קודש לחול? מהי הנוסחה לשילוב נדיר זה?

נראה כי הדבר נעוץ בכך שאבא חי חיים של חובה ולא חיים של תועלת. כך למשל, אדם המבטיח הבטחה לזולת יבקש לעמוד בה, מכיוון שיש תועלת בדבר, שהרי אם לא יכבד את דיברתו - יפסיד מכך. ברם, זהו שיקול תועלתי, ואם זה המניע היחיד הרי שיש נסיבות שבהן הוא ימצא דרך לפטור את עצמו מקיום ההתחייבות. אבל, יש מי שמקיים את דברו - כעניין של חובה. במקרה זה - לעקרון אין יוצא מן הכלל ואין מחיר.

מי שחי חיים של חובה, מכניס לחייו אלמנט של מסירות נפש והקרבה עצמית. ומקום שבו אדם חי חיים של חובה ומקדש את העיקרון, בין אם הוא בדבר של קודש ובין אם הוא בדבר של חול - הרי שבידו המפתח

להיות איש אשכולות. להיות אדם המגשים שלמות בכל אורחות חייו, קודש וחול בו זמנית, כשמסירות הנפש שלו מוליכה אותו ומאפשרת לו להצטיין בכל מעשיו בו זמנית. ברם, שאת הדבר הזה קשה ללמד. צריך לחוות. צריך לראות דוגמא אישית. כזה היה אבא ז"ל. החובה ניצבה בראש מעייניו והערכים קדמו לאינטרסים האישי. אבא היה דוגמא לחיים של "חובה לפני עונג" ומסתבר כי כשחיים חיים של מסירות נפש - אין סתירות בין אמונה תמימה בבחינת ראית הקולות לבין חיי מעש של אמירת "הן הן ולא לאו".

13. אשרטט להלן כמה קווים לדמותו של אבא שהיה כל חייו מזיגה ושילוב בין חום יוקד לעשייה מוקפדת ומדויקת, אות ודוגמא לחיים של חובה ויושר.

- אבא היה יליד גליציה (לובאטשוב Lubaczów) והתחנך בשליזיה (ביליץ Bielsko-Biała). שילוב זה ביטא כשלעצמו אש יוקד חסידית, אהבה וחום, בצד הנהגה "ייקית" של משמעת עצמית, עמל אין סופי, אמביציה, דייקנות וידע רחב. מחד גיסא, היה אבא נכדו של הרב יעקב וינרוט זצ"ל, שהיה "יושב" כל ימיו בבעלז, ובנו של ר' מרדכי אליעזר וינרוט ז"ל שלא שינה את אורחות חייו ומלבושו החסידי בכל מצב נתון, בארץ כפולין רוסיה וגרמניה. ובה בעת, ניחן אבא בהשכלה מעשית ובידע רחב. אם ידיעתו של אדם היא כעושר ספרייתו - הרי שארון הספרים בביתו של אבא יכול היה להעיד על רוחב דעתו וגיוון תחומי העניין שלו. ש"ס ופוסקים וכל אוהלי שם, בצד כל יפהפיותו של יפת. דעת לא היתה רק נתון - אלא ערך. כאשר אחי, הגדול בכל, ר' יעקב הי"ו, ביקש לקנות בנערותו ספר יקר מציאות, לא היה לאבא פקפוק או היסוס או שאלה - הספר נרכש מייד, גם אם מחירו של הספר עלה כשליש ממשכורתו של אבא. כי דעת היא מעל לכל.

- המשמעת העצמית של אבא ומסירות הנפש שלו לקיום תורה ומצוות אפיינו את אורחותיו. אבא היה איש חסיד, מאמין ומתפלל באופן הבוקע שערי שמים, בקול אדיר וערב. אבא קם כל בוקר לתפילה בשעה ארבע לפנות בוקר, וניתן היה לכוון שעון לפי התנהלותו הדייקנית. אבא היה דייקן אך לא קפדן. אדרכה אבא היה איש חם ואוהב. לא היה זה מטבעו של אבא להקפיד על אחרים וכלפי זולתו שמר על מזג ניוח. לא שמענו מעולם את אבא מרכל או מדבר על הזולת. נוהג היה לומר לנו, שאנשים גדולים מדברים בדברים גדולים (דברי תורה, או אידיאולוגיות ופילוסופיה, איש איש כתחום ידיעותיו); אנשים בינוניים מדברים על עיסוקיהם הפרקטיים; אנשים

קטנים מדברים על אנשים. ואבא - היה בעל אישיות דגולה.

- אבא היה איש חזון ומעש. מוסר העבודה של אבא היה חד וחלק והוא היה דייקן ומדויק, זוכר פרטי פרטים ובקיא בהם, מחשב כהרף עין וזריז במלאכתו, נאמן וישר דרך באופן שקשה לתאר. לא לשווא סמכו עליו עם כספים, שהרי יושרו היה מובהק.
- אבא היה בן יחיד, שנולד להוריו לאחר שנים רבות. בעת שפרצה השואה יכול היה אבא להינצל ע"י בריחה ביחד עם דודו ובן דודו (יחזקאל גרינפלד ז"ל מקרקוב). סבתי, אימו של אבא, ארזה לו תיק וביקשה כי יציל את עצמו. אבא החל ללכת במצוותה. אך מייד התחרט ואמר לעצמו "לא יעלה על הדעת שאני אציל את נפשי כשהוריי ילכו לאבדון". העקרונות גברו על האינטרס האישי, אבא סב על עקביו ושב להוריו. חסד עשה עימם הקב"ה אח"כ והם ניצלו עת שאבא והוריו גלו לסיביר ואח"כ לסמרקנד. אך החובה כלפי הוריו - קדמה לכל שיקול עצמי, אף בסיטואציה קיומית.
- בערבות הכפור ועבודות הכפיה - אבא סרב לעבוד בשכת אף במחיר של מאסר מפרך. כמי שניחן בידע מקיף ובתעוזה, הוא ידע לצטט מן הקונסטרויציה הרוסית, פנה לראשי השלטון וכתב לסטאלין, בהתעלם מהעדר הסיכוי לקבלת התייחסות לפניה של אסיר נידח הפונה לשועי עולם ועוד בעת מלחמה. הסתבר כי כשזועקים זעקת אמת מכל לב היא נשמעת - ובדרך נס פנייתו נענתה! אצל אבא החובה קדמה לכל שיקול. הקודש ניצח את החול - אף שם.
- שם, פגש אבא בכך עירו, בן הרב, כשהוא גווע מטיפוס. אבא הכניס אותו ל"צריף" שבו שהה עם הוריו ומשפחות נוספות, למרות שהיה חשש כי ידבק מהמחלה. אבא אמר: "לא אתן לחבר לגווע לנגד עיני - יהיה המחיר אשר יהא". ושוב, החובה שקדמה לכל שיקול עצמי - הניבה בסופו של דבר רק תועלת והתווספה למסכת הצלתו הניסית.
- כיבוד אב ואם של אבא נעשה בשלמות נפלאה. הדרך שבה אבא נהג בהוריו היתה לשם דבר. די היה לראות את החום, המסירות, הרבקות וההתבטלות העצמית של אבא כשהוא מטפל בהוריו, כדי להתמלא בהערצה. וגם בהקשר זה - הערכים קדמו לכל. לאחר נישואיו של

אבא, המשיכו הוריו לגור עימו, כל ימי חייו, כשהוא ואמא תבדל"א לא מחשיבים כלל שיקולים של פרטיות ונוחות. בהיות הוריו של אבא אנשים מבוגרים - לא עזבם אבא ולו ליום אחד. אם משמעות הדבר היתה שאבא לא יקח ולו יום אחד של חופש ביחד עם אמא (שנסעה להוריה בחו"ל), הרי שאבא פשוט לא היה זקוק מעולם לחופש שכזה. החובה עמדה מעל לכל. הרוח קידשה את החומר, שפשוט נכנע לה כלאחר יד.

- לאחר השואה, בעת שאנשים עשו לביתם, מסר אבא את נפשו להעלות יהודים לארץ הקודש. אבא היה מפקד מחנה פליטים בגרמניה ומראשי ארגון "הבריחה" באירופה שעסקה בעליה בלתי לגאלית לישראל. הציעו לאבא חיי רווחה בחו"ל אך אהבתו של אבא לארץ ישראל היתה מוחלטת, וערכים קדמו כאמור תמיד לאינטרסים אישיים. אכן, האהבה של אבא לארץ ישראל היתה גדולה. כל שעל שנבנה, כל פרח שפרח וכל כביש שנסלל - הרחיבו את ליבו. אבא ראה במולדת יהודית גם והתגשמות כל התקוות.

- בה בעת ובכל עת היה אבא עובד את ה' בכל לבכו נפשו ומאודו. "מאמין בחי העולמים וזורע". כאשר ה"חזון איש" ביקש להקים כנתניה בית ספר של "החינוך העצמאי" - היה אבא מן הראשונים לקבל את הדברים ושלח לשם את אחיי, גם כשבית הספר היה ממוקם בצריף עלוב ונדרשה הליכה של קילומטרים בדיונות של חול, כשאבא נושא את אחיי על גבו. אח"כ, כשהיה צריך לשלוח את שני אחיי לישיבת "הישוב החדש" בת"א ושכר הלימוד עלה כמעט כגובה משכורתו, אבא לא היסס לרגע. כי חובה קודמת לאינטרס אישי. זו דרכו. אחיי למדו בישיבת הרב עמיאל - ואבא עבד עבודות נוספות, כשהוא נוסע על אופניים, ובתקופה מסוימת אף נוסע מידי יום מנתניה לחדרה, כדי שיוכל לממן זאת. אכן, אבא זכה להעמיד דורות ישרים מבורכים, כשהוא רץ כצבי ומסר נפשו לחינוך בניו. אבא היה מחנך דגול, כאשר ראינו מידי יום דוגמא אישית - לערכים מופנמים ומוחלטים הקודמים לנוחות.

- בסוף ימיו היתה ההליכה מאוד קשה על אבא, ועם זאת אבא לא ויתר על שיעור של אחי יעקב או על שיעור שלי. גם כשהכרתו כבר התערפלה נצצו עיניו עם כל שיעור. אבא הגיע בחירוף נפש ובמאמצים

כבירים לכל שיעור. כך, למשל, כשאני נשאתי שיעורים בכמה וכמה מקומות בליל שבועות, האבא הזקן שלי - הלך עימי ממקום למקום, נושך שפתיים מקושי המאמץ - אך הערכים המוחלטים שקדמו תמיד לכל אינטרס אישי דחקו כל קושי, גם בשעות שכאלה. ואיך נראה שיעור כשאבא מגיע אליו במאמץ שכזה - אין צורך לומר!

14. אדם אינו מת אם יש לו המשך. עץ עם שורשים חיים ימשיך להניב גם אם חסר ענף. ברכת התורה מנוסחת במילים "וחיי עולם נטע בתוכנו". אבא האמין בחי עולמים זרע והשריש אהבת תורה, נטע אמביציה והחדיר אמונה ביכולותינו. שורשים אלו נשאו פרי וימשיכו איה להניב פירות. "ואביו שמר את הדבר" - אבא תיעד כל הישג. כל כתבה, כל דיפלומה, כל פרס וכל תג - תויקו, מוסגרו ונתלו בכותל המזרח בביתו. חלק מהישגים אלו הם ספריי בתחום המשפטי ("חברות ממשלתיות"; "מיסוי מלכ"רים"; "דיני ריבית"; "דיני הלוואות"; "התניית שירות בשירות" ו"ערבות בנקאית") ולהבדיל ספריי בתחום התורני ("גניבה וגזלה - פרקי יסוד, הוצאת מוסד הרב קוק"; "מאמרי אברהם"; "שיקול דעת ביחסי הלכה ומדע"; "ספיריטואליזם ויהדות"; "פמיניזם ויהדות"; "החיים בהלכה" ו"בטחון והשתדלות" - שהוקדש לאבא בחיי חיותו, זכה בפרס ירושלים לספרות והגות ולא היה מאושר מאבא באותו ערב) והמאמרים דלהלן שאותם כתבתי מתוך מטרה ברורה להביאם לאבא - ולראות אותו מסתיר חיוך קטן של נחת ושביעות רצון.

עם פטירתו של אבא ז"ל, שאלנו את עצמנו כמה וכמה פעמים: איך מנציחים את הדמות היקרה והנהדרת הזאת? טרם הגענו אל המנוחה והנחלה בענין זה, אך נראה כי יהא זה מן הראוי והנכון לעשות כן גם ע"י - אותם מאמרים עצמם.

אספתי, על כן, מלוא הטנא ממאמרים אלו ואני מקדיש ומקטיר אותם לאבא ז"ל, לעילוי נשמתו היקרה מנוחתה ערן, כדי להסב לו נחת רוח וכדי לכבדו, במותו כבחיו. משוכנע ומאמין אני בכל לב, כי גם כעת אבא מביט עלינו ממרום ורואה את הקולות.

15. חייו של אדם הם ספר.

סיפור חייו מורכב מפרקים שונים, שכל אחד מהם הוא עולם ומלואו, ומשקף נסיבות ומאורעות שונים. ברם, בסופו של דבר מתלכד הכל למזיגה אחת המשרטטת סיפור כולל, שהרי האדם עובר בחייו מנקודה לנקודה ומתווה קו, ביודעין ובלא יודעין.

ספר זה כמוהו כחייו של אדם. הוא מורכב ממאמרים שנכתבו בנסיבות שונות ובזמנים שונים. אבל, יש בהם מכנה משותף אחד, המשרטט רמות של שילוב בין חיי מעשה לבין כתיבה תורנית, שיוקדת בה אש היקוד. דמותו של אבא ז"ל היא הניצבת בליבת הדברים ושיטתו היא שמפכה בכל שורה ובכל אות. אכן "אב בדעת".

יהיו הדברים לזכרו ולעילוי נשמתו של אבא ר' משה אהרן ב"ר מרדכי אליעזר וינרוט ז"ל, שהוא מן האנשים שיש לומר עליהם בכל פה "חבל על דאבדין ולא משתכחין".

מבחינת המעיין, ספר זה פורש בפניו כתיבה בתחומים רבים ושונים המעוררים ענין, ואשר יש בהם מקום להתגדר ולהוסיף מן העניין - ושמא, לעיתים, אף מן החידוש.

יהיו נא הדברים לרצון.

אברהם ב"ר משה אהרן וינרוט

ר"ג, כ' בכסלו תשע"ג



חוזים וקניין

מקח כפוי*

1. משנה מסכת גיטין דף נ"ה ע"ב:
 לא היה סיקריקון ביהודה בהרוגי מלחמה
 (רש"י - "סיקריקון - עובד כוכבים רוצח, שנותן לו ישראל קרקע כפריון
 נפשו ואומר לו: שא קרקע זו ואל תמיתני")
 "מהרוגי מלחמה ואילך - יש בה סיקריקון"
 (רש"י: "הרוגי מלחמה - מלחמת טיטוס שהיתה בירושלים וביהודה")
 מקשה הגמרא:
 "השתא בהרוגי מלחמה לא היה בה סיקריקון, מהרוגי מלחמה ואילך יש בה
 סיקריקון" (כלומר, מטבע הדברים הוא, כי מעשי אלימות ושוד מתרחשים
 יותר בעת מלחמה מאשר לאחריה) ומישבת הגמרא:
 "אמר רב יהודה - לא דנו בה דין סיקריקון קאמר"
 (דהיינו, תופעות אלימות - היו גם היו. ואולם, הדין לפיו המקח בטל, ומי
 שקנה מן הגויים את הנכס האמור לא רכש מאומה, נקבע לכן ביחס לתקופה
 של "מהרוגי מלחמה ואילך")
 "דאמר רב אסי ג' גזירות גזרו" (הרומים - ו.א.): -
 גזירא קמייתא - "כל דלא קטיל לקטלוהו" (כלומר, גוי שנתקל ביהודי
 ואינו הורגו - מתחייב בנפשו)
 "מציעתא - כל דקטיל לייתי ארבע זוזי" (כלומר, גוי ההורג יהודי, יתנו לו
 פרס כספי. אין זו חובה להרוג, אך עדיין רואים זאת בעין יפה)
 "בתרייתא - כל דקטיל ליקטלוהו" (כלומר, משנהרסה יהודה ודוכאה, הפכו
 היהודים לנתינים רומיים, וככאלו נקבע כי המתנכל להם - חייב מיתה, כדין
 כל רוצח).
 "הילכך, קמייתא ומציעתא כיון דקטלי - אגב אונסיה גמר ומקני".
 (לאמור, בעת שתי הגזירות הראשונות, כשדם יהודים היה הפקר, וצל המוות
 ריחף על ראשו של אותו יהודי שאיימו להרגו, הרי שהוא היקנה בלב שלם
 את קרקעו לשודד, ושמא אף הודה בליבו, על כי שפר מזלו, וחייו לא ניטלו.
 כאשר קיים איום מוחשי ואמיתי על חייו של אדם, הוא מוכן איפא בלב
 שלם להקנות נכס - כדי להנצל.
 הדברים שונים כמובן, כאשר האיום אינו גמור).

* פורסם ב"מג"ל", המכון הגבוה לתורה, אוניברסיטת בר אילן, חוברת לשנת תשנ"ה.

"בתריתא אמרי - האידנא לישקיל, למחר תבענה ליה בדינא" (בעת שהשלטון תקין, חושב אותו אדם בליבו, כי משיוסר האיום, הוא יפנה בשעת הכושר הראשונה לרשויות וינסה לקבל חזרה את הקרקע. וממילא אין בכוונתו להקנות בלב שלם).

מסיבה זו נמצאת למד, כי כאשר מדובר באונם ממשי ואמיתי, הנגזל אכן מתכוון למכור את שדהו - המקח קיים, ומשום כך כאשר מכר הגוי את הקרקע לאחר, ודמיה עברו לבעלים הראשונים - יש בכך כדי ליצור קניין גמור. והשאלה הנשאלת היא, הכיצד? האם יתכן לומר כי מקום שבו המקח בוצע בכפייה, יש אכן גמירת דעת המועילה ליצירת קניין? והרי ברור כי בהעדר רצון מצד המוכר למכור אין מקח. האם "רצון" שהושג באיום מהווה רצון?

2. דיון בשאלה זו מצינו במסכת בבא בתרא דף מ"ז ע"ב: -

"אמר רב הונא, תליוהו וזבין זביניה זביני"

(רשב"ם: "מי שתלו אותו או עשו לו יסורין עד שמכר, וקיבל הדמים ואומר רוצה אני". "זביניה זביני - ולא יוכל חזור בו").

"מאי טעמא? כל דמזבין איניש, אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפילו הכי זביניה זביני".

(רשב"ם: רוב חפצים וכלי ביתו וטליתו, שאדם מוכר, אי לאו דאניס ודחיק במעות, לא היה מזבין, ואפילו הכי הוה זביניה זביני בעל כורחו, ואפילו לא גמר ומקני, שלא נתנה תורה חילוק במקח וממכר בין דברים הצריכים לו ומכרן, לדברים שאין צריכין לו, אלא כולהו קנה לוקח. והכי נמי, אע"ג דאניס מוכר, קנה לוקח, הואיל וקיבל דמים אע"ג דלא גמר ומקני" - ההדגשות הוספו).

כלומר, זוהי דרכו של מכר, שהבעלים נוקט בו ברוב המקרים, כתוצאה מאילוץ כלכלי, ואילו היו בידו דמים מספיקים - היה נמנע מלמכור. ואעפ"כ אם קיבל דמים - הוא מתרצה ומוכר. המניעים של המוכר אינם מובאים אף פעם בחשבון. ואין חילוק בין סוגי הממכר השונים, ואף מכר של נכס בעל ערך סנטימנטלי וכיו"ב, נחשב למכר - אם התכוונו ברצינות למכור אותו. הוא הדין אם כן, כאשר קיים אילוץ פיסה המכריח את הבעלים למכור. המניעים והשיקולים אינם נלקחים בחשבון. וכל שאנו בוחנים הוא: האם התכוון המוכר ברצינות למכור את הנכס.

וכאשר מאיימים באיום חמור על חייו של אדם, הוא אכן מוכן ברצינות למכור את הנכס, ועל כן - המכר חל.

3. דברים אלו נקבעו גם במסקנת הסוגיא ונלמדו מסברה: -
 "סברא הוא, אגב אונסיה גמר ומקנה".
 ומבאר הרשב"ם: "דמתוך יסורים גמר בליבו ומקני, הואיל ואיכא תרתי:
 יסורין ומתן מעות, דלא מפסיד מידי".
 מדברים אלו עולה, כי אין סתירה בין הכפיה, לבין הרצינות של המוכר,
 ומחמת האונס אדם מוכן למכור את הנכס במכירה גמורה שהוא מסכים לה
 ומבצע אותה באופן רציני ואמיתי.
 ואולם מדברי הרשב"ם עולה, כי הכפיה בכל זאת פוגמת במידת מה ברצינות
 המוכר בכוונותיו למכור, ונחוץ גם מתן מעות, כדי שהמוכר יסכים למכירה.
 הדברים מפורשים בתוספות שם, ד"ה "אמר רבא": -
 "ודוקא מכר, אבל מתנה תליוהו ויהיב - לא הוא מתנה".
 כלומר, בהעדר מעות - אין מקח כפוי נחשב למקח.
 ונשאלת השאלה: אם קיימת גמירת דעת מצד המוכר להנצל מן הייסורין
 ויהי מה, והוא מקנה את הנכס בלב שלם וברצינות, מהי הנפקות האם ניתנו
 לו מעות בתמורה למקח, אם לאו?
 והרי לא המעות הן ששכנעו אותו למכור, אלא הכפיה הפיסית. מדוע קיים
 אם כן הבדל, בין מצב שבו לאחר מעשה נתן לו האנס פיצוי כספי, לבין
 מצב שבו לא עשה כן? מדוע נקבע אם כן כי "תליוהו וזבין זכיניה זכיני"
 ואילו "תליוהו ויהיב - לא הוא מתנה"?

4. שאלה זו, ויישוב בצידה מצינו בחידושי ר' שמעון יהודה הכהן שקופ, על
 מסכת בבא בתרא סימן כז, באות ב': -
 "דבפשוטו הוא קשה להבין, דנימא דבמתנה לא גמר ומקנה, והלא ודאי
 איכא אומדנא דנח לו להנצל מאונס מיתה ויסורים בשביל דבר שנותן...
 אלא נראה דבאמת חשיב התרצותו כרצון. דהלא מתרצה ברצון מוחלט ליתן
 הדבר שכופין אותו עליו כדי להנצל מהייסורים?
 אכן, התרצות כזו אינה חשובה כרצון מוחלט, דאם נח לו לסבול היזק קטן
 יותר, מהיזק גדול, אין זה נחשב לרצון, דמכל מקום ליכו דוי ומתאונן על
 הפסדו. וענין הרצון הוא שיהיה נחשב בדעתו שטוב הדבר לפניו באמת.
 אבל מה שנח לו נזק קטן מנזק גדול אין זה רצון גמור, דשניהם רעים לו.
 ומשום הכי, כמתנה אף דניחא ליה, עדיין רעה והפסד לו שמפסיד חפצו בלא
 כל תשלום עליה, אבל במכירה שנותנים לו כל דמי החפץ, שאינו מפסיד
 כלום, אז אף שבלא הכפיה לא היה מתרצה למכור, מכל מקום עכשיו כדי
 להנצל מהאונס נחשב כרצון מוחלט דאינו מפסיד כלום".

5. כדי להבין את ההבחנה המוצעת ע"י ר' שמעון שקופ בין תליוהו וזבין לבין תליוהו ויהיב, נשתמש במושכלות יסוד ידועים, לפיהם יש לאדם רצון תודעתי ורציה, שאינה בהכרח תודעתית, ועל פי רוב היא ייצרית. כך למשל אנשים רוצים לדעת, ומבינים בתודעתם כי כדי לדעת יש צורך ללמוד, ואולם, הרצון – התודעתי – ללמוד, אינו מתבטא תמיד גם ברציה, והפעילות היום יומית מושפעת גם מגורמים לא תודעתיים. לא תמיד מושפעת הרציה מן הרצון התודעתי, ולא הרי הרציה כהרי הרצון. בדרך כלל, הרציה משתקפת בעת מעשה, ברגע הפעולה. הרצון לעומת זאת, מתבהר דווקא ברגע שאחרי הפעולה, כאשר מתפזר ערפל הרגשות ובא לידי ביטוי מה שטוב בעיני אותו אדם, ורצוי בעיניו – באמת.

6. בהתאם למושכלות יסוד אלו תובן האבחנה המוצעת ע"י הרב שקופ כדלקמן: הכפיה יוצרת רציה להעביר את הנכס לרשות האנס. כאשר אדם נאלץ לבחור בין יסורין או מוות לבין נכס מנכסיו – הוא מחליט באופן ברור ורציני להעדיף את חייו על פני הבעלות בנכס, והעברת הנכס נעשית מתוך רציה ברורה.

בענין זה אין הבדל בין מכר לבין מתנה.

ואולם, האם רציה זו גם משקפת רצון? האם ברגע שאחרי, כשתשכח עוצמת האיום וכאב היסורין, לא יהא ליבו של בעל הנכס דווי עליו? האם הוא אכן משלים עם מכירת הנכס או נתינתו, ורוצה בכך?

כאן יש הבדל בין מכר לבין מתנה. במתנה מוצא עצמו הבעלים ברגע שאחרי, בלא נכס ובלא דמים. במקרה זה גם אם היתה רציה בעת הפעולה, לאור נסיבותיה, הרי שליבו דווי, וברגע שאחרי מתברר כי רצון אין כאן. בכדי שתהיה גמירות דעת לא די ברציה, ונחוץ גם רצון. ובלשון הרב שקופ: – "וענין הרצון הוא שיהיה נחשב בדעתו שטוב הדבר לפניו באמת". לעומת זאת, כאשר מדובר במכר, הרי שברגע שאחרי, מוצא עצמו הבעלים בלי נכס – אך עם דמיו. ואדם מוכן לעשות הרבה, ומתפייס באובדן – כשבסוף היום

1 הבחנה זו מושרשת בתורתו של עמנואל קנט, המבחין בין רצון (Voluntas) לבין רציה (Arbitrium). הרציה היא שימוש מעשי ברצון. הרצון צומח מן התודעה. "מתוך תבונה טהורה אדם יודע, ומתוך תבונה שימושית הוא רוצה". ו"כשם שהרצון צומח מן התבונה, כן הרציה צומחת מן הרצון". אלא, שלא תמיד הרצון מוביל לרציה, וכאן באה לידי ביטוי תורת המידות.

יסודות אלו מצויים גם בהרדי קודש, כגון פרקים ב' ו-ו' ב"מסילת ישרים". לבחינת תורתו של קנט ראה: Kant Immanuel, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785). עמנואל קנט, הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (תרגום מ. שפט, ירושלים תרצ"ג).

מעות מפצות אותו על כך. גם במקרה של שוד, שהבעלים ניסה למנעו בכל דרך, משפיעה הביטוח בפיצוי כספי מלא, לא יחפץ בדרך כלל הבעלים, כי תמצא הסחורה וכי חלף הפיצוי הכספי של חב' הביטוח הסחורה תוחזר. ומכאן כי בגזע שאחרי, עת שנובט הרצון האמיתי, הפיצוי הכספי מפיס את דעתו של הבעלים והוא משלים עם הקניית החפץ - ורוצה בכך. משום כך, במכר, להבדיל ממתנה, הרציה משקפת גם רצון והמקח קיים.

7. רעיון זה מאפשר לנו להבין גם את המושג המופלא של "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני". הגמרא במסכת בבא בתרא, דף מח' ע"א, מביאה ברייתא לפיה מכיון שנח לו לאדם לשמוע לדברי חכמים, הרי שכאשר כופין אותו בית הדין ליתן גט, אין הדבר נחשב לגט כפוי ("גט המעושה") שהינו פסול. ההלכה היא כי לא ניתן לכפות אדם ליתן גט ויש צורך ברצונו. ובדין הוא כי "גט המעושה" (דהיינו גט שניתן בהעדר עשייה רצונית של הבעל) פסול, ואזי האישה נותרת אשת איש. נישואיה לאחריהם הם בגדר איסור חמור, וילדיה מאחריהם יהיו ממזרים. הדרך "להתגבר" על דין מפורש זה, במקום שבו מן הדין שהבעל יתן גט (כגון בעל שהינו מוכה שחין, והאישה אינה יכולה לחיות במחיצתו - כתובות דף עז' ע"א) נמצאה באמצעות: "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני". והדברים הם לפלא, האם אמירה זו מבטאת רצון? האם ע"י אמירת "רוצה אני" שהושגה בכפיה הוסר המכשול החמור של "גט המעושה"?

תוספות שם, בדיבור המתחיל "אילימא" מבהיר, כי על אף שלכאורה מתן גט דומה מבחינת מהותו למתנה כפויה, שהרי אין לנוותן הגט כל תמורה, יש כאן רצון שכן "כל דבר שהוא מחויב לעשות הוא כמכר". ולכאורה, אדרבה, ככל שהדברים נעשים מתוך חובה, שהביאה את בית הדין לנקוט באמצעי הכפיה, כן מתמעט עוד יותר הרצון העצמי לעשות פעולה זו. במה מקילה החובה שבדבר, מן הכפיה שקדמה לאמירת "רוצה אני"?

8. שאלה זו ויישובה מצינו ברמב"ם, הלכות גרושין פרק ב' הלכה כ': - "מי שהדין נותן שכופין אותו לגרש את אשתו, ולא רצה לגרש, בית הדין של ישראל בכל מקום ובכל זמן, מכין אותו עד שיאמר רוצה אני ויכתוב הגט והוא גט כשר..."

ולמה לא בטל גט זה, שהרי הוא אנוס...?

שאינו אומרים אנוס אלא למי שנלחץ ונרחק לעשות דבר שאינו מחוייב מן התורה לעשותו, כגון מי שהוכה עד שמכר או נתן, אבל מי שתקפו יצרו הרע לבטל מצווה, או לעשות עבירה, והוכה עד שעשה דבר שחייב

לעשותו, או עד שנתרחק מדבר שאסור לעשותו, אין זה אנוס ממנו, אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה: לפיכך, זה שאינו רוצה לגרש, מאחר שהוא רוצה להיות מישראל, רוצה הוא לעשות כל המצוות ולהתרחק מן העבירות, וייצרו הוא שתקפו, וכיון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני – כבר גרש לרצונו”.

והדברים קשים כגידים. האם אכן תשש יצרו הרע של האדם באמצעות מקל החובלים?

אכן, ההתעקשות שלא ליתן גט, בנסיבות שמן הדין לתיתו ובניגוד לדעת בית הדין מלמדת כי בעל זה שבוי בדעות ובמידות שאינן מהוגנות. כנגד כך יש מה לעשות ושערי תשובה לא ננעלו. ואולם, כיצד ניתן לשנות דעות ותכונות אלו באמצעות כפיה ליתן גט?

ובכלל, פעולה שמדין תורה היא תקפה רק כשהיא נעשית באופן וולונטרי ומרצון הייתכן להכשירה כשהיא נעשית בלא שישונה המעריך התודעתי של אותו אדם, ותוך אמירת “רוצה אני” שאינה משקפת רצון חופשי, ואשר הושגה בכפיה?

הכך תותר אשת איש זו לעלמא?

9. ואולם, בהתאם להסברו האמור של הרב שקופ, כפי שפורט והובהר לעיל, ניתן להבהיר את הסברו של הרמב”ם לתמיהות האמורות. כאמור, יש רציה ויש רצון. ובמקום שבו יש כפיה – מושגת רציה. בכך אין הבדל בין מכר, מתנה, ומתן גט. דא עקא, שנחוי רצון ולא די ברציה. בענין זה מבהיר הרמב”ם כי מקום שבו מוטלת חובה מוסרית על אדם, הרי שהוא רוצה כל העת, בתוך תוכו, למלא את חיוביו אלו. רצון זה נובע מרצונו להיות בן-ישראל, המקובל בחברה והפועל על פי הנורמות המוסריות החלות עליה. במישור הרצון – לא היה קושי מעולם. דא עקא, שרצון זה היה תודעתי ולכלל רציה לא הגיע, באשר הרציה היא לא תודעתית, והיצרים משפיעים עליה אף יותר מן התודעה. יצרים אלו הם שחוללו נתק בין הרצון הקיים לבין הרציה שהיא שנעדרה. משום כך מועילה כפיה בגט, ומועילה כפיה בכל דבר הנעשה מתוך קיום חובה מוסרית, שהרי הכפיה מועילה לחולל רציה, ורק רצון – אין להשיג באמצעי כפיה. מקום שבו יש רצון ורק הרציה נעדרת – מועילה הכפיה. ואכן, אם נפנה לבעל זה, ברגע שאחרי, משישקוט הסער הרגשי, נגלה כי הוא שלם עם מעשהו, וחש כי עשה את הדבר הנכון. נח לו כי כפוהו ליתן הגט ולקיים חובתו המוסרית. ומכאן כי רצון פעם בו – בלא כל קשר לכפיה. הכפיה חוללה בו רק – את הרציה. הגט ניתן איפא כשאמרת “רוצה אני” משקפת השלמה פנימית תודעתית עם הפעולה.

10. באור זה נתקל לכאורה בקושי, לאור סוגיית הגמרא, במסכת בבא בתרא דף מח' ע"ב: - "ואמר אמימר תליוה וקדיש - קידושיו קידושין".
ורשב"ם: "קיבלה קידושין (בכפיה - ו.א.). קידושיה קידושין, דדמי לזביני שמוכרת עצמה לזה".
"מר בר רב אשי אמר, באשה ודאי קידושין לא הוו, הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו עימו שלא כהוגן ואפקעינהו רבנן לקידושיה מיניה".
ורשב"ם: "במכר מודינא דהוו זביני. אבל גבי אישה תקון רבנן דלא ליהוו קידושין, דהוא עשה שלא כהוגן שהכריחה, לפיכך נעשה עימו שלא כהוגן - שלא כדין, דאע"ג דמן התורה ליהוו קידושין, רבנן עקרינהו..") נמצאת למד, כי גם ביחס לקידושין נאמר הדין של "תליוהו זובין זביניה זביני" והחולקים הסוברים כי הקידושין לא חלים נזקקים לשם כך לתקנת חכמים. ונשאלת השאלה: האם גם אישה שאנסו אותה להתקדש לפלוני רוצה בכך ברגע שאחרי? האם היא מתפייסת ומתרצה בפרוטת הקידושין? כיצד מתיישבת סוגיא זו עם באורו של הרב שקופ, לפיו כדי שיחול מקח, אין זה מספיק להתרצות, ואם הלב דווי אין קנין שכן "ענין הרצון הוא שיהיה נחשב בדעתו שטוב הדבר לפניו באמת". האמנם טוב הדבר לפני אישה זו באמת - להיות נשואה למי שהיא אינה חפצה בו כלל ועיקר ואשר אנס אותה להנשא לו?
11. ואולם דומה כי הבאור לכך מצוי בדברי הרשב"ם (שהובאו לעיל), בבא בתרא דף מז' ע"ב, דיבור המתחיל "דכל דמזבין איניש" המבאר: "שלא נתנה תורה חילוק במקח וממכר בין דברים הצריכים לו ומכרן, לדברים שאין צריכין לו..."
לאמור, ביחס לדיני הקניינים נקבעו כללים אחידים לבחינת גמירות הדעת, ולא נעשית כל הבחנה בין נשוא הקניין. אם לא היה נעשה כן, הרי שהיינו צריכים להבחין בין נכסים בני ערך סנטימנטלי, ונכסים שאינם כאלו, וכיו"ב אין ספור הבחנות, שביקשו להמנע מהן וליצור כלל אחיד. ממילא משנקבע כלל אחיד לפיו "תליוהו זובין זביניה זביני", הרי שגם כאשר נשוא הקנין - הינו האישה עצמה, אין מקום להבחנה, והמכר חל - לנוכח קיומה של גמירות דעת, בדרך כלל לגבי מכר שניתנת בו תמורה. מעתה מובן כי - כדי להוציא קידושי אישה מכלל זה, נזקקו איפא - לתקנת חכמים, לדעת מר בר רב אשי.
12. הבהרה זו מובילה אותנו לבחינת זווית נוספת של המקח הכפוי, הלא היא הסוגיה העוסקת ברכש כפוי.

ראינו כי "תליוהו וזבין - זביניה זביני", ולעומת זאת "תליוהו ויהיב - לא הוא מתנה", והבהרנו את ההבדל בין השניים. מהו דינו של: רכש כפוי ("תליוהו וקני")? ומכיון שראינו כי אחד הוא דינם של הממכרים השונים - ואף קידושין בכלל זה, הרי ששאלה זו מתיחסת גם למקרה של "תליוהו וקדיש", דהיינו כשכפו על הבעל לקדש אישה.

13. ברמב"ם בהלכות אישות, פרק ד' הלכה א' נפסק: -

"אין האישה מתקדשת אלא לרצונה, והמקדש אישה בעל כרחה אינה מקודשת, אבל, האיש שאנסוהו עד שקידש בעל כרחו הרי זו מקודשת". ההבדל בין המקרה שבו על הבעל לקדש, לבין המקרה שבו כפו על האישה להתקדש הובהר ב"מגיד משנה" שם: -
 "והטעם, דעד כאן לא אפקעינהו רבנן אלא כשנאנסה האישה מפני שאם היו הקדושין קידושין לא היתה יכולה להפקיע עצמה ממנו אלא ברצונה, אבל האיש הרי הוא יכול לגרשה בעל כרחה, והילכך הרי היא מקודשת".
 לאמור, באישה שאין ביכולתה להתגרש עפ"י רצונה, תיקנו חכמים כי הקידושין שנכפו עליה - לא יחולו. ואילו באיש שיכול לגרש מרצונו, לא נעשתה תקנת חכמים זו, ומשום כך נדון דין זה ככל שאר דיני הקנינים, ולדעת הרמב"ם "תליוהו וקני - מקחו מקח".

14. לעומת זאת בחידושי הרשב"א על מסכת קידושין דף ב' ע"ב מצינו: -
 "והאיש שאנסוהו לקדש, כתב הרמב"ם ז"ל קידושיו קידושין, והרב בעל העיטור ז"ל (מהדורת רמ"י ח"ב עמוד מא) כתב שאין קידושיו קידושין, דתלוהו וזבין אמרו, תלוהו וקני - לא אמרו. ונראין דברי הרמב"ם דאי אגב אונסיה גמר וזבין, כל שכן דגמר וקני".
 לאמור, הרשב"א מבאר כי מחלוקת הרמב"ם ובעל העיטור נעוצה בשאלה: האם תליוהו וקני - המקח קיים, אם לאו, לדעת הרמב"ם המקח קיים - ומשום כך קידושיו קידושין.
 לדעת העיטור - המקח לא קיים - ומשום כך קידושיו אינם קידושין.

15. והנה הרמ"א בהגהתו לשולחן ערוך חושן משפט סימן כ"ה סעיף י"ב פוסק כי על אף שתליוהו וזבין זביניה זבין: -
 "כל זה מיירי באנסוהו למכור, דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקנה, אבל אנסוהו לקנות, אינו קניין (בית יוסף בשם עיטור). דהיינו, הרמ"א פוסק כבעל העיטור, ולא כרמב"ם, וגורס כי "תליוהו וקני" - לא קנה. בהתאם לכך היה צריך להיות הדין כי גם תליוהו וקדיש - אין קדושיו קידושין.

דא עקא, שבשולחן ערוך אבן העזר סימן מ"ב, סעיף א' מובאת מחלוקת האם קידושין כפויים תופסים אם לאו, ומבאר החלקת מחוקק כי המחלוקת היא, האם תקנת חכמים לפיה מפקיעים קדושין אלו נוהגת רק לגבי כפיית אישה להתקדש ולא כלפי כפיית הבעל (כשיטת הרמב"ם), או שתקנת חכמים זו נוהגת ככלל בקדושין, בין שכפו את האישה ובין שכפו את האיש. ואולם, הרמ"א אינו פוסק חד משמעית כי, בין אם כן נבין אם כך, הקידושין לא חלים, שכן תליוהו וקני - לא קנה. והוא שותק בענין זה. הכיצד?

שאלה זו מוצאים אנו בחלקת מחוקק שם בסוף ס"ק (א'): -

"אני תמה מה שכתב הרב בהג"ה בחושן משפט סימן כ"ה סוף הסימן, אבל אנסוהו לקנות אינו קניין, והוא מדברי בעל העיטור, והדברים תמוהים דכאן משמע דאין חילוק בין קונה למקנה?"

כמו כן, שיטת הרמ"א לפיה "תליוהו וקני - לא קנה" טעונה באור כשלעצמה, שהרי לכאורה במקח זה לא מוצא עצמו הקונה ברגע שאחרי כשהוא נטול כל, ויש בידו נכס - השווה כסף, ואשר ניתן בדרך כלל גם להמירו חזרה לכסף, ואם כן יש בידו במה להתפייס, והדברים מקבילים לכאורה למכר, ולא למתנה. מדוע אם כן פסק הרמ"א כי תליוהו וקני - לא קנה?

16. האבני מילואים בסימן מ"ב ס"ק א', עוסק בסוגיה זו, ומציע יישוב לסתירה שמצינו בפסקיו של הרמ"א, וכדלקמן: -

"מיהו, לולי דברי הרשב"א נראה לענ"ד דאפילו נימא תליוהו וקני לא קנה, היינו משום דלקנות בעי רצון טפי, וכל שבעל כרחו לא קנה, אבל קידושי אישה אינו קנין לגבי בעל דנימא דלא קנה וכמו שכתב הרשב"א פרק קמא דקידושין (דף ו') גבי המקדש בהנאת מלווה...

וכיון דאין גופה קנוי לבעל ואין בקידושין כי אם שנאסרה על ידו לכל העולם, וכל כהאי גוונא אפי' ע"י אונס מהני... ומשום תליוהו וקני לית ביה כיון דאין אישה בתורת קנין לגבי בעל..."

לאמור, על אף שתליוהו וקני - אין המקח חל, הרי שבקידושין יחול המקח, מכיון שבסתם מקח צריך רצון רב יותר לקנות מאשר למכור, ומשום כך "תליוהו וקני - לא קנה", אבל באישה הדבר שונה, שהרי לא מדובר ממש במקח, אלא ביחוד האישה לבעלה. ואיסור לכל העולם הנעשה באמצעות מעשה קנין, בלא שבפועל גופה יהא קנוי לבעל, ובסוג כזה של קנין אין צורך ברצון רב יותר לקנות, ואין הכדל בין קניה לבין מכירה, מבחינת טיב גמירות הדעת הנחוץ.

17. והדברים תמוהים "אין יוצא ואין בא", מכמה וכמה בחינות:

א. מדוע נחוץ יותר רצון בקנייה מאשר במכירה?

עד כה הנחנו כי אין הבדל בין סוגי המקח השונים, מבחינת גמירות הדעת הנדרשת בהן, ובחנו את מידת ההשלמה עם המעשה, לאור נסיבותיו. בכל מצאנו הבחנה בין מכר לבין מתנה. ואולם בניגוד לרשב"א, הרי שבאבני מילואים מוצאים אנו כי בקניה נחוץ מלכתחילה יותר רצון מאשר במכר, ואף אם בקניה ובמכירה יש את אותה מידת רצון ורציה, רצון זה יעלה כדי גמירות דעת במכר, ולא יעלה כדי גמירות דעת בקניה, ונשאלת השאלה מהו ההגיון בכך?

ב. כמו כן, מה הנפקות של העובדה כי גוף האישה אינו קנוי לבעל? אם צריך גמירות דעת יתירה בקנין, כדי לקנות משהו, כמה משתנה דין זה, כאשר גוף האישה אינו נקנה לבעלה?

ג. הרי ראינו לעיל, כי אין נפקות מהו נשוא הקניין, ויש זהות בין דיני הקנינים לבין הדין ביחס לקדושין כפויים, וכדי לחרוג מכך יש צורך בתקנת חכמים. אם אין תקנה זו נוהגת לגבי כפיית הבעל לקדש, הרי שהדין הוא כי אין הבדל מבחינת גמירות הדעת בין תליוהו וקני לבין תליוהו וקדיש, כיצד מחלק איפא האבני מילואים בין השניים?

18. בטרם שנפנה ליישב קושי זה, מן הראוי לשים לב לדין נוסף שנפסק בסוגיה זו.

בטור חושן משפט סימן ר"ה נפסק כדלקמן: "מי שאנסוהו למכור, ומכר וקיבל הדמים הרי זה מכר, בין במקרקעין ובין במטלטלין, דאגב אונסיה גמר ומקנה, אלא שהרבינו יונה חילק דבקרקע אפילו לא נתן לו כל שוויו, לפי שאין אונאה לקרקע, אבל מטלטלין, כיון שיש בו אונאה עד כדי ביטול מקח, אין כאן תורת מקח..."

לאמור, הטור מביא להלכה את שיטת ר' יונה, המחלק בנשואי המקח הכפוי ומבחין בין מקרקעין למטלטלין. למטלטלין יש שווי שוק הנקבע ע"י היצע וביקוש כוללים, ומכיון שכך יש בהם דין "אונאה" והמקח בטל אם המוכר לא היה מודע למחיר השוק ומכר בפחות מאחוז מסוים (1/6) ממחיר זה. לעומת זאת בקרקע אין שווי שוק ושוויה הינו ענין סובייקטיבי יותר, וממילא אין בה דין של "אונאה".

כתוצאה מכך מסיק הר' יונה כי בקרקע יכול המקח הכפוי להתקיים גם אם הדמים שניתנו ע"י הגולן לבעלים נופלים משוויה של הקרקע כיותר מ-1/6, שהרי בניגוד למטלטלין, בקרקע אין דין אונאה.

19. והדברים תמוהים ביותר. דין אונאה נאמר ביחס למצב שבו היתה גמירות דעת למכור את הנכס, והשאלה היא האם גמירות דעת זו אינה נפקעת, כתוצאה מן הטעות שהתגלתה לאחר מכן בשווי העסקה, ואשר לא היתה ידועה בעת ביצוע העסקה.

ואולם, ביחס למקח כפוי, הרי שהדברים ידועים כבר בעת ביצוע העסקה. השאלה במקרה זה אינה האם נפקעת גמירת הדעת למכור, כתוצאה מגילוי הטעות. אלא האם נוצרה מלכתחילה גמירות דעת, מחמת ההשלמה עם הכפיה שאותה משיגים באמצעות התשלום. בנסיבות אלו, כדי ש"ברגע שאחרי" ישלים אדם עם המכר וירצה בו, עליו לקבל תמורה הוגנת, שתפיס את דעתו. אם מדובר בסכום שאינו עומד בשום יחס לשווי הנכס, הרי שאף אם אין דין אונאה בקרקעות ולא מפקיעים גמירת דעת כתוצאה מטעות בשווי, הרי שמכל מקום שאין אפשרות לומר כי הסכום הזעיר ששולם יצר גמירות דעת וכי הבעלים רוצה בדיעבד במקח. כשאין סכום הוגן שניתן להניח באמצעותו את דעת המוכר - כיצד נוצר מלכתחילה הרצון במקח כפוי?

ודוק, בהעדר אונאה בקרקע חל לכאורה המקח לדברי הר' יונה אף אם הגולן נטל קרקע בשווי רב ושילם עליה בשווה פרוטה. בהתאם להסברו של הרב שקופ, כיצד נאמר ביחס למצב זה, כי קיים רצון וכי "נחשב דעתו שטוב הדבר לפניו באמת"?

וכי יתכן לומר כי ברגע שאחרי רצה אדם באמת במקח שכזה, בו ניטל ממנו נכס יקר וניתנו לו בתמורה פרוטות אחדות?

כמו כן יש לתמוה: אם התשלום הוא היוצר את המקח, ואת ההתרצות למכור, מהי הנפקות בין מקרקעין למטלטלין, במה שונה היא ההתרצות בזה מבזה?

20. כדי להבין סוגיה זו, מן הראוי להידרש למושכלות היסוד ביחס למרכיביו של המקח.

ב"חזון איש" חושן משפט סימן כ"ב, מוצאים אנו בשם אביו של החזון איש כדלקמן: -

"כלל גדול יהיה לך בקנינים, דעיקר הקניין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקיים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר רק ע"י הקנינים המפורשים מן התורה או מחז"ל. ודוק היטב בזה והפוך בה, דכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כן".

לאמור, כל משמעותו של מעשה הקניין הינה להראות בעלות על הנכס. אדם הנוהג מנהג בעלים בנכס בנוכחות הבעלים הקודמין, יוצר באמצעות מעשה זה גמירות דעת להקנות את הנכס.

ובאמת, כל תכליתו של מעשה הקנין הדרוש כדי לחולל מקח, הינו ליצר גמירות דעת של הבעלים למכור. ואין במעשה הקנין דבר לבד מיצירת גמירות דעת של הבעלים למכור. משום כך, מקום שבו קיימת גמירות דעת אף בלא מעשה קנין (כגון ביחס לממון המובטח ע"י בני זוג במסגרת קידושיהם, אשר לגבינו מצינו במסכת קידושין דף ט' ע"ב: "הן הן הדברים הנקנים באמירה") - אין צורך במעשה קנין כדי ליצור את המקח.²

21. ואולם, מסקנה זו של ה"חזון איש" אינה מקובלת על אחרונים רבים³ והיא נסתרת לכאורה מכמה וכמה סוגיות בש"ס. כך למשל מן הסוגיה במסכת בכורות דף י"ג ע"ב בו מובאת דעתו של ר' יוחנן (שגם נפסקה להלכה) לפיה: -

"דבר תורה מעות קונות, משיכה לא אהני. "לעמיתך" ("וכי תמכרו ממכר לעמיתך", ויקרא כ"ה-מא) - לעמיתך בכסף, לעובד כוכבים במשיכה. כלומר, קיימת גזירת הכתוב, לפיה עכו"ם קונה נכס רק במשיכה, וישראל קונה נכס זה רק באמצעות כסף. והנה, אם אין משמעות כלשהי למעשה הקנין כשלעצמו, לבד מיצירת

2. וראה ש. אלבק, דיני ממונות בתלמוד (דביר תשל"ז) פרק שלישי, עמ' 114: "גמירות דעת בלבד בלי מעשה קנין גומרת את הקנין, ואילו מעשה בלי גמירות דעת אינו מועיל ואינו גומר את הקנין". לדבריו אין מעשה הקנין מסמל את גמירות דעת הצדדים, אלא עשייתו היא שגומרת את דעתם שלא יחזרו בהם. כמו כן ראה אברמסקי: דיני ממונות (הגדרת סוגיהם) (לונדון תרצ"ט) לעומת זאת ראה דעתו של ד"ר ש. ורדפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, (מכון הרי פישל ירושלים, תשל"ז) עמ' 2, לפיה "גמירת הדעת אינה שלמה ומוגמרת בהסכמת הצדדים בלבד, אלא אם היא באה לידי גילוי נוסף ע"י פעולת הקנין. הקנין הוא חלק אינטגרלי של גמירות הדעת". בדומה לכך ראה: ש. פרידמן "הנאה וקנינים בתלמוד" דיני ישראל כרך ג' (תשל"ב) עמ' 115-145, ולעומתו ראה את גולאק, יסודי המשפט העברי, שער ראשון (דביר תשכ"ז) 56-85. וראה גישתו של פרופ' ס. דויטש המבדיל בין קניינים לבין התחייבות, כאשר בהתחייבות די ביסוד ההסכמה היא גמירות הדעת, בעוד שבקניינים יש צורך גם ביסוד פיזי (צורה) של "מעשה קנין" ראה: ס. דויטש, גמירת דעת בהתחייבות במשפט העברי", דיני ישראל ג' (תשל"ב) של "מעשה קנין" ראה: ס. דויטש, גמירת דעת, שנתון המשפט העברי, כרך ו-ו (תשל"ט תשמ"ג) 71.

3. כך למשל ב"מערכת הקניינים" לרב שמעון שקופ סימן ב' ד"ה "אכל אף להרשב"א", בכל הנוגע לקנין "מעכשיו ולאחר ל" הרב שקופ מבאר כי מעשה הקנין נדון כיחידה בפני עצמה, הפועלת את פועלה אף בטרם שיוחל תקפו של המקח. בסוגיה זו מוצאים אנו כי מעשה קנין יכול להסתיים אף לפני שנשוא הקנין הגיע לבעלות המוכר, וכאשר מעשה הקנין בודאי שלא שווה במנהג בעלות הנכס, ומשמעותו של מעשה קנין המתחיל לחול רק לאחר ל' יום, חורגת ממעשה היוצר גמירות דעת בלבד. ומכאן כי יש משמעות למעשה הקנין - כשלעצמו, כחלק מן המקח.

גמירות דעת, מהי הנפקות בין ישראל לבין עכו"ם?
וכי שונים הם הנהגים בעולם העסקים והדרכים המקובלות בו בכל ענף
וענף לשם יצירת גמירות דעת, בין מקרה שבו המוכר הוא יהודי לבין מקרה
שבו המוכר הוא עכו"ם?

22. מגזירת הכתוב זו, ומסוגיה זו ככלל עולה לכאורה בכירור, כי המקח מורכב
משני גורמים נפרדים.

המרכיב האחד הוא: מעשה המקח.

המרכיב השני הוא: גמירות הדעת.

באשר למעשה המקח יש נפקות אף מעבר לצורך ליצור גמירות דעת. ומשום
כך גם במקום שבו נוצרה גמירות דעת, אם נעשתה פעולה שאינה עולה כדי
מעשה קנין הראוי לאותו נכס ולאותו מקנה - לא נוצר מקח. גמירות הדעת
אינה תחליף למעשה קנין ואלה שני גורמים נפרדים, המצטברים יחדיו
ליצירת המקח. והצורך במעשה קנין הינו פרי גזירת הכתוב, ומשום כך יש
הבדל בין ישראל לבין עכו"ם.

23. הבחנה זו בין גמירות הדעת, שאין בילתה לשם יצירת מקח, לבין מעשה
קנין המהווה מרכיב נפרד הנחוץ כגורם בפני עצמו לשם יצירת המקח,
ואשר בלעדיו לא יכון המקח גם במקום שבו יש גמירות דעת, עשויה לסייע
בידינו להבין את משמעות דבריו של רבינו יונה בטור חושן משפט סימן
כ"ה וכדלקמן:

רבינו יונה לא התייחס כלל ועיקר למישור גמירות הדעת. ביחס למישור זה,
נאמנים אנו לביאורו של הגר"ש שקופ, לפיו נחוצים דמים בשיעור מספיק
כדי שברגע שאחרי המקח הכפוי יוצר רצון לקיום המקח. מדברי רבינו
יונה אין להסיק איפא את החידוש המופלג כי אף קרקע השווה הון רב אשר
ניטלה בכפייה תוך תשלום של שווה פרוטה בגינה, נקנית לגזלן. אם אין
שווי שדי בו כדי שהמוכר יתרצה ברגע שאחרי, אין רצון, ובהעדר גמירות
דעת - אין מקח⁴.

ואולם רבינו יונה מתייחס למישור השני של המקח - לפיו נחוץ מעשה קנין

4 ויושם אל לב, אף במקום שבו יש שווי שוק לנכס, ברור כי הבעלים רשאי למכור את
הנכס בפחות משיעור אונאה - כאשר הוא מודע לשווי השוק, ומחליט מטעמיו הוא
למכור בזול. הרצון אינו בהכרח תוצאה מתשלום דמים - בשווי השוק.
במקרה דנא התעורר הדין של אונאה רק ביחס לשאלה, האם במצב של מקח כפוי ניתן
לומר כי היה מעשה קנין - אף כאשר לא ניתנו דמים בשווי השוק של הנכס. ואולם
גמירות דעת והתפיסות בדמים - עשויה להתרחש אף בפחות מדמי אונאה.

ולא די בגמירות דעת. משום כך, אף כאשר ניתנו דמים בשווי מספיק כדי שברגע שאחרי הבעלים יתפייס וישלים עם המקח, כך שנוצר רצון וקיימת גמירות דעת, עדיין אין לנו מעשה קנין. שהרי כדי לקנות את הנכס נחוצה פעולת הקניה של דמים - בערך מקביל לשווי הנכס ("כסף שיווי"), וכאשר אין תשלום מלא של דמים בשיעור השווי של הנכס, הרי שלכאורה אין כאן מעשה קנין ומשום כך המקח בטל.

מקרה זה מתייחס איפוא למצב שבו שולמו די דמים כדי ליצור גמירות דעת ברגע שאחרי, אך הדמים ששולמו חורגים משיעור אונאה, ואם כן אין כאן די דמים ליצור מקח באמצעותם. ביחס לכך מבדיל רבינו יונה בין קרקע לבין מטלטלין, כאשר במטלטלין אכן הדמים הם דמי שיווי ואם ניתנו כספים בשיעור החורג מדין אונאה, אין מעשה קנין והמקח לא חל. לעומת זאת, בקרקע שבה אין דין אונאה, והדמים אינם "כסף שיווי" המקח קיים אף אם מעשה המקח נעשה באמצעות תשלום דמים החורגים משיעור אונאה.

24. הבהרה זו פותחת צוהר חדש להבנת פסקו של הרמ"א, המבחין בין "תליוהו וזבין" לבין "תליוהו וקני", ועם זאת מבחין בין "תליוהו וקני" לבין "תליוהו וקדיש" כאשר לכאורה השוני היחיד ביניהם הוא בנשוא המקח - דבר שאינו מהווה מרכיב היוצר שוני בסוגיא דנא. ואכן, מן הזווית של גמירות דעת, אין להבחין בין תליוהו וזבין לבין תליוהו וקני, וכמו כן אין מתחשבים בנשוא המקח. בכל המקרים הללו, יש בידינו תבנית אשר במסגרתה נוצר רצון ברגע שאחרי, ביחס לרוב נשואי המקח השונים.

העובדה כי במקרה הספציפי הנדון מדובר בקידושי אישה או בנכס סנטימנטלי, או בנכס שכפו על אדם לקנותו ואין אפשרות להמירו בנכס אחר או בשווה כסף, אינה יכולה לשנות מן הכלל הקבוע בענין זה בדיני הקניינים, שכן "לא נתנה תורה חילוק במקח וממכר" (וכלשון הרשב"ם בסמכת בבא בתרא דף מ"ז ע"ב).

25. ואולם במישור מעשה הקניין, הרי שהמציאות עצמה גוזרת קיומו של הברל מהותי ברור, וכדלקמן:

במכר כפוי, הגזלן נוטל בכפיה את הנכס, ואולם אח"כ כאשר הוא משלם לבעלים את דמי הנכס, הבעלים נוטל את הכסף ברצון גמור. במקרה זה יש בפנינו מעשה קנין רצוני, כאשר המקח נוצר באמצעות קבלת דמי הנכס. השאלה היחידה שהתעוררה היתה על כן במישור גמירות הדעת. לעומת זאת, ברכש כפוי, הגזלן נוטל את הכסף מן הנגזל - בניגוד גמור לרצונו של הנגזל. ולאחר מכן הוא "מפצה" את הנגזל בכך שהוא נותן לו

נכס מסוים - שאף בו אין הנגזל רוצה, שכן זהו נכס שאינו נחוץ לו ואינו רצוי בעיניו. במקרה זה, אין לנו ולו פעולה אחת הנעשית כאקט רצוני של הנגזל ואשר באמצעותה נוכל לומר כי נעשה כאן מעשה קניין. ביחס ל"תליוהו וקני" מתעורר על כן קושי, לא רק ביחס למישור גמירות הדעת (שלגביו ניתן לומר כי ברגע שאחרי מצוי בידי "הקונה" נכס שהוא מתרצה בו והיוצר בליבו רצון וגמירות דעת), אלא גם ביחס למישור של קיום מעשה קניין. משום כך, פוסק הרמ"א כי אף ש"תליוהו וזבין" זכינה זכינה הרי שתליוהו וקני - לא הוי קנין - בהעדר קניין⁵.

26. לעומת זאת, שונים הם לחלוטין פני הדברים ביחס לקידושי אישה. בקידושי אישה אין הפרוטה הניתנת לה מהוה כסף שווי, ולמעשה מדובר בייחוד של האישה לבעלה ואיסורה לכולי עלמא הנעשה בדרך של מעשה קניין. ואולם, ברור כי האישה אינה קנויה לבעלה וממילא הכסף הניתן לה אינו כסף שיווי. ומכיוון שכך אין צורך במעשה קניין במובנו הרגיל של מונח זה, ודי בגמירת הדעת. ודוק, הבעל שעליו כפו את קידושי האישה האמורה, גם אינו מתנגד למתן שווה הפרוטה, אלא - לעצם הקדושיין. וממילא לא ניתן לומר כי הפרוטה נלקחה ממנו בכפיה, בדומה לתליוהו וקני וכי אין בפנינו מעשה קניין. משום כך, אף אם במישור גמירות הדעת אין לחלק בין מושאי הקניין השונים, הרי שבמקרה של קידושי אישה קיים הבדל מעשי במישור מעשה הקניין שבפנינו, הן ביחס למהותו והן ביחס לעצם קיומו בתליוהו וקדיש. מכיון שכך פוסק הרמ"א כי על אף שתליוהו וקני - אינו קניין בהעדר מעשה קניין רצוני, הרי שתליוהו וקדיש - מקודשת, באשר במקרה זה לא קיימת הבעיה האמורה⁶. בכך

5 הרמ"א פוסק בענין זה כבעל העיטור, ובניגוד לדעת הרמב"ם והרשב"א, אלו גורסים ככל הנראה כשיטת ה"חזון איש" לפיה אין במעשה הקניין דבר לכד מיצירת גמירות הדעת, ומשום כך, מכיון שבהקשר של גמירות הדעת אין לחלק בין סוגי התמורה שבידיו (כסף או נכס) "הרי שאין חילוק בין תליוהו וזבין ותליוהו וקני. בשני המקרים יש רצון ברגע שאחרי, היוצר גמירות דעת - ובכך די, ואין צורך במעשה קניין כגורם בפני עצמו.

6 עם זאת, קשה לומר כי זוהי אכן כוונת האבני מילואים עצמו, בסימן מ"ב ליישוב פסקיו של הרמ"א, שהרי האבני מילואים בסימן כ"ט ס"ק (ב) גורס כי אף כסף הקניין בקידושי אישה מהווה כסף שיווי (דבר מופלא כשלעצמו). ואולם, דומה כי אף אם מדובר בכסף שיווי, מכיון שברור כי אין המדובר במעשה קניין ככל הקנינים, שהרי המעשה אינו פועל מקח, אלא מחיל דינים, יתכן לומר כי די בגמירות דעת אף שאין מעשה רצוני כלל. ושמא לכך מכוונים דברי האבני מילואים בסימן מ"ב בהתייחסו לרמ"א. כמו כן ראה בענין זה גם דברי הסמ"ע והט"ז המובאים ע"י האבני מילואים בסימן כ"ט.

מתיישבת אם כן תמיהת ה"חלקת מחוקק" באבן העזר סימן מ"ב סעיף א' ס"ק (א) על שיטת הרמ"א.⁷

27. המורם מן האמור לעיל הינו כדלקמן: -

שניים הם מרכיבי המקח: המעשה וגמירות הדעת. כדי ליצור מקח צריך לפחות מעשה רצוני אחד, בשעת מעשה. לעומת זאת גמירת הדעת משקפת השלמה עם המקח. במישור גמירות הדעת קיים רצון, וקיימת רציה. הרציה היא החלק החושי והמעשי של הרצון, הפועל בשעת מעשה. הרצון לעומת זאת, הוא תודעתי, והוא בא לידי ביטוי דווקא ברגע שאחרי. להבחנות אלו השלכות רבות בסוגיית המקח הכפוי, וכדלקמן:

1. הכפיה מועילה ליצור יצירה חושית בשעת מעשה. בכך אין הבדל בין תליוהו וזבין לבין תליוהו ויהיב.

ואולם, כדי ליצור רצון - ברגע שאחרי, מן ההכרח שיהיה לנגזל כמה להתפייס, אם הוא מקבל ממון - נוצר רצון ברגע שאחרי, ואם לאו - אין רצון. משום כך "תליוהו וזבין - זביניה זביני, ותליוהו ויהיב - לא הוי מתנה.

2. מקום שבו מוטלת על אדם חובה מוסרית, הרי שבמישור התודעתי ובתוך תוכו - מפעם הרצון כל העת, מכיון שאדם חפץ למלא את חיוביו המוסריים ולפעול עפ"י הנורמות המקובלות. ואולם, רצון תודעתי זה לא בא בכל מקרה לידי רציה חושית. במישור הרציה, להבדיל ממישור הרצון, מועילה הכפיה. משום כך כאשר יש מצווה לגרש, מועילה כפיית בית דין "עד שיאמר רצה אני", שהרי הרצון לא נוצר באמצעי כפיה אלא היה קיים כל העת, והכפיה רק יצרה רציה שתהא זהה לרצון, תוך שהיא משחררת את האדם האמור מכבלים המונעים ממנו להביא את רצונו לידי רציה. משום כך מובן מדוע גט שניתן בנסיבות אלה אינו "גט המעושה".

3. במישור גמירות הדעת אין להבחין בין מושאי המקח השונים. ומשום כך תליוהו וזבין זביניה זביני - גם כשהנכס הינו בעל ערך סנטימנטלי. היציבות והאחידות מחייבים כי בכל מקום שבו פעל המקח בהתאם לתבנית מסוימת, חל הקניין.

משום כך מובן כי כדי לקבוע כי בקדושי אישה שנעשו תוך כפייתה להתקדש, לא חל הכלל בדבר תליוהו וזבין, נחוצה תקנת חכמים.

7 וראה הסברו של הרב י.ז. גוסטמן "קונטרס שיעורים" סימן ג', הנוקט בגישה שונה לגמרי ומבאר את דברי הרמ"א בהתאם לשיטת המאירי בקידושין דף ב' ע"ב.

4. המחלוקת האם תליוהו וקני חל המקח אם לאו, נובעת מן השאלה האם במקום שבו קיימת גמירות דעת ניתן לוותר כליל על פעולה רצונית שתעלה כדי מעשה קנין, אם לאו. אכן, במישור גמירות הדעת אין להבדיל בין תליוהו וזבין ותליוהו וקני, שהרי ברגע שאחרי מצוי בידי הנגזל חפץ או דמים שבהם יוכל להתפייס, ואנו לא מבחינים בין סוגי התמורה, כפי שאין מבחינים בין מושאי הקנין השונים. התבנית שבה נוצרת גמירות דעת - קיימת בשני המקרים, ואולם, בעוד שבתליוהו וזבין נעשתה פעולת קבלת המעות ע"י הנגזל - מרצון חופשי וגמור בשעת מעשה, הרי שבתליוהו וקני אין ולו פעולה אחת בשעת מעשה, שנעשתה מרצון חופשי ובלא כפיה. מעשה קניין כגורם העומד בפני עצמו במקח - אין בנסיבות אלו. (משום כך גורס העיטור וכמותו פוסק הרמ"א, כי המקח לא חל בתליוהו וקני). הרמב"ם והרשב"א חולקים באשר לדעתם די בגמירות הדעת שנוצרה ברגע שאחרי. שיטה זו מובנת לפי הסברו של החזון-איש, כי אין במעשה הקנין אלא יצירת גמירת הדעת.
5. בהתאם לשיטת העיטור והרמ"א לפיה נחוץ מעשה קנין רצוני - מלבד גמירת הדעת שנוצרת ברגע שאחרי, מובנת היא גישתו של רבינו יונה המובא בטור, חושן משפט סימן כ"ה.
- מקום שבו נחוצים דמים בשווי הנכס כדי ליצור באמצעותם מעשה קנין, הרי שאף אם ניתנו דמים בשיעור המספיק ליצור גמירת דעת ברגע שאחרי המקח הכפוי, הרי שהמקח לא יחול, מחמת פגם במעשה הקנין - אם ניתנו דמים בשיעור החורג מדין אונאה, זהו על כן הדין ביחס למקח כפוי במטלטלין.
- לעומת זאת, במקרקעין שבהן אין דין אונאה, הטעם לכך הוא בהעדר שווי שוק לקרקע, אין למצוא חסרון במעשה הקנין מן הטעם שהוא חורג מכסף שיווי, וכל סכום מהווה כסף שיווי. משום כך, חל המקח אף שניתנו דמים בשיעור החורג מדין אונאה - ובלבד שמדובר בכספים בשיעור המספיק ליצור רצון ברגע שאחרי.
6. כאשר כופין את האיש לקדש, הרי שאף הרמ"א אינו חולק כי "המקח" קיים והקידושין חלו, וזאת בניגוד לגישתו ביחס לתליוהו וקני, וזאת מכיון שבקידושי אישה הכסף אינו מבטא את שווי האישה. ככלל, אין זה מעשה האמור ליצור מקח אלא מעשה המחיל דינים שונים. במקרה שכזה לא חלים הכללים המחייבים לשיטת הרמ"א מעשה קניין כגורם העומד בפני עצמו, וכפעולה רצונית החייבת להתקיים בשעת המקח. ממילא, אין לפסול את המקח הכפוי מפאת החיסרון במעשה

הקנין המתבטא בעת מתן הפרוטה לאישה. מה עוד, שאת הפרוטה מוכן המקדש ליתן אף מרצונו, וכל התנגדותו היא לתוצאות המעשה. דבר המעיד כי מדובר במעשה רצוני העולה כדי מעשה קנין וכל הנדון הוא: גמירות הדעת. וביחס לגמירת הדעת הכלל הוא שאין להבדיל בין מושאי הקנין השונים, ונוצרת רציה ברגע שאחרי מקום שבו יש תמורה. זהו איפוא ההבדל בין תליוהו וקני לבין תליוהו וקדיש, בהתאם לשיטת הרמ"א.

תוצאות בטלותו של סעיף התחייבות למתן גט בהסכם גרושין*

ראשי פרקים

- א. מרכיביו של הסכם גרושין טיפוסי
- ב. קנין למחצה
 1. בהקניית ממון ובקידושין
 2. פגם בגמירות הדעת
- ג. ניתוק בין סעיפי ההסכם
- ד. חילוק בין הקנייה לשניים לבין הקניית שני פריטים
 1. גמירות הדעת לגבי פריט אחד מגלה את היחס לפריט השני
 2. כיצד ניתן להציל סעיף אחד כאשר למשנהו חסרה גמירות דעת?
- ה. קצוה"ח: בקנין למחצה הפגם הוא במעשה הקנין
 1. מיגו דלא קנה זה, לא קנה זה
 2. בשעת חתימת ההסכם לא היה פגם במעשה הקנין
- ו. אבחנה בין בטלות הסעיף לכתחילה לבין בטלותו לאחר זמן
 1. העדר תחולה מלכתחילה פוגם בשאר הסעיפים
 2. נוב"י: בטלותו של סעיף אינה פוגמת בשאר אם הוא יחול בעתיד
- ז. מסקנות הדיון בשאלת קנין למחצה
- ח. תוקפה של התחייבות ליתן גט
 1. מחלוקת הרמ"א ובית-שמואל
 2. צריך לוותר על ההתחייבות כדי למנוע גט מעושה
 3. הקשר בין סעיף ההתחייבות לבין הקנס על אי קיומו
 4. סיכום
- ט. הסכם גרושין המקבל תוקף של פסק דין
- י. בטלותו של הסכם גרושין עקב אי מתן הגט
 1. אנן סהדי שמתן הגט הוא תנאי בסיסי בהסכם
 2. אף אם צריך גלוי דעת, אין צורך בתנאי מפורש
 3. הצד המסרב לגט מנוע מלטעון לבטלות ההסכם
- יא. תנאי למקח או מועד לתחולתו
 1. לביטול מעשה שכבר נעשה יש צורך בתנאי

* פורסם ב"תחומין" כרך י"ד, תשנ"ד.

2. הסכם גרושין מקבל תוקף רק מעת נתינת הגט
3. לביטול תוספת כתובה כשלא חלו נישואין אין צורך בתנאי
4. מתי מקנה אדם לחתנו נכסים?
- יב. בקדושין לאחר זמן, שנתבטלו - למי שייך כסף הקדושין?
 1. מחלוקת הרא"ש והר"ן
 2. כשהאשה חזרה בה, היא מנועה מלטעון לבטלות הקדושין
 3. אבחנה בין קדושין לאחר זמן לבין קדושין המותנים בארוע
- יג. האופן שבו הסכם גרושין יקבל תוקף מידי
- יד. כיצד מעניקים להסכם גרושין מעמד אוטונומי שאינו תלוי במתן הגט?
 1. קביעת מועדי תחולה נפרדים לכל סעיף
 2. הכללת סעיפי תשלום וחלוקת רכוש
- טו. בטלות הגט עקב בטלות הסכם גרושין
 1. גט בטל רק בתנאי מפורש
 2. ב"ח: גם גלוי דעת מועיל לבטל גט
 3. גם לדעת הב"ח צריכים אומדנא דמוכח
 4. מחלוקת ברעת התוס' אם צריכים אומדנא דמוכח
 5. מה נחשב בהסכם גרושין כאומדנא דמוכח?
 6. בעצם מתן הגט יש משום ויתור על קיום ההסכם
 7. ממון אינו אומדנא דמוכח לביטול הגט
- טז. סיכום ומסקנות



א. מרכיביו של הסכם גרושין טיפוסי

הסרוב ליתן גט, בניגוד להסכם, מעורר שאלות חמורות ביותר, במסגרת הסוגיות של "גט מעושה"¹, "אסמכתא" ואף הסוגיא של "שמא עיניה נתנה באחר". ואולם, עניין זה נדון כבר בהרחבה - ואנו לא נעסוק בו. במאמר זה נצא מנקודת הנחה כי ההתחייבות ליתן גט הינה התחייבות שלא ניתן לאכפה. הסוגיה שבה נעסוק אנו הינה, מהן תוצאות בטלותו של סעיף התחייבות למתן גט ביחס לשאר ההיבטים המוסדרים בהסכם הגרושין. לאמור, כאשר בן זוג מסרב ליתן גט או לקבל גט בניגוד למוסכם, ולא ניתן לכפותו לעשות כן,

1 ראה עוד תחומין יא עמ' 195-213.

האם שאר הסכם הגרושין, שהושג בדי עמל, בטל אף הוא משום כך; או שמא שאר סעיפי ההסכם חלים וניתן לאכפם?

בהסכמי גרושין נמצא בדרך כלל את הנושאים הבאים:

- א. התחייבות למתן גט במועד מסוים (ולעיתים אף סעיפי סנקציות).
- ב. הסדר בדבר החזקת הילדים, וזכויות ביקור.
- ג. מזונות לילדים.
- ד. עזיבת אחד הצדדים את דירת המגורים - או מכירתה.
- ה. חלוקת הרכוש.
- ו. מזונות לאישה עד למתן הגט ולעיתים אף לאחר מכן.
- ז. ויתור האישה על כתובתה (ולעיתים רחוקות: מועד גבייתה וסכומה).
- ח. הוצאות ההליך המשפטי והוצאות סידור הגט.
- ט. ויתור על כל תביעות נוספות קיימות ועתידיות (ולעיתים רחוקות: שמירה על זכויות).

נושאים אלו ניתן לסווג לשנים - הסוג הראשון: דברים הנובעים ממתן הגט ותלויים בו. והסוג השני: התחייבויות והסדרים שדבר אין להם ולגט, ואשר הוכנסו להסכם הגרושין רק למען הסדר הטוב, ולנוכח הרצון להסדיר את עניין בני הזוג ולמסדם, בטרם יפרדו איש לדרכו.

כך, ענין החזקת הילדים (כהסדר קבוע), הויתור על הכתובה, עזיבת דירת המגורים (כהסדר קבוע) והוצאות סידור הגט וההליך המשפטי כולו, תלויים כמובן במתן הגט ובטלים במקרה שהגט - מכל סיבה שהיא - לא ניתן לכסוף. מאידך, החיוב במזונות ילדים מוטל על אדם ללא כל קשר למתן הגט. הוא הדין במזונות אישה משלא ניתן גט, וכל עוד שהאישה לא הוכרזה כמורדת או כמי שהפסידה מזונותיה. משבטל הסכם הגרושין - וגם בהנחה שבטל ההסכם כולו - תהא האישה זכאית לתבוע את מזונותיה ואת מזונות הילדים - לא מכח ההסכם, אלא מחמת הזכות הטבעית למזונות הקבועה בהלכה כלפי אישה וילדים. במקרים אלו אין הבעיה מתעוררת.

ואולם, לעיתים נקבע בהסכם הגרושין גם שיעור המזונות - שיעור גבוה או נמוך הכל בהתאם ליחסי הכוחות במשא ומתן שנערך בין הצדדים. יש גם והבעל מסכים להתחייב במזונות ילדיו בסכום גבוה מן הנחוץ להם, ומן המגיע להם על פי דין, וזאת כדי שבת הזוג תוכל לכלכלם בהרחבה יתירה, כפי שהיו רגילים בעת שנהנו מחסותו הישירה של האב, או כפיצוי על אובדן חסותו. בשני המקרים מכיון שסכום זה לא נקבע מחמת הזכות הטבעית אלא מכח ההסכם, ומכיון שהסכום שנגקב תלוי במתן גט, סביר להניח כי ביטול סעיף הגרושין ואי מתן גט, משנים מיסודם את הנסיבות שבהן נקבע הסכום. ומשלא ניתן גט - בטל ההסכם כולו. אף כאן לא מתעוררת הבעיה.

השאלה הינה: האם ההסכמות בדבר זכויות הצדדים ברכוש תלויים במתן

הגט? כמו כן, מה הדין כאשר במסגרת ההסכם, האישה מוותרת על מזונותיה - האם משסרבה לקבל גט, בטל ויתור זה? וכלום משתנה התשובה כאשר הסיבה לאי מתן הגט, הוא סרובו של הבעל לתייתו? והאם התשובות לשאלות אלו משתנות כאשר הבעל חוזר בו מהסכם הגרושין משום שיחסי בני הזוג השתפרו, ולדעתו יש כעת מקום לשלום בית? ושאלה נוספת: האם יש בניסוח להשפיע על התוצאה - כגון קביעת זמן ביצוע ההתחייבות הכספית לפני הגרושין או התחייבות לוותר על רכוש תמורת ההסכמה לגט ולא תמורת הגרושין עצמן?

ב. קנין למחצה

1. בהקניית ממון ובקידושין

במסכת בבא בתרא קמג, נדון מעשה קנין שחצי ממנו בטל. וזו לשון הגמרא ופירושה (בסוגריים) לפי הרשב"ם:

קני כחמור - לא קנה (כמו שהחמור לא קנה, כן הוא לא קנה). קני את וחמור (את ובהמה זו תקנו נכסי) - רב נחמן אמר: קנה מחצה (דהרי אמר ליה, אתה וחמור תקנו שניכם, הוא מחצה ואתה מחצה, ולא איכד האיש חלקו בשביל החמור, שלא תלאן זה בזה). ורב המנונא אמר: לא אמר כלום (דכיון דבקנין אחד שיתף שניהם, לא נגמרה דעתו להקנות לזה בלא זה כלום; וכיון שחמור לא קנה, איהו נמי לא קנה). ורב ששת אמר: קנה הכל (אדם יודע שאין חמור קונה, וגמר בדעתו שמי שיוכל לקנות משניהם יקנה).

הסוגיא מובאת בגמרא בהקשר של קנין בו-זמני לאדם ולעובר בבטן אימו שאינו כשר לביצוע מקח של רכישה, והבעיה היא, האם מכיון שלעובר אין המוכר יכול להקנות, שמא גם ביחס לאדם האחר לא חל המקח. הרמב"ם (הל' מכירה כב, יג) פסק כרב נחמן, שמקום שבו לא נכרכו שני הקנינים זה בזה, ורק נאמרו או נעשו בהקשר אחד, אין בטלות האחד גוררת את בטלות רעהו:

הקנה קצת נכסיו לבהמה או למי שלא בא לעולם, וחזר ואמר לחבירו קנה כבהמה זו או כעובר זה - לא קנה כלום. אמר לו קנה את ובהמה זו או את ועובר זה - קנה מחצה.

וכך נפסק גם בשו"ע חו"מ רי, ג. לכאורה, לפי פירושו של הרשב"ם, גם לדעת רב ששת (שלפיה כאשר אחד מן

הקונים אינו בר קנין - עובר, למשל - הדבר גורם לכך שהקונה האחר יזכה בכל) עלינו לאמוד את דעת המקנה בעת הקנין. וכשם שב"קני את וחמור" האומדן הוא שמלכתחילה היתה דעת המקנה להקנות את כל מרכיבי הקנין לקונה השני, כך גם בגט - כיון שידוע שאין אפשרות ליתן תוקף להתחייבות לתת גט, הרי שבהכרח שאר מרכיבי הקנין (הסכם חלוקת הממון וכיו"ב) נעשו כהתחייבות בת תוקף בפני עצמה, הקיימת אף אם החלק הראשון של הסכם הגרושין (שאינו בר אכיפה) לא יתבצע.²

ואולם, כפי שנראה להלן, אף לדעת רב נחמן (שזו ההלכה הפסוקה), אין הדברים פשוטים כלל ועיקר. במסכת קדושין נא, א מצינו: מעשה בחמש נשים ובהן שתי אחיות, וליקט אחד כלכלה של תאנים ... ואמר הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו, ואמרו חכמים: אין אחיות מקודשות. אחיות הוא דאינן מקודשות - הא נוכריות מקודשות. היכי דמי? אילימא דאמר כולכם קני - את וחמור הוא, ואת וחמור לא קנה. אלא לאו דאמר לה אחת מכם ...

מסקנת הגמ' היא, דאמר: "הראויה לביאה תתקדש לי". סוגיא זו מניחה אם-כן כדבר פשוט, כי קנין שבטל מקצתו בטל כולו, ולא כדברי רב נחמן בסוגיה במס' ב"ב.

סתירה זו קיימת גם בפסקי הרמב"ם, שכאמור פסק כרב נחמן ביחס לקנין למחצה, ולעומת זאת פסק בהל' אישות ט, ב:

קידש נשים רבות כאחת, ואמר הרי כולכם מקודשות לי, והיו בהן שתי אחיות או אישה וביתה וכיו"ב - אין אחת מכולן מקודשת. ואם אמר להן הראויה מכם לביאה מקודשת לי - הרי כולן מקודשות לו, חוץ מאחיות או אישה ובתה וכיו"ב.

2 כל זאת רק לפירוש הרשב"ם, אך ה"ר אלחנן וסרמן מביא בקובץ-שיעורים (ב"ב סי' תקא) אפשרות לכאר את מחלוקת ר"נ ור"ש שלא ע"פ תלות באומדן. לפירושו לפי דעת רב נחמן זוכה הקונה במחצית, שכן מלכתחילה אלו שני קנינים שונים שאינם תלויים זה בזה, ובטלות האחד לא פוגעת במשנהו. ואילו לדעת רב ששת זוכה הקונה בהכל, שכן קנין לשניים משמעו הקניית המכלול כולו לשניים. החלוקה ביניהם נובעת רק מן הצורך לחלק את השותפות ביניהם. ממילא, מכיון שלא חל הקנין ביחס לאחד מן הקונים, הרי שרעהו זוכה בכל היתרה. כך בהקניה לשני אנשים. ואם כן, בהקניה של שני דברים לאדם אחד, לא ברור לפי סברת רב ששת מה יהא הדין - שהרי הקנינים כרוכים זה בזה, ויתכן כי בטלות האחד ואי היכולת מלכתחילה להחיל קנין שכזה - מביאים לבטלות כל מעשה הקנין.

סתירה זו תירץ המגיד-משנה: "ואפשר ... שאין קידושין ודיני ממונות שוין בזה."

2. פגם בגמירות הדעת

תירוץ לסתירה שבין סוגיות הגמרא הביא הריטב"א על הסוגיא בקדושין בשם הראב"ד:

דכי אמרינן "את וחמור קנה מחצה", היינו היכא דאמדינן דעת הנותן שטועה וסבר שאין כאן חמור וכלדהו קנו וגמר והקנה, ואי בטילה הקנאה מחדא לא בטילה מאידך. אבל היכא שהמקנה יודע שהאחד חמור ואינו ראוי לקנות, ודאי לא קנה, שדעתו שיקנה כחמור, ומשטה הוא בו. הלכך, כי אמר "כולכם מקודשות", הא ידע דאין אחיות מקודשות ... וכיון דכן, הוה ליהו נכריות את וחמור, ולא קנה כלל.

הריטב"א שם משיג על תירוץ זה. אולם מדברי הראב"ד עולה שדין "קני את וחמור לא קנה" אינו משום שבטלות חלק מהעיסקה גורר את בטלות העיסקה כולה. הפגם אינו בעיסקה, אלא הפגם הוא בגמירות הדעת של עושה העיסקה. כאשר אדם כולל בדבריו אלמנטים שברור כי אין להם כל משמעות מעשית, הרי שבכך הוא מגלה את דעתו כי אין בכוונתו ליצור יחסים מחייבים כלל. אולם, בעוד שקדושין לאישה הם דבר שכשלעצמו אין כל מניעה לבצעו - ורק בשתי אחיות הופקעו הקדושין מחמת איסור עריות - הרי שהקניה לחמור מופקעת ומשוללת מן המציאות. משום כך לדעת רב נחמן יש להתייחס להקניה לחמור כאל אמירה היתולית, ואין היא פוגעת בקנין. לעומת זאת לאמירה בקידושין יש להתייחס אליה ברצינות; ומכיון שברור כי אין לה תחולה, הרי שהדבר מבטל את גמירות הדעת ביחס למעשה הקידושין כולו.³

אם נקבל תירוץ זה גם באשר לסתירה שבפסקי הרמב"ם, הרי שייושב גם קושי נוסף בשיטת הרמב"ם. לדעת הרמב"ם לא חלים הקדושין כלל, אף לא במי שאינן קרובות, מכיוון שהמקדש השתמש במילה "כולכן", בה בעת שלגבי חלק מן הנשים ברור כי אין הקדושין חלים. הקשה על כך בחכמת-שלמה (אה"ע מא,ג): מדוע שלא יחולו מקצת מן הקידושין, כשם שבעדות "פלגינן דבורא", ומכשירים חלק מעדותו של עד אע"פ שחלקה האחר נפסל (כסוגית הגמ' בגיטין ח,ב).

לפי האמור מבואר היטב, שכן בקדושין הפגם אינו במעשה הקדושין אלא

3 מתירוץ הראב"ד עדיין לא ברור מה יהא ההסבר ביחס להקניה לעובר.

בגמירות הדעת של עושה המקח. ואילו בסוגית "פלגינן דבורא" לא כוונת העד חשובה, אלא תוכנה של העדות. אילו היה הפגם בקנין למחצה במעשה הקנין, אז אולי ניתן היה להציל חלק מן המקח. אבל כיון שהדבר תלוי בגמירות הדעת של הנותן, הרי שהתייחסותו לחלק אחד של הקנין, גילתה מהי דעתו באשר לחלק האחר.

ג. ניתוק בין סעיפי ההסכם

מסקנת הדברים עד כה היא: סעיף בהסכם הגרושין שינוסח באופן שישתמע ממנו כאילו קיימת התחייבות לתת גט, ובאופן ששאר סעיפי ההסכם כרוכים זה בזה ומהווים עיסקה אחת ומעשה קנין אחד, הרי מכיון שבהנחה כי ברור מראש שאין אפשרות לאכוף את ההתחייבות לתת גט, הרי שאין גמירות דעת בכל מעשה הקנין – וכאילו לא נעשה דבר. אולם למסקנה זו יש להוסיף שתי הסתייגויות:

א. יתכן כי כאשר ההסכם מנוסח בדרך של פרקים פרקים, אף כשהם נכללים במסגרת של חוזה אחד, אין הדבר דומה לקרושין שנעשו במלה אחת, כשהדברים כרוכים זה בזה. על כן בהסכם המחולק לפרקים או לסעיפים יתכן שפגם בסעיף אחד אינו מגלה את מידת גמירות דעתו של המקנה לגבי שאר הסעיפים. ואולם, אילו היה הפגם במעשה הקנין – הרי משבטל מעשה הקנין בטלים כל חלקיו, ואין נפקות באיזה אופן נוסחו הדברים. לעומת זאת, כשהנידון הוא גמירות דעת, יתכן כי לחלק מסויים של הקנין אין כל גמירות דעת, ולחלק אחר – יש, ואין להסיק מהעדר גמירות דעת בחלק אחד של הקנין על העדר גמירות דעת בכל מעשה הקנין כולו, שהרי נושאים נפרדים בפנינו, שנוסחו כל אחד בפני עצמו.

ב. מצינו הבחנה בין הקניה לעובר, שאין לה כל תוקף, לכין קדושי שתי אחיות, שהינם נעדרי תוקף. ההבחנה נעוצה בכך שהכל תלוי בדעת עושה הקנין בעת עשייתו, ובעוד שברור הדבר לכל כי אין שתי אחיות מתקדשות, אין העדר התחולה של הקניה לעובר ברור לכל. משום כך בהקניה לעובר יתכן כי עושה הקנין סבור היה כי יחולו כל מרכיבי הקנין, וממילא אין פגם בגמירות הדעת והקנין חל. ואם כן, יתכן מאוד כי הסכם גרושין, הנעשה על ידי הדיוטות, הרי הדיוט אינו יודע כי אין תוקף מחייב להתחייבות ליתן גט, וממילא אין הדבר פוגם בגמירות הדעת שלו, ויש תוקף לשאר מרכיבי ההסכם.

עכ"פ נוכל לסכם, כי ניסוח הסכם שבו קיימת התחייבות ליתן גט (ולא

הצהרה בלבד) עלולה לסכן את תוקפו של ההסכם כולו. הדברים חמורים עוד יותר כאשר ההסכם אינו מנוסח באופן של פרקים נפרדים ואוטונומיים, אלא בצורה של מכלול הכרוך זה בזה, או באופן של התחייבות ליתן גט המופיעה במבוא להסכם כולו, והעלולה להתפרש כראיה להעדר גמירות הדעת בכל שאר סעיפי ההתחייבות.

ויצויין: לא רק הפרדה בין סעיפים עשויה לנתק את הקשר בין גילוי הדעת בסעיף אחד למשנהו, אלא אפילו הפרדה פחותה מכך עשויה לנתק את הקשר. בשו"ע אה"ע מא"ג נפסק:

קידש נשים רבות כאחת, והיו בהן ב' אחיות או אישה ובתה, אם אמר הראויה מכס לביאה מקודשת לי, הרי כולן מקודשות לו, חוץ מב' אחיות או אישה וביתה וכיו"ב. ואם אמר כולכן מקודשות לי, נוכריות מקודשות ואחיות אינן מקודשות, ויש אומרים שאף נוכריות אינן מקודשות.

דעת היש אומרים מבוארת בחלקת-מחוקק ס"ק ד (וכן בבית-שמואל ס"ק ד): אף על גב דקיימא לן קני את וחמור קנה מחצה ... יש לחלק בין האומר בתרי לישני - "את וחמור" - ובין האומר "כולכם", דכולל כולם בחד לישנא. ולפי זה, אם אומר אחיות ונוכריות מקודשות לי - נוכריות מקודשות ודאי.

לאמור, ההבדל בין "קני את וחמור" ובין הסוגיא בקדושין הוא לשוני. שוב מוכיח הדבר שהחסרון אינו במעשה הקנין או הקדושין, אלא בגמירות הדעת.

ד. חילוק בין הקנייה לשניים לבין הקניית שני פריטים

1. גמירות הדעת לגבי פריט אחד מגלה את היחס לפריט השני

בחלקת-מחוקק שם ממשיך ומביא ביאור נוסף לדעת "היש אומרים" שבשולחן ערוך:

אבל הר"ן כתב חילוק אחר בין את וחמור להכא: דבשלמא התם אין סברא לומר שמפני שזה אין לו יד לקנות שלא יקנה מי שיש לו יד; אבל דרך הלוקח לקנות רע ויפה ביחד, וכוונתו לזכות בכולן, ואם לא קנה אחיות גם נוכריות אינן מקודשות, אף על פי שפרט אותן בפני עצמן.

לאמור, הר"ן מחלק בין שני קונים ובין שני מושאי קנין - המוכר נכסים

במעשה קנין אחד לשני קונים - אף כשהקניינים כרוכים זה בזה, במעשה אחד ובדיבור אחד, אין ללמוד מהעדר גמירות הדעת של ההקניה לקונה האחד, על העדר גמירות הדעת גם בהקניה לקונה השני. לא הניסוח עיקר, אלא אומדן דעת בני אדם; ואלו לא כורכים את העדר גמירות דעתם להקנות לאדם אחד בגמירות דעתם להקנות לאדם אחר, כאשר מדובר בהקניה לשני אנשים שונים. לעיתים, במעשה אחד - אדם מעוניין להקנות לאחד ולהתל ברעהו הנצמד אליו. משום כך בטלות הקנין לאחד אינה גוררת בהכרח גם את בטלות הקנין לשני. אולם, בהקניה של שני מושאי קנין - אף כשהדבר נעשה תוך פרוט של שני מושאי הקנין והפרדתם זה מזה - מכיון שהקנין אמור לחול כאחד, הרי שבטלות חלקו גוררת את בטלות כולו. זאת משום, שכשם שאדם קונה ב"עיסקת חבילה" טוב ורע כאחד, ובדעתו לקנותם כאחד, כשקניית האחד כרוכה בקניית משנהו, כך בכל מושאי קנין הנקנים כאחד, המקח על כל פרטיו, נתפס כמכלול אחד. משום כך, במקרה זה, כאשר חלק ממושאי הקנין לא נקנו, ויש אף העדר גמירות דעת להקנותם, הרי שהעדר גמירות הדעת ביחס למושאי קנין אלו, גורר את העדר גמירות דעת גם לגבי שאר מרכיבי הקנין, והכל בטל.

העולה משיטת הר"ן - בהקשר להסכם גרושין הוא: אם כלולה בהסכם התחייבות לתת גט - הרי שהעדר גמירות הדעת בענין זה, גורר את בטלות ההסכם כולו - אף כשהדבר מנוסח בפרקים נפרדים. וזאת משום שהסוגיא של "קני את וחמור" מתיחסת להקניה לשני קונים, ומאפשרת הפרדת הקנין. אך אנו עוסקים במושאי קנין שונים הכרוכים בקנין אחד - ובמקרה שכזה, נפסקה ההלכה בהתאם לסוגיא במסכת קידושין, לפיה בטלות הקנין בחלק ממושאי הקנין מבטלת את הקנין כולו.

2. כיצד ניתן להציל סעיף אחד כאשר למשנהו חסרה גמירות דעת?

דא עקא, שלא רק ניסוח פרקים נפרדים ואוטונומיים בהסכם הגרושין אינו מגן על סעיף אחד מפני בטלותו של משנהו, לפי שיטת הר"ן; אלא שבהעדר סעיף התחייבות לגרש - הרי שיש סעיפי התחייבות אחרים הכרוכים בגט, כגון ויתור על הכתובה וכיו"ב. סעיפים אלו בטלים מאליהם, כאשר לא ניתן לבסוף הגט. ואם כן, לפי שיטת הר"ן, בטל הסכם הגרושין כולו - אף אם שאר הנושאים נוסחו בנפרד, ואף אם הם אינם תלויים זה בזה. ומה עצה ומה תבונה יש אם וכאשר ירצה מי מהצדדים שההסכם בכללו לא ייבטל, אף אם לא ניתן הגט?

הפתרון לכך מצוי שוב בהבחנה דלעיל, לפיה רק מה שהיה ברור בעת מעשה

הקנין שאין לו מקום לחול – מלמד על העדר גמירות דעת בקנין כולו.⁴ וברור הדבר כי בהעדר סעיף התחייבות לגט, הרי ששאר הסעיפים כשלעצמם, כיון שיתכן קנין לגביהם – ופקיעתם משלא ניתן הגט אינה נובעת מחמת העדר גמירות דעת בשעת מעשה הקנין, אלא משינוי הנסיבות שחל לאחר מכן, הרי שאין לומר כי בכל מעשה הקנין, שאכן כרוך זה בזה – נעדרת גמירות דעת, ולכן הקנין אינו בטל. בהתאם לכך, בהעדר התחייבות בהסכם הגרושין לתת גט – לא תתעורר בעיה לפי הר"ן הנוקט ג"כ כי בטלות חלק מן ההסכם אינה במעשה הקנין אלא מהווה פגם בגמירת דעתו של המקנה.⁵ מאידך, לפי שיטת הר"ן, הכנסת סעיף התחייבות למתן גט, בהסכם הגרושין, תגרור בטלות ההסכם כולו בהעדר גמירות דעת לכל מושאי הקנין הכרוכים זה בזה – ולא תועיל הפרדה בין חלקי הקנין באמצעות מילים נפרדות ובאמצעות ניסוחים שונים למיניהם.⁶

ה. קצוה"ח: בקנין למחצה הפגם הוא במעשה הקנין

1. מיגו דלא קנה זה, לא קנה זה

תרוץ נוסף לסתירה בין הסוגיות – בב"ב קמג,א ובקדושין נא,א – מצינו בקצות-החשן רי"ה בשם תלמידו ה"ר יצחק פרנקיל. הוא תירץ לפי מש"כ במרדכי:

מעשה באחד שהקנה לחבירו בקנין סודר קרקעות ומטלטלין ומעות בבת אחת, ונחלקו חכמי הדור בדבר – יש אומרים, דדמי ל"קני את וחמור" דפרק מי שמת, וכי היכי דלא קני המעות, לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, גם המטלטלין והקרקע לא קנה ... והוא תמוה, דהא קיימא לן כרב נחמן דאמר קנה למחצה?

וכתב על זה שם בהג"ה, וזו לשונו:

דכאן בנדרן זה נחלקו חכמי הדור משום דאינו דומה להתם, משום דבנידון זה

4 בהתחייבות לגט הסתפקנו רק האם ניתן לומר שמלכתחילה יודע הדיוט כי אין לסעיף זה תחולה, וממילא נעדרת גמירות דעת ליצור יחסים משפטיים מחייבים בהסכם כולו; או שמא אין הדיוט יודע על כך.

5 זאת לומדים אנו מדבריו של הר"ן, כי הקונה מתכוון לזכות כאחד ברע ובטוב. משמע, הכל תלוי בכוונה ולא במעשה הקנין.

6 אלא א"כ נאמר כי לא ברור מראש להדיוט החותם על הסכם כאמור, כי סעיף ההתחייבות למתן גט הינו נעדר תוקף מחייב.

אמרינן מיגו. וזהו שכתב "וכי היכי דלא קנה המעות, לפי שאין מטבע נקנה בחליפין, גם המטלטלין והקרקעות לא קנה." ולא שייך למיפרך למה לא אמרינן ג"כ מיגו גבי קני את וחמור - משום דלא שייך למימר התם מיגו, כמו שפירש רש"י דהוי ליה כאילו אמר בהדיא, הוא מחצה ואתה מחצה, ולמה יפסיד האיש חלקו בשביל החמור, שלא תלאן זה בזה.

בפשטות, הגהת המרדכי תולה את החילוק בניסוח הדברים, ובעוד שבקנין סודר בקרקעות, מטלטלין ומעות, מדובר בקנין שנעשה בבת אחת ביחס לשלושה גורמים, הרי שבסוגיה בבבא בתרא המדובר בניסוח של "קני את וחמור", שלא תלאן זה בזה, וכפרושו של בעל חלקת-מחוקק דלעיל. ואולם, גם בקני את וחמור זהו קנין "בבת אחת", אלא שמושאי הקנין פורטו כל אחד בפני עצמו. ואם-כן לכאורה הוא הדין בקנין אחד המתייחס לקרקעות, מעות ומטלטלין, שהרי גם במקרה זה פורטו מושאי הקנין כל אחד בפני עצמו. מהי איפוא ההבחנה ביניהם?

משום כך מבאר תלמידו של בעל קצה"ח את כוונת דברי הגהת המרדכי כך: דהיכא דהקנין הוא לאחד ובשני דברים - באחד מועיל הקנין ובשני אינו מועיל - אמרינן מיגו דלא קנה זה לא קנה כלום. אבל, אם הקנין הוא לשני בני אדם - אף על גב דאחד לא קנה, השני מיהת דבר-קנין הוא, קנה מחצית. והיינו האי דרב נחמן.

ההבחנה הינה אם כן בין הקניה של דבר אחד לשני בני אדם, לבין הקניה של שני מושאי קניין - ובדומה לר"ן. ואולם, בניגוד למבואר בר"ן, סברה זו מובאת בקצה"ח לצורך יצירת הבחנה בין מעשה קנין, שבטלות מקצתו גוררת בטלות כולו - כאשר הדבר אינו תלוי בדעת מקנה. הר"י פרנקיל, תלמיד בעל קצה"ח, מתייחס לסברה של "מיגו דבטלה מקצתה" כפגם שחל בגוף מעשה הקנין, ולא דווקא בדעת המקנה. וההסבר הוא כי, מעשה קנין הינו פעולה בת תוקף משפטי. אם שוללים מן הפעולה את כוחה ליצור יחסים משפטיים מחייבים, הרי שזו פעולה נטולת משמעות. באמצעות פעולה שכזו אין אפשרות ליצור יחסים משפטיים מחייבים גם בנושא אחר. משום כך, משהתבררה פעולה מסוימת כנטולת משמעות - בטלות כל ההתחייבויות שניסה המקנה ליצור באמצעותה. ואולם, זהו הדין בפעולה אחת המתייחסת לשני מושאי קנין. מאידך, בהקניה לשני בני אדם, שהאחד מהם חסר יכולת לקנות, הפעולה כשלעצמה הינה בת-משמעות ובת-תוקף, אלא שאותו פלוני אינו בר-הכי לקנות. לכן בהיות הפעולה בת-משמעות, היא מועילה ביחס לקונה האחר המסוגל לקנות, ולגביו הקנין אינו בטל. רק כשאין זה מעשה בר-תוקף בהתייחס למושאי קנין מסויים (כגון קנין

סודר במקרקעין), אומרים אנו כי המעשה הוכרז כנעדר תוקף, ומיגו שהוכרז כן בהקשר אחד, הרי שהוא נחשב לנעדר תוקף אף בשאר הגורמים.⁷

2. בשעת חתימת ההסכם לא היה פגם במעשה הקנין

בהתאם לשיטת קצה"ח - כי הפגם הוא במעשה הקנין שבטל מקצתו, ולא רק ברעת המקנה - מה הדין בהסכם גרושין: האם העובדה שאין תוקף לקנין ביחס להתחייבות ליתן גט, מבטלת את מעשה הקנין וגורמת לבטלות ההסכם כולו? מסתבר שכן. כיון שהתחייבות ליתן גט הינה התחייבות שלא ניתן לאכפה, הרי שהדבר דומה לקנין סודר במקרקעין, והפעולה מוכרזת כנעדרת תוקף. וממילא, מיגו שהקנין בטל לגבי ההתחייבות ליתן גט, בטל הקנין אף לגבי כל שאר סעיפי ההסכם. ואולם, לפי קצה"ח שבה ומתעוררת השאלה שהקשינו לפי הר"ן גם ביחס לשאר סעיפי ההסכם - והפעם אין אפשרות לתרץ כפי שתרצנו לשיטת הר"ן. לאמור: גם הסכם גרושין שאין בו כל התחייבות ליתן גט (אלא רק הצהרה שכך יעשה) - הרי משחזר בו אחד הצדדים מרצונו ליתן או לקבל גט, בטלים שאר סעיפי ההסכם שעניינם תלוי במתן הגט, כגון ההתחייבות לוותר על הכתובה וכיו"ב. ואם-כן, משבטלו סעיפים אלו, בטל הקניין כולו?⁸

7 מעתה נשאלת השאלה: בקדושין של שתי אחיות - האם הפגם הוא במעשה הקנין; או שמא אין זה פגם במעשה הקדושין, אשר יכול היה להיות בר-תוקף, אלא דווקא פגם במקנה שבאשה (ולא במושא הקנין), אשר בהיותה אחות של אשה נוספת שנעשו בה קדושין - אין היא יכולה להקנות עצמה, והקדושין לא תופסין בה. לכאורה הרעת נוטה לומר, כי החסרון אינו במעשה הקנין אלא ביכולתה שלה להתקדש לאדם זה. ואם כן יקשה על קצה"ח מן הסוגיא בקדושין, מדוע בטל המעשה כולו? לשאלה זו ניתן להשיב במספר אופנים:

א. הסוגיא דיברה לרעת הכל, אך אכן רב נחמן יסבור גם בקדושין שקנה למחצה, וכביאורו של המגיד-משנה (לעיל ב/1).

ב. אכן, גם בקדושין החסרון הוא במעשה הקנין. לאמור, נכון שמעשה קדושין מסוג זה חל ביחס לאישה שאינה קרובה, כאמור. אך בקנין שתי אחיות המדובר בקידושי ערווה, ובעריות מעשה הקדושין הוא מעשה נעדר תוקף מעיקרו. הפגם אינו רק במקנה, אלא במעשה הקדושין גופו, בדיוק כשם שיש פגם בעצמותו של קנין סודר בקרקע.

8 לפי שיטת קצה"ח אין ליישב כי אף שהקנין בפועל לא תפס או נפקע לאחר מכן, משהוברר כי לא ניתן גט, הרי שבכל זאת היתה גמירות רעת לקנין בעת עשייתו - שהרי לפי קצה"ח בטלות הקנין אינה נובעת מהעדר גמירות רעת, אלא מכיון שחלק ממעשה הקנין התגלה במהותו כחסר תוקף, שאז גם שאר מעשה הקנין מאבד את משמעותו. ואם כן, הכיצד נמנעת בטלותו של הסכם הגרושין כולו, משבטלו הסעיפים שביצועם היה תלוי במתן הגט בפועל?

ואולי ניתן ליישב (קצת בדוחק) כי משבטלו סעיפי הסכם הגרושין התלויים במתן הגט, אין משמעות הדבר שיש פגם במעשה הקנין. הקנין חל בעת שנחתם החוזה; ורק לאחר מכן, משארע שינוי נסיבות, פקע למפרע תוקפו של חלק מן החוזה. מעשה הקנין היה בר תוקף במהותו, ואין בו פגם. העובדה כי אחר כך התברר כי חלקו לא יוכל להתבצע, אינה פגם במעשה הקנין, אלא זהו סיכול של חלקו, שאינו פוגם בתחולת המעשה על מה שלא סוכל. וא"כ, מכיון שבעת שנעשה המעשה הקנין היה לו תוקף, הרי שממילא בחלקי הקנין, שאין כל מניעה כי ימשיכו לחול, יש ליתן תוקף למעשה הקנין, אף משהופקעה מלמפרע חלות שאר חלקיו.

נמצאת למד, כי בין לפי ההסבר של הר"ן, בין לפי ההסבר של הריטב"א ובין לפי ההסבר של תלמיד קצה"ח, אין לדמות בין האמור במס' ב"ב קמג לבין הסכם גרושין - אם מפני שאלו מושאי קנין שונים המאוחדים במעשה קנין אחד, ולא הקניה של מושא קנין אחד למספר בני-אדם; ואם מפני שהדברים בהסכם הגרושין מופיעים בפרקים ובסעיפים נפרדים, ואינם נכרכים זה בזה (אלא אם כן המנסח תלאן זה בזה - כגון שהכניס את ההתחייבות לגט למבוא של ההסכם וכיו"ב).⁹

1. אבחנה בין בטלות הסעיף לכתחילה לבין בטלותו לאחר זמן

1. העדר תחולה מלכתחילה פוגם בשאר הסעיפים

על התנאים לקיומו של הסכם הגרושין אף משלא ניתן הגט - לפי כל אחת משלוש השיטות הנ"ל - עמדנו לעיל, אך יש להעיר עוד הערה אחת בנדרון. היישוב שהעלנו בהתאם לשיטת קצה"ח פותח בפנינו אופק חדש לעיון בשאלה האם יש נפקא מינה בין בטלות סעיף שמלכתחילה אין לו תוקף, לבין סעיף שחל בעת שנכרת החוזה אלא שנתגלה כחסר תוקף לאחר מכן. לכאורה, בהסכם הגרושין ברור כי לסעיף ההתחייבות ליתן גט אין תוקף מלכתחילה. משום כך ניתן לכאורה לומר, כי בטלותו של סעיף זה אינה מהווה בטלות של חלק מן ההסכם, שהרי סעיף זה מעולם לא היה חלק מן ההסכם, וממילא אין הדבר גורר בטלות ההסכם כולו. ואם כך הדבר, הרי שעניין זה בדיוק הוא שנדרון במסכת ב"ב בסוגיית "קני את וחמור"; ולמאן דאמר "לא קנה כלום", נאמר דין זה גם לנוכח העובדה שבהקניה לחמור לא חל הקנין מלכתחילה, והקנין לא חל מעולם על חלק זה של ההקניה.

9 לפי קצה"ח בטלות ההתחייבות ליתן גט תביא לבטלות ההסכם כולו, ועל כן יש לנסחה כהצהרת כוונות בעלמא, ולא כהתחייבות שהינה חלק ממעשה הקניין.

דא עקא, שעיון בשיטות השונות שהובאו לעיל ביחס לסוגיית "קני את וחמור" מלמד כי אדרבה, קנין שלא חל מלכתחילה, גרוע אף יותר מקנין שחל ובטל. לפי הדעה כי הדבר תלוי בגמירות דעת, ותלוי באופן ניסוח הדברים (שיטת הריטב"א, חלקת-מחוקק, ומגיד-משנה), וכן לפי הדעה כי הדבר תלוי בדעת בני אדם בכלל (שיטת הר"ן) - הרי שבמעשה קנין שבו אין מלכתחילה תחולה לחלק ממנו, הדבר מעיד על העדר גמירות דעת ביחס למעשה קנין זה, שהינו גרוע יותר ממי שיוצר קנין, אשר רק לאחר מכן הוברר כי חלקו לא יחול. כמו כן, את שיטתו של בעל קצה"ח בארנו זה עתה, כי מקום שבו חל הקנין לפרק זמן מסויים, הרי שזהו מעשה שיש לו נפקות, ומשום כך אין לומר כי מכיון שבטל מקצתו בטל כולו. לעומת זאת, מעשה קנין שמלכתחילה לא חל בחלקו, הרי שבמהותו זהו מעשה חסר נפקות, ולכן בטלותו (החלקית) מהווה ריקונו מכל משמעות, ואזי מיגו שבטל מקצתו בטל כולו.

נמצאת למד - כי בניגוד לסברה הראשונית בנדרון: דווקא העדר תחולה מלכתחילה לחיוב לגרש עלול לפגום בהסכם הגירושין יותר מאשר סעיפים שנכללו בהסכם והיו ברי-תוקף בעת כריתת ההסכם, אלא שנתבטלו לאחר מכן מטעם כלשהו מחמת שינויי נסיבות.

2. נוב"י: בטלותו של סעיף אינה פוגמת בשאר אם הוא יחול בעתיד

ועם זאת מצינו הבחנה כאמור, המצדדת בתחולתו של מעשה קנין, דווקא כאשר חלק ממנו בטל מלכתחילה, בשו"ת נודע-ביהודה מהדר"ק חו"מ סי' כה, כח. ולהלן תורף דבריו בסי' כה:

אפילו לרב המנונא דאמר ... ב"קני את וחמור" לא אמר כלום, ודימה המרדכי לזה המקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם, והובא ברמ"א בסי' רט סעיף ד בהג"ה. וכתבתי בתשובתי הראשונה, שזה דווקא במקנה דבר שבא לעולם עם דבר שלא בא לעולם, אבל ודאי דאתי - שבזה אנו אומרים לרב המנונא לא קנה כלל, שאנו אומדין דעתו שאינו רוצה להקנות זה בלא זה. אבל במקנה כל מה שיש לו עם כל מה שירוויח עוד כל ימי חייו - אף שלא קנה מה שירוויח, אפילו הכי קנה מה שכבר יש לו, דבזה לא שייך לומר שאין דעתו להקנות זה בלא זה, דהרי אינו ודאי שירוויח כלל.

נבאר דבריו. הרמ"א (שו"ע חו"מ רט, ד) פסק בשם המרדכי בפרק מי שמת: מי שמקנה לחברו דבר שלא בא לעולם עם דבר שבא לעולם - יש אומרים, דדמי ל"קני את וחמור", כמו שיתבאר לקמן סוף סי' רי ... ומיהו אינו נקנה בקנין.

לאמור, המרדכי סבור כי אין נפק"מ בין הקניה לאדם שעדיין לא בא לעולם (עובר) יחד עם הקנייה לאדם שכבר בא לעולם, לבין הקניה של שני דברים, שאחד מהם בא לעולם ואחד לא (הדברים עומדים בסתירה מפורשת לביאורו של קצה"ח לדברי המרדכי); ואילו הרמ"א פוסק כי יש הבדל בין השנים. לפי שיטת קצה"ח והר"ן בארנו לעיל, כי קיימת הבחנה ברורה בין שני מושאי קניין לבין הקניה לשני קונים (איש לשיטתו - אם מכח פגם במעשה הקניין, ואם מכח פגם בגמירות הדעת). ואולם, הנודע-ביהודה לעומתם, מבחין בין המקרים באופן שונה.

לפי באורו של הנוב"י, בהקנאה שבה ברור כי דבר מסויים יגיע לעולם - אף בהקניה של שני מושאי קניין - דעת המקנה היא להקנות רק את שניהם כאחד, ולא להקנות את זה בלא זה. לכן, משבטל הקניין באחד, בטל הקניין גם ברעהו (כפי שבארנו לפי הר"ן שהוכח בחלקת-מחוקק). אך בהקניה של שני דברים, שהאחד בא לעולם והשני רק ספק אם בכלל יבוא לעולם, אין המקנה כורך את שתי ההקניות זו בזו (שהרי אין הוא יודע עדיין אם מושא הקניין השני יבוא לעולם). ומכיון שאין לומר כי הדברים כרוכים זה בזה, הרי שההקניה של הדבר שבא לעולם לא בטלה מחמת אי תחולת הקניין במה שטרם בא לעולם.

זה עתה בארנו למעשה, כי אי תחולתו מלכתחילה של מעשה קניין ביחס לדבר מסויים גרועה היא מתחולה מסוימת ופקיעתה. והנה, בנוב"י מוצאים אנו לעומת זאת, כי עניין שיש מקום לתחולתו - יש בדעת המקנה לכרוך אותו עם שאר מושאי הקניין; והדבר גורר בטלות המקח כולו, אך גורם שמלכתחילה אין ודאות כי יהא מקום לתחולתו, אין אדם כורכו עם שאר מושאי הקניין, ובטלותו של המקח ביחס לגורם זה, אינה גוררת בטלות שאר הקניין. סברה זו היא ההבחנה הראשונית שבה נקטנו, ואשר נדחתה לפי כל השיטות דלעיל.

ואולם, משקיימת דעה שכזו, יש להבין מהו ההגיון שבה. הכיצד ניתן לומר כי מה שלא בא לעולם, אלא שאין אף ודאות שיבוא אי פעם לעולם, אינו שולל לחלוטין את הרצינות ואת גמירות הדעת מן הקניין; ואילו מה שכודאי יבוא לעולם, ורק טרם בא לעולם, שולל את גמירות הדעת מן הקניין כולו? הדרך לפתרון שאלה זו הינה, אולי, בכך, שדבר שאף לא ברור כי יבוא לעולם הינו נושא כה מופלג, עד שהסברה נותנת כי עושה המקח כלל לא התכוון באמירתו לכלול ענין זה במיקחו. הדברים נאמרו רק לרווחא דמילתא, וממילא אין להסיק מהם על החלק האופרטיבי של הקניין, האם גם לגביו היתה גמירות דעת.

ואולם, אם אכן זו הסברה, אין להסיק מכך דבר ביחס להסכם גרושין. בהסכם גרושין ההתחייבות לגט אכן לא חלה מלכתחילה, כפי שיבואר - אך אין זו התחייבות מופלגת שנאמרה רק לרווחא דמילתא בלבד, ושאינה קשורה כלל

לחלק האופרטיבי של ההסכם - אדרבה! להפך! משום כך נראה כי ביחס להסכם גרושין אף לדברי הנוב"י, נכונים דברינו כי לדעת הכל סעיף התחייבות לגט, אף שאין לו כל תחולה מלכתחילה, יש בו כדי לסכן את תחולתו של ההסכם כולו, ולדעת קצה"ח הדבר אכן מביא לידי בטלותו של הסכם הגרושין על כל חלקיו.

ז. מסקנות הדיון בשאלת קנין למחצה

העולה מן המקובץ:

- א. ההלכה היא כרב נחמן, לפיה "קני את וחמור קנה מחצה".
- ב. ההלכה היא, כי קרושין של מספר נשים שחלקן עריות אינם חלים ביחס לכל הנשים.
- ג. לדעת בעל חלקת-מחוקק, הריטב"א בשם הראב"ד, מגיד-משנה והרשב"ם (כ"ב קמג,א): אם נוסח ההסכם באופן הכורך את נשוא הקנין הבטל עם נשוא הקנין החל - בטל הסכם הגרושין כולו. לעומת זאת, כאשר לא נכרכו זה בזה חלקיו השונים של המקח - הרי שהעדר גמירות דעת בענין אחד, אינו מלמד את משנהו.
- ד. לדעת הר"ן המובאת בחלקת-מחוקק: אין משמעות לניסוח. יש משמעות רק לדעת רוב בני אדם. משום כך, הקניה לשני קונים, שאחד מהם אינו בר-הכי לקנות, בטלה מקצתה ולא בטלה כולה, שכן לבני אדם יש גמירות דעת להקנות לקונה השני גם בעת שמהתלים בקונה הראשון. לעומת זאת, בהקניית שני מושאי קנין, שאת האחד לא ניתן להקנות, בטלות המקח כלפי מושא קנין אחד, מביאה לבטלות המקח כולו; ואנו מסיקים מהתייחסות המקנה למושא המקח הבטל, כי נעדרת גמירות הדעת במעשה הקנין כולו.
- ה. לדעת קצה"ח אין משמעות לניסוח, וגם קיומה של גמירות הדעת בחלק האחר של מעשה הקנין לא תועיל. קנין לשני בני אדם, שהאחד מהם אינו כשיר לקנות, בטל מקצתו - לא בטל כולו, שכן אנו בוחנים את מעשה הקנין האם הוא בר-משמעות אם לאו (ולא את גמירות הדעת של המקנה). משום כך בהקניה לעובר, למשל, יש משמעות בת-תוקף למעשה כשלעצמו, ולכן הוא חל כלפי הקונה האחר, הכשיר לקנות. לעומת זאת, בהקנייה של שני מושאי קנין, שהאחד מהם אינו בר-הקניה, בטל מקצתו בטל כולו, שכן ההקניה של דבר שאין אפשרות להקנותו מהווה אות לכך כי יש פגם במעשה הקנין, וממילא גם שאר הקנין בטל.
- ו. לדעת בעל נודע-ביהודה - הקניה שלא ברור אם בכלל אמורה להיות לה

תחולה, כגון, הקנייה של דבר שספק אם יבוא לעולם, אינה פוגמת בתחולתו של הקניין כלפי מושא קניין אחר.

- ז. ראינו כי לדעת הכל – קניין שאינו בר-תוקף מלכתחילה גרוע מקניין בר-תוקף במהותו, ואשר בטלותו התבררה רק לאחר מכן.
- ח. ספק אם התחייבות ליתן גט הינה התחייבות שברור למקנה כי היא נעדרת תוקף, אשר יש להסיק הימנה על העדר גמירות הדעת ביחס למרכיב זה של הקניין, וממילא ביחס לשאר מרכיבי הקניין.
- ט. לנוכח כל האמור, ניסוח הסכם הגרושין באופן שמרכיביו השונים אינם כרוכים זה בזה, ומופיעים בפרקים נפרדים ואוטונומיים, יביא לתוצאות הבאות:

לשיטת הריטב"א: בטלות הסעיף המחייב מתן גט, לא תשפיע על שאר סעיפי הסכם הגרושין.

- לשיטת הר"ן: העובדה כי מדובר בפרקים נפרדים אינה עוזרת במאומה. ואולם, יש להסתפק כאמור, האם יש להסיק מבטלות סעיף ההתחייבות ליתן (או לקבל) גט על העדר גמירות דעת, כי יתכן שאנשים אינם מודעים לבטלות זו. לשיטת קצות-החשן בטלות הסעיף המתייחס למתן הגט גוררת את בטלות ההסכם כולו, יהא ניסוחו אשר יהא, וזאת אף כשאין פגם בגמירות הדעת.
- י. לכל השיטות, אם עניין מתן הגט אינו מופיע כחלק מסעיפי ההתחייבות האופרטיביים של הסכם הגרושין, אלא כהצהרה כללית, הרי שבטלות סעיפים אחרים בהסכם, עקב אי מתן גט בסופו של יום לאחר שנכרת החוזה, אינה גוררת את בטלות הסעיפים בחוזה, שאינם תלויים במתן הגט.

ח. תוקפה של התחייבות ליתן גט

1. מחלוקת הרמ"א ובית-שמואל

בהגהות הרמ"א על שו"ע אה"ע קלד, נפסק בשם בעל תרומת-הדשן (בעקבות פסקו של השו"ע, כי אם בעל נשבע ליתן גט, יש צורך בהתרת הנדר קודם מתן הגט, כדי שהדבר לא יהא דומה למי שאנוס ליתן גט, שאז הגט פסול מדין "גט המעושה"): "והוא הדין אם קיבל קניין לגרש". מפסק זה הסיק בבית-שמואל בס"ק ז: "משמע, הקניין חל מה שעושה על הגט". כלומר, ולכן צריך לוותר על תוקפו של הקניין, בדומה למי שנשבע ליתן גט, שהרי אילו לא היתה תחולה כלל לקניין, לא היה צורך להפקיעו ולוותר עליו מחשש "גט מעושה". הוסיף על כך בב"ש:

ושם בפסקי מהרא"י משמע דלא חל כלל. דהא כתב: אם עשה קנין אחד לגרש וליתן קנס - כיון דאין חל הקנין על הגט, אינו חל על הקנס, דהוי' קני את וחמור. לפי זה משמע, אם קיבל קנין, אין צריך להתיר לו, כיון דאין חל מעיקרו. וכן כתב הרמב"ם בפרק ה' מהלכות מכירה [ברמב"ם שם נפסק: "יש דברים הרבה שאינן צריכין קנין ואין לקנין בהם טעם, כגון המשחרר את עבדו והמגרש אשתו"] וכן כתב הסמ"ע בסי' קצה.

לאמור, בעוד שהרמ"א מסיק מתרומת-הדשן כי התחייבות לתת גט הינה בגדר של קנין תקף, ויש צורך לוותר עליו מחשש "גט המעושה", מסיק הבית-שמואל כי אין כל תחולה לקנין שכזה; ומביא את דברי תה"ד, לפיהם, לא זו בלבד שאין כל חלות להתחייבות ליתן גט, אלא שגם סעיפי הקנס שנכרכו בהתחייבות זו, בטלים, מדין "קני את וחמור". זו גם ההלכה הפסוקה ברמב"ם ובסמ"ע - לפיה מתן הגט אינו יכול להיות מושא להתחייבות ולמעשה קנין, שהרי זו מטבעה פעולה רצונית החייבת להיות חופשית מכל כורח ואפשרות כפיה (להבדיל מכורח מחמת דיני "איסור והיתר" שבית דין כופה אותם כדין).

ביחס לדברי בית-שמואל הנ"ל מוצאים אנו בתורת-גיטין (אה"ע קלד, ד"ה קיבל קנין): "אמנם לדידן, דקיימא לן בחו"מ בקני את וחמור דקני מחצה, לא נפקא מינא בדין זה מידי". והדברים תמוהים ביותר:

א. בסוגיא בקדושין מא,א מצינו כי קנין למחצה בטל כולו. משום כך מצינו במפרשים (כפי שפרטנו בהרחבה בפרק הקודם) סדרה של הבחנות בהקשר זה, כדי ליישב את הסתירה בין הסוגיה של "קני את וחמור" לבין הסוגיה בקידושין. כך ראינו לעיל הבחנה בין שני קונים לשני מושאי קנין; או בין מקרים שהקנינים נכרכו זה בזה מבחינה לשונית לבין מצב שבו הניסוח הלשוני מאפשר להפריד בין חלקי המקח השונים; או (סברת הנודע-ביהודה) בין רצון להקנות הכל בחבילה אחת לבין העדר כוונה להקנות הכל יחד, לנוכח קיומו של ספק האם בכלל תגיע הקניה מסוימת לידי מימוש. ואולם, לדעת הכל, יש נסיבות שאף לדעת רב נחמן בטלות חלק מהקנין מביאה לבטלות כולו. אם-כן, כיצד נוקט בעל תורת-גיטין כי בטלות חלק מהקנין לרב נחמן אינה מביאה לבטלות כולו בהסכם גרושין, שיש בו סעיף בדבר התחייבות לגט, ללא שתערך הבחנה באחד מן האופנים דלעיל?

ב. אף אם נאמר כי בטלות סעיף ההתחייבות ליתן גט אינה מבטלת את שאר ההסכם, הכיצד נאמר בתורת-גיטין כי "לא נפקא מינא בדין זה מידי", הרי סוף סוף יש נפק"מ מפסקו של הרמ"א לעניין זה, שהסכם הגרושין לענין ההתחייבות ליתן גט - לאו בר-תוקף הוא?

לא זו אף זו, אף אם בטלות ההתחייבות ליתן גט אינה גוררת גם בטלות

של שאר סעיפי הקניין, ובמקרה הנדון - התחייבות בענין הקנס; אך משבטלה התחייבות ליתן גט - על מה יושת הקנס? על חיוב שלא הופר (שהרי לא חל מלכתחילה)? ורוחק לומר, כי יש קנס אף שאין חיוב - וזאת מכח אי עשית המעשה, אף שלא הוגדר כחיוב.

גם דברי תרומת-הדשן עצמם טעונים באור: מכיון שאין תחולה לחיוב ליתן גט, הרי שממילא לא ניתן להשית קנס בגין אי מתן הגט, שהרי אין אפשרות לקנוס בהעדר הפרה של חיוב. ואם-כן, מה היה צורך לומר כי ההתחייבות ליתן גט גוררת בטלות ההסכם כולו, ובכלל זה התחייבות בדבר הקנס - הן אף לרב נחמן, כי "קני את וחמור" לא בטל המקח כולו, אין על מה להשית את הקנס בהעדר חיוב ליתן גט?

2. צריך לוותר על ההתחייבות כדי למנוע גט מעושה

מכל מקום, בהתאם להסברו של בעל תורת-גיטין, מסקנת הבית-שמואל היא, אם כן, לדעת הכל - אף לדעת תרומת-הדשן - כי סעיף התחייבות ליתן גט הינו נעדר תוקף לחלוטין. לעומת זאת דעת הרמ"א, שפסק ג"כ בהתאם לפסקו של תה"ד, היא כי יש צורך בויתור על ההתחייבות ליתן גט, שכן התחייבות זו חלה. ונשאלת השאלה הכיצד זה פסק כך הרמ"א בשם תה"ד בניגוד למה שמצאנו בדברי תה"ד עצמו?

שאלה זו יישב בעל תורת-גיטין בהמשך דבריו שם:

ומה שתמה הבית-שמואל כאן, דבלאו הכי לא חל קנין, למה צריכין למחול לו - אפשר לומר, דמכל מקום הוי' כאנוס, דיכול הבעל לומר לא הייתי יודע דהקנין אינו חל, ואנוס הייתי בגרושין.

לאמור, בכל הנוגע לדין של "גט המעושה", מבאר התורת-גיטין כי אף שלאמיתו של דבר אין תוקף להתחייבות ליתן גט אף לדעת הרמ"א, הרי שפוסק הרמ"א כי נחוץ ויתור על ה"התחייבות" ליתן גט, ובלעדיה קיים חשש לדין של "גט המעושה" - שכן גם כאשר הקנין הינו נעדר תוקף, קיים חשש של "גט המעושה" מכח דעתו האישית של המקנה (הבעל), שאינו יודע על כך וסובר כי הוא מחוייב כביכול לגרש מכח מעשה הקנין שעשה.¹⁰

10 כאן מוצאים אנו לראשונה תימוכין לסברה שאותה הצענו לעיל - והסתפקנו בה - האם ניתן לומר כי בעת מעשה הקנין לא ידע עושה הקנין כי אין תוקף כלל להתחייבותו ליתן גט, וכי התחייבותו זו נעדרת תוקף; ובהעדר ידיעה בדבר בטלות התחייבות זו, אין כאן העדר גמירות דעת גם בכל הנוגע לשאר חלקי הקנין.

3. הקשר בין סעיף ההתחייבות לבין הקנס על אי קיומו

דא עקא, אם כן כיצד פוסק תרומת-הדשן כי סעיפי הקנס לא חלים מחמת הדין של "קני את וחמור", ובטלות סעיף ההתחייבות ליתן גט מביא לבטלות הקנין כולו - הן כל הצורך בויתור על מעשה הקנין נובע מהעדר ידיעה על בטלות ההתחייבות ליתן גט, ואם-כן מדוע גורמת בטלות ההתחייבות ליתן גט לביטול מעשה הקנין כולו, והרי יש גמירות דעת מלאה בקנין זה כולו?

ואולי ניתן לבאר, כי תרומת-הדשן סובר כשיטת קצות-החשן, לפיה המקח בטל כולו, לא מחמת פגם בגמירות דעת של המקנה, אלא מחמת פגם במעשה הקנין, שחלקו התברר כבלתי תקף, וממילא הוברר כי המדובר במעשה נטול משמעות, בכל היבטיו; ורק לענין החשש של "גט מעושה" די אף במעשה קנין נעדר תוקף, כיון שהמקנה אינו יודע על העדר התוקף של ההתחייבות, ויש חשש כי אין הוא נותן את הגט מרצונו החופשי, ולכן צריך ויתור כאמור.

שאלה נוספת יש להעלות ביחס לדברי ה"תרומת הדשן", בנוסף על קושייתנו דלעיל: הסוגיה של "קני את וחמור" עוסקת בהקנייה לשני בני אדם, ואילו בקדושין דף מא הנדון הוא הקניית שני מושאי קנין - אך בשניהם זו הקניה של שניים כאחד, כאשר השאלה היא האם בטלות האחד אינה מבטלת את רעהו. אך תרומת-הדשן מתייחס לקנס על הפרת התחייבות ליתן גט. ההתחייבות והקנס אינן שתי התחייבויות שיש לבצען בו זמנית, ואשר יש על כן לדון האם בטלות האחת תגרור גם את בטלות רעותה. בהתחייבות ליתן גט וקנס בגין אי נתינתו המדובר בשני נושאים שהאחד חל רק אם השני הופר. קנס חל רק כשלא קוימה ההתחייבות ליתן גט. אלו לא חיובים מקבילים, אלא חיובים חילופיים. ואם כן, כיצד ניתן לומר כי בטלות האחד גוררת את בטלות רעהו מדין "קני את וחמור"? ואולם, אם מניחים כי תה"ד סובר כקצה"ח בסוגיית "קני את וחמור", כפי שהוסבר לעיל, ניתן להבין גם תמיהה זו. בהתאם לשיטת קצה"ח התחייבות שאינה בת אכיפה מביאה להגדרת מעשה הקנין כפגום וחסר תוקף, ומעשה פגום שהינו נטול משמעות אינו בר-תוקף ואין בו כדי ליצור יחסים מחייבים בשום תחום. משום כך התחייבות לשלם קנס - שנעשתה באמצעות מעשה שכזה - לא עלתה כדי התחייבות מחייבת. אכן, בין כך אין עילה לקנס, בהעדר התחייבות שניתן להפר אותה ולהשית בגינה קנס. ואולם, מכיון שהמעשה פגום, לא חל שום חלק מן המקח (לא בעניין ההתחייבות ליתן גט, ולא בעניין הקנס). וממילא אותו אדם אינו חייב בקנס, לא רק בהעדר עילה שתגבש את החיוב, אלא קודם לכל - מכיון שאין מלכתחילה התחייבות בת תוקף לשלם קנס.

מכל מקום, מפסקו של הרמ"א לעיל למדים אנו כי התחייבות למתן גט מעוררת חשש של "גט המעושה", ומן הראוי להימנע מסעיף שכזה - וזאת אף ללא קשר לעובדה כי זהו סעיף נטול תוקף. סעיף שכזה עלול לסכן את תוקף

הגט, אף אם הוא ניתן בהתאם להסכם הגרושין, ויש להמנע מסעיף שכזה לנוכח החשש של "גט מעושה". ובנוסף, הכללתה של התחייבות למתן גט בהסכם גרושין עלולה לבטל את שאר סעיפי ההסכם (במיוחד כשהגט לא ניתן), מדין "קני את וחמור"¹¹. הכללתו של סעיף שכזה אינה תורמת אם כן מאומה, והיא עלולה להזיק, בין אם ההסכם מקויים ובין אם לאו.

4. סיכום

- א. לדעת הכל (גם לדעת הרמ"א עפ"י הסברו של בעל תורת-גיטין) - להתחייבות ליתן גט אין כל תוקף מחייב.
- ב. לדעת הרמ"א בהתחייבות כאמור יש כדי להעלות חשש של "גט מעושה".
- ג. לדעת תרומת-הדשן אין אדם יודע מלכתחילה כי התחייבותו ליתן גט, הינה נעדרת תוקף, ומשום כך קיים החשש של "גט מעושה". בטלות מלכתחילה של סעיף ההתחייבות ליתן גט גוררת גם בטלות של שאר ההסכם, שכן זהו מעשה קנין נעדר תוקף. תה"ד סובר, ככל הנראה, כפי שבארנו לעיל בשיטת קצות-החשן, וממילא אם סעיף כאמור נכלל בהסכם, הדבר עלול להביא לבטלותו של ההסכם כולו.
- ד. לנוכח דברי תרומת-הדשן, כי הדיוט אינו מודע להעדר התוקף של התחייבותו ליתן גט (עד כי מתעורר חשש של "גט מעושה"), הרי שלפי באורו של הר"ן בסוגיית "קני את וחמור" שהוכחה בפרק הקודם, סעיף התחייבות ליתן גט לא יביא לבטלות כל שאר סעיפי ההסכם, שכן אין בו ללמד על העדר גמירות דעת בכל מעשה הקנין, באשר לגירסתו סבור היה המקנה בעת עשיית מעשה הקנין כי יש תוקף למעשה הקנין כולו, לרבות הסעיף בדבר ההתחייבות ליתן גט.
- ה. לפי הראב"ד והריטב"א בסוגיית "קני את וחמור", כפי שהובאו בפרק הקודם, אף אם מודע אדם לבטלותו מעיקרא של סעיף ההתחייבות למתן גט, הרי שע"י ניסוח הסכם הגרושין בדרך של פרקים פרקים אוטונומיים, שאינם תלויים זה בזה, ניתן למנוע את בטלות הסכם הגרושין כולו. במקרה זה, גם אם יש בסעיף ההתחייבות ליתן גט כדי להצביע אל העדר גמירות דעת, אין בכך כדי להצביע על העדר גמירות דעת לשאר חלקי הסכם הגרושין, וממילא אין הדבר מביא לבטלותו.
- ו. בין לדעת תרומת-הדשן (וקצות-החשן) ובין לדעת הר"ן, הראב"ד והריטב"א

11 לפי שיטת קצה"ח שהובאה לעיל, מביא סעיף שכזה לבטלות ההסכם כולו. ואף בהנחה שהדיוט אינו יודע כי אין תחולה לסעיף זה, גם אז בטל ההסכם, כי הפגם הוא במעשה הקנין, ולא בגמירות דעת.

האמורים, לסעיף ההתחייבות לשלם קנס (וכיו"ב סעיפי סנקציות) בגין אי מתן הגט, אין כל תוקף. זאת, או מכיון שההסכם כולו בטל (לדעת קצה"ח); או מכיון שהחיוב ליתן גט בטל, ובהעדר חיוב אין הפרה של חיוב, ולא מתקיים התנאי שבו קם החיוב לשלם את הקנס (וזאת גם לדעת הר"ן, הראב"ד והריטב"א, שההסכם כשלעצמו אינו בטל).

ז. לדעת הנודע-ביהודה (מהדו"ת סי' מז) גם לסעיף הסנקציות יש תוקף, וזאת על אף פסקי הרמב"ם הסמ"ע והרמ"א. לשיטתו, התנאי לתשלום הקנס אינו החיוב ליתן גט, אלא אי קיומו של המעשה, וזאת אף אם אין תוקף מחייב להתחייבות לעשותו.

ט. הסכם גרושין המקבל תוקף של פסק דין

האם משתנה מסקנה מן המסקנות דלעיל, כאשר הסכם הגרושין מקבל תוקף של פסק דין?
 על משמעות נתינת תוקף של פסק דין להסכם גרושין, עמד ביה"ד הרבני בפד"ר י' עמ' שסג, ובפד"ר יא עמ' רלה. בפד"ר י' עמ' שסג נקבע בהקשר זה כדלקמן (פסקה 4):
 ע"י נתינת תוקף של פסק דין להסכם חל עליו דין שטר. ולא גרע מדין שטר שנעשה ע"י עדים, שעליו נאמר "אין עדים חותמים על שטר אלא אם כן קראוהו".

ובפד"ר יא' עמ' רלה נקבע, כי בפניית הצדדים לאישור הסכם ע"י בית הדין יש כדי לרפא פגם בגמירות הדעת של הצדדים שעלתה מלשון ההסכם, שכן יש לראות בפניה זו משום התחייבות חדשה (ראה פסקה 34 שם).
 לאמור, פסק דין המאמץ הסכם גרושין אינו נותן תוקף סטטורי להסכם, ואין השיקול של כבוד בית הדין מכריע בעניין זה (בבחינת "השתק פלוגתא" וכיו"ב). מכאן, כי אם יש פגם בגופו של מעשה הקנין (מחמת שבטל מקצתו וכיו"ב) הרי שחסרון זה קיים גם בהסכם שקיבל תוקף של פסק דין. ואולם, מתן תוקף של פסק דין להסכם גרושין, מהווה מעשה קנין חדש, באשר הפניה לבית הדין מהווה כשלעצמה חתימה על שטר, ויש בה כדי לרפא פגמים בגמירות הדעת של עושה מעשה הקנין.

לכך יש לכאורה חשיבות רבה, שכן אם הפגם הוא בגמירות הדעת (שיטת הר"ן) הרי שפניה לבית הדין כי יאשר את הסכם הגרושין מרפאת את הפגם. ואף אם הפגם הוא בגופו של מעשה הקנין (שיטת קצות-החשן) ניתן לכאורה לומר,

כי הפניה לבית הדין מהווה מעשה קנין נוסף, של חתימה על שטר, אשר עליו חתום גם בית הדין. מעשה חדש זה אינו מעשה בטל, והוא יוצר התחייבות תקפה ביחס לשאר סעיפי הסכם הגרושין.

דא עקא, שדברינו אלה אינם נקיים כל עיקר מספקות:

א. אכן הפניה לבית הדין מהווה מעשה המצביע על גמירות דעת. ואולם, לבית הדין מובא שוב ההסכם על סעיף ההתחייבות לקבל גט. נמצא, כי במעשה זה גופו נכללים שוב שני נושאים, אשר באחד מהם אין גמירות דעת. ואם-כן, לשיטת הר"ן גם הפניה לבית הדין לא תועיל לכאורה.

ב. לדעת קצות-החושן אכן יש פה מעשה קנין נוסף - אך במעשה קנין נוסף זה גופו, נכללו שני נושאים, שהאחד מהם אינו בר קנין (ההתחייבות ליתן גט). ואם כן, שוב בפנינו מעשה שחלק ממנו בטל ונעדר כל תוקף, והדין הוא לפי קצה"ח כי מעשה שכזה אינו יכול להיות בר-תוקף לגבי דברים אחרים.

ועם זאת, דומנו כי נכון ינהגו בני זוג, אשר יביאו את הסכם הגרושין לבית הדין, כדי שיתן להסכם שביניהם תוקף של פסק דין. במקרה זה, אף אם הדבר אינו פותר את הבעייתיות של סוגית "מקח טעות", שעליה עוד נעמוד להלן, הרי שבכל זאת יש בו כנראה כדי לפתור את הבעיה שעליה עמדנו בפרק הקודם בענין "קני את חמור". נבאר דברינו.

לנוכח פסקו של הרמ"א, שהובא לעיל, סביר להניח כי להתחייבות של הבעל ליתן גט (בלשון התחייבות, ולא בלשון הצהרה) לא יתן בית הדין תוקף של פס"ד, מחשש "גט מעושה", וסעיף זה יוצא מגדר ההסכמות שלהן ינתן תוקף, כאמור.¹² לעומת זאת, לשאר החיובים, כולל התחייבות האישה לקבל גט, אשר להם ורק להם יתן בית הדין תוקף של פס"ד, יש תחולה מלכתחילה, ורק אחר כך מתברר שפקעו או הופרו משלא ניתן הגט. וביחס לכך הובהר לעיל, כי לא קיים הפגם של קנין שבטל מקצתו בטל כולו. במקרה זה אין להסיק כי נעדרת גמירות הדעת מלכתחילה במעשה הקנין; וכן אין ביטולה או הפרתה של התחייבות זו, לאחר שחל המקח, מהווה פגם בגופו של מעשה הקנין הגורר בטלות הקנין כולו. רק התחייבות הבעל ליתן גט הינה התחייבות נעדרת תוקף מלכתחילה, והיא הבעייתית; ואולם, התחייבות זו לא יאשר בית הדין ממילא.

נמצא כי הפניה לבית הדין אינה כוללת גם את המרכיב של ההתחייבות ליתן גט, יהא נוסח הסכם הגרושין אשר יהא; ובית הדין יתן תוקף של פס"ד רק לשאר מרכיבי ההסכם, במובחן ובנפרד מן ההתחייבות ליתן גט, שלא תיכלל

12 יש הצעות שונות ביחס לסנקציות לכפיית מתן גט ע"י בית הדין, מכה תקנות רבינו תם וכיו"ב (ראה: ד"ר י' וינרוט, בעבודת הדוקטורט שלו על "דין המורדת") אך לא ביחס לעקיפת פסקו של הרמ"א בדבר "גט מעושה" לנוכח ההתחייבות ליתן גט.

כלל בפסק הדין. במקרה זה, הרי שהפניה לבית הדין מהווה מעשה קנין חדש, אשר בו אין בטלות של מקצתו, ואין פגם בגמירות דעת או במעשה הקנין גופו. בכך יש כדי ליתן תוקף לשאר מרכיבי הסכם הגרושין, אף בהעדר תוקף לסעיף ההתחייבות ליתן גט, אשר נכלל בהסכם הגרושין - אך לא נכלל בפסק הדין שאישר הסכם זה.

המסקנה המתבקשת הינה אם כן כדלקמן:

- א. הכללת התחייבות ליתן גט בהסכם הגרושין אינה בת-תוקף. היא גוררת לדעת חלק מן השיטות בטלות ההסכם כולו. ואף אם ניתן הגט, היא עלולה לפגום בתוקפו, כדין "גט מעושה".
- ב. פגמים אלו לא ברור כלל ועיקר כי ניתן לתקן באמצעות הפנייה לבית הדין.
- ג. עם זאת, הפנייה לבית הדין עשויה, במקרה שכזה, להביא להפרדה בין ההתחייבות ליתן גט לבין שאר מרכיבי המקח. במקרה זה, יהא בפנינו מעשה קנין חדש, שהוא הפנייה לבית הדין; ובמעשה זה, שאינו פגום במהותו, ושיש בו גמירת דעת, יש כדי ליתן תוקף לשאר סעיפי הסכם הגרושין.

י. בטלותו של הסכם גרושין עקב אי מתן הגט

1. אנן סהדי שמתן הגט הוא תנאי בסיסי בהסכם

עד כה דנו בבטלות הסכם הגרושין מחמת בטלות חלקו - סעיף ההתחייבות ליתן גט. ואולם, שאלה זו מתעוררת גם בהעדר סעיף התחייבות ליתן גט. הן ברור כי הסכם הגרושין נחתם רק מכיון שהצדדים ציפו כי יהיו גרושין ביניהם. לעיתים, מופיע ענין זה במבוא להסכם, כהצהרה. ובכל מקרה, גם אם לא נכתב בעניין זה מאומה, הן ברור מן הנסיבות שבהן נכרת הסכם הגרושין, ומתוכנו, כי הצדדים ציפו כי אכן ינתן גט. האם יש מקום לקיים הסכם שכזה, כאשר הנחת היסוד שלו נשמטה, והגרושין לא יצאו לפועל? הן ההסכם נחתם על דעת כן שיהיה גט, ואין גט. האם שינוי הנסיבות, אינו מביא כשלעצמו לבטלות ההסכם כולו, אף ללא הדין של מקח שבטל מקצתו בטל כולו?

מסכת קידושין מט,ב: "ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי - אמר רבא: הוי דברים שבלב אינם דברים." וביארו התוס' (ד"ה דברים שבלב):

משמע, דווקא משום שלא פירש דבריו. אבל אם פירש דבריו להדיא, ואמר בשעת המכר שהוא מוכרם לפי שהוא רוצה ללכת לארץ ישראל - הוה מכר בטל. וקשה, אמאי, הא בעינן תנאי כפול, והרי לא התנה שאם לא ילך לא יתקיים המקח?

ואומר ר"י, דצריך לחלק ולומר, דיש דברים שאינם צריכים תנאי כפול אלא גילוי מלתא, דאנן סהדי דאדעתא דהכי עביד. וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי, כגון ההיא דכותב כל נכסיו לאחרים, ושמע שיש לו בן, שהמתנה בטלה (ב"ב קלב,א) וכן הכותב כל נכסיו לאשתו, לא עשאה אלא אפוטרופא (ב"ב קמו,ב). וכמו כן, אנן סהדי דלא זבן אלא אדעתא למיסק לארעא דישראל".

לאמור, לשיטת התוספות, מקח בטל כאשר יש שינוי נסיבות - בשלושה מצבים אלו:

א. נסיבות שאינן קשורות כלל למקח, אך הצדדים למקח מעוניינים, מטעמים אישיים שלהם, לקשור את חלות הקניין בתנאים סביבתיים אלו (כלומר, הצדדים הספציפיים למקח רוצים לסטות מדעת בני אדם בענין זה, מטעמים השמורים עמהם). במקרה זה בטל המקח רק אם חלותו הותנתה באמצעות תנאי פורמלי כהתאם לכללים הפורמליים (תנאי כפול, תנאי קודם למעשה - וכיו"ב הלכות תנאים) שהותוו בתורה ביחס לתנאי בני גד ובני ראובן, שזהו המקור לאפשרות לבטל מקח באמצעות שינוי נסיבות לאחר מעשה.¹³

ב. ובקצה השני, נסיבות שהמקח תלוי בהן מטבעו, ואשר על פי דעת בני אדם הם בבחינת תנאי למקח, שאף אינו צריך להאמר - באשר הוא מובן מאליו, בבחינת מן המפורסמות שאינן צריכות לראיה. ביחס למקרה זה, שינוי הנסיבות וביטול התנאי (שאף לא נאמר ולא היה צריך להאמר, אלא הובן מאליו) משמיט את הקרקע מתחת לקניין. במקרה זה המקח בטל אף שהצדדים מעולם לא אמרו כי המקח תלוי בקיום נסיבות אלו בלבד. למשל: אדם המקנה את כל רכושו לזולת. אין זאת אלא שהעריך בטעות כי אין לו יורשים. משנודע לאדם זה כי יש לו בן, שעל קיומו לא ידע קודם לכן, הרי זה שינוי נסיבות, המשמיט את הקרקע מתחת להקנאה האמורה, ומביא לבטלותה. וזאת, על אף שהמקח לא הותנה מעולם בהיותו של המקנה ערירי. להנחה בסיסית זו יש השפעה, לא רק על תחולת הקניין אלא גם על הפרשנות הראויה שיש ליתן למעשה הקניין. כך, אם אדם מקנה את כל נכסיו לאשתו, ואינו מותיר דבר לילדיו. כיוון שמעשה זה איננו סביר, אנו מפרשים אותו כמינוי של האישה כאפוטרופוס על נכסי ילדיו, ולא כהקניה ממשית לאשה ושלילת כל הנכסים מן היורשים. פרשנות זו למעשה הקניין

13 זאת בהבדל ממקח טעות - שזהו שינוי במצב העובדתי האמיתי הקיים כבר בעת המקח, אלא שטרם היה ידוע לאחר הצדדים למקח.

(המשנה לחלוטין את תוכן המעשה) נלמדת מדעת רוב בני אדם, ויש בה כדי לקרוא אל תוך הדברים את שלא נאמר בהם במפורש - אך השתמע בלא אומר ודברים.

ג. בתווך, בין המצבים דלעיל, יש גם מצב ביניים, שבו קיים תנאי הקשור קשור אמיץ למעשה הקנין, אך יתכן אדם סביר העושה מקח גם בלי תנאי שכזה. במקרה זה, בפנינו מקח, אשר יש שהיו מתנים כי יחול רק בתנאי כאמור, ויש שלא. משום כך אין צורך בתנאי פורמלי, כפי שנעשה בתנאי בני גד ובני ראובן; אך גם אין להסיק קיומו של תנאי כאמור, בלא אומר ודברים כלל. ואין לבטל את המקח כשהנסיבות משתנות, אם לא נאמרו הדברים, ולו באופן לא פורמלי, ע"י עושי המקח. במקרה שכזה אין צורך בתנאי פורמלי, אך יש צורך ב"גילוי מלתא", דהיינו באמידה כללית שתפרש את כוונת הצדדים.

מתן הגט בהסכם הגרושין נופל לכאורה לגדר המצב השני דלעיל, שבו נוצר תנאי אף ללא אומר ודברים. לכאורה, בהסכם גרושין מתן הגט מהווה תנאי בסיסי למקח כולו, ומשלא ניתן הגט - יש כאן שינוי נסיבות, המבטל את כל הסכם הגרושין.

2. אף אם צריך גלוי דעת, אין צורך בתנאי מפורש

ואולם, אף אם נניח כי מתן הגט אינו בגדר המצב השני דלעיל, שבו דעת בני אדם יוצרת כשלעצמה את התנאי בלא אומר ודברים, אלא בגדר המצב השלישי דלעיל, בו צריך גילוי מילתא כדי שהמקח יהא תלוי בתנאי מסויים, הרי שלכאורה אין ספק כי הזכרת הגט בהסכם הגרושין (כמבוא, בהצהרה, או בכל דרך שהיא) מהווה גלוי מילתא המלמד על נסיבות כריתת ההסכם. ונמצא, כי אי מתן הגט יהווה סיבה לבטלות הסכם הגרושין כולו, וזאת אף אם בהסכם הגרושין אין התחייבות למתן גט.¹⁴

כשו"ע חו"מ רז, ג נפסק:

מי שמכר חצירו או שדהו, ופירש בשעת המכירה, שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני, או מפני המטר שנמנע, כדי לקנות חיטים בדמיו - הרי זה כמוכר על תנאי. לפיכך, אם ירד המטר אחר שמכר, או באו חיטים והוולו, או נמנע הדרך לעלות אותה הארץ, או לא נסתייע לו לעלות או לקנות החיטים

14 תוצאה זו עלולה לכאורה להוביל לאבסורד, באשר גם הצד להסכם הגרושין - שמחמתו הגט לא ניתן - יוכל לטעון לבטלות ההסכם כולו, שכן ההסכם שנכרת רק על דעת כן שינתן גט. ונמצא, כי מי שגרם לביטול התנאי עשוי בדרך זו להשתחרר מכלליו של חוזה, שהיה אמור לחייבו.

הרי זה מחזיר לו הדמים, ותחזור לו הקרקע, שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני, והרי לא נעשה. וכן כל כיוצא בזה.

לאמור, בשו"ע נפסק, כפי שמצינו בדברי התוספות הנ"ל, כי במצב השלישי דלעיל, בו יש המתנים את המקח בקיומן של נסיבות מסוימות, ויש שאינם נוהגים כן, אין צורך בתנאי מפורש ופורמלי, ודי בגילוי דעת כי המוכר דנא התכוון למכור רק לנוכח סברתו בדבר קיומן של נסיבות מסוימות, כדי להפקיע את המקח, במקרה שיתברר כי נסיבות אלו לא התרחשו.

ואולם, בהגהות הרמ"א שם נפסק: "ודווקא במוכר קרקעותיו; אבל במוכר מטלטלין לא מהני גילוי דעתו, עד שיתנה בדיני התנאי." לאמור, בקרקע יש אכן הנחה אוביקטיבית שאדם לא ימכרנה, אלא אם כן בדעתו לעזוב את המקום ולהשתקע במקום אחר - ומשום כך מספיק גילוי דעת, ואין צורך בתנאי פורמלי ומפורש. לעומת זאת, הסיבות למכירת מטלטלין רבות הן, והנסיבות שמחמתן הוחלט למכור הן סוביקטיביות לחלוטין. משום כך במכר של מטלטלין צריך תנאי של ממש - על כל ההגבלות הפורמליות שבכך - כדי להפקיע את המקח. עם זאת, נראה לכאורה כי הסכם גרושין שכלולים בו, הן סעיפים הנוגעים למקרקעין (נכסי דלא נידי - כגון דירות המגורים של בני הזוג) והן סעיפים הנוגעים למטלטלין, אינו ניתן לחלוקה מבחינת גמירות דעתו של המקנה, ויש להתייחס אליו כמכלול אחד, שבו הן ההסדר ביחס למקרקעין והן ההסדר ביחס למטלטלין נקבעו מתוך הנחה כי אכן ינתן גט. מתן הגט, המהווה גילוי דעת ביחס לחלותו של הסכם הגרושין בכל הנוגע לנכסי דלא נידי של בני הזוג, מהווה א"כ גם גילוי דעת ביחס לנכסי דנידי של בני הזוג (שהם לעיתים הנכס השני במעלה אחרי הדירה - בעיקר כשמתייחסים לחשבונות בנק ולחסכונות) וממילא, משלא ניתן הגט, יתבטל הסכם הגירושין כולו (ועי' בסמ"ע שם ס"ק ט).

3. הצד המסרב לגט מנוע מלטעון לבטלות ההסכם

הכיצד מתגברים על קושי זה? בסמ"ע שם ס"ק ח מוצאים אנו: "או נמנע הדרך" - פירוש שלא הלך מחמת שהיה מניעה בדרך, כגון שנקבצו גזלנים בדרך; הן שאין המניעה מכח הדרך רק שלא מסתייע לו מילתא מחמת עצמו, שנתחדש לו עניין חולי וכיו"ב, שאינו יכול לילך, או לא נסתייע לו לקנות החיטין שבשביל קנייתן מכר.

מדברי הסמ"ע עולה כי ניתן לטעון שהמקח בטל עקב שינוי נסיבות, רק כאשר אדם נאנס ואינו יכול לבצע את המקח (ולענין זה נחשב לאונס אף מצב

שבו האונס אינו מצב אובייקטיבי אלא אונס סובייקטיבי, כגון שהעסק לא משתלם או שהוא חולה וכיו"ב). אבל כאשר אין שום אונס, וכידו לקיים המקח, או במקרה דנא – ליתן גט – הרי שאין לו אפשרות לטעון לבטלות המקח עקב שינוי נסיבות, שכן הצד הגורם בעצמו לשינוי הנסיבות מנוע מלטעון שההסכם כולו בטל עקב שינוי הנסיבות שהוא גרם לו. רק הצד שכנגד רשאי לטעון כן. תוצאה שהיא אכן סבירה לחלוטין.

לאמור, כאשר לבסוף לא ניתן גט, הרי שהצד שגרם לכך, מנוע מלטעון לבטלותו של הסכם הגרושין כולו בטענה של שינוי נסיבות, ושל תנאי למקח שלא קויים.

ואולם, לכאורה קיים עדין קושי – שכן ניתן להעלות סברה, כי מכיון שאונס הינו, לשיטת הסמ"ע, מצב סובייקטיבי – כגון כשאינו יכול לקנות חיטים שכדי לרכשן נעשתה מכירתו של נכס מסויים – הרי שבאותה מידה יוכל הצד שגרם לאי מתן הגט לטעון כי נאנס לעשות כן בלחץ הנסיבות, ואם כן שוב יוכל הוא לטעון כי שאר ההסכם בטל אף הוא?

אלא שכאן יש להבחין: ביחס לרכישת החיטין נחשב הדבר לאונס לשיטת הסמ"ע, רק כשלא ניתן להשיג חיטים לרכישה, ואין זה בידו לרכוש חיטים. מה שאין כן כאשר יש חיטים, אלא שמחירן יקר ולא משתלם לקנותן. נסיבות אלו לא הוגדרו כאונס ע"י הסמ"ע. ואם כן, גם בהסכם גרושין, כיון שניתן ליתן או לקבל את הגט, והדבר מסור בידי בני הזוג, הרי שסרובו של הבעל ליתן גט – או סרוב האישה לקבלו – אינו בגדר אונס, אלא רק בגדר חוסר רצון מכל סיבה שהיא. במקרה זה יהא הצד שסיכל את מתן הגט מנוע מלטעון לבטלות הסכם הגרושין כולו.

מכאן, כי גם אם אחד מבני הזוג חוזר בו מרצונו לאפשר את מתן הגט מחמת טענה של "שלום בית" – אין הדבר נחשב לאונס, אלא לחוסר רצון; ולשיטת הסמ"ע הוא לא יוכל לטעון לבטלות הסכם הגרושין עקב אי מתן הגט.

יא. תנאי למקח או מועד לתחולתו

1. לביטול מעשה שכבר נעשה יש צורך בתנאי

הצורך בקיומו של תנאי פורמלי, הנלמד כאמור מתנאי בני גד ובני ראובן להנחלת עבר הירדן, נובע מכך שהמדובר באמירה, אשר באמצעותה מבקשים אנו להפקיע תוקפו של מעשה, שכבר נעשה וקיבל תוקף.¹⁵ זאת במובחן מסוגיית

15 סברה זו מכונה בעולם הישיבות "תנאי מילתא אחריתא". יסודות סברה זו מצויים בדברי תוספות כתובות נו, א ד"ה הרי זו מקודשת ותנאו בטל: "ואומר ר"י, דאי לא דילפינן

מקח טעות, המתייחסת למקח אשר עושיו סבורים כי הנסיבות הן מסוג מסויים, בעוד שהסתבר להם לאחר מכן כי כבר בעת שנעשה המקח, היו הנסיבות שונות ממה שסברו, וממילא התברר כי המקח לא קיבל תוקף מלכתחילה. נמצאת למד כי דיני התנאים דלעיל, בדבר הצורך בתנאי פורמלי בנסיבות מסוימות, ובגמירות דעת בנסיבות אחרות, נעוצים בעובדה כי אנו מבקשים באמצעות תנאי - שאינו אלא גילוי דעת בדבר רצונו של המקנה - להפקיע תוקף של מעשה, שכבר נעשה וכבר החל לקבל תוקף. ומכאן, כי במקום שבו אין מעשה שכבר קיבל תוקף, אין צורך בדיני התנאים דלעיל.

2. הסכם גרושין מקבל תוקף רק מעת נתינת הגט

נדגים את דברינו - בהתייחסות לסוגיה דנא של הסכם גרושין. יש מקום רב לומר כי מתן הגט בהסכם גרושין אינו בגדר תנאי המפקיע את תחולתו של ההסכם, שחל כבר. אלא סביר להניח כי כל ההסכם מתחיל לקבל תוקף רק ממועד מתן הגט, וההסכם אינו חל עד שניתן הגט. ממילא, אין צורך בדיני תנאים כדי להפקיע את ההסכם. אדרבה, יש צורך בגט כדי שההסכם יחול ויקבל תוקף.

נמצא, כי אף הצד להסכם האשם באי מתן או קבלת הגט, יכול להסתמך על העובדה כי בפועל לא ניתן גט, כדי לטעון כי גם שאר הסכם הגרושין לא חל. במקרה זה לא נאמרו דבריו של הסמ"ע המתייחסים לגילוי דעת בדבר קיומו של תנאי, שכן בטלות הסכם הגרושין במקרה דנא אינה נוגעת לדיני התנאים, והיא נובעת מכך שבנסיבות כאלה טרם הגיע מלכתחילה מועד תחולת ההסכם.

3. לביטול תוספת כתובה כשלא חלו נישואין אין צורך בתנאי

נביא להלן ראיות לכך, כי קיימים ארועים שהם בגדר תנאי מתלה לתחולתו של המקח - דהיינו שהמקח חל רק לאחר שארועים אלו מתגשמים - ושאינם בבחינת תנאי מפסיק המיועד להפקיע את המקח לאחר שכבר קיבל תוקף. ארועים אלו אינם בגדר תנאי במונח דיני התנאים דלעיל, אלא בבחינת דחיית מועד תחולת הקניין שמלכתחילה אינו חל עד להתרחשותם של ארועים אלו.¹⁶

מתנאי בני גר ובני ראובן, הווה אמינא בשום תנאי אינו מבטל את המעשה, ואפילו לא יתקיים בסוף - המעשה קיים.

16 עם זאת, ניתן לכאורה לטעון כי אין מקום להעלות את הסברה האמורה בכל אותם מקרים שבהם סעיף מסויים (ולו סעיף אחד ובנושא שולי לחלוטין) החל להתבצע בטרם המועד המיועד למתן הגט. במקרה זה אין לומר כי הסכם הגרושין אינו מקבל תוקף עד למתן

מסכת כתובות נד,ב:

אף על פי שאמרו בתולה גובה מאתיים ואלמנה מנה, אם רצה להוסיף אפילו מאה מנה יוסיף. נתארמלה או נתגרשה - בין מן האירוסין בין מן הנשואין - גובה את הכל. רבי אליעזר בן עזריה אומר: מן הנישואין - גובה את הכל; מן האירוסין - בתולה גובה מאתיים, ואלמנה מנה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה.

ההלכה בשו"ע אה"ע נד,ו נפסקה כדעת ראב"ע, שהאומדנא "שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה" הינה תקיפה, ואם מת קודם הנישואין אין האשה גובה את תוספת כתובתה. הבה נתבונן באומדנא זו שמחמתה פקע המקח. האם המקח חל, ופקע לאחר מכין? - כך היה יכול לכאורה להשתמע מלשון המשנה "שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה". אך מסתבר יותר כי במקרה זה המקח לא חל מעולם, לא משום שיש כאן אומדנא המפקיעה אותו, אלא מכיון שזמן תחולתו נדחה עד לנישואין, וממילא, משלא נישאה בטל המקח, מכיון שזמן תחולתו לא הגיע (ולא יגיע לעולם). וכך אכן משמע מלשון השולחן ערוך "ואינה גובה תוספות כלל, הואיל ולא כנסה". ודוק: אין כאן תנאי לתחולה, אלא זמן שלא הגיע - ארוע שהמקח תלוי בו, שלא ארע.

וכך לכאורה יש לנסח את הדברים: כאשר המקח מותנה בהתרחשותו של ארוע מסויים - כגון מתן גט, נישואין, וכיו"ב - היוצרים מצב חדש שאותו בא המקח להסדיר, אזי התרחשות הארוע מהווה קביעת מועדו של המקח, שיחול רק עם התרחשות הארוע האמור. לעומת זאת כאשר המקח מותנה בהתרחשותו של ארוע מסויים, שאינו נוגע לגוף המקח אלא למניעיו - כגון מכירת קרקע על מנת לעלות לארץ ישראל - הרי שהמקח חל, אך שינוי הנסיבות מפקיעו.

לאמור, ארוע הנוגע לגוף המקח - כגון: גט בהסכם גרושין, נישואין בתוספת כתובה, וכיו"ב - אינו נוגע לדיני התנאים המתייחסים להבעת רצון שיש בה כדי לבטל מעשה שכבר קיבל תוקף, אלא זהו ארוע המהווה דחיית המועד שבו יחול

הגט, ורק אז חלים גם שאר סעיפי ההסכם בזה אחר זה. אלא סביר יותר לומר כי ההסכם חל מיד, והראיה שביצעו החל בטרם נתינת הגט. ומתן הגט הוא רק אחד הסעיפים העיקריים, שבלעדיו יחשב הרבר לשינוי נסיבות. ואולם, זהו שינוי נסיבות שיש בו כדי להפקיע הסכם שכבר חל וקיבל תוקף. ואזי לא יכול להסתמך על טענה זו מי שגרם לשינוי הנסיבות, האשם בכך שהגט לא ניתן. נמצא, כי הבעיה דלעיל מתעוררת רק בהסכם גרושין, שאף אחד מסעיפיו לא חל בטרם מתן הגט. ומכאן עצה טובה קא משמע לן למנסחי הסכמי גרושין - להפעיל את אחד הסעיפים (כגון: חלוקת אחד מחשבונות הבנק) בטרם המועד הקבוע למתן ולקבלת הגט.

המקח מלכתחילה. ועל אף שנעשה המעשה, הרי שבהעדרו של הארוע האמור, לא יחול המקח ולא יקבל תוקף מלכתחילה.

4. מתי מקנה אדם לחתנו נכסים?

לנוכח הגדרה זו תוכן היטב הדוגמא הבאה, המהווה אף היא ראייה לעיקרון דלעיל. כברייתא בכתובות מז, א-ב נחלקו תנא קמא ור' נתן אודות אב שנתן לבתו נכסים כדי שתביאם עמה לבית בעלה, ומתה הבת בטרם נישואיה (לפי רש"י: בעודה ארוסה). לת"ק לא זכה הבעל בדברים הללו. משום ר' נתן אמרו זכה הבעל בדברים הללו. הגמרא מנסה לתלות מחלוקת זו במחלוקת של ראב"ע וחכמים הנזכרת לעיל, אך היא דוחה: "דכולי עלמא כראב"ע. מאן דאמר לא זכה - ראב"ע. ומאן דאמר זכה - עד כאן לא קאמר ראב"ע אלא מדידה לדידה, שלא כתב לה אלא על מנת לכונסה; אבל מדידה לדידו - אפילו ראב"ע מודה דמשום אחתוני הוא, והא איחתני להו." מסקנת הגמרא היא אם כן, כי הבעל מוכן לתת לאישה תוספת כתובה רק משישאנה. ואולם, אב מקנה נכסים לחתנו כבר מעת שארס את ביתו.

הגדון בסוגיא הוא אם כן בפירוש: זמן הקנין - האם חל הקנין בטרם שמתה (משנתארסה); או שהיה אמור לחול רק לאחר מותה (בעת נשואין), וממילא מכיון שמתה לא הגיע זמן המקח לחול, והוא בטל. מותה של הבת לא נדון כשינוי נסיבות המבטל את המקח, אלא כשינוי נסיבות הגורם לאי תחולת המקח, שכן המקח היה אמור לחול רק מעת הנשואין.

כאמור, רש"י פירש שהמדובר הוא שהבת מתה בעודה ארוסה. אולם לרבנו תם, בתוס' שם ד"ה כתב נראה "דהך ברייתא בנשואין מיירי, וטעמא דלא זכה לתנא קמא - משום דאנן סהדי דאין דעת האב ליתן נדוניא זו אלא על מנת שתהנה ביתו ממנה כמו הבעל", כלומר: רק כשארעו נישואין שיארכו זמן מה, כך שגם הבת תהנה מהם, ולא נשואין שהבת מתה מיד אחריהם. בהוה אמינא רצתה הגמ' לדמות את דעת ת"ק, שלא זכה הבעל, לדעתו של ראב"ע - "כי היכי דאזיל ר' אליעזר בתר אומדנא, דלא כתב אלא על מנת לכונסה, הכי נמי אזיל בתר אומדנא שלא כתב אלא על מנת שתהנה בתו."¹⁷ למסקנת הגמרא, לפירושו

17 לכאורה, פרוש זה של רבינו תם, המחייב השוואה בין אירוסין שטרם באו לכלל נישואין לבין נישואין שלא נמשכו פרק זמן מינמלי, הינה תמוהה ביותר, שהרי האומדנא של "על מנת לכונסה" היא כמבואר דחיית מועד חלות הקנין; ואילו האומדנא של "על מנת שתהנה ביתו" היא בפשטות תנאי, והקנין חל מיד בעת הנשואין, אלא שהאב מתנה כי הקנין יפקע אם לא ימשכו נישואין אלו פרק זמן מינמלי מסויים. ואולם, לפי ההבחנה כפי שנוסחה על ידינו לעיל - יתכן לומר, כי גם הנאת בתו נופלת לגדר תחולת זמן הקנין,

של ר"ת, יש להבחין בין תוספת כתובה שמבטיח בעל לאשתו "דלא אקני לה אלא על מנת לכונסה, משום חיבת חופה." אך בהקניה של אב לבתו – "אפילו ר' אליעזר מודה, דדי לנו באומדנא של חיתון נישואין אע"ג דאיכא אומדנא אחרינא" – כלומר, יש כבר דחייה אחת של זמן הקנין מעת עשיתו ועד לכניסתה לחופה. ניתן אכן לומר שיש אומדנא נוספת, לפיה אין אב נותן לבתו אלא אם-כן יהיו אלו נישואין שימשכו פרק זמן מינמלי – ואולם, אומדנא נוספת זו, אין אנו מיחסים לאב, ובדחייה אחת די לנו.

לאמור, ממסקנת הגמרא עפ"י באורו של רבנו תם עולה, כי הסוגיא דנא מתיחסת בכל זאת לדחיית מועד חלותו של המקח מכח אומדנא, ולא להתניות המפקיעות את המקח לאחר שכבר קיבל תוקף.¹⁸

יב. בקדושין לאחר זמן, שנתבטלו – למי שייך כסף הקדושין?

1. מחלוקת הרא"ש והר"ן

הסוגיא המרכזית, שבה נדון ענין דחית המקח (בהבדל מתנאי המפקיעו) מצויה בקידושין נט,א. שם אמור בנוגע לדין המוכא במשנה "האומר לאשה, הרי את מקודשת לי לאחר שלושים יום, ובא אחר וקידשה בתוך שלושים יום – מקודשת לשני" – מהו הדין כאשר לא בא אחר וקידשה בתוך שלושים יום? "רב

שכן זו פעולה שתארע בעתיד והנוגעת לגוף המקח. וממילא, זהו לכאורה מועד תחילת הקנין ולא תנאי, וניתן להשוות את הדברים. אך הדברים דחוקים – ראשית, מסתבר יותר כי הנאה מספקת של הבת אינה ענין הנוגע לגוף המקח, אלא למניעיו. ושנית, האם יעלה על הדעת כי עד שתמוצה תקופת הנאה שתניח את דעת האב, ישתמשו הבת ובעלה בנכסים, ללא שיהיו בבעלותם אף שכבר חלו הנישואין, ואלו יוקנו להם רק בתום המועד המינימלי הנ"ל? הן יותר מסתבר כי זהו קנין הנכנס לתוקף עם הנישואין של בני הזוג, וקיים תנאי כי אם הנישואין יפקעו לפני שתחלוף תקופה מינימלית מסוימת, שבה הבת נהנית מהנכסים, תפקע ההקנאה. בהכרח נמצאת למד כי תוספות אינם גורסים את הסברה שהבאנו לעיל בדבר השוני בין אומדנא המהווה תנאי לבין אומדנא המהווה דחיית מועד בחלותו של המקח. ואזי, גם בהסכם גרושין שכל סעיפיו יחולו לאחר הגט בלא שיהא סעיף אחד שיחול קודם לכן, לא תהא בעיה של ביטול המקח עקב אי תחולתו מדעיקרא; וניתן יהא לטעון לבטלות המקח, רק מכח דיני התנאים בשל שינוי נסיבות – טענה, שלפי הסמ"ע בן הזוג האשם בשינוי הנסיבות ובאי-מתן הגט, יהא מנוע מלהעלותה.

18 אולם לנוכח דברינו בהערה הקודמת, כי לפי ר"ת המדובר הוא בתנאי, ולא בדחיית תחולתו של המקח, נראה כי גם במסקנת הגמרא אין המדובר בזמן לתחולת המקח, אלא בתנאי לפקיעתו. ומסקנת הגמרא היא, כי מסיקים מאומדנא את קיומו של תנאי למקח רק ביחס לפרק זמן אחר (מן הארוסין ועד לנישואין), ולא ביחס לפרק זמן נוסף (עד שתהנה).

ושמואל דאמרי תרוייהו: מקודשת, ואף על פי שנתאכלו המעות. אולם נחלקו האמוראים במקרה שלא בא אחר וקידשה, ובנתיים היא חזרה בה - "ר' יוחנן אמר: חוזרת, אתי דיבור ומבטל דיבור. ריש לקיש אמר: אינה חוזרת." כלומר, לדעת ר' יוחנן יכולה האישה לחזור בה מהסכמתה לקידושין שהותנו בחלוף שלושים יום, שכן הקידושין עדיין לא חלו, ובנתיים זהו דיבור בעלמא. מסוגיא זו עולה בבירור כי קיים מוסד המכונה מקח דחוי, שניתן להפקיעו אף בלא קשר לדיני התנאים.

בשו"ע אה"ע מ,א נפסקה הלכה כר' יוחנן. והוסיף על כך בבית-שמואל ס"ק

ב:

כתב הר"ן, דאין צריך להחזיר [את כסף] הקדושין, אם הוא חזר - דאי אמרת עד שחלים הקידושין המעות ברשותו, אם כן אם נתאכלו המעות אמאי היא מקודשת?

לאמור: גם בקידושין שיחולו לאחר שלושים יום, זהו מקח מושלם, והמעות כבר של האישה, ואין עליה חובה להשיבם אם המקדש חוזר בו מן המקח. כמו כן, אם הוציאה כבר האישה את המעות בטרם שיגיע המועד לתחולת הקידושין, אין הדבר מפריע לתחולת הקדושין. זאת מכיון שהכסף כבר מוקנה לאישה בקנין גמור החל מיידית; רק הקידושין מושהים עד לאחר ל' יום, וניתן לחזור מהם - אך הכסף נקנה מייד.¹⁹

בהמשך דבריו מובאות בבית-שמואל דעותיהם של הרא"ש והמהרי"ט החולקים על הר"ן:

ובתשובת הרא"ש משמע דהיא צריכה להחזיר [את הכסף], אפילו אם הוא חוזר מהקדושין. והתנאי "הרי את מקודשת לאחר ל' יום", היינו אם לא יחזור. והא דמתקדשת אם נתאכלו המעות - משום שבא לידה בתורת קדושין. וכן כתוב בחידושי מהרי"ט.

לאמור, הרא"ש אינו סובר שבמקח לאחר זמן, חל הקניין בכסף מיד; אלא כשם שהקדושין חלים רק לאחר זמן, ועד אז ניתן לחזור מהם בנקל, כך הכסף שניתן עדין אינו קנוי לאישה עד שיגיע אותו הזמן. וממילא, מכיון שהנתינה לאישה עדיין אינה מושלמת ע"י האישה (אף שיש לה בינתיים זכות להשתמש בכסף) הרי שאם חזר בו מאן דהו מן המקח, עליה להשיבו. ועם זאת, אין המדובר

19 גם רבנו תם, הנזכר לעיל, יסכים כי קיים מקח החל לאחר זמן בהנתינה מפורשת הרוחה את מועד התחולה בחלוף זמן מסויים. אולם, כשמקח מתייחס לנסיבות ולארוע מסויים, לא מסיקים מכח אומדנא כי גם תחולת המקח תידחה, אלא המדובר בתנאי.

בהלוואה, שעפ"י דין אין האישה מתקדשת בה - שכן בהלוואה הכסף לא ניתן על מנת לבצע בו מעשה קדושין, וממילא מכיון שהוצא ונתאכל הרי שבעת שבא המלווה לקדשה אין בידו ליתן לה כסף קדושין. ואילו במקרה דנא מלכתחילה ניתן הכסף לשם קדושין, ולכן האישה יכולה להתקדש בו, אף שהקידושין טרם קיבלו תוקף הוציאה האישה את הכסף, וכל שנותר בידה הוא חוב להשיבו.

2. כשהאשה חוזרה בה, היא מנועה מלטעון לבטלות הקדושין

בהמשך מסכם הבית-שמואל בשם הר"ן, המרדכי ותשובת הרא"ש: "ואם היא חוזרה - צריכה להחזיר בקדושין לכולי עלמא." לאמור, יש הבחנה בין מצב שבו המקדש חוזר בו - שאז יש מחלוקת בין הר"ן לרא"ש האם חייבת האישה להחזיר למקדש את כספו - לבין מצב שהאשה חוזרת בה - שאז לדעת הכל, גם לדעת הר"ן, על האישה להחזיר למקדש את כספו. ואולם, קביעה זו אינה ברורה לחלוטין לפי שיטת הר"ן, שהרי אם המקח חל כבר באופן מוחלט בכסף (אף שעדיין לא חלו הקדושין), וכאשר הבעל חוזר בו אין המקח בכסף בטל ואין להחזיר לו את הכסף, אם כן במה שונה הדבר כשהאשה חוזרת בה? הן הכסף הוקנה לה?

ההסבר לכך הינו לכאורה כדלקמן: הקדושין תלויים בהמשך קיומו של רצון מצד שני הצדדים בעת המיועדת לתחולתן. מקום שבו נדחית תחולת הקידושין בשלושים יום, הרי שגם כשהמקדש חוזר בו, פוקעים הקדושין. זאת, על אף שהקנין של האישה בכסף נעשה מיד. ואולם, מכיון שעד שלושים יום יש אפשרות לחזור מהקדושין, הרי שזהו תנאי לקיום המקח בכסף (תנאי מכח אומדנא). משום כך, כשהאשה חוזרת בה, עליה להחזיר את הכסף, שכן המקח בכסף מתבטל לאחר תחולתו, מכח דיני התנאים. לעומת זאת, כשהמקדש חוזר בו - אין הוא יכול להסתמך על התנאי, שהרי הוא שגרם לתנאי להתבטל, ולשיטת הסמ"ע (ראה לעיל / 3) אין הצד הגורם לאי קיומו של תנאי יכול להסתמך על כך, לצורך טענה בדבר בטלות המקח. משום כך, לא יכול המקדש לתבוע את כספו בחזרה, שהרי המקח חל בכסף, ואילו בדיני התנאים אינו יכול לעשות שימוש. ואולם, ביחס לאשה לא ניתן לומר כי מכיון שהיא אשמה באי קיום התנאי, הרי שהיא מנועה מלטעון לביטול המקח, ולא תהא חייבת להשיב דבר - שהרי הבעל הוא שיטען לבטלות המקח בכסף, משלא חלו הקדושין, וזאת כדי לקבל את כספו בחזרה.

3. אבחנה בין קדושין לאחר זמן לבין קדושין המותנים בארוע

בהגהות ר' עקיבא איגר על השו"ע חילק בין "קדושין אחר זמן", לבין קדושין המותנים בארוע מסוים. בקדושין לאחר זמן, הר"ן סבור כי המקח חל מיד, ואין

להחזיר לו את הכסף אם חזר בו. לעומת זאת, בתנאי התולה את חלות הקדושין בארוע עתידי מסוים, ולא רק בחלוף פרק זמן בעלמא, - כגון: אם אבוא לעשרה ימים - אזי אם לא נתקיים התנאי (כגון: הוא לא בא כעבור עשרה ימים) - יוחזר לו הכסף. לדברי רעק"א: "כיון דבפירוש היתנה אם אבוא, וזה לא מיקרי חזרה." ולכאורה, הדברים תמוהים: הן בשני המקרים הקדושין לא חלים. ואם כן, מהי הנפקות אם ארע הדבר עקב התליית הקדושין בחלוף פרק זמן מסויים, לבין התלייתם בהתרחשותו של ארוע מסויים?

לפי הסברה דלעיל הדברים מוסברים: כשיש אפשרות להחיל את דיני התנאים - וכך קורה כשהקדושין מותלים בקרות ארוע מסויים - הרי שכאשר לא ארע הארוע האמור, הדבר מפקיע גם את הקדושין שעדיין לא חלו עד לקרות הארוע האמור, וגם את הקנין בכסף ששולם ונקנה. לאמור, גם מה שכבר נעשה וקיבל תוקף, פוקע על ידי תנאי, כי תנאי מועיל גם להפקיע מעשה שקיבל תוקף. לכן גם כסף שכבר ניתן - יוחזר. לעומת זאת, כשיש התליה של קנין בחלוף פרק זמן מסויים, ניתן לחזור מן המקח רק מכיון שאין עוד מעשה שכבר קיבל תוקף. ואכן מן הקדושין ניתן לחזור; אך בכל הנוגע למתן הכסף, יש כאן הקניה גמורה מיד (שאם לא כן, אחר כך משייתאכל הכסף כיצד תיקנה?) וקנין שנעשה ע"י מעשה וקיבל תוקף אין להפקיע בלא תנאי. משום כך, לא יוחזר הכסף במקרה זה.

יג. האופן שבו הסכם גרושין יקבל תוקף מידי

מן הסברה דלעיל יש להסיק דבר נוסף ביחס להסכם הגרושין. התליית הסכם הגירושין בגט, שכפי המבואר אינה תנאי אלא דחיית החלות, תועיל רק בהתייחס להתחייבויות עתידיות, אך אין בכך לבטל מעשים שכבר נעשו. לכן, אם כבר ניתן כסף או הועברו דברים בעין - אין בכח האומדנא בדבר הצורך במתן גט, כדי להשיבם. את הנעשה בפועל אין להשיב, אלא אם נקבע בהסכם הגרושין תנאי מפורש בנדון (אם כי, כאמור לעיל, אין צורך בכל הדרישות הפורמליות של דיני התנאים ומספיק גם גילוי דעת).

ואף מעבר לכך - משהחל סעיף מסוים מהסכם הגירושין להתבצע, אות הוא כי תוקף ההסכם לא נדחה עד לאחר מתן הגט; אלא ההסכם קיבל תוקף מיד, ורק לסעיף אחד בהסכם (סעיף ההתחייבות ליתן גט) נקבע מועד מאוחר יותר. אך הקנין וההתחייבות ביחס לשאר מרכיבי המקח - חלו מיד. בכהאי גוונא ניתן להתייחס למתן הגט לא כמועד לתחולת הסכם הגירושין, אלא כתנאי לו. אכן, מתן הגט ישאר, אף לפי סברה זו, כתנאי להסכם כולו; וזאת מכח אומדנא כי אין הצדדים רוצים ליתן להסכם תוקף אלא אם יקויים תנאי

זה. ואולם, על אף שאי מתן הגט יבטל את המקח, הרי שמשגגענו לדיני התנאים, חלה שוב סברתו של הסמ"ע, לפיה טענה זו יוכל להעלות רק מי שרצה בגט והיה אנוס, ואילו הצד שיכול היה ליתן גט או לקבלו ולא רצה לעשות כן, יהא מנוע מלהעלות טענה זו.

יד. כיצד מעניקים להסכם גרושין מעמד אוטונומי שאינו תלוי במתן הגט?

1. קביעת מועדי תחולה נפרדים לכל סעיף

ניתן להציע פתרון נוסף אף ביחס להסכם גרושין אשר הצדדים מבקשים כי כל סעיפיו יחולו רק לאחר מתן הגט, ואשר לכאורה אף הצד שבגרימתו לא ניתן הגט יוכל להסתמך על אי מתן הגט ולומר כי ההסכם כולו לא נכנס לתוקף, שכן לא בא ולא יבוא לעולם מועד תחולתו. פתרון זה הוא כדלקמן:

ניתן לקבוע מועדים קבועים לכל אחד מסעיפי הסכם הגרושין בלי להתלותם בגט אלא באופן עצמאי ונפרד. למשל:

1. גט ינתן תוך 20 יום (כהצהרה, ולא כהתחייבות, כמבואר לעיל).
2. הרכוש יחולק כדלקמן ... תוך 40 יום.
3. החזקת ילדים: ילדים ... יועברו להחזקת ... תוך 21 יום וכיו"ב.

לאמור, מתן הגט יקבע לראשון שבמועדים, וכל שאר ההתחייבויות ייקבעו למועדים מאוחרים הימנו, אך העומדים כל אחד ואחד בפני עצמו ללא תלות במועד מתן הגט. גם במקרה זה מתן הגט הוא תנאי להסכם מכח אומדנא דמוכח. אך אין לראות בו מועד שעד לתחולתו לא חל שאר ההסכם, שכן לכל סעיף וסעיף נקבע מועד תחולה משלו. ואם כן, שוב לא יוכל הצד הגורם לאי מתן הגט להסתמך על בטלות ההסכם.

במקרה כאמור, סביר להניח כי יהיו גם נסיבות שבהן סעיפיו השונים של הסכם הגירושין יהיו נפרדים מענין מתן הגט - עד שלא רק שלא נתייחס לגט כמועד לביצועו של ההסכם ולתחולת חיוביו, אלא שאף לא נראה בו תנאי לתחולתו. כך, למשל, יהא הדין כאשר סעיפי חלוקת הרכוש וכיו"ב יהיו התחייבויות העומדות בפני עצמן, וכשהיותורים שכל צד עושה למשנהו שקולים זה כנגד זה מבחינה ממונית. במקרה זה יתכן מאוד כי הנסיבות ילמדו שהצדדים חפצים בהסכם הגרושין אף לצורך הסדרתו של פרוד ביניהם, שלא יגיע לכלל מתן גט. לכן, הכל יהא תלוי בנסיבות הספציפיות ובאופן ניסוח

ההסכם, כשיתכן מצב שבו גט לא ינתן, אך הסכם הגירושין יהיה תקף בשאר סעיפיו ופרקיו, לכל דבר וענין.

2. הכללת סעיפי תשלום וחלוקת רכוש

נסיים פרק זה בשתי תשובות רלבנטיות: בשו"ת הרא"ש יא,ו מצינו: שאלה - ראובן מת בלא זרע, ונשארה אלמנתו זקוקה ליבם. ונפלה קטטה ביניהם, עד שלבסוף נתפשר שנתנה ליבם סכום, ומחל לה כל תביעות שהיו לו עליה, ונסתלק מממון אחיו לגמרי, ועל מנת שיחלוץ לה תוך זמן פלוני. ונשבע על זה שבועה ברורה. ושוב נתחרט לומר שנשבע לבטל המצוה, שהרי מושבע ועומד הוא ליבם, ורוצה שתתיבם לאחיו הקטן שהוא פנוי, יען כי הוא נשוי.

תשובה - יראה שעל הממון אין להם עוד טענה, כי נסתלק היבם הגדול ומחל לה הכל, חלקו וחלק אחיו בהרשאת אחיו. וחייב לקיים שבועה זו שנשבע לחלוץ לה.

לאמור, עוד טרם שפוסק הרא"ש כי על אחי המת לקיים את שבועתו כלפי האלמנה ולבצע את החליצה, קובע הרא"ש כי את הכסף לא יוכל לדרוש ממנה בכל מקרה, שכן הכסף הוקנה לה מיד. ואף שהדבר נעשה על מנת שיחלוץ לה, זהו תנאי בלבד, ולא התלית המקח במאורע עתידי ורחיית מועד חלות הקניין לזמן ההוא.

מכאן כי קיימות נסיבות שבהן יפורש קיום מעשה עתידי שהמקח תלוי בו - כתנאי ולא כרחיית זמן בביצוע המקח. וזאת, כאשר (כמו במקרה זה) הויתור נעשה שלא תמורת החליצה אלא תמורת תשלום. הטעם לכך הוא, כי התשלום האמור הופך את המקח לדבר עצמאי - שאינו תלוי בחליצה - והופך את החליצה לענין שאינו נוגע לגוף המקח.

מכאן, כי בהסכם גירושין, אם יש חלוקה הוגנת של רכוש - וכיו"ב ויתורים הדדיים, שאינם נעשים רק תמורת הגט, אלא בגדר של חלוקה הוגנת של רכוש, ממון תחת ממון וכיו"ב - הרי שהגט הופך לנושא נפרד מגוף המקח ולדבר חיצוני, וההסכם הינו אוטונומי, המקבל תוקף מיד, עוד טרם מתן הגט, אף שמועד ביצועו מאוחר יותר.

תשובה שניה מצאנו בשו"ת נודע-ביהודה מהדו"ת אה"ע סי' לב. הנדון שם הוא פסלותו של גט, אך בשולי הדברים מצינו התייחסות לכך שהאישה נאותה למחול כתובתה קודם שקיבלה הגט, על דעת כן שתקבל את הגט. לאחר מכן נתעורר ספק בדבר כשרות הגט. ופסק הנודע-ביהודה:

לפי מה שפסקתי, שהגט פסול וצריך גט מחדש, פשיטא שהיא מחילה בטעות [על הכתובה], שהרי כל עיקר המחילה היתה כדי שיגרשנה.

לאמור, כאשר יש חיוב כספי או מחילת חיוב כספי, הנעשים על דעת כן שינתן גט, בטלים גם ההתחייבות הכספית או המחילה, על אף שאלו נעשו קודם מתן הגט. זאת מכח הסוגיא של מקח טעות, שכן בעת שנעשו ההתחייבות או המחילה האמורים, היתה הנחה מוטעית שינתן גט. מכאן, כי יש להפיס את דעתם של החוששים לבצע חלק מהסכם הגירושין בטרם שינתן הגט. אם הגט לא ינתן - יתבטלו גם הפעולות שנעשו לפני כן - מדין מקח טעות. מאידך גיסא, אם לא יחול הסכם הגירושין (וזה תהא התוצאה אם לא תנקט אחת הדרכים המוצעות לעיל פרקים יג-יד) ומועד תחולתו יהא תלוי בגט - הרי שגם הצד שסיכל את מתן הגט יוכל לטעון לבטלות המקח, בהסתמך על כך שגט לא ניתן.

טו. בטלות הגט עקב בטלות הסכם גירושין

1. גט בטל רק בתנאי מפורש

עד כה התייחסנו למקח טעות בהסכם הגירושין, עקב אי מתן הגט. אך האם לא מתעורר חשש חמור עוד יותר - לאידך גיסא. דהיינו, כאשר ניתן גט לנוכח מה שהוסכם בהסכם הגירושין כי יבוצע לאחר מתן הגט. האם כאשר לאחר מכן מסרב אחד הצדדים לבצע את ההסכם או את הסעיף המרכזי שבו, אין בכך כדי לגרום שיתברר למפרע כי המדובר בגט שניתן בטעות? האם הפרת הסכם הגירושין עלולה להביא לבטלותו של הגט עקב מקח טעות? כך, למשל, תופעה שכיחה וידועה היא כי במסגרת הסכם גירושין האשה מסכימה לוותר לבעל על תשלום מזונות לה, ולעיתים אף לילדים, ובית הדין נותן תוקף של פסק דין להסכם. הגט ניתן - ואז פונה האישה לערכאות ותובעת מזונות בשם הילדים (בשמה היא אין אפשרות לתבוע מזונות לאחר הגירושין, אלא א"כ סוכם כי תקבלם) - ובית המשפט המחוזי מחייב את הבעל במזונות הילדים. או, כאשר מסכמים בני הזוג כי הבעל יקבל לחזקתו חלק מן הילדים, ולאחר שהגט ניתן פונה האשה לבית המשפט המחוזי בטענות שונות בדבר טובת הילד, ומבקשת כי, על אף המוסכם, יועברו גם ילדים אלו להחזקתה, והיא זוכה בדין. האם יוכל הבעל לטעון במקרה כזה כי הגט מוטעה, וכי הסכם הגירושין מהווה מעין גילוי דעת לנסיבות מתן הגט, ואם כן יש כאן תנאי המבטל את

המעשה של מתן הגט. והאם יש מקום לחשוב שהתוצאה תהא שונה אם בינתיים נישאה האשה לאחר, ואף הרתה לו.

התשובה לכך היא, כי בעוד שבכל מקח מצינו לעיל הלכה פסוקה כי אין צורך בתנאי מפורש - ובדברים שגוף הענין תלוי בהם לדעת חלק מבני האדם, מספיק גם גילוי דעת, כדי שהמקח יהא מותנה בקיומן של אותן הנסיבות - הרי שלגבי גט נפסקה ההלכה בשו"ע (אה"ע קלד, א):

צריך שיבטל כל מודעה קודם שיתן הגט. שאם מסר מודעה בפני שניים, ואמר "גט שאני רוצה ליתן לאשתי, דעו שאני אנוס ליתנו, ולכן אני אומר בפניכם שיהא בטל" - הרי הוא בטל, אף על פי שלא לקח בקנין.

לאמור, ניתן לשלול את תוקף הגט באמצעות מסירת "מודעה" בפני עדים בדבר העדרו של רצון ליתן גט. ואולם, אין להסיק העדרו של רצון שכזה מכללא, בלא אמירה פורמלית ומפורשת כאמור. בענין זה מצינו בבית-שמואל שם ס"ק א: "משמע מכל הפוסקים: דווקא שמוסר מודעה להדיא, אבל בגילוי דעת למסירת מודעה לא מהני." לאמור, בגט לא מספיק גילוי דעת. חומרת המעשה וכובדו מצריכים תנאי של ממש, באופן המפורש ביותר, כדי להפקיעו, ובלעדיו אין מבטלים את תוקף הגט.

2. ב"ח: גם גלוי דעת מועיל לבטל גט

בפתחי-תשובה (ס"ק א) תמה על הבית-שמואל "מאי קמשמע לן, הא פשיטא, דקיימא לן כאב"י בפרק השולח דגילוי דעת בגיטא לאו מילתה היא?" תירוצו הוא, שהבית-שמואל כיוון בזה לאפוקי מדעת הב"ח כאן, שמחלק דדווקא גילוי דעת לאחר מעשה כתיבת הגט לאו מילתה היא, אבל קודם מעשה כתיבת הגט מהני אפילו גמירות דעת שעושה באונס ... ועל זה כתב הבית-שמואל, דמכל הפוסקים לא משמע כן, אלא דגם קודם מעשה כתיבת הגט דוקא שמסר מודעה להדיא.

בפת"ש הביא עוד פוסקים הסוברים כב"ח, שבמקום שגילוי הדעת "בא לבטל מה שעתיד לעשות, מילתא היא - דאמרינן מה דעשה אחר כך עשה על דעת הראשונה."

לאמור, לדעת הב"ח ניתן להתלות את הגט בארוע מסויים - רק בטרם שהגט ניתן. כל עוד שהגט לא קיבל תוקף, ניתן לתלות את מתן התוקף בקיומן של נסיבות מסויימות, אף ללא דיני התנאים. אך משנעשה מעשה, וקיבל תוקף - צריך תנאי מפורש כדי להפקיע את תחולת הגט. לדעת הבית-שמואל לעומת זאת, אף בטרם שהגט מקבל תוקף מחייב, לא מועיל גילוי דעת, וצריך תנאי ממש בכל מקרה, כדי להפקיע את תוקפו.

נמצא לכאורה, כי לפי דעת הב"ח גילוי דעת בהסכם גרושין - שנעשה בטרם מתן הגט, והתולה את הגט בקיומם של שאר הסעיפים - יועיל לבטל את הגט שנעשה לאחר החתימה על הסכם הגרושין, משנתברר כי שאר סעיפי ההסכם לא בוצעו במלואם.²⁰ כדי לפתור בעיה זו נעיין בדברים החל ממקורם.

3. גם לדעת הב"ח צריכים אומדנא דמוכח

מקור סוגיית מקח טעות ביחס לגרושין מצוי בגיטין מה.ב. במשנה נאמר: "המוציא את אשתו משום שם רע (רש"י: שיצא עליה לעז זנות) - לא יחזיר; משום נדר - לא יחזיר." ובגמרא שם: אמר ר' יוסף בר מניומי אמר רב נחמן: והוא שאמר לה "משום שם רע אני מוציאך; משום נדר אני מוציאך".

לאמור, המגרש את אשתו משום שם רע שיצא לה בכל הנוגע לרמת מוסריותה, או מחמת נדר שנדרה ושקיומו מקשה לחיות עימה - אם גילה הבעל את דעתו בשעת הגירושין כי הוא מגרשה מחמת הטעם הזה, אזי, אף אם ימצא כי יסוד הדברים בטעות (כגון, שחכם התיר את הנדר; או שהתברר שהשם רע הופץ במכוון ע"י שקרן) - עם זאת לא יחזירנה, כדי שלא יהפכו בניה מנישואין אחרים ומאוחרים יותר לממזרים. ואולם, האופציה להחזירה - שנאסרה - עמדה לבעל, מכח יכולתו לומר כי אילו היה יודע שהדברים שהופצו לא נכונים או שניתן להפר את הנדר לא היה מגרשה. ואולם, אופציה זו עמדה לבעל רק אם בעת מתן הגט הוא אמר מפורשות מהו הטעם שמחמתו ניתן הגט. מכאן המקור שגילוי דעת לא מועיל בגיטין. זהו המקור לפסיקת הבית-שמואל, וכך מצינו גם בחידושי הרשב"א והר"ן על סוגיא זו ובשו"ת מהרש"ל סי' כה.

ואולם, גם מקור לשיתת הב"ח מצינו בסוגיא זו. הרמב"ן והריטב"א בסוגיא נוקטים כי גילוי דעת, שממנו מסיקים אנו כי הבעל מגרשה מחמת שם רע או מחמת נדר, מועיל לבטל את הגט. ואף שהבעל לא גילה את דעתו באופן ברור בשעת הגירושין כי הינו מגרש מסיבה זו, הרי שהדבר הוא בבחינת אומדנא מוכחת, שאינו מגרשה אלא על דעת כן. וממילא, כשיש שינוי נסיבות, מסתבר כי זהו מקח טעות והגט בטל.

20 אם כי לפי הסברנו דלעיל, ניתן לפרש נסיבות כדוחות את תוקף מעשה הקנין, כאשר המדובר בנסיבות הנוגעות לגוף המקח, כגון מתן גט בהסכם גרושין. אך הסכם הגרושין אינו נוגע לגוף המקח של מתן הגט, וממילא יש צורך בדיני התנאים ובמסירת מודעה מפורשת על כך, גם לדעת הב"ח.

דא עקא, שעיון בסוגיא האמורה מלמדנו יסוד חשוב בהתיחס לפסקו של הב"ח: גילוי דעת מועיל לבטל הגט (וכאמור לעיל, הדבר מועיל רק כל עוד שהמעשה לא קיבל תוקף) – אם הגילוי דעת הוא כזה שבאמצעותו נוצרה אומדנא דמוכח שרק על דעת כן ניתן הגט. סתם גילוי דעת, שאין בו אומדנא דמוכח – לא יועיל לכל הדעות לביטול הגט.

מכאן ניתן לכאורה להסיק, כי אם הופר הסכם הגירושין בדברים זוטרים, אף שבעת שנוהל המשא ומתן בין הצדדים לא הסכימו הצדדים לחתום על ההסכם, בלעדיהם – הרי מכיוון שבטלותם אינה יוצרת אומדנא דמוכח כי בלעדיהם אין רצונו של בן הזוג בגט, אזי לא יבטל הגט עקב כך ולא נוצר חשש כדעיל.

4. מחלוקת בדעת התוס' אם צריכים אומדנא דמוכח

מהתוס' שם ד"ה אי אמר, משמע שגילוי דעת אינו מועיל ביחס לגט אף באומדנא

דמוכח, "דאף על גב דבכמה דוכתי מהניה גילוי דעת, הכא ליכא למימר הכי, מדבעי לר' מאיר תנאי כפול". לפי התוס', גם כאשר יש אומדנא דמוכח אין הגט בטל, והדבר היחיד שיש לחשוש מפניו הוא הלעז שיוצא על האשה. טעם הדבר לדברי מהר"ם אלשיך בשו"ת שלו סי' עה, ש"גילוי דעתא בגיטא לאו מילתא היא" (כדעת אביי בגיטין לד, א) – ואף שיש לכאורה לחלק (כמוכא בב"ח) כי דברי אביי אמורים בגילוי דעת לאחר מעשה בגט, ואילו גילוי דעת בשעת מעשה לא מוכח שם שלא יועיל – לא נקטו חילוק זה, משום שבגירושין וקדושין אין אדם עושה אותם אלא בהסכמה גמורה (שלא כסתם מקח). ולכן אם נתן גט – הרי שהדבר נעשה בכל מקרה אף ללא קשר לגילוי דעת (אלא אם התנה במפורש לפני כן).²¹

לעומת זאת, במחנה-אפרים (בסוף הלכות גרושין) חלק על דברי מהר"ם אלשיך הללו. לדעתו, אף לתוספות: אם נוצרה אומדנא דמוכח – יבטל המקח אף בגט. והמחלוקת היא רק כשלא נוצרה אומדנא דמוכח.

5. מה נחשב בהסכם גרושין כאומדנא דמוכח?

לסיכום סוגיא זו במסכת גיטין נמצאנו למדים:

21 בעין-יצחק (השני) סי' לז מבואר עוד כי גילוי דעת לא מועיל לבטל גט, שכן בקדושין ובגיטין תוך כדי דיבור לאו כדיבור דמי, ומשום כך נחשב גילוי הדעת לאמירה לאחר המעשה, ולכן אין הוא מועיל. רק בשבועה מועילה חזרה בתוך כדי דבור (כדעת הרמב"ם בהל' שבועות פ"ב), אך בגט לא מועילה חזרה אף תוך כדי דיבור, שכן בקדושין ובגרושין אדם אינו טועה, ואינו עושה אותם מלכתחילה אלא אם-כן גמר בדעתו לעשותם לאחר שיקול דעת שעשה בכובד ראש. משום כך, לא ניתן לטעון לטעות, אף לא באמצעות גילוי דעת היצר אומדנא דמוכח.

לשיטת רש"י: יש צורך בתנאי ברור כדי להביא לביטול הגט, ובלעדיו אין חשש לבטלותו.

לפי שיטת הרמב"ן והריטב"א: מועיל אף גילוי דעת, ובלבד שהמדובר באומדנא דמוכח כי הגט תלוי בנסיבות מסוימות אלו.

לפי מהר"מ אלשיך: לתוספות אין אף פעם חשש של ביטול הגט, מחמת מקח טעות, אלא אם כן היה הגט מותנה בתנאי באופן ברור ומפורש. גילוי דעת אינו מועיל, אף כשהוא קיים לפני שהגט קיבל תוקף, ואף כשנוצרת אומדנא מוכחת.

לפי מחנה-אפרים: גילוי דעת היוצר אומדנא דמוכח מבטל את הגט לדעת תוספות, כמו גם לדעת הרטב"א והרמב"ן. אך בגילוי דעת שאינו יוצר אומדנא דמוכח אין הגט בטל. ואולם - לדעת מחנ"א - שם רע ונדרר כעילות לגט אינם נחשבים לאומדנא דמוכח.

ומכאן עולה שבהסכם גרושין יהיה הדין כדלהלן:

לשיטת רש"י - ולפי מהר"מ אלשיך גם לשיטת תוספות: בטלות ההסכם אינה גוררת בטלות הגט, שכן אף אילו היה בהסכם כדי להוות אומדנא דמוכח, שרק מחמת האמור בו ניתן הגט, אין הדבר מספיק כדי להביא לבטלותו של הגט. לשיטת מחנה-אפרים: גילוי דעת שיש בו כדי להוות אומדנא דמוכח מועיל לבטל גט. ואולם, מכיון שאף שם רע כי האישה שירכה דרכיה ונדרר שנדרה האישה, העושה את החיים עימה קשים מנשוא, אינם מהווים אומדנא דמוכח, כי רק מחמתם ניתן הגט, הרי שהסכם גרושין ברוב הנסיבות, מקל וחומר שלא יחשב לאומדנא דמוכח, כי רק מחמתו ובתנאים אלו ניתן הגט.²² וממילא הפרת הסכם הגרושין לא תביא לבטול הגט.

ועם זאת, נותר מקום לחשש - לפי מהר"מ אלשיך, ששם רע ונדרר הם אומדנא דמוכח; ולפי שיטת הרמב"ן והריטב"א, שבכהאי גוונא מועיל גילוי הרעת לבטל גט - הרי שיתכן כי גם הסכם הגרושין ייחשב לדידם לאומדנא דמוכח, לפיו בלי קיומו של הסכם הגרושין לא היה הבעל מגרש, כשם שנדרר ושם רע מהווים אומדנא דמוכח (כך, למשל, סביר להניח כי אילו היה הבעל יודע כי לאחר גרושיו יאבד את החזקת ילדיו - לא היה נאות ליתן את הגט). ואם כן משבטל

22 נכון כי הצדדים התמקחו וסרכו לגרש ולהתגרש ללא תנאים אלו שבהסכם, אך סוף סוף כוונתם להיפרד זה מזה, וכל המשא ומתן שערכו והסרוב לגט לא נבע מכך שבלי תנאים אלו חפצי נשואין זה לזה הם - אלא מפני שרצונם היה להיטיב את תנאיהם בעת הפירוד. אך ספק אם ניתן לומר שבלי ההסכם אין גט, ואם כן אומדנא דמוכח (מקום שבו אף שם רע ונדרר אינו אומדנא דמוכח) בודאי שאין כאן.

הסכם הגרושין עקב הפרתו ע"י האישה, מתעורר הספק, האם הסכם הגרושין מהווה גילוי מילתא, העולה כדי אומדנא דמוכח ביחס לרצונו ליתן את הגט, רק בתנאי שימלאו תנאי ההסכם; ומשלא מולאו תנאי ההסכם - הגט בטל. לנוכח ספק זה, הקיים לדעת מקצת מן הפוסקים, ביחס לסעיפים המהותיים בהסכם הגרושין, נמשיך להבהיר את הענין תוך עיון בהלכה הנ"ל בנושאי הכלים של השולחן-ערוך.

6. בעצם מתן הגט יש משום ויתור על קיום ההסכם

בפתחי-תשובה הנ"ל מובאת גם דעת בינת-אדם בקשר לגט אשר סידרו הסמ"ע בווינא. לאחר דיון בסוגיית תוקפו של גילוי דעת ביחס לתנאי (שאינו עומד בדרישות הפורמליות של דיני התנאים) מסיק בבינת-אדם: "ומכל שכן עכשיו שהבעל מבטל כל מה שיזיק לבטל הגט". לאמור, לדעת בינת-אדם, המנהג הקיים בזמן הזה להכריז בעת סידור הגט כי הבעל מבטל כל עיכוב שיש בו כדי ליצור בטלות בגט, מועיל גם כדי שלא יתבטל הגט עקב מקח טעות. לפי דעה זו אין הבעיה של בטלות גט עקב הפרת הסכם הגרושין מתעוררת מדעיקרא.

ואולם, בפתחי-תשובה עצמו השיג על בינת-אדם: לדעתו, מקום שבו התנאים לגט הם עתידיים ("תנאי דלהבא"), ולא ברור לנותן הגט בעת נתינתו כי התנאים אכן יקוימו כמובטח - והוא ציינם בבירור בעת שחתם על הסכם הגרושין, אך לא חזר על כך בעת מתן הגט - הרי שבכך גרם לאי תלות של הגט בקיומם של תנאים אלו, "וביטל תנאי הראשון". רק מה שנותן הגט סבור כי כבר בוצע בודאות (ושהינו כמונח בכיסו) עלול לסכן את הגט ולעשותו לגט מוטעה. במקרה זה הבעל לא חזר על התנאי, שכן יצא מתוך הנחה פשוטה כי התחייבויות אלו כבר בוצעו.

נמצאנו למדים, כי בהסכם גרושין - שבו כל ההתחייבויות הן עתידיות - הרי שלדעת בעל פתחי-תשובה, כיון שבעת מתן הגט לא היתנה הבעל שוב מפורשות כי הגט תלוי בקיום ההסכם לפרטיו, הרי שהפרת ההסכם אינה גוררת בטלות הגט.

נמצא כי הבעיה אינה מתעוררת מכמה סיבות:

או מכיון שצריך תנאי מפורש, וגילוי מילתא בעלמא אינו מועיל (אף שהוא עולה כדי אומדנא דמוכח);

או מכיון שבמקרה דנא אין אומדנא דמוכח, ולכן צריך אמירה מפורשת; או מכיון שהאמירה בטרם מתן הגט, בדבר הסרת כל העיכובים והמניעות לחלות הגט, מועילה כדי לבטל גם מניעות מכח הדין של מקח טעות;

או מכיון שהבעל לא חזר בעת מתן הגט על התנאים שאותם פרט בהסכם הגרושין, ובכך הפך את הגט למעשה אוטונומי, בלתי מותנה.

7. ממון אינו אומדנא דמוכח לביטול הגט

אולם, דומני כי אף ללא קיומן של כל הסיבות הנ"ל, אין מקום לטעון לבטלות הגט עקב הפרת הסכם הגרושין, שכן אין לומר על הסכם גרושין כי הינו בגדר תנאי לחלות הגט.

כך מוצאים אנו בבינת-אדם בשער בית הנשים סי' לב בנוגע לאדם שקודם שנתן גט לאשתו נתפטר עמה שתשליש עבורו חפצים מסוימים בידי נאמן. לאחר מתן הגט גילה הבעל כי רומה, ובמקום החפצים המסויימים שהוסכם עליהם, הופקדו נכסים פחותי ערך. עקב כך חפץ הבעל לבטל את הגט. תשובת בעל בינת-אדם היא, שהגט אינו בטל,

שאינן מן הסברה שיגרש אשתו בשביל ממון שנותנים לו, ומי ראה כזאת?! אלא בודאי שבלאו הכי היה מן ההכרח לגרש, יהיה מאיזה טעם שיהיה, רק כל מה שיכול להוציא ממון עושה תחבולות, ואנן סהדי שלא בשביל זה הוא מגרשה. כיון שנתן לה גט, על כרחך גמר ומגרש לה בלא פקפוק.

אכן, בבינת-אדם התייחס דק לנושאים ממונייים, אשר לגביהם יש לו אומדנא הפוכה, לפיה אין אדם נותן גט מחמת סיבות ממוניות, אלא מחמת חוסר ההתאמה בין בני הזוג והסכמתם להיפרד זה מזה. ואולם, לכאורה דברים אלו נכונים גם ביחס לסעיפים מהותיים, כגון החזקת ילדים וכיו"ב. נמצאנו למדים כי בטלות הסכם גרושין אינה גורמת לבטלות הגט ולהגדרתו כגט מוטעה, ואין שום הכרח משום כך להקדים את ביצוע הסכם הגרושין למתן הגט.

עם זאת נותרה בעינה המלצתנו דלעיל, להתחיל לבצע - ולו פרט זוטר - לפני מתן הגט - כדי שלא יחשב הסכם הגרושין כתלוי במועד נתינת הגט, וכדי שלא יוכל צד שסיכל את מתן הגט להסתמך על מעשיו כדי לטעון שהסכם הגרושין עדיין לא חל ולא קיבל תוקף. התחלת ביצועו של הסכם הגרושין תועיל גם כדי לכסס את הטענה כי הסכם הגירושין והגט הם שני דברים אוטונומיים, שאינם תלויים זה בזה.

מכאן, כי בעל הרוצה להבטיח את קיום הסכם הגרושין ע"י האשה, צריך לפרש (ובצורה הפורמלית ביותר של דיני התנאים) בעת מתן הגט, כי תוקף הגט תלוי בקיום נאות של הסכם הגרושין ע"י האשה. אך לנוכח החששות הכבדים שתנאי שכזה מעורר (איסור אשת איש וממזרות), ספק אם בית הדין יאפשר לבעל בעת

סידור הגט או עשיית השליח לכתיבתו, ליצור התניה שכזו; ובהעדרה יהא הגט תקף על אף הפרת הסכם הגרושין.

טז. סיכום ומסקנות

- מכל האמור נוכל לפרט את מסקנותינו כדלהלן. למותר להזכיר, שמסקנות אלו אינן אלא בבחינת בירור ההלכה, ולא קביעתה.
- א. הפרת הסכם הגרושין לאחר שניתן הגט אינה גוררת בטלות או חשש בטלות של הגט עקב מקח טעות. כמובן שעדיף להסדיר עניינים אלו בטרם מתן הגט. ואולם, אין הכרח לעשות כן כדי למנוע בטלות הגט, במקרה שלאחר מכן יופר הסכם הגרושין.
 - ב. כשמקח מותנה בארוע מסויים הנוגע לגוף המקח - אין זה תנאי אלא דחיית מועד חלותו של המקח עד לקיום הארוע האמור.
 - ג. אם הסכם הגרושין חל לפני מתן הגט, אין הצד שגרם לאי נתינתו של הגט יכול לטעון כי ההסכם כולו בטל, עקב שינוי הנסיבות שארע בכך שלבסוף לא ניתן גט. ואולם, הוא יוכל להעלות טענה זו אם ההסכם לא חל עדיין, ומועדו יהא מעת מתן הגט. משום כך המלצנו לקבוע, ולו סעיף אחד מן ההסכם שתחולתו הינה עוד קודם למתן הגט. עדיף כי הסעיף שבו מדובר, ושיחול עוד קודם מתן הגט, יהא בענין זוטר ולא בנושא מהותי. זאת מכיון, שכפי שראינו, רק אי מתן הגט מהווה עילה לביטול המקח מדין מקח טעות, אך אם חלק אחר מהסכם הגרושין לא יבוצע לא יהא בכך בהכרח כדי להחשב לתנאי בקיום המקח. ומכיון שהמדובר בשינוי נסיבות שארע לאחר שנעשה מעשה קנין בר תוקף ביחס לאותו ענין שכבר בוצע, הרי שאת שנעשה אין להשיב.
 - ד. תוקפו של הסכם גירושין תלוי במועד תחולתו - בדרך כלל: בקיום הגט. לאמור, כל עוד שלא ניתן גט, לא הגיע מועד תחולתו של הסכם הגרושין. משום כך אף הצד שכגרמתו לא ניתן הגט יכול לטעון כי הסכם הגרושין נעדר תוקף. עם זאת, לדעת התוספות בכתובות מז,ב אין הבדל בין תנאי לתחולת ההסכם לבין אומדנא שהמקח חל רק בקרות ארוע מסויים - וממילא, גם במקרה של מקח שטרם נכנס לתוקף מנוע הצד שגרם לכך, ושבידו לתקן הפגם, לטעון כי המקח הינו נעדר תוקף.
 - ה. לדעת הנודע-ביהודה גם אם הוחל בביצועו של הסכם הגרושין - אם לאחר מכן לא ניתן הגט, ניתן להשיב אף את מה שכבר ניתן. לשיטה זו בודאי שעדיף להקדים את ביצוע חיובי הסכם הגרושין למתן הגט.

- ו. אם הסכם הגרושין מנוסח כך שויתורי הצדדים בתחום הממוני נראים שקולים זה כנגד זה, אין לראות את הויתורים כתלויים במתן הגט – ולהיפך.²³ במקרה זה ההסכם חל עוד טרם שניתן הגט, ולא ניתן לומר כי ההסכם מקבל תוקף רק בעת מתן הגט. מתן גט יהא תנאי להסכם הגרושין, ולא מועד לתחולתו; והצד שגרם לאי מתן הגט לא יוכל לסמוך על כך ולבטל את ההסכם כולו.
- ז. יש נסיבות שבהן הסכם הגרושין לא יהיה תלוי במתן הגט – אף לא כתנאי. אם הזמן לקיום ההתחייבויות נקבע מראש ללא התליתו במתן הגט (ויש להקפיד בניסוח בענין זה), לא תועלה סברה שתחולת הסכם הגרושין תלויה במתן הגט, לא כקביעת מועד לתחולה ואף לא כתנאי לתחולה.
- ח. אם הועבר בפועל חפץ מסויים במסגרת הסכם הגרושין, אין להשיבו מחמת אי קיום סעיף אחד מהסכם הגירושין; וצריך תנאי מפורש כי הדברים תלויים זה בזה (רק אם לא ניתן גט – יש מקור לטענת מקח טעות מכח גילוי מילתא אף בלי צורך בתנאי מפורש). שכן לעיתים רבות המקח חל כבר, והמדובר בשינוי נסיבות הנוצר לאחר מכן, ללא שיסתבר כי זו היתה המציאות כבר בעת מתן הגט.
- ט. לדעת רוב הפוסקים (מלבד הנודע-ביהודה) כשם שלהתחייבות ליתן גט אין תוקף מחייב, כך אין תוקף לשאר הסנקציות הנלוות להתחייבות כאמור.
- י. הלכה פסוקה היא כרב נחמן – לפיו "קני את וחמור – קנה מחצה". מאידך, הלכה פסוקה היא כי בקידושין של קבוצת נשים, אי תחולת הקדושין ביחס לחלק מן הקבוצה מפקיעה את תחולת קדושי כל הנשים.
- יא. לדעת רוב הראשונים: הכללת קנין שאינו בר תוקף עם קנין שאין מניעה לחלותו ולתוקפו, מבטלת את כל מעשה הקנין. אך אם הקניינים מנוסחים בנפרד ואינם תלויים זה בזה, הרי שהעדר גמירות דעת ובטלות החלק האחד אינה מבטלת את רעהו.
- יב. לדעת הר"ן: אין משמעות לניסוח אלא לגמירת דעת הנאמדת לפי דעת רוב בני אדם. הקניה לשני קונים – בטלה מקצתה לא בטלה כולה, כי יש גמירות דעת להקנות לשני, אף כשאין גמירות דעת להקנות לראשון. לעומת זאת, בהקניית שני מושאי קניין – בטל האחד בטל רעהו, בהעדר גמירות דעת בכל מעשה הקנין.
- יג. לדעת קצות-החשן: אין משמעות לניסוח – וגם קיומה של גמירות דעת לא תועיל – כשבטל מקצת מן הקנין. בקנין לשני בני אדם – הקנין הוא מעשה

23 הדבר מחזק את סברת בעל בינת-אדם (לעיל טו/ז) ועשוי להועיל אף בתחום זה – שלא יהיה חשש של מקח טעות ביחס למתן הגט עקב אומדנא דמוכח כי הגט ניתן רק על דעת קיומם של סעיפים מסוימים בהסכם הגרושין.

- בר תוקף; ולכן, אף שהמקח לאחד בטל, הרי שהמקח לשני קיים. לעומת זאת בהקנייה של שני מושאי קניה במעשה קניין אחד, הרי שהמעשה הוגדר בחלקו כנעדר תוקף, ולכן הקניין כולו בטל.
- יד. כשלא ברור כי יש שני מושאים למקח, בטלות האחד לא תפגום בחלות השני (נודע-ביהודה).
- טו. לדעת הכל - קנין שאינו בר תוקף מלכתחילה גרוע מקנין שחל ובוטל לאחר מכן.
- טז. יתכן כי בהתחייבות למתן גט - אין המתחייב נעדר גמירות דעת, שכן אין זה ברור לו בעת ההתחייבות כי פעולתו נעדרת כל תוקף. ואולם, אם הוא מודע לכך, הרי שהתוצאה תהא:
1. לפי רוב הראשונים: חלוקת החוזה לפרקים אוטונומיים תגרום לכך שבטלותו של סעיף זה לא תגרור בטלות ההסכם כולו.
 2. לדעת הר"ן: לא יועיל הדבר, והכל תלוי בדעת רוב בני אדם ולא בניסוח.
 3. לדעת קצות-החשן: בכל מקרה, בטלות של חלק אחד מן המקח גוררת את בטלותו הכוללת של המקח, ללא קשר לגמירות דעת.
- יז. לדעת הראב"ד ורוב הראשונים: פגם זה של בטלות ההתחייבות ליתן גט הכלולה בהסכם הגרושין, ניתן לתיקון על ידי ניסוח של הסכם הגרושין בדרך של פרקים פרקים בעלי חלות אוטונומית, שאז העדר גמירות דעת לסעיף אחד אינה גוררת בטלות ההסכם כולו.
- יח. מתן תוקף של פסק דין להסכם גרושין - מהווה מעשה קנין נוסף וחיזוק לגמירת הדעת. ועם זאת, כשפסק הדין מאשר הסכם שהינו נעדר תוקף, יש להסתפק האם גם למעשה נוסף זה אין גמירות דעת, והאם לא חל פגם בתחולת הקנין.
- יט. לדעת הרמ"א: התחייבות למתן גט מעוררת חשש של גט מעושה. משום כך לא יאשר בית הדין בדרך כלל הסכם שיש בו סעיף שכזה, ובכך מוסרת אבן הנגף הנזכרת למתן תוקף מחודש להסכם הגרושין שבטל מקצתו (עקב בטלותו של סעיף ההתחייבות ליתן גט), מכח הפניה לאישורו ע"י בית הדין, במתכונת שאינה כוללת את הסעיף הבטל, בענין מתן הגט.
- כ. לכולי עלמא (אף לשיטת הרמ"א): להתחייבות ליתן גט אין כל תוקף מחייב.
- כא. לדעת תרומת-הדשן: להתחייבות ליתן גט אין תוקף מחייב. ועם זאת יש גמירות דעת לכל שאר מרכיבי המקח, שכן סתם אדם אינו יודע כי לסעיף כאמור אין תוקף (ולכן יש חשש גט מעושה). הדבר מביא לבטלות המקח כולו, לשיטת תה"ד, שכן מקח שבטל מקצתו בטל כולו, לא מחמת

פגם בגמירות דעת, אלא מכיון שמעשה המקח מוגדר כמעשה נעדר תוקף (כשיטת קצה"ח דלעיל).

כב. לכן לדעת תרומת-הדשן אין להכניס סעיף התחייבות ליתן גט בהסכם הגרושין, שהרי סעיף שכזה מסכן את תחולתו של כל ההסכם; ובנוסף - לדעת הרמ"א - הוא עלול לגרום לפסלותו של הגט, אם ינתן, מדין "גט מעושה".

מהותו של תנאי במשפט העברי*

א. השאלות הבסיסיות

1. קיומו של מקח מותנה אינו דבר מובן מאליו בעולמה של הלכה. זהו חידוש שחידשה התורה, והוא נלמד מן התנאי שהתנה משה עם בני גד ובני ראובן (במדבר, פרק לב' פסוקים כ'-כג'). ומכיוון שמדובר בחידוש הרי שאין לך בו אלא חידושו עד כי במסכת קידושין דף סא' ע"א מצאנו: "ר' מאיר אומר, כל תנאי שאינו כתנאי בני גד ובני ראובן אינו תנאי". כלומר, כל תנאי שאינו ערוך בדיוק במתכונת התנאי שערך משה עם בני גד ובני ראובן - אינו תופס, והמקח חל באופן בלתי מותנה.

2. בהתאם לכך מצינו במסכת כתובות דף ע"ד ע"א כי לא ניתן לערוך חליצה מותנית, מכיוון שחליצה לא ניתן לבצע ע"י שליח, ואילו התנאי בענין בני גד ובני ראובן התייחס למעשה שנעשה ע"י שליח. זהו הכלל הידוע "מילתא דליתא בשליחות - ליתא בתנאי". הדברים מבוארים ברש"י שם, ד"ה "ע"י שליח":
 "שהרי משה ציווה ליהושע לתת להם את הארץ, שהיה שלוחו של משה, ונתנה להם - אבל חליצה אי אפשר לקיימה ע"י שליח... הלכך לאו תנאה הוא לבטל החליצה".

נמצאנו למדים כי מכיוון שכתנאי בני גד ובני ראובן בוצע התנאי במעשה שניתן לעשותו ע"י שליח, הרי שכל מעשה שהינו שונה מן המקרה של בני גד ובני ראובן ואשר אין אפשרות לבצעו ע"י שליח - אינו נכלל בגדר גזירת הכתוב שממנה נלמדים דיני התנאים, וממילא אין אפשרות לעשותו באופן מותנה.

כלל זה ממחיש עד כמה מדובר בגזירת הכתוב, שחידשה את דיני התנאים, שהרי אין כל קשר סיבתי בין האפשרות לבצע פעולה ע"י שליח לבין האפשרות לבצעה באופן מותנה, ואלו שני נושאים שאינם תלויים זה בזה. ראייה לכך, שאין קשר סיבתי בין היכולת להתנות לבין היכולת למנות שליח, מצינו בקידושין ביאה, שאין כמובן כל אפשרות לבצעו ע"י שליח, ובכל זאת ניתן להתנות עליהם, לנוכח קיומו של מקור להלכות תנאים

* פורסם ב"מג"ל", המכון הגבוה לתורה, אוניברסיטת בר-אילן, חוברת לשנת תשנ"ו.

גם ביחס לקידושי ביאה, מכח היקש בין מעשי הקדושין השונים ("אתקוש הוויות להדדי").

3. בהתאם לעקרון זה פוסק הרמב"ם בהלכות אישות פרק ו' הלכה ב', כי קיימים ארבעה כללים דווקניים, שבלעדיהם לא יסכון תנאי, שכן כללים אלו איפיינו את התנאי שנעשה ע"י בני גד ובני ראובן: -
 "ואלו הן הארבעה דברים של כל תנאי: שיהיה תנאי כפול, ושיהיה הן שלו קודם ללאו, ושיהיה התנאי קודם למעשה ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו. ואם חסר התנאי אחד (מן הכללים), הרי התנאי בטל וכאילו אין שם תנאי כלל, אלא תהיה זו מקודשת או מגורשת ויתקיים המקח או המתנה מייד וכאילו לא התנה כלל, הואיל וחסר התנאי אחד מן הארבעה"¹.
 כלומר, מכיוון שעל התנאי להיות שווה בכל היבטיו למקרה של בני גד ובני ראובן שממנו נלמדים הלכות התנאים, הרי שאם הוא שונה במשהו ממתכונת התנאי האמורה, אין הוא תופס. בהתאם לכך, אם רוכש אדם נכס ומתנה מפורשות כי הוא רוכש אותו "אך ורק אם בבדיקה יימצא שהנכס חדש ותקין", אך בדבריו לא צויין הלאו - קרי האמירה כי אם הנכס יימצא משומש או לא תקין - לא יחול המקח, או מקום שבו יש פגם באלמנט אחר מארבעת הכללים שצויינו, הרי שהתנאי לא חל. ואולם, תוצאה זו היא לכאורה תמוהה ביותר, שכן אותו רוכש, שהתנה מפורשות כי אין ברצונו לרכוש נכס שאינו תקין, ייאלץ לרכוש את הנכס האמור ולשלם בגינו, על אף שהוא נמצא פגום ומשומש. היתכן?

4. ואכן, במקרה מעין זה המצוין בדוגמא האמורה, אין צורך בהלכות תנאים, ואף בלי החידוש של תנאי, לא יתקיים המקח מחמת הכלל של: מקח טעות. לאמור, אם הנכס אינו מסוג הנכסים שביקש הרוכש לקנות, אין גמירות דעת לקנותו. ואולם, אם כך הוא הדבר, הרי שנשאלת השאלה, לשם מה נחוץ לנו חידוש התורה כמקור להלכות תנאים, על כל הכללים הדווקניים הנובעים מכך, והרי כל מקח שאינו תואם לדעת הקונה אינו חל מכח הכלל בדבר "מקח טעות"?

1 הרמב"ם אינו כולל בדיני התנאים את הכלל לפיו "מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי", שהרי כלל זה מתייחס למעשים שעליהם לא חל התנאי, ואילו הרמב"ם מתייחס בהלכה זו לצורתו של התנאי עצמו. עם זאת, קיים קושי שרבים עומדים עליו, מדוע אין הרמב"ם פוסק בהלכות חליצה, כי אין אפשרות לבצעה באופן מותנה, מחמת הכלל ש"מילתא דליתא בשליחות ליתא בתנאי".

אימתי בטל המעשה מחמת העדר גמירות דעת, ואימתי נאמר כי יש גמירות דעת - על אף אי קיום התנאי, והמקח יחול רק מכיוון שהתנאי לא עמד באחד מארבעת דיני התנאים המפורטים בפסקו של הרמב"ם?

5. שאלה זו יורדת לשורש הלכות מקח וממכר, שהרי בחזון איש, חושן משפט סימן כב' מצינו כי מהותו של מעשה קניין היא כדלקמן:-

"כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקניין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר לחבירו, וחבירו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחבירו, ויש שאינו גומר בליבו רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל, ודוק היטב בזה, והפוך בה וכולה בה, דוק בש"ס ופוסקים ותמצא כך".

ואם כל מהותו של מעשה קניין הינה יצירת גמירת דעת לרכוש את הנכס, הרי שבמקום שבו נעשה מקח מותנה, הרי שבפנינו גמירות דעת מסוייגת, הקיימת רק ביחס להיכי תימצי מסויימת, ושאינה קיימת - כשהתנאי לא מתקיים.

מדוע נחוץ אפוא מקרא מפורש כדי ללמוד ממנו את הלכות תנאים, עד כי אין לך בו אלא חידושו וללא עמידה בכל דיני התנאים המקח קיים, על אף שהתנאי לא התקיים?

6. השאלה מתעצמת לנוכח קביעת הרמב"ם בהלכות אישות פרק ו' הלכה יז': "כל האומר מעכשיו אינו צריך לכפול תנאי ולא להקדים התנאי למעשה, אלא אע"פ שהקדים המעשה - תנאי קיים... וכל האומר על מנת כאומר מעכשיו, ואינו צריך לכפול התנאי ולא להקדימו למעשה".

ההבחנה בין תנאי בלשון "אם" לבין תנאי בלשון "על מנת" מבוארת שם בהלכה טו':-

"המקדש על תנאי, כשיתקיים התנאי תהיה מקודשת משעה שנתקיים התנאי, לא משעה שנתקדשה. כיצד, האומר לאישה אם אתן לך מאתיים זוז בשנה זו, הרי את מקודשת לי בדינר זה, ואם לא אתן לך לא תהיי מקודשת, ונתן הדינר לידה בניסן ונתן לה המאתיים זוז שהתנה עימה באלול, הרי זו מקודשת מאלול. לפיכך, אם קידשה שני קודם שנתקיים התנאי של הראשון, הרי זו מקודשת לשני".

לעומת זאת, אם התנאי הוא בלשון "מעכשיו" או "על מנת" הרי שתחילת המקח היא מלמפרע - מעת עשיית מעשה הקניין.

מהלכה זו עולה לכאורה כי דחיית המועד לקיום המקח היא המחייבת בהקפדה על הלכות תנאים, ואילו אם המקח חל מלמפרע לאחר קיום

התנאי, אין עוד צורך שהתנאי ייערך במתכונת שנקבעה בתנאי של בני גד ובני ראובן. וכי יש מקור שונה ללמוד הימנו את דבר תחולתו של תנאי, שנוסח בלשון "על מנת"?

לכאורה, מהי הנפקות אם לשון התנאי היא "אם" או "על מנת" ואם מועד תחולת המקח הוא מעת קיום התנאי או למפרע מעת עשיית מעשה המקח, הרי עצם המציאות של מקח מותנה נלמדת מתנאי בני גד ובני ראובן, ואין לך בו אלא חידושו, תהא לשון התנאי אשר תהיה?

ב. הסברו של הגר"ח

7. בחידושי הגאון ר' חיים הלוי סולובייצ'יק על מסכת יבמות, דף ק"ו ע"א מובהרות כמה וכמה משאלות יסוד אלו, בהתייחס לסוגיית חליצה שנעשתה בטעות, וזהו הסברו:-

"והביאור הוא דבתנאי דמעכשיו אין בו דין תנאי כלל, דהא לא אשכחן תנאי בלא דיני תנאים, ומשום הך טעמא דלא בעינן במעכשיו דיני התנאים והוא משום דלא דמי לתנאי בני גד ובני ראובן, משום הך טעמא גופא לא הווי מדין תנאים לגמרי, והא דמהני תנאי דמעכשיו צריך לומר דמדין גילוי דעת וטעות אתינן עלה ולא מדין תנאי, ולפי זה לא בעינן בתנאי דמעכשיו לטעמא דליתא בשליחות כיוון דלא משום תנאי הוא דמהני, אלא משום טעות, וכיוון דמדין טעות אתינן עלה ובחליצה הרי לא שייך שיתבטל ע"י טעות² דטעות אינו מבטל גוף המעשה אלא החלות, וכיוון דאת דאת החלות בחליצה אינו עושה החולץ אין לחליצה להתבטל ע"י טעות".

8. לאמור, בתנאי של "מעכשיו" לא נחוצים הלכות תנאים, מכיוון שבמקרה זה המקח מתבטל כתוצאה מן הדין של "מקח טעות".

הצורך בחידוש הכתוב בדבר האפשרות לעשות מקח מותנה, כשהתנאי

2 בענין זה ראה מגיד משנה על הרמב"ם בהלכות חליצה, פרק ד' הלכה כ"ד, המביא ירושלמי לפיו: -

"חלץ לה וטעה שע"י כך כונסה הרי זו חליצה מוטעית ופסולה, אבל אם חלץ לה וטעה שתהא מותרת לו להנשא ע"י חליצה, אין זו חליצה מוטעית.

ומבאר ר' חיים באותו סימן: "והבאור הוא פשוט, דהיכא דנתכוון דע"י זה הוא כונסה הרי אינו מתכוון להתירה לשוק, אבל היכא דטעה וחשב שתהא מותרת להנשא לו הרי הוא מתכוון להתירה לשוק אף שלא ידע שיחד עם ההיתר לשוק הוא עושה איסור לעצמו והוא לא שייך לכוונת חליצה".

עומד בארבעת הדרישות של דיני תנאים, קיים רק כאשר מדובר בתנאי שתכליתו לדחות את תחולתו של מעשה הקניין עד למועד שבו יתבררו תוצאות ההתנאה. החידוש שלשמו זקוקים אנו למקור התורני של "תנאי בני גד ובני ראובן" מתייחס אך ורק לתנאי בלשון "אם" שבו המקח חל רק ממועד קיום התנאי, ולא ממועד עשית מעשה הקניין.

מהות התנאי, להבדיל ממקח טעות, היא איפא: דחיית מועד תחולתו של המקח, והעברת הסיכון בדבר אי התרחשות התנאי מצד אחד להתקשרות של רעהו.

כאשר קיימת עובדה חיצונית להסכם, שעשויה להיות לה השפעה על התחייבות הצדדים, יכולים הצדדים לדחות את ההתקשרות ביניהם למועד מאוחר, שבו יתברר להם אם אכן התרחשה העובדה הגמורה ומה השפעתה על זכויות הצדדים וחובותיהם.

אולם, בדרך זו טמונים סיכונים וצפונה חוסר ודאות, לא רק לגבי התרחשות הארוע החיצוני, אלא גם לגבי מידת הנאמנות שהצדדים חבים זה לזה עוד לפני שנכרת ביניהם חוזה מחייב. בנסיבות כאלה, שבהן הצדדים מעוניינים להתקשר זה עם זה על אתר, אולם להתנות את ההתקשרות בהתרחשות חיצונית מאוחרת, נעשה מקח מותנה. על פי פתרון חדשני זה, קשורים הצדדים בהסכם מיידית, אולם חובותיהם וזכויותיהם מותנות בהתרחשות התנאי בעתיד. באמצעות המושג של מקח על תנאי מועבר הסיכון של אי התרחשות התנאי מצד אחד למישנהו.

משום כך, בתנאי של "על מנת" אין צורך בעמידה מדוקדקת במרכיבים של תנאי בני גד ובני ראובן, שהרי אם התנאי לא יתקיים, יתבטל המקח מדין "מקח טעות".

9. ואולם, אם מקח טעות ודיני התנאים הם מושגים חופפים, לכך מכך שתנאי גם דוחה את מועד חלות המקח, הרי שבמקום שבו התנאי אינו עומד בדרישות של דיני התנאים, הרי שדחיית המקח היא שנכשלה, אך הדין של מקח טעות נשאר, ואם כן מדוע פסק הרמב"ם כי במקרה שכזה המקח חל והתנאי בטל? מדוע אין המקח בטל כתוצאה מהדין של מקח טעות? בהכרח נמצאת למד, כי המקח המותנה שונה הוא מדין מקח טעות בדברים נוספים לכך מדחיית מועד תחילתו של המקח. אך אם כך הדבר, כיצד נסביר כי בתנאי בלשון "על מנת" אין צורך בדיני התנאים?

ג. הסברו של ר' עקיבא איגר

10. ר' עקיבא איגר בשו"ת ר' עקיבא איגר, מהדורא תנינה, סימן נ"א מבהיר את מהותו של תנאי, באופן שונה לחלוטין. לשיטתו, תנאי אינו יכול ליפול לגדר מקח טעות, שהרי התנייתו של מקח בארוע עתידי, משמעה כי בעת עשיית המקח - לא חלה טעות כלשהי. אכן, עושה המקח מצוי בהתלבטות ובחוסר ודאות מסויימים, אך אין לומר כי הוא עשה את מעשהו רק מחמת הנחה מוטעית. ארוע עתידי לא יכול להחשב לגורם של "מקח טעות". ויובהר, טעות היא פער הנוצר בין המצב כפי שמדמה אותו צד להסכם לבין המצב לאשורו. מעצם טיבה מתייחסת טעות למצב הקיים בהווה או בעבר, שכן כשמדובר בעובדות קיימות בהווה ובארועים שהתרחשו בעבר, ניתנת האמת להקבע בוודאות ויכול להיווצר פער בין סברתו המוטעית של הצד להסכם לבין המצב לאשורו.

פער כזה אינו יכול להיווצר באשר לעתיד, כי בעת עשיית ההסכם לא יכלה להתקיים כל ודאות לגביו. אמונה לגבי העתיד אינה בגדר טעות אלא תוחלת שנכזבה או תקווה שנתברתה. משל למה הדבר דומה: לאדם הרוכש ניירות ערך מתוך אמונה ששערן של ניירות אלה יוסיף לעלות. מובן כי התברותה של אמונה זו, איננה טעות במקח אלא ציפיה שנכזבה.³

משום כך רק "תנאי לשעבר", כלומר תנאי המתייחס לארוע שכבר ארע ואשר עושה המקח טעה ביחס לתוצאותיו, עשוי בהחלט להחשב ל"מקח טעות", אם מדובר בהנחה מוטעית שעל בסיסה נערך המקח. בהתאם לכך, בתנאי לשעבר, לא נחוצים לכאורה ארבע הדרישות הצורניות של דיני התנאים המפורטים ברמב"ם פרק ו' מהלכות אישות הלכה ב', ואף

3 לעומת זאת ראה תוספות במסכת בבא קמא דף ק" ע"ב, דיבור המתחיל "דאדעתא דהכי לא קידשה נפשה". בסוגיה שם מובהר כי אישה שהתקדשה לבעל, והלה מת בלא בנים והיא נפלה ליבום בפני מוכה שחין, אין האישה זקוקה לחליצה "דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה". מקשה תוספות "ואם תאמר, אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל, יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה"? ומתרץ תוספות: "ויש לומר, דהתם (בכל מקח) לאו בלוקח לחוריה תליא מילתא, אלא כמו כן בדעת מוכר, ומוכר אקני ליה אדעתא דהכי. אבל הכא בקידושין, ברדיה קיימא, והוא אינו חושש היאך דעתה להתקדש...". מכאן עולה לכאורה כי מקום בו תלוי המקח בצד אחד, מתבטל המקח מדין מקח טעות גם אם ארוע עתידי מגלה כי התנאי לא התקיים. בתוספות במסכת כתובות דף מז' ע"ב, דיבור המתחיל "שלא" משמע כי הוא הדין ביחס למי שמתנה על המקח והצד השני שותק.

בלעדיהן היה מן הדין כי המקח יתבטל אם לא התקיים התנאי מכח הדין של "מקח טעות".

ועם זאת, מצינו במשנה למלך, על הרמב"ם בהלכה האמורה, בפרק ר' מהלכות אישות, הלכה ב', כי גם בתנאי לשעבר (כגון "על מנת שאין לך מומין או נדרים") נחוצים כל ארבעת האלמנטים הצורניים של דיני התנאים. הכיצד?

מכאן מסיק ר' עקיבא איגר, כי גם הדין של "מקח טעות" אינו בגדר כלל עצמאי בדבר בטלותו של מקח, אלא הוא גופו נלמד מגזירת הכתוב של "תנאי בני גד ובני ראובן", שבו התחדש הדין של תנאי כעילה לביטול מקח.

11. ר' עקיבא איגר מבהיר אם כן כי "מקח טעות" אינו אלא ענף של הכלל האמור הנלמד מתנאי בני גד ובני ראובן, לפיו ניתן להתנות על המקח. המונח "מקח טעות" מבוסס על כן על ההנחה כי בכל מקח יש תנאי מובנה בגוף המקח - לפיו הוא יחול רק בתנאי שלא היתה כל טעות בהנחות היסוד ביחס לטיב הממכר.

ועם זאת, הכלל בדבר "מקח טעות" חל אף בלא שהתקיימו ארבעת הדרישות הצורניות של הלכות תנאים, בדבר תנאי כפול, הן קודם ללאו וכיו"ב, שכן כלל זה חל אף בלא כל אמירה, שכן הוא בגדר ההתניות הברורות מאליהן - עד כי אין כלל צורך לפרטן. ומכיוון שאין צורך בביטוי התנאי האמור, והוא חל מאליו מכח אומדנא דמוכח בדבר דעתם של רוב בני האדם, הרי שאין גם הכרח לבטא את התנאי עפ"י הכללים שנקבעו לעניין זה בתנאי של בני גד ובני ראובן. ועל אף שבתנאי של בני גד ובני ראובן הדברים מפורשים היו, ופה הם נלמדים מאומדנא דמוכח, ההנחה היא כי כשאנו מייחסים לצד למקח כי על אף שלא אמר דבר, הוא התנה על המקח, הרי שאנו מייחסים לו התניה עפ"י כל דיני התנאים, המקיימת את כל ארבעת הדרישות הצורניות הנחוצות כדי ליתן תוקף לתנאי.

לעומת זאת, מקום שבו הדברים אינם ברורים מאליהם, הרי שאין המקרה נופל לגדר "מקח טעות" ויש לחזור אל הכלל הרחב של דיני התנאים הקיים בכל מקום שבו נחוץ לבטא תנאי בשפה מפורשת, שאז מן ההכרח לאומרו עפ"י כל הכללים שנקבעו לכך, והנובעים מן העובדה שתנאי הוא חידוש שנלמד מן המקרה של בני גד ובני ראובן, ועליו להיות זהה למה שהתחדש באותו מקרה ספציפי.

12. ודוק, לפי שיטתו של הגר"ח כל תנאי הוא מקח טעות, ועל כן נדרש חידוש התורה בענין זה רק ביחס לתנאי שנקטו בו בלשון "אם" וזאת כדי לדרחות

את מועד תחולת המקח ממועד ביצוע מעשה הקניין למועד ביצוע התנאי. לגישתו, קיימת חפיפה מלאה בין תנאי לבין מקח טעות, מכיוון שכל תנאי הוא גם מקח טעות, והכלל בדבר בטלות המקח עקב טעות הוא מושכל יסודי, שאינו זקוק לחידוש ממקור בכתובים. לעומת זאת, לפי שיטת ר' עקיבא איגר, כל מקח טעות הוא תנאי מכללא קיימת אם כן גם לשיטתו חפיפה בין מקח טעות לבין תנאי, כאשר מקח טעות אינו אלא תנאי שאין צורך לפרטו באמירה מפורשת. עם זאת, לגישתו החפיפה אינה מלאה והמונח תנאי מתפרש גם על פני ארועים שאינם בגדר טעות, ואשר יש צורך לבטאם בבירור כדי שהמקח יהיה מותנה. לפי שיטת ר' עקיבא איגר, הכלל בדבר בטלות המקח עקב טעות אינו מושכל יסודי וגם הוא זקוק לחידוש ולמקור תורני, והוא אכן נלמד מתנאי בני גד ובני ראובן.

13. דברים אלו מצינו גם בחידושי הר"ן על מסכת גיטין דף מו' עמ' א': "ויש לומר, דכי בעינן תנאי גמור, הני מילי בדבר (בתנאי) שאפשר לקיימו או לבטלו, כתנאי בני גד ובני ראובן. אבל מגרש על דעת מה שעבר, בגילוי דעתא בלחוד מיפסיד". (וראה "אבני מילואים" סימן לח' אות ד').

14. גישתו של ר' עקיבא איגר היא אם כן, כי לא ניתן לבטל מקח גם מחמת "טעות" בסיסית, ונחוץ לשם כך חידוש התורה בהלכות תנאים, כשהדין של "מקח טעות" הוא אך יישום של הלכות התנאים, בלא צורך לפרט את התנאי בדיבור מפורש. והדברים תמוהים ביותר: מדוע נחוצה גזירת הכתוב כדי לחדש את הדין של מקח טעות? הכיצד יתכן, כי בלא חידוש התורה, היה המקח חל על אף שנשוא המקח התברר להיות שונה לחלוטין ממה שהרוכש ביקש לרכוש? והרי ברור כי במקרה של "מקח טעות" – אין גמירות דעת לקנות. מדוע נחוץ איפא גם במקרה זה החידוש התורני של "בני גד ובני ראובן" כדי לבטל את המקח?

15. גישותיהם של ר' עקיבא איגר והגר"ח הן איפא גישות קוטביות בשונותן זו מזו. ואולם, לפי שתי השיטות נדרש החידוש של הלכות תנאים גם בסיטואציה המוגדרת כ"מקח טעות". והשאלה הנשאלת היא: מדוע נחוצה גזירת הכתוב כדי ללמדנו שהמקח בטל, מקום שבו בפנינו טעות בסיסית השוללת את קיומה של גמירות דעת לבצע את המקח? והלא ברור הדבר כי בלא גמירות דעת אין קניין?

ד. הסברו של הגר"ש רוזובסקי

16. ר' שמואל רוזובסקי ("זכרון שמואל", סימן מ"ו) נוקט בגישת ביניים בין שתי הגישות הקוטביות האמורות של ר' עקיבא איגר והגר"ח סולובייצ'יק. לדירו של הגר"ש רוזובסקי, מקח טעות מתיחס אך ורק לטעות או מום בגוף המקח. אדם שרכש חפץ מסוג א' וקיבל חפץ מסוג ב' - טעה במקחו. לעומת זאת, אדם הרוכש חפץ מסוג א' וקיבל חפץ מסוג א' - אלא שהתנה כי המקח יחול רק אם יתברר שהנסיבות הן כאלו שחפץ שכזה נחוץ לו, ולבסוף התברר שחפץ שכזה אינו נחוץ לו, לא טעה בגוף המקח וממילא אין כאן מקח טעות. במקרה שכזה בפנינו גמירות דעת לקנות מימכר מסויים, ולא חל כל שינוי ביחס להנחות הקונה בדבר תכונותיו של המימכר. השינוי שחל, הוא בנסיבות חיצוניות בלבד, כגון כדאיות המקח. כדי שנסיבות אלו תוכלנה להפקיע את ההתקשרות צריך גזירת הכתוב, וממילא נחוצים ארבעת הדרישות הצורניות שנקבעו ביחס לתנאים, כתוצאה מהלימוד מתנאי בני גר ובני ראובן. זהו איפא ההבדל בין "מקח טעות" לבין "תנאי".

17. לפתחו של הגר"ש רוזובסקי הזדקרה השאלה, מדוע פסק המשנה למלך בהלכות אישות פרק ו' הלכה ב' כי יש צורך בארבעת הדרישות הצורניות של דיני התנאים ביחס למקרה שבו מתנה אדם עם אישה, כי הוא מקדשה "על מנת שאין בה מומים". והרי לכאורה מום גופני הוא פגם בגוף האישה, ובמקום שבו הפגם הוא בגוף המקח, בפנינו מקח טעות ואין צורך בחידוש של דיני התנאים?

על שאלה זו משיב הגר"ש רוזובסקי, כי אכן אלמלא התנה הבעל, תנאי מפורש כי לאישה לא ימצאו מומין, והיה מקדש באופן סתמי, היינו גורסים כי הקידושין פוקעים מאליהם ואינם ברי תוקף מלכתחילה, אם מתברר שלאישה יש מומין, וזאת מחמת הכלל של "מקח טעות". במקרה זה חלה טעות בהנחת היסוד של הבעל לגבי האישה שאותה ביקש לשאת. ואולם, דווקא מכיוון שהבעל מצא לנכון לציין כתנאי מפורש שהוא מקדש רק על דעת כן שלאישה אין כל מומין, הרי שהוא גילה דעתו כי יש לו מקום לספק בשאלה: האם נקיה האישה הנישאת לו מפגם מהותי זה.

בסיטואציה שכזו, לא ניתן לומר כי הוא מקדש את האישה כשהוא יוצא מנקודת הנחה ברורה לפיה אין לאישה זו כל מומין, עד כי נוכל לומר כי אם נמצא מום, הרי שהנחת היסוד התבררה. מקום שבו אדם מוצא לנכון להתנות תנאי מפורש, אות הוא כי קיימים ספקות בליבו, וממילא לא ניתן לדבר על הנחות יסוד ברורות מאליהן שהתבררו, וכדי לבטל את המקח -

נחוץ תנאי העומד בגדר דיני התנאים. לפי גישה זו, המונח "מקח טעות" מיוחד למקרה שבו הנחת היסוד של הרוכש היא בגדר דבר המוכן מאליו ולא בגדר דבר שיש לו ספק אם יארע, ואשר הוא רוצה לקוות כי אכן כך יהא. רצונו זה שלא לעשות את המקח, אם תתברר עובדה מסויימת, הוא לגיטימי, אך לכך נחוצים דיני התנאים וגזירת הכתוב.

18. ואולם, גם לפי הסבר זה של הגר"ש רוזובסקי נשאלת השאלה:

מדוע נחוצה גזירת הכתוב שממנה יילמדו דיני התנאים? כשם שבטעות בגוף הדבר המהווה נשוא המקח אין צורך בגזירת הכתוב, והמקח בטל מחמת העדר גמירות דעת, כך היה מן הדין כי המקח יתבטל מחמת חוסר גמירות דעת גם במקרה שהקונה מתנה תנאי והתנאי לא קויים? והדברים תמוהים כמיוחד, ביחס לאישה שהיתנו כי לא יהיו לה מומין, ונמצאה שיש לה מומים. כאן בפנינו מקרה מובהק, של פגם בגוף הדבר שהוא נשוא המקח הגורם לכאורה להעדר גמירות דעת לבצע מקח זה? גם אם מקבלים אנו את הסברו של הגר"ש רוזובסקי להבחנה שבין מקח טעות לתנאי, עדיין נחוצה לנו איפא הבהרה, מדוע נזקקים אנו לגזירת הכתוב כדי שניתן יהא לבצע מקח מותנה, ואין למדים דין זה מסברה, לפיה מקח שלא התקיים התנאי לתחולתו, בטל מחמת העדר גמירות דעת לבצע את הקניין?

ה. שיטת התוספות והרא"ש

19. בגמרא במסכת כתובות דף נו' ע"א מצאנו כי המתנה על מה שכתוב

בתורה, התנאי בטל והמעשה קיים.

לכאורה, כאשר אדם עושה מקח או מקדש אישה, ומתנה תנאי מסוים למעשהו, הרי שבמקום שבו לא ניתן לבצע את התנאי - כגון כאשר זוהי התנאה על מה שכתוב בתורה, היה מן הדין כי המעשה יתבטל - בהעדר גמירות דעת.

מדוע נקבע איפא כי המעשה קיים והתנאי בטל, באופן שאותו אדם ימצא עצמו עם מקח שהוא אינו חפץ בו?

שאלה יסודית זו מצויה בתוספות, שם, בדיבור המתחיל "הרי זו מקודשת ותנאי בטל", המשיב על כך כדלקמן:-

ואומר ר"י, דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן הווא אמינא דשום תנאי אינו מבטל את המעשה, ואפילו לא יתקיים בסוף - המעשה קיים.

והשתא דילפינן מהתם דמהני תנאי לבטל המעשה אמרינן דדווקא כשאינו מתנה על מה שכתוב בתורה, דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן, שלא היתנו על מה שכתוב בתורה".

לאמור, מעשה שנעשה - אין להשיבו - מקח על תנאי אינו מעשה מסוייג, אלא מעשה גמור עם תוצאות בלתי הדידות. חידוש התורה הוא כי אף על פי כן, עשוי התנאי לסכל את התוצאות של מעשה שכבר נעשה. ואולם, חידוש זה התחדש בתנאי של בני גד ובני ראובן ואין לך בו אלא חידושו. משום כך, תנאי הסוטה מן המתכונת שנקבעה בתנאי בני גד ובני ראובן, כגון תנאי הסותר למה שכתוב בתורה, אינו נכלל בחידוש האמור ואין בו כדי לסכל את תוצאותיו של מעשה שכבר נעשה.

20. כדי לרדת לשורשו ולהמשגתו של הסבר זה, נשתמש בדוגמא. הרמח"ל בספרו "מסילת ישרים" מציין בפרק ג' כי התשובה היא חסד שעשה הקב"ה עם ברואיו, לפנים משורת הדין, וחתירה שנחתרה תחת כסא הכבוד. וכל כך מדוע?

"כי הנה באמת איך יתקן האדם את אשר עיוות, והחטא כבר נעשה? הרי שרצח אדם את חבירו, הרי שנאף, איך יוכל לתקן הדבר הזה, היוכל להסיר המעשה העשוי מן המציאות? אמנם, מידת הרחמים היא הנותנת הפך השלושה דברים שזכרנו... שהתשובה תנתן לחוטאים בחסד גמור, שתחשב עקירת הרצון כעקירת המעשה".

הנה כי כן, נפש שניטלה אינה חוזרת, וממזר שנולד מן הערווה אינו מתפוגג, וחידוש יוצא דופן הוא, שניתן לעקור מעשה עשוי ע"י עקירת הרצון. באותה מידה, מעשה קידושין יוצר קידושין ואינו מתפוגג. אדם העושה מעשה קידושין יוצר תוצאות בלתי נמנעות. עד כדי כך, שאף בקידושי שחוק, כשיש שמץ חשש לגמירות דעת יש כבר צורך במתן גט. (לענין זה ראה בהרחבה: אוצר הפוסקים, אבן העזר סימן מב' סעיף א' אות ד').

אדם העושה מעשה קדושין - אינו יכול איפוא לחזור בו ממעשה שעשה, ורק גזירת הכתוב של הלכות תנאים, היא שהועילה לקבוע כי ע"י דיבור של תנאי ניתן לבטל תוצאותיו של מעשה עשוי.

21. ודוק, מעשה מותנה אינו מעשה מסוייג, שתחולתו תלויה ועומדת, אלא מעשה גמור היוצר קדושין - בכל מקרה. כך למשל המקדש אישה על מנת שהיא עשירה, אינו עושה מעשה קידושין המועיל רק לנשים עשירות.

גם אין לומר כי בפנינו גמירות דעת מסוייגת, אלא אחת מהשתיים: או שהיתה גמירות דעת, ואזי בפנינו מעשה קידושין, או שלא היתה גמירות דעת בעת מעשה הקידושין, מכיוון שהמקדש טרם סיים את ברוריו ביחס לאישה המקודשת וטרם החליט אם לקדשה, ואזי אין בפנינו מעשה קידושין כלל ועיקר.

ואולם, לא ניתן לעשות מעשה, ולהחליט בשאלה האם רוצים לבצע את המקח באמצעותו, רק במועד מאוחר יותר, ועפ"י תוצאותיו של מאורע עתידי.

אשר על כן, כדי שתנאי יבטל תוצאותיו של מעשה, מובן כי דרושה לנו גזירת הכתוב, של תנאי בני גד ובני ראובן.

22. דומה כי סברה זו מכוונת לדבריו של הגר"ש שקופף, בחידושים שנדפסו בספר הזכרון לר' חיים שמואלביץ, עמ' תר"ג ("סוגיא דמשפטי התנאים בנדר ותנאי קיום או ביטול") המבאר:-

"משום הכי סבירא ליה להתוספות דאין שייך מעשה הקנין על תנאי, כמו שאין שייך חפירת בור ועשיית כלים על תנאי, וכן בכוונה ג"כ דהוה עבודת המח אין שייך על תנאי, והוי כמו מעשה וכמבואר בעונג יו"ט באריכות גבי חליצה... ומשום הכי תנאי בכל מקום הוא חידוש וילפינן מתנאי בני גד, ולכן צריכים כל גדרי התנאי כמו התם, ובעינן נמי שיהא אפשר לקיים ע"י שליח ע"ש, אבל בנדרים כיוון שהדיבור הוא רק התגלות הרצון, ועיקר הפועל הוא התורה. וכיוון שברצון שייך בי' תנאי בעל דבר זה אינו רוצה, לכן התורה ג"כ פועלת על תנאי, ונמצא דמה דתנאי מבטל נדר סברה הוא, לכך לא בעינן כל גדרי התנאים".

23. בדומה לכך מצינו בשו"ת הרא"ש, כלל ל"ה, אות ט':

"ואף על גב דעיקר מעשה עשה על תנאי וכפל התנאי שאם לא יתקיים התנאי שיהיה המעשה בטל, אפילו הכי יוכל לבטל התנאי וישאר המעשה במקומו, משום דמתנאי בני גד ובני ראובן ילפינן שיש כח בתנאי לבטל המעשה, ואף אם לא יתקיים התנאי יהיה המעשה קיים, ואפילו אי כפליה לתנאיה.

ולהכי בעיא שיהא התנאי לגמרי כתנאי בני גד ובני ראובן, תנאי כפול ותנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ותנאי ומעשה בדבר אחד ושאפשר לעשותו ע"י שליח, דחידוש הוא ואין לך בו אלא חידוש.

וכיוון שכך הוא, שהמעשה הוא בפני עצמו וראוי להתקיים בלא קיום התנאי, אלא דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן, אם כן יכול הוא לבטל התנאי, שהוא

מעשה בפני עצמו ואין קיום המעשה תלוי בו, דדיבור בעלמא הוא, ואתי דיבור דביטול התנאי ומבטל דיבור של התנאי, ונשאר המעשה קיים".
נבהיר דברים אלו כסדרם.

24. הרא"ש מתייחס להלכה הפסוקה ברמב"ם הלכות אישות פרק ז' הלכה כג' לפיה:-

"המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי, אע"פ שביטלו בינו לבינה שלא בפני עדים - בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם".

(הראב"ד שם לעומת זאת נוקט:

"אמר אברהם, אינו כן. אלא אם כן כנסה סתם בעדים, דהוה ליה, כמו שביטל תנאי בעדים").

לכאורה, קידושין שנעשו בתנאי - הם קידושין מסוייגים, החלים רק ביחס להיכי תימצי מסויימת. הכיצד ניתן איפא לבטל את התנאי אף בלא צורך במעשה קדושין חדש ובלתי מסוייג בפני עדים?

לכך משיב הרא"ש כי אין כדבר הזה - מעשה מסוייג. המעשה הוא מעשה עשוי ובלתי מסוייג, ותוצאותיו אינן הדירות בכל מקרה. אכן, כתוצאה מחידוש התורה בתנאי בני גד ובני ראובן, נקבע כי יש בכוחו של תנאי לסכל את תוצאות המעשה ולחתור תחתיו. אך התנאי אינו מסייג את המעשה ואינו משולב בו כלל. אין בתנאי כדי לשנות מאופיו וממהותו הבלתי מסוייגת של המעשה, והוא מהווה גורם חיצוני הנוצר מול המעשה וחותר להשתלט עליו ולבטלו. ובלשונו של ר' ברוך דב ליכוביץ, "ברכת שמואל" על מסכת קידושין, סימן כ"ג, בשם הגר"ש סולובייצ'יק "תנאי מילתא אחריתא" דהיינו התנאי אינו מסייג את המעשה ואינו משפיע על מהותו, אלא ניצב מולו כדרך לביטול המעשה.

בהתאם לכך מובן כי ניתן לבטל את התנאי ע"י דיבור בעלמא ואין צורך במעשה קידושין חדש בעדים, שהרי גם הקידושין המותנים היוו מעשה בלתי מסוייג, וכל שניצב מולם הינו - התנאי. תנאי אינו אלא דיבור וממילא ניתן לבטלו ע"י אמירה והסכמה נוגדת, ובלשון הרא"ש "דאתי (בא) דיבור ומבטל דיבור".

אילו היה התנאי סייג למעשה - לא היה ניתן לבטלו ע"י דיבור, אך לא כך הם פני הדברים.

25. הסבר זה מבסס הרא"ש על הצורך בעמידה דווקנית בדיני התנאים ובמתכונת שנקבעה בתנאי בני גד ובני ראובן, כדי שהתנאי יהא בר-תוקף. הרא"ש, בדומה לתוספות, מבהיר כי הצורך בעמידה בכללים דווקניים אלו, נובע

מכך שמעשה שנעשה אין להשיב. גם לא ניתן לסייג גמירות דעת בהתאם לתוצאותיו של מאורע עתידי כלשהו, ואם קיימת גמירות דעת לבצע מקח באמצעות מעשה קניין או מעשה קדושין, הרי שהתוצאות הן בלתי הרירות. בהקשר זה יש להבין כי למעשה הסכם אינו אלא דרך מוסכמת להטלת סיכונים על הצדדים לו. משום כך, אין להטיל את דיני הטעות על סיכון שהצדדים קבעו מראש כי הוא יחול על צד מסויים. לאמור, בכלל הסכם קובעים הצדדים כי המקח יחול, תוך שהם מודעים לכך שתנאי השוק עשויים להשתנות והעיסקה עלולה להתברר כבלתי כדאית לאחר מהם. שמורה להם כמוכן האפשרות להמתין עם ביצוע ההתקשרות עד שיתברר מה עלה בגורלו של הסיכון האמור. ואולם, אם הם לא עשו כן, והחליטו להתקשר בהסכם עוד קודם שהתברר מה עלה בגורלו של סיכון מסחרי זה, הרי שבכך הם נטלו על עצמם באופן מודע את הסיכון האמור, והטילו אותו על שכמו של צד מסויים, תוך שהם קובעים כי העסקה תצא לפועל - בכל מקרה.

כל המהות של המושג "תנאי" עומדת איפוא בסתירה גלויה לקביעה זו, שהרי משמעותו של תנאי היא, שהעסקה תחול רק אם יתברר שהסיכון האמור לא התרחש, וזאת על אף שהצדדים החליטו לכרות את ההסכם עוד בטרם ברור הסיכון שאותו נטלו על עצמם.

דברים אלו מסייעים בהבנת גישתם של תוספות והרא"ש (וראה שו"ת הרא"ש, כלל ארבעים ושישה, באות ג'). לפי גישה זו המקח חל בכל מקרה ואינו מסוייג, ואף גמירות הדעת קיימת, גם אם העתיד יוכיח שהסיכון התממש. התנאי עומד איפא מול ההסכם שכבר נכרת ומצליח לעקור את תוצאותיו מן השורש מכח חידוש התורה בענין זה. רק חידוש התורה במקרה של בני גר ובני ראובן הוא שאיפשר לבטל תוצאות אלו לאחר זמן ע"י תנאי. ומכיוון שכך, מן ההכרח הוא שהתנאי יהא במתכונת זהה לזו שהתחדשה בתנאי בני גר ובני ראובן ומכאן נובעים דיני התנאים.

הסבר זה מקנה לנו הבנה בדבר מהותו של תנאי, ויש בו כדי להשיב על חלק מן השאלות הבסיסיות שהועלו לעיל, וכפי שיפורט להלן.

26. בהקשר זה יצויינו גם דברי המאירי במסכת קדושין דף ס"א ע"א (על המשנה שם) המבאר:-

"ומכל מקום, רוב הגאונים מסכימים שלא הוצרכו דינים אלו אלא באם לחודיה, שכל שהוא באם הרי התנאי בא לסתור המעשה לגמרי שלא יהא חל עכשיו כלל, עד שאם אמר הרי זה גיטך אם תעשי כך וכך אין הגט חל כלל מעכשיו אלא משעת קיום התנאי.. ומאחר והתנאי בא לבטל המעשה

מכל וכל צריך להיותו חזק, והוא שיכפלנו... אבל מעכשיו ועל מנת אין התנאי עוקר המעשה לגמרי שהרי אינו מונעו מלחול, שהרי כל שיתקיים התנאי המעשה קיים מעכשיו... ומאחר שאינו סותר התנאי לגמרי אין צורך לכפלו ולחזקו בדברים אלו..."

המאירי מבאר בהתאם לכך את הגיונו של כל אחד מדיני התנאים, ולגבי תנאי כפול הוא מבאר: 1-

"שמאחר שלא כפל לומר שאם לא יעשה כך לא יהיה המעשה קיים, לא התנה דרך דיוק וכוונה גמורה אלא דרך הערה ואזהרה, ומתוך כך הוצרך רבן של נביאים לכפול את התנאי בבני גר ובני ראובן".

ו. השאלות הבסיסיות – לאור שיטת התוספות והרא"ש

27. השאלות הבסיסיות שהועלו לעיל, היו שלוש במספר:-

- א. מדוע נחוץ חידוש מגזירת הכתוב לצורך לימוד על האפשרות להתנות על מקח, הרי אין גמירות דעת במקום שבו לא התקיים התנאי?
- ב. מדוע נחוץ הדין של "תנאי" ואין משתמשים בדין של "מקח טעות"?
- ג. מה ההבדל בין תנאי בלשון "אם" לבין תנאי בלשון "על מנת" וכי לשון התנאי משנה משהו מן הצורך בגמירות דעת?

28. שיטת הרא"ש והתוספות משיבה באופן ברור וחד על השאלה הראשונה. לדבריהם אין כדבר הזה מקח מסוייג ואין גמירות דעת מסוייגת, ואדם צריך להחליט בדעתו, האם ברצונו ליטול סיכון ולכצע מקח, יהיו התוצאות אשר יהיו, או שאין בדעתו לעשות כן. משום כך, משנעשה מקח בפנינו מעשה עשוי בלא סייג, המלווה בגמירות דעת מוחלטת. הלכות תנאים נחוצים על כך כדי לחדש, כי על אף שכך נעשה, ניתן לעקור את תחולת המעשה, אם לא התקיים התנאי.

29. הקושי השני בנוגע למקח טעות יושב לעיל, ע"י הסברו של הגר"ש רוזובסקי, בכך שמקח טעות משמעו כי יש פגם בגוף המקח, המשנה את החפץ הנרכש או את האישה המתקדשת, מאלו שנחזו להיות בעת ביצוע המקח. דבר פגום לא רכשו ולא ביקשו לרכוש מעולם. לעומת זאת, דיני תנאים נחוצים לנו מקום שבו אין כל שינוי בגוף המקח, ורק הנסיבות החיצוניות הן שהשתנו. ביחס למקרה זה, אומרים אנו כי היה על הרוכש לגמור בדעתו, האם הוא נוטל סיכון ומבצע את המעשה או שהוא בוחר להמתין ואינו עושה דבר עד

שיתבררו הנסיבות. אם בכל זאת בחר הוא לעשות מעשה, הרי שבכך הוא גמר בדעתו בלא סייג לבצע פעולת קניין, תהיינה התוצאות החיצוניות אשר תהיינה. מכיוון שכך, ברור כי כדי לבטל תוצאותיו של מעשה בלתי מסוייג שכזה, נחוץ חידוש התורה כדי לקבוע כי גם מקח שכזה – ניתן לבטל.

30. נותר לנו אם כן לבחון כיצד משתלבת בהסבר זה, ההבחנה בין תנאי בלשון "על מנת" שבו המקח חל לאלתר, ואשר בו אין צורך בדיני התנאים, לבין תנאי הנוקב בלשון "אם", שבו המקח מושהה עד לכירור תוצאות התנאי, ואשר לגביו בלבד נחוצים דיני התנאים הנלמדים מתנאי בני גר ובני ראובן. לכאורה, מקום שבו המקח חל לאלתר, קשה עוד יותר לבטלו ע"י תנאי ולעקור את תחולת המעשה – לאחר שלכאורה כבר יצא אל הפועל? והנה, דווקא בתנאי בלשון "על מנת" החל מעת ביצוע המקח, מצינו כי לא נחוצים דיני התנאים הנלמדים מתנאי בני גר ובני ראובן.

31. ואכן, כשיטה זו גורס הרמב"ן בספרו מלחמות ה', מסכת ביצה, פרק שני בדף י' ע"א מדפי הרי"ף, המציין כדלקמן:–

"ברם נראין, דכרי רבינו רבי אברהם ברכי דוד ז"ל שהשיב כך:

אמר אברהם... אם אמר זה האיש תנו לפלוני מאתיים וזו אם ישא את בתי, כיוון שהמעשה קודם לתנאי יטול המאתיים וזו ולא ישא את הבת? על כן יצא משפט מעוקל ח"ו ולא תהא כזאת בישראל.

עתה אגלה את הסוד הנעלם מבני אדם שהראשונים לא פירושוהו, כי כל מה שאמרו חכמים בתנאי כפול ותנאי קודם למעשה והן קודם ללאו ותנאי ומעשה בדבר אחד כדאיתא "במי שאחזו", ומעשה דאפשר לקיומיה ע"י שליח כדאיתא בכתובות בענין חליצה מוטעית, כל אלו לא נאמרו אלא כשמעשה נעשה מייד, כעין נתינת הגט וחליצת היבם, שאין התנאי מבטל המעשה למפרע, אלא א"כ נעשה כראוי ובחזוק כעין תנאי בני גר שהיו מבקשים ממשה שיתן להם נחלתם מייד, וע"כ הוצרך משה לכפול התנאים, שאם לא יקיימו אותם יטלו אותה הנחלה מידם, וכן דקדק בתנאי קודם למעשה... מכל מקום אין ספק בדבר שלא נעשה בו שום מעשה, כגון זה שאמר תנו לפלוני מאתיים וזו, אם יקח ביתו, לית דין ולית דין שאם לא יקח לא יטול והוא האמת".⁴

4 מאידך ראה את ניתוח הסוגיה ע"י הרב שלמה פישר, בספרו "בית ישי" סימן לה': "והיינו שהתורה נתנה כח לאדם ליצור יחד עם חלות הקניין שהוא מחדש, גם כח משחית לבטלו. והואיל וכח משחית זה מוגבל כהו לפעול השחתה זו רק כל עוד שחלות הקניין

32. נאמנים לשיטתנו נראה בדעת הרא"ש, כי הוא ממשיך לגרוס אף ביחס להלכה זו ברמב"ם כי גם בתנאי בלשון "על מנת" אין המדובר במעשה מסוייג, וכי גם ביחס לתנאי זה נחוץ חידוש התורה של "תנאי בני גד ובני ראובן" כדי לעקור מעשה מוחלט זה. הדבר היחיד השונה בתנאי בלשון "על מנת" הינו שאין צורך לנקוט בו במתכונת התנאים שננקטה בתנאי של בני גד ובני ראובן. מסקנה זו עולה בבירור מניתוח הסוגיה של ביטול תנאי, כפי שנראה להלן.

ז. ביטול תנאי – ניתוח ומסקנות

33. כאמור, לשיטת הרמב"ם (רמב"ם הלכות אישות פרק ז' הלכה כג') ניתן לבטל תנאי ע"י דיבור והסכמה בין שני הצדדים ואין צורך לשם כך לבצע מעשה קידושין או מקח חדש. ובלשונו:
 "המקדש על תנאי וחזר אחר כמה ימים וביטל התנאי, אע"פ שביטלו בינו לכינה שלא בפני עדים – בטל התנאי והרי היא מקודשת סתם".
 הראב"ד שם חולק על קביעה זו מכל וכל ובלשונו:
 "אמר אברהם, אינו כן. אלא אם כן כנסה סתם בעדים, דהוה ליה כמו שביטל תנאו בעדים".
 כלומר, לא ניתן לבטל את התנאי ע"י דיבור בעלמא ונחוצים עדים כדי לבטלו. המחלוקת בין הרמב"ם לבין הראב"ד, היא לכאורה זו:
 לפי הרמב"ם החידוש של תנאי הוא כי מדובר בדיבור נפרד מן המעשה המצליח לסכל את חלותו. מכיוון שמדובר בגורם נפרד, שאינו אלא דיבור של תנאי, הרי שיש בכחו של דיבור אחר והסכמה אחרת המושגת בין הצדדים כדי לבטל את התנאי, וכדי להותיר את מעשה הקדושין על מכונו. הראב"ד לעומת זאת גורס כי מעשה מותנה דומה למעשה מסוייג, והעדים רואים לנגד עיניהם מעשה קידושין מסוייג בתנאי. משום כך צריך עדים גם כדי לבטל את התנאי כפי שבכל דבר שבערוה צריך שני עדים, שהרי העדים פועלים עתה את פועלם כדי להסיר את הסייג ממעשה הקידושין.
 וראה לעומת זאת ר' ברוך דב ליבוביץ בספרו "ברכת שמואל", על מסכת קידושין סימן כ"ג: "ונראה דבזה תלוי הפלוגתא אם ביטול התנאי צריך

לא חלה עוד בפועל וזה ידעינן מסברא, הנה זה גופא מונע שעדיין לא ייצא הקניין לפועל, אע"פ שמעשה הקניין כבר נגמר וכנ"ל, שאם לא כך לא תהא מציאות לכה משחית זה שחידשה התורה בפרשת תנאים, ודוק".

עדים לעיכובא, דלשיטת הרמב"ם דאין זה דין מחודש ורק אומדן דעתו, אם כן הרי כמו שאין צריך עדים על קיום התנאי דאינו אלא גילוי דעת דאדעתא דהכי לא פנתה, כמו כן שאין צריך עדים על ביטול התנאי ומחילתו, דאינו רק בירור שאדעתא דהכי לא התנה ונשארה המעשה דמעיקרא והתנאי בטל למפרע. אמנם להראב"ד דהוא דין מחודש דמהני מחילה והביטול מכאן ולהבא, אם כן הרי יש כאן מעשה דחלה בלא תנאים וצריך עדים. עד כאן דברי מורי ורבי (הגר"ח)."

34. בשיטה קיצונית עוד יותר אוחו הר"ן במסכת כתובות דף ע"ג המבהיר כי ניתן לבטל תנאי בדבר שבממון כפי שניתן למחול על הכסף, והדבר נחשב למילוי וקיום התנאי, שהרי המחילה כמוה כקבלת הכספים והחזרתם מיד לאחר מכן למשלם. כמו כן, בכל הנוגע לדברים שבגוף המקח, כגון "המקדש אישה על מנת שאין לה נדרים, התנאי ניתן לביטול מחמת סיבה אחרת שהיא: -

"תנאי שהוא להנאתו אין דעתו שיתקיים אלא אם הוא מקפיד, אבל כל שאינו מקפיד דעתו שיהא המעשה קיים אפילו לא יתקיים התנאי". כלומר, אדם מתנה מראש ומסייג את המעשה, רק ביחס למקרה שבו לא יחפוץ במעשה בלא קיום התנאי. אך באמירתו טמונה גם ההנחה כי המעשה אינו מסוייג, אם בעת שנבחרה לקיום התנאי, הוא אינו רוצה עוד בקיומו. ביחס למקרה זה, אומרים אנו כי מלכתחילה לא היה בדעתו להגביל את תחולת המעשה. וכמאן, שבפנינו מעשה, שלא היה מותנה מעולם. מדעת הר"ן עולה איפא, כי מקום שבו קיים תנאי ואין אפשרות להתייחס אליו כפי שהתקיים או כמי שמלכתחילה לא נאמר ביחס להיכי תימצא מסויימת, הרי שאין אפשרות לבטלו. לדידו של הר"ן התנאי מהווה איפא סייג למעשה, ומעשה מסוייג לא הופך בשום מקרה לבלתי מסוייג.

35. לפי שיטת הר"ן נמצא כי בתנאי שאין אפשרות לפרשו כמי שלא נועד לחול מקום שבו לא יהיה צורך בקיומו, כגון תנאי מן הסוג של "לציעורא קא מכווין" (ראה מסכת גיטין דף ע"ד ע"ב) כלומר תנאי שמטרתו אינה עניינית והנובע מגישה אישית שלילית כלפי הצד השני למקח, ולא מצרכים אובייקטיביים כלשהם, אין אפשרות לבטלו. וזאת מכיוון שמעשה מסוייג - לא הופך לבלתי מסוייג לעולם, ותנאי שמניעיו אינם ענייניים לא ניתן לפרש כמי שאינו חל כאשר אין בו צורך ענייני, שהרי לא היה בו צורך ענייני מלכתחילה ועל אף זאת התנו את המקח בקיומו. לעומת זאת, לפי שיטת הרמב"ם - כל תנאי, לרבות תנאי ש"לציעורא קא

מכווין" - ניתן לבטל, שהרי המעשה הוא בין כך בלתי מסוייג והעדים ראו לנגד עיניהם מעשה קידושין מוחלט החל בכל מקרה. התנאי רק הצליח לעקור מעשה מוחלט שכזה, על אף היותו גורם חיצוני למעשה. ממילא, ניתן לבטל את התנאי ע"י דיבור בעלמא, המשקף הסכמה חדשה בין הצדדים ואין שום הבדל באיזה תנאי קא עסקינן.

36. ואכן, כך מוצאים אנו הלכה פסוקה ברמב"ם בהלכות גרושין פרק ח' הלכה כ"ג:-

"הרי זה גיטך על מנת שתתני לי כלי פלוני או בגד פלוני ואבד אותו כלי או אותו בגד או נגנב, אע"פ שנתנה לו אלף בדמיו - אינו גט, עד שתתן אותו כלי או אותו בגד עצמו או שיבטל התנאי".

ומכאן, שאף תנאי שנעשה ביחס לגרושין, ולא מטעמים ענייניים ואשר אין אפשרות לקיימו ע"י תחליף כספי, שכן מהותו אינה עניינית, אלא "לציעורא קא מכווין" - ניתן לבטלו ע"י אמירה אחרת. זאת להבדיל מהותרת התנאי על כנו תוך נסיון למלא אחר התנאי ע"י מחילה, שזהו דבר שאי אפשר לבצעו בתנאי שלציעורא קא מכווין. לענין זה ראה ברמב"ם שם, בהלכה כ"א, ובשות' הרא"ש כלל ארבעים ושישה באות ב':

"הרי שכתב הרמב"ם שאף במקום שאין נתינת הדמים מועלת - ולא מחילה כיוון דלציעורא קא מכווין, אפילו הכי ביטול התנאי מועיל, דמילתא דפשיטא הוא דדיבור מבטל דיבור לקיים המעשה".

37. ודוק, הלכה זו של הרמב"ם מתייחסת לתנאי הנאמר בלשון "על מנת" ואילו היינו אומרים כי בתנאי שכזה אין צורך בדיני התנאים, שכן מדובר במעשה שתחולתו סוייגה מלכתחילה, הרי שברור כי גם לשיטת הרמב"ם היה עלינו לגרוס כפי שגורס הר"ן, כי תנאי שכזה לא ניתן לביטול. מעצם העובדה כי הרמב"ם גורס שגם בתנאי הננקט בלשון "על מנת" ניתן לבטל את התנאי, אות הוא שגם בתנאי שכזה, שבו לא נאמרו הכללים הצורניים הנלמדים מתנאי בני גר ובני ראובן, מדובר בתנאי שהינו חיצוני למעשה ואשר יש בו כדי לעקור את המעשה מתחילתו, על אף שהמעשה אינו מסוייג. דבר שכזה ייתכן, רק מכח גזירת הכתוב, ומכח החידוש של תנאים בתורה בפרשת בני גר ובני ראובן. (ואכן, בשיטה זו אוהז הרב הגרש"ז אירבך זצ"ל בספרו "מנחת שלמה" בסימן פ'). הנה כי כן, גם ביחס לסיטואציה של תנאי בלשון "על מנת" עלינו להזקק לחידוש הכתוב שתנאי יכול לעקור מעשה גמור ובלתי מסוייג. ואכן, הרא"ש בכלל ארבעים ושש לתשובותיו מבאר, ביחס לרמב"ם בהלכה זו (הלכות גיטין פרק ח' הלכה כ"ג), הנוגע לתנאי הנוקט בלשון "על מנת"

כי מדובר "בדיבור המבטל דיבור לקיים המעשה", כלומר בתנאי שאינו חלק מובנה של המעשה, אלא חיצוני לו, וכמבואר לעיל.

ח. תנאי בלשון "על מנת"

38. בהתאם לגישה זו נותרה בפנינו השאלה: אם גם בתנאי בלשון "על מנת" נחוץ חידוש של תנאי בני גר ובני ראובן, מדוע פסק הרמב"ם כי בתנאי הנוקט בלשון "על מנת" אין צורך לקיים את ארבעת הכללים הדווקניים שנקבעו בהלכות תנאים כתוצאה מלימוד דיני התנאים מפרשת בני גר ובני ראובן?

39. בהקשר זה מבהיר ר' משה פיינשטיין זצ"ל בשו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק א' סימן קע"ט כי כאשר אדם אינו דוחה את המקח למועד מאוחר יותר שבו יתקיים התנאי, (כפי שנקבע ביחס לתנאי בלשון "על מנת"), הרי שבהכרח אין התנאי מהווה חלק מן העשיה היוצרת את המקח, אלא משהו חיצוני למקח, שהרי הקניין יחול מלמפרע אם רק יתקיים התנאי, ויתייחס אף למועד שבו טרם נעשה המעשה שבו הותנה המקח. לעומת זאת, מקום שבו המקח נדחה עד למועד קיום התנאי (וזה מה שקורה בתנאי של "אם" ולהבדיל מתנאי בלשון "על מנת"), הרי שהמקח תלוי בשני מעשים, האחד הוא מעשה הקניין, והשני הוא המעשה שהתנאי היתלה את המקח בעשייתו. דבר זה הוא שאינו אפשרי, שכן קידושין למשל לא ניתן לחולל ע"י עשיה נוספת, מלבד "כסף, שטר וביאה". משום כך נחוצה גזירת הכתוב של תנאי בני גר ובני ראובן בתנאי של "אם" שבו נמצא המקח תלוי גם במעשה חיצוני, וגזירת כתוב זו אינה נחוצה בתנאי של "על מנת" שבו המקח אינו מותנה במעשה כאמור. ובלשונו: "כשתולה במעשה נמצא שעשה מעשה קידושין שיועילו לא כפי כח הקידושין אלא כרצונו היינו שלא במעשה הקידושין תתקדש לו אלא גם בעוד מעשה שהיא או אחרים יעשו וזה אין יכולין אלא צריכין למעשה תנאי לבטל מעשה הקידושין שלמעשה זו צריך להלכות תנאי כדבארתי. וא"כ לא שייך זה אלא בלכשתתן אבל במעכשיו, שאם תתן מקודשת מעכשיו, הרי אי אפשר לומר שמעשיה בנתינת המאתים וזו היא עוד מעשה בענין עשיית הקידושין דא"כ לא היתה מתקדשת מעכשיו שעדיין לא נתנה אלא היתה מתקדשת לכשתתן, שנגמר גם מעשה ידה ובע"כ אין שייך מעשיה למעשה הקידושין".

40. בניגוד מוחלט לכך עומד הסברו של הגר"ש שקופף זצ"ל, שם בעמ' תר"צ, המבהיר ביחס לתנאי בלשון "מעכשיו":
 "דהתנאי דאח"כ נמי פועל הוא בהצטרפות עם המעשה הקודמת את החלות, ולא היה הקיום בתנאי סימן".
 להרחבה בסוגיה זו ראה גם: ר' שמעון הכהן שקאפף, חידושי ר' שמעון יהודה הכהן על הש"ס, מסכת גיטין, סימן ו': "קונטרס בענייני תנאי בקידושין, בגרושין ודבר שבממון". הגר"ש שקופף מבאר שם:-
 "דעניין תנאי בקניינים ובקדושין אינו כפי פשוטו שאנו רגילים לפרש, שהוא ברור המציאות בעבר, היינו שבקיום התנאי אנו יודעים שכבר נתקיים המעשה וכשלא נתקיים התנאי הוא התגלות בעבר שלא חל מעולם - אלא כיוון שרוצה שאם יקויים התנאי תהיה מקודשת מעכשיו ולהפך תהיה כפנויה, הרי רוצה שיהיה מעכשיו עד קיום התנאי בספק מקודשת ומגורשת, וכל היכי שעושה מתחילה על צד הספק הוא קניין וזכות או עשיית איסור באופן שיהיה מעשה כזה על צד הספק, באופן דלפי זה עניין התנאי שעושה קדושין או גירושין שיהיה מעכשיו רק קדושין וגרושין קלושין כדין הספק וכשיקויים התנאי אז יגמרו לגמרי, וכשלא יקויים יבטלו לגמרי, ונמצא דאף אם יקויים התנאי מכל מקום מעיקרא לא היה בזה רק קידושין קלושים, ורק מקיום התנאי ואילך נגמרו הקידושין לגמרי".

41. ודוק, בהסברו של הגרש"ז אוירבך ניתן לאחוז, רק אם נוקטים בשיטת הגר"ח סולוביצ'ק לפיה בתנאי של "מעכשיו" אין צורך בלימוד מגזירת הכתוב של תנאי בני גד ובני ראובן, ובטלות המקח נובעת מדין "מקח טעות". אם לעומת זאת גורסים כי גם בתנאי של "מעכשיו", מקור הדין הוא מתנאי בני גד ובני ראובן, כפי שהבהרנו, הרי שאין לכאורה אפשרות, להחיל את הלכות תנאים, ולהזקק לגזירת הכתוב, בלא שנזקק למלא אחר הכללים הפורמליים שהתקיימו בתנאי של בני גד ובני ראובן, ואין לכאורה הסבר לכך שדווקא במקום שבו המעשה טרם פעל את חלותו, צריך למלא אחר הכללים הפורמליים, ובמקום שהמעשה כבר פעל את תוצאתו, כללים פורמליים אלו אינם נחוצים. מהו איפא ההסבר בשיטת הרמב"ם עפ"י באורו של הרא"ש בסוגיה זו?

42. ואולם נראה, כי ההנחה לפיה בתנאי של "אם" טרם ארע משהו שיש צורך לעקרו - אינה נכונה כלל ועיקר. זאת מכיון שהרמב"ם פוסק בהלכות גרושין פרק ט' הלכה א':

"המגרש את אשתו לאחר זמן קבוע, הרי זו מגורשת כשיגיע הזמן שקבע. והרי זה דומה לתנאי ואינו תנאי דומה לתנאי, שהיא מתגרשת כשיגיע הזמן שיקבע, ואינו תנאי שהמגרש על תנאי הרי גירש, וזה עדיין לא גירש עד שיגיע אותו זמן. לפיכך המגרש על תנאי צריך לכפול תנאו, וזה אינו צריך לכפול דברו ולא לשאר משפטי התנאין שבארנו".

43. וברומה לכך שם, בהלכה ה':-

"ומה בין המגרש על תנאי לזה שקבע זמן לגירושין או תלאן במעשה, שהמגרש על תנאי יש שם גירושין ואינן גומדין עד שיתקיים התנאי. לפיכך, כשיתקיים התנאי נתגרשה אם היה הגט קיים אע"פ שאינו ברשותה ואינה צריכה לחזור וליטלו או להיותו ברשותה אחרי שנתקיים התנאי, שהרי הגיע לידה תחילה בתורת גרושין. ואם נישאת - קודם שנתקיים התנאי לא תצא כפי שבארנו. אבל, התולה גרושין בזמן או במעשה, לא הגיע גט לידה בתורת גרושין אלא בתורת פיקדון עד הזמן שקבע או שתעשה המעשה. לפיכך, כשיגיע הזמן צריכה להיות הגט ברשותה או תחזור ותיטלנו..."

44. כלומר, קיימת הבחנה ברורה ומהותית בין גירושין על תנאי, לבין גרושין לאחר זמן. גרושין לאחר זמן, משמעם כי הגט הופקד כפקדון בידי האישה, ועד לזמן שנקבע אין כאן מעשה גירושין. לעומת זאת, גירושין על תנאי הם מעשה גרושין ולכן אין צורך שבהתקיים התנאי יהיה הגט ברשות האישה. ואולם, על אף שנעשה מעשה גרושין גמור, האישה אינה מגורשת והגרושין יחולו רק לאחר זמן. כלומר, בפנינו מצב שבו נעשה מעשה, שיש לו חלויות ואם יאבד הגט מידי האישה (אך יהא קיים בעולם) היא תהיה מגורשת בהתקיים התנאי. ועם זאת בכל התקופה שעד לקיום התנאי מושהות התוצאות מחמת התנאי.

45. וכאן יש להבהיר דבר יסודי ביותר. בהסכם על תנאי חפצים הצדדים ליצור ביניהם מסגרת מחייבת, עם חובות אמון ברורות, ורק - ההתחייבות העקרית והמקח - הם שיכנסו לתוקפם בהתקיים התנאי. יש כאן העברת הסיכון מן הצד האחד למקח אל הצד השני לו, אך המסגרת הכוללת קיימת. לעומת זאת בתנאי של "אם" שבו נדחה המקח עד למועד קיום התנאי, בפנינו מקרה שבו אין שום נפקות למקח בתקופת הביניים, והצדדים יכולים להתעלם מן ההסכם שנכרת ביניהם ולפעול בניגוד לו. משום כך נפסק ברמב"ם בהלכות אישות פרק ו' הלכה טו' כי האישה שקידשוה על תנאי בלשון "אם", יכולה

בתקופת הביניים להנשא לאחר והקידושין לשני יתפסו. וראה משנה למלך שם המציין: "כתב מהר"י באסאן בתשובה כתב יד (סימן כט') דמי שקידש אישה על תנאי אין עליו חיוב לקיים תנאי ואפילו תתעגן כל ימיה הרי זה כאילו פירש בשעת הקידושין שהיא תמתין ותתעגן עד אשר נראה אם יתקיים התנאי, ואדעתא דהכי נתקדשה!". לפנינו איפא מעשה מקח גמור, שאין לו שום תוצאות, כשהמעשה נחשב למעשה גמור, הפועל חלויות לאלתר, עד כי בגירושין אין עוד צורך שהאישה תשמור בידיה את הגט. ובכל זאת - המעשה הזה מושהה ובתקופת הביניים אינו יוצר כל חבויות כלפי מי שעשהו. זהו דבר יוצא דופן, ומובן כי להשהות חץ שכבר נורה והחל במעופו, קשה עוד יותר, מאשר להגביל את המעשה באופן שאם התנאי לא יחול - נשלול את תוצאותיו.

46. אכן, גם תנאי בלשון "על מנת" ובלשון "מעכשיו" מהווים חידוש, שמחמתו למדים אנו כי מעשה בלתי מסוייג שחל עשוי להגדע אם לא יקויים התנאי. משום כך נחוץ גם שם לימוד מגזירת הכתוב שיתכן כדבר הזה, והדברים נלמדים מתנאי בני גד ובני ראובן. ואולם, במקרה זה, המעשה יוצר חלות לאלתר, והצדדים מחוייבים על פי ההסכם שכרתו. המסגרת קיימת, והמימכר לא ניתן להקניה לאחר בתקופת הביניים שעד למועד הקבוע לקיום התנאי. אין איפוא מקום להשוות חידוש זה עם תנאי בלשון "אם", שבו החידוש רב בעשרות מונים, כשבפנינו מעשה גמור, עם חלויות, ובכל זאת הצדדים חופשיים לעשות כרצונם, מכח התנאי הדוחה את מועד החלות לשעת קיום התנאי. משום כך מובן כי יש ליישם את הכללים הפורמליים של "תנאי כפול" וכיו"ב, במקום שבו החידוש הוא רב ובלעדיו המעשה יפעל מיידי. דיני התנאים חלים על כן דווקא בתנאי של "אם" ולא בתנאי בלשון "על מנת" ובלשון "מעכשיו".

47. דברים אלו מוצאים ביטוי ברור בדברי הראב"ד המובאים ברא"ש במסכת גיטין פרק ו' סימן ט':

"וכן כתב הרמב"ם ז"ל (פרק ו' מהלכות אישות) כל האומר מעכשיו אינו צריך לכפול תנאו... וכן כתב הגאון בתשובה, שעל מנת כמו שאמר מעכשיו, כל שכן במעכשיו, והראב"ד ז"ל נתן טעם לדבריהם, דתנאי בעל מנת או של מעכשיו, כיון דמהשתא חייל המעשה בתנאי הוא דחייל, דהשתא מתנה עימו, אבל על תנאי דאם, כיוון שהתנאי בא לבטל המעשה לא הוי תנאי אם לא שכפל אותו". ומבהיר "הקרוב נתנאל" שם:

"כיוון דמהשתא חייל המעשה בתנאי הוא דחייל - רצה לומר, דלכשיתקיים התנאי, הקידושין והגרושין למפרע מעכשיו חיילין, ואם כן התנאי אין מבטל המעשה מעכשיו.
כיוון דהתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול מעתה - רצה לומר, דבתנאי דאם אין המעשה קיים אלא לאחר קיום התנאי".

48. כלומר, "ביטול המעשה" הוא מצב שבו המעשה נעשה ועל אף כן השלכותיו מושהות עד לאחר זמן. לעומת זאת, ביטול מלמפרע אינו חידוש ואינו נחשב ל"ביטול המעשה", שכן מונח זה מיוחד למעשה שנעשה ותוצאותיו הושהו.

ט. סיכום

49. המונח "תנאי" נתפס בכמה צורות ואופנים ע"י הראשונים. חלקם ראו בו חיסרון בגמירות הדעת, ומקבילה למונח "מקח טעות". חלקם ראו בו דחייה גרידא של מועד החלות של המקח, וחלקם ראו בו, אלמנט חיצוני למעשה, שיש בו כדי להעביר את הסיכון מצד אחד של המקח על רעהו, תוך הפקעת ההתקשרות במקרה שלא מתקיים התנאי.

50. את שיטת הרמב"ם הבהרנו בהתאם לשיטת הרא"ש, לפיה כאשר נעשה מעשה על תנאי, אין לראות בכך חוסר גמירות דעת, שכן אם אדם עדיין לא גמר בדעתו לבצע מקח ישב נא ואל יעשה דבר. בכל התקשרות יש סיכונים וסיכויים וכל מי שעושה מקח, נוטל על עצמו סיכון זה, מתוך מטרה להשיג את הסיכוי הטמון במעשהו.

ההחלטה לבצע מעשה היא איפא אות לקיומה של גמירות דעת מוחלטת של אדם המוכן לשאת בכל תוצאות המעשה שעשה. ומכיוון שהמעשה מוחלט הוא, נחוץ חידוש התורה לפיו ניתן לבצע מקח מותנה. עפ"י חידוש זה משמעות התנאי היא, כי שני הצדדים מסכימים להעביר את הסיכון הכלכלי על שכם אחד מהם, כך שאם עובדות מסוימות לא תתגשמה, לא יחול המקח, על אף ביצוע המעשה הבלתי מסוייג.

51. החידוש של תנאי מבואר ע"י חלק מן המפרשים בסייג לגוף המעשה. דהיינו המקדש אישה על מנת שהיא עשירה, ביצע מעשה קידושין המועיל לקדש רק נשים עשירות. מובן כי ברורה היא הרבה יותר הגישה לפיה מכיוון שגמירות הדעת הינה בלתי מסוייגת אף המעשה לא יכול להיות מסוייג. זהו

מעשה קידושין הפועל חלויות ביחס לכל מקרה שהוא. התנאי הוא איפא גורם חיצוני למעשה המקח, וגזירת הכתוב היא כי יש אפשרות ע"י תנאי שכזה לעקור את תוקפו של המעשה.

52. בהקשר זה ראינו כי על פי טבע הדברים, מעשה שנעשה אין להשיבו, ודינים שחלו אינם מתבטלים. הכח לבצע מקח גמור ובלתי מסוייג, עם גמירות דעת ברורה ומוחלטת, ולבטל לאחר מכן את תוצאות המקח שנעשה באמצעות דיבור של תנאי, הוא חידוש שנלמד מגזירת הכתוב. בהתאם להבנה זו מובן כי ניתן לבטל את התנאי, אף בלא צורך בעריכת מעשה קניין חדש ובלתי מותנה, שהרי המשמעות של התנאי אינה ביצוע מעשה מסוייג. המעשה הוא מוחלט והתנאי מהווה גורם חיצוני למעשה, המסכל את חלותו. תנאי זה אינו אלא – דיבור, וממילא די בהסכמה אחרת, ובדיבור אחר, כדי לבטל את התנאי, ואזי בפנינו מעשה בלתי מסוייג – בלא שיהא תנאי שיסכלו. בהתאם לגישה זו, החידוש של דיני תנאים מצוי בכך, שמדובר בדיבור, שאינו משקף פגם כלשהו או סייג כלשהו בגמירת הדעת, ואף אינו משקף סייג כלשהו במעשה, ועל אף זאת, יש בו כדי לסכל כשלעצמו את חלות הקניין שנעשה, תוך העברת הסיכון שבהסכם מצד אחד אל משנהו שהסכים לכך.

53. החידוש מתעצם עת שאנו מוצאים ברמב"ם כי מחד גיסא המעשה המותנה יוצר חלויות באופן מידי, וגם אם הגט אינו נמצא בידי האישה בעת חלות התנאי לא נגרע מאומה מן המקח, ומאידך גיסא מוצאים אנו ברמב"ם כי במקח המותנה בתנאי הנוקט בלשון "אם" מושהה תוקפו של המעשה עד למועד קיום התנאי.

בתנאי הנוקט בלשון "אם" נחוצים על כן הכללים הפורמליים שהתקיימו גם במקרה של "בני גר ובני ראובן" מכיוון ששם מתחוללת תופעה יוצאת דופן במיוחד, לפיה לא רק שהמקח עשוי לפקוע אם התנאי לא יתקיים, אלא שרואים בו מקח גמור לאלתר – ועם זאת עד למועד קיום התנאי אין ההסכם מחייב איש וניתן לסכל את ההסכם ע"י התקשרות עם גורם אחר. לאמור, לא רק הסיכון הוא שעבר אל הצד השני לחוזה, אלא שיש הסכמה כי ההתקשרות כולה – שלמעשה הסתיימה עד כי אין צורך במעשה נוסף בעת קיום התנאי – לא תחשב כמחייבת את הצדדים, לכל עניין שהוא, ותושהה עד למועד קיום התנאי. זוהי אם כן מהותו של תנאי הנוקט בלשון "אם" ואשר בו נדרשת עמידה דווקנית בארבעת הדרישות הצורניות של דיני התנאים, הן קודם ללאו וכיו"ב.

גמירות דעת יוצרת לעומת גמירות דעת המשלימה עם הקיים*

בעת הדלקת נרות חנוכה אומרים אנו: "הנרות הללו קודש הם, ואין לנו רשות להשתמש בהם אלא - לראותם בלבד" (מסכת סופרים, פרק כ' אות ו'). באמירה זו נכללים שני היגדים, הנובעים מקדושת הנרות: א) איסור השתמשות בנרות החנוכה. ב) היתר - לראותם בלבד.

ואולם, הכלל הוא כי "קול מראה וריח אין בהם משום מעילה"¹ ראה אינה הנגדה להשתמשות אסורה, שכן אין בה כל שימוש. גם דבר קדוש, שאסור להשתמש בו - מותר לראות.

מהו אפוא החידוש באמירה לפיה, על אף קדושת הנרות, מותר לראותם, וכי זו הנגדה לשימוש האסור?

נראה לכאורה כי אמירה זו מכוונת לומר כי לנרות יש תכלית חיובית בתחום הראיה, העומדת בניגוד לשימוש הרגיל באור. זאת לא רק על שום איסור ההנאה הנובע מקדושת הנרות, אלא מכוח תכליתם של נרות אלו, והמסר שהם נועדו להעביר. על מסר מהותי זה נעמוד להלן, תוך התייחסות רחבה למהותו של האירוע. בחנוכה גברו החשמונאים על היוונים והיתה זו מלחמת תרבות, כפי שנאמר ב"על הניסים" - "בימי מתתיהו בן יוחנן, כהן גדול, חשמונאי ובניו, כשעמדה מלכות יוון הרשעה על עמך ישראל - להשכיחם תורתך ולהעבירם מחוקי רצונך".

היתה זו אפוא מלחמה של תרבות יוון בחכמת התורה ובהשקפת עולמה של ההלכה. מלחמת תרבות זו נערכה דווקא על רקע העובדה שתרבותה של יוון היא תרבות ו"חכמה בגויים תאמין"². ראוי להדגיש כי חז"ל מכירים בחכמת העמים ואף מוקירים אותה, והלכה פסוקה היא בשלחן ערוך (אורח חיים, סימן רכ"ד סעיפים ו'-ז'): "הרואה חכמי ישראל - אומר ברוך אתה ה'... שחלק מחכמתו ליראיו. הרואה חכמי אומות העולם, עובדי כוכבים, שחכמים בחכמות העולם, אומר: ברוך אתה ה'... שנתן מחכמתו לבשר ודם".

כלומר, ההלכה מכירה בחכמת העמים. אבל, יושם אל לב כי הברכה שיש לברך על אדם שרכש את חכמת העמים נאמרת רק אם הוא - "מחכמי אומות

* פורסם ב"ספר רפאל", מוסד הרב קוק, תשס"א.

1 פסחים כו', א'.

2 מדרש רבה, איכה פרשה ב ד"ה (יג) טבעו: "אם יאמר לך אדם יש חכמה בגויים תאמין, הדא הוא דכתיב (עובדיה א) "והאבדתי חכמים מאדום ותבונה מהר עשו".

העולם עובדי כוכבים". ישראל שרכש את חכמת העמים - אינו זוכה לברכה האמורה. ועל חכמי ישראל נאמרת ברכה אחרת הנאמרת אך ורק - כשהם רוכשים את חכמת ישראל ונחשבים ל"יראיו".

מדובר אפוא בחכמות שונות - לעמים שונים ו"איש בחכמתו יחיה". מדוע יש לברך על אותה חכמה כשהיא נחלתו של גוי עכו"ם, ואין לברך עליה כשהיא נחלתו של יהודי? מה הטעם בכך שישראל הרוכש את חכמת העמים אינו זוכה לברכה? וכי סובייקטיבית היא החכמה? וכי יש הבחנה בין גוי הרוכש את חכמת העמים לבין יהודי הרוכש חכמה זו - מבחינת טיב החכמה?

גם "מטבע הברכה" ראוי לתשומת לב: הברכה לגבי חכם מחכמי ישראל היא "שחלק מחכמתו ליראיו". ואילו הברכה לגבי חכם מחכמי עכו"ם היא: "שנתן מחכמתו לברר ודם". מהי ההבחנה בין חכמת ישראל - שחז"ל רואים בה חלק שחילק הקב"ה מחכמתו ליראיו, לבין חכמת עכו"ם שאינה נחלקת לאנשים אלא - ניתנת להם?

על יחודה של חכמת ישראל עמר הרמב"ן בהקדמה לספרו "מלחמות ה'" באומר: "כי יודע כל לומד תלמודנו, שאין בחכמה הזאת מופת חותך כגון חשבוני התשבורת ונסיוני התכונה".

לאמור, חכמת האומות מבוססת על נסיון אמפירי, וכל כלל חייב להיות מוכח ומעוגן בנסיון המצטבר ובלוגיקה המתחייבת מניתוח הולם של נסיון זה. לא כך היא חכמת התורה, שיסודה באמונה ואין אפשרות להוכיחה באמצעות "חשבוני התשבורת ונסיוני התכונה".

בבסיס חכמת העמים ניצבת איפוא, יכולת ההוכחה של הדברים במישור המעשי ואילו יסודה של חכמת ישראל - באמונה הצרופה.

אבל לכאורה, יש באמירה זו כדי ללמד על יתרון שיש לחכמת האומות על פני חכמת ישראל, שהרי היגדים שלא ניתן להוכיחם או להפריכם ע"י נסיון מעשי, לוקים לכאורה בקלישות מסויימת, ואינם מעוגנים במציאות. בהקשר זה יש לשים לב למקורות הבאים:

(א) לפני קבלת התורה ע"י עם ישראל מוצאים אנו (שמות יט, א-ח) פניה של הקב"ה אל עמו, מתוך מטרה לשכנעו לקבל את התורה, והסכמה של עם ישראל לעשות כן. הסכמה זו אף זכתה לכתרים רבים מחז"ל (ר' למשל הסוגיה במסכת שבת פח, א המרחיבה בתיאור מעמד זה ומשמעויותיו). אין לכך מקבילה ביחס לשבע מצוות בני נח³, האומות לא התבקשו לקבל

3 שבע מצוות בני נח הן: עבודה זרה, ברכת ה', גילוי עריות, שפיכות דמים, גזל, מינוי דיינים ושופטים בכל פלך ופלך, אבר מן החי. לענין זה ר' רמב"ם הלכות מלכים פרק ט הלכה א.

על עצמן עול מלכות שמים, ומצוות אלו מוטלות עליהם - בין אם יסכימו ובין אם לאו. האם נובע הדבר מן השוני שבין חכמה שיסודה באמונה לבין חכמה שיסודה בהוכחה?

(ב) הקב"ה פונה לעמו ומציין בפניהם כי בידיהם הבחירה בין טוב לרע. כך נאמר: "ראה נתתי לפניך את הטוב ואת הרע... ובחרת בחיים" (דברים ל, יט). מדוע נעשית פנייה זו דווקא לעם ישראל ("לפניך") ביחס לתרי"ג מצוות ואין פנייה מקבילה לשאר האומות ביחס לשבע מצוות בני נח החלות עליהן? וכי אין לגוי בחירה אם לקיים מצוות אלו אם לאו? האם קשורה היא בחירה חופשית עם ההבחנה בין חכמה שיסודה באמונה, לבין חכמה שיסודה במחקר אמפירי של המציאות?

(ג) יסודו של הקשר הערכי בין הקב"ה לבין אומות העולם, אשר במסגרתו ניתנו הציוויים ל"בני נח", מצוי בברית שכרת הקב"ה עם האנושות אחרי המבול ואשר במסגרתה התחייב שלא לשנות סדרי בראשית. הקשת בענן מסמלת את ההבטחה האלוקית כי עשרת המאמרות בהם נברא העולם יהיו בגדר חוק בל יעבור הטבוע במציאות עצמה ואינו ניתן לשינוי. לעומת זאת, יסודו של הקשר הערכי בין הקב"ה לבין עם ישראל נמצא בברית החתומה בבשרנו ואשר יסודה באבי האומה - אברהם. בעקבות קשר זה נאמרו עשרה מאמרות נוספים של הקב"ה, אבל אלו דברות שאינן בגדר חוק הטבוע במציאות אלא בגדר - ציווי ערכי, אשר בידי של אדם לבחור אם לקיימם אם לאו.

בהקשר זה ראוי לתשומת לב כי בברית עם אומות העולם נאמר (בראשית יז, יג) "זאת הברית... לדורות עולם". - כלומר, קיימת המשכיות ורצף בין דורות עולם, ביחס לברית זו שבמסגרתה הונחלו הערכים הנכללים בשבע מצוות בני נח.

לעומת זאת, דווקא בברית שהנחיל אברהם אבינו לדורותיו נאמר: "והיתה בריתי בבשרכם, לברית עולם..." והמונח "לדורות" נשמט. עמד על הדברים באופן חד ומעמיק, הרב יצחק הוטנר בספרו "פחד יצחק" (חנוכה מאמר ט) בהבהירו את היסוד הבא:

קיימים שני סוגים של "גמירת דעת". האחת - משלימה עם המציאות והשניה - יוצרת מציאות. כך למשל אדם הפורע חוב - משלים עם המציאות. אדם הנוטל התחייבות - יוצר מציאות. ולא הרי זה כהרי זה, שכן גמירת הדעת והתבונה הנדרשים כדי להשלים עם המציאות מחייבים רק כושר אבחנה ריאלי במציאות קיימת. לעומת זאת, אדם המבקש ליצור מציאות חדשה נדרש להפעיל גם - חזון יוכלת ראייה של המציאות הקיימת מעבר לזו.

ההבחנה בין חכמת ישראל - לבין חכמת האומות היא אפוא ההבחנה בין

"דעת יוצרת" לבין "דעת מסכימה". וכאן נוגעים אנו ביסוד היסודות: הגמרא במסכת קידושין (לט, ב) מבהירה כי "אין מצווה שבתורה שאין תחיית המתים תלויה בה".

מצוות התורה אינן רק פרי הכרעה ערכית על בסיס המציאות הקיימת בעולמנו זה הגלויה לעינינו, אלא יש בהן מימד של נצח, של יצירה ושל חזון מעבר למציאות הקיימת.

אלו "חיי עולם" שהקב"ה נטע בתוכנו ואשר באמצעותם יכול אדם לצאת מארבע האמות של מציאותו, ולשאוף להגשים דברים שמעבר למציאות. לשם כך נדרש חזון, לשם כך דרושה אמונה - לשם כך נדרשת: גמירות דעת יוצרת. זהו אפוא הבסיס לפניית הקב"ה לעמו בטרם מתן תורה, למען יסכימו לקבלה ולמען יפעילו את אותה "גמירות דעת יוצרת" שהינה חיונית כדי ליצור דבר חדש, שמעבר למציאות הקיימת.

לעומת זאת, ההכרעה הערכית הכרוכה בשבע מצוות בני נח, אינה טעונה "גמירת דעת יוצרת" ודי בהסכמה. מובן שקיים גם שם אלמנט הבחירה, אבל - האדם נדרש להסכים עם נורמות שהן מחויבות המציאות ואין דרישה ממנו כי יביע דעתו באופן היוצר מציאות ערכית חדשה. משום כך, אין אנו מוצאים פנייה מקבילה של הקב"ה לאומות העולם לשם קבלת עולן של שבע מצוות בני נח. יתרה מכך, הרמב"ן (בראשית ט, יב) מבהיר כי הברית שנכרתה עם בני נח, לא יצרה תופעה חדשה, שכן הקשת בענן היתה קיימת מששת ימי בראשית. היא רק הפכה לאות כי סדרי בראשית אלו לא ישתנו וכי המציאות תישאר קבועה "ועוד כל ימי הארץ, זרע וקציר, וקור וחום, וקיץ וחרף לא ישבותו" (בראשית ט, א).

לעומת זאת, בריתו של אברהם - משנה מציאות וכורתת עורלה. יש בה משום הטבעת חותם שלא היה קיים קודם לכן. ואכן, תרי"ג המצוות המוטלות על בן ישראל מכוונות ליטוע חיי עולם בתוכנו, חיי נצח המתקיימים אף לעתיד לבוא, חיים שמעבר למציאות הקיימת. לעומת זאת משקפות שבע מצוות בני נח ברית של שמירה על הקיים.

משום כך, נאמר בברית הקשת "לדורות עולם" - שהרי המציאות הקיימת תעבור מדור לדור, בלא שינוי ובלא הבחנה, ובלא דרישה לחזון מיוחד כלשהו של בני הדור החדש, מעבר למציאות שעמה התמודדו הדורות הקודמים.

לעומת זאת, ברית המילה היא - "ברית עולם" - היא נושקת לנצח בלא להיות תלויה במציאות הקיימת העוברת מדור לדור. אדרבה, כל דור ודור נדרש לקבל שוב הכרעות ערכיות וליצור מציאות חדשה, מעבר למציאות שאותה ירש מהדורות שקדמו לו. כל דור נדרש ליצור ולהביע גמירת דעת הנובעת מחזון ואמונה, במה שחורג מן המציאות ונמצא מעבר להשגתה.

בענין זה אין כל הדורות שווים ויש עליות ומורדות. יש דורות של גלות ודורות של גאולה, ודורות של ייאוש ודורות של תקווה, דורות של אמונה ודורות של נסיגה, ויש גם ירידת הדורות. הבחירה נדרשת בכל רגע ורגע מחדש, מכל דור ודור ומכל אדם ואדם, בין חיים של השלמה עם המציאות הקיימת, לבין חיים השואפים לקראת מציאות אחרת, מעבר לזו שאנו קולטים בחושינו, מציאות שכל כולה ערכים ואמונה.

בהתאם לדברים אלו מקבלים מימד חדש דבריו של הרמב"ן אודות יחודה של חכמת ישראל שאין בה "מופת חותך כגון חשבוני התשבורת ונסיוני התכונה", שהרי היא לא מנתחת את המציאות הקיימת, אלא בונה על גבה חיים של חזון, ערכים, אמונה ונצח. לבין חכמת אומות העולם. אכן, רק חכמת אומות עולם מבוססת על מחקר אמפירי של המציאות, שואבת מן המציאות הקיימת וניזונה הימנה - בכך אפיונה. מציאות זו קשה לניתוח יחסית בכל עת והבנתה משתנית בכל זמן, שהרי ניוטון בנה ואינשטיין סתר ותיאוריות מדעיות, אף אלו המבוססות על נסיון אמפירי, משתנות במשך הדורות והארץ לעולם - נוע תנוע.

דבר אחד נעדר בסוג זה של חכמה - השאיפה אל מעבר למציאות, הרצון ליצור ולחדש עולם אחר וחכרה אחרת, האמונה והחזון כמה שמעבר לעינינו, עיני בשר ודם. וזהו מותרה של חכמת ישראל על חכמת האומות. אכן, את חכמת ישראל לא ניתן להוכיח או להפריך באמצעות "חשבוני התשבורת ונסיוני התכונה" - היא אינה מדעית. זאת מכיוון שאין המדובר בגמירות דעת מסכימה, המתבוננת במציאות הקיימת ושואבת ממנה, אלא מדובר בגמירות דעת יוצרת, הניזונה מאמונה, השואבת משאר רוח ומחזון - המעפיל אל מעבר למציאות הקיימת שבה נתון האדם.

לכן, חכם מחכמי אומות העולם מנתח את המציאות בחכמה ובדעת, בכשרון, בבינה ובהשכל ראוי להערכה. אנו מברכים על חכמתו שניתנה לו כמתנה אלוקית נשגבה לאדם, שניחן בצלם אלוקים וביכולת להבין מציאות מורכבת, באמצעים מופשטים.

אבל, איש מישראל המתמקד בכך בלבד, המבין את המציאות הקיימת ומפנים את אשר נחשב אכן לחכמה אצל אומות העולם - לוקה בעיני חז"ל בהחמצת העיקר. הוא משלים עם המציאות, ולמעשה שבו במציאות האפורה שבה הוא נתון, אינו מעפיל לנקודה שבה אדם שואף גם ליצור מציאות מעבר לזו שבה הוא נתון.

משום כך, לא ניתן לברך על בן ישראל זה, אשר מבחינת ייעודו מתרכז בטפל ומזניח את העיקר ובכך מעורר תחושה של החמצה. אכן, החכמה היא אותה חכמה, בין כשהיא נחלתו של יהודי ובין כשהיא נחלתו של עכו"ם, אבל בן ישראל המתמקד במציאות הקיימת ואינו מגלה את שאר הרוח והתבונה היתירה אשר יכל להשיג, משול בעיני חז"ל לריח טוב הנודף מכלי, שאינו מיוחד לצרכי

הרחה, שאז לא חלה חובה לברך עליו (ר' שו"ע, אורח חיים סימן רי"ז סעיפים ב' וג'). דבר הניחן בתכונה הנשגבה ביותר, אך אינו מגשים את ייעודו באותו תחום, מתרכז בטפל ומחמיץ את העיקר - אינו יכול לזכות להערכה מלאה ולברכה. לכן, הברכה לכן ישראל המתמקד בחכמה המאפיינת את האיש היוצר - היא "שחלק מחכמתו ליראיו", שהרי מדובר בנטילת חלק כביכול בתכונה העליונה היוצרת עולם במלכות ש-די. אין המדובר במתת התכונה גרידא אלא בנטילת חלק של ממש ביכולת ליצור ולחדש. משום כך, בן ישראל הזונח את ברית הדמים של חידוש המציאות שמעבר לזו שבה הוא נתון, ומתמקד בחכמה המאפיינת השלמה עם המציאות הנתונה בבחינת "ברית הקשת" המסמלת את קביעותה של מציאות זו - זונח את העיקר מבחינתו ומתמקד בטפל. על כן, גם אם חכם נשגב הוא, אין מברכים על חכמתו.

מלחמתה של יוון בישראל, שמלחמת תרבות היא, מהווה איפוא מלחמתם של "בני חושך" ב"בני אור". לא מכיוון שחכמתם של אומות העולם אינה נאורה חלילה, אלא מכיוון שבחושך אדם - מגשש. הוא מכיר רק במציאות מוחשית. רק באור מסוגל אדם לראות מעבר למה שמצוי בד' האמות של המציאות המוחשית שבה הוא נתון. כדי להמחיש זאת מודלקים נרות חנוכה, שיש בהם אות להבדל מהותי והשקפתי זה.

אכן, העגלה התרבותית של אומות העולם טעונה היא בכל טוב ואיננה ריקה. ההבדל הוא בכך שעגלת התרבות של היהדות נושאת על שכמה דבר אחד נוסף - חיים מתוך ראייה אל מה שמעבר להם, מתוך תחושה שאדם יכול ליצור יצירה שיש לה השלכות של נצח.

וזאת לדעת, כי ההבדל הוא עצום והוא מתבטא גם בחיי המעשה ולא רק בהשקפת העולם. הדברים מפורשים הם בהלכה הפסוקה, בשולחן ערוך, אורח חיים סימן רל"א:

"בכל מה שיהנה בעולם הזה, לא יכוין להנאתו, אלא לעבודת הבורא יתברך, כדרכיב: בכל דרכיך דעהו (משלי ג, ו) ואמרו חכמים: כל מעשיך יהיו לשם שמים, שאפילו דברים של רשות, כגון האכילה והשתיה וההליכה והשיבה והקימה והתשמיש והשיחה וכל צרכי גופך, יהיו כולם לעבודת בוראך, או לדבר הגורם עבודתו, שאפילו היה צמא ורעב, אם אכל, ושתה להנאתו אינו משובח, אלא יתכוין שיאכל וישתה כפי חיותו, לעבוד את בוראו; וכן אפילו לישב בסוד ישרם, ולעמוד במקום צדיקים, ולילך בעצת תמימים, אם עשה להנאת עצמו והשלים חפצו ותאותו, אינו משובח אלא א"כ עשה לשם שמים;

וכן בשכיבה, אין צריך לומר שבזמן שיכול לעסוק בתורה ובמצות לא יתגרה בשינה לענג עצמו, אלא אפילו בזמן שהוא יגע וצריך לישן כדי לנוח מיגיעתו, אם

עשה להנאת גופו אינו משוכח, אלא יתכוין לתת שינה לעיניו ולגופו מנוחה לצורך הבריאות שלא תטרף דעתו בתורה מחמת מניעת השינה; וכן בתשמיש האמור בתורה, אם עשה להשלים תאותו או להנאת גופו הרי זה מגונה, ואפילו אם נתכוין כדי שיהיו לו בנים שישמשו אותו וימלאו מקומו אינו משוכח, אלא יתכוין שיהיו לו בנים לעבודת בוראו או שיתכוין לקיים מצות עונה כאדם הפורע חובו; וכן בשיחה, אפילו לספר בדברי חכמה צריך שתהיה כוונתו לעבודת הבורא או לדבר המביא לעבודתו.

כללו של דבר, חייב אדם לשום עיניו ולבו על דרכיו ולשקול כל מעשיו במאזני שכלו, ומשוראה דבר שיביא לידי עבודת הבורא יתברך יעשהו, ואם לאו, לא יעשהו; ומי שנוהג כן, עובד את בוראו תמיד."

כלומר, גם יהודי שומר מצוות נוטל מן העולם הזה מלוא חופניו ואינו מתנזר ממנו. אבל, ההבחנה היא בתכלית הפעולה, האם נעשתה לשמו ולהנאתו של העושה עצמו, המכוון להרכות בהנאת גופו בטרם יכלה - או שמא נעשו הדברים למען הנפש דווקא, מתוך ראייה של התכלית הרוחנית של חיי האדם, ומתוך ראייה של הנצח, כאשר העושה מודע למאמר התנא ר' יעקב במשנה במסכת אבות (פרק ד משנה טז): "העולם הזה דומה לפרוודור בפני העולם הבא התקן עצמך בפרוודור כדי שתכנס לטרקלין".

נראה כי כך יש להבין גם את דברי המדרש (אליהו זוטא, פרשת ד"ה שאלו תלמידיו): "אמרו כשהיו יעקב ועשו במעי אמן אמר [לו] יעקב לעשו, עשו אחי שניים אנחנו לאבינו ושני עולמות יש לפנינו העולם הזה והעולם הבא, העולם הזה יש בו אכילה ושתייה, משא ומתן, לשאת אשה ולהוליד בנים וכנות. אבל, העולם הבא אינו כן בכל מדות הללו. רצונך טול אתה העולם הזה ואני אטול העולם הבא." מנין שכך הוא, שנאמר (בראשית כה, לא) "מכרה כיום את בכורתך לי", כשם שהיינו אומרים בבטן. (מיד כפר עשו בתחיית המתים. מה חיים שיש בהם רוח ונשמה - מתים, (אלו) שמתו מנין שיחיו).

באותה שעה נטל עשו בחלקו העולם הזה ונטל יעקב העולם הבא. וכשבא יעקב מבית לכן וראה עשו בנים ליעקב ועבדים ושפחות, אמר לו עשו ליעקב: אחי, לא כך אמרת לי שתיטול אתה העולם הבא, ומניין לך כל הממון הזה, אתה משתמש מהעולם הזה כמותי? אמר לו (יעקב לעשו): הרכוש שנתן לי הקב"ה לשמשני בעולם הזה, שנאמר: (בראשית לג, ה) "הילדים אשר חנן אלוהים את עבדך".

4 וכלשון הרמח"ל בהקדמה לספרו "מסילת ישרים" - יסוד החסידות ושורש העבודה התמימה, הוא שיתברר ויתאמת אצל האדם מה חובתו בעולמו ולמה צריך שיש מבטו ומגמתו "בכל אשר הוא עמל כל ימי חייו".

באותה שעה האמיד עשו בדעתו, ואמר העולם הזה שאין חלקו (של יעקב), כך נתן לו הקב"ה שכרו, העולם הבא שהוא חלקו על אחת כמה וכמה..."

כלומר, עשו תבע את יעקב: מה לך ולעסקי העולם הזה, הרי הסכמנו לחלוקה לפיה עולם הבא הוא נחלת יעקב ואילו עולם הזה הוא נחלתו של עשו. ואם אמנם צריך אתה לעבור דרך רשותי בעולם הזה כפרוזדור לעולם הבא, הרי שזהו דבר ארעי בלבד ואין כל הצדקה כי תיטול רכוש כה רב, מעבר למה שדרוש למחיה ולצרכים בסיסיים של מי שמצוי בדרך ואינו רואה את משכנו הקבוע כאן.

ואכן, הכלל הוא כי כאשר אדם מוכר לחברו שדה, אשר הגישה אליו היא רק דרך שדה אחר השייך לאותו מוכר, הרי שגם לדעת מי שסובר כי הקונה אינו צריך לרכוש זכות מעבר וזו כלולה בממכר שקנה, יכול הקונה לתבוע לעצמו רק דרך קצרה, ואינו יכול ליטול מעבר לדרוש לו לצורכי מעבר.

על כך השיב לו יעקב, כי מי שעובר דרך העולם הזה אכן אינו רואה בו תכלית כשלעצמה, אך אינו חייב להתנזר ממנו. הוא מקבל מה שהקב"ה חונן אותו כחלקו כאן, ומה שה' נותן לו - זהו חלקו. ההבדל הוא בגישה - לא בכמות. דברי חז"ל אלו מזכירים דו שיח בין רכי אברהם אבן-עזרא לבין אחד מגדולי הבלשנים ומומחי השפה. האחרון התפלא על כך, שאבן עזרא הפך למומחה עצום לשפה וללשון בלא שיקדיש לכך מעתותיו. על כך השיב לו אבן-עזרא במשל זה: אדם הנכנס לחנות ומבקש לרכוש מוצרי עטיפה, מתבקש לשלם בגין מוצרי העטיפה את מחירם המלא. לעומת זאת, מי שרוכש באותה חנות עצמה שלל מוצרים יקרי ערך, יקבל את העטיפה אגב המוצרים ולא יידרש לשלם בגינם מאומה. אף אני, ציין אבן עזרא, כיון שבאתי להתרכו בעיקר, לא נדרשתי להשקיע בטפל, ונהנה אני משני העולמות גם יחד, באותו המחיר. זוהי אפוא המחלוקת, בין יוון הרואה את עיקר הקיום במציאות הקיימת שבה אנו שרויים בעולמנו זה על מגבלותיו הפיסיות, לבין תרבות ישראל הרואה בעיני רוחה את המציאות שמעבר לכך, ורואה בה את תכלית הקיום, כשהעולם הזה הוא הטפל לעולם הבא.

משניצחה תרבות ישראל את תרבות יוון בימי החנוכה, ואנו מדליקים את משואות הניצחון הזה כנרות חנוכה, מפנים חז"ל את תשומת ליבנו לשתי תכונות המאפיינות את האור:

יש אור שהשימוש בו הוא פונקציונאלי - הוא מאפשר לבחון את המציאות השרויה סביבנו.

ויש אור, שאינו מיועד להאיר את סביבתנו - אלא למקד את המתבונן באור עצמו. זהו האור הרחוק מאתנו - שאיננו מאיר לנו את סביבותיו, אבל מלמד כי הרחק הרחק מעבר למרחב החויתי שלנו, מתנוצץ אור ומסמל הוויה נוספת. ואכן, בתהלים (לו, י) נאמר: "כי עמך, מקור חיים, באורך נראה - אור". האור

האלוקי, מאפשר לנו לראות את עצם קיומו ולא את סביבותיו. מטרתו של אור זה הוא ראייה ולא - ראייה. אין זה אור פונקציונאלי המיועד לשמש את צרכינו אלא - אור אלוקי - המיועד להראות לנו כי מעבר למציאות הקיימת - יש מציאות נוספת, נשגבה הרבה יותר.

החכמה הנובעת מראיה והשקפה זו, אינה מסתפקת בהבנת המציאות הקיימת, הפקת לקחיה, שיכלולה, התמודדות עמה ו"משחק" בתחומיה המוגדרים ובמגבלותיה. החכמה הנובעת מאמונה זו אינה פונקציונאלית ואינה תלויה בהישגים בתמורה ובתועלת במסגרת מציאות נתונה זו.

תכליתה של החכמה הנובעת מאמונה זו, ליצור עולם אחר, מעבר לזה הקיים ולהפנים מערכת ערכים שתכליתה - בעצם קיומה. תכליתו של אדם המבקש לחסות באור האלוקי היא לראות את האור עצמו, כפי שנאמר: "כאורך נראה - אור". זוהי עבודת ה' לשמה.

על כן, באים נרות חנוכה ומורים לנו כי - קודש הם. אמנם, האור שבחנוכייה קרוב הוא אלינו ומאיר את סביבותיו אך בנר הזה מתנוצץ אורם של עולמות רחוקים ונשגבים, החורגים מעולמנו האפלולי והמוגבל. זאת מרגישים אנו באומרנו כי אין זה נר רגיל, המאיר מציאות קיימת, אלא תכליתו "לראותו בלבד". זהו אור שנועד במהותו להבהיר לאדם שיש אור - שתכליתו בעצם קיומו, ואור זה, שאינו פונקציונאלי, אינו חלק מן המציאות הקיימת ואינו מיועד לשרתה - אלא אדרבה, הוא שואב מעולם של נצח, של חזון, של אמונה, של התמקדות בראיה עצמה - בנסיון הבלתי נלאה של היהודי להעפיל אל מעבר למציאות וליצור עולם חדש, מאיר יותר.

על הגניבה ועל הגזילה ומה שביניהן*

הקדמה

הפרשיות הראשונות בספר ויקרא כוללות מונחים רבים המשמשים בלשון המשפטית בת ימינו, אף כי לעתים משמעותם שונה לחלוטין מאלו שבימינו, כגון: חטא, אשם, מעילה, עושק, גזל, שגגה ועוד.

אחת הפרשיות העומדות במוקדה של פרשת צו היא פרשת קרבן האשם: וזאת תורת האשם, קדש קדשים הוא... כחטאת כאשם תורה אחת להם, הכהן אשר יכפר בו לו יהיה (ויקרא ז, א-ז).

ואולם, פרטיו של קרבן זה נאמרו כבר כחתימת הפרשה הקודמת, פרשת ויקרא: נפש כי תחטא ומעלה מעל בה', וכחש בעמיתו בפקדון או בתשומת יד או בגזל או עשק את עמיתו. או מצא אבדה וכחש בה ונשבע על שקר, על אחת מכל אשר יעשה האדם לחטא בהנה. והיה כי יחטא ואשם, והשיב את הגזלה אשר גזל או את העשק אשר עשק או את הפקדון אשר הפקד אתו, או את האבדה אשר מצא. או מכל אשר ישבע עליו לשקר ושלם אתו בראשו וחמשתיו יסף עליו, לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו (ויקרא ה, כ-כד).

פסוקים אלה מבליטים את הפגיעה בממון הזולת, ומצרפים ממד של "אשם" ו"חטא" למעשה האסור, ה"גזלה". אף הקרבן שהחוטא בחטא זה צריך להקריב כדי לכפר על חטאו מכונה "אשם גזלות", כדי להברילו משאר אשמות.

רוב בני אדם חשודים על הגזל

עיון במקורותינו מעלה שהגנבה היא תופעה העשויה להתרחש גם אצל בני אדם שהם נורמטיביים בדרך כלל, כיוון שהיא נובעת מנטייה דקה של האדם, הניכרת בדברים קטנים, שלא להקפיד על ממון הזולת¹. כך, למשל, מסופר בתלמוד הבבלי מעשה במר זוטרא ותלמידיו שהתארחו

* פורסם על ידי משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי ומכללת שערי משפט, גליון 115 על פרשת צו תשס"ג.

1 בדומה לזה אנו מוצאים ביטויים כגון: "רוב גנבי ישראל הם" (עבודה זרה ע ע"א), אף שנראה ששם נבע הדבר מן העובדה שבעיר פומבדיתא שבבבל היו רוב התושבים יהודים, וממילא היו רוב הגנבים בה יהודים.

באכסניה, ונגנב גביע כסף מן האכסניה. ראה מר זוטרא שאחד מן התלמידים נוטל את ידיו ומנגב אותם במגבת חברו. אמר: "זהו הגנב!". כפת את אותו תלמיד, והודה בכיצוע הגנבה (בבא מציעא כד ע"א).

חז"ל ביקשו לשרש נטייה טבעית זו. לפיכך, הקפדתו הנורמטיבית של המשפט העברי לגבי ממון הזולת היא חריפה ביותר, ונוגעת אף לנטיילת ממון כלשהו או אי-הקפדה בדברים הנראים על פניהם כזניחים².

הד לשכיחותה של תופעה זו מצינו גם במקום אחר בתלמוד הבבלי³:

אמר רב יהודה, אמר רב: רובם בגזל, ומיעוטם בעריות, וכולם בלשון הרע. כלומר: כל בני האדם נכשלים בעוון לשון הרע, מיעוטם נכשלים באיסור עריות, ורובם חשודים על הגזל.

ופירש רש"י על אתר:

רוב בני אדם חשודים על הגזל, כעין גזל, שמורים להתיירא [=להיתר] במשא ובמתן, לעכב איש מריווח הראוי לו לחברו.

קביעה זו, ולפיה רוב בני אדם חוטאים בגזל, מפתיעה לכאורה. האמנם נעדר מרוב בני האדם היושר הבסיסי הנחוץ כדי להימנע מנטיילת ממון הזולת שלא כדין? כיצד ייתכן שתהא זו תופעה חברתית רחבה כל כך, עד שרוב בני האדם מורים לעצמם היתר ליטול מן הזולת במשאם ומתנם עמו דבר שאינו מגיע להם על פי דין? דומה שהתשובה לשאלות הללו מצויה בדברי "חזון איש", ר' אברהם ישעיהו קרליץ (ארץ-ישראל, המאה הכ"ד)⁴, האומר:

כי מי שלא עמל בהלכה בעיון הדק היטב, לא ידע ערכה, ונעלם ממנו נתיבותיה, וחסר העיקר בעבודת ה' יתברך, שציווהו לשמור את סעיפי ההלכה ולאחוב אותה.

ואם משפט הוא חסר, מה קנה?

וכמו שלא יתכן לשמור את השבת בלא דעת הלכותיה, ולא יתכן הישמר ממאכלות אסורות מבלי דעת האסור והמותר, כן לא יתכן להשמר מגזל וחמס בלי לימוד הלכות שבין אדם לחברו.

ואין ספק שזה שלא למד ולא חקר לדעת אותו, הוא גוזל וחומס על כל שעל בלי משים, ומה יועילנו שלמות המידות, אשר הוא מתייהר בהם בעת שכפיו מגועלות בגזל מתמיד ובחמס תדירי.

2 כך, למשל, מצינו בתלמוד דיון נרחב בשאלה: האם מותר ליטול תאנה שנפלה מעץ תא-נים של הזולת וכיוצא בזה. הגמרא מסיקה לבסוף שהדבר מותר רק מכיוון ש"תאנה עם נפילתה נמאסת" (בבא מציעא כא ע"ב).

3 בבא בתרא קסה ע"א.

4 אמונה וביטחון, פרק ג, אות יב.

לאמור, שכיחות מעשה הגנבה אינה נעוצה בהכרח ברצון מושחת ליטול את של הזולת, אלא לעתים קרובות היא תוצאה מובהקת של חוסר ידע הולם בדיני הקניין, המגדירים אימתי הנכס שייך לאדם ואימתי הוא שייך לזולתו. היעדר ידע בהלכות שבין אדם לחברו גורם גם אצל אנשים נורמטיביים לעוולת הגנבה. זאת מכיוון שמידות תרומיות ושאיפה לצדק ויושר אינם מועילים לאדם להימנע מנטילת ממון השייך על פי דין לחברו, אם אותו אדם אינו מודע לדין ואינו יודע היכן עובר קו הגבול בין ממונו לבין מה שהוא של חברו ושייך לזולתו. משום כך, כשם ששכיחה תופעת אי-הידיעה של ההלכה הפסוקה בדיני הקניין, כך שכיחה היא תופעת הנטילה ממון השייך לזולת. עוולת הגנבה מקימה אפוא חיוב ממוני הנובע לעתים מזומנות מאי-ידיעת הדין, שלא רק שאינה פוטרת את האדם מן העונש, אלא אף מהווה בסיס וגורם לביצוע העוולה. הנה כי כן, הגנבה אינה בהכרח תופעה עבריינית הנעשית רק בידי מי שהם עבריינים, והיא קיימת גם אצל בני אדם נורמטיביים, כיוון שיסודה באי-ידיעת הדין לאשורו.

מה בין הגניבה לגזילה

אין במשפט העברי אלא גבול דק מאוד להבחנה בין הגנבה לגזילה⁵, כעולה מן המדרש⁶:

איזהו גזלן? בר קפרא אמר: זה שהוא גזול בפרהסיא... רבי אבהו בשם ריש לקיש אמר: לפני תשעה - גנב, ולפני עשרה - גזלן.

כלומר, לדעת רבי אבהו אם נעשתה הפעולה בפני תשעה אנשים, הרי זוהי גנבה; ואם נעשתה בפני ציבור של עשרה, הנחשב לעדה שלמה, הרי העושה אותה נחשב גזלן. מדובר אפוא בהבחנה טכנית לחלוטין בין שתי העברות. לכן, אפשר שבמקרים מסוימים נוכחותו של אדם אחד משנה את הגדרת המעשה מגנבה לגזילה.

בר קפרא הגדיר את הדברים בדרך פחות פורמלית והרמב"ם אימץ את דעתו בספר "משנה תורה", ואלה דבריו⁷:

איזה הוא גנב? זה הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים, כגון הפושט ידו לתוך כיס חברו ולקח מעותיו, ואין הבעלים רואים, וכן כל כיוצא בזה. אבל, אם לקח בגלוי בפרהסיא בחזוק יד, אין זה גנב, אלא גזלן.

5 לדיון נרחב בעניין זה, ראה ספרי: גנבה וגזילה - פרקי יסוד (ירושלים תשס"ב).

6 בראשית רבה פרשה נד, ג.

7 הלכות גנבה, פרק א, הלכה ג.

לפיכך, ליסטים מזוין שגנב וכלומר, מי שהיה יכול ליטול בכוח ובגלוי, אך בחר בפועל לעשות כן בחשאי ובהיחבא, אינו גזלן, אלא גנב, אף על פי שהבעלים יודעים בשעה שגנב⁸.

החטא ועונשו

דרכו של המשפט להחמיר בעונש בהתאם לחומרת העברה ובהתאם לזדוניות העושה אותה: ככל שהמעשה חמור יותר ויוצא מגדרה של הנורמה החברתית המקובלת, כן מוקע יותר העושה את העברה, ועונשו חמור יותר. והנה מצינו שעונשו של הגזלן קל הוא במשפט העברי מעונשו של הגנב, שהרי הגנב מחויב בכפל או בתשלומי ארבעה וחמישה, והגזלן אינו מחויב בהם, ומאליה עולה השאלה: האמנם קל יותר מעשהו של מי שנוטל את ממון הזולת בפרהסיה ובכוח הזרוע ממי שעושה כן בסתר? ואם אין הדבר כן, מדוע חמור עונשו של הגנב יותר מעונשו של הגזלן?

ההסבר לגישתו זו של המשפט העברי בא בתלמוד הבבלי⁹, המסביר את היות עונשו של הגנב חמור מעונשו של הגזלן בעובדה שהגנב מבקש להישאר בתוך המסגרת הנורמטיבית של החברה, והוא מוסיף ממד של צביעות וכפירה למעשיו בשעה שהוא מסתיר את מעשיו מעיני הזולת, משל אין עין צופייה מלמעלה. לעומת זאת, הגזלן רחוק מן הנורמה עד למאוד, והוא אינו מנסה להיסתר מעיני איש. הוא אינו כופר בהקב"ה ואינו צבוע. פשוט – הוא חריג מאוד ורחוק מאוד.

ובלשון התלמוד שם:

שאלו תלמידי ארבע רבן יוחנן בן זכאי: מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מגזלן? אמר להם: זה השווה כבוד עבד לכבוד קונו, וזה לא השווה כבוד עבד לכבוד קונו, כביכול עשה עין של מטה [לשון נקיה, הכוונה עין של מעלה] כאילו אינה רואה ואוזן של מטה כאילו אינה שומעת.

8 לשון דומה נוקט גם ר' יוסף קארו בשולחן ערוך, חושן משפט, סימן שמח, סעיף ג. אחד מנרשאי כליו, בעל הסמ"ע (שם ס"ק ז) אף מבהיר שההבחנה בין הגנבה לגזלה אינה תלויה בדיעתו בפועל של בעל הנכס שגנבוהו ממנו, אלא בכוונתו של הגנב להסתתר מפני הבעלים. וזה לשונו: "ואין הבעלים יודעים – ואפילו יודעים מזה, כיוון שהגנב מטמין עצמו כדי שלא יראהו – נקרא גנב, כן כתב הטור, ולאפוקי [=להוציא ולהבריל] הבא לגזול מיד הבעלים [כלומר, בגלוי] דנקרא גזלן".

9 בבא קמא עט ע"ב.

רש"י הבא להבהיר את דברי התלמוד, אומר:
השווה כבוד עבד - לא ירא מבני אדם כדרך שלא ירא מהקב"ה. אבל גנב
 לא השווה עבד לקונו, אלא כיבד העבד יותר מקונו, שהוא ירא מבני אדם ומעין
 של מעלה לא נזהר.

דומני שניתן להציע תשובה נוספת לשאלה זו, המושפעת מעקרונות דרכי
 הענישה של מערכת המשפט. המשפט נלחם ביתר שאת בתופעות דווקא כשהן
 מתרחשות אצל בני אדם נורמטיביים: ככל שמדובר בתופעה רווחת יותר, כן
 חריפים הם יותר אמצעי ההתמודדות בה וגוברים הניסיונות לשרשה, גם אם
 התוצאה הרכושית אינה שונה ממקרים אחרים. לכן, תופעה שאינה שכיחה
 מטבעה אצל בני אדם נורמטיביים, אינה מחייבת ענישה מסוג זה.
 אשר על כן, חמורה היא הגנבה מן הגזלה, כיוון שהגזלה היא חריג בלתי
 שכיח, ואילו הגנבה היא דבר נפוץ שיש לשרש אותו קודם שייחפך לנורמה.

המעשה והתוצאה

נראה שמשום כך המשפט העברי מתייחס לגזלה כאל עוולה רכושית שאינה
 כרוכה בענישה, והוא מסתפק בהשבת המצב לקדמותו, ואילו הגנבה מוגדרת
 בו כמעשה החורג מן המישור הממוני והיא כרוכה גם בענישה. ומאחר שמעשה
 הגנבה כרוך בענישה, הרי שלצורך שכלולה של עברת הגנבה נחוץ מעשה פעיל
 של נטילה, היינו "מעשה עבירה" בר עונשין. לעומת זאת, הגזלה יכולה להיתפש
 כחיוב ממוני גרידא הקיים אף כשאינה כרוכה ב"מעשה עבירה".

וכבר עמד על הדבר הרב מבריסק, הגרי"ז, ר' יצחק זאב הלוי סולובייצ'יק
 (ארץ-ישראל, המאה הכ'), שביקש לחדד את ההבדל הקיים בעניין זה בין הגדרת
 הגנבה לבין הגדרת הגזלה בדברי הרמב"ם.

בפתיחתו להלכות גנבה¹⁰, הרמב"ם אומר:

כל הגונב ממון משווה פרוטה ומעלה, עובר על לא תעשה, שנאמר: "לא
 תגנבו"¹¹.

לעומת זאת, שינה הרמב"ם¹² בלשון הפתיחה להלכות גזלה שינוי קטן אך
 משמעותי:

כל הגזול את חברו שווה פרוטה, עובר בלא תעשה, שנאמר: "לא תגזול"¹³.

10 רמב"ם, הלכות גנבה, פרק א, הלכה א.

11 ויקרא יט, יא.

12 רמב"ם, הלכות גזלה ואברה, פרק א, הלכה א.

13 ויקרא יט, יג.

מה פשר השינוי? הרב מבריסק מציע את ההבחנה הבאה: בגנבת נכס ששוויו מרובה, הגנב עובר על איסור אחד: ממילא, כל המכלול שנגנב, שערכו הוא משווה פרוטה ומעלה, נחשב לגנבה אחת. לעומת זאת, בגזלה יש איסור החל ביחס לכל יחידה כלכלית שוות פרוטה, כאילו הייתה עומדת בפני עצמה. כלומר, הגונב ארנק ובו עשר פרוטות עובר על לאו אחד בלבד, "לא תגנבו". לעומת זאת, הגוזל ארנק ובו עשר פרוטות, עובר עשר פעמים על הלאו "לא תגזול", ואף שנטל את כל עשר הפרוטות בנטילה אחת של הארנק, ייחשב כמי שעשה עשר עוולות נפרדות של גזלה.

טעם קביעה זו מובהר בידי הרב מבריסק בהבחנתו בין הגנבה לגזלה: מהות העוולה של הגזלה היא ממונית, כיוון שהגוזל מחזיק בידיו ממון חברו שלא כדין. משום כך, הנוטל עשר פרוטות מחברו, מחזיק בידו עשר "יחידות שווה פרוטה" שלא כדין, וממילא הוא חייב על כל פרוטה ופרוטה שנטל. לעומת זאת, מהותה של הגנבה היא המעשה האסור שביצע הגנב בשעה שגנב, כשעבר על הלאו "לא תגנבו". העונש על עברת הגנבה - החיוב לשלם תשלומי כפל או תשלומי ארבעה וחמישה - הוא על המעשה עצמו, לא על תוצאותיו הממוניות. לכן, הגונב ארנק ובו עשר פרוטות מבצע בפועל מעשה גנבה אחד, גם אם מבחינה ממונית מדובר בנטילת עשר מטבעות.

אחרית דברים בגנבת הדעת

בעמדנו על סף חתימה, אנו מבקשים להפנות את שימת לב הקורא למדרש תמוה לכאורה של חז"ל, המייחסים את תופעת הגנבה גם להתנהגותו של עם ישראל במעמד קבלת התורה. וכך שנינו בתוספתא¹⁴:

שבעה גנבים הם: הראשון שבכולם גונב דעת הבריות... מי גדול? גונב או נגנב? הווי אומר: נגנב - שיודע שנגנב, ושותק. וכן מצינו שכשהיו ישראל עומדים אצל הר סיני, ביקשו לגנוב דעת העליונה [=את דעתו של הקב"ה, נותן התורה] שנאמר: "כל אשר דיבר ה' נעשה ונשמע!" (שמות כד, ז).

דברים אלה מעוררים תמיהה: מה פירוש השאלה "מי גדול, הגונב או הנגנב?". וכי יש מקום לייחס גדולה כלשהי לגנב? וכי יעלה על הדעת להשוות בין המעוול לבין קרבנו? ועוד, מה טעם נתפרשה לגנאי הסכמתם הנועזת של

14 כבא קמא ז, ג.

בני ישראל "נעשה ונשמע", הנדרשת בכל מקום לשבח, תוך האשמתם כביכול ב"גנבת דעת עליון".

אפשר שניתן להציע לתמיהות אלה פירוש המתיישב עם דברים שאמרנו לעיל¹⁵ בדבר שכיחותה של עוולת הגנבה אף אצל אנשים ישרים ומהוגנים. האמירה "נעשה ונשמע" מבטאת פסגה רוחנית של אדם המוכן לקיים אף ציווי שאינו מבינו. ברם, ככל מצווה אחרת, אמירה זו חייבת להיבחן בכור ההיתוך של חיי המעשה.

המלאך, שהוא נטול רצון אנוכי ויכולת בחירה, עשוי להתייצב הכן למילוי כל שליחות, תהא אשר תהא, ולהכריז קבל עולם ומלואו: "נעשה ונשמע". ברם, היוכל האדם, שיסודו מעפר וסופו לעפר, להתייצב מול אלוהיו ולהכריז: "נעשה ונשמע"? האמנם הוא מסוגל להבטיח שלא ישנה את טעמו גם בעמדו מול מבחני החיים על ניסיונותיהם ומהמורותיהם?

דברי התוספתא באים ללמדנו עד כמה גדול כוח האיסור של גנבת הדעת. מי שמשלה את עצמו שיוכל להתנהג כמלאך, הרי הוא גונב את דעת עצמו. לאחר התרוממות הרוח של "מעמד הר סיני", יבואו ימי החולין והשגרה. עם זאת, עצם הניסיון להידמות למלאכים ולהעפיל לפסגות רוחניות ראוי לשבח. לפיכך, התוספתא מתחבטת בשאלה: "מי גדול? גונב או נגנב?". היינו: מה עדיף? אשליה עצמית המאפשרת לאדם לפתח אידיאלים נשגבים או שמא הראליה חדת החושים?

והתשובה ברורה אף היא: גנבת הדעת אף היא בגדר גנבה, גם כשהיא נובעת מהתעלות הנפש. חז"ל מבקשים להזהיר דווקא מפניה, משום שהיא רווחת אצל רוב בני אדם. והוא שאמרו רבותינו: "רובם בגזל, ומיעוטם בעריות, וכולם בלשון הרע".

15 עיקרו של פירוש זה קיבלתי בשם אבי-זקני ר' יעקב וינרוט ז"ל, שנאסף לבית עולמו בשנת ת"ש. יהיו הרברים נר לזכרו ולעילוי נשמתו.

ביטוח

אחריות השומר בנכס מבוטח*

מבוא

אחד מן העניינים המשפטיים הרבים שפרשתנו עוסקת בהם הוא פרשת השומרים. וזה לשון המקרא:

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

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

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

על פי מסורת חז"ל, פרשה זו דנה בארבעה סוגי שומרים: שומר חנם, שאינו חייב אלא אם פשע בפיקדון או שלח בו יד¹; שומר שכר והשוכר, חייבים אף אם נגנב או אבד, ופטורים מן האונס²; והשואל, חייב גם באונס³. ונשאלת השאלה: מה הדין אם אבד נכס באופן שעל פי דיני השומרים, השומר חייב לפצות את הבעלים על הנזק שנגרם להם, אך הם מבוטחים בחברת ביטוח? האם גם במקרה זה השומר חייב לשלם את ערך הנכס שאבד או ניזוק? כך, למשל, כששכר אדם דירה, ונשרפה הדירה עקב רשלנותו: האם הוא חייב לשלם את הנזק גם כשהדירה מבוטחת והמשכיר מקבל פיצוי מחברת הביטוח? במקרה זה מעורבים בעניין שלושה צדדים, בעל הנכס והשומר וחברת הביטוח, ובאות בחשבון ארבע אפשרויות:

* פורסם על ידי משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי ומכללת שערי משפט, גליון 366 על פרשת שופטים תש"ע.

1 הפסקה הראשונה (פסוקים ו-ח) דנה בכסף וכלים, שמקובל לשמור אותם חנם.
2 הפסקה השנייה (פסוקים ט-יב) דנה בשור או שה, שמקובל לשמור אותם בשכר.
3 הפסקה השלישית (פסוקים יג-יד) דנה במפורש בשואל.

- א. השומר חייב לשלם לבעל הנכס את מה שהזיק לו, וגם חברת הביטוח חייבת לשלם לבעל הנכס פיצוי על הנזק.
- ב. השומר חייב לשלם לבעל הנכס את מה שהזיק לו, וחברת הביטוח פטורה מלשלם לו פיצוי על הנזק.
- ג. חברת הביטוח חייבת לשלם לבעל הנכס פיצוי על הנזק, והשומר פטור מלשלם לו.
- ד. חברת הביטוח חייבת לשלם פיצוי לבעל הנכס, ויש לה זכות שיבוב כלפי השומר, והוא חייב לשלם לה את מה ששילמה לבעל הנכס.

הצגת צדדי הבעיה

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

- א. מה מהותו של חיוב השומר? האם חיובו הוא נזיקי או חוזי? אם חיובו של השומר הוא נזיקי, ועליו לפצות את בעל הנכס על נזק שאירע לו ולהשיבו לקדמותו, אם ממילא כבר שופה הנזק על ידי צד שלישי, ולבעליו לא נגרם נזק כלכלי, ייתכן שאין עוד מקום לפצותו. לעומת זאת, אם חיובו הוא חוזי, כלומר שחיוב השמירה כולל גם התחייבות לפצותו אם יארע נזק לנכס, חיוב זה דינו להתקיים גם אם חסרון הכיס שנגרם לבעלים נתמלא ממקום אחר, ואין זיקה בין חיוב השומר לבין קיומו של נזק כלכלי לבעליו, ודי שאירע נזק לנכס כדי שיתחייב המזיק.
- ב. מה מהות התשלום הביטוחי? האם הוא מאיין את הנזק ומחזיר את המצב לקדמותו? או שמא הוא חיוב חוזי, שכנגד הפרמיה שבעל הנכס משלם לחברת הביטוח היא מתחייבת לשלם לו פיצוי על הנזק שנגרם לנכס עם התרחש האירוע הביטוחי? אם ננקוט את האפשרות הראשונה, יש בדבר לכאורה כדי לשחרר את השומר מאחריות, שהרי לא גרם לבעל הנכס נזק ממוני, אך אם ננקוט את האפשרות השנייה, מאחר שהתשלום אינו משנה את מהות האירוע הנזיקי אלא מקורו בחיוב חוזי, אין בתשלום של חברת הביטוח כדי לבטל את הנזק, ואין הוא מאיין את חובת השומר לשלם.⁴
- ג. האם יש יריבות בין השומר לבין חברת הביטוח? האם חברת הביטוח,

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

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

מחלוקת הפוסקים

מצינו מחלוקת קוטבית בעניין זה בין הפוסקים⁵.

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

הדין ברור שהשוכר שקיבל אחריות משלם דמי הבית.

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

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

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

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

7 שו"ת מהרש"ם, חלק ד, סימן ז.

הדבר פשוט מסברא, שאין לשורף שום זכות במה שעשה בעל הבית מסחר לעצמו עם הביטוח, וזהו רווח של מסחר... ואיך יעלה על הדעת שהמזיק ירוויח על ידי שבעל הבית עשה לעצמו מסחר מבחון? על כן השורף חייב לשלם לבעל הבית, אם עבור עצמו ואם עבור חברת הביטוח. ואם יקח בעל הבית כספים אלו לעצמו ולא יתנן לחברת הביטוח, מה לו לשורף בזה? דעה אחרת מצאנו בדברי הרב אריה ליבש הורוביץ (אוקריינה, המאה הי"ט) בספר "שו"ת הרי בשמים"⁸. מעשה באדם שנשרף ביתו, שהיה מבוטח, מאש שיצאה מבית שכנו. ואף על פי שקיבל מחברת הביטוח פיצוי על הנזק שנגרם לו, תבע את שכנו מדין נזקי אש, משום שהאש נגרמה עקב רשלנותו, ואילו השכן טוען כנגדו: "לא הפסדתיך כלום, שכבר קיבלת תשלום נזקך מהביטוח". הוא קיבל את טענת ההגנה של השכן ופטר אותו מלפצות את בעל הבית, מפני שחברת הביטוח כבר פיצתה אותו על הנזק שנגרם לו, ובהעדר נזק, אין מקום לפיצוי.

סקירת המקורות התלמודיים

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

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

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

8 שו"ת הרי בשמים, מהרורא תנינא, סימן רמה.

9 משנה, בבא קמא י, ד.

10 בבא קמא קטז ע"א.

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

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

המשנה¹¹ עוסקת במי ששכר פרה מחברו והשאלה לאחר ומתה כדרכה. הנזק שאירע לפרה הוא בגדר אונס, ולפי דיני השומרים, השוכר פטור מלפצות את בעל הפרה, והשואל, שנטל את הנכס מן השוכר, חייב לשלם לו את ערך הפרה. ואכן תנא קמא סבור שהשוכר חייב להישבע שהפרה מתה באונס, והוא פטור מלפצות את הבעלים; ואילו השואל, שהוא חייב באונסין, חייב לפצות את השוכר. נמצא שהשואל משלם לשוכר, אף על פי שהשוכר לא הפסיד דבר, שהרי לא זו בלבד שאינו חייב למשכיר ולא כלום, אלא אדרבה, המשכיר חייב להעמיד לו חמור לימי השכירות שנותרו. אין זאת אלא כי כפי שמצינו בסוגיה הקודמת, חיובו של השואל אינו תלוי במידת הנזק הממוני שגרם למי שהוא חב כלפיו בשמירה. השוכר גובה אפוא פעמיים: הן מן המשכיר, המעמיד לו פרה חלופית לימי השכירות הנותרים, הן מן השואל, המפצה אותו על הפרה¹².

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

מן הסוגיה השלישית, העוסקת בענייני קרבנות, עולה לכאורה מסקנה אחרת. התלמוד מסתפק בעניין מי שהתחייב להביא קרבן עולה¹³ והפריש לשם כך שור, ונגנב השור. הכלל הוא שניתן להקריב לעולה שור או כבש, ונשאלת השאלה: האם הגנב חייב להשיב לנודר דווקא שור, שהרי גנב שור? או שמא הוא רשאי להשיב לו כבש, כיוון שהוא יכול לומר לבעלים: גנבתי עולה, ואני משיב לך בעל חיים הראוי להיות עולה. מסקנת התלמוד היא: הגנב יכול להשיב גם כבש, מפני שלא נגרם לנודר נזק

11 משנה, בבא מציעא ג, ב.

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

13 קרבן הנשרף כליל על גבי המזבח.

ממוני כשהוא מקריב כבש במקום שור, שהרי מכל מקום מתקיים נדרו להקריב עולה.

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

לאיזו מן הסוגיות דומה דין שומר נכס מבוטח?

מחלוקת הפוסקים היא בשאלה: לאיזו מן הסוגיות עלינו לדמות את עניין שומר נכס מבוטח? האם הוא דומה לשתי הסוגיות הראשונות, שיש בהן חיוב כספי, גם כשלא נגרם נזק כלכלי, וכדעת "אור שמח" ומהרש"ם? או שמא יש לדמותו לסוגיה השלישית, ואם חברת הביטוח משפה את הבעלים, כבר אין המזיק חייב לשלם לבעלים, שהרי אין כאן נזק, וכדעת בעל "שו"ת הרי בשמים"? לכאורה, הסוגיות הללו אינן מתיישבות זו עם זו, מפני שבשתי הסוגיות הראשונות חיובו של השומר קיים אף כשלא נגרם לבעלים נזק כלכלי. לעומת זאת, מן הסוגיה השלישית עולה שבהעדר נזק כלכלי, אין המזיק חייב לשלם ולא כלום, ויש זיקה ישירה בין החיוב לכין הנזק. ומאליה עולה השאלה: האם אפשר ליישב את הסוגיות ולמצוא הבחנה בין מקרה למקרה וליישם אותה גם בנשוא דיוננו בדבר פיקדון מבוטח?

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

הסוגיה השלישית, סוגיית "הרי עלי עולה והפריש שור", עוסקת בחיוב גנב, שיסודו אינו בהתחייבות הסכמית, אלא הוא תוצאה של התחייבות נזיקית.

14 שלטי הגיבורים, בבא בתרא, פרק א.

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

והכלל בדיני הנזיקין הוא: המזיק אינו חייב מעצם המעשה שעשה אלא עקב אחריותו לתוצאה המזיקה¹⁶. במקרה זה, ברור שבהעדר נזק אין פיצוי. נמצא שאין סתירה בין הסוגיות ושניתן ליישב ביניהן בהתאם להבחנה בין חיוב נזיקי לבין חיוב חוזי.

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

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

כיון דהנשרף [כלומר, מי שנשרף ביתו] מקבל דמי הבית מהמזיק [שגרם לשרפה], אין בעלי האחריות [חברת הביטוח] צריכין לשלם לו... דאין יכול לתבוע משניהם, אלא או מזה או מזה, דבשביל היזק אחד אין לו לקבל שני פעמים תשלומין¹⁸.

מסתבר אפוא שהוא סבור שאם פיצתה חברת הביטוח את הניזוק, היא רשאית לתבוע את המזיק תביעת שיכור¹⁹.

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

17 קובץ שיעורים, כתובות, סימנים ריז-ריח.

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

19 ראה פתחי חושן (לעיל, הערה 5), הדין בעניין זה.

המשפט הישראלי

במשפט הישראלי, חל הכלל: בהעדר נזק, אין פיצוי, הן בדיני הנזיקין²⁰ הן בדיני החוזים²¹, מפני שכל ניזוק חייב להקטין את הנזק, וחיובו הממוני של המזיק תלוי בשיעור הנזק שנותר לאחר שננקטו כל הצעדים להקטנתו, אם עדיין יש נזק.

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

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

ברם, סברת הרב וסרמן משתקפת בסעיף סטנדרטי בפוליסות הביטוח הקובע שלושה דברים: א) אם יש למבוטח זכות פיצוי כלפי צד שלישי, זכותו עוברת אל המבוטח, לאחר שפיצה את המבוטח; ב) אם קיבל המבוטח פיצוי מן המזיק, הוא חייב לתת לחברת הביטוח; ג) אם הפיצוי שקיבל הניזוק מן המזיק גדול מן הפיצוי המגיע לו מחברת הביטוח, זכות זו נשארת שלו.

20 ראה למשל ע"א 709/80 יוסף פרלמן ו-2 אח' נ' בנימין לוזון. פ"ד לו(4) 273, 277: "עקרון השבת המצב לקדמותו מחייב, כי הטבות הביטוח הלאומי, הניתנות לניזוק והמפחיתות את נזקו, יחושבו אף הן בערכן הריאלי ולא בערכן הנומינאלי, שאם לא כן נמצא, כי הניזוק שיפר מצבו כתוצאה ממעשה הנזיקין". הנה כי כן, גם הניזוק אינו רשאי להתעשר שלא כדין על חשבון המזיק, ואינו זכאי לפיצוי שאינו מביא בחשבון הטבות שאירעו במצבו של הניזוק עקב קבלת תגמולי הביטוח.

21 עקרון הקטנת הנזק בדיני החוזים נקבע בסעיף 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970. ראה ג' שלו, דיני חוזים (מהדורה שנייה), ירושלים תש"ן, עמ' 583: "התוצאה מנקיטת אמצעים סבירים להקטנת הנזק על ידי הנפגע היא אפוא, שהמפר אינו חייב בפיצויים בגין הנזק שנמנע או הוקטן בפועל". בהתאם לכך, כל אימם שהתובע מקטין את נזקו או מונע אותם לחלוטין על ידי עשיית ביטוח הולם, לא יוכל לתבוע כלל, שהרי למעשה לא ניזוק, פרט להשתתפות עצמית או להתייקרות עתידית של הפרמיה.

22 ע"א 1432/90 לה ז'באנו נ' רם און, תק-על94(2) 297.

שליחות וריבית

פסקו הנסתר של רש"י לפתרון בעיית הריבית ומהותה של שליחות

א. מבוא

1. רש"י מציין בתשובה¹ כי "מותר לישראל לומר לישראל חברו, לך ולווה לי מעות מפלוני ישראל בריבית, וגם תביא לו הריבית. שלא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מיד הלווה ליד המלווה. וגם השליח לא עשה שום איסור, שהרי הריבית אינה שלו. ואם משום שלוחו של אדם כמותו - הרי קיימא לן שאין שליח לרבר עבירה להתחייב שלוחו. ואין לפרסם הרבר"². בפנינו אפוא פסיקת הלכה המיוחסת לרש"י לפיה ניתן למצוא פתרון לסוגיית הריבית אף בלא צורך להיזקק להיתר העסקה, על כל הבעייתיות הכרוכה בו³, וזאת מכח דיני השליחות.

1 שו"ת רש"י סימן קע"ז.

2 הדברים מובאים בהגהת הרמ"א על שולחן ערוך יורה דעה סימן ק"ס סעיף ט"ז ושם נאמר "ואין לפרסם הרבר בפני עם הארץ". הרמ"א פוסק להלכה בהתאם לפסק זה של רש"י ובלשונו: "וכן עיקר. אף על גב דיש מפקפקין בהיתר זה ומחמירין לאוסרו יש לסמוך עליו לעת הצורך". יצויין, כי ב"בית יוסף" נאמר ביחס לפסק זה "והוי יודע שאין דעת שום אחד מהפוסקים שווה לדעת רש"י בזה... ולא התיר רש"י דבר זה מעולם, אלא איזה תלמיד טועה כתבו ותלה עצמו באילן גדול". ה"לבוש" הביא דברים אלו, העלה קושיות רבות והביא ראיות נגד הפסק האמור וסיים דבריו "ואי איישר חילי, אצווה למחקו מכל הספרים". אך הש"ך מציין בהקשר זה "ושארי ליה מאריה (יסלח לו ארונו) שנעלם ממנו דברי הרב (הרמ"א) ב"דרכי משה" שהשיג על הבית יוסף בזה וזה לשונו "ואני אומר שראיות הבית יוסף אינן ראיות כלל לדחות דברי רש"י והמרדכי...". ה"לבוש" בקש להוכיח כי הפסק איננו נכון גם מכך שאסרו את פרסומו. והרי אילו היה נכון לא היה שום מקום להצניעו, שהרי התורה בפומבי ניתנה? על כך משיב הש"ך כי מצינו הרבה מקרים שבהם הדבר מותר מן התורה אלא שחז"ל ציוו שלא לפרסמו בפני עם הארץ, שלא יבואו להקל ולזלזל יותר. ודוגמא לכך היא גמרא מפורשת במנחות דף צ"ט ע"ב "אמר ר' יוחנן משום רשב"י אפילו לא קרא אדם אלא קריאת שמע שחרית וערבית קיים "לא ימוש ספר התורה הזה מפיך", ודבר זה אסור לאומרו בפני עם הארץ" ומבהיר רש"י "שלא יאמר בקריאת שמע סגי ולא ירגיל בניו לתלמוד תורה". על כן מסיק הש"ך כי פסקו של רש"י נכון להלכה אלא שאין לעשות על פיו אלא לעת הצורך כפי שפסק הרמ"א, שאם לא כן יתפרסם הדבר לכל.

3 לבעייתיות הכרוכה ב"היתר העסקה" ראה הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה יורה דעה חלק ב' סימן מ"ג.

לסקירה נרחבת בהקשר זה ראה א. וינרוט, ריבית (שואב בע"מ) בעמ' 244-272.

2. לכאורה הדברים קשים להבנה והם כספר החתום, שהרי מבחינת התוכן הכלכלי של הדברים וההגיון שבהם, אין הבדל לכאורה בין הלוואה בריבית הנעשית על ידי האדם עצמו לבין עשיית אותם הדברים באמצעות שליח. ובכלל, כיצד יהא בדיני שליחות לפתור את בעיית הריבית, שעה שהבסיס לשליחות הוא כי "שלוחו של אדם כמותו" וממילא אין שום הבדל אם ההלוואה בריבית נעשתה על ידי האדם עצמו או שנעשתה על ידי שליח. רש"י אכן מעלה שאלה זו ומשיב כי שליחות אינה חלה שכן "אין שליח לדבר עבירה". אבל, רש"י מבהיר כי באמצעות שליחות זו - יש היתר בדבר. כלומר, באמצעות הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" נוצר מצב שבו הן השליח והן המשלח אינם עוברים עבירה כלשהי. הכיצד? במאמר זה נראה כי הבנת מהותה של השליחות ושל ההגיונות העומדים בבסיסו של מוסד זה - מביאים להבנה פשוטה לכאורה של פסקו האמור של רש"י.

ב. גדר הדין - תורת הזיהוי ותורת כח היצוג

3. שליחות אינה דבר מובן מאליו⁴ וכרוכים בה שני חידושים מפליגים: (א) החידוש האחד הוא, כי פלוני עושה מעשה והתוצאה מיוחסת לזולתו. השולח לא עשה דבר ואף עסק באותה שעה בדברים אחרים לחלוטין, ובכל זאת התוצאה מיוחסת לו. (ב) החידוש השני הוא, כי יש תוקף לפעולת השליח אף כאשר השולח אינו שבע רצון מן התוצאה. כך למשל, שולח שמינה שליח לקדש אישה על פי שיקול דעת השליח, והשליח קידש אישה שאינה מוצאת חן בעיני השולח - האישה מקודשת. ודוק, הכלל הוא כי אין אישה מתקדשת בלא רצון המקדש, וכאן המקדש - השולח לא רצה מעולם בקידושה, ועם זאת, כל עוד שהשולח לא ביטל את השליחות בטרם הפעולה, הרי שהיא מקודשת לשולח, לנוכח רצונו ומעשהו של השליח.
4. מקובל להבין את דרך פעולתה של השליחות בשני אופנים: (א) אופן אחד מכונה "תורת הזיהוי", לפיו מינוי השליח יוצר זיהוי של

4 על כן, מציינת הגמרא במסכת קידושין דף מ"א עמוד א' "שליחות מנלן?" (מהיכן נלמד הדין של שליחות?), והגמרא מביאה פסוקים ומקורות שונים שמהם נלמד דין השליחות, שכן אין המדובר בדבר המובן מאליו.

השליח עם השולח. השליח והשולח הינם "אישיות משפטית" אחת לעניין ביצוע נשוא השליחות. הפעולה מיוחסת בהתאם לכך באופן מלא ומוחלט לשולח כאילו עשה אותה בעצמו באופן פיזי. אין בכך פגיעה ברצון השולח ורצון השליח כמוהו כרצון השולח, שהרי רצונו היה שכל פעולה שתיעשה ע"י השליח תיוחס אליו כאילו עשה בעצמו.

(ב) אופן שני מכונה "תורת כח הייצוג" ולפיו, מאציל השולח לשליח את כוחו.

כלומר, רצון השליח בפעולה אינו רצונו של השולח, אבל - השולח ביקש להאציל את כוחותיו לשליח. על כן, מכבדים אנו את רצון השולח, ומתחשבים רק במי שאליו הואצלו הכוחות.

לפי הסבר זה, השליח והשולח אינם מוזהים זה עם זה, ומי שפועל הוא רצונו של השליח בלבד, כשהשולח "יוצא מהתמונה". אלא, שזה היה רצונו - להעביר את כח ההכרעה והפעולה לידי השליח. בהתאם לכך, פעולת השליח אינה מיוחסת לשולח, אלא נעשית מכוחו ומדעתו של השליח בלבד. מינוי השליח מייחס רק את התוצאה המשפטית של המעשה לשולח, ובפנינו שני רצונות נפרדים: רצונו של השולח למנות שליח, ולאחר מכן רצונו של השליח לנקוט בפעולה.

5. בתורת המשפט מקובלות מספר הבחנות בין תורת הזיהוי לבין תורת כח הייצוג:

(א) אם מדובר בזיהוי של פעולת השליח עם השולח הרי שנשוא השליחות יכול להיות גם פעולה פיסית, שהרי הזיהוי אינו עוסק בתוצאה המשפטית אלא בפעולות השליח המיוחסות לשולחו. לעומת זאת, אם מדובר בתורת כח הייצוג הרי שבפנינו האצלה של כוחות. אדם יכול להאציל רק כח פעולה שיש לו עצמו. וכח מואצל משמעו יכולת לבצע פעולה בת תוקף משפטי. שליחות מתייחסת על כן רק לפעולה דינית, המשנה מצב מבחינה משפטית. אך אין שליח לביצוע פעולה פיסית.⁵
על כן:

(א) אם ראובן מבקש משמעון שייצגו בהלויה או בארוחה, פעולתו של שמעון אינה נשוא שליחות.

(ב) גם סוכן ביטוח הממלא טופס עבור מבוטח אינו פועל כשליח,

5 סעיף 1 (ב) לחוק השליחות תשכ"ה-1965 - קובע "כל פעולה משפטית יכולה לשמש נשוא שליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית."

שהרי זו פעולה פיסית בלבד. לעומת זאת, אם הסוכן יחתום על הטופס בשם המבוטח, תהא זו שליחות, שהרי ההתקשרות החוזית וההתחייבות חורגת מפעולה פיסית ומהווה פעולה משפטית. (ג) כמו כן, נטילת הלוואה היא נשוא שליחות⁶, שהרי יש בה ליצור התחייבות. לעומת זאת, פרעון הלוואה אינה נשוא שליחות, שהרי זו פעולה פיסית גרידא.⁷

(ב) בדומה לכך, אם מדובר בזיהוי של השליח עם השולח הרי שנשוא השליחות יכול להיות גם מעשה הנוגד את הדין. לעומת זאת, אם מדובר בהאצלת סמכויות לבצע פעולות משפטיות, הרי שזו תיתכן רק במסגרת הדין ולא בהטלת אחריות לפעולה הנוגדת את הדין.⁸ אדם

6 להשוואה ר' הרב יצחק הוטנר, פחד יצחק, חנוכה מאמר ט' "הדעת הפועלת במעשה התחייבות הרי היא דעת יוצרת מציאות, שהרי אי אפשר לה להתחייבות שתחול מבלי דעת המתחייב. ונמצא שהדעת היא היוצרת את מציאות ההתחייבות. אבל, הדעת הפועלת במעשה פרעון, איננה אלא דעת מסכימה למציאות, שהרי אפשר להפרע מן האדם בעל כרחו ושלא מדעתו, ונמצא כשפורע מדעתו, אין הדעת יוצרת אלא מסכימה למציאות שמחוץ לדעת, אבל לעולם אין הדעת יוצרת מציאות של פרעון. דעת של התחייבות ודעת של פרעון הם שני סוגי דעת: דעת יוצרת ודעת מסכימה".

וד' א. וינרוט, "גמירות דעת יוצרת לעומת גמירות דעת המשלימה עם הקיים", ספר "רפאל", לזכרו של ד"ר יצחק רפאל ז"ל הוצאת מוסד הרב קוק, עמ' קצ"ה.

7 ר' א. ברק "חוק השליחות" (נבו, 1996) פסקה 215. שאלה קשה היא, מה דינה של פעולה ריאלית, שהיא פעולה פיסית הגוררת בעקבותיה תוצאות משפטיות, כגון תפיסת חזקה בנכס או עיבודו (אדם נוטל מטלטלין ומשלב אותם בבניית ביתו, באופן שיעביר את הקניין בהם). ג. פרוקציה, דיני שליחות בישראל 79 (תשמ"ו) גורס כי פעולה שכזו היא נשוא לשליחות. לעומת זאת, ברק בפסקה 216 לספרו הנ"ל סבור כי כדי שפעולה תחשב משפטית היא צריכה להיות מכוונת להשגת השינוי בדין, ואין די בכך שהשינוי בדין יהא תוצאתה. פעולה ריאלית אינה נשוא שליחות, שכן "פעולה משפטית היא הצהרת רצון. פעולה ריאלית אינה הצהרת רצון". ואולם, גם הצהרת רצון שאינה יוצרת כשלעצמה תוקף משפטי, אינה נשוא שליחות. ברק שם, בפסקה 217, סבור כי ניהול משא ומתן - להבדיל מן ההתקשרות החוזית הבאה לאחר מכן - אינו נשוא שליחות, על אף שמוטלות נורמות משפטיות של תום לב על הנושא ונותן, ועל אף שהנושא ונותן מביע רצון ומפעיל שיקול דעת. "היקפו של שיקול הדעת אינו רלוונטי לאיפיונה של פעולה, ופעולה מטריאלית אינה הופכת למשפטית רק משום שיש שיקול דעת בביצועה". בדומה לכך, ראה י. אנגלרד "על תיווך ועל שליחות", משפטים י" 359, 364 (תשמ"מ) "ביצוע מעשה עולה אינו פעולה משפטית במובן חוק השליחות, משום ששינוי המצב המשפטי אינו נפקות המבוססת על רצון המעוול".

8 ר' א. ברק "חוק השליחות" (נבו 1996) פסקה 213;

יכול כאמור להאציל אך ורק כח שהוקנה לו עצמו, ואין לאדם כל זכות וכח לפעול פעולה שהדין אוסר אותה.

6. בעולמה של הלכה יש מקום - הן ל"תורת הזיהוי" והן ל"תורת כח הייצוג", ונראה כי הבחירה ביניהן תלויה בסיווגה של השליחות, כאשר קיימים שילובים שונים בין הגישות הנ"ל בהתאם לנשוא השליחות. ננתח להלן סוגיה זו, כאשר בשלב הראשוני של העיון בסוגיה דנא, נתמקד אכן בהבחנה הבסיסית בין "תורת הזיהוי" לבין "תורת כח הייצוג" כפי שאלו מתבטאים בשורה של מקורות. לאחר מכן, נראה כי אבחנה זו, היא רק בסיס הכרחי למצע עיוני רחב יותר ועמוק יותר. נראה כי לעניין זה נפקויות רבות מבחינה מעשית והבולטת שבהן תתבטא בהבנת פסקו הנ"ל של רש"י לפתרון בעיית הריבית. בשולי פסק זה של רש"י נכתב כאמור, בעת ציטוט הדברים על ידי הרמ"א "ואין לפרסם הדבר בפני עם הארץ", ואכן נראה כי ניתן לרדת לסוף דעתו של רש"י רק לאחר שמובנת ומיושמת דבועי המורכבות והמהות של תורת השליחות.

כ. האם שליח נעשה עד

7. כלל הוא כי "בעל דבר" אינו יכול להעיד בעניינו שלו. אך מה הדין כאשר אדם מבקש להעיד בנוגע לעניין שבו הוא שימש רק כשליח? בעניין זה מצינו מחלוקת, במסכת קידושין דף מ"ג עמוד א', בין רב לבין רב שילא.

לדעת רב "שליח נעשה עד" - כלומר, אדם כשיר להעיד על מעשה שביצע כשליח עבור זולתו, אדרבה, היותו שליח רק מחזק את עדותו, שהרי הוא מעיד מידעה אישית אודות דבר שהוא עצמו ביצע. מאידך גיסא, אין לראות בו "בעל דבר" הפסול לעדות, שהרי התוקף המשפטי של הפעולה פועל לטובת השולח ולא לטובתו האישית.

לדעת רב שילא "אין שליח נעשה עד, כיוון דאמר מר שלוחו של אדם כמותו, הוה ליה כגופיה".

acts" within the law" לבין "acts of the law"; ע"א 318/82 יעבץ נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ, פ"ד ל"ח (4), 85, 91; ע"א 502/78 מ"י נ' ניסים פ"ד ל"ה (4), 748, 754. ז. צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל 335 (1974): "לא יתכן להחיל על יחסים בין שולח המשתמש בחברו כשלוח לדבר עבירה הוראות חוק השליחות המטילות על השלוח חובת נאמנות כלפי השולח, מקנות לשולח תרופות לאכיפת חובות אלה...".

כלומר, השליח אינו כשיר להעיד, לאור הכלל של "שלוחו של אדם כמותו" הקובע כי השליח הוא כגופו של השולח.

לכאורה, זוהי מחלוקת מובהקת בין מי שגורס את תורת הזיהוי, לפיה השליח מזוהה לחלוטין עם השולח, לבין מי שגורס כי השולח האציל את כוחו לשליח, אך אין זהות בין השולח לבין השליח, ואיש במקומו עומד.

שיטת רב שילא הגורס כי השליח הופך ל"בעל דבר" ופסול להעיד תואמת לכאורה לתורת הזיהוי ומחמתה השליח הוא כגופו של השולח ועל כן פסול לעדות. לעומת זאת, שיטת רב תואמת לכאורה לתורת כח הייצוג⁹.

ואכן, באור זה מבאר את המחלוקת האמורה, הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק בספרו "אור שמח"¹⁰: "הרי דבזה פליגי, דרב שילא סובר דהשליח נעשה כגופו של משלח, ורב סבר דרק הפעולה של השליח מתייחסת אל המשלח... אבל אין השליח בעל דבר שיהא פסול לעדות, וזה ברור". בבאור זה מחדש ה"אור שמח" חידוש חשוב, שעליו נעמוד להלן, לפיו שליחות אינה רק יחוס פעולת השליח לשולח, אלא נוצר זיהוי מלא של האישיות המשפטית והפיזית של השליח עם זו של השולח.

2.2. שולח שנשתטה לאחר מינוי השליח

8. ה"אור שמח" מוסיף ומבהיר כי בהבחנה בין "תורת הזיהוי" ל"תורת כח הייצוג" תהא תלויה מחלוקת הפוסקים, האם יש תוקף לפעולת שליח - לאחר שהשולח איבד את כושרו המשפטי לבצע פעולות, כגון - אם איבד את צלילות דעתו. לפי תורת הזיהוי, יהא השליח מזוהה במקרה זה עם שולח הנעדר כושר משפטי, וממילא תהא פעולתו חסרת תוקף. אך לפי

9 עם זאת, בשו"ת הריב"ש סימן פ"ב מובהרת המחלוקת, באופן התואם לתורת הזיהוי בשני צירי הספק, כאשר המחלוקת היא רק, האם הזיהוי הוא כה חריף עד שיחשב השליח ל"נוגע בדבר". ובלשונו "והאומר לשניים צאו וקדשו לי אישה הן הן שלוחיו הן הן עריו, היינו משום דאינו נוגע בדבר ואין לו הנאה בעדות זו, אבל מכל מקום הרי הוא כמותו בכל ענייני השליחות, ולזה היה דעת מי שסובר שאין שליח נעשה ער, לומר שהוא כבעל דבר לגמרי, אע"פ שאינו נוגע בדבר, ובזה לא נפסקה החלכה כמותו. אמנם, כל מה שהשליח אומר בעניין השליחות, הרי הוא כאילו אמרו המשלח, וכיוון שאומר שקידשה למשלח נאמן, אף אם אין העדים בפנינו...".

10 הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק, אור שמח על הרמב"ם הלכות גרושין פרק ב' הלכה ט"ז.

"תורת כח הייצוג", בפנינו "שני רצונות": רצון השולח למנות שליח ורצון השליח לבצע את הפעולה, בלא שיש זיהוי בין השליח לבין השולח. שני הרצונות הללו הובעו ע"י אנשים כשירים לחלוטין. המשלח היה בעל כושר מלא בעת מינוי השליח ובכך סיים את תפקידו, ואילו השליח מבצע את הפעולה על פי רצונו שלו, והוא בר כושר משפטי מלא בעת ביצוע הפעולה. יש אפוא ליתן תוקף למעשיו.

9. הדברים מקבלים משנה תוקף עת שאנו מוצרים לכאורה תאימות מלאה בהקשר זה בשיטת הרמב"ם. הרמב"ם בהלכות אישות פרק ג' הלכה ט"ז, פוסק כי "שליח נעשה עד" – משמע כי הוא אינו מקבל את "תורת הזיהוי" אלא את "תורת כח הייצוג". והרמב"ם בהלכות גירושין פרק ב' הלכה י"ד פוסק, כי אם אדם מינה שליח ונשתטה, הרי שראוי לשליח להמתין עד שהשולח יחלים, אך אם לא המתין והגט ניתן שעה שהבעל במצב של חוסר דעת, הרי שהגט פסול רק מדרבנן (גזירה שמא יאמרו כי גם שוטה כשר לגרש) אך מדאורייתא – הגט כשר. גם הלכה זו תואמת לכאורה¹¹ ל"תורת כח הייצוג" לפיה אין כל סיבה לפסול את הגט.

10. ואולם, תאימות זו אינה קיימת לכאורה בפסקו של הטור. מחד גיסא, פוסק הטור באבן העזר סימן ל"ה כי שליח נעשה עד, משמע כי חלה "תורת כח הייצוג". מאידך גיסא, פוסק הטור באבן העזר הלכות גיטין סימן קכ"א, כי אם שולח נהיה שוטה והשליח מסר את הגט כשהשולח חולה "אינו כלום", משמע כי חלה "תורת הזיהוי".

11 הרב יעקב ישראל קנייבסקי ב"קהילות יעקב" גיטין סימן כ' נוקט כי גם לפי שיטת הרמב"ם "אין שליח אלא כיד המשלח והמשלח הוא העושה את המעשה ע"י שלוחו שהוא כמותו". והטעם לכך שאם נשתטה המשלח הגט כשר מדאורייתא נעוץ דווקא ב"תורת הזיהוי", שכן מכחה נחשב השוטה למי שפעל כבר דעת, שכן "תורת הזיהוי" כה חריפה עד שיש בה כדי לקבוע כי דעת השליח מועילה להגדיר גם את פעולת השולח כפעולת בר דעת.

לעיון נוסף בביאור דברי הרמב"ם ראה: קצות החושן סימן קפ"ח ס"ק ב; ישועות יעקב אבן העזר סימן קכ"א ס"ק א; חתם סופר אבן העזר חלק ב' סימן ק"ג וכן בחידושו על מסכת גיטין דף ע' עמ' ב' דיבור המתחיל ור"י; כתב סופר גיטין י"ג עמ' א; עונג יום טוב סימן קי"ג דיבור המתחיל "ובגוף"; אבני נזר אבן העזר סימן קצ"ט אות ד' ואות ט' וסימן רי"ז אות א'; דובב מישרים חלק א' סימן ס"ה; אפיקי ים חלק ב' סימן מ"ד; מרחשת חלק ב' סימן י' דיבור המתחיל "מעטה"; אחיעזר סימן כ"ח אות ח' ואות י"א; אמרי משה סימן י"ח אות ג' וסימן ט"ז אות י"ז.

נראה על כן, כי אין לכאורה הכרח לתלות את מחלוקת הרמב"ם והטור בשאלה האם חלה תורת כח הייצוג או תורת הזיהוי, וגם לפי תורת כח הייצוג יש מקום לפסוק כי אם בטל כושרו המשפטי של השולח אין בידי השליח לבצע את הפעולה, שהרי על אף האצלת הסמכויות מיוחסת הפעולה בסופו של דבר למי שאינו כשיר לביצוע הפעולה. ואכן כך מבוארים הדברים ב"עונג יום טוב"¹² המבהיר בצורה ברורה: "דסובר (הטור) דכיוון דנשתטה פסק כוחו מלגרש, וגם שלוחו אינו יכול לגרש, ולא משום דסובר דגדר שליחות הוא שגופו של שליח נחשב לגופו של משלח"¹³.

33. שילוב בין כוונת השולח למעשה השליח

11. נפקות נוספת להבחנה בין תורת הזיהוי לבין תורת כח הייצוג מצויה לכאורה עת שמעיינים בספק שמעלה "קצות החושן"¹⁴ בנוגע לשאלת תוקפו של מעשה קנייני כאשר השליח מבצע את פעולת הקניין באופן טכני ואינו מתכוון לזכות באמצעותה בנכס, ואילו הכוונה לזכות בנכס מצויה אצל השולח. כגון: שליח המגביה נכס בשליחות השולח, כאשר השולח מבקש לזכות בנכס ומתכוון לכך, אך השליח מצידו אינו מתכוון לזכות בנכס ע"י הגבהתו, שכן הוא סבור כי הנכס שייך ממילא לשולח. האם יכולה להצטרף כוונת השולח למעשה השליח?

12 שו"ת "עונג יום טוב" יורה דעה סימן קי"ג.

13 כמו כן, נראה כי אין הכרח לכאור את הסוגיה במסכת קידושין דף מ"ג עמ' א' בהתאם להסברו הנ"ל של ה"אור שמח" וניתן לומר כי דווקא לפי תורת כח הייצוג אין שליח נעשה עד, שכן הפעולה איננה נעשית מכוחו של השולח ורק התוצאה מיוחסת לו אך ה"בעל דבר" של המעשה הוא השליח ולכן אינו יכול להיות עד ביחס לנושא שאותו ביצע כשליח. לעומת זאת, לפי תורת הזיהוי הרי ברור כי אין מיזוג של השולח עם השליח (וזאת בניגוד למבואר ב"אור שמח", וכפי שנראה בהרחבה להלן למשל בדברי ה"תוספות רי"ד") אלא שהפעולה מיוחסת לשולח. אם הפעולה מיוחסת לשולח הרי שהשליח שהוא גוף נפרד אינו "בעל דבר" על פעולה זו והוא יכול להעיד על כך. בהתאם לכך כאשר פוסק הטור כי שליח נעשה עד, הרי שהוא פוסק את "תורת הזיהוי" ונמצא פסקו זה תואם למה שפסק כי אם השולח נהיה שוטה - אין השליח יכול עוד לגרש. במקרה זה השליח פועל ומיחס את פעילותו לשולח - ונמצאת הפעולה נעשית ע"י מי שאינו כשיר. לעומת זאת, הרמב"ם יובהר לפי מהלך זה, בהתאם למבואר ב"קהילות יעקב" על מסכת גיטין סימן כ' שהובא בהע"ש 11 לעיל, לפיו הטעם לכך שאם נשתטה השולח הגט כשר מדאורייתא, שכן מכהה של "תורת הזיהוי" נחשב השוטה (השולח) לבר דעת, שכן השליח לא סתם ייחס לו את הפעולה - אלא ייחס לשולח פעולה שנעשתה ע"י בר דעת.

14 "קצות החושן" בסימן רע"ה ס"ק ג'.

12. בהקשר זה מבאר ה"חלקת יואב"¹⁵ כי אם חלה "תורת הזיהוי" די לנו בכוננת השולח, שהרי מעשה השליח הוא כמעשה השולח והאחרון מתכוון לזכות בנכס ע"י מעשה זה¹⁶. לעומת זאת, לפי "תורת כח הייצוג", השולח "יוצא מן התמונה" עם מינוי השליח והכוונה של השולח - כמו גם אי שפיותו - אינה מעלה ואינה מורידה ונחוץ לנו שליח שמכוון לבצע קניין ע"י מעשיו. לפי שיטה זו ברור כי הכל נגזר מכוננת השליח ואם אין כוונה של השליח אין תוקף לקניין¹⁷.

4. שליח למכירת נכס המבקש לרוכשו לעצמו

13. מקובל לציין כתואם ל"תורת הזיהוי" את פסקו של הרשב"א¹⁸, כי אם אדם התמנה לשליח למכירת נכס, אין הוא יכול לרכוש נכס זה בעצמו. ובלשונו "אין השליח יכול לקנות לעצמו, אפילו באותם דמים שהרשוהו הבעלים למוכרו, לפי שהוא נעשה שליח להקנות הקרקע ללוקח, אבל לעצמו אינו יכול לזכותו ולהקנותו, דאין אדם מקנה לעצמו, שאין המכר אלא הוצאת דבר מרשות לרשות, וזה לא יצא מרשותו, שהוא עומד במקומו". כלומר, השליח מזוהה לחלוטין עם השולח ועל כן אם הוא מבצע פעולת מכר בשם השולח והוא אישית רוכש את הנכס, נחשב הדבר כאילו עומד הנכס במקומו, משל הקנה אותו לעצמו והעבירו מיד ליד. העובדה שאת פעולת הקניה ביצע השליח בשם עצמו ואת פעולת המכירה ביצע השליח בשם שולחו, אינה מועילה בהקשר זה, לאור הזיהוי המלא השורר בין השליח לבין השולח בנוגע לנשוא השליחות.

15 "חלקת יואב" חלק חושן משפט, הלכות שלוחין סימן ג'.

16 "חלקת יואב" מוסיף ומציין בהקשר זה כי כך משמע מדברי הרמב"ן בספרו "מלחמות ה'" על מסכת ראש השנה, סוף פרק ג' המציין כי אם התוקע בשופר מכויין להשמיעו והשומע מתכוון לצאת, יצא ידי חובתו. ומבואר בב"ח על הטור אורח חיים סימן תל"ד כי הדין של "שומע כעונה" נובע משליחות. וכן לשון המשנה במסכת ברכות סוף פרק ה' המציינת "המתפלל וטעה סימן רע לו ואם שליח ציבור הוא סימן רע לשולחיו מפני ששלוחו של אדם כמותו". מכאן מסיק ה"חלקת יואב" כי "מצטרפים מעשה השליח לכוננת המשלח".

17 גם לפי "תורת הזיהוי" נראה כי אין כל הכרח לחדש שניתן לצרף מעשה של אחד עם כוונה של משנהו. אין כל הכרח לגרוס כי מעשה סתמי של הגבהה הופך לקניין כאשר למגביה עצמו אין כוונה להופכו ממעשה פיסי נטול משמעות, למעשה עם תוקף קנייני. לכאורה, מעשה קניין צריך מלכתחילה להיות בר תוקף ואח"כ ניתן לייחס את הפעולה בכללותה לשולח, אך אין אפשרות לזהות עם השולח מקטע אחד ממכלול וליתן לו משמעויות ותוקף מכח כוונת השולח.

18 שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן בסימן מ"ד.

14. ואולם, הסבר זה בדברי הרשב"א מעורר קושי, שכן נמצא לפיו כי "תורת הזיהוי" תיצור זהות ומיזוג מוחלט בין השליח לבין השולח, עד כדי כך שהקונה והמוכר נחשבים לגוף אחד. ובפועל, כפי שנראה להלן, תורת הזיהוי אינה מזהה את גופו של השולח עם גופו של השליח, אלא רק מייחסת את הפעולה הספציפית נשוא השליחות לשולח. על כן, אין לכאורה כל מניעה כי השליח ירכוש את הנכס, שהרי רק הפעולה של המכירה מיוחסת לשולח ואילו האקט של הרכישה, כמו כל שאר מעשי השליח לא ייוחס לשולח, וממילא אין הוא מוכר לעצמו¹⁹.

לעומת זאת, ניתן להבהיר את דברי הרשב"א דווקא לפי תורת כח הייצוג, שהרי לפי תורה זו מואצל לשליח כח המכירה, הוא אמור להפעיל גמירות דעת למכור והוא מוגדר כ"מוכר". איך יכול הוא אם כן להפעיל גמירות דעת לקנות ולפעול גם כקונה? דווקא לפי תורת כח הייצוג שאינה מעבירה לשולח רק את הפעולה הפיסית אלא רואה בשליח "בעל דבר" בכיצוע הפעולה²⁰, ברור יותר ניגוד האינטרסים של השליח אם הוא עצמו מגלם באישיותו גם את המוכר וגם את הקונה, ומוחש יותר מדוע מגדיר זאת הרשב"א כ"אדם מקנה לעצמו".

5. שליח הממנה אחר כשליח

15. מקובל לציין כתואם לתורת הזיהוי גם את דברי התשב"ץ²¹ בו מובהר, כי לאחר חידוש הפסוק בדבר קיומה של שליחות, הרי שהשליח יכול למנות שליח אחר לפעול בשם השולח, וזאת אף אם אין הרשאה מפורשת לכך מטעם השולח, שכן "באותו כח שנתן לו הבעל להיות שליח - באותו כח עצמו יכול לעשות שליח". כלומר, לא זו בלבד שהשליח יכול למנות שליח, אלא שמינוי זה אינו בגדר האצלת סמכויות מטעם השליח, אלא עולה כדי מינוי מלכתחילה של השולח באמצעות השליח.

נראה לכאורה כי רק לפי ההבנה התופסת את חידוש התורה בפרשת השליחות כאימוץ של "תורת הזיהוי", ניתן להסיק, כדבר המוכן מאליו, כי כשם שבידי השולח יש כח למנות שליח כך מצוי כח זהה בידי השליח. זאת מכיוון שאם מדובר ב"תורת כח הייצוג", הרי שקיימים שני רצונות,

19 אכן, קניין הוא לכאורה אקט אחד, ושאלה היא אם ניתן ליחס אותה פעולה עצמה גם לשולח וגם לשליח. אבל, הרשב"א אינו מתייחס לפעולה אלא לעושה הפעולה ורואה את השליח כמי שמוכר לעצמו. דבר זה אינו מוסבר לכאורה גם על פי "תורת הזיהוי".

20 והשווה דברינו בהע"ש 13 לעיל בנוגע ל"שליח נעשה ער".

21 שו"ת תשב"ץ (ר' שמשון בן צמח דוראן) חלק א' סימן כ"ה.

הרצון האחד לבחור את השליח ולהאציל לו סמכויות, והרצון השני – לבצע את המעשה עצמו. השליח מקבל כוחות בתחום הרצון השני הנוגע לביצוע מעשה השליחות ולא בתחום הרצון הראשון של הבחירה מי יבצע את השליחות. לפי תורת כח הייצוג אי אפשר לומר לכאורה כי באותו כח של המשלח עצמו טמון גם הכח למנות שליח נוסף, ואין לגרוס כדבר פשוט מאליו כי ההרשאה לשליח כוללת גם כח לבצע האצלה נוספת של סמכויות, שהרי זוהי התערבות של השליח בגדר הרצון הראשון של השולח, שאותו הותיר בידיו שלו ולא האצילו לאיש.

לעומת זאת, לפי "תורת הזיהוי", נמצא כי השליח מזהה לחלוטין עם השולח, וכוחותיהם מתמזגים זה בזה, לכל דבר ועניין, בלא הבחנה בין שלב הביצוע לשלב המינוי והאצלת הכוחות. יש על כן המבהירים כי דברי התשב"ץ תואמים יותר לתורת הזיהוי, מאשר לתורת כח הייצוג.

16. ואולם, אם אין מבינים את "תורת הזיהוי" כיוצרת זהות בין השולח לשליח אלא רק כמייחסת את פעולת השליח לשולח, נראה כי יש להפוך לחלוטין את הבנת הדברים.

אם השליח רק מבצע טכנית פעולה המיוחסת לשולח, הרי שהוא לא ה"בעל דבר" של הפעולה, ואין ביכולתו להסמיך אחרים לפעול במקומו. הוא רק קיבל רשות לפעול ולא הפך לבעל כוחות מעבר לכך. לעומת זאת, דווקא לפי "תורת כח הייצוג" ניתן לגרוס בנקל כי מכיוון שהשליח מקבל כח לבצע את הפעולה והוא שנחשב ל"מוכר", יש לו כח גם למנות שליח לשם ביצוע הפעולה, שהרי הוא "בעל הדבר" לביצועה. ולכאורה זו משמעות לשונו של התשב"ץ האומר: "באותו כח שנתן לו הבעל להיות שליח – באותו כח עצמו יכול לעשות שליח".

הנה כי כן, אין לכאורה הכרח לפרש אף את דעת התשב"ץ כנובעת מ"תורת הזיהוי" ולכאורה אין ולו מקור אחד בדברי הגמרא או הראשונים שיש לפרשו בהכרח כתואם לגישה זו. עם זאת, להלן נראה כי יש מקרים שבהם באה לידי ביטוי תורה זו – בשילוב ובמקביל ל"תורת כח הייצוג" מכיוון שקיימות סוגיות שונות שקיים קושי לישבן אם אין מניחים את קיומן של שתי התורות כאחד, בשילוב נכון ביניהן.

62. שליחות לדבר שאינו מוטל דווקא על השולח

17. סוגיה שניתן להלמה לפי "תורת כח הייצוג" אך קשה לישבה עם "תורת

הזיהוי" מצויה בתלמוד הירושלמי²², לפיה אין שליחות אלא כשהשולח הוא "בעל הממון". כלומר, שליחות חלה רק בנושא שבו יש לאדם כח פעולה. כך מבאר את הדברים הרב שמואל רוזובסקי²³ המציין: "וביאור העניין הוא, דמה שצריך דווקא שלוחו של בעל הממון היינו טעמא משום שמי שאינו בעל הממון כיוון שאינו בעלים על הדבר הנקנה אינו יכול לתת לשליח כח זכיה על הדבר. דגם לו עצמו אין כח ובעלות עליו לקנות ולזכות, אלא שכשמקנים לו והוא זוכה קנה". סוגיה זו אינה מתיישבת לכאורה עם "תורת הזיהוי".

18. זאת ועוד, ברא"ש על מסכת חולין²⁴ מצינו כי אם מינה אדם שליח למול את בנו ובא אחר, הקדים את השליח ומל את הילד, ובכך "חטף" את המצווה, אין בכך כדי לחייב את ה"חוטף" לשלם לשליח דבר²⁵. הרב י.ד. סולובייצק בספרו "בית הלוי"²⁶ מבהיר הלכה זו בכך, שבמילה לא שייכת שליחות²⁷ שכן מדובר במצווה המטילה חיוב על השליח עצמו כמו על השולח. ממילא, כאשר הוא עושה את הדבר אין הוא מקיימו עבור השולח אלא כמעשה מצווה שלו עצמו. ובלשונו: "לא שייך כלל לומר שאחד יעשה חברו שליח עבורו בדבר שגם על השני יש אותו חיוב כמו עליו. ובכל מקום לא מצינו דין שליחות רק בדבר שחיוב זה מיוחד רק על המשלח ולא על השליח"²⁸. כלומר, אם אדם ממנה שליח לעשות דבר שהחובה לעשותו אינה מיוחדת לשולח דווקא, והשליח עצמו ג"כ מקיים מצווה כמו השולח בעשותו פעולה

22 ירושלמי מסכת גיטין פרק ו הלכה א: "רבי זעירא בעי קומי ר' מנא אף לעניין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר שאינו שלו אמר ליה תמן התורה זיכתה אותה כגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה"

23 הרב שמואל רוזובסקי "שיעורי רבי שמואל" על מסכת גיטין דף י"א עמ' ב', באות קצ"ד.

24 רא"ש על הגמרא במסכת חולין כסימן ח' בהתיחס לסוגיה בדף פ"ז עמ' א'.

25 זאת בניגוד לכלל שנפסק בשולחן ערוך חושן משפט, סימן שפ"ב לפיו "וכן הורו שכל המונע הבעלים מלעשות מצוות עשה שהם ראויים לעשותה, וקדם אחר ועשאה - משלם לבעלים י' זהובים".

26 הרב י.ד. סולובייצק, שו"ת "בית הלוי" סימן י'.

27 זאת מכיוון שהאב אינו יכול להעביר את החיוב המיוחד המוטל עליו כאב. השליח עושה מצווה ככל ישראל אך עניין זה אינו יכול להיות נשוא שליחות ואין לו כל יחוד לעומת ה"חוטף".

28 ה"בית הלוי" מוכיח דבריו אלו מחידושי הרשב"א במסכת שבת דף קל"ז שכתב בשם הרמב"ן כי במילת גר לא ניתן למנות שליח "דכל מאן דמהיל (כל מי שמוהל) מצווה ידידה עבד" (מצווה של עצמו הוא עושה). כמו כן, הביא ראיה לדבריו מסוגיית הגמרא ביבמות דף ק"ו כי חליצה מוטעית כשרה.

זו, הרי שבמקרה זה, המצווה אינה מיוחסת לשולח אלא לשליח העושה אותה.

דברים אלו מתיישבים היטב עם "תורת כח הייצוג", לפיה השולח מאציל לשליח סמכויות יחודיות המצויות בידו, אך אינו יכול כמובן להאציל לשליח כח שהיה לשליח ממילא עוד קודם לכן. לעומת זאת קיים לכאורה קושי רב להלום עקרון זה עם "תורת הזיהוי".

7. שליחות לדבר עבירה

19. בעוד ש"תורת כח הייצוג" מתיישבת יפה עם הסוגיה של שליחות לדבר שאינו מוטל דווקא על השולח, נראה לכאורה כי "תורת כח הייצוג" אינה מתיישבת עם הסוגיה של "שליח לדבר עבירה"²⁹, כפי שנבהיר להלן:

(א) מבחינה מהותית - אם החידוש של שליחות הוא כי ניתן להאציל סמכויות, הרי שהאצלה זו היא יציר הדין ו"אין לך בו אלא בו אלא חידושו". הדין אינו מחדש יכולת להאציל סמכויות לשם ביצוע דבר עבירה.

יתירה מכך, "תורת כח הייצוג" יוצאת מנקודת הנחה כי בידי השולח מצוי כח (משפטי) וסמכות שאותם הוא מאציל לשליח. אך בדבר עבירה, לא יוכל לכאורה השולח להאציל סמכות לבצע דבר, שהוא עצמו אינו רשאי לעשותו.

(ב) מבחינה מעשית - כדי שעבירה תיוחס לשולח, מן ההכרח כי המעשה הפיסי של העבירה יהיה מעשה של השולח. אם השולח "יוצא מן התמונה" ומותר את הזירה כולה לשליח, שאינו מזוהה עם השולח, אלא עומד בפני עצמו ורק פועל מכח סמכות שהואצלה לו, הרי שאין כאן מעשה עבירה של השולח.

(ג) בהתאם ל"תורת כח הייצוג" לא תיתכן אפוא לכאורה שליחות לדבר עבירה, מכיוון ששליחות לדבר עבירה סותרת כאמור את מהות השליחות. והנה, בגמרא במסכת קדושין דף מ"ב עמוד ב' מצינו כי הטעם לכך שאין שליח לדבר עבירה נעוץ בסברה של "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין" - כלומר, השליח לא עשה את הדברים

29 לברור הסוגיה של שליחות לדבר עבירה, ר' גס: א. קירשנבוים "עיונים בשליחות לדבר עבירה" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד) 219; פ. סגל "לברור המקור המשפטי של הכלל 'אין שליח לדבר עבירה'", שנתון המשפט העברי ט-י (תשמ"ב תשמ"ג) 73; ש. אטינגר פרקי שליחות במשפט העברי בהשוואה לחוק השליחות, תשכ"ה 1965 (תשנ"ט), 171.

מחמת השליחות אלא מחמת הכרעה ערכית שלו עצמו³⁰ להעדיף את דברי התלמיד (השולח) על הנורמה המוסרית האוסרת את המעשה (דברי הרב).

(ד) מן הגמרא משמע כי אילמלא היתה זו הכרעה ערכית של השליח מכח עצמו, אלא מעשה הנעשה אך ורק מחמת השולח, הרי שהיה תוקף לשליחות, ולא היה בכך סתירה למשמעותה ולמהותה של תורת השליחות.

(ה) יתירה מכך, בהמשך הסוגיה שם מצינו³¹ כי יש נושאים אשר לגביהם יש שליח לדבר עבירה, כגון: מעילה, טביחה ומכירה. כמו כן, במסכת קידושין דף מ"ג עמוד א' מצינו את שיטת שמאי הזקן לפיה, האומר צא הרוג את הנפש - השולח חייב³².

(ו) הכיצד תיתכן "שליחות לדבר עבירה" בהתאם ל"תורת כח הייצוג?" וכי יכול אדם להאציל סמכות לכצע פעולה שאיננה בסמכות ואיננה ברשות? וכיצד יתכן לייחס לשולח עבירה מכח מעשה השליח, בלא לייחס לשולח את מעשה העבירה ולזהותו עם עשיית מעשה העבירה?

8. שליחות לביצוע פעולות פיזיות

20. "תורת הזיהוי" הולמת לכאורה את הסוגיה של "שליח לדבר עבירה", אך מעוררת קושי חמור בהקשר אחר. ההבחנה הבסיסית בין "תורת הזיהוי" ל"תורת כח הייצוג" היא, כאמור, בכך, שלפי תורת הזיהוי השליחות נוגעת לייחוס הפעולה של השליח לשולח, וממילא ניתן למנות שליח גם לביצוע פעולות פיזיות. לעומת זאת, לפי תורת כח הייצוג, הפועלת בתחום האצלת הסמכויות המשפטיות לפעול, מועילה שליחות רק לגבי פעולות שנדרש

30 ר' רש"י שם דיבור המתחיל "אין שליח" המבהיר כי במקרה של דבר עבירה אין זו שליחות "אלא הרי הוא כעושה מאליו".

31 כך מצינו במסכת קדושין דף מ"ב עמוד ב': "תניא שליח שלא עשה שליחותו שליח מעל, עשה שליחותו בעל הבית מעל". ומבהירה הגמרא "שאני מעילה דיליף" חטא חטא מתרומה, מה תרומה משווי שליח אף מעילה משווי שליח". ובהמשך הסוגיה מבואר כי הוא הדין בטביחה ומכירה, ומשום כך אין ללמוד ממקורות אלו דבר קיומה של שליחות לדבר עבירה בכל מקום, שהרי אלו "שני כתובין הבאים כאחד ואין מלמדן".

32 דבר זה נלמד מן אמור בשמואל ב' פרק י"א כי המלך דוד שלח ספר אל יואב לאמור "הבו את אוריה אל מול פני המלחמה החזקה ושבתם מאחרי וניכה ומת". ביחס לפעולת שליחות זו אמר חגי הנביא לדוד, שם בפרק י"ב "את אוריה החתי הכית בחרב... ואותו הרגת בחרב בני עמון". משמע, הפעולה של יואב, שנעשתה בשליחות דוד, יוחסה אל דוד, על אף שנחשבה למעשה שאסור היה לעשותו.

בהן כח ייצוג כרי לתת להן תוקף משפטי. בהקשר זה תורת הזיהוי מעוררת את הקושי הבא:

(א) בתוספות רי"ד במסכת קידושין דף מ"ג, מובהר כי לא מועילה שליחות לגבי מצוות ציצית, או תפילין וסוכה ולולב, שכן "דבר שהוא חיוב על גופו לא מתקיים ע"י שליח, שהרי הוא (השולח) מחוייב לעשותו, ואם השליח עושה, הרי השליח עשה בגופו, ולא גופו של משלח עשה המצווה".

(ב) התוספות רי"ד מבהיר אפוא, כי אין שליחות לביצוע פעולות פיזיות, אף אם יש כתוצאה מהן נפקות הלכתית, כגון שכרוכה בהן קיומה של מצווה³³. משמע לכאורה כי שליחות פועלת בהתאם ל"תורת כח הייצוג", ולא מכח "תורת הזיהוי".

(ג) ואכן, מכאן מסיק ה"עונג יום טוב" "שאין גופו של שליח נעשה ממש כגופו של משלח", אלא "שלוחו יש לו כח לעשות דבר זה כמו המשלח, וזה גדר כוחו של שליחות להיות כח לשליח לעשות הדבר כמו המשלח"³⁴.

(ד) בהתאם לגורסים את "תורת הזיהוי", נשאלת השאלה, מדוע לא ניתן למנות שליח לביצוע פעולה פיסית של עשיית מצווה, כגון הנחת תפילין?

21. לאחר שסקרנו את הקשיים שמעוררת כל אחת מן התורות, נעבור אפוא לשלב נוסף בהבנת מהותה של שליחות. נביא בהקשר זה כמה וכמה עקרונות יסוד המובאים באחרונים בהקשר זה, ונראה כיצד מתבהרות השאלות דלעיל. נראה גם כי קיים שילוב מסוים של "תורת כח הייצוג" עם "תורת הזיהוי" וכי יש נושאים מסוימים שלגביהם חלה דווקא "תורת כח הייצוג", ונושאים אחרים שלגביהם חלה "תורת הזיהוי". לשם הבנת סוגיה זו, נפתח במחלוקת ה"נודע ביהודה" והרב שמעון שקופ, בשאלה, האם משמעות הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" היא רק כי המעשה אינו מיוחס לשולח, אך לעומת זאת התוצאה המשפטית - תקפה ומיוחסת אליו, או שמא אין שליחות כלל,

33 פעולות אלה תואמות לכאורה להגדרה של "פעולות ראליות", וראה הע"ש 7 לעיל, מחלוקתם של פרופ' ברק ופרוקצ'יה בהקשר לאפשרות למנות שליח לביצוע פעולות אלו.

34 שו"ת עונג יום טוב, חלק יורה דעה סימן קי"ג המסיק לאור דברי התוס' רי"ד הנ"ל כי אין מקום לאימוץ תורת הזיהוי וכאשר נאמר כי שלוחו של אדם כמותו "אין הכוונה שמחשבין ממש לכל הפרטים כאילו המשלח עשה דבר זה וגופו כגופו, רק ששלוחו יש לו כח לעשות דבר זה כמו המשלח, וזה גדר כוחו של שליחות להיות כח לשליח לעשות הדבר כמו המשלח".

לשום דבר ועניין. דברים אלו יהוו פתח להבנת גדרי השילוב בין תורת כח הייצוג לתורת הזיהוי ולהבנת תחומיה של כל אחת מתורות אלו.

ג. מחלוקת ה"נודע ביהודה" והרב שמעון שקופ לגבי שליחות לדבר עבירה

22. בפני ה"נודע ביהודה"³⁵ הובא המקרה הבא: "מעשה באחד שגירש אשתו הראשונה על ידי שליח - בעל כרחו, שתפסו "בעלי מלחמות" (אנשים אלימים) את האשה באמצע הרחוב, ושליח זרק את הגט לחיקה. האשה צעקה ואין מושיע. היא לא נתרצית לקבל את הגט והשליכה את הגט מחיקה, ולפי דבריה מרוב הרעש וההיאבקות - נקרע הגט קודם שבא לחיקה". השאלה היתה אפוא האם במקרה כזה יש לקבל את דברי האשה לפיהם נפסל הגט ונקרע עוד קודם שהגיע לידיה.

23. ה"נודע ביהודה" קבע בענין זה כי הגט אינו תקף. אך זאת מכיוון - שהגט נמסר ע"י שליח והשליחות לא היתה תקפה לנוכח האיסור לגרש אישה בעל כורחה³⁶. ובלשונו:

"והוריתי, כיוון שיש כאן עבירה חמורה - לעבור על חרם רבנו גרשום מאור הגולה, שאסר לגרש אשה בעל כורחה³⁷. אם כן, אין שליח לדבר עבירה - ובטל מעשה השליחות לגמרי ולא נתגרשה בשליחות הבעל, ואין כאן גירושין והיא אסורה להינשא. והוא המגרש - עודנו בעלה, וחייב בכל חיובי הבעל לאשתו, ואסור לאשה אחרת מחמת חרם דרבנו גרשום שלא לישא שתי נשים".
ודוק, כאשר נקבע כי אין שליח לדבר עבירה ניתן להסיק כי המעשה האסור

35 שו"ת נודע ביהודה מהדורה קמא, אבן העזר סימן ע"ה.

36 וראה לעומת זאת את דברי הרב אריה לייב הכהן ב"קצות החושן" סימן קפ"ב ס"ק ב' הגורס כי אין במקרה זה תחולה לכלל של "אין שליח לדבר עבירה", שהרי השליחות של מוסרי הגט לא היתה לכפות על האישה להתגרש אלא רק למסור את הגט, והעובדה כי האישה אינה רוצה בכך אינה חלק מן השליחות. השליחות אינה על דבר העבירה אלא על הגירושין (השליח לא נשלח למסור לה בעל כורחה אלא לגרשה), ולכן השליחות בת תוקף. לפי דברי "קצות החושן" נמצא כי האישה האמורה מגורשת, איננה אשת איש ומותרת להנשא!

37 חרם רבנו גרשום קבע כי אסור לגרש אשה בעל כורחה. כדי שלא יעקפו חרם זה באמצעות נשיאת אשה נוספת והותרת האשה הראשונה בלא גט, עד שתואיל לקבל את הגט, קבע רבנו גרשום איסור לשאת שתי נשים. בסיסו של האיסור לשאת שתי נשים נעוץ אפוא בהגנה שניתנה לאשה מפני גרושין בעל כורחה. לפרוט בעניין זה ראה א. וינרוט "פמיניזם ויהדות" פרק י' עמ' 138 עד 153.

שעשה השליח אינו בר תוקף כלל³⁸ וניתן לגרוס כי הדין של "אין שליח לדבר עבירה" פירושו רק כי המעשה הפיזי אינו מיוחס לשולח וממילא אין לראות את השולח כמי שביצע את העבירה, אבל התוצאה המשפטית של המעשה תקפה ומתייחסת לשולח. על כן, מבהיר ה"נודע ביהודה" ופוסק כי כאשר נקבע כי "אין שליח לדבר עבירה" – המעשה שנעשה נעדר תוקף משפטי לחלוטין. יתירה מכך, אף לדעת בית שמאי הגורסים כי יש שליח לדבר עבירה, הדברים אמורים רק בנוגע לנושאים שבהם אי אפשר לבטל את המעשה, בהיותו פעולה פיסית (כגון: שליח שטבח שור או ביצע מעשה של מעילה בהקדש או הרג אדם). אבל לכל הדעות "להיות המעשה קיים בדבר שצריך שליחות – הרי שאין שליחות לדבר עבירה ובטל המעשה לגמרי".

ה"נודע ביהודה" מוכיח את דבריו משיטת התוספות במסכת בבא מציעא³⁹ שאותם נביא באופן שיטתי להלן:

(א) בסוגיה שם מובהר כי חצרו של אדם משמשת עבורו כשליח וקונה עבורו נכסים שהוטלו לתוכה. הגמרא מקשה: כיצד יתכן לגרוס שחצר קונה את הנכס לבעליה מכח דיני השליחות, הרי הכלל הוא כי ניתן לרכוש באמצעות חצר גם חפץ גנוב והכלל הוא כי "אין שליח לדבר עבירה". אילו היתה חצר פועלת מכח שליחות לא היתה אמורה להיות לפעולה כל תוקף בעת רכישת נכס גנוב? על כך מובאות בגמרא שתי תשובות.

(ב) רבינא מבהיר כי הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" נאמר רק לגבי פעולה האסורה גם על השליח. במקרה זה זהו הכלל של "דברי הרב (הקב"ה בתורתו) ודברי התלמיד (השולח) דברי מי שומעין?" מכוחו מסיקים אנו כי דבר עבירה מבצע אדם מכח הכרעה ערכית שלו להעדיף את ציוויו של השולח על פני הנורמה ההלכתית החלה עליו. מכיוון שזו הכרעה ערכית שלו עצמו, הרי שהפעולה לא נעשתה מכוחו של השולח ואינה מיוחסת אליו. לעומת זאת קרקע – אינה נשוא ציווי תורני לנהוג בהתאם לחיובים מסוימים, ואין לה כמובן כל אפשרות לבצע הכרעות ערכיות כלשהן. משום כך לא נאמר לגבי חצרו של אדם הכלל של אין שליח לדבר עבירה.

רב סמא, מבהיר כי הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" נאמר רק

38 הרב יעקב יהושע פולק "פני יהושע" על קידושין דף מ"ב עמ' ב'; חידושי ר' עקיבא איגר, על בבא מציעא דף י' עמ' ב'.

39 בבא מציעא דף י' עמ' ב' תוספות דיבור המתחיל "דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה".

במקרה שהשליח הינו בעל יכולת בחירה. לעומת זאת חצר היא סבילה ואין בידה לבצע הכרעה כלשהי, ועל כן אינה נכללת בגדרו של כלל זה.

(ג) הגמרא מבהירה כי קיימת נפקות בין הסברו של רבינא לכין הסברו של רב סמא במקרה שבו כהן ממנה ישראל לשמש כשלוחו לקדש עבורו (עבור הכהן) אשה גרושה.

לפי הסברו של רבינא - מכיוון שהשליח אינו עובר שום עבירה במקרה זה, שהרי הוא עצמו ישראל ולא כהן שאינו אסור בגרושה. הרי שאין נורמה הלכתית המופנית אליו ואין בפנינו הכרעה ערכית שלו עצמו. השליחות נותרת בתוקפה על אף שמדובר בעבירה של השולח. לפי הסברו של רב סמא - בפנינו שליחות של אדם בעל יכולת בחירה, ועל כן חל הכלל של "אין שליח לדבר עבירה" והשליחות לא תהא בתוקף⁴⁰.

(ד) "תוספות" מקשה:

רבא⁴¹ גורס כי קידושי כהן וגרושה אינם גוררים ענישה עד אשר הכהן והגרושה מקיימים יחסי אישות.

אם כן קשה, מה הנפקות לכך שאין שליחות לקדושין של כהן וגרושה הרי ממילא אין לוקים על המעשה של הקידושין והמלקות הן רק בגין יחסי האישות שנעשו ממילא באופן אישי ולא ע"י השליח.

(ה) על כך משיב "תוספות" בשני הסברים:

(1) כאשר הכהן והגרושה מקיימים יחסי אישות הם לוקים בגין - נישואיהם. הנפקות לכך שיש יחוס של מעשה הנישואים לשולח היא, שהוא ילקה בגין מעשה זה אח"כ - כשהנישואין יתממשו והזוג יקיים יחסי אישות.

40 בהקשר זה מקשה התוספות שם בדיבור המתחיל "דאמר לישראל קדש לי אשה גרושה" מדוע הבהירה הגמרא כי לשיטתו של רבינא השליחות תהא תקפה רק כאשר כהן ממנה ישראל לשמש כשליח לקדש גרושה. לכאורה, גם כאשר השליח הוא כהן, אמורה השליחות להיות תקפה לפי שיטתו של רבינא, שהרי השליח אינו עובר עבירה כלשהי במעשה זה. ותשובתו של התוספות היא כי מכיוון שאם הכהן השליח יקדש אשה זו לעצמו, יהא בכך משום מעשה אסור - הרי שהדבר נחשב מבחינתו למעשה עבירה גם כאשר הקידושין הם עבור המשלח. לעומת זאת אם ישראל מקדש אשה זו, הרי שעל אף שהוא עובר על האיסור של "לפני עיוור לא תתן מכשול", הרי שמבחינתו שלו אין כאן הכרעה ערכית לבצע עבירה, שכן הוא עצמו אינו נכלל בגדר האיסור של נישואי גרושה ומבחינתו הוא אין המדובר במעשה אסור.

41 קידושין דף ע"ח עמ' א'.

- (2) אכן אין ענישה עד לשלב יחסי האישות, אך יש איסור בעצם הנישואין. על כן, אם יש שליחות - חלים הקידושין, ואם אין שליחות לדבר עבירה - הרי שהקידושין כלל אינם בתוקף.
- (1) בהתאם להסבר הראשון של תוספות - נמצא כי שליחות לדבר עבירה אינה גורעת מתוקף המעשה והקידושין הינם ברי תוקף בכל מקרה. השאלה היא רק אם ניתן ליחס את המעשה לשולח. לעומת זאת, בהתאם להסבר השני של תוספות - שליחות לדבר עבירה - גורעת מתוקפו של המעשה. לא זו בלבד שהמעשה אינו מיוחס לשולח אלא שגם התוצאה המשפטית אינה מיוחסת לו והמעשה כולו נעדר תוקף.
- (2) ה"נודע ביהודה" מוכיח על כן מדברי התוספות (מן ההסבר השני) וממקורות נוספים כי שליחות בדבר עבירה - היא פעולה הנעדרת כל תוקף⁴² ו"מכיוון שאינו שליח, לא נעשה המעשה בשליחותו".

ה"נודע ביהודה" מבהיר אפוא כי מבחינת הגיונם של דברים "אי אפשר לחלק בשליחות ולאמר שלעניין להיות המעשה קיים, שפיר נחשב שליחות, ולעניין לחייב את המשלח, לא ייחשב שליחות". ה"נודע ביהודה" מסיק על כן כי אם יש תוקף לפעולת השליח על אף שמדובר בדבר עבירה, הרי שהיא גם תתייחס לשולח. לעומת זאת, אם הפעולה אינה מתייחסת לשולח, הרי שגם אין לה תוקף.

42 ה"נודע ביהודה" מוכיח כי הרמב"ם בהלכות איסורי ביאה פרק י"ז פוסק בהתאם לתירוצו השני של התוספות, וכן הינו מוסיף "ואפילו לתירוץ הראשון של התוספות, מכל מקום הדין היוצא מהתירוץ השני דין אמת ולא נחלקו בדין זה... מכל מקום אומר אני בדבר זה שאין שליח לדבר עבירה והמעשה בטל, לא נחלק בו אדם, ואי אפשר לחלוק על דבר אמת היוצא מפשטן של דברי הגמרא אין שליח לדבר עבירה וכיוון שאינו שליח, לא נעשה המעשה בשליחותו". ה"נודע ביהודה" מסביר כי בהתאם לתירוץ הראשון של התוספות אין לראות בקידושין עצמם מעשה עבירה שכן העבירה מתממשת רק עם קיום יחסי אישות לאחר הקידושין. במקרה זה הופכים הקידושין למפרע למעשה עבירה, אך לעניין שליחות - אי אפשר לבטל את תוקפו של המעשה למפרע. לעומת זאת בהתאם להסבר השני בתוספות המעשה מוגדר מלכתחילה כמעשה עבירה. על כן מסיק ה"נודע ביהודה" כי "בדבר שעבירה נעשית מיד על ידי השליח בשעת מעשה, וודאי שלא חל המעשה כלל".

24. הרב שמעון שקופ⁴³ מתייחס לשאלה מדוע לא חלה שליחות לגבי חליצה של יבמה (בעוד שיש שליחות לגט). במסגרת זו מבהיר הרב שקופ את יסודות השליחות, וחולק מכל וכל על ה"נודע ביהודה". לדבריו, כאשר "אין שליח לדבר עבירה" המעשה אינו מיוחס לשולח, אך לעומת זאת התוצאה המשפטית - תקפה ומיוחסת אליו. נביא להלן את דבריו באופן שיטתי וסדור:

- (א) הרב שמעון שקופ מבאר כי בשליחות יש להבחין בין שניים אלו:
- (1) יחוס לשולח של הפעולה הפיזית שעשה השליח, עד כדי כך שלדעת כמה ראשונים אם השליח אינו יודע כי פעולתו מהווה עבירה היא מיוחסת לשולח ומהווה עבירה של השולח, כך שיש בפנינו מעשה עבירה של השולח, מכח השליחות.
 - (2) יחוס לשולח של התוצאה המשפטית של הפעולה שעשה השליח, כאילו נעשתה פעולה זו ע"י השולח.
- (ב) יחוס התוצאה המשפטית לשולח אינו פועל יוצא מיחוס הפעולה הפיזית לשליח וזהו חידוש נפרד ונוסף שחידשה התורה לגבי שליחות. נבהיר:
- (1) גם כאשר בפנינו יחוס לשולח של הפעולה הפיזית שעשה השליח, אין לומר כי הגט גם התקבל בידה הפיזית של האישה עצמה, שהרי ברור כי השליחות אינה יוצרת זיהוי פיזי של יד השליח עם יד האישה השולחת.
 - (2) גם אם נוהה את פעולת השליח עם פעולת האישה עדיין בפנינו מצב שבו האישה נטלה את הגט וקיבלה אותו - לתוך ידו הפיזית של השליח.
 - (3) ממילא, ברור כי ניתן למנות שליח לקבלת גט רק מכיוון שמלבד יחוס הפעולה לשולח (מעשה קבלת הגט) התחדש בשליחות כי גם הפעולה המשפטית תיוחס לשולח. חידוש שני זה הוא המתגבר על הקושי הנובע מכך שבסופו של המעשה הגט מצוי בתוך ידו של השליח ולא בידי האשה.
- (ג) כאשר השליח נעדר כשירות משפטית לבצע פעולה משפטית מסוימת אין לומר כי יהא לה תוקף מכח זיהוי עם השולח. ובלשונו של הרב שקופ: "אי אפשר ליחס המעשה למשלח רק כפי המעשה של השליח".

43 הרב שמעון שקופ ראש ישיבת גרודנא בליטא, בספרו "שערי יושר" שער ז' פרק ז'. להרחבה ועיון במקורות נוספים בהקשר זה ר' הרב ש. רוזובסקי, חידושי רבי שמואל, בבא מציעא סימן י"ד.

לכן, אם כהן שולח ישראל להקריב קרבן - תהא העבודה פסולה ואין לשליח כושר לכצע דברים שמשלחו רשאי לכצעם, שהרי השליח הוא ישראל ולא כהן - ואין לו היתר להקריב קורבנות. כמו כן, אם נשלח עבד לקבל גט או לקרש אישה, אין השליחות תופסת שהרי השליח "אינו בתורת גיטין וקידושין", ואלו אינם חלים על עבד. מה שאינו תקף לגביו עצמו - לא חל גם כאשר נעשה עבד זולתו.

(ד) בדומה לכך, כאשר שליח עושה פעולה קניינית עבור השולח, יש תוקף לקניין, לא מחמת זיהוי של פעולת הקניין הפיזית עם השולח, שהרי הפעולה מיוחסת לשולח אך אין זיהוי פיזי בין השליח לשולח. גם אם נייחס לשולח את מעשה הקניין של השליח הרי החצר והיד שבהן נעשתה הפעולה הן של השליח, והרבר דומה למי שיעשה פעולה של הנחה בחצר זולתו. בהכרח עלינו ללמוד כי יש בשליחות חידוש נוסף של התורה, שאינו נובע מיחוס הפעולה של השליח לשולח, ולפיו מיוחסת התוצאה המשפטית לשולח. דהיינו - מייחסים לשולח את התוצאה של קניית הנכס, שהיתה מתרחשת אילו היה השליח עושה פעולה זו עבור עצמו⁴⁴.

(ה) הרב שמעון שקופ מבהיר על כן כי שליחות אינה יכולה לחול בחליצה מהטעם הבא:

(1) זיהוי של גוף השליח עם השולח אינו אפשרי - ומסירת גט לשליח איננה מסירת הגט לידיה של האישה. על כן, יחוס הפעולה הפיזית של מסירת הגט לאישה - לא הועילה כשלעצמה והגט חל רק מכיוון שיש יחוס של התוצאה המשפטית לשולח.

(2) יחוס של תוצאה משפטית יתכן רק כאשר השולח הוא היוצר את התוצאה האמורה. בקדושין בקניינים ובגרושין רצונו של השולח הוא הנותן תוקף משפטי ויוצר את התוצאה המשפטית. על כן, יכולים קדושין קניינים וגיטין להתבצע באמצעות שליח.

(3) אבל, בחליצה - כמו ביבום, היכם רק עושה את הפעולה, אך התוקף המשפטי של הדברים אינו תלוי ברצונו וממילא - אין בידו להאציל כח שכזה, ואין אפשרות למנות שליח לענין זה. ובלשונו

44 ובלשונו של הרב שקופ "ומהאי טעמא עלינו לומר דלענין קניינים לא יועיל לנו האי כללא מה שנייחס מעשה השליח אל המשלח. אלא משום כלל אחר, דחשבה תורה השליח לקניינים כבעלים עצמם... שהוא הוא נעשה כבעלים שמעשיו מועילים, ומהאי טעמא יכול השליח לעשות גם ע"י צירוף של כוחותיו שאי אפשר ליחסם על המשלח (כגון חצר או יד שלו - הוספה שלי)".

של הרב שקופ: "כח ההתרה הוא דין שמיים ואינו מסור ביד
הבעל דבר ועל כן לא שייך שיהיה השליח במקומם, כיוון שגם
הם אינם בעלי דבר על ההתרה".

(1) בהתאם לאמור, מבהיר הרב שקופ את דברי התוספות במסכת בבא
מציעא שאליו מתייחס ה"נודע ביהודה"⁴⁵ לפיו נמצא (בתירוץ הראשון)
כי כהן השולח ישראל לקדש לו אישה, הקידושין תופסים על אף
שאינן שליח לדבר עבירה הקידושין. משמעו של הכלל האמור הוא רק
שהמעשה אינו מיוחס לשולח ועל כן אין הוא נחשב כמי שעבר עבירה,
אבל יש תוקף לקידושין.

לכאורה, הדברים תמוהים, שהרי אם המעשה אינו מיוחס לשולח כיצד
תופסים הקידושין? ומאיך גיסא, אם הקידושין מיוחסים לשולח והכהן
קידש גרושה מכח מעשה זה, הכיצד אין זו עבירה של השולח?⁴⁶
על כך משיב הרב שקופ כי כאשר נקבע כי "אין שליח לדבר עבירה"
הרי שהדברים מתייחסים רק ליחוס הפעולה הפיזית לשולח, אך
אין הם מתייחסים גם לחלק השני והנפרד שהתחדש לגבי שליחות,
בדבר יחוס התוצאה המשפטית לשולח. זהו כאמור דין נוסף ונפרד
בשליחות, שאינו פועל יוצא מן היחוס של הפעולה הפיזית לשולח,
ולפי דעת תוספות הנ"ל (בהסבר הראשון) התוצאה תיוחס לשולח
גם אם מדובר בדבר עבירה, והמעשה של השליח יהיה בר תוקף
משפטי.

המעשה של השליח הוא שאינו מיוחס לשולח, שכן העבירה נעוצה
במעשה האסור. לעומת זאת התוקף המשפטי כשלעצמו אינו בגדר
עבירה וממילא אין מה שימנע את יחוסו לשולח.

נמצא אפוא, כי כאשר בפנינו דבר עבירה הפעולה הינה בת תוקף
משפטי, והגרושה נשואה לכהן השולח. אלא שהדברים משולים
לקידושין שחלו מאליהם, שכן מעשה העבירה אינו מיוחס אליו,
וממילא בהעדר מעשה עבירה אין מקום להעניש את השולח.
בהתאם לשיטתו של הרב שקופ יש אפוא מקום הן ל"תורת הזיהוי"
והן ל"תורת כח הייצוג", באשר יש שני מישורים בכל שליחות, האחת
פועלת במישור יחוס הפעולה לשולח והאחרת פועלת במישור יחוס

45 בבא מציעא דף י' עמ' ב' תוספות דיבור המתחיל "ראמר לישראל קדש לי אשה גרושה",
הנזכר בהע"ש 39 לעיל.

46 קושי זה העלה כאמור ה"נודע ביהודה" והסיק כי אי אפשר לחלק בשליחות ולגרוס כי
היא חלה לעניין התוקף של המעשה ולעניין לחייב את המשלח, לא ייחשב שליחות.

התוצאה המשפטית לשולח. אלו חידושים נפרדים ושונים - המתקיימים זה לצד זה.

ד. שיטת ה"חתם סופר"

25. הבחנה זו מביאה אותנו לעיון עמוק יותר ב"תורת הזיהוי" ולהסבר מדוע לא ניתן לפיה למשל למנות שליח לביצוע פעולה פיסית של דבר מצווה? בהקשר זה ידועה היא שיטתו של ה"חתם סופר"⁴⁷ המתניחם לשאלה המרכזית המועלית כלפי "תורת הזיהוי": מדוע לא ניתן למנות שליח לביצוע פעולה פיסית של עשיית מצווה, כגון הנחת תפילין? ה"חתם סופר" מניח לכאורה כהנחת יסוד את "תורת הזיהוי"⁴⁸, ומבהיר כי משום כך היה מקום לשליחות גם לדבר עבירה אלמלא חידוש הפסוק כי אין תוקף לשליחות זו. ה"חתם סופר" מדגיש בהקשר זה מספר עקרונות יסוד שיובהרו להלן.

26. החתם סופר מביא את שיטת תוס' רי"ד⁴⁹ ומבהיר, כי לא ניתן לבצע ע"י שליח מצוות שיש לכצעם על גופו, אם מבחין בין מצוות הנעשות באמצעות גופו כשהגוף הוא עושה הפעולה - שלגביהן ניתן למנות שליח, לבין מצוות שעל גופו, שהגוף הוא מושא הפעולה - שאותן לא ניתן לבצע ע"י שליח. כך למשל: במצוות תפילין, את פעולת הקשירה יכול השולח לעשות ע"י שליח. על כן, כאשר השליח יקשור תפילין על זרועו של השולח יצא השולח ידי חובתו. אבל להניח את התפילין על זרועו של השליח לא ניתן. כמו כן, הממנה אדם כשליח כדי שימול ערלתו שלו, לא יהפוך את השולח למהול. אילו חלה שליחות במקרה זה⁵⁰ הרי שהשולח יחשב כמי שביצע את מעשה המילה - בשליח, אך לא יהפך למהול עקב כך.

47 שו"ת "חתם סופר" חלק א (או"ח) סימן ר"א.

48 על כן מתלבט ה"חתם סופר" "האם סברא חיצונה היא שיהיה שליח כמותו ולא בא הפסוק אלא למעוט דבר עבירה וממילא שוב צריך פסוק לרבות שליחות למצוה, או נאמר בהיפוך, שסברא חיצונה היא שאין שליח כמותו ונצטרך פסוק כדי לרבות שליח למצוה ומשום כך צריך מיעוט לדבר עבירה".

49 הדברים מובאים גם בספר "כפות תמרים" מסכת סוכה דף מ"א עמוד ב' דיבור המתחיל "מנא הני מילי".

50 במקרה זה לא חלה שליחות כמבואר ב"בית הלוי" שהובא בהע"ש 26 לעיל.

27. ה"חתם סופר" מבהיר אפוא כי תורת הזיהוי תיצור זהות של עושה הפעולה עם השולח וממילא הנחת התפילין על זרועו של השליח כמוה כפעולה של השולח - המניח את התפילין על זרועו של השליח. אבל את התפילין צריך להניח על זרועו של השולח כדי שהלה יצא ידי חובה. זיהוי של הזרוע של השליח עם זרועו של השולח - לא ניתן לבצע ע"י שליחות.

28. בהמשך לכך מבהיר ה"חתם סופר", בעקבות עקרון המובהר ע"י התוס' ר"ד, כי לענין שליחות לדבר עבירה, כי יש להבחין בין עבירה תוצאתית שבה מוטל האיסור על עשיית הפעולה - ואשר לגביה ניתן היה למנות שליח לדבר עבירה, אלמלא חידוש הפסוק השולל זאת, לבין עבירות שהגוף הוא מושא הפעולה - שאותן לא ניתן ממילא לבצע ע"י שליח, וממילא לא היה נחוץ לגביהן פסוק שילמד כי אין שליח לדבר עבירה. כך למשל:

(א) עריות - אם אמר השולח לשליח "בעול אשתך", הדבר מותר אף שאישה זו היא בגדר ערוה לשולח, שהרי השולח לא שלח את השליח לבעול ערוה הואיל ומושא הפעולה היא אשת השליח המותרת לו. ועל כן כאשר עשה השליח מעשה עם אשתו שלו אין בכך איסור גם אם הפעולה נעשתה בשליחותו של השולח, אשר לגבי אשתו של השליח היא אשת איש.

ולהיפך, שולח שאמר לשליח "בעול אשתי", מובן כי אם עשו כן הרי שבעל ערוה, שכן "אין הקפידה על הבעילה אלא על הערוה". הפעולה יכולה להתייחס לשולח אבל מושא הפעולה אינו משתנה ע"י השליחות, ובפועל זו אינה אשתו של השליח אלא אשת השולח האסורה בתכלית על השליח. על כן, הדבר אסור גם אם הוא נעשה בשליחותו של השולח.

(ב) רציחה - כאשר שולח אדם שליח לרצוח, הרי שבפנינו עבירה תוצאתית, שהרי מהות האיסור היא נטילת נפשו של הנרצח⁵¹. על כן, אלמלא חידוש התורה כי "אין שליח לדבר עבירה" היה מקום לתחולתה של שליחות כאמור.

(ג) מלאכות שבת - העבירה היא על גופו של העושה והגוף הוא מושא

51 ודוק, ברציחה מוטל על כל אחד מישראל איסור זהה וב"בית הלוי" הנזכר בהע"ש 26 לעיל, מובהר כי במקרה של מצווה המוטלת על השליח כשם שהינה מוטלת על השולח, אין שליחות. עם זאת, אין מניעה לייחס את הרציחה לשולח, שהרי במצווה אין השליח עושה את האינטרס האישי של שולחו אלא ציווי אלוקי המוטל גם עליו, ואילו ברציחה השליח מיישם את התוצאה המבוקשת ע"י שולחו (ובניגוד לציווי אלוקי המוטל על השליח), ועל כן נחשב לשליח שלו והפעולה מיוחסת למי שהינו הצד המעוניין בה.

הפעולה, כשהדין הוא שהאיש ינוח ולא שהתוצאה לא תתבצע. כך מובא בירושלמי במסכת שבת פרק ראשון כי מן הפסוק "ששת ימים תעשה מלאכתך וביום השביעי תשבות" – למדים כי מותר לפתוח (ברז) מים לגינה בערב שבת, על אף שזו מתמלאת והולכת כל השבת, וכן מותרים בישול וכל מלאכות שעשאן מערב שבת על אף שהן מסתיימות בשבת. "שלא הקפיד הקב"ה על מלאכה בשבת אלא על איברי בעלי חיים של ישראל, הוא ועבדו ושורו שינוחו, אבל אין איסור על המלאכה הנעשית מאליה".

על כן, "לא שייך הכלל של "שלוחו כמותו אפילו יש שליח לדבר עבירה". אכילת תרומה – העבירה היא על גופו של העושה והגוף הוא מושא הפעולה, כשהדין אוסר על מי שאינו כהן לאכול תרומה, ולא שתרומה לא תאכל. משום כך:

אם ישראל אומר לכהן אכול תרומה, הרי שבפנינו פעולה שגם אם היא מיוחסת לישראל (השולח) הרי שמושא הפעולה הוא כהן, שגופו הוא שאכל תרומה. הדברים משולים במקרה זה לישראל שהאכיל תרומה לכהן – על כן אין שום איסור בדבר. ולהפך, אם כהן שלח ישראל לאכול תרומה, הרי שגם אם הפעולה מזוהה עם השולח הכהן, הרי שמושא הפעולה הוא ישראל שגופו אכל תרומה, והדבר משול לכהן שהאכיל תרומה לישראל ועל כן הדבר אסור.

29. הסברו של ה"חתם סופר" מיישב אפוא הן את הקושי שעוררה תורת הייצוג ביחס ל"שליח לדבר עבירה" והן את הקושי שעוררה "תורת הזיהוי" לנוכח העדר שליחות במצוות שבגופו:

(א) תורת כח הזיהוי אינה סותרת לעקרון שקבע התוספות רי"ד כי אין שליחות במצוות שבגופו, שכן דברי התוספות רי"ד התייחסו למצוות שיש לקיימן על גופו של המשלח, כשהוא מושא הפעולה. לכך לא מועילה תורת הזיהוי. לעומת זאת, למצוות שיש לקיימן באמצעות גופו של השולח כנושא הפעולה, תועיל שליחות – מכח תורת הזיהוי. (ב) תורת כח הייצוג אינה סותרת לסוגיית "שליח לדבר עבירה", שכן יש להבחין בין עבירה תוצאתית שבה מוטל האיסור על עשיית הפעולה – ואשר לגביה ניתן היה למנות שליח לדבר עבירה, אלמלא חידוש הפסוק השולל זאת, לבין עבירות שהגוף הוא מושא הפעולה – שאותן לא ניתן ממילא לבצע ע"י שליח שהרי השולח לא ביצע את מעשה העבירה.

17. הבחנה בין פעולות תוצאתיות לפעולות שתכליתן כעצם עשייתן
 30. ה"חתם סופר" מבחין בין "שליחות" משפטית שהתחדשה ע"י התורה לבין
 שליחות פיסית, שהיא כגדר "הליכות עולם".

השליחות שחידשה התורה, והנלמדת מפסוקים היא שליחות לביצוע פעולה
 בת תוקף משפטי, להבדיל משליחות לביצוע פעולה פיסית כגון פרעון חוב.
 שליחות לביצוע פעולה פיסית אינה שליחות שחידשה התורה, "אלא זה
 הוא מהליכות עולם"⁵².

פרעון חוב הוא פעולה פיסית וממילא אין צורך בעניין זה בתחולת תורת
 השליחות הנלמדת מפסוק, ועל כן, ניתן לעשות פעולה זו גם ע"י מי שאינו
 נכלל בחידוש התורני של שליחות, ושאינו כשר להיות שליח (כגון גוי או
 קטן).

על כן, מלווה שקיבל החזר של כספו ע"י מי שפסול להיות שליח, אינו
 יכול לטעון כי החוב לא נפרע ע"י הלווה, שכן לפעולה פיסית אין צורך
 בשליחות על פי דיני השליחות.

הסוגיה במסכת קידושין בנוגע לשאלה האם "שליח נעשה עד" עוסקת
 בפרעון חוב⁵³ ועל כן אינה שייכת כלל להלכות שליחות והמערב "שלוחו
 כמותו" האמור אצל פרעון חוב עם שארי "שלוחו כמותו" הרי זה מערב
 כלאים".

27 שליחות – רק לגבי מה שצריך אדם לבצע בעצמו

ה"חתם סופר"⁵⁴ מוסיף ומבהיר כי למעשה הבסיס לכל שליחות אינו עצם
 היכולת לבצע את הדברים עבור הזולת, אלא הזיהוי של השליח עם המשלח,
 כך שהדבר יחשב "שלוחו כמותו"⁵⁵. השליחות באה להרחיב את אישיותו

52 ה"חתם סופר" מבהיר בהקשר זה: "ופשוט דלא שייך שלוחו כמותו במילי דעלמא
 (בדברים בעלמא) אם אומר "ישב", "ילך", "ידבר" וכדומה שיהיה כאילו הוא (השולח)
 יושב הולך ומדבר, הוא דבר בטל. לא נאמרו הדברים אלא בקיום מצוה, או בעובר עבירה,
 או בקנין ומכירה, שיהא משיכתו של שליח כאילו הוא משך, או חזקתו או קנין חליפיו
 וכדומה, ואלו (שליחות בנושאים ברי תוקף משפטי) נפקא מקראי (למדים מפסוק)".

53 וצ"ע דבריו, שהרי במסכת גיטין דף ה' עמ' ב' מצינו התיחסות לשאלה האם "שליח נעשה
 עד" לגבי גט, שזהו נושא מובהק של שליחות. יתירה מכך, במסכת קידושין דף מ"ג עמ'
 א' מבאר רש"י דיבור המתחיל "שליח נעשה עד": "בין לקידושין בין ששלח ממון לבעל
 חובו...". משמע כי גם בקידושין, שהינו נושא מובהק לשליחות, קיים הספק אם שליח
 נעשה עד.

54 "חתם סופר" בחידושו על מסכת גיטין דף כ"ב ד"ה "והא לאו בני דעה נינהו".

55 ובלשונו של ה"חתם סופר": "ודע והבן, כל מה שאמרו חז"ל פלוני בר שליחות או אינו בר שליחות,
 היינו בר שליחות כמותו או אינו בר שליחות כמותו, אבל שליח אפילו קוף יכול להיות שליח אלא

המשפטית של השולח ולא את ידו הפיזית. דין השליחות נאמר על כן אך ורק לגבי נושאים שלגביהם יש דין שהאדם יעשה את הפעולה בעצמו, וזהו החידוש של "שלוחו כמותו" המועיל לזהות את מעשה השליח עם השולח. לעומת זאת, נושאים שמלכתחילה אין הכרח לעשותם באופן אישי, יכול אדם לעשותם גם ע"י אחר, אף בלא שיהא צורך בחידוש התורני של דין השליחות. דין שליחות התורני נאמר רק על פעולות שיש לעשותן מבחינה משפטית באופן אישי ושם חלה תורת הזיהוי. שליחות זו ניתן לבצע רק ע"י מי שכשר להיות שליח. לעומת זאת, פעולות טכניות ופיזיות – אינן עולות כדי "שליחות" ולכן, ניתן לבצען ע"י כל אדם – לרבות ע"י מי שפסול לשמש כשליח⁵⁶. על כן, גם מי שפסול להיות שליח, ואפילו קוף, יכול לבצע דברים עבור זולתו – כשאין מלכתחילה הכרח לעשותם באופן אישי. ואכן, דברי ה"חתם סופר" מוכחים לכאורה עת שמעיינים בסוגיה במסכת עירובין דף ל"א עמ' ב' בה מצינו משנה כי "השולח עירובו ביד חרש שוטה וקטן (הפסולים לשליחות ולכל פעולה משפטית) – אינו ערוב". ומבהירה הגמרא כי דברים אלו מתייחסים רק לערובי תחומין ולא לערובי חצירות. והטעם לכך מובהר ברש"י שם כי ערוב תחומין דורש הכרעה ושיקול דעת, שכן עליו להחליט כי עקב שביתתו בצד האחד, תחום שבת שלו יהא 4000 אמה רק לאותו הצד, ולא יהיו לו 2000 אמה לכל צד אחר של העיר. ובלשון רש"י "אבל ערובי תחומין, אקנויי שביתה הוא וקטן לא אלים למקני". רק ערובי תחומין שבהם נדרשת הקנאה, לא ניתן לעשות ע"י מי שפסול להיות שליח, שכן דרושה פעולה של האדם עצמו כדי להביע את גמירות דעתו לבצע קניין, ובכך נדרשת שליחות. לעומת זאת, ערובי חצירות מתהווים מאליהם ע"י פעולה טכנית ואין צורך לגביהם בשליחות. על כן, גם מי שפסול להיות שליח יכול לבצע זאת עבור השולח.

ה. הבחנות נוספות בין סוגי שליחות

31. בהסברים אלה של ה"חתם סופר" אין לכאורה כשלעצמם כדי להבהיר מדוע

שאינו כמותו. נפקא מינה, היכן שהקפידה תורה שהבעל דין בעצמו יעשה – אלא שאנו אומרים שלוחו הוא כמו עצמו. לזה צריך דין שליחות, שאם לא כן לא היה כמותו. אבל, היכן שאמרה תורה שישלח שליח, כגון משלוח מנות זה מועיל אפילו ע"י קוף וכל הפסולים, והבן זה כי כבר טעו בו גדולים וטובים ממני".

56 פעולה זו אינה פעולה משפטית, אלא פעולה מטריאלית. "משלוח מנות אינו שונה לעניין זה מפרעון חוב.

מצינו כלל לפיו לא ניתן למנות שליח לבצע פעולה של חליצה. במה שונה החליצה, שמפקיעה את זיקת האישות בין היבמה לבין היבם, ממתן גט, המנתק את זיקת האישות בין האישה לבעלה, ואשר ניתן למסרו ולקבלו באמצעות שליח? מדוע אין אפוא שליחות בחליצה?

32. כדי להבהיר נקודה זאת, מן ההכרח להיזקק להבחנה נוספת.
 (א) כאמור, השליחות באה להרחיב את אישיותו המשפטית של השולח ולא את ידו הפיזית.⁵⁷

(ב) היכן הרחיב הדין את אישיותו המשפטית של השולח? מקום שבו בפנינו פעולות משפטיות שתכליתן להשיג תוצאה. תוצאה לא חייב אדם להשיג ע"י עשיה בעצמו דווקא. על כן, גם מה שיש לעשות באופן אישי ולהפעיל שיקול דעת עצמי – הדין הוא כי "שלוחו כמותו", שהרי אם התוצאה היא התכלית ולא העשיה עצמה, יכול אדם להגשים תוצאה זו גם ע"י שליח, והדבר משול לפעולות שעל אדם לבצע באמצעות גופו ולא בגופו שלו דווקא.

(ג) לעומת זאת, פעולות שתכליתן בעצם ביצוען, כמוהן כפעולות שאדם צריך לבצע עם גופו ואותן לא ניתן לבצע ע"י שליח. אכן, דין שליחות התורני נאמר על פעולות שיש לעשותן מבחינה משפטית באופן אישי ושם חלה תורת הזיהוי. אבל, דבר שצריך לבצע באופן אישי עם גופו של השולח, לא ניתן להעביר לשליח, כשם שתפילין אי אפשר להניח ע"י שליח.

(ד) בהתאם לכך מובנת ההבחנה בין גט לבין חליצה, שכן גט הוא פעולה תוצאתית הכורתת את זיקת האישות ואילו חליצה היא פעולה שתכליתיה בעצם ביצועה, כאשר היבמה חולצת את נעלו של היבם שמאן להקים לאחיו המת שם בישראל, ואומרת בפניו "ככה יעשה לאיש אשר לא יבנה את בית אחיו". פעולה זאת היא פעולה פיזית שאותה יש לבצע בגופם של היבם והיבמה, ועל כן לא ניתן למנות שליח לעניין זה.

33. הבחנה זו מצויה בדברי הרב אלחנן וסרמן, ב"קובץ שיעורים" על מסכת כתובות סימן רנ"ב⁵⁸.

57 להרחבה ר' גם נ. רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי (תשל"ב).
 58 דברים זהים מצינו אצל הרב משה פיינשטיין בשו"ת "אגרות משה" אבן העזר, חלק א' סימן קנ"ו המציין "שטעם תוס' ר"ד הוא נכון... דעיקר טעמו ששליחות לא שייך אלא בדבר שעיקר המעשה לא הוי העשיה רק מה שיוצא מזה, כגון בקירושין הוי עיקר

הרב ווסרמן מביא את דברי שו"ת "מהר"ח אור זרוע" בסימן קכ"ח המבהיר כי אין שליחות בחליצה, שכן כתוב "וחלצה נעלו מעל רגלו"⁵⁹. ותמה: במה שונה הדבר מגט שנאמר בו "ונתן בידה" ובכל זאת ניתן לתיתו ע"י שליח? על כך משיב ה"קובץ שיעורים": שישנן שני מיני מצוות:

(א) מקום שבו עיקר המצווה היא תוצאת המעשה - ושם שייך שליחות.
 (ב) מקום שבו העשיה בעצמה היא גוף המצווה - ושם לא שייך שליחות.
 על כן, במתן גט שהינו פעולה תוצאתית יש שליחות, ואילו במתן חליצה שבה העשיה בעצמה היא גוף המצווה - לא שייך שליחות.
 ונראה שזו כוונת "מהר"ח אור זרוע" כי בחליצה נאמר "וחלצה נעלו מעל רגלו" - דהיינו - שזו פעולה פיזית שאותה יש לבצע בגופם של היבם והיבמה. על כן לא מועילה שם שליחות.

בדרך זו מובנת גם ההבחנה הנוספת של "מהר"ח אור זרוע" שם בין הפרשת תרומה שבה שייכת שליחות, "משום דהמצווה היא שתתקן העיסה" (כלומר - מצווה תוצאתית), וכן שחיטת קודשים, שישחט הקרבן (כלומר - מצווה תוצאתית), וכן קידושין שתהא האישה מקודשת וכן גירושין וקביעת מזוזה ועשיית מעקה (כולן, מצוות תוצאתיות). אבל, בתפילין, ציצית, אכילת מצה, סוכה ולולב (שאינן מצוות תוצאתיות אלא שהמצווה היא בעצם עשייתן) לא שייך שליחות⁶⁰.

המעשה בזה שנעשית אשת פלוני, ובגירושין הוי עיקר המעשה בזה שנעשית פנויה, ובתרומה בזה שנעשה תרומה, ובפסח בזה שיש לו קרבן פסח כשר שיוכל לאכול. ואם היה אפשר להיות מה שנעשה בלא המעשה היה ג"כ מעשה אך שאי אפשר להיות כן בלא אמצעים: דבקידושין וגירושין צריך נתינה, ובתרומה צריך הפרשה וקריאת שם, ובפסח צריך להקדישו ולשוחטו ולהקריבו, וכל זה מוטל על בעל המעשה לעשות דהוא צריך לעשות גם את האמצעים. וחידשה תורה שיכול לעשות זה גם ע"י שליח, מאחר דאין זה אלא אמצעי להמעשה, ועיקר המעשה עושה הוא, שהוא המגרש ולו היא מתקדשת והוא נותן התרומה ולשמו נשחט הפסח. אבל, בסוכה ותפילין עיקר המעשה הוא שגופו ישב בסוכה, ועל גופו יהיו תפילין, שזהו עצם המעשה בלא שום יוצא מזה. אינו יכול לעשות שליח כיון דהוא אינו עושה כלום רק השליח לבד, ואין מה להחשיב עבורו בהמעשה".

59 וראה גם רא"ש מסכת יבמות פרק מצוות חליצה סימן ט"ו, וכן תוספות יבמות דף ק"א דיבור המתחיל "הן ולא שלוחן".

60 בדומה לכך ציין הרב משה מרדכי אפשטיין ב"לבוש מרדכי" בבא מציעא י"ג: "שליחות לא הווי רק בעושה שליח לעשות מעשה שיש בה חלות ותוצאות, כמו לגרש ולקדש, אבל בדבר שאין בו חלות ופעולות רק המעשה עצמו, על זה לא שייך שליחות. למשל, אם אחד ימכור בית לחברו על מנת שהלוקח ילך למקום פלוני וביום פלוני, על זה לא שייך לומר שיעשה שליח לילך למקום פלוני... שהרי השליח הלך ולא הוא".

34. עם זאת, נראה כי גם בהבחנה נוספת זו, של ה"קובץ שיעורים" לא ניתן להסתפק, שהרי אין בה לכאורה כדי להשיב על הקושי שמעלה הרב חיים שמואלביץ⁶¹ כדלקמן:

- (א) אדם יכול לפעול באמצעות שליח ע"י אמירה המלמדת כי הוא רוצה בתוצאה מסוימת שתושג ע"י שליח, וזאת גם אם אינו ממנה את השליח באופן מפורש ואינו מצווה לאדם מסוים דווקא לעשות את רצונו. בהתאם לכך מבהיר הר"ן⁶² כי אם אדם אומר "כל הרוצה לתרום יבוא ויתרום" - ובא אדם והפריש תרומה עבורו, יש בכך משום שליחות, וחל שם תרומה על הפרות. אין אפוא צורך במינוי שליח בדרך של ציווי והוראה מסוימת לאדם מסוים⁶³ ודי בכך שהביע את דעתו כי ניחא לו בכך שימלאו את רצונו ויעשו את הפעולה עבורו.
- (ב) לעומת זאת, ממשך הר"ן ומבהיר שם, כי האומר "כל הרוצה לכתוב יכתוב גט לאשתי" - אין בכך משום יצירת שליחות והגט פסול⁶⁴.
- (ג) מה ההבדל? מדוע בגט צריך מינוי מפורש כדי ליצור שליחות?

35. משיב על כך הרב שמואלביץ ומבהיר כי יש להבחין הבחנה נוספת בין שני סוגי השליחות הבאים:

- (א) פעולות שרצונו של העושה - מגדיר אותן ונותן להן תוקף והגדרה משפטית, כגון פעולת קניין - כאשר ברור כי הגבהת הנכס כשלעצמה אינה ולא כלום אם לא נלוית לה כוונה לרכוש את הנכס באמצעות פעולה זו.
- דוגמא נוספת לכך הם גיטין וקידושין, ששם הפעולה אינה בת תוקף בלא כוונה לקדש או לגרש. במקרים אלו גמירות הדעת של האדם הפועל - יוצרת את המציאות המשפטית.
- במקרים אלו תוכן השליחות הוא ייחוס הדעת של השליח אל השולח.
- (ב) פעולות שבהן הפעולה עצמה גוררת תוצאה משפטית ואין מספיק להגדיר אותה ע"י רצון מיוחד של העושה⁶⁵. דוגמא לכך היא עשיית

61 הרב חיים שמואלביץ' "בעניין שליחות וזכיה", ספר הזכרון למרן רבי חיים שמואלביץ זצ"ל (מוריה, תש"מ) קצ"ה, ר'.

62 ר"ן על מסכת נדרים דף ל"ו עמ' ב'.

63 עם זאת, אם אומר "כל התורם אינו מפסיד" - לא אמר כלום, שכן הדברים אינם בגדר יצירת שליחות.

64 ועיין שם בדברי הרש"ש על מסכת נדרים דף ל"ו עמ' ב'.

65 הרב ברוך דב ליוואביץ, ברכת שמואל מסכת קידושין סימן י"ט מביא בהקשר זה את דבריו של הרב יצחק רבינוביץ' אב בית הדין בפוניבז', "שיש שני מיני שליחות, אחד

נזק או רציחה. המעשה הוא היוצר את המציאות המשפטית. הכוונה הנלווית לכך מוסיפה כמוֹבן - ויש לה נפקויות רבות, אך אינה נחוצה כדי ליתן תוקף לדברים.
במקרים אלו תוכן השליחות הוא ייחוס המעשה שנעשה ע"י השליח אל השולח.

36. בהתאם לכך מבהיר הרב חיים שמואלביץ כי שליחות היא העברת כח הייצוג לשליח, ודי בכך שאדם מוכן להעברת כח הייצוג לזולתו כדי שהשליח יוכל לפעול עבורו, תוך ייחוס דעתו של השליח לשולח. במקרים אלו אין צורך במינוי מפורש לשליח מסוים, ודי בגילוי דעתו של השולח כי הוא מעוניין בהעברת כח הייצוג. לעומת זאת, כאשר נחוץ זיהוי של הפעולה עם השולח, כגון במקרה של שליחות לבצע רצח אם יש שליח לדבר עבירה, שצריך שהמעשה יתייחס לשליח - הרי שנחוץ מינוי מפורש לאדם מסוים כדי ליצור זיהוי בינו לבין השולח.

37. על כן, צריך מינוי מפורש לשליח מסוים לכתוב גט, ולא מועיל לשון "כל הרוצה" לגבי כתיבת גט, שבה "לא די בשליחות של מסירת כחו לשליח, אבל צריך גם שיהא על הכתיבה שם של "כתיבת הבעל", והרי זה כמו שליחות של צא והרוג את הנפש, שצריך ציווי המשלח דווקא, ולא מועיל כל השומע".

38. ודוק, מדברים אלו עולה כי קיים שילוב בין שתי החלופות השונות של מהות השליחות, וגם כאשר גורסים את "תורת כח הייצוג" לגבי העברת התוקף המשפטי של הפעולה מהשליח לשולח, יש צורך בנוסף לכך גם ב"תורת הזיהוי" - כאשר רוצים לייחס את המעשה הפיסי לשולח. לצורך זיהוי פיזי זה לא די בגילוי דעת כללי כי ניחא לשולח בפעולת השליח, אלא הזיהוי נוצר רק ע"י מינוי ספציפי של המשלח לשליח מסוים, ביחס לפעולה מסוימת.

היכן שבענין (צריכים) דעת בעלים לעניין חלות חפצא של קניין, כמו לעניין מקח וממכר שצריך דעת בעלים, וכן גיטין וקידושין, בזה למדנו שיש דין שליחות והווי כמו שנעשה מדעת בעלים. והשני, היכן שאין במעשה עצמו דין שיהא צריך להחלות של המעשה דעת בעלים, כמו ברציחה לדעת בית שמאי שמועיל שליחות לחייבו משום רציחה, והרי לא שייך שיהיה צריך דעת בעלים לעניין חלות דין רציחה, אלא שצריך שיהיה המעשה של המשלח כדי לחייב אותו מדין רוצח, ועל זה מועיל שליחות, שיהיה נעשה רוצח". וראה גם הרב יצחק רבינוביץ, "בגדרי שליחות" בספר: וזאת ליהודה, (ירושלים, ישיבת חברון, תשל"ז) עמ' שכ"ז.

39. יש אפוא מספר נושאים, כגון מתן גט, שלגביהם חלים זה בצד זה - תורת כח הייצוג ותורת הזיהוי, כאשר הראשונה פועלת בתחום ייחוס התוקף המשפטי לשולח, והשנייה מייחסת לשולח את המעשה הפיסי של הפעולה, מקום שבו צריך היה לעשותו באופן אישי. עם זאת, תורת הזיהוי האמורה מזהה רק את הפעולה הפיזית של השליח לשולח, אך אין היא מזהה גם את גופו של השליח עם השולח, ולכן פעולות שצריך לבצע בגופו של אדם ולא רק עם גופו, לא ניתן לבצען ע"י שליח, גם אם חלה כהווייתה תורת "כח הזיהוי".

ו. הסבר פסקו הנסתר של רש"י

40. בהתאם להבנות דלעיל נראה לכאורה כי ניתן לבאר את פסקו של רש"י בסוגיית הריבית, לפיו "מותר לישראל לומר לישראל חברו, לך ולווה לי מעות מפלוני ישראל בריבית, וגם תביא לו הריבית. שלא אסרה תורה אלא ריבית הבאה מיד הלווה ליד המלווה. וגם השליח לא עשה שום איסור, שהרי הריבית אינה שלו. ואם משום שלוחו של אדם כמותו - הרי קיימא לן שאין שליח לדבר עבירה להתחייב שלוחו".

על פסק זה הקשה ר' מרדכי יפה בעל ה"לבוש" בספרו על יורה דעה - "לבוש עטרת זהב" שאלות רבות שהבסיסית שבהן היא: ממה נפשך: אם יש שליחות - יש כאן הלוואה שניתנה מיד המלווה ללוה ופרעון ריבית שהחזיר הלווה למלווה - וזו עבירה כפשוטה.

אם אין שליחות, ואנו אומרים כי זו לא הלוואה שניתנה מיד המלווה ללוה ואין בפנינו פרעון ריבית של הלווה למלווה - אין עבירה - ואם אין עבירה - למה אין שליחות?

כיצד ולהיכן נעלמה העבירה אם הדברים נעשו באמצעות שליח? או שיש שליחות והעבירה מיוחסת לשולח, או שאין שליחות והעבירה היא של השליח. ואם אין כלל עבירה, הרי שאין מקום לכלל של אין שליח לדבר עבירה,

66 בהתייחס להגהת הרמ"א על שולחן ערוך יורה דעה סימן ק"ס סעיף ט"ז. ובלשוננו: "ממה נפשך, דהא טעמא דאין שליח לדבר עבירה אינו אלא משום ד"דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין", כלומר ואין למשלח עבירה במעשה זה שהיה לו לשליח להשתמש ולא לעשותו, ולכך פטור המשלח אבל חייב השליח, דהא מכל מקום נעשית העבירה... הבא נמי נימא, ממה נפשך נעברה עבירה במזיד אם ידע השליח דריבית הוא הרי הוא גורם לבטל הלאו דנשך ודלא תשיך והרי כאילו אכל החזיר דהא מכל מקום נעברה עבירה, ואי לא ידע השליח מן הריבית בשעה שהביא, אע"ג שלא בא מיד הלווה ליד המלווה, מכל מקום הא עבר המשלח משום לפני עורר".

שהרי השליח אינו ניצב בהתלבטות בין דברי הרב לבין דברי המשלח, שהרי קיום דברי המשלח אינם גורמים כל עבירה?

41. התשובה לכך מצויה בספר "משנה למלך"⁶⁷ "דאפילו לדעת רש"י ריבית ע"י שליח אסור משום דלא שייך בזה אין שליח לדבר עבירה, אבל היכא שלוה ע"י שליח שרי (מותר) משום דחשבינן כאילו השליח לווה לעצמו כיוון שאינו שלוחו של לווה והוא לא לקח הריבית אלא בחושבו שההלוואה היתה למשלחו לא לו, אבל האמת הוא שהשליח הוא הלווה וחוזר ומלווה אותם למשלח, והמשלח אינו נותן הריבית למי שהלווה לו אלא למי שהלווה לשלוחו שזה מותר גמור".
כלומר:

- (א) במישור ההלוואה אין בפנינו שליחות - וזו איננה הלוואה ישירה של ראובן המלווה לשמעון הלווה, באמצעות לוי השליח, אלא מכיוון שאין שליח לדבר עבירה נמצא כי לוי השליח הוא שנטל הלוואה מראובן המלווה, ואח"כ לוי הוא שהלווה שוב את הכספים לשמעון הלווה. אין קשר ישיר בין ראובן לשמעון והמלווה של שמעון הוא לוי.
(ב) לעומת זאת, בעת תשלום הריבית - יש שליחות, ונמצא שמעון העביר במישרין את כספי הריבית לראובן (באמצעות לוי השליח).
(ג) כך נמצא כי שמעון שילם כספי ריבית למי שאינו המלווה שלו. לוי הוא המלווה ואילו הריבית שולמה לראובן. זו אינה ריבית המשולמת מידי מלווה ללווה ועל כן אינה אסורה.

42. הסברו זה של "המשנה למלך" טעון הבהרה: מדוע אין שליחות במישור ההלוואה ויש שליחות במישור הריבית?⁶⁸

67 "משנה למלך" על הרמב"ם הלכות מלווה ולווה פרק ה' הלכה י"ד.
68 ניתן לכאורה להבהיר את הדברים בפשטות, כי בהלוואה עצם הנתינה של כספים לזולת יוצרת מחויבות אישית שלו לפרוע אותם וממילא אין זו שליחות אלא הלוואה של ראובן ללוי השלוח, ואח"כ הלוואה נוספת של לוי לשמעון. ואין להתפלא על כך שאין כלל שליחות ביצירת הלוואה שהרי כבר מצינו בירושלמי גיטין פרק ו' הלכה א' כי אין שליחות אלא כשהשולח הוא בעל הממון (ובלשונו "רבי זעירא בעי קומי ר' מנא אף לעניין מתנה כן אדם עושה שליח לקבל דבר. שאינו שלו אמר ליה תמן התורה זיכתה אותה בגיטה והיא עושה שליח לקבל דבר שהוא שלה"). לעומת זאת בפרעון שונים הדברים ניתן לפרוע באמצעות מעשה של הזולת המיוחס לשולח. אך, סברה זו אינה תואמת לכאורה למבואר ברש"י הדין בסוגיית "אין שליח לדבר עבירה" ועל כן ננסה לבאר את הדברים גם בהתאם לעקרון של אין שליח לדבר עבירה.

לכאורה כשם שאין שליחות במישור ההלואה ואין הלואה ישירה של ראובן לשמעון אלא הלואה של ראובן ללוי והלואה נוספת של לוי לשמעון, כך גם בעת תשלום הריבית, אין כאן תשלום של שמעון לראובן אלא תשלום של שמעון ללוי (המלווה שלו) ואח"כ תשלום של לוי לראובן (המלווה שלו) ואם כן בפנינו שתי פעולות של הלואה בריבית, והעצמת העבירה חלף פתרונה?

למה בכיוון האחד של הכסף מראובן לשמעון יש קטיעה של השליחות שאינה מיוחסת לשולח, ואילו בכיוון ההפוך של הכסף בעת תשלום הריבית משמעון לראובן אין קטיעה של השליחות והכסף עובר במישורין משמעון לראובן בלא "להעצר" אצל לוי?

43. התשובה לכך נעוצה בהבחנה שהבאנו לעיל בין פעולה משפטית לבין פעולה פיזית:

- (א) פעולה משפטית מיוחסת לשולח מכח דיני השליחות.
 (ב) על כן, אם מדובר בדבר עבירה, אין דין שליחות והפעולה בת תוקף⁶⁹ (התחייבות נוצרה) אך אינה מיוחסת לשולח אלא לשליח.
 (ג) לעומת זאת, פעולה פיזית שונה בתכלית. בהתאם להסברו של ה"חתם סופר" השליחות באה להרחיב את אישיותו המשפטית של השולח ולא את ידו הפיזית. דין השליחות נאמר על כן לגבי נושאים שלגביהם יש דין שהאדם יעשה את הפעולה בעצמו, והחידוש של שליחות מועיל לזהות את מעשה השליח עם השולח. לעומת זאת, נושאים שמלכתחילה אין הכרח לעשותם באופן אישי, יכול אדם לעשותם גם ע"י אחר, וזאת בלא שיהא צורך בחידוש התורני של דין השליחות. על כן, גם מי שפסול להיות שליח, ואפילו קוף, יכול לבצע דברים עבור זולתו - כשאין הכרח לעשותם באופן אישי. פעולות טכניות ופיזיות - אינן עולות כדי "שליחות" ולכן, ניתן לבצען ע"י כל אדם - לרבות ע"י מי שפסול לשמש כשליח ולרבות באשר כרוכה בהן עבירה. פעולה פיזית תיוחס אפוא לשולח אף כשמדובר בדבר עבירה.

69 לפי ההסבר שהבאנו לעיל מפיו של הרב שמעון שקוף (ולהבדיל משיטתו של ה"נודע ביהודה") יש תוקף משפטי למעשה גם כשמדובר בדבר עבירה. בקדושי כהן וגרושה העבירה היא במעשה הקדושי. בריבית - העבירה היא ביצירה של התחייבות משפטית שמוגדרת כנשך והמחייבת את הלווה לשלם ריבית. עצם קיומה של מחויבות המשפטית לפרוע הלואה שיש בה נשך ונגישה היא העבירה. על כן מחויבות זו אינה יכולה להיות משויכת לשולח. לעומת זאת, התוקף המשפטי של המעשה שריר וקיים, כמחויבות של לוי השליח כלפי ראובן שנתן בידו כסף כהלואה בריבית.

- (ד) יצירת התחייבות היא פעולה משפטית. פרעון ההלוואה ותשלום הריבית היא פעולה פיזית.
- על כן, יצירת ההתחייבות במקרה של עבירה - אינה מיוחסת לשולח, ואילו מעשה של פרעון הלוואה ותשלום ריבית המהווה עבירה - מיוחס לשולח.
- (ה) משום כך, כאשר בפנינו מעשה של "הלוואה בריבית" בפנינו עבירה - והמעשה אינו מיוחס לראובן המלווה. השליח חוצץ ואין זו הלוואה של ראובן לשמעון אלא של ראובן ללוי (השליח) והלוואה נוספת של לוי לשמעון.
- לעומת זאת, פרעון הריבית הוא פעולה פיזית וזו מיוחסת ישירות לשמעון ואינה מיוחסת ללוי השליח - על אף העבירה שבה.
- (ו) נמצא כי שמעון לקח הלוואה מלוי ופרע את הריבית במישרין לראובן. והתורה התירה לאדם לפרוע חוב של אחר בריבית, שכן התורה אסרה רק ריבית הבאה מן הלווה למלווה ולא ריבית המשולמת לצד ג'.
- (ז) בהתאם לכך מובן פסקו של רש"י המתיר את הדברים⁷⁰. אלא שמובן גם מדוע אין לפרסם את הדברים בפני מי שלא ירד לעומקה של ההבחנה האמורה בדיני שליחות, בין פעולה פיזית לבין פעולה משפטית.

70 ואין להקשות, אם בסוף כל הסופות, בפנינו תהליך שאין בו כל עבירה לאיש, מדוע לא חלה השליחות? שהרי אם תחול השליחות הדבר יגרור את חלותה של העבירה, והכלל הוא כי כל פעולה שבעקבות תחולתה לא יוכל להיות לה תוקף - אינה בת תוקף מלכתחילה (ראה למשל: הרב שמעון שקופ, בספרו חידושי רבי שמעון יהודא הכהן, על מסכת קידושין סימן כ"א, וראה עוד קצות החושן סימן ר ס"ק ה', וניתוח הדברים - א. וינרוט גניבה וגזלה במשפט העברי (הוצאת מוסד הרב קוק) עמ' רמט--ר"ג, הרב משה א. עמיאל בספרו, המידות לחקר ההלכה חלק א' מידה א' באות ה', וכן ראה מ. זילברג "באין כאחד או מעגל קסמים", "משפטים" ג, חוב' 1 וכן בספר "באין כאחד" הוצאת מגנס עמ' 174). בנוסף, יש לזכור כי מבחינת השליח, בפניו שליחות שאם יש לה תוקף במישור דיני השליחות, הרי שהיא סותרת לכלל של "דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין". על כן, אין מקום להחיל על כך את דיני השליחות.

שפיטה ופרשנות

דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית במשפט העברי*

מבוא

1. כאשר יושבים דיינים לדין ודיעה אחת נותרת במיעוט, האם משמעות הדבר כי דעה זו אינה נכונה? האם משמעות הדבר כי דעה זו אינה מסתברת? האם יכול אדם לומר כי דעה מסוימת לא תתקבל רק משום שהרוב חולקים עליה?
2. בדי לכל כי בדמוקרטיה ההכרעה על פי דעת הרוב, מבוססת על ההסכמה החברתית לפעול באופן הנראה יותר נכון לדעת הרוב. ניתן גם להבין כי מכיון שצריכה להיות דרך להביא מחלוקת שיפוטית לידי הכרעה, הרי שקיימת הסכמה חברתית לאמץ כהלכה הקובעת את דעת הרוב. כך כשמדובר בהסכמה חברתית.
3. ואולם, במשפט העברי ההכרעה השיפוטית לפי רוב דעות מקורה בפסוק בפרשת משפטים "לא תהיה אחרי רבים לרעות ולא תענה על ריב לנטות אחרי רבים להטות"¹. מדובר בקביעה תורנית אשר שני פנים לה. מחד – "לא תהיה אחרי רבים לרעות", כלומר "אם ראית רשעים מטין משפט לא תאמר הואיל ורבים הם הנני נוטה אחריהם"². ההכרעה השיפוטית אינה מקובלת אם היא אינה צודקת מבחינה ערכית וזאת אף אם הרוב תומך בה, בכגון זה אין להסכמה החברתית תוקף. ומאידך גיסא "אחרי רבים להטות", הנורמה לפיה מכריעה דעת הרוב את דעת המיעוט נקבעה כנורמה מחייבת. ואף הרבה מעבר לכך. כפי שנראה להלן, מן הדין של "אחרי רבים להטות" שנאמר לגבי הכרעה שיפוטית, למדים את דיני הביטול ברוב בדיני תערוכות – קרי כאשר חפץ האסור באכילה או בהנאה, מתערבב ברוב של חפצים מותרים³. במקרה זה, מותר לאכול לדעת חלק מן הראשונים – את

* פורסם ב"סיני", כרך ק"י, אב אלול תשנ"ב.

1 שמות פרק כ"ג פסוק ב'.

2 רש"י שם.

3 ראה חולין דף כ"ח ע"ב, רש"י בריבור המתחיל "דאוריתא": –

"ומשוינן ביטול טעם כשאר ביטולי דאוריתא, ברובא הוי לן לביטולי, כדכתיב "אחרי רבים להטות".

כל החתיכות, אף שברור כי אחת מהן בודאי אסורה⁴. לאמור, הכלל של ביטול המיעוט בפני הרוב, הינו ביטול גמור, כשהמיעוט נחשב כמי שאינו קיים כלל ועיקר. האם ניתן להבין כך ביחס להכרעה שיפוטית? האם ניתן לבטל את דעת המיעוט?

5. מטרת מאמרנו זה הינה להבהיר מהי עמדת המשפט העברי כלפי דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית. במאמר זה נראה כי לדעת המיעוט קיים חלק מרכזי ומכריע בהכרעה השיפוטית כשדעת המיעוט מצטרפת כשותפה לכל דבר ועניין ליצירת פסק הדין. לעובדה זו יש חשיבות רבה לסוגיית הפורום שבו על ההכרעה השיפוטית להתקבל ולאופן גיבוש פסק הדין (להבדיל מן הפורום הנדרש בשיטות משפט שונות בעת שמיעת הדיון, ואשר אין כללים לגביו בעת קבלת ההכרעה השיפוטית). לסוגיה זו יש חשיבות רבה גם לגבי אחריות הדיינים בנוזיקין במקרה של פסק דין מוטעה.

פרק א' - ביטול ברוב - אימתי

6. המשנה בדף כ"ז ע"א במסכת בבא קמא, נוקטת פעם במינוח "כד" ופעם במינוח "חבית". הטעם לשינוי הלשוני האמור, מובהר בגמרא: - "אמר רב פפא היינו כד היינו חבית, למאי נפקא מינה? למקח וממכר". כלומר, כאשר נערכה עיסקה וההתחייבות היתה למכור חבית, במקום מסויים שבו רוב הברית מכנים כד במלה כד, וחבית במלה חבית, ואולם יש מיעוט שאינו מבחין בין המונחים ומהכנה כד במלה חבית והמוכר טוען כי הינו רשאי לספק כד, שכן הוא נמנה על המיעוט שאינו מבחין בין המושגים. "מהו דתימא זיל בתר רובא, קמשמע לן - אין הולכין בממון אחר הרוב". לאמור, אין הכרח לפרש את העיסקה בהתאם לדעת הרוב, ויכול המוכר לטעון כי הינו מן המיעוט, שכן "בדיני ממונות אין הולכים אחר הרוב".

7. מסקנה זו של הגמרא קובעת למעשה כי אף שהכלל של רוב ומיעוט מועיל להכרעה שיפוטית כאשר נשוא הדיון בבית הדין הוא דיני ממונות, והפסק מוכרע לפי דעת רוב הדיינים, אין כללים אלו מועילים גם כדי להגיע

4 שולחן ערוך, יורה דעה סימן ק"ט סימן א': "חד בתרי בטיל ומותר לאכלן אדם אחד, כל אחד בפני עצמה, אבל לא יאכל שלושה יחד, ויש מי שאוסר לאכלם אדם אחד אפילו בזה אחר זה".
ועיין בביאור הגר"א שם בס"ק ו' ודעות הראשונים המובאים שם.

- להכרעה פרשנית העשויה לשמש בידי התובע כדי להוציא ממון מחזקתו של הנתבע. הכיצד?⁵
8. תמיהה זו מצינו בתוספות דיבור המתחיל "קמשמע לך" במסכת בבא קמא דף כ"ז ע"ב ולהלן תשובתו, אשר נביאה כלשונה: -
 "ויש לומר דהתם גבי דיינים שאני דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו, וליכא למימר התם, אוקי ממונא בחזקת מריה דהא בית דין מפקי מיניה. אבל גבי שאר ממון, דאיכא מיעוט וחזקה, לא אזלינן בתר רובא".
9. ביחס לתשובה זו של התוספות, מציין הרב שמעון שקופ בספרו "חדושי רבי שמעון יהודה הכהן" על מסכת בבא מציעא, כסימן ז': -
 "והנה, הרבה נתקשו האחרונים ז"ל בכוונת דבריהם, עיין בקונטרס הספקות שהביא הרבה ביאורים, ולא מצאתי דבר מבואר היטב".
10. הרב שקופ, מבאר על כן את הסברו הוא לדברי התוספות הללו באופן הבא:
 הדין של הכרעה על פי דעת הרוב נלמד מן הפסוק "אחרי רבים להטות" המתייחס להכרעה שיפוטית.
 בהכרעה שיפוטית כאשר נקבע כי יש להכריע בהתאם לדעת הרוב "נפקע מן המיעוט שם דיין לדון בפועל כסברתם". כלומר, עמדת המיעוט אינה עמדה בת השפעה על פסק הדין והיא משוללת סמכויות ביצוע.
 ביטול זה ניתן ליחס גם לאיסורים, כאשר באיסורים השאלה היא כיצד יוגדר נשוא הדין כאסור או כמותר. והכלל של רוב ומיעוט קובע כי לצורך ההגדרה, משקלו של המיעוט הוא מבוטל, בכך שהוא נעדר כושר להשפיע על המיכלול.
 ואולם, בדיני ממונות הכלל הוא כי הבעלות מוכרעת על פי מה שהוסכם ע"י בני אדם להחשב לבעלותו של אדם. ועל הסכמה חברתית זו - לא יכול הרוב להשפיע.⁶

5 למעשה, השאלה חריפה עוד יותר, שכן כללי ההסתברות מועילים אף להכרעה בדיני נפשות. כך למשל ההורג את אביו חייב מיתה אף שניתן להעלות ספק, מניין שאדם זה הוא אביו? שמא קיימה האם יחסים עם אחר והוא נולד מן האחר? ספק זה אינו מתעורר מחמת כללי ההסתברות, לפיהם אף אישה נשואה המקיימת יחסים עם אנשים נוספים, מלבד בעלה, הרי שבדרך כלל רוב יחסי האישות מקוימים עם הבעל וסביר להניח על כן כי הבן הוא ממנו. נמצא כי בפנינו הכרעה שהינה בת השלכות לדיני נפשות ואשר הינה מבוססת על כללי הסתברות - קרי על "רוב". ולכאורה הדברים קל וחומר כי כלל ראייתי המועיל לדיני נפשות יועיל גם לדיני ממונות?

6 ובלשונו: "שאין הרוב מברר באמת בירור אמיתי רק שהתורה התירה ואסרה על פי דין של רוב.

... ספק ממון אינו כספק איסור. בממון תלוי בהסכמת בני אדם, וכל מה שהוסכם אצל

11. דא עקא, שהגיונם זה של הדברים היה מחייב לכאורה כי אדרבה, עניין התלוי בהסכמה חברתית (כדיני ממונות) יוכרע בודאי על פי כללי ההסתברות, המקובלים על דעת החברה. מאידך איסור אינו הופך למותר רק מכיוון שהתערב בין שתי חתיכות של דבר המותר, שאין לזהות ביניהם. ואדרבה, כללי ההסתברות, המקובלים על החברה, לא יחולו. ואולם, התוצאה היא הפוכה שבאיסורים דווקא הולכים אחר הרוב ובממונות לאו.
12. הדברים תמוהים עוד יותר בכל הנוגע להכרעה השיפוטית, אילו היה הרב שקופ בביאורו האמור מסתפק בהסבר כי מדעת המיעוט נשלל התוקף המעשי, ובכך הושווה הדין של ביטול ברוב בדיינים לדין של ביטול ברוב באיסורים, שגם שם אין למיעוט משקל סגולי להשפיע על הגדרת המכלול - ניהא. ואולם, הרב שקופ לא הסתפק בכך ולהסברו נוספו שני נדבכים.
13. הנדבך האחד, מופיע בהמשך הדברים שם, לאמור: -
 "כשאנו דנים בין הדיינים הוא מחלוקת במושכל, אם סברת המחייבים צודקת או סברת המזכים וכשהרוב מכריע כמחייבים אמרה תורה שצריך לנטות במושכל כמחייבים ונקלשת סברת המזכים על פי דרכי השכל..."
 ונשאלת מייד השאלה, האמנם ניתן לומר כי דעת המיעוט "נקלשת על פי דרכי השכל" רק בהיותה דעה של מיעוט? האמנם ניתן לומר, כי לא רק שתוקף מעשי אין לדעה זו, אלא שהיא גם פחות נכונה?
14. והנדבך השני בביאורו של הרב שקופ: -
 "דדין רוב לא שייך רק במי שהדבר מסופק אצלו. אבל לדידהו (לדעת הרוב ו.א.) שאינם מסופקים, יכולים להוציא ממון, דהם כשרים לדון ועושים על פי החלט דעתם לא על פי רוב".
 משמעות הדברים הללו היא כפולה: -
 האחת - כאשר יש דעת רוב ודעת מיעוט הכרעת הדין אינה איזו מן הדעות (רוב ומיעוט) היא הנכונה יותר⁸, אלא ההכרעה היא בידי מי מן הדיינים תופקד הסמכות. לאמור, הסמכות תופקד בידי הרוב, אשר יבצע את פסק

בני אדם מאיזה טעם שיהיה, זהו הנקרא בעלים אמיתיים. ומשום הכי לא מהני רובא רק באיסור והיתר ולא לעניין ממון".

7 בהתאם לכך משאיר הרב שקופ בצריך עיון את השאלה מה הדין כאשר הדיינים מסופקים מהי ההלכה ופסיקתם מסתמכת על דעת רוב הפוסקים בנדרון. כיצד ניתן לפסוק במקרה שכזה על פי דעת רוב הפוסקים, והרי לדיינים במקרה דנא נותר עדיין ספק בעניין, וספק קות אינם מוכרעים על פי רוב?

8 הסבר זה סותר אם כן את דברי הרב שקופ, כפי שהובאו בסעיף 13 לעיל, ולא ברור האם לדעת הרב שקופ, דעת הרוב אכן נכונה יותר, או שאין כאן הכרעה בעניין זה, ולרוב רק נמסרו סמכויות הביצוע של פסק דינו.

דינו, לא מכיון שזו דעה נכונה יותר אלא מכיון שהם הרוב והסמכות בידם לבצע את אשר פסקו.

והשניה - הרוב של הדיינים משוכנע בעמדתו, ומשניתנת בידו סמכות הביצוע מבוצע פסק הדין ע"י מי שאינו זקוק לעובדת היותו רוב, כדי להיות משוכנע בצדקת פסיקתו. כלומר, דעת הרוב אינה מתערערת ולא נופל בה כל ספק כתוצאה מקיומה של דעת מיעוט.

15. ונשאלת השאלה, האם לאור פסק דין משכנע של דעת מיעוט לא נותר כל צל של ספק בדעת פוסקי הרוב? (ספק שהרוב מחליט אמנם להכריע בניגוד לו, אך מכל מקום - ספק!). והאם משמעות המונח "אחרי רבים להטות" היא כי רק הסמכות הועברה לידי הרוב ואולם לגופו של ענין אין כל הכרעה כי הדין נוטה לצד מסויים? והאם כאשר אומר תוספות "דחשיב מיעוט דידהו כמי שאינו" אין משמעות הדבר הכרעה ערכית לפיה יש לפעול לפי דעת הרוב?

השוואה זו של ההכרעה על פי רוב דעות במסגרת פסק דין, לביטול ברוב בדיני איסורים ומאידך הקביעה כי הכרעה זו אינה מועילה לדיני ממונות, כמו גם אמירת התוספות כי דעת המיעוט נחשבת כמי שאינה, מותירה את הגיונם של דברים בסבך מסויים שיש להתירו.

פרק ב' - דעת מיעוט כדעה לגיטימית

16. הרמב"ם בפרק ב' מהלכות ממרים הלכה א' פוסק: -
 "בית דין גדול שדרשו באחת מן המידות כפי מה שנראה בעיניהם הדין כך, ודנו בדין, ועמד אחריהם בית דין אחר ונראה לו טעם אחר לסתור אותו, והרי זה סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו, שנאמר "אל השופט אשר יהיה בימים ההם" אינך חייב ללכת אלא אחר בית דין שבדורך" (ההדגשה הוספה - ו.א.).
17. נמצאת למד כי יש סמכות לבית דין לסטות מהכרעה שיפוטית קודמת, וזאת אם בפניו הנמקה השונה מן ההנמקות אשר היו בפני בית הדין הראשון שדן בעניין ("ונראה לו טעם אחר לסתור").
18. הרדב"ז בביאורו לדברי הרמב"ם הללו מציין: -
 "משמע מדברי רבינו, אפילו שאין בית דין השני גדול מן הראשון בחכמה ובמניין".

מכאן כי גם בית דין, המהווה למעשה מיעוט של פוסקים, כשאנו משקיפים על הדברים מפרספקטיבה של דורות, יכול לסטות מתקדים מחייב שהתקבל על דעת הפוסקים בדורות שלפניו, אם עלה בדעת אותו בית דין טעם שלא היה בפני קודמיו.

19. ונשאלת השאלה, במה שונה עניין זה מדעתו של המיעוט במסגרת אותה הכרעה שיפוטית?

מדוע יש תוקף לדעתם של בית דין, שהינו למעשה דעת מיעוט, באשר היא עומדת בניגוד להלכת התקדים המחייב ובניגוד לדעת רוב הפוסקים שקדמו לבית הדין דנא, אשר היו גדולים מהם בחכמה ובמניין, ואילו ביחס לדעת המיעוט במסגרת אותו פורום שיפוטי עצמו אומרים אנו כי היא בטלה, ולדעת התוספות הריהי כמי שאינה, ולדברי הרב שקופ מצינו כי "נקלשה סברתה"?

ברור כי דעת המיעוט באותו פורום אינה הדעה הקובעת, אך בדברי ראשונים ואחרונים מצינו כי היא גם אינה נחשבת. ביטול זה הינו מתמיה לנוכח סמכותם של הפוסקים לפסוק לפי דעתם, אף בניגוד לדעת פוסקי דורות קודמים שאין להשתוות אליהם בחכמה.

20. שאלה זו וביתר תוקף מצינו בספר "אורים ותומים", "קיצור תוקפו כהן"¹⁰.

הצורך בבית דין הגדול בחכמה ובמניין הנדרש במשנה בפרק א' במסכת עדויות, מתייחס לדעת הרמב"ם על פי באורם של הכסף משנה והרדב"ז, רק לסמכות להתיר תקנות וגזירות, אך לא בכל הנוגע לסמכות לפסוק הלכות.

וראה גם, "משך חכמה" לר' מאיר שמחה כהן מדווינסק, ויקרא פרק כ"ו מ"ד, המבחין בין סמכויות בית דין בארץ ישראל לבין סמכויות בין דין לאחר שגלו ישראל מעל אדמתם. ר' יהונתן אייכשיץ, "אורים ותומים", חלק ראשון, "קיצור תוקפו כהן" (הערות על ספר תוקפו כהן של הש"ך) סימן קכ"ג, קכ"ד (להלן: "התומים"). הדין של "קים לי כדעת המיעוט" מובא בשם הש"ך כדלקמן: -

"היכי דמצי לטעון קים לי יכול קים לי כמיעוט פוסקים אפילו רבים חולקים וטעמא דאין הולכין בממון אחר הרוב... ונשענו על מה שכתב מהר"ק דאין לומר קים לי כיחיד במקום שחכמי ישראל חולקים עליו. משמע הא שניים שלושה סבירה להו כאחד, אף הרוב חולקים עליו מכל מקום מצי למימר קים לי... דלא כמהרש"ם דדעתו במוחזק ועומד אפילו ביחיד לכר יכול לטעון קים לי".

בהתאם לכך מקשה התומים:-

"במה שכתב שיכול לטעון קים לי... ומה שכתב טעם משום דאין הולכין בממון אחר הרוב, צ"ע איך שייך בדיינים אין הולכים בממון אחר הרוב, אם כן הוא דתנן שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב - זכאי, וכן להיפוך, ואמאי הא אין הולכין בממון אחר הרוב, ועקרת מה שכתוב בתורה אחרי רבים להטות?"

התומים מיישב שאלה זו בשני אופנים:-

"התומים" מביא את דעתו של המהר"י בן לב, לפיה כאשר קיימת מחלוקת בין הפוסקים בשאלה מסויימת, יכול האדם המחזיק בממון לטעון "קים לי כדעת מיעוט הפוסקים", כלומר הנני מסתמך על דעה לגיטימית של מיעוט פוסקים, ואזי אין אפשרות לפסוק כנגדו ולהוציא ממון מידו, אף שההלכה המקובלת היא, כי אין הדין עם אותו מוחזק.

ונשאלת השאלה במה שונה דין זה של המהר"י בן לב, מן המקרה שבו רוב הדיינים פוסקים כי פלוני המוחזק בכסף ישלמו לתובע וקיימת דעת מיעוט. מדוע לא יכול הנתבע לומר, כי הינו מסתמך על דעת המיעוט של הדיין בבית הדין לפיה הצדק עימו, וממילא אין להוציא ממון מחזקתו? מדוע ניתן להסתמך על דעת מיעוט של פוסק, שפסקו ניתן בהקשר אחר במרוצת הדורות, על אף שדעה זו אינה הדעה המקובלת, כדי לטעון טענת "קים לי", אבל לא ניתן להסתמך על דעת פוסק שפסקו ניתן באותה שאלה עצמה. לכאורה, אדרבה, אם דעת המיעוט היא לגיטימית ואין לבטלה אף כשהיא אינה מקובלת על רוב הפוסקים, הרי שהדברים קל וחומר כשמדובר בפסיקה המתייחסת ממש לאותו מקרה, ואין המדובר בנתבע המקיש מפסיקה של דעה שאינה מקובלת ואשר אף ניתנה בהקשר אחר ולא תמיד זהה?

פרק ג' – הבעת דעת המיעוט במסגרת פסק הדין

21. הכרעה שיפוטית שבה הרוב מביע דעה נחרצת והמיעוט אף הוא אינו חולק אלא משאיר את העניין בצריך עיון, היא לכאורה ברורה יותר מאשר הכרעה שבה יש פסקי דין מנומקים והחלטיים לכאן ולכאן של רוב ושל מיעוט.
22. ולא היא. במשנה במסכת סנהדרין בדף כ"ט ע"א מצינו: -
 "שניים אומרים זכאי ואחד אומר חייב - זכאי,
 שניים אומרים חייב ואחד אומר זכאי - חייב.
 שניים מזכים או שניים מחייבין ואחד אומר איני יודע - יוסיפו הדיינים"
 (כלומר יש להוסיף דיינים לפורום השיפוטי כדי שיהיו שלוש דעות נחרצות
 - ו.א.)

(א) הדיין שבמיעוט כטל לרוב, והרוב מוציא לפועל את פסק דינו כשם כלל בית הדין, שכן לרוב אין שום ספק בדעתם.

(ב) "... אבל הדיינים המחולקים בדין... אחד מהם טועה, ויש כאן שקר ואמת, ויתר מסתבר דיחיד טועה משנימא דרבים טועים, ואם כן דהמזכה טועה בדין איך נימא בדיני ממונות לילך כתר מיעוט וכי נלך בתר שקרא ח'..."

ומבאר רש"י שם:-

"ואף על גב דאי הוה פליג עלייהו בטיל במיעוטא, כי אמר איני יודע הוי כמי שלא ישב בדין, ונמצא הדין בשניים ואנן תלתא בעינן".

(ההדגשה הוספה - 1.א.)

23. לאמור, כדי שדעת הרוב תכריע - חייבת להיות מולה דעת מיעוט ברורה.

אם המיעוט אינו מביע דעה ברורה ונחרצת, הוא נחשב כמי שלא ישב בדין ונמצא הפורום השיפוטי - חסר. הדבר משול לקיום ישיבה בנוכחות שני דיינים ובהעדרו המוחלט של הדיין השלישי.

ונשאלת השאלה: מדוע? הרי ישב פורום של שלושה ושקל את העניין ולא זו בלבד ששני דיינים גיבשו דעה נחרצת, אלא שאף הדיין השלישי אינו חולק עליהם, ואם כי לא מצא לנכון להצטרף אליהם בדעה נחרצת הרי שעשה כן רק כדי להותיר את העניין בצריך עיון. האם משום כך ניתן לומר כי אין בפנינו הכרעה שיפוטית? האם צריך הכרעה בין דעות נחרצות כדי להגיע לפסק הדין?

24. מדוע כאשר נאמר "אחרי רבים להטות" מותנה הדבר בהכרעת המיעוט,

ולא די בכך שהדעת הנחרצת מקובלת על רוב הדיינים? האם כדי להכריע כמו הרוב, צריך להעמיד את המיעוט בעמדת מיעוט, ואילו "מוצא של כבוד" בו המיעוט משאיר את העניין בצריך עיון אינה אפשרות כדי שניתן יהא להגיע להכרעה שיפוטית?

פרק ד' - אחריותו של המיעוט לתוצאת פסק הדין

25. בגמרא במסכת סנהדרין דף ל' ע"א מצינו מחלוקת כיצד יש לנסח את פסק

הדין. לדעת רבי יוחנן נכתבת התוצאה שבה צידד הרוב, מבלי להזכיר כי הכרעה זו נפלה רק על פי דעת רוב דעות, תוך קיומה של דעת מיעוט. מאידך גיסא, לדעת ריש לקיש יש לפרט בפסק הדין "פלוגי ופלוגי מוזכין ופלוגי מחייב" כלומר יש לפרט את דעת המיעוט.

26. אחד ההסברים בגמרא, שם, למחלוקת זו היא, כי לדעת רבי יוחנן הרי שאם

התברר פסק הדין כמוטעה, אזי משלמים שני דייני הרוב את מלוא סכום הנזק¹¹, בהתעלם מן העובדה כי היה קיים כאן דיין שלישי, שהרי עמדתו

11 במשפט העברי אין חסינות לדיין הטועה בדין והמטרה היא כי הדיין יראה עצמו כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו (סנהדרין דף ז' ע"א). כך מוצאים משנה במסכת בכורות פרק ד' משנה ד': "דן את הדין, זיכה את החייב וחייב את הזכאי, טימא את הטהור וטיהר את

היה דעת מיעוט שלא נתקבלה. לעומת זאת לדעת ריש לקיש, מוזכרת דעת המיעוט בפסק הדין, מכיון שדעת המיעוט היא חלק מן ההכרעה השיפוטית. דייין זה שהחזיק בדעת המיעוט פטור אמנם בנזיקין, שכן הוא "אנוס" (דיין זה כתב פסק דין נכון ואילו נשמעה דעתו לא היה נגרם כל נזק) ואולם הוא מהווה חלק מן ההליך השיפוטי.

שני דייני הרוב אחראים על כן רק לשני שלישים מן הנזק, ויש להם שותף נוסף בשליש מן הנזק – הלא היא דעת המיעוט (שאלמלא היה לגביה דין של "אנוס" היתה נושאת בחלקה). פסק דין הוא יצירה משותפת, אשר לדעת המיעוט יש בה חלק כלדעת הרוב.

27. נמצאת למד כי דעת המיעוט נחשבת לחלק מן ההכרעה השיפוטית לדעת ריש לקיש, ועל כן האוחז בדעת המיעוט אחראי בנזיקין והוא נחשב למעוול במשותף עם דייני הרוב, כאשר פסק הדין הוא מוטעה.

28. מסוגיא זו עולה לכאורה כי לא זו בלבד שדעת המיעוט אינה כמי שאינה קיימת, אלא שהיא חלק מן ההליך השיפוטי. סוגיא זו מובאת ע"י הרב שקופ לשם תמיכה לכאורה בדעה כי דעת המיעוט אינה נחוצה רק כדי להשלים את הפורום הנדרש וליצור הכרעה שהתקבלה לאחר היוועצות בפורום של שלושה, אלא "שגם הדיין המזכה נהפך למחייב"¹².

29. ונשאלת השאלה כיצד מתיישבת עמדה זו עם ההלכה של ביטול ברוב, הנלמדת מסוגיה זו של הכרעה שיפוטית על פי דעת הרוב? הרי מכאן עולה בבידור כי דעת המיעוט קיימת ואינה נחשבת כ"מי שאינה".

כמו כן תמוה הגיונם של דברים ומשמעותם. מה פירוש הדבר שדעת המיעוט "נהפכת לדעת הרוב"? באיזה מובן ניתן לצרף את דעת המיעוט באופן חיובי לתהליך יצירת פסק הדין?

הטמא, מה שעשה עשוי וישלם מביתו". ובהמשך המשנה מצינו אמירה של רבי טרפון, לאחר שפסק פסק דין מוטעה: "הלכה חמורך טרפון". הדיין פטור מלשלם רק אם טעה בשיקול הדעת (והדיין הוא "מומחה לרבים"), וזאת רק מכיון שבמקרה זה עמדתו אינה עמדה לא נכונה, אלא זו דעת מיעוט לא מקובלת, וכדי שלא לשלול את לגיטימיות דעת המיעוט אין לחייב דיין המחזיק בדעה כאמור בנזיקין. ואולם, עניין זה ראוי להתייחסות נפרדת.

12 חירושי רבי שמעון יהודה הכהן על מסכת בבא מציעא, סימן ז', בעמ' נ"א.

פרק ה' - הסברו של הגר"ח סולוביצ'יק

30. הרב סולוביצ'יק¹³ מבאר את דעת התוספות במסכת בבא קמא דף כ"ז ע"ב שהובאה לעיל כדלקמן:-

(א) קיימים שני סוגי ביטול ברוב,

(1) בידור המברר ומכריע את הספק

(2) "רובו ככולו" כלומר רוב שעל פיו מגדירים את המכלול¹⁴ בהתאם להגדרת הרוב.

(ב) בהכרעה השיפוטית על פי רוב באים לידי ביטוי שני סוגי הרוב הללו. רוב המברר ומכריע את הדין (כלומר; הרוב הראשון).

רוב הקובע כי כל הפורום השיפוטי הנדרש לשם הכרעה, קבע את פסק הדין מכיוון שהמכלול (ההרכב של בית הדין) מוגדר בהתאם להגדרת הרוב (כלומר; הרוב השני).

(לפי דעת הרב סולוביצ'יק לא די בפורום, שמתוכו יפסק הדין על פי רוב, אלא יש צורך בפורום שכולו יפסוק את הדין. ואולם, כאשר דעת הרוב מכריעה בעניין מסוים הרי שלפי הכלל של "רובו ככולו" ניתן להגדיר את דעת כל ההרכב כי יש לפסוק כפי שקבע הרוב.

(ג) שאלת התוספות היתה לפי דעת הרב סולוביצ'יק כדלקמן:-

אכן הדין של "רובו ככולו" - ברור בהלכות דיינים, ויש להגדיר את דעת בית הדין בהתאם לדעת רוב הדיינים של ההרכב.

ואולם, שמא נכונה היא דעת המיעוט? ואזי אף שאין למיעוט כח שיפוטי של בית דין (לנוכח הדין של "רובו ככולו") עדיין אין בכך כדי לשלול את היותה של דעת מיעוט בגדר פסיקה לגיטימית כמבואר ברמב"ם בהלכות ממרים שהובא לעיל¹⁵ ואשר ממנו עולה כי ניתן לפסוק את הדין אף כאשר הדעה המקובלת ע"י רוב הפוסקים במרוצת הדורות היא שונה?

ואם מוכרע הדין ומתברר לגופו על פי רוב, בהכרח אות הוא כי על אף קיומו של מיעוט ניתן להכריע את הדין. ואם כן מה מונע לומר כן אף

13 הרב חיים הלוי סולוביצ'יק "חידושי הגר"ח על הש"ס" (המכונה "חידושי ר' חיים בסטנסיל") על מסכת בבא קמא דף כ"ז ע"ב.

14 הכלל הידוע כ"רובו ככולו", מתבטא למשל בכך שניתן להסתפק בשחיטת רוב סימני השחיטה בבהמה כדי שהדבר ייחשב לשחיטת כל החלק הדרוש. כמו כן לפי כלל זה כאשר מתערבים איסור והיתר, אנו מגדירים את המכלול, לרבות המיעוט, בהתאם להרכבו של הרוב.

15 ראה פסיקתו של הרמב"ם בהלכות ממרים פרק ב' הלכה א', הנזכר בסעיף 16 לעיל.

לגבי פרשנות עיסקה בדיני ממונות כי הרוב יועיל לפרש נכונה את הדברים ולהוציא ממון מידי המוחזק, אף שהמיעוט לא התברר כבלתי קיים וכמבוטל?

(ד) ותשובתו של התוספות היא, לדעת הרב סולוביצ'יק, כי אין אפשרות להתייחס לדעת המיעוט כעומדת בפני עצמה, שכן משמעה של ההכרעה השיפוטית היא - לברר את עמדת בית הדין ולאחר מכן עמדה זו מוגדרת כעמדת הפורום כולו וממילא היא היחידה הקיימת. דבר זה לא ניתן לאמץ בדיני ממונות, שבהם בכל זאת קיים מיעוט של אפשרויות שהינו שונה מן הרוב.

(ה) דעת ההרכב מוגדרת לפי דעת הרוב, אך בכך לא די. הרוב הראשון נחוץ גם כן, שהרי אילו דעת המיעוט היתה נותרת בגדר אפשרות מסתברת, מניין היה לו לרוב בעצמו כי הצדק עימו? הכיצד ניגש הרוב לבצע את פסק דינו בלי לדעת הצדק עם מי?¹⁶.

(ו) אלא שהדרך היא דרך ביניים:-

מחד, דעת המיעוט היא לגיטימית ובית דין רשאי להורות בניגוד לדעת הפוסקים במרוצת הדורות אם יש לו נימוק חדש המצדיק לעשות כן; מאידך, דעת בית הדין ככזו מוגדרת אך ורק על פי דעת הרוב, ומתעלמת מדעת המיעוט.

ועל כן - ההסדר המתבקש הוא שעמדת הרוב היא עמדה מסתברת יותר, והרוב יכול לדבוק בה בלא ספק ובלא חשש ולהוציאה לפועל כעמדתו של בית הדין כולו.

31. הסבר זה של הרב סולוביצ'יק מעורר את התמיהות הבאות:

(א) אם יש לדעת המיעוט משקל, הכיצד זה גורסים אנו כי דעת המיעוט "הריהי כמי שאינה"? מדוע מהווה עמדה זו פסיקה שניתן להסתמך עליה במקרים אחרים (בטענת "קים ליי") ולא ניתן לה כל משקל במקרה הנדון גופו עד כי אנו מבטלים לגמרי את משקלה? קושיית התומים לא יושבה לכאורה עפ"י הסבר זה.

(ב) אם רוב מהווה ברור של האמת - מדוע אין הדבר מועיל בדיני ממונות? (והרי שם במיוחד היה מן הראוי לאמץ זאת, שהרי בדיני ממונות הכל תלוי בהסכמה חברתית וזו בודאי קיימת מקום שהדבר מתברר עפ"י חוקי הסבירויות);

ואם הרוב אינו מהווה ברור של הדין לאמיתו - כיצד נלמד הדין של ביטול ברוב באיסורים מן הדין של "אחרי רבים להטות" וכיצד מרשים

16 עמדה זו עומדת בניגוד לדעת הרב שקופ, שהובאה בסעיפים 14 ו-15 לעיל.

לעצמם שופטי הרוב להוציא לפועל את פסק דינם בלי לחשוש לדעת המיעוט?

32. דומה כי הסברו של הרב סולוביצ'יק, החותר אחר דרך ביניים בין ביטול דעת המיעוט לחלוטין, תוך הנחה כי אין היא משפיעה על עמדת דייני הרוב שבהרכב, לבין הכרה בקיומה העצמאי, טעון ליבון והבהרה נוספים.
33. כמו כן יש לזכור כי עמדת המיעוט מהווה חלק מפסק הדין לעניין אחריות בנזיקין, לדעת ריש לקיש, וכי עמדת המיעוט המובעת באופן נחרץ נחוצה כדי שהפסק יחשב כמי שניתן בפורום המחייב. עמדת מיעוט המשאירה את הענין בצריך עיון אינה מספקת. עובדות אלו, הטעונות הבהרה כשלעצמן, אינן מתיישבות עם הנחה לפיה "דעת המיעוט כמי שאינה".
34. ההבהרה דלקמן מיועדת על כן ליתן טעם ולפתוח פתח להבנת הסברו האמור של הרב סולוביצ'יק בסוגיה דנא.

פרק ו' – הגיונם של דברים

35. תפקידו של דין בהתאם למשפט העברי, אינו מתמצה בשקילת טיעוני הצדדים, אלא מחובתו לברר הדין לאמיתו, להעלות ולשקול כל טענה אפשרית הנוגעת לעניין. עם זאת מטבע הדברים אין פסקי הדין מביאים בחשבון את כל השיקולים האפשריים וכל הרכב של דיינים מעלה מכלול של שיקולים שאינו מכסה את כל מרחב השיקולים הקיים. ממילא, מרחב השיקולים העומד בפני בית דין אחד הדין בעניין מסויים אינו בהכרח זהה למרחב השיקולים שעמד בפני בית דין אחר הדין באותו עניין.
36. משום כך, כאשר בית דין דן בעניין מסויים אין הוא כפוף לפסיקה של בית דין אחר, אף אם המדובר בבית דין הגדול ממנו בחכמה ובמניין. הדעה המקובלת על הרוב ושהשתרשה בפסיקה, עדיין אינה מלמדת כי נדונו כל ההיבטים האפשריים. לכן, פוסק הרמב"ם כי רשאי בית דין לסטות מפסיקתו של בית דין שקדם לו אם מצא בית הדין "טעם אחר לסתור". לאמור, כאשר מדובר בשיקולים זהים אין לחלוק על מה שכבר נפסק. אך אם יש "טעם אחר", הרי שזכותו וחובתו של בית הדין המאוחר, לשקול שוב מחדש, לפי דעתו הוא, את הסוגיא כולה, באופן עצמאי, לנוכח מערך השיקולים החדש הקיים כעת בפניו.
37. בהתאם לכך ברורה גם דעת המהר"י בן לב, כי אדם יכול לטעון טענת "קים לי כדעת מיעוט הפוסקים", שכן אין כאן רוב ומיעוט כל עוד שהרוב והמיעוט אינם מתייחסים לאותו מערך של שיקולים, כאשר פוסקים שונים

דנו בעניין מסויים, איש איש וההיבטים שהעלה בפסיקתו הוא, הרי שהדין לאמיתו לא הוכרע. דעת המיעוט אינה פחותה מדעת הרוב רק על שום היותה דעת מיעוט, שכן הפסיקה של הפוסקים השונים אינה מושתתת על בסיס שיקולים זהים. ממילא אין לדעת כיצד היו הפוסקים האחרים (המהווים רוב) פוסקים אילו היו מתמודדים עם ההנמקות שהעלה פסקו של המיעוט.

38. לעומת זאת, המצב שונה לחלוטין כאשר מדובר ברוב ומיעוט של אותו הרכב. במקרה זה ההתייחסות היא לאותם שיקולים עצמם ולאופן עובדות במדוייק. במקרה זה דעת המיעוט הובאה בפני דעת הרוב ודעת הרוב הובהרה בפני דעת המיעוט. כל דייני ההרכב שמעו את אותו מכלול של שיקולים והכריעו זה בכה וזה בכה. במקרה זה דעת הרוב היא המכרעת, ולא ניתן לטעון טענת "קיים לי". (בכך מיושבת קושיית "התומים" שהובאה לעיל וכפי שעוד נפרט בהמשך הדברים).

39. דעת הרוב גוברת אם כן על דעת המיעוט רק מכיון שמדובר בפוסקים ששמעו זה את דעתו של זה והכריעו על בסיס אותן עובדות ואותה מערכת שיקולים כשהמיעוט אינו מצליח לשכנע את הרוב בכונות הנמקותיו¹⁷.

40. בהתאם להגיון זה נפנה כעת להבנת מעמדה ומשקלה של דעת המיעוט במסגרת ההכרעה השיפוטית.

17 פרופ' א. ברק בספרו "שיקול דעת שיפוטית" (פפירוס 1987-תשמ"ז) מציין בסעיף 6, במבוא לספרו:-

"תחילת התעניינותי בשיקול הדעת השיפוטי במקרים הקשים - בהיותי סטודנט למשפטים. לא פעם קראתי פסק דין, תוך שהסכמתי הן עם דעת הרוב והן עם דעת המיעוט. הדבר היה לפלא בעיניי.

כמורה למשפטים העמקתי חקור, תוך שהבחנתי בין פתרון חוקי לבין פתרון ראוי. כיועץ משפטי לממשלה ראיתי את רשויות השלטון (המחוקקת, המבצעת והשופטת) בפעולתן, ונוכחתי לדעת כי פתרון הראוי לבא מבית מדרשה של הרשות האחת לא בהכרח שיהא ראוי לבא מבית מדרשה של הרשות האחרת. הבעיות המוסריות של כל רשות ובעיית יחסי הגומלין בין הרשויות משפיעות על תכונת פתרון".

נמצאת למד כי היבטיו של כל מקרה ומקרה, משפיעים על הפתרון הראוי והנכון מבחינתו. השקפה השקפה והפסק הנוצר מחמתה. ואף כאשר מדובר בהכרעה שיפוטית ביחס לאותן עובדות, הנובעת מאותה מערכת של שיקולים, עדיין אין הכרח לקבוע כי דעת הרוב נכונה יותר מדעת המיעוט ושתייהן יכולות להתקבל על דעתנו כמסתברות באותה מידה. הנה כי כן סדנא דארעא חד הוא, אלא שבמשפט העברי דעת המיעוט שותפה לעיצוב פסק הדין והכרעת הרוב נובעת מכך שהמיעוט לא השכיל למצוא הנמקה שתשכנע את הרוב להצטרף לעמדתו, כפי שיפורט בפרק הבא.

פרק ז' – ביטול ברוב בהכרעה שיפוטית

41. בהתאם להגיון זה ניתן לומר כי כאשר קיימת פסיקת הלכה ע"י בית דין, מדובר בתהליך שבו כל דין פורש בפני חבריו את מגוון שיקוליו והנמקותיו ופסק הדין נוצר בכור ההיתוך של החשיבה המשותפת והויכוח בין הדיינים, כאשר תפקידו של כל דין בהרכב הוא כפול; ראשית, לשכנע את חבריו בצידקת פסיקתו והנמקותיו ועיגון פסיקתו במירב השיקולים שבידו להעלות, ושנית – בחינת שיקוליהם של חבריו הדיינים ופסיקתם, ושיקילה האם מן הדין כי יאמצם ואם לאו מן הראוי כי יתור אחר נימוקים שיביאו את חבריו הדיינים לשנות את דעתם.
42. במקרה שכזה כאשר קיימת דעת רוב ודעת מיעוט משמעות הדבר היא שהמיעוט העלה טענותיו והנמקותיו בפני דעת הרוב ולא השכיל למצוא הנמקות שישכנעו את הרוב לקבל את עמדתו, כפי שלא השכיל למצוא פירוכות לדעת הרוב.
- אכן, במקרה זה גם הרוב לא השכיל לעשות כן ביחס לדעת המיעוט ודעת המיעוט ממשיכה להחזיק בעמדתה היא, ואולם דעת הרוב עברה כור היתוך והתיישרה על דעתם של יותר דיינים ואילו דעת המיעוט פחותה הימנה בענין זה.
- בנסיבות אלו תועדף דעת הרוב, אך לא על שום היותה נכונה יותר, אלא מכיון שעלה בידה להתיישר על דעת דיינים רבים יותר, במסגרת כור היתוך של הליכון, הנעשה ע"י דייני ההרכב היוצר את פסק הדין.
43. בהתאם לכך, כאשר קיים דין של ביטול ברוב הקובע כי דעת רוב ההרכב מקובלת כדעת כלל בית הדין ויש לה תוקף של פסק דין מטעם כלל ההרכב (שכן גם המיעוט מסכים כי יש להוציא פסק דין מטעם ההרכב כפי שקבע הרוב) הרי שדין זה ניתן לאמץ גם ביחס לסכסוך ממוני והכלל של "רובו ככולו" הנלמד מכאן אמור אף בפסיקת בית דין הנוגעת לידי ממונות. ואולם, השאלה היתה כי מיכון שהרוב קיבל דעה מסוימת אות הוא כי היא העמדה המסתברת יותר ואם כן שהדבר יחול אף כפרשנות חוזה בדיני ממונות, ותתקבל התוצאה העומדת במבחן ההסתברות?
- תשובת התוספות לכך היא, כי בהכרעה שיפוטית אין דעת הרוב מתקבלת מכיון שהיא הדעה המסתברת יותר, אלא שזו הדעה שעברה את כור היתוך הספציפי שהושם בפניה ואילו דעת המיעוט, העשויה להיות נכונה כשלעצמה – לאו. משום כך, בהכרעה שיפוטית שבה נדרשת דעה לעבור נטל שכנוע מסויים הרי שדעת המיעוט שלא עברה זאת, אינה יכולה לבא לידי ביטוי, ובעניין זה של המשקל השיפוטי הניתן לה, "הריהי כמי

- שאינה", גם אם נשוא ההתדיינות הינו דיני ממונות. ואולם, בכל הנוגע לפרשנות הסכם בדיני ממונות הרי שכל עוד אין דיני ההסתברות מוכיחים כי יש לבטל את האפשרות של מיעוט, הרי שאין הסכמה חברתית לפיה מי שחושש למיעוט או נמנה עליו, אינו מצוי במתחם הלגיטימיות.
44. נמצאת למד כי דעת המיעוט בהכרעה שיפוטית עשויה להיות נכונה לא פחות מדעת הרוב ואולם היא אינה עולה כדי פסיקה - מכיוון שלא עמדה בנטל הרובץ עליה. היא עלולה או עשויה להיות נכונה, אך המיעוט לא השכיל לנמק זאת באופן שרוב השופטים שדנו בסוגיא זו ישתכנעו בעמדתם. במקום שבו רוב ומיעוט רואים אותו מרחב של שיקולים והרוב בוחר בעמדה מסוימת והמיעוט בעמדה הפוכה, הרי שבפנינו סיטואציה שבה אין ליחס לדעת המיעוט משקל שיפוטי כלשהו, וגם לא ניתן לומר "קים לי בדעה זו" או לומר כי המיעוט יכול לפסוק לפי עמדתו כפי שבית דין יכול לחלוק על קודמיו, שכן דינים אלו נאמרו רק ביחס למגוון שיקולים שונה - שאז אין בפנינו כל דרך לומר מי מהדעות היא המכרעת. דברים אלו לא ניתן לומר בפסיקה של רוב ומיעוט היוצאת מאותן הנמקות והשואבת ממערך שיקולים אחד. (זהו הישוב לקושיית חתומים).
45. דומנו כי זוהי ההבנה בהסברו של הרב סולוביצ'יק, לפיו אין הכרעת הרוב קובעת כי דעת המיעוט אינה נכונה, ולא שיש לפעול לפי דעת הרוב בהיותה מסתברת יותר; דעת המיעוט אינה דעה מבוטלת או הנופלת בערכה הסגולי מדעת הרוב, אלא שהיא לא עמדה בנטל שהושם בפניה. משום כך אין להתיחס לדעת המיעוט כהכרעה שיפוטית כלל "והריהי כמי שאינה" לעניין זה, ואין לרוב לחשוש מהוצאת פסק דינו לפועל. זו גם האבחנה בין דעת המיעוט בפסיקה של אותו בית דין הנובעת מתוך אותו מערך שיקולים לבין פסיקות שונות של פוסקים שונים במקרים שונים ועל בסיס מרחב שיקולים לא זהה.

פרק ח' - אופן ההכרעה והאחריות בנוזקין

46. מכיון שכל משמעותה של הכרעה על פי רוב היא, כי כל הדיינים שטחו את מגוון השיקולים וההנמקות זה בפני זה, ועמדה אחת זכתה לעמוד במבחן והתקבלה ע"י רוב של דיינים והאחרת לאו, ברור כי כאשר המיעוט בא ואומר "איני יודע" - אין בפנינו פורום. במקרה זה לא ניתן להגיע להכרעה שיפוטית מכיון שאין מספר נאות של דיינים המציגים כל אחד עמדה ברורה והנמקות ברורות. ובהעדרו של תהליך ברור של ליבון הדעות השונות הרי

- שאינ לנו פורום להכרעה. פורום זה נחוץ לא רק באופן פורמאלי לשמיעת העובדות אלא דווקא בעת הדין בהנמקות ובשיקולים כך שההכרעה תיפול לאחר שמספר מסויים של דיינים הביעו דעה בפני חבריהם ופרשו איש איש את השגותיו מחד ואת הנמקותיו והוכחותיו מאידך.
47. דומנו כי זו משמעות הסברו של הסמ"ע על פסיקתו של השולחן ערוך בהקשר זה. **בשולחן ערוך חושן משפט סימן י"ח סעיף א' נפסקה ההלכה בעקבות הסוגיא במסכת סנהדרין בדף ל' ע"א:-**
- "אחד אומר זכאי ואחד אומר חייב ואחד אומר איני יודע, ואפילו שניים אומרים זכאי או חייב ואחד אומר איני יודע יוסיפו דיינים".
- ומבאר הסמ"ע בס"ק ד' שם:-
- "יוסיפו דיינים, הטעם דאין שייך לומר דהולכין אחר הרוב אלא כשכל ה-ג' ישובו, ונתנו ונשאו בדבר, וכל אחד אומר טעם לדבריו ושניים הסכימו לדעה אחת אז בטלה דעת שלישי ברוב. מה שאין כן כשאומר איני יודע דמחשב כאילו לא ישב עימהם, ואמרינן שמא אם ישב עימהן שלישי שהיה אומר דעתו היו השניים מסכימין עמו-".
- והם הם הדברים.
48. לנוכח האמור ברורה גם דעת ריש לקיש לפיה דעת המיעוט שותפה לעיצוב פסק הדין והפטור מפיצוי הניזוק בעת פסק דין מוטעה ניתן לדעת המיעוט רק על שום היותה בגדר של אנוס (אילו נשמעה דעת המיעוט היה נמע הנזק) אך מאידך מוגדרת דעת המיעוט כמעוול במשותף עם דעת הרוב ויש לה חלק ביצירת פסק הדין כך ששאר הדיינים פטורים מחלק זה של הפיצוי הנזיקי.
- דעת המיעוט אמנם לא עולה כדי הכרעה שיפוטית, שכן היא לא עמדה בכור ההיתוך של הליבון והשכנוע ע"י דייני ההרכב, ומשום כך מגדיר תוספות דעה זו "כמי שאינה", אך דווקא כאן נעוצה האחריות של דייני המיעוט. המיעוט לא השכיל להביא די הנמקות לדעתו מחד ופירכות לדעת הרוב מאידך, כדי שהדעה שבה הוא מצדד תתקבל על דעת שאר חברי בית הדין. ותפקידו של כל דיין ודיין, והמיעוט בכלל זה, הוא לברר את הדין לאמיתו ולשכנע בו את חבריו כך שפסיקתו תתקבל על דעתם. המיעוט שותף אם כן לתהליך קבלת ההחלטות לא פחות מאשר הרוב (ואם כי הגיע לפסיקת הלכה נכונה - כשלעצמו, הרי שלא השכיל להביא לידי כך שגם הרוב יפסוק כך) ומכאן חלקו ביצירת פסק הדין ואחריותו בנזיקין.
49. נמצאת למד כי תהליך עיצוב ההחלטה של בית הדין הינו תהליך של ליבון וויכוח ששותפים לו הרוב והמיעוט כאחד. עובדה זו מיישבת היטב את הקושיות דלעיל ומבהירה את משמעות הביטול ברוב.

50. לעובדה זו יש גם השלכות רבות על דרך כינוסו של הפורום השיפוטי לשם קבלת החלטות ועל שיטת ההצבעה כפי שנראה מייד להלן.

פרק ט' – התכנסות הפורום ודרך ההצבעה

51. בשיטת משפט שונות מצינו הקפדה יתירה על פורום מלא בשעת שמיעת העדויות וטיעוני הצדדים. מאידך, ההכרעה השיפוטית היא אקט אינדיווידואלי וכל שופט ושופט מביע את פסיקתו, אשר הינה בת תוקף שיפוטי מחייב, אף אם לא הובאו בפניו דעות עמיתיו בטרם שסיים לגבש את עמדתו.

52. לא כך הוא במשפט העברי. הכרעה שיפוטית במשפט העברי לא תיתכן בלי דיון בין הדיינים. פסיקת הלכה של כל אחד ואחד מן הדיינים ללא ששמע קודם לכן את דעת כל חבריו אינה עומדת בדרישות הפורום הנדרש. כל הבסיס להכרעה של רוב ומיעוט נשען על העובדה שכל הדיינים יצאו מתוך מכלול עובדות והנמקות אחד כאשר לכל דיון ניתנה ההזדמנות לשכנע את חבריו, ודעה אחת עברה כור היתוך זה ובכך זכתה להיות מוגדרת כדעה שיפוטית, והאחרת לאו. בסיס זה להכרעה השיפוטית נשמט אם אין ליכון משותף המביא את הדיינים לבסיס שיקולים זהה שבמסגרתו נפסק הדין.

53. פסיקת הראשונים בענין זה היא עניפה ביותר, ואולם אנו נביא להלן רק חלק מן הדברים, כדי שלא להלאות.

בשו"ת הרשב"א חלק ב' סימן ק"ד¹⁸ נשאלה שאלה מה הדין כאשר רוב הכריעו בשאלה שבפניהם ואולם אחד מן העשרה שבידיהם הופקדה ההכרעה הסתלק ולא הכריע בעניין. האם מהווים שאר התשעה רוב? ומסקנת הרשב"א היא כי אין זה רוב שכן:-

"אין רוב בכל מקום, אלא רוב מתוך הכלל ומתוך משא ומתן. אבל רוב הנפרד מן הכלל, דנין או בוצעין לעצמן, שלא מתוך משא ומתן עם הכלל או שלא במעמדן - לא עשו ולא כלום."

54. פסקו של הרשב"א והמקור לפסק זה מובאים בשו"ת הרלב"ח בקונטרס הסמיכה שבסוף תשובותיו, כדלקמן:-

"הרי שאין הסכמת הרוב כלל כל זמן שלא היה בראשונה משא ומתן בין כולם... וכפי הנראה צריך להיות המשא ומתן פה אל פה ופנים אל פנים כמו המשא ומתן שהיה בסנהדרין גדולה וקטנה שהיה פה אל פה, ולא די

18 וראה גם שו"ת הרשב"א חלק ג' סימן ד"ש.

בזה, אלא שהיו יושבים כולם בחצי גורן עגולה לשיראו כולם זה את זה. גם מתשובת הרשב"א הנזכר בו נראה כמה שכתב או שלא במעמדו...".
(ההדגשות הוספו - ו.א.).

המקור הראשוני בדבר סדרי הדין בעת ההכרעה השיפוטית הינו הנוהג ששרר בסנהדרין הגדולה שבירושלים. ובסנהדרין נהג הפורום השיפוטי להכריע את הדין לאחר ליבון הלכתי שנערך כשחברי הסנהדרין יושבים בחצי גורן עגולה, כשכל דיין רואה את פני שאר חבריו הדיינים וההכרעות נופלות לאחר שכל אחד שומע את טיעוני כולם ואת מכלול השיקולים. 55. בהתאם לכך, אם נעשה מישאל טלפוני או שמזכיר בית הדין מרכז את דעות כל הדיינים, ללא שהרוב שמע את המיעוט ולהפך, אין הדבר נעשה בהתאם לאופן שבו התקבלו ההכרעות בסנהדרין ולמעשה הרוב והמיעוט אינם פוסקים על בסיס מערך שיקולים זהה, ואזי אין בפנינו הכרעה של רוב ומיעוט. ומכיוון שהמקור לדין של ביטול ברוב בכל מקום נובע מהלכות דיינים ושם נעשו הדברים באופן האמור ונבעו מן הטעם המבואר לעיל, הרי שבכל ענין וענין, לרבות תקנות הקהל, דין הוא כי כדי שתהא הכרעה של רוב לעומת המיעוט מן ההכרח כי יערך קודם לכן דיון כשהרוב שומע את המיעוט והמיעוט שומע את הרוב, כדי שדעת הרוב תכריע את דעת המיעוט. מאידך, במישאל שנערך ע"י גורם שלישי ללא שנערך קודם לכן דיון כאמור - לא די. כך מוצאים אנו בשו"ת מהרש"ך חלק ב' סימן ק"ט¹⁹:-

"דמאי דאמרינן דמהני הסכמת הרוב להתיר נגד המיעוט המוחים, היינו דוקא שהיו כולם במעמד אחד ונשאו ונתנו בדבר... אבל בנידון דידן שלא היו הכל נקבצים במעמד אחד, רק שהשמש היה הולך לכל אחד ואחד... דמילתא דפשיטא היא שאין ראוי שתעלה ותועיל ההתרה. ומי שמעיין בתשובות הרשב"א יראה שהוא כמו שכתבתי... ויראה טעם נכון לומר כן, יען דאפשר שאם היו נקבצים יחד, אפשר שהרבה אנשים שהסכימו בהתרה היו נשמעים לטענת המוחים... אמנם בדברים הנעשים בהחבא שלא בקיבוץ כולם... לא יקרא רוב כנגד המיעוט..."²⁰ (ההדגשות הוספו - ו.א.).

19 בדומה לכך ראה בשו"ת דברי ריבות למהר"י אדרבי סימן ס': שו"ת מהרימ"ט חלק א' סימן נ"ח; ספר גט פשוט למהר"מ חביב כלל א'; שו"ת תורת חסד לרב' חסדאי הכהן פרחיא סימן ל"א; שו"ת מהרש"ך חלק ב' סימן פ"ט ושו"ת מהרשד"ם חלק יורה דעה סימן קנא.

20 להשלמת התמונה בהקשר זה ראה ערעור תשכ"ח/135 חוגי הצעירים של המפד"ל ואח"נ. המפד"ל, המזרחי, הפועל המזרחי ואח', פד"ר ז' 225 פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול (כב' הרבנים ניסים, אלישיב ובעיקר פסק דינו של הרב א. גולדשמיט).

הקפדה זו בענין הפורום ודרך ההצבעה מתיישבת היטב עם תפקידו של המיעוט בהכרעה השיפוטית כפי שהובהרה לעיל.

פרק י' - סיכום הדברים

56. בפסיקה הרבנית אין מניעה כי אדם יגרוס כדעת המיעוט שאינה הדעה המקובלת בין הפוסקים במרוצת הדורות. במקרה זה לדעת חלק מן הפוסקים אין להוציא ממון מידו (טענה זו ידועה כטענת "קים לי"). אין גם מניעה כי בית דין יסטה מפסיקת בתי דין שקדמו לו אף שהללו היו גדולים מחכמי בית הדין דנא בחכמה ובמניין, וזאת אם מערך השיקולים של בית הדין שבפנינו שונה משל קודמיו. מקום שבו הרוב והיעוט אינם מתייחסים לאותם שיקולים אין דרך להכריע ביניהם מכח רוב ומיעוט.
57. בהכרעה שיפוטית, הנלמדת מן הדרך שבה הוכרעו הדברים בסנהדרין, כל אחד מן הדיינים פורש בפני חבריו את מערכת שיקוליו, הנמקותיו מחד ופירוכותיו להנמקות רעיו מאידך, וממילא ההחלטה נופלת על בסיס אותה מערכת עובדות ושיקולים. במקרה זה הדעה שזכתה לרוב דעות אינה נכונה יותר או מסתברת יותר אלא שהיא דעה שעמדה בכור ההיתוך של הליבון ע"י דייני ההרכב שדן בעניין, ועל כן יש להגדירה כהחלטה השיפוטית של הרכב זה. דעת המיעוט לא עמדה במבחן זה במידה המספקת ועל כן אף כי יתכן שהיא נכונה ומסתברת, אין היא מוגדרת כהכרעה השיפוטית של הרכב זה, ואין אפשרות לגרוס כמותה מקום שבו מערך השיקולים זהה לזה שעמד בפני בית הדין.
58. תפקידו של המיעוט בכרור פסק הדין אינו נופל מתפקידו של הרוב - ועל כן יש למיעוט אחריות ליצירת פסק הדין במקרה של טעות. כמו כן לנוכח תפקיד חיוני זה של המיעוט, מקום שבו אין בפנינו מיעוט המביע עמדה ברורה (או מכיוון שאינו נוכח או מכיוון שאין לו דעה ברורה והחלטית בעניין) אין לנו ליבון של מגוון השיקולים כהלכתו - ואף שיש רוב דעות המצדד בעמדה מסוימת, זהו רוב שנתגבש בלי לשמוע עמדה של דין נוסף, שיתכן שהיתה שונה ומשכנעת. משום כך, במקרה זה חסר הפורום הדרוש - ויש להוסיף דיינים נוספים שיביעו עמדה ברורה כדי לגבש פסיקה כפורום המתאים.
59. מכיוון שההכרעה על פי רוב דעות שאובה מן הדין של "אחר רבים להטות", שנאמר ביחס להכרעה שיפוטית, הרי שגם בהכרעות של חברי הקהילה וכיו"ב, אין דעת הרוב מכריעה אלא אם כן קדם לה דיון שבו הרוב

שומע את המיעוט ואת טיעוניו ולהפך. לפי המשפט העברי ההכרעה על פי רוב אינה נובעת מחוקי הסתברות כלשהם או מהסכמה חברתית כלשהי, אלא מן העובדה כי דעה שדנו בה מכל היבטיה והיא שהתקבלה על דעת רוב הדיינים, עומדת יותר במבחן שבו הועמדה. דעת המיעוט אינה פחות נכונה מדעת הרוב או פחות מסתברת, אך לדעת הרוב תנתן גושפנקא של דעה שעברה נטל כבד יותר שהוצב בפניה והיא תתקבל על כן כפסיקה המוסמכת שיצאה מאת בית הדין. דייני הרוב יהיו מוסמכים להוציא דעה זו לפועל, אף כשהספק שורר בליבם לנוכח קיומה של דעת מיעוט, מכיון שדעת המיעוט לא עמדה במבחן ובנטל השכנוע שבו הועמדה ועל כן אין היא מוגדרת כדעה שיפוטית ואילו דעת הרוב, עמדה בנטל האמור, ועל כן זוהי דעת ההרכב (דעה שגם המיעוט שותף בדיון שהביא לעיצובה) וככזו יש להוציאה לפועל.

60. מכיון שההליך השיפוטי הוא הליך של ליבון הדעות השונות, הרי שהפורום הנדרש נחוץ במיוחד בעת ההכרעה והשיקול. הצבעה שלא קדם לה הליך של התדיינות והיוועצות בין הדיינים השונים אינה נכללת ברציונל של ההכרעה לפי רוב ומיעוט, ויש לפוסלה. הכרעה בדרך של "מישאל טלפוני" או איסוף הדעות ע"י מזכיר בית הדין אינו נחשב להכרעה שיפוטית, אם להכרעות הדיינים לא קדמה היוועצות שבה נכחו כל דייני ההרכב.

תפקיד המילים ומשמעותן*

”כי קרוב אליך הדבר מאד בפיך ובלבבך לעשותו“

(דברים ל, יד)

מבוא

יש והמילה יוצרת דינים ופועלת חלויות כשהיא מהווה כלי בידי אומרה, ויש שהמילה ניהנה בכח עצמאי ופועלת כגורם העומד בפני עצמו. במקרה הראשון מבטאת המילה את רצון אומרה, וממילא יחתרו כללי הפרשנות לקלוע אל כוונתו הסובייקטיבית של האומר, שאחריה יש להתחקות. למילה מסוג זה תפקיד דקלרטיבי ומטרתה להודיע מהי כוונת האומר. במקרה השני, המילה יוצרת מציאות אובייקטיבית ויש לה תפקיד קונסטטטיטיבי כשהיא עצמה מהווה ישות עצמאית. כללי הפרשנות במקרה זה יהיו על כן שונים ולא ניתן ללמוד גזירה שווה בין סוגי הדיבור השונים. הדוגמא המובהקת והחדה ביותר למלים העומדות בפני עצמן וממלאות תפקיד קונסטטטיטיבי יוצר, היא במישור המאגי. במאגיה המילים יוצרות מציאות אובייקטיבית וחורגות ממשימתן לכתא את רצונו של האומר. כך למשל גורסת הקבלה כי המציאות עצמה נוצרה ע”י אותיות, שהן הוויות אלוקיות, אשר שימשו ומשמשות כאבני הבניין ליצירת העולם ע”י הקב”ה, שברא הכל במאמרו¹. צרוף אותיות הוא על כן מהותו של דבר וכח חיותו. לפי תפישה זו המילה הנהגית או הנכתבת בלשון הקודש, אינה תולדת הסכמה אנושית שתכליתה ליצור תקשורת בין הבריות. למילה משמעות החורגת מתפקיד של

* פורסם ב”סיני”, כרך קי”ח, אב אלול תשנ”ו, עמ’ רכו’ וכן ב”סיני”, כרך קי”ט, תשרי חשוון תשנ”ו, עמ’ נח’.

1 ראה למשל: הרב ש.ז. מלאדי, ”תניא”, שער היחוד והאמונה פרק א: ”הנה כתוב (תה” לים קיט, פט) ”לעולם ה’ דברך ניצב בשמיים”, ופירש הבעש”ט ז”ל, כי דברך שאמרת (בראשית א, ו) ”יהי רקיע בתום המים”. תיבות ואותיות אלו הניצבות ועומדות לעור” לם בתוך רקיע השמיים ומלוכשות בתוך כל הרקיעים לעולם להחיותם, כדכתיב ”ודבר אלוקינו יקום לעולם”. כי אילו היו האותיות מסתלקות לרגע ח”ו וחוזרות למקומן, היו כל השמיים אין ואפס ממש, והיו כלא היו וכך בכל הברואים שבכל העולמות עליונים ותחתונים... וזה שכתב האר”י ז”ל שגם בדומם ממש כמו אבנים ועפר ומיים יש בחינת נפש וחיות רוחנית. בחינת התלבשות אותיות הדיבור מעשרה מאמרות המחיות ומהוות את הדומם להיות יש מאין ואפס שלפני ששת ימי בראשית.”

אמצעי קומוניקציה. המילה בלשון הקודש מהווה כלי אלוקי שחולל את העולם וממשיך להחיותו.²

למילה יש על כן כח ליצור מציאות חדשה, שהרי המילה בלשון הקודש קשורה בקשר אימננטי עם כחות היצירה האלוקיים שבראו את היקום, וזו מעלתה של לשון הקודש על שאר הלשונות.³ על פי הקבלה, "הקב"ה רוממנו מכל הלשונות" בכך שבלשון הקודש ניתן בידי הדובר הכח לצרף צרופים

2 כחודי מאמר רביעי סימן כה מצינו: "יש שפות וכתבים שאין להם מעלה על אחרים. יש לשונות שבהם שמות העצמים מורים הרבה על העניין המרומז במילה ויש מהם שמורין פחות. והלשון האלוקית שלימד אלוקים את האדם ושמה על לשונו וחרטה על ליבו, בלי ספק שהיא השלמה ביותר בכל השפות והמתאימה ביותר למוכנם של המילים הנרמזות בה, כמו שכתב (בראשית ב, יט) "וכל אשר יקרא לו האדם נפש חיה הוא שמו".

כלומר, בכל שפה המילים הן אמצעי קומוניקציה, ואילו בלשון הקודש המלים מבטאות את הגדרת הדבר ומהותו. כמו כן ראה של"ה פסחים, מצה עשירה "האותיות הקרושות שלנו אינן הסכמיות כאותיות האומות, שהן סימנים בעלמא, רק הן עצמיות קדושות ונ־חצבות מלמעלה". יפה לראות בהקשר זה גם את תאורו של ש"י עגנון, אלו ואלו, "חוש הריח" פרק א.

3 ברמב"ם הלכות קריאת שמע פרק ב הלכה י נפסק: "קורא אדם את שמע בכל לשון שיהיה מבינה, והקורא בכל לשון צריך להיזהר מדברי שיבוש שבאותו הלשון, ומדקדק באותו הלשון כמו שמדקדק בלשון הקודש". ועל כך משיג הראב"ד: "אין זה מקובל על הדעת, לפי שכל הלשונות פרוש הן, ומי ידקדק אחר פרושו".

למעלת לשון הקודש על שאר הלשונות ראה: רמב"ם, מורה נבוכים ג, ח, ולעומתו דעת הרמב"ן שמות ל, יג; וראה גם רמב"ם, פירוש המשניות על מסכת אבות ב, א, "הווי זהיר במצוות קלה" - המגדיר את לימוד לשון הקודש כמצווה; ראב"ד ב"שיטה מקובצת" על מסכת ברכות דף יג, ב לפיו אין יוצאים ידי חובת "והגית" בדברי תורה, אלא בלשון הקודש; "אור זרוע" והגהות מימוניות המובאים ברמ"א על שולחן ערוך אורח חיים סימן שו סעיף יא, כי איסור כתיבה בשבת, שהינו איסור דאורייתא, חל רק אם כותב בלשון הקודש. וכך נפסק שם: "מותר לקנות בית בארץ ישראל מן האיני יהודי בשבת, וחותרם (העכו"ם) ומעלה בערכאות". הנה: "בכתב שלהם, דאינו אסור רק מדרבנן, ומשום יישוב ארץ ישראל לא גזרו"; וראה נודע ביהודה, מהדורה תנינא סימן ח, ואו"ח סימן לג.

4 "ורוממנו מכל לשון" נאמר בתפילת המועדים, שהרי המועדים תלויים בקביעה קונסטטיטוטטיבית היוצאת מפיהם של בית הדין. "אלה מועדי ה' אשר תקראו אותם מקראי קודש". אל תיקרי אותם אלא אתם. אתם - אפילו שוגגין, אתם אפילו מזידיים". לאמור, בית הדין לא רק מכוון למציאות אלא קובע אותה ויוצר אותה, עד כי לפעולתו יש תוקף אף כאשר טעה בקביעה זו. לכחם של חז"ל לקבוע את המציאות במאמרם ראה גם: ירושלמי מסכת ראש השנה פ"א: "אמרו בי"ד היום ראש השנה, הקב"ה אומר למלאכי שרת העמידו בימה יעמדו סנגורין יעמדו קטגורין. נמנו בי"ד לעבר את החודש, אומר הקב"ה העבירו בימה..."; ירושלמי מסכת כתובות פ"א: "בת ג' (שנים) ויום אחד שנבעלה, אין בתוליה חוזרין. נמנו בי"ד לעבר את החודש - יחזרו בתוליה"; הרב אברהם ישעיה קרליץ, בחי-

היוצרים בפועל: עונג ונגע, ברכה ומארה, קדושה וטומאה. כהה הקונסטטוטטיבי של המילה הוא המקור והטעם לעריכתם של קמיעות וזה פשר המילה, האמורה או הכתובה, בהתאם לעולמה של הקבלה⁵. ואולם רעיון זה אינו נחלתה הבלעדית של חכמת הסוד והוא מצוי גם בהלכה הפסוקה. כך מוצאים אנו ב"משנה ברורה" סימן סב ד"ה "יכול" כי לשון הקודש היא "לשון מצד העצם". כלומר, לשון שמבחינה מטריאלית מבטאת את מהות הדברים המוגדרים באמצעותה. לעומת זאת, "שאר לשון אינו כי אם מצד הסכם המדינה", דהיינו - כל שאר השפות הן פרי הסכמה סובייקטיבית של חברה מסויימת שתכליתה ליצור אמצעי תקשורת ביניהם. "וכיוון שאין אנשי המדינה הזו מכירים בלשון הזו, לא נקרא לשון כלל". כלומר, בשאר השפות, להבדיל מלשון הקודש, אם אין הסכמה חברתית באותו מקום, לפיה מבטאת מילה מסויימת חפץ או פעולה מסויימים, הרי שהיא אינה מבטאת אותם. לעומת זאת, בלשון הקודש המילה מבטאת את תוכן הדברים המסומלים על ידה, אף בלא קשר להסכמה חברתית כלשהי. משום כך נפסק שם בס"ק ג כי: קריאת שמע, הלל, קידוש, ברכת המזון ושאר ברכות ניתן לומר בכל לשון ובלבד שהאומר מבין מה שאומר, שאם לא כן אין לאמירה כל משמעות. לעומת זאת, בקריאת דברים אלו בלשון הקודש (לבד מהפסוק הראשון בקריאת שמע הדורש כוונה), אף אם הדובר אינו מבין מה שאמר - הוא יוצא ידי חובה; שכן למילים שאמר יש מובן מצד עצם מהותו, ולא רק ככלי קומוניקציה המבטא את כוונת האומר. נמצא כי בדומה למישור המאגי, גם במישור הדתי של עבודת האלוקים ע"י תפילה, קריאת שמע וברכות, יש למילים כח עצמאי משלהן, אם הן נאמרות בלשון הקודש. לאמירה זו יש תוקף קונסטטוטטיבי יוצר אף אם הדובר אינו מבין דבר ומבחינתו באופן סובייקטיבי אין למילים שאמר כל משמעות, ובלבד שהוא מודע לפשר מעשיו.

בדיני הקניינים לעומת זאת, מהוות המילים אך ורק ביטוי לכוונתו הסובייקטיבית של אומרן. ככלל ביחס למשמעות הפעולות השונות הנחוצות לשם יצירת קניין, ידועים דברי ה"חזון איש" חושן משפט סימן כב, בשם אביו: "כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקניין הוא שיגמור בליבו להקנות הדבר

דושי "חזון איש", אורח חיים סימן לט: "אבל הכרעת השיעור בטרפיפה הפרטית ניתנה לחכם... ואפשר דחיה תלויה בהוראת החכם אם היתה ההוראה בחייה". כלומר, אם החכם קבע שאינה טריפיה - היא תחיה.

5 משום כך, טעות במילות הקמיע היא הרת אסון, וראה ר' חיים ויטאל "עץ חיים" שער רוח הקודש דף יג ע"ב: "דע כי כל השמות והקמיעין הנמצאים עתה כתובים בספרים הם מוטעים. ואפילו השמות והקמיעין שנתנסו והומחו ע"י מומחה יש בהם טעויות רבות, על כן אסור להשתמש בהם".

לחברו, וחברו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שבדיבור בעלמא גומר בליבו להקנות לחברו, ויש שאינו גומר בליבו רק ע"י הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל. ודוק היטב בזה והפוך בה והפוך בה דכולה בה. ודוק בש"ס פוסקים ותמצא כן⁶.

ומכאן לכאורה כי בקניינים שבהם נגמר המקח ע"י דיבור, כגון בהקדש וצדקה שבהם "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" כל תכלית האמירה היא ליצור ולשקף גמירות דעת של המוכר, ואין באמירה דבר לבד מגמירות דעת זו. הדיבור במקרה זה הוא אפוא ביטוי לרצונו הסובייקטיבי של האומר. אין למילה זו קיום עצמאי וכח משלה, היא אינה יוצרת דבר לבד מביטוי רצון הדובר וגמירות דעתו, וממילא אחר כוונת ורצון הדובר יש להתחקות במקרה של ספק והוא המכריע. האמנם כן הוא, או שמא יש לדיבור זה כח קונסטיטוטיובי יוצר, בעל תפקיד עצמאי?

במאמר זה נראה כי בתווך, בין שני הקטבים הללו, של דיבור קונסטיטוטיובי היוצר מציאות אובייקטיבית לבין דיבור דקלרטיבי המבטא את רצונו הסובייקטיבי של הדובר, מצויים כמה וכמה סוגים שונים של דיבור, עם תפקידים שונים, הבאים לידי ביטוי בשורה של מוסדות משפטיים. ככל אחד מן המקרים מוטל עלינו לתור אחר תפקידו של הדיבור, כתנאי לקביעת כללי הפרשנות שיחולו לגביו. נבחן אפוא את תפקידו של הדיבור במוסדות המשפטיים דלהלן: נדרים, קידושין וגרושין, תרומות ומעשרות ואף תפילה, ולעומת זאת, קניינים.

פרק א - תפקיד הדיבור בנדרים

א(1) נדר מהו

אחד מהמוסדות המשפטיים התלוי בדיבורו של אדם הוא הנדר. הדיבור יוצר

6 ראה: הרב י. אברמסקי, דיני ממונות (הגדרת סוגיהם) (לונדון תרצ"ט): פרופ' ש. אלבק, דיני הממונות בתלמוד (דביר, תשל"ו) פרק ג עמ' 112; דר' ז. ורפהטיג, דיני חוזים במשפט העברי (מכון הרי פישל ירושלים, תשל"ז) עמ' 2; ש. פרידמן "הנאה וקניינים בתלמוד", דיני ישראל, ג' (תשל"ב) 115-145. ולעומתו א. גולאק, יסודי המשפט העברי, שער ראשון (דביר תשכ"ז) 85-56. פרופ' ס. דויטש מבחין בין קניינים לבין התחייבות. בקניינים יש צורך ביסוד פיסי (צורה) של "מעשה קניין" ואילו בהתחייבות די בהסכמה, הלא היא גמירות הדעת ראה: ס. דויטש "גמירות דעת בהתחייבות במשפט העברי" דיני ישראל ג' (תשל"ב) 207; ס. דויטש "גמירת דעת" שנתון המשפט העברי, כרך ו'-ז' (תשל"ט-תש"מ) 71.

את הנדר ומתווה את גדריו. מהותו של נדר מובהרת היטב בריטב"א מסכת נדרים דף ב, א⁷ כדלקמן: "שני ענייני נדרים הם: האחד, נדרי הקדשות והוא כל שמקבל עליו לתת דבר לגבוה (לקב"ה), הן קודשי מזבח (קרבנות בבית המקדש), הן קודשי בדק הבית (צרכיו האחרים של בית המקדש), וכן הנודר לצדקה או הנודר ומקבל עליו לעשות שום דבר מצווה (נדרי מצווה), וזה הוא שאמר הכתוב (דברים כג, כד) "מוצא שפתיך תשמור ועשית כאשר נדרת לה' אלוקיך, נדבה אשר נדרת בפיו" ... והענין השני הוא נדרי איסור, שאוסר על עצמו דברים המותרים לו, הן מדברים שלו או משל אחרים, או שאוסר על אחרים דברים שלו. וזה שאמר הכתוב (במדבר ל, ג) "כי ידור נדר לה' לאסור איסר על נפשו".

כלומר; נדר הוא אמירה שבאמצעותה יכול הנודר ליצור התחייבות שלו להביא קרבן או כל דבר-מצווה ואלו "נדרי הקדש".

כמו כן יכול הנודר ליצור איסור הנאה, אכילה או שימוש מסויים, לגבי חפץ של הנודר, ואלו "נדרי איסור".

מכאן נדרי איסור יכול הנודר לאסור אף על הזולת את השימוש בנכס מסויים שלו, כאשר במקרה זה חל איסור על גוף החפץ ההופך אותו למעין "נבלה או טריפה" האסורה מהתורה⁸. האיסור החל על הנכס מכאן נדר חורג מגדריו של האיסור הממוני ליטול מנכסי הזולת בניגוד לרצונו, שכן מדובר באיסור "שבין אדם למקום" החל על גופו של הנכס הנדור, עד כי המשתמש בו מעין "מועל בהקדש"⁹.

פרק זה ייוחד לבחינת תפקידה ומהותה של האמירה היוצרת נדרי איסור. כדי ליצור נדר נחוצים הן דיבור והן כוונה, ובלשון הרמב"ם הלכות נדרים פרק ב הלכה ב: "ואין הנודר נאסר בדבר שאסר על עצמו עד שיוציא בשפתיו ויהיו פיו וליבו שווין... אבל נתכוון לומר (לידור מ) תאנים ואמר ענבים, הרי זה מותר בשניהם ואין כאן נדר".

ברור אם כן כי בנוסף לאמירה נחוצה כוונה, אך נשאלת השאלה: האם הדיבור בנדרי איסור מהווה כלי לביטוי אותה כוונה של הנודר, כאשר רצונו

7 להגדרה דומה ראה: רמב"ם הלכות נדרים פרק א הלכות א, ו-ב.

8 עם זאת, כדי ליצור נדרי איסור אין אפשרות לומר: "חפץ זה יהיה אסור כנבלה" או "כט-רפה", שכן איסורים אלו של נבלה וטרפה אינם פרי החלטתו של אדם. כדי ליצור נדר על הנודר לומר: "הרי זה אסור עלי באכילה כקרבן" או "כהקדש" וכיו"ב, שבהם חל איסור ההנאה מכאן דיבור של האדם היוצר את ההקדש או הקרבן. דבר זה נלמד בגמרא במסכת נדרים דף י, ב ודף יד, א מהפסוק: "איש כי ידור נדר לה'" עד שידור בדבר הנודר ולא בדבר האסור".

9 כלל זה מכונה "יש מעילה בקונמות". ראה: מסכת נדרים דף לה, א ורמב"ם הלכות מעילה פרק ד ה"ט.

הסובייקטיבי של הנודר הוא יוצר את הנדר, והדיבור רק מבטא רצון זה ונותן לו ביטוי מוחשי? או שמא, יש לדיבור כח עצמאי היוצר כשלעצמו מציאות נורמטיבית, והכוונה נחוצה רק כדי ליתן תוקף למילים שנאמרו, אך משיצאו מפיו של הנודר - עומדות הן בפני עצמן?

הנפקות בין שתי חלופות אלו תהא במקום שבו כוונת הנודר ברורה היא, אך חל פגם בכיטוי הדברים ע"י דיבורו. אם הדיבור נועד רק לבטא את כוונתו של הנודר, הרי שבמקום שבו התוכן והכוונה ברורים הם מן הנסיכות (הסיטואציה המוכנה "אומדנא דמוכח" אותה נבחר מיד להלן), ניתן היה לכאורה להתגבר על פגמים באמירת הנודר. לא כן הוא אם המילים יוצרות מציאות נורמטיבית, שאז אין אפשרות להסתפק בתחליף מעין זה. נוכל אפוא לבחון איזו מן החלופות דלעיל נכונה, ע"י בחינת השאלה האם נחוץ לנו דיבור ברור כדי ליצור נדר גם בסיטואציה של "אומדנא דמוכח".

א(2) אומדנא דמוכח בנדרים

המונח "אומדנא דמוכח" מבטא מצב שבו כוונת האדם ברורה היא ונחשבת למוכחת מהנסיכות. במונח זה נעשה שימוש בדיני הקניינים כדי להפוך מקח למותנה, אף כאשר לא נאמרה כל מילת התנאה בעת שנעשה המקח. כך למשל מצינו במסכת בבא בתרא דף קלב, א: "הכותב (הנותן) כל נכסיו לאחר, ושמע שיש לו בן (כלומר, לאחר שנתן את כל נכסיו לזרים, גילה הנותן כי יש לו בן בחיים) - המתנה בטלה".

בטלות המתנה נובעת מכך שאנו יוצאים מנקודת הנחה כי אדם נותן את כל הונו לזרים רק אם סבור הוא כי אין לו צאצאים. משום כך, אם מסתבר שיש לו בן, הרי שברור כי בסיטואציה שכזו לא התכוון הנותן לביצוע המקח. בטלות המתנה נובעת אפוא מ"אומדנא דמוכח" היוצרת תנאי למקח, על אף שתנאי זה לא נהגה מעולם ע"י הנותן שלא ציין בעת ביצוע המקח כי הוא נותן רק בתנאי שאין לו בן בחיים. אנו מניחים כ"אומדנא דמוכח" כי זו היתה כוונתו ודי בכך. האם יכולה אומדנא דמוכח לפעול בנדרים?

דיון בשאלה זו מצוי במסכת נדרים דף כא, א. ההתייחסות שם הינה למקרה הבא: אדם הפציר בחברו שיאכל אצלו. הלה ביקש לקטוע הפצרות אלו ועל כן נדר באוזני חברו "קונם לביתך שאיני נכנס, טיפת צונן שאיני טועם". ברור הדבר כי זוהי לשון מוגזמת העולה על כוונת הנודר, שביקש להמנע מהזמנה לאכול בבית חבר אך לא היה לו כל ענין להמנע גם מלהכנס לבית חברו ומשתיית טיפת צונן. משום כך מסיקה הגמרא "מותר (לנודר) להכנס לביתו (של הנודר) ולשתות הימנו צונן, שלא נתכוון זה (הנודר) אלא לשם אכילה ושתייה". כוונת הנודר ברורה היא אפוא מהנסיכות, כי הוא רצה להמנע

מאכילה ושתייה אך לא למנוע מעצמו כל גישה לבית חברו. כתוצאה מכך נשאלת השאלה האם בטל הנדר כולו ואף אכילת סעודה בבית חברו מותרת, על אף כוונת הנודר לאסור זאת, או שמא רק הכניסה לבית היא שהותרה, שהרי הנודר לא התכוון לאוסרה, אך האכילה שם תאסר, לאור כוונתו של האומר שאף בוטאה בלשון הנדר?

תשובה לכך מוצאים אנו ברא"ש שם הקובע כי הנדר כולו בטל באופן מוחלט ואף סעודה מותר לו לאכול שם.

מדברי הרא"ש מסיק הרב חיים עוזר גרודז'נסקי בשו"ת אחיעזר חלק ב סימן יט כי העובדה שהכוונה ברורה היא אינה רלבנטית ומקום שבו נפל פגם בלשון הנודר, באופן שזו אינה תואמת לכוונה שמאחריה, אין אפשרות להשתמש בתחליפים הנלמדים מן הנסיבות. אין נפקות לכך שרצון הנודר ברור הוא בנסיבות הענין, שכן בנדרים יש צורך ב"ביטוי בשפתיים"¹⁰ ולא די באומדנא דמוכח.

נמצאת למד אפוא כי הדיבור בנדרים עומד בדרגה גבוהה יותר מאשר בלי דקלרטיבי לביטוי כוונת הנודר. הדיבור בנדרים הוא קונסטיטוטבי וכיון שהוא נחוץ לשם יצירת מציאות נורמטיבית חדשה לא ניתן להסתפק ב"אומדנא דמוכח" שהיא הבהרת כוונת הנודר הנלמדת מן הנסיבות – ולא מן המילה המפורשת¹¹.

א(3) יד בנדרים

ואולם, בחינת הענין אינה יכולה להעצר בנקודה זו ומן ההכרח להתייחס לסוגיה נוספת שיש להבהירה בהקשר זה. כוונתנו להבהרת שיטות הראשונים בהתייחס לדין המכונה "יד בנדרים".

10 מקור הדברים בגמרא מסכת שבועות דף כו, ב: "אמר שמואל, גמר בליבו צריך שיוציא בשפתיו. שנאמר (ויקרא ה, ז): "או נפש כי תשבע לבטא בשפתיים להרע או להיטיב לכל אשר יבטא אדם בשבועה".

11 לעומת זאת ראה שו"ת מהרי"ק שורש קמא הגורס בשיטת רבנו תם כי נדר מועיל אף בלא דיבור – מכח מחשבה. וראה באורו של הרב גרודז'נסקי בשו"ת אחיעזר חלק ב, סימן כד באות ט. ואולם, דברים אלו מתייחסים לנדרים מצווה ולא לנדרים איסור, שהרי דברי רבנו תם נאמרו ביחס לתענית ולגביה נקבע, כי אין הכרח לקבל את ההתחייבות להתענות ע"י דיבור ודי במחשבה. ההקשר מלמד אפוא כי מדובר בנדרים מצווה, שהרי נדר להתענות הוא בגדר נדרים מצווה, וקיים הברל בסיסי בין נדרים איסור לבין נדרים מצווה, שכן בעוד שבנדרים איסור נחוץ דיבור כדי ליצור את הנדר לאור הכתוב "לבטא בשפתיים", הרי שבנדרים מצווה והקדש אין כלל צורך בדיבור. בנדרים מצווה די במחשבה כדי ליצור את הנדר, לנוכח מאמר הכתוב (דברי הימים ב, כט) "כל נדיב לב עולות". לעניין זה ראה שבועות דף כו, ב.

המונח "יד" הוא קיצור של המילה "ידיית" והוא ביטוי השאול ממטאפורה, כי כשם שידית של כלי מהווה בית אחיזה להרים את הכלי כולו על אף שאוחזים רק בקצהו, כך עשוי דיבור מקוצר המעיד על כוונת הנודר, ליצור נדר, משל היה כאן בפנינו דיבור שלם ומלא. הסוגיה במסכת נדרים דף ג, א מבהירה כי "יש ידות לנדרים" והדבר נלמד מן המילה המיותרת כביכול, "להזיר", בפסוק (במדבר ו, ב) "איש כי יפליא לנדר נדר נזיר להזיר לה", ואשר ממנה מסיקים חז"ל כי נדר הנזירות חל גם כשהלשון מקוטעת.

הריטב"א בנדרים דף ב, א מבהיר את המושג "יד" כלדקמן: "ויד הנדר כל שלשונו מתקן אלא שלא גמר לשון נדרו, אבל יש במשמע מה שפירש ללמד על מה שלא פירש ונלמד ממנו, והוא מלשון ידית הכלים, שכל הכלים נאחזים מחמתו".

כלומר, מדובר באמירה שברור הימנה למה התכוון האומר, על אף שהיא נקטה בקיצור הלשון. דוגמא לכך היא מקרה שבו עובר נזיר לפני אדם, והלה אומר עם ראייתו את הנזיר: "אהא". מנסיבות הענין ברור כי כוונתו היתה לומר "אהא אני נזיר כמוהו". משום כך נקבע כי המילה אינה נחשבת לאמירה גמורה שיש בה כדי ליצור נדר של נזירות.

ודוק, לכאורה בפנינו מצב שבו יש השלמה של הדברים הנאמרים ע"י הנסיבות המעידות על כוונת האומר. כיצד תיתכן השלמה זו, מכח הנסיבות, והרי זה עתה ראינו כי בנדרים קיים כלל לפיו "אומדנא דמוכח" אינה מועילה ויש צורך בדיבור מפורש כדי ליצור את הנדר? זאת ועוד, הרשב"א במסכת קדושין דף מט, ב הקשה על הדין לפיו "יש יד לנדרים" מכח הכלל שנקבע במסכת קדושין, שם, לפיו "דברים שבלב אינם דברים". כיצד ניתן להשלים את הדיבור המקוצר מכח כוונת האומר שלא מצאה ביטוי בדברים שיצאו מפורשות מפי האומר והרי דברים שבלב אינם נחשבים לדברים?

הרשב"א משיב על כך כי דברים שבלב אינם נחשבים לדברים רק כאשר מבקשים באמצעותם לסתור מעשה בלתי מסויג שנעשה, כגון במצב שבו בפנינו מקח שנעשה, בלא כל התניה, והמוכר מתנה בליבו תנאים לתחולת המקח. תנאים אלו אינם תופסים, כיוון שמחשבות הלב סותרות לפעולות בלתי מסויגות ולדברים שנאמרו במפורש. ואולם, מקום שבו אין הכוונה שבלב סותרת לדברים שבגלוי, אלא תכליתה להשלים אמירה ולפרשה, זוהי הסיטואציה של ידות נדרים, ולגביה הכלל של "דברים שבלב אינם דברים" לא נאמר.

ראשונים אחרים שם, מבהירים כי בידות נדרים יש לימוד מפורש מפסוק, היוצר יוצא מן הכלל ומלמדנו כי די ב"יד" כדי ליצור נדר. ממילא אין להקשות מכח הכלל של "דברים שבלב אינם דברים", שהרי חז"ל למדו ממקרא מפורש כי נדרים נופלים לגדר יוצא מן הכלל ומהווים חריג.

הבהרה המציבה את גדריהם של הכללים השונים באופן מסודר ועקבי מצויה בבאורו של הרב ישראל זאב גוטסמן בספרו "קונטרסי שיעורין" על מסכת קדושין שיעור כא. לדבריו, הראשונים הנ"ל אינם חולקים על הרשב"א וגם לדידם לא נאמר הכלל של "דברים שבלב אינם דברים" מקום שבו המחשבה אינה סותרת לדיבור ולמעשים בלתי מסוייגים. על אף זאת נזקקים הם להבהרה כי בנדרים יש מקור מיוחד המהווה עיגון ליצירת חריג, שממנו נלמד הדין של "יד", כיון שנדרים שונים הם מכל מקח, ובהם נאמר "לבטא בשפתים" - כך שהדין הוא כי לא די בכוונה לידור ונחוצה אמירה. ביחס לקניינים חל הכלל של "אומדנא דמוכח" - ואין צורך בביטוי בשפתיים במקום בו הכוונה ברורה היא. החריג שממנו נלמד הכלל של "ידות נדרים" היה נחוץ כיוון שבנדרים - לא מועיל אומדנא דמוכח. בנסיבות אלו בפנינו מצב מיוחד שבו כוונה אינה מועילה כשלעצמה, אף אם היא אינה סותרת למעשה, וממילא מושווית היא "לדברים שבלב אינם דברים". כדי לקבוע שאף בנדרים, בהם נחוצה אמירה מפורשת, די ב"יד" כדי ליצור את הנדר היתה נחוצה גזירת הכתוב המהווה מקור ליצירת היוצא מן הכלל שנקבע בפסוק של "לבטא בשפתיים". ממקור זה נלמד כי גם דיבור מקוצר (יד) מוגדר כביטוי בשפתיים וכדיבור מושלם, שהרי בפנינו דיבור שממנו ברורה כוונת הדובר.

בהתאם לכך נמצא כי הדין של "יד" בנדרים נוגע לדרך הדיבור שבה נוצר הנדר, אך אין ללמוד מכאן כי בנדרים די בכוונה. אלמלא לימוד מפורש של חז"ל מפסוק, ממנו נלמד כי "יש יד בנדרים", היינו גורסים כי יש צורך בדיבור מלא. מכל מקום, גם לאחר שנקבע כי די ב"יד" כדי ליצור נדר, אין למדים מכאן כי די בכוונת הנדר ועלינו לעגן כוונה זו בדיבור ולא די באומדנא דמוכח. הנדר חייב למצוא ביטוי באמירה מפורשת, אם כי לאו דווקא בדיבור מלא. נמצאת למד כי הדיבור חורג מאמצעי לביטוי הכוונה ויש בו צורך כאמצעי קונסטיטוטיבי יוצר, אף כאשר הכוונה ברורה בלעדיה.

ויצוין, גם לשיטת הרשב"א לפיה די לכאורה בדברים שבלב כדי ליצור נדר, אין פרוש הדבר כי אף בלא דיבור יש בכוונה כשלעצמה כדי ליצור נדר, שהרי נאמר - "איש כי יפליא (יפרש) לנדור נדר לה" ומכאן כי נחוצה אמירה מפורשת כדי ליצור את הנדר. כל שהרשב"א מבהיר הוא כי די בדיבור מקוצר שרק השלמתו היא בלב, ואין צורך בדיבור מלא. אך ברור לכל הדעות כי האמירה היא היוצרת את הנדר ובלעדיה אין. בכוונת הלב - לא ניתן להסתפק, גם אם היא ברורה לחלוטין. נחוצה אמירה מפורשת. הכוונה יכלה רק להצטרף לאמירה, להוסיף עליה ולפרשה, אך לא להחליף אותה.

למדנו אפוא הן מהסוגיה של "אומדנא דמוכח" והן מהסוגיה של "יד בנדרים", כי הדיבור הוא גורם עצמאי הנחוץ לשם יצירת הנדר ובלעדיו לא יכון נדר, אף כשהכוונה ברורה על פניה. עם זאת, עולה לכאורה כי הדיבור

הוא רק ביטוי לכוונת הנודר, ובסופו של יום הכל נחתך על פי הכוונה, כל עוד שזו מעוגנת בדיבור. להלן נראה כי הדברים אף חורגים מכך.

א(4) העדר אפשרות לחזור מדיבור של נדר

הרב שמעון שקאפ בספרו "שערי יושר" שער ה פרק כא, מבהיר את הטעם הלשוני הקיים בין נדרים לבין קידושין וגירושין, בשאלת היכולת של האומר לחזור בו מדיבורו.

בגרושין ובקידושין הכלל הוא "אתי דיבור ומבטל דיבור" (קידושין נט, א), דהיינו - ניתן לבטל את הדיבור של יצירת הקידושין ע"י דיבור אחר, כל עוד שהקידושין לא חלו. כך למשל כאשר אדם מקדש אישה וקובע תנאי לפיו הקידושין יחולו רק עם חלוף שלושים יום, בידו לחזור בו ולבטל את הקידושין בתוך המועד האמור. שונה הדין בנדרים. ביחס לנדרים מוכיח ה"מחנה אפרים" בהלכות נדרים סימן יב מכמה וכמה סוגיות כי אין הנודר יכול לחזור בו מנדרו, אף אם מדובר בנדר שהיה אמור לחול רק בעוד שלושים יום וטרם חל. הרב שקאפ מבהיר את הטעם לשוני זה כדלקמן:

"וכל זה (הדין של "אתי דיבור ומבטל דיבור") הוא בעניינים אשר נוכל להחשיבם למעשה אדם, שנתנה תורה הכח והיכולת לאדם לקדש ולגרש ולמנות שליח שיהא כמותו שיועילו מעשיו, ועל עניינים כאלה נקטינן. כמו כן יכול האדם ע"י דיבור או מעשה לעקור ולבטל מה שהכין ע"י מעשיו להועיל לאחר זמן, כל זמן שהם (מעשיו של אותו אדם) נחשבים כדיבור, עד שלא הותחל הענין לחול בפועל.

וענייני הנדרים נראה לי שאינם נחשבים מעשי האדם כל כך, דהנה אם אדם אוסר על עצמו או על אחרים בקונם (בנדר) ובאיסור, מה שאיסורו מועיל שחל איסור תורה, לא נוכל לחשבו שהאדם פעל זה. דעניין איסורים הוא אזהרת התורה, שכך הוא רצון התורה להזהיר ולאסור מה שהבעלים אמרו ורצו לאסור, ולפי זה לא שייך כל כך לומר דאם חזר בו קודם חלות האיסור שיתבטל הדיבור הקודם, שלא יחול איסור תורה, כיון שכך הוא דין התורה שע"י שאמר בלשון נדר ממילא מוכרח האיסור שהוא אזהרת תורה לבא, ואיך יעקור האדם ענין זה ע"י דיבור שני? ורק על ענין כזה נתנה התורה הכח התרה להתיר למפרע לעשותו ענין נדר בטעות. אבל, ענין החזרה שהוא מכאן ולהבא לא שייך כל כך בענייני הנדר."

לאמור, תפקידה של המילה בנדר איסור, שונה בתכלית מתפקידה בגיטין וקידושין. בקידושין ובגיטין, כמו גם במינוי שליח, נמסר בידי האדם הכח ליצור מציאות נורמטיבית כתוצאה מרצונו. רצונו של האדם הוא היוצר את הקידושין, רצונו הוא היוצר את השליחות ורצונו הוא היוצר את הגט. המילים הן כלי לביטוי

רצונו של האדם ובידו גם לשנות את טעמו ולחדול לרצות בגט, בשליחות או בקידושין כל עוד שאלו לא נכנסו לתוקף. משום כך, יכול אדם לבטל את הדיבור שיצא מפיו ע"י דיבור אחר, שכן משחזר בו אותו אדם מרצונו הקודם נמצא כי בשעה שנקבעה לחלות הקידושין, הגרושין או השליחות, לא קיים רצון הנחוץ כדי להחילם, וממילא לא יחול דבר. המילה היא אפוא כלי בידיו של האדם, ככל הנוגע למוסדות אלו. לעומת זאת, בנדרים לא ניתן לומר כי רצונו של הנודר הוא היוצר את האיסור להשתמש בנכס. נדר הוא סיטואציה שבה בעקבות דיבור של אדם נוצר איסור תורה החל על גופו של החפץ והפוך אותו לחפצא דאיסורא¹², מעין נבלה או טרפה. לאדם אין כח להפוך חפץ לאסור במהותו מכח רצונו הוא. החפץ הופך לאסור, באיסור מסוג של "בין אדם למקום", רק מכח חידוש התורה כי מילים מסויימות הנאמרות ע"י אדם - פועלות איסור זה מכחן הן.

ובאחת, בקידושין האיש הוא המקדש. בנדרים - התורה היא האוסרת. ממילא, בנדר המילה אינה כלי בידיו של הנודר, לביטוי רצונו. למילה עצמה יש כח קונסטיטוטיבי יוצר, כאשר משתמש בכח העצמאי של המילה כדי ליצור איסור. מובן אם כן כי מילה שכזו, עם ישות עצמאית משלה, משיצאה מפיו של הנודר, שוב לא יוכל להשיבה לנדרה. מילות נדר, שנאמרו בכוונה מתאימה, יוצרת מציאות נורמטיבית שאינה תלויה עוד ברצון הנודר. לא ניתן להחזיר "שד" זה לבקבוק ולבטל את האמירה, שהרי ביטול של דיבור משקף חרטה מן הרצון. חרטה שכזו רלבנטית ביחס לפעולות הנובעות מרצונו של אדם. לעומת זאת בנדר משנאמרו מילות הנדר, הרי שהשינוי שחל ברצון הנודר אינו רלבנטי, והנדר יחול בשעה היעודה¹³, שהרי הנדר אינו תלוי ברצונו של הנודר והוא נובע מן המילים עצמן - שכבר נאמרו. מילות הנדר משולות אפוא לתפקיד ולכח שנמסר בידי המילים בתחום המאגיה. הן חורגות מתפקיד של כלי לביטוי רצון האומר ועוברות לגדר ישות עצמאית הפועלת את פועלה. למסקנה זו השלכות מרחיקות לכת בתחום הפרשנות של מילות הנדר מקום שבו אין בכח הדיבור שנאמר לשמש אמצעי קומוניקציה - עם זאת ניתן לו תוקף, בנסיבות מסויימות, גם כאשר הנודר אינו מביין את מה שאמר, ובלבד שהתכוון ליצור נדר. סוגיה זו מכונה "כינויי נדרים" ונבהירה להלן.

12 ראה נדרים דף ב, ב שם מבואר כי נדרים וחרמים הם איסור שחל על הנכס נשוא הנדר ("דמיסתר חפצא עליה"), להבדיל משבועות שבהן נוצר איסור החל על האיש נושא דיבור השבועה ("דקאסר נפשיה מן חפצא").

13 ניתן לעקור את הכוונה מלמפרע ע"י "התרת חכם" המלמרת כי מעולם לא היתה כוונה ליצור נדר, בנסיבות שהתבררו. במקרה זה נמצא כי מלכתחילה לא היו אלו מילות נדר. ואולם, מילים המוגדרות כנדר אי אפשר לבטל מכאן ואילך.

א(5) כינויי נדרים

המשנה במסכת נדרים דף ב, א פותחת בקביעה "כל כינוי נדרים כנדרים", והמשנה בדף י, א ממשיכה ומבארת: "האומר קונם, קונח, קונס, הרי אלו כינויים לקרבן". לאמור, קיימת אמירה שבה הנודר מבטא את מלוא רצונו באופן שלם (להבדיל מ"ידות נדרים" שהן דיבור מקוטע). ואולם הנודר נוקט בשפה משלו. כך למשל כאשר הוא משתמש במילה "קונם" במקום במילה "קורבן". ביחס לכך קובעת המשנה כי אמירה זו, שבה מדבר הנודר בשפתו הוא, מועילה כדי ליצור נדר. אמירה זו נקראת "כינוי" בדומה למי שמכנה שם לחברו וקורא לו בכינוי החורג משמו הרגיל.

מהם בדיוק אותם כינויים ומדוע נחשבים הם לדיבור המועיל ליצור נדר? בהקשר זה מצינו במסכת נדרים שם, מחלוקת בגמרא: "איתמר, כינויין, ר' יוחנן אמר לשון אומות הן ור' שמעון בן לקיש אמר לשון שברו להם חכמים להיות נודר בו".

כלומר, לדעת ר' יוחנן נקטה המשנה בלשון "קונם, קונח, קונס", שכן אלו ביטויים שהיו מקובלים בלשון אומות העולם למילה "קורבן", והחידוש במשנה הוא כי גם שימוש בשפה זרה שאינה לשון הקודש מועיל כדי ליצור נדר. לעומתו סובר ריש לקיש כי מדובר בכינויים שחז"ל הגו אותם, כדי שאדם ישתמש בלשון זו, ולא יאמר "לה' קרבן", פן יימצא מוציא שם שמים לבטלה.

ביחס לדעתו של ר' יוחנן מקשה התוספות שם ב, א ד"ה "כל כינוי נדרים", מדוע פרטה המשנה את הלשון "קונם, קונח, קונס" דווקא, עת שמדובר בכינוי למונח נדר כפי שהיא משתנה ממקום למקום ומעת לעת. מדוע לא נקטה המשנה בלשון כללית לפיה "הנודר בכל לשון נידרו נדר", כפי שמצינו למשל במסכת ברכות דף יג כי קריאת שמע נאמרת בכל לשון. מהו המיוחד אפוא בביטויים "קונם, קונח, קונס" שבהם נקטה המשנה?

על שאלה זו מתרץ התוספות כי בעת שהנודר נוקט בלשונות הללו שהן מטבעות לשון לגיטימיות ומקובלות לשם יצירת נדר, הרי שהנדר חל אף אם הנודר לא מבין את משמעות המילים שאמר, ובלבד שברצונו הכללי ליצור נדר. לעומת זאת, כאשר הנודר משתמש בשפה זרה הרי שהנדר חל רק כאשר הנודר מבין את אשר הוא אומר. זאת כיון שבשאר השפות, אם הנודר אינו מבין את משמעות המלים - לא חל הנדר.

והתוספות במסכת נזיר דף ב, א ד"ה "נזיר" מוסיף ומבהיר בהקשר זה, כי כאשר הנודר נוקט במילים "קונם, קונח, קונס" הנדר חל אף כשהנודר אינו מבין את משמעותן משום דדמי טפי ללשון התורה". דהיינו, אלו מילים שאומות העולם אימצו אותן לשפתן, באותה עת, כהעתיקה מלשון הקודש, תוך שיבוש מסויים. הרמיון ללשון הקודש מסייע, לדעת התוספות, לייחס למילים אלו תוקף כפי שיש להן עת שנוקטים בלשון הקודש ממש, שאז הנדר חל אף כשהנודר

לא מבין מה שאמר¹⁴. נמצאנו למדים כי גם ביחס לנדר יש הבחנה בין לשון הקודש לשאר הלשונות, בכך שהנודר בלשון הקודש ובכיתוביים השאובים מלשון זו, נידרו חל אף אם הנודר עצמו לא הבין את המילים שאמר, ובלבד שהתכוון באופן כללי ליצור נדר. שונה הדבר עת שהמילים נאמרות בשפות אחרות, שאז עליו להבין את מה שאמר.

לכאורה, אם מילות הנדר מהוות אך כלי לביטוי רצונו של האומר, הרי שאין נפקות בין השפות השונות. רק אם יש למילים כח קונסטטיטויטיבי יוצר משלהן ניתן להבין כי יש הבדל בין שאר הלשונות לבין לשון הקודש בה יש למילים כח מאגי משלהן כפי שבארנו במבוא לעיל. העובדה כי בנדרים יש נפקות בין לשון הקודש, לבין שאר הלשונות בנוגע לצורך של הנודר להבין את אשר אמר, מחזקת אפוא את ביאורו של הרב שמעון שקאפ לפיו הנודר אינו יכול ליצור איסורים והתורה היא שהעניקה למילות הנדר כח ליצור מציאות של איסור. הכח ליצור איסור באמצעות מילות הנדר חורג מרצונו ויכולתו של הנודר והוא קיים גם כאשר הנודר חזר בו בינתיים מן הרצון לידור. רק אם מניחים כי למילים יש כח משל עצמן ברור כי אף אם הנודר אינו מבין את מילות הנדר יש בהן כשלעצמן כדי ליצור נדר, כשהן נאמרות בלשון הקודש, שבה יש למילים תוכן ומהות כשלעצמן.

נמצא אפוא כי כוחן של המילים בנדר משול לכח הקונסטטיטויטיבי שיש להן במישור המאגי-קבלי, והן חורגות מתפקיד של כלי לביטוי רצונו הסובייקטיבי של הנודר. אדרבא, הן פועלות את פועלן גם כשהנודר לא מבין מה שאמר וגם כשהוא כבר חזר בו מן הדברים שאמר.

א(6) המחלוקת בין התלמודים

על רקע מסקנה זו מקבלת משנה תוקף גישתו החולקת באופן קוטבי וחד של התלמוד הירושלמי בסוגיה זו. בירושלמי בתחילת מסכת נזיר מצינו: "מה אנן קיימין? (כלומר, למה מתייחסת המשנה הראשונה הקובעת כי "כינויי נזירות כנזירות?") אם כמתכוון לידור, אפילו אמר כשאזכור פת אהא נזיר-נזיר".

כלומר, הירושלמי תמה מה היה צורך בחידוש כי כינויי נזירות כנזירות, הן הכלל הוא כי אם כוונת הנודר היא ליצור נזירות, הרי שהנדר חל אף אם אמר

14 לעומת זאת גורס הר"ן בנדרים דף ב, א כי דווקא כיוון שאין המדובר במילים בשפה זרה, אלא בשיבוש של לשון הקודש, היה מקום לומר כי אין בפנינו דיבור הראוי ליצור נדר, שהרי אין המדובר בלשון אלא בשיבוש של לשון. ומכאן נוצר הצורך לחדש במשנה כי גם נדר בלשון זו מועיל.

"הריני פת לחם", דהיינו, אף אם נקט בלשון שכרור כי אין לה כל קשר לנזירות משיכר ויין. זאת כיוון שהכל הולך אחר כוונת האומר, ואם רצונו בכך הרי שהנדר חל, תהא הלשון בה נקט אשר תהא.

מדברי הירושלמי עולה אפוא כי הדיבור בנדרים הוא ביטוי מוחלט לרצון הנודר, אף יותר מזה המקובל בקניינים השונים. בעוד שבקניין של נכס יש צורך שהצדדים למקח יתקשרו ביניהם ועל המוכר לנקוט בשפה קומוניקטיבית המבטיחה לקונה ולשומעים את כוונתו, הרי שבנדר תפקידה היחיד של האמירה הוא לצאת ידי חובת הכלל של "לבטא בשפתיים" ואף אמירה של "אהא פת" מועילה כדי ליצור נדר, אם זוהי כוונת הנודר. על פי שיטת התלמוד הירושלמי נמצא, כי בנדר אין למילה הנאמרת כל משמעות לבד מהיותה ביטוי לכוונת הנודר ליצור נדר. אם באופן סובייקטיבי זוהי כוונתו, הרי שגם אם נאמרו מלים שכל אדם מבין אותן כמתייחסות לנושא שונה לחלוטין, יהא באמירה זו כדי להחיל נדר, שהרי בפנינו אמירה המשקפת את רצונו זה. כל שנחוץ בנדר הוא אמירה המבטאת כוונה ליצור נדר. משום כך אדם המחליט כי באומרו "פת" כוונתו לנזירות, יכול להחיל נזירות ע"י שפה מיוחדת זו, שהיא למעשה שפתו של אדם אחד, המיחסת למילים משמעות סובייקטיבית, השונה ממשמעותן האובייקטיבית.¹⁵

בפנינו אפוא מחלוקת יסודית בין התלמוד הבבלי לבין התלמוד הירושלמי בסוגיית תפקידו ומשמעותו של הדיבור בנדרים.

התלמוד הירושלמי נוקט בגישה לפיה הדיבור מבטא אך ורק את רצונו של האומר, וממילא כל דיבור המשקף רצון ליצור נדר יוצר את הנדר, אף אם אין למילים הנאמרות כל משמעות רלבנטית אובייקטיבית.

התלמוד הבבלי לעומת זאת, נוקט בגישה לפיה אדם אינו יכול כלל ליצור איסורי תורה וממילא הנדר אינו פרי כחו של הנודר. מילות הנדר יוצרות איסורים בהיותן ישות עצמאית שהתורה מסרה בידיה כח זה, מקום שבו הדיבור נאמר כראוי. משום כך, בהתאם לתלמוד הבבלי, יש נפקות בין אמירה בלשון הקודש

15 הרב ש. ז. גוטסמן במאמרו המקיף "כל כינויי נדרים כנדרים" (ספר היוכל ל"ישיבת נצח ישראל" ראמיילעס, ירושלים תשד"מ) מבהיר, בעמ' 58: "ולכאורה פשוט דלהכי נקט הירושלמי "פת" ולא מילה שאין לה משמעות כלל, דבמילה שאין לה כל משמעות היה מקום לטעות לומר ויש כח ליחיד להחליט לעצמו שתהא מילה זו לשון נזירות. אבל, פת לא שייך שיחיד ישנה זה ללשון נזירות כיוון שזה היפך המובן של כל העולם, ואפילו תי- נוקות יודעים המובן של פת, אפילו הכי יש לקבל ע"י זה נזירות. ואולי יש לומר להיפך, דווקא פת אע"פ שאין זה לשון נזירות מכל מקום מקרי דיבור, מפני שלמילה זו יש מובן אצל בני אדם. אבל אם יאמר מילה כזו שאין לה משמעות כלל, יש לומר שזה מקרי הברת קול בעלמא, לא דיבור בני אדם, שגם בהמות וחיות מוציאות קול, ואין זה המובן של "לבטא שפתיים".

ובכינויים הקרובים לכך, לבין אמירה בשאר הלשונות. כאשר המלים נאמרות בלשון הקודש אין צורך, לדעת התוספות, שהדובר יבין את מילות הנדר, שהרי אלו מבטאות את מהותו של הדבר המבוטא באמצעותן, אף בלא קשר להסמכה החברתית לבטא באמצעותן את הדבר האמור. משנאמרו מילים שהן בנות תוכן אוכייקטיבי מסויים, הרי שנוצר מכחן נדר גם כשהנודר לא מבין את מה שאמר. בלשון הקודש המילה משקפת את מהות הדבר, והנדר חל מכח המילה עצמה, שהינה בת תפקיד קונסטיטוטיבי. גם כאשר נאמר הנדר בשאר הלשונות, הרי שכח המילה אינו שואב מרצון הנודר אלא מן התוכן שיש למילה זו, מכח הסכמת הבריות. מהות זו היא הקובעת ולא כוונתו הסובייקטיבית של הדובר.

דוגמא מובהקת לכחה הקונסטיטוטיבי ולמשמעותה האוכייקטיבית של אמירת הנדר, עפ"י שיטת התלמוד הבבלי, מצינו בריטב"א במסכת נדרים דף ב, א. הריטב"א מבהיר כי אף שניתן ליצור נדר בכל שפה שהיא, הרי שהדבר מותנה בכך שהנודר ינקוט בלשון המובנת לבני המקום שבו הוא נודר. כך למשל, אם אדם ידור נדר בשפה הצרפתית בשהותו בצרפת - נידרו נדר. ואולם, אם אותו אדם ידור נדר בשפה הצרפתית בשהותו באנגליה בין אנשים שאינם דוברי צרפתית, הרי שהנדר לא תופס, שכן לדבריו אין משמעות המובנת באופן אוכייקטיבי בין אנשי המקום. העובדה כי הנודר עצמו מבין את מה שאמר, ואף במדינות רבות אחרות יש לדבריו משמעות - אינה רלבנטית לדעת הריטב"א, שכן לדברי הנודר צריך שתהא משמעות אוכייקטיבית - במקום שבו הנדר נוצר. נמצא כי בעוד שלשיטת התלמוד הירושלמי מילות הנדר הן ביטוי סובייקטיבי מוחלט עד כדי כך ששפת הנדר היא זו שהנודר מחליט עליה, ואין נפקות לכך שכל העולם מבין אחרת את הדברים, הרי שלשיטת התלמוד בבלי, על פי הסברו של הריטב"א, מילות הנדר הן בנות משמעות אוכייקטיבית מוחלטת, עד כי דיבור לא יועיל ליצור נדר אף אם מדובר בשפה מקובלת על רבים, וזאת כל עוד שהיא אינה השפה המקובלת במקום הספציפי שבו נאמרה אמירת הנדר.

לכשיעויין בדבר נמצא כי זהו חידוש מופלג המפלה את הנדר לעומת הדיבור בעת יצירת קניין, שהרי במקח אם המוכר והקונה מבינים זה את זה, ברור כי המקח חל אף אם הוא נערך במדינה שבה יושבי המקום לא מבינים את שפת המוכר והקונה.

משיטת התלמוד הבבלי נמצאת למד אפוא כי בנדר חורג הדיבור מן הצורך לבטא את כוונת הנודר במילים, ועובר למישור שבו המלים הן בנות תוקף יוצר - כשלעצמן.

בלשון הקודש יש כח למילים ליצור נדר בכל מקום בעולם, אף אם דברי הנודר אינם מובנים לבני המקום, ולשיטת התוספות אף אם הנודר עצמו אינו מבין את פשר מילותיו. לעומת זאת, בשאר השפות אין המילה נהנית

מכח שכזה, ובלא שהמלים יובנו לאנשי המקום שבו נאמר הנדר - לשיטת הריטב"א, או בלא שיובנו בשפה כלשהי ויהיו בני פשר לקבוצת אנשים כלשהי - בהתאם לכל הדעות - אין להן תוקף. ההסבר לכך נעוץ בעובדה שלמילות הנדר יש כח מאגי משלהן, שהוקנה להן מחמת ציווי התורה, ובלבד שבפנינו אמירה בת תוקף אובייקטיבי. תוקף זה קיים בלשון הקודש מכח היות המילים כלי היצירה של הקב"ה לבריאת העולם וכלי ביטוי למהות הדברים שאותן מסמלות המילים כפי שראינו במבוא לעיל. מחמת כח אובייקטיבי זה של המלים חל הנדר, אף אם הנודר ובני המקום אינם מבינים את פשר המלים שנאמרו. בשאר הלשונות לעומת זאת, נחוצה הבנה של בני המקום או לפחות של בני מקום כלשהו, כדי ליתן למלים הנאמרות תוקף אובייקטיבי, להבדיל מפטפט סרק. בהעדרו של תוקף אובייקטיבי למילים אלו בשפה כלשהי, הרי שאין בכך כדי ליצור נדר, אף אם הנודר הבין את שאמר וביקש ליצור נדר ע"י אמירתו זו.

א(7) סיכום

לסיכום, המלים בנדר הן בנות כח מאגי המנותק במידה רבה מכוונתו הסובייקטיבית של הנודר, וכוחן אינו שואב מתפקידן ככלי לביטוי רצונו של הנודר. להבנה זו השלכה ברורה על כללי הפרשנות הנהוגים ביחס למילות הנדר. משום כך, אין הנודר יכול לחזור בו מן הנדר, ולאחר שהמילים יצאו מפיו, שוב אין תחולת הנדר תלויה ברצונו של הנודר. משום כך ראינו כי לא ניתן לוותר על אמירה מפורשת גם כשהכוונה של הנודר ברורה היא (בסיטואציה של "אומדנא דמוכח") ונדרשת דרשת חז"ל מפורשת השואבת מפסוק, כדי ללמדנו כי "יש יד לנדר" וכי ניתן להשלים את המילים ולפרשן בהתאם לכוונה - שאין לה ביטוי מלא במילים. הצורך במקור מפורש זה והעובדה שאומדנא אינה מספקת ויש צורך באמירה ברורה מלמדים כי הנדר אינו יציר הכוונה של הנודר אלא יציר האמירה. ובמקום שבו אין אמירה ברורה ומפורשת, תהא הכוונה אשר תהא - לא חל הנדר. בפנינו אפוא מוסד משפטי שבו יש למילים תפקיד קונסטטוטטיבי ברור.

פרק ב - תפקיד הדיבור בקידושין ובגרושין

ב(1) נקודת המוצא הלכאורית

בקידושין ובגרושין היינו מצפים כי לא יהא תפקיד קונסטטוטטיבי כלשהו למילה הנאמרת וכי זו תהווה רק ביטוי לכוונת האדם ואינדיקציה לכך שהנתינה של כסף או שטר הקידושין או של הגט נועדו אכן לחולל קידושין או גרושין.

זאת, כיוון שלכאורה מעשה נתינת הגט או הקידושין הם היוצרים באופן בלעדי את המצב המשפטי החדש הנגזר מהם. בלא שלמילה הנאמרת בשעת מעשה יהא תפקיד מהותי בגוף התהליך. במוסדות משפטיים אלו תפקידו היחיד של הדיבור הוא לכאורה דקלרטיבי, דהיינו למסור לנו אינדיקציה בדבר כוונת המקדש או המגרש לעשות כן באמצעות פעולתו.

הנחה זו היתה אמורה להתחזק לנוכח העובדה כי קידושין נתפסים כסוג מסויים וספציפי של מעשה קניין, שבאמצעותו מייחד האיש את האישה לו בלבד, ובלשון המשנה הראשונה במסכת קידושין "אישה נקנית בכסף בשטר ובביאה". ובמעשי קניין, פשוט הדבר לכאורה, כי המילה הנאמרת היא רק אינדיקציה לגילוי דעתו של עושה המקח, שהרי גמירות הדעת היא שמחוללת וגומרת את המקח. והנה, באות הסוגיות של "נתן הוא ואמרה היא" ו-"יש יד לקידושין" – וטופחות על פניה של הנחה זו, כפי שנראה להלן.

ב(2) נתן הוא ואמרה היא

בגמרא במסכת קידושין דף ה, ב מצאנו כי כאשר נעשה מעשה הקידושין ע"י הגבר, אך האישה היא שאמרה "הריני מקודשת לך בכסף זה", קיימות שתי גישות בגמרא. לפי הגישה הראשונה היא אינה מקודשת כלל ולפי הגישה השנייה אלו קידושי ספק. הטעם לכך שנמצא פגם בקידושין שבהן הבעל מבצע את מעשה נתינת הכסף, אך האישה היא שאומרת את דיבור הקידושין, מובהר ברש"י שם ד"ה "נתן הוא" בכך, שהדבר דומה ללקיחת האישה את האיש בעוד שבתורה נאמר (דברים כב, יג) "כי יקח איש אישה".

מפסוק זה למדים חז"ל כי על האיש לבצע את כל מעשה הקידושין באופן מלא ושלם, ואם האישה היא האומרת את דיבור הקידושין, דומה הדבר למצב של "תיקח אישה לאיש". משום כך, נפגמים הקידושין כשהאישה נוטלת חלק בתהליך הקידושין ואומרת את אמירת הקידושין.

ואולם, בהקשר זה נשאלת השאלה, מדוע כשהאישה אומרת את אמירת הקידושין יש בכך משום "כי תיקח אישה לאיש", הן לדיבור אין כל תפקיד מהותי בקידושין לכך מאינדיקציה כי אכן נתינת הכסף נעשתה לשם קידושין ולא לצרכים אחרים, ואילו את מעשה הקניין עושה הבעל באופן מלא ומושלם, בלא לקבל כל סיוע מצד האישה. מהי אפוא הנפקות בכך שהאישה היא זו שמבירה את פשר הסיטואציה והיא זו שאומרת כי מדובר במעשה קידושין כשהבעל מאשר בשתיקתו כי אכן כך הוא? במה גורע דיבור שנעשה ע"י האישה, במקום שבו אין המדובר בדיבור המהווה חלק כלשהו בתהליך הקידושין?

בהכרח נמצאת למד כי גם בקידושין הדיבור חורג מגדר אינדיקציה בדבר כוונת העושה והוא מהווה חלק מהותי מגופו של תהליך הקידושין.

ובלשון הרשב"א שם ד"ה "הא נתן הוא ואמרה היא לא הווי קידושין": "אלא הכי פירושו, דכי יקח משמע שכל הליקוחין, דהיינו נתינה ואמירה תלויין בו, וכשאמרה היא, הווי ליה כי תקיח את עצמה, וכן פרשו בתוספות". כלומר, מעשה הקידושין כולל שני מרכיבים קונסטיטוטיביים: נתינה ואמירה. האמירה בקידושין היא בת תפקיד קונסטיטוטיבי יוצר, והיא חורגת מגדר אמירה דקלרטיבית המהווה רק גילוי דעת בדבר כוונת הנותן. לאמירה יש אפוא משקל כמרכיב עצמאי ביצירת הקידושין¹⁶."

הדברים מקבלים ביטוי חד בשיטתו של בעל הלכות גדולות (בה"ג), המובאת בר"ן על מסכת קידושין שם, ד"ה "תנו רבנן", הלומד מדברי הגמרא לפיהם כאשר נתן הוא (הגבר) ואמרה היא (המתקדשת) ספק מקודשת, כי באותה מידה "נתנה היא ואמר הוא" הרי היא ספק מקודשת, לדידו, יש בקידושין שני אלמנטים זהים של נתינה ושל אמירה, ומקום שבו הבעל עושה רק אחד מאלמנטים אלו, ואין זה משנה אם זוהי האמירה או הנתינה, והאישה משלימה את האלמנט האחר הנחוצ בקידושין, הרי שנפגמו הקידושין ובפנינו רק "ספק קידושין".

מדברים אלה עולה כי לא זו בלבד שבקידושין יש שני מרכיבים, האחד של מעשה הקידושין והשני של דיבור הקידושין, אלא שמרכיבים אלו זהים הם, עד כי אין נפקות אם הבעל נותן את כסף הקידושין והאישה אומרת את דיבור הקידושין, או שהבעל רק אומר "הרי את מקודשת לי", והאישה היא הנותנת את הכסף¹⁷. הספק של הגמרא ביחס ל"נתן הוא ואמרה היא" חל באותה מידה לגבי

16 בדומה לכך מצינו בריטב"א שם ד"ה "איבעית אימא": "ולא משום דבאמרה היא מדינא להווי קידושין, דהא וודאי אמירה שלו בעינן". כמו כן מצינו במאירי שם ד"ה "עיקר קידושי כסף" המבהיר את הספק בגמרא ביחס למצב של "נתן הוא ואמרה היא", כי ההתלבטות היא בשאלה האם יש צורך בשני אלמנטים במעשה קידושין: של נתינה ושל אמירה, או שמא די בנתינה. ובלשונו: "שעיקר הספק הוא ב'כי יקח' אם רוצה לומר נתינה לחודא או נתינה ואמירה". לסקירה נרחבת של שיטות הראשונים בסוגיה זו ראה: "הרב י.ז. גוסטמן ז"ל, "קונטרסי שיעורים", מסכת קידושין סימן ו.

17 בהקשר זה ראוייה לציון העובדה כי הכסף הניתן בקידושין אינו משקף או מסמל את שווי האישה, שהרי ברור כי מדובר בסוג של מקח שאין אפשרות לכמתו בערכים של שווי כספי. מתן הכסף בקידושין הוא אקט סימלי של היווצרות קניין. ובלשון הט"ז, על חושן משפט סימן קד ס"ק א: "דפשוט הוא דבאישה קונה אותה דרך נתינה לחוד, לא בתורת שווי מה שהיא שווה", (וראה לעומת זאת דעת הסמ"ע שם). זוהי ההבחנה הידועה "בעור" לם הישיבות" בין "כסף שיווי" המבטא את ערך הדבר הנקנה, לבין "כסף קניין" שבו מתן הכסף רק יוצר את הקניין אך לא נועד לבטא את שווי הדבר הנקנה.

כיון שמדובר בנתינת "כסף קניין" ולא במתן "כסף שיווי" מובן כי אלמלא הדין של "כי יקח" המחייב כי הבעל יבצע את מעשה הקידושין, ניתן היה לחולל את המקח גם ע"י נתינה של האישה, שהרי מדובר באקט סימלי שלכאורה גם ביד האישה לבצעו. ואולם,

“נתנה היא ואמר הוא”, שכן דין נתינה בלא אמירה כדין אמירה בלא נתינה.

ב(3) מהות הדיבור בקידושין ובגרשין

לאור חידוש זה, בדבר היות האמירה חלק אינטגרלי מהליך יצירת הקידושין, נשאלת השאלה: מהו תפקידה של האמירה בהליך הקידושין, לכד מהיותה אינדיקציה לפרוש כוונת הנותן? ומהיכן נלמד הצורך בקיומה של אמירת הקידושין כאלמנט נפרד ביצירת הקידושין, השווה במהותו למרכיב המעשה בקידושין?

נראה כי פשוט הדבר שבקידושין אין לאמירה כל תוכן מאגי וכי היא לא יוצרת מציאות אובייקטיבית כשלעצמה, בניגוד לאמירה בנדרים. עם זאת, רואים אנו כי האמירה חורגת מתפקידה ככלי לכיטוי רצונו של המקדש, שהרי גם כאשר רצון זה ברור הוא לחלוטין יש צורך באמירת קידושין כתנאי לתחולתם. נראה על כן, כי מדובר באמירה המגדירה את המעשה והופכת אותו מנתינה של מתנה בעלמא ל”מעשה קידושין”. תפקיד האמירה הוא להגדיר את מעשה הנתינה כמעשה קידושין. האמירה חורגת על כן מביטוי כוונת האומר ויש לה תפקיד סטוטורי ביצירת הקידושין, שהרי היא שמגדירה את המעשה והופכת אותו מנתינת מתנה למעשה קידושין¹⁸.

משום כך, כאשר נאמר בתורה “כי יקח” ונלמד מכאן כי על הבעל להשלים את כל מעשה הקידושין ולא להותיר שום חלק הימנו בידי אחרים לרבות האישה, הרי שנובע מכאן שעל הבעל מוטל גם להגדיר את מעשהו ולא להותירו כשהוא סתום וטעון פרשנות והבהרה ע”י האישה או ע”י נסיכות סביבתיות. הקידושין כוללים אפוא שני גורמים היוצרים אותם: הגורם הראשון הוא הנתינה, והגורם השני הוא האמירה המגדירה את הנתינה כמעשה קידושין והופכת אותו לכזה.

אילו היה מדובר בתשלום שווי המקח, הרי שברור היה הרבר, אף בלא הדין של “כי יקח” ולא כי תיקח” כי לא ניתן לקנות אישה ע”י תשלום של המקנה (האישה) לקונה (הבעל), שהרי זהו היפוך של דרך יצירת הקניין.

18 הרשב”א שם בד”ה “אבל נתן הוא ואמרה היא ספיקה הוי” מבהיר כי כאשר הבעל נותן את כסף הקידושין בלא אמירה מתאימה, אין העדים רואים מעשה קידושין, אלא נתינה שפישרה נתון לפרשנות. כדי שהעדים יראו מעשה קידושין, עליהם לראות נתינה המלווה באמירה של הנותן בדבר כוונתו. נחיצות האמירה בקידושין נובע אפוא, לדעת הרשב”א, מהתפקיד הקונסטטוטטיבי והיוצר של העדות בקידושין, ובקידושין כידוע העדות אינה רק ראייתית אלא קונסטטוטטיבית כפי שמצאנו במסכת קידושין דף סח, א “אמר רב נחמן אמר שמואל, המקדש בעד אחד אין חוששין לקידושיו – אפילו שניהם מודים”. כלומר, קידושין שלא נעשו בפני שני עדים אינם תופסים אף שמבחינה ראייתית אין ספק כי היה מעשה קידושין, מקום שבו הן הבעל והן האישה מודים בקיומו, זאת לנוכח תפקידה היוצר של העדות לצורך חלותם של הקידושין.

האמירה בקידושין חורגת אפוא מהבהרת רצונו של הנותן ותפקידה להפוך את הנתינה למעשה קידושין. משום כך, לא די בכך שרצון הנותן ברור הוא מתוך הנסיבות או לאור דברי האישה, ויש צורך באמירה של הגבר המקדש כחלק ממעשה הקידושין שעליו לעשות.

ב(4) שיטת הר"ן במסכת נדרים

עם זאת יצויין, כי מסוגיה זו כשלעצמה עדיין אין הכרח להסיק כי לאמירה בקידושין יש תפקיד כמרכיב עצמאי ביצירת הקידושין, ולבאור המוצע על ידינו ניתן למצוא אלטרנטיבה בהתאם לשיטתו הידועה של הר"ן במסכת נדרים דף ל, א¹⁹.

הר"ן שם, ד"ה "ואישה נמי", מבהיר כדלקמן: "כיוון שהתורה אמרה כי יקח איש אישה, ולא אמרה כי תלקח אישה לאיש, לא כל הימנה שתכניס עצמה לרשות הבעל, ומשום הכי אמרין בפרק קמא דקידושין (ה, ב) דאי אמרה היא הריני מאורסת לך אין בדבריה ממש. אלא, כיון שהיא מסכמת לקידושי האישה היא מבטלת דעתה ורצונה, ומשווי נפשה אצל הבעל כדבר של הפקר והבעל מכניסה לרשותו".

כלומר, בכל קניין יש צורך במפגש רצונות של שני הצדדים למקח: המוכר והקונה, כאשר המוכר מביע את רצונו למכור והקונה מביע את רצונו לקנות. רצון זה יכול ללבוש שתי צורות: רצון פעיל ורצון סביל. צד אחד חייב לנקוט בגישה פעילה, אך הצד השני למקח יכול לבחור האם ברצונו להיות סביל או פעיל – לפי בחירתו²⁰. לא כן הוא בקידושין. אכן גם בקידושין נחוץ מפגש רצונות של הבעל (הקונה) ושל האישה (המקנה). ואולם, בקידושין אל לאישה להביע את רצונה באופן פעיל ועליה להסתפק בתפקיד סביל של הסכמה, כאדם המפקיד את עצמו ומאפשר לזולת לנטלו. זאת מחמת הכלל של "כי יקח איש אישה", ולא "כי תילקח אשה לאיש".

19 ואכן, קיימות שיטות של ראשונים (יד רמה, שיטה לא נודע למי וכיו"ב שיטות הנסקרות בהרחבה ע"י הרב גוסטמן בספרו הנזכר בהערה 16 לעיל) לפיהן הספק בסוגיה של "נתן הוא ואמרה היא" הינו ספק מדרבנן, שכן מדאורייתא ברור כי לאמירה אין כל תפקיד יוצר במעשה הקידושין.

20 הצד הפעיל במקח הוא בדרך כלל הקונה, כאשר המקנה יכול להיות אף הוא פעיל או להיות סביל. אך מצאנו סיטואציות שבהן דווקא המקנה פעיל, ואילו הקונה נותר סביל, כגון כאשר הקונה הוא קטן שאין לו דעה לקנות, שאז הנותן מקנה לו את הנכס ע"י מה שנקרא בגמרא: "דעת אחרת מקנה" ראה תוספות בגיטין דף סד, ב ד"ה "שאני". וראה בהקשר זה הסברו של הרב שמעון שקאפ בספרו "שערי יושר" שער ז פרק יב הדין בהרחבה בסוגיה זו, ומביא את שיטות הראשונים בבא בתרא דף מא וגיטין דף כא.

בהתאם לכך מובן כי כאשר האישה אומרת את אמירת הקידושין היא פוגמת בתהליך, שהרי במקרה זה היא מגלה את רצונה באופן פעיל ולא באופן סביל. זאת, אף אם נסיק כי לאמירה אין כל תפקיד יוצר במעשה הקידושין. גם בלא תפקיד זה נוצר הפגם כתוצאה מהבעת רצון האישה באופן פעיל בניגוד לגדר הדברים כפי שנקבע בפסוק של "כי יקח איש אישה"²¹. ועם זאת, אף לשיטתו האמורה של הר"ן קיים הכרח להסיק כי לדיבור הקידושין יש כח קונסטיטוטיובי ביצירתם, לנוכח העיון בסוגיה נוספת של "יש יד לקידושין", כפי שנראה להלן.

ב(5) יש יד לקידושין

בגמרא במסכת נדרים דף ו, ב נדונה השאלה האם יש "יד לקידושין" אם לאו. השאלה מתייחסת לסיטואציה שבה כוונת המקדש ברורה היא לחלוטין אך האמירה שלו נאמרה בלשון מקוצרת²². המקרה המובא שם כדוגמא לצורך הדיון הוא: אדם המקדש שתי נשים. לראשונה נותן טבעת ואומר "הרי את מקודשת לי בטבעת זו" ולשניה נותן הוא גם כן טבעת אך מסתפק באמירת המילה "ואת". לכאורה, בנסיבות הענין ברורה היא לחלוטין כוונתו לקדש גם את האישה השניה וזהו הפרוש שיש ליתן לאמירה "ואת", שהינה קיצור לביטוי "וגם את מקודשת בטבעת זו". מהו אם כן הספק? הן בפנינו נתינה וגם אמירה שבנסיבות הענין יש בה כדי להבהיר את כוונת הנותן?

זאת ועוד, במסכת קידושין דף ו, א מצינו כי כאשר בני זוג מדברים ביניהם על עסקי קידושין ומתכננים במשותף את עתידם, ובתוך כך הבעל נותן כסף קידושין לאישה, הרי שהיא מקודשת ע"י מעשה זה, אף שאין שם אמירת קידושין מצד הבעל. זאת כיוון שכוונת הבעל בנתינה זו ברורה היא לנוכח דבריו שנאמרו

21 בהתאם לכך, ימצא פגם גם בקידושין שבהן הבעל נותן את כסף הקידושין ואומר "הרי את מקודשת לי" ולאחר מכן האישה מוסיפה על נתינתו ואמירתו של הבעל, אמירה משלה הגורסת כי באמירתה, היא נוטלת חלק פעיל במעשה הקידושין. אכן, לאמירה זו של האישה בודאי שאין כל משמעות והמקח הושלם ע"י נתינתו ואמירתו של הבעל. אך הפגם נובע מכך שהאישה מביעה את רצונה באופן פעיל ורוצה למלא תפקיד בקידושין כמי שמקנה עצמה, להבדיל ממי שאמורה רק להפקיר עצמה באופן סביל ולאפשר לבעל לקנותה. במקרה זה היא עשויה עם זאת להיות מקודשת מכח תחולתו של מעשה הקידושין של הבעל, לנוכח העובדה כי הקידושין חלו ונכנסו לתוקף מיד עם ביצועם ועוד בטרם אמירתה של האישה.

22 ההתייחסות שם היא למושג של "ידיים מוכיחות", כלומר לדיבור שבו כוונת האומר ברורה היא.

קודם למעשה הקידושין. מסוגיה זו עולה כי אף אמירה כללית שאינה נאמרת בשעת הקידושין²³ ואינה נוקטת בלשון המקובלת, אלא נאמרת במסגרת של התוית תוכניות לעתיד – מספיקה היא לשם יצירת קידושין – אם היא משקפת בבירור את כוונת הנותן המבהירה אותה.

כיון שלא דרושה לשם יצירת הקידושין אמירה הנוקטת בלשון מוגדרת נשאלת במשנה תוקף השאלה, מהו הספק במסכת נדרים ו, ב האם יש יד לקידושין אם לא? הן בפנינו אמירה המבהירה את כוונת המקדיש ובכך די לשם יצירת קידושין, כפי שראינו במסכת קידושין שם?

תשובה לכך השיב הרב חיים הלוי סלוביצי'ק וצ"ל באומרו באחת כי: "בקידושין לא מועיל אומדנא דמוכח"²⁴. כלומר, בקידושין יש צורך באמירה המגדירה את המעשה כמעשה קידושין ולא די בכך שכוונת הנותן תהא ברורה מן הנסיבות. משום כך, מקום שבו הבעל מבהיר ע"י אמירתו את כוונתו ומגמתו, עובר למעשה הקידושין, עת שבני הזוג "עסוקין באותו ענין" בפנינו אמירה המגדירה את הנתנה שבאה בעקבותיה כמעשה קידושין ודי בכך.

לעומת זאת, אמירה סתמית של "ואת" היא אמירה שאינה מועילה במאומה, שהרי היא עצמה נתונה לפרשנות בכמה וכמה אופנים וממילא אין בה כדי להגדיר את מעשה הקידושין. המשמעות של המילה "ואת" מובהרת לנו רק מכח הנסיבות, ולנוכח העובדה שהיא נאמרה לאחר מעשה קידושין אחר של אישה אחרת. בנסיבות אלו מתעורר ספק האם זוהי אמירה המגדירה את המעשה כאקט של קידושין לאור מובנה הנובע מנסיבות אמירתה, או שמא כיוון שבאמירה זו כשלעצמה אין כדי להבהיר מאומה, (בשונה מהאמירה של "היו עסוקין באותו ענין" שבה המקדש הבהיר את רצונותיו באופן ברור ע"י דיבורו) ויש צורך בנסיבות סביבתיות כדי להבהיר את כוונת המקדש, הרי שאין בפנינו אמירה המגדירה את המעשה וממילא הקידושין פגומים.

מסוגיה זו עולה אפוא בבירור, כי אף במקום שבו כוונת המקדש ברורה היא מאמירתו, לאור נסיבות הענין, לא די בכך והגמרא מסתפקת שמא אין הקידושין תופסים. ומכאן כי האמירה בקידושין מהווה מרכיב כשלעצמו בקידושין, והיא חורגת מהבהרת כוונתו של האומר. בהכרח נמצאת למד כי לאמירת הקידושין

23 וראה ריטב"א על מסכת קידושין דף מא, ב ד"ה "הא": "ואף על גב דקימא לן, "היה מדבר עימה על עסקי גיטה וקידושין ונתן לה ולא פירש דיו". התם כיון שמדבר עימה על עסקי גיטה וקידושה, דכמאן דפריש דמי ולא חשיבא מחשבה". כלומר, האמירה שנאמרה עובר למעשה הקידושין נחשבת לאמירה בשעת הקידושין.

24 הדברים מובאים בספרו של הרב ברוך דב ליוואביץ: "ברכת שמואל", מסכת קידושין סימן א.

יש תפקיד קונסטיטוטיבי ויש בה צורך כדי להגדיר את המעשה כמעשה קידושין וממילא יוכל להתעורר ספק אם יש יד לקידושין.

ב(6) דיבור הקידושין בהלכה הפסוקה

מסקנתנו האמורה מתאששת לנוכח עיון בקביעתו של רב יעקב מליסה, בעל ספר "נתיבות המשפט", בספרו "תורת גיטין" אבן העזר סימן קמא ד"ה "והמעשה" הפוסק כי על אף שבמקח אין צורך בדיבור מקום בו הנסיבות מדברות בעדן ומוכיחות את כוונת הנותן (אומדנא דמוכח) ולא נאמר הדין של "דברים שבלב אינם דברים", הרי שלא כך הוא בקידושין ובגיטין. לנוכח הסוגיות של "נתן הוא ואמרה היא" ו"יש יד בקידושין" מסיק התורה גיטין כי: "בקידושין ובגירושין אפילו איכא אומדנא דמוכח טובא, לא מהני עד דאיכא דיבור"²⁵. והם הם הדברים.

ואולם, למען שלמות התמונה יש לציין כי לכאורה קביעה זו של ר' יעקב מליסא תמוהה היא לאור פסיקתו המפורשת של הרמ"א בהגהה על שולחן ערוך אבן העזר סימן כז סימן ג: "אילו נתן לה בשתיקה ולא דיבר כלום, והוא והיא אומרים (לאחר מעשה - ו.א.) שכיוונו לשם קידושין - הוו קידושין (מרדכי פרק האיש מקדש ותשובת מהר"מ)".

מכאן עולה לכאורה כי אין כלל צורך באמירה בקידושין ואף כשהבעל שותק כדג והנתינה אינה ברורה מנסיבות הענין, יש אפשרות שהקידושין יחולו, מכח הבהרת כוונת הצדדים ע"י אמירה של בני הזוג - לאחר מעשה. זוהי לכאורה הוכחה ניצחת כי מדובר באמירה דקלרטיבית ולא באמירה קונסטיטוטיבית הנחוצה לשם יצירת הקידושין והגרושין מלכתחילה.

דא עקא, שפסיקה זו של הרמ"א מעוררת קושי, שהרי אם כן מהו הספק בגמרא בנדירים דף ו, ב בשאלה "אם יש יד לנדירים"? הן בכל מקום שברורה כוונת המקדש, ואף אם הוכהרה רק לאחר מעשה, אין כלל צורך באמירה? פסקו של הרמ"א סותר אפוא לסוגיות שהובאו לעיל. ואכן, החלקת מחוקק שם בס"ק ט חולק על פסקו ומציין: "וצריך עיון, איך יעלה על הדעת דנתן בשתיקה הוא ודאי קידושין והיכא דנתן הוא ואמרה היא הוו ספק קידושין, וכי בשביל אמירתה גרע?"²⁶

25 דברים דומים מצינו גם בספרו של ר' עקיבא איגר "דרוש וחיודוש", על מסכת קידושין דף ה, ב.

26 ככל שהשאלה מתבססת על הסוגיה של "נתן הוא ואמרה היא", ראינו לעיל בסעיף ב(4), כי ניתן ליישב את שיטת הרמ"א ואין להוכיח מן הסוגיה האמורה כי לדיבור יש תפקיד בהליך יצירת הקידושין, וזאת לאור שיטתו של הר"ן בנדירים דף ל, א. ואולם, שיטה זו אינה מסייעת ליישוב הקושי ביחס לפסקו של הרמ"א לנוכח הגמרא במסכת נדרים דף ו, ב, בסוגיה של "יש יד לקידושין".

בדומה לכך מציין הבית שמואל בס"ק יד כי משמע שהפוסקים חולקים על דעת המרדכי שהובאה להלכה ברמ"א. התורת גיטין חולק אפוא על הרמ"א בהסתמך על שיטתו זו של "החלקת מחוקק" ו"הבית שמואל" ולגישתו, בניגוד לדעת הרמ"א, הדיבור מהווה מרכיב קונסטיטוטבי - יוצר בהליך הקידושין ועל כן לא די באומדנא דמוכח המלמדת מהי כוונתו הסובייקטיבית של המקדש, ויש צורך באמירה מפורשת היוצאת מפיו.

ב(7) האפשרות לחזור מדיבור של קידושין לאחר "תוך כדי דיבור"

ההבחנה האמורה בין תפקיד הדיבור בקידושין ובגרושין לעומת תפקידו ומהותו של הדיבור בכל שאר מעשי הקניין, מסייעת להבנת שיטתו הייחודית של הרב פנחס הלוי הורוביץ בעל ספר "ההפלאה" ביחס לסוגיית הגמרא העוסקת באפשרות של אדם לחזור בו מאמירתו "תוך כדי דיבור"²⁷. נבהיר ענין זה ונפרט.

ככלל גורסים הראשונים כי אדם יכול לחזור בו "תוך כדי דיבור" מעסקה שביצע וזאת על אף שהמקח נעשה כבר ע"י מעשה קנין. וכך נפסק בשולחן ערוך חושן משפט סימן קצה סעיף ז כי רק לאחר פרק זמן של "תוך כדי דיבור" לא ניתן לחזור ממעשה קניין, לבר מקניין סודר (חליפין) שבו יכול לחזור בו כל זמן שעסקין באותו עניין. מכאן עולה כי בתוך כדי דיבור יכול אדם לחזור בו ולבטל את המקח²⁸ אף שזה בוצע ע"י מעשה.

לעומת זאת, "ההפלאה" גורס כי ממעשה מקח לא יכול אדם לחזור בו, אף לא תוך כדי דיבור²⁹. אדם יכול לחזור בו "תוך כדי דיבור" רק מדיבור, כגון מתנת שכ"ב מרע (אדם המוטל על ערש רווי ומצווה לאחרים את כל רכושו) שבה מקנה אדם לאחרים את רכושו ע"י דיבור בלבד. אבל, ממעשה קניין לא ניתן לחזור ומשנעשה המעשה - אין להשיבו ריקם.

ההפלאה מדמה עיקרון זה לכלל של "אתי דיבור ומבטל דיבור ולא אתי דיבור ומבטל מעשה"³⁰. כלומר, אדם יכול לחזור בו ע"י דיבור מרצונו שאותו ביטא קודם לכן בדיבור אחר. ואולם, ממעשים שבוצעו אין באפשרותו לחזור

27 המונח "תוך כדי דיבור" מסמל פרק זמן מינימלי, כשיעור הזמן הנדרש לאמירת שלוש המלים "שלום עליך רבי". במסגרת פרק זמן זה יכול אדם לחזור בו מדיבורו בלא שיתפס במה שכבר אמר, שהרי כל אדם עלול להינקש בלשונו ולומר דבר בלתי מכוון, כשהלשון מתנתקת לרגע מן המת. אם חוזר בו אותו אדם לאלתר ומתקן את עצמו באופן מידי הרי שזהו הביטוי לרצונו האמיתי וחזרה זו מדיבורו - תופסת.

28 ראה בית יוסף, חושן משפט סימן קצה, המוכיח גישתו זו משיטת הראשונים.

29 שיטת "ההפלאה" מובהרת בספר "אבני מילואים" סימן כז באות ט.

30 קידושין דף נט, א.

ע"י דיבור מאוחר יותר, שהרי הם כבר בוצעו ומעשה עשוי לא ניתן להשיב. ההפלאה מוכיח את גישתו מן הגמרא במסכת תמורה דף כט, ב בה נאמר כי מדיבור של הקדש, בו מייחד אדם נכס מסויים לצרכי הקדש, אין הוא יכול לחזור בו, שכן הנכס עובר לרשות ההקדש מיד עם הוצאת הדיבור מהפה, ובלשון הגמרא "אמירתו לגבוה (כלומר, אמירת דיבור ההקדשה) כמסירתו להדיוט". כלומר האמירה של דיבור ההקדש כמזה כמעשה קניין של מסירת הנכס בפועל, ביחסים עם הדיוט. השוואה זו מלמדת אותנו כי ממעשה של מסירה להדיוט אין אדם יכול לחזור בו שכן מדובר במעשה שנעשה בפועל³¹.

כנגד שיטת "ההפלאה" ניצבת לכאורה סוגיית הגמרא במסכת בבא בתרא דף קל, א בה נאמר "תוך כדי דיבור כדיבור דמי, חוץ מעבודת כוכבים וקידושין³²". כלומר, בקידושין לא יכול אדם לחזור בו אף לא תוך כדי דיבור. לכאורה, לפי שיטת ההפלאה זהו הדין בכל מקח ולא רק בקידושין, שהרי קידושין נעשים ע"י מעשה ולא ניתן לבטל את תוצאתו של מעשה עשוי. אם כך הדבר, במה שונים הם קידושין מכל מקח אחר שנעשה ע"י מעשה ומהו היחוד של קידושין שהוצאו מהכלל (בלשון הגמרא "חוץ מעבודה זרה וקידושין")? הן לשיטת ההפלאה בכל מעשה קניין, אין אפשרות לחזור ממעשה עשוי, אף לא תוך כדי דיבור.

תשובה לכך מוצא "ההפלאה" בהבחנה בין תפקיד האמירה בקידושין לבין תפקיד האמירה בכל שאר מעשי הקניין. אכן, הכלל שאליו מתייחסת הגמרא במסכת בבא בתרא שם אינו נוגע למקרה שבו הושלם הקניין ע"י מעשה, וממילא לא הוצא המקח מהכלל של אפשרות לחזור בו תוך כדי דיבור. ביחס לקניין ברור כי לא הדיבור פועל אלא המעשה וממילא אין משמעות ליכולתו לחזור בו מן הדיבור, שהרי כלום לא תלוי מלכתחילה בדיבור זה. המקח חל רק משנעשה המעשה ואז ברור כי אין לחזור הימנו. ואולם, בקידושין לעומת זאת, המעשה כשלעצמו עדיין אינו יוצר את הקידושין ונחוץ כאמור מרכיב נוסף לשם מתן תוקף לעשייה, הלא הוא דיבור הקידושין. דיבור זה חורג מגדר אמירה המבחינה את כוונת הנותן ויש לו משקל כמרכיב נפרד וכתנאי לחלות הקידושין. כיון שכך נמצא כי בפנינו סוג של מקח שחלותו נגמרת ע"י דיבור. ממילא היה מקום לסברה כי אדם יכול לחזור בו מהדיבור הנחוץ לשם יצירת הקידושין, וכי גם בהקשר זה חל הכלל של "תוך כדי דיבור כדיבור דמי" לפיו יכול דיבור לבטל

31 שאר הראשונים מבהירים בסוגיה זו, כי המונח "כמסירתו להדיוט" מתייחס למסירה שחלף פרק הזמן של "תוך כדי דיבור" מעת ביצועה, אמירת ההקדש ("אמירתו לגבוה") הושוותה אפוא, לשיטתם, למסירה להדיוט - לאחר חלוף פרק הזמן של "תוך כדי דיבור", ורק משום כך אי אפשר לחזור מכך.

32 וראה גם נדרים דף פז, א.

דיבור אחר. לאור זאת מצאה הגמרא לנכון לחדש כי דיבור של קידושין יצא מהכלל של "תוך כדי דיבור כדיבור" ולא ניתן לחזור מאמירה זו³³. הנה כי כן, ההבחנה בין מהות האמירה בקידושין לבין מהות האמירה בשאר מעשי קניין, מסייעת בידי ההפלאה ליישוב הקושיה שמעוררת סוגיה זו על שיטתו³⁴.

ב(8) שליחות ע"י גוי - בקידושין

מסקנה זו בדבר מהותה ותפקידה של האמירה בקידושין ובגירושין - עולה לכאורה גם מהסברו של ה"אבני מילואים" בסימן לה באות ט, כפי שנראה להלן: בשולחן ערוך אבן העזר סימן לה סעיף ד נפסק: "הכל כשרין לשליחות קידושין חוץ מ... עבד, לפי שאינו בתורת קידושין".

כלומר, בהתאם לכלל לפיו אין אדם יכול לבצע עבד זולתו דבר שאותו אין הוא כשיר לבצע עבד עצמו, נפסקה ההלכה כי עבד כנעני אינו יכול להיות שליח לקדש אישה לבן ישראל, שהרי הוא עצמו אינו כשיר לקדש לעצמו אישה, בהיותו עבד כנעני. כנגד זאת מצינו הלכה פסוקה בשולחן ערוך אבן העזר סימן קמא סעיף לא: "הכל כשרין לשליחות הגט חוץ מעבד ונוכרי ויש מי שאומר שאם העבד הוא שליח הולכה הוי ספק".

בהלכה זו נפסק אפוא כשיטת הראשונים כי הבעל יכול למנות עבד כנעני כשלוח להולכת הגט אל אשתו. כיצד תתיישב דעה זו עם הכלל לפיו אין אדם יכול לבצע עבד זולתו דבר שאין הוא כשיר לבצעו עבד עצמו³⁵?

33 הטעמים לכך שלא ניתן לכטל דיבור זה, רבים הם. לדעת הרשב"ם שם מדובר בחומרה מדרבנן הנובעת מחומרת איסור אשת איש. לדעת הר"ן בגדרים דף פז, א הדבר נובע מכך שבכל נושא, אדם לא נותן בהכרח את דעתו באופן מלא בטרם שידבר, מתוך הנחה כי לא יתפס כדיבורו ותמיד יוכל לחזור בו תוך כדי דיבור אם ינקש בלשונו. לעומת זאת, בנושא "כבד" כקידושין וגירושין גומר אדם את דעתו באופן בהיר ומוחלט בטרם שיוציא דיבור כלשהו מפיו, וממילא לא יכול הוא עוד לחזור בו לאחר מכן בטענה כי נקש בלשונו. טעם נוסף הוא, כי כיון שמדובר באמירה הנלווית למעשה, חלים הקידושין עם הוצאת הדיבור מהפה, שהיא גם שעת גמד העשיה, וממילא ממעשה גמור לא ניתן לחזור כמובן. הדיבור רק מגדיר את המעשה ומאותה שעה בפנינו מעשה גמור, ולא רק דיבור וממנו לא ניתן לחזור.

34 ה"אבני מילואים" בסימן כז באות ט תמה על ה"הפלאה", בכך שבכל מעשה קניין נחוצה כוונה המתבטאת באמירה, וגם בקידושין האמירה רק משקפת כוונה. מכאן משמע כי לשיטתו של ה"אבני מילואים" האמירה בקידושין אינה חלק ומרכיב נפרד מהקידושין. דברים אלו סותרים לשיטת ה"אבני מילואים" עצמו, עליה נעמוד להלן.

35 השאלה מתעצמת יותר, לנוכח העובדה שבהלכה זו עצמה קיימת הבחנה בין שליחות להולכת הגט מהבעל לאישה, שבה מועילה שליחותו של עבד כנעני, לבין שליחות לק-

כמו כן, מקשה ה"בית שמואל" על השולחן ערוך אבן העזר סימן לה סעיף ד באות יד, מדוע לא צוינה ע"י השולחן ערוך קיומה של דעת הראשונים החולקת ואשר הוזכרה על ידו במסגרת ההלכה הפסוקה בסימן קמא סעיף לא ביחס לגרושין? במה שונים הם קידושין מגירושין, עד כי השולחן ערוך גורס שדעת הראשונים בדבר האפשרות למנות שליח בגיטין שהינו עבד כנעני, אינה חלה גם ביחס לקידושין?

האבני מילואים בסימן לה באות ט מיישב תמיהות אלו בכך, שבגט אין צורך בנתינה של הבעל לשם גרושין. גם במקום שהגט ניתן לאישה כפקדון יכול הבעל לאחר מכן לומר לה "הרי זה גיטך" והאישה תהא מגורשת, על אף שהנתינה של הגט היתה בשעתו לשם משמרת ולא לשם גרושין³⁶. כיון שכך נמצא כי מעשה הנתינה של הגט הוא מעשה טכני מוחלט ואין לו כל שייכות להחלת הכריתות על הנישואין. ממילא מוכן כי גם עבד כנעני שאינו כשיר לגרש ע"י גט, הינו כשיר לבצע מעשה טכני של העברת הגט מידי הבעל לידי האישה.

לעומת זאת בקבלת הגט ע"י האישה, הרי שכדי שתחול הכריתות של הנישואין יש צורך לקבל את הגט "לשם גרושין". ממילא, אין עבד כנעני יכול לבצע שליחות זו בשמה של האישה, שהרי מדובר במעשה שיש בו תוכן פנימי של כריתות ואותו אין הוא כשיר לבצע.

הסבר זה אינו מיישב עם זאת, כשלעצמו, את ההבחנה בין גרושין לבין קדושין, שהרי גם בקידושין הנתינה היא מעשה טכני בלבד, וגם כאשר הכסף ניתן בידי האישה שלא לשם קידושין, יכול הבעל לפנות אליה לאחר מכן ולקדשה בכסף המצוי זה מכבר בידיה³⁷.

ההבחנה בין שליח הולכה בגט לשליח קבלה בגט, אינה מועילה איפוא

בלת הגט ע"י האישה, שבה לא מועילה שליחות זו. הבחנה זו בין שני סוגי השליחות טעונה הסבר, וכמו כן עולה הימנה לכאורה כי גם ביחס לגט נקבע הכלל לפיו השלוח אינו יכול להתמנות לשם ביצוע דבר שאין הוא כשיר לבצעו עבור עצמו. אך אם כך הדבר, ומחמתו פסול הוא העבד הכנעני לשמש כשליח האישה לקבלת הגט, כיצד כשיר הוא לשמש שליח הבעל להולכת הגט?

36 ראה: ר"ן על הרי"ף במסכת גיטין, דף מ מדפי הרי"ף ד"ה "אמר לה כנסי שטר חוב זה": "והוא הדין כשנתנו לה לשם פקדון... ואח"כ אמר לה הא גיטך... מתגרשת, כיון שמיד הבעל בא לידה".

37 קידושין דף מז, א: "התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך, והלכה ומצאתו שנגנב או שאבד, אם נשתייר הימנו שווה פרוטה - מקודשת".

בקידושין, בניגוד לגרושין, יש הסוברים כי אף סיטואציה המקבילה למקרה של "טלי גיטך מעל גבי קרקע" מועילה לשם יצירת הקידושין, על אף שאין כל מעשה נתינה. ראה לענין זה בית שמואל על שולחן ערוך אבן העזר סימן ל אות א.

ליישוב קושית ה"בית-שמואל", ביחס להברל שמצינו בשולחן ערוך בין גיטין לבין קידושין.

משום כך ממשיך ה"אבני מילואים" ומבהיר כי בגיטין, האמירה של "הרי את מגורשת" כלולה בשטר הגט עצמו, וממילא אין צורך מדאוריתא לחזור ולומר "הרי זה גיטך". האמירה בעל פה היא על כן רק דין מדרבנן³⁸. לעומת זאת בקידושין יש הכרח לומר "הרי את מקודשת לי" על אף שאמירה זו נכללת בשטר הקידושין³⁹. ממילא נמצא כי בקידושין על השליח לבצע בשליחות הבעל הן את המעשה הטכני של נתינת הכסף או השטר והן את אמירת הקידושין, ואין אפשרות להסתפק בנתינת השטר או הכסף. אמירה זו יוצרת את חלות הקידושין ועבר כנעני "שאינו בתורת קידושין" ואינו כשיר לקדש אישה לעצמו, אינו יכול לבצע שליחות לצורך אמירה זו. משום כך, על אף שהוא אכן כשיר לבצע אה נתינת הקידושין, שהיא מעשה טכני בלבד, הוא מנוע מלשמש שליח - לאור הצורך באמירה.

נמצאת למד שוב, כי בקידושין בפנינו אמירה שיש לה תוקף יוצר בהליך הקידושין. אלמלא היתה לאמירה משמעות כמרכיב נפרד ביצירת הקידושין לא היה ברור מדוע אי אפשר לבצעה ע"י שליח שהינו עבר כנעני, שהרי אילו היתה אמירה זו רק כלי לביטוי כוונת הנותן, היא שוב לא היתה חורגת מגדר אקט טכני - של גילוי דעת - שאותו ניתן היה לבצע אף ע"י עבר כנעני⁴⁰.

38 רמב"ם הלכות גרושין פרק א הלכה יא: "נתן בידה (גט) ולא אמר כלום הרי זה גט פסול". והרמב"ם שם בפרק ב הלכה ז מבהיר: "מה בין פסול לבטל? שכל מקום שנאמר בחיבור זה בגט שהוא בטל - הוא בטל מן התורה, וכל מקום שנאמר פסול - הוא פסול מדברי סופרים".

39 בסוגיה זו ידועה הסתירה בין פרושי רש"י השונים. בפרוש רש"י על המשנה הראשונה במסכת קידושין, ד"ה "בכסף ובשטר" מצויין כי יש צורך באמירה לגבי קידושי כסף ולגבי קידושי ביאה ולא מצויין הצורך באמירה לגבי קידושי שטר. לעומת זאת בפרוש רש"י על הרי"ף בתחילת מסכת קידושין ד"ה "שטר" מצוינו: "שטר-שכותב לה על הנייר... הרי את מקודשת לי, ונותן לה ואומר כן". וראה בית שמואל על אבן העזר סימן קטו ס"ק א המבהיר את ההבחנה בין שטר של גט לבין שטר של קידושין, כשכאחרון יש צורך באמירה "הרי את מקודשת לי" בנוסף לנתינת השטר שבו כתובים הדברים.

40 לכאורה ניתן היה לומר כי אין סתירה בין דברי ה"אבני מילואים" בסימן לה אות ט, המובאים כאן, לבין דברי ה"אבני מילואים" בסימן כז אות ט. גם שיטת ה"אבני מילואים" בסימן לה עשויה לגרוס כי לאמירה כשלעצמה אין תפקיד יוצר בקידושין, שהרי הוא מביא את הבית שמואל הנ"ל (הע' 39) לפיו בקידושין יש צורך באמירה בנוסף למתן שטר הקידושין שבו נאמר "הרי את מקודשת לי". וזאת כדי שהאישה תראה כי מדובר באקט של קידושין ותסכים לו בשתיקתה, והעדים יראו זאת. בגט לעומת זאת, אין צורך באמירה זו, כיון שאישה מתגרשת גם בעל כרחא, וממילא אין צורך בגילוי דעתה וכה-

ב(9) סיכום

משורת המקורות שנסקרו לעיל עולה בבירור כי בקידושין ובגרדושין⁴¹ האמירה חורגת מביטוי של כוונתו הסובייקטיבית של האומר ויש לה תפקיד קונסטטיטויבי, הנחוץ לשם יצירת הקידושין או הגירושין. אכן, אין זו אמירה עם כח מאגי כלשהו, בשונה מנדר, אך זו אמירה עם כח יוצר, החורגת מגדריו של כלי לביטוי כוונת האומר וגילוי אומד דעתו. הבהרנו כי מדובר באמירה המגדירה את הנתינה כמתן גרושין או כמתן קידושין, להבדיל מנתינת מתנה או פקדון למשמרת, וממילא ובלעדיה לא יסכון ההליך כולו. לתפקיד זה של דיבור הקידושין השלכה ברורה על פרוש דברי האומר, על יכולתו לחזור בו, ועל האפשרות לבצע את הפעולה ע"י שליח, שאינו כשיר לבצע פעולה זו עבור עצמו.

פרק ג - תפקיד הדיבור בתרומות ומעשרות

סוגיה מרכזית נוספת, שבה יש לדיבור כח עצמאי החורג מגדר כלי לביטוי רצון האומר, מצויה באמירה הקונסטטיטויבית של הפרשת תרומות ומעשרות ההופכת חלק מן הפירות לתרומה או למעשר, כפי שנראה להלן, מדובר בתחום שבו אין אף צורך להגות את המילה ולהוציאה מן הפה, ומכאן כי אין המדובר בכלי לביטוי חיצוני ופומבי של רצון האדם ועם זאת יש כח למילה במישור היצירה המאגית התלויה בה, שכן על אף שאכן אין חובה להגות בפה את מילות ההפרשה, נראה כי המחשבה שבאמצעותה נוצרת הפרשת התרומה או המעשר,

סכמתה. נמצא כי הצורך באמירה בקידושין הוא רק לשם גילוי דעת האישה השומעת במה מדובר ואינה מוחה (יושם אל לב: בפנינו גדר חדש בדבר מהות האמירה בקידושין. כדיבור החורג מגילוי דעת הנותן והאומר לעבר תפקיד של מתן אינדיקציה בדבר כוונתו הסובייקטיבית - של המקבל). ואולם, אם כך הוא, לא ברור מדוע אין אמירה זו נחשבת לאקט טכני שגם עבד כנעני יכול לבצעו?

41 אכן בגרושין מצינו כי לשיטת הרמב"ם (הע' 38) האמירה היא רק מדרבנן. ואולם, זאת רק כיוון שאמירה זו באה לידי ביטוי בכתובים, וממילא אין עוד צורך לחזור עליה בעל פה והדיבור נחוץ רק מחמת חומרה מדרבנן ולא כחלק אינטגרלי מהגט. ואולם, הצורך בדיבור (שבכתב או בעל פה) כאקט של הגדרת המעשה, ברור הוא בגט אף יותר מאשר בקידושין, שהרי תמצית מעשה הגרושין הוא מתן שטר (גט) שתוכנו הוא: אמירה של הרי את מגורשת. כמו כן, יש לזכור כי ראשונים רבים חולקים על הרמב"ם וסוברים כי הצורך באמירה בעל פה של "הרי את מגורשת" בעת מתן הגט - הוא דין מדאורייתא.

חייבת להתבטא במילים, המנוסחות בתבנית קבועה ומכניסות את המחשבה למסגרת יוצרת, בלעדיה אין. נסקור סוגיה זו כסדרה ונבהיר עקרון זה.

ג(1) האלמנטים ליצירת תרומה ומעשר

בהפרשת תרומות ומעשרות קיימים שני אלמנטים:

(א) הפרשה פיסית - דהינו נטילת חלק מהפירות והפרדתם מן המכלול, כדי להעבירם לאחר מכן לכהן (בתרומה גדולה) או ללוי (במעשר ראשון).⁴²

(ב) קריאת שם - הכרזה והגדרה כי פירות שהופרשו והופרדו מהמכלול, או המצויים בזוית מסויימת בתוך המכלול, הם תרומה (ע"י אמרת "הרי זה תרומה") או מעשר (ע"י אמירת "הרי זה מעשר") אמירה זו של קריאת השם, היא ההופכת את הפירות לתרומה השייכת לכהן והנאכלת על ידו בלבד, ורק בטרהרה.⁴³

האלמנט הראשון בלא רעהו - לא יסכון. בהפרשה בלבד לא די ויש צורך בקריאת שם כדי להפוך את הפירות שהופרשו לתרומה.

ג(2) מחשבה בתרומה

בהקשר זה מצינו ברייתא במסכת בכורות דף נח, ב: "אבא אלעזר בן גמלא אומר: "ונחשב לכם תרומתכם" (במדבר יח, בז) בשתי תרומות הכתוב מדבר, אחת תרומה גדולה ואחת תרומת מעשר. כשם שהתרומה גדולה (שמפריש ישראל לכהן) ניטלת באומר ובמחשבה, אף תרומת מעשר (שמפריש הלוי מתוך המעשר שקיבל מישראל) ניטלת באומר ובמחשבה". כלומר, בפנינו ברייתא מפורשת לפיה בתרומה מועילה אף מחשבה. ונשאלת השאלה, איזה משני האלמנטים של הפרשת התרומה ניתן לבצע ע"י מחשבה; את שלב ההפרשה או את שלב קריאת השם? בענין זה קיימת מחלוקת ראשונים, המוצאת ביטוי בין השאר בשתי הדעות המובאות בפרושו של רש"י כפי שנראה להלן. את הביטוי "במחשבה" ביחס לתרומה מפרש רש"י גם בשני אופנים:

(א) "במחשבה שמחשב ואומר שני לוגין שאני עתיד להפריש הרי הן תרומה... ולהכי קרי ליה מחשבה, משום דאינו מונה אותן".

42 תרומה גדולה היא החיוב המוטל על בעליהם של פרות להפריש מן היבול חלק, שאין לו שיעור מוגדר והתלוי בנדיבות ליבו של התורם הספציפי, להגדיר חלק זה כתרומה, ולהעבירו לאחר מכן לידי הכהן. מעשר ראשון הוא החיוב המוטל על בעל היבול, להפריש ממנו חלק, בשיעור של עשירית מהפירות, להגדירו כמעשר ולאחר מכן להעבירו לידי הלוי. תרומת מעשר היא חיובו של הלוי להפריש עשירית מן המעשרות שקיבל. להגדירם כתרומת מעשר ולאחר מכן להעבירם לכהן.

43 לענין זה ראה: משנה מסכת תרומות, פרק ג משנה ה.

לאמור, בכל הנוגע לאלמנט של קריאת שם לא ניתן להסתפק במחשבה ויש צורך באמירה ובהוצאת הדיבור מן הפה. החידוש של הבריתא הוא איפוא ביחס לאלמנט של ההפרשה, ללמדך כי די בקריאת השם כדי ליצור את התרומה, ואין צורך לשם יצירת התרומה אף בהפרשה פיסית. האחרונה היא רק פועל יוצא מכך שהתרומה שייכת לכהן משעת קריאת השם ויש להעבירה אליו.

כיוון שדי בקריאת שם כדי ליצור את התרומה, מכונה הדבר "מחשבה", שכן המשמעות היא כי די בכוונה וברצון של הבעלים (כשהוא מבוטא בפה), כדי שהפירות יהפכו לתרומה, וזאת על אף שטרם הוצאה כוונה זו אל הפועל והפירות טרם הופרשו פיסית מהמכלול⁴⁴.

(ב) "אי נמי, נותן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר". כלומר, קריאת השם היא שניתנת לביצוע במחשבה ואין צורך בדיבור לשם כך.

לפי פרוש זה נמצא כי בנוסף לקריאת השם תהא נחוצה ההפרשה הפיסית, ולא ניתן להסתפק בקריאת השם בלבד, לשם יצירת התרומה או המעשר. החידוש של הבריתא הוא רק כי במסגרת האלמנט הראשון שאחריו תבוא ההפרשה, דהיינו במסגרת "קריאת השם" די בכוונה ואין צורך בדיבור.⁴⁵

על הפרוש הראשון של רש"י הנ"ל, לפיו בקריאת השם יש צורך בדיבור, מקשים התוספות שם ד"ה "במחשבה": "ונראה דכלא דיבור נמי הווי תרומה, מדתנן במסכת תרומות (פרק א משנה ו) 'חמישה לא יתרומו ואם תרמו תרומתם תרומה', וחשיב אילם, (כלומר, אילם שבודאי אינו יכול להוציא דבר מפיו, מסוגל להפריש תרומה, ומכאן כי אין צורך בדיבור בפה לצורך קריאת שם של תרומה). ובירושלמי מפרש טעמא (כלומר, הטעם לכך שמלכתחילה לא יתרום האילם) משום ברכה (כלומר, האילם לא יכול לברך על הפרשת

44 בשיטה זו נוקט רש"י גם במסכת נדה דף מט, ב ד"ה "להיות מפריש עליה": "... ונותן עיניו בוו להפריש ממנה עליהם לאחר זמן שהתרומה ניטלת במחשבה" ומיד אח"כ בדיבור המתחיל "כל ג' ימים ודאי": "... ואם אמר בתוך ג' ימים הרי זו תרומה על אלו הסמוכין לה...".

בדומה לכך ראה תוספות רי"ד, מסכת שבת דף קמב. וכן ראה שער המלך על הרמב"ם, הלכות תרומות פרק ד הלכה טו. לעומת זאת ראה כסף משנה ור"י קורקוס שם, החולקים וגורסים כי שיטת הרמב"ם היא שאין צורך בדיבור.

45 בדרך זו צעד רש"י בשורה של מקומות בש"ס, כך למשל: במסכת קידושין דף מא, ב ד"ה "במחשבה": במסכת גיטין דף לב א; במסכת ביצה דף יג, ב; במסכת מנחות דף נ, א. בשיטה זו נקטו ראשונים נוספים כגון: רבנו גרשום במסכת מנחות דף נה, א ובמסכת בכורות דף נט, א; תוספות בגיטין דף לב, א; חידושי הר"ן, הריטב"א והריטב"א החדשים שם; בן הרמב"ן על מסכת ביצה דף יג, ב; שיטה לא נודע למי על מסכת קידושין דף מא, ב; מאירי שם ובמסכת פסחים דף סז.

התרומה ורק משום כך מן הראוי שמלכתחילה לא יתרום). ובמסכת שבועות פרק ג (דף כו, ב) משמע בהדיא דשרי כשגמר בליבו, אע"ג שלא הוציא בשפתיו דכתיב "כל נדיב לב" (שמות לה, כב). וקאמר תרומה וקודשים הוו להו שני כתובים הבאים כאחד ולא ילפינן מיניהו (כלומר, תרומה וקודשים הם שני יוצאים מן הכלל שבהם התחדש כי די במחשבה ואין צורך בדיבור, וכיוון שאלו "שני כתובים הבאים כאחד" אין ללמוד מהם גזירה שווה לכל מקום אחר)...".

שאלת תוספות על הפרוש הראשון של רש"י היא זו: כיצד מבאר הוא שיש צורך בדיבור לצורך האלמנט של "קריאת שם" בתרומה, הן במסכת שבועות מצינו גמרא מפורשת בה נאמר כי בתרומה די לנו במחשבה לשם "קריאת שם" ואין צורך בדיבור, ומשום כך נקבע הדין במשנה במסכת תרומה כי אפילו אילם יכול להפריש תרומה.

דא עקא, שעיון באותה סוגיה מלמד כי אכן גם רש"י במסכת שבועות דף כו, ב ד"ה "תרומה וקדשים" למד כי די במחשבה ולא בדיבור, אך לשיטתו אין סוגיה זו מתיחסת להפרשת תרומה מהפירות לכהן אלא ל"תרומת מלאכת המשכן", שבה כתוב (הפסוק) "כל נדיב לב הביאו...".

כלומר, הסוגיה במסכת שבועות בה נאמר כי מועילה הפרשת תרומה בלא דיבור מתייחסת לנושא שונה לחלוטין של תרומה שהביאו בני ישראל במדבר לשם בניית המשכן, ולא לתרומה של פירות לכהן שבה יש קריאת שם והפרשה.

ואולם, מה יעשה רש"י בפרושו הראשון, לפיו יש צורך בדיבור לשם "קריאת שם" בתרומה, עם הסוגיה במסכת תרומה, לפיה אף אילם יכול לתרום? תשובה לכך מצינו ברשב"א על מסכת קידושין דף מא, ב המבהיר כי כאשר יש הפרשה פיסית מועילה קריאת שם אף ע"י מחשבה. לעומת זאת, מקום שבו טרם בוצעה הפרשה פיסית יש צורך בדיבור לשם יצירת תרומה ע"י "קריאת שם". משום כך, הסוגיה במסכת תרומות לפיה אילם יכול לתרום, מתייחסת למצב שבו בוצעה הפרשה פיסית, שאז די במחשבה כדי להגדיר את המעשה כהפרשת תרומה. מאידך גיסא, רש"י במסכת בכורות מתייחס למצב שבו טרם בוצעה הפרשה ואז יש צורך בדיבור דווקא, כדי ש"קריאת שם" זו תהפוך את הפירות לתרומה.

ג(3) נקודת המוצא הלכאורית

נמצא כי בפנינו שתי שיטות, האחת גורסת כי יש צורך בדיבור לשם קריאת שם, ואילו השנייה גורסת כי די במחשבה לשם כך, והדיבור הוא רק כלי לביטוי חיצוני של המחשבה, שאינו נחוץ לשם יצירת התרומה. משמע לכאורה, כי בעוד שבנדירים יש לדיבור כח מאגי, ובקידושין הדיבור

מגדיר את המעשה, הרי שבתרומה הדיבור הוא רק ביטוי לרצונו ולכוונתו הסובייקטיבית של התורם.
ולא היא. גישה זו, שנראה לכאורה כי היא נובעת משיטת הראשונים לפיה אין צורך בדיבור ודי במחשבה בעלמא לשם יצירת תרומה, נתקלת בקושי חמור המחייב להבין עניין זה באופן שונה לחלוטין.

ג(4) העדר צורך ב"בר דעת"

הכלל הוא כי בכל דבר שבו נדרשת גמירות דעת לשם יצירתו, על העושה להיות בן יג שנים ומעלה, דהיינו "בר דעת". והנה, ביחס לתרומה נפסק ברמב"ם בהלכות תרומות פרק ד הלכה ה: "קטן שהגיע לעונת נדרים (כלומר, בן יב שנים ביחס לבן, ובת יא שנים ביחס לבת), אף על פי שלא הביא שתי שערות ולא נעשה גדול, אם תרם תרומתו תרומה. ואפילו בתרומה של תורה (כלומר, זה דין דאורייתא), הואיל ונדריהם והקדשן קיימין מן התורה כמו שביארנו בנדרים".
נמצאת למד כי הכח ליצור תרומה הושווה לכחו של אדם ליצור נדר, וכח זה אינו תלוי בגמירות הדעת, מן הסוג הנדרש בקניינים ובקדושין וכיו"ב. משמע כי הדברים תלויים בדברו של האדם ולא בגמירת דעתו.

ג(5) כפל התפקידים של הדיבור בתרומה

זאת ועוד, במסכת קידושין דף נ, א נאמר הכלל של "דברים שבלב אינם דברים" לפיו, אדם העושה מקח, ומתכוון באופן סובייקטיבי לעשותו רק בתנאי מסויים, אין מחשבתו זו מועילה כדי לסייג את המקח, והמקח יחול באופן בלתי מותנה, אם הוא לא ביטא את המחשבה באמצעות אמירה מפורשת. הרשב"א שם מקשה על כלל זה: הכיצד לא נסתר בכלל לנוכח קיומה של אפשרות לתרום תרומה ע"י מחשבה בעלמא? ובלשונו:

"ועוד קשיא לי, נידוק מתרומה דקיימא לן (מסכת גיטין דף לא, א), דניטלת במחשבה, כלומר, שיתן עיניו בצד זה ואוכל בצד אחר, אלמא דברים שבלב הוויין דברים?

ולכא למימר שאני התם דרחמנא רביה מדכתיב (במדבר יח, כז) 'ונחשב לכם תרומתכם' וכדאמרן (כלומר, אין אפשרות לומר שתרומה היא יוצא דופן הנלמד מפסוק) דאם כן היכי אתי למפשט מ'קריב אותו - לרצונו' (כלומר, אילו היה מדובר ביוצא מן הכלל, לא ניתן היה באותה סוגיה לנסות ללמוד את הכלל של "דברים שבלב אינם דברים" מן הפסוק "קריב אותו" שנאמר בקורבנות (ואשר ממנו למדים שיש צורך באמירה בפה במסגרת הדין של "כופין אותו עד שיאמר רוצה אני"). ומתרין הרשב"א: "אלא, דכל כי האי לא דמי כלל לדברים שבלב, דכי אמרינן דברים שבלב אינם דברים, היינו שאינן דברים לבטל מה

שאמר בפיו... אבל כל שהדברים שבלבו אינן מבטלים מעשיו אלא מקיימין... או מחשב בתרומה, שאין דברי ליבו מבטלין שום דבר - הוּו דברים". כלומר, הדין של "דברים שבלב אינם דברים" מתייחס רק לנסיון לסייג מעשה באמצעות מחשבה שבאה לידי ביטוי בדיבור, כתנאי למקח. אבל, מקום שבו המחשבה אינה סותרת למעשה שנעשה ואינה באה לסייג אותו, אלא באה ליצור כשלעצמה דין מסויים, הרי שלא נאמר הכלל של "דברים שבלב אינם דברים" ודי במחשבה.

על פירוש זה של הרשב"א ידועה ומפורסמת השאלה (המיוחסת ל"שער המלך"), כיצד ביקש הרשב"א מלכתחילה ללמוד מתרומה כי דברים שבלב נחשבים לדברים, והרי ראינו כי קיימת סוגיה ערוכה במסכת שבועות דף כו, ב לפיה מהווים קדשים (קרבנות) ותרומה שני כתובים הבאים כאחד, שאינם מלמדים (כלומר, שני יוצאים מהכלל שאינם מלמדים על הכלל). ואם כן, מוכן כי לא ניתן היה ללמוד ממקרה זה גזירה שווה לשום מקום אחר ולא ניתן להקשות מיוצא מן הכלל זה על הכלל?

תשובה לכך ניתן למצוא בדבריו של הרב חיים עוזר גרוז'נסקי, בספרו "שו"ת אליעזר", חלק ב סימן יט באות ג המבהיר כדלקמן:

(א) יש אמירה עם כח קונסטיטוטיבי יוצר כמו בנדרים. שם לא מועילה "אומדנא דמוכח" ויש צורך להוציא את הדברים מהפה, כדי להעניק להם את כוחם המאגי, אף כאשר כוונת האומר ברורה היא מהנסיבות⁴⁶. במקרה זה חל הכלל של "דברים שבלב אינם דברים" אף כשיש אומדנא דמוכח, וזאת לאור העובדה שבלי המילה הנהגית, אין בדינו את הכלי ליצירת הכח הקונסטיטוטיבי התלוי בדיבור זה.

(ב) יש אמירה המבטאת את רצון האומר. אמירה זו נחוצה רק כשרצון זה אינו ברור מהנסיבות. משום כך כשיש "אומדנא דמוכח" דהיינו כשהכוונה ברורה לנוכח הנסיבות, הרי שאין צורך באמירה. כזהו הדיבור של יצירת תנאי לגבי יצירת מקח. ביחס לדיבור מסוג זה, וכאשר אין אומדנא דמוכח, חל העקרון של "דברים שבלב אינם דברים" ונחוצה אמירה שתפרט ותבהיר מהי כוונת עושה המקח.

(ג) בתרומה יש למילים כח קונסטיטוטיבי יוצר, וממילא היה צורך לכאורה ב"ביטוי שפתיים. ואולם, בא הפסוק של "ונחשב לכם תרומתכם" וחדש שהתרומה מועילה גם במחשבה, על אף שמדובר בנושא שבו האמירה היא היצירת את הכלל, מחמת הכח המאגי שבה, בדומה לנדר. החידוש לפיו די במחשבה לצורך כך מצוי גם בקודשים. ואכן, במישור זה, החלת הכח

46 דברים אלו פורטו בהרחבה בסעיף א (2) לעיל.

- הקונסטיטוטיובי היוצר אף בלא הגיית הדברים בפה, מהווים קודשים ותרומה שני כתובים הבאים כאחד ואין ללמוד מהם.
- (ד) ואולם, תרומה היא גם הקנייה של הפירות לכהן, בנוסף לכה המאגי שבדבר. הפסוק המלמד כי תרומה מועילה במחשבה מלמד כי גם לצורך החלת הקניה זו די במחשבה. בהקשר זה תרומה אינה מושווית לקודשים אלא לכל מקח. ואם כן, יש מקום ללמוד מכאן כי דברים שכלב מועילים לבצע מקח, וזאת אף בלא קשר לכח המאגי שבתרומה, שרק לגביו ראינו כי אין ללמוד גזירה שווה.
- (ה) מובן איפוא כי הרשב"א יכל גם יכל להקשות מסוגיה זו ולתרץ כי הדין של "דברים שכלב אינם דברים" מתייחס רק לדברים שכלב הסותרים עשייה בלתי מסוייגת, ולא למחשבה היוצרת מקח לכשעצמה.
- נמצאת למד כי בתרומה יש לדיבור שני תפקידים: (א) הקניה מעין זו המצויה בכל שאר הקניינים. (ב) כח מאגי, מעין זה הקיים לנדר, ודינים מיוחדים השואבים מן האמירה מכח גזירת הכתוב. בהבדל אחד, שבניגוד לנדר, כח מאגי זה אינו תלוי בדיבור והוא חל אף ע"י מחשבה. בהקשר ספציפי זה מהווים תרומה וקודשים שני יוצאים מן הכלל, שאין ללמוד מהם גזירה שווה לנושאים אחרים. לא כן ביחס למישור הראשון של הקניה לכהן באמצעות מחשבה.
- תרומה היא איפוא תחום שבו לדיבור של "קריאת שם" כח יוצר הן בתחום הקנייני והן בתחום המאגי, כאשר הכח המאגי משפיע על הכח הקנייני, שכן משהפכו הפירות לתרומה במישור המאגי, הרי שפועל יוצא מכך הוא הקנייתם לכהן.
- בהתאם לכך מובן גם הדין לפיו קטן שאין בו דעת להקנות אך יש בו דעת לידור, יכול להפריש תרומה, שהרי מהרגע שיש כח מאגי למילתו של קטן, דהיינו מעת שהוא נחשב אחראי למילתו, פועל הכח המאגי ויוצר שם "תרומה" על הפירות. על כל ההשלכות הקנייניות הנובעות מכך.

ג(6) ישום הדברים לצורך הבנת הסוגיה של "לאו שאין בו מעשה" בשולי הדברים יצויין כי הבנה זו של מהות הדיבור בתרומה, לרבות השוואתו של דיבור זה בתחום המאגי המיוחס לו לדיבור היוצר את הנדר, פותחים בפנינו פתח להבנה של סוגיה יסודית נוספת בענייני תרומה אותה נסקור להלן:

הכלל הוא כי על איסור לא תעשה (לאו) שאין בו מעשה – אין לוקין (תמורה דף ג, א). כך למשל, אדם שלא בער את החמץ בפסח, ועבר על הלאו של "בל יראה ובל ימצא" אינו לוקה על כך, שכן מדובר במחדל פסיבי ולא במעשה. ועם זאת מצאנו שם כי אדם המקדיש בהמה ואח"כ מבקש להמיר אותה בבהמה אחרת, עובר על לאו ולוקה. דבר זה מעורר קושי שהרי ההמרה של הקרבן

בבהמה אחרת נעשתה ע"י דיבור בלבד, ואם כן זהו לכאורה "לאו שאין בו מעשה" ומדוע לוקין בגינו?

תשובה לכך מצויה בגמרא במסכת תמורה דף ג, א כי ע"י המרה זו של בהמת הקרבן בבהמה אחרת: "ע"י דיבורו איתעביד מעשה". כלומר, ע"י אמירתו חלה קדושה על הבהמה החלופית, וממילא מדובר בדיבור העולה כדי מעשה אקטיבי ולא במחדל פסיבי גרידא.

ואולם, בהתאם לעקרון זה מקשה ה"שיטה מקובצת" במסכת בבא מציעא דף מג, ב מדוע נקבע במסכת זבחים דף כט, ב כי לא לוקין בעת שחושבים מחשבות פסול בקודשים מחמת הכלל של "לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו", הן מדובר בפעולה שיש לה השלכות מעשיות, שהרי הקרבן נפסל להקרבה ולאכילה? משיב על כך ה"שיטה המקובצת" שם כי יש להבחין בין מחשבה לבין דיבור, דיבור שיש כתוצאה ממנו השלכות מעשיות, עולה כדי מעשה, לענין חיוב במלקות. אך, לעומת זאת, מחשבה, אף אם יש כתוצאה הימנה השלכות מעשיות, אינה עולה כדי מעשה והיא נותרת בגדר "לאו שאין בו מעשה" שאין לוקין בגינו.

בכך חולק ה"שיטה המקובצת" על תוספות שם ד"ה "החושב" לפיו קורבן אינו נפסל ע"י מחשבה בעלמא אלא בצירוף של דיבור, לפי תוספות יש אפוא דיבור בשני המקרים (דיבור של תמורה ביחס לקרבן ודיבור המבטא כוונת פיגול וייעוד פסול ביחס לקדשים), ואם כן לפי תוספות נותרת הקושיה בעינה, מדוע על ידי דיבור שמבטא את מחשבת הפיגול, נחשב הדבר ללאו שאין בו מעשה ואין מתחייבים במלקות? (קושי זה אינו קיים לפי השיטה מקובצת הגורס כי בפיגול מדובר במחשבה בלי דיבור, ובכך אין כדי להחשב למעשה, אף אם למחשבה יש תוצאות מעשיות).

ואולם קיים ישוב גם על פי שיטת התוספות, שכן ה"שיטה המקובצת" שם מוסיף ומבהיר כי אף אם בפיגול יבטא המפגל את מחשבתו ע"י דיבור הוא לא ילקה בגין כך, שכן הדיבור אינו מועיל מאומה והמחשבה היא הגורמת לפיגול, בעוד שהדיבור רק מבטא את המחשבה שגרמה לכך. ממילא, אין המדובר במעשה שיצר תוצאה כלשהי אלא במחשבה שיצרה זאת, ואזי ברור כי מדובר ב"לאו שאין בו מעשה" שאין לוקין בגינו.

עם זאת, גישה ה"שיטה המקובצת" מוקשית לנוכח המשך הסוגיה שם במסכת תמורה דף ג, א לפיה המפריש תרומה לפני שהפריש ביכורים לוקה, שנאמר "מלאתך ודמעך לא תאחר" (שמות כב, כח). והגמרא מבהירה כי אין המדובר בלאו שאין בו מעשה, שכן ההפרשה נעשית ע"י אמירה. ולכאורה, תרומה מועילה במחשבה ובמקום שבו המחשבה היא היוצרת את ההפרשה של התרומה, אין כל משמעות לכך שהמפריש גם ביטא את מחשבתו בדיבור? (שאלה זו מצינו ב"מנחת ברוך" סימן א ענף ז).

התשובה לכך מצויה עת שאנחנו בוחנים, באופן מדויק, את ההנחה לפיה הדיבור בתרומה אינו מוסיף דבר על המחשבה. בפשטות, הנחה זו אינה נכונה שכן הדיבור הוא תנאי להפרשה מקום שבו המפריש סבור כי ההפרשה תחול ע"י דיבורו. כך מצינו במשנה במסכת תרומות פרק ג משנה ח: "המתכוון לומר תרומה ואמר מעשר, מעשר ואמר תרומה, לא אמר כלום... עד שיהיו פיו וליבו שווים".

כלומר, מי שרוצה לתרום תרומה ואמר "מעשר" אין אמירתו מועילה ליצור מעשר, שהרי לא לכך כיוון, ודיבורו בטל הוא. ולכאורה, מדוע לא חלה לכל הפחות הפרשת תרומה מכח העובדה כי יש כאן מחשבה להפריש תרומה, ותרומה מועילה במחשבה?

תוספות במסכת ערכין דף ה, א ד"ה "אדם" גורס משום כך כי אכן מעשר הוא שלא חל אך תרומה הופרשה. ואולם, בתוספות זה מובא גם תרוץ נוסף בו מובהר כי במקום שבו יש בפנינו רק מחשבה, אכן מועילה המחשבה ליצור הפרשה. אבל, כשיש דיבור אחר הסותר למחשבה אין התרומה חלה. ברם, ביחס לכך נשאלת השאלה, מדוע לא חלה אפוא ההפרשה ע"י המחשבה עוד טרם שהוציא את הדברים מהפה?

התשובה לכך היא בפשטות כי מקום שבו התורם אינו מתכוון להפריש את התרומה ע"י המחשבה בלבד והוא מתכוון גם להוציא את הדברים מפיו, הרי שאין התרומה חלה ע"י מחשבה אלא רק בדיבור ואם אין בפנינו דיבור ראוי, עקב פגם שנפל בדיבורו, לא חלה ההפרשה.

באור זה מצינו בתוספתא מעשר שני פרק ד: "הפריש תרומה ממעשר שני ולא קרא להם שם, ר' מאיר אומר אם עמד לקרוא להם שם, אין בהם קדושה עד שיקרא להם שם. אם אין עתיד לקרוא להם שם כיוון שהפריש נתקדשו".

הרב ישראל קנייבסקי בספרו "קהלות יעקב", על מסכת זבחים סימן א מבהיר את הגיונה של הלכה זו כך, במחשבת תרומה לא די בכיטוי רצונו של המפריש אלא על המחשבה לכוון לדפוס מוגדר של מילים. על המפריש לחשוב בליבו את המילים "הרי זה תרומה" כדי שהתרומה תחול. משום כך, כשהמפריש מתכוון לקרוא בשם תרומה בפה, בפנינו רצון בעלמא ולא הפרשה שבה משווה המפריש לנגד עיניו את מילות ההפרשה ומכוון ליצור חלות של תרומה ע"י מחשבה זו. במקרה זה בפנינו רצון להפריש אח"כ ע"י תבנית המילים שיאמרו, ולא כוונה ליצור לאלתר את התרומה ע"י תבנית מילים הנהגית במוחו, נמצא כי אין כאן מחשבה של תרומה ולכן, לא חלה ההפרשה. לעומת זאת, בפיגול, המחשבה אינה חייבת להיות במסגרת של תבנית מילולית מוגדרת, שאותה משווה המפריש לנגד עיניו. כדי שמחשבה תהפוך את הקרבן לפיגול די ברצון בעלמא.

בהתאם לכך מיושבת לחלוטין קושיית ה"מנחת ברוך", שכן בפיגול די

במחשבת רצון וממילא יש בפנינו מחשבה שיצרה השלכות מעשיות, והדיבור שבא אח"כ לא הואיל מאומה מעבר למחשבה שקדמה לו, ועל כן לא נחשב ללאו שיש בו מעשה. לעומת זאת בתרומה אין בפנינו מחשבה כלל שהרי רצון בעלמא כשהחושב לא משווה לנגד עיניו את התבנית המילולית שבאמצעותה נוצרת הפרשת התרומה, אינו עולה כלל כדי מחשבה לצורך זה, וממילא בפנינו מחשבה שאין לה השלכה מעשית כלשהי. מובן אפוא כי הדיבור שבא אח"כ הוא שגרם להשלכות המעשיות ועל כן הוא לא נחשב ללאו שאין בו מעשה ולוקין עליו. בפנינו אפוא סוג של דיבור שכחו רב לו בין אם הוא מבוטא בפה ובין אם הוא נהגה במחשבה, ובלבד שאותיות מוגדרות ודפוס מילולי מסוים הם שיעמדו לנגד עיניו של התורם.

הסברו האמור של הרב קנייבסקי בספרו "קהלות יעקב" תואם לחלוטין למסקנתנו דלעיל לפיה בתרומה יש למילה הנאמרת כח בתחום המאגי ממש כמו בנדרים. רק אם כך הוא הדבר מובן כי אין תוקף למחשבת רצון בעלמא, כל עוד שהיא לא נהגית בדפוס מסוים של מילים מוגדרות, שהרי בתחום המאגיה מובן כי למילה בדפוס הספציפי יש משקל מיוחד כפי שבארנו במבוא לעיל. לעומת זאת, דיבור או מחשבה שכל תכליתם לבטא את רצונו הסובייקטיבי של האומר, אין כל הגיון לגרום כי הם יקבלו משקל רק כאשר הם נהגים בדפוס מילולי ובתבנית מסוימת וספציפית של מילים מוגדרות.

ג(7) מסקנת הדברים

נמצא אפוא כי גם בתרומה כבנדרים, יש למילה כח קונסטיטוטיובי משלה והיא חורגת מביטוי לרצונו הסובייקטיבי של מפריש התרומה ועוברת למישור היצירה בתחום המאגי. לענין זה נפקויות הלכתיות רבות כפי שראינו לעיל⁴⁷.

47 בדומה לכך ראה שולחן ערוך אורח חיים סימן תקסב (הלכות תענית) סעיף ו, בנוגע לקבלת תענית שהינה תנאי להגדרת הצום כתענית, כי: אם הררה בליבו שהוא מקבל תענית למחר, הווי קבלה". כלומר, קבלת תענית יכולה להיערך גם ע"י מחשבה. ובהקשר זה מציין "המשנה ברורה" באות ל, בשם "המגן אברהם": "ודווקא שהרהר בלשון זה, שהוא מקבל. אבל, מה שברעתו להתענות לא מקרי קבלה". משמע, כי גם בנוגע לקבלת תענית, שהוא סוג של נדר המועיל גם ע"י מחשבה, לא מועילה חשיבה בגדר של רצון ויש צורך בדפוס מילולי לפיו החושב יגרוס בליבו את המילים "אני מקבל עלי תענית". ולכאורה, הם הם הדברים.

ואולם כיוון שבקבלת תענית קשה לראות את המישור המאגי נראה כי כוונת ה"משנה ברורה" היא להבחנה בין רצון כללי לבין כוונה ספציפית והחלטית לקבל על עצמו את התענית. רעיון זה שונה בתכלית מזה שמצינו ב"קהלות יעקב" הנ"ל, ואנו מוצאים לו מקבילה דווקא לגבי קניינים כמבואר להלן בסוף פרק ה.

ואולם, בניגוד לנדרים התחדש לנו בסוגיה זו כי לא זו בלבד שהמילה חורגת מגדר כלי לביטוי המחשבה והיא בת כח קונסטיטוטיבי יוצר בתחום יצירת מציאות חדשה של "תרומה" על הדינים החלים עליה, אלא שגם המחשבה העומדת מאחרי דיבור זה, כדי ליצור תרומה, היא בת תוקף רק אם החושב משווה לנגד עיניו את הדפוס המילולי המוגדר של המילים שבכוחן ליצור את היצירה המאגית האמורה.

פרק ד - משמעות הדיבור בתפילה

תפילה היא שיח של אדם עם קונו. וכיוון שכך היינו מצפים כי המילה תבטא את כוונתו הסובייקטיבית של הדובר. משום כך ניתן להתפלל בכל לשון⁴⁸ ואף בלא אומר ודברים⁴⁹, ועם זאת, מוצאים אנו להפתעתנו כי בתפילה יש למילה מקום משל עצמה, בעולם שכולו מאגי.

בהקשר זה מצינו בספרו של ר' חיים מוולוז'ין (תלמידו המובהק של הגר"א) "נפש החיים" שער ב פרק י: "לזאת יסדו ותיקנו מטבע ברכות והתפילות באלו התיבות דווקא. מאשר ראו והשיגו איזה דרך ישכון אורה של כל תיבה פרטית מהם, אשר היא נצרכת מאוד לתיקון ריבוי עולמות וכוחות עליונים וסידור המרכבה, וכמאמרם ז"ל העבודה צורך גבוה, וזהו ענין מאמרם ז"ל שהקב"ה מתאווה לתפילתם של צדיקים⁵⁰ ... ולכן קראו חז"ל את ענין התפילה "דברים העומדים ברומו של עולם" (ברכות דף ו, ב), היינו שהדברים עצמם, הם תיבות התפילה, עומדים ברומם העולמות... ולזאת אף שקראו חז"ל את ענין התפילה "עבודה שבלב"⁵¹, עם כל זה אמרו (למדו) מקראי (מן הכתובים) דהיינו שצריך שיחתוך בשפתו".

כלומר, התפילה פועלת בעולמות העליונים במישור המאגי וחורגת מגדר הבעת שיחו של אדם בפני הקב"ה, ומשום כך מן הראוי מלכתחילה לבטא את הדברים באמירה מפורשת וחז"ל אף תיקנו "מטבע תפילה", כלומר נוסח קבוע

48 הדברים הובאו באופן כללי בתחילת המאמר, וכאן נרחיב את מהותם.

49 שמואל-א א, יג "והנה חנה מדברת על ליבה, רק שפתיה נעות וקולה לא ישמע".

50 כלומר, התפילה היא כביכול ביטוי לא רק לצרכיו ורצונותיו של המתפלל, אלא צורך של הקב"ה כביכול, שכן התפילה פועלת בעולמות העליונים. וכדבריו של ה"נפש החיים" בהמשך שם "והוא מעורר בקולו דלתתא (בקולו שלו הבא מלמטה כלפי מעלה) את הקול העליון, קול גדול הידוע בזהוה... וזהו שנאמר "הקול קול יעקב" שלקול תפילת האדם מתעורר לעומתו הקול העליון".

51 מצוות התפילה נלמדת מן הפסוק "ולעבדו בכל לבבכם" (דברים יא, יג), ובלשון הגמרא במסכת תענית דף ב, א: "איזו היא עבודה שבלב? הווי אומר זוהי תפילה".

לתפילה, שבמסגרתו באים לידי ביטוי הפעולות המאגיות הרצויות של מילת התפילה⁵².

על בסיס הבנה זו של מהות המילים הנאמרים בתפילה, ופועלים בעולמות המאגיים, מובן מדוע כאשר אדם מתפלל בלשון הקודש הוא יוצא ידי חובת תפילה, אף אם אינו מבין מה שדיבר. ברור הדבר כי אילו היתה המילה מבטאת רק את כוונת האומר ורצונו, הרי שביחס לאומר שאינו מבין את אשר הוא מוציא מפיו, לא היתה כל משמעות למילה הנאמרת, וזאת גם כשהיא נהגית בלשון הקודש. ואולם, לנוכח הכח המאגי של המילים הנאמרות בתפילה, מובן כי יש כח לדברים, אף אם הדובר לא הבין את שאמר. כח מאגי זה קיים רק ביחס למילה הנהגית בלשון הקודש, להבדיל מלשונות אחרות שבהן יש למילה רק משמעות הסכמית, כביטוי לכוונת הדובר. משום כך ממליץ "הנפש החיים" להתפלל בלשון הקודש דווקא, כדי שהתפילה תעבור מן המישור של ביטוי לכוונת הדובר אל המישור המאגי הפועל בעולמות העליונים.

ובלשונו של ה"נפש החיים" שער ב פרק יג בהגהה: "והגם שהלכה פסוקה בש"ס שתפילה נאמרת בכל לשון, היינו לצאת ידי מצוות תפילה כמו שנתבאר לעיל סוף שער א, שבכל המצוות ואפילו מצוות תפילה שנקראת עבודה שבלב, עם כל זה, עיקרן לעיכובא הוא חלק המעשי שבהן. אמנם, למצווה מן המובחר, ודאי צריך לצרף גם טוהר המחשבה כוונה שלימה... אם כי מי שהתפלל בכל לשון יצא ידי חובה, אבל אין ערוך למי שמתפלל בלשון הקודש, באלו התיבות דווקא, העומדים ברומו של עולם ומדבק כל כוחותיו עימם"⁵³

אם יש למילה הנאמרת כוח מאגי משל עצמה מובן כי היא מקבלת משקל

52 ה"נפש החיים" מבהיר בהקשר זה בשער ב פרק יג כי כוונת התפילה עמוקות ונשגבות הן ואין בכח אנוש לרדת לעומקן. לדבריו, אף האר"י ז"ל לא הגיע לחקר הכוונות כפי שבוטאו ע"י אנשי כנסת הגדולה, מתקני נוסח התפילה, שהיו 120 זקנים (ובהם חלק מן הנביאים), שירדו לעומק התפילה ותיקנו נוסח שבו כלולות כל הכוונות כולן, לרבות כל הכוונות הנכונות לכל שעה ושעה עד כלות ימות עולם, ביחס לכל אדם ואדם עלי אדמות, ומבהיר ה"נפש החיים" כי בנוסח הקבוע שתיקנו אנשי כנסת הגדולה יש כדי לפעול בעולמות העליונים את כל הכוונות הללו, אף בלא שהמתפלל יורד לעומק הדברים ומבינם. וראה שו"ת חתם סופר חלק א (אורח חיים) סימן טו, המבהיר את ההבדלים בין נוסח אשכנז לבין נוסח ספרד כפי שתיקנו האר"י ז"ל. לדבריו בשני הנוסחים נכללים כל כוונות התפילה, אך למי שמבין את הכוונות הללו, הרי שסדר הדברים כפי שסידרו האר"י הינו ברור ונוח יותר. ואולם, למי שאינו מבין את כוונת הדברים, מובן כי אין נפקות בין הנוסחים השונים, שהרי כולם מבטאים את אותן הכוונות הנסתרות, ופועלים את פועלם בעולמות העליונים. מדבריו עולה אפוא כי בתפילה יש כוונות נסתרות הפועלות את פועלן אף עם הדובר אינו יורד לעומקן ואינו מבינן, ובלבד שהמתפלל מכוון את דעתו ל"דעת מסדרי התפילה".

ומבטאת את הדברים אף אם המתפלל אינו מכוון לפירוש המילים שהוציא מפיו, ובלבד שכוונתו הכללית היא להתפלל. בהתאם להגיון זה ניתן להבין כיצד נקבעה ההלכה כי די בכוונת המתפלל לכך שהוא עומד בפני ה' בתפילה כדי שהוא יצא ידי חובה, ולשם כך לא מוטלת עליו החובה לכוון בליבו את פירוש המילים שהוא מוציא מפיו⁵⁴.

במסכת ברכות דף נ. מצינו מחלוקת, האם בתפילה הרהור הלב הריהו כדיבור, או שיש צורך לבטא את מילות התפילה בשפתיים. וההלכה נפסקה ברמב"ם בהלכות ברכות פרק א' הלכה ז' כי "כל הברכות כולן צריך שישימיע לאוזנו מה שהוא אומר, ואם לא השימיע לאוזנו יצא, בין שהוציא בשפתיו ובין שבירך בליבו"⁵⁵.

בהקשר זה, נשאלת השאלה האם הרהור בו עסקינן משמעו: מחשבה ההוגה בתוכן הדברים הנאמרים בתפילה, או שמא משמצינו כי למילות התפילה יש משקל בתחום המאגני, החורג מכוונת המתפלל, הרי שהרהור בו עסקינן הוא מחשבה שבה מצייר המתפלל את צורת המילים במחשבתו ומשווה אותן לנגד עיניו⁵⁶? ומה קורה כאשר המהרהר משווה לנגד עיניו את ציור המילים בלשון הקודש, אך אינו מבין את משמעותן, האם יצא ידי חובת תפילה ודינו כדין מי שמתפלל בלשון הקודש, שאינו צריך להבין את אשר אמר, כדי לצאת ידי חובה? הרב אברהם ישעיה קרליץ בספרו "חזון איש" אורח חיים סימן כט אות ח גורס כי הרהור בו משווה המתפלל לנגד עיניו את ציור המילים אינו מועיל ועל המהרהר להבין את משמעות הדברים ולכוון את תוכן המילים המרכיבות את התפילה. לדידו, הטעם לכך שהמתפלל אינו צריך להבין את דבריו הנאמרים בלשון הקודש כדי לצאת ידי חובה, נעוץ בכך שלדברים הנאמרים ונהגים בפה בלשון הקודש, יש משקל עצמי משלהם. ואולם, משקל זה אינו קיים ביחס לדברים שבלב שאינם מבוטאים בפה ובאותה מידה כדי לצאת ידי חובת תפילה נחוצה כוונה המתייחסת לתוכן הדברים.

ראיה לכך מביא ה"חזון איש" מהרשב"א על מסכת ברכות דף טו, א. בסוגיה זו דורשת הגמרא מהפסוק "שמע ישראל" כי בקריאת שמע, להבדיל מברכות אחרות, מוטל על אדם להשימיע את הדברים לאוזניו, וכן כי ניתן לומר את הדברים בכל לשון שהיא. מקשה הרשב"א כיצד נלמדים שגני דברים שונים מאותו לימוד עצמו?

54 בסוגיה זו ראה דבריו המפורסמים של ר' חיים סולובייצ'יק בספרו "חידושי רבנו חיים הלוי על הרמב"ם", הלכות תפילה פרק ד' הלכה א'.

55 וראה לעומת זאת בשולחן ערוך, אורח חיים סימן קפה סעיף ב': "צריך שישימיע לאוזניו מה שמוציא בשפתיו, ואם לא השימיע לאוזניו יצא ובלבד שיוציא בשפתיו".

56 ובמילים אחרות, האם הרהור בתפילה מושווה למחשבתו של המפריש תרומה, או שמא מושווה הוא להרהור הנדרש במחשבת פיגול.

ומתריך הרשב"א כי אין אלו שני דברים שונים אלא זהו לימוד אחד, המורכב משני ענפים, לאמור, אילו היה הרהור מועיל, הרי שממילא ברור היה כי אף מי שקרא קריאת שמע בלשון אחרת יצא ידי חובה, ולו מהטעם שהאמירה עולה כדי הרהור, ובהרהור הלב מובן כי אין חלוקה ללשונות השונות. מעצם הצורך של חז"ל ללמוד מהפסוק כי אדם יכול לצאת ידי חובה ע"י קריאת שמע גם בלשון שאינה לשון הקודש. למדים אנו כי יש צורך בהוצאת הדברים מן הפה ובהרהור בעלמא לא סגי. מדברים אלו של הרשב"א לפיהם בהרהור הלב אין חלוקה ללשונות מוכיח ה"חזון איש", כי ההרהור מתייחס לתוכן הדברים ולא לציור צורת המלים שהמהרהר משווה אותן לנגד עיניו. זאת כיוון שאם ההרהור מתייחס לתוכן הדברים אין הבדל בין השפות ובשני המקרים במחשבתו הוא מכוון לאותו תוכן. לעומת זאת אם ההרהור מתייחס לצורת האותיות הרי שבכך יש כמובן הבדל בין לשון ללשון. מכאן מסיק על כן "החזון איש" כי ההרהור הנחוץ כדי לצאת ידי חובת תפילה הוא - לתוכן הדברים⁵⁷.

בדרך זו מיישב ה"חזון איש" את קושיית ה"טורי אבן" על מסכת מגילה דף יט, ב. במשנה שם נקבע כי אין אפשרות לצאת ידי חובת קריאת מגילה, ע"י קריאתו של חרש (שאינו אילם). ומבהירה הגמרא כי אין אפשרות לצאת ידי חובה ע"י קריאה זו, שכן החרש אינו חייב בעצמו בקריאת המגילה, שהרי הוא ממילא אינו יכול להשמיעה לאוזניו. ומקשה ה"טורי אבן", אף אם החרש אינו בר-חיוב והשומע אינו יוצא ידי חובה מכוח קריאתו של החרש, מדוע שהשומע לא יצא ידי חובה מחמת ההרהור שהוא מהרהר בנשוא המגילה, בעת שמיעת קריאתה ע"י החרש? מיישב ה"חזון איש", כי אכן שומע המבין את הדברים, יוצא ידי חובה גם מכוח קריאתו של חרש מחמת ההרהור שהוא מהרהר בתוכן המגילה, בעת שהיא מושמעת לאוזניו. ואולם, שומע שאינו מבין את תוכן הדברים אינו יכול לצאת ידי חובה, שהרי הרהור משמעו כוונה היורדת להבנת תוכן הדברים הנאמרים וכוונה זו אינה קיימת במקרה של שומע שאינו מבין את הדברים. כיוון שכך נחוצה הוצאת הדברים מן הפה, ע"י הקורא עצמו או מכוח שליחות של בר חיוב אחר, וזו אינה קיימת בחרש⁵⁸.

57 בדומה לכך מצינו בחידושי הרשב"א על מסכת שבת דף מ. ב. שבגמ' שם מובא שאסור להרהר בדברי תורה בבית המדרש, ומוסיפים שם התוס' שהחידוש הוא דאין נ"מ בזה בין לשון הקודש ובין שאר שפות. משמע שללא חידוש הגמ' היה מקום להבחנה גם לגבי הרהור בין הלשונות. ומוכיח מכאן הרשב"א דאף במישור של הרהור בד"ת יש הבחנה בין הלשונות.

58 דא עקא, שהטורי אבן עצמו בספר "שאגת אריה" סימן ז חולק באופן מפורש על דברי הרשב"א הנ"ל וגורס כי יש הבחנה בין הרהור בלשון הקודש להרהור בשאר הלשונות. ומכאן כי ההתייחסות ב"הרהור" זה היא בהכרח לצורת האותיות ולא לתוכן הדברים.

נמצאת למד איפוא, כי קיימת מחלוקת קוטבית בין ה"חזון איש" לבין ה"שאגת אריה" בשאלה, האם הרהור בתפילה, אשר באמצעותו יוצאים ידי חובת תפילה, מתייחס אף הוא למישור המאגי של המילים, הנוצר ע"י כך שהמתפלל משווה לנגד עיניו את ציור האותיות של התפילה בלשון הקודש, או שבהקשר זה, להבדיל מהוצאת המלים מן הפה, הכוונה הנחוצה מתייחסת לתוכן התפילה ולא לצורת המילים.

לסיכום, הן מדבריו הנפלאים של ה"נפש החיים" והן משיטתו של "הטורי אבן" נמצאנו למדים כי תפילה היא תחום שבו המילה חורגת מגדרה של שיחה בין אדם לקונו ויש לה השלכות במישור המאגי, עוד יש הגורסים, שאף בתפילה (כבתרומה) יש צורך שהכוונה המובעת בליבו של אדם פנימה, תערך באופן של שיווי האותיות לנגד עיניו של המתפלל, להבדיל מכוונה המתייחסת לתוכן הדברים.

פרק ה' - משמעות הדיבור בקניינים

בכל הנוגע למקח ולממכר ויצירת קניין אין ספק כי הדיבור מבטא את כוונת עושה הקניין - וזו תכליתו היחידה. הדיבור בקניין הוא דקלרטיבי בלבד בהיותו ביטוי לכוונתו הסובייקטיבית של עושה הקניין⁵⁹. בקניינים אין לדיבור שום תפקיד מעבר לביטוי גמירות הדעת והכוונה של עושה המקח, וממילא כאשר כוונת עושה הקניין ברורה היא (כגון כאשר יש "אומדנא דמוכח")⁶⁰ אין כלל צורך בדיבור. ואולם, בהתאם לעקרון זה, כאשר אדם עושה פעולה שבה אין צורך בדיבור כדי להבהיר לזולת את כוונתו, כגון בקניין שאין בו שני צדדים ואשר במסגרתו עושה המקח פשוט מפקיר את נכסיו לכולי עלמא, היה המקח צריך לחול אף בלא דיבור כלשהו. לפי עקרון זה היה אמור להיות די בכוונת הלב להפקיר כדי שההפקרה תחול, שהרי דיבור בקניינים אינו מוסיף דבר מעבר לביטוי כוונה זו. וכיוון שהכוונה היא שפועלת, הרי שאם מספר לנו אותו אדם בדיעבד כי התכוון בליבו להפקיר נכס, היה לכאורה על הכוונה לפעול את פעולת ההפקר⁶¹. והנה, בפועל, אין הדברים פשוטים כלל ועיקר.

59 ראה לעיל הערה 6.

60 ראה לעיל א(2).

61 וראה במבוא לעיל את גישת "החזון איש" לפיה לא רק בדיבור אלא אף במעשה המקח,

בהקשר זה קיימות שתי שיטות בראשונים:
 השיטה הראשונה היא שיטת הרשב"א על מסכת קידושין דף נ, א⁶² לפיה יש צורך בדיבור רק כאשר כוונת האומר היא לסייג מעשה שעשה, כגון יצירת תנאי למקח ואשר אלמלא ההבהרה ע"י דיבור של העושה, היה חל מעשהו באופן בלתי מסוייג. ואולם, מקום שבו כוונת הלב אינה מתנגדת עם מעשה בלתי מסוייג, לא נאמר הכלל של "דברים שבלב אינם דברים", וניתן ליצור מקח גם ע"י מחשבה. כך למשל די בכוונת הלב כדי ליצור הקדש ותרומה. בהתאם לשיטת הרשב"א נמצא כי אכן כדי ליצור הפקר יהא די בכוונת הלב, ולא יהא צורך בדיבור לשם כך.

השיטה השנייה היא שיטתו של הר"ן במסכת פסחים (דף א ע"א מדפי הרי"ף) המבהיר "דוראי לענין הפקר ממונו, הפקר בליבו לא מהני (לא מועיל) דדברים שבלב אינם דברים". כלומר, הכלל של "דברים שבלב אינם דברים" חל גם לגבי פעולה חד-צדדית כהפקר, ונחוץ דיבור כדי לחולל אותו.

ונשאלת השאלה: מדוע יש צורך בדיבור, ולא די בכוונת המפקיר על אף שכל פועלו של הדיבור הוא להבהיר את דבר קיומה של כוונה זו? במקרה זה אין הכוונה עומדת בסתירה למעשה מסויים שנעשה באופן בלתי מסוייג, והדיבור גם אינו נחוץ בתחום התקשורת הבין-אישית, שהרי הפקר הוא פעולה חד-צדדית של אדם כלפי כולי עלמא ולא כלפי אדם ספציפי. מה מוסיף איפוא הדיבור בקניין זה, על כוונתו הסובייקטיבית של עושה הקניין?

התשובה לכך מצויה, לכאורה, בדברים שנאמרו בהקשר אחר לחלוטין ע"י הרב י.ד. סולוביצ'יק בספרו "על התשובה"⁶³. הרב סולוביצ'יק מבהיר שם את הצורך לבטא בשפתיים את הוידוי, על אף שעל פי הדין אין הוידוי מושמע לאוזניו של איש, זולת לאוזני המתוודה עצמו⁶⁴. מדוע יש צורך איפוא בדיבור של אדם - בינו לבין עצמו! הרב סולוביצ'יק מבהיר בהקשר זה את הצורך בכיטוי שפתיים של המחשבה⁶⁵ כדלקמן:

"כל אמוציה, כל תחושה, רעיון והרהור, מתבהרים לאדם ונתפסים על ידו

אין דבר מעבר ליצירת גמירות דעת לקניין. גמירות הדעת, ולא המעשה שמגלה על קיומו היא שיוצרת את המקח.

62 ראה ג (5) לעיל.

63 הרב י.ד. סולוביצ'יק, "על התשובה" - דברים שבע"פ, (כתב וערך פ. פלאי), עמ' 62.

64 ראה רמב"ם הלכות תשובה פרק ב הלכה ה: בעבירות שבין אדם למקום אינו צריך לפרסם עצמו, ועזות פנים היא לו אם גילם. אלא שב לפני האל ברוך הוא...". ובלשון תפילת נעילה - ו"תלמדנו ה' אלוקינו להתוודות לפניך על כל עונותינו".

65 ביחס לחובה לנמק החלטות ראה גם א. וינרוט, חברות ממשלתיות תחולת המשפט המנהלי (בורסי, תשנ"ה) 544-545.

לאחר שהצליח לבטאם כמשפטים בעלי מבנה הגיוני ודקדוקי. כל כמה שאדם מתהלך ברעיונות סתומים, ויהיו שגיאים ונשגבים כאשר יהיו, כל זמן שלא הוציאם מן הנסתר אל הנגלה – הם אחרים, שונים ונעלמים. "עקוב הלב מכל ואנש הוא מי ידענו" (ירמיהו יז, ט). אין ירמיהו מתכוון לומר שאין אדם יודע את שבלב זולתו ואין אחרים יודעים את שבקרב ליבו של אדם. אלא שהאדם עצמו אינו יודע מה מתרחש אף בליבו שלו, עד שהוא מגבש הרגשיו ורעיונותיו ויוצקם לדפוס ביטוי.

בהתאם לרעיון נפלא זה נראה כי הדיבור בקניינים אכן משמש כלי לביטוי כוונתו הסובייקטיבית של הדובר ואין לו תפקיד קונסטיטוטיבי יוצר ומשמעות מאגית כלשהיא.

אך ניתן להבין כי הדיבור אינו רק כלי לביטוי הכוונה, אלא גם כלי לגיבושה ולהפיכתה להחלטית וברורה. בלא דיבור, הרעיון הוא היולי, סתמי ונשגב. אין לו תוקף מעשי. בלא ביטוי שפתיים, אין לעושה המקח עצמו את הבהירות ואת הנחישות ההחלטית לפיה יגרום רצונו הכללי ברגע אחד מסוים את ההקניה של הנכס באופן סופי ובלתי הדייר. כדי ליצור רצון החלטי זה, לעשות פעולה שאין חזרה הימנה ברגע אחד מסויים נחוץ לה לכוונה כי תתגבש בצורה של דיבור.

בהתאם לכך נמצא כי לשיטת הרשב"א תפקידו של הדיבור בקניין הוא רק לבטא את הרצון ואילו לשיטת הר"ן תפקיד הדיבור הוא גם ליצור את הרצון ולגבשו לדפוס החלטי. אכן, גם הר"ן יודה כי כאשר יש סיטואציה של "אומדנא דמוכח" שבה הנסיבות מבהירות את המחשבה ואת הרצון והופכות אותו לחד משמעי, אין צורך בדיבור שיבהיר את המחשבה ויתן לה תוקף. במקרה זה יש לדיבור רק את התפקיד של כלי לביטוי כוונת האומר. וכיוון שכוונה זו ברורה היא, ניתן גם ליצור את המקח אף בלא דיבור כלל. המחלוקת היא רק בסיטואציה שבה יש מקום לשיקול דעת סובייקטיבי, ועושה המקח חושב בליבו ליצור הפקר למשל, אך זו אינה תוצאה מוכרעת. לפי הרשב"א אין צורך בדיבור במקרה כזה ואילו לפי הר"ן נחוץ דיבור, כדי לגבש את המחשבה ולהפכה לאקט היוצר את המקח באופן סופי נחרץ ומוחלט. הרי לנו אפוא פן נוסף בהכנת תפקיד הדיבור ומשמעותו.

פרק ו – סיכום

מן הסקירה דלעיל נמצאנו למדים כי קיימים כמה וכמה תפקידים לדיבור: התפקיד הראשון הוא דקלרטיבי, לבטא את כוונתו הסובייקטיבית של הדובר: התפקיד השני הוא לגבש ולהבהיר כוונה זו באופן שתקבל אופי החלטי: התפקיד

השלישי הוא להגדיר את המעשה, וליתן לו משמעות יוצרת. כך למשל תפקיד האמירה בקידושין הוא להגדיר את המעשה כ"מעשה קידושין" או כ"מעשה גירושין" ע"י הגדרתו ככזה. לדיבור זה יש איפוא מידה מסוימת של כח קונסטטיטוטיבי. והתפקיד הרביעי, הוא תפקיד של יצירה במישור המאגי.

בדרך זו ראינו כי יש בכוחו של הדיבור ליצור איסורי תורה בנדרים, להחיל שם של תרומה והקדש, ולפעול פעילות מאגית אחרת ע"י תפילה. זהו הדיבור בעל הכח הקונסטטיטוטיבי הקלאסי.

בהתאם לכך ראינו כדלקמן:

(א) בכל הנוגע לדיבור במסגרת יצירת קניין, הדיבור רק מבטא את כוונתו הסובייקטיבית של מעשה הקניין וכך יש לפרשו. מקום שבו כוונה זו ברורה היא מאליה ("אומדנא דמוכח") מתייחד הדיבור, אלא אם כן יש עוד צורך לבטא את הכוונה וליצוק אותה למסגרת מילולית כדי לתת לדברים תוקף החלטי ומחייב (וזה שיטת הר"ן לגבי הפקר).

(ב) בכל הנוגע לנדרים חורג הדיבור ממסגרת של ביטוי לכוונתו הסובייקטיבית של הדיבור, ויש למילה כח קונסטטיטוטיבי ותפקיד יוצר בלעדיו אין. משום כך לא ניתן להמיר אמירה בכוונה, ואף בסיטואציה של "אומדנא דמוכח" לא חל הנדר בלא דיבור. להבנה זו השלכה ברורה במישור הפרשני, שהרי חלות הנדר אינה תלויה ברצון הנודר אלא בדיבורו. משום כך, נדר שיצא מן הפה ואשר היה אמור לחול בחלוף מועד מסויים, יחול אף אם כוונת הנודר השתנתה מאז, ולא ניתן לחזור ממנו.

(ג) בכל הנוגע לתרומה והקדש יש למילה כח יוצר בדומה לנדרים. עם זאת די במחשבה כדי ליצור את התרומה או ההקדש, ובלבד שהיא נהגית ברפוס מחשבתי של "מטבע לשון" מוגדרת. דהיינו, על המפריש לשוות לנגד עיניו במחשבתו, דווקא את המילים הספציפיות של "הרי זו תרומה" או "הרי זה מעשר".

(ד) תפילה היא שיח בין אדם לקונו. התפקיד הראשון במעלה של דיבור זה הוא לבטא את כוונת הלב של המתפלל ומשום כך ניתנת התפילה להערך בכל שפה ולשון, ואף בליבו של אדם, ובלבד שיכוון לתוכן הדברים. ואולם, לתפילה הנהגת בלשון הקודש יש כוחות יצירה מאגיים בעולמות העליונים. לכן, ניתן לצאת ידי חובה באמצעות הגיית הדברים בפה בלשון הקודש, גם כשהדובר לא מבין את פשר הדברים. בהקשר זה ראינו שיטות לפיהן גם במישור תפקיד המחשבה, דין הכוונה בתפילה כדין המחשבה בתרומה, דהיינו הכוונה אינה בהכרח לתוכן הדברים, אלא לצורת האותיות המבטאות את נוסח התפילה, כאשר על המתפלל לשוות אותיות אלו לנגד עיניו במחשבתו.

(ה) בכל הנוגע לקידושין וגירושין, אין למילה תפקיד יוצר במישור המאגי,

אך היא חורגת מתפקיד של כלי לביטוי ולגיבוש כוונתו הסובייקטיבית של העושה. למילה יש תפקיד כפעולה המגדירה את מעשה הקידושין או הגירושין ככזה, והיא הנותנת למעשה תוקף יוצר. אלמלא אמירת הקידושין הייתה זו מתנה בעלמא ולא מעשה קידושין. משום כך גם בקידושין לא ניתן להסתפק בכוונת הלב, ואף כשיש "אומדנא דמוכח" לא יעלה המעשה כדי גירושין או קידושין בלא אמירה ברורה ומפורשת.

רגשי נקם במערכת הענישה*

פתח דבר

עשיו זומם להרוג את יעקב אחר מלאות ימי אבל אביו. בעקבות זאת, מפצירה בו רבקה לכרוח מפני עשיו אחיו, ונימוקה עמה: "למה אשכל גם שניכם יום אחד" (בראשית כז, מה). ואומר רש"י: "רוח הקודש נזרקה בה, ונתנבאה שכיום אחד ימותו".

חז"ל¹ מתארים בתלמוד את התגשמותה של נבואה זו. ואף שלא פגע עשיו ביעקב בחייו, משמת יעקב ועמדו לקברו במערת המכפלה, בא עשיו וערער על זכותו של יעקב להיקבר בה. עמד חושים בן דן, נכדו של יעקב, והרגו בפאתי מערת המכפלה. והתלמוד אומר בעניין זה, שבשעה שצנח ראשו של עשיו למרגלות יעקב ונעצמו שמורות עיניו של עשיו, פקח יעקב את עיניו וחיין! והתלמוד מסמיך את פשרו של חיוך זה לדברי המקרא: "ישמח צדיק כי חזה נקם, פעמיו ירחץ בדם הרשע" (תהילים נח, יא).

הסבר זה לחיוכו של יעקב בשעת מותו של אחיו מעורר קושי חמור: הייתכן ששמח יעקב על מותו של אחיו? ועוד, מה פשרה של שמחת יעקב על ש"חזה נקם"?

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

מחד גיסא, מצינו שהנקימה והנטירה אסורות בתכלית האיסור, שהרי התורה מזהירה במפורש: "לא תקם ולא תטור את בני עמך ואהבת לרעך כמוך, אני ה'" (ויקרא יט, יח). ופסק הרמב"ם²: "הנוקם מחברו עובר בלא תעשה".

והרמח"ל, רבי משה חיים לוצטו (איטליה, המאה הי"ח), בספרו הקלסי "מסילת ישרים", מדבר בהרחבה על איסור זה. וזה לשונו:

השנאה והנקימה קשה מאוד שיימלט ממנה לב אשר לבני אדם, כי האדם מרגיש מאוד בעלבונותיו ומצטער צער גדול והנקמה לו מתוקה מדבש, כי

* פורסם על ידי משרד המשפטים המחלקה למשפט עברי ומכללת שערי משפט, גליון 233 על פרשת תולדות תשס"ו.

1 סוטה יג ע"א.

2 רמב"ם, הלכות דעות, פרק ז, הלכה ז.

היא מנוחתו לבדה... על כן באה התורה וכללה כלל שהכל נכלל בו: 'ואהבת לרעך כמוך'. 'כמוך' - בלי שום הפרש. 'כמוך' - בלי חילוקים, בלי תחבולות ומזימות. כמוך ממש.

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

תוצאותיה של נקמה

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

ראיתי את ה' ישב על כסאו וכל צבא השמים עמד עליו מימינו ומשמאלו. ויאמר ה' מי יפתה את אחאב ויעל ויפל ברמת גלעד. ויאמר זה בכה וזה אמר בכה. ויצא הרוח ויעמד בפני ה' ויאמר אני אפתנו, ויאמר ה' אליו במה. ויאמר אצא והייתי רוח שקר בפני כל נביאי, ויאמר תפתה וגם תוכל צא ועשה כן (מל"א כב, יט-כב).

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

לפי מסקנת התלמוד, אף שהתיר הקב"ה לרוח לפתות את אחאב, גזר על הרוח "צא ממחיצתי". בהקשר זה מביא התלמוד את מאמר הבריות: "הפורע קינו - מחריב ביתו". וכפי שביאר רש"י: "הפורע ונוקם, חמתו וקנאתו מחריבים

3 סנהדרין קב ע"ב.

את ביתו, כמו רוחו של נבות שנקם כעסו מאחאב, ויצא ממחיצתו של הקב"ה". הנה כי כן, הנקמה היא מעשה שיש לו מחיר כבד, שהנוקם אינו יכול לשהות עוד במחיצתו של הקב"ה.

מאיך גי'סא, אנו מוצאים מקורות אחרים שגישתם שונה לחלוטין, והם מצדדים לכאורה בעשיית נקמה ובהם המקור שהבאנו לעיל, המספר על שמחת יעקב בעת שחזה בנקמתו מעשיו, שנאמר עליו שם: "ישמח צדיק כי חזה נקם". דברים דומים מצינו ביחס לרוד המלך, נעים זמירות ישראל. המקרא מתאר את אקורד הסיום בחייו של דוד. משקרכו ימיו למות, קרא לשלמה בנו וציווהו כיצד לנהוג באוהביו ובשונאיו. על יואב בן צרויה ציווהו: "ולא תורד שיבתו בשלם שאל" (מל"א ב, ו), ועל שמעי בן גרא אמר לשלמה: "הוא קללני קללה נמרצת... ועתה אל תנקהו כי איש חכם אתה, וידעת את אשר תעשה לו והורדת את שיבתו בדם שאול" (מל"א ב, ח-ט), והמילים "בדם שאול" הן מילותיו האחרונות של דויד לבנו. לכאורה, זהו ביטוי חריף לרגשי הנקם המפעמים ברוד אף בשעה שהוא מצווה לביטו בטרם ייאסף אל אבותיו.

ה' יקום דמו

ככלל, אנו מצווים לידבק במידותיו של הקב"ה, בכחינת "מה הוא רחום וחנון, אף אתה רחום וחנון". והנה מצינו שהתלמוד משבח את הנקמה: "גדולה נקמה שניתנה בין שתי אותיות שנאמר: 'א-ל נקמות ה'" (תהילים צד, א)⁴. גם כשנספה אדם מישראל בידי צוררים, אנו מתפללים ואומרים: "ה' יקום דמו". ובתפילת "אב הרחמים"⁵, המיוסדת על מקראות אחדים, אנו מזכירים את "נקמת דם עבדיו השפוך", ובלשון התפילה:

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

4 ברכות לג ע"א.

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

כיוצא בדבר מצאנו בתורה: "כי יד על כס י-ה מלחמה לה' בעמלק מדר דר" (שמות יז, טז), ופירש רש"י, שהורמה כביכול ידו של הקב"ה, ונשבע בכיסאו שתהיה לו מלחמת עולם בעמלק, ולא יהא שמו שלם, ואין כיסאו שלם עד שיימחה שמו של עמלק.

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

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

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

בין מידת הדין למידת הרחמים

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

מידת הדין מחייבת שיינתן הקב"ה לכל איש כדרכיו וכפרי מעלליו בתכלית הדקדוק, בלא לשכוח לגמול על כל מעשה טוב, בין קטן בין גדול, ובלי להימנע מלשפוט אדם בגין כל מעשה רע שעשה, קטן כגדול. והכלל האמור בתורה הוא: "הצור תמים פעלו כי כל דרכיו משפט" (דברים לב, ד), ואמרו חז"ל: "אם אומר לך יצר הרע: חטוא, והקב"ה מוחל לך - אל תשמע לו"⁶. הנה כי כן, מידת הדין אינה מושפעת ממעשים טובים שעשה האדם. האדם עשוי לקבל שכר עליהם,

אך הקב"ה אינו מוותר תמורתם על עונש כלשהו: "כל האומר הקב"ה ותרן הוא, יוותרו חייו"⁷. ופירש רש"י על אתר: "יופקרו חייו וגופו".

כמה מתבטאת אפוא מידת הרחמים? רמח"ל אומר שמידת הרחמים מתבטאת בהארכת אפו של הקב"ה ובאי-הענשת האדם מיד בעקבות החטא, אלא הקב"ה נותן לו הזדמנות לתקן את מעשיו. הענישה אינה נעשית מתוך חרי אף או חימה, והקב"ה מאפשר לאדם לשוב אל אלוהיו⁸. שיבה זו אינה פשוטה כל עיקר: הכיזד יוכל אדם לתקן את אשר עיוות לאחר שכבר נעשה המעשה? אם רצח אדם את חברו, היוכל לתקן את מעשהו? והרי לא ניתן לשנות את העובדה שנהרג אדם בעטיו ושהוא לא יקום לתחייה.

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

הווי אומר: במשפט העברי, מצינו שני תהליכים בעקבות החטא:

א. ענישה מן הדין, כדי שלא יוותר עולמו של הקב"ה הפקר לכול, משל "לית דין ולית דיין". למעשה, המשפט העברי רואה בענישה תוצאה טבעית ומוכרחת של מעשיו של האדם. וכשם שהטובל ידיו באש נשרף כתוצאה טבעית ומוכרחת ממעשיו, כך מי שחוטא לאלוקיו ומתרחק ממנו מביא על עצמו את העונש כתוצאה הכרחית של מעשהו. ואולם ענישה זו חפה מרגשי נקם. אדרבה, היא מרוחקת ממעשה החטא, והיא נעשית רק לאחר זמן, בלי חרון אף, ורק כשאין בררה.

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

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

7 בבא קמא נ ע"א.

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

9 רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ז, הלכה ו.

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

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

בעניין זה, מבהיר "חזון איש", הרב א"י קרליץ¹⁰:
ההכרח להשתמש בעונשים להקים גדר עולם, שלא יהא העולם טרף לשיני בריאי הגוף וחלושי השכל. אבל העונש צריך להיעשות מתוך יגון עמוק, נקי מרגש צרות עין של אחרים.

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

אין משפטי התורה נקמה בעולם

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

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

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

11 רמב"ם, הלכות שבת, פרק ב, הלכה ג.

עם זאת, ברור כי מידת הרחמים אינה יכולה לשבש את מידת הדין ולבטל אותה, שהרי בלית דין נוצרת התחושה כי אין דיין ואין צדק. את הדין יש לעשות באופן חד וסדור בבחינת "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג, ג), שאם לא כן, נמצאנו משבשים את הדין עקב קיומה של מידת רחמים.

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

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

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

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

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

הענישה מבטאת רחמים כלפי העבריין, שהרי הענישה והדין מאפשרים לו, מכוח 'תקנת השבים' שבמשפט העברי, לעבור ממצב של אדם שהוקע מתוך החברה למעמד של בעל תשובה, כשהכלל הוא כידוע: במקום שבעלי תשובה עומדים, אין צדיקים גמורים יכולים לעמוד¹⁴.

משפט וצדקה

12 משנה, כתובות ט, ב.

13 מורה נבוכים, חלק ג, פרק לה.

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

על הפסוק: "ויהי דוד עשה משפט וצדקה לכל עמו" (שמ"ב ח, טו), אמרו חז"ל¹⁵: "והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה וצדקה אין משפט? אלא משפט לזה, שהחזיר לו ממונו, וצדקה לזה, שהוציא גזילה מתחת ידו".
 הווי אומר: כשנעשה צדק בעולם, מגן המשפט על החברה מפני סטייה נורמטיבית וגם מאפשר לעברייני לחזור מדרכו הרעה. הוצאת הגולה מתחת ידי הגולן היא צדקה עבורו, משום שאחר ששילם העברייני את חובו לחברה, מתקיים בו האמור בתלמוד: "ונקלה אחיך לעיניך" (דברים כה, ג) - כשלקה, הרי הוא כאחיק¹⁶. לאחר הענישה, העברייני חוזר אל החברה וחדל להיות מוקע מתוכה.

אחרית דבר

נמצאנו למדים שמידת הדין ומידת הרחמים שלובות זו בזו. הדין מחייב להעניש את האדם בגין כל מעשה רע שעשה ולתת לו שכר בגין כל מעשה טוב, בלא שיבוא האחד על חשכון רעהו. ואילו מידת הרחמים מאפשרת לעברייני לשוב בתשובה, כשעקירת הרצון כמוה כעקירת המעשה. הענישה צריכה להיות נקייה מרגשי נקם ולהיות מלווה במידת רחמים וביגון עמוק. הענישה שלובה בתקנת השבים, כשהאדם משיב לא רק את הכסף שנטל אלא משלם גם את חובו לחברה, ושב בכך מן השוליים אל החברה הנורמטיבית. ענישה זו, הנעשית תוך ריחוק בזמן וברגש מן המעשה, במידה ובמשורה, מידה כנגד מידה, היא היא הנקמה שנאמר עליה שניתנה בין שני שמותיו הגדולים של הקב"ה, בבחינת "א-ל-נקמות ה'". ויש בה ממידת הצדק, המלמדת כי יש דין ויש דיין, אך יש בה גם מן הרחמים ומתקנת השבים.

15 סנהדרין ו ע"ב.

16 מכות כג ע"א.

"זמן בראשית" ו"זמן בית דין"

1. המצווה הראשונה שניתנה לעם ישראל בצאתו מעבדות לחירות היא "החודש הזה לכם ראש חודשים" (שמות י"ב, ב'). ואכן, בן החורין אינו נבדל מן העבד בקושי העבודה, שהרי גזירת "בזיעת אפך תאכל לחם" מתקיימת גם בבן חורין העמל למחייתו. הנפקות בין עבד לבן חורין מצויה ביכולתו של בן חורין להיות אדון לזמנו שלו. עם ישראל ניחן ביכולת שלא להיסחף במערבולות הזמן אלא לשלוט בו.
2. בפשטות, פישרה של שליטה זו בזמן, אינה אלא שליטה עצמית של מי שמסוגל לקבוע מה יעשה הוא עצמו בזמן הנתון, כדי למלא את הזמן בתוכו, על פי בחירתו שלו. ברם, חז"ל דרשו באופן מרחיק לכת הרבה יותר את הפסוק "החדש הזה לכם", כמלמד כי "שלכם הוא" הוא, קרי כי עם ישראל שולט במרחבי הזמן עצמם. קדושת ישראל שלובה בקדושת הזמן בבחינת "מקדש ישראל והזמנים". זאת מכיוון שהגדרת הזמן מסורה בידו של בית הדין. כך מצינו במסכת ראש השנה (דף כ"ה עמ' א') ביחס לפסוק (ויקרא כ"ג, ד): "אלה מועדי ה' אשר תקראו אותם", "אתם" כתיב, ודרשו חז"ל "אתם" אפילו שוגגין, "אתם" אפילו מוטעים. קידוש החודש וממילא קביעת המועדים, מסורים לבית דין, ומשאמרו בית הדין "מקודש" הרי שהתקדש החודש אף אם לאמתו של דבר טעה בית הדין וראש חודש נקבע על ידם שלא בזמנו. הקב"ה משלים עם קביעת בית הדין ומתאים אף את יום הדין של ראש השנה, לקביעת בית הדין. ובלשון מדרש תהלים (פרק ד) על הפסוק (דברים ד, ז) "מי כה' אלהינו בכל קראנו אליו": "אמר ר' אושעיא... בשעה שהזקנים יושבים לעבד את השנה, הקב"ה מסכים על ידיהם והוא משלים כל מה שישראל עושים. ועליהם אמר דוד (תהלים נ"ז, ג) "אקרא לאלוקים עליון לקל גומר עלי". אימתי? בראש השנה, שהסנהדרין יושבים לעשות ראש השנה ביום פלוני, מיד הקב"ה מושיב סנהדרין של מלאכים ואומר להם: לכו וגמרו מה שהתחתונים גוזרים. אומרים לפניו רבש"ע: בניך גזרו שיהא ראש השנה ביום פלוני. מיד הקב"ה יושב באותו יום לדרון עולמו... אלו מלמדים זכות ואלו מלמדים חובה, למה? (תהלים פ"א, ה) "כי חק לישראל הוא", ישראל גזרו חק ראש השנה, והרי הוא: "משפט לאלוקי יעקב", שהוא מקיים גזרותיהם ומסכים עימם¹.

1 וראה עוד פרקי רבי אליעזר (פרק ח): נאמר (שמות יב, א) "כארץ מצרים לאמר", מהו "לאמר" אמר הקב"ה: לך אמור להם עד עכשיו היה אצלי סוד העבור, מכאן ואילך שלכם הוא לעבד את השנה... וכשהיו הזקנים מתקבצים בלשכת הגזית שבמקדש והיו אומרים מקודש מקודש אחר שקבלו עדותן של עדים, והיה אותו יום נקבע בשמים על פי סנהדרין

3. קביעה זו של בית הדין את תוכן הזמן והגדרתו חורגת מן המישור ההלכתי ויש בה כדי לשלוט במציאות עצמה, שכן הגדרת הזמן משנה את כל גודרי המציאות. כך מצינו בתלמוד הירושלמי מסכת נדרים (פרק ו' דף מ') כי: "אמר רבי אבינא, בת שלשה שנים ויום אחד, בא עליה הרי זה בסקילה. נמלכו בית דין לעבד את השנה ובא עליה אינו בסקילה. אמר ר' אבון, בת שלשה שנים ויום אחד נמלכו בית דין לעבד את השנה - בתוליה חוזרים, ואם לאו אין הבתולים חוזרים". כלומר, בית הדין יוצרים לא רק מציאות הלכתית שנפקויותיה גדורים לקביעת המועדים ואף למסגרת דיני הנפשות הנדונים בבית הדין², אלא שקביעות בית הדין משנים את המציאות הפיטית. על כן, אם בית דין מעבד את השנה ונמצא ממילא כי הילדה שבפנינו עדיין אינה בת שלוש, שכן יום הולדתה נדחה בחודש עקב קביעת בית הדין, הרי שבפועל, המציאות הפיטית תהא - ש"בתוליה חוזרים". ואכן, הש"ך (יורה דעה סימן קפ"ט ס"ק י"ג) בשם הרשב"א, הסיק כי קביעת בית הדין יוצרת מציאות פיזית ממש, ושינוי בהגדרת הזמן גורם שינוי בטבע³. בהקשר זה מפורסמים הם דברי ה"חתם סופר", כי הקב"ה "שיעבד את הטבע ללומדי התורה"⁴.

גדולה של מעלה לישב בדין לרון העולה בראש השנה, והיה הקב"ה והסנהדרין של מעלה מסכימים על ידן וגומרים את דעתם, ועל זה אמר הכתוב: (תהלים נז, ג) "אקרא לאלוקים עליך לאל גומר עלי", כלומר שהיה מסכים ומשלים עימם".

וראה תוספות, סנהדרין דף י' עמ' ב' בדיבור המתחיל "שכבר קדשוהו" "ביום שלושים ממתינים ביד של מעלה לבי"ד של מטה שמא יעברו".

2. לנפקויות הלכתיות נוספות הנובעות מעיבוד השנה, ראה בית יוסף אורח חיים סימן נ"ה: "כתוב בספר האגור בחידותיו (בסוף הספר) שאם נער אחד נולד בכ"ט לאדר ראשון של שנה מעוברת ונער אחר נולד באדר השני א' בו ושנת י"ג אינה מעוברת אותו שנולד בכ"ט באדר הראשון צריך להמתין עד כ"ט ימים לחדש אדר בשנת י"ג ואותו שנולד אחריו באדר השני יהיה בר מצוה באחד לאדר בשנת י"ג כי כבר השלים י"ג, כי חדשים אתה מונה לשנים ואי אתה מונה ימים לשנים וא"כ זה השלים שנותיו י"ג באחד באדר". ומבחיור רבי יוסף קארו כי מקור הדברים בסוגיה במסכת ערכין (דף ל"א עמ' ב') "אמר ר' אבא בר ממל, מכר שני בתי ערי חומה אחד בט"ו באדר ראשון ואחד באדר השני זה שמכר לו באדר השני כיון שהגיע יום אחד באדר של שנה הבאה עלתה לו שנה, זה שמכר לו בט"ו של אדר הראשון לא עלתה לו שנה עד ט"ו באדר של שנה הבאה". וכמו כן ראה בתשובות מהר"י מינץ סי' ט', בין השאר ביחס למי שהשכיר בית לחברו לשנה ונתעברה השנה.

3. וראה "חזון איש" קובץ אגרות חלק א' אגרת ר"ז) "ענינו של מה שאמרו בנדרים פרק ו' הלכה ח' שבית דין של מעלה קובעים טבעו של עולם על פי בית דין של מטה".

4. שו"ת "חתם סופר" (חלק א', אורח חיים, סימן י"ד, דיבור המתחיל "אבל האמת"): "... אבל האמת יורה דרכו כי זה הכל נבנה על הכלל שקבע הירושלמי על הפסוק "אקרא לקל גומר עלי" והובא הדבר בש"ך סי' קפ"ט ס"ק י"ג, והשורש: שהטבע משועבד לתורתנו הקדושה, ובתולה שנבעלה אף על פי שעל פי טבע כבר גדלה זמן הראוי שלא יחזור בתוליה מכל מקום

4. ברם, שהדברים צריכים ביאור. כיצד מבינים אנו כי האדם יכול לשנות את הגדרת הזמן ובאמצעותה לשנות מציאות? הן האדם הוא גרגר במרחבי ההווה, הכיצד יוכל אפוא האדם לקום על ההווה שבה הוא נתון ולשלוט במרחבי הזמן? יתירה מכך, לכאורה, כל הוויית האדם משקפת ארעיות, והוא כלי העובר שינויי צורה תמידיים, שהזמן גרמן, שהרי הזמן נתון את אותותיו בכל מה שנמצא תחת השמש. האדם נתון לכאורה בתוך סד זמנים, וחולף דרך הזמן, שנצחי ואין סופי הוא. מהו אפוא פשר השליטה של האדם בזמן עצמו, להבדיל משליטה עצמית בדרך שבה ינצל הוא את זמנו? כדי להבין פישרה של קביעה זו נראה כי יש לעמוד על מהותו של זמן.
5. תכונתו הבולטת ביותר של זמן היא לכאורה: חלוף הזמן. אנו חשים כי "הזמן עובר", "הזמן רץ". הזמן "בורח" לנו כל הזמן. ברם, שההיגד הזה מוביל לאבסורד, שהרי "לנוע" פירושו להיות במקום אחד בזמן אחד, ובמקום אחר בזמן אחר, כאשר הזמן הוא אמת המידה והמרד לתנועה. לעבור או לנוע ממקום למקום פירושו, כי בבוקר היה החפץ מצוי במקום אחד, ובערב הוא עבר למקום אחר, כאשר בכל רגע נתון של המעבר החפץ שינה מקום. ברם, לפי הגדרה זו של "תנועה" נמצא כי כאשר אנו אומרים שהזמן עובר, נצטרך לומר כי הזמן נמצא במקום אחד בזמן אחד ובמקום אחר בזמן אחר. וזה כמוכן לא נכון, שהרי לאן עבר הזמן? מהיכן בא ולאן עבר? נראה לכאורה, כי הזמן לא הולך לשום מקום ועומד ולא נע כלל, ואדרבה אנו הם אלה שזורמים על פני הזמן, שנצחי הוא. את הזרימה הזו של עצמנו על פני הנצח אי אפשר להפסיק. אם כן, מה פשר הדבר כי עם ישראל שולט בזמן ולא רק בעצמו?

- כיון שעיברו בית דין את החדש, הטבע משועבר לתורה והוחלש כוחה וחוזרת בתוליה; וכן מי שנעשה בן י"ג שנה ויום א', על פי הטבע חזקה שהביא ב' שערות, ואם נמלכו בית דין ועיברו את השנה, אפילו בדקנו ומוצאים בו שערות - הרי הם שומא (ולא סימני בגרות - ו.א.), ואם כבר אכל חלב ונתחייב חטאת או מלקות - נפטר מחיובו ע"י עיבור בית דין; וכן בן ט' שנים לביאה וכדומה". וראה עוד בביאורו של ה"חתם סופר" על חולין דף ז' עמוד א'.
- 5 ראו אבשלום אליצור "זמן ותודעה, תהיות חדשות ל חידות עתיקות (משרד הבטחון, תשנ"ד) 43-45.
- 6 גדולי הפילוסופים שאלו: "כאיזו מהירות זורם הזמן?" לכאורה, כדי להשיב על כך יש להניח קיומו של מין "זמן על". אלא שהדבר הוביל לאבסורד, שהרי גם "זמן על" זה, זורם במסגרתו של "זמן על" הנתון מעליו, וכך הלאה והלאה. ההנחה כי קיים "זמן על", שבמסגרתו נברא הזמן שלנו, אינה פותרת את הקושי אלא רק מעתיקה אותו לדרגה אחת קודם, ונמצאת השאלה בלתי פתורה לעולם, שכן באותה מידה יישאל כעת מה הם גדריו של זמן העל? והנה, ביאורו של ה"ספורנו" מובילנו לכאורה לאותו מבוך עצמו ולתמיהה, מה פירוש לברוא זמן? מה היה לפני הזמן?

6. נראה כי תחילת הקושי בהבנת המונח "זמן" ומהותו, מצויה כבר במילה הראשונה של התורה: "בראשית - ברא אלוקים את השמיים ואת הארץ". מה פשר הדבר "בראשית"? אם הכוונה ל"תחילה" או ל"ראשית" - הרי שאלו מילות יחס שאינן עומדות בפני עצמן, והעיקר חסר מהפסוק, שאינו מבאר תחילתו או ראשיתו של מה? ואם הכוונה היא לתחילת מעשה הבריאה ולראשיתה של בריאה זו, הרי שהיה צריך להיאמר "בראשונה"? גם סדר הכתוב אינו תואם, שהרי היה צריך להיאמר כי בתחילת הבריאה שרר תוהו ובוהו ורק אח"כ לומר כי ה' ברא שמיים וארץ. מה עוד שלפי סדר האירועים המתואר בהמשך, לא היו אלה השמיים והארץ שנבראו ראשונים. על שאלה זו עמדו מפרשי התורה, הראשונים⁷. פירושי ייחודי לכך מצוי ב"ספורנו" שם, המבאר: "בראשית - בתחילת הזמן, והוא רגע ראשון בלתי מתחלק, שלא היה זמן קודם לו". כלומר: "בראשית" הוא רגע התהוות הזמן. אין זה רגע ראשון מתוך "הזמן" שאנו חווים, שכן רגע זה עצמו "מתחלק" אף הוא ואינו ראשית, אלא הכוונה היא להתהוות הזמן עצמו, שהיא ה"בראשית". לכך מכוון ה"ספורנו" באומרו כי עסקינן ברגע מכוון שהוא "בלתי מתחלק". ברם, שהגדרה זו עצמה של "תחילת הזמן" - קשה היא להבנה. מה היה קודם לפני שהזמן החל? מובן לנו כי לפני בריאת העולם היה "תוהו ובוהו" ונבראו גופים ועצמים לראשונה. אבל, האם גם זמן לא היה? אכן, גרמי שמיים לא היו ועימם נעדרו קיץ וחורף, אבל מושג הזמן וההבחנה בין מוקדם למאוחר קיימת לכאורה גם לפני בריאת העולם, שהרי מה הקשר בין בריאת גופים ועצמים לבין בריאת זמן? ובכלל, הרי יש לנו התייחסויות מפורשות למה שנקרא "לפני בריאת העולם". כך למשל מצינו בחז"ל (שבת דף פ"ח עמ' ב') כי התורה היתה מונחת בבית גנזיו של הקב"ה תתקע"ד דורות לפני בריאת העולם. בפנינו אפוא שימוש במונחי זמן ביחס לתקופה שלפני בריאת העולם. מהו אפוא פשר דברי הספורנו בדבר "בראשית" - בתחילת הזמן?

7. הסבר מרהיב לכך מצוי בספרו של הרב ברוך מרדכי אזרחי, "ברכת מרדכי" (מוסר), על פרשת בראשית. לדבריו "הזמן, מלבד מה שהוא מגדיר את ארכת הרווח שבין "קודם" ל"מאוחר", הריהו אוצר בקרבו את עצם המערכת המחשבתית, הבנויה על מגבלות עבר, הווה ועתיד. הזמן בריאה הוא. בריאה של אחד היסודות ואחת האקסיומות הערכיות שעליו מושתתת המחשבה האנושית. ... טבע העולם נברא ע"י הקב"ה, כשהוא בנוי על מגבלה ומערכת של עבר, הווה ועתיד. מערכת זאת, בריאה היא, שנבראה לצורך

7 ראה רש"י ורמב"ן על בראשית א, א'.

בניינו המחשבתי של האדם בעולם הזה. מערכת זו היווה הקב"ה בד בבד עם הבריאה. התהוותה היא ה"בראשית". לפני ברוך ה' את הבריאה, כפי שהינה, לא היו קיימים מגבלות וערכים של עבר, הווה עתיד, לא מוקדם ולא מאוחר, וממילא לא זמן. במערכת המחשבתית של האנושות לא קיימת שום תפיסה המסוגלת להבין או להשיג הפרדה כל שהיא בין מקרה או עשייה, לבין "זמן", שהרי הזמן הוא חלק בלתי נפרד מעצם ההווה ומקריה... לא כן בורא העולם, שאין לפניו שום מגבלה או מסגרת, ודאי ברור כי אף מגבלה זאת, או מסגרת זאת של זמן, מוקדם ומאוחר, עבר הווה ועתיד, לא קיימים לפניו, שהרי "נצח" הוא, כל יכול ואין סוף. לא יתכן שתהיה לנו השגה כל שהיא במערכת שאינה תלויה בזמן, שהרי מחשבתנו עצמה, היא מחשבה שעבר הווה ועתיד הם חלק מעצם מציאותה⁸. אבל, ידוע נדע אל נכון כי הדבר, ודאי כי קיים הוא אצל כל יכול בורא עולם⁹.

8. בהתאם להסבר זה, הזמן משקף שני דברים: ראשית, יש בו כדי לשקף מציאות אוביקטיבית של חלוף עיתים היוצרת הבחנה בין מוקדם למאוחר באופן כרונולוגי. בהקשר זה היה הזמן קיים גם לפני בריאת העולם. בנוסף לכך, מבטא הזמן את תבנית החשיבה האנושית ואת תפיסת האדם את המציאות

8 כאשר הנביא ישעיה אומר (נ"ה, ח') "כי לא מחשבותי מחשבותיכם ולא דרכיכם דרכי". משמעות הדברים היא כי מערכת החשיבה של אדם הינה צרה ותחומה במגבלות של הווה וזמן ואילו "מחשבתו" של הקב"ה שונה לא רק בהיקפה אלא בהיותה בלתי תחומה במגבלות של "זמן" ומקום.

9 הרב אזרחי מבאר בהתאם לעקרון זה את דברי הרמב"ם בהלכות תשובה (פרק ה' הלכה ה') ואף מוצא בהם סימוכין לדבריו. וזו לשון הרמב"ם שם: "שמא תאמר, והלא הקב"ה יודע כל מה שיהיה. וקודם שיהיה ידע שזה יהיה צדיק או רשע או לא ידע, אם ידע שהוא יהיה צדיק אי אפשר שלא יהיה צדיק, ואם תאמר שידע שיהיה צדיק ואפשר שיהיה רשע הרי לא ידע הדבר על בוריו. דע שתשובת שאלה זו ארוכה מארץ מדה... אבל צריך אתה לידע ולהבין בדבר זה שאני אומר, כבר בארנו בפרק שני מהלכות יסודי התורה שהקב"ה אינו יודע ידיעה שהיא חוץ ממנו כבני אדם שהם ודעתם שנים, אלא הוא יתעלה שמו ודעתו אחד ואין דעתו של אדם יכולה להשיג דבר זה על בוריו, וכשם שאין כח באדם להשיג ולמצוא אמתת הבורא שנאמר כי לא יראני האדם וחי אין כח באדם להשיג ולמצוא דעתו של בורא, הוא שהנביא אמר כי לא מחשבותי מחשבותיכם ולא דרכיכם דרכי". הרב"ד שם השיג על הלכה זו וציין כי "לא נהג זה המחבר מנהג החכמים, שאין אדם מתחיל בדבר ולא ידע להשלימו, והוא החל בשאלות קושיות והניח הדבר בקושיא והחזירו לא-מונה וטוב היה לו להניח הדבר בתמימות התמימים ולא יעורר לבם ויניח דעתם בספק...". הרב אזרחי מציין כי דברי הרמב"ם מובנים על פי הסברו האמור, שכן אנו מבחינים בין ידיעה מוחשית של ההווה, לבין מצב עתיד, לנוכח מגבלת החשיבה האנושית. אך מגבלה זו אינה קיימת כלל ביחס לקב"ה.

שסביבו. במובן זה הזמן הוא חלק מן הבריאה, ונוצר עם בריאת העולם (וזה פשר המונח "בראשית") בהיותו ביטוי לתבנית החשיבה של האדם כנברא, שהושם במסגרת סביבתית נתונה. מגבלות חשיבה אלו, שנבראו עם האדם, הן המחייבות אותו לבצע הבחנות בין עבר, הווה ועתיד, אך הבחנות אלו אינן משקפות את המציאות האובייקטיבית, וכמוהן ככל מגבלה חושית אחרת של האדם. משום כך, דרגת החכמה הנעלה ביותר היא – נבואה, שבה מסוגל אדם לפרוץ את "תקרת הזכוכית" שבה הוא נתון, ולראות אל מעבר למגבלות החשיבה הרגילים.

9. הרב א. א. דסלר בספרו "מכתב מאליהו" (חלק ב' עמ' 154) המשיל את הדברים הללו כדלהלן: "המשל לזה הוא, מפת הארץ, שכל נקודה שעליה סימן לעיר, מכוסה בנייר שיש בו נקב אחד. כשנעביר את הנייר על פני המפה נראה דרך הנקב עיר אחרי עיר, ונחשוב שכאילו בזמן שנראית עיר זו לא נמצאת העיר הקודמת והעיר הבאה, אבל בפועל קיימות כל הערים ביחד אלא שמכוסות הן. וכשירידו את המכסה יתגלו כולן בבת אחת. כן הוא אצל האדם, שמגלים לו בכל רגע ורגע שבהווה נקודה אחר נקודה ממהותו, ושמוסרת ממנו הנקודה הקודמת שכבר שייכת לעבר, אולם באמת היא קיימת בנפשו ואינה בטלה. וכשיבטלו מן האדם את הסתר הזמן לאחר מיתתו, ויסירו את מכסה העולם הזה, יראה הכל בבת אחת; כל מהותו הרוחנית תתגלה על כל נקודות החושך והאור שבה כחשיבה אחת. ואז יראה שהזמן לא היה אלא הסתר, כי הכל הוא הוויה אחת שנמצאת בבת אחת. זהו עולם הנצח שאין בו עבר ועתיד".

הנה כי כן, האדם תופס את המציאות כחמשת חושיו, שבהם הוא חווה את ההווה הגשמית שסביבו, והוא יכול לעכל ולהפנים את אשר הוא חש אך ורק בזמן ההווה. את העבר אין הוא יכול לחוש באמצעות חושיו ועל כן העבר נמצא רק בזיכרונו. גם העתיד אינו נתפס בחושיו של האדם והוא מצטייר בדמיונו בלבד. לכן, גם מי שניחן בזיכרון מעולה אינו מרגיש את מה שארע בעבר כפי שהוא חש את מה שהוא עושה בהווה, וכן העתיד נעלם ממנו ואין כל ודאות ביחס למה שיקרה בו. תחושת הזמן היא אפוא מציאות של "הסתר", של הגבלה מחשבתית הנובעת מהגבלה חושית של האדם, שמחמתה אין לאדם פרספקטיבה אמיתית של המציאות האובייקטיבית המקיפה השוררת, שהיא מעבר לזמן¹⁰.

10. נוכח הגדרת הזמן, כביטוי גם למושג שאינו משקף מציאות אובייקטיבית,

10 וראה גם בספרו של הרב חיים פרידלנדר "שפתי חיים", מועדים, חלק ב', עמ' תי"ז, על "מהות הזמן וההסתר".

אלא דפוס חשיבה הנובע מן ההגבלה של יכולת האדם לתפוס את המציאות, מובן פשר דברי חז"ל אודות יכולתו של עם ישראל לשלוט על הזמן, שהרי האדם המגדיר מהותו של זמן אינו פועל במישור האובייקטיבי של הזמן ואינו משנה את המציאות, אלא מתייחס למהותו הנוספת של זמן ומתגבר על המגבלה החשיבתית שלו עצמו. בית הדין העוסק בקידוש החודש אינו משנה אפוא גורם בעל מהות אובייקטיבית. אדרבה, הכלל הוא כי (בבא בתרא דף קכ"א. עמ' א') "מועדי ה' נאמרו - שבת בראשית לא נאמרה". קרי, בית הדין אינם יכולים להסיט את השבת ממקומה, וזמן הבראשית המשקף מציאות אובייקטיבית של תנועת גרמי שמיים, אינה יכולה להשתנות ע"י האדם. הארעי אינו משנה את הנצחי. בית הדין יכול לשנות רק את הגדרת הזמן כמובן השני של זמן, ואת המועדים הנובעים מכך¹¹. הגדרות אלו של הזמן כגורם שאינו משקף את המציאות אלא את מגבלת האדם להבין את המציאות ואת דפוסי חשיבה שהוטבעו בטבע האדם עצמו, מאפשרות להבין כי פשר כוחם של בית הדין לקדש את הזמן נעוץ ביכולת ההתעלות של האדם אל מעבר למגבלות שלו עצמו, שבהם הוא נתון, ויכולתו לפעול מכוח אמונתו ושאר הרוח שבו ניחן. אם אך מתגבר האדם על מגבלותיו שלו, כך שיוסר מ"מפת המציאות" אותו מכסה המגביל את הראות לנקודת זמן אחת, על פי המשל של הרב דסלר, הרי שהאדם רואה את המכלול, וממילא משתבצת כל נקודת הוויה, וכל נקודת זמן, בתמונה כוללת ומקבלת מובן שונה. יכולת זו ניתנה לעם ישראל בצאתו מעבדות לחרות והיא המצווה הראשונה שנתן ה' לעמו, עת שקידשם בקדושתו.

11. בהתאם לכך נמצא, כי בפנינו שני סוגים של זמן: הסוג האחד של "זמן" הוא "זמן בראשית" והינו תוצר של המציאות האובייקטיבית של גרמי שמיים וארץ. "זמן בראשית" מבטא את חלוף העיתים כפי שנטבע בטבע העולם, ובאופן שאין יד אדם נוגעת בו לעולם. כזו היא השבת. הסוג השני של "זמן" הוא "זמן בית דין" המשקף את המגבלה האנושית המחייבת אדם לחשוב

11 אם לאחר מכן משתנה גם מציאות אובייקטיבית כלשהי, הרי שהדבר אינו נגרם מכח יכולת של אדם לשנות את הטבע. יכולת כזו אינה מסורה בידיו של אדם. אולם, הקב"ה משלים כביכול עם קביעת חז"ל ופועל על פיה, ומתאים את המציאות לקביעת בית הדין. בידו של הקב"ה מסורים כוחות אלו ולא כידיו של אדם. וזהו לכאורה פשר דברי חז"ל "חז"ל סופר" שהובאו בה"ש 4 לעיל. ומכיוון שנובע מן הדברים כי הקב"ה מתאים מציאות באופן אוטומטי על פי קביעת בית דין ובכך נמסר כביכול בידם כח לשנות למפרע מציאות אובייקטיבית ברי כי דעה זו מעוררת קושי ויש החולקים עליה בעוז. כך למשל ראה דבריו של הרב שלמה קלוגר, בשו"ת האלף לך שלמה חלק אבן העזר סימן נ"ז: "זה וראי אינו לומר שע"י עיבור נשתנה הטבע".

בתבנית תחומה של התייחסות לעבר, הווה ועתיד. ביחס למונח זה של זמן - האדם הוא "בעל הבית" ובידו להתגבר על מגבלות אנוש אלו, להגדיר תקופות זמן שונות ולנסוך בזמן תוכן ומהות. כאלה הם מועדי ישראל. 12. להבחנה זו יש נפקות הלכתית חשובה עליה עמד הרב יוסף רוזין (הגאון הרוגאצ'ובי) בספרו "צפנת פענח"¹². הרוגאצ'ובי מבחין בין דברים שמועד תחולתם הוא במועד קבוע המוגדר ע"י בני אדם ("זמן בית דין"), לבין דברים שכל אשר נדרש כדי שיחולו הוא - חלוף הזמן במובנו הבראשיתי כמשקף מציאות אוניקטיבית ("זמן בראשית"):

(א) במקרה הראשון, נמצא כי הגדרת הזמן היא חלק מהגדרת המצווה וכל עוד שלא הגיע המועד האמור, או "נקודת הזמן" בלשון הרוגאצ'ובי, אין תחולה למצווה האמורה, שלא הגיעה עיתה לחול. כך למשל החיוב לאכול מצות בחג הפסח. כל זמן שלא הגיעה נקודת הזמן של חג הפסח, אין חיוב לאכול מצה, והזמן שלפני הפסח - אינו קשור כלל ועיקר למצווה שתתחולל בפרוש החג. "זמן בית דין" מוגדר ע"י הרוגאצ'ובי כ"נקודת זמן" - עם מהות שונה לחלוטין מזו שקדמה לו. זמן זה אינו יכול אפוא להצטרף לזמן שקדם לו, שהרי אלו זמנים עם שוני מהותי ביחס לגדר המהות שלהם. משום כך, מצוות סוכה, נטילת ארבעת המינים, אכילת מצה, נר חנוכה, קריאת המגילה, וכיו"ב מצוות ש"הזמן גרמן" הן מצוות הבאות מזמן לזמן. אין נפקות כלל אם ממצוות סוכה דאשתקד ועד למצוות סוכה כעת חלפה שנה תמימה או לא, כי העיקר אינו הזמן שחלף אלא נקודת הזמן שארעה כעת. נמצא כי החיוב חל בנקודת זמן פלונית, והזמן הקודם לא מצטרף כלל לאותה נקודה.

(ב) לעומת זאת, במקרה השני, עת שעסקינן ב"זמן בראשית", כל שעלינו לעשות כדי שיחול הדין, הוא לספור מניין ימים קבוע. הזמן שקדם לנקודת התחולה מהווה על כן, תחילתו של תהליך המוביל לתחולה, כאשר הזמן שחל עובר לאותו מועד - אינו שונה במהותו מן הזמן שיבא אחריו. מקרה זה מגדיר הרוגאצ'ובי כ"שטח זמן", המכוסה ב"גרגרי זמן" ברי מהות זהה, כשאין הבדל בין מהותו והגדרתו של הזמן בנקודת התחולה לבין מהותו והגדרתו של הזמן עובר לנקודת התחולה. על כן, גם הזמן שקדם למועד התחולה, מצטרף אל הזמן

12 הרב יוסף רוזין, "צפנת פענח" מהדורה תניינה עמ' 4, עמ' 55, כן ראו הרב נתן נטע אלע-ווסקי בספרו "חיי עולם נטע" עמ' 15, ובספרו של משה שלמה כשר "משנת רבינו יוסף" עמ' 229-232.

שאחריו ושייך אל הדין שיחול עם תום התהליך של חלוף הזמן האמור¹³.

13. בהתאם לכך מבחין הגאון הרוגצ'ובי בין שני הדינים הבאים:

(א) במסכת גיטין (דף כ"ט ע"ב) מצינו כי אדם שלח גט לאשתו עם שליח, והורה לשליח למסור את הגט רק לאחר חלוף שלושים יום. ברם, השליח נאנס ונבצר ממנו להישאר במקום זה שלושים יום. רבא יעץ על כן לשליח למסור את הגט לבית הדין ואלו יבצעו את השליחות בבא העת. שואלים רבנן את רבא, כיצד יכול השליח למנות את בית הדין, הרי במועד תחולת הגט, בעוד שלושים יום יהא השליח במצב של נבצרות מלקיים בעצמו את השליחות, והכלל הוא כי אין אדם יכול להפקיד בידי שלוחו כוחות שאין לו עצמו? מתרצת הגמרא "כיוון דלכתר תלתין יומין מצי מגרש (כיוון שלאחר שלושים יום ניתן לגרש), כשליח שניתן לגירושין הוא". כלומר, כיוון שבית הדין מסוגלים לגרש בכוא המועד והשליח מסוגל כעת לגרש, הרי שהוא נחשב כבעל יכולת לגרש גם בעוד שלושים יום באמצעות בית הדין. ונשאלת השאלה מה פשרה של תשובה זו? הן במועד תחולת הגט - השליח אינו מסוגל לגרש? מה מסייעת בדינינו העובדה, כי כעת בטרם שחלפו השלושים יום בידי השליח לבצע את הפעולה? אין זאת אלא שמתחילים למנות בתוך השלושים יום את יכולותיו של השליח לתת גט. הכיצד? הרי הזמן שיחול בו הגט הוא רק בעוד שלושים יום?

(ב) ברמב"ם שבועות פרק ו' הלכה י"ד נפסק כדלהלן: "אין מתירין נדר או שבועה שעדיין לא חלה"¹⁴. כלומר, אדם יכול להתיר נדר רק לאחר שהגיע מועד תחולתו. לכן, ממשיך הרמב"ם ופוסק כי "אם היה עומד בניסן ונשבע שלא יאכל בשר שלושים יום מראש חודש אייר, וניחם, אינו נשאל עד שיכנס אייר"¹⁵. כלומר, למרות שאדם

13 ובלשונו של הרב רוזין: "בגדר זמן המציאות, אם כוונת התורה השטח, הזמן שיש ער יום זה, או רק נקודת הזמן. ונפקא מינה, שאם מחמת השטח, אז הוא דבר המצטרף, ואם כן הדבר ישנו קודם רק עדיין לא בא... אבל אם הכוונה רק לנקודה של זמן פלוני, אז קודם זה - עדיין אינו".

14 לכן פוסק שם הרמב"ם כי "נשבע שלא ידבר עם פלוני ונשבע אח"כ שאם ישאל על שבו-עה זו ויתירה, יהיה אסור לשתות יין לעולם, וניחם, הרי זה נשאל על השבועה הראשונה ומתירה, ואח"כ ישאל על השניה".

15 וכן ראה ר"ן נדרים דף צ' ע"ב: "בשאלה דברי הכל אין חכם מתיר אלא אם כן חל הנדר... ואיכא מאן דאמר, דאפילו הכי האומר קונם עלי דבר פלוני לאחר שלושים יום,

מתחרט על הנדר כעת ויודע בבירור כי בהגיע מועדו, בראש חודש אייר, הוא יבקש להישאל עליו, אין הוא יכול להקדים ולעשות כן כעת ועליו להמתין עד הגיע מועד התחולה כדי להביא לביטול הנדר. מדוע אין הוא יכול לעשות כן כבר כעת שעה שברור כי עסקינן במועד שבוודאי יגיע?

14. הגאון הרוגצ'ובי מבהיר את ההבחנה בין שני הדינים הללו, באמצעות ההבחנה האמורה בין שני מושגים של זמן. נבהיר:

- (א) בסוגיה במסכת גיטיין (דף כ"ט ע"ב) הבעל לא התכוון שהגט יחול ביום שיש לו הגדרה או מהות מסוימת, בבחינת "זמן בית דין". אין אנו מצפים ל"נקודת זמן, שכן אין שום דבר מיוחד ביום השלושים המייחד ומכדייל בינו לבין הזמן שלפניו. כל שהבעל רצה הוא שיעברו שלושים יום עד למתן גט. בנסיבות אלו בפנינו "שטח זמן, שבו גם הזמן שקדם למועד התחולה, מצטרף אל הזמן שאחריו ושייך אל הדין שיחול עם תום התהליך של חלוף הזמן האמור. ממילא, אם יש בידי השליח כשרות לביצוע הפעולה כעת הרי שבידו להאציל כוחות אלו לשליח אחר. הכשרות המשפטית של השליח לבצע את הפעולה קיימת בזמן הרלוונטי, המתחיל להמנות כבר כעת, שכן אין הבדל בין הזמן הנוכחי לבין מה שיקרה בעוד שלושים יום. העובדה כי הפעולה רחוקה מאיתנו מרחק של "שטח זמן" אינה שונה ממרחק בשטח פיסי, שברי כי אין בו כדי למנוע מינוי שליח, אדרבה כדי להתגבר עליו ממונה שליח שהוא "ידו הארוכה" של השולח. הזמן במקרה זה משקף רק מגבלה פיסית ולא מפריע משפטית, מכיוון שעסקינן ב"זמן בראשית" כשאין איזשהו יחוד שיארע רק בעתיד.
- (ב) לעומת זאת, בכל הנוגע להתרת הנדר, בפנינו אדם שניצב בחודש ניסן ונשבע שלא יאכל בשר שלושים יום מ"ראש חודש אייר". ראש חודש הוא באופן מובהק "זמן בית דין" ובפנינו הגדרת "נקודת זמן" שיש לה יחודיות ומהות משלה. במקרה זה לא ניתן לצרף לכך את הזמן שקדם לאותה נקודה שהרי יש יחודיות בנקודת הזמן האמורה המבחינה ומשנה אותה מכל מה שהיה לפניה. אכן, אילו היה הנודר תולה שבועתו רק בחלוף זמן ולא בתחולת "מועד" מסויים, כמו ראש חודש, הרי שהיינו אומרים כי הזמן הוא אחד "זמן בראשית" וניתן

חל הנדר מיקרי וחכם מתיר... ביוון שסוף איסורו לחול, אע"פ שלא חל עדיין, חכם מתיר, ואיכא מאן דאמר דאפילו בכהאי גוונא כיוון שמכל מקום עדיין אינו נאסר אין חכם מתיר. וסברא קמא תריצא טפי.

היה להישאל על הנדר כבר כעת. ברם, שיש גורם שלישי (בית דין) שמייחד את הזמן שננקב (ראש חודש), אי אפשר לומר כי הדבר כבר התחיל כעת וכי שטח הזמן כבר התחיל קודם¹⁶.

15. נפקות זו באה לידי ביטוי מרהיב ביחס להגדרת ברכת "שהחיינו וקיימנו והגענו לזמן הזה". הרב נ.נ. אלוסקי בשו"ת "חיי עולם נטע", סימן י' מציין כי הוא שאל את הגאון הרוגצ'ובי האם יש לברך ברכת "שהחיינו" ביחס לברכת החמה, שחלה אחת לעשרים ושמונה שנים. על כך השיב לו הרוגצ'ובי כי כאן הזמן הוא שטח, שבעקבותיו חוזרת חמה למקומה, וממילא אין כאן "והגענו לזמן הזה". ברכת החמה היא בגדר "זמן בראשית" מובהק ולא בגדר "זמן בית דין". זו מציאות פיסית המתרחשת ולא זמן שיש לו מהות מיוחדת המוגדרת ע"י בית דין. על כן, אין מקום לברך על כך ברכת "שהחיינו" הנאמרת על זמן יחודי, שגדר המהות שלו חלה לראשונה כעת, ולא היתה קיימת קודם לכן.

16. ולסיום, דומה כי ההבחנה בין "זמן בראשית", שאינו אלא מציאות אובייקטיבית זורמת, לבין "זמן בית דין", באה לידי ביטוי מוחשי בדו שיח¹⁷ שהתנהל בין עמנואל מורנו הי"ד, סגן אלוף בסיירת מטכ"ל, אשר נהרג במלחמת לבנון השנייה, לבין סתיו, חברו מהיחידה. השיחה התנהלה כמה שעות לפני העלייה למסוק, כאשר היה חשש כי טיל יפגע במסוק מעל לבנון.

עמנואל שאל: "מה אתה עושה במידה וח"ו המסוק שלנו חוטף טיל, ונותרו לך עשר שניות לחיות עד ההתרסקות?"

סתיו השיב: "לא יודע. אני משער שאהיה מאוד עצוב ומפוחד, אעצום עיניים ואחכה שזה ייגמר כמה שיותר מהר, ובלי הרבה כאב".

עמנואל: "מה שאני אעשה, וזה גם מה שאתה צריך לעשות, זה להגיש "שמע ישראל"."

16 ובלשונו של הגאון הרוגצ'ובי: "נפקא מינה בין אם מקפיד על המציאות של היום או אם מקפיד על שטח הזמן שבין זה לזה, כי אז הזמן מחובר, אבל אם הקפידא היא ליום פלוני הוי כמו מחוסר מעשה". ודוק, אם אדם אומר: לא אוכל בשר 30 יום מר"ח אייר, הרי שהוא תלה את זמנו ב"נקודת זמן" ובזמן מיוחד שעדיין לא הופיע, שהרי עכשיו ניסן. כמו כן, אם אמר לשליח לגרש בחנוכה, הרי ש השליחות לא תחל וזו שליחות שלא ניתנת לגירושין. אבל אם תלה שבועתו או גיטו רק בחלוף זמן, הרי שהזמן עצמו מאוחד ואין גורם שלישי שמייחד את הזמן. במקרה זה נקרא הדבר כמי שכבר התחיל כעת, כיוון ש"שטח הזמן" כבר התחיל קודם.

17 הובא בגיליון שבועי 295 של "תלמי גאולת עם ישראל", אשר הוקדש לסא"ל עמנואל מורנו ז"ל.

סתיו: "בסדר, אז אני אגיד 'שמע ישראל'... אבל מה זה ייתן לך? הרי בכל זאת המסוק יתרסק שנייה אח"כ וכולנו נמות."

עמנואל: "אם נשארות לאדם חמש שניות לחיות, ועדין יש משמעות לחייו ושאיפה למה שאחריהם, משמע, לחיים יש משמעות. אם לעומת זאת לאדם נותרו חמש שניות לחיות, ואיננו מביין את חשיבות השניות הללו, אז כנראה אין משמעות לכל החיים שלו..."

הבה נתרגם את הדברים הללו לכדי כלל ברור:

זמן ניתן למדוד כרונולוגית. אך בהקשר זה הזמן הוא כלי - שהוא כשלעצמו ריק והתוכן שלו מתמלא ע"פ פעילות האדם. אם מודדים זמן בצורה זו, הרי שבחמש השניות האחרונות לפני שהטיל מרסק את הכל אין מה לעשות. ואם אין מה לעשות בזמן הזה הזמן נשאר כלי ריק. במקרה זה נמצא כי לזמן אין משמעות, אבל, זמן יכול גם להיות בעל ייעוד. לכל רגע מן החיים של אדם ושל עם יש ייעוד ייחודי שאין זולתו. לכל רגע נתון יש את המשימה שיש להגשים באותה הזדמנות ייחודית. הזמן - יורד עם המשימה שלו ועם הייעוד שלו. "לכל זמן ועת לכל חפץ". כל רגע הוא כלי להגשמת הייעוד של אותו רגע. אם זה כך - ברור שלכל שבריר שנייה יש משמעות. לחמש השניות האחרונות יש ייעוד: תשובה, להתכונן לעולם שאחרי, לראות את העתיד שאחרי נקודות הסיום, את ההתחלה שבאה מיד אחרי כל סגירת מעגל. חמש השניות הללו הם זמן עם משמעות אדירה אצל אדם מאמין. הם ה"רעוא דרעוויין" שלו, וה"חודש אלול" שלו. אם כך מביט האדם על הזמן, ברור לגמרי שלכל החיים יש משמעות אחרת. דבר זה אינו מתבטא רק כמתן מהות לחמש השניות האחרונות, אלא במהות החיים כולה שמשתנה. זה פשרו של "זמן בית דין".

דין ולפנים משורת הדין

שימוש לרעה בזכות במשפט העברי ("כופין על מידת סדום")*

1. חוק שאינו מתיישב עם עקרונות של צדק ומוסר, יוצר קונפליקט בין עקרון שלטון החוק לבין מהותו של חוק. בה במידה, נוצר קונפליקט כאשר קיים חוק הוגן ולגיטימי, אשר ביצועו במקרה ספציפי יוצר עיוות. הנורמה החוקית אינה יכולה לצפות מראש את כל הסיטואציות, ויישומה באופן פורמליסטי ודווקני עלול להוביל, במקרים מסוימים, לסיכול מטרת החקיקה ולפגיעה בתחושת הצדק¹. הקפדה דווקנית על קיומה של זכות חוקית, סותרת לעיתים, יותר משהיא בונה, את הנורמות הבסיסיות שעליהן מושתתת חברה הוגנת, וזאת אף כאשר הנורמה החוקית הינה כשלעצמה צודקת ומוסרית.
2. ואכן, שיטות משפט רבות מעניקות לבית המשפט שיקול דעת המאפשר לו לשלול מתן סעד המעוגן בזכות חוקית, כאשר נעשה "שימוש לרעה בזכות"²

* פורסם ב"דיני ישראל", יח', עמ' ג'.

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

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

2 ראה: סעיף 14 לחוק המקרקעין תשכ"ט 1969: ז. זלטנר "שימוש לרעה בזכות" משפטים ב' (1972) 465; א. רוזן צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" עיוני משפט ד' (תשל"ו) Vera Bolgar, Abuse of Rights in France, Germajy and Switzerland"; 651 A survey of Recent Chapter in legal Doctrine", 35 Louisiana Law Rev. 1015 (1974-1975); Gutteridge, "Abuse of Rights", 5 Camb.L.J. 22 (1953); Scholtens, "Abuse of Rights", South Africa L.J. 39 (1958); Cveto-Run, "Abuse of Rights", 35 La.L.Rev. 965 (1975); Sono and Fujioka, "The Role of the Abuse of Right Doctrine in Japan", 35 La.L.Rev. 1037 (1975); Brunner, "Abuse of Right in Dutch Law", 37 La.L.Rev. 729 (1977).

או כאשר השימוש בזכות מבוקש בחוסר תום לב. במשפט הישראלי נקבע בחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה³ ובקיום חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. חובה זו לנהוג בתום לב יוצרת סטנדרט של התנהגות הוגנת, הנובעת מהסתמכות של אדם על רעהו, בנסיבות שבהן נרקם, או עומד להרקם, קשר חוזי ביניהם⁵. סטנדרט התנהגותי זה הפך לנורמה כללית במשפט הישראלי⁶ המאפשרת לאזן בין הנורמה החוקית לבין תחושת הצדק במקרה הספציפי. עקרון זה אומץ גם מחוץ לתחום החוזי מכח סעיף 61(ב) לחוק החוזים⁷. גישתו של בית המשפט היא על כן, כי יש ליתן לעקרון זה תחולה

- 3 סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-D-1973. לניטוח הוראה זו ראה: מ. ראבילו: "סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973-Culpa in Contrahendo" קובץ הרצאות בימי עיון לשופטים תשל"ה 57, 115 (תשל"ז); ד. אבן "Culpa in Contrahendo" עיוני משפט א' 328 (תשל"א); ד. פלפל "תום לב במשא ומתן לכריתת חוזה", עיוני משפטה' 608 (תשל"ד); ג. שלו "סעיף 12 לחוק החוזים תום לב במשא או מתן" משפטים ז' 118 (1976); ס. דויטש, "סעיף 12 לחוק החוזים: האמנם תרופה לכל מכאוב", מחקרי משפט ד' 39 (תשמ"ה); ד. פלפל "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן", עיוני משפט י"א 307 (1986); ג. כהן "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לז' 13 (1986).
- 4 סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973. וראה: א. ידין "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה", קובץ הוראות בימי עיון לשופטים תשל"ה 50 (תשל"ו); הופר, "תום לב בחוזים ואשם ביצירת החוזה", משפטים ד' 397 (תשל"ז); י. זוסמן "תום לב בדיני חוזים - הזיקה לדין הגרמני", עיוני משפט ו' 485 (תשל"ח); ד. פרידמן, "חוזים אחידים, תום לב ותקנות הציבור", עיוני משפט ז' 431 (תשל"ט); ד. פלפל "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני" הפרקליט לו' 53 (1984).
- 5 בהקשר זה ראה ע"א 230/80 פניר נ' קסטרו פד"י לה' (2) 713; ד"נ 7/81 פניר נ' קסטרו פד"י לד' (4) 673, בהם הוחלה חובת תום הלב לא רק על הצדדים בכח, או בפועל, לחוזה, אלא גם על כל מי שקשור בעקיפין בלבד ואשר חלקו מתמצה במעורבות פעילה בנייהול המשא ומתן.
- 6 ראה למשל ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי פד"י לב' (1) 231; ע"א 148/77 רוט נ' ישופה פד"י לג' (1) 617; בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה' (1) 828; ע"א 391/80 לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ, פד"י לח' (2) 264, 237; וראה דעתה של ד"ר ד. פלפל במאמרה הנ"ל (הע"ש 4) כי עקרון תום הלב הפך להיות עקרון על בשיטת המשפט הישראלית וכדי לקבל סעד מפשטי לא די בהוכחת הזכות אלא יש צורך לעמוד גם בנטל שמטילה חובת תום הלב.
- 7 ע"א 402/176 אורניקוב נ' מדינת ישראל, פד"י לא' (1) 270; בר"ע 305/80 שילה נ' רצ'קובסקי, פד"י לה' (3) 449; בג"ץ 566/81 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פד"י לו'

רחבה ביותר במיגוון רחב של נושאים⁸. במידה רבה ניתן לומר כי עקרון תום הלב מהווה כלי משפטי רב שימושי, אשר בתי המשפט נעזרים בו כדי לקבוע נורמות התנהגות הולמות, בכל מקום שבו קביעה שכזו הינה חיונית לשם השוואת המישור הנורמטיבי הרצוי עם הנורמה הנוהגת ביחס למקרה הקונקרטי.

3. דוגמא קיצונית לכך נמצאה בענין רביב נ' בית יולס⁹, עת שכבוד השופט ברק ביקש להחיל באמצעות עקרון תום הלב את החובה לנהוג בשוויון, אף בעת עריכת מכרז על ידי גוף פרטי. ענין זה שימש סנונית ראשונה, ועם חקיקת חוק יסוד כבוד האדם וחירותו¹⁰, אשר היקנה מעמד על חוקי לזכויות האדם הבסיסיות, גורס כב' הנשיא השופט ברק כי אף אדם פרטי חייב לנצל את זכויותיו החוקיות בכפיפות לחובת השוויון ואיסור ההפליה¹¹.

(2) 1; ע"א 789/82 עזרא נ' מוגרבי, פד"י לו' (4) 565; ע"א 700/81 פז נ' פז, פד"י לח' (2) 736. עיקרון תום הלב הוחל גם ביחס לדיני עבודה בבג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, הע"ש 3 לעיל, ואף ביחס לדיני קניין, ע"א 810/82 "זול בור" נ' זיידה, פד"י לו' (4) 737, בו נעשה שימוש בעקרון תום הלב כסייג כללי לשלטון בעלי רוב החלקים במקרקעין משותפים.

8 לדעת כב' הנשיא ברק יש בעיקרון תום הלב, גם כדי להטיל על הצדדים חובות שזכרם לא בא בחוזה ואשר ביצועם נחוץ להגשמת החוזה, כגון חובת גילוי ומסירת ידיעות וחשבונות, או חובת הדרכה באשר לשימוש בנכס. בכך חלוק עליו המשנה לנשיא כב' השופט אלון, הסבור כי יש להבחין בין יישום עקרון תום הלב לבין תוכנו הנורמטיבי. לענין זה ראה פס"ד לסרסון (הע"ש 6 לעיל) וכן ע"א 188/84 "צור" חברה לביטוח בע"מ נ' חדר, פד"י מ' (3) 1.

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

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

11 א. ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי, בעריכת פרופ' י. זמיר (האוניברסיטה העברית ירושלים, תשנ"ג) 164, בעמ' 201: "האינטואיציה שלי אומרת, כי על בעל מסעדה מוטלת החובה לתת שירות - כלומר, לכרות חוזה - בלא להפלות על בסיס מין, גזע או דת. אותה אינטואיציה עצמה גורסת כי פרט, המשכיר חדר בדירתו, רשאי לבחור את השוכר כראות עיניו. אינטואיציה זו מתבססת בעיקרו של דבר, על איזון ראוי בין חופש ההתקשרות של בעל המסעדה או בעל הדירה, לזכות של מבקש השירות (מזון או מגורים) שלא להיות מופלה. לשון אחר: מקובל עלי, כי לבעל המסעדה או לבעל הדירה החופש החוקתי להחליט עם מי להתקשר. בדומה, מקובל עלי, כי המבקש לאכול במסעדה או לשכור חדר, נהנה מהזכות לא להיות

נורמה חוקית זו מהווה לדעת כב' השופט ברק כלל רחב, ועקרונות המשפט הציבורי האוסרים על שרירות ועל הפליה יחלחלו בדרך זו, אף אל תחומי המשפט הפרטי¹².

4. במשפט העברי מוכתר אי צדק מוסרי המעוגן כנורמה חוקית, בתואר: "מידת סדום"¹³. מושג הכפיה על מידת סדום במשפט העברי, מהווה מכשיר משפטי המעניק שיקול דעת לבית הדין לשלול התנהגות הנגועה בשרירות אף כשהיא מעוגנת בזכויות חוקיות. עיון מדוקדק בתחומי הפעלתו ובמהותו של מכשיר משפטי זה מלמד, כי הוא משוכלל יותר מן ההגבלה המוטלת במסגרת חובת תום הלב ואי השימוש לרעה בזכות, המהווים עקרונות יסוד במשפט הישראלי. עקרון הכפיה על מידת סדום במשפט העברי מקביל יותר למהפיכה החוקתית שאותה מנתח כב' השופט ברק, ואשר מכחה מוטלות חובות של הגינות והעדר שרירות אף על הפרט. תכלית הכפיה על מידת סדום הינה להכניס אף את מערכת השיקולים של הפרט, המנצל את זכויות הקניין שלו, אל תוך מבנה משפטי, שבו נשקלים מעשיו ונבחנת מידת הסבירות שבהם. המשפט העברי מבחין בהקשר זה

מופלה (בין על ידי המדינה ובין על ידי פרטים אחרים), וכי אם מסרכים לו על בסיס מין, דת או גזע, זוהי אפליה. באיזון בין זכויות אלה, מקום שהן מתנגשות, גוברת זכותו של אדם שלא להיות מופלה במקרה של המסעדה, וגובר חופש ההתקשרות במקרה של בעל החדר להשכרה".

נמצא כי כאשר מדובר בשרות לציבור - כגון מסעדה, להבדיל מהשכרת חדר, הקשורה לפרטיותו של המשכיר, הרי שאף אדם פרטי הנהנה מן האוטונומיה של הרצון, מחויב לנהוג על פי נורמות של שוויון ואסור לו להפלות מטעמי דת, גזע ומין, ולהחליט כי עם פלוני אין הוא רוצה כל מגע עסקי וכי לאלמוני אין הוא נותן שירות בעיסקו הפרטי. להשוואה, ראה למשל להלן סעיפים 32-33.

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

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

בין "בעלות לשם שימוש" שהינה בלתי מוגבלת, לבין "בעלות לשם שלטון" הנשללת במידה רבה¹⁴. הכפיה על מידת סדום, במשפט העברי, נועדה למנוע מן הפרט לנהוג בשרירות, אף בעת שהוא מבקש ליישם את זכויותיו החוקיות, במישור פרטי מובהק, הנוגע לזכות הקניין שלו.

5. במאמר זה נסקור את תחומיו של האיסור לעשות שימוש לרעה בזכות במשפט העברי, תוך הצגת מהותו של עקרון זה ותוך נסיון לרדת לשורשם של דברים ולהתוות את ההשלכות המעשיות הנובעות מבחינה מדוקדקת של עקרונות היסוד, שעליהם מושתת הכלל בדבר ה"כפיה על מידת סדום".

פרק א' - שורש המונח "מידת סדום"

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

7. בתוספתא במסכת סוטה פרק ג'¹⁵ מובהרת התופעה החברתית שגרמה, לדעת חז"ל, לשלילת זכות קיומה של סדום, כדלקמן:
 "אנשי סדום לא נתגאו אלא בשביל טובה שהשפיע עליהם הקב"ה. ומה כתוב בהם? "ארץ ממנה יצא לחם ותחתיה נהפך כמו אש, מקום ספיר אבניה ועפרות זהב לו..." (איוב כ"ח, ה-ז).

14 למקבילה ראה:

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

למוטיב דומה, ראה ספרא, בהר פרשה ו': "לא תרדה בו בפרך" (ויקרא פרק כ"ה, פסוק מ"ג) שלא יאמר לו [לעבד עברי של] החם את הכוס, והוא אינו צריך, הציץ לי את הכוס והוא אינו צריך".

כלומר, העסקת אדם לכל פעולה שהיא, מותרת היא, כל עוד שמדובר בהעסקה לשם שימוש. אולם, ניצול ההעסקה של הזולת לשם שלטון והשתררות עליו, והוראה הניתנת לעובד לעשות פעולה שאין בה שימוש הינה אסורה.

15 וראה גם, מסכת סנהדרין דף קט' ע"א.

אנשי סדום אמרו, הואיל ומזון יוצא מארצנו, וכסף וזהב יוצא מארצנו, ואבנים טובות ומרגליות יוצאות מארצנו, אין אנו צריכים שיבואו בני אדם אלינו, שאינם באים אלא (כדי) לחסרנו. נעמוד ונשבית הרגל מבינותינו¹⁶. אמר להם הקב"ה, אני הטיבותי לכם ואתם מבקשים לשכח את הרגל מבינותיכם? אני אשכח את הרגל מבינותיכם ואשכח אתכם מן העולם¹⁷. בהתאם לדברים אלו, סדום מסמלת ומבטאת תופעה של שינאת זרים, ונסיון מכוון של חברה לשמור לעצמה את כל העושר הגלום באוצרותיה, תוך גילויי אכזריות מופלגים, המכוונים לכודר חברה זו באופן מוחלט מזרים, ובמיוחד מאורחים וממבקשי סעד למיניהם. סדום ההיסטורית יצאה מנקודת הנחה, כי העושר שגילתה מיועד אך ורק לבני החברה המצומצמת של תושבי סדום, וכל סיוע לזולת עומד בסתירה לזכות הקניין המוחלטת של בני אותה חברה בעושר זה. כנגד השקפת עולם זו, ועל רקע התופעה החברתית האמורה, נוצרה בחז"ל הנורמה של "כפיה על מידת סדום".

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

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

לכאורה, אדם המקפיד שלא ליטול את ממון זולתו, ויוצר הבחנה ברורה בין זכויותיו הקנייניות לבין זכויות חברו, הינו אדם ישר והגון. הכיצד זה אם כן סוברים חלק מן התנאים, כי אדם זה נוהג במידת סדום? מהו יסוד השלילה, מבחינה חברתית, בהפרדה מדויקת בין ממון הזולת לבין הרכוש הפרטי? ואולם, בהתאם לתפיסת התופעה ההיסטורית של "רשעת סדום", כפי שהדברים מובאים בתוספתא, מובן כי הקפדה דווקנית של אדם על זכויותיו הקנייניות והתבדלותו מן החברה, מתוך השקפה כי נכסיו שייכים לו בבעלות מוחלטת, וקנויים לו אף לצורך שלילת הנאה מן הזולת – באופן שרירותי, עלולה לבטא נוקשות ודוגמתיות קיצונית, שקשה לחיות בצילה. הדווקנות

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

17 בדומה לכך ראה, יחזקאל טז', מט-נ: "הנה זה היה עוון סדום אחותך, גאון שבעת לחם ושלוות השקט היה לה ולבנותיה, ויד עני ואביון לא החזיקה, ותגבהנה ותעשינה תועבה לפני...".

האמורה בעמידה של אדם על זכויותיו הקנייניות, והשרירות המלווה בכך, הם המכונים איפוא "מידת סדום".

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

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

פרק ב' - כפיה על מידת סדום בהעדר הצדקה כלכלית לעמידה על זכות קניינית

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

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

מעזבונו של אביו. ביחס למקרה זה מובאת בגמרא מחלוקת כדלקמן:
 "אמר רבה, כגון זו כופין על מידת סדום."
 (רש"י: "זה נהנה וזה לא חסר". לאמור, לשאר האחים אין נפקות איזו שדה יטלו, ואילו לאח האמור, יש תועלת בקבלת שדה מסוימת, שהינה סמוכה לשדהו. בסיטואציה זו שבה "זה נהנה וזה לא חסר", כופין את שאר האחים להסכים לחלוקת העזבון בדרך האמורה, לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום").
 "מתקיף לה רב יוסף: אמרי ליה אחי, מעלינן ליה עילויה כי נכסי דבי בר מריון. והלכתא כרב יוסף."
 (רש"י: "לנו היא משובחת כקרקעותיו של בר מריון, שהיו מעולות, ומסתברא הא דרב יוסף בשדה בעל שיכולין לומר לעיתים שזו מתברכת משאר שדות".
 כלומר, אין כאן כפיה על מידת סדום, שכן האחים יכולים לטעון כי לשדה הספציפית שאותה מבקש האח ליטול, יש סגולות יחודיות המביאות לייקורה).

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

13. הסבר יפה לגישה זו מצוי ב"שלטי גיבורים", בדף ח' ע"א לדפי הרי"ף של מסכת בבא בתרא, באות ב':
 "אם קנה אחד מן האחין שדה סמוך לשדות אבותיו ואמר, תנו לי חלקי הסמוך לשדה שלי, יכולין האחים לומר, לא ניתן לך חלקך סמוך לשדה שלך קח אותו בדמים יקרים, ואע"פ שכל החלקים שווים, יכול אחד לומר אני רוצה חלקי במקום שמגיע לי על פי הגורל, שפעמים שזה מתברך יותר מזה, וכענין חלקה אחת תמטר וחלקה אחת לא תמטר, ואין אדם רוצה לשנות מזלו".

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

15. סוגיה זו מלמדת, כי בעלות בזכות קניינית מאפשרת לאדם לנהוג בצורה לא רציונלית, ובלבד שלתביעותיו יש עיגון בתחושות מוכרות ולגיטימיות. לעומת זאת, שרירות לב לשמה, וניצול זכות הקניין לשם מניעת הנאה מן הזולת, או לשם דרישת כספים הימנו, כתנאי לכך שלא תשלל ממנו הנאה כאמור, בסיטואציה שבה לא יגרע מאומה מן הבעלים של הזכות הקניינית, אינה מתאפשרת לפי המשפט העברי לנוכח הכלל בדבר "כפיה על מידת סדום".

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

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

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

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

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

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

18. לפי הסבר מוצע זה בדעת התוספות נמצא כי האח שרכש שדה בקרבת מקום, יוכל לכפות את שאר האחים להעביר לו כחלקו בירושה את השדה הספציפית הסמוכה לשדותיו, מדין "כופין על מידת סדום".
ואולם, הוא לא יוכל לדרוש כי האחים יעשו כן בלא דרישת תשלום בגין כך. בהקשר זה, איך יוכל האח לטעון כי מאומה לא יגרע מאחיו אם יתנו לו את השדה המסוימת הזו, שכן זוהי זכותם של האחים, לתבוע מחיר מופקע בגין שדה שיש לה ביקוש רב. לענין זה אין נפקות לעובדה כי הביקוש אינו נובע ממהות השדה, אלא מזהותו של הרוכש ומצרכיו היחודיים, בהיותו שכן.

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

19 כנגד זאת ראה שו"ת הרא"ש, כלל צו', סימן ב':

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

דאי לא תימא הכי, כל זה נהנה וזה אינו חסר, דכופין על מידת סדום, אמאי כופין והלא חסר הוא ממון שיתן לו חברו בשביל הנאתו, אם לא נכוף לעשות בלא דמים? אלא ודאי כיון שאין לו חסרון אלא במה שיוכל לכוף את חברו שיתן לו ממון בשביל הנאתו - מידת סדום היא."

נמצא כי הרא"ש אינו מקבל את ההסבר בדבר תנאי שוק של היצע וביקוש, כעילה לדרוש כסף בגין היכולת למנוע הנאה מן הזולת, באופן שרירותי, מכח זכות קניינית. היכולת לדרוש תשלום אינה מצדיקה לנצל את זכות הקניין כדי לשלול מן הזולת הנאה כאמור.

לדעת רש"י נחוץ, לכל הפחות, טעם סוביקטיבי סביר, כדי להתנגד לבקשה, שהינה על פניה בגדר "זה נהנה וזה לא חסר".
 לדעת התוספות, כוחות השוק ודרך המסחר מהווים כשלעצמם עילה לדרוש כספים, כשיש היצע נמוך מן הביקוש. אדם אינו מחויב לוותר על יכולתו לנצל צרכים כלכליים של זולתו, לשם הצגת דרישות כספיות. ואולם, בהתאם להסבר המוצע לעיל נמצא, כי לדעת הכל מחוייבים האחים לאפשר לאח ליטול את החלק הסמוך לשדהו, כאשר אין טעם סביר המצדיק סרוב לכך.

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

פרק ג' - גדרי הכפיה על מידת סדום

ג(1) שיטת הריצב"א

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

"וריצב"א מפרש דהא דאמר רבה כופין, לא מדין תורה קאמר, דבדין היה יכול למחות שכנגדו, דאיכא קפידא ברוחות, כדקאמר בכמה דוכתיין. ועוד, הא דכופין על מידת סדום בזה נהנה וזה לא חסר, היינו בשכבר דר בחצר חבירו, שאינו מעלה לו שכר. אבל, הא פשיטא שיכול למחות בו שלא יכנס לדור בביתו אפילו בחצר דלא קיימא לאגרא, וגברא דלא עביר למיגר, דהוה זה נהנה וזה לא חסר. אלא מתקנת חכמים קאמר הכא דכופין...".

20 כמו כן, ראה בבא קמא דף כ' ע"ב תוספות דיבור המתחיל "והא איתהנית", ובנימוקי יוסף בתחילת דף ט' לדפי הרי"ף שם, וכן דעת הריטב"א שם.

22. לאמור, מדין תורה אין אפשרות להורות לאדם לוותר על זכויות קנייניות בנכס, רק מכיוון שדבר לא יגרע ממנו אם יעשה כן. ואולם, לדעת רבה קיימת תקנת חכמים לפיה יכפו בית הדין על מידת סדום ולא יאפשרו לאחים לנצל את זכותם ולדרוש חלוקת נכסים על פי גורל, מתוך מטרה לדרוש כספים מאחיהם, המבקש ליטול קרקע מסויימת דווקא. לדעת רבה, תיקנו חכמים כי על אף שאלו תנאי השוק תהא כפיה על מידת סדום בנסיבות אלו, שכן ניצול מצוקתו של האח בסיטואציה שנוצרה, קרוב מאוד לסחיטה, והיא מקבילה לשימוש שרירותי בזכות כדי לשלול הנאה מן הזולת. לעומת זאת, רב יוסף סבר, כי אכן לאדם יש זכות מוחלטת בנכסיו וכשם שאין איש יכול לדרוש ממנו לוותר על זכויות קנייניות ולאפשר לו להכנס לביתו ולדור שם, כך אין איש יכול לדרוש ממנו לוותר על זכותו לקיים גורל, כדרך לחלוקת הרכוש בין האחים-השותפים, שכן החלוקה בדרך זו מהווה זכות קניינית ולא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש.

23. לדעת הריצב"א, הטעם היחיד לכך שאין צורך בנימוק כלשהו להצדקת התנהגות האחים, כדי שלא יופעל הדין של "כופין על מידת סדום" נעוץ בכך, שלדעתו הגורל אינו דרך חלוקה פרוצדורלית שנבחרה בהעדר דרך רציונלית אחרת להכרעה בין השדות אלא - זכות קניינית ממש, במובן זה שהבעלות הממשית בחלקים מן העזבון תלויה ועומדת בתוצאותיו של הגורל, באשר על פי דין כך מחלקים ירושה. בהתאם לכך נוצרת הבחנה בין זכות קניינית, שעליה מדאורייתא אין אדם חייב לוותר, לבין אופן ההשתמשות בזכויות הקנייניות, והדרך הפרוצדורלית הנהוגה לשם מימושן, שלגביהם גזרו חכמים שעמידה דווקנית שאינה מעוגנת בטעם סביר - תגרור כפיה על מידת סדום. כך למשל, אם עריכת הגורל, אינה זכות קניינית אלא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש, הרי שגם על פי פירוש הריצב"א יכפו על מידת סדום, כאשר האחים מסרבים, באופן שרירותי, לתת לאח שקנה שדה בסמיכות מקום, את החלק בעיזבון הסמוך לשדותיו.

ג(2) הרמב"ם בהלכות שכנים

24. ההבחנה האמורה תסייע בידינו לכאורה, להבין את פסקו של הרמב"ם, בהלכות שכנים, פרק יב' הלכה א':
 "האחין או השותפין שבאו לחלוק את השדה וליטול כל אחד חלקו, אם היתה כולה שווה ואין שם מקום טוב ומקום רע אלא הכל אחד, חולקין לפי המידה בלבד.
 ואם אמר אחד מהם תנו לי חלקי מצד זה, כדי שיהא סמוך לשדה אחר שלי

ויהיה הכל שדה אחת, שומעין לו. וכופה אותו על זה, שעיקוב בדבר זה מידת סדום היא. אבל אם היה חלק אחד ממנה טוב או קרוב לנהר יותר, או קרוב לדרך, ושמו אותה יפה כנגד הרע, ואמר תנו לי בשומא שלי מצד זה, אין שומעין לו, אלא נוטל בגורל".

25. מפסקו של הרמב"ם עולה אפוא כי בנוגע לשדות, שהינן בנות איכות זהה, יכול האח שרכש שדה בסמיכות מקום, לכפות על שאר האחים לתת לו חלק בעזבון הסמוך לשדהו, ואין הם יכולים להעלות טענה כלשהי כנגדו. בכך חולק לכאורה הרמב"ם על הריצב"א, שהרי לשיטתו נמצא כי אדם יכול להכריח את רעהו לוותר על זכויות קנייניות שלו, כאשר לא נגרע מרעהו מאומה עקב כך²¹.

ביחס לשיטה זו, מתעורר כאמור קושי, שהרי משמעות הדבר היא, כירסום בזכויות הקניין באופן שיאפשר לכל אדם להציג דרישות כלפי בעלי רכוש רב, שאינם משתמשים בחלקים הימנו, ולדרוש כי חלקים אלו מרכושם יועמדו לרשותו, כאשר הוא יהנה מכך.

26. תשובה לקושי זה ובאור לשיטת הרמב"ם, מצוי בספרו של הרב אהרן קוטלר "משנת רבי אהרן"²²:

"והנראה, דסובר הרמב"ם, דכל שהוא בעלים על הדבר, לא אמרינן כופין על מידת סדום להפקיע זכותו בזה, אבל בחלוקה סובר הרמב"ם דאין בזה הפקעת זכות כלל, דאין לאחד זכות בחלק זה יותר מהשני, ואין אנו מפסידים זכות מי שהוא כלל במה שכופין על מידת סדום באופן החלוקה, דליכא דינא כלל כיצד לעשות חלוקה.

אמנם כל זה יתכן רק אם נאמר דסובר הרמב"ם דגורל אינו דין, דאם נאמר דגורל הוא דין, והיינו דיש לכל אחד מן השותפים זכות של חלוקה בגורל, נמצא בזה דכופין על מידת סדום ונותנים השדה לבעל המיצר, ומבטלים הגורל, אנו מפסידים זכותם של שאר האחים בשדה זו, וכל כי האי גוונא אין דין כפיה על מידת סדום..."

21 ואכן, ראה שו"ת תורת אמת, סימן קצ"ט, הגורס כי הרמב"ם חולק על שיטת הריצב"א. כמו כן ראה שו"ת אגרות משה, חלק יורה דעה, ב', סימן קמ"ה, המתייחס לסוגית הגמרא, בתלמוד הירושלמי, מסכת תרומות פרק ו', ה"א, ומציין כי אין יכולין לכפות על אדם שימכור נכס שלו וימיר אותו בכסף. ואולם, אם נותנים לו נכס אחר, הרי שניתן לכפות על מידת סדום ולחייבו לבצע חילופין, בין פירות שהינן "תרומה" לפירות שהינן "חולין".

22 ר' אהרן קוטלר, משנת רבי אהרן (ירושלים, תשמ"א), כרך א' בעמ' כ'.

27. לאמור, הכפיה על מידת סדום תיתכן רק אם גורסים כי החלוקה באמצעות גורל, אינה משקפת זכות קניינית של האחים אלא רק דרך פרוצדורלית לחלוקת רכוש²³. ואולם, אם מדובר בזכות קניינית, הרי שלפי הרמב"ם - לא יוכל האח לטעון כי על שאר האחים לוותר על זכותם זו, ולא יחול הדין של "כופין על מידת סדום", באשר הכלל בדבר כפיה על מידת סדום נאמר רק ביחס לאופן הניצול של זכויות הקניין ולא ביחס לעצם קיומה של זכות זו²⁴.

28. דא עקא, שהסבר זה המשווה את שיטת הרמב"ם לשיטת הריצב"א, אינו מתיישב עם העובדה שהרמב"ם ממשיך ופוסק באותה הלכה:
"אמר להם (האיש שרכש שדה סמוכה לנחלת אביו אמר לשאר אחיו - ו.א.)

23 לעומת זאת, בשו"ת הרא"ש כלל צו' סימן ב' מוצאים אנו כי לכל הדעות קיימת זכות קניינית לבצע חלוקה באמצעות גורל, שאם לא תאמר כן, הרי שהאח שקנה שדה קרובה, היה זכאי לדרוש כי ינתן לו חלק בעזבון הסמוך לשדה, מכח הדין של "בר מצרא", שהינו חיוב חוקי בדבר מתן זכות סרוב ראשונה לשכן, כתוצאה מן הצייווי הנורמטיבי - מוסרי, של "ועשית הישר והטוב". לעומת זאת, ראה שו"ת תשב"ץ, חלק ד' טור ג' (חוט המשולש) סימן יד', לפיו אף במקום שבו אין את הדין של "בר מצרא" כגון בהשכרת נכס, לעומת מכירתו, קיים הכלל בדבר כפיה על מידת סדום, ומכח כפיה זו, יהא על הבעלים ליתן זכות קדימה לשכנו, גם בשכירת הנכס.

24 הרב קוטלר מציע שם הסבר מקורי לדעת הרמב"ם, לפיו הכפיה על אדם לוותר על זכויות פרוצדורליות נובעת מהכלל של "צדק צדק תרדוף". כלל זה הינו מקור משפטי, ולא רק ציווי מוסרי. וכך מוצאים אנו כברייתא במסכת סנהדרין דף לב' ע"ב:-
"צדק צדק תרדוף - אחד לדין ואחד לפשרה. כיצד, שתי ספינות בנהר, אם שתיהן עוברות - טובעות, זו אחר זו, שתיהן עוברות הא כיצד, קרובה ושאינה קרובה, תידחה שאינה קרובה. היו שתיהן קרובות, הטל פשרה ביניהן".

מסוגיה זו עולה איפוא כי גם כאשר יש לשני אנשים זכויות שוות להשתמש במעבר מסוים, הרי שלנוכח העובדה כי רק האחד מהם יוכל לנצל את זכותו, חייב מי שנזקק קטן יותר, (דהיינו מי שקרוב יותר לביתו) לחזור לביתו ולוותר על זכויותיו. הוא הדין אם כן, כאשר השדות שוות באיכותן, וכל אחד מן האחים זכאי ליטול נחלה בכל מקום, הרי שמוטל על שאר האחים לוותר ולאפשר לאח שהינו בעל שדה סמוכה, ליטול נחלה בצד שדהו, לנוכח הדין של "צדק צדק תרדוף". ואולם, עקרון זה נכון רק ביחס לאנשים שהינם שותפים ברכוש, או בעלי זכויות שוות לניצול זכות מסוימת.

כמו כן, יצויינו דברי התוספות במסכת קידושין דף כ' ע"א, דבור המתחיל "כל הקונה עבד עברי כקונה אדון לעצמו" המבאר, כי העבד העברי זוכה להטבות מעבר לאלו של אדונו "כדאייתא בירושלמי, דפעמים אין לו אלא כר אחת, אם שוכב עליו בעצמו, אינו מקיים "כי טוב לו עמך", ואם אינו שוכב עליו וגם אינו מוסרו לעבדו - זו מידת סדום, נמצא בעל כורחו צריך למסור לעבדו, והיינו "אדון לעצמו".

הרי לך חיוב על אדם לשפר את מצב רעהו, מכח שלילה של אפשרות שבה "גם לי גם לך לא יהיה", הנובעת מן הדין של כפיה על מידת סדום.

תנו לי חצי מידתה מן הצד הרע בלא שומה, וטול אתה מן הצד הטוב, כדי שיהיה חלקי סמוך לשדה שלי, הורו מקצת הגאונים ששומעין לו, ולזה דעתי נוטה, וכן ראוי לדון".

מכאן, כי אף במקום שבו מדובר בדרישה לוותר על זכות לקבל את השדה שהינה בעלת האיכויות הגבוהות יותר, תמורת קבלת תשלום בשווה ערך לכך, קיים הדין של כפיה על מידת סדום. אפשרות זו של אח, לכפות על שאר אחיו לוותר על זכויות קניניות בשדה מסוימת העולה באיכויותיה על פני שאר החלופות, וליטול פיצוי כספי בגין כך, מעורר קושי רב, מבחינה רעיונית, שהרי אדם המסרב להמיר רכוש בשווה כסף, ועומד על זכותו לקבל דווקא שדה משובחת, אינו יכול להיות מוגדר כמי שנוהג בשרירות.

29. לא זו אף זו, ברמב"ם בהלכות שכנים פרק ח' הלכה ד' נפסק כי אדם רשאי אכן להשתמש בנכס של חברו, כשהלה אינו חסר מאומה עקב כך, כגון להעמיד סולם קטן בחצרו של חברו ולומר לו "אין לך הפסד בזה. כל זמן שתרצה תטלנו".

מכאן משמע, כי אף בנוגע לזכות קניינית של הזולת, ולא רק בנוגע לדרך פרוצדורלית בדבר הכרעה היכן תמומש זכות זו, קיים הכלל של "כופין על מידת סדום" ביחס לסיטואציה של זה נהנה וזה לא חסר. והדברים עומדים לכאורה בניגוד גמור לדברי הריצב"א ולהגיון המחייב כי אדם לא יוכל ליטול את נכסי רעהו, גם אם הלה אינו משתמש בנכסים אלו ואינו זקוק להם. והדברים תמוהים, שהרי "המגיד משנה" שם מבאר כי הלכה זו אינה מעוגנת בשום סוגיה תלמודית, אלא בהגיון הפשוט (ובלשונו "והכל מודים בזה וזה פשוט") לפיו ב"זה נהנה וזה לא חסר" כופין על מידת סדום²⁵. המענה לקושי זה יובהר בפרק ד' להלן.

ג(3) שיטת הר"י ברצלוני והרשב"ם

30. הטור בחושן משפט, סימן קנג', מביא את דעתו של הר"י ברצלוני, כי אין בעל חצר יכול למחות כנגד שכנו, המבקש לחרוג מקווי הבנין ולקבוע קורה בכותל החצר, כדי שתשמש לו קולר לתלות בו בגדים, לנוכח הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום. נמצא כי שיטת הרמב"ם אינה יוצאת דופן כלל

25 וראה מהרשד"ם חושן משפט סימן תט', המבאר אף הוא כי הרמב"ם חולק על הריצב"א ופוסקים נוספים המובאים שם, ומביא את דברי הריצב"ה בסימן קנג' התמה: "ואינו נראה, והיאך ישתמש בשל חברו בעל כרחו?".

ועיקר, וגם בדברי הר"י ברצלוני מצינו שימוש בחצר של הזולת, ופגיעה בזכות קניינית מובהקת, מכח הכלל בדבר כפיה על מידת סדום.

31. בדומה לכך מוצאים אנו בפירוש הרשב"ם במסכת בבא בתרא דף נט' ע"ב, כדיבור המתחיל "ויכול למחות":

"כלומר, הבא להוציא זיו טפח בתחילה לחצר חבירו יכול למחות בו בעל החצר שלא למלאות אויר חצירו, ולא אמרינן זה נהנה וזה לא חסר. דודאי איכא חסרון, כדאמרינן בגמרא גבי זיו פחות מטפח, דמיגו דמשתמש בעל הגג בזיו, רואה בחצר ואיכא היזק ראייה".

ומכאן שבמקום שבו אין שום חסרון והיזק כתוצאה מהוצאת הכליטה לחצר השכן אין בידי הבעלים למנוע מן השכן לחרוג מקווי הבנין שלו, וזאת לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום". נמצא כי לאדם אין אפשרות להתנגד לבניה של השכן, הטעונה הסכמה שלו, כאשר לא נגרע ממנו מאומה עקב כך, וזאת אף כשהשכן חורג מקווי הבנין וחודר לתחום הבעלות שלו.

ג(4) שיטת הראב"ה והמרדכי

32. זאת ועוד, הנחת היסוד של הריצב"א לפיה אין אפשרות לכפות על אדם להסיר את התנגדותו לשימוש שעושה רעהו בנכס שלו, אינה נקיה מספקות. במסכת בבא קמא דף כ' ע"א מצינו דיון בסוגיית "זה נהנה וזה לא חסר", האם אדם שגר בחצר חבירו חייב לשלם דמי שכירות לבעלים, על אף שמדובר בחצר שאינה עומדת להשכרה ובבעלים שלא נגרע ממנו דבר עקב השימוש שנעשה בחצירו מכיוון שמדובר בחצר שממילא אינה עומדת להשכרה ושרויה בשיממונה. בהקשר זה ציין הריצב"א כי השאלה בגמרא מתייחסת לחיוב לשלם דמי שכירות, בדיעבד כאשר אותו אדם כבר פלש לנכס וגר בו בלא ידיעתו של הבעלים. ואולם, לדעת הריצב"א, ברור כי הבעלים רשאי למנוע מאותו אדם להכנס ולהתגורר בנכס האמור מלכתחילה. לעומת זאת, המרדכי שם מציין: "כתב רבנו אבי-העזרי (הראב"ה) שמעתי דמצי למיכפיה, דהא כופין על מידת סדום".

33. לפי הראב"ה נמצא, כי כופים על אדם לאפשר לרעהו להכנס לשדה ריקה שלו, שאינה מושכרת ואינה עומדת להשכרה, שכן בהעדר הצדקה כלכלית למניעת הנאה מן הזולת, מהווה העמידה של הבעלים על זכויותיו, שימוש לרעה בהן, וכופין על מידת סדום. הרי לך הגבלה ברורה ביותר על השימוש של אדם פרטי בזכות הקניין שלו, והכפפת זכות הקניין לנורמות של סבירות. בהתאם לנורמה זו בעלותו של אדם לעולם אינה מוחלטת

והיא כפופה לחובותיו של הפרט כלפי התורה. ומשום כך סרוב בלתי סביר לאפשר לזולת להנות מקרקע כאמור, אינו אפשרי עפ"י דין²⁶.

ג(5) ההלכה הפסוקה

34. על אף שרוב הראשונים חולקים על דעת הראב"ה וסוברים כריצב"א²⁷ הרי שדווקא שיטת הראב"ה היא שנקבעה בהלכה הפסוקה.

בשולחן ערוך, חושן משפט סימן שסג' הלכה ו' נפסק:

"הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, שאמר לו: צא, ולא יצא, חייב ליתן לו כל שכרו. ואם לא אמר לו: צא, אם אותה חצר אינה עשויה לשכר, אינו צריך להעלות לו שכר²⁸ אף על פי שדרך זה הצד (המתגורר שם) לשכור מקום לעצמו, שזה נהנה וזה לא חסר".

הגהת הרמ"א: "ודווקא שכבר דר בו, אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בו, ואע"פ דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה לא חסר, הני מילי דבר דאי בעי להנות לא יוכל להנות. אבל, בכי האי גוונא דאי בעי בעל החצר ליהנות ולהרויח ולהשכיר חצרו היה יכול, אלא שאינו רוצה, אין כופין אותו לעשות בחינם (מרדכי ונימוקי יוסף שם)".

35. לאמור, לפי הרמ"א אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכות קניינית השווה כסף, רק מכיון שהוא לא ניצל עד כה זכות זו. זוהי זכותו של אדם לומר, כי על אף שהדירה שבבעלותו עמדה זמן רב בשימונה, אם פלוני מבקש לגור בה, יואיל נא לשלם דמי שכירות. הבעלות היא אפוא עילה לגיטימית לדרוש תשלום ולהרויח כסף כתוצאה מכללים של היצע וביקוש, הנוהגים בשוק.

ואולם, מקום שבו יש גורם המונע מן הבעלים להשכיר את הנכס, ובכך נשלל במידה רבה הערך הכלכלי של יכולת ההשתמשות בו, אין בעל הנכס יכול למנוע מאדם הזקוק לנכס להתגורר בו. בנסיבות אלו, מניעת השימוש בנכס מאותו אדם, אינה מהווה ניצול זכות קניינית לשם הפקת רווח כלכלי, שהינו לגיטימי, אלא נסיון למנוע הנאה מן הזולת באופן שרירותי, תוך ניצול הזכות הקניינית לשם שררה בלבד. בנסיבות אלו, "כופין על מידת

26 וראה פני יהושע מסכת בבא קמא, דף כ' ע"א, בהתייחסותו לדברי התוספות שם.

27 ראה הע"ש 20 לעיל.

28 הגהת הרמ"א: "ואף על פי שהוציא את בעל הבית בעל כרחו מן הבית, והוא דר בו, (מרדכי בפרק "כיצד הרגלו"). ואפילו היה רגיל להשכיר רק שעכשיו לא עביר למיגר, (אינו עומד להשכרה - ו.א.). בתר האי שעתא אולינן (בעקבות שעה זו הולכים אנו - ו.א.) (נימוקי יוסף)".

סדום", ואותו אדם יוכל לכפות על הבעלים לאפשר לו להתגורר בנכס -
 חינם אין כסף.
 לכאורה, אין לך שלילה גדולה מזו של האפשרות להשתמש בזכות קניינית
 "לשם שלטון" על הזולת ללא צורך ובסיס רציונלי.

ג(6) שאלת הבית אפרים

36. "פתחי תשובה", שם, ס"ק ג' מובאת הערתו החמורה של שו"ת "בית
 אפרים" חלק חושן משפט סימן מט':

"וצריך עיון על הרמ"א בסימן שסג', שכתב טעמא כיוון דהווי מצי לארווחי,
 אלא דלא בעי, והוא מדברי המרדכי. אבל לדברי הפוסקים לא משמע כן
 (עיינין נימוקי יוסף בבא קמא בשם הרא"ה, וכן מוכח להדיא בתוספות בבא
 בתרא דף יב' ע"ב בשם הריצב"א, והרב ר' ישעיה, הובא בשיטה מקובצת
 בבא קמא דף כ')..."

לאמור, פסיקת הרמ"א לפיה כאשר אין טעם כלכלי להתנגד לשימוש של
 הזולת בזכות הקניינית, ניתן לכפות על בעלים לתת לזולתו להשתמש
 בנכס, הינה דעה חדשנית המבוססת על דברי המרדכי והראבי"ה, בה בעת
 שכל שאר הפוסקים חולקים על כך. בנסיבות אלו מתעוררת התמיהה, מדוע
 מצא הרמ"א לנכון לפסוק כנגד דעת רוב הפוסקים?
 האם מחוייבת מסקנה זו משורת ההגיון?

37. בכל הנוגע לשורת ההגיון, יצויינו דבריו של הנודע ביהודה, מהדורא
 תנינא, חושן משפט סימן כד':

"... והרי זה דומה למי שרוצה לדור בחצר חברו אפילו בלא קיימא לאגרה,
 (כלומר, אף בשדה שאינה ראויה להשכרה) וכי יש שום הווה אמינא שיכוף
 זה את חברו שיניחנו לדור בחצירו חינם?..."

ואמנם מדברי המרדכי בפרק כיצד הרגל, שהביא הרמ"א בסימן שסג' סעיף
 ו' בהגה, שכתב הטעם שלא יכול לכופו לדור בו בחינם, משום דאי בעי בעל
 החצר להשכירו היה יכול וכו'. משמע שדבר שאינו יכול להרוויח בו יכול
 זה לכופו אף לכתחילה.

מכל מקום, נראה לעניות דעתי פשוט שזה רק להרמב"ם (שהובא בשולחן
 ערוך בחושן משפט סימן קעב') אבל לדעת הרא"ש (שהינה כדעת הריצב"א
 - ו.א.) פשיטא שלא שייך בזה כופין על מידת סדום.
 (ההדגשות בפרק זה הוספו).

38. מדברי הנודע ביהודה עולות איפוא שתי המסקנות הבאות:
- (א) ברור ופשוט, ולא עולה על הדעת לומר אחרת, כי אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכויות קנייניות שלו ולאפשר לאחרים להנות מנכסיו, וזאת אף אם אין הדבר כרוך בגריעת תועלת כלכלית כלשהי ממנו.
- (ב) הרמ"א שפסק באופן שונה, תואם לשיטת הרמב"ם. ואולם, לדעת הרא"ש וכל שאר הפוסקים, המסקנה הינה כי בנוגע לזכויות קנייניות ממש, (להבדיל מן הדרך הפרוצדורלית הנחוצה לשם קביעתן) - לא כופין על מידת סדום.

39. מכיוון שכך נשאלת השאלה: על שום מה פסקו הרמב"ם, הר"א ברצלוני, הראב"ה הרשב"ם והרמ"א, באופן המוגדר ע"י ה"נודע ביהודה" כמנוגד לכל הגיון? ומדוע ראה הרמ"א לפסוק בניגוד לדעת רוב הפוסקים בענין זה?

- ג(7) ההבחנה בין שימוש בנכס לבין נטילת נכס
40. הרב צבי שפיץ, בספרו מנחת צבי, בסימן ד' מציע הסבר לפסוק של הרמ"א כדלקמן:

יש להבחין בין שימוש בנכס של הזולת, לבין נטילת זכות הקניין בנכס של הזולת. נטילת זכות הקניין משמעה העברת בעלות ופגיעה ב"קניין הגוף" של הבעלים בנכס, באופן שנכס זה נשלל הימנו לצמיתות. נטילת זכות השימוש בנכס של הזולת לעומת זאת, פירושה כי הבעלות בנכס נותרת כהווייתה, והפגיעה היא ב"קניין הפירות" ובזכות השימוש באופן מסויים בנכס, בנסיבות מסוימות בלבד. שלילת זכות הקניין מן הזולת לא תיתכן, גם אם אין לו כל צורך בנכס זה. אין שום היתר ליטול רכוש מאדם עתיר נכסים, שאף לא ירגיש בחסרונו של נכס מסויים. ואולם, הרמ"א לעומת זאת, מתיחס לשימוש בנכס של הזולת, בלא שלילת זכות הקניין עצמה, וזאת כאשר מאומה לא נגרע מן הבעלים. ביחס לכך בלבד, קיים הדין של "כופין על מידת סדום". לפי הסבר זה, ניתן לומר (שלא כפי שהבהירו ה"בית אפרים" וה"נודע ביהודה"), כי אין מחלוקת בין פסקו של הרמ"א המבוסס על שיטת המרדכי והראב"ה, לבין שיטת הריצב"א, שכן הריצב"א מתייחס לאחים המבקשים לבטל צורת חלוקה מסויימת (גורל) ובכך להכריע בנושא הנוגע לבעלות בקרקע. לכך אין ולא כלום עם הרמ"א המתייחס לזכות להשתמש בקרקע, בלא קשר לבעלות בה. משום כך, אין להסיק כי הרמ"א פסק בניגוד לשיטת רוב הראשונים התומכים בשיטת הריצב"א.

41. בהתאם להסבר זה נמצאת למד, כי בעוד שבנוגע לאפשרות לשלול בעלות בנכס, שיטת רוב הפוסקים היא, כי אין אפשרות לעשות כן, גם אם זה נהנה וזה לא חסר, הרי שבנוגע לשלילת זכות השימוש בנכס, הלכה פסוקה היא כי הזכות הקניינית אינה מאפשרת לאדם לנהוג בשרירות, והיא אינה בלתי מוגבלת. משום כך, אדם המבקש להשתרר על זולתו, ולהשתמש בזכות הקניין שלו כדי לשלול הנאה מן הזולת, בלא שיהא בכך כדי להועיל לו במאומה מבחינה כלכלית, יתקל בדין של "כופין על מידת סדום".

42. נראה כי ההסבר הרעיוני לכך נעוץ בעובדה שאת תחושת הקיפוח החברתי אין לתקן בדרך של שלילת זכות הבעלים מאדם שזכה בה בדין. זאת ועוד, נראה לכאורה כי חלוקת ההון בעולמנו, אינה עניין הגורם כשלעצמו ניכור חברתי, ואם העשיר נוהג בזולתו בחסד, ביושר, בחמלה ומרגיש מחוייבות לסייע, הרי שאין העני חש בהכרח תחושות של ניכור ועוינות כלפיו. ואכן במישור זה מכיל המשפט העברי סידרה של ציוויים וחיוכים סוציאליים, שתכליתם למצוא איזונים בין רווח הכלל לבין רווחת הפרט, וקיימות מצוות כגון: שמיטה ויובל, לקט, פאה ושכחה, מעשר ובכלל זה מעשר כספים לצדקה וכיו"ב. הכפיה על מידת סדום לא נועדה ליצור שוויון חברתי, ונטילת זכות קניינית מן הזולת, לא תיתכן.

לעומת זאת, השימוש בזכות הבעלות באופן שרירותי ודווקני, עלול ליצור תחושות של קיפוח, התנשאות והתבדלות, ויש בו כדי לפורר את רגש האחריות לזולת ואת המעורבות החברתית המאפיינת חברה אנושית תקינה. שימוש שרירותי בזכות הבעלות, לשם שלטון ולא לשם שימוש, גם חוטא לתפיסת העולם בדבר התכלית שלשמה ניתנו לאדם זכויות קנייניות. בסיטואציות אלו של שרירות לב בעת השימוש בזכויות הקניין, יש מקום לדין של כפיה על מידת סדום כדי שהזכות הקניינית לא תהווה מחסה ועילה לנהוג בשרירות ובדווקנות. מכיון שכך מובנת היא גישתם של הר"י ברצלוני, הרשב"ם, הראב"ה ופסיקתו של הרמ"א, כי אדם יכול לכפות על שכנו לאפשר לו להשתמש בנכס בבעלות השכן, כאשר מאומה לא יגרע מן השכן, ואותו שכן מצווה להמנע מעשיית שימוש בזכות הבעלות לשם שלטון ושררה לשמה.

43. דוגמא מובהקת למצב שבו אדם לא נוטל זכויות קנייניות מרעהו, אלא להפך - מבקש כי שכניו לא ימנעו ממנו להשתמש בזכויות קנייניות שלו, באמצעות שימוש לרעה בזכויות הקניין שלהם, מצויה במסכת בבא בתרא דף נ"ט ע"א. בסוגיה זו נדון ענינו של אדם המבקש לפתוח חלון אל חצירו

של רעהו, כאשר החלון ממוקם בגובה רב (מעל ד' אמות) וממילא החשש מפני פגיעה בפרטיות של השכן אינה ממשית. בענין זה מצינו מחלוקת: רב זירא מתיר לפתוח חלון שכזה, ואילו לדעת רבי אילעא הדבר טעון הסכמת השכנים ויש בידם למחות. בסוגיה זו יוצאת הגמרא מנקודת הנחה לפיה לא מוקנית לאדם הזכות לפתוח חלון ברשותו הפרטית, שכן בכך הוא מפר את האיזון העדין שעליו מושתתים יחסי השכנות. בנסיבות אלו, מציעה הגמרא הסבר לפיו לדעת רבי זירא אין השכן יכול למחות לנוכח הדין של "כופין על מידת סדום" ואילו לדעת רבי אילעא אין כפיה במקרה זה וזכותו של השכן להתנגד לפתיחת החלון. מסקנת הסוגיה האמורה היא, כי לרבי אילעא יכול השכן למחות, רק מכיוון שיש אפשרות (רחוקה), כי כאשר יעמוד אותו אדם על כיסא או שרפרף, הוא יוכל להתבונן מן החלון הישר אל בית רעהו. אפשרות רחוקה זו, פוגעת כשלעצמה בשכן בכך שהיא שוללת את הרגשת הפרטיות המוחלטת שלה הוא זכאי, והיא מהווה טעם סובייקטיבי מספיק, כדי להצדיק התנגדות לפתיחת החלון²⁹. ואולם, מקום שבו לא קיים טעם סובייקטיבי מוצדק שכזה, הרי שלדעת הכל - כופין על מידת סדום.

44. לפי מסקנת הסוגיה האמורה נמצא, כי אין אדם יכול להתנגד לשינויי בניה של שכנו, כאשר אלו אינם באים על חשבוננו, וזאת מקום שבו השכן אינו נוטל מזכויות הקניין שלו, אלא מבקש לנצל את זכויותיו, בתחום גדרי בעלותו, והשכנים - שאינם ניזוקים מכך - מתנגדים. דוגמא זו ממחישה את ההבחנה המוצעת בין נטילת זכויות מן הזולת, שבה אין כפיה על מידת סדום, לבין שימוש בזכויות אלו, שאינו נוטל מאומה מן הזולת, ואשר לגביו נסיון לעשות שימוש באופן שרירותי ולא סביר בזכות קניינית, יתקל בדין של כופין על מידת סדום.

45. באספקלריה זו נבחן להלן גם את שיטת הרמב"ם, אשר רק לכאורה אינה תואמת לקו חשיבה זה, ולפיה ניתן לכאורה אף לשלול זכויות קנייניות, מקום שבו הן מנוצלות באופן המהווה "מידת סדום".

29 וראה שו"ת הרשב"א, חלק א', סימן אלף קמ"ד. כמו כן ראה ספר הישר (לרבינו תם) בסימן צד', לפיו הצורך לשמור על השטר, כדי למנוע טענת "חזקה" מצד השכן, מהווה כשלעצמו טעם מספיק, כדי שלא יחול הדין של "כופין על מידת סדום".

פרק ד' - שלילת זכות קניינית מכח כפיה על מידת סדום

ד(1) עיון נוסף בשיטת הרמב"ם

46. ברמב"ם בהלכות שכנים פרק ז' הלכה ח' נפסק:

"מי שהיו לו חלונות למטה בכותלו ובא חבירו לבנות בפניהן ואמר לו אני אפתח לך חלונות אחרות בכותל זה עצמו למעלה מאלו, הרי זה מעכב עליו ואומר לו: בעת שתפתח החלונות תרעיד את הכותל ותקלקל אותו. ואפילו אמר אני אסתור את כל הכותל ואבנה אותו לך חדש ואעשה בו חלונות למעלה ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבנה, יכול לעכב עליו ואומר לו אין רצוני שאטרח ממקום למקום. לפיכך, אם לא היה שם טורח כלל ואין צורך לפנות, אינו יכול לעכב עליו וכופין אותו, שיהיה חבירו סותם חלון זה שלמטה ממנו ועושה לו חלון מלמעלה, שזו מידת סדום, וכן כל דבר זה נהנה בו ואין חבירו מפסיד כלום כופין עליו"³⁰.

47. לכאורה, נפסק בהלכה זו כי לאדם יש זכות להכתיב לשכנו היכן ימוקמו חלונות ביתו, וכיצד ישתמש השכן בזכויות הקניין שלו, במקום שבו שימוש זה ע"י השכן אינו גורע ממנו מאומה. לכאורה מגיעים הדברים לידי כך, שלאותו אדם יש זכות לדרוש משכנו כי יימנע מלגור בביתו בתקופת השיפוצים, כדי לאפשר לו לחולל שינויים מבניים בבית, וזאת אם לא נגרע מאומה מן השכן.

48. אם אכן כך הוא, הרי שיש כאן חריגה מהותית ביותר מן ההבחנה המוצעת, שהרי אדם המחולל שינוי בבית ששכנו מתגורר בו, חורג משימוש בזכות הקניין של השכן, והוא לכאורה נוטל דבר השייך לזולתו. אכן, אין בכך כדי ליטול את הבעלות אך יש כאן פגיעה מובהקת ב"קניין הגוף" של הבעלים בנכס. דא עקא, שכאמור קשה לקבל פרוש לפיו מותר לאדם לשלול זכויות קנייניות של הזולת, רק מכיון שמאומה לא יגרע ממנו עקב כך. פסקו זה של הרמב"ם מעורר אפוא קושי חמור ביותר מבחינת מהותה והגיונה של הכפיה על מידת סדום.

ד(2) הסברו של הנימוקי יוסף

49. בנימוקי יוסף במסכת בבא בתרא דף ח' ע"ב מדפי הרי"ף מבואר כי מכיוון

30 וראה יד רמה בכיאוורו למסכת בבא בתרא דף ז' ע"א, המגיע למסקנה זוהי, וכן שו"ת הרשב"א חלק ב' תשובה מ"ג.

שלא יעלה על הדעת שאדם יוכל לשלול זכויות קנייניות מרעהו, יש לבאר את שיטת הרמב"ם, כי לאדם מותר רק לבנות בחלקו הוא ולשכן אין זכות להתנגד לכך על אף שבאמצעות הבניה האמורה, נסתם חלונו של השכן, וזאת כאשר השכן האמור לא ניזוק למעשה מסתימת החלון, כאשר בידו לפתוח חלון נוסף - בלא שיגרע ממנו מאומה³¹. בהתאם לכך, גם לשיטת הרמב"ם קיימת ההבחנה האמורה בין השימוש בנכס לבין שלילת זכות הקניין בו, ואדם אינו רשאי להכתיב לשכן היכן למקם את חלונותיו. כל שנפסק ברמב"ם הוא, כי הרשות נתונה לאדם לממש את זכויות הקניין ולבנות כותל מול חלונותיו של שכנו, כל עוד הוא יכול להסיר כל אי נוחות שהיא מן השכן, באמצעות הזזת חלונו של השכן. האפשרות של השכן להזיז את החלון מונעת את זכותו להתנגד לניצול זכויות הקניין לשם בניית הכותל, ואולם, ברור כי בעל הכותל הוא שישא בהוצאות הכרוכות בכך וברור שכאשר הנדון אינו ניצול זכויות הקניין שלו עצמו, אין לו שום זכות להתערב לשכן במיקומו של החלון.

ד(3) הסוגיא בבא בתרא דף צ"ט

50. דא עקא, שאם בשיטת הרמב"ם ניתן לטעון כי זהו משמעם של הדברים, הרי שלא ניתן לטעון זאת ביחס לסוגיה ערוכה במסכת בבא בתרא דף צ"ט ע"ב.

סוגיה זו מתייחסת לאדם אשר בין שדותיו עוברת רשות הרבים. אם מבקש אדם זה להסיט את השביל שהרבים עוברים בו, אל מחוץ לשדותיו, והוא מקצה לשם כך קרקע שתהווה דרך חילופית עבור הרבים, אזי: - "מה שנתן נתן ושלו לא הגיעו", דהיינו הדרך החלופית שניתנה על ידו לרבים עוברת לרשות הרבים, ואילו בעלותם של הרבים על השביל העובר בין שדותיו, אינה פוקעת. בהקשר זה שואלת הגמרא מדוע אין בידו של אדם להפקיע בעלות זו של הציבור בדרך האמורה, של מתן דרך חילופית לציבור?

ומבאר הרשב"א את שאלת הגמרא:

"כלומר, למה לא תיקנו חכמים שיהא לו רשות לתת להן דרך מן הצד בעל

31 יושם אל לב כי פירוש זה המבאר את הדין הספציפי של בנית כותל מול חלונו של השכן אינו הולם לכאורה את הסיפא לפסקו האמור של הרמב"ם, שבה נאמר "וכן כל דבר שזוה נהנה בו ואין חבירו חסר כלום כופין עליו". עם זאת, גם סיפא זו ניתן לבאר, כמי שמתייחסת לשימוש בנכס של השכן, בלא נטילתו.

כרחן, שהרי אין מפסידין כלום (שהרי יש להם דרך חלופית - ו.א.) דכגון זה כופין על מידת סדום...".

51. לאמור, שאלת הגמרא מבוססת על הדין של כופין על מידת סדום, ומכאן כלל זה ביקשה הגמרא להסיק כי יש באפשרותו של אדם לכפות על רעהו להתחלף עימו בבעלות על שדהו, באשר השדות זהות ואין שום טעם כלכלי או זכות שימוש הנפגעים מכך.

מכאן עולה לכאורה כי הכפיה על מידת סדום מאפשרת אף לחייב אדם לוותר על זכויות קניין עבור רעהו ולהסתפק בתחליפים זהים, כשמאומה לא נגרע ממנו (כגון, בעקבות חילופין במקרקעין).

52. תוצאה זו עולה לכאורה גם ממסקנת הסוגיה האמורה, כאשר מן הדעות השונות המובאות שם עולה, כי מי שאינו נותן לרבים דרך עקלתון הפחותה בערכה מן הדרך שאותה מבקש אותו אדם ליטול לעצמו, הרי שזוהי אכן זכותו להמיר שדה בשדה, ולהכריח את הרבים לוותר על זכות קניינית שלהם, תמורת קבלת קרקע חילופית.

ד(4) ההלכה הפסוקה

53. עם זאת יצויין כי ההלכה הפסוקה, בטור חושן משפט סימן שעז', אינה תואמת למסקנה זו. וכך נפסק שם:

"מי שהיה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו ונטלה ונתן להם מן הצד, הדרך שנתן להם הוא שלהם וגם הדרך הראשון הוא שלהם ואינו יכול למנוע מהם אפילו נתן להם דרך טובה וישרה" (ההדגשה הוספה).
מכאן כי אין אפשרות לכפות על אדם לוותר על זכויותיו הקנייניות, על אף שמוצע לו תחליף זהה להן.

ואכן, המהרשד"ם חושן משפט סימן תסג' מסיק על סמך פסק זה, כי אין לשלול זכות קניינית מכח הדין של מידת סדום.

54. כמו כן, ב"שיטה מקובצת" במסכת בבא בתרא, שם, מובא בשם "עליות דרבינו יונה":

"וקשיא לי, היכן מצינו שייקח אדם קרקע של חבירו, ויחליף בשלו שלא מדעת חבירו, מטעם זה נהנה וזה לא חסר? ובפרק קמא נמי אמרינן מעלינן ליה כנכסי דבי מר מריון".

שאלתו של רבי יונה היא, כי אילו היה אדם יכול לכפות על רעהו להתחלף עמו בזכות קניינית, יכול היה האח שירש שדה הסמוכה לשדותיו של אביו,

בסוגיה במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב שהובאה לעיל, להניח לאחיו לזכות בגורל בשדה המיוחלת, ואחר כך לכפות את אחיו להתחלף עימו בשדות. סברתו של רבי יוסף לפיה "מעלינן ליה כנכסי דברי בר מריון" מלמדת אם כן כשלעצמה, כי לאחר שבוצע הגורל והאחים קיבלו איש את נחלתו, אין אפשרות לכפות על מי מהם להמיר את זכותו הקניינית בשדה מסויימת, מכח הדין של כופין על מידת סדום.

55. מן הסוגיה במסכת בבא בתרא דף יב' ע"ב עולה איפוא כי לא זו בלבד שאין ליטול זכות קניינית מאדם, אף ביחס לנכס שאין הוא זקוק לו, אלא שזוהי זכות של אדם לנצל זכות קניינית זו, כדי להפיק הימנה רווח כלכלי ולדרוש תשלום בגין הויתור שלו על זכויותיו הקנייניות, על אף שלעמידתו על זכויותיו אין שום הצדקה עניינית, לבד מן הרצון להפיק רווח מצרכיו המיוחדים של האדם הזקוק לכך³².

בהתאם לכך זכאי שכן לטעון כי הצורך בהסכמה שלו לכנות על גג משותף, מהווה חלק מן הזכות הקניינית ואין אפשרות ליטול ממנו זכות זו ללא תשלום, אף אם מאומה לא ייגרע ממנו. משמעותה של הזכות הקניינית האמורה היא, כי יש לאדם רשות לדרוש כסף בגין הצורך של הזולת לקבל את הסכמתו. דרישה כספית זו הינה לגיטימית ואין לשללה באמצעות הכלל של "כופין על מידת סדום"³³.

ד (5) מסקנת הדברים

56. אדם המבקש לנצל את זכויותיו הקנייניות, אינו יכול להתקל בהתנגדות של שכן, אם התנגדות זו אינה נובעת ממניעים של הגנה כנה על זכויותיו ונזכותו, ותכליתה להפגין בעלות ושררה או - לנצל את צרכי הזולת לשם הפקת רווח. פעולה שכזו מצידו של שכן תחשב לבלתי לגיטימית, כאשר מדובר במקרה של אדם המבקש לנצל עד תום את זכויותיו הוא, והשכן מבקש למנוע זאת ממנו באופן דווקני ושרירותי. במקרה כזה דרישתו של השכן לקבל תשלום בגין הסכמתו - היא סחיטה לשמה.

32 וראה שיטת הריצב"א שהובאה בסעיף 21 לעיל.

33 מסקנה זו נוגעת למקרים שבהם מבקש שכן המתגורר בקומת גג לכנות על הגג המשותף לכל דיירי הבית, ואילו שכן מקומת הקרקע, שמאומה לא יגרע ממנו עקב הבניה האמורה, מתנגד לכך, אלא אם ישולם לו סכום נאות.

57. לעומת זאת, אם מבקשים מן השכן לוותר על זכות קניינית, בודאי שזוהי זכותו לדרוש תשלום עבור כך.

אדם המבקש ליטול זכות מוקנית של שכנו, כגון לחייב את שכנו לאפשר לו לבחור בשדה פלונית דווקא בלא גורל (ובהנחה שהגורל מהווה זכות קניינית), או לכפות על שכנו להתחלף עימו בזכויות קנייניות (ליטול קרקע במיקום אחר מזו שהינה בבעלותו), או לכפות על שכנו לאפשר לו לבנות בתחום בעלותו של השכן, אינו יכול להשתמש בכלל של "כופין על מידת סדום". בהקשר זה הנוגע לעצם קיומה של זכות הקניין, גורס המשפט העברי כי הבעלות היא מוחלטת, ואין לטעון כנגדה כי אי הוויתור עליה מהווה עמידה דווקנית על זכויות, שהרי אם תאמר כן, ימצא כי אנשים יוכלו ליטול את ממונם של עתירי ההון, שלא יחסרו דבר בחיי היום יום שלהם עקב כך.

58. נמצאת למד כי הכלל של "כופין על מידת סדום" נועד למנוע מאדם להשתרר על רעהו באמצעות זכויות קנייניות, אך לא נועד לבצע מהפכות חברתיות, וליטול ממון ממי שאינו זקוק לו. משום כך לא יכול אדם להכריח את חברו לוותר לו על זכויות קנייניות. גדר הכפיה על מידת סדום מצטמצמת איפוא למצב שבו אדם מבקש לנצל זכויות קנייניות שכבר מצויות בידו, והזולת מעכב בעדו, מטעמים לא עניינים, או כאשר הוא מבקש להשתמש בנכס מבלי לשלול את הזכות הקניינית גופה, (כגון פסקו של הרמ"א שהובא בסעיף 34 לעיל).

59. במקרה של שימוש בזכויות קנייניות קובע הכלל של "כופין על מידת סדום" כי על השכן לנהוג בסבירות, גם כאשר הוא מנצל את זכות הקניין הפרטי שלו, ומקום שבו מנוצלת זכות הקניין כדי לשלול הנאה מן הזולת, בלא שהדבר יהא חיוני לבעלים, זוהי פעולה שאינה סבירה ו"כופין על מידת סדום".

באור זה יש להבין הן את שיטת הרמב"ם והן את הגיונם של הדברים, כפי שהם משתקפים בסוגיות השונות, לבד מן הסוגיה במסכת בבא בתרא דף צ"ב ע"ב.

פרק ה' – כפיה על מידת סדום בעמידה דווקנית על זכות חוזית

60. לאחר שעסקנו בפרקים הקודמים בזכויות קנייניות, נעסוק להלן בהשפעותיו של הכלל השולל שימוש לרעה בזכות על מישור הזכויות החוזיות. בהקשר זה נראה כי בכל הנוגע לקיומו של חוזה, להבדיל מדרישה לאפשר שימוש בזכות קניינית, נעשה – לכל הדעות – שימוש בכלל ש"כופין על מידת סדום". מקרים אלו הם מקרים טריויאליים, אשר בהם השימוש בכפיה על מידת סדום, אף אינה מעוררת מחלוקת.

61. דוגמא יפה לכך הינה הסוגיה במסכת כתובות דף קג' ע"א, בה נדונה פרשנותו הראויה של הסכם, אשר בחינה דווקנית של לשונו היתה מביאה לכך שאדם יוכל לשלם למשכיר באמצעות מצרך דווקא, (באותו מקרה: קמח, שהופק מרחיים שהושכרו תמורת חלק ממה שנטחן באמצעותם). זאת על אף שמצרך זה אינו נחוץ למשכיר, (שבאותו מקרה רכש לו רחיים משלו המספקות קמח בשפע) ובה בעת שאין זו טירחה יתירה בשביל השוכר להמיר מצרך זה בכסף ולשלם את דמי השכירות במטבע עובר לסוחר. בענין זה מסיקה הגמרא כי עמידה דווקנית על לשון ההסכם סותרת לכל הדעות לדין של כפיה על מידת סדום.³⁴ מעניין לציין כי במקרה האמור מבאר רש"י את המונח "מידת סדום" באומרו: "זה נהנה וזה לא חסר, לא היו עושין טובה"³⁵.

34 וראה שו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תקע"ג. כמו כן ראה שו"ת מהרי"ק בסימן ט': "ואע"ג שיש קצת קפידא משום שינוי דעת, כדמוכח בבא מציעא, דף ע"ט, "השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך... אין לו אלא תרעומת", ומסיק תלמודא דאיכא תרעומת משום שינוי דעתא, ופירש רבינו תם "מפני שגורם לו לסבול דעת איש אחר, שלא מורגל בו", והכי נמי שייך למימד הכי ואפילו הכי כפינן ליה משום דהוי מידת סדום". לאמור, העובדה כי אדם נאלץ להתמודד עם מציאות השונה ממרחב ההרגלים שלו, אינה מהווה טעם מספיק לפרש את החוזה, באופן דווקני ופורמלי. להבחנה בין מקרים שבהם מצויה מחלוקת בגמרא ביחס לכפיה על מידת סדום, לבין מקרים שבהם זוהי דעת הכל, ראה מאמרו המקיף של הרב א. ליכטנשטיין "לבידור כופין על מידת סדום", הגות עברית באמריקה, (כרך ראשון), 363.

35 ברומה לכך ראה בשיטה מקובצת שם, בו מובאים דברי רש"י במהדורא קמא: "דהיינו זה נהנה וזה אינו חסר, שהיו אנשי סדום נמנעים שלא ליהנות זה אצל זה, אפילו בזה נהנה וזה אינו חסר". וראה שו"ת ראנ"ח סימן ע"ג: "רבשלמא גט איפשר לתקן ע"י תנאי, הורה כן הרא"ש ז"ל, דבהיותו טוב למה יקרא רע, וכופין על מידת סדום...".

לאמור, רש"י מזהה את המונח "כפיה על מידת סדום" עם התופעה החברתית שבה היתה נגועה העיר סדום שנהפכה. הנורמות השליליות שבהן היתה נגועה עיר זו, נבעו מן העובדה כי בני חברה זו עמדו באופן דווקני על זכויותיהם, ו"לא היו עושין טובה". דווקנות שכזו ואי ההכרה במוסד המכונה "לפנים משורת הדין" עלולים להמיט חורבן. בנסיבות אלו, לית מאן דפליג כי בית הדין יעשה שימוש בכחו לכפות על מידת סדום, וימנע מאותו אדם את הזכות המוקנית לו - על פי לשונו הברורה של ההסכם.

62. דוגמא לפרשנות הסכם, בהתאם לכלל של "כופין על מידת סדום", מצויה בשו"ת מהרי"ק סימן קי"ב, בו נדונה התחייבות חוזית לפרוע חוב - במקום פלוני. פרעון החוב באותו מקום סוכלה, מחמת גורם שהינו בבחינת "כח עליון", וממילא נותרו בידי החייב שתי האפשרויות הבאות:

(א) לדחות את מועד הפרעון, עד ליום שבו ניתן יהא להשיב את הכסף במקום שנקבע לכך.

(ב) לפרוע את הכסף במועד, במקום האחר, שבו מצוי המלווה.

בענין זה פסק המהרי"ק, כי אם המקום החילופי הינו רחוק יותר מזה שנקבע בחוזה, ברור כי יש לבחור בחלופה הראשונה. ואולם, אם מדובר במקום שהינו בעל קירבה גאוגרפית זהה, הרי שיש לפרש את ההסכם כמחייב את הלווה לפרוע במועד, במקום החילופי, וזאת לנוכח הכלל של "כופין על מידת סדום"³⁶.

63. סוגיה נוספת שבה אין מחלוקת בדבר הכפיה על מידת סדום, מצויה במסכת ערובין דף מט' ע"א. לגבי השיתוף המושגי הקיים ביני שבת בכל הנוגע לערוכי חצרות, הסוגיה שם עוסקת בעקרון המצוי בהלכות שבת לפיו אסורה העברת חפץ מרשות השייכת לפרטים ספציפיים לרשות השייכת לכמה שותפים. כדי להמנע מאיסור זה נוהגים ליצור שיתוף רעיוני בין רשויות הפרט השונות, כדי שגם אלו תהיינה שייכות כביכול לאותם שותפים. כך למשל נהוג ליצור "ערוב" שהוא שיתוף רעיוני ברשויות הפרט של בתים הפונים לחצר משותפת, כדי לאפשר לכל אחד מבני אותה חצר להוציא חפצים מביתו הפרטי לחצר המשותפת. הערוב

36 ויצויין, בהקשר זה מתבסס המהרי"ק, על שיטתו של הראב"ה שהובאה בסעיף 32 לעיל, שהרי לפי שיטה זו כופים אדם לתת לרעהו אף זכות שימוש בנכס קנייני. ואולם, לנוכח העובדה כי מדובר בפרשנות חוזה, מציין המהרי"ק, כי פסקו זה יהא נכון לכל הדעות, אף לשיטת הריצב"א החולק על הראב"ה. לפסק דומה בנוגע למקום קיומו של חיוב, כאשר הנדון הוא חובה של יבמה להתגורר במקום מגוריו של היבם, ראה שו"ת רדב"ז חלק א', סימן רפ"ג.

הופך כביכול גם את הבית הפרטי למשותף לבני כל הבתים הפונים לאותה חצר וממילא מאפשר להוציא חפצים מן הבתים הפרטיים אל החצר, שהרי הבעלות בבית ובחצר זהה היא. רשות המסרכת להיכלל בשיתוף רעיוני כאמור או המסרכת להיכלל בחצר אחרת מבחינה רעיונית בלבד, כדי שהדבר יאפשר לבני אותה חצר ליצור ערוב מלא ביניהם וזהות בין הבעלים בחצר לבעלים בבתים הפונים אליה, יוצרת נזק לבני אותה חצר, בתחום שאינו גורע ממנה מאומה במישור הפרקטי. זאת מכיון שערובין אינם מבטאים שיתוף מעשי, אלא שיתוף מושגי ורעיוני בלבד. ממילא כל התנגדות בהקשר זה מהווה עמידה דווקנית על עקרון, בלא שבחיי המעשה ייגרע מאומה מן המתנגדים. כנגד דווקנות זו משתמש המשפט העברי בתרופת הכפיה על מידת סדום³⁷. אכן, במקרה זה אין המדובר בזכות חוזית, אך בפנינו כפייה, שתכליתה למנוע בדלנות במישור שבו אין פגיעה בבעל הנכס לא במישור הבעלות (קנין גוף) ולא במישור השימוש (קנין פירות).

64. לעומת זאת, כאשר מבקש אדם לכפות על חברו שותפות ממשית בנכס מסויים, מוצאים אנו מחלוקת בגמרא האם "כופין על מידת סדום", בסוגיה במסכת בבא בתרא דף קסח' ע"א. באותו ענין ההתייחסות הינה לשטרי בירורין (דהיינו, לפסיקתא שבה מסוכם החלק האופרטיבי של פסק הדין)³⁸, ובגמרא מובאת מחלוקת האם זכאי כל צד לבקש כי יכתב לו שטר נפרד עבור עצמו, בכל הנוגע לחלק בפסק הדין המתייחס לזכויותיו. יש דעה הגורסת כי צד אינו רשאי לבקש זאת, וכי בית הדין יערוך שטר משותף לשני הצדדים, אשר ישלמו עבורו במשותף ויהיו בעלים בו במשותף. כדי למנוע נזק כלכלי

37 ראה שו"ת הרשב"א חלק א' סימן תרס"א, וחלק ה' סימן ל"ז, וכן שו"ת הרדב"ז, מכתב יד חלק ח' סימן ד', כמו כן ראה שו"ת שואל ומשיב, (לרב יוסף שאול נתנון), מהרודה א', חלק א', סימן קס"ג, המבאר כי הדין של "שעבודא דרב נתן" (קידושין דף טו' ע"א) לפיו אדם הנושה ברעהו זכאי לגבות במישרין מבעלי החוב של רעהו, בלא שיודקק להליכי גביה כפולים, נובע מן הדין של כופין על מידת סדום.

38 וראה שו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן תרל"א, המתייחס לכתבי טענות, ופוסק בהתאם לסוגיה זו, כי אדם רשאי לטעון, שאין הוא רוצה לפרט את טענותיו בכתב קודם שהצדדים באו בשערי בית הדין. וראה רמב"ם הלכות טוען ונטען פרק ה' הלכה ז', "האומר לחברו, שטר שיש לי בידך זכות יש לי בו... כופין אותו להוציא". ומבאר המגיד משנה כי הדברים מבוססים על הסוגיא דנא, בנוגע לכפיה על מידת סדום, וראה בהגהות הב"ח, על הטור חושן משפט סימן טז', ס"ק ג' המסייג דברים אלו. כמו כן ראה, פסקי דין רבניים חלק ה' עמ' קלב'.

לאדם ולחסוך לו הוצאה מיותרת, נכפה על הצדדים שיתוף בנכס. גם במקרה זה אין בפנינו מצב שבו נוטלים מבעל הנכס מאומה, לא במישור הבעלות ולא במישור השימוש, אלא נכפית שותפות. לעומת זאת, יש דעה לפיה ניתנת אפשרות לצד מן הצדדים לדרוש כי יכתב לו שטר משלו, ולסרב לשאת בעלות הכתיבה של השטר של חבירו, כדי להימנע משותפות. רש"י מסביר את הדעה לפיה ניתן לכפות על הצדדים שיתוף, מכח הדין של כופין על מידת סדום, בכך שזוהי למעשה דעה המצדדת בגישת התנאים במסכת האבות, פרק ה' משנה יג' לפיה האומר "שלי שלי ושלך שלך" זוהי מידת סדום.

65. לאמור, התבדלות מן הזולת עלולה להוביל לתופעות חברתיות קשות. חברה שבה אין הזדהות ואין שותפות גורל, סופה שהיא מגיעה לדווקנות בעמידה על זכויות, הגובלת בגילויי אכזריות. כדי להמנע מכך, מופעל הכלל של "כופין על מידת סדום". לפי אותה דעה יש לכפות משום כך שותפות ממשית בנכס, מקום שבו מאומה לא נגרע מנוחיותו של אדם כתוצאה משיתוף זה. ואולם, מכיון שמדובר בשיתוף ממשי, ולא רק בשיתוף מושגי, קיימת גם דעה חולקת, לפיה לא תהא כפיה על מידת סדום במקרה האמור³⁹. כנגד זאת, בסיטואציה של שיתוף מושגי בלבד או בנוגע לפרשנות דווקנית של הסכם מוצאים אנו כפיה על מידת סדום – לדעת הכלל⁴⁰.

פרק ו' – כפיה על מידת סדום הלכה למעשה

66. הכפיה על מידת סדום הינה כלי חיוני ביותר לפתרון מצוקות קשות, שהיו נגרמות אלמלא דין זה. דוגמא מובהקת לכך, מצויה במקרים שבהם נוצרו ספק קידושין, וכגון, בני זוג אשר עשו טקס נישואין היתולי, ובפועל "שיחקו באש" ויצרו ספק קידושין. "הבעל" יכול היה במקרה זה להנשא לאישה אחרת, בטרם קיומו של החרם דרכינו גרשום, ואילו האישה נותרה מעוגנת כל ימי חייה. בסיטואציה זו מתן גט ל"אישה", הינו לעתים בבחינת "זה נהנה וזה לא חסר" והכפיה לתת גט, מהווה עוגן הצלה לאותה אשה. ואכן, הדין של "כופין על מידת סדום" שימש את בית הדין לשם כפיית הבעל

39 וראה שו"ת תשב"ץ, חלק ג' סימן פ'.

40 לכפיה על מידת סדום בפרשנות חוזה, בנוגע לחיי הנישואין, ראה שו"ת רדב"ז חלק א' סימן רל"ג המובא בהע"ש 41 להלן.

לתת גט לאשתו במצבים אלו⁴¹.
 67. ואף מעבר לכך, הבעל גם אינו יכול לנצל את מצוקתה של אשתו במקרה האמור ולדרוש תשלום בעד הסכמתו ליתן גט. דרישת תשלום הינה לגיטימית, רק כאשר אדם נדרש לוותר על זכות קניינית מסוימת. ואולם, כאשר הוא מבקש לנצל סמכויות וזכויות הניתנות לו עפ"י דין, באופן שויתורו עליהם לא ישלול הימנו זכות קניינית כלשהי, הרי שדרישת התשלום מהווה ניצול לשמו של מצוקת הזולת, ובית הדין כופין אותו, במקרה האמור, ליתן גט - בלא כל תשלום.
 מגיעים הדברים לידי כך, שאף אם נאלצה האישה בדחקו של בעלה, להבטיח לו תשלום מסויים עבור הגט, אין היא מחוייבת לעמוד בדיבורה זה, שהוצא ממנה בסחיטה ושלא כדין⁴².

68. כמו כן, מצינו מחלוקת עזה בין הפוסקים ביחס לשאלה האם ניתן לכפות על בת לחתום על כתב ויתור בנחלת אביה, כדי שהבנים יוכלו להציג כתב ויתור זה בערכאות שבהן אין פוסקים עפ"י דין תורה ושבהם בת יורשת גם כאשר לאב יש בנים⁴³.

41 קדושין דף סה' ע"א, ור"ן שם, וראה פסקי דין רבניים, כרך ג' בעמ' ססט', וכן שו"ת יביע אומר, חלק ו', אבן העזר, סימן א'.

וראה שו"ת תשב"ץ, חלק ד', טור א' (חוט המשולש) סימן כז', בנוגע לשתי אחיות, אשר נזקקו לחליצה. בו נקבע את מי מהן יש לחלוץ, ולפטור ממילא את אחותה מחליצה, לנוכח הדין של "כופין על מידת סדום". (בהקשר זה מבאר התשב"ץ, שם, כי הדין של "אל ישפוך אדם מי בורו, ואחרים צריכין לו" נובע אף הוא מן הכלל של "כופין על מידת סדום"). כמו כן ראה בענין זה, שו"ת הרדב"ז חלק א', סימן רלג', לפיו אדם שנשא אשה, ומשזו לא יכלה ללדת, פייס אותה בממון כדי שתסכים לכך שהוא ישא אשה נוספת בשם אסתר. גם אסתר לא ילדה והתעוררה השאלה, כיצד לפרש את הסכמת אשתו הראשונה: האם הסכמה זו כוללת נישואין של אישה אחרת ג"כ, לאחר גרושיו מאסתר אם לאו? גם בפרשנותו של חוזה מסוג זה, נעשה שימוש בכלל בדבר הכפיה על מידת סדום, והותר לו לשאת אשה אחרת, תחת אסתר.

42 ראה שו"ת מהרש"ל סימן כה':

"באחד שהוציא קול דיבה שקידש לאחת, וכדי להסיר הדיבה והלעז הבטיחו לו סך גדול ושיתן גט, ומסרה בטחונות על זה... ואמר לה, למה לו ליתן לה בחינם מאחר שהוא אינו נזקק לכך: זה אינו, דזה הנהגה וזה לא חסר, וכחאי גונא כופין על מידת סדום, וכן כתב הר"ן בהרי"א".

43 בשנת תש"ג (1943) הותקנו תקנות הדיון קע"ד, קפ"ב-קפ"ג, המחייבות את בתי הדין, ואשר על פיהן מושווה מעמד הבת בירושה למעמד הבנים, וכך אכן נוהגים בתי הדין הרבניים החל מאותה עת. דוגמא לכך נמצאת כבר בתחילת המאה ה-14 בתקנות העיד ואילוליד, והדברים מובאים בשו"ת הריטב"א סימן ק"פ.

בספר הרי בשמים (לר' ליבוש הלוי איש הורביץ) חלק א' סימן קכט' וחלק ב' סימן צט', וכן בשו"ת דברי חיים (לר' חיים הלברשטם מצאנז) חושן משפט סימן ג', ובספר "משפט שלום" למהרש"ם, בקונטרס משמרת שלום סימן קפד' נפסק כי הבת אינה חייבת להענות לדרישה זו של האחים וכי זוהי זכותה לדרוש אפילו סכום כסף גבוה ומוגזם בגין חתימתה זו. לעומת זאת בשו"ת מהרי"א ענזיל סימן כח' וסימן כט' מצינו כי יש לכפותה לחתום על ויתור שכזה, חינם אין כסף. וכמו כן מצינו בבית שלמה בסימנים קח' וקט' כי ניתן לכפות על הבת לחתום, חינם אין כסף על ויתור כאמור, לנוכח הדין של כופין על מידת סדום⁴⁴.

69. מחלוקת זו של הפוסקים נעוצה בכך שמחד גיסא הבת מוותרת על זכות קניינית, ומאידך גיסא זוהי זכות שאינה מגיעה לה בדין, עפ"י דין תורה. מכיוון שיש במקרה זה ויתור על זכות קניינית של הבת, המוקנית לה עפ"י הדין הכללי הנוהג באותה מדינה, סבורים חלק מן הפוסקים כי זוהי זכותה של הבת לדרוש בגין כך מחיר ככל שתחפץ. הצורך של אחרים בדבר המצוי בין זכויותיה הקנייניות, מהווה ביקוש שניתן לנצלו לשם גביית מחיר גבוה, כפי שבכל תחום במשק, המחיר הינו נגזרת של עקומת ההיצע והביקוש. לעומת זאת, הפוסקים החולקים על כך סבורים, כי מכיוון שע"פ דין תורה אין לבת זכות קניינית כאמור, הרי שניצול העובדה שעל פי דינים אחרים נמסרו לידיה נכסים אלו, מהווה נסיון לעשות שימוש בזכויות שאינן נובעות מזכויות קנייניות, ובגין כך לא ניתן לדרוש תשלום, לנוכח העקרון של "כופין על מידת סדום", המונע מאדם לעמוד באופן דווקני על זכויותיו ולדרוש תשלום כאשר אין זכות קניינית כלשהי הנשללת הימנו ולא נגרע ממנו מאומה.

לענין זה ראה: מ. אלון "המשפט העברי" (מהדורה שלישית, תשמ"ח) בעמ' 671-670, 682-685, ובעמ' 1249 הערה 122. וראה: הרב י.א. הלוי הרצוג "הצעת תקנות בירושות", תלפיות שנה ו' (ניסן תשי"ג) 37-36. לעומת זאת ראה דבריו החרिפים של ה"חזון איש" ב"קובץ אגרות" איגרת צו', במכתבו אל הרב איסר זלמן מלצר, בעל "אבן האזל".

44 בענין זה ראה גם: שו"ת פני משה (בנבנישתי) חלק ב' סימן סו'; שו"ת מהרי"א הלוי, חלק א' סימן ד' וחלק ב' סימן סא'; "נחלת צבי" (לבעל ה"פתחי תשובה") סימן רעו'; וסיכום הדברים בשו"ת "מנחת יצחק" חלק ב', סימן צה'.

פרק ז' - סיכום

70. הכפיה על מידת סדום נועדה לאפשר לבית הדין למנוע שימוש לרעה בזכות ולשרש תופעות של שרירות לשמה, גם בתחום הקניין הפרטי. הבעלות נתפסת כזכות להשתמש בנכס אך לא כזכות להשתרר על הזולת. ההבחנה בין בעלות לשם שימוש לבעלות לשם שליטון על הזולת, מתבצעת באמצעות הכלל המשפטי בדבר הכפיה על מידת סדום. עם זאת, הכפיה על מידת סדום לא נועדה לבצע מהפיכות חברתיות וליטול ממון ממי שאינו זקוק לו כדי להעבירו לנזקקים. הכפיה על מידת סדום אינה יכולה על כן, לשמש אמתלה ליטול נכס מן הזולת וזאת גם לדעת הפוסקים הסוברים כי ניתן לכפות על אדם לוותר על זכויות קנייניות, בסיטואציות של "זה נהנה וזה לא חסר".

71. משום כך, הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום לא יבא לידי ביטוי כאשר מבקשים לשלול מאדם את קיומה של הזכות הקניינית שבידיו וזאת אף אם הוא אינו זקוק כלל לזכות זו ולא ירגיש בחסרונה. לעומת זאת, הכפיה על מידת סדום באה לידי ביטוי בשני מקרים אלו:

(א) כאשר אדם מבקש לנצל זכות קניינית שלו עצמו, והזולת מנסה למנוע זאת ממנו - מכח זכויות קניין סותרות שבידו.

(ב) כאשר אדם מבקש להשתמש בזכות קניינית של רעהו, מבלי ליטול את עצם זכות הקניין.

בשני מקרים אלו, כאשר זה נהנה וזה לא חסר מאומה, עשוי לבא לידי ביטוי הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום.

72. בנוסף, מאפשר הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום, לשרש תופעות חברתיות של דווקנות ופורמליסטיות הפוגעות בתחושת הצדק. כך נוהגת הכפיה על מידת סדום לדעת הכל בלא שתהיה בענין זה מחלוקת כלשהי, כאשר הדברים נוגעים לפרשנותו של חוזה, או בתחומים של שיתוף מושגי בלבד, כגון דיני ערוכין.

73. ויצויין, מן הדעות השונות שנסקרו לעיל עולה, כי כאשר יש לאדם זכות קניינית ורוצים לרכוש אותה ממנו, הרי שהוא זכאי לדרוש הון רב בגין כך, על אף שהסכום הנדרש חורג משוויה של הזכות הקניינית, והסכום המופרז נדרש על ידו לנוכח העובדה כי פלוני זקוק לזכות זו. ניצול של היצע מוגבל וביקוש מיוחד - אינו נחשב לשרירות לב, ולא יחול במקרה זה הדין של

כופין על מידת סדום. ואולם, במקום שבו לא מדובר בזכות קניינית שמבקשים מאדם לוותר עליה, אלא רק בשימוש בנכס מסויים, בלא נטילת עצם זכות הקניין, חל הכלל של כופין על מידת סדום ובמקרה זה לא יכול אדם לנצל את מצוקת הזולת ולדרוש סכום מוגזם. הכלל בדבר הכפיה על מידת סדום מחייב במקרה זה לאפשר לזולת להשתמש בנכס האמור בלא שיגבה ממנו סכום כלשהו מעבר לשוויה של הזכות האמורה.

74. עם זאת יצויין, כי גם כאשר יש לאדם טענות סובייקטיביות, לפיהן הוא מעדיף נכס מסוים, או אופן השתמשות מסוים בנכס, ועל כן סרובו לאפשר לזולת ליהנות כפי שביקש, אינו בגדר "זה נהנה וזה לא חסר" הרי שטענות אלו עשויות להתקבל. מקרה זה נחשב ל"זה נהנה וזה לא חסר", שכן החסרון הנחשב כעילה מוצדקת לסרוב לאפשר לזולת ליהנות אינו חייב להיות חסרון אובייקטיבי, ולעיתים די בחסרון סובייקטיבי, כדי להוות הצדקה ראויה. הכלל בהקשר זה הוא, כי על הסרוב להיות סביר, ובית הדין הוא שיקבע האם מדובר בטעם סביר או באמתלה שאין בה ממש. כתוצאה מכך נמצא כי במשפט העברי גם מתחם השיקולים של הפרט נבחן במאזניים של סבירות כאשר קנה המידה הוא, דאם מדובר בניצול הבעלות לשם שלטון או בדלנות שרירותית או שמא מדובר בהתנהגות הנובעת מרגישות סובייקטיבית מוצדקת כשגם טענות בדבר העדפות סובייקטיביות יצטרכו לעבור את כור המבחן המשפטי, וזכויות הקניין כשלעצמן לא יהוו מחסה מפני ביקורת שיפוטית המיועדת למנוע שרירות לשמה.

75. ודוק, מן המקורות שנסקרו עולה, כי הכפיה על מידת סדום אינה נתחמת בנושאים כלכליים דווקא. בספרות ההלכתית מצינו כי נעשה שימוש בכלל משפטי זה, אף בנוגע לכח שמקנה מוסד משפטי מסויים, כגון הכח שמקנה הצורך להיזקק לגט או לחליצה מגבר מסויים. למעשה ניתן לומר, כי בכל מקום שבו ניתן בידיו של אדם כח מסויים, מוצב כנגדו הדין של כופין על מידת סדום, כדי ליתן כלי בידי בית הדין שיאפשר למנוע שימוש לרעה בכח זה וניצולו בשרירות לב ובאופן בלתי סביר.

כופין על לפנים משורת הדין*

בגמרא במסכת בבא מציעא פג, א מצינו: סבלים נשאו חבית יין של רבה ושכרוה ברשלנות. ביקש רבה להיפרע מהם ונטל את הגלימה מעל כתפיהם. הסבלים פנו לרב והלה פסק כי על רבה להשיב את מה שנטל מהסבלים. שאל רבה את רב "דינא הכי?" השיב לו רב: כן. שנאמר "למען תלך בדרך טובים" (משלי ב). ומבהיר רש"י: "לפנים משורת הדין". המשיכו הסבלים וטענו: עניים אנו. ורעבים אנו. טרחנו כל היום ואין לנו מה לאכול. הם תבעו אפוא לקבל שכר בגין נשיאת חבית - שאותה שברו. ושוב פסק רב כי מוטל על רבה לשלם. מוסיף רבה ומקשה: "דינא הכי?" השיב לו רב: כן, שנאמר, בהמשך אותו פסוק "ואורחות צדיקים תשמור".

סוגיה זו מעוררת תמיהות קשות:

היתכן לפטור את הסבלים מתשלום בגין פשיעתם מחמת פסוק העוסק ב"לפנים משורת הדין"?

רבה שאל את רב בפירושו, האם הדין הוא המחייב לשלם, והוא לא רצה לשלם אם הדין אינו מחייבו לעשות כן. איזו מין תשובה היא זו, כי הדין אכן מחייב לפטור את הרשלן ואף לשלם לו מחמת פסוק העוסק ב"לפנים משורת הדין"? ובכלל, כיצד יכול רב לאכוף במסגרת פסיקתו דברים שאין להם יסוד בדין ואשר הם בגדר "לפנים משורת הדין"? במיוחד הדברים תמוהים כאשר מחייבים את רבה לשלם בגין פעולה שלא הועילה לו במאום ואף הסתיימה בנזק וזאת רק משום שהמזיק הוא עני ורעב.

חלק מן הראשונים גורסים על בסיס שאלות אלו, כי אכן לא מדובר פה בפסק הלכה כופה, אלא במעין המלצה לרבה לנהוג כיאות לאדם נעלה מבחינה מוסרית.

אולם, ראשונים אחרים ובהם המרדכי שם, מבהירים כי מדובר בפסק דין שבו כפה רב על רבה לנהוג לפי העיקרון של "למען תלך בדרך טובים". המרדכי אף מסיק מסוגיה זו כי בתי הדין מוסמכים לפסוק גם בזמננו על פי עקרונות שהינם בגדר "לפנים משורת הדין" וזאת - "אם היכולת בידו לעשות". מובהר בהגהות המרדכי "רצה לומר, שהוא עשיר".

* פורסם ב"סיני", כרך קכ"ח עמ' עב, תשס"ב.

כלומר, אם בפנינו בעל הדין עשיר, יכול בית הדין להחמיר עימו ואף לכפות עליו לנהוג "לפנים משורת הדין".

והדברים מתמיהים ביותר: הכיצד יתכן לנהוג באופן שונה עם עשיר מאשר עם עני? וכי דין שונה יש לעשיר ולעני? והרי מקרא מפורש הוא: "ודל לא תהדר בריבו?"

שאלה נוספת מתעוררת בהקשר זה: אם קיימת כפיה של בית הדין הרי שמדובר בדין ולא במשהו המוגדר כ"לפנים משורת הדין", שאם לא כן, מהו ההבדל בין דין לבין "לפנים משורת הדין"? הן אם כופין על כך, זהו הדין עצמו ולא לפנים משורת הדין?

אכן, חלק מן הראשונים (כגון תוספות במסכת כתובות נ, א בדיבור המתחיל "עשיתנהו"), סוברים משום כך, כי כאשר פסיקת בית הדין היא "לפנים משורת הדין" אין בית הדין יכול לכפות על בעל הדין דבר, ו"הכפיה" היא בדברי שכנוע בלבד. אולם, ראשונים אחרים אינם סוברים כן. כך למשל, רש"י שם גורס "כפיתי אותם בחזקה", ומשמע כי בית הדין מפעיל את כל כח הכפיה של בית הדין גם כאשר מקור הפסק הוא "לפנים משורת הדין". הכיצד? האם אין המדובר בנורמה שהיא בגדר דבר וולונטרי, אשר בעל הדין אמור לעשותו מרצונו ולא מכח כפיה?

עיון בפוסקים רק מעמיק את הקושי:

(א) הרב יואל סירקיס בפירושו הב"ח על הטור חושן משפט סימן יב ס"ק ד' מביא את דעות הראשונים בשאלה האם יש לכפות פסק דין הנובע מכח "לפנים משורת הדין", והוא מסיק להלכה כי אכן בתי הדין כופין על "לפנים משורת הדין" ובלשונו: "וכך נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואף על פי שאין הדין כך". ובהמשך הדברים: "יש לומר דאין זה (הסוברים שאין כפיה על "לפנים משורת הדין") אלא באינו עשיר, לפוק חזי מאי עמא דבר". הנה כי כן, לשיטתו, כופין על "לפנים משורת הדין" - כשבעל הדין הוא עשיר.

(ב) ר' יושע ואלק כהן בעל הסמ"ע, בספרו דרישה על טור חושן משפט סימן א מתייחס לדברי הטור כי כל דיין הדין דין אמת לאמיתו נעשה כביכול שותף לקב"ה במעשה בראשית¹ ומבהיר כדלקמן: "כוונתם במה שאמרו דין אמת לאמיתו, רצה לומר, שדן לפי המקום והזמן בענין שיהא לאמיתו. ולאפוקי

1 הטור מבהיר כי הקב"ה ברא העולם כדי שיתקיים, והרשעים שגוזלים וחומסים - מחרי"בם אותו. על כן, דיין העושה דין ומעמיד ארץ על מכונה - נעשה שותף לקב"ה בקיום העולם.

שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש, כי לפעמים צריך הדיין לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והעניין. וכשאינו עושה כן, אף שהוא דין אמת אינו לאמיתו".

בעל הדרישה מפנה לסוגיה במסכת בבא מציעא בדף ל, ב, בה אמר ר' יוחנן "לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה". שואלת הגמרא: וכי על פי איזה דין היה עליהם לדרון? על פי דיני הגזלנים? אלא אמור: על שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא עשו לפנים משורת הדין.

עם זאת, סוגיה זו כשלעצמה הייתה עשויה להתפרש כמכוונת אל עם ישראל, אשר מן הראוי כי יסגל לו דרכי התנהגות, שהם בגדר "לפנים משורת הדין" ולא ידקדקו זה עם זה למיצוי שורת הדין. אבל, זו אינה דרישה המוטלת על בית הדין אלא על המתדיינים, כפי שנאמר (ישעיהו א, כז): "ציון במשפט תפדה ושביה בצדקה" - העיר ציון ומוסדותיה יכוננו על אדני המשפט, אך שביה - הציבור עצמו, אינו נגאל ע"י המשפט אלא ע"י הצדקה.

אולם, הדרישה קובע כי מוטל על בית הדין, ולא רק על המתדיינים, לנהוג על פי עקרונות שהם בגדר של "לפנים משורת הדין". הדרישה אף מציין כי אם אין בית הדין כופה על "לפנים משורת הדין" הרי שפסק דינו אינו בגדר "אמת לאמיתו", דהיינו אינו בגדר אמת התואמת למציאות. הכיצד?

ביטוי מעניין לעקרון זה מצאנו בהערות שהעיר הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל על ספרו של הרב מ' פינדלינג "תחוקת העבודה - מקורות לתחוקת העבודה לפי דיני התורה". הרב עוזיאל ציין שם כדלקמן:

"אע"פ שאין סמך מן התורה ולא מדברי רז"ל לדין פיצויים לפועלים או פקידים שכירים לזמן, בכל זאת יש מקום לחייב פיצויים מדין "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור", שכן דנו רז"ל ממקרא זה לחייב את בעל הבית לזכות הפועלים (עיי' בבא מציעא סוף פרק ג). ומדין זה יש כח בידי הדיינים להוציא ממון מבעל הבית לזכות הפועלים, בכל מקום שיראו שיש בזה משום "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור" לפי ראות עיניהם והכרתם הברורה במצבם של בעל הבית והפועל, ובסיבת הפיטורין של בעל הבית לפועליו וגם בסיבת הפסקת העבודה של הפועל. לפי כל מסיבות אלו, אפשר ומצוה על הדיינין לדרון ולהוציא ממון מבעל הבית לזכות הפועל שעליו הזהירה תורה ואמרה "ביומו תתן שכרו", כי עני הוא "וקרא עליך אל ה' והיה בך חטא". הלכך, בכל מקום שיראו בית דין קפוח זכותו של הפועל, מצוה עליהם לדרון לזכותו, שהיא גם זכותו של בעל הבית שמקיים בעצמו "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור". ודבר זה בעיקרו והערכתו מסור לשקול דעת בית דין לפסוק ולדרון בכל דין זה שיעמוד לפנייהם לפי ראות עיניהם" (ההדגשה הוספה).

נשאלת השאלה: הכיצד יכול בית הדין להעדיף עובד על פני מעביד ולפסוק לזכותו דברים שאין להם מקור בדין? ואיזה מן שיקול הוא זה כי הפסיקה המיטיבה עם העובד פועלת גם לזכותו של המעביד, המקיים על ידי כך את הדין "למען תלך בדרך טובים"? האם מופקד בית הדין על המוסר של בעלי הדין ועל זיכויים במצוות? או שמא הוסמך בית הדין רק לפסוק להם את הדין כהווייתו?

פסיקה דומה לכך מצינו בפסק דינו של ביה"ד הרבני בחיפה בענין לב נגד יו"ר ועד החינוך העצמאי כפר אתא, פד"ר ג' 92. באותו מקרה הסיק בית הדין כי העובד לא הועסק ע"י הנתבע וכי על פי דין לא מגיע לו דבר. על אף זאת, בסיכום פסק הדין מביא בית הדין את האמור בשו"ת מים חיים אורח חיים סימן ו אורות קהילה שהעסיקה שוחט ולימים נאלצה להעביר את השחיטה לעיר אחרת. השוחט תבע את הקהילה בגין אובדן מקור מחייתו ובשו"ת מים חיים פסק להלכה: "אף דמדינא פטורים הנתבעים, מכל מקום מהראוי שאף אם הקהל היו אנוסים בזה (להפסיק את השחיטה בעיר) ופטורין מן הדין לשלם, מכל מקום ראוי ונכון שיעשו עמו לפנים משורת הדין, כי הוא איש עני ותלויים בו בני משפחה"².

על בסיס זה מציין בית הדין, כי מכיוון שאף במקרה הנדון בפנינו מדובר בתובע עני, ומכיוון שמולו ניצב מוסד ציבורי, יש לשלם לו סך מסויים בגדר "ועשית הישר והטוב".

ונשאלת שוב השאלה: האם זהו תפקידו וסמכותו של בית הדין לכפות נורמות מוסריות שאין להן עיגון שבדין? והאם כך ראוי ונכון לפסוק רק שבעל הדין הוא עני ומולו ניצב מוסד ציבורי? האם אין הפסק אמור להיות שווה לכל? כדי להבין עניין זה נעיין בדבריו של הרמב"ן על הפסוק (דברים ו, יח) "ועשית הישר והטוב בעיני ה'":

"וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב והמדינות כולם, אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה, כגון לא תלך רכיל (ויקרא יט, טז), לא תקום ולא תטור (שם, יח), ולא תעמוד על דם רעך (שם, טז), לא תקלל חרש (שם, יד), מפני שיבה תקום (שם, לב), וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר, עד שייכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין".

כלומר, דיני התורה אינם בגדר רשימה סגורה וממצה, אלא בגדר דוגמאות

2 הדברים מובאים גם ב"שערי תשובה", חושן משפט סימן שלג ס"ק ב.

הבאות ליישם את הכלל הגדול לפיו מוטל על האדם להיות ישר וטוב בעיני ה'. פרטי הדינים השונים רק מנחים את האדם לקראת משימתו זו, ואין הם אלא אמצעי להשגת מטרה נעלה. על כן, קבעה התורה חיוב כללי של "ועשית הישר והטוב", שתכליתו לעגן את כל הוראות חז"ל החורגים מדיני התורה הספציפיים ואשר נועדו אף הם להביא לכלל המטרה האמורה. בדומה לכך מצינו ב"מגיד משנה" על הרמב"ם, הלכות שכנים פרק יד הלכה ה:

"שתורתנו התמימה נתנה בתיקון מדות האדם ובהנהגתו בעולם כללים, באמירת "קדושים תהיו" (ויקרא יט, ב) והכוונה, כמו שאמרו ז"ל (יבמות דף כ' עמ' א'): "קדש עצמך כמותך לך", שלא יהא שטוף אחר התאוות. וכן אמר "ועשית הישר והטוב", והכוונה, שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם. ולא היה מן הראוי בכל זה לצוות הפרטים, לפי שמצוות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל עניין, ובהכרח חייב לעשות כן, ומדות האדם והנהגתו מתחלפות לפי הזמן והאישים. והחכמים ז"ל כתבו קצת פרטים מועילים נופלים תחת כללים אלו ומהם שיעשו אותם בדין גמור ומהם לכתחילה ודרך חסידות והכל מדבריהם ז"ל...".

הנה כי כן, לבית הדין נתונות סמכויות לפסוק הלכות בנושאים החורגים לכאורה מהדין ומוגדרים כ"לפנים משורת הדין". בפועל, גם ציווים אלה נכללים בדין, על אף שאין להם מקור בדין קונקרטי כלשהו, וזאת, לאור עיקרון העל "ועשית הישר והטוב"³. עיקרון זה מקנה לבית הדין סמכות לפסוק הלכות אשר עם פסיקתם יש להם כח כופה ומחייב. המקור של הלכות אלו אינו בדין

3 יפה להשוות דברים אלה עם הכללים הנוהגים כמעט בכל שיטת משפט מודרנית, כאשר בנוסף לדין הקונקרטי בכל נושא ועניין, קיימים עקרונות היסוד של השיטה שמהם גוזר השופט את הדין במקרה שלפניו גם אם אין לכך מקור חד משמעי בדין הקונקרטי. כך מציין פרופ' אהרון ברק (נשיא ביהמ"ש העליון) בספרו "שיקול דעת שיפוטי" בעמ' 233, בהתבסס על דברי השופט סימונדס (Viscount Simonds) בפרשת *Scruttons Ltd. V. Midland Silicones* (162) 1 A11 E.R. 1, 7: "שיקול דעת שיפוטי, בהילוכו הטבעי, נוקט לעקרונות יסוד. המעבר מדין הלכתי קונקרטי אחד לדין הלכתי קונקרטי שני, אינו נעשה "ברמה" של הדין הקונקרטי בלבד. המעבר מדין לדין נעשה באמצעות עיקרון היסוד המשותף. הפיסיולוגיה של ההליך השיפוטי כוללת בחובה דין קונקרטי אשר אינו עומד בבדידותו, אלא נגזר הוא מעיקרון יסוד. עיקרון זה עצמו משמש בית יוצר לדין קונקרטי חדש, וזאת על פי צרכי החיים המשתנים. זהו מהלכה ה"גאוני" של ההלכה הפסוקה. אין היא מערכת של החלטות בודדות של הפעלת שיקול דעת שיפוטי. היא שיטה נורמטיבית, אשר בה הנורמות השונות קשורות זו בזו באמצעות עקרונות היסוד. נורמות חדשות נגזרות מעקרונות יסוד קיימים".

קונקרטי אלא בערכי היסוד של השיטה, ולכן הם מכונים "לפנים משורת הדין". אך עם פסיקתם הם אכן בגדר דין לכל דבר ועניין. משום כך יכול בית דין לפסוק פיצויים לעובד אף שאין לכך כל מקור בדין קונקרטי כלשהו.

ככלל, מצינו יישום מוגבר של עיקרון זה בדיני עבודה, הן מכיוון שיחסי הכוחות שבין העובד למעביד הינם בלתי שוויוניים והן מכיוון שעבודתו של העובד חורגת מן המישור הכספי ונוגעת לעצם קיומו בכבוד ולשורש הווייתו. לעניין זה יפים דברי "קצות החושן" סי' שלג ס"ק ב בו מצינו כדלקמן:

(א) קצות החושן מביא את שיטת התוספות בבבא מציעא עו עמוד ב' (שיטת ר"י בתוספות דיבור המתחיל "אין להם זה על זה אלא תרעומת") כי אם מעביד חוזר בו מהסכם להעסקת העובד, כאשר לעובד נגרם עקב כך נזק בהעדר אפשרות למצוא מקום עבודה חלופי, חייב המעביד לשלם לעובד את נזקו.

(ב) על כך הקשה בנו של "קצות החושן":

מדוע מי שמפר הסכם עבודה עם עובד חייב בנזיקין? הרי מדובר במניעת רווח ולא בגרימת נזק והדין הוא כי "המבטל כיס של חברו - פטור" כלומר מי שמשבית את ממונו של חברו ומונע ממנו ע"כ מלהרויח - פטור. וכן "הנועל דלת חנותו של חברו - פטור". מניעת רווח, להבדיל מנזק, אינה בת פיצוי. מדוע, אם כן, נפסק פיצוי לגבי עובד בגין רווח שנמנע ממנו?

(ג) על כך משיב "קצות החושן" כדלקמן:

שונים הם נזקי ממון מנזקי גוף, שהרי אדם שהזיק שור משלם רק דמי נזק ואילו אדם שהזיק אדם משלם ארבעה דברים וביניהם "שבת". על כן, השבתת רכוש של הזולת מהפקת רווח שונה במהותה מהשבתת אדם מלעבוד. על אף שגם במקרה האחרון מדובר "רק" במניעת רווח חייבה התורה את המעביד לשלם בגין כך, שכן נזק זה חורג מן המישור הכספי ונוגע לעצם קיומו של האדם באופן מכובד ומועיל.

אדם שאינו עובד אינו דומה ל"כיס" שהושבת או לחנות שלא נפתחה. אדם שאינו עובד סופג נזק מהותי לאישיותו וליכולתו להתקיים בכבוד תוך הגשמתו העצמית.

מדובר אפוא בנזק גוף ולא רק בנזק ממון, ועל סוג כזה של השבתה - חייב המזיק, על אף שזוהי "רק" מניעת רווח.

(ד) ודוק, גם חנות המושבתת משביתה את בעליה מעבודה. ועם זאת היא שונה מהשבתת אדם מעבודת כפיו, שכן - דין שונה יש בהקשר זה לעשיר ולעני. את העני מפצים לאור עקרונות היסוד של השיטה בדבר עשיית הישר והטוב.

שמה תאמר: הכיצד ניתן לאזן את חוסר השוויון החברתי באמצעות עקרון

היסוד האמור ולהחיל דין שונה לעשיר ולעני, הרי מקרא מפורש הוא "ודל לא תהדר בריבו" (שמות כג, ג)?

על שאלה זו השיב הרב אברהם יצחק הכהן קוק, במכתב לסופר אברהם זאב רבינוביץ (ספר הזכרון לאברהם שפיגלמן, הוצאת "מורשת" בעמ' 67), כדלקמן: (א) הדין הדין במקרה הספציפי שלפניו מצווה שלא לעוות דין עקב היותו של בעל הדין האינדיווידואלי שבפניו דל ואביון. אבל, כאשר הדיינים עוסקים בעיצוב מדיניות משפטית כוללת, באופן של התקנת תקנות או בגדר של "חקיקה שיפוטית" כללית בא לידי ביטוי העיקרון של "ועשית הישר והטוב". ובלשונו של הרב קוק: "בזמן שרואים החכמים בתור מחוקקים לקבוע חוק, שמצד המשקל של מידת הרחמים הוא ראוי להיקבע בצורה משפטית, יש כח בידם לעשות כן. ואחר כך השופט הפרטי הבא לדון, מוכרח לדון על פיו, ואסור לו לעבור על זה, אפילו אם מידת רחמיו הפרטית תניע אותו לכך".

(ב) הסבר זה אינו מיישב את המקרה שבו פתחנו, המובא במסכת בבא מציעא פג, א, לגבי הסבלים ששברו את החבית, שהרי במקרה זה הוחל העיקרון האמור בגדר של פסיקה אינדיבידואלית ולא כתקנה כללית.

על כן, מוסיף הרב קוק ומבהיר: "ומכל זה אנו מוכרחים לומר שהכתוב שאומר "ודל לא תהדר בריבו", נאמר דווקא בזמן שהדין אינו מתחשב כלל עם שורת הדין, אלא שהוא פוסק את המשפט רק מפני מידת הרחמים על הדל. אבל, בזמן שיש משקל לזה גם מצד צורת המשפט ויסודי הדין, יש רשות לדיין לפעמים לצרף לזה גם מידת הרחמים, והחמלה על האומללים והעובדים הנדכאים. במידה יותר גדולה ממה שיש רשות לדיין הפרטי, יש רשות כזאת למתקני התקנות, וקובעי החוקים לדורות".

(ג) כלומר, הדין של "ודל לא תהדר בריבו" נאמר רק כאשר הדין מעוות לחלוטין את הדין כדי לפסוק לטובתו של הדל שבפניו. אבל, אם הפרשנות של הנורמה סובלת אפשרות, ולו דחוקה, לבוא לטובתו של העובד, הרי שבית הדין יטה לכך, ואין הדבר בגדר "דל לא תהדר בריבו" אלא בגדר "ועשית הישר והטוב".

המשפט העברי מושתת אפוא על עיקרון יסוד של "ועשית הישר והטוב", המאפשר לכתי הדין לקבוע עקרונות כלליים, הומניים ואנושיים, בדרך של תקנות חז"ל וחקיקה שיפוטית. עיקרון זה אף מאפשר לשופט הספציפי להיות רחום וחונן בפסיקת הדין הנתון שבפניו, כאשר שורת הדין אינה נפגעת עקב כך.

ודוק, כל שיטת משפט מושתתת על הסכמה חברתית שבמסגרתה מסכים מכללא כל אחד מבני החברה לוותר על חירויות מסוימות שלו, כדי להתחשב

בחירויות של זולתו וכדי לאפשר לבני החברה להתקיים בצוותא באופן הרמוני, בלא שאיש את חברו חיים בלעו".

המשפט העברי מוסיף לכך עיקרון יסודי, שתכליתו לשפר את האדם ולעשותו טוב ונאצל יותר. עיקרון היסוד של השיטה במשפט העברי הוא על כן "ועשית הישר והטוב".

על אף שהדין של כופין על "לפנים משורת הדין" נוהג לכאורה רק בשיטת משפט המושתתת על עיקרון יסודי חינוכי וערכי של "ועשית הישר והטוב", נראה לכאורה כי גם בשיטת משפט המבוססת על הסכמה חברתית, יש מקום לאימוץ עיקרון יסודי זה, שכן - כפי שמציין הרב עוזיאל בדבריו שהובאו לעיל, פסיקה מכוח עיקרון היסוד של "ועשית הישר והטוב" משרתת גם את הרצון של בני החברה עצמם ליצור חברה מלוכדת ואנושית.

כך למשל, ברור לכל כי אילו הסבל ששכר את החבית, בסוגיה שבה פתחנו בראשית הדברים, לא היה אדם זר אלא בנו או אחיו של בעל החבית, היתה האינטונאציה מחייבת להגיע למסקנה לפיה אכן מן הראוי שהבעלים ישלם את שכר הפועל, ולא יותירו רעב בעוניהם. ראיית הזולת כמי שסבלו אינו זר לנו, מביאה אפוא להומניות שיפוטית, שבהיעדרה חרבה ירושלים והיא היא סוד קיומנו החברתי והלאומי.

עיקרון זה הומחש וכא לידי ביטוי מובהק בדו-שיח שקיים ר' עקיבא עם טורנוסרופוס הרשע ומוכא במסכת בבא בתרא י, א:

"וזו שאלה שאל טורנוסרופוס הרשע את ר' עקיבא: אם אלוקיכם אוהב עניים הוא - מפני מה אינו מפרנסם?, אמר לו: כדי שניצולו אנו בהן מדינה של גהינום. אמר לו: [אדרבה] זו שמחייבתן לגיהנום. אמשול לך משל, למה הדבר דומה? למלך בשר ודם שכעס על עבדו וחבשו בבית האסורים וצוה עליו שלא להאכילו ושלא להשקותו, והלך אדם אחד והאכילו והשקהו. כששמע המלך לא כועס עליו?"

אמר לו ר' עקיבא: אמשול לך משל, למה הדבר דומה? למלך בשר ודם שכעס על בנו וחבשו בבית האסורים וצוה עליו שלא להאכילו ושלא להשקותו והלך אדם אחד והאכילו והשקהו. כששמע המלך לא דורון משגר לו?! וכתוב "בנים אתם לה' אלוקיכם".

התייחסות בני החברה זה לזה, לא כאל זרים, אלא כבני חטיבה מלוכדת אחת,

4 כך למשל מבהיר רוסו כי המשפט מבוסס על היפותזה בדבר קיומו של הסכם, לפיו נעשו היחידים המרכיבים את החברה כמי שהקריבו כל אחד פיסה מחירותם, על מנת לזכות בביטחון ובחירות המוענקים להם בתמורה ע"י החברה הקולקטיבית.

משנה אפוא את הדין ומביאה לצדקה, לחסד ולהתנהגות שהינה בגדר "ועשית הישר והטוב".

מעיקרון יסוד זה נובע כי כאשר יש לבית הדין בחירה בין שתי אפשרויות לגיטימיות מבחינה משפטית, מוטל על בית הדין לכוון עצמו לתוצאה שיש בה מן החמלה, תוך חינוכם של בני החברה לנהוג זה עם זה בטוב וברחמים ולעשותם לראויים ולטובים יותר, שהרי זוהי תכלית המשפט וזוהי תכלית קיומם. אכן, אין לעוות את הדין רק על שום שאחד מבעלי הדין דל הוא, ואין להחמיר עם עשיר וליטול את כספו רק על שום שעשיר הוא. אבל, כאשר במסגרת הדין ניתן להגיע לתוצאה שיש בה כדי להיטיב עם העובד, הרי שיש לחתור לכך ואף להפעיל את כוחו הכופה של בית הדין, מכוח הכלל הגדול של "ועשית הישר והטוב".

גדול השלום - השלום כערך על

פתח דבר

גדול הוא השלום בעיני המשפט העברי, עד כי אנו מחויבים להיות רודפי שלום¹, כשם שאנו מחויבים להיות רודפי צדק². חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, מפנה את בתי המשפט בשאלה משפטית הטעונה הכרעה, שאין לה תשובה בדבר חקיקה או בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, אל "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". ואומר פרופ' מ' אלון בעניין זה: "חקרתי ודרשתי, ולא מצאתי אף מערכת משפטית שבין עקרונות העל שלה מנוי השלום. למקם את השלום בשורה הראשונה, כשווה ערך לחרות, לצדק וליושר, הוא ייחודה של מורשתנו"³.

בכלל זה מוצא לו מקום מיוחד העיקרון של "שלום בית". בכל מקום שבית הדין יכול להימנע מגט כריתות, ויש בידו להשכין שלום, הוא מהפך עולמות כרי להשכין שלום בית, שהרי בעולמה של הלכה, "כל המגרש אשתו ראשונה, אפילו מזבח מוריד עליו דמעות" (גיטין צ ע"ב)⁴.

מרהיבה היא בהקשר זה גישתו של ר' שמעון בן יוחאי. המדרש⁵ מספר שבאו אל ר' שמעון בני זוג ששהו עשר שנים זה עם זה ולא ילדו, ואמרו לו שהם רוצים להיפרד זה מזה. אמר להם: כשם שנישאתם מתוך שמחה, כך צריכים אתם להיפרד מתוך שמחה. הלכו ועשו סעודה, והשקתה האישה את בעלה יין ושיכרה אותו. אמר לה הבעל מתוך שכרות: כל חפץ טוב שיש

* פורסם על ידי משרד המשפטים, המחלקה למשפט עברי ומכללת שערי משפט. גליון 148 על פרשת וישלח תשס"ד.

1 "בקש שלום ורדפהו" (תהלים לר, טו); "הלל אומר: הוי מתלמידיו של אהרן, אוהב שלום ורודף שלום" (משנה, אבות א, יב).

2 "צדק צדק תרדוף" (דברים טז, כ).

3 מדברי הפתיחה של פרופ' מ' אלון בסמינר בנושא "השלום במקורות ישראל", חוג בית הנשיא לתנ"ך ומקורות ישראל, ירושלים תשנ"ז.

4 ההתייחסות למזבח יסודה בעובדה שאין להניף ברזל על אבני המזבח, שהרי הגרון כורת, ואילו המזבח משכין שלום בין האדם לבין אביו שבשמים.

5 שיר השירים רבה א.

בבית את רשאית ליטלו, ולכי לבית אביך. מה עשתה? המתינה לו עד שישן, ורמזה לעבדיה שיטלו את בעלה ויוליכוהו לבית אביה. משנתפכח הבעל מיינו וניעור משנתו, שאל: היכן אני מצוי? אמרה לו: בבית אבא. אמר לה: מה לי ולבית אביך? אמרה לו: לא כך אמרת לי, כל חפץ טוב שיש בבית טלי אותו ולכי לבית אביך?! אין לי חפץ טוב בעולם יותר ממך. שבו אל ר' שמעון בן יוחאי, וסיפרו לו את המעשה. עמד ונתפלל עליהם, ונפקדו. הנה כי כן, אין דבר העומד בפני השלום.

השלום בין איש לאשתו

סוגיית האישה הסוטה שבפרשתנו, מעניקה לנו הזדמנות מיוחדת לעמוד על עקרונות היסוד של "שלום בית" בפרט ועל "שלום בין הבריות" ככלל, הניצבים ביסוד שיטת המשפט העברי.⁶

בפרשה זו אנו ניצבים בפני הוראת התורה באשר לכדיקת טענתה של אישה שהזהיר אותה בעלה בפני עדים שלא תיסתר עם איש פלוני, ועל אף אזהרה זו, בא עד אחד והעיד שנסתרה עם אותו אדם. מה היה בין האיש לבין האישה בעת שהתייחדו, אין אנו יודעים: האישה אומרת "טהורה אני", אך בעלה אינו מאמין לה. על זה נאמר בפרשתנו ששניהם צריכים לבוא אל הכהן, והכהן כותב על גבי מגילת קלף את פרשת סוטה הכתובה בתורה, ומוחה את המגילה, אשר שם ה' כתוב בה, לתוך מים מעורבים בעפר שניטל מן המשכן.⁷ האישה שותה

6 להשתתת המשפט העברי על עקרונות יסוד, ראה פירוש הרמב"ן לפסוק "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח): "על דרך הפשט, יאמר: תשמרו מצוות ה' ועדותיו וחוקותיו, ותכוון לעשות הטוב והישר בעיניו בלבד... ולרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו: זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה כי מתחילה אמר שתשמור חוקותיו ועדותיו אשר ציוך, ועתה יאמר גם כאשר לא ציוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו... וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותיקוני הישוב כולם. אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה - כגון: 'לא תלך רכיל', 'לא תקום ולא תטור', ו'לא תעמד על דם רעך', 'לא תקלל חרש', 'מפני שיבה תקום' וכיוצא בזה - חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר... ואפילו מה שאמרו: פרקו נאה ודבורו בנחת עם הבריות, עד שיקרא בכל עניין תם וישר".

והשווה לדבריו הידועים של השופט סימונד (Viscont Sumonds) בפרשת Scruttons v. Midland Silicons [1962] 1 All E. R. 1, 7: "The law is developed by the application of old principles to new circumstances. **Therein lies its genius**".

7 את השילוב בין שלושת מרכיבי המשקה שהאישה שותה - המים, העפר ושם ה' - מבהיר

מז המים הללו, המכונים "מי המרים"⁸, ואם שתיית המים אינה משפיעה עליה לרעה, אלא להפך, אות הוא שלא נסתרה עם אחר.

התערבות אלוהית זו נחוצה, כיוון שמשעה שנכנסה באדם תולעת החשד באשתו, החשד עלול לכרסם בלבו ולכלות את השלום בינו לבין אשתו⁹. על כן, כדי שיצא החשד מלבו של האדם המקנא לאשתו, מבטיח לו כביכול הקב"ה בעצמו, שאשתו טהורה¹⁰.

הכוח האלוהי מתערב אפוא כדי להשכין שלום בין איש לאשתו, ובלשון הרב שמשון רפאל הירש¹¹, מנהיג היהדות האורתודוקסית בגרמניה במאה הי"ט: סדר השקיית סוטה קרוי 'תורה' (במדבר ה, ל), ולפיכך הוא נושא את האופי של דיני נפשות (סוטה יז ע"ב)... וכל המעשים הנעשים בסוטה כשרים רק ביום... לא כוחות אופל עושים כאן במחשך מעשיהם, אלא הכח האלוקי של תורת ה' מתערב כדי לשמור על ענייניו של "האדם" ועל החירות המוסרית של החברה האנושית.

יתרה מכך, בפרשת סוטה אנו מוצאים שכביכול הקב"ה מוחל על כבודו ומסכים למחות את שמו הקדוש במים שתשתה אותם האישה למען הערך הנעלה של "שלום בית", כמו ששינינו:

תני רבי ישמעאל: גדול שלום, ששם הגדול שנכתב בקדושה, אמר הקדוש ברוך הוא ימחה במים, כדי להטיל שלום בין איש לאשתו (ויקרא רבה ט, ט). נשאלת השאלה: האמנם ייתכן להעדיף את ערך "שלום בית" בין הבעל המקנא לאשתו שנסתרה לאחר שהוזהרה על פני שמו הגדול של הקב"ה?! וכי היינו דוחים מפני שלום בית גם את הערך של אי-חילול שבת?! כמה נופל ערך קדושת השם וכבוד שמים, אשר על פי ההשקפה היהודית הוא תכלית האדם והבריאה כולה, מקדושתה של השבת?

המדרש: "ולמה מים? ממקום שבאת; ועפר? למקום שהיא הולכת; וכתב? לפני מי שהיא עתידה ליתן דין וחשבון" (מדרש רבה, ט, כ).

8 למשמעות שתיית המים הללו, ראה ביאורו הנפלא של ר' חיים בן עטר, בספרו "אור החיים". וראה תיאורו של הרב א"א דסלר, מכתב מאליהו, ג, עמ' 197.

9 וכן נאמר בתלמוד: "כעס בבית כתולעת שבתוך שומשוּמין" (סוטה ג ע"ב).

10 ראה הרב יעקב קמינצקי, אמת ליעקב, במדבר ה, טו: "כי טבע האדם הוא שאם נכנס בלבו חשד על אשתו, שוב לא יצא הספק מלבו לעולם, אלא אם כן הקדוש ברוך הוא ככבודו ובעצמו מבטיח לו שאמנם היא טהורה... נאמנות עדים היא גזרת הכתוב שעלינו להאמינם כדי לקבוע הדין על פיהם, אבל לרגשי ולחשדי הבעל לא יועיל זה... לכן צוותה התורה למחות את שם ה' ולהשקות את המים... והרי זה כאילו הקב"ה בעצמו מעיד על אשה זו שטהורה היא. נמצא שיסוד פרשת סוטה אינו להעניש את החוטאת, אלא אדרבה - להבטיח כי תהא זכאית גם בעיני בעלה בלי שום פקפוק כלל".

11 הרש"ר הירש, בביאורו לספר במדבר ה, כג.

דומה שהתשובה לכך היא: אכן האדם אינו רשאי לבצע איזון אופקי בין ערכים, ואין בידו לעבור על מצוות שונות משום דרכי שלום, אך כאן הקב"ה בעצמו מוחל על כבודו, ומסכים למחיית שמו הקדוש במי הסוטה, כדי להשכין שלום בין איש לבין אשתו. אדרבה, זהו כבודו של הקב"ה, הניצב לימינה של האישה הנרדפת, שאין לה דרך להוכיח את תומתה, כדברי חז"ל: "בכל מקום שאתה מוצא גדולתו של הקב"ה, שם אתה מוצא ענוותנותו" (מגילה לא ע"א). עם זאת, מכיוון שמדובר בהנהגה האלוהית, הדבר מלמדנו על משקלו העצום של ערך השלום. ואכן, פרשת סוטה מהווה מקור מופתי הן בעולמה של אגדה הן בעולמה של הלכה.

השלום בעולמה של האגדה

בעולמה של אגדה, ידועים דברי המדרש אודות התנא ר' מאיר שהיה יושב ודורש בלילי שבתות בבית הכנסת של "חמת", והייתה אישה אחת באה לשמוע את דרשתו. פעם אחת נתארכה הדרשה ונתעכבה האישה מלשוב לביתה. משהגיעה לביתה, מצאה את הנר כבוי ואת בעלה ממתין לה לסעודה. לשאלת בעלה לסיבת איחורה, השיבה לו שהייתה בבית המדרש ושמעה את דרשת ר' מאיר, והדרשה נתארכה. הבעל, שלא היה מוקיר תורה, נשבע שלא ירשה לאשתו לשוב הביתה, עד אשר תלך ותירק בפניו של הדרשן. שהתה האישה מחוץ לביתה שבת ראשונה ושבת שנייה ושבת שלישית עד שאמרו לה השכנות: עד עכשיו אתם "צהובים" זה לזה ושרויים ברוגז? בואי נלך אל הדרשן. כיוון שראה אותן ר' מאיר, הבין ברוח הקודש מה קרה. מיד עשה עצמו כאילו הוא חש בעינו, החל מפהק כמי ששלטה בו עין רעה, ואמר: היש כאן אישה היודעת ללחוש לעין הרע? וידוע שדרכן של המלחשות הייתה לירוק על מקום החולי. אמרו לה השכנות: עכשיו תוכלי לירוק בפניו ותהיי מותרת לבעלך. ניגשה האישה אל ר' מאיר, אך כשראתה אותו נתייראה מפניו. אמרה לו: "איני יודעת ללחוש על המכה". אמר לה ר' מאיר, אף על פי כן, ירקי בפניי שבע פעמים. אחר שעשתה כן, אמר לה: אמרי לבעלך, שהוא ביקש שתירקי בפניי פעם אחת, ואת ירקת שבע פעמים. אמרו לו תלמידיו לר' מאיר: "רכי, כך מבזים את התורה?". אמר להם: "לא דיו למאיר להיות שווה לקונו, שכך שנה ר' ישמעאל: גדול שלום, ששם הגדול שנכתב בקדושה, אמר הקב"ה: ימחה על המים בשביל להטיל שלום בין איש לאשתו (ויקרא רבה, פרשת צו ט, ט)¹².

12 פרק זה במדרש הוקדש כולו לגדולתו של השלום. וראה דברי אחיתופל לדוד המלך:

השלום בעולמה של ההלכה

בעולמה של ההלכה, יש לשלום שני תפקידים. ראשית, הוא עיקרון פרשני בדרך פסיקת הדין¹³, המתבסס על הפסוק: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" (משלי ג, יז). שנית, הוא מטרה ותכלית בפני עצמו¹⁴. על בסיס עיקרון זה נקבעו הלכות שונות בדיני איסור והיתר¹⁵ בתחום המשפט הציבורי¹⁶ ובתחום דיני הנזיקין¹⁷. כך, למשל, התעוררה אצל אמוראי ארץ-ישראל שאלת דינה של אישה ששברה כלים משל בעלה ברשלנות: האם דינה כדין שומרת חינם או שומרת שכר? ומסקנת הגמרא היא¹⁸, שמשום שלום בית, היא אינה נחשבת אפילו שומרת חינם. וכך פסק הרמב"ם בעניין זה: האשה ששברה כלים בעת שעשתה מלאכותיה בתוך ביתה, פטורה. ואין זה מן הדין, אלא תקנה. שאם אין אתה אומר כן, אין שלום בתוך הבית לעולם, אלא נמצאת נזהרת ונמנעת מרוב המלאכות, ונמצאת קטטה ביניהם (רמב"ם, הלכות אישות, פרק כא, הלכה ט).

מקום מיוחד נועד לעיקרון זה בתחום דיני המשפחה¹⁹, בענייני רכוש בין

-
- "ומה לעשות שלום בין איש לאשתו, אמרה תורה שמי שנכתב בקדושה ימחה על המים, לעשות שלום לכל העולם כולו על אחת כמה וכמה" (סוכה נג ע"א וע"ב).
- 13 ראה, למשל, יבמות פז ע"ב, שהמקור לאי-חיוב האדם במצוות ייכוס באחות אשתו לאחר מות אשתו, יסודו בכלל: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" (משלי ג, יז). וראה פסק ההלכה של ר' שלמה לוריא, חכמת שלמה, יבמות פז ע"ב, בנוגע לאחד מדיני הייבום: "דברי תורה יהיו הכל בנועם ומזג השווה, לא שיהא העניין מעוקם, שאחת תהא שרויה בשמחה והשניה בצער". וראה א"א כי טוב, איש וביתו, פרק ו, העוסק בשלום בית, עמ' פז: "על התורה ומצוותיה נאמר: 'דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום'. כל המשנה מדרכיה, בין מוסיף ובין גורע, עוקר רגליו מן התורה, ונמצא מחוצה לה, מקום שאין שם נועם ואין שם שלום".
- 14 ראה דברי מ' אלון, "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן ומן הראוי לסטות מהן, ער-עורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב", בתוך: רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל, הוצאת רמות, עמ' 367.
- 15 ראה המקורות הרבים המובאים בספרו של מ' אלון, המשפט העברי, מהדורה שלישי, ירושלים תשמ"ח, עמ' 323-325.
- 16 שו"ת מהרי"ק, סימן קפא.
- 17 ראה המקורות הרבים המובאים במפתח השו"ת של חכמי ספרד וצפון אפריקה, בעריכת מ' אלון, ירושלים תשמ"ו, עמ' כה.
- 18 ירושלמי, כתובות, פרק ט, הלכה ד.
- 19 ראה למשל, שו"ת חלקת יעקב, אורח חיים, סימן כט, ס"ק א.

הורים לילדיהם²⁰, ביחסי הממון בין בני הזוג²¹, בדיני ייבום וחליצה ובדיני עגונות²².

וכבר הבהיר המהרש"א (פולין, המאה הט"ז-י"ז) את הטעם להקל בנושא מסוים כדי להתיר אישה מעגינותה, ואמר:

ואמר: "שלום רב לאוהבי תורתך" (תהלים קיט, קסה) - שאין זה עקירה של דין תורה, אלא ממידת שלום, שלא תעגן האשה. וכתוב: "דרכיה דרכי נועם"... מסיים: "ה' עז לעמו יתן" (תהלים כט, יא). שאין זה עקירת דבר מן התורה, כי הקב"ה נתן עוז וכח לעמו, שהם תלמידי חכמים בדבר הזה להיות מקילין בדבר, שהרי ה' יברך את עמו בשלום. כמו שכתוב: "וכל נתיבותיה שלום" (משלי ג, יז), ואין כאן שלום אם תתעגן. ובדרך זה יתפרש המקרא: "ישא ה' פניו אליך" (במדבר ו, כו) - גם לעקור דבר מן התורה, לפי ש"שים לך שלום".

הרב משה פינשטיין²³, מגדולי פוסקי ההלכה בדור האחרון, התיר לכהן לבקר את קרוביו בבית החולים בנסיבות מסוימות על אף החשש מפני טומאת כהנים, וטעמו:

ולכן לצורך גדול יש להתיר לכהן לבקר חולה קרובו, כגון מפני צערו הגדול, כשהחולה הוא אביו או בנו, ומשום שלום המשפחה, כשהם קרובי אשתו, וכל שכן כשאשתו חולה, שהוא ענין שלום בית.

אך בעיקר ניתן ללמוד על מקומו של השלום בעולמה של הלכה מדברי הרמב"ם בסוף הלכות חנוכה:

מצוות נר חנוכה מצווה חביבה היא עד מאוד, וצריך אדם להזהר בה כדי להודיע הנס ולהוסיף בשבח האל והודיה לו על הנסים שעשה לנו. אפילו אין לו מה יאכל, אלא מן הצדקה, שואל או מוכר כסותו ולוקח שמן ונרות ומדליק. הרי שאין לו אלא פרוטה אחת ולפניו קידוש היום [=לקנות יין לקידוש של שבת] והדלקת נר חנוכה, מקדים לקנות שמן להדליק נר חנוכה...

20 ראה, בבא מציעא יב ע"א. וראה עוד המקורות המובאים בספרו של מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 340-341.

21 כתובות נח ע"ב; בבא קמא לב ע"א; שם פח ע"ב-כ-פט ע"א.

22 כך, למשל, מצינו בתקנות רבנו תם שאסור לאדם להניח את אשתו לברה יותר משנים-עשר חודש בלא רשות בית הדין, אלא אם כן הסכימה אשתו לכך בפני עדים, כשהדבר הכרחי לשם פרנסת הבית או לשם תלמוד תורה, ורק אם יהיה שלום בינו לבין אשתו. ולאחר שוב הבעל לביתו עליו לשהות עמה לפחות שישה חודשים. ראה לעניין זה, שו"ת בנימין זאב, סח; שו"ת מהר"ם בר' ברוך מרוטנברג, דפוס פראג, סימן קנג, וסימן תתרכב. וראה שפע המקורות המובאים בספרו של מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 325-326, ועמ' 435-434.

23 הרב מ' פינשטיין, שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן קסו, ד"ה הנה האברים.

היה לפניו נר ביתו [=נר של שבת] ונר חנוכה או נר ביתו וקידוש היום, נר ביתו קודם, משום שלום ביתו, שהרי השם נמחק לעשות שלום בין איש לאשתו. גדול השלום, שכל התורה ניתנה לעשות שלום בעולם, שנאמר: "דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום" (רמב"ם, הלכות מגילה וחנוכה, פרק ד, הלכות יב-יד).

סוף דבר

לסיום סקירה זו, יפה להביא מדברי הרב אליהו כי טוב, בספרו "איש וביתו"²⁴:
 מה יעשה אדם וינצל מדינה של מחלוקת? מה יעשה ראש הבית כדי שיקרב את קרוביו אליו ויכונן איתם יחד את משטרו על מכון אמת, ויכון השלום ביניהם תמיד?

תהא ראשית ממלכתו על עצמו. יעשה קודם מלחמה על עצמו, וישליט את דעתו על רגזנותו; או אז יהיו כל דבריו נשמעים, בין אומרם ובין אין אומרם; או אז יהיו אנשי ביתו יודעים את רצונו ומשתדלים מדעת עצמם לעשותו ולגרום לו קורת רוח.

כל אשר לו יתן האדם בעד כבודו, כל מאמץ לא יקר לו בעד שלומו וטובו, והרי אין המאמץ הזה של שליטה עצמית קשה משאר מאמציו. כל שאר המאמצים תועלתם ספק, וזה תועלתו וודאי. ובחנונו נא בזאת. אמרו חכמי הנפשות: אם לא יפתחו ארובות השמים להוריד לכם ברכה עד בלי די, ושלום.

24 א"א כי טוב "איש וביתו", פרק ו, עמ' נ', "כיצד ניצולים מדינה של מחלוקת".

צדק חברתי בהלכה

בהלכה מצינו מקורות המביאים בחשבון את מצבו הכלכלי העדיף של נתבע כדי לכפות צדק חברתי. במסכת בבא מציעא (פ"ג, א') מסופר על סבלים שנשאו חבית יין של רבה ושברוה ברשלנות. ביקש רבה להיפרע מהם. הסבלים פנו לרב, שפסק נגד רבה. שאל רבה את רב וכי כך הוא הדין? השיב לו רב: כן, שנאמר "למען תלך בדרך טובים" (משלי ב', כ'). ומבהיר רש"י: "לפנים משורת הדין". לאחר מכן טענו הסבלים כי צריך גם לשלם להם בגין עבודתם שכן הם שכירי יום, עניים ורעבים הם וזקוקים לשכרם כדי להתקיים. ואף בכך פסק רב לטובתם, מכח המשכו של אותו פסוק המורה "ואורחות צדיקים תשמור". מסוגיה זו מסיק ה"מרדכי" כי בית דין מוסמך לכפות על בעל דין לנהוג "לפנים משורת הדין" אם הנתבע עשיר¹.

סוגיה זו מעוררת קושי כיצד יתכן לכפות על "לפנים משורת הדין"? וכיצד יתכן לנהוג באופן שונה עם עשיר לעומת עני כאשר מקרא מפורש מורה: "ודל לא תהדר בריבו"? עיון בפוסקים רק מעמיק את הקושי: הב"ח² פוסק: "וכך נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואף על פי שאין הדין כך". בדומה לכך פסק הסמ"ע³ כי מוטל על הדיין לדון דין "אמת לאמתו", דהיינו "שלא יפסוק תמיד דין תורה ממש, כי לפעמים צריך הדיין לפסוק לפנים משורת הדין לפי הזמן והעניין". הכיצד יתכן שדיין יפסוק "שלא על פי דין תורה ממש" ויעדיף שיקולים של צדק חברתי?

הרב עוזיאל⁴ פסק פיצויי פיטורין לעובד וקבע ש"אפשר ומצווה על הדיינים לדון ולהוציא ממון מבעל הבית לזכות הפועל שעליו הזהירה תורה 'ביומו תיתן שכרו ... כי עני הוא'". זאת מכיוון שהטבה עם העובד פועלת גם לזכות המעביד, המקיים "למען תלך בדרך טובים". האם מופקד בית הדין על המוסר של בעלי הדין ועל זיכויים במצוות?

נראה כי ההסבר נעוץ בדברי הרמב"ן על הכתוב (דברים ו', י"ח) "ועשית הישר והטוב בעיני ה'", כי דיני התורה אינם בגדר רשימה סגורה וממצה, אלא דוגמאות

1 ר' הגהות המרדכי שם: "רצה לומר, שהוא עשיר".

2 רבי יואל סירקיס, ב"ח על טור חושן משפט, סימן י"ב ס"ק ד'.

3 ר' יושע ואלק כהן, בעל הסמ"ע, בספרו "דרישה" על טור חושן משפט, סימן א'.

4 הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל בהערות לספרו של הרב מ' פינדלינג "תחוקת העבודה - מקורות לתחוקת העבודה לפי דיני התורה". בדומה פסק ביה"ד הרבני בענין לב נגד יו"ד וער החינוך העצמאי כפר אתא (פד"ר ג' 92), בהתבסס על שו"ת "מים חיים" אורח חיים סימן ו' שפסק לטובת עובד "כי הוא איש עני ותלויים בו בני משפחה".

לחיוב האדם להיות ישר וטוב בעיני ה'.⁵ חיוב כללי זה מהווה מקור הלכתי המקנה לכית הדין סמכות לכפות עקרונות שאינם מפורשים בדין אך מתחייבים בחברה הוגנת.⁶ הציווי של "ועשית הישר והטוב" מהווה עקרון על וממנו שואב בית הדין כח לפסוק בהתאם לעקרונות של צדק חברתי, על אף שאין להם מקור בדין קונקרטי.⁷ בדומה לכך מצינו במשנה במסכת פאה⁸ כי על אף שעל פי דין כאשר קיים ספק בדבר קיומו של חוב הכלל הוא כי "המוציא מחברו עליו הראיה", הרי שכאשר בעל הדין הוא עני המבקש לגבות "לקט" יש לתת לו כיוון ש"ספק לקט לקט". ביחס לכך מבאר המלבי"ם⁹ כי יש הבדל בין צדק ובין משפט. המשפט בוחן את הדברים לגופם תוך התעלמות מאישיותם של המתדיינים, בבחינת "יקוב הדין את ההר". לעומת זאת, הצדק מחייב להתחשב במצבו של בעל דין עני, בבחינת האמור בכתוב "עני ורש הצדיקו". מכח עקרון זה מבהיר המלבי"ם כי העני נעשה כזוכה במתנות העניים, ונחשב כמוחזק בו. על כן, כל ספק פועל לטובתו.

הכיצד ניתן לאזן חוסר שוויון חברתי ולהחיל דין שונה לעשיר ולעני, עת שמקרא מפורש קורא "לא תטה משפט אביונך בריבו", וכן מצווה על הדיין "ודל לא תהדר בריבו"¹⁰? על שאלה זו השיב הרב קוק זצ"ל¹¹ כי פסוק זה מצווה שלא לעוות דין של בעל דין אינדיווידואלי שהינו דל, אבל אינו חל כשהדיינים

- 5 בדומה לכך מצינו ב"מגיד משנה" על הרמב"ם, הלכות שכנים (י"ד, ה'): "אמר 'ועשית הישר והטוב', והכוונה שיתנהג בהנהגה טובה וישרה עם בני אדם. ... לפי שמצוות התורה הם בכל עת ובכל זמן ובכל עניין... ומידות האדם והנהגתו מתחלפות לפי הזמן והאישים".
- 6 במשפט הישראלי יש לכך מקבילה המכונה "פסיקה לפי עקרונות היסוד של השיטה". פרופ' אהרן ברק (נשיא ביהמ"ש העליון בדימוס) בספרו "שיקול דעת שיפוטי" (עמ' 233), מבהיר בהתבסס על דברי השופט סימונדס (Viscount Simonds) בפרשת *Scruttons Ltd. V. Midland Silicones* (1962) 1 A11 E.R. 1, 7 כי "שיקול דעת שיפוטי, בהילוכו הטבעי, נזקק לעקרונות יסוד. ... עיקרון זה עצמו משמש בית יוצר לדין קונקרטי חדש, וזאת על פי צרכי החיים המשתנים. זהו מהלכה ה'גאוני' של ההלכה הפסוקה".
- 7 מעקרון כללי זה של "ועשית הישר והטוב" נגזר למשל "דינא דבר מצרא" המקנה זכות קדימה לבעל מקרקעין גובלים בעת רכישתם.
- 8 פאה, פרק ד' משנה י"א.
- 9 מלבי"ם, "התורה והמצווה" קרושים י"ט-כ"ב.
- 10 שמות כ"ג, ג'. אם כי ה"אור החיים" מבאר פסוק זה: "ירמוז בתיבת בריבו על דרך אומרם ז"ל (ויקרא רבה ל"ד) כי העני עושה מריבה עם קונו למה זן לכל והוא רעב ועירום. וכל הנותן פרוטה לעני ומפרנסו הרי זה משבית ריב עני מעל השמים. ובזמן שאינו חונן דלים טענת עני היא טענה הנשמעת ומהודרת, ולזה יצו ה' שלא יסבכו הידור לריב העני עם קונו אלא יחוננוהו כמשפט חונן דלים". כלומר, יש דווקא לחוס על העני כרי שלא תהא לו טענה מהודרת בריבו עם ה' מדוע הותירו אותו בעוניו.
- 11 הרב אברהם יצחק הכהן קוק, במכתב לסופר אברהם זאב רבינוביץ', ספר הזיכרון לאברהם שפיגלמן (הוצ' "מורשת", עמ' 67).

עוסקים בעיצוב מדיניות משפטית כוללת. הסבר זה אינו מיישב לכאורה את המקרה של הסבלים ששברו את החבית, שהרי במקרה זה הוחל העיקרון של "ועשית הישר והטוב" בגדר של פסיקה אינדיווידואלית ולא כתקנה כללית. לכן, מוסיף הרב קוק ומבהיר כי הדין של "ודל לא תהדר בריבו" נאמר רק כאשר הדין מעוות לחלוטין את הדין, אבל אם בפנינו פסיקה הסובלת אפשרות, ולו דחוקה, לבוא לטובת העני, הרי שבית הדין יטה לכך, ואין הדבר בגדר "דל לא תהדר בריבו" אלא בגדר "ועשית הישר והטוב".

בהקשר זה נראה שיש הבדל יסודי בין ההלכה לבין משפט כללי. משפט אינו אמור להביא צדק אלא להשכין סדר חברתי, וביסודו מונחת ההנחה כי הפרט מוותר על חירות מוחלטת כדי להתחשב בחירות של זולתו ולאפשר לבני החברה להתקיים בצוותא¹² בלא ש"איש את רעהו חיים בלעו" (אבות ג', ב'). לעומת זאת, ההלכה מוסיפה לכך עיקרון יסוד נוסף, שתכליתו לשפר את האדם ולעשותו טוב ונאצל יותר. עיקרון היסוד של השיטה ההלכתית הוא "ועשית הישר והטוב" וממנו נשאבות הלכות שונות. דבר שאינו מעוגן בדין אלא בערכי היסוד מכונה "לפנים משורת הדין". אך בית הדין מוסמך לקבעו כדי ליצור צדק חברתי. מעיקרון יסוד זה של השיטה נובע כי כשיש לבית הדין בחירה בין שתי אפשרויות לגיטימיות מבחינה משפטית, מוטל על הדין לכוון עצמו לתוצאה שיש בה מהחמלה, תוך חינוך בני החברה להיות ראויים וטובים יותר.

12 כך למשל מבהיר תומאס הובס כי משפט (חילוני) מבוסס על הנחה בדבר קיומו של הסכם, לפיו נעשו יחירי החברה כמי שהקריבו כל אחד פיסה מחירותו, כדי לזכות בביטחון ובחירות המוענקים להם בתמורה ע"י החברה הקולקטיבית.

מעמד האישה

האישה בהליך השיפוטי*

פתח רבר

מקום של כבוד נתייחד בפרשתנו לדמותה של שרה. אברהם ושרה אינם רק זוג נשוי, אלא צמד אנשים הפועלים בצוותא, כהגדרתו של הרב עדין שטיינזלץ¹. ולא זו בלבד שדמותה של שרה אינה מתעמעמת עקב קרבתה לדמותו רבת ההוד של אברהם, אלא שבעת שמתגלעים חילוקי דעות ביניהם, גוברת ידה של שרה, והקב"ה מצווה את אברהם:

כל אשר תאמר אליך שרה שמע בקולה (בראשית כא יב).

רש"י מבהיר בהקשר זה שאין מדובר בציווי חד פעמי לאברהם, אלא בנגזרת הנובעת מן העובדה "שהיה אברהם טפל לשרה בנביאות" (שם). הרש"ר הירש אף מציין שהמונח "לשמוע בקול", להבדיל מן המונח לשמוע "לקול", משמעו ציות. האדם שומע בקול הוריו, בקול מוריו, בקול מפקדיו ובקול הממונים עליו, והוא מחויב לציית להם אף אם דבריהם אינם לפי רוחו, ואף אם אינו יורד לסוף דעתם, מכיוון שהוא סומך, או מחויב לסמוך, על שיקול דעתם. אברהם נצטווה "לשמוע בקול" שרה, לא רק לשמוע את דבריה, כיוון ששרה היטיבה לעמוד על טיבו של ישמעאל יותר מאברהם. הרש"ר הירש (גרמניה, המאה הי"ט) מציין את הסיבה: "שהרי בדרך כלל נשים מעמיקות לחדור במבטן אל דרכי האופי"². הנה כי כן, נמצא האב הראשון של האומה, המאמין הראשון והנביא הראשון,

* פורסם על ידי משרד המשפטים המחלקה למשפט עברי ומכללת שערי משפט, גליון 49 על פרשת לך לך תשס"ב.

1 ע' שטיינזלץ, נשים במקרא, "אוניברסיטה משודרת" ו"גלי צה"ל", עמ' 15. הרב שטיינזלץ מציין בהקשר זה את העובדה שחז"ל מפרשים את הפסוק "ואת הנפש אשר עשו בחרן", שאברהם מגייר את האנשים ושרה מגיירת את הנשים. לפנינו אפוא איש ואישה הפועלים רוב ימיהם לאו דווקא כמשפחה המגדלת ילדים, אלא צמד אנשים העובדים יחד בקרבה גדולה להגשמת אידיאל מסוים. הרב שטיינזלץ מציין עוד כי בעת ששונה שמו מן אברם לאברהם, שונה גם שמה של אשתו מן שרי לשרה, והשינוי מרמז גם על שינוי התפקיד בכל מהלך החיים וההוויה.

2 הרב עדין שטיינזלץ מציין שם בהקשר זה כי בעניינם מסוימים הנשים קובעות את גורל המשפחה, ותפקיד האבות משני: לא הם קובעים את העתיד הגדול. בין הדברים נעשים בגלוי (דוגמת שרה) בין הם נעשים בעקיפין (דוגמת רבקה), האמהות אינן רק "עוזר כנגד" אלא אישיות שלמה בפני עצמה: הן דמויות דומיננטיות, וחזונון הוא הקובע לגבי המשך המשפחה.

טפל לאשתו. מצב זה מלמד על הכלל.

ר' יצחק עראמה³ (ספרד, המאה ה"ט-ו"ט-ז), בעל "עקידת יצחק", מבהיר שהשם "אישה", שניתן לחווה קודם חטאה, נועד לכטא את היות האישה שווה לאיש. ואכן, הוא גורם שהאישה אינה נופלת מן האיש במאומה במישור הקוגניטיבי:

וכמוהו תוכל להבין ולהשכיל בדברי שכל וחסידות, כמו שעשו האמהות וכמה צדקניות ונביאות, וכאשר יורה פשט "אשת חיל מי ימצא". יתר על כן, בעל "עקידת יצחק" מבהיר שגער יעקב ברחל על דבריה, שאם אין לה ילדים, סר הטעם לחייה - "הבה לי בנים ואם אין מתה אנכי" (בראשית ל, א) - כיוון שאמירה זו נבעה מהשקפת עולמה שבהיעדר ילדים אין האישה מגשימה את תכליתה כ"חווה", אם כל חי, ואין כביכול טעם לחייה. יעקב התנגד מכול וכול להשקפה זו. אכן, גידול ילדים הוא תכלית חשובה, אך אין הוא חזות הכול בחיי האישה. אדרבה, זה הוא "התכלית הקטן" - ההגדרה השנייה, המשנית, של האישה. התכלית העיקרית של האישה היא ההגשמה העצמית של חייה שלה ומימוש ההגדרה הראשונה שלה כ"אישה" השווה לאיש לכל דבר ועניין.

מדוע נפסלה האישה לעדות?

על רקע שוויוני מרהיב זה, נשאלות השאלות: אם כל כך טוב, למה כל כך רע? מדוע לכאורה הופלו לרעה הנשים בהליך השיפוטי, ומדוע נפסקה הלכה בשולחן ערוך שהאישה פסולה לעדות?⁴ אם נקודת המוצא הברורה היא שאין

3 ר' יצחק עראמה, עקידת יצחק (ירושלים תשכ"א), שער תשיעי.

4 שולחן ערוך, חושן משפט, הלכות עדות, סימן לה, סעיף יד. מקור ההלכה מובהר על ידי הרמב"ם, הלכות עדות, פרק ט, הלכה ב: "נשים פסולות לעדות מן התורה, שנאמר: 'על פי שנים עדים' (דברים טז; יט טו) - לשון זכר ולא לשון נקבה". וראה שו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן ע.

בעל "טורי אבן", בחידושו למסכת ראש השנה, דף כב, ד"ה "האישה כשרה", מבהיר שבעוד שֶׁעַד פסול אינו עד כלל, האישה היא עד, אלא שהיא פסולה בגזרת הכתוב: "ועד מדרו שני האנשים" - ולא נשים" (שבועות ל ע"א), ובלשונו: "אין לומר שאין שם עד עליה, שבוודאי שם עד עליה, ורק אין שם איש עליה". משום כך מסיק בעל "טורי אבן" שגם בעדות נשים, נקבע הדין שאם אחד מן העדים הוא קרוב או פסול, בטלה העדות של כל קבוצת העדים, ולא ניתן לומר שהאישה אינה נחשבת כעד כלל, ולכן אין עדותה פוסלת את שאר העדים. דברים דומים פסק ר' יצחק אלחנן ספקטור, רבה של קובנה, בשו"ת נחל יצחק, חלק א, סימן לה, ענף ז.

הבדל שכלי בין האיש לאישה, ולדברי הרש"ר הירש אף ניחנו הנשים בכישרון העמקה לחדור אל מעמקי אופי הזולת, מה היגיון יש בפסילת עדותן? ובכן, לא הכול יודעים שהנשים מעידות בפועל מידי יום ביומו בכתי הדין. אף אין הכול יודעים שבאותה הלכה בשולחן ערוך מובאת בהגהת הרמ"א תקנת קדמונים המכשירה עדות אישה, אם יש בידה מידע ייחודי⁵. על פי תקנת קדמונים זו, פוסק הרמ"א שהאישה כשרה לעדות על אירוע ספונטני שאין אפשרות לתכנן מראש מי יהיו עדים לו⁶. כמו כן האישה כשרה להעיד במקום ששמה לב לפרטים שלא ראו אותם עדים אחרים⁷.

מכיוון שעיקר מטרת העדות היא הבאת המידע הייחודי שיש בידי מוסר העדות בפני הגוף השיפוטי, ולא חזרה על דברים שנאמרו על ידי עדים אחרים, ובכל המקרים הללו האישה כשרה לעדות, הרי נהוג כמעשה של שגרה לקבל בכתי הדין הרבניים עדות של אישה⁸.

עם זאת, הקושי עומד בעינו: מדוע נפסלת עדות האישה, אם אין בידה מידע ייחודי? והרי הדבר מהווה לכאורה גם פגיעה בזכויותיו של בעל הדין. כך, למשל, כשהייתה האישה עדה לאירוע מסוים, אך אין בידה מידע ייחודי, ולידה ניצב עד שראה גם הוא את אשר ראתה בדיוק, אלא שהאישה מוכשרת יותר לתאר את העובדות, כיוון ששפתה קולחת ואישיותה משכנעת, ומשום כך לא תובך בנקל בחקירה הנגדית, ואילו העד שראה גם הוא את האירוע אינו ניחן בכישורים הללו, ויש סיכוי שיוטלו בספק אמינותו האישית ועדותו. אם כן, מדוע יגרע כוחו של בעל הדין להביא את עדותה של האישה כדי להוכיח את צדקתו?

הקושי מתעצם בשעה שאנו רואים שיש מספר רב של עניינים שהאישה

5 הרמ"א, בספר "דרכי משה", מציין שמדובר בתקנה שתיקן רבנו גרשום מאור הגולה. לעומת זאת, המהרשד"ם, אבן העזר, סימן קג, מייחס את התקנה לרבנו תם.

6 לעומת זאת, ראה שו"ת נודע ביהודה, מהדורה שנייה, חלק חושן משפט, סימן נח, שכאשר העדות היא בדבר הנמשך זמן רב, כגון עדות על הימצאות חפץ גנוב ברשות אדם, האישה אינה נאמנת, אף שגנבת הנכס הייתה מעשה בלתי צפוי.

7 כדוגמה לדבר מציין הרמ"א עדות בדבר סוג הבגדים שלבש אדם בעת שהתרחש אירוע מסוים. מכיוון שבדרך כלל הגברים אינם שמים לב לפרטי לבוש זולתם, נמצא שיש לאישה, ששמה לב לפרטים אלו, מידע ייחודי. לכן הרמ"א פוסק שעדות האישה ראויה להתקבל.

8 ראה, למשל, פסקי דין רבניים, ערעור תשי"ח/49, כרך ג, עמ' פג, שנפסק בו (מפי כב' הדיינים: הרב ב' ז'ולטי ז"ל; ויברל"א הרבנים י' הרס וי"ש אלישיב): "גם בדור פרוץ אשר רבה העזות, במקום שיש אמתלאות שאומרת אמת, היא נאמנת, ומספיק גם קצת רגלים לדבר". וראה עוד: שו"ת רלב"ח, סימן לג; פסיקת הרמ"א באבן העזר, סימן קנר, סעיף ז; פתחי תשובה, שם.

כשרה להעיד בהם⁹. כך למשל:

- א. כל דבר שמסור בידה של אישה לתקנו, נאמנת היא להעיד לגביו¹⁰.
- ב. עדות האישה מתקבלת גם בנושאים החמורים ביותר, דוגמת התרת אשת איש להינשא, כגון להעיד על נעדר שאינו בין החיים, ומכוח עדות זו מותרת אשתו של הנעדר מכבלי עגינותה, והיא רשאית להינשא לאחר¹¹.
- ג. האישה כשרה להעיד בכל נושא שמועילה בו עדות של עד אחד¹², הינו במספר רב של עניינים המהווים חלק ניכר מן המרחב החווייתי של האדם. דרך משל, מקבלים עדות מן האישה בכל ענייני איסור והיתר, כגון: כשרות המזון, שחיטה, הפרשת חלה ומעשר, שבת, נידה ועוד – סוגיות העוסקות אף באיסורי תורה¹³.
- ד. האישה כשרה להעיד בענייני ייבום וחליצה¹⁴.
- ה. האישה נאמנת להעיד בעניינים שבינו לכינה¹⁵.

- 9 ר' גרשון הולצר, "עדות אישה כמשפט העברי", סיני סז (תשל"ל), עמ' קיב.
- 10 התוספות, פסחים ד ע"ב, ד"ה "הימנוהו", מבהירים בהקשר זה כי מעשים בכל יום הם שהאישה נאמנת להעיד שעושה את האוכל והפרישה חלה וכיו"ב. כמו כן, מציינים התוספות שם שהאישה נאמנת להעיד עד היכן מגיע תחום שבת, בעוד שהקטן אינו יכול לעשות כן.
- 11 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן טז, סעיף ג. מקור הדברים במשנה: "משיאין את האישה על פי עד אחד" (יבמות טז ז). המשנה אומרת שהרצה ר' עקיבא את הדברים בפני רבן גמליאל, ותגובתו הייתה שאכן בעת שנהרגו יהודים בתל ארזא, השיא סבו (רבן גמליאל הזקן) את נשותיהם על פי עד אחד, ונתקבלו דבריו כהלכה פסוקה, שעדות האישה כשרה להתיר עגונה.
- 12 רמב"ם, הלכות עדות, פרק ה, הלכה ג. וראה סיכום ההלכה על ידי הרב אליעזר וולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, חלק ד, סימן כ.
- 13 זו תוצאה של שני גורמים: האחד, "עד אחד נאמן באיסורים" (גיטין ב ע"ב); והשני, האישה כשרה להעיד כל עדות שדי בה עדות של עד אחד. אדרבה, לדעת התוספות, המקור לנאמנות עד אחד באסורים הוא העובדה שהאישה נאמנת להעיד בעניין נידתה. ראה שם, ד"ה "עד אחד נאמן באסורין".
- נציין גם שהאישה נאמנת להעיד בכל עניין שהופקד בידה, אם אין בו טרחה ודקדוק גדול או ספק. ראה: הגהת הרמ"א על שולחן ערוך, יורה דעה, סימן קכז, סעיף ג; ש"ך, שם, ס"ק כט-ל.
- 14 שולחן ערוך, אבן העזר, סדר חליצה, סימנים כא-כד. וראה הרמב"ם, הלכות ייבום וחליצה, פרק ד, הלכה לא. הרמב"ם מנמק הלכה זו בעובדה שמדובר בדברים העשויים להתגלות – "מילתא דעבידא לאיגלוויי" – ועל כן אין מדובר בעדות המחודשת עובדות בלתי ידועות לבית הדין, אלא ב"גילוי מילתא", כשהעד מוסר לבית הדין עובדות שיתבררו ממילא לכול. וראה: הגהות מימוניות, שם, הלכה ד; שו"ת הריב"ש, סימן קכב.
- 15 רמב"ם, הלכות אישות, פרק כא, הלכה י, כאשר יש ויכוח בין בעל לאשתו בדברים

- ו. האישה כשרה להעיד על אישה שנשבתה שלא נאנסה בידי שוביה, וממילא היא מותרת להינשא לכוהן¹⁶.
- ז. הלכה פסוקה לעניין קביעת היות הנערה בוגרת: "בודקים על ידי נשים כשרות ונאמנות, ואפילו אישה אחת בודקת, ושומעים לה"¹⁷. בעניין זה, פוסק הריב"ש (רב יצחק בר ששת, ספרד-אלג'יר, המאה הי"ד) שעדות האישה היא עדות גמורה, בין לענייני איסור - כלומר לעניין האחריות הפלילית - בין לענייני ממון¹⁸.
- ח. האישה נאמנת להעיד בנסיבות מסוימות בשאלת שיוך חפצים לבעליהם¹⁹. לאור המספר הרב של עניינים שהאישה נאמנת להעיד בהם, לא נראה אפוא שהכלל בדבר פסילת אישה לעדות נובע מחוסר אִמון בה, שהרי בפועל יש בצד האיסור לקבל עדות מן האישה יוצאים מן הכלל רבים, והאישה נאמנת להעיד בעניינים הרבה. לא עוד זאת אף זאת, התוספות מבהירים במסכת זבחים שפסלות פסולי העדות אינה תוצאה של אי אִמון בעדותם²⁰.

כבוד האישה

לכן, נראה שהכלל האמור נובע מן הרצון לשמור על כבוד האישה, שהרי ידוע לכל מי שהתנסה בדבר, שההליך של בירור האמת בהתדיינות משפטית, ובעיקר החקירה הנגדית המתבצעת במסגרתו, איננו הליך קל לעד הניצב על דוכן העדים, ובמקרים רבים אף יש בו כדי לפגוע בכבוד העד. בהליך המשפטי עומדת למבחן מהימנותו של העד מזוויות שונות, והחקירה הנגדית

הנוגעים לחיי הנישואין שלהם, "מושיבים אשה ביניהם... ודבר זה כפי מה שיראה הדיין שאפשר בדבר".

- 16 רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יח, הלכה טז.
- 17 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנה, סעיף טו.
- 18 שו"ת הריב"ש, סימן קפב. לעומת זאת, ראה שו"ת התשב"ץ, חלק א, סימן עא.
- 19 ראה, בבא קמא קיד ע"ב, ביחס למשנה האומרת שהאישה נאמנת להעיד: "מכאן יצא נחיל זה". לדעת חלק מן האמוראים, נובעת הנאמנות שם מן העובדה שאין מדובר בעדות פורמלית, אלא באישה המסיחה לפי תומה; אך לדעת אמוראים אחרים, נאמנות זו נובעת מן העובדה שמדובר בקניין מדרבנן. וראה: רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק ח, הלכה יג; שו"ת נודע ביהודה, מהרורה תניינא, חושן משפט, סימן נח.
- 20 זבחים קג ע"א, ד"ה "אין". כך, למשל, כשנקבע שקרובי משפחה פסולים להעיד לטובת קרובם או לחובתו, הרי שהדין הוא שגם משה ואהרן היו פסולים להעיד על קרוביהם, אף שאיש לא פקפק במהימנותם המוחלטת.

מהווה סוג מסוים של עימות בין העד לבין אחד הצדדים להליך המשפטי²¹. יתר על כן, במקרים רבים נדרש הגורם השיפוטי להביע את דעתו בסוף ההליך על מהימנות העד ועדותו, ולא תמיד הדברים הנאמרים על ידי גורם זה מחמיאים לעד, ולעתים הוא אף נפגע²².

לכן, מתוך יחס ערכי עמוק ומושרש לכבוד האישה, ביקשה ההלכה היהודית לחסוך ממנה את ההליך הקשה הזה בכל מקום שהדבר אפשרי. משום כך, נקבע בעיקרון שאין לקבל עדות מן האישה. עיקרון זה אינו פוגע ביכולתה למסור עדות בכל נושא שיש בידה מידע ייחודי בו. אך כשהמידע שבידיה אינו ייחודי, וניתן לברר את העניין אף בלא עדותה, ביקשו חז"ל לשמור על כבודה ולחסוך ממנה את אי-הנעימות שיש במתן עדות.

מכיוון שהכלל הוא: כל הכשר להעיד - חייב להעיד, כמו שנאמר: "ונפש כי תחטא ושמעיה קול אלה והוא עד... אם לא יגיד ונשא עונו" (ויקרא א ה), הרי שהרצון להגן על כבוד האישה ולמנוע במידת האפשר את שיתופה בהליך התדיינות שוחק, נוסח הכלל כמחסום של קבילות²³. ואולם ראינו שבפועל האישה מעידה בעניינים הרבה, ואף יש תקנה המאפשרת לה להעיד כשיש בידה מידע ייחודי. אילו הייתה זו אכן בעיית קבילות ההופכת את העדות לפסולה - ברומה לעדותו של קרוב משפחה - לא היה ניתן להתקין תקנה זו ולקבל עדות שאינה קבילה. נראה אפוא שאין מדובר בהעדר קבילות ומהימנות, אלא בסוגיה של מדיניות משפטית, ומכיוון שאין כל פגם במהימנות האישה למסור עדות, רשאים

21 דוגמה לכך היא הוראת המחוקק הישראלי לבית המשפט, בסעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), תשי"ח 1957 - כי לא ירשה חקירה שאינה הוגנת לעד, ובפרט אם יש בה "עלבון, הפחדה, הטעיה או ביוש, שאינם לעניין הנדון". אמנם ביקש המחוקק להסדיר עניין זה, אך בפועל, עלבון הפחדה או הטעיה או ביוש הנחוצים לכירור העניין הנדון, ולעתים אף מעבר לנחוצ, הם מנת חלקם של עדים.

22 לעניין זה, ראה פסקו של כב' הנשיא, השופט אהרון ברק, בבש"פ 658/88 מחמוד סארי חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(1) 670, ששונה בו הכלל האומר ש'עד שנקבע שעדותו אינה אמינה, אינו יכול לערער על הקביעה השיפוטית הפוגעת בו. רמת הפגיעה האפשרית בעד הביאה למדיניות שיפוטית שבמסגרתה קבע כב' השופט א' ברק שיש להגדיר עד "כצד" להליך השיפוטי, כדי שיוכל לזכות באפשרות לערער על פסק הדין, אם נגרם עוול לו ולתדמיתו.

23 הרב צבי קרל, "עדות אישה כמשפט העברי", הפרקליט ה (1948), עמ' 82. וראה הסברו וסקירתו של הרב משה מיזלמן משיבה אוניברסיטה בארה"ב, בספרו הנודע Jewish Woman in Jewish Law, עמ' 73-80.

הצדדים לקבל בהסכמה עדות אישה בלא שיתעורר קושי ראייתי כלשהו²⁴. לאור הסבר זה, מובן גם מדוע נאמר בספר "פתחי תשובה"²⁵ (לקט תשובות על פי סדר השולחן ערוך, ערך ר' אברהם אייזנשטאט, פולין-ליטא, המאה הי"ט): וכבר נהגו כל בתי דיני ישראל לשלוח נאמני הקהל לנשים יקרות שיגידו העדות.

גביית העדות אינה נעשית אפוא באופן המצריך את האישה להגיע לבית הדין ולהתייצב להליך של חקירה פומבית, אלא היא נגבית על ידי שליחי בית הדין, הנשלחים אל האישה משום כבודה. בית הדין משתדל להימנע מלחשוף את האישה לחקירה נגדית, גם כשהיא נקראת להעיד, והכלל "כל כבודה בת מלך פנימה" (תהלים מה יד)²⁶, המציב את כבוד האישה במרומי הפירמידה הערכית, משמש בסיס למניעת היחשפותה למעמדים העלולים להביך אותה על אף חשיבות עדותה להליך המשפטי.

הנה כי כן, אין מדובר בגישה הנובעת מזלזול כלשהו חלילה ביכולתה הנפשית והשכלית של האישה, אלא מדובר בגישה השמה את כבוד האישה נר לרגליה.

24 וכך פסק הראשון לציון, הרב בן ציון חי עזיאל, משפטי עזיאל, חלק ג, סימן פז. וראה גם מאמרו של הרב עזיאל, "מעמד האישה לפי השקפת התורה", מצפה (תשי"ג), עמ' קמט.

25 פתחי תשובה, על שולחן ערוך, חושן משפט, סימן לה, סעיף יד.

26 ואכן גם המלך אינו מעיד, כמו שנאמר במשנה: "המלך לא דן ולא דנין אותו, לא מעיד ולא מעידים אותו" (סנהדרין יח ע"א, יט ע"א). וראה: רמב"ם, הלכות עדות, פרק יא, הלכה ט; הלכות מלכים, פרק ג, הלכה ז. עם זאת, ביחס לעדותו של המלך, מובהר שם שמדובר בהלכה הנוהגת רק במלכי ישראל, לא במלכי בית דוד, שמניעיה נעוצים בחשש לגרימת מאבק בין בית הדין לבין המלך, אם ימצא בית הדין שהעדות אינה אמינה.

אלימות האיש כלפי אשתו ותוצאותיה

המשפטיות*

פתיחה

מעשה שכס בדינה הוא הזדמנות ראויה לסקירת הגישה החד-משמעית של חז"ל, האוסרת אלימות פיסית או מילולית או מינית כלפי האישה. כאשר שאל יעקב אבינו את בניו, שמעון ולוי, למה עשו פעולת תגמול כה חמורה, השיבו לו בניו: "הכזונה יעשה את אחותנו" (בראשית לד, לא). ופירש רש"י: "הכזונה - הפקר".

ואכן, תחושת הבעלות של האדם על הסובב אותו, כאילו הכול מגיע לו, היא היסוד לאגואיזם ולהשתררות על הזולת ושורש כל רע במישור החברתי והמיני. לעומת זאת, תחושת הייעוד מסייעת לפתח רגשות של סולידריות כלפי הזולת, התחשבות בו ואחווה וכבוד הדדיים.

בספרו "בעלי הנפש"¹, מבהיר הראב"ד, ר' אברהם בן דוד מפושקיירא (פרובנס, המאה ה"ב), כי תכליתן של כל מצוות התורה היא לעקור מלכו של האדם את תחושת האדנות. כדי להמחיש לאדם שזמנו אינו בידו, הטיל עליו האלוהים מצוות התלויות בזמן, כגון: שבת, שמיטה ויובל. בדומה לזה, הוטלו על האדם מצוות התלויות בארץ, שתכליתן להמחיש לו "כי לי [כלומר, לה'] הארץ" (ויקרא כה, כג)².

מכוחו של עיקרון זה, על האדם לזכור שאסור לו לקבל את הזוגיות לצורך הקיום האנושי בלבד: גם חיי האישות, הוטבעו בחותם של קדושה, והתורה הטילה על האדם גדרים שונים גם בעניין זה³.

שירוש האדנות ביחסי איש ואשתו בולט מאוד בדברי חז"ל. לפי השקפתם, האישה אינה קניינו של הבעל, אלא היא שותפה מלאה לו, והוא חייב בכבודה⁴.

* פורסם ע"י משרד המשפטים, המחלקה משפט עברי ומכללת שערי משפט, גליון 148, פרשת וישלח, תשס"ד

1 ראב"ד, בעלי הנפש (הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים), עמ' 15.
2 ראה: א' וינרוט, "שימוש לרעה בזכות במשפט העברי", דיני ישראל יח (1997), עמ' נג; להמחשה מרהיבה של רעיון זה, ראה י"ל פרץ, מפי העם (תל-אביב), "הפיקדון".
3 רעיון זה אינו עניין מופשט בלבד, והוא קיבל ממד מעשי בהלכה פסוקה בשולחן ערוך, אורח חיים, סימן רלא.
4 להרחבה בנושא זה, ראה: א' גרוסמן, חסידות ומורדות (ירושלים תשס"ג), עמ' 23-62; הנ"ל, "זלזול בנשים על רקע פילוסופי", ציון סח (תשס"ג), עמ' 41-67; א' וינרוט,

על כן, אין ההלכה יכולה לסבול אלימות של הבעל כלפי אשתו מכל סוג שהוא, לרבות אלימות מילולית.⁵

חובת האיש לכבד את אשתו ולהימנע אף מאלימות מילולית כלפיה, היא חיוב משפטי הנכלל בגדר מסכת החובות שחב הבעל לאשתו במסגרת יחסי הממון ביניהם, מכיוון שאלימות מילולית, וקל וחומר אלימות פיזית, סותרת את חובת המדור השקט שהבעל חייב לספק לרעייתו. אשר על כן, קבע בית המשפט העליון,⁶ על יסוד המשפט העברי, שחובת המדור של בעל כלפי אשתו מחייבת אותו לספק לה מדור שקט ושלו שתוכל לחיות בו את חייה בשלווה.

שלום בית

אך לעתים יש הבדל בין בני הזוג בגישתם לעניינים שונים. כתוצאה מכך צפוי שהמסגרת המשותפת שחיים בה בני הזוג בקרבה רבה ומרוכזת כל כך, תדע לעתים חיכוכים ומשברים. עם זאת, מאחר שהאישה אינה קניינו של הבעל, ולנוכח הערך העליון של "כבוד האישה", אסור שיעברו חיכוכים אלו לפסים של אלימות מכל סוג שהוא. על כן, בני הזוג מחויבים לכבד זה את זה גם בשעה שיש ביניהם חילוקי דעות, כך שהפתרון לבעיותיהם ימצא לכסוף בהסכמה הדדית וב"שלום בית", כמתחייב בין שותפים שווי זכויות ומעמד המכבדים זה את זה. וכבר כתב הרב א' כי-טוב בעניין ההתנהגות הראויה של הבעל: "תהא ראשית ממלכתו - על עצמו. יעשה קודם מלחמה עם עצמו, וישליט את דעתו על רגזנותו. או אז יהיו דבריו נשמעים, בין אומרם ובין אינו אומרם. או אז יהיו אנשי ביתו יודעים את רצונו ומשתדלים מדעת עצמם לעשותו ולגרום לו קורת רוח".⁷

פמיניזם ויהדות (תל-אביב 2001); א' הכהן, "כלה כמות שהיא", מסכת א (תשס"ב), עמ' 228.

5 אלימות מילולית מכונה בתלמוד "אונאת דברים". וראה בבא מציעא נט ע"א: "אמר רב: לעולם יהא אדם זהיר באונאת אשתו", ופירש רש"י: "אונאת דברים לצערה".

6 ע"א 458/79 ניר ג' ניר, פ"ד לה(1) 519, 525-527. בית המשפט ציין בהקשר זה גם את דברי התלמוד במסכת כתובות פו ע"ב, השוללים מן הבעל את האפשרות לדרוש שתישבע אשתו להקפיד "על פילכה ועל עיסתה", כלומר על ההוצאות שהיא מוציאה, מכיוון שהיא יכולה לומר לו: "כיוון שמדייק אתה אחרי כל כך, איני יכולה לגור עימך". ופירש רש"י: "איני יכולה לסבול קפדנותך... אינך אוהב ומאמין בי".

7 הרב א' כי-טוב, איש וביתו (ירושלים), עמ' עג. וראה שם, עמ' סז: "שני אנשים השווים

כפיית גט מחמת אלימות הבעל

במקרים מסוימים, עשויה אלימות הבעל להביא את בית הדין להענישו בעונשים חמורים, ואף לכפותו לתת גט לאשתו.⁸ יחד עם זאת, חכמי ההלכה בדורות האחרונים נמנעים דרך כלל מנקיטת הליך קיצוני זה, ומסתפקים ב"חיוב גט".

וכאן ראוי להבין את המונחים היטב.⁹ כשמוגשת תביעה לבית הדין בעניין גירושין, בהעדר הסכמה בין הצדדים להתגרש, פתוחות בפני בית הדין ארבע אפשרויות:

- א. לדחות את התביעה.
- ב. לקבוע שהצדדים צריכים להתגרש, ובלשון בית הדין: "מצווה לגרש".
- ג. לחייב את הצדדים להתגרש.
- ד. לכפות מתן גט.

רק במקרה האחרון, נוקט בית הדין אמצעי כפייה בפועל.¹⁰ כשהבעל אלים, אין ספק שהקטגוריה השלישית מתקיימת, וניתן לחייב את הבעל לגרש את אשתו. אך שאלה היא אם ניתן לעבור לדרגה הרביעית, ואף לכפות עליו את מתן הגט.

חכמי ההלכה הראשונים, כגון המהר"ם בר' ברוך מרוטנבורג והתשב"ץ, פסקו שיש מקום לכפות על בעל אלים לתת גט לאשתו.¹¹ לעומת זאת, רבי יוסף קארו, בעל ה"שולחן ערוך", מביא בספרו "בית יוסף"¹² את דברי המהר"ם מרוטנבורג,¹³ ולפיהם כופים בעל שהכה את אשתו להוציאה ולתת לה את דמי כתובתה, אלא שהוא פוסק: "ומכל מקום, נראה לי שאין לסמוך על דבריהם... לכפות ולהוציא... כיוון שלא נזכרו בדברי שום אחד מהפוסקים המפורסמים".

בדעותיהם ומשתווים במעשיהם ואינם באים לידי רוגז - אידיליה יש ביניהם ולא שלום. האידיליה - היום היא קיימת, מחר תעבור ותופר. לעומת זאת, השלום קיים דווקא במקום שבו אין הדעות שוות ויש הכדלים במעשים, בשאיפות וברצונות. בשעה שאפילו האהבה שכלככות נפגמת והניגודים עולים, והכל מוכן לריב - אז באה שעתו של השלום".

- 8 ראה בהרחבה: גרוסמן, חסידות ומורדות (הנזכר לעיל, הערה 4), עמ' 373-397.
- 9 ראה בג"ץ 661/77 מנדל הבר נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים, פ"ד לב(3) 328-329, שהביא בו כב' השופט י' כהן את פסקו של הרב אליעזר גולדשמידט מבית הדין הרבני הגדול (בתיק בר"ד לה'218).
- 10 סעיף 6 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואים וגירושין, התשי"ג-1953). הדבר הופעל רק במקרים נדירים וחריגים מאוד.
- 11 שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס קרימונה, סימנים רצא-רצב; שו"ת התשב"ץ, חלק ב, סימן ח.
- 12 בית יוסף על הטור, אבן העזר, סימן קנד, סעיף ג.
- 13 כמו כן הוא מביא את הגהות אור זרוע על הרא"ש, חלק ג, פסקי בבא קמא, סימן קסא.

הטעם לפסיקה זו, שאין לכפות על בעל אלים לגרש את אשתו, נעוץ בעובדה שכעיקרון גט הנכפה על הבעל הוא "גט מעושה", היינו גט שלא ניתן מרצון חופשי ויש בו אפוא פסול מובנה. אם תינשא האישה בהסתמך על גט פסול זה, יימצא שנישאת לאחר בעודה אשת איש, ויהיו ילדיה שייוולדו לה מן הבעל השני ממזרים. על כן, הקפידו חז"ל מאוד שלא לכפות על הבעל לתת גט לאשתו בלא שיש לדבר עילה מפורשת בתלמוד. וכך כתוב בטור (אבן העזר, סימן קנד):

ורבנו חננאל כתב: כל מקום שאמרו רבנן "יוציא ויתן כתובה", אין כופים אותו להוציא, אלא אומרים לו: כבר חייבו אותך חכמים להוציא; ואם לא תוציא, מותר לקרוא לך עבריין. אבל לכפותו בשוטים לא, אם לא שמפורש בו [בתלמוד] שכופים אותו להוציא, כגון הנושא (אישה) בעבירה, והאומר: איני זן ואיני מפרנס.

וכתב אדוני אבי הרא"ש ז"ל: וכיוון שקיימת מחלוקת בענין זה, ראוי להחמיר שלא לכפות בשוטים [כלומר, במלקות, באמצעי כפייה], כדי שלא יהא גט מעושה.

בעקבות פסיקתו של "בית יוסף" בעניין בעל מכה, מעיר הרמ"א: ואיני רואה בזה דבריו כלל, דכדאי הם הגאונים לסמוך עליהם, כל שכן שהרמב"ן ומהר"מ [בר' ברוך מרוטנבורג] הסכימו כתשובותיהם בענין הכאת אישתו [המהווה עילה לכפיית גט], והביאו ראיות ברורות לדבריהם. גם הסברה מסכמת עמהם.

ומה שלא הוזכר [כלומר, הסיבה לאי-הזכרת הכאת האישה בתלמוד כעילה לגט, להבדיל למשל מאי-מתן מזונות לאישה], אפשר לומר שהיה פשוט בעיניהם, וקל וחומר הוא מהאומר: איני זן [המסרב לפרנס את אשתו]... וכן שלא היה בנמצא [לא הייתה שכיחה תופעת הכאת נשים] בימי הפוסקים הראשונים, ולכן לא הוזכרו, ולכן אין לדחות דברים ברורים בקש¹⁴.

עם זאת, הלכה למעשה, אף הרמ"א חושש מפני כפיית הבעל לתת גט לאשתו, והוא פוסק: "ומכל מקום, נראה דטוב שלא לכופו ליתן גט אלא בדרך זה: להחרימו או לתופסו... ובדרך זה לא נקרא כפיה על הגט, רק לקיים מה שמחויב לעשות".

כתוצאה מפסיקתם האמורה של "בית יוסף" והרמ"א, ניצבים בתי הדין הרבניים בפני התלבטות קשה כשהם נתקלים בבעל אלים: נקיטת אמצעי כפייה

14 ראה משה איסרליש, בספרו דרכי משה אות כא. קל וחומר מסוג זה מצינו כבר בתלמוד הירושלמי, במסכת גיטין, פרק ט, הלכה ט: "אם מפני ריח רע [הנודף מפיו של הבעל, וגורם לאישה למאוס בו], כופים - לא כל שכן מפני חיי נפש".

אינה מקובלת על כלל הפוסקים¹⁵, ויש חשש ש"קפיצת המדרגה" מחיוב בגט לכפיית גט, כשלב הבעל אינו שלם עם פעולה זו, תביא לפסילת הגט ולהגדרתו כ"גט מעושה", שנכפה על הבעל שלא כדין.

מצד שני, ברור שלא ניתן לחייב אישה להמשיך לדור בכפיפה אחת עם בעל אלים¹⁶. בתי הדין ובתי המשפט משתמשים במקרים מעין אלו בצווי הרחקה למיניהם, שבאמצעותם הם מרחיקים את בן הזוג המכה מן הבית בלא לכפות עליו מתן גט. ברור שצווים אלו מטפלים בסימפטום, אך אין בהם כדי לפתור את הבעיה מיסודה, שהרי ניצבת בפניהם אישה הנאלצת להישאר נשואה לבעל שאי אפשר לחיות עמו.

החקיקה בעניין קיום פסקי דין של גירושין

פתרון כלשהו לבעיה זו נמצא בחוק בתי דין רבניים (קיום פסקי דין של גירושין), התשנ"ה-1995¹⁷.

חוק זה קובע אמצעי כפייה נוספים למתן גט, מלבד המאסר, שבית הדין נוקט בו רק כשמתקיימת אחת מן העילות הנזכרות בתלמוד. לפי החוק, מסורה בידי בית הדין גם האפשרות להוציא צו הגבלה. מכוחו, מוטלות על בן הזוג המסרב לגט, בניגוד לפסק דין המחייבו לעשות כן, סנקציות אחדות: איסור יציאתו מן הארץ, שלילת דרכונו, שלילת רשיון הנהיגה שלו, שלילת האפשרות שישימש במשרה על פי דין או בגוף המבוקר על ידי מבקר המדינה, שלילת האפשרות לפתוח חשבון בנק או להחזיק חשבון בנק, שלילת האפשרות לעסוק במקצוע שהעיסוק בו מוסדר על פי דין (כגון עריכת דין או ראיית חשבון וכיו"ב) ושלילת האפשרות להפעיל עסק הטעון רישוי או היתר על פי דין.

הסנקציות האמורות לעיל אינן בגדר כפיית גט. במקרים אלה יש בידי הבעל

15 מה עוד שבין הפוסקים קיימת דעה ולפיה אין בסיס למתן גט כשהאישה היא הגורם המתסיס בחיי הנישואים. ראה לעניין זה, שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן קב; שו"ת בנימין זאב, סימן פח; שו"ת תרומת הדשן, חלק א, סימן ריח, והדברים נפסקו להלכה ברמ"א, בהגהתו על שולחן ערוך, אבן העזר, סימן קנד, סעיף ג (להבנה מסוימת בפסיקה זו, ראה שו"ת שבות יעקב, חלק ג, סימן קמ; וכן דברי הרב אלחנן ווסרמן, בספרו קובץ הערות, סימן ע).

16 לניתוח סדרה של פסקי דין רבניים בעניין זה, ראה מאמרו של מ' פרישטיק, "אלימות פיזית של בעלים כעילה לקבלת גט בהלכה היהודית ובשיפוט הרבני", דיני ישראל (תשנ"ג-תשנ"ד), עמ' צג. וראה גם הנ"ל, "כפיית גט בהלכה היהודית: אלימות פסיכולוגית של בעלים כלפי נשותיהם כעילה לכפיית גט", במשפחה, כרך כט (1989), עמ' 21.

17 חוק זה מבוסס במידה רבה על מחקרו והמלצותיו של אחי, ד"ר יעקב וינרוט, בעבודת הדוקטורט שלו על דין המורדת (דיסרטציה, תל-אביב, תשמ"א). והשווה א' בארי, "הרחקות רבנו תם", שנתון המשפט העברי, יח-יט (תשנ"ב-תשנ"ד), 65-106.

לכחור אם רצונו להיות אזרח נטול זכויות ולהמשיך לעגן את אשתו, אף שאינה מסוגלת לחיות עמו עוד, או לתת לה גט מרצונו, ואז יושבו לו כל הזכויות הניתנות על ידי המדינה והקהילה לאזרח¹⁸.

כפיית האישה ליחסי אישות עם בעלה

תוצאה ברורה נוספת הנובעת מן הקביעה שהאישה אינה קניינו של הבעל היא שאסור לו לכפות עליה יחסי אישות בניגוד לרצונה. כפייה זו מוגדרת בדברי חז"ל כאונס ללא כחל וסרק, ובעניין זה אין הבדל כלל בין הבעל לאדם אחר¹⁹. אכן, הנישואים הם הסכם הכולל בתוכו כמרכיב מרכזי גם יחסי אישות תקינים וסדירים. וכבר אמרה תורה במפורש: "שארה כסותה ועונתה לא יגרע" (שמות כא, י), ופירשו חז"ל שהכוונה לשלושה חיובים בסיסיים שהבעל חייב לספק לאשתו: מזון, ביגוד ויחסי אישות סדירים²⁰. יחד עם זאת, גוף האישה אינה קנוי לבעל, ואין לו זכות לעשות בגופה דבר שלא ברצונה.

הנישואים הם גם מעין חוזה בין בני הזוג, והוא יוצר מסגרת לקיום יחסי אישות. הנצי"ב מוולוז'ין מבהיר את מצוות "עונה" שהטילה התורה על הבעל, ואומר: "הסברה נותנת שעל זה נשתעבד וכלומר, זהו הסכם מחייב המצוי ביסוד הנישואין, והכל יודעין למה כלה נכנסת לחופה. וגם כי נאסרה על ידי בעלה

18 מקורו של "צו ההגבלה" בפסיקת רבנו תם, שהתייחסה לאדם שחויב על ידי בית הדין לתת גט לאשתו, אך הנסיבות לא יצרו סמכות לבית הדין לכפות עליו לתת. לימים נתפס איש זה בגנבה, ונחשב בבית האסורים. גדולי הקהל של הקהילה יכלו להשתדל למענו אצל המלכות להקל מעליו את עונשו, או אף לפטרו מעונשו, אך הם לא עשו כן, ואמרו לו "לא נשתדל לך ולא נדבר לגויים עליך לא להרע ולא להיטיב, אם לא תגרש אישה זו שקידשת". בנסיבות אלה, נתן הבעל גט לאשתו, ופסק רבנו תם שהגט כשר, משום שאין מדובר בכפייה של בית הדין, אלא בבחירתו של הבעל בין ישיבה בבית האסורים תוך עיגון אשתו לבין השתחררות מבית האסורים תוך שחרור אשתו מכבלי נישואיה עמו. על סמך פסיקתו של רבנו תם, מצינו בשו"ת בנימין זאב, סימן פח, שיש להחרים בעל המכה את אשתו ולנדותו ולא להנותו שום הנאה שבעולם, ואף לא למול את בנו ולא לקבלו לבית הספר ולא לקברו, אם לא יגרש את אשתו מרצונו בגט כשר. אמצעי נידוי אלה אינם מוגדרים ככפייה, משום שלא נשלל מן הבעל כוח הרצון והבחירה, והוא הבוחר איזו מציאות עדיפה בעיניו. גישה דומה מצינו גם בדברי הרמ"א, שהוכאו לעיל, ולפיהם אין לכופ מתן גט על בעל אלים, אך ניתן להחרימו ולנקוט נגדו סנקציות חברתיות שישכנעו אותו לשמוע בקול בית הדין.

19 בנושא זה ראה ביתר הרחבה, נ' רקובר, "יחסי אישות בכפייה בין בעל לאשתו", סדרת מחקרים וסקירות במשפט העברי, חוברת נה, משרד המשפטים, תשמ"מ. בע"פ 91/80 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (3) 281, הסתמך בית המשפט על סקירה זו.

20 מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים, מסכתא דנזיקין, פרשה ג.

להשיג הנאה זו ממקום אחר, ואם כן הוא גוזל הנאתה ממנה... שאין היא כשבויה אצלו למנוע ממנה תענוגיה, ועל כן נשתעבד לה לדרך ארץ [=ליחסי אישות]²¹. המונח קניין בחיי הנישואין מתייחס אפוא לחיי האישות, ומבהיר שמדובר בדבר הבא לו לאדם בזכות ולא בחסד²², כדברי הנצי"ב מוולוז'ין: "מן התורה אין לאיש על אישתו שום קניין כי אם לאישות בלבד... זהו דבר ברור ומושכל ראשון, המשמעות 'כי יקח איש אישה' - הוא למה שמסיים הכתוב - 'ובעלה'²³. אם כן, יש לאיש זכות שבדין לקיים יחסי אישות עם אשתו. ומעין זה מצינו בתלמוד²⁴ שאישה הנודרת לאסור על בעלה את יחסי האישות עמה, אינה צריכה הפרה לנדרה, משום שאינו תקף מלכתחילה, מכיוון שאין אדם יכול לאסור על זולתו בנדר דברים שאינם של הנודר²⁵.

עם זאת, אף על פי שהנישואים יוצרים מסגרת הסכמית של בני הזוג לספק זה את זה בחיי המין, הרי שלאור העובדה שהאישה אינה קניינו של בן זוגה לשום דבר ועניין, ברור שמדובר בהסכם הדדי שאינו ניתן לאכיפה בכוח. אין שום היתר לבעל לאנוס את אשתו או לכפות עליה את הזכות לחיי אישות, גם משום העובדה שדבר זה לא נכלל מעולם בהסכם הנישואים, והיא לא הסכימה בעת נישואיה להתיר לבעלה לקיים עמה יחסי אישות גם בכפייה, תוך רמיסת כבודה העצמי, שהוא הבסיס ליחסייהם²⁶.

21 הנצי"ב, ר' נפתלי צבי יהודה ברלין, ראש ישיבת וולוז'ין, בספרו ברכת הנציב על המכילתא, משפטים, מסכת נזיקין, פרשה ג. לאור סברה זו, מבהיר הנצי"ב שמצוות עונה אינה טעונה לימוד מפסוק מפורש, והיא מובנת מאליה.

22 ראה דברי הרב ברוך הלוי אפשטיין, בפירושו תורה תמימה, ויקרא כב, יא, אות נ.

23 הנצי"ב מוולוז'ין, שו"ת משיב דבר, חלק ד, סימן לה.

24 נדרים פא ע"ב.

25 הרשב"א מציין (נדרים טו ע"ב) שהנדר אינו חל לא רק מכיוון שהוא סותר לקיום המצווה, אלא גם "משום דנשתעבדו זה לזה לכך, שעל ידי כך עמדו ונישאו". הרשב"א מבהיר ששעבוד זה חל גם על האישה כלפי בעלה, ולא רק על הבעל כלפי אשתו, אף על פי שמצוות עונה מוטלת רק על הבעל, אך לא על האישה. וראוי לציין שהכלל הוא: אין אדם מתנה על מה שכתוב בתורה. על כן, מכיוון שחובת הבעל לעונה מוטלת עליו מן התורה, אין הוא יכול להיפטר מחובתו זאת על ידי קביעת תנאי בנישואים מראש שאלה הם נישואים בלא מצוות עונה. תנאי כזה סותר את כל מהות הקידושין. לעומת זאת, מכיוון שחובת האישה לחיי אישות עם הבעל אינו אלא מהזכויות שזוכה בהן הבעל מכוח הסכם הנישואים, אך אין על האישה כל חובה מן התורה, ומצוות עונה אינה חלה עליה, הרי שיכול הבעל למחול על זכותו זו, ויכולה האישה להתנות מראש במסגרת הסכם הנישואים שלא ייכללו בהם יחסי אישות. לעניין זה, ראה סיכום ההלכה בספרו של ב' שרשבסקי, דיני משפחה (תשי"ח), עמ' 109.

26 יש אמירות בדברי חז"ל, כגון בנדרים כ ע"א-ע"ב, שעולה מהן לכאורה שמותר לבעל

וכך מצינו בתלמוד במסכת עירובין: "אמר רבי בר חמא, אמר רב אסי: אסור לאדם שיכוף אשתו לדבר מצוה"²⁷. סוגיה זו נקבעה כהלכה מפורשת ב"שולחן ערוך": "לא יבעול אלא מרצונה. ואם אינה רוצה והדבר היחיד שהוא יכול לעשות הוא...], יפייסנה עד שתתרצה"²⁸.

והדברים מפורשים גם במשנה תורה להרמב"ם, שפסק²⁹: "וכן אסרו חכמים שלא ישמש אדם מיטתו וליבו מחשב באישה אחרת, ולא יבעול מתוך שכרות, ולא מתוך מריבה, ולא מתוך שנאה. ולא יבוא עליה על כורחה והיא יראה ממנו...". עוד פסק הרמב"ם³⁰: "ולא יאנוס אותה ויבעל בעל כורחה, אלא לדעתה, מתוך שיחה ושמחה".

מרתקים בהקשר זה הם דבריו של הרב יעקב קניבסקי, שכתב ב"איגרת חתנים", שלא זו בלבד שאין לבעל היתר לאנוס את אשתו, חלילה, אלא שמוטל עליו לרצותה בגילויי אהבה ראויים, לפני יחסי האישות ולאחריהם, כדי להביאה למצב שתחפוץ היא בקיום יחסי המין, ותתאוה לו, ותגיע לסיפוק בקיומם. וזה לשונו:

והוא מכח הדין ממש. כי על פי דין תורה, אסור לעשות הביאה באופן שהאישה אינה מפויסת. ומחויב לפייסה בקרוב בחיבוק ונישוק, עד שתתאוה לחיבור, שכן אם לא כן, הרי היא כנתונה לפני ארי דורס ואוכל... ועוון פלילי הוא לעשוק מה שמגיע לאשתו, אפילו אם הוא מתכוון לשם מצוות חסידות ופרישות, שכן על גזילת אשתו אינו יכול לעשות חסידות... ומה שחוטף ובעל מיד, ללא קירוב, ופורש תכף ומיד, ומתרחק ממנה, הנה הבעל חושב שחוטף מלאכים בזה, ובאמת לא נגרע מתאוותו ויצרו כלום, ויצרו שלו מפויס בהחלט בהנאה שלמה, אבל אשתו לא נהנית כלל מהנהגה כזו.

לעשות באשתו בתחום המיני כפי רצונו. ואולם הטור, אבן העזר, סימן כה, מבהיר שהסוגיה מתייחסת לסיטואציה שבה האישה מסכימה למעשי בעלה. הדיון בתלמוד רק נוגע בשאלה אם יחסים הנעשים בצורות שונות, ראויים הם, אך הכול יוצא מנקודת הנחה בסיסית שהדברים נעשים בהסכמה הדדית בין בני הזוג, אך בלא הסכמה מעין זו, ודאי שהכול אסור. מסקנת התלמוד שם היא, שאם יש הסכמה בין בני הזוג, מותר מבחינה הלכתית לקיים יחסים בכל צורה שהיא, אלא שיש לדבר סייגים והסתייגויות מהרבה בחינות, אך אין הם עולים כדי איסור הלכתי.

27 עירובין ק ע"ב.

28 שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כה, סעיף ב.

29 הלכות איסורי ביאה, פרק כא, הלכה יב.

30 הלכות אישות, פרק טו, הלכה יז.

סוף דבר

הנה כי כן, לפי גישת חז"ל, האישה אינה קניינו של הבעל, והבסיס הנורמטיבי ליחסי בני הזוג הוא כבוד הדדי ושוויון. על כן, ברור שאין היתר לכל סוג של אלימות במשפחה, בין אלימות פיזית בין אלימות מילולית, והדברים עולים לכדי חובה משפטית של הבעל כלפי אשתו. כמו כן, ומכוח אותה נקודת השקפה, ברור על פי ההלכה שאין הבעל זכאי לאכוף בכוח על אשתו דבר וחצי דבר, גם לא את ההסכמים הבסיסיים של הנישואים, בדבר קיום יחסי אישות, ותנאי לכל דבר בחיי הנישואים הוא קיומו ברצון מלא ובהסכמה הדדית.

גירר

שלבי הג'ור ומרכיביו - משקלם ההלכתי וההגותי*

ג'ור בהלכה

א. בשולחן ערוך יורה דעה סימן רס"ח סעיף ג' נפסק: "כל ענייני הגר, בין להודיעו המצוות לקבלן, בין המילה, בין הטבילה, צריך שיהיו בפני ג' הכשרים לדון".

נמצאנו למדים כי מרכיבי הג'ור שלושה הם: מילה, טבילה וקבלת מצוות. כל אלו דין הוא כי יעשו בפני שלושה הכשרים לדון. על משמעות כל אחד ואחד מן המרכיבים הללו, על מהותו ומשקלו אעמוד במאמר דלהלן.

ב. מילה

הרמב"ם בפרק י"ג מאיסורי ביאה, פותח את הלכות גירות בהלכות הבאות:

הלכה א': "בשלושה דברים נכנסו ישראל לברית: במילה, טבילה וקרבן".
הלכה ב': מילה היתה במצרים שנאמר "וכל ערל לא יאכל בו"¹ מל אותם משה רבינו. שכולם ביטלו את המילה במצרים, חוץ משבט לוי" וכו'.
הלכה ד': "וכן לדורות, כשירצה העכו"ם להכנס לברית ולהסתופף תחת כנפי השכינה ויקבל עליו עול תורה, צריך: - מילה וטבילה" וכו'.
הלכה ו': "גר שמל ולא טבל, או טבל ולא מל אינו גר עד שימול ויטבול".

ג. את מהות הטבילה היטיב לבטא הרב י.ד. סולובייצ'יק, מארה"ב?²
"מילה שניתנה לאברהם העברי אב הגורל היהודי, ושנתקיימה במצרים עובר לעשיית הפסח ולאכילתו, סמל גאולת מצרים, מסמנת את השוני הגורלי של האומה, את התבדלותה וגם יהדותה ההכרחיות. מילה היא האות החרותה בעצם הוויתו הפיסית של היהודי. היא אות מתמידה בין

* פורסם ב"סיני", כרך נ"ג, סיוון תמוז תש"ן, ואב אלול תש"ן.

1 ביחס לקרבן פסח נאמר, בשמות, פרק י"ב, פסוק מח.

2 הרב י.ד. סולובייצ'יק, בסוד היחיד והיחד, עמ' 384.

אלוקי העברים ועמו, שלא ניתנה להימחות³. המילה היא הכניסה לברית הדמים החקוקה בקיומנו הפיסי - והיא ביטוי להצטרפות לעם ישראל.

ד. לאור זאת מקבלות משנה הבנה הסוגיות בנדרים דף לא, ע"ב, ויבמות דף עא, עמ' א, מהן עולה כי ערבי שנימול שלא לשם גירות הוא ערל גמור. נמצא כי כדי לבצע ע"י המילה - מעשה המועיל לגיור, יש צורך לעשות זאת לשם גירות. ברית שאינה הצטרפות לעם ישראל, היא אות מתה. לכך נפסק בשולחן ערוך, יורה דעה, סימן רס"ח סעיף א כי אם הגר נימול כשהיה עכו"ם (שלא לשם מילה) צריך להטיף ממנו דם במקום הברית. לברית הדמים החקוקה בקיומנו הפיסי ניתן להצטרף רק במעשה שייעודו אכן - הצטרפות לעם ישראל⁴.

ה. ביחס למהותה של כוונת ההצטרפות לעם ישראל, הנדרשת בעת המילה, דומה כי יש לשקול דברים בהתאם למערכת השיקולים שהיטיב לבטא הרב צבי יהודה הכהן קוק זצ"ל⁵: "המושג הזה של הגירות מתחלק לגירות של לפני מתן תורה, ולגירות של אחרי מתן תורה. או, לגירות של אגדה ושאיפת רוח כללית, ולגירות של הלכה וחק ומשפט מעשי". מקור האבחנה מבוסס על הרמב"ם בסוף פרק גיד הנשה: "אין אנו מלים מפני שאברהם אבינו ע"ה מל עצמו ואנשי ביתו, אלא מפני שהקב"ה ציוה אותנו ע"י משה רבינו - שנמול, כמו שאברהם אבינו ע"ה מל⁶ וכן גיד הנשה אין אנו הולכים אחר איסור יעקב אבינו, אלא מצוות משה רבינו ע"ה". מכאן מסיק הרב קוק, "כי מהות הברית אף היא שונה

- 3 ראה גם: הרב א. א. כי טוב. "איש וביתו", ירושלים תשל"ח, בעמ' שצג.
- 4 במסכת שבת דף קלה קיימת בענין זה מחלוקת בין הרה"ג לכין הר"ח, ולכן נפסק לחומרה בשולחן ערוך כי יש למול, אך לעניין ברכה - ספק ברכות להקל ואינו מברך. עם זאת בגירות לשם יהדות, אך בלי קבלת מצוות דן ר' משה פינשטיין באגרות משה, יורה דעה חלק ג, סימן קה ופוסק, שאף שמלכתחילה צריך הטפת דם ברית, בשעת הדחק יש לסמוך שלא להצריך הטפת דם ברית כיון שנימול לשם יהדות. אך באגרות משה, אבן העזר, ח"ד, סימן ד צרף ספק שמא צריך הטפת דם בברית, לספק שמא לא קיבל מצוות בכנות, ופסל גירות להתיר אשת איש.
- 5 הרב צבי יהודה הכהן קוק, ירחון תורני, שנה כו תשי"א חוברת ו עמ' כב-כד.
- 6 רמב"ם, פירוש המשניות, חולין דף ק, ע"ב (פרק שביעי) על המשנה: "נוהג בטהורה ואינו נוהג בטמאה" וכו'.
- 7 הדברים לא סותרים לדברי הגרי"ד סולוביצ'יק לעיל. הגרי"ד סולוביצ'יק עסק במהות הציווי הרפורמי כגיור שנעשה לשם יהדות.

מזו שלפני מתן תורה". לפיכך, בשביל יהדות התורה, כמו שהיא כולה נקבעת ונבחנת מתוך ההופעה של התגלות סיני ומתן תורה, כן מושג ההתיהדות בתור התחברות אנשים מן החוץ אליה נקבע ונבחן הוא בתור התחברות אל אומה זו, הנוצרת ומוגדרת כאותה התורה הנתונה, ובאותה מערכת הרוח והמעשה הנתונה לה ועושה את הוויית חייה.

1. לכן, הגיוור של אברהם אבינו והגיוור או היהוד שביחס אלינו, אל בני האומה הישראלית אשר מלאחר מתן תורה, ומתורה והלאה, הם שני דברים שונים שאין לערבם. ואע"פ שאברהם אבינו מתואר בתור "תחילה לגרים". (חגיגה דף ג).

2. "הגיוור שבזמן האבות הרי הוא לא של התחברות אל הגוף הציבורי של האומה הישראלית ושל התחייבות לקיום תורתה ומצוותיה האלוקות אשר ממעמד סיני. הגיוור הזה של האבות הוא זה של ביטול האלילות ושחיתותיה, הוא זה של מצוות האנושות הכללית של מצוות "בני נח" וכו'. "מה שאין כן הגיוור שלנו מלאחר מתן תורה שהוא הנהו התחברות אל אומה זו, ואל ייחוד שכינתה - עם התחייבות במשמרת התורה והמצוות". מכאן עולה כי לא מספיקה כוונה סתמית להצטרף לעם ישראל, כדי שהדבר ייחשב ברית העולה לכדי מעשה גיוור. תירוש כוונה להצטרף לעם ישראל באופן של נכונות לקבל עול תורה ומצוות כפי שהם מקיימים. בלעדי זאת תיחשב הגירות כמילת ערבי.

ח. על מידת הידיעות הנדרשת מן הגר, על היהדות אליה הוא מצטרף, נדון לקמן. גם גיוור המעלה על הדעת כי יהדות רפורמית היא היהדות, וכל הנעשה מעבר לכך הוא חומרות והידורים - יכול בנסיבות מסוימות להיחשב גיוור. ואף בכך נדון להלן⁸. אך גיוור מתוך ידיעת המצוות ואי נכונות לקבלן, פגום לא רק בשלב של "קבלת המצוות" הנדרשת בגיוור. אלא שיש פגם במהות המילה כאקט של הצטרפות לברית במובנה שלאחר מתן תורה. בלעדיה של הנכונות להצטרף לעם אף ע"י קבלת מצוותיו המילה אינה ברית.

ט. עם זאת, כאשר יש קבלת מצוות שלמה, עדיין נחוצה הברית החקוקה

8 ואולי לכן כינה ר' משה פיינשטיין באגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן קה את הברית בגיוור הרפורמי כגיוור שנעשה לשם יהדות.

כהויה הפיסית כדי לתת תוקף ממשי להילכי הנפש שבליבו של הגר. לכן אף על צד שהיתה קבלת מצוות כנה, פוסק ר' משה פיינשטיין כי יש ספק ביחס לתוקף הגיור מחמת העדר הטפת דם ברית.⁹ קבלת המצווה אינה תחליף לברית, או הטפת דם, אך הטפת דם או ברית בלי משמעותה הרוחנית, לא תסכון.

י. מדברי הרמב"ם המדמה בין גיור שטרם מתן תורה כאמצעי כניסה לברית, לגיור אחר מתן תורה עולה לכאורה כי המעשים והכוונה המצורפת להם זהים. לא זו בלבד שאין הברל בין גיור קודם מתן תורה לגיור אחריה, אלא שהברית קודם מתן תורה היא המקור לברית הנדרשת בגיור לדורות. הן הרמב"ם פוסק את הגמרא בכריתות דף ט, ע"א להלכה: "ככם כגר יהיה... כאבותיכם" - "מה אבותיכם לא נכנסו לברית אלא במילה וטבילה והוצאת דם אף הם וכו', אלא מעתה האידנא דליכא קרבן לא נקבל גרים? אמר ר' אחא בר יעקב... לדורותיהם כתיב". נמצא כי ההברל היחיד בין גיור לפני מתן תורה לגיור אחריה הוא רק בתקופה שאין אפשרות להקריב קורבן - ולעניין זה בלבד. הדברים לכאורה סותרים לדברי הרב קוק דלעיל¹⁰.

יא. לכאורה, ניתן לתלות את גישת הרמב"ם בשיטתו כי הברית אינה חלק מתהליך הגיור אלא תנאי מקדמי לה. דעה שאינה מוסכמת בין הפוסקים. הרמב"ם שם, בהלכה ו פוסק בהמשך דבריו: "וצריך לטבול בפני שלושה, והואיל והדבר צריך בית דין - אין מטבילין אותו בשבת ולא ביו"ט ולא בלילה, ואם הטבילוהו הרי זה גר". מכאן כי לדעת הרמב"ם דווקא בטבילה יש חיוב של נוכחות בית הדין, אך לא במילה. לעומת זאת בשולחן ערוך ראינו לעיל¹¹ "כי כל עניני הגר, בין להודיעו המצוות לקבלן, בין המילה וכו' צריך שיהיו בפניו ג' הכשרים לדון". מכאן כי לפי שיטת הרמב"ם אין המילה מהווה חלק מהליך הגיור, אשר בו נאמר

9 שו"ת אגרות משה, אבן העזר, חלק ג', סימן ד.

10 הרב ע. יוסף, בכנס תושבע"פ י"ג, הוצאת מוסד הרב קוק, תשל"א, עמ' כ"ז, מדמה אף את הכוונה הנדרשת מן המתגייר לדורות, לכוונת אבותינו במתן תורה לפי המובא בחז"ל, וזאת לאור גמרא זו במסכת כריתות. אך שם נידון אלמנט אחר של קבלת מצוות, ולא הכוונה הנדרשת בעת מילה. כשהנידון הוא קבלת מצוות הרי ההשראה היא אכן בין עם ישראל בהיכנסו לברית במשמעות של תורה ומצוות, לברית כיום. מה שאין כן בהשוואה שבין כניסה לברית ע"י מילה קודם מתן תורה, לכניסה לברית אחריה, ע"י מילה.

11 שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רס"ח סעיף ג.

דין של בפני שלושה (ובכך עוד נרון לקמן). בעוד שלפי שיטת השולחן ערוך מעשה המילה הוא פעולה המהווה חלק מהליך הגיוור, ומשום כך יש צורך בנוכחות בי"ד בעת ביצועה¹².

יב. מכאן כי לפי הרמב"ם המילה היא רק הסרת עיכוב והפקעת שם ערל מן הנוכרי הבא להתגייר. אין בכך כדי לשנות את הסטטוס, או להיות ראשיתו של תהליך שכזה. המילה היא רק תנאי מקדמי כדי שבית הדין יוכל להתחיל בביצוע ההליך¹³. לאור זאת מובן כי אין הבדל בין הכוונה הנחוצה במילה טרם מתן תורה, לכוונה הנחוצה במילה אחרי מתן תורה. כוונות אלו דרושות רק בהליך הגיוור עצמו, אך בעת הסרת פגמים מקדמים, אין צורך בכוונה שהדבר יעשה לשם קבלת מצוות. כוונות אלו ידרשו רק בשלבים המהווים את תהליך הגיוור עצמו.

יג. אלא שאין בכך כדי לתרץ. הן מבואר בסוגיה בנדרים דף לא, ע"ב כי ערבי שמל הוא בגדר ערל. נמצא שאף בשלב המיקדמי של הסרת העיכובים בטרם יוחל בהליך הגיוור, יש צורך בכוונה כי הדבר יהיה לשם יהדות. ואף מעבר לכך קשה מן העובדה שהרמב"ם מדמה אף טבילה שנעשתה לפני מתן תורה לטבילה הנחוצה לדורות¹⁴. וטבילה היא כודאי חלק אינטגרלי מהליך הגיוור הדורש כוונה של הצטרפות ליהדות. הכיצד ניתן א"כ לומר כי יש הבדל בין מהות ההצטרפות לעם ישראל לפני מתן תורה ואחריה - והרי הרמב"ם מדמה את מרכיבי הגיוור טרם מתן תורה, למרכיבי הגיוור לדורות?¹⁵

יד. לכן נראה כי יש אכן זהות בין אופן ההצטרפות לעם ישראל לפני מתן תורה ואופן ההצטרפות אחריה. אך זאת רק ביחס לאמצעים בהם מתבצעת הצטרפות זו. ואכן השוני בגירות אחר מתן תורה אינו באמצעי ההצטרפות לברית, אלא במהות הברית. המילה והטבילה הם הליכי גיוור וכניסה לעם ישראל לפני מתן תורה ואחריה. אלא שעם מתן תורה העם השתנה וממילא הכוונה הנדרשת בטרם מתן תורה, והכוונה הנדרשת

12 ועיין בשו"ת אגרות משה, לר' משה פיינשטיין זצ"ל, יורה דעה, חלק ב, סימן קנח, האם קטן שמל שלא בפני בי"ד צריך שוב להטיף דם ברית בפני בי"ד.

13 וראה, הרב י. ד. סולוביצ'יק, לעיל הערה 2, בעמ' 387, הערה 21 (המתחילה בעמ' 385).

14 רמב"ם, פרק י"ג מאיסורי ביאה, הלכה ג, והלכה ד.

15 ואולי מתייחסים דברי הרב קוק רק לאלמנט של קבלת המצוות, אך א"כ מה החידוש כי יש הבדל בין גיוור קודם מתן תורה לאחריה.

אח"כ שונים בתכלית. אף קודם מתן תורה ציינה הברית את השוני הגורלי של האומה ויהדותה החרותים בעצם ההויה הפיסית. אך לאחר מתן תורה, כדי שאכן תיחשב המילה לברית, (בין כחלק מהליך גיור ובין כתנאי מקדמי להליך שכזה), נדרשת כוונה להצטרף ליהדות של קיום תרי"ג מצוות - שבהן מתבטאת אותה יהדות, אותה אומה של חוקים ומשפטים.

טו. העולה מן הדברים הוא:

- א. בכדי שהמילה תיחשב לברית עליה להיעשות לשם יהדות.
- ב. גר מהול צריך הטפת דם ברית, אם נימול טרם הגירות¹⁶.
- ג. לאור דברי הרב צבי יהודה הכהן קוק יש צורך במילה על רעת קבלת תורה ומצוות, שכן בכך מתבטאת הברית לאחר מתן תורה.

טז. טבילה

בטרם נדון במקומה של הטבילה בהליך הגיור, יש לעמוד מעט על מהותה. מהו הרעיון הטמון באותה טבילה ראשו ורובו בארבעים סאה מים שאינם שאובים?

יז. הרב א. א. כי טוב בספרו "חסידים ואנשי מעשה"¹⁷ מביא תפילה שהיו חסידים הראשונים אומרים בעת הטבילה. דומה כי בתפילה זו גנוז רעיון המבטא את מהות הטבילה. וזו לשון אותה תפילה: "רבש"ע אל תבא חשבון אתי על אשר עבר כבר, תן בי כח להתחיל בעבודתך כתינוק שנולד בעולם מחודש, שאין עליו חטא מקודם. הרי אני לפניך עתה כאילו שבתו לעפרי. והעפר אף הוא שב למה שהיה מתחילתו קודם החטא. וכל העולם כולו מים במים. ואין לפניך לא חוטאים ולא חטאים". ומיד לאחר הטבילה אמרו: "הריני לפניך עכשיו כיצור שנוצר זה עתה. עפר מן אדמה עתה נבראתי. והאדמה זה עתה נקוו המים מעליה ונראתה היבשה. יצור חדש הנני לפניך בכריאה חדשה".

יח. מהותה של טבילה הוא א"כ, מעשה המסמל את החזרת הישות הקודמת למצב הטרומ בראשיתי, שלפני בריאת העולם. ויצירת אדם חדש, המנותק מן הזהות הקודמת כמובניה השליליים. נמצא כי אקט הטבילה

16 וזאת, מחמת מחלוקת הפוסקים בנידון, נקטינן לחומרה.

17 הרב א. א. כי טוב וצ"ל, חסידים ואנשי מעשה, ירושלים, תשל"ח - במעונות אריות, עמ' מו.

כולל שתי פונקציות: האחת ניתוק מן הישות הקודמת. הסרת טומאת העמים. (בג'ור). ויצירת אדם חדש. "גר שנתגייר כקטן שנולד". נמצא כי מהות הפעולות המהוות את הג'ור ותוכנן הפנימי הוא כדלהלן: המילה היא פעולה בתחום ההוויה הפיסית, הטבילה היא פעולה בתחום האישיות, וקבלת המצוות באופן עקרוני היא השלב של ההצטרפות המעשית לעם ישראל. עם זאת, גם בשלבים הראשונים של הליך הג'ור, בטבילה ובמילה, הכרח הוא כי יעשו מתוך מגמה של יצירת אדם חדש הנתון תחת עול תורה ומצוות¹⁸, שאם לא כן לא טבילה היא זו, במוכן המתואר לעיל¹⁹, ולא מילה היא זו, במוכן הנ"ל.

יט. דיני הטבילה

שולחן ערוך, יורה דעה סימן רס"ח, סעיף ב: "מטבילין אותו טבילה הוגנת בלא חציצה". ומבואר בשפתי כהן (ש"ך) שם, כי כוונת השולחן ערוך במילים: "טבילה הוגנת" לדברי התלמוד יבמות דף מז כי כל החוצץ בנידה חוצץ בגרות. כלומר, על הטבילה להיות בעיון הגוף ללא חציצה. כמו כן מובאת בשולחן ערוך שם דעת הרא"ש והרי"ף והטור כי יש צורך גם בגילוח שערות ונטילת צפרני ידיים ורגליים קודם הטבילה.

כ.

בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, בסימן קי"א ביחס לטבילה בקומה זקופה וביחס לדעת המחבר בשולחן ערוך, יורה דעה סימן קצ"ה, סעיף לה, פסק: "ויש טעם גדול לומר דאף לשיטת המחבר דעלתה לה טבילה, יודה דלטבילת גרות לא תעלה הטבילה כיון דהוא להיכנס בזה לקדושת ישראל, יש לזה חומר טבילה וטהרות (ולא רק דין טבילת אישה לבעלה) דלכולי עלמא לא עלתה טבילה, דהא ודאי, צריך לומר דלא רק בשמא בעלמא נקראו ישראל עם קדוש, אלא שישראל יש להם קדושה ממש" וכו'. אבל בתוס' נדה דף סז, ע"א ד"ה פתחה, מפורש דליכא לטבילת גר ועבד משוחרר חומרא דטבילה לטהרות, אלא טבילה דאיסור והיתר, דהוא כטבילה דנדה לבעלה וכו'. "ויש לנו להחמיר מספק" (שכן יש דעות ראשונים חלוקות בענין)²⁰.

18 לענין זה ראה, הגרי"ד סולוביצ'יק, בהערה 13, בעמ' 386-388.

19 ואין להקשות מדין אישה דטבילה לנידתה דמהני, שכן זהו קיום המצוות הגדול ביותר שיכול להתבטא כבר בעת הטבילה.

20 במקרה המסויים הנדון התיר ר' משה פיינשטיין: "מכיון שהיא חולה גדולה שלא שייך שתנישא" וכו'.

נמצא כי בטבילת גרות יש להחמיר אף מעבר להקפדות שיש בטבילת נידה.

כא. עדות כשרה בעת הטבילה:

שולחן ערוך, יורה דעה סימן רס"ח סעיף ג: "בדיעבד אם לא מל או טבל אלא בפני ב' (או קרובים - מרדכי) ובליה. אפילו לא טבל לשם גירות אלא איש שטבל לקריו ואישה שטבלה לנידתה הוי גר ומותר בישראלית" וכו'.²¹ ולהרי"ף ולהרמב"ם "אפילו בדיעבד שטבל או מל בפני שניים או בלילה מעכב ואסור בישראלית".
בשפתי כהן (ש"ך) שם, ס"ק י מסיק ביחס למי שידוע לנו כי היה עובד כוכבים. כי לכולי עלמא: "צריכין שיהיו ב' עדים לפחות. (ולדעת הרי"ף והרמב"ם שלושה) שידעו שנתגייר כראוי, ואף באישה (שטבלה לנידתה דמהני) נראה בשעה שטבלה נפשה היו צריכין לאנשים רואים אותה שטבלה להיות עדים בדבר".

כב. מן הסמ"ג בלא תעשה קט"ז עולה כי טבילה בפני שניים (ולא בפני שלושה) מעכבת ואינו גר כלל. וכך משמע מן השלטי גבורים ביכמות דף מה, שהביא בשם הסמ"ק. עם זאת מבאר ר' משה פיינשטיין בשו"ת אגרות משה, יורה דעה חלק ג, סימן קי"ב כי דין השלושה ביחס לטבילה אינו כדין עדים. אלא שהם המורים לגר לטבול, ודן שם מדוע נדרשת נוכחותם בעת הטבילה. ומסיק שכאשר יש אומדנא דמוכח שטבלה הדבר מספיק הן לעשות והן להחשב בפני שלושה.²²

כג. כאשר יש חסרון בעדים כשרים נפסלת הגירות. ובאגרות משה, אבן

21 פתחי תשובה שם, ס"ק ג. "מעין כדגמר דהיינו דוקא כגר גדול שאצלו קבלת מצוות עיקר הגירות, והמילה והטבילה אינו אלא גמר הדבר, סגי בלא שלושה ואפילו בלילה. אבל גר קטן שלא שייך בו קבלת מצוות והטבילה עיקר וכו' לכולי עלמא צריך להיות ביום בפני שלושה". מכאן כי עיקר הגירות הגדול הוא - קבלת המצוות. ובכך עוד נדון לקמן.

22 הנידון שם במקום צר שעמדו הדיינים בשורה, ורק הראשון ראה הרכנת ראשה במים. על משמעויות החיוב לטבול בפני שלושה, נדון לקמן. [עכ"פ נוכחות העדים היא כבר בשלב שבו האישה כולה במים והדיינים רק מוודאים את הכנסת הראש ג"כ, כך שאין שום פגיעה חלילה בצנעת הפרט של האישה]. ואף ביחס לעדות פסק, כי אף כשיש מציאות שידוע שהוא - גר (ויש אתחזיק איסורא) כאשר אין לו אינטרס לרמות מספיק אף עד אחד שראה את סיום האקט של הטבילה.

העזר, ח"ג, סימן ג התיר ר' משה פיינשטיין אשת איש לעלמא, על סמך חסרון בכשרות העדים שנכחו בעת הטבילה. העדים במקרה הנדון היו רפורמים ובהקשר זה פסק ר' משה פיינשטיין: "הרפורמים כולם פסולים לעדות שהרי הם כופרין בתורה מן השמיים, שלכן אף שאין עדים בעברם על מצוות התורה, הרי השם רפורמה מעיד שהן כופרים, ומפורש ברמב"ם פרק י"א מעדות הלכה י' שאף שלא מני אותם חכמים בכלל פסולי עדות פשיטא שהם פסולין, שלא הוצרכו למנות אלא רשעי ישראל. אבל, אלו המורדים הכופרים פחותין הן מן העכו"ם וכו' וכו'".
 "נמצא שאף אם נעשה במילה וטבילה בפני הרפורמים אינו כלום".

כד. יצויין כי בתשובה זו נראה, שאין הנידון רק בקולא מיוחדת ובפסילת הגירור משום שהנידון הוא מקרה של עגונה. שכן ר' משה פיינשטיין מסיים תשובה זו: "ולדעתי פשוט שאסור להחמיר ליתן גט, שהרי זה יהיה כעדות מהרב שסידר הגט שהוא גר, ויצא מזה תקלה שישא אישה אחרת יהודית. וכן אין גם להחמיר ויש - להתייר בלא גט" וכו'. משמע כי אף במציאות שבה ניתן לאתר את בעלה ולהשיג ממנו גט, ר' משה פיינשטיין פוסק שהגירות אינה כלום ומתיר על סמך זאת אשת איש בלא גט, בהיות הבעל גוי גמור.

כה. בגירור שלא תחת פיקוח, בי"ד מוסמך או רבנות מוכרת, מתעוררות א"כ שאלות חמורות ביחס לכשרות המקוה. הקפדה על עיון הגוף, כשרות העדים, טבילה על פי הוראת בי"ד של שלושה. ויצויין כי ביחס לחלק מן הפעולות (כגון עיון הגוף) כמעט ולא תיתכן ביקורת על מעשי הגר. כל שניתן להבטיח הוא:

א. שהיתה הסברה מוקדמת והבהירו לגר את פרטי הדינים הנוגעים לטבילה.

ב. התרשמות אישית מן הגר בדבר נכונותו לבצע את הנדרש, עד כדי רמה של אומדנה, לומר כי אין לו אינטרס לרמות. נמצא כי מידת כנותו של הגר ומידת בקיאותו של הגורם המגיר הם שיקול חשוב.

כו. בהקשר זה יצויין כי ביחס לקבלת מצוות פוסל ר' משה פיינשטיין גירור קונסרבטיבי גם משום ש"הרבנים הקונסרבטיבים לא בקיאים בהלכות

אלו של גירות, ואף הבקיאים לא מקפידים בזה²³. ובאותה תשובה ביחס לגירות לשם אישות - בגיור לא כנה ואמיתי, פסק "בנתגייר שלא לשמה, אלא לשם אישות וכדומה"²⁴, שהוא רק מן ההכרח, "שיש ודאי לתלות שאם אך תוכל לרמות ולא תעשה לקבלתה תרמה. שהרי אין לה רצון להתגייר". "ולכן צריך עדים כשרים לכולי עלמא באף בדיעבד צריך שיהיו שניים כשרים לכל הפחות, וכיון שלא היו שם אלא הנשים היא בחזקת גויותיה".

כז. העולה מן המקובץ:

- א. מסתבר כי טבילה הנעשית לשם גירות, חייבת להיות לשם קבלת עול מצוות.
- ב. על הטבילה להיות במקווה כשרה, בלי חציצה, ולאחר עיון הגוף.
- ג. בטבילת גירות יש מקום להחמיר אף מעבר לטבילת נידה.
- ד. כאשר ברור שהגר היה עכו"ם מתחילה, הכרח הוא שתיעשה הטבילה בפני עדים כשרים. ענין זה מעכב לגירות.
- ה. לדעת הרי"ף, הרמב"ם והסמ"ג, על הטבילה להיות בפני שלושה. העדר בי"ד בעת הטבילה מונע את חלות הגירות.
- ו. יש נסיבות שאף אומדנא דמוכח מועילה להוכיח שטבלה, ומשלימה חסרונות בראיית העדים או בי"ד.
- ז. כאשר הגר בעל אינטרס לרמות, או שלא נעשתה הסברה מקיפה ביחס לדינים דלעיל ע"י הגורם המגייר, מעלה הדבר ספקות רציניים מאוד ביחס לתוקף הגיור.

כח. קבלת מצוות:

- בנקודה זו יש לדון בשני מישורים:
המישור האחד הוא, הצורך העקרוני בקבלת מצוות ומקומה של קבלת המצוות במערכת הגיור.
והמישור השני הוא, היקף קבלת המצוות ומידת הידיעה והכנות הנדרשים מן המתגייר, המקבל עול מצוות באופן עקרוני.

23 הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, יור דעה, ח"ב, סימן קס. ביחס לצורך בהעדר אינטרס לרמות, ראה גם בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, קיב.

24 כלומר, גם המתגייר כדי שיתאפשר לו לשאת בת זוג יהודיה. במקרה זה אין את האומדנא דמוכח, והחזקה שתעשה כפי שהבטיחה לעשות.

כט. שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רס"ח סעיף ג. "כל ענייני הגר, בין להודיעו המצוות לקבלן, בין המילה ובין הטבילה צריך שיהיו ב-ג' הכשרים לדון וביום". ובהמשך: "חוץ מקבלת המצוות שמעכבת (לכולי עלמא) אם אינה ביום ובשלושה". והנה, באותו סימן בסעיף יב פוסק השולחן ערוך: "ואם לא בדקו אחריו (שמא התגייר לשם אישות) או שלא הודיעוהו שכר המצוות ועונשן, ומל וטבל בפני ג' הדיוטות, הרי זה גר". לכאורה, יש סתירה מפורשת בדברי השולחן ערוך. בסעיף ג' נפסק כי לא תיתכן גירות ללא קבלת מצוות. ובסעיף יב נפסק כי קבלת גירות אינה מעכבת.

ל. סתירה זו מיושבת בשו"ת חמדת שלמה תוך דיוק בדברי השולחן ערוך²⁵. בסעיף ג נאמר כי "להודיעו המצוות לקבלן: הוא דבר המעכב בגירור. ואילו בסעיף י"ב מתייחס השולחן ערוך להודעת שכר המצוות ועונשן, ואלו שני גורמים שונים בתכלית. קבלה עקרונית של המצוות היא עיקר הגירות ונשמת אפה ובלעדיה אין גירות כלל. ומאידך, הודעת "שכר המצוות ועונשן" ואף ידיעה מפורטת של דיני המצוות, אינם מעכבים בגירות. שהרי לא יעלה על הדעת שאדם אינו גר עד שידע את כל השולחן ערוך ונושאי כליו לפרטיהם, על בוריין. לכן גירות תיתכן בלי ידיעה על פרטי המצוות ובלי "הודעת שכר המצוות ועונשן", אך לא תיתכן בלי קבלה עקרונית של עול מצוות.

לא. בעייתית יותר היא שיטת הרמב"ם ביחס לצורך העקרוני בקבלת מצוות. בפרק י"ב מאיסורי ביאה הלכה יז פוסק הרמב"ם: "כל העכו"ם כולם שיתגיירו, ויקבלו עליהן כל המצוות שבתורה, והעבדים כשישתחררו, הרי הן כישראל לכל דבר" וכו'. משמע כי יש גירות ויש תהליך נוסף ונפרד של קבלת מצוות. אלו שני גורמים שונים אשר רק שילוב ביניהם הופך עכו"ם לישראל לכל דבר.

לב. גם בפרק י"ג מאיסורי ביאה הלכה ג פוסק הרמב"ם: "וכן לדורות כשידעה העכו"ם להכנס לברית ולהסתופף תחת כנפי השכינה, ויקבל עליו עול תורה, צריך מילה וטבילה וכו'. מכאן כי קבלת מצוות אינה נמנית כאחד הגורמים בגירור, אלא כתנאי לגירור הבא לפניו²⁶.

25 הרב שלמה ז. ליפשיץ (אב"ד בוורשה), שו"ת חמדת שלמה, יורה דעה, סימנים כט, ל.
26 בפתחי תשובה, הערה 21 לעיל, ג"כ מצינו כי יוחס לקבלת המצוות משקל אחר מאשר לשאר גורמי הגירור. אך בדעת השולחן ערוך, קבלת מצוות היא חלק מן ההליך - חלק

לג. מן הראוי לשים לב כי לשון הרמב"ם אינה: כשירצה העכו"ם להכנס לברית, ולהסתופף תחת כנפי השכינה ולקבל עליו עול מצוות. נאמר "ולהסתופף תחת כנפי השכינה - ויקבל עליו עול מצוות". כלומר, בטרם הטבילה, נעשתה כבר קבלת המצוות. אין זה דבר עתידי הנמצא בתודעת הגר, אין זו כוונה בלבד או מטרה אלא דבר שנעשה כבר. ומכאן מתחזק הפשט ברמב"ם כי אף שתהליך הגיור אינו כולל את קבלת המצוות כאלמנט מן האלמנטים, אין זאת משום שאין כלל צורך בקבלת המצוות, אלא משום שקבלת המצוות היא תנאי מקדמי.

לד. והנה, הב"ח (בית חדש) בסוף סימן רס"ח ביורה דעה מפרש: "אע"פ שכתב הרמב"ם דכשר אף שלא היה לשם קבלת מצוות, כבר חלקו עליו". ואין לומר פשט בדברי הב"ח כי כוונתו לטבילה, לומר שבה אין צורך לכוונה לשם קבלת מצוות, אף שבשלב מאוחר יותר נדרשת קבלת מצוות לשם גירות. שהרי דייקנו מלשון הרמב"ם כי קבלת המצוות דין הוא שתיעשה אף קודם לטבילה. דברי הב"ח כי טבילה תיתכן בלי קבלת מצוות פירושו לכאורה כי דברי הרמב"ם "ויקבל עליו עול מצוות" הן בגדר מטרה כללית שלשמה יש המתגיירים, אך אין היא תנאי מקדמי לגיור.

לה. מן הב"ח עולה לכאורה פשט ברמב"ם שיתכן גיור בלי קבלת מצוות. קבלת דברים אלו כפשוטם מעלה שרשרת תמיהות:

א. ברמב"ם בפרק י"ב מאיסורי ביאה הלכה י"ז מצריך הרמב"ם אף קבלת מצוות כדי שהעכו"ם יהפך לישראל לכל דבר. משם אכן משמע כי אלו שני תהליכים נפרדים וקבלת המצוות אינה חלק מן הגיור, אך משמע לא פחות כי יש צורך אף בקבלת מצוות כדי להעניק סטטוס של ישראל.

ב. הרמב"ם בפרק י"ז מאיסורי ביאה הלכה ח' פוסק: "אין מקבלין גר תושב אלא בזמן שהיובל נוהג, אבל בזמן הזה אפילו קיבל כל התורה כולה חוץ מדקדוק אחד, אין מקבלין אותו".

מוכח א"כ כי כשיש ולו החסרון הקטן ביותר בקבלת מצוות

מרכזי בו. ברמב"ם מקבל עניין קבלת המצוות משנה חשיבות, עד שהוא אף קודם לגיור ותנאי לעיסוק של ביה"ד ודיון בגירות האיש שבפנינו.

זהו - גר תושב! כלומר, אין סטטוס של יהדות, אלא רק "מותר להושיבו בארץ ישראל כלשון הרמב"ם. הערה זו על שיטת הב"ח היא הוכחה שמוכיח הרב א. י. הכהן קוק זצ"ל לפשט שלו עצמו בדברי הרמב"ם כפי שיובא לקמן²⁷.

ג. דומה כי התמיהה החזקה ביותר על הב"ח אינה במישור ההלכתי הצרופי אלא דווקא במישור ההבנה הכללית במהותו של גיור. לפי שיטת הב"ח שתיתכן גירות ללא קבלת מצוות, נמצא כי באישה אשר אין בה מילה כמובן, הטבילה בלבד תביא לגיורה. ויש הרכה מעבר לאינטואיציה בכך שלא תיתכן גירות ע"י התנת או טבילת מים ותו לא. גירות המשוללת הצטרפות תרבותית של המתגייר לעם, הוא טקס נטול תוכן. מה עוד שכל מהות הטבילה אינה אלא יצירת ישות מחודשת, כפי שראינו לעיל, האם זה מתקיים אף בגירות שאין עימה קבלת מצוות?

אף הזרמים החברתיים בארה"ב המצדדים בגיור ע"י הצהרה של "שותפות גורל" (דבר שהוא תוצאה, ולא חלק מן ההליך בגיור עפ"י ההלכה) מלמדים כי יש קונזנסוס בהבנה שיש צורך באיזשהו מכנה משותף עם העם היהודי מעבר לטקס. הבנת דברי הב"ח כפשוטם לומר שאין כלל צורך בקבלת מצוות, מביאה את שיטת הרמב"ם עדי אבסורד.

לו. לכן נביא להלן שורת פירושים בשיטת הרמב"ם, אשר חלקם אף

27 הרב א. י. הכהן קוק זצ"ל (הרב הראשי הראשון לישראל), שו"ת דעת כהן, יורה דעה, סימן קנר. ר' יצחק שמלקיש בספרו בית יצחק, יורה דעה סימן ק - דן האם מה שנפסק ברמב"ם "אין מקבלין אותו" הוא רק דן לכתחילה או אף דן בדיעבד. ומוכיח כי זה אף לעיכובא מהגמ' בעבודה זרה דף סד, ע"ב: "איזהו גר תושב... שקיבל עליו לקיים כל מצוות האמורות בתורה, חוץ מאיסור נבלות". - וזו לשונו: "ואי סלקא דעתך שהמקבל עול תורה חוץ מדבר אחר הוא גר בדיעבד, אמאי הוי גר תושב בלבד, הא הוי גר גמור? אלא ודאי דאף בדיעבד אינו גר". ראייה זו מהגמ' בעבודה זרה, דוחה ר' חיים עוזר גרודזנסקי בשו"ת אחיעזר, ח"ג, סימן כו, אות ה, בכך ששם מדובר במי שכלל לא טבל לשם יהדות. כשגר תושב קיבל על עצמו קבלת מצוות לא נכללה בכך טבילה שהרי זו לא מצווה. דיון מפורט בעניין נמצא אף במאמרו המקיף של הרב י. גרשוני, שבילין, גליון כה, כו, אלול תש"ל, עמ נא, בעמ' נה. בהמשך הדברים מביא הרב י. גרשוני ראיות לכך שגיור אשר יש בו פגם כלשהו בקבלת המצוות פסול אף בדיעבד. אך דומה כי דחיית ראייתו של הרב יצחק שמלקיש בבית יצחק, גודרת בהכרח אף ישוב לקושינתו על הב"ח מהרמב"ם בפרק י"ד הנ"ל.

מתיישבים עם דברי הב"ח, והמבארים את מקומה של קבלת המצוות לשיטת הרמב"ם.

לז. הרב י. רוזנטל²⁸ מוכיח באריכות מן הסוגיות ומשיטות ראשונים כי בגירות יש פעולות בשני מישורים, השונים מצד הגוף הפועל בהם. בחלק מהליכי הגיור הפועל הוא ביה"ד. הטבילה לרעת הרמב"ם מבוצעת ע"י ביה"ד. אין זה הליך המתבצע בנוכחות בית הדין, אלא זו יצירה של ביה"ד עצמו. בית הדין הוא המורה לטבול - מטביל, ובכך הוא מגייר - זהו פסק קונסטיטוטיובי ולא דקלרטיבי²⁹. בחלק אחר מהליכי הגיור פועל המתגייר עצמו, במישור הסובייקט האינדיבידואלי שלו - זו קבלת המצוות. התחום השני הזה הוא ג"כ חלק בלתי נפרד מן הגירות ובלעדיו לא תסכון גירות.

לח. מעתה יובנו דברי הרמב"ם במשנה עומק והכנה. הרמב"ם בפרק י"ג הלכה ג, אינו מקדים הקדמה מעין ספרותית באומר: "כשירצה העכו"ם להכנס תחת כנפי השכינה ויקבל עליו עול מצוות". כל אלו הם התהליכים הנפשיים הנדרשים בעת שהגר פועל בתחום הסובייקט האינדיבידואלי. לשיאה מגיעה כוונה זו כאשר היא אף מתבטאת במעשה של קבלת מצוות. כל אלו הם ג"כ חלק מהגירות, אך הם נעשים בתחום הפרט. ואילו הרמב"ם באומר "צריכים טבילה" וכו' עוסק בחיובי בית הדין. כאשר סיים הפרט את ההליך המבוצע בתחומיו הוא ועל ידו, ניגש בית הדין ליצור גירות באופן קונסטיטוטיובי וזאת ע"י מילת הגר וטבילתו. (מילה היא כאמור לעיל תנאי מקדמי לדעת הרמב"ם, ולכן בשלב זה של מעשה ביה"ד נדרשת רק הטבילה). זו גם ההבנה ברמב"ם בפרק י"ב מאיסור"ב הלכה יז לפיה יש בגירות שני אלמנטים. גירות וקבלת מצוות. כלומר פעולה ע"י ביה"ד, ופעולה ע"י הפרט עצמו, אשר ביחד מצטרפים הם לשינוי הסטטוס לעשותו לישראל לכל דבר.

לט. לפי פירוש זה ניתן להבין אף ברעת הב"ח שאין הוא מיתר לחלוטין

28 הרב י.נ. רוזנטל, אב"ד וראש ישיבת הגר"א בחיפה. "מוריה", שנה שניה גליון ג-ד, עמ' כו.

29 ועיין בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן קיב, בקטע המתחיל "אבל אף אם גם לא שמעו" בעיקר דבריו לפי שיטת הרמב"ן.

את הצורך בקבלת מצוות לפי הרמב"ם. הב"ח מבאר אך זאת, שהטבילה אינה לשם קבלת מצוות, אלא אלמנט נפרד בגירות, הנעשה ע"י גורם אחר ובנפרד. אך הא מיהת אף לשיטת הרמב"ם שקבלת המצוות נעשית בתחום הסובייקט ולא ע"י ביה"ד, היא מהווה חלק מתהליך כולל המביא לגיוור, ואין בלתי!

מ. פירוש מעין זה מצוין בכנס תושבע"פ י"ג, במאמרו של הרב בצלאל ז'ולטי זצ"ל³⁰ (רבה של ירושלים). לפי פירושו, קבלת מצוות אינה חלק מתהליך הגיוור אלא היא תנאי מקדמי לגיוור. כדי שביה"ד יוכל להתחיל בהליך הגיוור עליו להבטיח לפני כן כי היתה קבלת מצוות. זו אבן הסף אשר בלי לעוברת לא ניתן להכנס לעם היהודי. (אין זה הליך נפרד - וסובייקטיבי, אלא תנאי מוקדם). ביה"ד חותם את התהליך אשר ראשיתו הברית, שהיא אות חרותה בהוויה הפיסית. המשכו בקבלת מצוות שהיא ההצטרפות הרוחנית לעם ישראל. לאחר שהפרט הכשיר את אישיותו על כל היבטיה יכול ביה"ד לבצע אקט קונסטיטוטיובי של גיוור, ע"י הטבילה, שהיא ה"מכה בפטיש" ופסק הדין הסופי המעניק סטטוס של יהדות.

מא. גם לפי פירוש זה מיושב הרמב"ם באותה דרך, ויש הכדל בין הטבילה שהיא - ההליך עצמו, לבין קבלת המצוות שהיא תנאי מקדמי. נמצא כי אכן קבלת המצוות אינה חלק מהגיוור אף שאין בלתי.

מב. מעין זה אף מפרש הרב א. י. הכהן קוק זצ"ל בדעת הרמב"ם³¹, ומבסס את הסברו על לשון הספרא. אך עוד טרם מבאר הרב קוק את דעת הרמב"ם קובע הוא נחרצות: "מכל מקום משנה לא זזה ממקומה" וכוונתו לסוגיא בבכורות דף ל, ע"ב: "נכרי שבא לקבל דברי-תורה, חוץ מדבר אחד - אין מקבלין אותו". קבלת המצוות היא תנאי הכרחי בטרם יחל ביה"ד להתעסק בגירותו של אדם.

מג. לאור סקירת לשונות במדרשי חז"ל שונים מוכיח הראי"ה קוק זצ"ל כי המקבל עליו עול מצוות מיד הוא מכונה גר. "גר שבא להתגייר". - אם

30 ראה הערה 10, עמ' לג. גם בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן קיב מוצאים אנו "אלא נראה דקבלת המצוות אינו ממעשה הגירות, אבל מי שלא קיבל המצוות לא הוכשר להיעשות גר". ונדון בכך לקמן.

31 ראה הערה 27 לעיל.

הוא כבר גר, מה הצורך לבוא ולהתגייר? – אלא שע"י קבלת המצוות עבר הגוי את השלב המקדמי של ניתוק מגויות ומעבר אבן הסף לעברה של יהדות. וזאת בתחום היותר חשוב של הזהות ההשקפתית והדתית. אך מי שאינו מקבל עול מצוות הוא: "נוכרי שבא לקבל דברי תורה חוץ מדבר אחד"³². הוא נשאר בגויותו. מכאן מוכיח הרב קוק אף בדעת הרמב"ם כי קבלת מצוות אינה חלק מן ההליך אלא תנאי מקדמי לגירות. תנאי הכלול במונח "גר" במובנו התלמודי.

מד. כך מיישב הראי"ה קוק את העובדה שהסוגיא בכורות נפסקה ברמב"ם – בהלכות גר תושב, ולא בהלכות גרות גופן. ובשולחן ערוך לא מוזכר דינה של קבלת מצוות חוץ מדבר אחד. ההסבר הוא, שבאין חלק מקבלת המצוות אין לו שם של גר. זו לא גירות אלא דין של גר תושב. וכיון שדין גר תושב אינו נוהג בזמן שאין היובל נוהג, לא הוזכר הדבר בשולחן ערוך ובטור הדנים בהלכות הנוהגים עתה ולמעשה.

מה. לפי החמדת שלמה, ניתן אף ליישב את שיטת הרמב"ם, אכן אין צורך בהודעת פרטי המצוות כדי שהגירות תחול. אך יש צורך בקבלה עקרונית של עול מצוות. אלא שאם בדברי השולחן ערוך מדוייקים הדברים הרי שברמב"ם קשה להלמם. זאת כיון שהרמב"ם מציין את קבלת המצוות כהליך נפרד ולא כחלק מהגירות הן בפרק י"ב מאיסור"ב הלכה יז, והן בפרק י"ג מאיסור"ב הלכה ג.

מו. הפירוש שניתן להולמו באופן הטוב ביותר אף עם שיטת הב"ח הוא פירושו של הרב משה סולוביצ'יק זצ"ל, לפיו "הרמב"ם לא נתכוון לומר שגר שנתגייר על מנת שלא לקיים המצוות – הרי הוא גר. דבר כזה יקעקע את כל עניין הגירות וקדושת ישראל המתמצה בחובתנו לקיים את מצוותיו של הקב"ה. שיטת הרמב"ם היא, כי אין קבלת המצוות מהווה פעולה מיוחדת בגירות הזקוקה לבית דין, כמו טבילה, וכי אינה אלא קו אופייני במעשה גירות שהתקיים לשם קיום המצוות. לכן, אם יודעים אנו שהגר מוכן לקבל בטבילתו עול תורה ומצוות, אעפ"י שלא היה שם מעשה מיוחד של השמעת המצוות והסכם הגר, הטבילה מועילה, כיון שהגר מתכוון לחיות חיים קדושים של ישראל כשר"³³.

32 בכורות דף ל, ע"ב.

33 מובא בספרו של הגרי"ד סולוביצ'יק, בשם אביו. ראה הערה 2, בעמ' 389, הערה 22.

לאור זאת ניתן לומר שזו כוונת הב"ח באומרו בדעת הרמב"ם שאין הטבילה חייבת להיות לשם קבלת מצוות. כלומר, אין צורך בפעולה פורמלית של קבלת מצוות אשר תבוא לאחר הטבילה, ושהטבילה היא ההכשרה אליה. אך יש צורך בקבלת מצוות במישור העקרוני כהליך המתקיים בנפשו של הגר.

מז. במסכת כתובות דף יא מצינו כי גר קטן (שלא הגיע ל"ג שנים) - מטבילין על דעת כי"ד. הריטב"א שם מקשה: "והא גר בעלמא צריך שיודיעוהו קצת מצוות קלות וחמורות?" ותירץ: "דההיא למצווה ואינו מעכב, והכא דלאו בר הודעה הוא, אינו מעכב". מכאן עולה לכאורה כי אין הכרח בג'ור כי יתקיים בו אף קבלת מצוות? - ואם בריטב"א ניתן לומר כי כוונתו להודיע פרטי המצוות ולא לקבלה עקרונית של עול המצוות³⁴. הרי שפירוש זה לא ניתן לאומרו בדברי השיטה הישנה³⁵ המכאור ו"אע"ג דגר בעי קבלת מצוות, הני מילי היכא דאפשר, אבל בקטן לא אפשר". מכאן עולה לכאורה מפורשות כי תיתכן גירות בלי קבלה עקרונית של עול מצוות?

מח. כמו כן, מצינו בשו"ת טעם טוב ודעת, מהדורא תליתאה, ח"ב סימן קי"א כי ר שלמה קלוגר מציין להדיא: "כל דין קבלת מצוות אינו אלא מדרבנן. ואם מל וטבל ולא קיבל מצוות, הוי גר מן התורה בודאי". לאור העובדה כי בין לרמב"ם ובין לשולחן ערוך לא תיסכון גירות ללא קבלת מצוות באופן עקרוני - תמוהים דברי ר' שלמה קלוגר עד מאד?

מט. לכן נראה לומר, כי אף לגר"ש קלוגר לא יעלה על הדעת כי גירות ללא קבלת מצוות תועיל. לא זו בלבד אלא שאף המילה והטבילה ברי משמעות הם רק כאשר הם נעשים בכדי להצטרף ליהדות של תורה ומצוות. לכן נראה לומר ברוח דברי ר' משה סולוביץ' כי מדאורייתא אין קבלת מצוות מהווה פעולה מיוחדת-פורמלית, והיא מתבטאת בהיותה קו אופייני במעשה הגירות שתתקיים לשם קיום המצוות. "ולכן אם יודעים אנו שהגר מוכן לקבל במילתו וטבילתו עול תורה ומצוות, אף שלא היה שם מעשה מיוחד של השמעת המצוות - והסכמת הגר, - הגירות מועילה". רק מדרבנן התגבש אותו קו אופייני לאקט

34 כך נוקט החמדת שלמה, יורה דעה סימן כט, אותיות כב, כג.

35 מובא בשיטה מקובצת, כתובות דף יא, ע"א.

פורמלי הנעשה בפני בי"ד (לדעת השולחן ערוך). ומדאורייתא אכן יתכן בלעדיו. אך אין לפסוק מכאן כי תיתכן גירות בלא קבלת עול מצוות באופן עקרוני.

ג. כך גם בגר קטן - קבלת מצוות עקרונית יש. הוא מסכים לקבל כל מה שיוטל עליו, אך אקט פורמלי של השמעת מצוות והסכמתו אין, ולר מהטעם הפשוט שעדיין אינו בגיל המצוות. נמצא כי אף שם למעשה יש קבלת מצוות ורק אקט פורמלי אין.

נא. דומה כי דברים אלו אינם חורגים מדברי ר' משה פינשטיין בשתי התשובות דלהלן: בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן קיב: "שלכאורה קבלת המצוות אינו מעצם מעשה הגירות, דלא הוזכר בגמ' לימוד על זה³⁶. ואף שאפשר גם זה למילף מאבותינו - שאמרו נעשה ונשמע - מ"מ הא לא מצינו בגמ' ביבמות דף מו ע"א בהבחייתא שיליף למילה וטבילה מהאבות ואמהות, שיליף שם נמי לקבלת המצוות. אלא נראה - דקבלת המצוות אינו ממעשה הגירות. אבל מי שלא קיבל המצוות לא הוכשר להיעשות גר". נמצא כי אף מדאורייתא נחוצה קבלת מצוות. אם כי, לא לאקט פורמלי כהליך הגיור.

גב. ובשו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"ג, סימן קו: "ואף שוודאי מקבלין גרים אף שלא ידעו רוב דיני התורה הרי שהם מודיעים אותם רק מקצת מצוות. ופשוט שאף רוב דיני שבת אין מודיעין אותן, וגם מצינו עוד יותר שאף שלא ידע הגר שום מצווה הוא גר, דהא מפורש בשבת דף סח ע"ב: "גר שנתגייר בין הנכרים חייב חטאת אחת - על כל מלאכות של כל השבתות, ועל הדם אחת, ועל החלב אחת, ועל - עבודה זרה אחת. הרי נמצא שלא הודיעוהו שום מצווה אף לא עיקרי האמונה ומכל מקום הוא גר".

נג. ר' משה פינשטיין מסביר זאת: "משום דאיירי שקיבל עליו לעשות כל מה שיהודים צריכין לעשות - וזה סגי לגירות. ואין חוששין לומר שמא אם היה יודע ממצווה זו לא היה מקבל עליו. האף אם יאמר כן (שכן חשב

36 כוונתו לגמ' בכריתות דף ט, ע"א: "ככם כגר יהיה... כאבותיכם". - "מה אבותיכם לא נכנסו לכרית אלא במילה וטבילה והרצאת דם - אף הם", וכו' - וכן ראה יבמות דף מו, ע"א.

בזמן הגיוור) הוא רק דברים שבלב, - וההודעה היא רק לכתחילה".

נד. נמצאנו למדים כי קבלת מצוות מתבטאת בנכונות הכנה לקבל כל מה שיהודים צריכים לעשות. ההודעה של חלק מפרטי המצוות אינה מעכבת והיא דין דרבנן. קבלת מצוות שכזו יש אף בקטן, ובלעדיה - אין גירות ואף מילה וטבילה אין כאן. אך מבואר כי הכוונה הנדרשת אף בטבילה ומילה אינה לשם קיום תורה ומצוות, אשר עליהן יש ידיעה מפורטת. אלא כוונה להצטרף ליהדות באופן של קבלה לעשות ולשמור כל מה שיהודים צריכים לעשות.

נה. לא זו בלבד, אלא שר' משה פיינשטיין מבאר זאת אף בדעת שולחן ערוך שקבלת מצוות היא חלק מהליך הגיוור וחייבת להיעשות בפני שלושה. כלומר, צריך בפני שלושה לקבל לקיים באופן עקרוני עול מצוות - כפי שיוודע לו בעתיד, בפרוטרוט. אך אין צורך בפני שלושה, ואין זה מעכב כלל, אם לא נעשה טקס של הודעת חלק מפרטי המצוות, שזהו רק דין לכתחילה.

נו. וכך ממשיך ר' משה פיינשטיין, שם, ומבאר "ומוכרחין לומר בלשון השולחן ערוך בסעיף ג' שכתב "כל ענייני הגר בין להודיעו המצוות לקבלם צריך שיהיה ב-ג' הכשרים לדון". לאו דוקא. דעיקר הכוונה הוא - שקבלת המצוות צריך בפני ג', אבל ההודעה אינה מעכבת. אך נקט לשון להודיעו משום שכך הרי עושים הבי"ד שמודיעים מקצת המצוות בשעת קבלה. וכן הלשון דבסעיף יב שכתב "או שלא הודיעוהו שכר המצוות ועונשן הרי זה גר", הוא לאו דווקא. אלא אפילו לא הודיעוהו כלל איזה מצוות. אך אם קיבל עליו שמקבל המצוות כולן כפי שחייבים ישראל - הוא גר. וכך משום שאין דרך לשכוח להודיעו איזה מצוות נקט השולחן ערוך ששכחו להודיעו שכר המצוות ועונשן שזה אפשר לשכוח לפעמים".

נז. בנקודה זו מן הראוי לחלק בין מקרה שבו אין קבלת מצוות כלל, או שאין אותה בפני ג' הכשרים לדון, לבין מקרה שבו יש קבלת עול מצוות חוץ מדבר אחד. (וביחס לדין בדיעבד).

נח. כאשר אין מלכתחילה קבלת מצוות בפני ג' הכשרים לדון - ובאופן של קבלה עקרונית של מה שמחוייבים בו ישראל, לא תיסכון גירות. והרי

מספר הדים לכך:

א. בשו"ת הראנ"ח³⁷ סימן צ"ב התיר לאשת איש להנשא על סמך החסרונות הבאים: היעדרם של עדים כשרים בטבילה, העדר קבלת מצוות, העדר קבלת מצוות בפני ג". לאור חסרונות אלו פסק כי "אין כאן שמץ גירות".

ב. ר' חיים סולוביצ'יק זצ"ל, אב"ד דבריסק³⁸, העיר שיש לאסור לשאת אנשים מן העדה הקראית, בהיותם ספק עכו"ם. הספק הוא שמא בן העיר הקראית אותו עומדים לשאת הוא (או היא) בן של גיורת: "והם אינם גרים כלל, הואיל ולא קיבלו עליהם כל תרי"ג מצוות המצווה עלינו בתורה שבע"פ, כיון שאין הם מודים בה. והרי קיימא לן בכורות דף ל, ע"ב שהבא להתגייר וקיבל עליו כל התורה חוץ מדבר אחד אינו גר³⁹. וא"כ כל אחד יש ספק שמא הוא בן גיורת כנ"ל, וממילא אינו גר⁴⁰."

ג. ר' משה פינשטיין ב"אגרות משה", יורה דעה, ח"ב, סימן קנט, מבאר את ההבדל שבין גר שנתגייר בין האומות - שמבואר במס' שבת דף סח שהוא גר אף שלא ידע הדינים - וזאת כיון שקיבל באופן עקרוני מה שחייבין בני ישראל, אך גיור לשם אישות ובאופן שיש אנן סהדי - כלומר סבירות גבוהה מאד - שבעצם אינו מקבל המצוות. "אף כשאומרים בפיהן שמקבלין". במקרה שכזה: "אבל, כשלא קיבל - אין מקבלים (את הגר)

37 רבי אליהו בן חיים, טורקיה המאה ה-16, סימן צ"ב.

38 מוכא בספר "עמק ברכה" - לרב פומרנצ'יק זצ"ל, בעמ' קד. וראה גם הרב ע. יוסף, הערה 10 לעיל, "מה שאין כן קבלת מצוות שהוא דבר מעכב בעצם הגירות".

39 לשון הגמ' הוא "אין מקבלין אותו", ומוכח שהגר"ח סולביצ'יק מבין בזה, שהוא אף דין בדיעבד.

40 סברה זו ניתן לכאורה לומר אף בגיור רפורמי, עם קבלת מצוות באופן קיומן הרפורמי, המתיר סטייה מהשולחן ערוך. ואכן לקמן נמצא בדברי האחיעזר שאומר כך. ראה טקסט באות קיב.

ובקשר זה מן הראוי לציין את ההבדל בין התקדמות ההלכה באופן האורתודוקסי, לבין התקדמותה באופן הליברלי, רפורמי וקונסרוטיבי, וכפי שהיטיב לבטא זאת פרופ' י. ליבוביץ, יהדות עם יהודי, ומדינת ישראל, הוצאת שוקן, תשל"ה, עמ' 14. הכוונה היא היא המבדילה בין עיצובה של ההלכה בידי מורי הוראה בתושבע"פ ובין שינויה ע"י אנשי הרפורמה. הראשונים פוסקים מתוך שיקולים הנראים להם כמתחייבים מן ההלכה או מתוך צרכים הכרחיים לצורך קיומה של ההלכה, ואילו האחרונים - מתוך שיקולים ודחפים שמקורם אינו בהבנת ההלכה עצמה". מנקודה זו מסתעפות הדרכים.

ביחס לגיור רפורמי נוקט ר' משה פינשטיין: "ובודאי קבלת מצוה לא היה, דלא יאמרו להנכרי הרצה להתגייר שצריך לקבל מצוות שהם עצמם אין שומרים". כך באגרות משה, אבן העזר ח"ג, סימן ג.

דזהו עיקר הגירות. ובשורת תשובות מוכח כי כשנעדרת קבלת מצוות לחלוטין - הגרות לא חלה⁴¹. במיוחד באים הדברים לידי ביטוי בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ב, סימן קנד: "במה שנסתפק כבוד תורתו אם גר שלא קיבל עליו מצוות, אם נחשב גר, פשוט וברור שאינו גר כלל אף בדיעבד, וכן הורה אבא מארי הגאון זצלה"ה הלכה למעשה בסטראבין, בעובדה שכזו, שאין גר כלל בין לקולא בין לחומרא, שקבלת המצוות בגר מעכב, כדאיתא ביורה דעה סימן רס"ח סעיף ג".

נט. יצויין כי אף שמבואר בכל המקורות הנ"ל שלגירות שאינה בליווי קבלת עול מצוות אין שום תוקף, וביארנו שבטבילה ומילה ג"כ יש דין כי יעשו מתוך כוונה להצטרף לעם שומרי מצוות. עם זאת יש נפקא מינות מסוימות מתחילת הליך גירות.

ס. בשו"ת שרידי אש, לרב יחיאל יעקב וינברג זצ"ל, בסימן ק מוצאים אנו: "והגירות ע"י ליברלים היא באמת רק משחק חסר טעם והוא מעורר גיחוך גם אצל טובי הנוצרים, ומי שנשא אישה גורת ממין זה, יודע בנפשו שבמעשהו הוא זורק אבק בעיני הבריות". ועם זאת, נראה כי יש נקפ"מ מעצם תחילתו של הליך ג'ור וטבילה. הן ביארנו שבטבילה יש ניתוק מן הישות הקודמת, וכן קבלת ישות חדשה. קבלת ישות חדשה אין כאשר אין הטבילה מלווה בקבלת מצוות עקרונית, ולעניין זה היא "משחק חסר טעם" אך לעניין הסרת הישות הקודמת יש בה תועלת. ויבואר.

סא. בשולחן ערוך, יורה דעה סימן רסח, סעיף ג, לאחר שהשולחן ערוך פוסק כרי"ף והרמב"ם שעל הטבילה להיערך בפני שלושה, ובלעדי זאת לא חלה הגירות אף בדיעבד, מוסיף ואומר ביחס לגר שלא היתה טבילה בפני ג': "אבל אם נשא ישראלית והוליד ממנה בן לא פסלינן ליה". מבאר זאת ה"באר היטב" תוך דיוק בדברי השולחן ערוך, כי רק במקרה המצוין שבו הטובל שלא כדין הוא זכר, ואשתו ישראלית, רק אז הולד יהודי. שהרי יהדות נקבעת כידוע עפ"י זהות האם. אך אילו היה מדובר

41 הרב מ. פינשטיין, שו"ת אגרות משה, אבן העזר, ח"ג, סימן ד, נפסלה גירות קונסרוטיבית והותרה אשת איש לעלמא מחמת חסרון בקבלת המצוות (ובצירוף ספק אחר) וכן שם בסימן ג משמע כך ביחס לג'ור רפורמי. ומפורש בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, חלק ב, סימן קס: "פשוט שהגרות אינה כלום דהא קבלת מצוות מעכב בגירות".

באישה שטבילתה אינה כדון, הרי שכיון שאין לגירות שום תוקף - אף בנה גוי. מהו א"כ חידושו של השולחן ערוך כי באם יהודיה "לא פסלינן ליה" - לולד, שאביו גר שלא נשלמה גירותו? החידוש הוא - שהולד כשר לכהונה, כלומר לפדיון הבן ולשאת כהן. וזאת שלא כולד שאביו גוי גמור אשר אף אם אימו יהודיה מתלווה לולד פסול לכהונה. נמצא כי הליך גיור אף שאין לו תוקף לשנות הסטטוס עקב פגמים בביצועו, מועיל הוא להפקיע את הישות הקודמת, ובכך יורדים פסולים וטומאות.

סב. הרמב"ם בפרק י"ג מאיסורי ביאה הלכה יד פוסק: "גר שלא בדקו אחריו או שלא הודיעוהו המצוות ועונשן, ומל וטבל בפני ג' הדיוטות הרי זה גר".

במקרה זה יש קבלת מצוות באופן עקרוני ורק הודעת המצוות אין - זאת לפי המבואר בשו"ת חמדת שלמה ביחס לביטוי "הודיעוהו המצוות ועונשן", הן בדברי הרב קוק ביחס למשמעות המונח "גר", והן משום שבהעדר קבלת מצוות מפורש ברמב"ם בפרק י"ב מאיסורי ביאה הלכה יג, שאינו כישראל ממש⁴². נמצא כי הרמב"ם בהלכה זו עוסק במי שקיבל עול מצוות. והנה, בהמשך ההלכה פוסק הרמב"ם: "אפילו נודע שבשביל דבר הוא מתגייר, הואיל ומל וטבל, יצא מכלל עכו"ם, וחוששין לו עד שתתבאר צדקותו". הרמב"ם דן במקרה שיש ספק בכנות אותה קבלת מצוות, ספק אשר מחמתו חוששין לו עד שיתבאר צדקותו. זה סטטוס של ספק יהודי כפי שיבואר. אך דבר אחד קרה בודאות "יצא מכלל עכו"ם"⁴³.

סג. הרמב"ם בהלכה זו מתייחס לגרות לשם אישות. כלומר, גרות שמניעיה אינם הרצון להצטרף לעם ישראל אלא טובת הנאה הנובעת עקב כך.

42 גם בענין זה מעניין להזכיר את פירושו של פרופ' י. ליבוביץ בספר "אמונתו של הרמב"ם", הוצאת משרד הבטחון, עמ' 17, לגמרא במסכת מגילה דף יג: "כל הכופר בעבודה זרה נקרא יהודי". וזו לשונו: "אמנם לא די בכפירה זו כדי להפוך אדם ליהודי, זאת אומרת למי שכפוף לתורה ומצוות ומקבל אותן עליו. אבל עכ"פ הגיע אדם זה לדרגה שבה יש שיתוף בינו ובין היהודי, והוא עצם הכפירה בעבודה זרה". דומה כי זהו אף הרעיון הגלום בביטויים כ"לא פלגינן ליה", וכ"יצא מכלל עכו"ם" אשר אינם מציינים סטטוס, אלא התקרבות ומכנה משותף הגוררים הסרת "טומאת העמים".

43 ברמב"ם שם נאמר: "כל העכו"ם כולם כשיתגיירו ויקבלו עליהן כל המצוות שבתורה הרי הן כישראל לכל דבר". מוכיח מכאן ר' משה פינשטיין באגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן קח: "הרי משמע במפורש, דאם לא קיבלו עליהן כל המצוות, אף רק אחת, אינו גר".

(כגון - אפשרות להנשא לכן זוג יהודי). ההלכה היא כי גירות שכזו תופסת שכן "אגב אונסיה גמר וקיבל"⁴⁴. כלומר, אף מלכתחילה המניע אינו רצונו החופשי להיות בן ישראל, הרי שמחמת כורח הנסיבות הוא מחליט להתגייר בכנות. עם זאת נוקט הרמב"ם כי הוא עדיין בסטטוס של ספק, ו"חוששין לו עד שיתבאר צדקותו". אכן, רוב בני אדם המתגיירים מחמת כורח הנסיבות, עושים זאת בכנות, אך הדבר הוא רק רוב, ואין שום ודאות בנידון. משום כך מוצאים אנו גם בירושלמי קדושין פרק ד' הלכה א ביחס לגר לשם אישות "מקבלים אותו, וצריכין קרוב פנים, שמא גיירו לשם". כלומר, הדבר נשאר ספק.

סד. למרות היות הדבר סטטוס של ספק, קובע הרמב"ם כי "יצא מכלל עכו"ם". מבאר הרב ז'ולטי⁴⁵ כי הנפקא מינה היא לעניין הנוגע לכהונה. והוא מוכיח מן הגמ' ביומא דף נו, ע"א, ומן הריטב"א ביבמות דף כד, ע"ב כי גר כזה הוא בבחינת "בן ברית" לענין הפרשת תרומה. טומאת גוי יורדת בודאות מחמת תחילתו של הליך הגירות, אף שההליך לא הביא בודאות לסטטוס של יהדות.

סה. נפקא מינה נוספת, מעצם הסטטוס של ספק גר, מבוארת ברמב"ם עצמו בהלכה זו, בקובעו "מצווה להחזיר אבידתו. - מאחר שטבל נעשה כישראל". הייתכן כי הנפקא מינה היחידה מלהיות ישראל היא להחזיר אבידתו? וכן הב"ח (בית חדש) בסימן רס"ח ביורה דעה תמה: "מאי איריא להחזיר אבידתו, הלא דיעבד אפילו נודע שבשכיל דבר הוא מתגייר - גר גמור הוא?" מתרץ הרב ז'ולטי כי עכו"ם שנתגייר לשם אישות הוא בסטטוס של ספק. רק לעניין אחד משתווה ספק זה ליהדות גמורה, וזהו עניין השבת אבידה. רק במקום שאין מוחזקות הרי הוא כישראל ולכן תושב אליו אבידתו. אבל בשאר דיני ממונות פועל הספק לרעתו⁴⁶. נמצא כי אדם זה מנותק מישותו הקודמת ולכן יורדת ממנו טומאת העמים. זאת באופן ודאי. משום כך אין בו - פסלות לעניין כהונה. ואילו לעניין דברים שאין בהם דין מוחזקות נחשיבו כיהודי. אך מחמת הספק שמא קבלת מצוות אינה כנה, אין לו סטטוס של ודאי יהודי, והספק פועל

44 ראה יבמות דף כד, ע"ב. ובריטב"א ובנימוקי יוסף שם.

45 קובץ תושבע"פ י"ג, מעמ' מג ואילך.

46 העובדה שרוב המתגיירים לשם אישות מתגיירים בכנות, אינו מסייע בדיני ממונות, מחמת הכלל ש"אין הולכין בממונות אחר הרוב".

לדעתו. גם מכאן ניתן לעמוד על מידת הצורך בקבלת מצוות, עד אשר ספק לגביה יש בו כדי למנוע סטטוס ודאי של יהדות.

סו. המצוות שנוהגים בדר"כ להודיע לגר

בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ב, סימן קנח מוצאים אנו: "ובדבר גרות האם, צריכה לקבל מצוות בפני שלושה (כאופן עקרוני - ו.א.) ולהזכיר לה: שבת ונידה ואיסור מאכלות אסורות - הזכרת דברים אלו היא שאינה מעכבת, ומדרבנן. קבלת המצוות באופן עקרוני - היא מהות הגיור, כמבואר, ובלעדיה לא תסכון גירות. (ועייין בהמשך דבריו בקטע המתחיל "ושלישית" כי יש דברים שאין לומר לגר מראש, כגון מצות של יהרג ואל יעבור). כמו כן יש להודיע לגר בפרוטרוט את "עיקרי הדת - שהוא ייחוד ה' ואיסור עכו"ם - ומאריכין בדבר זה", - רמב"ם פרק י"ד מאיסורי ביאה, הלכה ב' ובמגיד משנה שם.

סז. מתי ניתן לומר שחסרה קבלת מצוות?

א. כאשר לא אמרו לגר - בפני שלושה - כי באופן עקרוני עליו לקבל מצוות. הודעת תוכן המצוות, ראינו לעיל, שאינו מעכב. אך הודעה כי עליו לקבל מצוות באופן עקרוני. (בפני שלושה - לדעת השולחן ערוך) תעכב⁴⁷.

ב. כאשר העכו"ם מצהיר מפורשות כי אינו מקבל עליו עול מצוות.

ג. כאשר יש קבלת מצוות, אך מלכתחילה ברור כי הצהרה זו היא בבחינת פיטומי מילים בעלמא, והגירות אינה כנה.

הבעייתיות מתעוררת בעיקר בתחום זה, של חוסר הכנות והוכחתו.

ד. קבלת עול מצוות באופן עקרוני - אך אי קבלה של מצוה אחת מסוימת. בענין זה, אין הדבר פשוט שהגירות אינה חלה, וכי זו גירות ללא קבלת מצוות.

בשני האלמנטים האחרונים נדון להלן:

47 וצ"ע - הרי בגר שנתגייר בין האומות, (שבת דף סח, ע"ב) לא היה בפשטות בפני שלושה, וקיבל מצוות בינו לעצמו, וא"כ כיצד חלה גירות זו לדעת השולחן ערוך? ואולי נודמנו לו שלושה הדיוטות שקיבל מצוות באופן עקרוני בפניהם. ורק לא היתה קהילה יהודית שממנה ילמד מהו טיב המצוות שעליו לקבל.

סח. **אי כנות בקבלת המצוות והוכחתה**
 הרב עובדיה יוסף⁴⁸ פוסק: "ונראה שאם הבאים להתגייר אמנם אומרים בפיהם שברצונם לקבל עליהם עול תורה ומצוות, אך בית הדין סבור ע"י אומדנא דמוכח שכל דבריהם מן השפה ולחוץ ולבם כל עמם, ומיד לאחר מעשה הג'יור יפנו עורף לתורה ולמצוות וישליכום אחר גוום - ודאי שאין לקבלם, ולא שייך לומר בזה דברים שבלב אינם דברים, כמבואר בתוס' וברא"ש (נדרים דף כח ע"א). דאע"ג דקיימא לן דברים שבלב אינם דברים, כל דאיכא אומדנא דמוכח, ואנן סהדי שדעתו כך, הוי ליה כאילו פירש בהדיא, ולא חשיב דברים שבלב". וכן כתב מהריק"ש בס' ערך לחם, יורה דעה סימן רלב, סעיף יד וכו' וכו'.

סט. וממשיך הרב עובדיה יוסף להסיק מכך: "וממילא כשהגר או הג'יורת ברצונם לגור בקיבוץ חופשי לאחר ג'יורם, ויש אומדנא דמוכח שימשיכו לאכול מאכלות אסורות או לחלל שבת וכדו' אין לקבלם. והכל לפי ראות עיני הדיין" וכו'.

ע. וכאן מגיע הרב עובדיה יוסף להבחנה העיקרית בענין: "מיהו לענין דיעבד שכבר קבלו גרים כאלה, יש מקום לרזן לפי חוזק האומדנא. שאם באמת היה הדבר גלוי וידוע מראש שאינם מקבלים עליהם עול תורה ומצוות, רק על דרך האמור "בפיו ובשפתיו ככדוני ולבו רחוק ממני" - ואנן סהדי שלא נתכוונו מעולם לקיים המצוות בפועל, אז גם בדיעבד יש לומר שאינם גרים. אבל, אם לא היה כאן אומדנא דמוכח בשעת הג'יור, אע"ג דלבסוף אתגלי בהתייהו (כלומר - אף שלבסוף רואים אנו שאין הם מקיימים תורה ומצוות) דינם כישראל מומר, שאע"פ שחטא ישראל הוא⁴⁹, כמו שנאמר ביבמות דף מז, ע"ב, וברמב"ם פרק י"ג מאיסורי ביאה הלכה יז. וכן כתב בשו"ת דעת הכהן (לרב י.א. הכהן קוק זצ"ל) יורה דעה סוף סימן קנ"ג. שבסתם⁵⁰ אין לחשוב כעכו"ם להקל בקידושיו - כל שמל וטבל וקיבל המצוות בפיו. ואין אנו אחראים

48 ראה לעיל הערה 10, בעמ' כט, ל. וכן פוסק שם הרב אונטרמן בעמ' כה.

49 ביחס למעמדו של מי שקיבל מצוות בכנות, ואח"כ השתנה, והפסיק מכך, ראה גם שולחן ערוך, יורה דעה, סימן רס"ח אות ח וכן מאמרו של הרב י. גרשוני לעיל הערה 27. אשר להמשך דברי הרב עובדיה יוסף, שם, בהקשר זה, להביא ראיה מן הר' שלמה קלוגר, לומר כי קבלת המצוות היא רק מדרבנן, כבר ביארנו כי דבריו מתייחסים לטקס הפורמלי של הודעת מקצת המצוות, ואילו אנו עוסקים בקבלת עול מצוות באופן עקרוני.

50 כאשר אין אומדנא דמוכח, שאין קבלת מצוות כנה.

לדברים שבלב, שהרי גם באבותינו כתיב: "ויפתוהו ובלשונם יכזבו לו" ואמרו במדרש (ילקוט תהלים, רמז תת"כ) שהיה ליבם פונה לעבודה זרה, ופסל מיכה גם היה עמהם. ומיירי - שלא היתה שם אומדנא דמוכח היפך ממה שדיבר בפיו ובשפתיו. דאף דקמי שמיא גליא, לא היתה שם אומדנא היפך מה שאמרו "נעשה ונשמע"⁵¹.

עא. בשו"ת אגרות משה יורה דעה ח"ג סימן קח מביא ר' משה פינשטיין בשם אביו: "על אלו המתגיירים כדי שיתרצו הורי הבן או הבת להנישואין. שהנושא או הנישאת לא היו מקפידין על זה, שאינם שומרי תורה, ורק בשביל רצון ההורים הוא הגרות שהוא כאנן סהדי שהוא לרמות את ההורים ואינה קבלה". עם זאת בשו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"ב, סימן קס מפקפק באנן סהדי זה קצת, שכן יש יחידים שמקבלים מצוות בלב שלם.

עב. באגרות משה, אבן העזר, חלק ד', סימן ד פוסק ר' משה פינשטיין: "הא ודאי לא קיבל המצוות כלל וכו' דהא ראינו שלא נזהר מאיסורי התורה והמצוות אפילו יום אחד, שלכן אף שאמר בפיו שמקבל מצוות - ברור שלא היה בלבו כך". אבל אח"כ דן ר' משה פינשטיין ומסתפק האם אכן זו אומדנא דמוכח המעידה כבר על שעת קבלת עול מצוות שלא היתה בכנות או "אולי יש לנו לחוש, שמא בשעת קבלת המצוות בפיו

51 בעמ' כז, מיישב הרב עובדיה יוסף את חוסר הכנות של בני ישראל בעת קבלת המצוות העקרונית באמירתם "נעשה ונשמע" באופן אחר - לפי הרש"י במס' שבת דף לא, ע"א ביחס לגר שגייר הלל אף שלא האמין בתורה שבע"פ שכתב: "דכופר לא הוי אלא אחר החקירה בכל חלקי הסותר אבל זה לא חקר ולא נוכח אלא לא היה מאמין" וכו'. לאור זאת מבאר הרב עובדיה יוסף: "שבקבלת התורה לא חקרו בכל חלקי הסותר להיחשב כופרים, אלא פשוט לא השכילו ולא טעמו נוסח צוף טעמה, של התורה מקוצר המשיג ועומק המושג, ובכהאי גוונא אינו מעכב". אך לכשיעויין, הרב עובדיה יוסף אינו עוסק שם בחור-סר כנות ע"י רצון לעבוד עבודה זרה וכדו' אלא ביחס למדרש כי לא קיבלו תושבע"פ בלב שלם. ומכאן הסיק: "סתם גר שבא להתגייר ואינו מתיימר לומר שחקר במצוות התורה - והוא כופר באחת מהן, אף שידוע לנו שבסתר ליבו אינו מעריך את כל המצוות כראוי אינו נחשב כאומר "חוץ מדבר אחד" "שאינן מקבלין אותו". כלומר, הנידון בקטע זה אינו בחוסר כנות ואי נכונות לקיים, אלא רק ביחס נפשי של ספקנות וחוסר הערכה. בזה חוסר הידיעה מהווה אמצעי לומר שאין זו כפירה ביסודות האמונה. אך כאשר יש כוונה לא לקבל איסור תורה מפורש, לא רק כהלך רוח אלא באופן מעשי, או אז הנידון הוא כנות ההצהרה, ורק כשאין אומדנא דמוכח שלכך כוונתו, הגירות תקפה ויש קבלת עול מצוות עקרונית.

לפני הבי"ד קיבל כן גם בליבו, ואחרי זה חזר בו - שלא נבטל גרותו, והוא כרין ישראל מומר"? בעיקר מעורר ר' משה פנישטיין ספק זה שכן הנידון הוא היתר אשת איש לעלמא ועל כן הוא מצייין: "אולי קיבל ממש גם בליבו בשעה שאמר ואח"כ חזר בו אף באותו יום - ולהחמיר בשביל זה באיסור אשת איש".

עג. ומסיק ר' משה פנישטיין: "בגר זה שאין לו חזקת כשרות, שהרי לא הוחזק בהנהגה דקבלת מצוות, ומצד דבריו שמקבל עליו ודאי לא הוי מוחזק שקיבל, דהא אומדנא הוא להיפוך (אף שאינו אומדנא דמוכח - ו.א.) שרק בפיו אמר זה ובליבו מעולם לא קיבל המצוות. לכן, אם נימא שיש להסתפק קצת, יש למיזל בתר חזקה דהשתא - שראינו כל העת שאינו מקיים המצוות מתחילה. שכן היה דעתו גם בשעה שאמר שמקבל - שהיו זה רק פטומי מילי לרמות את הבי"ד, ומכיון שלא קיבל מצוות אינו גר לכולי עלמא ואין קדושיו כלום". נמצא כי אף במקום שאין אומדנא דמוכח, אם הגר מיד אחרי קבלת המצוות לא קיימם, אין מוחזקות שקיבל מצוות, ואז המצב הנוכחי של אי קיום מצוות מוכיח שאין קבלת מצוות והגירות נפסלת⁵². אומדנא דמוכח צריך א"כ רק כשנוצרה מוחזקות והיתה תקופה - אף אם מזערית - של קיום מצוות, לאחר עת קבלתן. אם לא היה קיום מצוות אף שעה אחת, אין צורך באומדנא דמוכח, ויספיק הספק ביחס לכנות קבלת מצוות בצירוף המצב של אי קיום מצוות עתה, (חזקה דהשתא) כדי לפסול הג'ור.

עד. גורם הזמן - שבו הוחל באי קיום המצוות - הוא מרכיב חשוב אף ביחס לנקודה נוספת. בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן קח מוצאים אנו את היישוב דלהלן לסתירה לכאורה בשיטת הרמב"ם: "ברמב"ם פרק י"ג מאיסורי ביאה הלכה ט"ז כתב על נשים ששלמה ושמשון גיירו ונשאום שהוכיח סופן על תחילתן שהן עוברות עכו"ם שלהן, ובנו להן במות. ומכל מקום כתב בהלכה יז "גר שלא בדקו אחריו ומל וטבל

52 אף שאח"כ ממשיך ר' משה פנישטיין לרדן "ואף אם נתעקש לומר שעדיין איכא קצת ספק או שניחא כהשב שמעתתא בשיטת ר"י דחזקה דהשתא אינו כלום" וכו' נראה כי זה דיון לרווחא דמילתא, להתיר איסור אשת איש, אך דעת ר' משה פנישטיין נוטה למסקנה האמורה, שבאופן מוחלט אינו ג'ור.

ביחס למוחזקות, נמצא שיש צורך שיראה מקיימת מצוות לאחר עת קבלת המצוות כדי ליצור מוחזקות זו. אלמנט זה גם בא לידי ביטוי בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן קח.

בפני ג' הדיוטות הרי זה גר, ואפילו חזר ועבד כו"מ, הרי הוא כישראל מומר, ולפיכך קיימו שמשון ושלמה נשותיהן ואע"פ שנגלה סודן". – לכאורה הדברים סותרים, כמו שכתב "הוכיח סופן על תחילתן" משמע שנבטל גרותן, ואיך כתב אח"כ ולפיכך קיימו שמשון ושלמה נשותיהן אף שנגלה סודן, הרי שלא נבטל גירותן? וצריך לומר דעבר זמן גדול עד שהתחילו לעבוד עכו"ם ולכן אין זה הוכחה ממש לבטל גרותם".

עה. ובהמשך מבאר ר' משה פינשטיין אף יותר: "אף שלפי האומדנא הוא הוכחה אף שעבר זמן גדול, גם על תחילתן שלא קיבלו המצוות עליהן אלא אמרו בפהם לרמות בעליהן ואת הבי"ד. דלבטל הגרות בעינן אומדנא ברורה כאנן סהדי – שזה ליכא בעבר זמן גדול, אלא עניין השערות".

עו. נמצא כי כשעבר זמן גדול בין עת קבלת עול מצוות, לבין עת אי קיומן הדבר מקהה את מידת האומדנא שקבלת המצוות לא היתה בכנות, ומאומדנא דמוכח הדבר הופך לאומדנא סתם, שאינה מספיקה כדי להפקיע לחלוטין את הגיור. נמצא כי קיום המצוות במשך זמן מסויים, שתי תוצאות לו. האחת יצירת מוחזקות של קיום מצוות – ומעתה כדי להפקיע את הגיור ולומר כי היה חוסר כנות נזקיים לאומדנא דמוכח. ותוצאה נוספת, קיום המצוות זמן רב גורם לכך שמעתה אי קיומו יוצר אומדנא בלבד ולא אומדנא דמוכח, שמלכתחילה קבלת המצוות לא היתה כנה.

עז. כאשר הגירות מלכתחילה היתה לשם אישות, ראינו לעיל כי הגירות היא בספק "וחוששין לו עד שתתבאר צדקותו". במצב זה דומה כי אין צורך באומדנא דמוכח. זו נדרשת כדי להפקיע הצהרה שמלכתחילה אין ספיקות ביחס לכנותה, אך הצהרה מתוך מניע זר, אשר יש ספיקות ביחס לכנותה, אף אומדנא גרידא תועיל כדי להוכיח זאת. ומאידך, אף במצב של ספק נדרשת אולי אומדנא דמוכח כדי להכריעו, והרי נשותיהם של שמשון ושלמה התגירו לשם אישות, ועם זאת מצריך ר' משה פינשטיין אומדנא דמוכח דווקא.

עח. בענין זה מוצאים אנו מחלוקת. מול דעתו של ר' משה פינשטיין מוצאים לכאורה, אחרת. בשו"ת "דעת כהן" לרב אברהם יצחק הכהן קוק זצ"ל, חלק יורה דעה סימן קנ"ד נפסק כי הצהרת קבלת המצוות אינה כנה:

"משום דאיכא תרתי, הגירות שלא לשם שמיים וקיום המצוות בשלמות גם אין" נמצא כי אף שאין אומדנא דמוכח⁵³ כי לא היתה מלכתחילה קבלת המצוות, יש צירוף בין המניע הזה מלכתחילה לאי קיום המצוות אח"כ בכדי לפסול את הגירות. שני אלו מספיקים להוכיח כי קבלת המצוות לא היתה בכנות.

עט. לעומת זאת הרב אונטרמן זצ"ל⁵⁴ ביחס להלכה ברמב"ם כי מי שנתגייר לשם אישות: "חוששין לו עד שתתגלה צדקותו" מציין: "אולם לפי זה יוצא כי אם נתברר אח"כ שאין הגרים הללו שומרים המצוות שקיבלו, הרי אגלאי מילתא שלא קיבלו עליהם את היהדות אלא לפנים ואין בגרותם ממש. ומזה יתחייב כי הגירות לשם אישות אם אינה מתנהגת כדת יהודית צריכים לאוסרה על בעלה, משום שסופה מוכיח על תחילתה שלא נתגיירה בלב שלם, אפילו לענ"ד כולם גרים הם, וכל שכן יכולים לחשוב כי ילדיהם אינם נחשבים לגרים, וזה דבר שלא שמענוהו מעולם"⁵⁵. אך לענ"ד נראה שאין לומר כן, כי אין להוציאן מחזקתן ואפשר מאוד כי בשעה שקיבלו עליהן להידבק בדת היהודית, היתה כוונתן רצויה וקיבלו עליהן באמת לשמור כל מה שנכלל בדת זו" וכי. "ומה שלפעמים אינן שומרות המצוות עכשיו - הוא מפני שלא עמדו בנסיון ונתקלקלו אח"כ בהשפעות לא טובות, אבל חזקה כי עצם הקבלה היה בלב שלם".

פ. החזקה שהרב אונטרמן מתבסס עליה, תיתכן אם אכן היה זמן לאחר הג'יור שבו קוימו המצוות, וכפי שנתבאר באגרות משה לעיל. עכ"פ אם הרב אונטרמן תמה על התוצאות, שיש מאי קיום המצוות על חיי הנישואין של הג'יורת (תיאסר לבעלה) ועל כשרות ילדיה⁵⁶, מוכח כי בשום מקרה אין להסיק מאורח חיי הג'יורת אח"כ על תקפות ג'יורה, אף

53 אילו היתה אומדנא דמוכח, אין צורך בצירוף העובדה שהגירות אינה לשם שמיים, ומ־ספיק אי קיום המצוות כדי להוכיח שקבלת המצוות אינה כנה. אם כי יתכן שהוסיף זאת לרבותא בעלמא, ובאמת אינו חולק על ר' משה פינשטיין.

54 לעיל הערה 10, בעמ' יד.

55 לאור כל האמור לעיל, יש לתמוה על ביטוי זה.

56 באגרות משה, יורה דעה ח"ג סימן קח מפורש כי אכן יש השלכות לאי קיום המצוות על חיי הנישואין ועל יהדות ילדיה, אלא שבמקום שאין עדות כי לא קיימה המצוות, אינה נאמנת על כך דווקא מחמת השלכות אלו: "אינה נאמנת לאסור עצמה על בעלה וגם על הבנים אינה נאמנת דאין לאישה דין "יכיר" וכי".

אם מיד אח"כ לא קיימה מצות, ואף כשיש אומדנא דמוכת, והדברים תמוהים.

פא. ניתן ליישב מעט את דברי הרב י.א. אונטרמן זצ"ל ע"י שבהנמקתו מובלע כי אי קיום המצוות נבע מכך ש"לא עמדו בנסיון" וכו'. כלומר, אי קיום המצוות אינו תוצאה מאי קבלת המצוות, אלא כתוצאה מפיתויים שהזמן והמקום גורמן. בעניין זה מן הראוי להתעכב על הפסק המפורסם של האחיעזר⁵⁷. ודומה שזהו עיקר ההנמקה שעליה מבסס הרב אונטרמן זצ"ל את הפסק הנ"ל.

פב. אי קיום המצוות מחמת קשיים ופיתויים ביחס לדברי הר"י פויזן שיש לחוש לגיור בזמן הזה, שכן הגר עלול לא לשמור את דיני ישראל להלכה. דוחה זאת ר' חיים עוזר גרודז'נסקי בשו"ת אחיעזר כדלהלן: "יש לומר שאין לחוש לזה, שכיון שמקבל עליו כל המצוות אף שחושב לעבור אח"כ על איזו מצווה לתאבון, מ"מ אין זה מניעה לקבלת המצוות, ודווקא היא דמתני להדיא (רק כשיש תנאי מפורש) שלא לקבל עליו, זהו חסרון בגוף קבלת המצוות שמעכב. מה שאין כן בסתם. ומיהו אם ברור הדבר שכודאי יעבור אח"כ על המצוות, כחילול שבת ואכילת נבלות וטרפות, ואנו יודעים בבירור כוונתו שאינו מתגייר רק לפנים וליבו כל עמו, הרי אומדנא דמוכח שמה שאומר שמקבל עליו מצוות לאו כלום הוא וזהו חסרון בגוף קבלת המצוות שמעכב" וכו'.

פג. על דברים אלו תמה הרב אברהם סנדר שפירא בספרו דבר אברהם⁵⁸: "ואני חוכך בזה שכיון שחושב בעת קבלת המצוות לעבור, אפילו לתיאבון אין זו קבלה. דהוי תרתי דסתרי. רק שיש לומר שגם באומר שמקבל כל התורה כולה חוץ מדבר אחד (שאינן מקבלין אותו כמבואר בבכורות דף ל, ע"ב) רק לכתחילה אין מקבלין אותו, אבל כדיעבר אינו מעכב⁵⁹ ואני נבוך בזה למעשה".

ואכן, הדברים תמוהים, הכיצד יכולה להיחשב לקבלת עול מצוות, קבלה על דעת שלא לקיים מה שהתקבל? הן זהו שטר ושוברו בצידו? נכון, אין

57 ר' חיים עוזר גרודז'נסקי, אב"ד בוילנא, שו"ת אחיעזר, ח"ג, סימן כא.

58 ר' אברהם סנדר שפירא, מגדולי פוסקי ליטא, שו"ת דבר אברהם, ח"ג, סימן כח, אות ג.

59 ובכך עוד גרין לקמן בהרחבה.

אי הקיום נובע מאי קבלת עול מצוות אלא מחמת פיתוי ("לתיאבון") אך איזה עול מצוות הוא זה, אם אין כוונה לקיימו אף כשזה לא נוח?

פד. הרב עובדיה יוסף מציין ביחס לכך⁶⁰: "נראה דלא שבקינן פשיטותיה של האחיעזר משום ספקו של הדבר אברהם - והעיקר כדברי האחיעזר, והרב הגאון ר' משה כהן אב"ד דטבריא זצ"ל, בשו"ת והשיב משה, חלק יורה דעה סימן נא הביא דברי הדבר אברהם... לפי מה שחידש שקבלת עול המצוות אין הכוונה שיתחייב דווקא לשמור ולקיים בפועל כל המצוות לעולם. אלא שקיבל עליו עול מצוות ושאם יעבור על איזה מהם יקבל עונש המגיע לו. ולכן, אם קיבל עליו המצוות אפילו אם בשעת קבלתו לעבור על איזה מהם, כיון שאדעתא דהכי קיבל שאם יעבור ענוש יענש הוי גר מעליא".

פה. כלומר, קבלת עול מצוות פירושה קבלת חיוב הגורר סנקציות, אם אח"כ הוא בוחר להפר את החיוב ולשאת בסנקציה אין זה אומר כי מלכתחילה אין חיוב, והראיה שהוא נכון לשאת בסנקציה.

פו. אך דומה כי זהו חילוק דחוק. הן משום שקבלת עול מצוות מכוונת בפשטות לקבלת חיוב לקיים ולא לסנקציה שבאה כתוצאה מאי קיום. ובעיקר משום שאם אכן כן - אף כשברור שהגר מתכוון לחלל שבת באופן מסיבי, מניין לנו אומדנא דמוכח כי קבלת המצוות אינה כנה. אולי הוא מוכן לשאת בסנקציות הכרוכות בכך? וא"כ מדוע בסיפא של דברי האחיעזר נפסק כי באופן שכזה אין גירות⁶¹?

פז. בפשטות נראה מהאחיעזר, כי כל כוונתו לומר, שאין אדם יכול לקבל על עצמו שלא יחטא מעתה ועד עולם. לכן אף אם יודע בעצמו כי הוא מועד ועלול לחטוא בחטא מסויים בנסיבות מסוימות, אין הדבר מפקיע את קבלת עול המצוות. רק כאשר אי קיום המצוות אינו חד פעמי - או עכ"פ לא שכיח, אלא באופן מסיבי או אז ניכר כי לא קיבל על עצמו מעולם

60 ראה לעיל הערה 10, בעמ' לב.

61 רבנו גרשום בפירושו לברכות דף ל, ע"ב מבאר מדוע אי קבלת מצוה אחת מונעת את תחילת הגירות - "דאמרינן, הואיל ואינו יכול לעמוד בדבר אחד, ודאי לא יעמוד גם באחרים". מוכח כי אף אי קיום מחמת פיתוי וחוסר כח רצון, גורר את אי היות קבלת עול המצוות רציני, אף אם יקבל על עצמו סנקציות במקרה של אי קיום. באומרנו סנקציות הכוונה לעונשי התורה, ובזמן הזה - עונשים בידי שמים בלבד.

רסן של איפוק ועול מצוות וקבלת עול המצוות לא נעשה בכנות.

פח. ביחס לאי קיום מצוות, לא מחמת פיתוי אלא מחמת קושי פיננסי וכדומה, נוקט ר' משה פינשטיין כי הדבר אינו סותר את קבלת עול המצוות. בשו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"ג סימן קח ביחס לגיורת אשר כבר בעת הטבילה היה בדעתה לחלל יום טוב, וזאת מחמת חשש שאם לא תעשה כן יפטררה מעבודתה, נפסק שהגיורת תופסת: "שנחשב קבלת מצוות מאחר שקבלה חיוב המצוות לקיימם כשיהיה לה באפשר, שהוא שלא תהיה אנוסה, ומה שתעבור (על האיסור) הוא מפני שאין בכוחה לעמוד בנסיון - אף שברצונה לקיים המצוות ולא לעבור". ר' משה פינשטיין מוכיח זאת הן ביחס למצוות שדין הוא בהם להיהרג ולא לעבור, והן ביחס לאונס ממון.

פט. סברת הדברים היא בפשטות, שאין אי קיום המצוות מלמד על חוסר כנות קבלת המצוות, אלא על חוסר חוסן נפשי בינתיים להתמודד עם קשיים מסוג זה. רק אי קיום המצוות מתוך חוסר אכפתיות, ללא קושי מיוחד שמציב נסיון כלשהו, מלמד על חוסר כנותה של קבלת המצוות.⁶² ביחס לאי עמידה בנסיון וקושי רב, מבאר ר' משה פינשטיין כי אין לצפות מהגר כי מיד יתגלה בו כח רצון כה רב לשמור על עקרונות שאינו רגיל בהם אף בעת קשיים. לכן, יש להכיר בכך בקבלת המצוות אף שאינו מסוגל לעמוד בינתיים בקושי שכזה⁶³: "וכשיתגיייר וידע הדין, אם ירגיש בעצמו שלא יוכל לעמוד בנסיון, יזהר שלא יבוא לידי כך. וגם במשך הזמן יתחזק יותר בתורה ובמעשים ויוכל גם לעמוד בנסיון".

צ. לאור דברים אלו נוקט הרב א. י. אונטרמן זצ"ל⁶⁴: ואין מקום ליגע את הגר בשאלות (כמו ששמענו פעם) לאמור: "ומה תעשה כשיבוא הממונה וידרוש ממך שתיסע אליו בשבת, ואם לא תבוא יפטרך"? כי לדברי ה"אחיעזר" אפילו אם יאמר בענין גדול שפרנסתו תלויה בו, שבמקרה

62 קנה המידה אינו מסיביות וכמות העבירות, אלא הגישה הנפשית, כלומר: אי עמידה בהתחייבות מתוך חוסר אכפתיות, אף כשאינן קושי מיוחד לקיים זאת.

63 אין זה סותר לרכינו גרשום שהובא בהערה 61, שכן אי קיום מצוה אחת בלי פיתוי, או אי קיומה תמיד, אף לאחר שכבר יהיה זמן רב גר, מלמד על נע"פ כללית שלא לקיים המצוות. מה שאין כן באי קיום מחמת קושי מיוחד, ושסביר שיעלים עם השתרשות הגר ביהדותו.

64 לעיל הערה 10, בעמ' טו.

כזה יהיה מוכרח לחלל שבת - אין זו נחשבת מניעה בקבלת המצוות, אלא שחושב שלא יוכל לעמוד בנסיון לאבד פרנסתו" וכו'. "ולדעת ה"אחיעזר" אף שכדעתו לעבור לתיאבון אין זה פוגע בקבלת המצוות".

צ.א. במקרה המצויין "כשבא הממונה לדרוש" וכו' אין זו רק עבירה לתיאבון, אלא אף אונס ממון, ויחול פסקו של ר' משה פינשטיין ג"כ. ושם משמע אכן - כי אין להודיע לגר כי עליו במצוות מסוימות להיהרג ולא יעבור. וא"כ מסתבר שאף אין לשואלו שאלה מסוג זה. בעתיד כשישתרש בקיום המצוות יוכל לעמוד אף בקושי שכזה, ובינתיים - אף שאינו מסוגל לעמוד בכך, אין הדבר מצביע על חוסר כנות בקבלת המצוות.

צ.ב. העולה מן המקובץ:

- א. לא תסכון גירות בלי קבלת מצוות עקרונית.
- ב. דין הודעת פרטי מקצת המצוות - הוא אקט פורמלי מדרבן ואינו מעכב.
- ג. הדין של בפני שלושה, שלדעת השולחן ערוך מעכב, נאמר ביחס לקבלת מצוות באופן עקרוני, ולא ביחס להודעת פרטי מקצת המצוות.
- ד. חוסר ידיעת פרטי המצוות אינה מעכבת, כל עוד יש קבלה עקרונית לקיים מה שהיהודים מחוייבים לקיים.
- ה. חוסר כנות בקבלת עול מצוות - מעכב. כשיש ספק ביחס לכך - מחמת מניע זר לג'ור, הגר בסטטוס של ספק. ורק מציאה שאין בה מוחזקות תוחזר לו כלישראל.
- ו. אף כשיש פגם בקבלת עול המצוות, הואילה הטבילה לנתקו מישותו הקודמת. טומאת העמים הוסרה ויש נפקא מינה לגבי כשרות לכהונה.
- ז. כשיש אומדנא דמוכח כי לא קיבל בכנות עול מצוות הגירות נפסלת.
- ח. כשקויימו המצוות עובר לגירות, ועבר זמן רב עד לפריקת עול המצוות, אין עוד אומדנא דמוכח, אלא אומדנא סתם, והסטטוס אינו נפקע בוודאות.
- ט. כשלא קויימו מצוות מיד לאחר הג'ור, אין מוחזקות של קבלת מצוות, ואף אומדנא בלבד תספיק. אי קיום המצוות מהווה חזקה דהשתא, והגרות נפסלת מחמת הנחה שיש חוסר כנות בעת קבלת המצוות.
- י. בגרות לשם נישואין - לדעת ר' משה פינשטיין עדיין צריך אומדנא דמוכח בדווקא כדי להפקיע את הגרות ולהוכיח חוסר כנות. לדעת הרב קוק יש צירוף בין המניע הזר לבין אי הקיום בדיעבד, וממילא אף אומדנא בלבד יתכן שתספיק.
- יא. אי קיום מצווה מחמת פיתוי חד פעמי, או באופן שאינו שכיח - אינו

סותר את קבלת עול המצוות - אף אם ידוע מראש שבעת הגיור שבפיתוי זה לא יעמוד - כך פוסק האחיעזר.

יב. אי קיום מצווה מחמת אונס ממון - [כלומר, קשיים כספיים שמעורר קיום המצווה] אינו סותר את עול המצוות - אף כשידוע על כך מראש, ומשום כך נפסק שלא להציב שאלות מסוג זה לגר.

צג. בהקשר זה מן הראוי להוסיף אפשרות נוספת שבה אין אי קיום מצווה נוספת גורר הוכחה על אי קבלה עקרונית של עול מצוות בכנות, או אף אי קבלת מצווה זו. אפשרות זו עוסקת באי קיום מחמת אי הערכה מספקת של החיוב לקיים מצווה זו. סברה זו מוצאים אנו בשורת פסקים של הרב משה פינשטיין זצ"ל.

צד. בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ב סימן קס מוצאים אנו: "ועוד יש מקום לומר טעם גדול דמה שבעלה שנתגיירה בשבילו הוא מחלל שבת ומופקר בכמה איסורין, עושה שהיא סבורה שאין חיוב כל כך לשמור המצווה, וא"כ הוי כגר שנתגייר בין העכו"ם" וכו'. ולכן אף שהבי"ד אמרו לה שצריך לשמור שבת - חושבת שהוא רק הידור בעלמא. אבל גם מי שאינו שומר שבת וכדומה טועה לומר שהוא יהודי כשר. נמצא - שלטענתה קיבלה כל המצוות שיהודי מחוייב שהוא גירות, אף שמחמת זה לא תקיים עכ"פ המצוות. וזהו טעם שיש בו ממש להחשיבה לגיורת. והוא לימוד זכות קצת על הרבנים המקבלים (גרים כאלה) שלא יחשבו עוד גריעי מהדיוטות".

צה. נמצא כי אין סתירה לכנות קבלת המצוות - שחייבין בהן ישראל, אם יש בורות ביחס למידת החיוב לקבל מצווה מסויימת. רק כשיש ידיעה וחוסר רצון לקבל המתבטא באי קיום המצווה או בהכרזה על אי נכונות לקבלה מתערערת קבלת המצוות. הכיצד א"כ נוקט ר' משה פינשטיין ביחס לנישאים שרק מחמת דרישות הוריהם מתגיירים, כי אגן סהדי שאין רצון לקבל המצוות? אולי הדבר נובע ממחשבה שאין זה הכרחי לקיים מצוות כדי להיות יהודי כשר - שזו דעה רווחת בחלק מן הציבור?

צו. אלא שבמציאות שבה ידוע הגר כי מחוייבים במצווה שכזו, ואינו מקיימה נוצרת אומדנא שקבלת המצוות אינה כנה. רק כאשר יש סברה לומר מדוע טעה - כגון נישואין לבעל שכזה, או גירות בין האומות, הם שיביאנו להסתפק ביחס לאומדנא דמוכח. כדי לערער אומדנא צריך

ספק סביר, השקפות עולם ביחס ליכולת להיות יהודי כשר בלי לקבל מצוות עשויות להשפיע אם אכן יש מקום לומר שעקב כך האישה אכן הושפעה לחשוב שקיום המצוות אינו עניין עקרוני. אך רק לכשיתעורר צד סביר שחשבה כך תתערער האומדנא דמוכח⁶⁵.

צז. כמו כן, מצינו בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג סימן קו כיחס לגיורת שמוכנה לקבל כל המצוות חוץ מהחיוב ללבוש בגדי נשים צנועות. נוקט ר' משה פינשטיין "ויש לדון מצד אחר, דמאחר שנפרץ תלבושת הפריצות בעוה"ר גם בבנות ישראל ואף באלו שהן שומרות תורה שלכן הרי הנוכריה שבאה להתגייר הרי חושבת שהוא רק חומרא בעלמא שרוצים הרבנים להטיל עליה יותר מהדין. מאחר שיודעת מנשים שמחזיקין אותן לשומרי דת המתלבשות בתלבושת פריצות, ואף שאומרים לה הרבנים שהוא דבר איסור, אינה מאמינה להם וא"כ יש לדון אותה כנתגיירה כשלא ידעה מדיני התורה שהוא גר כדאיתא בשבת - דף סח, ע"ב".

צח. נמצאנו למדים כי כשיש מקום סביר לתלות את אי קיום המצוות במחשבה כי אין חיוב לקיימן - אלא זו חומרא בעלמא, אין הדבר מלמד על חוסר כנות בקבלת המצוות כפי שמחוייבים בהם ישראל - והדבר לא יביא להפקעת הגירות.

צט. קבלת מצוות חוץ מדבר אחד בבכורות דף ל עמ' ב מצינו: "נוכרי שבא לקבל דברי תורה חוץ מדבר

65 האם יתכן לומר לאור זה, כי גיורת שחשבה כי קיום מצוות באופן הרפורמי מספיק, ומעבר לכך זו חומרא בעלמא, ויש לומר שחשבה כך - שכן התגיירה בסביבה שבה גרים רוב רפורמים]. יועיל כדי להכשיר גיור רפורמי? מחד זה זהה לגר שנתגייר בין האומות, ומאידך נקט ר' משה פינשטיין כי אין שם כלל קבלת מצוות, שכן הרפורמים לא ידרשו מגר מה שהם עצמם לא מקיימים, לעיל הערה 40. ולכאורה - אף שלא דרשו זאת ממנו, הן הוא קיבל עול מצוות באופן עקרוני - לקיים כפי שיהודים נוהגים. ומנין לו לדעת כי קיום המצוות הרפורמי אינו כל אשר נדרש, ומה שמעבר לכך הוא חומרה? אך אין צורך לכך - שכן ר' משה פינשטיין באותה תשובה פוסל גיור זה, מחמת העדר עדים כשרים בטבילה, והעדר בי"ד הכשרים לדון - בעת הטבילה או קבלת מצוות. וכמו כן, שם אין הנידון שיש קבלת עול מצוות עקרוני - שיש לסותרו לאור אי קיום המצוות בפועל, והשאלה רק מהו המניע לאי קיום בפועל, חוסר כנות או חוסר ידיעה. בגיור רפורמי נעדר מלכתחילה האלמנט של קבלת עול מצוות באופן עקרוני. הנידון שם הוא שזה גיור בלי המרכיב המהווה את נשמת אפו של כל התהליך, ומשום כך אין להסיק מדברינו כי יש צד להכשיר גיור זה.

אחד אין מקבלין אותו. ר' יוסי בר יהודה אומר אפילו דקדוק אחד מדברי סופרים. וכן נפסק ברמב"ם, בפרק י"ד מאיסורי ביאה, הלכה ח שכתב: "בזמן הזה, אפילו קיבל עליו כל התורה כולה חוץ מדקדוק אחד אין מקבלין אותו".

ק. האחיעזר, שם, מבאר גמרא זו: "היינו במתנה שלא לקבל - ושיהיה מותר לו דבר זה מן הדין, בזה אין מקבלין אותו, דאין שיוור ותנאי בגירות לחצאין. אבל במי שמקבל עליו כל המצוות, רק שבדעתו לעבור לתיאבון, אין זה חסרון בדין קבלת מצוות".

סברת האחיעזר היא א"כ, שבגמ' בכורות התחדש שעל הגירות להיות אבסולוטית. ללא פשרות. אך כמובן, "אין צדיק בארץ אשר יעשה טוב ולא יחטא" ואדם היודע כי הוא מועד להיכשל בפיתוי מסוים אין הדבר מפחית ממידת האבסולוטיות של קבלת עול מצוות. כשם שהדבר לא מפחית מכנות הגיור, כן אין הדבר מפחית מהיות הגיור שלם, וכולל את המצוות כולן, כיהורי לכל דבר, החייב בכל המצוות.

קא. וסברה נוספת בדבר. גם יהדות ממש - שמשמעותה חיוב בכל המצוות, אינה נפקעת מחמת אי קיומן. א"כ הוא הדין אי קיום מצוות ע"י הגר, אם אינו מלמד על חוסר כנות כבר בעת קבלת המצוות⁶⁶, אין בו בכדי להפקיע את יהדותו. אך אם מכריז הגר כי במצוה מסוימת כלל אינו חייב - הרי ששונה הוא מיהודי - ולא יקבל סטטוס כמוהו. מכל הנ"ל עולה כי האחיעזר מבין גמרא זו במישור קבלת עול המצוות העקרוני - ופגם במישור זה, הוא פגם בהצטרפות לעם ישראל ופשוט שהדבר מעכב.

קב. ראייה כי אכן זו ההבנה באחיעזר, נראה מהמשך דבריו באותו שם. "ומה שחשש כבוד תורתו, שמא תבוא לפני רפורמים להתגייר, אמת הדבר שזהו חשש גדול, שאצל הרפורמים לא תהא הגירות כדת, דהא מבואר בסימן רס"ח (בשולחן ערוך) סעיף ג, דקבלת מצוות מעכבת אם אינה ביום ובשלושה לכולי עלמא. והרי זהו ב"ד פסול ועדים פסולים⁶⁷, וגם דעצם קבלת המצוות אם מפירושם של הרפורמים - בדעותיהם

66 ולענין זה אף אי קיום מצוה אחת - באופן מסיבי, תוכיח את אי הכנות בקבלתה, ותפקיע את הגיור. אך, אם קיבל עליו את המצוה באופן עקרוני והוא נכשל בה לעתים, אין הדבר מפקיע את הגירות.

67 בזה מצטרף ר' משה פינשטיין לדעתו כפי שראינו לעיל, טקסט באות כג.

הכוזבות, הרי אין זה קבלת מצוות ודמי חוץ מדבר אחד".
מכאן רואים אנו - כי חוץ מדבר אחד, מעכב ומונע את תחולת הגיור.

ק.ג. הסבר נוסף לגמרא בבכורות דף ל, מצוי בפירוש רבנו גרשום מאור הגולה⁶⁸, המצוי בהגהותיו על המסכת, שם: "דאמרינן, הואיל ואינו יכול לעמוד בדבר אחד, ודאי לא יעמוד גם באחרים". עול מצוות פירושו קיום המצוות גם כשזה קשה וגם כשאינו נח. אי קיום מצוה אחת מחמת קושי היא הכרזה על אי נכונות להקריב למען עקרונות, ומשמעותו העדר עול מצוות כעיקרון וכערך עליון. נמצא כי אף לדעת רבנו גרשום הנידון בגמרא בבכורות הוא במישור קבלת המצוות באופן עקרוני, ואי קבלת מצוה אחת - מעכב את תחולת הגירות.

ק.ד. עם זאת מוצאים אנו כי יש מי שנסתפקו בפירוש "אין מקבלין" זה, האם הוא דין בדיעבד או שמא רק דין לכתחילה. באחיעזר, שם, אות ה מביא: "וראייתו כעת בספר בית יצחק, (לר' יצחק שמלקיש) חלק יורה דעה, ח"ב, סימן ק שנסתפק: "לא מצאתי מבואר, בגר שמקבל עליו כל המצוות חוץ מדבר אחד, אם בדיעבד הוי גר, או לא. כי בגמרא אינו מבואר אלא שאין מקבלין אותו, אבל בדיעבד אולי הוי גר? וכן ברמב"ם פרק י"ד, מאיסורי ביאה הלכה ח' כתב "אין מקבלין אותו" - אולי בדיעבד הוי גר?⁶⁹. כיון

68 הידוע מחרם רבינו גרשום. ראה הגהותיו המודפסות בגוף המסכת, ברפוס וילנא.
69 כבר הזכרנו בהערה 27 את ראיית הבית יצחק מן הגמ' בעבודה זרה דף סד ע"ב "גר תושב הוא שקיבל כל המצוות בתורה חוץ מאיסור נבילה. ואי סלקא דעתך דקיבל עליו כל המצוות חוץ מדבר אחד, בדיעבד הוי גר, אמאי הוי גר תושב?" ודחיית האחיעזר: "ואינה ראייה כלל - דאפילו אם נימא דקיים כל התורה ומל ג"כ, אבל הוא לא טבל, דאין הטבילה ממצוות התורה שישאל מחוייב בה, ממילא לא הוי גר". (מכאן ניתן לעמוד על חשיבות הטבילה להליך הגירות). והנה, הרב רוזנטל במאמרו, ראה הערה 28 לעיל, בסוף דבריו מביא ראייה לאחיעזר כי רק "במתנה שלא לקבל ושיהיה מותר לו מן הדין" עוסקת הגמ' בבכורות דף ל, מן הרמב"ם בפרק י"ד מאיסור ביאה הלכה ז': "איזהו גר תושב - זה שקיבל עליו שלא יעבוד עבודה זרה עם שאר המצוות שנצטוו בני נח, ולא מל ולא טבל, הרי זה מקבלין אותו וכו'. ואין מקבלין גר תושב אלא בזמן שהיובל נוהג, אבל בזמן הזה - אפי' קיבל כל התורה חוץ מדקדוק אחד אין מקבלין". ומוכיח מכאן הרב רוזנטל כי דין קבלת המצוות חוץ מדבר אחד - הוא כדין גר תושב הנשאר גוי לשאר דברים - ואינו מחוייב בהם מבואר דהרמב"ם מפרש, הכוונה שזו ג"כ כדין של חוץ מדבר אחד שלדבר אחד הוא רוצה להישאר בגויותו. אבל אם מקבל הכל ורוצה לעבוד לתיאבון על דבר אחד אין זה בכלל דין זה". הרב רוזנטל אינו נוקט כבית יצחק, לומר כי תוצאת הדין של אי קבלת דבר אחד, היא הגדרתו להיותו גר תושב. לא זו ראייתו. הוא גר תושב - כיון שלא טבל. אך עצם הדמיון של גר תושב, שכתחומים מסוימים לא רק שאינו מקיים מצוות

שבקבלת עול מצוות עסקינן תמוה מה הספק בזה? ואכן האחיעזר מעיר: "מסברא נראה דכיון דקבלת מצוות מעכב, בוודאי בעינן שיקבל עליו כל המצוות". וא"כ, במה הסתפק הבית יצחק?

קה. עניין זה מוסבר בשו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"ג, סימן קח: "וכל הנידון בזה הוא, דלכאורה היה לנו לומר, שמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל, וכיון שליכא אלא: בן נח שחייב רק בשבע מצוות, וכו'. וישראלים שחייבין בכל התורה כולה, הרי שלא שייך כלל מי שיתחייב יותר מז' מצוות ופחות מכל התורה כולה. שאם כן היה לנו לומר שגר שקיבל את המצוות להיות גר, אף שהתנה שלא לקבל איזה מצווה - הוא גר גמור, וחייב בכל המצוות וכו'. "בדיעבד הוא גר וחייב בכל המצוות אף בזו שלא קיבל". כלומר, הצד לומר שבדיעבד הוי גירות הוא - שהתנאי שלו לא לקבל מצווה מסויימת אינו חל. זו התניה על מה שכתוב בתורה. וממילא הוא מחוייב בכל המצוות בישראל ומקבל סטטוס של ישראל.

קו. סברה זו של ר' משה פינשטיין תמוהה לי ביותר, שהרי נדרשת כנות בקבלת מצוות. אין זה מספיק שדין מסוים מחל עליו אף את המצווה הזו - בעל כורחו. צריך שהוא בכנות יקבל את המצווה עליו - וזה בפועל אין. אם כן, אף במקום שתנאו בטל שכן הוא מתנה על מה שכתוב בתורה, הרי שהוא סוף סוף היתנה תנאי שכזה, ואינו מקבל עליו מצווה זו בכנות, ומדוע יש צד לומר שהגרות תחול? צ"ע.

קז. ר' משה פינשטיין עצמו בתשובה זו מאריך להוכיח כי גמרא זו בבכורות עוסקת אף בדין של בדיעבד: "ומפורש כן ברמב"ם פרק י"ב מאיסורי ביאה הלכה יג שכתב "העכו"ם כולם, כשיתגירו ויקבלו כל המצוות שבתורה, הרי הן כישראל לכל דבר. הרי משמע במפורש, שאם לא קיבלו עליהן כל המצוות - אף רק אחת מהן, אינו גר". והטעם נראה, דכשלא קיבל אפילו רק דבר אחד, אין זה קבלה כלל, דעניין קבלת כל המצוות הוא עניין אחד, לשמוע ולעשות כציווי ה', אשר לכן ברור ופשוט שאף בדיעבד אינו גר כשלא קיבל את כל המצוות ממש, אף שאיתא בגמרא

- אלא שאינו חייב בהם, לדין של קבלת המצוות חוץ מדבר אחד, שזהו סטטוס שונה מיהדות שבה יש חיוב בכל המצוות. עצם ההשוואה מלמדת על הפשט בגמרא בבכורות, ולא שדין גר תושב - הוא תוצאה מהגמ' בבכורות כפי שנקט הבית יצחק. ולכן ראיית הרב רוזנטל לאחיעזר אינה נרחית מדברי האחיעזר עצמו שם, באות ה.

רק בלשון "אין מקבלין" שהוא לשון לכתחילה" וכו'. אך מה שפשוט וברור בשנת תשל"ט, עת כתיבת תשובה זו, אינו כן בשנת תשכ"ט. ר' משה פינשטיין, באותו מקום - אגרות משה, יורה דעה, חלק ג, בסימן קו בתשובה משנת תשכ"ט מסתפק האם הגמ' בבכורות דף ל קובעת דין בדיעבד או שמא זהו רק דין לכתחילה, ומסביר ע"י כך את הגמ' בשבת דף לא, ע"א. כשסברת הדברים היא אכן בכך שתנאו לא קיים שכן זה מתנה על מה שכתוב בתורה. "ולכן אולי הוא משום דסגי לגרות בקבלת מצוות אף במקצתן" - ואין צורך בקבלת מצוות אבסולוטית. זו סתירה מפורשת בדברי ר' משה פינשטיין - ואולי עם הזמן התגבשו הדברים. וצ"ע.

קח. בתשובה ק"ו הנ"ל מביא ר' משה פינשטיין ראייה כדלהלן: "ולכאורה מהו שאמר ר' יוסי בר' יהודה - אפילו דקדוק אחד מדברי סופרים - שמסתבר, שכיון שקיבל עליו כל איסורים ומצוות מדרבנן - הרי יש לו להיות גר מדאורייתא, שלא מסתבר שחכמים יעקרו גרות דאורייתא שנוגע לקדושין ולכמה דברים ולהקל בהם, ולא היה מזכיר זה הגמרא בפירוש. וא"כ צריך לומר לר' יוסי בר' יהודה - אין מקבלין לכתחילה, ובדיעבד כשקבלוהו הוא גר. שלכן משמע שגם לדין רישא בלא קיבל עליו דבר אחד מדיני התורה נמי הוא רק דין שלכתחילה אין מקבלין אבל בדיעבד כשקבלוהו הוא גר" וכו'.

קט. ר' משה פינשטיין משוה בתשובה זו את דין "אין מקבלין" ביחס למי שאינו מקבל דקדוק אחד מדברי סופרים, שבודאי מסתבר כי זהו רק דין לכתחילה לבין מי שאינו מקבל דבר אחד מדברי תורה, שאף בו ללשון "אין מקבלין" יש אותה משמעות. לעומת זאת בשו"ת אחיעזר שם באות ה, לאחר שביאר כי מסברה מסתבר שזהו אף דין בדיעבד, שהרי חסד בקבלת מצוות. מסתפק ר' חיים עוזר גרודז'נסקי: "אלא שיש להסתפק, אם אינו מקבל דקדוק אחד מדברי סופרים דאפשר שמהתורה הוי גר, כיון שקיבל עליו כל המצוות שבתורה". מוכח שהאחיעזר מבדיל בין "אין מקבלין" ביחס לדין דרבנן, לבין "אין מקבלין" ביחס לדין דאורייתא. לבסוף מבאר ר' חיים עוזר כי אף באינו מקבל מצוה מדברי סופרים יש לכך משקל של אינו מקבל דברי תורה (והגרות אף בדיעבד לא חלה) וזאת משום שיש דין דאורייתא לשמוע בדברי סופרים, "לא תסור מכל אשר יורוך". ולפי פרוש זה יש משמעות אחידה לביטוי "אין מקבלין" - ובכל מקום, דאורייתא דרבנן - הדבר מתפרש לעיכובא.

קי. מן האחיעזר עלה כי אי קיום מצוה אחת - באופן שיטתי תעיד כי לא היתה קבלת אותה מצוה והדבר מסכל את תחולת הגיור, והנה בשו"ת היכל יצחק⁷⁰ ח"א, סימן יט אות ה-ו. נסתפק שמא דווקא בתנאי מפורש שאינו מקבל מצוה אחת אין גירות לחצאין. אבל באומדנא חזקה שלא תשמור איזו מצוה מפני שיצרה תוקפה לא חשוב שיור בעצם הגיור. וגם יש לומר דוקא לכתחילה אין מקבלין אותו, אבל בדיעבד הגיור מועיל, ושמא יש לחלק בין איסור תורה לאיסור דרבנן⁷¹ וכו' וכו'. וכך בשו"ת "מלמד להועיל" (אבן העזר סימן ח) שהשיב בדבר גירות שאנו יודעים שעתידיה להמשיך לחיות עם כהן (בלי חופה וקידושין) - "שאינן זה דומה לגלוי בבכורות דף ל"חוף מדבר אחד אין מקבלין אותו", וכאן אינה מקבלת איסור גירות לכהן". "שיש לומר דווקא באומר בפירוש שאינו מקבל, אסור לקבלו. מה שאין כך בקמום שאינו אומר כן בפירוש, כך שאנו יודעים שיעבור על איזה איסור מפני שיצרו תוקפו מותר לקבלו".

קיא. ההתיחסות בשו"ת מלמד להועיל למצב של נשואין של גירות לכהן - אינו כאל הפרה מסיבית של איסור, אלא כאל כשלון ואי עמידה בפיתוי באופן חד פעמי. אכן חיי האישות האסורים נמשכים - אך זה פיתוי חד פעמי להמשיך במעין נשואין אלו, ואין הדבר מצביע על חוסר כנות בקבלת איסורי התורה. ניתן מאידך לראות חיי אישות אלו כהפרה שיטתית של מצווה - וכדבר שיעכב. אף בנקודה זו מוצאים אנו סתירה בפסקי ר' משה פינשטיין. (אם כי לא בדווקא מחמת הנמקה זו, אלא שוב ביחס לעצם השאלה אם הגמ' בבכורות דף ל היא דין לכתחילה או בדיעבד).

קיב. באגרות משה, יורה דעה ח"ג, סימן קו (משנת תשכ"ט) פוסק ר' משה פינשטיין כי קבלת מצוות חוץ מדבר אחד אינו דין בדיעבד. ולפיכך הגמ' ביבמות דף מה, ע"ב ביחס לעבד של ר"ח בר אמי שהטביל נכרית לגירות כדי לשאתה ואף כשתהיה יהודיה תיאסר עליו, שהרי לגירות אסור להינשא לעבד. "ומאחר שכידוע נתגיירה בשביל להנשא לעבד

70 המובאות בקטע זה מצוטטות במאמרו של הרב עובדיה יוסף. ראה לעיל הערה 10, בעמ' ל, ותחילת עמ' לא. ועייין שם בעוד רשימת מקורות שהביא. וכדבר אברהם, ח"ג, סימן כ"ח אות ג שכתב לחלוק על ה"היכל יצחק".

71 בר' משה פינשטיין ראינו כי דווקא הסברה לחלק בין לשון "אין מקבלין" בדרבנן וב-דאורייתא - היא המקור לומר שזהו רק דין לכתחילה.

- בהכרח לא היתה קבלה על לאו זה, מאחר שאם היתה יודעת היתה מפרשת שלא זו אינה מקבלת, וגם הוא ממש כמפרשת, אף בלא ידיעה, שאם יש איסור לינשא לעבד זה אינה מקבלת" וכו'. ומסיק שאף באופן שכזה בדיעבד הגירות תופסת. ובאותו ספר, תשובה אחת אח"כ - סימן ק"ז (משנת תשל"ז) פוסק ר' משה פינשטיין: "וכשלא תרצה לקבל מצוות איסורה (של גירות) להנשא לכהן אינה גירות כדאיתא בבכורות דף ל דבלא קיבל אפילו דבר אחד - אינו גר". אולי אף כאן עם הזמן התגבשו הדברים - וצ"ע בזה.

קיג. טבילה או קבלת מצוות בפני שלושה

הזכרנו לעיל את השולחן ערוך, יורה דעה סימן רס"ח סעיף ג: "כל ענייני הגר, בין להודיעו המצוות לקבלן, בין המילה, בין הטבילה, צריך שיהיו בפני ג הכשרים לדון". בענין של בפני שלושה, מהותו ומשקלו בגירות, נעסוק עתה, ונתחיל מן המקורות.

קיד. מסכת יבמות דף מו, ע"ב: "אמר רבה, עובדא הוי ביה רבי חייא בר רבי" וכו', "דאתא לקמיה גר שמל ולא טבל. אמר ליה שהי' כאן עד למחר ונטבילך. שמע מינה תלת: שמע מינה, גר צריך שלושה" וכו'. אמר רבי חייא בר אבא, אמר ר' יוחנן גר צריך שלושה: "משפט כתיב ביה". רש"י: "משפט כתיב ביה - "משפט אחד יהיה לכם ולגר" (במדבר ט"ו) ואין משפט פחות משלושה".

קטו. לעומת זאת, מובא ברף מה, ע"ב שם: "עבדיה דרב חייא בר אמי אטבליה לההיא עובדת כוכבים לשם אינתתא, אמר רב יוסף יכלינא לאכשורי בה ובברתא, כדרב אסי. דאמר רב אסי מי לא טבלה לנדותה". התוספות שם מקשה, הרי בטבילת נידה אין בית דין (שלושה) כנדרש? מתרץ תוספות: "ויש לומר, הא דבעינן שלושה היינו לקבלת המצוות, אבל לא לטבילה. ויש מפרשים, דכיון דידוע לכל שטבלה כאילו עומדים שם דמי".

קטז. שני תרצים אלו הם מקור למחלוקת הפוסקים האם צריך שלושה בעת טבילה או שצריך שלושה בעת קבלת המצוות - אך לדעת הכל הגירות חייבת להיעשות ע"י ב"ד, כלומר ע"י שלושה. - המחלוקת באה לידי ביטוי בהלכה הנ"ל בסימן רס"ח סעיף ג בשולחן ערוך. לדעת השולחן ערוך טבילה בפני שלושה היא רק דין לכתחילה, ובדיעבד הוי גר גם

בטבילה לשם נידה. (כתרוץ א' בתוספות). ורק קבלת מצוות "מעכבת אם אינה ביום ובשלושה". מאידך: לרי"ף ולרמב"ם אפילו בדיעבד שטבל, או מל⁷², בפני שניים או בלילה מעכב ואסור בישראלית. בדעת הרמב"ם ראינו לעיל בהרחבה כי בקבלת מצוות אין צורך בשלושה, אין זה חלק מהליך הגיור, אלא אקט הנעשה בתחום הסובייקט או תנאי מקדמי לחלות הגיור וכו'.

קיז. נמצא כי מחלוקת הרמב"ם עם שיטת התוספות (והרא"ש והטור הסוברים כמותו) היא כדלהלן. לרמב"ם הדין של בפני שלושה נאמר ביחס למילה וטבילה ואילו קבלת המצוות היא הליך הנעשה בתחום הסובייקט - עקב מהות האקט התלוי בכנות נפשית ולא באקט פורמלי, (או שזה תנאי פרילימינרי לגירות עקב מהותו). הדין של "משפט" נאמר ביחס לטבילה שכן זה אקט פורמלי ובו מסתיימת הגירות ע"י אקט שיפוטי קונסטיטוטיבי של בי"ד.

לעומת זאת, השולחן ערוך, הטור ובעלי התוספות סוברים כי כשנאמר בתורה "משפט" ויש חיוב כי הגיור יעשה בפני שלושה, הדברים מתייחסים לאקט החשוב ביותר בתהליך הגיור - לקבלת המצוות שהיא עיקר הגיור ומהותו. ולכן מילה וטבילה שהם הטפלים לקבלת מצוות, יכולים להתבצע שלא בפני בי"ד ותספיק עדות ביחס אליהן. לאור זאת נמצא כי לכולי עלמא בשלב מן השלבים יש צורך בשלושה - שהם בי"ד, בעת הגיור, והדבר הוא לעיכובא.

קיח. ביחס לשלושה הנוכחים בעת הגיור, מוכיח הרב ז'ולטי⁷³ בהרחבה, מן הסוגיות מהפוסקים ומהראשונים כי כיון שהליך הגיור אינו נעשה "בפני בי"ד" אלא "על ידי בית דין", כלומר, אין הגר טובל בפני בי"ד אלא בי"ד מורה לו לטבול - מטבילו, לכן יש הבדל גדול בין נוכחות פסיבית או עדות, לבין בית דין בגיור, הפועל באופן פוזיטיבי. לכן תנאי מוקדם הוא כי ההדיוטות יראו עצמם כבית דין הפוסק באופן קונסטיטוטיבי ולא דקלרטיבי. הרב ז'ולטי מוכיח משו"ת חמדת שלמה, יורה דעה, סימן כט, אות כד, ומן הישועות יעקב, בספרו "חזקת משפט", סימן ג, ס"ק ב, כי כל עוד לא התכוונו ההדיוטות לשמש כבית דין לביצוע הגיור - אין זה

72 המילים "או מל" נכונים בדעת הרי"ף, אך לרמב"ם אין צורך בשלושה במילה, כפי שראינו לעיל בטקסט באות יא. אך טבילה צריך בדווקא בפני שלושה.

73 קובץ תושבע"פ י"ג, בעמ' מג ואילך.

גיור ע"י בית דין. ובמסקנת דבריו פסק: "הדיוטות שהוזמנו להיות עדים בשעת גירות, ולא חשבו את עצמם כדיינים, המתגייר בפניהם - אין זה כמתגייר בבית דין ואין כאן גירות כלל". שאלה עובדתית זו, של כוונת ג' ההדיוטות שנכחו בגיור, נחוצה א"כ ג"כ בכדי לדעת טיבו ותחולתו של ג'יור⁷⁴.

קט. בשולחן ערוך, שם, מפורש כי השלושה בפניהם טובלים או מקבלים מצוות צריכים להיות "כשרים לדון". ר' משה פינשטיין על סמך זאת ג"כ, פוסל גיור קונסרוטיבי - בשו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"ב סימן קם: "וגם, הא ב"ד של הקונסרוטיבים הם פסולים לדון. דהם כופרים בהרבה עיקרי הדת ועוברין על כמה לאוים" וכו'. וגם הוא כאנן סהדי (מוסכמה שאינה צריכה לראיה - ו.א.) שכל מי ששם הבזוי קונסרוטיבי עליו, הוא בחזקת מופקר להרבה איסורין ולכפירה בהרבה עיקרים - וכבר ביארתי בתשובה שאת שמוחזק לכפירה פסול אף בלא קבלת עדות עליו, אף כשנוגע להקל" וכו'. ולכן פשוט שאין הגירות שעשה הראבי הקונסרוטיבי כלום".

74 ר' משה פינשטיין, בשו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"ג, סימן קיב מבאר ג"כ כי בין לתוס' ובין לרמב"ם נחוצה הוראה חיובית של ב"ד לטבול או לקבל המצוות. אך מבאר את מחלוקתם באופן שונה במקצת מזה שבאר הרב ז'ולטי. וזו לשונו: "וסברי התום דרך זה שייך לב"ד דנתחדש שהוראה זו דאיש זה ואשה זו כשרין להיעשות גרים - צריך שלושה דמשפט כתיב ביה וכו', וגם זה גופא - למול ולטבול מורין לו - שהוא כשר להיעשות גר. והולך אחרי זה ומל וטובל אף שלא בפני ב"ד, והוא גר כיון שעשה עפ"י הוראתם" וכו'. וא"כ נראה שאף הרי"ף והרמב"ם המצריכין שמעשה המילה והטבילה יעשו בפני הבי"ד נמי הוא בדין הוראה השייך לב"ד, אבל סוברין שחידוש התורה לא שיוורו שנכרי זה כשר להיעשות גר ע"י מילה וטבילה אלא צריך שיוורו שהוא גר, תיכף שיטבול. וכן בשעת המילה צריכין שיוורו שמעתה צריך רק טבילה, שלכן בשביל זה צריכין להיות ממש בעת הטבילה והמילה" וכו'.

באור המחלוקת א"כ אינו ביחס לאיזה חלק מן ההליך נאמר "משפט" להצריך ב"ד. באור המחלוקת תלוי במהות האקט הקונסטיטוטיבי שצריך ב"ד לפעול. האם הוא נוגע רק להוראה ופס"ד שגר זה כשר הוא להתגייר אם ימול ויטבול, והוראה לגר כי יטבול, ואח"כ כשטובל זו ממילא כבר פעולה מכח ב"ד או שהאקט הקונסטיטוטיבי של ב"ד אף רחב מזה, ומיד כשטבול עליהם לפטוק ולהכריזו כי בכך עלתה לו גירות - ולכן צריך נוכחותם במקום. (לענ"ד הענין של "צריכין שיוורו שיהא גר תיכף כשיטבול" תמוה, הן אף אם צריך הוראה שהוא גר, מדוע זה צריך להיעשות תיכף? לדברינו בביאור המחלוקת שצריך פעולה בפני ב"ד ועל ידם, הרבר מוכן יותר).

קב. האם צריכים ג' אלו להיות תלמידי חכמים או שכל ג' יהודים כשרים מועילים לכך?

בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן ק"ט אות ג, נשאל ר' משה פינשטיין ביחס לנוכרית שנשאה בן ישראל ונתעברה ממנו, וכעת רוצה להתגייר ומוכנה לקבל כל המצוות. אבל מאחר שהיא מעוברת קשה לה לילך למקום שיש בי"ד קבוע ורוצה להתגייר לפני ג' יהודים כשרים, שאינם בני הוראה (מחמת ידיעותיהם המועטות בהלכה אך מדובר בשומרי מצוות באופן האורתודוכסי ללא היתרים לסטות מהשולחן ערוך - ו.א.) וגם מתכיישת לטבול בפני הבי"ד ורוצים לטבולה בפני נשים וכו'.

ר' משה פינשטיין פוסק כי אף בנסיבות אלו: "אין לסדר גירות בלי בי"ד מומחים". מכאן לכאורה כי ג' הדיוטות אינם מספיקים, אך באותו סימן עצמו באות א' מוצאים אנו: "איכא מצווה גדולה להיזקק לה ולהטביל אותה עוד הפעם לפני שלושה אנשים כשרים ואחד מהם יהיה רב מומחה בדיני גירות". מהו א"כ הכלל בנידון?

קכא. לעניין זה מוצאים אנו דיון מפורט באגרות משה, יורה דעה, ח"ב, סימן קנט. ומבאר: "אף שבלשון הגמרא ביבמות דף מז איתא תלמידי חכמים, אבל ברמב"ם פרק י"ד מאיסורי ביאה הלכה ו כתב "ושלושה עומדין על גביו ולא הזכיר שיהיו תלמידי חכמים" וכו'. "ולכך גם בגרות, מה שאיתא בכריתא תלמידי חכמים הוא רק שידעו מה לומר לגר מקצת המצוות וכל מה שצריכין לדבר אותו. ולכן אם גם סתם אנשים ידעו מחמת שהתלמיד חכם, אחד מהם, יאמר להם תחילה, הדבר מספיק, ולכן לא הזכיר זאת הרמב"ם". נמצא כי מה שצריך הוא הדיוטות שידעו מה לעשות, ולא דווקא "בני הוראה" - דיינים ממש.

קכב. הדינים שצריכין ההדיוטות לדעת מכוארים אף הם בסימן זה באגרות משה: "שהתלמיד חכם היחידי (מביניהם - ו.א.) יודיע להשניים שמצטרפים עמו, פרטי הדינים דמילה ונבלה (מאכלות אסורות - ו.א.) והודעת המצוות וקבלתן". לכן מסקנתו, שם, "משמע שאף לכתחילה יכולים כל שלושה מישראל לגייר רק שצריך ליידע אם עשו כדין". וכן בשו"ת אגרות משה, יורה דעה, ח"ג, סימן קי פוסק: "תראו לגיירה בבי"ד בקיאים בדיני גירות והם יראי ה' ית' שודאי יעשו כדין". נמצא כי כישוריהם של הדיינים בגירות אינם נבחנים בידע מקיף בכל מקצועות התורה אלא בידע של ההלכות הרלוונטיות בהלכות גירות, ובמהימנותם

כי יקפידו על הידוע להם. בי"ד שאינו כזה, מסתבר שלא ידע או שלא יקפיד לערוך הסברה נאותה לגר על דיני החציצה טרם טבילתו, וכן לא יקפיד על קבלת המצוות באופן עקרוני - והדבר ימנע את חלות הגיור. לעניין זה ראה גם שו"ת דעת כהן הערות לסימן קן.

קבג. העולה מן המקובץ:

- א. לכולי עלמא יש צורך ב-ג' הכשרים לדון - או בטבילה או בעת קבלת המצוות באופן עקרוני - והיעדרם הוא לעיכובא.
- ב. על השלושה לפעול באופן קונסטיטוטיבי, ולכן פוסק הרב ז'ולטי כי שלושה שלא פעלו מתוך כוונה שכזו, אלא נוכחותם היתה פסיבית בלבד, הדבר ימנע את תחולת הגיור.
- ג. יש צורך ב-ג' "הכשרים לדון", ואילו מי שהוחזק לכפירה או לעבור עבירות באופן מסיבי, יש בו פסול לדון - ולכן אין גירות בפני יהודים קונסרוויטיבים מועילה, לדעת ר' משה פינשטיין.
- ד. על השלושה להיות יראי שמים כדי שיהיו נאמנים עלינו כי אכן הקפידו לבצע את כל דיני הגיור, כן עליהם לדעת את הדינים הנוגעים לגיור, ולשם כך עדיף שיהיה אחד מהם תלמיד חכם וילמדם מראש הלכות אלו.
- ה. אין צורך בידיעות נרחבות עד כדי כושר לדיינות, אלא צריך ידיעה בהלכות גירות, ובעיקר שצריך להודיע פרטי דינים דמילה, כשרות, נידה וקצת הלכות שבת, והודעה לגר שעליו לקבל מצוות באופן עקרוני. וכמו כן שעליהם להבהיר לו את ענייני יחוד ה' ואיסור עבודה זרה, כאשר שתי ההודעות האחרונות (בדבר קבלת מצוות וענייני יחוד ה') חורצות את גורל הגיור.

שיקולים ומדיניות בקבלת גירות

קכד. גירות לשום אישות בזמן הזה:

הרב עובדיה יוסף⁷⁵ דן בדברי הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג בשו"ת היכל יצחק חלק א סימן כא אשר זה תוכנם:
 "אע"פ שהדין נפסק בגמרא - "הלכה כולם גירים הם" - אף אלו שנתגיירו לשום אישות", מכל מקום יש לי חשש רציני בזמן הזה. כי לפנים בישראל העובר על מצוות התורה היה נבזה וחדל אישים ונרדף לעמו. ולכן, כשקיבל הגוי להתגייר, אף שהסיבה הראשונה שהניעתו

75 ראה הערה 10 לעיל, בעמ' לא.

לכך היתה לשם אישות, הרי ידע מראש שאם לא יקיים מצוות התורה יהיה מצבו גרוע מאד מצד החברה היהודית. וגם מהחברה הנוכרית, אשר מלפנים, כבר נתלש ונעקר ממנה, ונמצא קרח מכאן ומכאן, ואו חברותא או מיתותא.

מה שאין כן בזמנינו, שישנם הרבה חופשים מהדת, שלא רק שאינם מתקשים כלל בפריקת עול מצוות, אלא הנם גם עומדים בראש קהילות ישראל ולכן יש לחוש שמא אינו מקבל ברצינות את עול המצוות⁷⁶ וכו'.

קכה. ומעין הערה זו, אף מציין הרב אברהם סנדר שפירא בשו"ת דבר אברהם, סימן כח, כי סברת הריטב"א והנימוקי יוסף ביבמות דף כד, ע"ב. "אגב אונסיה גמר וקבל" "זה שייך בזמנים הראשונים. שאם לא יתנהג ביהדות לא תקלטהו הסביבה היהודית וגם האישה לא תאבה לדור עימו בלא גירות ולא יוכל להשיג מאוויי נפשו רק ע"י קבלת עול היהדות. משום הכי אגב אונסיה גמר וקבל". מה שאין כן בזמן הזה שגם אישה זו וגם חלק מהסביבה אינם נוהגים ביהדות וכו'. "לא שייך לומר 'אגב אונסיה גמר וקיבל', כיון שבלא זה ישיג מבוקשו".

קכו. ביחס לדברים אלו מבאר הרב עובדיה יוסף כי אין אלו סברות מוכרחות כלל. "כי יש לומר שדווקא בזמנם שלא היתה כל אפשרות לגוי לבצע זממו לשאת אישה יהודיה בלי גירות כדת וכדין" וכו'. – "לכן זקוקים אנו לטעמו של הריטב"א 'אגב אונסיה גמר וקבל' אבל בזמן הזה שישנה אפשרות לחיות עימה חיי אישות גם בלי גירות כלל, קלקלתו תקנתו – שאין כאן שום אונס ממשי בקבלת המצוות ובמעשה הגיור – אלא סבר וקיבל, וגם בלי טעמו של הריטב"א הגיור כשר, וזה בהתאם לסברת האחרונים הנ"ל שבזמן הזה לא חשיב לשם אישות".

קכו. נמצא כי דווקא העדר הצורך להתגייר באופן של קבלת מצוות כדי

76 והדברים תמוהים. הן אף לא בזמנינו, אלא בזמן הרמב"ם, ראינו לעיל שפוסק הרמב"ם "וחוששין להם עד שתתגלה צדקותם". מוכח שתמיד חששו שמא לא גמר וקיבל אלא נתנו סטטוס של ספק יהודי ומה נתחדש בדורנו? אלא רוצה הרב הרצוג לחדש כי בזמן הזה כיון שהדבר נוטה לודאי שאינם מקבלים עול מצוות בכנות (ולא כתקופת הרמב"ם שהיה רוב שכן מקבלים מצוות ורק חוששין שמא גר זה הוא מהמיעוט) אף בדיעבד כשקיבלוהו אינו יהודי כלל וכלל – והסטטוס שלו אינו של ספק יהודי, אלא של "קרוב לוודאי גוי". וזה הסטטוס אף בדיעבד. אך גם בעבר מלכתחילה לא קיבלו גר לשם אישות ורק בדיעבד היה גר. וראה שו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"ג, סימן קו.

לשאת אישה, גורר מצב שבו בגירות אמיתית על פי דין, עם קבלת מצוות, אין להסתפק ביחס לכנות קבלת המצוות ואין לדון בה כגירות אשר מניעה הם "לשם אישות" שכן אין מניעה לקיים יחסי אישות בלא גירות כהלכה. דווקא המצב הפרוץ מלמד כי מי שאכן מקבל מצוות כדין, עושה זאת מתוך כנות ושכנוע עצמי ("סבר וקיבל").

סברה זו של הרב עובדיה יוסף יש לה השלכות אף מעבר לדין הלכתחילה, ושיקולי בית הדין אם לקבל גר שכזה או לא. אלא שתי נפקא מינות נוספות בדבר:

א. לדעת הרב קוק שהובאה לעיל לפיה יתכן שאף אומדנא רגילה (שאינה אומדנא דמוכח) הנובעת מאי קיום המצוות לאחר תקופה מסויימת, תביא לביטול הגירור, זאת בהצטרף לעובדה שאף הגירור היה לשם אישות, ומכאן שקבלת המצוות אינה כנה. נמצא כי בזמן הזה שקל מאד לשאת יהודיה אף בלי גירור כהלכה, נזדקק לאומדנא דמוכח בדווקא, כדי להוכיח חוסר כנות בעת קבלת המצוות. אך כמובן - יש מקום לסברת הרב קוק במציאות אינדיבידואלית של רצון לשאת אישה מסוימת שאותה מן הנמנע לשאת בלי הצהרה של קבלת מצוות עקרונית.

ב. ברמב"ם לעיל מצינו כי "חוששין לו עד שתתבאר צדקותו" ולגר יש סטטוס של ספק, הפועל לרעתו בדיני ממונות. והנה, לפי דברי הרב עובדיה יוסף נמצא שבזמן הזה אין לייחס לגירות זו דינים של "גירות לשום אישות" על הספקות בסטטוס הנלווים לה, ואין כאן מקום להסתפק האם אגב אונסיא גמר וקיבל. זו מציאות רגילה של "סבר וקיבל", כלומר גירור וולונטרי שאין לגביו ספקות. נמצא שאף בדיני ממונות "לא יהיה זה סטטוס של ספק" הפועל לרעתו.

גירות של מי שבעלה אינו שומר מצוות

קכט. הרב איסר יהודה אונטרמן זצ"ל⁷⁷ דן ביחס לזוג מעורב, אשר הצד הנוכרי הבא להתגייר רוצה באמת לשמור מצוות באופן שהדבר ניכר לבית הדין, אולם הצד היהודי נמצא במצב שאינו שומר מצוות. בי"ד שדן בעניין זה לא היה מוכן לקבלה מסברה פשוטה: "האיך תיזהר האישה ממלאכות ביום השבת כאשר הוא אינו נזהר?" אמנם ק"ו זה לא נזכר בשום מקום אבל משתמשים בו כדבר פשוט. הרב אונטרמן מאידך מציין את האחיעזר כי עבירה מחמת פיתוי אינה מפקיעה את קבלת המצוות⁷⁸

77 קובץ תושבע"פ י"ג, בעמ' יז.

78 אך ביארנו כי פסק זה לא נאמר בפשטות באי קיום המצוה באופן מסיבי, ואף לא במציאות

וכן הציע להקל ביחס למצב שהבעל שאינו מקיים מצוות הוא עולה מבריה"מ - "ששם קשה כקריעת ים סוף לקיים מצוות ולא הורגל בזה, ובעיקר: הן מצינו הרבה מקרים שהבעל מחלל שבת ואשתו שומרת הכל בקפדנות ואינה נגררת אחריו. וכן אפשרי הדבר בגיורת. ולכן מציע הרב אונטרמן שלא לחשוש לדבר, ויש לקבל את הגיורת".

קל. בנסיבות שיש אכן כנות בקבלת המצוות ע"י האישה, והדבר ניכר לבית הדין מוצאים אנו גם בדברי ר' משה פינשטיין כי יש לקבל את האישה ולגיירה ואין לחשוש כי מחמת כך שהבעל אינו מקיים מצוות אף היא לא תעמוד בנסיון התמידי שהיא נמצאת בו⁷⁹. כך באגרות משה יורה דעה, ח"ג סימן קי: "ויש לקבלה ולגיירה ויודיעו לה בפירוש איסור נידה - שתהא צריכה לפרוש מבעלה בכל חודש לא פחות מ"ב יום עד שתטהר ותטבול, ולפעמים יותר. וכן דיני שבת ביחוד: דמאחר שבעלה שהוא יהודי שאינו שומר דת ויקשה לה לקיים ביחוד דברים אלו, כשצריכה לידע שלא תצייט לבעלה לעבור על איסורין. וכשתקבל ותאמר שתקיים אף שהוא נגר רצון בעלה, תראו לגיירה".

קלא. אך אף במקום שאין ידיעה ברורה על כנותה לקבל מצוות, מוצאים אנו התייחסות של ר' משה פינשטיין למצב של בעל שאינו שומר מצוות, כמצב שאינו בהכרח מלמד על אי קבלת מצוות אף מצידה. כך באגרות משה, יורה דעה ח"ב סימן קנט: "וברוב גרות שבמדינה זו (ארה"ב - ו.א.) שבשכיל אישות אין מקבלין המצוות אף כשאומרים בפיהם שמקבלין דהוא כנודע שמרמין, דהא לא תהא עדיפה מבעלה שהוא מופקר ועובר על כל דיני התורה. - אך מכל מקום, אולי גיורת זו תקבל המצוות, ולכן איני אומר בזה כלום לכבוד תורתו כי יש הרבה בניו יורק מקבליים גרים כאלו. וממילא אין לי לומר בזה איסורין, אבל אין דעתי נוחה וגם דעת אבא מארי הגאון זצ"ל לא היתה נוחה מזה" וכו'.

קלב. באגרות משה, יורה דעה ח"ב, סימן קס, אף מצינו סברה להקל מכח היות הבעל יהודי שאינו שומר מצוות: "ומה שבעלה שנתגיירה בשבילו הוא מחלל שבת ומופקר בכמה איסורין, עושה שהיא סבורה שאין כל חיוב

שאינן בה פיתוי מיוחד.

79 ועיין בדברי הרב אונטרמן, שם, בעמ' ט"ז ביחס למצב של נסיון תמידי לגר, כגון שמת-עתד הגר לגור בקיבוץ חילוני.

לשמור המצוות וא"כ הוא כגר שנתגייר בין העכו"ם דהוי גר" וכו'. נמצא כי אף שנשואין כאלו גוררים אי קיום מצוות, הדבר גורר ג"כ אי ידיעה על מידת החיוב של מצוות רבות ואינו מפקיע את כנות קבלת המצוות, וממילא הג'ור תקף.

קלג.

סברה זו של אי ידיעה על מידת החיוב של מצוות ניתן א"כ להעלות אף בגר שעתידי לחיות בקיבוץ חילוני - וניתן א"כ להקל אף שם ושלא כדברי הרב אונטרמן והרב עובדיה יוסף לעיל בנידון. אך בניגוד לג'ור של אישה אשר בעלה הוא בעיניה מודל למה שמחוייבת לקיים, אין הדבר כן בקיבוץ. שם הג'ור הוא על דעת שלא לקיים המצוות שכן אדם זה מכניס עצמו למצב נפשי וחברתי שכן קיום מצוות הוא משימה קשה. אך זאת ללא שהחברה בה יגור תיתן לו אינדיקציה של מה שמחוייבין לקיים ומה לא. אלא הוא יודע מראש מהו החיוב, וששם חיוב זה אינו מתקיים, ולכן סברת הרב עובדיה יוסף והרב אונטרמן בנידון, במקומה עומדת. (אם כי יתכן מצב אינדיקציה שונה, שהגר מתגייר בעת שהותו בקיבוץ - ובכך אולי יהיה לו דין של גר שנתגייר בין האומות, והדבר לא יפגום במידת קבלת המצוות ובכנות נכונותו לקיים מצוות כפי שישראל מקיימים ומחוייבים).

קלד.

אולם כל השיקולים הללו, הם שיקולים של בדיעבד - (אף בפסקי ר' משה פינשטיין) אבל ביחס לדין לכתחילה ולא במציאות של מקרה אינדיקציה אולי ברור ביחס לכנות קבלת המצוות, מוצאים אנו כי ר' משה פינשטיין מתווה מדיניות שונה בתכלית: בשו"ת אגרות משה יורה דעה ח"ג סימן קו: "הנה עניין הגרות רובן דרובן הם בשביל אישות שבצעם אין ראויין לקבלם, ורק כשקבלום הם גרים. אף כשקבלו עליהם כל המצוות מאחר שלא באו להתגייר לשם שמיים. ולכן פשוט שיש לחוש שאף שאומרים לפני הבי"ד שהם מקבלים המצוות - אינו אמת וצריך לבדוק ביותר. וזהו כוונת השולחן ערוך, יורה דעה רס"ח סעיף יב בנודע שבשביל דבר הוא מתגייר "חוששים עד שתתבאר צדקותו" - והוא משום דכיון שבשביל דבר שנתגייר יש לחוש שמא אף שקיבל המצוות בפיו, לא קיבלם בליבו. וכיון שיש טעם לסברה לחוש לזה הוא כאנן סהדי שיש ספק, שאין בזה שוב משום דברים שבלב וכו', שלכן חוששין לו להחזיקו רק כספק גר עד שתתבאר צדקותו ויעשה כדין גר ודאי. וברוב הפעמים ואולי גם כל הפעמים הרי הבן ישראל שרוצה בנוכרית ובת ישראל הרוצה בנוכרי אינם שומרי תורה בעצמם - שלא מסתבר שהנוכרי והנוכרית שמתגיירין בשבילם ישמרו דיני התורה יותר מהם - שהוי כאנן סהדי שאין מקבלין המצוות בודאי, שלכן צריך

ישוב הדעת גדול בקבלת גרים. ובעוונותינו הרבים נפרץ בהרבה מקומות שמקבלים אותם גם רבנים יראי ה', מפני לחץ ודחק בעלי הבתים עליהם, וכו' ובודאי בשביל זה עשו רבני הולנד תקנה שלא לקבל גר וגירות אלא בהסכמת כל הרבנים" וכו'.

קלה. ביחס למצב של גירות כשיש חששות ביחס למידת קבלת המצוות מציין ר' משה פינשטיין באגרות משה, יורה דעה ח"ב סימן קנ"ז: "ובכלל איני יודע טעם - הרבנים הטועים בזה - דאף לדידהו עכ"פ איזה תועלת הם מביאים בזה לכלל-ישראל שמקבלין גרים כאלו דודאי לא ניחא ליה להקב"ה ולעם ישראל שיתערבו גרים כאלו בישראל". זהו א"כ השיקול המנחה בדין לכתחילה.

קלו. הרב אברהם יצחק הכהן קוק בשו"ת דעת כהן, סימן קנד, מתייחס לגמרא ביבמות דף קט, ע"ב "רעה אחר רעה תבא למקבלי גרים" ובתוס' שם ד"ה רעה "היינו דווקא כשמשיאין אותם להתגייר, או שמקבלים אותם מיד. אבל אם הם מתאמצים להתגייר מקבלין אותם": - "פשוט הוא דהיינו דווקא כשמכירים בהם שהם מתגיירים בלב שלם לשם שמים. ופוסק לאור זאת (שאז מקבלין אותם). אבל המקבלים גרים שבשביל דברים של חומרות ותאוות ליבם הם מתגיירים - בודאי עליהם נאמר "רע ירוע" - "רעה אחר רעה תבא על מקבלי גרים", "כי גרים כאלה ודאי קשים לישראל כספחת והם מביאים קוצים בכרם ה'".

קלו. אך ביחס לגירות לשם אישות מוסיף הרב קוק שם, אף מעבר לזה: "ולא עוד אלא שהמקבלים אותם עוברים על איסור לאו של "לפני עור לא תתן מכשול" בממה נפשך. דאם נאמר שאין גירותם גירות גם בדיעבד, הרי הם מכשילים את הרבים במה שמחזיקים נכרים בחזקת ישראל - וכמה תקלות נובעות מכך, בדיני קדושין וגיטין ויבמין שנחזיק את בנו ממנו כבן" וכו'. "ואם באמת הם גרים (אף שאינם מקיימים מצוות, ואינם עדיפים בהתנהגותם מבן זוגם - ו.א.) ובדיעבד מתחייבים בכל התורה כולה, הרי הם מכשילים אותם (את הגרים) בזה שמחייבין אותם בעונשין של איסורי תורה שעוברים עליהם (כדין כל יהודי) וקודם שנתגיירו הלא לא נתחייבו בהם". נמצאנו למדים כי במכלול השיקולים אם לקבל גר זה או אחר, יש מקום להתחשב לא רק בטובת כלל ישראל, אלא אף בטובת הגר עצמו. ומחמת דין "לפני עיור" - שהוא איסור דאורייתא, שהדיינים המקבלים גר שכזה, עוברים עליו.

קבלת גירים בארץ ישראל

קלח. הרב א. י. אונטרמן זצ"ל בכנס תושבע"פ י"ג הנ"ל בעמ' א מציין שני שיקולים להקל מבחינת "מדיניות קבלת גרים" בארץ ישראל יותר מבחו"ל ומציין שבכל ימי רבנותו באנגליה עמד בתוקף שלא לקבל גרים לשם אישות. אך דבר זה נבע לא רק מחמת החשש שקבלת המצוות אינה כנה אלא:

א. "מפני ששם היה זורם נחשול של נישואי תערובת, העלול ח"ו להציף את המחנה וצריכים היו לעצרו בכח". "והיה שיקול שיבואו יהודים לשאת נוכריות בערכאות של נוכרים - מתוך ידיעה שלבסוף, יקבלום כי"ד לגרים אף שהם כבר נשואים, וגרותם היא לשום אישות" וכו'. שיקול שאינו קיים בארץ ישראל שאין בה התכוללות. שיקול זה תמציתו מניעת גיוור מסיבי - כתופעה חברתית מתבקשת במקום שיש בו נישואי תערובת ושמירה על האופי האינדיבידואלי של הגיוור.

ב. מפני שהגרים נשארים באותה הסביבה וחיים באוירה הקודמת ואינם מרגישים עצמם מנותקים מן העבר שלהם ואין גר שכזה רואה עצמו מבחינה רוחנית לקטן שנולד כשאינו מכיר את השינוי שבא באורחות חייו. אבל כשנעקר וכא להתגייר אצלנו כשהוא רחוק מסביבתו יש להתבונן היטב" - כלומר בארץ יש מקום להקל.

קלט. בהקשר זה יצויין כי אף הראי"ה קוק בשו"ת דעת כהן סימן קנר סיים דבריו: "יפה עשו כבוד תורתו ורבנו קדישי וכו' שגדרו גדר במדינתם (ארגנטינא) ששם הפרוץ מרובה, ורכו גיוריות כאלה שאינם אלא לפנים (כלומר, המציאות היתה שיש הרבה גויים לא כנים) שלא לקבל גרים כלל. ומי שרוצה באמת להתדבק בקדושת ישראל שיבא לירושלים שיחקרו אחריו יפה בכית דין מוסמך - באופן שלא יהיה שום משוא פנים בדבר, לקבל כי אם אלה שנהיה בטוחים בהם שמתגיירים לשם שמים ושישמרו לעשות את כל דברי התורה אחר שהתחייבו בה", וכו'.

קמ. מכאן כי המדיניות צריכה להיות אכן להמעיט בהכרה בגיורי חו"ל ובכך להפנות גרים אלו להתגייר בארץ. כאן יש אפשרות יתר לעמוד על כנות הגיוור, וכן יש סברות להקל באין החשש של שיטפון נישואי תערובת ושל אי ניתוק הגר מהווי חייו הקודם. דברים אשר יש להם השפעה ג"כ על מידת כנות הגיוור, ועמידתו במבחן לאורך זמן.

קמא. את הכנות הנדרשת בגיור, יש להבין לא רק כתנאי לתקפותו אלא גם כשיקול המעמיד את כל תופעת הגיור באור של השתלכות אינדיוידואלית של יחידים בעם ישראל, ולא כתנועה המונית שתסכן את קיומו. כך מבטא זאת השופט קיסטר בבג"ץ 58/68 בנימין שליט בשמו ובשם ילדיו נגד שר הפנים⁸⁰: "ההצטרפות לעם מתבצעת ע"י גיור, וכאן אין השאלה מהם פרטי הדינים של גיור אלא מה מצפים מאדם הרוצה להתקשר עם העם היהודי, כדי להיות חלק בלתי נפרד מן העם, ומהו טיב הקשר והיקפו. בנקודה זו איטיב לעשות אם לא אחפש הגדרות אלא אביא את האמור במגילת רות פרק א' בדבר רצון ההצטרפות של רות המואביה למשפחתו ולעמו של בעלה המנוח. חמותה נעמי לא שידלה אותה שתצטרף, לא הבטיחה לה שום טובות הנאה אולם, זאת היתה תשוקתה של רות שבאה מעומק ליבה וכך נאמר שם: "אל אשר תלכי אלך, כאשר תליני אלין. עמך עמי, ואלוקיך אלוקי, כאשר תמותי אמות ושם אקבר. כה יעשה ה' לי וכה יוסיף כי המוות יפריד ביני ובינך" (פסוקים טו-טז).

אם נסכם דברים אלו ונלביש אותם בהגדרות מודרניות, הרי שיש כאן הבעת רצון בצורה ברורה להצטרף לעם ישראל ולדת ישראל ולקבל אורח החיים של העם בחיים ובמוות (קבורה) להיות דבוקה בקשר אחוה ורעות לכל החיים, רואים כאן גם סימנים חיצוניים של כנות הרצון "ותרא כי מתאמצת היא ללכת איתה - ותחדל לדבר אליה" (פסוק יח) ניתן להגיד כי דברים אלו הם העיקר, "ואידך זיל גמור".

בהמשך מוסיף השופט קיסטר: "הדעה נותנת כי קבלת גרים על בסיס זה איפשרה לעם ישראל להתקיים כעם תקופה כה ארוכה למרות היותם מפוזרים בעולם במשך אלפי שנים ללא מדינה ואף ללא טריטוריה משותפת ואף כאשר שפתם המדוברת לא היתה השפה העברית. הגרים שהצטרפו לעם ישראל לא היו מבחינה תרבותית גורם זר העלול לפורר את עם ישראל, כפי שקרה אצל עמים אחרים שהצטרפו אליהם בני עמים אחרים בעלי תרבות שונה, ושינו את פני העם בו התבוללו בכיכול - עד כדי שגרמו לתופעה הידועה שעמים נעלמו לגמרי"⁸¹.

80 בג"ץ 58/68, שליט נ. שר הפנים, פד"י ס' (2) 485, בעמ' 548-547.

81 עוד על שיקולים כלליים ביחס לקבלת גרים, והיחס למאמרו של רב חלבו, "קשים גרים לישראל כספחת", ראה בירחון תורני "ההר" שנה כו, תשי"א חוברת כסלו, מאמר של ר' ב' - העורך, כי קיימים למעלה משלושת אלפים מאמרי חז"ל בשבח גירים וא"כ מאמרו של ר' חלבו "מוזר" ומאידך בחוברת ו, עמ' כג וכ"ד מאמרו של הרב צ. י. הכהן קוק זצ"ל המשיב לו, ונוקט שמאמרו של ר' חלבו חייב להיות נר לרגלי ביה"ד המגייר וכמו כן,

קמב. דוגמא לכך מוצא השופט קיסטר בעוכרה ההסטורית הבאה: "היה ג"כ זמן (לפני סוף מלכות החשמונאים) שהשלטון היה מעוניין לגייר את האדומים בחשבו כי הדבר יעזור להתעצמותו או התפשטותו של עם ישראל ולחיזוק המדינה. אבל החשבונות המדיניים אכזבו והתברר כי לא היה הדבר לטובת העם או לשלום המדינה. מיותר כאן להכנס לפרטי הגיור ולבירור התוצאות השליליות עקב הגיור, שלא היה גיור מרצון ולא בשלמות ובכנות". נמצא כי גיור מסיבי גורר תופעה של השתלבות גרים שהם נטע זר, כתוצאה מחוסר הכנות של המתגיירים, עד כדי העלמות העם. תופעה זו נמנעת בגיור כהלכה.

מסקנת הדברים

קמג. עיון במכלול הדינים שהובאו לעיל ביחס לגיור כהלכה ילמד כי בכל שלבי הגיור, החל במילה, עובר בטבילה, וכלה בקבלת המצוות, נדרשת כנות והשתלבות אמיתית בעם ישראל ועקרונותיו. אף ראיית הגיור כאקט קונסטיטוטיובי של בית דין, ילמדנו כי יש צורך בשיקול דעת שיפוטי ביחס לכנות המתגייר. אילו נדרשנו לתמצת את כל מכלול הכללים המרכיבים גיור כהלכה, ולהעמידם על אחת, היינו משתמשים במילים:

ראה בקובץ תושבע"פ י"ג, בראשית מאמרו של הרב עובדיה יוסף, עמ' כא, כב; ובראשית מאמרו של הרב ז'ולטי שם, עמ' לב.

בשו"ת אגרות משה, יורה דעה ח"ג סימן ק"ט, א מצינו ביחס לגירות מסויימת "איכא מצוה גדולה להזדקק לזה ולהטביל אותה וכו'. בספר קול צופיך לרב י. גרשוני, ירושלים תש"מ, בעמ' תקג מובא מאמר האם קבלת גרים היא מצוה על בית הדין, והנמנעים מכך היכן שמוטל עליהם לקבל את הגר, עוברים על עשה. או שזהו רק הכשר מצוה. כשם שהרצוה לאכול בשר מצווה לשחוט, כן כשגר מתגייר יש מצוה לעשות זאת באופן מסויים. אך אין מצוה חיובית בדבר. הרב י. גרשוני מביא ראייה מתשב"ץ על אזהרות לר' שלמה אבן גבירול אות כח לפיו משמע שזו מצוות עשה ממש, והרב גרשוני מביא לכך מקור מדין מצות אהבת ה' הכוללת לפי הספרי מצווה לפרסם את שם ה' בעולמו. ודוחה זאת כדבר המתייחס לחיוב להחדיר מצוות בני נח בעכו"ם אך לא לגיירם לקבל תורה ומצוות. ויש להוסיף לדהיה, כי הספרי שמביא הרב גרשוני: "ואהבת את ה' אלוקיך אהבהו על הבריות כאברהם אביך שנאמר את הנפש אשר עשו בחרן", מתייחס לגיור שהיה קודם מתן תורה. אך אין לדמות בין הגיור שהיה קודם מתן תורה ("גיור של אגדה", שהיה באברהם, גיור שהתייחס לביעור האלילות ושחיתותה) לגיור של תורה ומצוות של אחר מתן תורה. וכפי שראינו בדברי הרב צבי יהודה קוק זצ"ל בריש המאמר. הסברה לכך שמאז שנהיינו לעם (בסיני) לא יתכן גיור המוני כמצוה כללית של הפצת שם שמים בעולם, היא - שגיור כנה יכול להיות רק גיור סלקטיבי לאחר דרישות וחקירות ולא גיור המוני של זרם שלם של אנשים, שיביא להיעלמות העם בו התמזגו. השיקול הפרגמטי וההלכתי שלובים זה בזה.

"קבלת מצוות בכנות! לאמור, רק כאשר יש באמת ובתמים זהות ביחס ל"אלוקיך אלוקי" - ע"י קבלת עול מצוות באופן עקרוני והשתלכות תרבותית ואמונתית מוחלטת ביהדות של אחר מתן תורה, רק אז ניתן גם לומר "עמך עמי". זו מהותו של גיור כהלכה.

קמד. גיור כהלכה הינו אם-כך תהליך של השתלכות הגר בעם ישראל, תהליך רב תוכן ומהות פנימית אשר לכל מרכיב ומרכיב יש סיבות היסטוריות. מניעים נשגבים, משקל הלכתי, ורקע הגותי עמוק. לא ניתן לוותר על חלק מהליכי הגיור או לחילופין ליטול מהם את משמעותם הערכית ולאמץ רק את הסימלי והצרמונילי ללא שתהא לתהליך מטרה ברורה ויעד של השתלכות כנה ואמיתית ביהדות של תורה ומצוות, ביהדות שהינה סטטוס הניתן למי שחייב בעול מצוות וערכות הדדית לקיומן חלה עליו ובינו לבין כל שאר החברים בעם ישראל. יהודי החייב בעול המצוות מעמדו המשפטי אינו משתנה משאינו מקיימן. אולם גר הבא להתחייב בעול המצוות כיצד יקבל סטטוס של "חייב בעול מצוות" אם בעת התחייבותו לא התכוון לקיימן?

קמה. לסיום יאמר אך זאת: המונח "גיור כהלכה" הינו מונח דו-ערכי, משמעותו הראשונה והברורה הינה גיור על פי ההלכה כפי שנקבעה בשולחן ערוך. ועי' הפוסקים שנתקבלו כפוסקי ההלכה וגאוני הדורות ע"י היהדות הנאמנה לפוסקי השולחן ערוך. (גם גיורים צרמוניליים נטולי תוכן מתימרים להיקרא גיורים כהלכה, ומשום כך שינוי בחוק השבות מן הראוי לו שלא יסתפק במונח "כהלכה" אלא יוסיף לכך את האלמנט של מחוייבות לבלתי לסטות מפסקי השולחן ערוך ונושאי כליו). משמעותו השניה של הביטוי גיור כהלכה הינה גיור הגון כאשר המלה כהלכה מפורשת "כפי שצריך", "כיאות" אולם אם גיור "כיאות" מן ההכרח כי יאמץ את מרכיבי הגיור ההלכתיים כאשר בהליכי גיור אלו טמונים יסודות הלכתיים הגותיים עמוקים הנועדים להבטיח כענין שבמדיניות כי הגיור יעשה מתוך תשומת לב מדוקדקים להשתלכות כנה ואמיתית של הגר בעם ישראל, השתלכות שאין הלכתי בבוא אדם לבקש סטטוס של יהדות על כל המשמעויות הערכיות, הרגשיות וההלכתיות של סטטוס זה.

בין אדם למקום

מהותה של תפילה ומהותו של זמן* 1

פרשת תולדות נפתחת בתפילתו של יצחק, אשר נענתה על-ידי הקב"ה. בפסוק נאמר (בראשית, כה, כא): "ויעתר יצחק לה' לנוכח אשתו כי עקרה היא, ויעתר לו ה' ותהר רבקה אשתו".

רש"י מבהיר בהקשר זה כי יצחק הרבה והפציר בתפילה. המונח "ויעתר יצחק" מבואר כלשון הפצרה וריבוי, כמו "נעתרות נשיקות שונא" (משלי כז), כלומר נשיקות השונא דומות למרובות והינן למשא, וכן "העתרתם עלי דכריכם" (יחזקאל לה).

עולה אפוא מן הדברים כי יש משקל וערך סגולי להפצרה בה', וכי יש עניין להרבות בתפילה. למקרא הדברים מתעוררת כמאליה השאלה: מדוע צריך להפציר ולהרבות בתפילה, וכי יש צורך לדבר על ליבו של הקב"ה ולהפציר בו כדי שיענה לצרכיו של האדם? וכי יש צורך לשכנע את הקב"ה באמצעות דיבור מרובה והפצרה חוזרת ונשנית, כרי שייעתר לתפילת המבקש?

יתרה מכך, מדוע בכלל נחוצה היא התפילה, וכי אין האלוקים יודע מראש את צרכי האדם? מטרת התפילה אינה יכולה להיות כדי לספר לה' על צרכי האדם, שהרי הדברים ידועים מראש לבורא עולם, שהוא עילת העילות וסיבת הסיבות לכל המתרחש בעולמנו. הקב"ה לא זקוק, כמובן, לבקשת הרפואה על-ידי החולה, כדי לדעת כי פלוני חולה הוא, וזקוק לישועה, שהרי החולי בא מלכתחילה מידי ההשגחה העליונה. אם מטרת התפילה היא לבקש רחמים, הרי שיש לתמוה, שכן מיסודות האמונה היא ההכרה כי עוני, מחסור, מחלות, חוסר הצלחה וכיו"ב אינם מקריים, אלא פרי ההשגחה העליונה, שהביאה דברים אלו על האדם, מכוח חשבון שמימי כולל של שכר ועונש. הכיצד ייתכן אפוא כי אדם יבקש מה' לבטל את מה שה' עצמו גזר עליו, על-פי המתחייב ממעשיו?

מכוח מה מבקש אדם הצלחה, ישועה ושפע אלוקי? הרי ממה נפשך: אם מגיע לו הדבר לפי ערך מעשיו - הרי שממילא יקבל זאת מאת ה', הנאמן לשלם שכר טוב ליראיו, ונאמן להעניש את עובדי מצוותיו. למה צריך לבקש את מה שמגיע ממילא על-פי דין?

ואם לעומת זאת לא מגיע דבר על-פי עקרונות של שכר ועונש - מה תואיל תפילת האדם?

* פורסם ב"סיני", כרך קלט' (תשס"ז) עמ' צג'.

1 להרחבה בסוגיה זו ראה אברהם וינרוט, ביטחון והשתדלות (פרקי יסוד), הוצאת פלדהיים, תשס"ו, פרק י.

המקור התורני לחיוב האדם להתפלל הינו הפסוק (דברים יא, יג): "לאהבה את ה' אלוהיכם ולעובדו בכל לבבכם ובכל נפשכם". ביחס לכך מציינת הגמרא במסכת תענית (דף ב, עמ' א)²: "איזו היא עבודה שהיא בלב? הווי אומר זו תפילה". תפילה היא אפוא עבודת האדם את אלוהיו - בליבו. ובכן, מה פירושה של עבודת אלוהים זו?

"המעביד" - לא זקוק לעבודה זו, שהרי, כאמור, הקב"ה אינו זקוק לבקשתו של האדם כדי לדעת מהן משאלותיו או כדי להשלימן. מדוע נדרשת אפוא עבודה שהמעביד לא זקוק לה? אין זאת אלא שזוהי עבודה הדרושה לאדם עצמו. ובכן, לעצמו לשם מה? ועיקר העיקרים, אם הדבר נחוץ לאדם עצמו, הכיצד נחשבת התפילה לעבודת ה'? האם ניתן לומר כי אדם עובד את אלוהיו, כמאמר חז"ל "איזו היא עבודה שהיא בלב? הווי אומר זוהי תפילה", כאשר הוא שואל מה' את צרכיו שלו, ומתמקד במאווייו האנוכיים ביותר? אדם מבקש להגשים את משאלותיו האישיות: פרנסה, שלום בית, הצלחה, זיווג, ילדים, חיים ארוכים, רפואה שלמה, וכל נושא הטעון מזור, הוא מתמקד בעצמו ובצרכיו, וזוהי עבודת ה'?

המהר"ל מפראג בספרו "נתיבות עולם", (נתיב העבודה פרק ג') משיב על שאלה זו ומבאר, כי כאשר מתייצב האדם בפני אלוהיו ושופך לפניו שיחו, יש בפנינו פעולה של הכרה עמוקה של האדם, כי הוא לבד אינו יכול להצליח להושיע את עצמו. האדם ניצב בשעה זו בפני אלוהיו וכל ישותו והווייתו שמוטים מעליו. הוא מכיר בחדלון כוחו ובאפסותו המוחלטת מול האלוהים, אשר בידו נפש כל חי ורוח כל בשר איש. בשעת התפילה, האדם מכיר בכך שחיים ורפואה, הצלחה, כבוד, שלוה ונחת - וחלילה מוות, חולי, מחסור ומכאוב - נתונים כולם בידי הקב"ה - והאדם הוא בטה"כ גרגר, אשר הרוח האלוהית נושבת בו וחרצת את גורלו, לשבט או לחסד. אכן, יש בידי האדם יכולת בחירה, והוא נזר הכריאה ותכליתה. כוחות עצומים לו לאדם. אבל, ההצלחה היא פרי סיעתא דשמיא ואם יעזבנו הקב"ה חלילה לרגע קט - יאבד סיברו. האדם נתון בידי הקב"ה בכל עצם הווייתו. ברגע אחד קטן, עלול האדם המוצלח ביותר לאבד חלילה את בריאותו או את חייו, או את היקרים לו מכל, או את מקור הצלחתו וקיומו, ואז אבדה תוחלתו באחת, והוא משול לחרס הנשבר, לאבק פורח ולענן יעוף. תחושה זו היא המפעמת בליבו של אדם הניצב בפני אלוהיו ומתפלל בכוונה. על כן, ברור כי על אף שאת צרכיו שלו הוא שואל, יש בכך משום עבודת ה' במובן העמוק ביותר האפשרי.

2 וכן מובא בתלמוד הירושלמי במסכת ברכות, פרק ד, דף ז, הלכה א.

האדם המתפלל גם מכיר בעובדה שהקב"ה מאזין לו, שומע לו, משגיח עליו ודואג לו. יש לו לאדם עם לדבר. יש לו אל מי לפנות³. הכרה זו כשלעצמה היא מעשה אמוני עמוק וחשוב, זוהי עבודת אלוקים צרופה - עבודה שבלב. בהתאם לכך מגדיר הרב וולכה את התפילה כהכרה של האדם, כי כל הקורה בעולמו אינו נובע מקשר סיבתי בין גורמים ומעשים טבעיים, לבין תוצאות מוכרחות ואוטומטיות, אלא יש אלוקות שהיא עילת כל העילות וסיבת כל הסיבות. ובלשונו של הרב וולכה בספרו "עלי שור" (עמ' שמ"ט):

"לפי מראה עינינו מתנהגים כל ענייני העולם על פי סיבה ומסוכב: האדם עני מפני שאינו מוכשר למשהו; הוא חולה בגלל תורשה או וירוס; הוא אינו מצליח בלימודו מפני שאינו בעל כשרון. והנה, אנו צריכים לפעול בעצמנו לדעת (כלומר, ליצור בתוכנו את התודעה - ו. א), כי הכל תלוי אך ורק ברצון ה' יתברך ולא בסיבות גשמיות. תפילה מתנגשת עם חוק הברזל של "סיבה ומסוכב", ובו אנו צריכים לפרוץ את המושכל הראשון הזה של הסיבתיות. מייד בהתחילנו להתפלל אנו צריכים להתרומם למבט של "למעלה מן הטבע". זאת היא עבודת התפילה."

הד לרעיון זה מצוי בדרשתו של אחד מאבות החסידות, המגיד מאוסטרהא, ר' יעקב יוסף בן יהודה, בספרו רב ייבי (דף כט, עמ' ב), המפרש את הפסוק (תהילים ג, ו): "אני שכבתי ואישנה הקיצותי כי ה' יסמכני", בהתאם לדברי חז"ל במסכת סנהדרין (דף צז, עמ' א) כי שלושה דברים לאדם בהיסח הדעת והם: מציאה, עקרב (דהיינו האסון הבא עליו חלילה), משיח (דהיינו הגאולה שלו). ההסבר לכך שהגאולה של האדם באה בהיסח הדעת (בבחינת "ואישנה" - דהיינו אדם הישן כביכול ומסיח את דעתו מן הצרה הבאה עליו) נובע מכך כי:

3 ובלשונו הרב שלמה וולכה בספרו "עלי שור" חלק ב' בעמ' שמ"ח: "את השלמות שלנו אנו מחפשים. לא את הצלחתנו. ויסוד השלמות הוא האמונה. האמונה שלנו אינה אמונה "שיש ה'" - זאת אנחנו יודעים ביריעה גמורה. האמונה שלנו היא ודאות כזאת בלב בנוכחות הבורא והשגחתו עד שרואים את העולם ואת כל מאורע בעיניים של אמונה. הדרך להגיע לחיות זאת באמונה היא רק התפילה. בה אנו מתלמדים לפנות אל הקב"ה ככל החסר לנו, כי אין מישהו אחר בעולם שיוכל למלא את החסר לנו. וזוהי הרגשה דקה שצריך להחיות אותה שלוש פעמים ביום".

הרב שמחה זיסל זיו בספרו "חכמה ומוסר" חלק ב' מאמר א מציין כי התפילה היא צורך של האדם עצמו, להזכיר לעצמו ולשוות בעיני רוחו כי כל רגע ורגע מצוי הוא בכל דבר ועניין בידי ההשגחה העליונה.

"כשהאדם בדעתו ומחשב פעולות להנצל מן הצרה - אין לו ביטחון גמור בה' יתברך, ולכן אין לו עזר מה' יתברך, שה' אומר: כיוון שאתה רוצה להציל עצמך בפעולותיך, אין אני עוזר לך, ונראה איך אתה תוכל לעזור לך בעצמך. אבל כשהאדם מסיח דעת מן הצרה, ואומר: אני לא יודע כיצד להושיע את עצמי, אנא ה' הושיעני - אז עוזר לו ה' יתברך".⁴

כלומר, כאשר האדם חושב כי הוא מסוגל להניע דברים בעצמו, הרי שהקב"ה כביכול אומר לו: "תעשה לבד, ובוא נראה לאן תגיע". לעומת זאת, כאשר אדם מכיר בעובדה כי הוא במעשיו רק משתדל, אך לא קובע, ובמעשיו אין בסופו של יום כדי להביא להשגת התוצאה, אלא מה שנקבע בגזירת עליון אותו ישיג, הרי שהוא עומד ומתפלל. במצב דברים זה, נחלץ הקב"ה לעזרתו, בבחינת מי שאומר "משהגעת למסקנה כי לבד אינך יכול, ואתה פונה לעזרתי - הרי שאני אכן נחלץ לעזור ולהושיע".⁵

התפילה, בהקשר זה, מהווה אפוא מעשה נשגב המרומם את האדם לדרגות רוחניות נעלות, שבהן הוא ראוי גם ראוי. מצב הכרתי זה מזכה את האדם בגמול, שיתבטא לעיתים גם בהגשמת משאלתו.⁶ התפילה מועילה אפוא לאדם, גם אם

4 הדברים מקבילים לסיפור אודות ר' לוי יצחק מברדיצ'ב, אשר אשה פנתה אליו במרי ליבה וביקשה כי יתפלל עליה. ר' לוי יצחק היתנה את תפילתו בכך שתפקיד "פריון נפש" בסכום גדול. האשה טענה כי אין בידה את הסכום האמור, ואילו ר' לוי יצחק עמד על דעתו. האשה הטיחה על כן, ואמרה לו: "אם אתה לא עוזר לי, אני אתפלל בעצמי, והקב"ה יעזור לי בלעדיך". לשמע הדברים הללו אמר לה ר' לוי יצחק: "את המשפט הזה חיכיתי לשמוע - עכשיו נושעת". על דרך זו גם באר לימים ר' לוי יצחק מברדיצ'ב את תגובתו הקשה של יעקב עת שאשתו האהובה רחל פונה אליו ואומרת לו "הבה לי בנים, ואם אין מתה אנוכי" (בראשית ל, א). חז"ל תמהים על תגובתו של יעקב "הכך עונים את המועקות?" והתשובה היא כי יעקב רצה שרחל תסמוך על תפילתה שלה.

5 הרב י. בייפוס בספרו "לקח טוב" על ספר דברים פרשת "עקב", מוסיף ומציין בהקשר זה כי כאשר אדם בוטח בזולתו וסומך עליו באופן מוחלט, הרי שציפיה זו יוצרת כשלעצמה מחויבות אצל מי שסומכים עליו.

6 רבנו יונה בפרושו לספר משלי פרק ג' מבהיר כי "הבוטח בה' יושגב" מן הצרה - בשכר הביטחון, אע"פ שהייתה הצרה ראויה לכא עליו... והתקווה אצולה מן הביטחון הזה כי גם בהיות עוונותיו רבים ועצומים יקווה אל רחמי ה' כמו שנאמר (דניאל ט' י"ח) "כי לא על צדקותינו אנו מפילים תחנונינו לפניך", ונאמר (תהילים ס"ה, ג - ד) "שומע תפילה עדיך כל בשר יבואו, דברי עוונות גברו מני, פשעינו אתה תכפרם"... וכן אם גברו עליו צרות ונכנע אל ה' מפניהם - יבטח על רחמי ה' כי ירחם עליו מפני צרותיו ומפני הכנעתו ומפני תקוותו אל ה'". כלומר, גם מי שחוטא ומצבו הרוחני חמור, הרי שעצם עמידתו בתפילה, אם היא אכן באה מלב מורתח, מרוממת אותו, ומציבה אותו במצב רוחני הראוי לישועת ה'. יפים בהקשר זה דבריו העמוקים של הרב חיים מוולאז'ין בספרו "נפש

היה בעל עבירה ובלתי ראוי לישועה, מכיוון שעצם התפילה בכוונה מזככת אותו, וזיכוך זה עצמו יש בו כדי להושיע, שהרי הוא מרומם את האדם ומציבו בדרגה נעלה ומרוממה. בהתאם לכך, ברור לחלוטין מדוע יש צורך להרבות בתפילה, ולהעתיר אל ה', שהרי התפילה היא עבודה שבלב, שבה האדם מזדכך ומגיע למצב הכרתי מסוים ולדרגה רוחנית מסוימת. דברים אלו אינם באים בקלות ובמהירות, אלא רק לאחר השקעה של מחשבה מעמיקה - וגם לב.

בהקשר זה ראוי לשים לב לנקודה עיונית מרהיבה, ביחס לתפילת הכהן הגדול בצאתו מקודש הקודשים ביום הכיפורים:⁷ הגמרא במסכת יומא (דף עג ע"ב) מציינת כי הכהן הגדול היה מתפלל שלא תכנס לפני ה' תפילת עוברי דרכים, המבקשים כי בעודם בדרך לא ירדו גשמים. והדבר תמוה מאוד, שהרי לכאורה מדוע צריך בקשה מיוחדת של כהן גדול ברגע הנעלה ביותר, כדי לחסום את תפילתם של עוברי דרכים? הרי רבבות אלפי ישראל נצרכים לגשמים, עשרות מאמרי חז"ל הפליגו בנחיצותם של גשמים לעולם. האם ייתכן כי בגלל קומץ של הולכי דרכים, שלא נח להם להימצא בדרכים בשעת הגשם, היה הקב"ה מונע את הגשמים? אין זאת אלא כי אכן, כלל ישראל מבינים בשכלם, כי אם לא ירדו גשמים תתרגש עליהם צרה. אך בינתיים הם מצויים במצב של רווחה עקב גשמי השנה החולפת. על כן, תפילתם נעשית בכוונת המח, שאיננה יוצאת מלב מורתח וכואב. לא כן היא תפילתו של היחיד, עובר האורח, הספוג בגשמים עד לשד עצמותיו. הלה מבקש מכל לב כי הגשם ייפסק "לעת עתה" עד אשר יגיע לביתו בשלום. יתכן שצרתו לא כל כך גדולה, אבל התפילה נרגשת ובוקעת מן הלב. "ורחמנא ליבא בעיי" (ה' חפץ בליבו של האדם)!

התפילה מהווה נקודת איזון בין מוח לבין לב, והיא מבטאת רגש עמוק של האדם הזועק לישועה, ביחד עם הכרה בכך שהאדם אינו מסוגל, לבדו, להגיע

החיים", (שער א' פרק ט'): "ולכן בעת קריעת ים סוף אמר ה' יתברך למשה (שמות י"ד, ט"ו) "מה תצעק אלי, דבר אל בני ישראל ויסעו" - רצה לומר שבהם תלוי הדבר, שאם הם יהיו בתוקף האמונה והביטחון ויסעו, הלוך ונסוע אל הים, בלא לירא, (הרי ש)מעוצם בטחונם, וראי יקרע (הים) לפניהם. או יגרמו ע"י זה התעוררות למעלה, שיעשה להם הנס ויקרע (הים) לפניהם. וזהו שנאמר "לסוסתי ברכבי פרעה דימיתך רעייתי" - רצה לומר, כמו בסוסי פרעה, שהיה היפך מנהגו של עולם, שהרוכב מנהיג לסוס, ובפרעה וחילו הסוס נהיג את רוכבו.. כן דימיתך והמשלתך רעייתי - על זה האופן ממש, שאף שאני (ה') רוכב ערבות, עם כל זה כביכול אתה (האדם המתפלל) מנהיג אותי ע"י מעשיך, שעניין התחברותי (של ה') לעולמות הוא כפי עניין התעוררות מעשיך (של האדם) לאן נוטים". לעניין זה ראה בהרחבה בספרו של הרב י. גולדווסר, צרופה אמרתך, עמ' שכ"ה.

למחוז חפצו, בלא שההשגחה האלוקית תנחהו ותסייע בידו. ביטוי חד לדברים מצוי בגמרא במסכת נידה (דף ע, עמ' ב) בה מובא כי אנשי אלכסנדריה שאלו את רבי יהושע בן חנניה: "מה יעשה אדם ויתעשר?" השיב להם רבי יהושע בן חנניה: "ירבה בסחורה, וישא ויתן באמונה" שאלו אנשי אלכסנדריה: "הרבה עשו כן ולא הועילו?" השיב להם רבי יהושע בן חנניה: "אלא יבקש רחמים ממי שהעושר שלו, שנאמר 'לי הכסף ולי הזהב'". שואלת הגמרא: מה בא רבי יהושע בן חנניה להשמיענו? מה החידוש בכך? משיבה הגמרא כי החידוש הוא: "דהא בלא הא לא סגי" - כלומר, בכך שאדם מרבה בסחורה - לא די, אלא צריך גם להתפלל.

הווי אומר, השגת הישגים דורשת תהליך מקדים, שבו אדם עמל ומשלב את העמל באמונה צרופה, כי לא כוחו ועוצם ידו הם שעשו לו את החיל הזה. שילוב זה כולל שני מרכיבים: השתדלות טבעית - ותפילה. **השתדלות טבעית** - ככלל, כדי שאדם יעשה חיל בעסקיו, עליו להרבות בסחורה.

תפילה - גם לאחר שהאדם חשב, הגה, תכנן, חידש, יצר, ואף התייגע, טרח ועמל ליישם, הוא צריך לעמוד בתחינה בפני קונו, כי עמלו יצליח בידו, כשהוא מתייצב בפני בוראו, ומבקש "רחמים ממי שהעושר שלו".

התפילה היא אפוא ביטוי מוחשי לאיזון הדרוש לאדם בין אמונתו לבין מעשיו, והיא השילוב העדין בין ההבנה כי מוטל על האדם לעשות, ואף לחוש סיפוק מהעבודה וממילוי החובות והצרכים, לבין ההכרה כי אחרי כל המעשים - לא המעשה של האדם הוא שקובע, אלא בסופו של דבר - הכל נגזר על-ידי הקב"ה, שאליו יש להתפלל, ובפניו ניצב האדם המבקש על נפשו - כגרגר מול האין-סוף.

"חסידים הראשונים היו שוהים שעה אחת ומתפללים" (משנה, ברכות, ה, ט). הרב שלמה וולכה, מתייחס לדברי רבנו יונה בספר היראה, לפיו מוטל על האדם לבוא לבית הכנסת, לשבת במקומו "ולא יפתח פיו עד שישהה מעט וישיב אל ליבו לפני מי הוא יושב, ומי שומע דבריו...". ביחס לכך מציין הרב וולכה: "... השוהה לפני התפילה דקה אחת ממש, ויושב בשקט על מקומו מרוכז בעצמו ובתפילה שהוא עומד להתפלל, יראה נפלאות איך דקה זו עשויה להשפיע על כל תפילתו.

אנחנו רדופים מאוד מקצב החיים המודרניים, שהכל צריך להיעשות במהירות ... לכן אפילו דקה זו של שהיה לפני התפילה עולה לנו במאמץ ובמאבק, אך אין לוותר עליה (עלי שור, חלק ב, עמ' שמט-שן).

והרוצה להתעשר ואץ בבוקר לעסקו אחרי תפילה חטופה ויבשה, מי יודע

איזו סיעתא דשמיא הוא גוזל מעצמו מפני שלא היה רגיל בתפילה מסודרת כציבור, במתינות, ורוב שימת לב".

משעמדנו על מהותה של תפילה, נעמוד להלן על משמעותו של הזמן שבו יש להתפלל בהיותו עת רצון לתפילה. בתפילת הימים הנוראים אנו אומרים: "אבינו מלכינו, תהא השעה הזאת שעת רחמים ועת רצון מלפניך". מה פירוש הדבר? האם יש כביכול "מצבי רוח" אצל שופט כל הארץ, המכריע במשקל מדויק ע"פ מעשי האדם, חובותיו וזכויותיו? אם לא, מה פשר הדבר: שעת רחמים? וכי יש שעה של רחמים ושעה של כעס? יש שעה של רצון שבה עדיף לבקש בקשות ולהתפלל ויש שעה שאינה עם רצון? הזמן קובע? האם אכן יש דבר כזה שנקרא "בשעה טובה"? לכאורה שעה זה שעה - זו נקודת ציון של כמות זמן הדרושה לעשיית מעשים. אבל, מה טוב או מה רע בשעה שבה הדבר נעשה? אנו מתפללים עוד כי ה' יציל אותנו מן השעות הרעות. יש אפוא עניין של עיתוי!! מה פשר העיתוי הזה אצל שופט כל הארץ? מה הקשר בין זמן הפעולה לבין הפעולה עצמה?

הקשר האמור בין זמן הביצוע לבין הפעולה בא לידי ביטוי לא רק בנוסח התפילה אלא גם בהלכה הפסוקה ברמב"ם בהלכות תשובה (פרק ב' הלכה ו'):

"אף על פי שהתשובה והצעקה יפה לעולם, בעשרה הימים שבין ראש השנה ויום הכיפורים היא יפה ביותר, ומתקבלת היא מייד, שנאמר: "דרשו ה' בהימצאו (ישעיה נה, ו')".

כלומר, אדם שעושה תשובה בזמן המיוחד הזה של עשרת ימי תשובה - תשובתו מתקבלת מיד, מכיוון שה' נמצא כביכול קרוב ביותר אליו. לכן, התשובה בזמן הזה "יפה יותר". ונשאלת השאלה: מה פירוש הדבר שיש זמן מיוחד, שבו התשובה "יפה יותר"? מה הקשר בין הזמן שבו עושים את הדבר לבין התוצאה? לכאורה, ה' קרוב אלינו תמיד, בכל קוראינו אליו. מה יפה יותר בתשובה הזו עצמה כשהיא נעשית בזמן המיוחד הזה? ומהו המיוחד בזמן הזה? בדומה לכך מצינו כי הרמב"ם, שם בהלכה ז', מגדיר את יום הכיפורים כזמן של תשובה. וכך פוסק הרמב"ם:

"יום הכיפורים הוא זמן תשובה לכל, ליחיד ולרבים, הוא קץ מחילה וסליחה לישראל. לפיכך חייבים הכול לעשות תשובה ולהתוודות ביום הכיפורים."

כלומר, החובה לעשות תשובה ביוה"כ נובעת מכך שזהו "זמן תשובה"! ולכאורה, מה פירוש הדבר "זמן תשובה". האם התשובה אינה חובה תמידית המוטלת על האדם? מה משמעות הקשר בין הפעולה לבין הזמן שבו היא נעשית?

ה"שפת אמת" (אלול תרל"ד) הבהיר כך:
 "במנחה בשבת עת רצון. וכן בחודש אלול - ימי רצון."

כלומר, ה"שפת אמת" עושה הקבלה בין שעת רצון "רעווא דרעווין" - רצון הרצונות (זוהר, חב', פח', ב'), בשבת - עם תום השבוע, לבין "ימי רצון" של חודש אלול - תום השנה.
 מה שנקרא "הרגע האחרון".
 ולאחר מכן שואל ה"שפת אמת":
 "והלא ה' יתברך - אין בו שינוי, והוא למעלה מן הזמן?!"

מה פירוש "עת רצון" - אצל ה', שהמונח זמן - לכאורה בכלל לא תופס לגבי ההנהגה שלו?
 זו לכאורה תמצית שאלתנו במשפט אחד!

ותשובתו של ה"שפת אמת" היא:
 "רק הפירוש, שהשינוי הוא בהזמן, שיש עת רצון, שהזמן יכול לקבל הרצון והשפע מהנקודה שלמעלה מהזמן."

כלומר, זמן הוא כלי ובית קיבול לפעולות של אדם מצד אחד, ולהשפעה השמימית מצד שני. אנחנו תמיד מבינים זמן במונחים של "זמן, מהירות, דרך". כלומר, אם אנו פועלים במהירות נתונה, הרי שבזמן נתון - נספיק דרך מסוימת. השאלה כמה דרך נספיק תלויה אם כן במהירות הפעולה שלנו - ובזמן המוקצב לכך.

בא ה"שפת אמת" ומכניס נתון נוסף: סיעתא דשמיא. השפעה אלוקית. והזמן הוא בית הקיבול לשפע האלוקי הזה.

וממשיך ה"שפת אמת" ומבהיר:
 "ובשבת קודש, שיש השפעה מה' יתברך לכל ימי השבוע - מתקשר הזמן - במה שלמעלה.
 וכן בחודש אלול, קודם התחדשות השנה החדשה."

ולכן, אז עת רצון שיכולים להתברך גם בעולם הזה כמה שלמעלה".

כלומר, הראיה שלנו את הזמן אינה נכונה, לא רק מכיוון שרואים אנו ככלי מדירה למעשינו בלבד, בשעה שהוא כלי לקבלת שפע אלוקי, אלא יש לראות דברים בראייה שונה גם בנקודה נוספת. מנחה בשבת אינה סוף שבוע - אלא: זהו הזמן לפני שמתחיל השבוע הבא, וההשפעה ממרום - לפני ששת ימי המעשה שלנו. זו הצידה לדרך הרוחנית שלנו ברגע שלפני (המילים האחרונות של המאמן - לפני שמתחיל המשחק). וכך גם חודש אלול. אין זה רק סוף השנה - אלא הרגעים שלפני השנה החדשה, שלפני ימי הדין. לכן, אלו זמנים שאדם נמצא בעולם הזה - אבל, הזמן מושפע בהשפעה אלוקית שלמעלה ממנו.

השעה הטובה - אינה "מצב רוח", או שינוי כלשהו אצל ה'. ח"ו. אבל, היא שינוי בכלי הקיבול שניתן בידינו, כי לכלי הזה יש מימד נוסף. השוני הוא בהשפעה האלוקית המיוחדת שהזמן הוא כלי הקיבול שלה. יש זמן שהוא מסוגל יותר לקבלת שפע אלוקי.

ההסבר מרהיב ועם זאת טעון הבנה נוספת: למה יש זמן השונה מבחינת מהותו מזמן אחר לתפילת האדם ולתשובתו אל אלוקיו? מדוע יש זמן שהוא מסוגל יותר לקבלת שפע אלוקי?

כדי לרדת לעומקה של נקודה זו נשתמש באמצעי המחשה. בגיליון השבועי (295) של הדפים המופצים בכתי הכנסת בשבת, "תלמי גאולת עם ישראל", הוקדשו עמודים רבים ל"קיום לדמותו של עמנואל מורנו הי"ד, סגן אלוף בסיירת מטכ"ל, אשר נהרג במלחמת לבנון. בין השאר מופיעים דבריו של סתיו, חברו מהיחידה, הכותב למשפחת מורנו, ומשתף אותם בשיחה שהיתה לו עם עמנואל ביום שישי, כמה שעות לפני העלייה למסוק. הוא מספר כי היה חשש כי טיל יפגע במסוק מעל לבנון, ועמנואל שאל: "מה אתה עושה במידה וח"ו המסוק שלנו חוטף טיל, ונותרו לך 10 שניות לחיות עד ההתרסקות?"

סתיו עונה: "לא יודע. אני משער שאהיה מאוד עצוב ומפוחד, אעצום עיניים ואחכה שזה ייגמר כמה שיותר מהר, ובלי הרבה כאב".

ואז מופיע ההמשך הבא:

"עמנואל חשב לרגע ואמר: 'מה שאני אעשה, וזה גם מה שאתה צריך לעשות, זה להגיד "שמע ישראל"'. "

שואל אותו סתיו:

"בסדר, אז אני אגיד 'שמע ישראל'... אבל מה זה ייתן לך? הרי בכל זאת המסוק יתרוק שנייה אח"כ וכולנו נמות."
 ותשובתו של עמנואל היתה:
 "אם נשארות לאדם חמש שניות לחיות, ועדין יש משמעות לחייו ושאיפה למה שאחריהם, משמע, לחיים יש משמעות.
 אך אם לעומת זאת לאדם נותרו חמש שניות לחיות, ואיננו מביין את חשיבות השניות הללו, אז כנראה אין משמעות לכל החיים שלו..."

הבה נתרגם את הדברים הללו לכדי כלל ברור:

זמן ניתן למדוד ע"י שעון (זמן ניתן למדוד גם בלי שעון - ע"י תחושה, אלא שאז לפעמים כל דקה נראית כמו נצח, או להיפך, חולפת ביעף), אך בהקשר זה הזמן הוא כלי - שהוא כשלעצמו ריק - והתוכן שלו מתמלא ע"פ פעילות האדם. אם מורדים זמן בצורה הזו, הרי שבחמש השניות האחרונות לפני שהטיל מרסק את הכל אין מה לעשות. ואם אין מה לעשות בזמן הזה הזמן נשאר כלי ריק. במקרה זה נמצא כי לזמן אין משמעות, וממילא נמצא כי לחיים כולם - שהם כמות נתונה של זמן - אין משמעות.

אבל, זמן יכול גם להיות בעל ייעוד. לכל רגע מן החיים של אדם ושל עם - יש ייעוד ייחודי שאין זולתו. יש לכל רגע נתון את המשימה שיש להגשים באותה הזדמנות ייחודית. הזמן - יורד עם המשימה שלו ועם הייעוד שלו. "לכל זמן ועת לכל חפץ". כל רגע הוא כלי להגשמת הייעוד של אותו רגע. אם זה כך - ברור שלכל שבריר שנייה יש משמעות. לחמש השניות האחרונות יש ייעוד: תשובה. להתכונן לעולם שאחרי. לראות את העתיד, שאחרי נקודות הסיום. את ההתחלה שבאה מיד אחרי כל סגירת מעגל. חמש השניות הללו הם זמן עם משמעות אדירה אצל אדם מאמין, הם ה - "רעווא דרעווין" שלו. הם חודש אלול שלו. ואם כך מביט האדם על הזמן - ברור לגמרי שלכל החיים יש משמעות אחרת. זה לא מתבטא רק במתן מהות לחמש השניות האחרונות, אלא במהות החיים כולה שמשתנה⁸.

8 בהתאם לכך ממשיך ה"שפת אמת" ומבחין בהקשר הזה בין תפיסת הזמן בעם ישראל, לבין תפיסת הזמן באומות העולם: "ובמדרש 'אני תפילתי' אומות העולם אוכלים ושותים (עיין איכה רבא, פתיחה י"ז) פירוש: שכשיש השפעה להם - כל מגמתם לקבל לגרמיהו (לעצמם). וכני ישראל, חפצים בהרצון יותר ממה שנותן להם צורכיהם ע"י הרצון, ומשתוקקים להתברך בזה הרצון כנ"ל". כלומר, כשיש זמן נעלה ומרום - שיש בו ייעוד נעלה, ואפשרות להשיג הרגשות נעלות והתרוממות הרוח, (כהכנה לקראת אותם ששת ימי מעשה), יש מי שחי חיים של תועלת - וימהר לנצל את הזמן הזה כדי להשיג

בהתאם לכך מובנת ההגדרה של הרמב"ם את יום הכיפורים: כזמן של תשובה. זוהי עת הרצון הגדולה ביותר לתשובה, שכן זהו זמן שיש לו ייעוד - לחזור אל ה'. ועלינו מוטל לנצל את הרגע הזה, לחוש אותו ולהגשים אותו. הזמן הזה הוא זמן מיוחד - כי יש לו ייעוד מדהים - רוחני ומרומם - זוהי עת של תשובה. זהו הייעוד של הרגע הנתון הזה. הזמן כעת אינו נמדד רק בדקות - ככלי קיבול לפעולות. אלא יש בו גם ייעוד ותכלית. והכלל הוא כי "לפום גמלא שיכנא" (לפי כושר הנשיאה של הגמל מעמיסים עליו את המשא). עם התכלית והיעוד באה הסייעתא דשמעיא והשפע הרוחני הנחויך לשם הגשמת תכלית זו. זו המשמעות של שעת רצון, ועת רחמים - שעה של תשובה ותפילה.

הישגים עבור עצמו. ויש מי שיתענג על הרגע ועל עצם היותו נתון במסכת רוחנית, בזמן עם ייעוד כ"כ נעלה.

גאולה עפ"י דין וגאולה למעלה משורת הדין*

נושא הגאולה הוא מיסודות האמונה. מפתיע על כן כי הסוגיה התלמודית העוסקת באמונה, מעוררת תמיהות חריפות ומעמידה לכאורה את המעיין בפני צורך לבחון מחדש את כל מערך תפיסותיו המוקדמות. ננסה להלן לפרוש את הדברים באופן סדור וליישב חלק מן התמיהות החמורות המתעוררות.

א. משיח כבר בא?

האמונה בביאת המשיח ובגאולה לעתיד לבוא, היא לכאורה יסוד מוסד בדת היהודית, והגורס כי המשיח כבר בא, נתפס ככופר בעיקר. והנה, סוגיה ערוכה היא במסכת סנהדרין צח, ב כדלקמן: "אמר רב גידל אמר רב, עתידין ישראל דאכלין שני משיח" (רש"י: "שובע שיהיה באותן הימים לישראל יהיה"). מקשה הגמרא: "אמר רב יוסף, פשיטא, ואלא מאן אכיל להו? חילק ובילק אכלי להו? (רש"י: "כך היו רגילין לומר, כאדם שאומר וכי שדים ושדות יאכלוהו"). מיישבת הגמרא: "לאפוק מדרבי הלל, דאמר אין משיח לישראל, שכבר אכלוהו בימי חזקיה" (רש"י: "שחזקיה היה משיח, ועליו נאמרו כל הנבואות 'אצמיח קרן לבית ישראל', ו'עמד ורעה בעוז ה'").

כלומר, לדעת רבי הלל לא צפויות להיות ימות המשיח, שכן הגאולה כבר היתה בימי חזקיה, שהיה המשיח, וכל הטוב המובטח לישראל לימות המשיח כבר נאכל באותם הימים.

ונשאלת השאלה: היתכן לומר כי המשיח מת ואין עוד לצפות לגאולה?

ביאור מסוים לכך נמצא בדברי רש"י בהמשך הסוגיה במסכת סנהדרין צט, א: רבי הלל אומר: אין להם משיח לישראל - שכבר אכלוהו בימי חזקיה. ומבהיר רש"י: "אין להם משיח לישראל - אלא הקדוש ברוך הוא ימלוך בעצמו ויגאלם לברו".

* פורסם ב"סיני" כרך לג' (תשרי-כסלו תשס"ד) עמ' ע'.

בהתאם לכאורו של רש"י נמצא, כי גם לדעת רבי הילל צפויה גאולה לעם ישראל, אלא שגאולה זו לא תתבצע בעזרת אדם אלא ע"י הקב"ה בעצמו - לבדו. אבל, לכאורה, הדברים אינם ברורים, שכן החידוש בדברי רב גידל אמר רב, כי עתידין עם ישראל לנחול את השוכע הצפוי בימי המשיח, הובהר בגמרא לנוכח הדעה החולקת של רבי הילל. ברם, לפי כאורו של רש"י כי גם לדעת רבי הילל הסובר כי "אין משיח לישראל" צפויות שנות גאולה ושובע, אלא שהגאולה תתרחש במישרין ע"י הקב"ה, שוב לא ברור לכאורה מהו חידושו של רב גידל אמר רב כי ישראל יאכלו שפע זה?

הגמרא שם מקשה על דברי רבי הילל כדלקמן:
 אמר רב יוסף, שרא ליה מריה לרבי הילל (ימחל לו הקב"ה לרבי הילל על מה שאמר). חזקיה אימת הוה? בבית ראשון. ואילו זכריה קא מתנבי בבית שני ואמר: "גילי מאד בת ציון, הריעי בת ירושלים, הנה מלכך יבוא לך, צדיק ונושע הוא, עני ורוכב על חמור ועל עיר בן אתנות (זכריה ט, ט-י).

ואכן, יש להבין את שיטתו של רבי הילל: הכיצד נקט בשיטה לפיה הקב"ה כבר הביא משיח לעם ישראל ואינו צפוי להביא עוד משיח לעתיד לבוא, שעה שקיימת נבואה של זכריה הנביא שנאמרה בבית שני, הרבה אחרי ימיו של חזקיה, אודות משיח שיהא עני ורוכב על חמור "ודיכר שלום לגויים, ומשלו מים עד ים ומנהר עד אפסי ארץ"? מה ישיב רבי הילל על קושי חמור זה?

הרב יוסף אלבו, בספר "העיקרים", מאמר ראשון פרק א', מעמת את דבריו של רבי הילל כי משיח לא יבוא עוד, עם דברי הרמב"ם לפיהם האמונה בכיאת המשיח היא מעיקרי האמונה. ובלשונו:

ביאת המשיח, שהרמב"ם ז"ל מתאר אחד מעיקרי תורת משה, לפי דבריו יהיה הכופר בו גם כן מכלל הכופרים בעיקר מעיקרי דת משה היוצאים מכלל הדת, שאין להם חלק לעולם הבא, וכך מנאו הוא ז"ל, בספר המדע בפרק ג' מהלכות תשובה, בכלל הכופרים.

וזה דבר מתמיה מאד, שהרי מצינו בגמרא בסנהדרין רבי הילל, שהוא אחד מחכמי ישראל הנזכרים בתלמוד, אומר שאין להם משיח לישראל, שכבר אכלוהו בימי חזקיה מלך יהודה.

ולפי דברי הרמב"ם יהיה אותו חכם מכלל הכופרים וממי שאין לו חלק לעולם הבא.

ויש לשאול אם כן, למה הזכירו אותו בגמרא, אחר שהיה יוצא מכלל ישראל ולא היה מאמין בעיקרי דתם?

ואם תאמר שהביאו דבריו כדי להשיב עליהם, אם כן לא היה להזכירו בשם רבי' ולהזכיר שמועה מפיו בשום מקום?
בעל "העיקרים" מניח כי בלי ספק רבי הילל לא נמנה על הכופרים על אף שלא האמין בביאת המשיח כלל. על כן הסיק בעל "העיקרים" לנוכח תמיהה חמורה זו כי:

אין ביאת המשיח עיקר בתורת משה כמו שכתב הרמב"ם ז"ל¹, כי כבר יצויר מציאותה זולתו. ואמנם, הוא עיקר פרטי לדת הנוצרים, שלא יצויר מציאותה זולתו, והיא אמונה ראויה לכל בעל דעה יהודית להאמינה. כמו שחידוש העולם יש מאין היא אמונה ראויה לכל בעל דעה יהודית להאמינה, אע"פ שאינו עיקר לדת האלוקית. כי מי שמאמין שיש חומר ראשון קדום, ממנו נתהוו כל הנמצאים ברצון הבורא, אע"פ שאינו כופר בעיקר לפי דעת הרמב"ם ז"ל, שלא מנאו בעיקרים, מכל מקום הוא חוטא. וכן רבי הילל היה חוטא, לפי שלא היה מאמין בביאת הגואל - אבל לא היה כופר בעיקר.

נמצא אפוא כי לפי דעת הרמב"ם ימצא רבי הילל ככופר בעיקר, ולפי דעת ר' יוסף אלכו בספר "העיקרים" יחשב רבי הילל לחוטא.
האמנם אין מנוס מפרוש המוביל למסקנה חמורה זו?

1 ר' שו"ת חתם סופר חלק ב' (יורה דעה) סימן שנ"ו: "ענין הויכוח אם יש י"ג עקרים או ג' כהר"י אלכו לא ידעתי שום נפקותא, כי אם קריאת שם בלבד. ולדעת המקובלים אין כאן עיקר, כי "כל קוצים של תורה" הם עיקרים, מה בין זה לזה... ואין זה עיקר ולא יסוד לבנות עליו שום בנין, אך כיון שעיקר יסוד הכל להאמין בתורה ובנביאים, ושם נאמר גאולתינו האחרונה בפ' נצבים ובפ' האזינו כמ"ש רמב"ן שם והרכבה מזה בדברי הנביאים, אם כן מי שמפקפק על הגאולה הלז הרי כופר בעיקר האמנת התורה והנביאים.
והנה רבי הילל בפרק חלק (סנהדרין צט, א) אמר "אין משיח ב"שאל" פירש רש"י "אלא הקב"ה בעצמו יגאלם בלי שליח". ופירוש זה מוכרח הוא, דאי לאו הכי אדמקשה ל' רב יוסף מעני רוכב על החמור, דיש לדחות דקאי על נחמיה כמו שכתב רמב"ן סוף פירוש שיר השירים ולא דחאו מדברי זכריה שיצאו מים חיים מבית ה', וראיה זו כתב הראב"ע סוף זכריה ע"ש. אלא על כרחך, מזה אין ראיה, דוודאי גם לרבי הילל יש גאולה אלא שאין משיח מלך וגם בזה לית הלכתא כוותיה. והאומר אין משיח וקיים ליה כרבי הילל הרי הוא כופר בכלל התורה, דכיילי "אחרים רבים להטות". כיון שרבו עליו חכמי ישראל ואמרו דלא כוותיה שוב אין אדם ראוי להימשך אחריו... ועל כל פנים הגאולה וביאת המשיח איננה עיקר. אבל, מי שאינו מודה בו כופר בעיקר של האמנת התורה ודברי הנביאים".

ב. הגאולה ושורת הדין

סוגיה נוספת הטעונה ביאור מצויה במסכת סנהדרין דף צד, א': ביקש הקדוש ברוך הוא לעשות חזקיהו משיח וסנחריב גוג ומגוג. אמרה מידת הדין לפני הקדוש ברוך הוא: רבוננו של עולם, ומה דוד מלך ישראל שאמר כמה שירות ותשבחות לפניך לא עשיתו משיח, חזקיהו שעשית לו כל הנסים הללו ולא אמר שירה לפניך תעשהו משיח? לכך נסתתם. מיד פתחה הארץ ואמרה לפניו, רבוננו של עולם אני אומרת לפניך שירה תחת צדיק זה ועשהו משיח... יצאה בת קול ואמרה רזי לי רזי לי (רש"י: "נסתרות שלי הן, ואני יודע על מה מעכב").

בסוגיה זו רואים אנו אפוא כי מדת הדין הצליחה לסכל את הכוונה להקדים את גאולת עם ישראל ולמנוע את ההחלטה להפוך את חזקיהו למשיח. הקטרוג היה כי חזקיהו לא ניחן בשאר רוח לומר שירה ולהתפעם לנוכח הניסים הגלויים שארעו בתקופתו². מידת הדין טענה על כן, כי הכרזתו של חזקיהו כמשיח תעלה כדי קיפוח של דוד המלך, אשר ניחן בשאר רוח לשורר לאחר ישועה בקרב, ועם זאת לא הוכר כמשיח.

הדברים תמוהים לכאורה: הכיצד יתכן כי קטרוגה של מידת הדין על אי יכולת ההתפעמות של מי שמיועד להיות המשיח, בהשוואה לסבו הזקן, תמנע את הגאולה גם כאשר העם זכאי לגאולה? היינו מצפים כי ההחלטה האם להקדים את הגאולה ולהושיע את עם ישראל, תהא פועל יוצא ממצבו הרוחני והפיזי של העם. היתכן כי הערה שכזו על דרגתו האישית של האיש תמנע גאולה מן העם?

ובכלל, לנוכח ירידת הדורות, התוצאה מן הסוגיה דנא היא לכאורה, כי אף פעם לא ניתן יהא להקדים את הגאולה, ולהכריז על פלוני כמשיח. זאת מכיוון שגם אם ייבחר ויימצא אדם נשגב ונעלה בדורו, תוכל תמיד מידת הדין לקטרג ולטעון, בדומה לטיעון שהעלתה ביחס לחזקיהו, כי בדור מסוים מן הדורות הקודמים היה אדם נשגב עוד יותר שלא הוכר כמשיח. ואם כן, נמצא כי מידת

2 בהקשר זה תמוה לכאורה מה תועלת תהא לנו בכך שהארץ תאמר שירה, הרי אישיותו של מלך המשיח אינה משתפרת עקב מילוי החסך ע"י הארץ? ומן הסוגיה משמע כי בשירת הארץ היה כדי להשיב על טענתה של מידת הדין, ורק סוד כמוס הוא עם ה' מדוע על אף נכונותה של הארץ לומר שירה, לא הוקדמה הגאולה ולא התקבלה תשובה זו לטענתה של מידת הדין. עם זאת, ייתכן כי הביאור בדברי הגמרא הוא, כי בעולם שבו אף הארציות והגשמיות אומרות שירה, הרי שמירת ההתפעמות האישית של מלך המשיח אינה כה חשובה, שהרי אין צורך שיסחוף את העם לרוממות הרוח, מקום שבו המציאות כולה מרוממת ממילא וסוחפת את הכל לומר שירה.

הדין תוכל תמיד לסכל כל הקדמה של ימות המשיח, גם אם העם יהא ראוי לישועה ואף זקוק לה.

זאת ועוד, במקום אחר ראינו כי התייצבותה של מידת הדין כנגד הגאולה לא הועילה כדי לסכל את כוונת הקב"ה לגאול את עמו. כך אירע בקריעת ים סוף, כאשר ביטוי חר להתמודדות שארעה שם עם מידת הדין מצינו בזוהר פרשת תרומה³ כדלקמן (בתרגום שלי):

בזמן שישראל הגיעו אל ים סוף, ורצה הקב"ה לקרוע להם את הים, בא רהב, שהוא המלאך הממונה על מצרים, ותבע את הדין מלפני הקב"ה.

אמר לפניו, רכון העולמים, מדוע אתה מבקש לעשות משפט ולהפרע ממצרים ולקרוע את הים לפני עם ישראל? הרי כולם חייבים לפניך בדין, וכל הליכותך אמת וצדק. אלה עובדי עבודה זרה ואלה עובדי עבודה זרה, אלה חטאו בגילוי עריות ואלה חטאו בגילוי עריות, אלה שפכו דמים ואלה שפכו דמים.

באותה שעה היה קשה כביכול על הקב"ה לעבור על מידת הדין ולקרוע להם את הים ואלמלא השגיח הקב"ה בזכותו של אברהם אבינו, שהקדים והשכים מיד בבוקר לעשות את רצון קונו בשעת העקידה, כדכתיב (בראשית כב) "וישכם אברהם בבקר", היו כולם אובדים בים, שכן כל אותו לילה ישב הקב"ה בדין על ישראל.

כך שנינו, מהו שכתוב "ולא קרב זה אל זה כל הלילה" מלמד שכאו מלאכי עליון לשבח את הקב"ה באותו לילה ואמר להם ה' "מעשי ידי טובעים בים ואתם אומרים שירה?" מיד "ולא קרב זה אל זה כל הלילה"⁴.

ומהו שכתוב "ויהי באשמרת הבקר" - השגיח הקב"ה בזכותו של אברהם שהקדים בבוקר לעשות רצון קונו כדכתיב "וישכם אברהם בבקר", מיד נסוג הים מלפני בני ישראל כדכתיב "וישב הים לפנות בקר לאיתנו" ושנינו "לאיתנו - לתנאו" לאותו תנאי שהתנה עמו הקב"ה כשברא את העולם.

הרי לנו נסיון של מידת הדין לסכל את כוונת הקב"ה להושיע, ועם זאת מצא הקב"ה דרך לגאול את ישראל בזכות אבות, כאשר הישועה באה בזכות העובדה שבמעשה העקידה אברהם השכים לעקוד את בנו.

ונשאלת השאלה: מדוע לא שבו הדברים על עצמם בימי חזקיהו? מה השתנה בין הגאולה ההיא, לבין הגאולה של ביאת המשיח?
רהב טען טענת הפליה, בדומה לטענת ההפליה שהועלתה ביחס לחזקיהו,

3 זוהר תרומה ק"ע עמוד ב'.

4 כאשר המלאכים אומרים שירה נאמר "וקרא זה אל זה ואמר", ומשמנע מהם לומר שירה "לא קרב זה אל זה כל הלילה".

ואדרכה, טיעונו של רהב היה חזק ומשכנע יותר, שהרי מצבו הרוחני של העם היה אכן בשפל המדרגה ולא היה מה שיבחין בינם לבין מצרים. על אף זאת חישוב הקב"ה את הקץ⁵ ומצא את הדרך להושיע את עם ישראל, ולהקדים את הישועה כך שלא תארע עם תום ארבע מאות שנה שנגזרו בברית בין הבתרים, אלא עם תום מאתיים ועשר שנים. ועל אף קטרוג זה של מידת הדין, וטענת ההפליה החמורה שהועלתה כלפי העם הנושע, נמצאה הדרך להפלות, לקרוע את הים לישראל ואילו את מצרים להטביע במצולות אותו ים.

אם כך, הרי שבוודאי ובוודאי שהיה מן הראוי לגאול את עם ישראל בימי חזקיהו, עת שהעם היה ראוי לגאולה, והמלך היה ראוי להיחשב למשיח. טענת ההפליה ביחס לחזקיהו היא לכאורה קלושה ביותר ומתבססת על כך שסבו של חזקיהו אף אמר שירה ולא הוכרז כמשיח ה'. מדוע אם כן לא התייצב במקרה זה מידת הרחמים ולא נמצאה זכות אבות כלשהי לסכור את פיה של מידת הדין? מהו ההבדל בין המקרים ומהו מהותו של הקטרוג שהועלה ע"י מידת הדין כנגד הקדמת הגאולה בימי חזקיהו?

ג. גאולה על פי דין וגאולה לפני משורת הדין

נראה לכאורה כי תשובה מסוימת לתמיהות דלעיל, עשויה להימצא עת שמנתחים את ההבחנה הקיימת בין שני סוגי גאולה: גאולה "בעיתה" וגאולה הבאה טרם זמנה, בכחינת "אחישנה".

מקורה של הבחנה זו בסוגיה במסכת סנהדרין צח, א:

אמר רבי יוחנן: אין בן דוד בא אלא בדור שכולו זכאי, או כולו חייב.

בדור שכולו זכאי - דכתיב "ועמך כלם צדיקים לעולם יירשו ארץ"⁶. בדורו שכולו חייב - דכתיב "וירא כי אין איש וישתומם כי אין מפגיע"⁷, וכתיב "למעני אעשה"⁸.

אמר רבי אלכסנדר: רבי יהושע בן לוי רמי (שאל), כתיב "בעתה", וכתיב,

"אחישנה"⁹?

זכו - אחישנה, לא זכו - בעתה.

5 במקום 400 שנות גלות שהובטחו בברית בין הבתרים, ארכה גלות מצרים 210 שנה, ונמצא כי נחסרו 190 שנות גלות (210-400) - בגימטרייה "קץ".

6 ישעיהו ס, כא.

7 שם נט, טז.

8 שם מח, יא.

9 שם ס, כב "הקטן יהיה לאלף והצעיר לגוי עצום, אני ה' בעתה אחישנה".

מסוגיה זו עולה כי קיימים שני סוגים של גאולה:
 האחת - בדור שכולו זכאי - וזוהי הגאולה עפ"י דין. השנייה - דווקא בדור שכולו חייב - כשכלו כל הקיציץ וכבר אין מנוס אלא לגאול את עם ישראל. גאולה זו אינה מחוייבת עפ"י דין, שהרי אדרבה - הדור חייב ואינו זכאי לגאולה. אבל, אין מנוס אלא לגאול את עם ישראל למען תהא לו שארית ולא יאבד בחובו כי כולו חייב הוא.

באיזו זכות נעשית גאולה זו? כנראה, בזכות אבות ובזכות ההבטחה כי "נצח ישראל לא ישקר", ולנוכח הברית הכרותה בין הקב"ה לבין עמו, שאינה נפסקת לעולם, כמאמר הכתוב "ואף גם זאת, בהיותם בארץ אויביהם לא מאסתים ולא געלתים לכלתם להפך בריתי אתם"¹⁰. גאולה זו נובעת מן הידיעה האלוקית כי עם ישראל, לכשיגאל, ישוב להרבות כבוד שמים ולהעיד על יחוד הבורא. מכל מקום, זוהי לא גאולה עפ"י דין, המגיעה לעם ישראל כתוצאה ממעשיו, אלא גאולה הנעשית מכח שיקולים, שהם למעלה משורת הדין האמורה, הנובעים מן ההנהגה המיוחדת של הקב"ה עם עמו ישראל.

כמו כן, רואים אנו בסוגיה זו, כי הגאולה המתרחשת "בעיתה" - נעשית כאשר "לא זכו". לעומת זאת, הגאולה המתרחשת קודם הזמן הקבוע לכך, בבחינת "אחישנה", באה דווקא כאשר "זכו". גאולה קודם זמנה היא אפוא גאולה עפ"י דין הנובעת מכך שהעם זכאי לגאולה זו. הדברים מקבלים נופך של הבנה עת שמעיינים בדברי ה"חפץ חיים"¹¹ שאותם נביא להלן:

10 ויקרא כו, מד. ר' ישראל מאיר הכהן קאגן (בעל "החפץ חיים") בספרו "תורה אור" פרק יג מבהיר בהקשר זה: "בעת הזאת, שבעוונותינו הרבים קמו פריצים ויחללו דת קודש על ידי ריבוי ספרי עמל ודעות חפשיות, אשר יפיצו בקרב העם, כמו מעט את שלהבת האמונה הטהורה מלב צעירי ישראל... ואם כן שוב אין תועלת נרצה מאריכת הגלות, כיון שהקבלה הולכת ונפסקת, חס ושלום, ובעל כרחו יחיש וימהר הקדוש ברוך הוא הגאולה לפקוח עינים עיוורת לראות באור האמיתי, כי חלילה לא יעזוב הקדוש ברוך הוא את בניו שיוודחו, וכדכתיב: "לכלתי ידח ממנו נדח", כי הם בניו בני בחונו אשר נטלם ונשאם מימות עולם, וכדכתיב: "ואף גם זאת בהיותם בארץ אויביהם (פרוש, שהקדוש ברוך הוא הגלה את ישראל שייטיבו מעשיהם שם בהגיעם חמת המציקם, והם יוסיפו בכך גם שם בכל זמן). לא מאסתים ולא געלתים לכלותם להפך בריתי אתם". ואמרו חז"ל: "לא מאסתים" - בימי כשדים, שהעמדתי להם דניאל, חנניה, מישאל ועזריה; "ולא געלתים" - בימי יונים, שהעמדתי להם שמעון הצדיק וחשמונאי ובניו; "לכלותם" - בימי המן, שהעמדתי להם מרדכי ואסתר; "להפך בריתי אתם" - בימי פרסיים, שהעמדתי להם בית רבי; "כי אני ה' אלוהיהם" - לעתיד לבוא".

11 ר' ישראל מאיר הכהן קאגן (ה"חפץ חיים") בספרו "שם עולם" חלק ב פרק יג.

ואל יפלא בעיני האדם לומר: איך נוכל לומר שכעת יזכו ישראל מה שלא זכו הדורות הקודמים, שהיו מזורזין הרבה יותר לתורה ולמצוות?
 בפרשת "בהר" נאמר¹² "וכי תשיג יד גר ותושב עמך וגו' או לעקר משפחת גר. אחרי נמכר גאולה תהיה לו, אחד מאחיו יגאלנו וגו'. אם עוד רבות בשנים, לפיהן ישיב גאולתו וגו'. ואם מעט נשאר בשנים וגו' כפי שניו ישיב את גאולתו. ופרש רש"י: "לפי חשבון המגיע בכל שנה ושנה ינכה העכו"ם מן דמיו. אם היו עשרים שנה משנמכר עד היובל, וקנאו בעשרים מנה, נמצא שקנה העכו"ם עבודת שנה במנה, ואם שהה אצלו חמש שנים ובא לגאול, ינכה לו חמישה מנה ויתן לו העבד חמישה עשר מנה, וזהו: "והיה כסף ממכרו במספר שנים". וכתוב אחריו: ואם לא יגאל באלה ויהיו שאין לו מעות כלל, ויצא בשנת יובל הוא ובניו עמו".

והנה ידוע דענין גלותנו הוא מפני חטאינו, וכדכתיב: "הן בעוונותיכם נמכרתם וגו'", וכל הגלות היא כדי לכלות הפשע ולהתם החטאת וכדכתיב בדניאל. והנה כל גלות וגלות נחתם מתחילה כמה זמן יסבלו כדי שביסוריהם ימחלו להם עוונותיהם. ובגלות ראשון כתיב: "ועינו אותם ארבע מאות שנה", וכדניאל כתיב הזמן של גלות בבל: "שבעים שבעים נחתך על עמך ועל עיר קדשך וגו'", וכן בודאי בגלות האחרון נחתך הזמן כמה יסבלו עבור העוונות שעברנו עליהם. ומוכן הדבר שנגזר אז הזמן על ימים רבים, וכדכתיב (הושע ג, ד): "כי ימים רבים ישבו בני ישראל אין מלך ואין שר וגו'".

בהתאם לכך מבהיר ה"חפץ חיים" כי כאשר מבקש העם להגאל בתחילת הדרך - עליו לצבור זכויות שיש בהן כדי לעמוד כנגד תקופת גלות ארוכה שנגזרה עליו - בדומה לעבד שבא לפדות את עצמו בתחילת שני ממכרו. לעומת זאת, לקראת סוף תקופת הגלות, נדרשות זכויות מועטות יותר, שהרי הזכויות הנחוצות כדי לחסוך תקופת גלות קצרה יותר. ובלשונו של ה"חפץ חיים":

ועתה נבין הדבר בפשוטו: אם היינו נגאלין תכף בעת התחלת הגלות, היינו צריכין להביא זכויות כל כך שיועיל משך זמן הרב הזה; וכן אם היינו נגאלין בעת שעבר חצי זמן הגלות היינו צריכין להביא על כל פנים מחצית הזכויות כדי שיספיק נגד זמן הגלות שמוטל עלינו. וזהו שמצינו בגמרא [סנהדרין ז, ב] על השאלה: אימתי יבוא משיח? והיה התשובה: היום אם בקולו תשמעו. והינו, כשהזכויות יתרכו מאוד בודאי היינו נגאלין תכף, וכדין עבד הנמכר שכתוב: "אחרי נמכר גאולה תהיה לו", והינו כשמשיב הדמים המגיע לאדון; ואם היינו מביאין מחצית מזה, היינו נגאלין במשך חצי זמן הגלות, וממש כדין עבד היוצא בגרעון כסף; ואם חס ושלום, לא יהיה זכות כלל, מכל מקום יש זמן קצוב

לגאולתנו, וזהו הזמן של "בעתה", שהוא אפילו לא זכו כלל, וכדומה לעבד הנמכר שאפילו אין לו פרוטה אחת להשיב לאדונו מכל מקום קבעה התורה זמן שהוא מוכרח לצאת לחרות, וכמו שכתוב הטעם: כי לי בני ישראל עבדים וגו'. והנה זה הענין כתב הקדוש ברוך הוא בתורה אפילו למי שמכר עצמו בזדונו לעקר משפחת גר גם כן חסה התורה עליו ונתן לו זמן שיצא לחרות, וכל שכן לכלל ישראל שמסרו נפשם למאות ולאלפים פעמים על כבוד קדושתו יתברך, בודאי יש קץ וזמן לפדות גפשו.

ועתה נבוא לעניננו: אל יתמה האדם איך יוכל להיות שיגלה הקץ בימינו מה שלא זכו לזה בכמה דורות שלפנינו מאת שנים קודם אשר היו זכאין אז יותר? דזה אינו, דבזמן מוקדם היו צריכין להביא זכויות הרבה כל כך כדי שיוסר מהם החוב של מאת שנה גלות, ובודאי זה לא היה אז בידם לפרוע כל כך, והנה בודאי במשך מאת שנים שישראל נפוצים בארבע קצות הארץ וסובלים מצוקות הרבה מאוד, בודאי ניקינו הרבה מעוונותינו על ידי זה, ונוכל לקוות על הגאולה. הרש"ר הירש מוסיף ומבהיר את ההבחנה בין הגאולות השונות בהקשר זה¹³: ואף גם זאת - רמזו לשתי אפשרויות של ברירת עתיד הגלות: האחת, שהגאולה תבוא כתוצאה מהמאורעות ההיסטוריים העולמיים. והשניה, שהגולים יזכו לגאולה ע"י התחדשות פנימית שבלב.

אלו הן שתי האפשרויות שחז"ל לימדו אותן מן האמור בישעיה ס, כב וכך אמרו: "זכו - אחישנה, לא זכו - בעיתה" (סנהדרין צ, א).

כלומר, יש גאולה המתרחשת בעיתה, עפ"י התהליך הקבוע של ההתרחשויות ההיסטוריות. במקרה זה - גם אם העם לא זכה ואף אם יהא כולו חייב, מתרחשת הגאולה, מכיוון שהגלות תמה והגזירה שגרמה לגלות - מוצתה. העם שתה את כוס התרעלה עד תומה, ועל כן - הגיעה העת להגאל. לעומת זאת גאולה המתרחשת שלא בעיתה, היא גאולה עפ"י דין, הנובעת מכך שהעם השתנה ממצבו כפי שהיה בעת שחטא, ונוצרה בו התחדשות פנימית שבלב.

נקודה נוספת של הבחנה, קיימת בין הגאולה בעיתה עפ"י דין ועפ"י מהלך ההיסטוריה, לבין הגאולה המיוחדת של "אחישנה". הבחנה זו מצויה במדרש¹⁴: גילי מאד בת ציון וגו' הנה מלכך יבא לך צדיק ונושע הוא... אמר הקב"ה: בעולם הזה הייתם נושעים ע"י בני אדם, במצרים ע"י משה ואהרן, בימי סיסרא ע"י דבורה וברק, ובמדינים ע"י שופטים, וע"י שהיו בשר ודם הייתם חוזרים

13 רש"ר הירש בבאורו לויקרא כו, מד על הפסוק "ואף גם זאת בהיותם בארץ אויביהם לא מאסתים ולא געלתים לכלותם להפר בריתי איתם".

14 ילקוט שמעוני, זכריה רמז תקעז.

ומשתעבדים. אבל לעתיד לבא אני בעצמי גואל אתכם (המושיעים), ועוד יותר אין אתם משתעבדים שנאמר "ישראל נושא בה' תשועת עולמים".

בהתאם לדברים אלו נראה לכאורה כי הגאולה שתהא לעתיד לבוא, נעשית ע"י הקב"ה בעצמו, ואילו גאולה המתרחשת קודם לכן - בבחינת "אחישנה" - נעשית ע"י בשר ודם. נראה כי משמעות הדברים היא לכאורה, כי בשר ודם אינו גואל ואינו מושיע. הוא יכול רק להנהיג ולהביא להתחדשות פנימית שבלב כלשון הרש"ד הירש, כך שעם ישראל הופך תחת הנהגתו לזכאי לגאולה. בדרך זו הופך המנהיג האמור למשיח ולגואל.

לעומת זאת, הגאולה העתידית נעשית עפ"י דין, ע"י הקב"ה בעצמו, כאשר המשיח שיקום באותה עת לא יהא גואל, ולא יצטרך להכשיר את הלכות, אלא - אדרבה, הוא יהא מנהיג של עם הזקוק לגאולה, ויהא "עני הרוכב על חמור" - הנגאל ביחד עם העם ונושא בסבלו בשעות הקשות.

ד. הבהרת הדברים וישובם

בהתאם להבנות האמורות נראה כי ניתן לכאורה לישוב אחת לאחת, את התמיהות שהעלינו:

דעתו של רבי הילל היא כי האפשרות להגאל גאולה מוקדמת בבחינת "אחישנה" - חלפה עברה מן העולם. אבל גם לשיטתו נותרה בעינה הגאולה המיועדת להתרחש "בעיתה", שהרי גאולה זו הינה עפ"י שורת הדין ואף בדור שכולו חייב מובטחת היא גאולה זו. ואכן, רש"י במסכת סנהדרין (צט, א) מבהיר את דעתו של רבי הילל כי "אין משיח לישראל - אלא הקב"ה בעצמו יגאלם לבדו". והדברים מתאימים לדברי המדרש בילקוט שמעוני על זכריה (רמז תקע"ז), לפיהם הגאולה העתידית תתבצע ע"י הקב"ה לבדו. שיטתו של רבי הילל היא אפוא כי לא צפויה עוד גאולה של "אחישנה" שבה המשיח אינו רק בבחינת נגאל, אלא בבחינת מי שמוביל את העם לקראת הגאולה ומחיש את פעמיה. אך לעומת זאת, צפויה גם צפויה הגאולה העתידית של "בעיתה" שבה המשיח עצמו נגאל ואילו הגואל הוא הקב"ה בעצמו לבדו.

נמצא אפוא כי לפי שיטתו של רבי הילל צפויה רק גאולה שבה המשיח עצמו זקוק לישועה ואינו נושא עימו ימים של שפע אלא הוא בבחינת "עני ורוכב על חמור". המשיח יהא לשיטתו אדם הנושא בצרות הציבור ויסוריו ונגאל ביחד עימם. על כן, כאשר חידש רב גידל אמר רב כי עומדין ישראל לאכול את הטוב הצפון להם בימות המשיח, יש בכך הנגדה מוחלטת לשיטתו של רבי הילל, ויש חידוש בדברים, שהרי משמעם כי צפויה גאולה של "אחישנה", שבה ימות

המשיח הם ימים של שפע ורוב זכויות ולא ימים של צר ומצוק בדור שכולו חייב.

לפי שיטתו של רבי הלל, היתה בימי חזקיה הזדמנות פז לגאולה שהיא בבחינת "אחישנה". דהיינו - גאולה עפ"י דין. על כן, כשמבקשים להיגאל עפ"י דין - יש מקום רב לטיעוניה של שורת הדין. בכך מיושבת התמיהה, מדוע הואיל הקיטרוג של מידת הדין לסכל את הגדרתו של חזקיהו כמשיח, שעה שהדין נסב סביב אישיותו של חזקיהו ולא סביב מצבו הרוחני של העם. והתשובה היא כי אכן, משיח בעת של "אחישנה" הוא משיח גואל, משיח המביא להתחדשות פנימית בלב האומה. מי שאינו מסוגל להתפעם ולומר שירה בעת גאולה, אין בכוחו להביא להתחדשות שכזו, אשר תביא להעלאת העם למדרגה נשגבה שתחיש את הגאולה. ואכן, לדעתו של רבי הלל, מכיוון שחזקיהו לא הגיע לדרגה זו, הרי שלאור ירידת הדורות - לא נוכל לעולם להגיע למצב שבו ייבחר איש כמשיח, במובן של "אחישנה" ודרגה זו שוב לא תושג¹⁵.

ולשאלה מדוע היה בידיה של מידת הדין לקטרג רק כנגד הגדרת חזקיהו כמשיח, ואילו בקריעת ים סוף כשהטענה חמורה שבעתיים, ניצבה כנגדו זכותו של אברהם? נראה להשיב על פי המבואר כי ככל שמדובר בגאולה עפ"י דין - גאולה של "אחישנה" - נדרש כי לא יהא פתחון פה למידת הדין לקטרג כנגד כושרו של המשיח להעלות את העם לדרגה רוחנית נישגבה שבה זכאי הוא להחשת הגאולה. לעומת זאת, לעתיד לבוא - גאולה שהיא בבחינת "בעיתה" המתרחשת מכח עקרונות שמעל הדין - אין מידת הדין יכול לעכבה, והגאולה מתרחשת אף בדור שכולו חייב.

בהתאם לכך לא היה מקום לקיטרוגה של מידת הדין כנגד קריעת ים סוף, שהרי עם ישראל כבר הגיע למצב שבו היה כולו חייב, בבחינת "אלו (המצרים) עובדי עבודה זרה ואלו (עם ישראל) עובדי עבודה זרה". בעת שכזאת מן ההכרח להגאל, שאם לא כן היה הדבר מביא לאבדן מוחלט. בשעה שכזו נשקלים שיקולים אחרים לגמרי, והקב"ה זוכר את החסד ואת הברית שכרת עם האבות ואת מסירות הנפש למעלה משורת הדין שהפגינו האבות. כך נזכרה העובדה כי אברהם לא רק נאות להקריב את בנו יחידו אשר אהב במצוות הבורא, אלא אף השכים לעשות כן ועשה למעלה מן הצפוי והנדרש, וכנגד זאת באה הגאולה

15 לעומת זאת, החולקים על רבי הלל סבורים כי על אף שחזקיה לא הוגדר כמשיח, תיתכן בעתיד גאולה של "אחישנה" על אף ירידת הדורות, שכן דור דור ודורשיו דור דור ומנהיגיו. המנהיג נמדד ביחס לדור, מה עוד שכפי שהבהיר ה"חפץ חיים", ככל שתקופת הגלות שנגזרה הולכת ומתקצרת עם חלוף הזמן, כן נחוצות פחות זכויות כדי לכפר על כך.

שהיא למעלה משורת הדין ומצילה את ישראל. בגאולה מסוג זה אין מקום לשיקולים שהם במסגרת שורת הדין.

זאת ועוד, שיקולים אלה שוקלים רק בעת שמבקשים להחיש את הגאולה, ואילו יציאת מצרים אינה בגדר החשת הגאולה אלא בגדר "בעיתה".

הקב"ה חישב לשם כך את הקץ וקבע כי הגיעה עת הגאולה לאור קשיי הגלות. משהגיעה העת של עם ישראל להיגאל עם מיצוי הגזירה זוהי גאולה של "בעיתה" ומשכך מובן כי אין הדבר תלוי עוד במציאת זכות שתעמוד כנגד גזירת הגלות ותמתיק אותה, אלא הגאולה נובעת מכך שתמה הגזירה ואף בדור שכולו חייב, הגיעה העת של עם ישראל להיגאל.

בהתאם למבואר כי גם לשיטתו של רבי הילל רק הגאולה של "אחישנה" אינה צפויה עוד, להבדיל מן הגאולה של "בעיתה" - לה אנו מיחלים, מיושבת התמיהה של הסוגיה במסכת סנהדרין על רבי הילל, מכך שבספר זכריה מתוארת הגאולה העתידית, ונבואה זו נאמרה אחרי ימיו של חזקיה. לפי המבואר, תמיהה זו - לאו תמיהה היא, שכן הגאולה המתוארת בספר זכריה אינה גאולה של "אחישנה" אלא גאולה של "בעיתה" שהרי המשיח המתואר שם זקוק בעצמו לגאולה והוא בגדר נגאל ולא גואל, ובגדר "צדיק ונושע, עני ורוכב על חמור". גאולה זו - של "בעיתה" אכן צפויה להיות גם לשיטתו של רבי הילל והנביא זכריה מתאר אותה בנבואתו. רק הגאולה של "אחישנה", שבה המשיח הוא הגואל המכשיר את הלבבות לגאולה - היא שאינה צפויה עוד לשיטתו של רבי הילל, לאחר ימיו של חזקיה.

ואכן ככל הידוע לנו, אין בנמצא נבואות הנוגעות לגאולה מסוג זה, לאחר ימיו של חזקיה.

לפי הסבר זה גם מיושב הקושי שמעורר ר' יוסף אלבו בספר "העיקרים", שכן גם אם האמונה בביאת המשיח היא מעיקרי האמונה, אין לראות ברבי הילל כופר, שהרי הוא מאמין גם מאמין בביאת המשיח ובגאולה עתידית, ורק סובר כי הגאולה של "אחישנה" הוחמצה ונאכלה בזמנו של חזקיה. סברה זו של רבי הילל אינה בגדר כפירה ואף אין הכרח להגדירה כחטא, שהרי היא אינה סותרת חלילה לאמונה שלמה בביאת המשיח בעיתה ובזמנה - אף על פי שיתמהמה.

יישבנו אפוא את שיטתו של רבי הילל עם הסוגיות השונות. ועם זאת, מן הראוי לציין את דברי "החתם סופר" הנ"ל לפיהם רוב חכמי ישראל חלקו על רבי הילל ו"אחרי רבים להטות" ועל כן נצטוונו להאמין כי צפויה לא רק גאולה של "בעיתה", אלא גם גאולה של "אחישנה".

בין "צדיק" לבין "בעל תשובה"*

1. במסכת ברכות (דף ל"ד עמ' ב') מצינו מחלוקת בדבר מעמדו של בעל תשובה לעומת צדיק גמור: רבי חייא בר אבא בשם רבי יוחנן סבר, כי דברי הנביאים ביחס לטוב הצפון לעתיד לבא נאמרו ביחס לבעלי תשובה ואילו הצדיקים הגמורים, שלא טעמו טעם חטא מעולם, ניצבים בדרגה גבוהה מכך. על הטוב הצפון להם לא יכלו אף הנביאים להינבא והוא בגדר "עין לא ראתה אלוקים זולתך". רבי אבהו חולק על רבי יוחנן וגורס כי: "מקום שבעלי תשובה עומדים, צדיקים גמורים אינם עומדים", שנאמר (ישעיהו ג"ז, י"ט) "שלום שלום לרחוק ולקרוב אמר ה' ורפאתיו", הרחוק נזכר תחילה, ורק אחריו נזכר הקרוב.

2. שיטתו של רבי אבהו נפסקה להלכה ע"י הרמב"ם בהלכות תשובה (פרק ז הלכה ד):

"ואל ידמה אדם בעל תשובה שהוא מרוחק ממעלת הצדיקים מפני העונות והחטאות שעשה, אין הדבר כן, אלא אהוב ונחמד הוא לפני הבורא כאילו לא חטא מעולם, ולא עוד אלא ששכרו הרבה שהרי טעם טעם החטא ופירש ממנו וכבש יצרו, אמרו חכמים מקום שבעלי תשובה עומדין אין צדיקים גמורין יכולין לעמוד בו, כלומר מעלתן גדולה ממעלת אלו שלא חטאו מעולם מפני שהן כובשים יצרם יותר מהם".

3. הרב יוסף רוזין (הידוע כגאון מרוגאצ'וב), מציין כי הרמב"ם פסק כרבי אבהו, בהתאם לשיטתו עת שפסק בהלכות אישות (פרק ח, הלכה ה') כי המקדש אישה "על מנת שאני צדיק, אפילו רשע גמור הרי זו מקודשת מספק שמא הרהר תשובה בלבו". ובכן, אם נאמר כי מעלתו של הצדיק גדולה מזו של בעל התשובה, מדוע תהא מקודשת עקב הרהור התשובה שעבר בליבו של המקדש, הרי גם אם הוא בעל תשובה עקב כך, עדיין לא הגיע למעלה של צדיק, והתנאי לקידושין היה "על מנת שאני צדיק?". אין זאת אלא שבעל התשובה אינו פחות מדרגתו של בעל התשובה, וממילא – פסק הרמב"ם כרבי אבהו, כי בעל התשובה ניצב בדרגה גבוהה משל הצדיק. ואכן, דברי פי חכמים חן, אלא שהתוצאה היא כי אדם שהיה רשע גמור

* פורסם ב"סיני" כרך קכג, עמ' סג, תשנ"ט.

והרהר תשובה לרגע אחד בליבו - נשגב מן הצדיק. ונשאלת השאלה: הכיצד?

4. מהו פשר דבריו אלה של רבי אבהו כי מקום שבעלי תשובה עומדים אין צדיקים גמורים יכולים לעמוד בו? הכיצד יתכן כי מעמדו של מי שהיה כל חייו קדוש וטהור יהא נחות ממעמדו של מי שחווה חטא והתנסה באיסור? וכי אין ערך סגולי עודף למי שנשמר מלכתחילה מן החטא? וכי אין להעדיף מי שהינו כאותן תינוקות של בית רבן שלא טעמו טעם חטא? ורוק, ניתן להבין כי התשובה ששב בעל התשובה ממרקת אותו ומוחקת את חטאיו כלא היו, עד כי יש להשוותו לדרגת מי שלא חטא. אך כיצד ניתן להעלות את בעל התשובה ולרוממו ולהעדיפו על פני מי שלא חטא מלכתחילה? האם אין עדיפות לתמימות מוחלטת ולהישמרות מפני חוויית החטא מלכתחילה? הן במסכת שבת (דף קיט עמוד ב) מצינו:

"אמר ריש לקיש משום רבי יהודה נשיאה: אין העולם מתקיים אלא בשביל הבל תינוקות של בית רבן. אמר ליה רב פפא לאביי: דידי ודידך מאי? - אמר ליה: אינו דומה הבל שיש בו חטא, להבל שאין בו חטא."

כלומר, תורתם של תינוקות של בית רבן נעלה היא אף מתורתם של רב פפא ואביי, שאמנם משכילים להבין את התורה לעמקה, אך אין להשוות את תורתם עם הבל פיהם של תינוקות שלא טעמו טעם חטא מעולם. מסוגיה זו נראה לכאורה בבירור, כי ככל שאדם שמור מן החטא ולא טעם את טעמו מעולם, כן נשגב הוא מעמדו ומרוממת היא תורתו. הכיצד יתכן אם כן כי בעלי תשובה יעמדו בדרגה גבוהה ממי שלא טעם טעמו של חטא מלכתחילה?

נראה כי כדי להבין מאמר זה של רבי אבהו, מן ההכרח לעמוד על מהותה של תשובה ועל ההבחנה בין המונח "בעל תשובה" לבין המונח "צדיק".

5. נעמיק את שאלתנו בסוגיה זו. הרמב"ם בהלכות תשובה (פרק א הלכה ב') פוסק:

"שעיר המשתלח לפי שהוא כפרה על כל ישראל כהן גדול מתודה עליו על לשון כל ישראל שנאמר והתודה עליו את כל עונות בני ישראל, שעיר המשתלח מכפר על כל עבירות שבתורה הקלות והחמורות, בין שעבר בזדון בין שעבר בשגגה, בין שהודע לו בין שלא הודע לו הכל מתכפר בשעיר המשתלח, והוא שעשה תשובה, אבל אם לא עשה תשובה, אין השעיר מכפר לו אלא על הקלות, ומה הן הקלות ומה הן החמורות,

החמורות הן שחייבין עליהם מיתת בית דין או כרת, ושבועת שוא ושקר אע"פ שאין בהן כרת הרי הן מן החמורות, ושאר מצות לא תעשה ומצות עשה שאין בהן כרת הם הקלות".

כלומר, שעיר המשתלח ביום הכיפורים לעזאזל, מכפר על עוונות "קלות" (שהן כל העבירות שאין בהן כרת או שבועת שווא) - אף אם החוטא לא שב בתשובה.

ונשאלת השאלה: הכיצד יתכן כי קרבן שהוא מן השפה ולחוץ, שאינו מלווה בתשובה, יכפר על האדם? הרי האיש נותר כהווייתו, ואיך יתכפרו עוונותיו בלי תשובה?

ובכלל, במה שונה הוא שעיר המשתלח בהקשר זה מכלל הקרבנות, אשר לגביהם פוסק הרמב"ם בהלכות תשובה, פרק א' הלכה א':

"וכן בעלי חטאות ואשמות בעת שמביאין קרבנותיהן על שגגתן או על זדונן אין מתכפר להן בקרבנם עד שיעשו תשובה".

6. השאלה מתעצמת עוד יותר עת שמעיינים בסוגיה במסכת שבועות. שם מצינו במשנה (שבועות פרק א משנה ו') כי "על שאר עבירות שבתורה, הקלות והחמורות, הזדונות והשגגות, הודע ולא הודע, עשה ולא תעשה, כריתות ומיתות בית דין, שעיר המשתלח מכפר". ביחס לכך מקשה הגמרא (מסכת שבועות דף י"ב עמוד ב'), ממה נפשך: אם לא עשה תשובה, איך מכפר עליו הקרבן, הרי הכלל הוא כי "זבח רשעים תועבה" (משלי כ"א) ואם עשה תשובה, מה צורך לו בשעיר המשתלח ביום הכיפורים כדי להתכפר, הרי גם בכל יום ויום יכול אדם לשוב בתשובה ולהתכפר, שהרי שנינו "עבר על מצות עשה ועשה תשובה, לא זו משם עד שמוחלים לו". מתרצת הגמרא: אמר רבי זירא, כי משנה זו שנויה בהתאם לדעתו של רבי, לפיו יום הכיפורים מכפר גם על מי שלא עשה תשובה, כפי ששנינו בבריתא: "רבי אומר: על כל עבירות שבתורה, בין עשה תשובה בין לא עשה תשובה - יום הכפורים מכפר". בהתאם לשיטה זו של רבי, השעיר מכפר על מי שעומד במרדו ולא עשה תשובה. נמצא אפוא כי לשיטת חכמים, שהיא שנפסקה להלכה, לא ניתן להתכפר ע"י השעיר בלי עשיית תשובה, ואדרבה הדבר אף מוגדר כ"זבח רשעים תועבה". הכיצד פסק אפוא הרמב"ם שלא כדברי

7. חכמים? ואכן שאלה זו הקשו מפרשי הרמב"ם, הכסף משנה¹ והלחם משנה². תשובה לכך מצויה בספרו של המאירי "חיבור התשובה", המבהיר: "וכבר ידעת שאין שעיר המשתלח מכפר אלא לשבים... ומה שאמרו בקצת מקומות (והכוונה היא לרמב"ם בהלכות תשובה פרק א' הלכה ב') שמכפר על הקלות אף בלא תשובה, ביאור אף על פי שלא התעורר תכלית הערה עד שיבא ממנה לידי תשובה גמורה".
- כלומר, השעיר אכן אינו מכפר בלא תשובה, אך יש מושג המכונה תשובה שאינה גמורה, ושם השעיר כן מכפר - על עבירות קלות. ונשאלת השאלה: מהי תשובה שאינה גמורה?
8. הרמב"ם בהלכות תשובה פרק ב' הלכה א' מגדיר "איזו היא תשובה גמורה" זה שבא לידו דבר שעבר בו ואפשר בידו לעשותו, ופרש ולא עשה מפני התשובה, לא מיראה ולא מכשלון כח. כיצד? הרי שבא על אישה בעברה, ולאחר זמן נתיחד עמה והוא עומד באהבתו בה וכח גופו ובמדינה שעבר בה, ופרש ולא עבר, זהו בעל תשובה גמורה".
- האם לכך התכוון המאירי? האם יש צורך בחזרה מן החטא באותן נסיבות עצמן - כדי שהשעיר המשתלח יכפר?
- האם לזה כיוון הרמב"ם בקובעו בפרק א' לכה ב' כי השעיר אינו מכפר בלא תשובה גמורה, אלא על עבירות קלות?
- קשה להניח כך, שהרי הרמב"ם ממשיך וקובע באותה הלכה בהלכות תשובה (פרק ב' הלכה א'): "ואם לא שב אלא בימי זקנותו ובעת שאי אפשר לו לעשות מה שהיה עושה אף על פי שאינה תשובה מעולה, מועלת היא לו ובעל תשובה הוא. אפילו עבר כל ימיו ועשה תשובה ביום מיתתו ומת בתשובתו כל עונותיו נמחלין שנאמר עד אשר לא תחשך השמש והאור והירח והכוכבים ושבו העבים אחר הגשם שהוא יום המיתה, מכלל שאם זכר בוראו ושב קודם שימות נסלח לו".

1 כסף משנה הלכות תשובה פרק א הלכה ב: "ומה שכתב הרמב"ם "אבל אם לא עשה תשובה אין השעיר מכפר לו אלא על הקלות" קשה לי היתם (במסכת שבועות דף י"ג עמ' א') משמע דלרבנן אפילו עבר על עשה אם לא עשה תשובה אין שעיר מכפר ולרבי אפילו על החמורות מכפר בלא תשובה ... וצ"ע".

2 לחם משנה הלכות תשובה פרק א הלכה ב: "תימה על רבנו איך אמר ששעיר המשתלח מכפר אע"פ שלא עשה תשובה על הקלות הרי בגמרא אמרו שאינו כן אלא לרבי ... ואנו קיימא לנו כרבנן ולא כרבי".

אין אפוא צורך דווקא בתשובה מעולה של חזרה מן החטא באותן נסיבות עצמן כדי שהחטא יימחל.

אם כן, נמצא בהכרח כי כאשר המאירי מבאר בדעת הרמב"ם, כי יש תשובה שאינה גמורה, שהשעיר המשתלח אינו מכפר עליה על עבירות חמורות ועם זאת מכפר על עבירות קלות, ההתייחסות היא לתשובה חסרה, למשהו בתהליך שטרם הושלם, ל"תשובה למחצה".

9. ברם, שכאן נשאלת השאלה, האם תיתכן תשובה שאינה גמורה? האם יש תוקף כלל לתהליך שלא הושלם? האם תתכן "תשובה למחצה"? האין אין הדבר משול ל"חצי אמת"?

עת שנעיין במהותה של תשובה כפי שהיא מוגדרת ברמב"ם נמצא לכאורה כי תשובה היא תהליך כולל ומוחלט, היורד לשורש ההוויה ומשנה את מכלול האדם. בתהליך שכזה אין לכאורה תחולה למשהו חצוי שאינו גמור, ולא תיתכן לכאורה חצי תשובה.

הדברים עולים לכאורה מעיון בהלכות הבאות ברמב"ם בהלכות תשובה:

(א) בפרק א הלכה א' נפסק כי:

"אינו מתכפר עד שיתודה וישוב מלעשות כזה לעולם".

כלומר, כפרה מותנית בתשובה מוחלטת מן החטא, כך שלא ישוב לעולם לעשות מעשה זה.

(ב) הדברים מפורשים ביתר שאת בפרק ב מהלכות תשובה הלכה ב':

"מה היא התשובה? הוא שיעזוב החוטא חטאו ויסירו ממחשבתו ויגמור בלבו שלא יעשהו עוד שנאמר יעזוב רשע דרכו וגו', וכן יתנחם על שעבר שנאמר כי אחרי שובי נחמתי, ויעיד עליו יודע תעלומות שלא ישוב לזה החטא לעולם"

כלומר, תשובה היא תהליך כולל הנבנה משלושה מרכיבים: עזיבת החטא, חרטה על העבר וכן שהאדם ישנה את התנהגותו באופן ש"יעיד עליו יודע תעלומות שלא ישוב לזה החטא לעולם".

(ג) הרמב"ם מוסיף וקובע בהלכות תשובה פרק ב הלכה ד כי:

"מדרכי התשובה להיות השב צועק תמיד לפני השם בבכי ובתחנונים ועושה צדקה כפי כחו ומתרחק הרבה מן הדבר שחטא בו ומשנה שמו כלומר אני אחר ואיני אותו האיש שעשה אותן המעשים ומשנה מעשיו כולן לטובה ולדרך ישרה".

תשובה היא אם כן שינוי יסודי ומוחלט של ההתנהגות, המשנה את האדם מן הקצה אל הקצה - עד כדי כך שיוכל לומר כי הוא אינו האיש שביצע את העבירה - אלא איש אחר הינו, עם מעשים אחרים

- וביחס לחטא - אין לו עוד מקום בליבו והוא זר לו.
 בתהליך שכזה - כיצד תיתכן אפוא חצי תשובה? או תשובה שאינה גמורה?
- (ד) יתירה מכך, הרמב"ם מבהיר כי כל עוד שהאדם אינו זורק את החטא באופן מוחלט הרי שלכל שאר מעשי האדם אין ערך. ובלשונו שם בהלכה ג':
 "כל המתודה בדברים ולא גמר בלבו לעזוב הרי זה דומה לטובל ושרץ בידו, שאין הטבילה מועלת לו עד שישליך השרץ, וכן הוא אומר ומודה ועוזב ירוחם".
- (ה) התשובה גם משנה את האישיות והרמב"ם מבהיר כי תהליך התשובה פועל בדרך של שינוי והתחדשות לאמור כי האדם שבפניו אינו זה שחטא, אלא אדם אחר בתכלית שעלה על דרך הטוב. ובלשונו של הרמב"ם בפרק ז' מהלכות תשובה הלכה ו':
 "התשובה מקרבת את הרחוקים, אמש היה זה שנאו ליפני המקום משוקץ ומרוחק ותועבה, והיום הוא אהוב ונחמד קרוב וידיד".

על רקע הגדרה זו של מושג התשובה נשאלת השאלה: מהי תשובה שאינה גמורה, שהשעיר מכפר מכוחה על עבירות קלות? או שהאדם שונה או שאינו שונה, או שעזב את החטא ולא ישוב אליו לעולם, או שהוא טובל - וממשיך לאחוז בשרץ בידו. איך יתכן בתהליך שכזה משהו למחצה?

10. שאלה נוספת מתעוררת בהקשר זה על פסקו של הרמב"ם בהלכות תשובה פרק א הלכה א:

"כל מצות שבתורה בין עשה בין לא תעשה אם עבר אדם על אחת מהן בין בזדון בין בשגגה כשיעשה תשובה וישוב מחטאו חייב להתודות לפני הק-ל ברוך הוא שנאמר איש או אשה כי יעשו וגו' והתודו את חטאתם אשר עשו זה וידוי דברים, וידוי זה מצות עשה, כיצד מתודין אומר אנא השם חטאתי עויתי פשעתי לפניך ועשיתי כך וכך והרי נחמתי ובושתי במעשי ולעולם איני חוזר לדבר זה, וזהו עיקרו של וידוי".

מכאן משמע כי וידוי הינו מרכיב ממרכיבי תהליך התשובה, ויש לבטא את הדברים בפה.

והנה, במסכת קידושין (דף מ"ט עמ' ב') מצינו:
 "על מנת שאני תלמיד - אין אומרים כשמעון בן עזאי וכשמעון בן זומא,
 אלא כל ששואלין אותו בכל מקום דבר אחד בלימודו ואומרו... על
 מנת שאני חכם - אין אומרים כחכמי יבנה, כר' עקיבא וחבריו, אלא כל
 ששואלים אותו דבר חכמה בכל מקום ואומרה. על מנת שאני גבור - אין
 אומרים כאבנר בן נר וכיואב בן צרויה, אלא כל שחביריו מתיראים ממנו
 מפני גבורתו. על מנת שאני עשיר - אין אומרים כרבי אלעזר בן חרסום
 וכרבי אלעזר בן עזריה, אלא כל שבני עירו מכבדים אותו מפני עושרו.
 על מנת שאני צדיק, אפילו רשע גמור - מקודשת, שמא הרהר תשובה
בדעתו".

לכאורה, כיצד ניתן לומר כי אשתו מקודשת, הן גם אם נניח כי הוא הרהר
 בתשובה בדעתו - היכן הוא הוידוי המבוטא בפה? וכיצד זה השלים הרשע
 האמור את תהליך התשובה ברגע כמימרא שבו הרהר תשובה בליבו. וכי די
 בכך כדי להפוך אדם מרשע לצדיק? והיכן הם כל מרכיביה המהותיים של
 התשובה ושינוי האישיות הברוך בו?

11. נראה כי הדברים מתיישבים לאור העיון ביסוד מוסד שמחדש הרב יוסף
 באב"ד בספרו "מנחת חינוך" (מצווה שס"ד):

"ונראה דלא קשה, אם נאמר דאינו מתכפר בלא וידוי דברים, מהא
 דאמרינן בקידושין אפילו רשע גמור אמרינן שמא הרהר תשובה בלבו
 והוי צדיק גמור.. דבאמת צדיק ורשע אינו תלוי בכפרה כלל, דהא יש
 עבירות חמורות דאין מתכפר בתשובה ... ומכל מקום, כיוון שמתחרט
 ושב הוי צדיק, הכי נמי דאין לו כפרה בתשובה בלב. מכל מקום הוי
 צדיק כיוון שמתחרט לפני קונו יתברך ואינו תלוי בכפרה כלל, כך נראה
 פשוט".

12. בהתאם לכך נראה כי יש הבחנה ברורה בין המונח "צדיק" לבין המונח
 "בעל תשובה", וההגדרה של הדברים היא כדלהלן:
 (א) צדיק נמדד לפי ערך מעשיו ומצבו הרוחני בהווה.³

3 הדברים מקבילים לעקרון הידוע לפיו בוחן הקב"ה את האדם בהתאם למצבו בהווה,
 ובהתעלם מפוטנציאל הרוע הגלום בו ומה שיעוות בעתיד. כך מצינו במסכת ראש השנה
 דף ט"ז עמ' ב': "ואמר רבי יצחק: אין דנין את האדם אלא לפי מעשיו של אותה שעה,

- (ב) בעל תשובה לעומת זאת מבקש לתקן את העבר ולהתאימו למצב הרוחני הנעלה בהווה.
- (ג) כדי להיות בעל תשובה, לכפר על המעשים ולתקן גם את העבר - צריך תהליך כולל של: קבלה לעתיד, חרטה על העבר וידוי בפה.
- (ד) כדי להיות צדיק בהווה מספיק "הרהר תשובה בדעתו".
- (ה) הנה כי כן, תשובה היא תהליך כולל ומקיף יותר מאשר צידקות, שהרי צידקות משקפת רק מצב נתון בהווה. ואילו תשובה - מחוללת את הפלא העצום של תיקון העבר.
- (ו) בהתאם לכך, מוכנים לחלוטין דבריו של רבי אבהו כי "מקום שבעלי תשובה עומדים צדיקים גמורים אינם עומדים", שהרי צדיק הוא מי שתיקן את ההווה ואילו בעל תשובה תיקן גם את העבר!
- (ז) ודוק היטב: רבי אבהו אינו מתייחס לצידקות כמצב של העדר חטא מאז ומעולם.

ביחס לכך, יתכן בהחלט כי מי שלא טעם טעמו של חטא ניצב במצב רוחני רם ממי שחווה חטא ולכן הבל פיהם של תינוקות של בית רבן שלא טעמו טעם חטא נעלה הוא מכל. אבל, צידקות אינה מייחסת כלל לעברו של אדם אלא להווה של האדם ולמצבו ברגע הנוכחי הנתון. לשם השגת דרגה זו, די לו לאדם כי ירהר בליבו וכבר עשוי מצבו הרוחני להיות מרומם ונעלה, כך שיהא תוקף לקידושין המותלים בהיותו צדיק גמור בעת הווייתם. תשובה לעומת זאת, מתקנת לא רק את ההווה אלא גם את העבר.

זהו חידוש עצום, לפיו אדם שחווה חטא ומתמודד עם יצריו אלה ביתר שאת, יכול לרומם את עצמו ולתקן - לא רק את ההווה אלא גם את העבר, כאשר עבר זה הופך להיות גורם שיניע אותו תמיד אל הקיצוניות השניה, אל חיים של תיקון מתוך ענווה ולהט של חרטה⁴. כדי לחולל חידוש זה - יש

שנאמר - ביחס לישמעאל (בראשית כ"א) "כי שמע אלוקים אל קול הנער באשר הוא שם". ברומה לכך מצינו במדרש רבה בראשית פרשה נ"ג, על המילים "באשר הוא שם": אמר רבי סימון קפצו מלאכי השרת לקטרגו, אמרו לפניו רבון העולמים אדם שהוא עתיד להמית את בניך בצמא אתה מעלה לו באר? אמר להם: עכשיו מה הוא? צדיק או רשע? אמרו לו צדיק, אמר להם איני דן את האדם אלא בשעתו".

4 להרחבה בעניין זה ראה הרב י. ד. סולובייצ'יק בספרו "על התשובה" בפרק "ביעור הרע או העלאתו". הוא מבהיר שם כי החטא יוצר מחיצה בין החוטא לבין קונו, והמרחק יוצר געגועים וערגה - "ע"י דחף זה של הגעגועים עולה בעל התשובה על הצדיק הגמור. את חטאו לא שכח, אסור לו לשכוח אותו. החטא הוא הכח הרוחני. הוא משמש לו קרש קפיצה לעלות מעלה. לגבי בעל תשובה כזה אין התשובה מציינת הפסק, אלא המשך והקב"ה אינו "עובר על פשע" אלא "נושא עוון ופשע".

צורך בתהליך כולל ומקיף, של חרטה, קבלה לעתיד ויודוי בפה וממילא מובן כי במקום שבועלי תשובה עומדים אין צדיקים גמורים יכולים לעמוד.

13. בהתאם ליסוד זה של ה"מנחת חינוך" נראה ליישב כמין חומר את פסקו של הרמב"ם כי שעיר המשתלח מכפר גם בלי תשובה. בהקשר זה הבהיר המאירי ב"חיבור התשובה" שהכוונה היא כי השעיר מכפר בלי תשובה "גמורה". ואנו תמהנו מהי תשובה שאינה "גמורה"? ברם, נראה כדלהלן:

(א) תשובה גמורה היא כאמור - תיקון של העבר והתאמתו למצב הרוחני הנעלה בהווה, באמצעות תהליך מלא של תשובה הכולל: קבלה לעתיד, חרטה על העבר, ויודוי בפה. כך מצינו ברמב"ם רמב"ם בהלכות תשובה פרק ב הלכה א' "אי זו היא תשובה גמורה, זה שבא לידו דבר שעבר בו ואפשר בידו לעשותו ופירש ולא עשה מפני התשובה, לא מיראה ולא מכשולון כח, כיצד הרי שבא על אשה בעבירה ולאחר זמן נתייחד עמה והוא עומד באהבתו בה ובכח גופו ובמדינה שעבר בה ופירש ולא עבר זהו בעל תשובה גמורה". במקרה זה, הנסיבות הן אותן נסיבות - ומה שהשתנה הוא האדם. תשובה גמורה עוקרת אפוא את העבר מן האדם ומגדירה אותו כאדם אחר, שונה בתכלית, בכלל לא זה שעבר את העבירה בעבר.

(ב) תשובה חלקית - מתייחסת למצב שבו אדם מקבל בליבו ביחס לעתיד כי אינו חפץ לשוב עוד לחטא. אבל, אין אצלו וידוי וחרטה על העבר. וכאמור, בלי חרטה ויודוי אין עקירה של העבר, אבל יש תיקון של ההווה. כלומר, האיש אינו "בעל תשובה" אבל הוא בגדר "צדיק". ממילא, מכיוון שהוא "צדיק" ולא רשע אין הקרבן בגדר "זבח רשעים תועבה" ולא קשה על הרמב"ם מהגמרא במסכת שבועות דף י"ב עמ' ב'.

14. בהתאם ליסוד מוסד זה של ה"מנחת חינוך" וההבחנה בין הגדרת "צדיק" לבין הגדרתו של "בעל תשובה" נראה כי ייושבו ויובנו גם דבריו של הרמח"ל ב"מסילת ישרים" ביחס למהותה של התשובה וחדירושה. נבהיר:

(א) ה"מסילת ישרים" ביחס למידת ה"זהירות" מבהיר כי התשובה היא מיצויה של מידת הרחמים והיא קיומו של עולם, שלא היה עומד כלל בלעדיה, ועם זאת אין בה סתירה להנהגת הקב"ה את עולמו בדין ובמשפט. הכיצד? שכן הקב"ה אינו מוותר לאדם כמלא נימה על מעשה או מחדל כלשהו ובא עימו בדין מדוקדק על כל עבירה. אם כך, במה מתבטאת מידת הרחמים? התשובה לכך היא כי מידת הדין

- בטהרתה ובהתגלמותה מחייבת שלושה דברים: א. שהחוטא ייענש מייד; ב. שהעונש יינתן בחרי אף ותמוצה מידת הדין עד תום. ג. שלא תהיה כל אפשרות לתקן את החטא. מידת הרחמים מתבטאת בכך שהקב"ה מאריך אף, ממתין לתשובת האדם ולא יחפוץ במות המת כי אם בשובו מדרכו הרעה וחייה, ה' אינו מעניש בחרי אף ואינו ממצה את הדין - ומאפשר לאדם לשוב מדרכו הרעה ולתקן - את העבר.
- (ב) בהקשר זה מבהיר הרמח"ל ב"מסילת ישרים" כי החידוש הגדול של תשובה הוא ביכולת של האדם - למחוק את עברו. "כי הנה באמת, איך יתקן את אשר עיוות והחטא כבר נעשה? הרי שרצח האדם את חברו, הרי שנאף, איך יוכל לתקן הדבר הזה? היוכל להסיר המעשה העשוי מן המציאות? אמנם מידת הרחמים היא הנותנת ... שהתשובה נתנת לחוטאים בחסד גמור, שתחשב עקירת הרצון כעקירת המעשה, דהיינו שבהיות השב מכיר את חטאו ומודה בו, ומתבונן על רעתו ושב ומתחרט עליו חרטה גמורה דמעיקרא, כחרטת הנדר ממש, שהוא מתנחם לגמרי והיה חפץ ומשתוקק שמעולם לא נעשה הדבר ההוא ומצטער בליבו צער חזק על שכבר נעשה הדבר ועוזב אותו להבא ובורח ממנו, הנה עקירת הדבר מרצונו יחשב לו כעקירת הנדר ומתכפר לו, והוא מה שאמר הכתוב (ישעיה ו', ז') "וסר עונך וחטאתך תכופר, שהעון סר ממש מהמציאות ונעקר במה שעכשיו מצטער ומתנחם על מה שהיה למפרע,, וזה חסד ודאי שאינה משורת הדין".
- (ג) כלומר, החידוש של תשובה הוא כי "עקירת הרצון הוא כעקירת המעשה".
- על פי שורת ההיגיון והדין - מעשים פסיים אינם ניתנים למחיקה ולביטול.
- ממזר שנולד או אדם שנרצח - הם דבר בלתי הפיך. ועם זאת, חל לגבי תשובה עקרון הרומה לדין שנקבע בהלכות נדרים ביחס לאמירה והתחייבות של אדם, הבטלים מעיקרא עקב חרטת האדם עליהם.
- עקרון זה שנקבע לגבי אמירה - הוחל אף על מעשה שנעשה ונתן תוצאותיו במציאות הפיסית והמוחשית של חיינו. וזהו כמובן חסד הקב"ה עם האדם, הנעשה עימו לפנים משורת הדין.
- (ד) ונשאלת השאלה: הן במסכת קידושין דף מ' עמ' ב' מצינו: "רבי שמעון בן יוחאי אומר: אפילו צדיק גמור כל ימיו ומרד באחרונה - איבד את הראשונות, שנאמר: (יחזקאל לג) "צדקת

הצדיק לא תצילנו ביום פשעו"; ואפילו רשע גמור כל ימיו ועשה תשובה באחרונה - אין מזכירים לו שוב רשעו, שנאמר: (יחזקאל לג) "ורשעת הרשע לא יכשל בה ביום שובו מרשעו". ויהא הדבר כמחצה עונות ומחצה זכיות! אמר ריש לקיש: בתוהא על הראשונות".

כלומר, הגמרא שואלת: כי יהא צדיק שמרד בה' לעת זיקנתו כמי שיש לו מחצה מצוות ומחצה עוונות, אך מדוע איבד את כל זכויותיו? ועל כך משיבה הגמרא כי הדבר נובע מכך, שהוא מתחרט על כל המעשים הטובים שעשה.

נמצא אפוא כי מי שמתחרט על מעשים טובים שעשה - עשוי באמצעות חרטה זו לעקור מעשים פסיים שעשה, ובטלים ומבוטלים מעשי צדקה וחסד לרוב, כאשר עקירת הרצון כעקירת המעשה. ודבר זה נאמר ביחס למידת הדין, ואיבוד מעשים טובים שעשה הצדיק כל חייו.

(ה) מדוע גורס אם כן ה"מסילת ישרים" כי תשובה כדרך למחיקת מעשי העבר, היא חידוש גדול הנובע מחסד ה' וממידת הרחמים? הן גם ביחס למידת הדין מצינו את אותו עקרון עצמו לפיו "עקירת הרצון כעקירת המעשה"?

(ו) ברם, שלפי היסוד של ה"מנחת חינוך" נראה כי אין קושי כלל, שהרי הסוגיה במסכת קידושין דף מ' עמ' ב' עוסקת בתואר "צדיק" ("אפילו הוא צדיק גמור כל ימיו ומרד באחרונה, איבד את הראשונות, שנאמר "צדקת הצדיק לא תצילנו"). כלומר, מי ש"תוהא על הראשונות" - מאבד את התואר "צדיק", שזוהי כאמור הגדרת ההווה של האדם. ברם, אין כאן כל אמירה לפיה ניתן לשנות את העבר, וכל שנאמר כאן הוא, כי מי שעברו אינו משפיע על ההווה שלו, והוא תוהא על העבר ומתחרט עליו הרי שכעת בהווה - אבד לו תוארו כצדיק והוא מהווה כעת רשע. אבל, מי שמתחרט על חטא ושב בתשובה, הרי שיש חידוש של מידת הרחמים (שאינו קיים ביחס למידת הדין) לפיו הוא עוקר גם את העבר ומוגדר כ"בעל תשובה" ולא רק כ"צדיק". זהו חידוש מיוחד של תשובה - שאינו קיים אלא מכח מידת החסד והרחמים של הקב"ה.

15. ברם, נראה כי הדברים מקבלים משנה עומק ומוכח, עת שמעיינים בהסברם של ה"חפץ חיים" והרב אלחנן וסרמן לשאלה האמורה. נביא את הדברים כסדרם.

הרב אלחנן וסרמן בספרו "קובץ מאמרים" (מאמר על התשובה), מביא את השאלה על דברי ה"מסילת ישרים" מן הסוגיה במסכת קדושין, שבה רואים אנו כי גם לעניין מידת הדין חל הכלל כח חרטה עוקרת מצוות. ואם כן, מהו החידוש של תשובה, כי חרטה עוקרת עוונות, הן זו מידת הדין? הרב וסרמן מציין בהקשר זה:

"ושאלתי דבר זה מכ"ק מרן ה"חפץ חיים" והשיב, שבתשובה מאהבה זה שעוונות נעשות לו כזכויות, זה לפני משורת הדין, ותשובה מיראה אינה בכלל "תוהא על הראשונות" שהרי אינו מתחרט על המעשה עצמו, אלא שמתירא מהעונש, ואילו היה העונש נמחל לו לא היה מתחרט כלל על המעשה".

(א) כלומר, כאשר אדם שב אל ה' בתשובה מאהבה, הרי שהוא אכן מתחרט על עברו, מאהבת ה' המפכה בו. האוהב אינו יכול לחיות בשלום עם העוול כלפי אהובו - והוא בוש בו. במקרה זה נעקר החטא מלמפרע, כאשר עקירת הרצון כמוה כעקירת המעשה. ואכן, דבר זה איננו חידוש אלא זוהי מידת הדין החלה באותה מידה כאשר אדם מתחרט בכנות על מעשיו הטובים. תוצאה זו חלה אכן במסכת קידושין דף מ' עמ' ב' גם ביחס למי שהוא בבחינת "תוהא על הראשונות".

(ב) ברם, ביחס לתשובה מאהבה אדם לא מתחרט על העבר. הוא מתירא מעונש, אך לא חל כל שינוי ביחסו הפנימי כלפי ה', ואילו אך היה מתבשר כי, בזכות אבות למשל, הוא אינו צפוי לעונש כלשהו, הרי שלא היה מתחרט כלל על מעשיו. ממילא, בתשובה מיראה יש עזיבת החטא לעתיד, אך אין בה חרטה על העבר. ממילא, על פי שורת הדין לא היה מקום כי העבר יימחק. וזהו החידוש של תשובה ומידת החסד שבה - כי גם בתשובה מיראה, שאין בה חרטה עמוקה על העבר - יימחקו המעשים מעיקרא.

16. ברם, שהסבר זה של ה"חפץ חיים" המיישב את הקושי הנובע מסוגיית הגמרא במסכת קידושין, אינו מתיישב עם לשונו של ה"מסילת ישרים". זאת מכיוון שהרמח"ל מתייחס באופן ברור ומפורש לחידוש של תשובה כהליך שיש בו חרטה על העבר, ועקירה של הרצון - בדומה לעקרון שמצינו ביחס לנדרים, שיש בהם עקירת הרצון מעיקרו.

יתירה מזו, הן גם ביחס לתשובה מיראה ראינו ברמב"ם כי כדי שהתשובה תחול צריך את שלוש המרכיבים של: קבלה לעתיד, וידוי וחרטה על העבר. בלי המרכיב של חרטה, אין תשובה, ומן ההכרח כי מרכיב זה יתקיים גם ביחס לתשובה מיראה. אם כן, כיצד ניתן לומר כי החידוש של תשובה נאמר

רק ביחס לסוג של תשובה שאין בה חרטה על העבר, שעה שתשובה שכזו - לאו תשובה היא?

17. הרב וסרמן מציע על כן הסבר משלו לקושי האמור. נפרט להלן את מהלך הדברים ואח"כ נעבור לבאר את הגיונם, ובתוך כך נראה כי הם מתאימים למהלך של ה"מנחת חינוך" שהובא לעיל, ואף מעמיקים את ההבנה במהלך הדברים האמור. מהלכו של הרב וסרמן הוא כדלהלן:

(א) הרמח"ל בספרו דרך ה' (שורש העבודה וחלקיה) מציין כי במצווה יש שני דברים: "לקיים מצוות בוראו ולעשות חפצו... כי הוא מקיים חפצו במה שציווהו שיעשה המעשה ההוא והוא עושהו, ושנית, כי הנה במעשה ההוא, הנה הוא משתלם באחת ממדרגות השלמות שהיא תולדת המצווה ההיא". כלומר, במצווה יש שני גורמים:

(1) קיום רצון ה' שציווה לעשות מצווה זו.

(2) תיקון המציאות והשגת השלמות שאותה משרה מעשה המצווה.

(ב) בהתאם לכך יש להבין כי מי שהינו "תוהא על הראשונות":

(1) איבד את המרכיב הראשון העומד ליזכותו של עושה מצווה,

הנוגע לקיום רצון ה', שהרי הוא חדל להיות עובר ה' המקיים

את רצונו, והוא מורד בקונו ומתחרט על המצווה שעשה.

(2) עם זאת: את תיקון המציאות - לא ניתן לשלול ממנו. מציאות

אינה בטלה מלמפרע.

(ג) במקביל לכך נראה כי גם בעבירה יש שני גורמים⁵:

5 לעניין זה ר' דבריו של ה"חפץ חיים" בהקדמה לספרו "שמירת הלשון" כי: "ידוע הוא, שכל אדם יש לו רמ"ח אברים ושס"ה גידים רוחניים, ועליהם מלוכש רמ"ח אברים ושס"ה גידים גשמיים, כמו שנאמר (איוב, י'): "עור ובשר תלבישני, ובעצמות וגידים תשכנני". הרי שהזכיר הכתוב עור ובשר וגידים ועצמות ולא קראו רק בשם לבוש וסכך, כמו שנאמר "תלבשני", "תסוכנני" ואת מי הלביש אם לא את הנפש אשר בקרבו, שהוא עצם האדם, ועל כל אבר ואבר של הנפש מלוכש מלמעלה אבר הגוף המכוון כנגד אבר ההוא, כמו הבגד על הגוף, וכנגד זה נתן לנו הקב"ה רמ"ח מצוות עשה ושס"ה מצוות לא תעשה, והם מחולקים ג"כ על האברים, שיש מצווה שתלויה ביד, ויש מצווה שתלויה ברגל, וכן כל שאר אברים, כמו שכתב בספר "חרדים". וכשאדם מקיים בעולם הזה מצווה באיזה אבר שורה אור על אותו אבר. ואותו אור הוא המחיה את האבר ההוא, וכן בכל מצווה ומצווה. נמצא שכשהארם מקיים הרמ"ח מצוות עשה, הוא האדם השלם, המקודש לה' בכל אבריו, וזהו מה שכתב בפרשת ציצית "ועשיתם את כל מצוותי והייתם קדושים לאלוהיכם. אבל, אם חס ושלום יחסר לו מצווה אחת מרמ"ח מצוות עשה - שהשלכה אחר גוו ולא עשה תשובה, על זה יחסר לו בנפשו האבר המכוון כנגד המצווה ההיא, וזהו מה שנאמר במסכת ברכות (דף כ"ו ע"א) מעוות לא

- (1) הפרת רצון ה' אשר אסר על עשיית הפעולה האמורה.
 (2) פגם במציאות השוררת בעולם.
- (ד) בהתאם לכך, ובמקביל למה שצויין לגבי מי שהוא "תוהא על הראשונות", נראה כי על פי דין גם תשובה, שיש בה עקירת הרצון לחטוא:
- (1) מתקנת את המרכיב הראשון בלבד של העבירה כהפרה של רצון ה', שהרי בעל התשובה התחרט על כך שהפר את רצון ה' והפך לעובד ה' המבקש לקיים את רצונו.
- (2) אבל, הפגם במציאות שאותו גרם בעל העבירה במעשיו - היה צריך להישאר. כך על פי דין, וזוהי המקבילה ל"תוהא על הראשונות" ביחס לדבר מצווה.
- (ה) ועם זאת, חסד ה' והחידוש של תשובה הוא אפוא, לפנים משורת הדין - כי גם החלק של פגם במציאות יתוקן ע"י תשובה⁶.

יוכל לתקון, זה שביטל קראת שמע של ערבית או קדיאת שמע של שחרית או תפילה... וכשהאדם זהיר מלעבור על הלאוין שבתורה, הוא ממשיך אור הקדושה על גידי נפשו, וכשלא יזהר יהיו ח"ו מקולקלים, כמו שמבואר באורך בספר "שערי קדושה" פרק א". והדברים מומחשים ביותר ב"תפילה זכה" שאנו אומרים בערב יום הכיפורים, בה מציינים אנו: "ולא די לי שלא קידשתי את אברי אלא טימאתי אותם. בראת בי מח ולב וחוש המחשבה, לחשוב מחשבות טובות והרהורים טובים, ולב להבין דברי קודשך ולהתפלל ולברך כל הברכות במחשבה טהורה ואני טימאתי אותם בהרהורים ומחשבות זרות... בראת בי עיניים ובהם חוש הראות לראות בהם מה שכתוב בתורה ולקדש אותם בראיית כל דברים שבקדושה והזהרת בתורתך "ולא תתורו אחרי לבבכם ואחרי עיניכם" אוי לי כי הלכתי אחרי וטימאתי אותם... בראת בי אוזניים לשמוע דברי קדושה ודברי תורה, אוי לי כי טימאתי אותם לשמוע דברי נבלה ולשון הרע... בראת בי פה ולשן ושיניים וחיך וגרון ונתת בהם כח לדבר בהם חמישה מוצאות האותיות הקדושות של האלף בית שבהם בראת שמיים וארץ ומלואם.. ואפילו כבהמה לא הייתי כי טימאתי פי בדברי נבלה, בלשון הרע, בשקרים, ליצנות, רכילות, מחלוקת, מלבין פני חבירו.. בראת בי ידיים וחוש המישוש לעסוק בהם במצוות ואני טימאתי אותם במישושים של איסור להכות באגרוף רשע.. בראת בי רגליים להלוך לכל דבר מצווה, ואני טימאתי אותם ברגליים ממהרות לרוץ לרעה. מיששתי את כל אברי - ומצאתי אותם בעלי מומים". הנה כי כן, המום הוא באבר עצמו כביכול - ובמציאות הפיסית של עושה מעשה העבירה, שאבריו החמיצו את ייעודם.

6 כך למשל מצינו בתפילה זכה כי אדם מקבל עליו חמישה עינויים ביום הכיפורים: אכילה, ושתיה, רחיצה, סיכה, נעילת הסנדל, תשמיש המיטה ולשבות מכל מלאכה, והם מתקנים את העיות במציאות הפיסית של האדם. ובלשון אותה תפילה קדומה: "וע"י עינוי מאכילה ושתיה - תכפר לנו מה שחטאנו באכילות ושתיות אסורות. וע"י עינוי מרחיצה וסיכה - תכפר לנו מה שחטאנו בתענוגי העולם הזה.. וע"י עינוי מנעילת הסנדל תכפר

- בכך מותר התשובה על פני הדין של "תוהא על הראשונות" שאינו עוקר את המציאות שתוקנה בעולם, ואינו משנה את העבר בהקשר זה.
18. מדברי הרב וסרמן האמורים מגיעים אנו למשנה הבנה בהבחנה בין "צדיק" לבין "בעל תשובה" ומתבהרת יותר ההגדרה של "תשובה" כיכולת של אדם לתקן לא רק את מצבו הרוחני בהווה אלא גם את עברו. מדבריו האמורים של הרב וסרמן נמצאנו למדים כי:
- (א) על פי שורת הדין אדם יכול לשנות את מעמדו שלו כסובייקט ואת הגדרתו שלו - כעובד ה' או כמורד בו, וזאת הן ביחס להווה והן ביחס לעבר.
- (ב) אבל, על פי שורת הדין אין אפשרות לשנות את אשר חוללו מעשיו הטובים ב"חפצא" של העולם. את התיקון האובייקטיבי של האדם ואת מה שאדם פעל טוב בעולמו "אי אפשר לקחת ממנו". זו מציאות שנעשתה.
- (ג) לעומת זאת, בכל הנוגע לחטא יש חידוש עצום שהתחדש ביחס לתשובה שבה "עקירת הרצון כעקירת המעשה" לא רק במישור האישיות הסובייקטיבית של ה"גברא" עושה הפעולה, אלא חסד ה' הוא כי תשובה מאפשרת לתקן גם את העיוות האובייקטיבי, שנגרם ב"חפצא" של העולם עקב מעשה החטא, ומאפשר להעמיד עולם על מכונו - כאילו לא נעשה עיוות זה במציאות מעולם.

19. הנה כי כן, התשובה מתקנת את העבר ולא רק בתחום האישיות של האדם אלא גם בתחום השלכות מעשיו על העולם שסביבו. ממילא ברור כי במקום שבעלי תשובה עומדים - מקום שבו יכול האדם לתקן עולם ומלואו ולשנות את העבר ואת המציאות עצמה - אין צדיקים גמורים יכולים לעמוד. הצדיק נמדד על פי מצבו הרוחני האישי בהווה. על פי הסובייקט שלו. אם השכיל לתקן את עצמו - יוגדר כצדיק. אך בעל התשובה תיקן גם את העבר, הוא מתקן גם את המציאות שסביבו ובורא עולם חדש ומושלם, עולם שאין בו חטא מעיקרא. במקום שכזה - אין איש יכול לעמוד.

לנו מה שחטאנו ברגליים ממהרות לרוץ לרעה.. וע"י עינוי מתשמיש המיטה תכפר לנו מה שחטאנו בכרית קודש.. וע"י חמש תפילות ותחינות ובקשות יתוקן מה שפגמנו בחמש מוצאות הפה: החיך, הגרון, הלשון, השיניים והשפתיים.. וע"י חיבוק ונישוק ספר תורה וע"י זכות התפילות.. יעלו ויבואו ויגיעו עימם כל התפילות שהתפללנו בכל השנה בלא כונה.. וע"י דמעות עינינו יתוקן מה שפגמנו בראיית עיניים בכל דבר טמא.. וכו' וכו'.

מוטיב המעגליות כעקרון בסיס בספרות חז"ל*

חייו של אדם נעים כביכול במישור רצוף אחד, כאשר בין כל נקודה לנקודה מוביל קו. אך מסתבר כי כשם שעולמנו עגול הוא ולא מישורי, וכח המשיכה הוא המחזיק אותנו בעולמנו, כך נעים חייו של אדם בתנועות מעגליות כשהוא מונע מכוחות שונים ונותר על עומדו מחמת כח משיכה נסתר. קיימת שאיפה עמוקה, המגיעה כמעט כדי אינסטינקט הטבוע בשורש נשמתנו - לסגור מעגלים ולהשלימם, ואדם נוטה לחזור למקום בו חווה חוויה עזה. גם בשמחת ליבנו נעים אנו בתנועה מעגלית והכלל הוא כי יכול אדם לנוע ולנוע מיעד ליעד, אך תמיד קשור הוא בטבורו למרכז אחד ותנועותיו מעגליות הן וחזרות אל נקודת המוצא.

הרב י.ד. סולוביצ'יק בספרו על התשובה (עמ' 58-60) מסביר את המונח "תשובה": - "מהי לשון תשובה? מה משמעותה האטימולוגית המדויקת של "תשובה"?

בתנ"ך אנו מוצאים את המילה "תשובה רק במובן אחד: "לתשובת השנה" (שמואל-ב יא, א וכן מלכים-א ז, כב ודברי הימים-א כ, א... ועוד), כלומר, תקופת השנה - מעגל של זמן.

חוץ מביטוי זה מופיעה "תשובה" בתנ"ך עוד פעם אחת, (שמואל-א ז, טו-יז). שם נאמר "וישפוט שמואל את ישראל כל ימי חייו. והלך מידי שנה בשנה וסבב בית אל והגלגל והמצפה ושפט את ישראל את כל המקומות האלה, ותשובתו הרמתה כי שם ביתו. ושם שפט את ישראל ויבן שם מזבח לה'".

גם כאן יש לתשובה מובן של השלמת המעגל. לאחר שסבב שמואל בכל ישראל, היה חוזר ושב אל הרמה, כי שם ביתו. התשובה היא תנועת מעגל.

כאשר נמצאים במעגל גדול, דומה, לפרקים, כי מתרחקים והולכים מנקודת המוצא, אך למעשה הולכים וקרבים אליה. ככל שמתרחקים - חוזרים ומתקרבים. "לתשובת השנה", בראש השנה, מתחילים לספור מניין ימים חדש, ועם כל יום שעובר - מתרחקים מראש השנה, לקראת ראש השנה הבא.

* פורסם ב"סיני" כרך קכג, עמ' סג, תשנ"ט.

"ותשובתו הרמתה" - שמואל היה מהלך במעגל, בעוזבו את הרמה, ללכת ולסובב אל בית אל והגלגל והמצפה, כבר אז היה שב וחוזר לרמה, כי שם ביתו: כי שם ברמתיים צופים, חייתה חנה אימו, שם עברה עליו ילדותו ושם נעוצים שורשיו.

שמואל היה מנהיג ושופט לכל ישראל, הוא סובב בכל תפוצות ישראל. אך בכל הליכותיו נשא פעמיו לכיוון אחד - לביתו. הוא היה שייך לכלל ישראל. כל ארץ ישראל היתה ביתו. אבל הבית האמיתי נשאר במקום אחד, ברמה, כי שם ביתו. רק שם הוא יכול היה לבנות מזבח חייו לה'. "וישפוט שמואל את ישראל כל ימי חייו", בהרבה מקומות שימש שמואל המנהיג כשופט. אולם כח משפטיו נבע מן הרמה, מביתו, "כי שם שפט את ישראל". כל כמה שאדם גדול - אין הוא יכול לעזוב את בית אבותיו, כל משפטיו - משם הם באים.

כאן טמונים סוד ויסוד התשובה. היחיד מישראל, כל שכן הציבור, אינו יכול להתרחק ולהנתק לגמרי מהשם יתברך. אי אפשר לכלל ישראל להתרחק מה' בקו ישר. תמיד הוא נמצא בתהליך של תשובה. ממך - אליך.

"בצר לך ומצאוך כל הדברים האלה... ושבת עד ה' אלוקיך". המעגל יכול להיות גדול מאוד, בעל רדיוס ענקי, אבל הכיוון של ההולכים הוא תמיד במעגל. כלל ישראל אינו יכול בשום אופן לסטות מן המסלול המעגלי. ההוויה שלאחר החטא מונעת אותו מלעשות כן.

האדם סובב והולך ומסתבך בכל מיני רעיונות הבל ומדוחי שוא. יש שהוא חושב כי הנה - הנה מצא את ייעודו במלחמתו לסוציאליזם, ל"זכויות אדם", לקומוניזם ולשאר איזמים. הוא סובב "בית אל והגלגל והמצפה", מחפש אלים, מגלגל עולמות, נדמה לו שהוא צופה למרחוק ומבשר עתיד חדש. אבל תמיד, תמיד: "ותשובתו הרמתה, כי שם ביתו".

שם הויה שלאחר החטא אינו נותן לו מנוח. עוד מעט 'הפך עליו הגלגל'. יגרשוהו מבית אל, מגלגל וממצפה, ויצעקו אחריו "יהודי מזוהם", "יהודי בוגד", "יהודי מנצל", "יהודי קוסמופוליטי" - ואז בטובתו ושלא בטובתו יחזור לרמה, לביתו, למקום ששם קיבלה אותו חנה אמו בכיסופיה ותחינותיה, למקום ששם עמדה עריסתו ושם ספגו אוזניו מתיקות שיריה המלככים של אמא. "ותשובתו הרמתה" - סופו של המהלך במעגל להגיע חזרה לנקודת המוצא, להגיע שוב, מכל המרחקים - לביתו.

הרב סולוביצ'יק מציין במהלך דבריו הנפלאים, כי "שם הויה שלאחר החטא" הוא העומד ביסוד השיבה לנקודת המוצא של המעגל. ההתיחסות היא לאחת מ-יג' מידות של הקב"ה כמבואר בגמרא במסכת ראש השנה יז, ב: "ויעבור ה' על פניו ויקרא" - אמר רבי יוחנן, אלמלא מקרא כתוב אי אפשר לאומרו. מלמד שנתעטף הקב"ה כשליח ציבור והראה לו למשה סדר תפילה.

אמר לו, כל זמן שישראל חוטאין יעשו לפני כסדר הזה ואני מוחל להם. ה' ה', אל רחום וחנון". ה' - אני הוא קודם שיחטא האדם. ה' - ואני הוא לאחר שיחטא האדם ויעשה תשובה...".

הבסיס לתנועה המעגלית הוא אפוא שאיפתה של הנפש, מקור מחצבתה, שלאחר החטא, כפי שהיתה עם ה' - קודם לכן. האלוקות מצפה לנו בסוף הדרך ואנו קשורים אליה ומיחלים לשוב אל מצב התום והזוך בו היתה הנפש מצויה בטרם החטא. משום כך, יכול אדם לעשות הקפות עם רדיוס עצום ולהתרחק, אך סופו של מעגל - להיסגר.

ואולם, המעגליות היא תכונה המאפיינת לא רק את הנהגת הקב"ה עם בריותיו ואת נטיית הנפש הנובעת מכך, אלא שזו גם תכונה המאפיינת את המוצאות והקורות אותנו בעולמנו, שיש בו עליות ומורדות כמעט בכל תחום: עשיר הופך לעני, עני מתעשר והכל מצוי על גלגל המתהפך והולך, כשאנו נעים על גביו. מעגל זה הוא מעגל החיים המאפיין את חיינו מלידה ועד מוות.

כך מצינו ברש"י בראשית כה, ל: "הלעיטני נא מן האדום האדום הזה" "עדשים אדומות. ואותו היום מת אברהם... ובישל יעקב עדשים להברות את האבל. ולמה עדשים? שדומות לגלגל, שהאבלות לגלגל החוזר בעולם".

הדברים מקבלים מימד נוסף עת שבהלכה הפסוקה בהגהות הרמ"א מצינו כי בליל הסדר אוכלים ביצים, מכיוון שהוא אות לאבלות, זכר לתשעה באב, שכן תשעה באב חל תמיד באותו יום בשבוע שבו חל ראשון של פסח. הנה כי כן, המעגליות מתבטאת אף בכך שיום הגאולה והחרות נפגש עם יום החורבן, הגלות והשעבוד, ושניהם חלים באותו יום עצמו. ואכן, מעגליות היא תכונה המאפיינת תופעות רבות מאד בעולמנו בכלל ובגורלו של אדם בפרט.

עפ"י עקרון בסיס זה, נעבור להבהיר סוגיה, אחת מני רבות, שהסברה נעוץ בתופעת המעגליות. ענייניה של סוגיה זו היא - הבנה מדוקדקת של מגילת אסתר.

במרכזה של מגילת אסתר ניצבות שתי דמויות:

פרק ג פסוק א: "אחר הדברים האלה גידל המלך אחשוורוש את המן בן המדתא - האגגי". אגג - מוכר לנו בספר שמואל-א פרק טו, כמלך עמלק, אשר שאל חמל עליו, ואח"כ שיסף אותו שמואל הנביא, באומרו לו "כאשר שכלה נשים חרבך כן תשכל מנשים אימך". המן "האגגי" הוא אפוא נצר לעמלק.

והדמות השניה - פרק ב פסוק ה: "איש יהודי היה בשושן הבירה ושמו מרדכי בן יאיר בן שמעי בן קיש - איש ימיני". ימיני - משבט בנימין.

אסתר ודודה מרדכי, אשר נבחרו ללחום בהמן, הם משבט בנימין, והם הניצבים מול עמלק. זוהי אפוא מלחמת בנימין בזרעו של אגג, והדברים מהווים

המשך לאפיזודה הסטורית קודמת, שהרי גם המלך שאול, שלחם בעמלק ובאגג ולא סיים את המלאכה, היה - משבט בנימין.

מדוע מתקיימת מלחמה זו בעמלק - באמצעות שבט בנימין דווקא? מהי החשיבות שמצא מחבר המגילה לציין כי מדרכי הוא "ימיני", ומדוע מצא לנכון לציין כי המן אינו סתם עמלקי אלא מזרע "אגג" דווקא? וכי יש ביחוס זה לאגג משהו מיוחד, לבד מן העובדה כי אגג שימש כמלך של עמלק? בנוגע למלחמת ישראל בעמלק נאמר (דברים כה, יז): "זכור את אשר עשה לך עמלק בדרך בצאתכם ממצרים, אשר קרך בדרך ויזנב בך כל הנחשלים אחריך ואתה עייף ויגע ולא ירא אלוקים, והיה בהניח ה' אלוקיך לך מכל אויביך מסביב בארץ אשר ה' אלוקיך נותן לך נחלה לרשתה, תמחה את זכר עמלק מתחת השמיים לא תשכח".

נשאלת השאלה: מדוע קיימת מצווה לזכור את אשר עשה עמלק? הן המצווה המעשית היא למחוק את עמלק. מדוע יש כאן ציווי מיוחד ונוסף גם לזכור את הטעם לכך?

הרמב"ן, בדברים שם, יט מבהיר בהקשר זה: "והנכון בעיני שהוא לומר, שלא תשכח מה שעשה לנו עמלק, עד שנמחה את שמו מתחת השמים, ונספר זה לבנינו ולדורותינו לומר להם כך עשה לנו הרשע, ולכן נצטוונו למחות את שמו. וכך במעשה מרים נצטוונו להודיע לבנינו ולספר בו לדורות, ואע"פ שהיה ראוי גם להסתירו, שלא לדבר בגנותן של צדיקים, אבל ציווה הכתוב להודיעו ולגלותו כדי שתהא אזהרת לשון הרע שומה בפיהם, מפני שהוא חטא גדול וגורם רעות רבות. ובני אדם נכשלים בו תמיד, כמו שאמרו "והכל באבק לשון הרע".

הרמב"ן מבהיר איפוא כי יש ענין לזכור את מעשה מרים - כדי ללמוד את הלקח הראוי של זהירות מפני לשון הרע. ואולם, מהי התשובה לשאלה מדוע יש ענין לזכור ולהזהיר את אשר עשה לנו עמלק?

נוסף של הבנה בדברים אלו מצוי בספר מעשה ה', המפרש את הפסוק (בדברים כח, יג) "והיית רק למעלה ולא תהיה למטה". לכאורה, הסיפא מיותרת, שהרי מי שנמצא רק למעלה ממילא אינו נמצא למטה.

ההסבר הניתן לכך בספר הוא כדלקמן: "דהנה, טבע האדם הוא לשאוף להגיע למעלה הכי עליונה בדבר שהוא מעונין בו. כגון, אם הוא רוצה להיות עשיר, אינו מסתפק בעשירות בלבד, אלא הוא מנסה לטפס ולעלות ולהגיע למדרגה העליונה של העשירות. ואם ליכו חפץ בכבוד, הוא משתדל בכל כוחו להגיע למעלה העליונה.

והוא אינו יודע - שעלייתו היא נפילתו, כי העולם הוא כגלגל חוזר, וברגע שעלה למעלה עד הקצה, ע"י כך מתהפך לאחורנית ונופל למטה. ולכן צריך כל אדם להשגיח שלא יעלה עד הראש, אם הוא רוצה שיוכל לעמוד על מקומו.

וזה שאמר הכתוב: והיית רק למעלה, דתיבת רק הוא מיעוט בכל מקום, ובא הכתוב לומר שתשתדל להיות נמוך קצת מלמעלה, ואז תהיה בטוח שלא תהיה למטה, ולא תצטרך ליפול ח"ו".

באמצעות עקרון זה נוכל לעמוד על מהותו של עמלק, שאותו הגדיר בלעם בנבואתו (במדבר כז, ז) "ראשית גויים עמלק - ואחריתו עדי אובר".

בדרך כלל, אומה יוצאת למלחמה באומה אחרת, מחמת אחד משלושה טעמים: התקפה מסיבות טריטוריאליות - כדי לכבוש, הגנה על טריטוריה (לשחרר קרקע כבושה, או למנוע כיבוש בעתיד). מסיבות מנטליות ודתיות, כדי להשליט דת או השקפת עולם מסויימת.

ואולם, עמלק יצא למלחמה על ישראל בלא שתתקיים אף אחת מן הסיבות הללו. על כך אומר לנו הכתוב: "זכור את אשר עשה לך עמלק, בדרך בצאתכם ממצרים, ואתה עייף ויגע ולא ירא אלוקים".

(1) בדרך בצאתכם ממצרים - עם ישראל לא נטל שום קרקע של עמלק ולא היתה לו שום קרקע שיש ענין לכבוש אותה, שהרי עם ישראל אך יצא ממצרים והיה - בדרך.

(2) ואתה עייף ויגע - גם לא היה איום מצד בני ישראל, שהרי אלו היו נתונים במצב של חולשה פיסית ומנטלית, לאחר 210 שנות תלאות ושעבוד מפרך.

(3) ולא ירא אלוקים - גם דת אין לעמלק, כך שגם סיבות דתיות לא עמדו בבסיס יציאת עמלק למלחמה על ישראל.

מדוע אפוא נחלצו לוחמים של עמלק לנרוד מרחק רב ולצאת אל המדבר לחום בישראל? מה המניע? אין זאת אלא מטעמי יוקרה. עם ישראל זכה לתהילת עולם עם יציאתו ממצרים ובקיעת ים סוף "שמעו עמים ירגזון, חיל אחז יושבי פלשת אז נבהלו אלופי אדום, אילי מואב יאחזמו רעד נמוגו כל יושבי כנען, תפול עליהם אימתה ופחד" (שמות טו, יד-טז).

דבר זה היה לצנינים בעיני עמלק והיווה פגיעה במעמדו כ"ראשית הגויים"? משראה עמלק כי יצא שמעם של ישראל, עם צאתם ממצרים וקריעת ים סוף בפניהם, חש הוא כי נפגעת יוקרתו ומעמדו כראשון בין כולם. כדי להוכיח כי הוא נותר במעמד של "ראשית גויים" - יצא עמלק למרחקים להלחם בישראל! ואולם, מכיוון ש"ראשית גויים עמלק", דווקא מכיון שבראש מעייניו מונחת שאיפה להיות ראש וראשון, הרי ש"אחריתו עדי אובר" - כי השאיפה לעלות

1 מענין הדבר, הליך דומה התקיים גם במלה"ע השניה, עת שאידאולוגיות של "גרמניה מעל כולם", והקמת "רייך בן אלף שנה" וכיו"ב ססמאות של "ראשית הגויים" הובילו "לאחריתו עדי אובר" ולמלחמת שמד נוראה בעם ישראל.

לראש הגלגל, מוליכה אל עברו השני של הגלגל - למטה - עדי אובר. כי העולם אינו מישור אלא - גלגל.

מעשה מוכן מדוע לא די לנו במחיית עמלק ומוטל עלינו גם לזכור את אשר עשה לנו עמלק. זכירה זו אינה רק של המעשה ההיסטורי, אלא יש מסר מעשי בצידה.

המסר הוא "והיית רק למעלה" - לא לשאוף להגיע לפסגה, אלא להסתפק במעט פחות, כדי שלא נרד למטה. המסר הוא כי מנטליות של "ראשית הגויים" הוליכה למלחמה בלא סיבה, והיא שמוליכה "עדי אובר".

הזכירה היא זכירת המסר והלקח ההסטורי הניצב בכסיס המלחמה בעמלק, כעם שמסמל אידאולוגיה של "ראשית הגויים" המובילה למלחמת שמד בעם ישראל.

המסר הוא כי העולם הוא עגול ולא מישורי, ונחוצה קצת ענוה, כי מה שעולה גם יורד. וכמאמר הפתגם: "יש לחייך לאנשים במעלה הדרך למעלה, כי את אותם אנשים סופנו לפגוש גם בדרכנו למטה".

הדברים הללו פותחים צוהר בפנינו להבין מדוע המלחמה בעמלק מופקדת בידי בנימין. בנימין הוא הקטן שבשטים. את המלחמה במי שרוצה להיות "ראשון בין ראשונים" מפקידים במכוון בידי האחרון שבשכטים. זוהי מלחמת הענוה ביוקרה ובשגעון הגדלות.

מלחמת מי שחושב שניתן להגיע להישג בעולם מישורי שאין בו מחזוריות, ושבו הישג ניצב על עומדו לנצח, לבין מי שיודע שהמעמד שמישיג בן תמותה בעולמנו הוא לעולם רגעי וחולף, כי העולם הוא עגול ומוליך מעלה ומטה באותו תהליך עצמו, של תנועה אין סופית שבה אנו נתונים.

מכיוון שכך, הופקדה מלכתחילה מלחמת ה' בעמלק בידי המלך היחיד משבט בנימין, שקדם למלכי שבט יהודה, הלא הוא שאול. מלחמה זו נוהלה באגג ולא צלחה, שכן בית אגג לא נשמד, ונותר ממנו זרע, שממנו יצא המן בן המדתא - האגגי.

משום כך הוצב לימים איש ימיני לעמוד מול האגגי, כדי להראות לנו כי "הגלגל ממשיך לנוע" והמעגל הספציפי הזה, של אגג מול ימיני, הולך ונשלם עם השנים.

אכן, מחיית עמלק טרם הושלמה, ועלינו להמתין לשם כך עד לימות המשיח. ואולם, המעגל הספציפי של ימיני ואגג תם ונסגר במגילת אסתר.

לא זו בלבד, אלא שבמלחמה ספציפית זו, יש שוב פעם סממנים של מלחמת עמלק בישראל במוכן העמוק יותר של הדברים. במסכת חולין קלט, ב נאמר: "המן מן התורה מנין? (רש"י: מנין "למעשה המן") שנאמר (בראשית ג, יא) "המן העץ אשר ציוויתך לבלתי אכול ממנו אכלת".

מה הקשר בין עץ הדעת והשאלה שהפנה שם הקב"ה לאדם הראשון, לבין פרשת אסתר ומרדכי, לבד מן העובדה שבשני המקרים מופיעות האותיות: המן? והתשובה פשוטה היא: אדם הראשון ישב לו ברומו של עולם. סביבתו - גן עדן. מלאכים ניצבים סביבו ומספקים את כל מחסורו. אשתו - עצם מעצמו ובשר מבשרו אם כל חי, יציר כפיו של הקב"ה. הקב"ה שולט בעליונים ואדם הראשון שולט בתחתונים. מכל עץ הגן - מותר לו לאכול. אבל, הוא רצה את הכל, וזוהי התופעה של החטא הקדמון. חטא זה הביא לאובדן גן העדן, לקשיי החיים של "בזעת אפיך תאכל לחם" ואף למוות.

והנה, התופעה של המן - וזה היא לתופעה של - החטא הראשון. כל העולם כורע ברך ומשתחוה להמן. מדובר באדם השולט הלכה למעשה בעולם כולו, יושב לו ברומו של עולם ונהנה מכל העולמות, מכבוד ומיוקרה אין קץ.

יש רק אדם אחד, יהודי, שאינו משתחוה להמן. דבר זה חודר מתחת לעורו של המן ומוציאו משלוותו. כי המן רוצה לכבוש - את הכל ואינו מסתפק במאומה פחות מזה. המן אומר על כן: "וכל זה איננו שווה לי בכל עת אשר אני רואה את מרדכי היהודי יושב שער המלך" (אסתר ה, יג). הרצון להגשים את מלוא תאוותו הוא אשר מסנוור את עיניו של אדם ומובילו לאבדון. אותה תופעה שמצינו בחטאו של אדם הראשון ביחס להמן העץ אשר אמרתי אליך, היא המאפיינת את קורותיו של המן.

בפנינו איפוא מלחמתו של מרדכי באגגי, שיש בה מסממניה המובהקים של מלחמת ישראל בעמלק ומסממניה המובהקים של אם כל חטאת האנושות.

מכאן נעבור לעיין בסיפורה של המגילה ונגלה בו אור חדש:

אסתר נשלחה לשליחות קריטית של הצלת העם היהודי, ע"י כך שתשוחח עם המלך ותנסה להניעו לחזור בו מהחלטתו הקודמת, שהושגה בשיחתו עם המן. לכאורה, שיחה שכזו על אסתר לקיים בארבע עיניים עם המלך והאחרון אשר יש להזמינו לשיחה כזו הוא - המן עצמו. מדוע אם כן הזמינה אסתר את המן צורך היהודים, אביה של גזירת השמד, להיות נוכח בפגישה שבה היא רוצה לבקש מן המלך לחוס על חייו של העם היהודי? מדוע אין היא מדברת עם המלך ביחידות אלא לנסות לדבר עימו - בנוכחות מי שיזום את המזימה?

הגמרא במסכת מגילה טז, א מבארת: "והמן בא לחצר בית המלך לאמור למלך לתלות את מרדכי על העץ אשר הכין לו" (אסתר ו, ד). "תנא - לו הכין". רש"י: "לצורך עצמו". הפשט הפשוט הוא, שהמן הכין עץ כדי לתלות עליו את מרדכי. אבל, חז"ל מפרשים זאת כהכנת העץ עבור עצמו.

והדברים תמוהים הם. אכן, סוף מעשה היה שהמן נתלה על עץ זה. אבל, הכוונה תחילה בהכנת העץ היתה - להכינו למרדכי ולא להמן. מה מביא איפוא את הגמרא לומר שהמן הכין את העץ מלכתחילה - עבור עצמו?

ואולם, התשובה, לאור האמור לעיל, מובנת היא: המן חפץ להגיע לפסגה. כאשר שואל אותו המלך כיצד יש לגמול למי שהיטיב עם המלך - והמן סובר בליבו כי הכוונה היא אליו - הוא מביע באופן פרוידיאני את צפון ליבו ומבקש: סוס מלכותי, לבוש מלכותי, כתר מלכותי ופרסום, למען ידעו הכל כי זהו האיש המובחר בכל הממלכה. זהו הרצון להיות ראש וראשון. ראשית גויים - עמלק. כאשר רוצה אסתר להביא לאובדנו של האיש הזה, היא צריכה - להגשים את מאווייו, להביאו אל הפסגה. משם - הדרך סלולה למטה, לפי טבעו של עולם, כמבואר לעיל.

לכן, מזמינה אסתר את המן ביחד עימה. דבר זה נותן להמן את תחושת הסיפוק, כי כעת עומד הוא לשלוט לא רק בענייני המדינה אלא אף בענייני המשפחה של המלך וביתו. זוהי תחושה של פסגה - וממנה נסללת הדרך למטה. מעתה, מובן מדוע טורחת אסתר להביא את המן שוב ושוב - קרוב יותר לפסגה, שהרי זוהי דרכו של בנימין - להוביל את עמלק עדי אובד.

רק קוץ אחד מונע את המן מלהגיע לשיא, שהוא רומו של גלגל וגם תחילת ירידתו הימנו. זהו מרדכי שאינו כורע ואינו משתחוה. בגלל פרט שולי זה - המן אינו בפסגה ומציין: ו"כל זה איננו שווה לי". משום כך מתייעץ המן עם זרש אשתו, מה לעשות כדי להגיע לקצה קצה של הפסגה, בשאיפתו להשיג תהילת עולם מושלמת. זרש מיעצת לו לפתור את הבעיה היהודית ע"י "עץ גבוה חמישים אמה". התשובה הניתנת לו היא - להכין עץ ולתלות את מרדכי.

דא עקא שברגע שהעץ מוכן - ומרדכי לא מהווה בעיה - המשמעות היא שהמן סולל את הדרך - לנפילתו שלו. המן סבור היה כי ע"י העץ הוא מכשיר את הדרך - לעלייתו למעלה ולנפילת מרדכי. על כך אומרת הגמרא "לו הכין", כי למעשה יש בהכנת העץ הגבוה משום הכשרת הדרך - לנפילתו הוא ולאובדנו.² רעיון זה גם מבהיר את שמו של היום הזה, המעיד כידוע על מהותו. "על כן, קראו לימים האלה פורים - על שם הפור" (אסתר ט, כו). "כי המן בן המדתא האגגי צורר כל היהודים חשב על היהודים לאבדם והפיל פור הוא הגורל להומם ולאבדם".

וכי זוהי מהותו של היום? הן מדובר בארוע שיש בו גזירה נוראה, אשר בחסד ה' ניצלנו מפניה. יש כאן מלחמת ישראל בעמלק. זוהי מהות היום. לעומת זאת, האופן שבו בחר המן בתאריך שבו תבוצע הגזירה, היא לכאורה

2 בהקשר זה מענין הוא הסיפור המיוחס לאדמו"ר הזקן מחב"ד, אשר שאל בילדותו מדוע היה העץ שהכין המן בגובה ג' אמה דווקא? והשיבו לו כי כאשר מגיעים לשער הנ' - שזוהי השגת המדרגה של שערי תומאה - או אז באה הנפילה של הרשע. והם הם דבריניו דלעיל.

פרט שולי לגמרי. מדוע מסמל דווקא ענין הגורל את מהותו והגדרתו של היום? והתשובה ברורה היא. פור וגורל - הם אות לגלגל העולם המסתובב והולך לו ואינו צועד במישור.

המונח "פורים" מסמל אפוא את מהותו של היום, את מהות המאבק בין תפיסתו של עמלק לתפיסתו של בנימין. את האידאולוגיות ההפוכות שעמדו בבסיס ההתמודדות ההיסטורית הזו. המן כיוון לחודש שבו נפטר משה. הוא לא ידע שבאותו יום משה גם נולד, כי ביהדות אין מישור אלא מעגליות. גלגל הסובב והולך לו ואנו עליו.

הארוע כולו מסומל אפוא בביטוי של "ונהפוך הוא". ביטוי זה חורג מן העובדה שגזירה רעה נהפכה לשמחה והרע עצמו הפך לטוב. ביטוי זה מבטא את העובדה שאנו בני האדם לא רואים לעולם דברים כהווייתם כי הם מתהפכים כגלגל - ואין טוב בלא רע ואין רע בלא טוב, והכל בידי שמים, ומוכן לנו רק ברטרופקט ובראייה כוללת.

רעיון זה, של המעגליות בעולמנו, מבהיר באופן יפה את מגילת אסתר, והוא נכון בספקטרום רחב של ארועים. נעבור מכאן להרחבת המעגל ולעיון בסוגיה נוספת, שהיא מעיקרי האמונה:

בגמרא במסכת תענית ל, א מצינו: "אמר רבי אלעזר, עתיד הקב"ה לעשות מחול לצדיקים, והוא יושב ביניהם בגן עדן, וכל אחד ואחד מראה באצבעו, שנאמר "ואמר ביום ההוא, הנה אלוקינו זה קוינו לו ויושיענו, זה ה' קוינו לו, נגילה ונשמחה בישועתו".

מהו המסר הטמון במחול זה, שבו יושב הקב"ה והצדיקים סביבו? מהו המחזה המיוחד הנגלה לנגד עיניהם של הצדיקים, שעליו מורים הם באצבע ואומרים "זה ה'?"

בגמרא במסכת פסחים דף נ, א מצינו: "אמר רבי אחא בר' חנינא, לא כעולם הזה העולם הבא. העולם הזה, על בשורות טובות אומר: ברוך הטוב והמטיב ועל בשורות רעות אומר: ברוך דין האמת, לעולם הבא - כולו הטוב והמטיב".

ומקשה הצ"ח, וכי יהיו לעתיד לבוא בשורות רעות שעליהן נברך "הטוב והמטיב"? ואם כלפי העבר קא עסקינן, מדוע נקבע כי עתידות הברכות להשתנות בגין מה שחווינו עד לאותה העת ואשר היה בגדר בשורות רעות?

משיב על כך הצ"ח, באמצעות רעיון ששמע לדבריו בילדותו מהמוכיח המפורסם מוה"ר אפרים זצ"ל, מגיד בעיר בראד, "ואמר הוא המנוח ז"ל, דכתיב (ישעיהו יב, א) "אורך ה' כי אנפת ב". ונשאלת השאלה, כיצד זה ניתן להודות על עונש? לפי ש"מעליון לא תצא הרעות", שאין דבר רע בא מהקב"ה והכל הוא לטובה. אפילו הפורענות שבאה על האדם אינה רעה, אבל טובה - לזכך אותו ולהכניע יצר הרע שבקרבו ולטהר הנשמה שיזכה לעולם שכולו טוב. אלא

שהאדם בעולם הזה אינו מבין הדבר לאשורו ונדמה בעיניו כאילו הוא רעה. כמו החולה שעושיין לו תחבושת ויש לו יסורים והחולה השוטה צועק להסיר התחבושת, אבל החכם סובל בשמחה, וכן הוא יסורי הרשעים - הם התחבושות. אמנם, אחר מותו שרואה ומבין הטוב האמיתי, וכמו כן לעתיד לבוא כשנזכה לזה במהרה, יאמר ביום ההוא: "אודך ה' כי אנפת בי", שנותן הודאה לשעבר על שהתאנף בו הקב"ה לפי שעה - להיטיבו באחריתו. וזוהי כוונת המאמר: "כאן, בעולם הזה אומר על בשורות רעות ברוך דיין האמת, שסובר שזהו מצד מידת הדין. ולעולם הבא - כולו הטוב והמטיב. פירוש, שיראה למפרע שכולו היה מידת טובה, והיה לו לברך על הכל הטוב והמטיב".

כלומר, אנו הרואים דברים בראיה מישורית - סבורים כי ענישה גורמת לנו רעה. ואולם, בראיה לאחור, ברטרופקטיבה, נראה כי בחשבון השמימי הכולל לא נעשתה עימנו רעה והענישה היתה לטובתנו. על כן, לעתיד לבוא לא נברך על הרעה שמצאה אותנו "ברוך דיין האמת", בבחינת דין, אלא "ברוך הטוב והמטיב" - בבחינת חסד ה' עימנו.

ואכן, ראיית מכלול של דברים והשלמת המעגל כך שתראה תמונה שלמה, חיוניים הם להבנת אמיתם וטיבם של ארועים. בהקשר זה מצינו בספרו של הרמח"ל, דעת תבונות סימן קכח: "ובאמת תראה, שגם במעשים אין רע נמצא בעולם אלא בחלקי הדברים טרם התחברם להשלמת הדבר, אך אין דבר מושלם שיהיה רע". וזה כיון שידענו שכל מה שהקב"ה עושה הוא אך טוב מאד.

הנה, מה שנראה חסר בצד אחד, באחד מתנאי הדברים, נשלם החסרון ההוא בתנאי אחר שמשלים בעדו, ולא היה החסרון ההוא אלא מפני שלא נשלם הדבר ההוא בכל תנאיו. וכיון שישתלם - ודאי הוא טוב.

ודבר זה מתאמת מן המעשה עצמו שהוא כך, והמעשה הכללי שהוא סיבוב העולם, יתברר הדבר שגם הוא כך בסוף הכל, בזמן שתתקיים הבטחת "אודך ה' כי אנפת בי", כי אז יהיו נגמרים כל חלקי המעשה, והנה, היא המעשה אך טוב באמת".

כלומר, רק לאחר שנגלה לעינינו מכלול שלם - ניתן לרדת למהותו של מעשה ואז מובן כי טוב הוא ואין בו עונש, אלא חסד והטבה של הקב"ה עם בריותיו.³

המחשה ידועה לדברים אלו מצויה במסכת ברכות דף ס, ב "אמר רב הונא אמר רב משום רבי מאיר, וכן תנא משמיה דרבי עקיבא, לעולם יהא אדם רגיל

3 מכיוון שכך מבהיר הרמח"ל בדעת תבונות סימן קע: "והנה, ביום הדין הגדול יפרוש הארון ברוך הוא את השמלה לעיני כל היצור, מכל מה שנעשה מיום ברוא אלוקים אדם על הארץ עד היום ההוא, ויראה יושר משפטו בכל מעשה ומעשה - קטון וגדול".

לומר 'כל דעביד רחמנא לטב עביד', כי הא דרבי עקיבא דהווא קא אזיל באורחא (ר' עקיבא הלך בדרך) מטא להווא מתא (הגיע לעיר) בעא אושפיזא (ביקש מקום להתארח בו) לא יהבי ליה (לא נתנו לו) אמר "כל דעביד רחמנא לטב" (אמר, כל מה שעושה הקב"ה - לטוב נעשה). אזל (הלך) ובת בדברא (לן במדבר), והוות בהדיה (והיו עימו) תרנגולא וחרמא ושרגא (תרנגול, חמור ונר). אתא זיקא כבייה לשרגא (באה הרוח וכיבתה את הנר), אתא שונרא (בא חתול) אכליה לתרנגולא (ואכל את התרנגול) אתא אריה (בא אריה) אכליא לחמרא (טרף את החמור של ר' עקיבא) אמר - כל דעביד רחמנא-לטב. ביה בלילה (בו בלילה) אתא גייסא (בא גייס של צבא זר וכבש את העיר).

אמר להו (אמר ר' עקיבא) לאו אמרי לכו (וכי לא אמרתי לכם) כל מה שעושה הקב"ה הוא הכל לטובה⁴.

כלומר, מכיון שר' עקיבא לא לן בעיר, ומכיוון שבעלי החיים שעומו מתו ולא הרעישו ואף הנר כבה - לא גילו אנשי הגייס הרומי את ר' עקיבא, לא פגעו בו לרעה והוא ניצל.

בשעת מעשה - היה בכל אחד ואחד מארועים אלו כדי למרמז ולהוות אות למידת הדין. ר' עקיבא, שלא ידע את העתיד, נתקל ברוע אנושי עת שסרכו לארח אותו והוא נאלץ לישון בחוץ במדבר. הוא נתקל ברוע של רוחות הטבע, עת שהמעט שהיה עמו כדי מחייתו - אכזר. אבל, בדיעבד, עת שמסתכלים על התמונה כולה, מסתבר כי לא ענישה ודין היתה כאן, אלא חסד ורחמים והטבה גדולה של הקב"ה עם בריותיו.

על זה נאמר "רבים מכאובים לרשע והבוטח בה' חסד יסובבנו" (תהלים לב, י) - האמונה והבטחון בה' אינם מחייבים לגרוס כי אכן תוצאותיו של מעשה מסוים יהיו עפ"י שאיפות עושהו, שהרי המציאות היא לעתים מרה וקשה. אבל, הבטחון בה' היא האמונה כי מה שה' עושה - נעשה בסופו של יום לטובת האדם וחסד עושה עימו הקב"ה במעשה זה, גם אם לכאורה יש בו משום ענישה⁵. אמונתנו היא כי בסוף המעגל - כשהתמונה מושלמת לה במלואה - מתברר הדבר כי היה בדברים מן החסד.

דבר זה מובהר עוד יותר עת שמעיינים במהות שמו של הקב"ה - 'הויה' שהוא שם של רחמים.

בשולחן ערוך אורח חיים סימן ה נפסק כי בעת שמזכיר אדם שם הויה יכוון בכתבתו ל- היה, הוה ויהיה. כי כאשר נשלם מעגל הזמן והסיבוב שלם הוא -

4 בדומה לכך ראה תענית דף כא, א ביחס ל"נחום איש גז"ר, שהיה רגיל לומר על כל דבר "גם זו לטובה".

5 בדומה לכך ראה: הרב אברהם ישעיה קרליץ (ה"חזון איש") בספור אמונה ובטחון פרק ב.

ברור לחלוטין כי העבר וההווה לאו דין היו, אלא רחמים וחסד של הקב"ה, שהוא רחום וחנון ורוצה רק להיטיב עם בריותיו. בהתאם לכך מובן הוא הפסוק "שמע ישראל ה' אלוקינו ה' אחד". לאמור, מידת הרחמים (ה') ומידת הדין (אלוקינו) - בראיה כוללת של עבר והווה עתיד (י-ה-ו-ה) - אחד הם, שהרי אין דבר נעשה בעולמנו בלא השגחה פרטית של ה', שתכליתה להיטיב עם האדם ולהביאו אל תכלית אושרו ובריאיתו. זהו בסיס האמונה היהודית.⁶

מכיוון שכך, מובן מדוע עתיד הקב"ה לעשות מחול לצדיקים, שהרי לעתיד לבוא תם ונשלם המעגל וכל צדיק שהאמין בה' יוכל להצביע באצבע ולהראות כי בראיית המכלול כולו נמצא כי צדק כל חייו עת שחי באמונתו. וכי הדין אינו ענישה אלא הטבה ורחמים. המחול מסמל אפוא את השלמת המעגל מתחילתו של דבר ועד סופו, והקב"ה יושב באמצע, במרכזם של דברים, שהרי הוא הטעם לכל סיבה ומסובב.

אנו סבים סביב הקב"ה וקשורים בטבורנו לעילת כל העילות, וכל צדיק יוכל להורות באצבע "ואמר ביום ההוא הנה אלוקינו - (דין) זה, קיווינו לו ויושיענו" - הוא הוא שהושיע אותנו ע"י ענישתו "זה ה' קיווינו לו" - זו למעשה אינה מידת הדין אלא זהו - ה' - מידת הרחמים והחסד.

בהתאם לכך גם מובנת הגמרא במסכת ברכות ד, ב: "אמר רבי יוחנן, מפני מה לא נאמרה נון באשרי? מפני שיש בה מפתן של שונאי ישראל, ככתוב "נפלה ולא תוסיף קום בתולת ישראל"... אמר רב נחמן בר יצחק אפילו הכי (למרות זאת) חזר דוד וסמכן ברוח הקודש, שנאמר (תהלים קמה, יד) סומך ה' לכל הנופלים".

האות נ' מסמלת אפוא נפילה ועת צרה, והאות ס' מסמלת סמיכת הנופל וישועתו. יושם אל לב: האות נ' היא חצי עיגול, וס' היא עיגול שלם.

כל עוד הסיכוב לא שלם והמעגל לא נסגר - לא מבינים אנו את הארוע והוא נראה כארוע של דין ונפילה. אבל הס' - השלמת העיגול מלמדת כי מדובר ברחמים ובהטבה עם אדם, ישועה, סמיכת הנופל. הרי לנו אפוא מהלך הנוגע ליסוד האמונה ומושגת אף הוא על מוטיב זה של המעגליות בחייו של אדם. הנה כי כן, עקרון זה, של המעגליות בחייו של אדם, עקרון בסיס הוא בהשקפת

6 דומה כי זהו המסר הטמון במנהג לכסות את העיניים בעת אמירת "שמע ישראל"; כדי לסמל כי ה' נראה לנו כאלוקינו, והרחמים נראים לנו כדין רק כי עינינו טחו מלראות את העתיד ובהווה לא נגלית לעינינו תמונה שלמה. אך אמונתנו היא כי "ה' אחד", וכי דין ורחמים מסמלים הוויה אחידה ושלמה. ראייה של מכלול שלם תראה בעליל כי גם הדין - הטבה ורחמים היו בו מצד הקב"ה עם בריותיו.

7 ראה: "בני יששכר" כסלו טבת מאמר ד סימן ב המבאר כי "נס" מהווה מצב שבו את ה-נ' - נפילה, הופך הקב"ה ל-ס' סמיכת נופלים וישועה. וזוהי משמעות המונח "נס".

העולם היהודית ולפיו אין אדם יכול לצפות את העתיד, שכן התופעות בעולמנו אינן מישוריות וכולנו נעים על פני מעגל גדול, שאת סופו איננו רואים, כפי שאדם המטפס בראש גבעה אינו רואה את אשר נעשה מעברה השני של פסגת ההר.

עקרון בסיס זה הוא חוט שני השזור בסוגיות רבות והבנתו חיונית היא לשם ירידה לשורשן של תופעות רבות והוספת מימד של עומק לעיון בספרות חז"ל, בסוגיות שונות.

מהי "הרת עולם"?*

המשנה במסכת ראש השנה¹ מציינת, כי בארבעה פרקים העולם נדון. אחד מהם הוא ראש השנה בו "כל באי עולם עוברין לפניו כבני מרון". מבארת הגמרא כי "הכל נדונים בראש השנה וגזר דין שלהם נחתם ביום הכיפורים". בהמשך אף מציינת הגמרא את דברי רבי יוחנן כי "שלושה ספרים נפתחים בראש השנה, אחד של רשעים גמורים, ואחד של צדיקים גמורים ואחד של בינוניים. צדיקים גמורים נכתבים ונחתמים לאלתר לחיים, רשעים גמורים נכתבים ונחתמים לאלתר למיתה, ובינוניים תלויים ועומדים מראש השנה ועד יום הכיפורים, זכו נכתבים לחיים, לא זכו נכתבים למיתה".

הנה כי כן, ראש השנה הוא יום של דין וגזר דינו של אדם נכתב בו. בספר הזוהר² אף מתואר מעמד הדין, והפסוק באיוב³ "ויהי היום ויבואו בני הא-לוהים להתייצב על ה'", מבואר כמתייחס לראש השנה, שבו ניצב הקב"ה לדון את העולם וצבא השמיים ניצבים עליו, כשמימינו מליצי יושר ומשמאלו הקטגורים.

ברם, שכאשר מעיינים בתורה בפרק המוקדש ל"מועדי ה' אשר תקראו אותם מקראי קודש"⁴ מתואר ראש השנה כיום שבתון "זכרון תרועה מקרא קודש". לא זו בלבד שהיום הזה מוגדר כמועד, אלא שלא נאמר דבר המגדיר את היום הזה כיום הדין. האם אין העיקר חסר מן הספר? תפילת ראש השנה גם לא עוסקת כלל בדין אלא בהמלכת הקב"ה. ונשאלת השאלה מה הקשר בין המלכת הקב"ה לבין יום הדין? למה מוזהר דין עם מלכות? האם אין המלכת מלך בלא שיהיה כרוך בכך דין? ולמה לא נזכר בתפילה כלל ענינו של דין ובקשה לצאת זכאי בדין?

נראה לכאורה כי אין המדובר בדין רגיל. ואכן, עת שאנו מעיינים בתפילת "ונתנה תוקף" מוצאים אנו "ובשופר גדול יתקע וקול דממה דקה ישמע ומלאכים יחפזון וחיל ורעדה יאחזון, ויאמרו הנה יום הדין לפקוד על צבא מרום בדין, כי לא יזכו בעיניך בדין". מכאן משמע כי ביום הדין נפקדים אף מלאכי מרום, וחוששים מאימת הדין. בדומה לכך, מוצאים אנו בתפילת זיכרונות "אתה זוכר מעשה עולם ופוקד כל יצורי קדם.... אתה זוכר את כל המפעל וגם כל היצור

* פורסם בבטאון המועצה הדתית רמת גן, תשרי תשע"ב.

1 דף ט"ז.

2 פרשת בא, דף ל"ב עמ' ב'.

3 א', ו'.

4 ויקרא פרק כ"ג.

לא נכחד ממך". משמע כי, אף יצורים שאין להם בחירה נדונים ביום הזה. ואכן, יושם אל לב כי המשנה במסכת ראש השנה מציינת "בארבעה פרקים - העולם נדון". ברם, נשאלת השאלה מה פשרו של דין למי שנעדר זכות בחירה?

מהותו של ראש השנה כיום הדין טעון הבהרה גם מכיוון שבמקורות השונים נראה כי ראש השנה מוגדר כיום טוב. אנו מברכים "שהחיינו" ובתהלים⁵ נאמר "תקעו בחודש שופר, בכסה ליום חגנו, כי חוק לישראל הוא משפט לאלוקי יעקב". משמע כי ראש השנה מוגדר כחג. בתפילה אף אומרים אנו "ותתן לנו ה' אלוקינו באהבה את יום הזכרון הזה". וכי איזו אהבה מתבטאת בכך שה' דן את כל בראיו העובדים לפניו כבני מרון, מי לחיים ומי למוות?

בטור⁶ אף מובאת דעת חלק מן הגאונים כי יש לומר בתפילה "מועדים לשמחה חגים וזמנים לששון". הכיצד יכול יום של דין להיות יום של חג ושמחה? בספר נחמיה⁷ מוצאים אנו כי העם בכה ונחמיה אמר להם שלא לבכות אלא "לכו אכלו משמנים ושתו ממתקים ושלחו מנות לאין נכון לו, כי קדוש היום לאדונינו ואל תעצבו כי חדות ה' היא מעוזכם". ואכן, בטור⁸ נפסק כי "מנהגו של עולם, אדם שיש לו דין לובש שחורים ומתעטף שחורים... לפי שאינו יודע איך ייצא דינו. אבל ישראל אינם כן, לובשים לבנים ומתעטפים לבנים... ואוכלים ושותים ושמחים בראש השנה לפי שיודעים שהקב"ה יעשה להם נס". ראש השנה הוא אפוא יום של שמחה, מכיוון שעם ישראל בטוח בתוצאה.

ברם, במסכת ראש השנה⁹ מצינו כי אין אומרים הלל בראש השנה ומבארת הגמרא "אמר רבי אבהו, אמרו מלאכי השרת לפני הקב"ה, ריבוננו של עולם, מפני מה אין ישראל אומרים שירה לפניך בראש השנה וביום הכיפורים? אמר להם אפשר מלך יושב על כסא דין וספרי חיים וספרי מתים פתוחים לפניו וישראל אומרים שירה?"

בדומה לכך מצינו בפירושו המשניות לרמב"ם על המשנה בראש השנה¹⁰ כי אין אומרים הלל בראש השנה ויום הכיפורים "לפי שהם ימי עבודה והכנעה ופחד ומורא מה' ויראה ממנו, ומברח ומנוס אליו, ותשובה ותחנונים, ובקשת כפרה וסליחה. ובכל אלו הענינים אינו הגון השחוק והשמחה".

הכיצד ניתן ליישב דברים אלה עם דברי הנביא נחמיה המצווה על העם לאכול ולשתות "ולעשות שמחה גדולה" ביום הזה?

5 פרק פ"א, ד'.

6 אורח חיים תקפ"ב.

7 פרק ח', פסוקים ט-יב.

8 סימן תקפ"א.

9 דף ל"ב, עמ' ב'.

10 פרק ד', משנה ז'.

בספר מטה אפרים¹¹ נאמר: "נוהגים לבכות ולהוריד דמעות בתפילת ראש השנה ויום הכיפורים אף כשחל בשבת. מי שאין בכיה נופלת עליו בימים האלה הוא הוראה שאין נשמתו הגונה ושלמה. ויש בני אדם שנדונים בראש השנה ביום הראשון שהוא דין קשה ויש שהקב"ה מרחם עליהם ונדונים ביום השני. והאדם שנופל עליו בכיה רבה באלו הימים בתפילתו הוא הוראה שנדון באותה שעה למעלה, אם ביום א' ואם ביום ב'". בדומה לכך מצינו בשער הכוונות לרבי חיים ויטאל¹² כי האר"י ז"ל נהג לבכות הרבה בתפילת ראש השנה אף שהוא יום טוב. לעומת זאת, בספר מעשה רב¹³ מובהר כי הגאון מוילנה כתב שאין לבכות בראש השנה כפי שנאמר בספר עזרא "אל תבכו". הרב עובדיה יוסף בשו"ת יחוה דעת¹⁴ פסק על כן כי אין לבכות בראש השנה, ובהתאם לציוויו של הנביא נחמיה יש לומר את תפילות ראש השנה בשמחה ובנעימה קדושה. אל לאדם להביא את עצמו לידי בכיה ועצבות מפני קדושת החג. אולם, מי שמתעורר מעצמו לבכות בתפילותיו אין בכך איסור.

ונשאלת השאלה מהי מהותו של היום ומהו המסר המרכזי שלו – האם זו עת שמחה וחג או שמא זהו יום דין שבו מתעורר אדם באופן טבעי לבכי כאשר הוא מפנים את מהות היום?

סתירה חריפה עוד יותר מצויה עת שאנו מעיינים מצד אחד בדברי הזוהר על פרשת אמור¹⁵ בו מבואר הפסוק בקהלת¹⁶ "והאלוקים עשה שיראו מלפניו", כי הקב"ה ברא את יום הדין, ואת המעמד שבו מובאים בפניו כל בני עולם להישפט – כדי שיראו ממנו. לעומת זאת, במסכת ראש השנה¹⁷ מצינו כי הפסוק¹⁸ "דרשו ה' בהימצאו, קראוהו בהיותו קרוב" מיוחס לעשרת הימים שבין ראש השנה ליום הכיפורים. ופוסק הרמב"ם בהלכות תשובה¹⁹ "אף על פי שהתשובה והצעקה יפה לעולם, בעשרה הימים שבין ראש השנה ויום הכיפורים היא יפה ביותר ומתקבלת מיד, שנאמר דרשו ה' בהימצאו". ונשאלת השאלה הכיצד ייתכן כי דווקא זמן המשפט, שהוא עת של יראה, נחשב לזמן של "קראוהו בהיותו קרוב". הכיצד זה יוצרת שעת הדין קירבה של ה' אל האדם?

11 סימן תקפ"ב.

12 דף צ', עמ' א'.

13 סימן ר"ו.

14 חלק ב', סימן ס"ט.

15 דף צ"ט, עמ' א'.

16 ג', י"ד.

17 דף י"ח, עמ' א'.

18 ישעיהו נ"ה, ו.

19 פרק ב' הלכה ו'.

במסכת ראש השנה²⁰ מובאת מחלוקת האם העולם נברא בניסן או בתשרי. נוסח התפילה של ראש השנה מכריע כדברי ר' אליעזר הסובר כי בתשרי נברא העולם שנאמר "זה היום תחילת מעשיך זכרון ליום ראשון". ומסבירים בעלי התוספות שם כי בתשרי עלתה המחשבה לברוא את העולם בדין ובפועל נברא העולם בניסן ברחמים. משום כך, נאמר בתפילה "היום הרת עולם" - מלשון הריון, שבו רק מתחילה היצירה להירקם וטרם יוצאת אל הפועל. בהתאם לכך, מבהיר ר' צדוק הכהן מלובלין²¹ כי ראש השנה הוא היום שבו מתחדשת הבריאה מידי שנה, ונבחן מחדש הרעיון הבראשיתי לברוא את העולם.

נראה כי יש להבין את הדברים לאור חידושו של רבי חיים בן עטר בספרו אור החיים על הפסוק²² "כי בו שבת מכל מלאכתו" כי העולם היה חסר קיום עד שבאה השבת ועמד העולם. כי בשעת הבריאה לא ברא ה' כוח בעולם לעמוד מעבר לשישה ימים. וברא ה' את השבת שבה הוא משפיע זכות קיום לעולם לשישה ימים נוספים. נמצא כי בכל שבת ושבת מגיע העולם לסוף קיומו הקודם, ונטען בכוח קיום מחדש. משום כך, מי שאומר "ויכולו" משתתף עם הקב"ה במעשה בראשית. אין זו שותפות לאחר שנגמרה פעולה אלא זהו מעשה של השתתפות במה שמקיים את העולם לשישה ימים נוספים.

כדומה לכך נראה, כי גם ראש השנה הוא יום הרת עולם, שבו נטען העולם בכוח קיום לשנה נוספת ומעשה הבריאה נידון מבראשית. אין זו מציאות חיים שנמשכת מאליה, כאשר מי שעומד לדין מחליטים האם להפסיק את חייו. להפך, בראש השנה מסתיים כוח החיות של השנה הקודמת, ויש להחליט מחדש ביחס לכל יצור, האם יש לעולם צורך בו והאם יש לטעת בו חיים לשנה נוספת. בהתאם לכך מובן, כי אף המלאכים יראים מן הדין. אכן אין לדון אותם על מעשים שעשו, שהרי אין להם בחירה וכל מהותם היא שליחות אלוהית. ברם, ראש השנה אינו דין הנעשה על בסיס העבר אלא יום של חידוש החיים בראיית פני עתיד. ממילא, גם ביחס למלאכים יש לבחון האם יהא לעולם צורך בשליחותם. הדין של ראש השנה הוא אפוא בחינה של כל יצורי עולמים על פי יכולתם לשמש כלי להשראת שכינה בשנה שתבוא. והבחינה ביחס לכל יצור היא כפולה: האם יש תועלת בקיומו לכבוד שמיים בבחינת "כל הנקרא בשמי ולכבודי בראתיו יצרתיו אף עשיתיו"²³ וכן בחינה האם זקוקים לו אחרים שיש להם תפקיד

20 דף כ"ז, עמ' א'.

21 פרי צדיק, דברים לראש השנה.

22 בראשית, ב', ג'.

23 ישעיהו, מ"ג, ז.

בהשראת כבוד שמייים. בהתאם לכך, מבאר הרב דסלר ב"מכתב מאליהו"²⁴ כי ביום הראשון של ראש השנה נדון האדם בהתאם לכושרו שלו להיות כלי להשראת השכינה וזהו המושג של דין קשה או "דינא עילאה" הנזכר בזוהר, שכן האדם נדון כמי שעומד לגורלו לבדו ונדונה חיוניותו לכבוד שמייים לאור תרומתו האישית כשהוא לעצמו, ואילו ביום השני של ראש השנה נדון האדם בהתאם לתועלת שעשויה להפיק ממנו החברה האנושית ככללותה. בהקשר זה, האדם נדון כחלק מן המכלול וזהו דין קל ורפוי יותר ("דינא רפיא"), שכן האדם לא נדון לפי תרומתו האישית וחיוניותו לכבוד שמייים לכשעצמו, אלא די לו לאדם כי יהא חיוני ומועיל לחברה בכללותה או לקרוביו ורעיו שתורמים לכבוד שמייים במישרין או בעקיפין.

הרב אברהם וינברג (הארמו"ר מסלונים), בספר "יסוד העבודה" (מכתבי קודש) מוסיף ומביא בהקשר זה משל²⁵ ממנו עולה כי כאשר הקב"ה בא לבחון שוב את השאלה האם צריך עולם, הוא שב לבחון את תוקף השיקולים שעמדו לפניו בעת הבריאה על בסיס המציאות העכשווית. מלכתחילה, נברא העולם כדי להרבות כבוד שמייים, שהרי "אין מלך בלא ממלכה". ממילא ברור כי מה שאנו עושים ביום הזה הוא - לשוב ולהמליך את הקב"ה. מעשה זה בא להודיש כי יש טעם ותכלית לברוא שוב את אותו אדם הממליך עליו את ה', שהרי הוא מקבל את מלכותו ובאמצעותו תתגשם תכלית הבריאה.

בהתאם לכך גם מובן מדוע בתפילת ראש השנה לא נזכר כלל יום הדין ולא מתפללים לצאת זכאי בדין, שהרי אכן אין זה דין של שכר ועונש על בסיס מעשי העבר. זהו יום של זכרון למעשה בראשית שבו אדם נדון על שם העתיד, לראות האם יש תכלית לקיומו והאם הוא ממליך עליו את הקב"ה. מובן על כן, כי המלכת הקב"ה היא עיקרו של ראש השנה ומהותו ולכך מכוונת התפילה ועבודת היום.

הרבי מסלונים בעל ה"נתיבות שלום" מוסיף ומבהיר בהתאם לכך, את דברי נחמיה הנביא כי בראש השנה ילבשו לכן וישמחו, שהרי זהו יום של התחדשות, של יצירת הבריאה מחדש ונטיעת חיים בכל חי לשנה נוספת. זו הסיבה שאנו מברכים "שהחיינו", ואף אומרים "ותתן לנו באהבה את יום הזכרון הזה". ימים

24 עמ' 76.

25 משול הדבר למלך שייסד מדינה כדי שתתגלה בה מלכותו. בהמשך הזמן בני המדינה חטאו כלפיו. על כן, קבע המלך יום אחד בשנה אשר בו שב הוא ובוחן האם אכן יש עוד צורך בקיומה של המדינה שאותה ייסד. בני אותה מדינה חששו מפני היום הזה ועל כן התחרטו על מעשיהם הרעים וקיבלו עליהם כי מעתה תהא כוונתם בכל עניינם לעשות נחת רוח למלך. משראה זאת המלך בחר לחדש את מחשבתו בדבר ייסוד אותה מדינה והעניק לה שנת קיום נוספת.

אלו הם ימים של קרבה לקב"ה, שהרי אנו שבים וממליכים אותו ומתחדשת הברית עמו. אכן, אדם עשוי לבכות ביום הזה, מכיוון שדנים בעניינינו ובענייני קרוביו ומכריעים מי יזכה לחיים ומי לאו. ברור גם כי אין לומר שירה והלל כשיש הכרעה בדיני נפשות. אבל לא מפחדים ביום הזה, שהרי הדין אינו בבחינת ענישה על העבר אלא בבחינת כריתת ברית מחודשת עם ה', כאשר האדם נדון לפי מה שיהא בו צורך לעתיד. משום כך מוגדר ראש השנה בתורה כ"יום מועד" וכ"זכרון תרועה".

זהו אפוא פשרו של יום הרת עולם - יום שבו עלתה המחשבה לברוא עולם, מחשבה זו נבחנת מחדש וניטעים בעולם חיים לשנה נוספת. ומה פשר דברי הגמרא ברב"ר "שלושה ספרים נפתחים" העוסק לכאורה בצדיקים וברשעים ובקיומו של דין בגין מעשיהם? על כך משיב הרב יעקב יוסף מפולנא בספרו "תולדות יעקב יוסף" (על פרשת פנחס) כי אלו לא ספרים שבהם נרשמים מעשי העבר. אלה ספרים חדשים שבהם רושם האדם את עצמו לשנה הבאה, האם בוחר הוא להיוותר רשע, או שמא מקבל הוא עליו להיות צדיק, ולהמליך עליו את מלכות ה', שאז נדון הוא לאלתר לחיים.

תורה עם דרך ארץ*

לימוד התורה כערך על

החובה ללמוד תורה היא מן החובות היסודיות ביותר בעולמה של היהדות, עד כי הרמב"ם קובע: "תחילת דינו של אדם, אינו נידון אלא על התלמוד, ואחר כך על שאר מעשיו"¹. לימוד התורה אינו בא רק כדי לדעת אותה, אלא מצוות הלימוד היא תכלית בפני עצמה², והיא גם תכלית בריאת האדם, כדברי המשנה: "אם למדת תורה הרבה, אל תחזיק טובה לעצמך, כי לכך נוצרת"³. מצוות תלמוד תורה היא חובה מוחלטת, החובקת את כל זמנו של האדם בלי שיעור: בשכבו ובקומו, ביום ובלילה, בבחורות האדם ובזקנותו, בעוני ובעושר, בכריאות ובחולי, בכל עת ובכל מצב. והדברים מגיעים לידי חובה מוחלטת, עד שנאמר בעניין זה בתלמוד: "אמר רבא: השח שיחת חולין - עובר בעשה, שנאמר 'ודברת בס' (דברים כו, ז). בס - ולא בדברים אחרים"⁴. על האדם להיות נכון גם להקריב את צרכיו הבסיסיים ביותר על מזבח חובתו להגות בתורה בכל עת, כדברי המשנה: "כך היא דרכה של תורה, פת במלח תאכל, ומים במשורה תשתה, ועל הארץ תישן, וחיי צער תחיה, ובתורה אתה עמל"⁵. הקשיים שהאדם נתקל בהם במהלך חייו אינם יכולים להיות תירוץ לפטור אותו מחובתו ללמוד תורה⁶.

- * פורסם על ידי משרד המשפטים המחלקה למשפט עברי ומכללת שערי משפט, גיליון 406 על פרשת ואתחנן תשע"ב.
- 1 רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, הלכה ה.
 - 2 רמב"ם, שם, הלכה ו. וראה דברי הרב י"ד סולובייצ'יק בהקדמתו לשו"ת בית הלוי, ובס"פרו בית הלוי על פרשת משפטים, המבהיר ש"נעשה ונשמע" משמעו לימוד ושמיעה אף לאחר עשיית המצווה כחובה עיונית וכתכלית בפני עצמה.
 - 3 משנה, אבות ב, ח.
 - 4 יומא יט ע"ב.
 - 5 אבות ו, ד. וראה רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, הלכה יב: "אין דברי תורה מתקיימין במי שמרפה את עצמו עליהן, ולא באלו שלומדים מתוך עידון ומתוך אכילה ושתייה, אלא במי שממית עצמו עליהן, ומצער גופו תמיד, ולא יתן שינה לעיניו ולעפעפיו תנומה... כן אמר שלמה בחכמתו... 'אף חכמתי עמדה לי' (קוהלת ב, ט) - חכמה שלמדתי באף [על] אף הקשיים ועל אף הנסיבות] היא עמדה לי".
 - 6 ראה יומא לה ע"ב: "עני עשיר ורשע באים לדין. לעני אומרים לו: מפני מה לא עסקת בתורה? אם אומר: עני הייתי וטרוד במזונותי, אומרים לו: כלום עני היית יותר מהלל?... עשיר אומרים לו: מפני מה לא עסקת בתורה? אם אומר: עשיר הייתי וטרוד הייתי בנכסיי, אומרים לו: כלום עשיר היית יותר מרבי אלעזר?". מכאן שהתנאים הכלכליים אינם עילה שלא לעסוק בתורה בכל עת.

בהתאם לזה, לכאורה, מן הדין שיעבוד האדם לפרנסתו רק עד המינימום ההכרחי לקיומו, בגדר פיקוח נפש, וכל מה שמעבר לזה הוא בגדר ביטול תורה⁷. ומאליה עולה השאלה: האמנם אסור לאדם לעמול לפרנסתו כדי להתקיים ברווחה ואף בעושר? בדברינו להלן נסקור גישות אחדות של חכמי המשפט העברי ביחס הראוי בין עסק התורה לבין העיסוק במלאכה, ונראה שהדברים מורכבים יותר ממה שעולה מן המקורות שהבאנו לעיל.

דרך ארץ

בתלמוד⁸ בא ויכוח עקרוני ביחס הראוי בין התורה לבין הפרנסה: "ואספת דגנך" (דברים יא, יד) - מה תלמוד לומר? לפי שנאמר: "לא ימוש ספר התורה הזה מפִּיךָ" (יהושע א, ח), יכול דברים ככתבן? תלמוד לומר: "ואספת דגנך". הנהג בהן מנהג דרך ארץ. דברי רבי ישמעאל.

ומבאר רש"י: "הנהג בהם - עם דברי תורה, מנהג דרך ארץ - שאם תבא לידי צורך הבריות, סופך להתבטל מדברי תורה". כלומר, האדם חייב להתפרנס כדי שלא יבוא לידי עניות, מפני שהעוני סופו להביאו להתבטל מלימוד תורה. ואכן מפורסמים דברי התוספתא, ולפיהם אחת מחובות האב כלפי בנו, לצד החובה ללמדו תורה, היא ללמדו אומנות⁹, והטעם שמביא לזה רבי יהודה: "כל שאין מלמדו אומנות כאילו מלמדו ליסטות".

רבי שמעון בר יוחאי חולק על רבי ישמעאל ותמה עליו: אפשר אדם חורש בשעת חרישה, וזורע בשעת זריעה, וקוצר בשעת קצירה, ודש בשעת דישה, וזורח בשעת הרוח, תורה מה תהא עליה?! אלא: בזמן שישראל עושין רצונו של מקום - מלאכתן נעשית על ידי אחרים.

לדעתו, האדם חייב להשקיע את כל משאבי זמנו והווייתו בלימוד התורה

7 ואכן, כך משמע מדברי ר' חיים מוולוז'ין בספרו נפש החיים, שער א, פרק ח, המדבר על עיסוק "בפרנסה כדי הצורך וההכרח לחיות נפש".

8 ברכות לה ע"ב.

9 תוספתא, קידושין (ליברמן), פרק א, הלכה יא; קידושין כט ע"ב.

ולסמוך על ההשגחה העליונה בפרנסתו¹⁰. ואולם דומה שהתלמוד נוטה לשיטתו של רבי ישמעאל:

אמר אביי: הרבה עשו כרכי ישמעאל ועלתה בידן, כרכי שמעון בן יוחאי ולא עלתה בידן.

נמצא לכאורה שהדרך שראוי לילך בה היא תורה עם דרך ארץ, שילוב לימוד התורה עם עיסוק בפרנסה¹¹. וכן פוסק הרמב"ם:

כל המשים על לבו שיעסוק בתורה ולא יעשה מלאכה ויתפרנס מן הצדקה, הרי זה חלל את השם, ובזה את התורה, וכיבה מאור הדת, וגרם רעה לעצמו, ונטל חייו מן העולם הבא, לפי שאסור ליהנות מדברי תורה בעולם הזה... וכל תורה שאין עמה מלאכה, סופה בטילה וגוררת עוון¹².

אולם הרמב"ם נראה כסותר את עצמו כשהוא קובע במקום אחר ששכט לוי "הובדלו מדרכי העולם, לא עורכין מלחמה כשאר ישראל, ולא נוחלין [נחלה בארץ ישראל כדי לעבד אותה לפרנסתם], ולא זוכין לעצמם בכוח גופן [=אינם מתפרנסים מיגיע כפיהם], אלא הם חיל ה'"¹³. והרמב"ם פוסק שהדברים הללו נאמרו לא רק לגבי שכט לוי, אלא גם לכל אדם מישראל הבוחר לעסוק אך ורק בתורה. וזה לשונו:

ולא שכט לוי בלבד, אלא כל איש ואיש מכל באי העולם אשר נדבה רוחו אותו והבינו מדעו להיבדל לעמוד לפני ה' לשרתו ולעובדו, לְדַעָה את ה', והלך ישר כמו שעשהו האלקים, ופָּרַק מעל צוארו עול החשבונות הרבים אשר ביקשו בני האדם, הרי זה נתקדש קדש קדשים, ויהיה ה' חלקו ונחלתו לעולם ולעולמי עולמים, ויזכה לו בעולם הזה דבר המספיק לו כמו שזכה לכהנים וללוים¹⁴.

10 מחלוקת דומה יש לכאורה בין רבי מאיר לרבי נהוראי: "רבי מאיר אומר: לעולם ילמד אדם את בנו אומנות נקיה וקלה... רבי נהוראי אומר: מניח אני כל אומנות שבעולם ואיני מלמד את בני אלא תורה" (משנה, קידושין ד, יד).

11 וכן נאמר במשנה (אבות ב, ב): "יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ". אמנם יש מקורות שבהם משמע הצירוף "דרך ארץ" הוא 'מעשים טובים'. ראה למשל במדבר רבה, פרשת נשא, פרשה יג, סימן טו: "בלולה בשמן" - זו התורה שצריכה לבלול במעשים טובים כהיא דתנינן: 'יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ'."

12 רמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, הלכה י, על פי המשנה, אבות ב, ב.

13 רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק יג, הלכה יג.

14 על הלכה זו של הרמב"ם ראה א' הכהן, "על חובת השוויון בשירות הצבאי", פרשת השבוע, במדבר, תשס"ב, גיליון מס' 74.

יחיד ורבים

פתרון לסתירה שיש לכאורה בדברי הרמב"ם ניתן למצוא בשיטת ר' חיים מוולוז'ין ואחרים¹⁵, ולפיה הכרעת התלמוד כדעת רבי ישמעאל אמורה ברוב העם, ואילו לגבי יחידי סגולה, פתוחה ואף מחויבת דרכו של רבי שמעון בר יוחאי:

הרבה עשו כרשב"י ולא עלתה בידם. היינו רבים דוקא. כי ודאי שלכלל ההמון כמעט בלתי אפשר שיתמידו כל ימיהם רק בעסק התורה, שלא לפנות אף שעה מועטת לשום עסק פרנסת מזונות כלל. ועל זה אמרו באבות: "כל תורה שאין עמה מלאכה...". אבל יחיד לעצמו, שאפשר לו להיות אך עסוק כל ימיו בתורתו ועבודתו יתברך שמו, ודאי שחובה מוטלת עליו שלא לפרוש אף זמן מועט מתורה ועבודה לעסק פרנסה חס ושלום. וכדעת רשב"י¹⁶.

היקף מצוות תלמוד תורה

ועדיין נשאלת השאלה: אם מצוות תלמוד תורה חשובה מכל המצוות, כיצד ניתן להסביר שהיא נדחית מפני הפרנסה, ולו להמון העם בלבד?
תשובה מעניינת לשאלה זו יש בדברי רבים מן האחרונים, כגון הרב אלחנן וסרמן¹⁷ (ליטא, נספה בשואה), האומר:
חיוב תלמוד תורה אינו חל על האדם אלא בשעה שהוא פנוי ובטל מעשיית צרכיו, דקרא כתיב "ואספת דגנך". אבל בשעה שהוא צריך לעשות מלאכתו, או אינו מחויב כלל בתלמוד תורה.

15 לעיל, הערה 7. וכעין זה נוקטים גם: הרב י"ז סולובייציק (הרב מבריסק), חידושי מרן רי"ז הלוי על התורה, ירושלים תשמ"א, פרשת חיי שרה, בשם הגר"א; הרב אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, חלק ב, סימן מז, אות ג. והשווה להלן, סוף הערה 21.

16 ר' חיים מוולוז'ין מעיר שם בהגהה, שמשום זה הדרישה "בכל מאדך", שפירושה 'בכל ממונך', נאמרה רק בפרשה הראשונה של קריאת שמע, המנוסחת בלשון יחיד, ולא בפרשה השנייה, המנוסחת בלשון רבים.

עוד הוא מוסיף כי "תורה עם דרך ארץ" משמעה שגם בשעה שהאדם עוסק בפרנסתו, עליו להקדיש את רעיונותיו והגיגיו לתורה. וראה גם בספר המקנה, קידושין ל ע"ב, ד"ה גמ' אמר: "ובתורתו יהגה יומם ולילה"... דאפילו בשעת מלאכתו הוא מחשב ומשתוקק בתורתו". ועם זאת ברור שמי שעוסק במלאכה אינו יכול להגיע לאיכות הלימוד שמגיע אליה מי שיושב ועוסק בתורה בלבד, ועל זאת טענתו של רשב"י. ראה הרב ברוך בער ליבוביץ, ברכת שמואל, קידושין, סימן כז.

17 קובץ הערות, הוספה א.

וכן נוקט גם הרב יעקב ישראל קנייבסקי, "הסטייפלר" (בני-ברק, המאה הכ'), המבקש להסביר לאור הבחנה זו מדוע מי שעוסק במצווה מסוימת פטור ממצוות קריאת שמע, בהתאם לכלל "העוסק במצווה פטור מן המצווה", ואילו מי שלומד תורה חייב להפסיק את לימודו כדי לקיים מצוות קריאת שמע¹⁸, הלוא הדברים תמוהים, שהרי הכלל הוא: "תלמוד תורה כנגד כולן"¹⁹. לדבריו, "עיקר גבול שיעור תלמוד תורה... לעסוק בתורה כפי יכולתו", כשאינו יכול לעסוק בלימוד תורה, אין חייב במצווה זו כלל, ואינו כמי שביטל אותה מאונס. לפי זה, מובן שמי שמנוע מלעסוק בתורה משום שמוטלת עליו מצווה אחרת, כגון קריאת שמע, אינו נחשב כמי שמבטל מצוות תלמוד תורה אלא כמי שאינו חייב בה באותו זמן, ומובן מאליו מדוע לא חל עליו הכלל "העוסק במצווה פטור מן המצווה". הוא הדין בזמן שהאדם עושה לפרנסתו: אין הוא מבטל תורה מחמת אונס, אלא חובת הלימוד לא חלה עליו מלכתחילה. לדעת הרב קנייבסקי, כך יש להבין את דברי התוספות²⁰, המפרשים את מאמר התלמוד מבית מדרשו של רבי ישמעאל, "דברי תורה לא יהו עליך חובה, ואי אתה רשאי לפטור עצמך מהן". וזה לשונם של התוספות: "דברי תורה לא יהיו עליך חובה" - שלא תעסוק בהן אלא בהן. 'ואי אתה רשאי לפטור עצמך מהן' - שלא תעסוק בהן כלל, אלא יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ". ומסביר הרב קנייבסקי: "אדם אינו מחויב לבטל עסקי פרנסתו לגמרי [מפני שבשעה שהוא עוסק בפרנסה, אינו חייב במצוות תלמוד תורה]... ואינו רשאי לבטל תלמוד תורה לגמרי, אלא יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ"²¹.

ויש מי שמרחיב מאוד את תחום "צורכי האדם" שאינם בגדר ביטול תורה,

18 ראה: שבת יא ע"א; רמב"ם, הלכות קריאת שמע, פרק ב, הלכה ה.

19 משנה, פאה א, א. וראה הרב ישראל מאיר הכהן מראדין, חפץ חיים, פתיחה, עשין אות יב: "שקולה היא מצוות תלמוד תורה כנגד כל המצוות וכל המצוות אינן שוות לדיבור אחד מן התורה".

20 תוספות, מנחות צט ע"ב, ד"ה לא.

21 הרב קנייבסקי מבהיר שיש שיעור לחיוב תלמוד תורה שאסור לחרוג ממנו ושלא ניתן לוותר עליו גם אם האדם נאלץ לפנות ולעסוק בצורכי פרנסתו. מינימום זה, שהוא בגדר חובה, מתבטא בלימוד "פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית", לקיים מצוות "והגית בו יומם ולילה". מחובה זו האדם פטור רק באונס ממש. יסוד הדברים במנחות צט ע"ב: "שנה אדם פרק אחד שחרית ופרק אחד ערבית, קיים מצוות 'לא ימוש ספר התורה הזה מפידך'". יותר מזה. מצינו שם בדברי רבי שמעון בר יוחאי: "אפילו קרא אדם קריאת שמע שחרית וערבית, קיים 'לא ימוש'". ביחס לזה נאמר עוד בתלמוד: "ודבר זה אסור לאומרו בפני עם הארץ". ופירש רש"י, שלא יאמר כי די לו בקריאת שמע "ולא ירגיל בניו לתלמוד תורה". אך לדעת רבא שם: "מצווה לאומרו בפני עם הארץ". ואומר רש"י כי למשמע דברים אלה יבין כל אדם שאם יש שכר כה גדול על קריאת שמע ובזכותה יצליחו דרכיו, "אם היה עוסק כל היום, כל שכן ששכרו גדול ומרגיל את בניו לתלמוד תורה".

כגון הרב משה פינשטיין²² (ארה"ב, המאה הכ'), האומר שמצוות תלמוד תורה היא "חיוב קבוע בלא זמן וגבול. אבל חיובו הוא כזה שרשאי לילך לפרנסתו ולכל צרכיו, אפילו שהוא רק לתענוגים בעלמא, ולשכיבה ולישיבה לנוח בעלמא כשנהנה מזה, ואין בזה בטול המצווה".

על פי גישה זו, נמנעת התנגשות הערכים בין לימוד התורה לצורכי הפרנסה ושאר צורכי האדם, מפני שחובת לימוד התורה חלה רק בזמנו הפנוי של האדם, ואינה חלה על זמן שהוא מקדיש לפרנסתו²³, אלא שכמובן עולה שאלת האיזון הנכון בין השניים.

תורה עיקר ומלאכה עראי

ומהם גדרי העיסוק בפרנסה? האם יכול האדם להקדיש את כל אונו להרבות את הונו עד שיישטף בים עיסוקיו ותהא התורה טפלה? התשובה לשאלה זו בשולחן ערוך שלילית:

אחר שיצא מבית הכנסת [בבוקר], ילך לבית המדרש. ויקבע עת ללמוד. וצריך שאותו עת יהיה קבוע, שלא יעבירונו אף אם הוא סבור להרויח הרבה²⁴.
אחר כך ילך לעסקיו, דכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה, וגוררת עון, כי העוני יעבירונו על דעת קונו. ומכל מקום לא יעשה מלאכתו עיקר, אלא עראי, ותורתו קבע, וזה וזה [תורתו ופרנסתו] יתקיים בידו²⁵.

על הסתירה לכאורה בין דברי רשב"י אלה לבין תמיהתו, "אפשר אדם חורש בשעת חרישה... תורה מה תהא עליה", ראה זאב לב, "תשובה לביקורת", המעיין לב, גיליון ד (תשנ"ב), עמ' 44. לדעת פרופ' לב, פתרון הסתירה בהבחנה בין היחיד לבין הציבור. היחיד יכול לצאת ידי חובתו בלימוד תורה בשיעור המינימלי, אבל על הציבור מוטלת האחריות לדאוג לתנאים המאפשרים צמיחתם של גדולי תורה, שאם לא כן, "תורה מה תהא עליה?!" והשווה לעיל, ליד ציון הערה 15.

22 שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סימן לו, אות ה. וראה גם דברי הרב איסר זלמן מלצר, אבן האזל על הרמב"ם, הלכות מלכים, פרק ג, הלכות ה-ו: "הדיוט מותר לו להתענג, אף שזה יגרום לבטול תורה בהכרח על ידי השיכרות או בעילות נשים, ולהדיוט [להבדיל ממלך, ראה שם] אינו אסור אלא לבטל תורה בלי כל סיבה".

23 מסופר שאדם שלא הכיר את החזון איש שאל אותו אם הוא לומד תורה? ותשובתו היתה "כשיש לי זמן אני לומד". על כוונתו נעמוד מתשובת ר' חיים מוולוז'ין, שהבהיר כי בישיבתו "אוכלים וישנים ולא עוד". "כלומר?", שאל השואל. "כלומר, השיב ר' חיים: וכל שאר הזמן לומדים" (ראה הרב י' זוין, אישים ושיטות, עמ' 18).

24 שולחן ערוך, אורח חיים, סימן קנה, סעיף א.

25 שם, סימן קנו, סעיף א. וראה משנה ברורה, שם, ס"ק ב: "העיקר שיתבונן בעצמו מה

ומהו גדרם של דברים אלו? הרמח"ל²⁶ (איטליה - ארץ ישראל, המאה הי"ח) מבאר את המשנה "הוי ממעט בעסק ועסוק בתורה"²⁷ ואומר: כי הנה העסק מוכרח הוא לאדם לצורך פרנסתו, אך ריבוי העסק אינו מוכרח שיהיה כל כך גדול, עד שלא יניח לו מקום אל עבודתו. על כן נצטוונו לקבוע עתים לתורה²⁸.

ואמרו חז"ל שכתחילת דינו בעולם הבא עתיד האדם להישאל:

נשאת ונתת באמונה? קבעת עיתים לתורה?²⁹

מעבר למינימום זה, הדברים תלויים במידת יכולתו של כל אדם ואדם ללמוד תורה, כדברי הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק. וזה לשונו: אינו דומה בחיוב תלמוד תורה האיש אשר נפשו מרגשת בשכלה הזך ונקשרה בעבותות אהבה לתלמוד תורה, לאיש אשר כוחות נפשו נרפים ועצלים³⁰.

הוא הכרח אמיתי שאי אפשר בלעדיו, ואז יוכל להתקיים בידו שיהא מלאכתו עראי ותורתו עיקר". הרחבה לדברים אלו יש בספרו חפץ חיים (פתיחה, עשה יב, בהגהה): "כל מה שהקב"ה יוסיף לו בטובה וירוויח לו בעסקיו יותר, יסיטנו היצר לאמור כי עתה לפי עושרך שנתן לך ה' אתה מוכרח לדור בדירה נאה יותר ולילך במלבושי רקמה ולהתנהג כדרך בעלי בתים הגבוהים, שאם לא כן, תתבזה לעיני חבריך... סוף דבר יהיה כל מה שה' יוסיף לו בטובה ויתן לו הצלחה בעסקיו יותר, יסיטנו היצר לבטל מתורה ועבודה, עד שלבסוף לא יניח לו פנאי אפילו לתפילה בציבור... על כן, מאוד ומאוד צריך להתיישב בזה, איזהו הכרח אמיתי שבלתו אי אפשר בשום פנים, והיותר - יחרים". ומעניין להשוות דברים אלו למה שמובא בשם רבנו תם: "רגיל רבינו יעקב לומר דתלמוד תורה טפל לגבי דרך ארץ, מדקתני: 'פה תלמוד תורה עם דרך ארץ' (משנה, אבות ב, ב). אלמא [=אם כן] דרך ארץ עיקר" (תוספות ישנים, יומא פה ע"ב. אבל ראה שם שחלקו על דבריו).

26 מסילת ישרים, פרק ה.

27 משנה, אבות ד, י.

28 ויושם אל לב שהרמב"ם, הלכות תלמוד תורה, פרק א, הלכה ח, אינו קובע שכל אדם חייב ללמוד תורה כל היום אלא שהוא חייב לקבוע עתים לתורה מדי יום. וזה לשונו: "כל איש מישראל חייב בתלמוד תורה, בין עני בין עשיר, בין שלם בגופו בין בעל יסורין, בין בחור בין שהיה זקן גדול שתשש כוחו, אפילו היה עני המתפרנס מן הצדקה ומחזור על הפתחים, ואפילו בעל אישה ובנים - חייב לקבוע לו זמן לתלמוד תורה כיום ובלילה".

29 שבת לא ע"א. וראה חפץ חיים, שמירת הלשון, חלק שני, פרק יט, ד"ה אכן באמת.

30 אור שמח, הלכות תלמוד תורה, פרק א, הלכה ב. ר' מאיר שמחה מדווינסק אומר שמכיוון שיש הבדל בין בני אדם ביכולת העיון ולימוד התורה, יש שיעור מינימלי, קריאת שמע שחרית וערבית, השווה לכל נפש: "לפחות שבפחותים ולמשה רבנו" (ראה לעיל, הערה 21). מעבר לזה, חובת לימוד התורה היא "בכללי המצוות אשר נבדלו ונפרדו בזה כל איש לפי ערכו ומהותו", והוא מדגיש כי "בוודאי שצריך להתעצם בה האדם בכל יכולתו... וצריך האדם להלהיב נפשו לשקוד על דלתותיה". עם זאת, "בוודאי אם יבקש האדם טרף

מצוות לימוד מלאכה

העולה ממה שראינו עד כה, שאין ניגוד בין לימוד התורה לבין לימוד מלאכה. ולא זו בלבד, אלא שלימוד מלאכה גם הוא בגדר מצווה. וזה לשון הרב אלחנן וסרמן בעניין זה:

אם הלימוד אינו מביא לקריאה בספרי כפירה... ולומד חכמה חיצונית לשם אומנות כדי להתפרנס ממנה, אין שום איסור בזה. ואדרבה, לימוד אומנות כדי להתפרנס היא מצווה³¹.

עם זאת, הרב שניאור זלמן מלאדי³², מייסד חסידות חב"ד (פולין, המאות הי"ח-י"ט), מבחין בין שתי תקופות בחיי האדם מבחינת הקדשת זמן ומשאבים ללימוד תורה. בצעירותו, האדם מבסס את יכולתו ללימוד תורה ולהגיע לדרגה של ידיעה ראויה, ומקדיש את כל זמנו ללימוד התורה, ועליו לעסוק רק בה. בשלב זה, אין האדם לומד אומנות, אינו עוסק בפרייה ורכייה, והוא פטור ממצוות עשה אף שאי אפשר לקיימן על ידי אחרים. רק לאחר שהגיע האדם לרמת ידע והבנה ראויים, ועיסוקו בתורה נעשה לשם הרחבת ידיעותיו וקיום מצוות 'והיגית', מותר לו לעסוק גם בפרנסתו. ההבחנה היא בין מצוות ידיעת התורה לבין מצוות לימוד התורה.

מצוות לימוד התורה, החלה בכל גיל ובכל זמן, היא מצווה שאין לה שיעור, ועל כן היא בגדר חיוב החל בכל שעה שהאדם פנוי, כמו שראינו לעיל, ונמצא שאם הוא עסוק בפרנסתו, לא חלה עליו חובת לימוד תורה, ולימוד התורה נדחה גם מפני מצוות אחרות.

שונה היא לחלוטין מצוות ידיעת התורה. אכן, הגדרת המונח ידיעת התורה משתנה מאדם לאדם על פי יכולת ההפשטה והעיון של כל אדם, אך את המצווה להגיע ליכולת לימוד ראויה ניתן להגדיר הן מבחינת הזמן, ימי הנעורים³³, הן

ומזון, בכל זאת אינו נחשב למפריע מצוות תלמוד תורה... וכן למשל אדם חלוש המזוג, וכן כל אחד לפי ההכרחיות שלפי הרגלו וכן לפי תואר נפשו של אדם.

31 הרב אלחנן וסרמן, קובץ שיעורים, חלק ב, סימן מז, אות ג. וכך הוא מסביר את דברי התלמוד (שבת ק"א) כי אף על פי שנאמר בעניין איסורי שבת "ממצא הפצץ ודבר דבר" (ישעיהו נח, יג), ודרשו חז"ל: "הפצץ אסורים, חפצי שמים מותרין", בכל זאת מותר ללמד ילדים אומנות בשבת, כפי שמובא שם, "ועל התינוק ללמדו ספר וללמדו אומנות", שכן "אומנות היא בכלל חפצי שמים, וחייב אדם ללמד את בנו אומנות". וראה רשב"ץ, מגן אבות, א. י. וראה גם: קידושין ל"ב; ירושלמי, פאה, פרק א, הלכה א; רמב"ם, הלכות דעות, פרק ה, הלכה יא.

32 שולחן ערוך הרב, חלק חמישי, הלכות תלמוד תורה, פרק ג, וקונטרס אחרון, שם.

33 וראה שיטה מקובצת, קידושין מ"ב, על מחלוקת רבי עקיבא ורבי טרפון בשאלה אם

מבחינת האיכות³⁴. מצווה זו אינה נדחית מפני שום מצווה, גם לא מפני המצווה ללמוד מלאכה³⁵. וכן פוסק גם הרב משה פיינשטיין: כל זמן שלא נשא האדם אישה ואין עליו עול פרנסה, אינו חייב ללמוד מלאכה³⁶. לעומת גישה מצמצמת זו, רבי פנחס אליהו הורוביץ מווילנה (פולין-ליטא, המאות ה"ח-ה"ט), מבקר בחריפות את מי שאינו מלמד את בנו מלאכה בטענה שחובה ללמדו רק תורה. וזה לשונו³⁷:

ויותר חרה לי על תלמידי חכמים שלא רוצים ללמד לבניהם אומנות, רק תורה לכד, וסומכים עצמם שבניהם יהיו רבנים ודיינים. ולא רבים יחכמו בתורה עד שיגיעו להיות מורי הוראה בישראל, ונשארים קרח מכאן וקרח מכאן, ונעשים מלמדי תינוקות. ומשרבו בעלי זאת הדעת, רבו המלמדים יותר מן התלמידים, ועל כן אינם מגיעים לחצי פרנסתם, ובביתם אין לחם ואין שמלה... והנה האבות עשו זאת לשם שמים, וסמכו עצמן על דעת רבי נהוראי, שאמר: "מניח אני כל אומנות שבעולם, ואיני מלמד בני אלא תורה",

"תלמוד תורה גדול או מעשה גדול". וזה לשונו: "וזה לשון הרב ר' ישעיה ז"ל, שנשאל לפניהם אדם בבחרותו מה טוב לו, אם לעסוק בקיום מצוות או בתלמוד, ונמנו שטוב לו ללמוד בבחרותו, שהתלמוד מביאו לידי מעשה בסוף ימיו. והמעשה רב, שאם לא ילמד בבחרותו, לא ידע טיב המצוות לקיימן בזקנותו". וראה גם פני יהושע, בבא קמא יז ע"א, ד"ה בגמרא.

34 הרב מלאדי מגדיר זאת כך: "שילמד תחילה תורה שבעל פה כולה, שהן כל ההלכות וטעמיהן בדרך קצרה". והשווה הרב ברוך בער ליבוביץ, ברכת שמואל, קידושין, סימן כז, האומר שיש שני חיובים של לימוד תורה. האחד כמותי, מבחינת זמן והיקף הלימוד, והשני איכותי, בגדר "ושננתם לבניך", שיהיו דברי תורה מחודדים בפיו. מצווה זו מתייחסת לידיעת התורה, לגדול ולהיות תלמיד חכם ומורה הוראה.

35 כך הוא מיישב את הקושי בהלכת הרמב"ם: "מי שחשקה נפשו בתורה תמיד ושוגה בה כבן עזאי ודבק בה כל ימיו ולא נשא אשה, אין בידו עוון" (הלכות אישות, פרק טו, הלכה ג). במקרה זה, אין מדובר רק בדחיית מצוות פרו ורבו אלא בביטולה לגמרי, ולכאורה אין לזה הצדקה, שהרי זו מצווה שאי אפשר לקיימה על ידי אחרים, שאפילו תלמוד תורה נדחה מפניה (ראה מועד קטן ט ע"ב). הרב מלאדי מסביר שמצוות תלמוד תורה שנדחית מפני מצוות שאי אפשר לעשותן על ידי אחרים אינה אלא מצוות "והגית", דהיינו מצווה לימוד התורה, אבל לא כן מצוות ידיעת התורה, שהרמב"ם דן בה בהלכה זו. ומי שחושש כבן עזאי שמא תשכיח ממנו טרדת פרנסת המשפחה את התורה, מותר לו שלא לשאת אישה. והשווה דברי הרב וסרמן (לעיל, הערה 17), הסבור שבן עזאי היה בגדר אנוס.

36 שו"ת איגרות משה, יורה דעה, חלק ד, סימן לו, אות א.

37 ספר הברית, חלק ב, מאמר יב: דרך הקודש, פרק י. וראה גם: מ' ויגודה, "על היחס ללימודים כלליים במקורות היהודיים", באתר המחלקה למשפט עברי, justice.gov.il/ /MOJHeb/MishpatIvri, מדור חוות דעת - דת ומדינה.

ולא יבינו כי זה הוא מעשה יצר הרע, כדרכו להלביש ולכסות הדברים אשר לא טובים בכסות החסידות. ועל כל פשעים יכסה [היצר הרע] אהבה ויראת ה', ויראה אליו פנים לשם שמים.

מיסוי

מס הכנסה כקיום של מצוות צדקה ומעשר כספים

1. מס נחלק בעיקר לשני סוגים: מס שהשלטון מטיל על הפרט ועל הכלל כתשלום חובה לצורך קיום מוסדות המדינה ומנגנונה - ומקור הסמכות לכך בהלכה של דינא דמלכותא דינא. במקביל, קיים מס שתכליתו לקיים שירות הנחוץ לבני הקהילה, כפי שמצינו במשנה (בבא בתרא א' ה') "כופין את בני העיר לבנות לעיר חומה דלתיים ובריח" ומבואר בתוספתא (בבא מציעא י"א, י"ב) "כופין בני העיר זה את זה לבנות להם בית כנסת, לקנות להם ספר תורה...". הסמכות העיקרית להטלת מס זה הינה שותפות בין בני הציבור, או תקנות הקהל והמנהג¹.

במדינה החותרת לצדק חברתי ומקיימת שירותי רווחה משמשים כספי המיסים גם לסיוע לשכבות חלשות². האם ניתן לראות בתשלום מיסים למדינה כדי קיום של מצוות צדקה? האם יתכן כי אדם המשלם מס מעל עשרה אחוז יוצא ידי חובת הצדקה באופן מלא ואינו צריך לתת עוד דבר? האם תלוי הדבר בשיעור המס המשולם ובשיעורו של תקציב הרווחה מתוך תקציב המדינה הכללי? כדי להשיב על שאלה זו יש לדון האם תשלומי מס, המשולמים כעניין שבחובה, יכולים לשמש כצדקה, או שמא מס וצדקה הם תרתי דסתרי, שכן המס הוא כפוי ונתינת מעשר היא צדקה המהווה אקט וולנטרי.

2. שמחת הלב של הנותן היא הבסיס לכל התנדבות והיא ממהותה של מצוות הצדקה. טול מן המעשה את כוונת הלב ונטלת את כל משמעותו, שהרי

1 ר' שו"ת הרשב"א חלק ד' סימן ר"ס: "דיני המס בכל מקום אין יסודותם בהרי קודש התלמוד, ובכל מקום תמצא בו דינים מוחלפים על פי הנהוג והסכמת גדוליהם אשר גבלו ראשונים. ורש"אין הן בני העיר לעשות תקנות קבועות ומנהגים ידועים כפי מה שירצו שלא על פי ההלכה, שזה דבר שבממון הוא, ועל כן יש מנהג ידוע להם בדבר זה - הלך אחר המנהג, שהמנהג מבטל את ההלכה בכיוצא בזה". ור' יעקב בזק, הלכות מסיים במקורות העברים ירושליים, תשכ"ד; הרב כ.פ. טכורש כתר אפריים, תשכ"ז וכן מאמרו ב"התורה והמדינה ה-1, תשכ"ד; מ. אלון המשפט העברי תשל"ח 602. ועוד.

2 במדינת רווחה מגיע המס לעניים גם מכח חוקים סוציאליים כגון חוק הבטחת הכנסה תשמ"א-1981 וחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) תשנ"ה-1995.

לכאורה כיצד יכול אדם לתת לצרכי שמיים שעה ששום דבר אינו שלו? כך שאל דוד (דה"י א', כ"ט, י"ד) "וכי מי אני ומי עמי כי נעצר כח להתנדב כזאת כי מידך הכל ומידך נתנו לך?" מכיוון שלה' הארץ ומלואה נמצא כי איננו נותנים דבר משלנו אלא משל ה', ואם כן מהי מצוות הנתינה? על כך משיב דוד המלך (שם, י"ז): "וידעתי אלוקי כי אתה בוחן לבב ומישרים תרצה. אני ביושר לבבי התנדבתי כל אלה ועתה עמך הנמצאו פה ראיתי בשמחה להתנדב לך". הערך של הנתינה אינו במתת עצמה, אלא בשמחת הלב של הנותן³ ובהכרתו כי אין לו משלו ולא כלום וכל אשר לו ניתן לו בנאמנות כדי להיטיב את עצמו במתן לזולתו⁴. מתן הצדקה מזכך את הנותן, ובספר החינוך (מצווה ס"ו) מובהר כי "משרשי המצווה שרצה הא-ל להיות ברואיו מלומדים ומורגלים במדת החסד והרחמים, כי היא מדה משובחת... ואם לא מצד שורש זה, הלא ה' יספיק לעני די מחסורו זולתנו, אלא שהיה מחסרו ב"ה שנעשינו שלוחים לו לזכותנו"⁵. יתירה מכך, מתן הצדקה מכפר על האדם ומצילו ממוות⁶ בהיותו אקט של אמונה כי עושר אינו מעשה ידי אדם

3 שמחה זו באה לידי ביטוי בברכת "ויברך דוד" הנאמרת בתפילת שחרית ומכאן המנהג לתת צדקה בעת אמירתה. הרמח"ל ב"מסילת ישרים", פרק י"ט, מבהיר כי דוד התפלל שתתקיים בעם מידת השמחה שבה נעשתה ההתנדבות.

4 במשפט הישראלי קיימת הבחנה בין חובות המוטלים על נאמן הציבור "שאינו לו משלו ולא כלום" לבין המשפט הפרטי שבו אדם שולט בכיפה שלו (בג"צ 262/92 פרץ נגד המועצה המקומית כפר שמריהו, פ"ד טז 2101). לעומת זאת בעולמה של הלכה מוטל על אדם להכיר בכך שאין לו משלו ולא כלום, וכל קנינו אינו אלא פיקדון. המתן של אדם נחוץ לו כדי להיטיב את עצמו כפי שנאמר (בראשית ב' י"ח) "לא טוב היות אדם לבדו". לא נאמר לא טוב לאדם להיות בכדידותו אלא שהאדם עצמו אינו טוב כשאינו לו למי לתת. בדרך זו מבהיר הרב חיים שמואלביץ כי שלושה חשובים כמתים: אדם חשוך ילדים שכן אין לו למי לתת, העני שאין לו מה לתת והסומא שאינו רואה בצרתו של חברו וממילא אין לו את האמפתיה שמביאה האדם לתת לזולתו.

5 ור' בבא בתרא י ע"א: "וזה שאלה שאל טורנוסרופוס הרשע את רבי עקיבא: אם אלהיכם אוהב עניים הוא, מפני מה אינו מפרנסם? אמר לו: כדי שניצולו אנו בהן מדינה של גיהנם". ובמדרש תנחומא, פרשת משפטים, סימן ט: "אמר דוד לפני הקב"ה: רבון העולם ישב עולם לפני אלהים' (תהילים סא, ח) - תיישר עולמך בשוה העשירים והעניים. אמר לו: אם כן 'חסד ואמת מן ינצרהו' (שם) - אם יהיו כלם עשירים או עניים, מי יוכל לעשות חסד?".

6 מדרש זוטא, שיר השירים פרשה א: " הנותן צדקה, אפילו היתה בידו עברה ונחתם דינו לאבד ונתנה רשות למלאך הממונה על הפורענות לילך ולהיפרע ממנו - הקב"ה אומר לו צדקה תציל ממות (משלי י' ב').... הקב"ה אומר למלאך של פורענות אל תגע בו, מצאתי לו זכות למחול על כל עונותיו".

אלא מתת א-ל⁷. מכיוון שתכלית הנתינה הוא זיכוך הנותן גורס הרמב"ם כי עדיפים אלף נתינות של דינר אחד לאלף איש מנתינה אחת של אלף דינרים לאדם אחד⁸. רבינו יונה ב"שערי תשובה" (שער ג', ל"ה - ל"ו), מבהיר כי תיתכן נתינה של אדם שאינו מרחם על המקבל כענין שנאמר (משלי י"ב, י) "ורחמי רשעים אכזרי", ומצוות התורה היא: "ולא ירע לבכך בתתך לו" (דברים ט"ז, י), הוזהרנו בזה להרחיק מנפשנו צרות עין ולהיותנו טובי עין. ולא די במתנת היד כי אם אשר נטע בנפשותינו מידת הנדיבות... להסיר מנפשנו מידת האכזריות ולנטוע בהם נטעי רחמים וחסדים נאמנים"⁹. עיקרה של נתינה היא אפוא הכוונה, שהרי במישור המטריאלי האדם אינו נותן את של עצמו ואף נאמר (תענית ט ע"א) "עשר תעשר - עשר כדי שתתעשר" נמצא כי אין בנתינה הקרבה של ממש. הדבר היחיד שהאדם נותן באמת הוא - שמחת הלב וטוהר הכוונה.

בהתאם לכך נראה לכאורה כי מתת שאין בה נדיבות לב של הנותן מחטיאה את מטרתה של מצוות הצדקה וכפיה על מתן צדקה לא תיתכן באשר משולה היא לכפיה של אדם - לאהוב.

3. יתירה מכך, הכלל הוא כי מצוות שתכלית עשייתן היא הכוונה - הרי שבהעדר כוונה אין קיום למצווה. כך למשל מצינו בב"ח (אורח חיים סימן תרכ"ה) כי בעוד שהמקיים מצווה כדינה יוצא ירדי חובה אף שלא הייתה לו שום כוונה, הרי שבמצוות שתכליתן היא כוונה מסוימת, כגון תפילין, ציצית וסוכה - אין אדם מקימן כתיקונן אם אינו יודע את כוונת המצווה. הרב יעקב עטלינגר (ב"ביכורי יעקב" סימן תרכ"ה)¹⁰ אף פסק לגבי מצוות שתכליתן

7 הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" בבא בתרא אות נא מבאר את דברי הגמ' ב"ב דף י' שהמעלים עיניו מצדקה כאילו עובד ע"ז - כי חושב הכסף שלו ייטיב לו ושבתניתו ירע לו, ובפועל הכל מהקב"ה ולא יועיל הון ביום עברה. וכן אם נגזר לאבד ממון הרי שאם לא יתן - ילך הכסף לצורך אחר. אם כן - כשחושב שהכל תלוי בכסף ולא בקב"ה הרי הוא כופר.

8 רמב"ם בפירוש המשניות למשנה באבות פרק ג משנה ט"ו: "שהמעלות יושגו בכפול מעשי הטוב פעמים רבות ובוה יושג הקנין (דהיינו, קניית מידת הנדיבות - הח"מ) לא בשיעשה אדם מעשה אחד גדול ממעשי הטוב". בדומה לכך ראה ב"ח אורח חיים תרצ"ה, ור' ערוכין דף ס"ג כי אין לתת את כל מתנות הכהונה לכהן אחד. מאידך, ר' דעתם החולקת של ר' יעקב עמרין "עץ אבות" ב"לחם השמיים" על המשנה הנ"ל באבות, וכן מהר"ל "נתיבות עולם" נתיב הצדקה סוף פרק ד'.

9 ור' דבריו של הרב שמעון שקופף בהקדמה לספר "שערי יושר".

10 הרב יעקב עטלינגר (בעל "ערוך לנר") ב"ביכורי יעקב" סימן תרכ"ה, מבחין בין מצוות שלא צוותה התורה בהן כוונה פרטית לבין מצוות כמו סוכה שכתוב בה "למען ידעו

היא הכוונה שבהן הרי שבהעדר הכוונה "אפילו בדיעבד לא יצא". ברומה לכך, ציין ה"בני יששכר" (ב"דרך פיקודיך" בהקדמה באות ה') כי במצוות שתכליתן הכוונה אם לא כיוון לא יצא ידי חובה והרי הוא כמי שנטל לולב בלא ערבה. בהתאם לכך מתבקשת המסקנה כי לא תיתכן כפיה על צדקה, שכן נתינה של צדקה שאין בה כוונת הלב של הנותן אינה מקיימת כלל את מצוות הצדקה - בהעדר הכוונה הדרושה לשם כך.

4. ברם, שהלכה מפורשת היא ברמב"ם (מתנות עניים ז', י),¹¹ כי יש כפייה של בית דין על הצדקה: "מי שאינו רוצה ליתן צדקה או שיתן מעט ממה שראוי לו, בית דין כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן מה שאמדוהו ליתן, ויורדין לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן, וממשכנין על הצדקה ואפילו בערבי שבתות"¹². בגישה זו נקטו ראשונים

דורותיכם כי בסוכות הושבתי את בני ישראל בצאתם ממצרים" שאז "יש לומר דאפילו בדיעבד לא יצא וכדאמרינן פסחים קט"ו ע"ב, כל שלא אמר ג דברים אלו בפסח לא יצא ידי חובתו, לכן אם אכל כלילת הראשון בסוכות בלא כוונה זו יש להחמיר לאכול שוב כזית בכוונה".

11 ור' גם שולחן ערוך יורה דעה רמ"ח, א': "כל אדם חייב ליתן צדקה, אפילו עני המתפרנס מן הצדקה חייב ליתן ממה שיתנו לו. ומי שנותן פחות ממה שראוי ליתן, בית דין היו כופין אותו ומכין אותו מכת מרדות עד שיתן מה שאמדוהו ליתן, ויורדים לנכסיו בפניו ולוקחין ממנו מה שראוי לו ליתן". לדעת הב"ח כוונת הרמב"ם והשולחן ערוך בפסיקה ש"יורדין בפניו" היא, שכופין "אפילו בפניו" דהיינו יורדין בפניו וכל-שכן שלא בפניו. לעומת זאת, בשו"ת מהרשד"ם יורה דעה סימן קס"ו כותב שאין שום פוסק בעולם שיאמר שיורדים לנכסיו שלא בפניו. לדעת הרשב"א כתובות דף מ"ט וכן בשו"ת הרשב"א חלק ג' סי' רצ"ב כופין אותו אך לא יורדים לנכסיו.

12 מקור הדברים במסכת בבא בתרא דף ח ע"ב "אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוא: לפי שממשכנין על הצדקה ואפילו בע"ש. איני? והא כתיב: (ירמיהו ל') "ופקדתי על כל לוחציו" ואמר ר' יצחק בר שמואל בר מרתא משמיה דרב: ואפי' על גבאי צדקה! לא קשיא: הא דאמיד, הא דלא אמיד! כי הא דרבא אכפיה לרב נתן בר אמי, ושקיל מיניה ארבע מאה זוזי לצדקה". תוספות שם תמה הכיצד כופין על מצוות עשה שמתן שכרה בצידה ומביא על כך ארבעה תירוצים: רבנו תם גורס כי עסקינן בכפיה בדברים. משמע עם זאת כי מדובר במתן מכח כפיה בהעדר רצון. (אם כי יתכן שאחרי דברי הכיבושין של ביה"ד - יש רצון שלו עצמו). וראה בעל המאור בבא קמא דף י"ח ע"א מדפי הרי"ף בשם רבנו האי - שבקופה ותמחוי שהוא מתקנת בני העיר ממשכנים, ולא בצדקה אחרת; תירוץ שני הוא כי באותו מקרה "קיבלו עליהם שיכפו" - משמע שוב שיש דבר כזה לתת בלי רצון (אם כי יתכן שכשקיבלו עליהם כפיה, פירוש הדבר הוא הבעת רצון מראש. ליתר הסבר בעניין זה ר' כתובות מ"ט ב' ד"ה אכפיה בתירוץ השני וכן ר' מהרש"א כאן; תירוץ שלישי (ר"י) - בצדקה כופין כי יש גם לאו. לפי תירוץ זה ברור שאין צורך ברצון ואפשר

רבים¹³ והריטב"א (כתובות מ"ט ע"ב) מבהיר כי אע"פ שככלל אין כפייה במצוות עשה שמתן שכרה בצידה, דוגמת כיבוד אב ואם, הרי שבמצוות צדקה כופין מפני שיש בה חסרון לעניים¹⁴. הרמב"ם (נחלות א', י"א) אף פוסק כי "אדם שנשתטה לוקחים ממנו צדקה לפי הראוי לו". ה"כסף משנה" שם מבאר כי שוטה היה אמור להיות פטור מקיום מצוות צדקה מכיוון "ששוטה פטור מן המצוות", ובכל זאת כופים אותו לתת, שכן כספו של אדם משועבד לעשות צדקה. מהסבר זה מסיק "קצות החושן" (ר"צ, ס"ק ג') כי "יש שעבוד נכסים בצדקה" כמו בהלוואה¹⁵. לדעת "קצות החושן" מצוות צדקה נחשבת כחוב שיסודו בדין התורה, וממילא בפנינו שעבוד לעני, כמו כל חוב שטרי, ולכן כופין על הצדקה על אף שמדובר במצוות עשה שמתן שכרה בצידה. נמצא כי הצדקה מתקיימת כמס, הניתן בלא שמץ של רצון ואף בעל כורחו של הנותן. ונשאלת השאלה, כיצד תתקיים מצוות הצדקה כאשר אין כל כוונת נתינה מצד הנותן והכל נעשה בכפייה?

5. נראה כי מתן מעשר כולל בחובו שני יסודות: תיקון הנותן ומילוי צרכי

לכפות! להבהרת תירוץ זה ר' מנחת חינוך ח' י'; ור' חוות דעת יו"ד קס"א ו', וכן ר' שעורי ר' שמואל (רוזובסקי) ב"ב דף ח' אות קפ"ג ואילך, ושם קצ"ג - ביאור מחודש בשם ר' אליהו ברוך קמאי; תירוץ רביעי (ריצב"א) גורס כי בית הדין לא חייבים לכופו אבל רשאי לכופו - משמע שיש צדקה בכפייה! ור' מהר"ם בביאור התוס', ש"ך חו"מ ק"ז א'; מרדכי אות ת"צ, רמ"א חו"מ צ"ז ט"ז; סמ"ע ק"ז ב' וש"ך שם א' וט"ז יו"ד ר"מ א'.

13 ר' רי"ף ורש"י כתובות מ"ט ע"ב; ר"י ב"ב ח' ע"ב ד"ה אכפיה; רמב"ן ב"ב ח' ע"ב; ר"א ש כתובות מט ע"ב; ר"ן כתובות יח ע"ב, טור. יו"ד סי' רמ"ח סעיף א'; רמ"א, חושן משפט סי' קס"ג, א. מאידך לדעת ר"ת בב"ב דף ח' ע"ב, רבינו יוסף טוב עלם (מרדכי ב"ב סי' ת"צ) ואף רב האי גאון (מובא בר"ן כתובות י"ח ע"ב) ובעל המאור (מובא בשו"ת מהרשד"ם יו"ד סי' קס"ו), אין כופין על הצדקה. לדעת הריצב"א עפ"י המהרשד"ם הרשות ביד בית דין להחליט אם לאכופו אם לאו.

14 כעין זה סובר המהר"ל בחידושי אגרות, ב"ב ח ע"ב.

15 וכן ר' "משובב נתיבות" ג' א'. הסיבה שיוורדים לנכסיו רק בפניו היא שאם אינו בפניו יתכן ונתן צדקה במקום אחר ללא ידיעתנו. ור' ריטב"א, כתובות מח ע"א. "קצות החושן" מביא ראיה נוספת ממהבית יוסף הפוסק כי אדם שנודר לצדקה ומת - היורשים מחוייבים לקיים את נדרו, ור' "נתיבות המשפט" שם ו"מחנה אפרים" הלכות צדקה סי' א', ובהלכות זכיייה ומתנה סי' ח' הסובר שלדעת הרמב"ם יש שיעבוד נכסים בצדקה. כמו כן ר' רב"ז על הרמב"ם, הלכות מתנות עניים פ"ז הל' י' כי צדקה הנה בגדר חוב לעניים ויש שיעבוד נכסים בצדקה. ור' באורו של הרב אלחנן וסרמן "קובץ שיעורים", ב"ב סימן ה'.

העני. גורם שני זה הוא הבסיס ליסוד הכפיה שבמתן מעשר¹⁶. כך מסביר הרב קוק זצ"ל ב"דרוש לצדקה" (אוצרות הראי"ה 189) כי "תכלית הצדקה הוא בשניים: האחד הוא להועיל לעני... למלא מחסורו, והשני, שהנותן יוציא מהכח אל הפועל מידת הטוב ובכך להשלים את נפשו. והנפקות היא שאם אין דל יתאמץ הנותן למצוא אותו, כדי להשלים את נפשו¹⁷. בהתאם לכך יובנו דברי הגמרא (בבא קמא דף ט"ז ע"ב): "דרש רבא, מאי דכתיב: (ירמיהו י"ח, כ"ג) "היו מוכשלים לפניך בעת אפך עשה בהם"? אמר ירמיה (על אנשי ענתות): רבש"ע, אפילו בשעה שעושיין צדקה, הכשילם בבני אדם שאינם מהוגנים, כדי שלא יקבלו עליהן שכר". נמצא כי אין די בכוונה טובה של הנותן ואם הממוץ לא הגיע לבני אדם הגונים - אין כאן קיום של מצוות צדקה.

6. ברם, שבהסבר זה אין די ומתעורר קושי חמור עת שמעיינים במסכת בבא בתרא דף ט' ע"א: "אמר רבי אלעזר: בזמן שבית המקדש קיים, אדם שוקל שקלו ומתכפר לו, עכשיו שאין ביהמ"ק קיים, אם עושיין צדקה - מוטב, ואם לאו באין עובדי כוכבים ונוטלין בזרוע, ואעפ"כ נחשב להן לצדקה, שנא' (ישעיהו ס') "ונגשיך צדקה". במקרה זה יוצא שלא רק שהאיש לא רצה לתת ולקחו בכפיה, אלא שהמתת גם לא עמד במבחן התוצאה כי הכסף לא הגיע לעני אלא לגוי האלם. הכיצד אם כן נחשב הדבר לצדקה¹⁸? אכן, המאירי שם מבאר כי כשאדם מקבל עליו את הדין בשמחה וסובל לכבוד ה' נחשב לו הדבר לצדקה - כעין מה שנאמר (בראשית ט"ו, ו) "ויחשבה לו לצדקה" היינו לזכות¹⁹. יש אפוא בנתינה זו זיכוך של הנותן. אך משמע

16 כך הגדיר את הדברים הרב יוסף רוזין (הרוגאצ'ובר) שו"ת "צפנת פענח" כללי התורה והמצוות חלק ב' ד"ה צדקה; ור' חידושי ר' שמואל (רוזובסקי) גיטין וקדושין קנ"א. וכן ר' מאמרו של הרב צבי שוורץ "מצוות הצדקה - תיקון החברה או תיקון האדם" בתוך עולה מן המדבר, 5 תשנ"ה, עמ' 20-29.

17 ור' שבת ק"ד ע"א, כי האות גימל פושטת את רגלה כלפי הדלת, שכן דרכו של גומל חסדים לרוץ אחר דלים. ור' הרב ב.מ. אזרחי, ברכת מרדכי או"ח, בהקדמה להבחנה בין אברהם לאיוב, וכן הרב י.פ. גולדווטר "צדקה אמרתך" מ"ט-נ"א.

18 המהרש"א שם מבאר כי הגוי נוטל מהעשירים חלק המס של העניים שאינם יכולים לשלם, לכן נחשב להם הדבר לצדקה, כי בזכותם מניחים לעניים. וראה גם מאירי שם ("ויש מפרשים שנחשב להם בצדקה, שאף גוביינת המס כשהוא נותנו בנאמנות יש בו צד צדקה והוא שמנכה חלק העניים או שמתוך כך נושאים פניו והעניים מתרחמין), וכן ר' ט"ז י"ד רמ"ט א.

19 ובלשונו: "נחשב להם לצדקה כשמקבלין אותו בשמחה וסובלים עול גלותם לכבוד השם". בדומה לכך כתב המהר"ל באורח ישרים כי "הנוטל פרוטה מאדם כאילו נטל

כי הנתינה עולה כדי צדקה גם כשהיא מגיעה לידי עכו"מ ולא לידי עני הזקוק לכך. והדבר תמוה במה עדיף הגוי הנוטל על המקרה של מתן לעניים שאינם מהוגנים?

7. נראה לכאורה כי ניתן למצוא פתרון לקשיים האמורים לאור חידושו של ה"קהילות יעקב" (בב"ב ח') כי יש שני דינים בצדקה: א. חיוב כללי לתת צדקה שעליו לא כופים. ב. חיוב פרטי לתת צדקה לעניי העיר, שזה "ממון שיש לו תובעים", יש לגביו "שיעבוד נכסים" וכופים לתיתו²⁰. נראה להמשיך הבחנה זו ולומר כי יש בצדקה חיוב שתכליתו לזכך את הנותן ולא חשוב מי המקבל (ובכך עוסקת הגמ' בב"ב ט' ע"א). חיוב זה הוא מהדברים שאין להם שיעור ובגדר ממון שאין לו תובע ספציפי ואין כופים עליו. בנתינה זו הכוונה היא העיקר ובלעדיה לא יעלו הדברים כדי מצווה. ברם, שהעניים מצידם, אינם יכולים לסמוך על נתינה זכה זו, שהרי היא וולנטרית ואולי לא תינתן. לכן, קבעו חכמים בצידה חובת נתינה ספציפית, שיש לה שיעור, והיא בגדר ממון שיש לו תובעים והריהי חוב של אדם כלפי קהילתו שעליו כופין ביה"ד. חיוב צדקה זה הינו מס, שאינו תלוי בכוונת הנותן אלא בכך שיגיע למי שאכן זקוק לכך - כשזכאותו של המקבל נברקת ע"י גבאי הצדקה (בכך עוסקת הגמ' בבבא קמא ט"ז ע"ב).

8. ואכן, מעיון במקורות עולה כי יש שני גדרים נפרדים בצדקה: יש צדקה אינדיבידואלית הנוצרת מן הממשק הישיר של הנותן עם העני שבפניו. לצדקה זו אין שיעור, היא בגדר ממון שאין לו תובעים ואין כופין על נתינתה. ויש צדקה שהיא בגדר חובות האדם כלפי קהילתו. לצדקה זו יש שיעור ויש כפיית בי"ד. היא בגדר חובה ממוסדת, החלה על כלל הציבור, אינה תלויה בכוונת הנותן, אך מוטל על ביה"ד להקפיד כי תגיע למי שהגון לקבלה. יסוד זה עולה לכאורה מעיון במהר"ם מרוטנברג (ר', תתקי"ח)²¹

20 נפשו הימנו" וממילא נטילת הגויים את כספו מכפרת עליו כמו בנתינת צדקה. הרב יעקב ישראל קניבסקי ("הסטייפלר") ב"קהילות יעקב" בבא בתרא סימן ח', המבהיר כי הדין של "ממשכנין על הצדקה" - מתייחס לחובת הצדקה הספציפית לבני העיר - ולפי שיעור עושרו של הנותן. ואילו הדין של רבא שכפה על רבי נתן לתת צדקה - נובע מחובת הצדקה הכללית ולכן תוס' שאל איך כופין על זה.

21 המהר"ם מרוטנברג מבחין בין מקום שנהגו לתת כל אדם בפני עצמו שאז אין כופין על הצדקה, לבין עיר חדשה או במקום שנהגו לתת במשותף לקופת צדקה אינו יכול להיבדל מהם וכופין עליו לתת, כפי שמצינו בבא בתרא (דף ח ע"א) שאדם שגר תקופה בעיר חייב לתת לקופת הצדקה של העיר כפי שחייב בשאר המיסים, וכפי שמצינו בתוספתא, ב"מ

המבחינ בין צדקה אינדוידואלית, שאין כופין עליה, לבין צדקה המחויבת, כחלק מחובות האדם כלפי קהילתו, להשתתף עימם בנשיאה בעול החברתי, כפי שהוא שותף עימם בעול שאר צרכי העיר.

9. צדקה שבה מחויב אדם כלפי קהילתו היא דבר ממוסד מקדמת דנא, והרמב"ם פוסק בהלכות מתנות עניים ט' "כל עיר שיש בה ישראל, חייבין להעמיד מהם גבאי צדקה ... שיהיו מחזירין על העם מערב שבת לערב שבת ולוקחין מכל אחד ואחד מה שהוא ראוי ליתן ודבר הקצוב עליו". מכח הלכה זו ברמב"ם י"שב הרב חיים הלוי סולובייצ'יק את קושיית תוספות (כבא בתרא ח' ע"ב) כיצד כפה רבא על רבי נתן לתת צדקה, לאחר שזו מצוות עשה שמתן שכרה כתוב בצידה? אין זאת אלא שמלבד מצוותו של היחיד לתת צדקה, מוטלת חובה על הציבור לקיים את בני הקהילה. הצדקה כחלק מהחובה כלפי בני הקהילה היא אקט ממוסד המוטל על הכלל והכפיה אינה בגדר קיום מצוות הצדקה של היחיד, אלא קיום מצוות הציבור לפרנס את העניים ולדאוג לרווחתם²². נתינה זו, הנעשית בכפיה, אינה תלויה בזו כוונתו של הנותן ותכליתה לדאוג לעניים. לצדקה זו, כדרכו של מס המוטל על הציבור יש שיעור ואין להחמיר עם הבריות ביחס לשיעור המתת. כך מציין בשו"ת שאלת יעב"ץ (ח"א סי' ו'): "אי אפשר להחמיר בו כל כך ... והנח לישראל בני נביאים די להם כמה שהחמירו על עצמן לפנים משורת הדין... שהוא דבר קשה להתקיים ואינה מידת כל אדם לפזר כל כך ממון...". שיעורה של נתינה זו הוא מעשר ותו לא. צדקה זו, המתקיימת במישור היחסים שבין אדם לקהילתו, ניתנת כמס, ובהתאם לכך נראה לכאורה כי אכן תשלום מיסים למדינה שיש בה מדיניות רווחה עולה כדי קיום מצוות צדקה²³.

10. אבל, בכך לא מתמצית מצוות הצדקה. קיימת בצידה צדקה נוספת -

פרק י"א הל' י"ב "כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית כנסת ולקנות להן ספר תורה ונביאים". על כך מוסיף המהר"ם מרוטנבורג ובעקבותיו הרמ"א (שו"ע חו"מ קס"ג, א) כי בדומה לכך כופין להכניס אורחים ולגבות צדקה. ור' בדומה לכך ב"ח בתשובותיו (סי' ל"ז) וכן פסקו של הרב משה פיינשטיין (שו"ת אגרות משה יור"ד חלק א' סימן קמ"ט) שצדקה היא חלק מצורכי העיר, לכן כופין עליו כפי שכופין על צרכי העיר האחרים.
22 הרב חיים הלוי סולובייצ'יק "בעניין כפיה במצוות צדקה", נדפס מכתב ידו ב"אש תמיד" (ספר זכרון לאליעזר שלזינגר ז"ל, תשמ"ט) עמ' תנ"ז. ור' סוטה ל"ח ע"ב כי משנמצא חלל הוטל על בית הדין להביא "עגלה ערופה" ולומר "ידינו לא שפכו את הדם הזה" מכיוון שזוהי אחריותם לוודא שלא נראה אדם במצוקה כלכלית ופטרורו בלא מזונות.
23 ר' הרב א. ולדנברג בשו"ת "ציץ אליעזר", ט' סי' א'.

אינדיווידואלית, המתקיימת עת שאדם נתקל בעני ספציפי הנמצא בפניו וזקוק לעזרה. במקרה זה הוא אינו יכול לומר "כבר תרמתי" או כבר שילמתי מיסים. זוהי נתינה שאין לה שיעור וכאן נתבע האדם לרכך את הלב. ואכן, ה"חפץ חיים" (ב"אהבת חסד" ב', י"ט, ד' בהגהות) מבאר²⁴ כי יש שני שיעורים במתן צדקה: האחד הוא של מעשר, והוא מס קבוע החל על הכל. אך יש גם שיעור נוסף - כפול מכך (מגיע עד כדי 20%) החל על האינדיווידואל עת שפונים אליו עניים במצוקתם. ביחס למקרה זה בפנינו נתינה שיש בה לב, היא מחייבת רוחב לב - ומחייבת כוונת הלב²⁵, ולגביה נוהגים דברי הרמב"ם (הלכות מתנות עניים י, א) כי "חייבים אנו להיזהר במצוות צדקה יותר מכל מצוות עשה... ואין ישראל נגאלין אלא בצדקה".

24 הרב ישראל מאיר הכהן מראדין (מחבר ספר "חפץ חיים") בספר אהבת חסד, חלק ב' פרק י"ט סעיף ד' בהגהות, מבחין בין תקנת אושא המובאת בתלמוד הבבלי (כתובות דף נ' ע"א ודף ס"ז ע"ב) ש"המכובז אל יבזבו יותר מחומש" משמע כי השיעור נמוך מחומש, לבין הירושלמי (פאה ב ע"ב) "באושא נמנו שיהא אדם מפריש חומש נכסיו למצווה" משמע כי השיעור המינימלי הוא חומש. והטעם הוא כי דברי הבבלי נאמרו במקרה שהעניים אינם נמצאים בפנינו ואילו הירושלמי מדבר כשהעניים בפניו. בדומה מיושבת הסתירה ברעת הרמב"ם שבהלכות מתנות עניים (ז, א ו-ה) פסק כי: "מצוות עשה ליתן צדקה לעניים כפי מה שראוי לעני אם הייתה יד הנותן משגת... בא העני ושאל די מחסורו ואין יד הנותן משגת נותן לו כפי השגת ידו. וכמה? עד חמישית מצווה מן המובחר ואחד מעשרה בנכסיו בינוני פחות מכאן עין רעה". משמע כי ניתן להסתפק במעשר בלבד (ואכן רבינו גרשום מאור הגולה והרא"ש תיקנו במקומותיהם הפרשת מעשר כספים לנזקקים, ותקנת הרא"ש פותחת במילים: "יען כי בארץ אשר יצאנו משם נהגו אבותינו ואבות אבותינו להפריש חלק אחד מעשרה חלקים לצדקה לצורך מצווה מכל מה שירוויחו במשא ובמתן"). ולעומת זאת בפירוש המשניות על פאה א', א' הרמב"ם כותב כי אם ידו משגת מחויב לתת חומש ולא די במעשר. על כך משיב ה"חפץ חיים" כי החיוב עולה ממעשר לחומש כאשר העניים נמצאים לנגד עיניו, ובלשון הרמב"ם בפירוש המשניות " אם ראה האדם... רעבים או ערומים הרי הוטל עליו להאכילם ולכסותם". בהתאם לכך מבאר ה"חפץ חיים" גם את הגר"א (באיגרת "עלים לתרופה" שכתב לבני משפחתו - מובא בסוף ספר "מסילת ישרים") הכותב: "למען ה', שתפריש את החומש כאשר ציוויתך, ולא תפחת כאשר הזהרתך, כי בפחות מזה עוברים כל רגע על כמה לאווין ועשין... ושקול כאלו כפר בתורה הקדושה ח"ו". ה"חפץ חיים" מסביר כי דברי הגר"א אינם סותרים את תקנת אושא, שכן הגר"א מתייחס למצוות הנתינה האינדיווידואלית הנוצרת כאשר יש לפניו עניים ואז שיעור הצדקה הוא חומש (20%) ולא רק מעשר.

25 יושם אל לב כי דברי דוד המלך בדה"א, כ"ט, שבהם פתחנו, המהללים את כוונת הלב - עוסקים במתת וולנטרית.

ערך החיים



”לא תעמוד על דם רעך”*

1. ערך החיים מחייב להיחלץ לקראת הזולת ולהציל את חייו מפני אובדן, כפי שמצינו בפסוק (ויקרא י"ט, ט"ז) "לא תעמוד על דם רעך אני ה'". אדם אינו יכול לעמוד מן הצד לנוכח מצב שבו מתעוררת סכנת חיים¹, וזאת גם כאשר אין המדובר בחייו שלו, או בחיי אדם הקרוב לו, אלא בחייו של אדם בלתי מוכר. הפסוק מציין בהקשר זה את המילה "דם רעך"². על מהותה של רעות זו עומד ספר ה"חינוך" (מצווה רל"ז) המבהיר כי זוהי אחווה של מי שנתונים באותה סכנה, שהרי "כמו שיציל האחד את חברו כן חברו יציל אותו, ויתיישב העולם בכך, והאל חפץ ביישובו של עולם".

2. הציווי של "לא תעמוד על דם רעך" חורג מן התחום המוסרי³, ומהווה חיוב

* פורסם ב"סיני" כרך ק"מ, (תשס"ט) עמ' ט'.

1 בדין התורה נראה להלן כי "עמידה על הדם" באפס מעשה אינה פאסיביות אלא ביטוי בוטה וחמור של התנכרות לזולת וזלזול בערך של חיי אדם. בעקבות כך הובהר בדברי ההסבר להצעת חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ג - 1992: "אמנם אין מקובל בדרך כלל להעניש על עבירה המתבצעת באופן פסיבי, כ"שכ ואל תעשה", אך דומה כי עמידה על הדם באפס מעשה אינה רק עמידה פסיבית אלא יש בה ביטוי בוטה וחמור להתנכרות וזלזול בחיי אדם, ולפיכך ראויה היא לענישה הולמת במידת הצורך."

2 הרש"ר הירש מבאר את האמור בפסוק "לא תלך רכיל בעמך - לא תעמוד על דם רעך": "ההולך רכיל מסכן את שלום רעהו מתוך רשעות או לפחות מתוך אדישות. אולם, אין דיו לאדם שאינו הולך רכיל ואינו מסכן בעצמו את שלום חברו, אלא נאמר לנו "לא תעמוד על דם רעך" - אל נעמוד מנגד, שעה שסכנה נשקפת לשלום רענו, אלא נחוש לעזרתו בעצמנו, ואם אין כוחנו מספיק - נקרא אחרים לעזרתנו.. הן הוא "רעך"! ואתה תהיה לו "מרעה" - מסייע לשלומו, ואף הוא יהיה לך בבחינת "מרעה" - ובשלומו יהיה לך שלום". יש אפוא להשתית את החברה על אדנים של תחושת רעות חרף תחושת ניכור, ומתחושה סולידארית זו לחיי הזולת תצמח תועלת אף לחיינו שלנו שהזולת יחוש להציל-לם בשעת סכנה.

3 ודוק, כאשר המחוקק הישראלי חוקק את "חוק לא תעמוד על דם רעך התשנ"ח - 1988 נקבע בו בסעיף 1 (א) חובה על אדם להושיט עזרה לאדם הנמצא לנגד עיניו עקב ארוע פתאומי בסכנה חמורה ומיידית לחייו, לשלמות גופו או לבריאותו, כאשר לאל ידו להושיט את העזרה מבלי להסתכן או לסכן את זולתו. (ב) המודיע לרשויות או המזעיק אדם אחר היכול להושיט את העזרה הנדרשת יראוהו כמי שהושיט עזרה לעניין חוק זה...". נמצא אפוא כי הוחלה חובה משפטית של הושת עזרה לזולת (והנמנע ממנה צפוי לקנס כספי...) אך החובה חלה מלכתחילה אך ורק כאשר הסכנה מתרחשת לנגד עינינו,

גמור על פי דין. כך מצינו בגמרא במסכת סנהדרין (דף ע"ג עמוד א'):
**"מנין לרואה את חבירו טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטים באים עליו
 שהוא חייב להצילו, תלמוד לומר לא תעמוד על דם רעך".**

דבר המתיר לכאורה להתעלם ממצוקה המתרחשת במרחק מה ואולי אף מעבר לאדן החלון. כמו כן אין החובה חלה כשיש סיכון כלשהו למציל, ובכל מקרה אדם יכול לומר "שלום עליך נפשי" אם אך סיפר על המצוקה לאדם נוסף שגם הוא מצידו יוכל לצאת ידי חובת החוק ע"י שייספר על כך לרעהו. החובה התורנית בהקשר זה - שונה לחלוטין, ומחייבת כל אדם לעשות כל אשר לאל ידו, משל היה מדובר בו עצמו או בכנו יחידו. קדושת החיים אינה עומדת במערך של איזונים מול חופש הפרט, אלא - ערך החיים ניצב גבוה מעל גבוה מעבר לכל ערך אחר. בהקשר זה יעויין בספרו של פרופ' אסא כשר, אתיקה צבאית (הוצאת משרד הביטחון) בעמ' 106-103 המבחין בין מי שחי "חיים של חובה" לבין מי שחי "חיים של תכלית". מי שחי חיים של תכלית, מכבד הבטחה, כי הדבר חשוב ומשתלם. אך יהיו מצבים שבהם יפר את דיברתו, כשברור כי הדבר אינו משתלם לו. לעומתו, מי שחי חיים של חובה - יכבד ערכים בלי לבחון את מחירם. במסגרת זו חל הכלל של מסירות נפש, וגבורה ערכית, הניצבת מעל לכל תכלית. הערכים במסגרת "חיים של חובה" מקבלים אפוא משנה תוקף, ואין להשוותם לאותם ערכים במסגרות המושתתות על "זכויות אדם" ותכליות.

4 ודוק, אלמלא ציוויה המפורש של התורה בעניין זה ספק רב הוא האם ניתן להחיל חיובים במצבים של "שכ ואל תעשה" אף כאשר נובע מהם זלזול מופגן בחיי אדם. הקושי בהטלת חיוב מסוג זה נעוץ בכך שקשה להציב את נקודת הגבול שבה תהפוך הפסיביות לעמידה מנגד. נמחיש קושי זה באמצעות דוגמה (שהתפרסמה בכתב העת "ניצוצות" חוברת מס' 1): אדם מצוי בחדר שבירכתיו נמצא תינוק, אשר לא בא אוכל לפיו מזה זמן רב. ברור לו כי אם לא יאכילו מייד את התינוק - הוא ימות. בחדר יש בקבוק חלב מוכן. האם יקום ממקומו ויאכיל את התינוק? נראה בעליל כי לא ניתן לעמוד מנגד ולראות במות הילד ולהישאר אדיש למצוקה. אך כיצד יגיב אם הילד הזה מצוי בדירת השכנים? ומה כאשר הילד נמצא בעיר אחרת? האם יעזוב אדם את כל עיסוקיו, ויסע שעתיים כדי להציל חיים? והאם תשתנה התשובה כאשר הילד בחו"ל וצריך לטוס 12 שעות כדי להגיע אליו? האם כאשר אנו שומעים על אסון במדינה אחרת אנו קמים ונוסעים לשם כדי לעזור ולהציל חיים? מובן כי יש אכן כאלה העושים כן, אך האם כל מי שלא עשה זאת, הפר חובה המוטלת עליו? מהם אפוא גדריו של חיוב המוטל על מי שלא עשה מעשה? עד היכן ניצבת החובה המוטלת עליו לפעול?

לנוכח קושי זה אין המשפט הכללי נוטה להכיר בחובה של "לא תעמוד על דם רעך". כך למשל כאשר נרון מקרה של אדם שנרדם על מזון בכית נטוש וכידו סיגריה בוערת, ומשהתעורר וגילה שהמזון בוער - עבר לחדר השני והמשיך לישון שם. לא ניתן היה לחיבו בגין הפסיביות שלו, והדרך שנמצאה לחייבו הייתה בהטלת אחריות שלו בגין מעשה ההצתה, וקביעה כי חיוב זה נמשך כל רגע ורגע שאינו מביא לכיבוי האש. בדרך זו נמצא כי אין החיוב נובע מן המחדל - אלא ממעשה ההצתה הראשון. לעומת זאת ולהבדיל, ביחס לחיוב התורני של "לא תעמוד על דם רעך", מציין הרב ירוחם הלוי ליוואוויץ, ב"דעת תורה" (ויקרא י"ט, ט"ז) את דברי רש"י "על הפסוק 'לא תעמוד על

הגמרא מבהירה שם כי מצוות השבת אברה חורגת מן החיוב להשיב לחברו את ממונו האובד, אלא כוללת גם את החיוב להשיב לאדם גם את גופו העומד לאבוד. על כן מציינת הגמרא שם כי בהכרח הפסוק של "לא תעמוד על דם רעך" נועד להוסיף על מצוות השבת אברה ולחדש, כי מוטל על אדם להציל את חברו - גם אם הדבר כרוך בטרחה ובהוצאת כספים כדי לשכור אנשים שיצילו את חברו מהסכנה בה הוא נתון⁵. ומבאר רש"י שם: "לא תעמוד על דם רעך - לא תעמוד על עצמך משמע, אלא חזור על כל צדדים שלא יאבד דם רעך".

3. חובה זו נפסקה להלכה בטור חושן משפט סימן תכ"ו "הרואה את חברו טובע בנהר או שליסטים באים עליו חייב להצילו, בין בגופו בין בממונו"⁶.

דם רעך - לראות במיתתו ואתה יכול להצילו" ומבאר כי "אין זה נפקא מינה כלל אם הוא עומד שם בשעת סכנת חברו אם לאו, אם נפשות או ממון, אלא אפילו לא עמד אצל המעשה, אלא שמע על זה, או ידע איזו ידיעה שהיא, והוא יכול להציל, והנהו מעמיד עצמו מלהצילו, הרי זה בלאו דלא תעמוד על דם רעך. וזו הערה נוראה בחיובי האדם".

5 עם זאת מבהיר הרא"ש שם כי לאחר מכן חייב הניצול להשיב את הכספים למי שהציל אותו בממונו, שכן "אין אדם חייב להציל נפש חברו בממונו, מקום שיש ממון לניצול". בשו"ת מהר"מ מרוטנבורג חלק ד' סימן ל"ט, נדונה תביעה של אדם שהוציא ממון כדי לפדות שבוי משבוי, וכעת טוען השבוי כי הוא לא ביקש שיפדו אותו משבוי. המהר"מ פסק כי קיימת חובה להציל אדם גם כאשר הדבר כרוך בהוצאה כספית "ודבר פשוט הוא כי אף כאשר הוא צווח "אל תצילני" - שמצילו וחוזר ומציא ממנו מה שהוציא".

6 חובת ההצלה של הזולת מתייחסת לא רק לחיים, אלא גם להגנה מפני מעשה עבירה ואף להגנה על רכוש כך שהארם לא יהיה נתון למשיסה, כך מצינו בספרא קרושים פרשה ב': "ומנין שאם אתה יודע לו עדות אין אתה רשאי לשתוק עליה תלמוד לומר "לא תעמוד על דם רעך". ומנין שאם ראית טובע בנהר או ליסטים באים עליו או היה רעה באה עליו חייב אתה להצילו בנפשו תלמוד לומר לא תעמוד על דם רעך. ומנין לרודף אחר חברו להורגו ואחר הזכור ואחר נערה המאורסה חייב אתה להצילו בנפשו תלמוד לומר ולא תעמד על דם רעך". כמו כן, בספר המצוות לרמב"ם מצווה רצ"ז מצינו "וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה כי הוא רואה ממון חברו אובד והוא יכול להחזירו אליו באומר האמת...". ברם, יתירה מכך מצינו בפסוק של רבי יוסף קארו בשו"ת אבקת רוכל, סימן קצ"ה, כי מותר אף להעיד שקר כדי להציל את חברו מסכנה, שכן אין לך דבר העומד בפני פיקוח נפש. עם זאת, הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק, ב"משך חכמה" (ויקרא י"ט, י"ז, על הפסוק "לא תעמוד על דם רעך") מבהיר כי אדם חייב לזווג ולמסור עדות רק כאשר מדובר בדיני נפשות, שכן במקרה זה אם הוא יודע עדות שיכולה להביא לזכות חברו ונמנע מלהעיד הרי זה שופך דמים. אבל בדיני ממונות חייב להעיד רק אם חברו תבע ממנו להעיד בבית דין, והיזומה למסור עדות מוטלת על חברו. "המשך חכמה" מבאר שם כי סיומת הפסוק "לא תעמוד על דם רעך - אני ה'" - פירושה,

כמו כן, מצינו ברמב"ם (הלכות רוצח ושמירת נפש פרק א' הלכה י"ד, ט"ז)⁷ הפוסק כי הימנעות מהצלת הזולת עולה כדי איסור לאו, ואף על פי שאין לוקים על הלאו האמור, מדובר באיסור חמור, שכל המאבד נפש אחת מישראל כאילו איבד כל העולם כולו, ובלשון הרמב"ם:

"כל היכול להציל (אדם הנרדף) ולא הציל עובר על לא תעמוד על דם רעך. וכן הרואה את חברו טובע בים או ליסטים באים עליו או חיה רעה באה עליו ויכול להצילו הוא בעצמו או שישכור אחרים להצילו ולא הציל, או ששמע גויים או מוסרים מחשבים עליו רעה או טומנים לו פח ולא גילה אוזן חברו והודיעו, או שידע בגוי או באנס שהוא קובל על חברו ויכול לפייסו בגלל חברו ולהסיר מה שבלבו ולא פייסו וכל כיוצא בדברים אלו העושה אותם עובר על לא תעמוד על דם רעך. אע"פ שאין לוקים על לאוויים אלו מפני שאין בהן מעשה (והכלל הוא כי לאו שאין בו מעשה אין לוקים עליו), חמורים הם, שכל המאבד נפש אחת מישראל כאילו איבד כל העולם כולו וכל המקיים נפש אחת מישראל כאילו קיים כל העולם כולו"⁸.

4. יושם אל לב כי הרמב"ם מסייג את החיוב להציל ומגדירו כחיוב החל רק כאשר "יכול להצילו" (ביטוי שאין לו מקבילה בפסיקת הטור). מכאן למד הב"ח, כי לדעת הרמב"ם חל החיוב האמור רק כאשר אין ספק כי בידו להציל ועל כן נשאלה השאלה:

הן לכאורה, גם אם יש רק ספק אם יוכל לסייע מדוע שלא יתחייב אדם לנסות ולהציל את חברו? הב"ח הסיק על כן כי מדובר שהמציל עצמו נכנס לסכנה ע"י פעולתו, וממילא אל לו לעשות כן, שהרי הוא מסכן חיים (את

אני ה' כבר נקטתי כך בעצמי והעדתי זכות על ישמעאל שעליו נאמר כי שמע ה' את קול הנער "באשר הוא שם", אף שעתידי הוא לחטוא כלפי ישראל, דן אותו ה' לכף זכות והעיד עליו כי בשעה זו זכאי הוא "ואין הקב"ה דן את האדם אלא בשעה שהוא עומד בה".

7 וראה עוד רמב"ם ספר המצוות (מצוות לא תעשה רצ"ז): "הזהירנו מלהימנע בהצלת נפש אחד מישראל כשנראהו בסכנת מוות או הפסד ויהיה לנו יכולת להצילו, כמו שיהיה טובע ואנחנו נדע לשחות ונוכל להצילו".

8 בדומה לכך נפסק בשולחן ערוך חושן משפט סימן תכ"ו: "הרואה את חברו טובע בים, או ליסטים באין עליו, או חיה רעה באה עליו, ויכול להצילו הוא בעצמו או שישכור אחרים להציל, ולא הציל; או ששמע עוברי כוכבים או מוסרים מחשבים עליו רעה או טומנים לו פח ולא גילה אוזן חברו והודיעו; או שידע בעובר כוכבים או באנס שהוא בא על חברו, ויכול לפייסו בגלל חברו ולהסיר מה שבלבו ולא פייסו, וכיוצא בדברים אלו, עובר על לא תעמוד על דם רעך (ויקרא י"ט, ט"ז)".

חיינו (שלו) ואסור לעשות כן. מותר להציל חיים רק בפעולה שהיא עצמה אינה מסוכנת לחיי המציל, ואין האדם מחויב להכניס עצמו בספק סכנה להצלת חברו.⁹

9 עם זאת מצינו דעות בפוסקים כי על אף שאין חובה להסתכן כדי להציל את הוולת הרי שרשאי המציל לעשות כן, והדבר נחשב למידת חסידות. כך למשל מציין הרב יעקב וינברג (בעל ה"שרירי אש") בקובץ "יד שאול" עמ' שצ"א ועמ' שצ"ג בהערה, כי מי שמחמיר על עצמו ומוסר את נפשו להציל את חברו "מיקרי קדוש וחסיד". לעניין זה ראה תשובתו של הרב משה פיינשטיין בשו"ת "אגרות משה" יורה דעה חלק ב' ענף ד' המתייחסת להשתלת אברים מן החי. הרב פיינשטיין מציין את שו"ת הרב"ז חלק ג' סימן תרכ"ז (המובאים בפתחי תשובה יורה דעה סימן קנ"ז ס"ק ט"ו) לפיהם אין אדם מצווה לסכן איבר מאבריו עבור קיום גופו של חברו, ומי שעושה כן אף מכונה כ"חסיד שוטה". הרב פיינשטיין מבהיר כי הטעם לכך הוא שהלאו של "לא תעמוד על דם רעך" הוא ככל הלאוין שמחויב להוציא כל ממונו כדי שלא לעבור על לאו אך אינו חייב לסכן איבר מאבריו לשם כך (ראה רמ"א יורה דעה סימן קנ"ז סעיף א' ובש"ך שם ס"ק ג'). ממילא אין אדם מחויב לחתוך אבר (כגון כליה) בשביל הצלת חברו. ובהתאם לכך, מכיוון שהלאו של "לא תעמוד על דם רעך" הוא ככל הלאוין, אין לחייב לאדם ליכנס בספק סכנה להצלת חברו מודאי סכנה, שהרי אסור לאדם להכניס את עצמו לספק סכנה כדי להינצל מעבירת כל הלאוין. אדרבה מחללים שבת אף כדי להירפא מספק סכנה. עם זאת הרב פיינשטיין מבהיר כי בכל שאר הלאוין אסור להחמיר ולסכן את עצמו כדי להימנע מלעבור עליהן, והעושה כן נקרא חובל בעצמו כמפורש בש"ך יורה דעה סימן קנ"ז ס"ק ב', וכל שכן שהוא מתחייב בנפשו ומאבד עצמו לדעת כשיכניס עצמו לספק סכנה במעשה בשביל איסורי לאוין. אבל בכל הנוגע ללאו של "לא תעמוד על דם רעך" - מותר לאדם להכניס עצמו בספק סכנה כדי להציל נפש חברו. הרב פיינשטיין מבהיר את הטעם לכך לפי דברי רש"י בסנהדרין דף ע"ד עמ' א' דיבור המתחיל "סברא". רש"י שם מציין כי הדין של "יהרג ולא יעבור" נובע מכך שכאשר אדם הורג נפש מישראל כדי להינצל יש שני חסרונות: אבוד נשמה ועבירה. לעומת זאת אם הוא ייהרג ולא יעבור יהיה רק חסרון אחד, של אבוד נשמה ואין חטא. רש"י מציין כי במקרה זה אין אפשרות לעשות שימוש בכלל של "וחי בהם" - שממנו נלמד הדין ש"פיקוח נפש דוחה שבת", כיון שבין אם האיש יהרוג ובין אם ייהרג - יש אבוד של נשמה אחת. אם כן, למה יהא מותר לעבור על עבירה בלא שתנצל עקב כך נפש כלשהי? מדברים אלו נמצאת למד כי נפשו של האדם שווה מחינת משקלה לנפש חברו וההכרעה אם לעבור על איסור מוכרעת על פי "חשבון" של רווח והפסד. ממילא שייך להתיר ספק נפש שלו בשביל ודאי נפש חברו, שהרי לקב"ה תצמח תועלת של הצלת נפש בישראל, וב"חשבון" הסיכונים הניצבים על כפות המאזניים בעשיית הפעולה אל מול המנעות ממנה, יש תועלת בפעולה האמורה. ובלשונו של הרב פיינשטיין:

"ואף שכתבתי דאף שאין האדם מחויב להכניס עצמו לספק סכנה בשביל הצלת נפש חברו מכל מקום רשאי דלא דמי לענין זה לשאר לאוין שאסור מאחר דניצול על כל פנים נפש מישראל שהוא אליבא דסברת רש"י דשוין נפש שלו ונפש של חברו, אין ראייה להתיר שיפקיר נפשו למיתה וראית בשביל הצלת נפש אחר ממיתה וראית, דהא

5. לעומת זאת, רבי יוסף קארו ב"בית יוסף" מביא את דברי "הגהות מימוניות" לפיו: "בתלמוד ירושלמי מסיק, כי אפילו להכניס עצמו בספק סכנה חייב"¹⁰. דברי הירושלמי (במסכת תרומות סוף פרק ח') הם אלו: רב אמי נשבה.

אמר רבי יונתן "יכרך המת בסדינו" (כלומר, יש להתייאש ממנו ואין לו אלא להכין לעצמו תכריכים).
אמר רבי שמעון בן לקיש, אני אלך להצילו, או שאני אהרג או שאהרוג. משהלך ברוח זו, הצליח לפייס אותם ונתנו לו את רבי אמי בחזרה.

לכאורה, יש כאן יציאה לקרב שיש בו סכנה, וריש לקיש היה מוכן להסתכן כדי להציל את חיי רעהו¹¹.

הטעם דמי יימר דרמא דירך סומק טפי דלמא דמא דההוא גברא סומק טפי הוא דבר ברור כדראה שכן נגזר מה' יתברך, ולכן אינו יכול לומר שאולי דמא דידיה סומק טפי, אף באופן שידוע שמעשיו יותר מתוקנים ממעשה חברו ... אבל להכניס עצמו רק לספק שאפשר שגם הוא יהיה אין ספק שלו עושה להחשיב כנגזר ודאי על פלוני שימות מאחר שאפשר שיוצלו שניהם לכן אף שאין לחייבו כדלעיל עכ"פ רשאי".

לעומת זאת, הרב וולדנברג פסק כי אסור לאדם להסתכן כדי להציל את זולתו. לעניין זה ראה: שו"ת ציץ אליעזר חלק ט' סימן מ"ה, וחלק י' סימן כ"ה פרק כ"ח. למקורות רבים ונוספים בהקשר זה ר' פרופ' אברהם שטיינברג אנציקלופדיה הלכתית רפואית, ערך "סיכון עצמי" עמ' 18 הע"ש 76-73, וכן אנציקלופדיה תלמודית ערך "הצלת נפשות". עמ' שמ"ט, והמקורות הרבים המובאים שם בהע"ש 81-83. בהקשר זה מובאים דברי הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק ב"משך חכמה" דברים ל"ד ח' כי קודם מתן תורה היה מותר לאדם להסתכן כדי להציל את חברו (ועל כן הסתכן משה להציל נפש של איש עברי שהוכה ע"י המצרי), אך לאחר מתן תורה "יש חוק ומשפט ואסור להסתכן עבור זה". והטעם הוא כי מתן תורה גיבש את העם לכדי "כלל ישראל" שנשמותיהם קשורים זה בזה וערבים זה לזה, כך שלכל נפש מישראל יש ערך לא רק עבור עצמו אלא גם כחלק מן הכלל. ממילא אדם לא רשאי להזיק לכלל כולו ע"י סיכון של אובדן נפשו.

10 הר"ן בחידושי לסנהדרין דף ע"ג עמוד א' מקשה: "כיוון שמצווה היא להרוג את הרודף כדי שינצל הנרדף, למה לי קרא של "לא תעמוד על דם רעך", פשיטא שהיא מצווה לטרוח בהצלתו? ותשובתו היא, כי מן הדין של רודף ניתן ללמוד חיוב הצלה רק לגבי מי שברור כשמש כי אם לא יצילהו הוא יטבע בנהר, אך מה הדין כשיש רק ספק סכנה? לכן בא הפסוק של "לא תעמוד על דם רעך" ומחדש כי מצווה על אדם לטרוח אף אם הסכנה היא בספק. הרב חיים חזקיהו מדיני, בספרו "שדי חמד" מערכת הלמד, כלל קמד מציין מקורות לפיהם אף אם יש חשש לחייו של המציל, חייב הוא להכניס עצמו לספק סכנה כדי להציל את חברו מודאי סכנה.

11 ודוק, היציאה לקרב בה עסקינן אינה בגדר מצב של מלחמה שאליה יוצא כלל ישראל, שכן גדריה של מלחמה שונים הם לחלוטין. ביחס למלחמה פוסק הרמב"ם בהלכות

הרב יוסף קארו ב"בית יוסף" על הטור הנ"ל וכן ב"כסף משנה" על הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פרק א' הלכה י"ד מבהיר את טעמו של הדין לפיו על אדם לסכן את חייו עבור הצלת חיי זולתו בכך:
"מפני שהלה ודאי והוא ספק".

6. בהתאם לכך, מציין הרב חיים חזקיה מדיני בספרו "שדי חמד" (מערכת האות ל' כלל קמ"ד בערך לא תעמוד על דם רעך) בשם הרב אברהם בן

מלכים פרק ז' הלכה ט"ו: "ומאחר שיכנס בקשרי המלחמה ... ישים נפשו בכפו ולא יירא ולא יפחד ולא יחשוב לא באשתו ולא בבניו אלא ימחה זיכרונו מלבו ויפנה מכל דבר למלחמה". כמו כן, ראה מנחת חינוך מצווה תכ"ה כי על אף שכל המצוות נדחות מפני פיקוח נפש שונה היא מלחמה, שכן התורה ציוותה לצאת למלחמת מצווה על אף שכדרך העולם נהרגים אנשים משני הצדדים במלחמה, וממילא "דחוויה היא סכנה במקום הזה". הראי"ה קוק בשו"ת משפט כהן סימן קמ"ג מוסיף ומבהיר כי מלחמה אינה נכללת בגדר הדין של "וחי בהם" - שהרי לעם ישראל הותר לצאת אף למלחמת רשות שאותה יוזם המלך כדי לשפר את המצב הכלכלי של העם. "ואיך מצינו היתר להכניס נפשות רבות בסכנה בשביל הרווחה? אין זאת אלא שמלחמה והלכות ציבור שונים הם.

הנצי"ב מוולוז'ין ב"העמק דבר" על בראשית ט' ה' מבהיר כי האיסור שנאמר בתורה לשפוך דמים אינו חל ביחס למלחמה, שהרי נאמר בפסוק "מיד איש אחיו אדרוש את נפש הארם" - אימתי אדם נענש? בשעה שראוי לנהוג באהווה, מה שאין כן שעת מלחמה, ו"עת לשנוא" - אז "עת להרוג" ואין עונש על זה כלל כי כך נוסד העולם... ואפילו מלך ישראל מותר לעשות מלחמת הרשות, אף על גב שכמה מישראל ייהרגו ע"י זה". וראה עור ביחס למלחמת הרשות את דבריו של הרב יצחק זאב סולובייצ'יק (הרב מכריסק) בספרו "חידושי מרן רי"ז הלוי" על הפטרת פרשת "בשלח" - "זבולון עם חרף נפשו למות" (הובאו להלן הערה 18).

הרב אליעזר יהודה וולדנברג בשו"ת ציץ אליעזר (חלק י"ב סימן נ"ז) התייחס לשאלה: "האם חייל מחויב או רשאי להכניס את עצמו בספק סכנה כדי להציל את חבריו החייל מסכנה ודאית, כגון שמוטל פצוע בשטח מסוכן וחשוף לאויב ואם לא ימהר ויחיש להוציא אותו מהשטח ימות כודאי מפצעיו, וכל הדומה לזה". הרב וולדנברג מביא את פסקו של הרב"ז לפיו אדם אינו צריך לסכן את חייו שלו כדי להציל את זולתו, אולם מציין כי דין זה לא נאמר ביחס למקרה של מלחמה "וכשם שהותרה עצם היציאה למלחמה למסיבותיה ולמשימותיה ולהכניס בסכנה עם רב, כך אחת מהלכותיה היא שכל אחד ואחד מאנשי הקרב מחויב למסור את נפשו להציל את משנהו מסכנה שנקלע בה מגרמת המלחמה... אדונינו דוד המלך מרבה במלחמת הרשות... וכו' הרי שמוותר ללחום מלחמת הרשות... וכן בזמן בית שני נראה דלא נמנעו מלכי בית חשמונאי הכשרים לצאת למלחמה לצרכי רווחה וכו'...". הרב וולדנברג מבהיר כי מלחמה היא מציאות שונה מבחינה הלכתית, שלגביה לא נקבעו הכללים הרגילים של פיקוח נפש, וזאת משני טעמים: א. מפני שכך נוסד העולם. ב. מפני שהלכות צבור והנהגת המדינה שונים הם, כמבואר בשו"ת חתם סופר חושן משפט סי' מ"ד.

הרב חיים פאלאג'י, בספרו "ויען אברהם" חלק חושן משפט סימן ב' כי לכאורה מדוע היה נחוץ לכתוב בתורה ציווי מפורש של "לא תעמוד על דם רעך" שממנו נלמד כי חובה על אדם להציל את חברו, הרי יש דין של "רודף" - שממנו נלמד כי כדי להציל את הזולת עושה אדם הכל - ואפילו נטילת חיים, אם כן ברור לגמרי שכל פעולה הפחותה מכך שאין בה נטילת חיים תהא אף היא מחוייבת כדי להציל את הזולת? ותשובתו היא כי בדין "לא תעמוד על דם רעך" נכללים שני חידושים, שאינם קיימים ביחס לדין "רודף": הדין האחד הוא - כי בניגוד לדין רודף שבו מותר להרוג רק מי שברור בודאות כי קם על חברו להרגו, חובת ההצלה של הזולת קיימת לא רק כשהסכנה ודאית, אלא אף כשיש רק ספק שמא תתעורר סכנה לחיי הזולת¹² יש חובת הצלה של הזולת. והדין השני הוא, כי בהתאם למבואר בדברי הירושלמי האמורים נמצא כי חובת ההצלה של "לא תעמוד על דם רעך" קיימת גם אם יש למציל חשש סכנה. אדם חייב אפוא להכניס עצמו לספק סכנה כדי להציל את חברו מסכנה ודאית.

7. הרב יוסף באב"ד ב"מנחת חינוך" מצווה רל"ז באות (ד) מקשה על השיטה האמורה שאותה ראינו ב"הגהות מימוניות" ובמקורות נוספים כי אדם מחוייב לסכן עצמו כדי להציל את רעהו: "כיוון שהדין של "לא תעמוד על דם רעך" הוא רק לאו, ואינו עושה מעשה כלל בעוברו על הלאו, למה יתחייב להכניס עצמו בספק סכנה, והלא "וחי בהם" כתיב (ויקרא י"ח, ה) ופיקוח נפש דוחה הכל ואפילו ספק פיקוח נפש דוחה הכל? ואם משום פיקוח נפש של הזולת, זה דווקא בעושה מעשה של נטילת חיי זולתו, שחייב למסור עצמו ולא להרוג את חברו, משום "מאי חזית דמא דידך סומק טפיי"? אבל, אם רוצים להפילו על חברו (כשהוא עצמו

12 מקורו של הסבר זה בר"ן על מסכת סנהדרין דף ע"ג עמוד א', בו מצינו כדלהלן: "ואם תאמר, מכיוון שמצווה היא להרוג את הרודף כדי שיציל את הנרדף, למה לי קרא (פסוק) של "לא תעמוד על דם רעך", פשיטא שהוא מצווה לטרוח בהצלתו, כגון טובע בנהר או ליסטים באים עליו? ויש לומר, שמקרא דניתן להצילו בנפשו (של רודף) לא שמעינן אלא כמי שברור לו כשמש שהוא רוצה להרגו, וכהאי גוונא כמי שברור לו כשמש שיטבע אם לא יצילוהו, הוא דמחוייב להצילו, אבל על הספק לא שמעינן מירי, משום הכי בא הפסוק של "לא תעמוד על דם רעך" לומר, שהוא מצווה ליטרוח בו אף על הספק".

פסיבי) אין צריך למסור עצמו, ואדרבה שמא דמו שלו סמוק טפי¹³. אם כן, הוא הדין בספק סכנה גם כן אין צריך למסור עצמו היכן שלא עשה מעשה¹⁴?

8. כלומר, לגישת הירושלמי ההכרעה נעשית על פי כללים של "אין ספק מוציא מידי ודאי".

ואילו ה"מנחת חינוך" מקשה כי לכאורה צריך הדין להיות שספק של סכנה לגבי חיי האדם עצמו דוחה את הסכנה הוודאית ביחס לחיי זולתו, כאשר אין האדם מבקש להמית את רעהו כדי להציל את עצמו, אלא להיפך מבקש שלא לסכן את חייו ולהיות פסיבי, לנוכח ספק פיקוח נפש של עצמו. ואכן, הרב מאיר שמחה הכהן מדווינסק ב"אור שמח" (על הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פרק ז' הלכה ו') מוכיח כי גם הרמב"ם גורס שלא מוטל על אדם להיכנס לסכנת פיקוח נפש כדי להציל את חברו, שהרי הרמב"ם פוסק שם כי רוצח בשגגה שגלה לעיר מקלט:

"אינו יוצא מעיר מקלטו לעולם ואפילו לדבר מצווה או לעדות, בין ערות ממון בין עדות נפשות ואפילו להציל נפש בעדותו או להציל מיד הגייס או מיד הנהר או מיד הדליקה ומן המפולת, ואפילו כל ישראל צריכים לתשועתו כיוצא בן צרויה אינו יוצא משם לעולם עד מות הכהן הגדול, ואם יצא התיר עצמו למיתה".

ולכאורה מדוע אינו יוצא מעיר המקלט? הרי פיקוח נפש דוחה כל מצוות שבתורה? ומכל שכן פיקוח נפש של כל ישראל? אין זאת, אלא שהדבר נובע מכך שהקב"ה הכיר בטבעו של אדם, וידע כי אם יחס לב גואל הדם הוא יהרגו. ממילא נמצא כי הרוצח בשגגה מכניס עצמו לספק סכנה ברגע שהוא יוצא מעיר המקלט, שהרי גואל הדם עלול להרגו¹⁵. ואל לו לאדם להכניס

13 כך מציינו בתוספות מסכת יומא דף פ"ב עמוד א' דיבור המתחיל "מה"; רא"ש כתובות דף ג' עמ' ב'; ר"ן פסחים דף כ"ה עמ' ב', והדברים מובאים להלכה ברמ"א על שולחן ערוך יורה דעה סימן קנ"ז, סעיף א'.

14 ה"מנחת חינוך" מסיים בהקשר זה "באמת דין זה מביא הגהות מימוניות בשם הירושלמי צריכים אנו לקבל באימה. ומכל מקום למעשה צ"ע דין זה, ונראה לי שעל כן השמיטוהו הראשונים שאינם סוברים כן".

15 לעומת זאת, הרב מאיר דן פלאצקי, ב"כלי חמדה" על פרשת פנחס ציין כי אדם חייב להכניס עצמו לסכנה כדי להציל את חברו, ובהתאם לכך היה לכאורה צריך להיות הדין כי לרוצח בשגגה יהיה מותר לצאת מעיר המקלט כדי להציל את זולתו וממילא היה גואל הדם ההורגו חייב, ורק מכיוון שנפסק כי אסור לו לצאת מעיר המקלט מותר לגואל הדם להרגו. כלומר, הדין שגואל הדם הורגו, הוא תוצאה מכך שאסור לו

עצמו בספק סכנה עבור הצלת חברו מסכנה ודאית¹⁶.

9. בדומה לכך עולה לכאורה מפסקו של הרמב"ם בהלכות אישות הלכה י"א: "אישה כל זמן שהיא מניקה את בנה... פסקו לה מזונות הראויות לה והרי היא מתאוה לאכול יתר או לאכול מאכלות אחרות מפני חולי התאוה שיש לה בבטנה הרי זו אוכלת משלה כל מה שתרצה ואין הבעל יכול לעכב ולומר שאם תאכל יתר מדי או תאכל מאכל רע ימות הוולד מפני שצער גופה קודם".

מהלכה זו עולה לכאורה כי האישה יכולה להעדיף את עצמה ולהימנע מצער גופה, אף כאשר בכך היא מביאה את הוולד לכלל סכנה שמא ימות, ולא יחול הדין של "לא תעמוד על דם רעך" על אף שיש ספק שמא ימות הוולד, שכן לאישה יש צער מכך. הלכה זו הובאה גם בשולחן ערוך (אבן העזר סימן פ' סעיף י"א), כדעה של "יש מי שאומר".

ביחס לכך תמה ה"חלקת מחוקק" שם בס"ק כ"ב: אם לולד ספק סכנה ולה אין סכנה רק צער היאך נקבע כי מחמת צערה של האישה יותר לה לסכן את הולד? ואם מדובר במקרה שבו גם חייה של האם מצויים בסכנה, מדוע מובאים הדברים בשולחן ערוך בשם "יש מי שאומר" - וכי יש מי שחולק על כך שחייה קודמים?

על שאלה זו משיב ה"בית שמואל" שם בס"ק ט"ו כי בהחלט ניתן לבאר את הדברים כמכוונים למצב שבו הוולד מצוי בספק סכנה ועל אף זאת מותר

לצאת מעיר המקלט, ואין זה הטעם לדבר. כמו כן ראה דברי הרב מאיר יחיאל וינברג ב"שורת שרידי אש" חלק א' עמ' שי"ד כי הטעם לכך שאסור לו לצאת מעיר מקלט גם כדי להציל נפשות נעוץ בגזירת הכתוב ומדרשת הפסוק. לדיון נרחב בעניין זה ראה דברי הרב שמואל חיים דומב "יד לחכמה" על דברי ה"משך חכמה" שמות פרק ד' פסוק י"ט.

16. הרב מאיר שמחה הכהן מציין כי הדיוק האמור בדברי הרמב"ם מנוגד לכאורה לדברי "הגהות מימוניות" בשם הירושלמי במסכת תרומות, אך "מירושלמי גופיה אינו מוכח (שצריך להסתכן כדי להציל את חברו) למעיין היטב בו". וכנראה שכוונת הדבר היא כי מכיוון שריש לקיש היה מיומן בקרב, לא היה בכך סיכון ממשי. וראה להלן דברי ה"משנה ברורה" כי אל לו לאדם לנקוט בזהירות מופלגת בחששות שיביאוהו להימנע מהצלת חיי זולתו. כמו כן, מציין הרב מאיר שמחה הכהן בספרו "משך חכמה" שמות ד' י"ט על הפסוק "לך שוב מצריים כי מתו כל האנשים" כי מכיוון שלא נשקפה עוד סכנה למשה, הוא יכול היה לשוב ולהציל את העם, אך אלמלא כן היה מנוע מכך, מכיוון שאסור לאדם לסכן את חייו כדי להציל את חיי זולתו.

לאישה לאכול. בהקשר זה מציין הבית שמואל את שמצינו במסכת נדרים דף פ' עמ' ב' כי אם אין מספיק מים מותר לבני עיר שהמעייין נובע בתחומם להשתמש במימיו לכביסה, על אף שבכך נמנעת האפשרות מבני עיר אחרת לשתות למחיתם, שכן "כביסתם וחיי אחרים - כביסתם קודמת". מכאן שצער גופו של האדם עצמו קודם לספק סכנת חיים של אחרים ואין חיוב הצלה חל במקרה זה¹⁷. ברם, שבאחרונים מוצאים אנו כי דברי הרמב"ם נפסקו רק ביחס למצב שבו האישה עלולה לסכן את חייה ממש אם לא תאכל, ואין המדובר בצער גוף גרידא אלא בסכנת חיים. לעומת זאת, החשש לחיי הילד היונק אינו כה מהותי. בהתאם לכך, מציין הרב חיים עוזר גרודז'נסקי בשו"ת אחיעזר (חלק ג' סימן ט"ז) כי אין חובה על אדם להכניס עצמו במצב של חשש סכנת חיים, כאשר מנגד לא ניצב ודאי פיקוח נפש של הזולת אלא רק ספק וחשש בלבד.

10. לאור דעות אלו, כי אדם אינו צריך להיכנס לספק סכנה כדי להציל את חברו, פסק הרב שנאור זלמן מלאדי, ב"שולחן ערוך הרב", (חושן משפט, הלכות נזקי גוף ונפש הלכה ז) כי "ספק נפשות להקל". ובלשונו: "הרואה את חברו טובע בים או ליסטים באים עליו, ויכול להצילו הוא בעצמו או לשכור אחרים להצילו, חייב לטרוח ולשכור ולהצילו, וחוזר

17 עם זאת, ה"בית שמואל" מקשה שכן עיון בגמרא שם במסכת נדרים מלמד כי זוהי דעתו של רבי יוסי אך חכמים חולקים עליו וסוברים כי יש להעדיף את חיי הזולת על צער הגוף ומוטלת עליהם חובת הצלה במקרה זה, ואם כן מניין לרמב"ם לפסוק כר' יוסי, שהוא דעת יחיד וכנגד דעתם החולקת של חכמים? הרב אפרים זלמן מרגליות בספר "בית אפריים" אבן העזר סימן ס"ו, מעמיק את השאלה בציינו כי גם לדעת רבי יוסי הותר להעדיף את הכביסה על חיי האחרים רק מכיוון שלדעתו של רבי יוסי גם כביסה (באותם ימים) הייתה עניין של פיקוח נפש. ממילא הותר לבני העיר שבה המעיין להעדיף את חיים מכיוון שחיי האדם קודמים לחיי זולתו. אבל, לאכול מאכל שאין בהימנעות מאכילתו משום פיקוח נפש, ובכך לסכן את חיי הזולת, אין לכאורה כל היתר גם לדעת רבי יוסי. על כן, מיישב הוא את דעת הרמב"ם והשו"ע כמתייחסים למצב שבו צער האישה כה גדול שהיא מסכנת את חייה אם לא תאכל את המאכל שהתאוותה לו, ומאידך גיסא הסכנה לחיי הילד היונק אינה מהותית. נמצא אפוא לשיטתו כי אין ללמוד מדברי הרמב"ם שהחובה של "לא תעמוד על דם רעך" בטילה במקום שבו אדם מסתכן. נראה על כן, כי מטעם זה הביא ה"אור שמח" ראייה עקיפה להוכיח שאדם אינו מחויב להסתכן, רק מפסיקת הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פרק ז' בנוגע לאדם המצוי בעיר מקלט וישראל צריכים לו, ולא הביא ראייה מפורשת מהלכה זו בהלכות אישות פרק כ"א. לעניין דנא ראה עור "בית מאיר", שם סעיף י"ב, "שאילת דור" חלק ב' אבן העזר סימן ו' הגהה ד', וראה עור "דברי חיים" אבן העזר סימן י"ח, דיבור המתחיל "ובעניין".

ונפרע ממנו אם יש לו ואם לאו (שאינן לניצל ממון להשיב את הוצאות הצלתו - ו.א.) לא יימנע (מלהצילו). ואם נמנע עובר על "לא תעמוד על דם רעך".

ואפילו להיכנס בספק סכנה יש אומרים שצריך, כדי להציל את חברו ממתתה ודאית. ויש חולקים בזה, וספק נפשות להקל".

11. ב"משנה ברורה" (סימן שכ"ט ס"ק י"ט) נפסק כי כשם שאין אדם מחויב להכניס עצמו לסכנה כדי להציל את חברו, שכן חייו קודמים לחיי חברו, כך גם במקרה של "ספק סכנה גם כן עדיף ספקו שלו מודאי של חברו"¹⁸. עם זאת ה"משנה ברורה" מסיים את פסקו שם, כי החשש של אדם להסתכן בסכנת חיים חייב להיות מוחשי וסביר, ואין הוא רשאי לנקוט בזהירות מופלגת גרידא בחששות שיביאוהו להימנע מהצלת חיי זולתו, ובלשונו:

"צריך לשקול הדברים היטב אם יש בו ספק סכנה ולא לדקדק ביותר, כאותה שאמרו: המדקדק עצמו בכך בא לידי כך"¹⁹.

18 בספר ה"חינוך" מצווה תכ"ה מצויין כי הדין של כילוי שבעת העמים שמהם נכבשה הארץ נוהג אף הוא רק כאשר "בא לידו אחד מהם ויכול להרגו - מבלי שישתכן בדבר". ובחידושי הרב יצחק זאב הלוי סולובייצ'יק (הרב מבריסק) על התורה, פרשת "בשלח", ביחס לפסוק "זבולון עם חרף נפשו" כתב כי דברי החינוך לא מתייחסים למצב של מלחמה, שכן במלחמה אין משגיחים על סכנת נפשות, שכן זהו "דין מדיני המלחמה", והרי יוצאים גם למלחמת הרשות. אבל המצווה עצמה היא ככל המצוות שנדרחות מפני פיקוח נפש. וראה בשו"ת חוות יאיר בסוף סימן קמ"ו, וכן בספר "יד אליהו" (מלוברלין) סימן מ"ג.

19 הרב אברהם צבי איזנשטט ב"פתחי תשובה" על שולחן ערוך יורה דעה סימן קנ"ז ס"ק ג' מציין את דברי התפארת ישראל על המשנה במסכת ברכות פרק א' משנה ג', לפיו מותר לאדם להכניס עצמו "לספק סכנה במקום שבו הנזק לא שכיח" וזכות המצווה שהוא עוסק בה תגן עליו, והראיה היא מן הסוגיה במסכת ערובין דף כ"א עמוד ב' בה מצינו:

"תנו רבנן, מעשה ברבי עקיבא שהיה חבוש בבית האסורים והיה רבי יהושע הגרסי משרתו. בכל יום ויום היו מכניסים לו מים במידה. יום אחד מצאו שומר בית האסורים: אמר לו היום מימך מרובים, שמא לחתור בית האסורים אתה צריך?! שפך חציים ונתן לו חציים. כשבא (רבי יהושע) אצל רבי עקיבא, אמר לו (רבי עקיבא): יהושע, אין אתה יודע שזקן אני וחיי תלויים בחייך? סח לו כל אותו המאורע. אמר לו (רבי עקיבא לרבי יהושע): תן לי מים שאטול ידי. אמר לו (רבי יהושע): לשתות אין מספיקים (המים) ליטול ידיך מספיקים? אמר לו (רבי עקיבא) ומה אעשה שהעובר על דברי חכמים חייב מיתה? מוטב אמות מיתת עצמי ולא אעבור על דעת חברי. אמרו (חכמים): לא טעם (רבי עקיבא) כלום עד שהביא לו (רבי יהושע) מים ונטל ידיו. כששמעו חכמים בדבר אמרו מה בזקנותו כך בצעירותו על אחת כמה וכמה, ומה בבית האסורים נהג כך - שלא בבית האסורים על אחת כמה וכמה".

12. כדי לעמוד על מהותה של מחלוקת זו, בשאלת החיוב של האדם לסכן את נפשו שלו כדי להציל את רעהו, מן הראוי לעיין בסוגיה במסכת סנהדרין דף ע"ד עמוד א':

(א) בסוגיה זו מצינו "אמר רבי יוחנן משום ר"ש בן יהוצדק נימנו וגמרו בעליית בית נתזה בלוד: כל עבירות שבתורה אם אומרים לאדם עבור ואל תהרג, יעבור ואל יהרג, חוץ מעבודת כוכבים וגילוי עריות ושפיכות דמים". בהתאם לכך מבהירה הגמרא שם, כי אם מאיימים על חייו של אדם ואומרים לו להרוג באופן אקטיבי את רעהו, שאם לא כן יטלו את חייו שלו, אין הוא רשאי להעמיד את קיומו האישי מעל לכל, אלא "יהרג ואל יעבור".

(ב) בכל הנוגע לדחיית הדין של "פיקוח נפש" מפני איסור שפיכות דמים מבהירה הגמרא כי מקורו של דין זה, נעוץ בסברא.

הגמרא מביאה בהקשר זה את דברי רבא, אודות אדם שאיים עליו ארון העיר כי יהרוג את פלוני שאם לא כן, יהרוג ארון העיר אותו עצמו. אמר לו רבא "ליקטלוך ולא תיקטול" (יהרגו אותך ואל תהרוג אתה אחרים), שכן "מי יימר דדמא דידך סומק טפי (מי אומר שדמך שלך סמוק יותר מדמו של האחר) דילמא דמא דהוא גברא סומק טפי" (אולי דמו של האחר סמוק יותר).

(ג) סברא זו מבוארת ע"י רש"י שם כדלהלן:

"סברא הוא - שלא תדחה נפש חברו, דאיכא תרתי, אבוד נשמה ועבירה, מפני נפשו, דליכא אלא חדא אבוד נשמה והוא לא יעבור, דכי אמר רחמנא לעבור על המצות משום וחי בהם משום דיקרה בעיניו נשמה של ישראל, והכא גבי רוצח כיון דסוף סוף איכא איבוד נשמה למה יהא מותר לעבור - מי יודע שנפשו חביבה ליוצרו יותר מנפש חברו - הלכך דבר המקום לא ניתן לדחות.

מאי חזית דדמא דידך סומק טפי - מי יודע שיהא דמך חביב ונאה ליוצרך יותר מדם חברך, הלכך אין כאן לומר וחי בהם ולא שימות בהם, שלא התיר הכתוב אלא משום חביבות נפשם של ישראל לקדוש ברוך הוא, וכאן שיש אבוד נפש חברו לא ניתן דבר המלך לדחות שצווה על הרציחה".

נמצא אפוא כי רכי עקיבא הכניס עצמו לספק סכנה בשביל לקיים את מצוות נטילת ידיים, שכן היה סומך שלא יניח לו שומר האסורים למות בצמא. בהתאם לכך, לא יכול אדם לומר כי אינו רוצה למשל לנסוע לעיר אחרת לשם הצלת הזולת, שכן יש סכנה של תאונת דרכים בנסיעה במכונית.

כלומר, על כפות המאזניים ניצבים מחד גיסא חייו של הזולת ומאידך גיסא ניצבים חייו שלו - ביחד עם עבירה של רציחה. בשתי החלופות ייהרג אדם ויקופד פתיל חייה של נפש מישראל, אלא שאם חלילה יהרוג הוא את זולתו, הרי שבנוסף לאובדן חיים, תוכתם נפשו שלו בעוון רציחה. לעוון זה אין הצדקה, שהרי הוא לא חוסך חיים. שמא תאמר, כי בכך מציל הוא את נפשו שלו, שהיא עדיפה על נפש זולתו? על כך משיב רבא בסברא כי דם הוא דם, ואין הברל מבחינת קדושת החיים בין נפש לנפש. אין לנפשו ערך עודף על פני נפש חברו. מעשה עבירה ניתן לעשות רק אם חיים ינצלו עקב כך, ובמקום שבו מדובר בעבירה של רציחה ממילא יקפד פתיל חיו של אדם, ועל כן אין לכך כל היתר.

(ד) בהתאם לכך מתבארים דברי התוספות שם (בעמוד ב' דיבור המתחיל "והא אסתר פרהסיא הואי") כי אדם מחויב להיהרג ולא לעבור ולרצוח ע"י מעשה שעשה, אבל כלל זה אינו חל ביחס לגרימת מוות באופן פסיבי. ובלשונו:

"אבל, היכא דלא עביד מעשה, כגון שמשליכין אותו על התינוק ומתמעך, מסתברא שאין חיוב למסור עצמו, דמצי אמר, אדרבא מאי חזית דדמא דחבראי סומק טפי. דילמא דמא דידי סומק טפי? כיוון דלא עביד מעשה".

כלומר, אסור לאדם לשפוך את דם חברו כדי להציל את נפשו שלו, שכן דם רעהו אינו פחות סמוק מדמו שלו. אך מאידך גיסא, דמו שלו אינו פחות סמוק מדם רעהו, ועל כן אין הוא מחויב למסור את נפשו כדי שרעהו לא יומת על ידו באופן פסיבי. וההבדל בין המתת רעהו באופן אקטיבי לבין הריגתו באופן פסיבי מבואר על פי סברתו של רש"י, באופן הבא:

כאשר צריך אדם להרוג כדי שלא להרג, הרי שנשמה תאבד בכל מקרה, ואילו ידיו שלו יוכתמו בחטא ההריגה שעשה. לעומת זאת, אם הגוי זורק אותו על תינוק וע"י כך גורם למות התינוק, הרי שידיו של הגוי הם ששפכו את הדם הזה, ולא ידיו של מי שהושלך על הילד בעל כורחו. נמצא כי הוא עצמו לא יוכתם בעבירה כתוצאה ממות התינוק ועל כפות המאזניים ניצבים חייו שלו מול חיי זולתו (התינוק שיומת) - בלא שתתווסף לכך עבירה כלשהי. ממילא מובן, כי מותר לו להיות כחומר ביד הרוצח בלא שיחויב להרוג את עצמו, שהרי אדרבה, אם יפיל עצמו למיתה, הוא מבקש להעדיף את נפש הזולת

על פני נפשו שלו והכלל הוא כי אין לנפש כלשהי מישראל ערך עורף על זולתה.

(ה) אמור מעתה: לעולם נפש אחת אינה עדיפה על רעותה, וה"חשבון" הנעשה ביחסים בין נפש לנפש הוא חשבוננו של ריבון העולמים²⁰ (האם תנצל נפש אחת בעולם והאם תיחסך עבירה), ואין המדובר בחשבוננו של האדם עצמו שנפשו אינה עדיפה על נפש זולתו.²¹

(ו) בהתאם לכך, מובנת לחלוטין שיטת התלמוד הירושלמי כי הנושא של "לא תעמוד על דם רעך" מוכרע לפי הכלל של "אין ספק מוציא מידי ודאי, שהרי כאשר יש מצד אחד "וראי" פיקוח נפש של האיש שיש צורך דחוף להצילו, ומצד שני ספק פיקוח נפש של מי שמסתכן בפעולת ההצלה, נמצא כי מבחינת חשבוננו של בורא עולם נדחה הספק מפני הודאי. מזווית ראייה זו ברור כי מוטל על האדם להציל את זולתו ואף להסתכן לשם כך, בלא שנכנס לשאלת החשבון האישי של האיש המסתכן במעשהו זה.

13. לעומת זאת, כדי להבין את שיטת הפוסקים כי אין אדם מחויב להכניס עצמו לספק סכנה כדי להציל את חברו, יש לעיין בסוגיה במסכת בבא מציעא דף ס"ב עמ' א'.

(א) בסוגיה זו מצינו:

"שניים שהיו מהלכין בדרך וביד אחד מהן קיתון של מים, אם שותין שניהם מתים, ואם שותה אחד מהן מגיע ליישוב.
דרש בן פטורא: מוטב שישתו שניהם וימותו, ואל יראה אחד מהן במיתתו של חברו.
עד שבא רבי עקיבא ולימד: "וחי אחיך עימך" - חייך קודמים לחיי חברך"²².

20 ראה בהקשר זה את דבריו של הרב פינשטיין לעיל הערה 9.

21 וראה א. כי טוב, בספרו "חסידים ואנשי מעשה" בפרק המכונה "במעלות התמימות התמה" המוקדש לרבי בונם מפשיסחא לפיו היה הרבי רבי בונים אומר "איני רוצה להתחלף עם אברהם אבינו במדרגות, שאהיה אני במקומו והוא במקומי. כי מה רווח יצא מזה? שוב לא יהיה אלא אברהם אבינו אחד ובונים אחד..."

22 ברומה לכך מצינו במסכת נדרים דף פ' עמ' ב' התייחסות ל"מעייין של בני עיר", אשר רש"י מבאר כי היה "מושך והולך לעיר אחרת ואין בו אלא כדי סיפוק שתייתן של בני אותה העיר". במקרה זה הכלל הוא "חיהן וחיי אחרים - חיהן קודמין לחיי אחרים, כהמתם ובהמת אחרים - בהמתם קודמת לבהמת אחרים, כביסתם וכביסת אחרים - כביסתם קודמת לכביסת אחרים".

- (ב) על הפסוק (ויקרא י"ט, י"ח) "ואהבת לרעך כמוך" מצינו בספרא: "ואהבת לרעך כמוך – רבי עקיבא אומר זה כלל גדול בתורה. בן עזאי אומר: "זה ספר תולדות אדם" – זה כלל גדול מזה".
- (ג) המלבי"ם שם מבהיר, כי זוהי אותה מחלוקת עצמה וכי רבי עקיבא לשיטתו ואילו בן עזאי נוקט בגישתו של בן פטורה. המלבי"ם מבהיר כי יסוד המחלוקת הוא זה:
- (1) אדם שאוהב את רעהו – כמוהו, שם במרכז ההוויה את עצמו, וחשבון הערכים שלו – נע סביב הווייתו שלו. קנה המידה שלו ליחס אל חברו, הוא – יחסו אל עצמו.
- (2) לעומת זאת, לדעת בן עזאי אין די בכך והיחס אל הרע נגזר מהיותו צלם אלוקים – כאשר במרכז ההוויה ניצב חשבון שמימי – מזווית הראיה של הקב"ה עצמו, ואצלו אין נפקות בין נפש לנפש. על כן, לדעת בן עזאי הכלל הגדול ביותר הוא "זה ספר תולדות אדם", שכן גם אם אדם בוחר שלא לאהוב את עצמו – מחויב הוא לשים בראש סולם ערכיו את הדאגה לרע, כמי שתולדותיו נעוצים בכריאה האלוקית ובהיותו נזר הבריאה, ובהתאם לחשבון הערכים הנעשה מזווית הראיה של הקב"ה. בהתאם לכך אדם אינו יכול להעדיף את חייו שלו על פניו אלו של זולתו ושניהם שותים מן הקיתון.
- את ההוראה של בן פטורה כי ישתו שניהם מכאן על כן, ה"מנחת חינוך" מצווה רצ"ו כי גם אין אף אחד מהם רשאי ליטול את מלא הקיתון לעצמו, שהרי על כל אחד מהם מוטל לא לעמוד על דם רעהו. שניהם שווים בפני הבורא, וכל אחד מצווה להחיות את חברו כמוהו. בהתאם לכך מוצא ה"מנחת חינוך" נפקות מעניינת במקום שבו אחד מהם הוא קטן, שאינו חייב במצוות, שאז הגדול מחויב לתת את הקיתון לקטן, ואילו הקטן אינו חייב מצידו להחזיר לו את הקיתון שהרי אינו חייב במצוות "לא תעמוד על דם רעך". ממילא, במקרה זה ישתה הקטן את הקיתון כמלואו²³.

23 לעומת זאת ב"חזון איש" סנהדרין ליקוטים סימן כ"ו, מצינו כי הטעם לשיטת בן פטורה הוא, כי אינו רשאי לשתות את כל המים בעצמו, מפני שכששותים שניהם יש לשניהם הצלה של חיי שעה, ואין חיי עולם שלו דוחים חיי שעה של חברו, או מכיוון שיש סיכוי כי בזמן הזה – יזדמנו להם מים ואם לא יתן לחברו הריהו הורגו בוודאי. לדעת בן פטורה חייב הוא אפוא להיכנס לספק סכנה כדי למנוע מוות ודאי של חברו. בהתאם להסבר זה ראה דברי הרב א. י. אונטרמן "שבט מיהודה" שער א' פרק ח' כי אם אין המדובר

(3) לעומת זאת, לדעת רבי עקיבא במרכז ערכיו של האדם ניצבת ההוויה הקיומית שלו עצמו, ואת הרע עליו להשוות אל עצמו, כל עוד שהדבר אינו עולה לו במחיר חייו. במרכז החשבון הערכי של האדם - ניצבת הווייתו שלו והחוק של "וחי בהם" לפיו התורה היא תורת חיים שניתנה לאדם, כדי לקיימו ולהחיותו. על כן, כאשר יש לאדם רק קיתון אחד של מים, הרי שהוא מחויב להציל את נפשו שלו גם אם בכך יראה במיתת חברו, שכן הכלל הוא כי חייו קודמים לחיי חברו.

(ד) מסוגיה זו נמצאו למדים אפוא כי שיטת הירושלמי המובאת לעיל תואמת את דברי בן פטורא, אולם ההלכה נפסקה כשיטת רבי עקיבא לפיה חיי האדם קודמים לחיי זולתו, ולכן כאשר יעמדו על המאזניים סכנתו שלו, לעומת סכנת חיי זולתו הרי שחייו שלו קודמים לחיי חברו, ולא מוטל עליו לסכן את עצמו כדי להציל את חברו.

(ה) ממילא מובנת שיטת הפוסקים כי לא ניתן להכריע מערכת שיקולים זו על פי הכלל של "אין ספק מוציא מידי ודאי", שהרי הספק והוודאי אינם במישור אחד, הודאי הוא ביחס לחיי זולתו ואילו הספק מתייחס לחיי עצמו²⁴ - וחיייו שלו קודמים לחיי זולתו.

14. בדרך זו מבהיר המהר"מ שיק (חלק יורה דעה סימן קנ"ה) כי רבי עקיבא דרש את הפסוק "וחי בהם" - חייו קודמים לחיי חברך. ולכאורה מדוע היה צריך לדרוש כי חייו קודמים לחיי חברו, הרי די בכך שחייו שווים בערכם לחיי חברו, שכן דמו של האחד אינו סמוק מדם רעהו, כדי שלא יחול חיוב לתת את המים לזולת ולוותר בכך על חייו שלו?

בחיי שעה הנותנים סיכוי להצלה עתידית, אלא מדובר למשל שני אנשים טובעים בים ואחד מהם מצא חגורת הצלה שרק האחד יכול להיאחז בה ולהינצל, ואם יחזיקו בה שניהם יטבעו שניהם, הרי שאף לכן פטורא מוטל עליו להציל את עצמו ולא נאמר כי מוטב שימותו שניהם ואל יראה אחד במיתת חברו. וראה דברי הנצי"ב מוולוז'ין ב"העמק שאלה" על פרשת שלח, סוף סימן קמ"ז.

24 הדברים מקבלים משנה תוקף בהתאם להסברו האמור של ה"חזון איש" לשיטת בן פטורא כי מדובר בקיתון המבטיח חיי שעה שבהם עשויים להינצל חיי שניהם, נמצא כי מה שעומד על כפות המאזניים הוא ספק סכנה של המציל מול מיתתו הודאית של חברו אם לא ישתה עכשיו. וביחס למקרה זה עצמו סבור בן פטורא כי מוטל עליו להסתכן כדי להציל את חברו ממוות ודאי, ואילו רבי עקיבא סובר כי חייו קודמים לחיי חברו גם במצב של ספק מול ודאי. נמצאת למד כי לשיטת רבי עקיבא, אדם אינו חייב להיכנס לספק של סכנת חיים כדי להציל את זולתו. שיטה זו היא שנפסקה להלכה ע"י הפוסקים.

והתשובה היא כי רבי עקיבא התייחס למקרה שבו לא היה ברור כי עם נתינת המים יקפח הנותן את חייו, ומדובר היה רק במצב שבו יש לחוש שמא ע"י נתינת המים הוא מסתכן. על כן בא רבי עקיבא לחדש כי לא יחול הכלל של "אין ספק מוציא מידי וודאי" וגם אם לחבר יש סכנה ודאית ולו עצמו רק חשש - אין הוא מחוייב להסתכן שכן חייו קודמים לחיי חברו ולא רק שווים להם.

לעומת זאת התלמוד הירושלמי המחייב להסתכן כדי להציל את הזולת, במצב של ספק (סכנה שלו) שאינו מוציא מידי ודאי (מוות של חברו) - פוסק כדעת בן פטורא לפיו חייו אינם קודמים לחיי זולתו אלא רק שווים להם. ומסיים המהר"מ שיק "ואנן קיימא לן כרבי עקיבא". ואכן, בשו"ת הרדב"ז (חלק ה' סימן אלף תקפ"ב) נפסק כי אף כאשר בפנינו ספק סכנה לעצמו, (ולא רק ספק מוכרע אלא אף ספק שקול) מול ודאי סכנה של חברו - לא מוטל עליו להסתכן עבור חברו. רק כאשר הספק שלו נוטה אל ההצלה - ולמעשה הוא לא יסתכן - מוטל עליו להציל את חברו ואם לא עשה כן עובר על "לא תעמוד על דם רעך".

15. יושם אל לב כי מקום שבו נדחים חיי הזולת מפני חייו שלו, כאמור לעיל, לא זו בלבד שאין חובה לוותר על חייו עבור חברו ולא חל הלאו של "לא תעמוד על דם רעך" - אלא שהדין הוא כי אסור לו לוותר על חייו. כך מבהיר הרב אונטרמן בשו"ת שבט מיהודה (שער ראשון, בענייני פיקוח נפש, עמ' ט"ז) "נראה שדין 'חייך קודמין' הוא דין מוחלט ולא רק זכות קדימה, אלא שמחוייב להציל עצמו ואין לו רשות לוותר על חייו²⁵. וב"שולחן ערוך הרב" (לרב שניאור זלמן שניאורסון מלאדי) בהלכות נזקי גוף ונפש סעיף ד' אומר כי אין לאדם רשות על גופו כלל". כלומר, האדם אינו בעלים על גופו כלל²⁶.

25 עם זאת, ראה המקורות שהבאנו בהע"ש 9 לעיל, כי על אף שאין חובה להסתכן כדי להציל את הזולת הרי שרשאי המציל לעשות כן, והדבר נחשב למידת חסידות.

26 נפש האדם אינה קניינו אלא קניין הקב"ה שנאמר "הנפשות לי הנה" (יחזקאל י"ח ד') ולכן אין הורגים ואין מלקים אדם על פי הודאת עצמו ואין אומרים "הודאת בעל דין כמאה עדים" כמו שאומרים בדיני ממונות, שכן ממונו של אדם שלו הוא, ואילו נפשו וגופו - אינם שלו. לעניין זה ראה גם רמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פרק א' הלכה ד' הפוסק כי גואל הדם אינו רשאי לוותר לרוצח שכן "אין נפשו של זה הנהרג קניין גואל הדם אלא קניין הקב"ה". כמו כן פסק הרב שניאור זלמן מלאדי ב"שולחן ערוך הרב" חושן משפט הלכות נזקי גוף ונפש סעיף ד': "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל". בדומה לכך מצינו ב"טורי אבן" למסכת

החיים הם ערך נעלה, וחיינו ניתנו ע"י הקב"ה. אין לאדם רשות לקפד חיים אלו או לוותר עליהם. ממילא, אסור לאדם לתת את הקיתון לאחר כדי להצילו ולוותר בכך על חייו שלו²⁷.

16. הכלל האמור בא לידי ביטוי בדילמות קיומיות אקטואליות רבות. הרב אליעזר וולדנברג בשו"ת ציץ אליעזר חלק ט' סימן כ"ח פוסק כי כאשר יש תרופה המצויה בידיו של חולה שיש רק ספק סכנה לחייו - אינו מחויב לוותר עליה עבור חולה אחר שנשקפת סכנה ודאית לחייו. יתירה מכך הרב וולדנברג פוסק כי

"לא זו בלבד שאינו מחויב בכך, אלא גם זאת שאין לו להחמיר בזה דחומרתו היא קלות ראש בחייו העצמיים ודינא הוא דאפילו ספק חייו שלו קודמים לחיי חברו".

הרב וולדנברג מביא בהקשר זה את שו"ת הרדב"ז חלק ג' סימן אלף נ"ב לפיו אדם אינו חייב לתת אבר מאבריו כדי להציל את חיי זולתו - שאלה שהיא קריטית לגבי השתלת כליה וביו"ב פעולות רפואיות שיש בהן כדי לסכן את חיי התורם²⁸.

מגילה דף כ"ז עמ' א'. לעומת זאת ראה "מנחת חינוך" מצווה מ"ח באות ג' "ונראה לענ"ד שזה שחייבה התורה במכה אביו ואמו או בחברו, היינו דווקא בלא רשות, אבל אם אביו ואמו או חברו אומרים לו שישכם או שיקללם אינו עובר בלאו הזה... ואף על פי שלא מצאתי זה מפורש מכל מקום הסברא נותנת כן, כן נראה לענ"ד ברור". (ואכן כך נפסק גם ברלב"ח, קונטרס הסמיכה, ק"א ר"ה "עוד אני אומר").

ונראה לכאורה כי דברים אלו שה"מנחת חינוך" מציינים מסברא פשוטה, תואמים לחידושו בסימן רל"ז באות ב' כי מכיוון שהגמרא משווה הצלת גופו של האדם להשבת אבידה לו, על כן הדין של "לא תעמוד על דם רעך" לא חל ביחס להצלת - המאבד עצמו לדעת, שכן כשם שאין מצוות השבת אבידה על מי שמאבד ממונו בידיו כך אין מצווה להשיב לו את גופו, וגם הלאו של "לא תעמוד אל דם רעך" לא חל על מי שהחליט מרצונו לאבד את חייו. משמע כי לשיטת ה"מנחת חינוך" חייו של אדם נמצאים ברשותו לעניין זה.

27 מרהיב בהקשר זה סיפורו האגדי של ש"י עגנון בספרו "אלו ואלו" 256, המתאר ביד אומן מקרה של אחד מגדולי ישראל שכביכול לא נכנס מייד לגן עדן מכיוון שעבר על ההלכה שפסק רבי עקיבא ונתן ממיו לזולתו במחיר חייו.

28 הרדב"ז מוסיף ומציין בהקשר זה עקרון חשוב לפיו "דרכיה דרכי נועם" (משלי ג' י"ז) "וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא. ואיך יעלה על דעתנו שיניח אדם לסמא את עינו או לחתוך את ידו או רגלו כדי שלא ימיתו את חברו". הנה כי כן, כאשר ניצב בפנינו אינסטינקט הקיום האנושי - ההלכה מאמצת אותו ואינה פוסקת בניגוד לו. ודוק, בשו"ת הרדב"ז (חלק ה' סימן אלף תקפ"ב - הובא בסעיף 14 לעיל)

הרדב"ז מציין כי כשאין המדובר בסכנה לאדם אלא רק במתן אבר מאבריו הרי שזו מידת חסידות אם יואיל לעשות כן. אך כשיש בכך גם לסכן אותו הרי שזה "חסיד שוטה" שכן ספק חיינו עדיף וקודם לוודאי חיינו של חברו.

17. הרב וולדנברג בשו"ת ציץ אליעזר חלק ט' סימן כ"ח, מחלק כי בעוד שהאדם עצמו יכול וחייב להעדיף ספק הנוגע לחיינו שלו על פני סכנה ודאית לחיי זולתו, הרי ששונה הדבר כאשר אין התרופה נמצאת בבעלות החולה אלא בידי צד ג'. במקרה זה לא חל הכלל של חייך קודמים, שהרי לא מדובר בתרופה של החולה המבקש להציל את חיינו שלו. צד ג' זה מחויב על כן להכריע בדבר על פי הכלל של "אין ספק מוציא מידי ודאי". ואכן, כך נפסק ב"פרי מגדים" אורח חיים סימן שכ"ח, "משבצות זהב" ס"ק א', כי אם יש תרופה אחת בידי רופא, ובפנינו שני חולים: האחד בסכנת חיים ודאית והשני מוטל בספק סכנה, עליו לתת את התרופה לזה שנמצא בסכנה ודאית, שכן הוודאי דוחה את הספק²⁹.

18. מה יעשה אפוא צד ג' כאשר שני החולים שווים מבחינת הסיכון והסיכוי להינצל באמצעות התרופה שבידיו? לכאורה במקרה זה יש לפסוק כדברי בן פטורא ולחלק את התרופה ביניהם, בלא שנוכל להעדיף את האחד על פני רעהו, שהרי דברי רבי עקיבא כי "חייך קודמים" נאמרו רק כאשר בפנינו תרופה או קיתון מים שבידי האדם עצמו ולא כאשר הם מצויים בידי צד ג'³⁰. עם זאת, הנצי"ב מוולוז'ין מבהיר כי לא הגיוני לחלק את התרופה כך שימותו שניהם. הנצי"ב ב"העמק שאלה" בשאלתא קמ"ו ס"ק ד', מציין כי לכאורה דברי בן פטורא תמוהים, וכי מכיוון שאינו יכול לקיים "וחי אחיך" – ימותו שניהם? ומה תועלת תצמח מכך לו או לרעהו³¹? אלא שדברי בן

נפסק כי אף כאשר בפנינו ספק סכנה לעצמו, (ולא רק ספק מוכרע אלא אף ספק שקול) מול ודאי סכנה של חברו – לא מוטל עליו להסתכן עבור חברו, והדבר תואם לשיטתו האמורה, שהרי הסתכנות עבור הזולת נוגדת את אינסטינקט הקיום האנושי, וממילא לא יתכן כי תוגדר כחובה הלכתית.

29 לכאורה לא יוכל הרופא להעדיף במקרה כזה את קרובו, שכן אין זה בגדר "חייך קודמין".
30 ומסקנה זו אכן מתבקשת לפי הסברו של ה"מנחת חינוך" למחלוקת בן פטורא ורבי עקיבא שהובאה בסעיף 1.13(2) לעיל לפיו אין אף אחד מהשניים ההולכים בדרך רשאי ליטול את מלא הקיתון לעצמו, שהרי על כל אחד מהם מוטל לא לעמוד על דם רעהו. שניהם שווים בפני הבורא, וכל אחד מצווה להחיות את חברו כמוהו. לעומת זאת, דברי ה"חזון איש" שהובאו שם תואמים לכאורה להסברו של הנצי"ב לסוגיה זו.
31 הרב חיים הלוי סולובייצ'יק בספר "חידושי הגר"ח השלם בסוגיות הש"ס", על מסכת בבא

פטורא נאמרו רק ביחס למקרה שבו אכן, אין המים מספיקים כדי להגיע למקום ישוב אך אם יתן מן המים לרעהו, יחיו שניהם יום או יומיים, ויש סיכוי כי בפרק זמן זה יזדמנו להם מים וינצלו שניהם. לעומת זאת, אם אין המדובר במצב שבו חיי שעה יכולים להוביל להצלת חיים הרי שאין מקום לחלק את המים או התרופה לשניים, ויש ליתן אותה לאחד מהם ולהציל את חיו.

בהתאם לכך פוסק הרב וולדנברג שם, כי אם יש אפשרות לחלק את התרופה בין שנים ולהאריך את חייהם חיי שעה, שבה יתכן כי ימצא פתרון וניתן יהא לרפא אותם - הרי שיש לחלק את התרופה ביניהם. ואם לאו - יש לתת את התרופה לאחד מהם ולהציל את חיו³².

מציעא דף ס"ב עמ' א' (סימן ע"ב) מבהיר את סברת בן פטורא בכך שלדירו חיי שעה שווים הם לחיים של שעות רבות, וממילא אין לבעל הקיתון לשתות בשביל שיחיה הוא חיים ארוכים יותר, שהרי בידיו להציל בין את חברו ובין את עצמו לחיי שעה. רבי עקיבא לעומת זאת סובר כי חיי שעה אינם שווים בערכם לחיים של שעות הרבה. בדומה לכך מצינו בחידושי ה"חזון איש" על מסכת בבא מציעא ליקוטים סימן כ' כי בן פטורא יודה כי כאשר הוא ורבו מצויים בשבי, הוא קודם לרבו, שכן אינו חייב בהידור רבו במקום פיקוח נפש, אך טעמו של בן פטורא הוא "מכיוון שיש חיי שעה לשניהם - שהרי אם ישתו שניהם יחיו לפי שעה, והלכה היא כי גם עבור חיי שעה מחללים שבת (יומא דף פ"ה עמ' א') אם כן אין חיי עולם שלו דוחה את חיי השעה של חברו. ולמרות שמסכנים חיי שעה בשביל ספק הצלת חיי עולם.. שונה הדין כאן, שהרי שניהם שווים בזכות חיי עולם, וכל אחד מהם שישתה יחיה חיי עולם, והוא בא לבכר עצמו על חברו משום שהמים שלו, ואינו יכול לזכות בזה, כיוון שיש חיי שעה לשניהם.. אינו ברין לרחות חיי שעה של זה בשביל חיי עולם של חברו. ורבי עקיבא סבר כי משום הדין של חייך קודמים נפטר מהצלת חיי שעה של חברו.

שאלות גורליות אלו חותכות בבשר החי של מי שצריך לחרוץ ולהכריע בין חיים לחיים, ולמשל להחליט למי לספק תרופה נדירה. בפרוטוקול 304 של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום כ"ד שבט תשמ"ז (23.2.87) מציין פרופ' דוידסון: לפני שנים רבות בסוף מלחמת העולם השנייה ארע בבית החולים "הדסה" מקרה מעניין מאוד: התפשטה מחלת ה"בקטריאל מגיגטיס", שהתמותה בה הגיעה למאה אחוזים עד שהומצאה תרופת הפניצילין. כאשר הגיעה התרופה שהספיקה לריפוי של חולה אחד היו בבית החולים ארבע מאות וחמישים חולים. התעוררה דילמה, במי לטפל? בצעיר המטופל בילדים, או באדם המבוגר יותר? באדם הנושא משרה בכירה או במחוסר העבודה? פנינו לרב הראשי דאז, הרב יצחק אייזיק הרצוג ז"ל, כדי שיעזור לנו להחליט. בסופו של דבר הוחלט כי הרופא יטפל בחולה הראשון שיתקל בו במחלקה. כיצד אנו יכולים להחליט חיו של מי שווים יותר? וראה בחידושי ה"חזון איש" על מסכת בבא מציעא ליקוטים סימן כ' כי אם יש לאחד מיים ולפניו שני אנשים צמאים שאם ישתו שניהם ימותו, ואם יתן לאחד מהם הרי שהוא יחיה, לדעת בן פטורא יחלוק את המיים בין שניהם ולרבי עקיבא "יתן לאחד מהם שירצה". - למרות שבאותו מקרה אין את הדין של חייך קודמים, שהרי הוא עצמו

לעומת זאת פסק הרב אונטרמן (שו"ת שבט מיהודה) (שער ראשון, בענייני פיקוח נפש, עמ' ט"ז) כי כאשר אדם שלישי מחזיק בידו קיתון של מים ושניים מצפים כי ישקה אותם. אם הוא נותן את הקיתון לאחד הריהו מציל את חייו, ואם מחלק הוא אותו לשניים הרי ששניהם יחיו רק חיי שעה ואח"כ ימותו, "יש לו לומר מוטב שיציל אחד מהם הצלה שלמה, משיאריך חיי שעה של שניהם".

יחיה בכל מקרה, מכל מקום כיון שזה שיזכה במים יציל עצמו כדין, רשאי הנותן לתת לו, ומכיוון שהלכה כרבי עקיבא כי יש להעדיף חיי עולם על חיי שעה, צריך הנותן להשתדל יותר בהצלת חיי עולם, ובהעדר העדפה בין האנשים "נותן למי שירצה".

פיקוח נפש בעיתות מלחמה*

פתח דבר

בעת קרב הורחב ההיתר לחלל שבת אף שלא מפני פיקוח נפש. בפרשתנו מצוי המקור לכלל הלכתי מחודש זה שקבע הריב"ש, רבי יצחק בר ששת (צפון אפריקה, המאה ה"ט¹): "מחללים את השבת לכל צרכי מצור, ואפילו שלא מפני הסכנה".¹ דין זה נלמד מן הפסוק "ובנית מצור על העיר אשר הוא עשה עמך מלחמה עד רדתה" (דברים כ, כ). מכוח פסוק זה נקבע היתר לחלל שבת בעת מלחמה אף כשאין צורך בפעולה כדי להציל חיים. יסוד הדברים מצוי בתוספתא ובתלמוד²: תנו רבנן: אין צרים [=לשון מצור] על עיירות של נכרים פחות משלשה ימים קודם לשבת. ואם התחילו - אין מפסיקים [את פעולות המצור כשנכנסת השבת]. וכן היה שמאי אומר: "עד רדתה" - אפילו בשבת.

אילו היה מדובר במצב שמטילי המצור נדרשים לחלל את השבת עקב פיקוח נפש, לא היה צורך בפסוק מיוחד זה, "עד רדתה", שהרי בכל התורה כולה פיקוח נפש דוחה שבת, כמו שלמדו חז"ל³ מן הפסוק: "'וחי בהם' (ויקרא יח, ה) - ולא שימות בהם" או מכוח הסברה: "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה". הריב"ש מבהיר אפוא בפסקו שמכוח מקור מיוחד זה, "עד רדתה", נלמדת הלכה מחודשת, ולפיה בעת מלחמה או מצור הורחב ההיתר לחלל שבת "אפילו

* פורסם על ידי משרד המשפטים המחלקה למשפט עברי ומכללת שערי משפט, גליון 355 על פרשת שופטים תשס"ט.

1 שו"ת הריב"ש, סימן קא.

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

3 יומא פה ע"ב.

שלא מפני הסכנה⁴. בדרך זו נפסקו הדברים גם בספרות ההלכה והמפרשים⁵. ברם, דין זה טעון ביאור. הכלל הוא שכאשר ניצבות בפנינו שתי מצוות ו"אפשר לקיים שתיהן", אין מצווה אחת דוחה את חברתה. אם כן, אם מצד פיקוח נפש אין צורך להילחם דווקא בשבת, מדוע תתיר התורה את הדבר? זאת ועוד. ראוי לכחון את היקף ההיתר. האמנם בשעת מלחמה מותר לנהוג בכל דבר ועניין בשבת כביום חול? האם, למשל, מותר לחיילים לשמוע מוזיקה בשבת כדי לחזק את רוחם? האם בעתות מלחמה מותר לחייל להתגלח בשבת כדי שיחוש מסודר ורענן לפני הקרב? או שמא בעת מלחמה הותרו רק פעולות חיוניות ואין בלתן? אכן, הפעילות המותרת אינה מותנית בהצלחת חיים, אך האם היא מותנית בכך שיהא בה כדי להשפיע על הקרב או להעניק בו יתרון משמעותי ללוחמי ישראל?

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

גדרו המיוחד של פיקוח נפש של ציבור

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

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

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

שהם נוגעים לישראל ולדחות את פענוח שאר השדרים למוצאי שבת. הרב אורבך פסק שהחייל חייב לפענח את כל השדרים בשבת, מכיוון שהגדרת ספק פיקוח נפש של ציבור שונה מהגדרת פיקוח נפש יחיד. וזה לשונו:

למרות שאין כל הבדל בהלכה בין פיקוח נפש של יחיד ושל רבים, ואף על ספק פיקוח נפש של יחיד מחללים שבת, בכל זאת יש הבדל גדול ביניהם ברמת הסיכון הנחשבת לפיקוח נפש. תיתכן דרגת סיכון שאצל יחיד לא תיחשב פיקוח נפש, ואילו אצל ציבור אכן תיחשב לפיקוח נפש. למשל, אנשים אינם נרתעים מנסיעות בין עירוניות, על אף שיש בהן אחוז סיכון מסוים, נניח של אחד ל-10,000. אבל ראש מדינה אשר ייטול סיכון של אחד ל-10,000 על מדינתו ייחשב כבלתי אחראי למעשיו, שכן על ציבור דרגת סיכון כזו נחשבת לסכנה. לפיכך יש לפענח את כל השדרים, כיון שהנדרון בהם הוא בטחון המדינה, אע"פ שאותו אחוז של סיכון לגבי אדם פרטי לא היה נחשב לפיקוח נפש. כלומר: אפשר שסיכון מסוים שלגבי אדם פרטי אינו נחשב לפיקוח נפש יוגדר כפיקוח נפש עת שעסקינן ב"חיי הציבור"⁶, מפני שהגדרת פיקוח נפש אינה נמדדת לפי מידה קבועה ואובייקטיבית של סיכון אלא כל מצב שבני אדם מחשיבים אותו כמצב מסוכן, הריהו בגדר מצב של פיקוח נפש; בעיני הבריות יש סיכון הנחשב כסיכון סביר לגבי היחיד, אך אינו נחשב לסביר כשמדובר בשלום הציבור.⁸

לפי פסיקתו של הרב אורבך בעניין זה, נראה שהפסוק "עד רדתה" בא

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

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

8 ודוק. סיבת השינוי בין היחיד לבין הציבור בעניין זה אינה אובייקטיבית ואינה קשורה למידת הסבירות של סיכון אלא נובעת מהתייחסות בני אדם לסיכונים בשגרת חייהם, שהרי האדם עשוי לסכן את עצמו לשם פרנסתו או נוחיותו. לכן הוא מוכן לעלות על פיגום או לנסוע במכונית או לצאת לטיול שיש בו סיכון והרפתקה. ואילו כשמוטלת עליו אחריות לציבור הוא אינו מוכן לקחת סיכון זה על אחריותו. והטעם הוא, כפי שהסברנו לעיל, שהקובע בהצלת נפשות הוא כוונתו הסובייקטיבית של המציל. וכיוון שהטיפול בפיקוח נפש בשבת הוא כדרך שעושה בחול, האדם הפרטי אינו מחמיר בשבת יותר משהוא מחמיר בחול ומשאיר אותה רמת סיכון לעצמו גם בשבת, ואילו כלפי הציבור, גם בשבת מותר לעשות כל דבר שימנע את הסיכון כפי שנעשה הדבר בחול.

ללמדנו שבזמן מלחמה, שהיא סכנת הרבים, היקף ההיתר בפיקוח נפש רחב יותר.⁹ מאחר שמדובר במלחמה ובחייהם של חיילים רבים, אסור לערוך חשבון מדוקדק של הסתברויות. וכשם שלעניין חולה שיש בו סכנה, יש דעות¹⁰ שהיקף פיקוח נפש מתרחב וכולל מצבים שבאדם רגיל אין בהם כדי לכלול אותם בגדר "פיקוח נפש", כך כאשר עסקינן בחיי רבים: די במידה קטנה של סיכון כדי לכלול אותו בגדר של פיקוח נפש.

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

גדרו המיוחד של פיקוח נפש בשעת חירום

הסבר שני בטעם החידוש של "עד רדתה" הוא שזמן חירום נחשב כמעין מצב מיוחד המתנהל כל כולו במשטר של פיקוח נפש. מלחמה היא מצב מובנה של פיקוח נפש. לפיכך, אין לבחון פעולה מסוימת כשהיא לעצמה אלא במסגרת

9 כך, למשל, הבין את הסוגיה הרב משה צבי נריה, בספרו "מלחמות שבת" (ירושלים תשי"ט). הרב נריה מביא כראיה להסבר זה את הסוגיה שנאמר בה שגזלת הנמצאת ברשות היחיד אסור לכבותה בשבת אך כשהיא נמצאת ברשות הרבים מותר לכבותה, משום שזנך הרבים נחשב לסכנת נפשות (שבת מב ע"א).

10 ראה "מגיד משנה" על הרמב"ם, הלכות שבת, פרק ב, הלכה יד, הגורס כי חולה שיש בו סכנה מחללים עליו את השבת לכל צרכיו, אף על פי שאין מדובר בפעולה שיש במניעתה משום סכנה. בדומה לזה, ראה: תשב"ץ, חלק א, סימן נד; מגן אברהם, סימן שכח, ס"ק ד; הרב י' אברמסקי, חזון יחזקאל, על תוספתא שבת טז, יב; הרב י"ז הלוי טולובייצ'יק (הרב מבריסק), חידושי מרן רי"ז הלוי על הרמב"ם, הלכות שבת עשור, פרק ב, הלכה ח. וראה שולחן ערוך, אורח חיים, סימן שכח, סעיף ד, כי חולה מסוכן, המצוי במצב של פיקוח נפש, "עושים לו כל שרגילים לעשות לו בחול". ונתבאר שם במשנה ברורה, ס"ק יד: "ומשמע אע"פ שאין בו סכנה במניעת הדבר ההוא, כיון שהחולי יש בו סכנה ויש בדבר צורך קצת, ורגילים לעשות לו בחול, עושים גם בשבת". וראה הסברו של הרב א"ז וייס, במאמרו "חולה שיש בו סכנה אם מותר לחלל שבת יותר מההכרח להצלתו", שבילי הרפואה ח (תשמ"ז), עמ' סה-סו.

11 תמיהה זו מעורר הרב אברהם משה אבידן (זמל), "מלחמה בשבת ויום הכיפורים", תורה שבעל פה יז (תשל"ה), עמ' קנה (וראה גם בספרו שבת ומועד בצה"ל, ירושלים תש"ן, עמ' י). והוא מקשה עוד כי אם מקורו של ההיתר כדין פיקוח נפש, מדוע לשיטת ה"דרישה", שהובאה לעיל, הערה 5, מותנה ההיתר בשהחלה המלחמה בהיתר (בחלקו הראשון של השבוע)? וכי משום שהתחילו את המלחמה באיסור נקפח חיי אדם?

מכלול הלחימה. ממילא, כל מה שנוגע לדרכי המלחמה ועשוי לייצל את התהליך ולסייע בהיחלצות ממצב המלחמה מוגדר כפיקוח נפש. על כן, בעת מלחמה מותרות פעולות שאין בהן כשהן לעצמן להציל חיי אדם, אך יש בהן כדי לסייע למהלכי המלחמה בכללותה¹².

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

שינוי סדרי העדיפויות בשעת מלחמה

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

בעיתות שלום, פיקוח נפש הוא הערך העליון. הכלל הגדול בעניין זה הוא "וחי בהם", מפני שהתורה לא קבעה את מצוותיה אלא בתנאי שנשמרים חיי האדם. יתר על כן. הציווי "לא תעמוד על דם רעך", המצווה על האדם לפעול להצלת זולתו¹⁴, אינו חל אם האדם נדרש לסכן את חייו¹⁵. אין מסכנים חיי אדם

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

13 הרב אבירן חש בקושי זה ומבהיר שההיתר מכוח הכלל "עד רדתה" מובן לחלוטין לפי הראשונים החולקים על "מגיד משנה" (לעיל, הערה 10), ואילו ביחס לשיטת "מגיד משנה" והמתירים לעשות פעולות שאינן בגדר פיקוח נפש ישיר לחולה שיש בו סכנה, הוא אומר: "אפשר שאף הם למדו זאת מדיני המלחמה, שאף במלחמה אין היתר אחר זולת ההיתר הנובע מדין פיקוח נפש". ברם, בכל הכבוד, הסברו של הרב אבירן, שדיני פיקוח נפש נלמדים מן ההיתר הנפרד והמיוחד של מלחמה, נראה לנו דחוק.

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

15 הכלל שנאמר בעניין זה הוא כידוע: "חייך קודמים לחיי חברך". וזה לשון הברייתא: "שנים שהיו מהלכים בדרך וכיד אחד מהם קיתון של מים: אם שותים שניהם - מתים; ואם שותה אחד מהם - מגיע לישוב. דרש בן פטורא: מוטב שישתו שניהם וימותו, ואל

לצורך כלשהו ואין ערך המחייב את האדם להקריב את חייו שלו, מפני ש"אין דוחים נפש מפני נפש", ואין אדם חייב לסכן את חייו אפילו לא כדי להציל חייהם של רבים.¹⁶

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

יסודה של הבחנה זו מצוי כבר בתלמוד:

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

יראה אחד מהם במיתתו של חברו. עד שבא רבי עקיבא ולימד: 'וחי אחיך עמך' - חיך קודמים לחיי חברך" (בבא מציעא סב ע"א). ונפסקה הלכה כרבי עקיבא שאין האדם חייב למסור את נפשו כדי להציל את חברו. וראה מ' ויגודה, "חובת הצלה וגבולותיה", פרשת השבוע, אחרי מות-קדושים, תשס"א, גיליון מס' 24.

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

17 סנהדרין מז ע"ב. והדברים נפסקו להלכה ברמב"ם: "ובכל מקום, אם באו על עסקי נפשות או שערכו מלחמה או שצרו סתם - יוצאים עליהן בכלי זיין ומחללים עליהן את השבת. ומצווה על כל ישראל שיכולים לבוא לצאת ולעזור לאחיהם שבמצור ולהצילם מיד הגוים בשבת, ואסור להן להתמהמה למוצאי שבת. וכשיצילו את אחיהן - מותר להן לחזור בכלי זיין שלהן למקומם בשבת כדי שלא להכשילן לעתיד לבוא" (הלכות שבת, פרק ב, הלכה כג). הנה כי כן, עסקינן במצווה המוטלת על כל אדם מישראל, לסכן את חייו כדי להגן על ציבור של יהודים הנמצא במצב של מלחמה. הרב א"י ולדנברג,

נמצינו למדים שאף על פי שכל יציאה למלחמה אינה אלא למטרת הצלה ופיקוח נפשות ישראל, מכל מקום מאחר שהוכרזה מלחמה, אין הדיון מתרכז בפיקוח נפשו של היחיד אלא בהצלחת המלחמה, והיחיד מצווה לסכן את חייו עבורה¹⁸. לאור זאת, מבהיר ר' יוסף באבד (גליציה, המאה הי"ט), בעל "מנחת חינוך"¹⁹, כי אף על פי שכל המצוות נדחות מפני פיקוח נפש, אין הדבר כן בעת מלחמה, מפני שהתורה ציוותה לצאת למלחמת מצווה על אף שבדרך העולם נהגים אנשים משני הצדדים במלחמה, וממילא "דחוייה היא סכנה במקום הזה". מכיוון שערך חיי הפרט אינו הערך העליון במצב מלחמה, והאדם מצווה לסכן את עצמו כדי לסייע במלחמה, מובן מאליו כי במצב זה נדחה גם ערך השבת, שהוא פחות בחשיבותו מן הערך של פיקוח נפש.

הווה אומר: בימים כתיקונם ניצב מעל השבת הערך של פיקוח נפש. על כן, ההיתר לחלל שבת מותנה בקיומו של פיקוח נפש. לעומת זאת, בעת מלחמה מדרג הערכים הוא: א. השבת וכל המצוות; ב. פיקוח נפש של היחיד; ג. הערך של "עד רדתה", שמשמעו שבעת מלחמה חייב האדם למסור את נפשו עבור הרבים.

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

כשו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן ט, פרק ב, מתווה שורה של כללים ברורים: אימתי יוצאים למלחמה, אימתי מסכנים חיים ואימתי מחללים שבת.

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

19 מנחת חינוך, מצווה תכה.

20 הרב י"ש כהנמן (לעיל, הערה 4) מעלה רעיון מרהיב לגבי משמעות האמירה בכרכת על הניסים בחנוכה: "ועל המלחמות". לכאורה מה יש להודות על שפרצה מלחמה? אלא

סוף דבר

בהתאם להסבר האחרון שהצענו לעיל, נמצא שהיתר "עד רדתה" אינו מושתת על העיקרון של פיקוח נפש של היחיד. אדרבה, המלחמה היא מצב שנדחה בו כל ערך אחר לרבות הערך של פיקוח נפש עצמו. על כן, כל פעולה הנכללת בגדר צורך הלחימה, בין שיש בה משום פיקוח נפש ובין שאין בה משום פיקוח נפש - מותר לעשותה בעת מלחמה גם בשבת, וזהו הכלל של "עד רדתה". לפי הסבר זה, מובן עתה מדוע מותר בעת מלחמה לחלל שבת "אפילו שלא מפני הסכנה", שהרי ההיתר אינו הרחבה של גדרי פיקוח נפש אלא הפקעתם²¹. ברם, היתר זה נובע מסדרי המלחמה ומוגבל מטבעו לפעולה שהיא בבירור חלק ממערכי המלחמה. גדר הדין לחלל שבת יהא אפוא: כל פעולה הנכללת בתורת הלחימה ובנוהלי הקרב של הצבא²². על כן, אם חיילים רוצים שתייה חמה בשבת, אין מקום להתיר זאת מטעם "עד רדתה", שהרי אינה חלק מדרכי הלחימה של הצבא. לא כן בעניין נוהל הקרב לפינוי חללים. אמנם פינוי חללים אינו חלק מן הקרב, ואין הבחנה בעניין זה בין חלל שנפל בקרב לבין חלל אחר, ומצווה לקבור את שניהם, אך אין מחללים עליהם את השבת. ואולם פינוי חללי מלחמה הפך להיות חלק מתורת הלחימה של צבא, למען יידע כל לוחם שלא יינטש בשדה הקרב, אף אם ייפול חלל, ושהצבא יעשה כל מאמץ, כולל סיכון חיי חיילים אחרים כדי להביאו לקבר ישראל. לכן עשוי פינוי החללים להיות

שכל זמן שלא הוגדר המצב כ"מלחמה", היה הדין נותן שיהיו ישראל מחויבים ליהרג ולא לעבור על חילול שבת, שהרי הייתה זו שעת השמד (לנוכח גזרת היוונים על השבת), ובשעת השמד יש דין למסור את הנפש על כל עברה. ברם, משהכריז מתתיהו מלחמה, חל דין "עד רדתה" ואפילו בשבת. ההודיה לה' במילים "ועל המלחמות" נובעת אפוא מן העובדה שהגדרת המצב כמלחמה הביאה לשינוי גדר הדין, והותר להם לחלל שבת והדבר הביא לתשועתם.

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

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

חלק ממערכי המלחמה, ויהא מותר להוציא רכב לפינוי החללים גם בשבת לאור הכלל של "עד רדתה"²³, אף על פי שאין בפינוי משום "פיקוח נפש".

23 וראה דברי הרב ש' גורן בספרו משיב מלחמה (שער ט, סימן קיז), המתיר מכוח מקור זה לחיילים המפנים חללים לחזור לבסיסם אפילו בשבת. הרב גורן מבהיר שפינוי החללים בשבת בעת מלחמה מותר, אף שאין בכך כל צד של הצלת חיים (שהרי מדובר בחללים) ואין בו צורך מבחינת המלחמה עצמה, וזאת מכיוון שפינוי החללים תורם לשמירה על מצב רוחם של הלוחמים, שהוא עניין של חיים ומוות. הרב גורן מביא את דברי המדרש בעניין חשיבות מצב רוחם של הלוחמים על הפסוק "ולא נחם אלוקים דרך ארץ פלשתים כי קרוב הוא, כי אמר אלוקים פן ינחם העם בראותם מלחמה ושבו מצרימה" (שמות יג, יז). נאמר במדרש שבני אפרים יצאו ממצרים לפני שאר בני ישראל, ועמדו המצרים והרגו כל גיבוריהם, על כן לא נחה ה' את שאר העם דרך ארץ פלשתים "כדי שלא יראו את עצמות אחיהם מושלכים בפלשת ויחזרו להם" (ילקוט שמעוני, פרשת בשלח, רמז רכז). הרב גורן מבהיר שמכיוון שעסקינן בפיקוח נפש ממש, מותר לעסוק בפינוי חללים בשבת מכוח ההיתר הרגיל: "פיקוח נפש דוחה שבת". את ההיתר המיוחד מדין "עד רדתה" ופסקו של הריב"ש, יש לצרף לכלל זה כדי לקבוע שמותר לחיילים העוסקים בפינוי החללים אף לחזור לבסיסם בשבת אף בנסיעה ברכב. לביקורת על גישתו של הרב גורן, המתיר לסכן חיי חיילים כדי להביא חללים לקבר ישראל, ראה י' זולדן, "השפלה והסתכנות למען קבורת לוחמים", פרשת השבוע, חיי שרה, תשס"ט, גיליון מס' 335.

הכרעות בין נפש לנפש

מן הציווי (ויקרא י"ט, ט"ז) של "לא תעמוד על דם רעך אני ה'" למדים אנו כי אדם אינו יכול לעמוד מן הצד לנוכח מצב שבו מתעוררת סכנת חיים ומוטל עליו להיחלץ לקראת הזולת ולהציל את חייו מפני אובדן. אולם, מה יעשה אדם כאשר ניצבים בפניו מספר אנשים המצויים בסכנת חיים - והוא נדרש להכריע את מי מהם להציל?

כך למשל, מה הדין כאשר לרופא בבית החולים יש תרופה או איבר להשתלה, ויש לו הכרח לבחור את מי לרפא - ילד או אב בעל משפחה; "סתם" אדם (אם יש דבר כזה) או מדען העומד בפני פריצת דרך מדעית שתציל חיי רבים. במי יבחר? בדיון שנערך בועדת העבודה והרווחה של הכנסת¹ ציין פרופ' דוידסון: לפני שנים רבות בסוף מלחמת העולם השנייה ארע בבית החולים "הדסה" מקרה מעניין מאוד: התפשטה מחלת ה"בקטריאל מגיטיס", שהתמותה בה הגיעה למאה אחוזים עד שהומצאה תרופת הפניצילין. כאשר הגיעה התרופה שהספיקה לרפוייו של חולה אחד היו בבית החולים ארבע מאות וחמישים חולים. התעוררה דילמה, במי לטפל? בצעיר המטופל בילדים, או באדם המבוגר יותר? באדם הנושא משרה בכירה או במחוסר העבודה? פנינו לרב הראשי דאז, הרב יצחק אייזיק הרצוג ז"ל, כדי שיעזור לנו להחליט. בסופו של דבר הוחלט כי הרופא יטפל בחולה הראשון שיתקל בו במחלקה. כיצד אנו יכולים להחליט חייו של מי שווים יותר?!

ואכן, פסקו זה של הרב הרצוג מובן הוא, מכיוון שערך החיים משול לאין סוף - וביחס לאין סוף אין הבחנה בין אנשים שונים, ואף לא בין צעיר לזקן, או בין יחיד לבין רבים. כך למשל פסק הרמב"ם² כי אם אמרו עובדי כוכבים לקבוצת יהודים "תנו לנו אחד מכם ונהרגנו ואם לאו נהרוג כולכם - יהרגו כולם ואל ימסרו להם נפש אחת מישראל". ולכאורה, מדוע אין נהרג היחיד לשם הצלת הרבים? זאת ועוד, הרי במקרה זה ממילא יהרגו כולם לרבות אדם זה עצמו, שיהרג בעת שיהרגו כל בני הקבוצה, מדוע אם כך שלא יועדפו חיי הרבים על פני חייו של אדם שממילא לא יחיה. אין זאת אלא שחיי היחיד אינם נופלים בערכם מחיי הרבים, וערכם של חיי שעה אינו נופל מערכם של חיים ארוכים,

1 פרוטוקול 304 של ועדת העבודה והרווחה של הכנסת מיום כ"ד שבט תשמ"ז (23.2.87).

2 רמב"ם הלכות יסודי התורה פרק ה' הלכה ה'. ומקור הדברים בתלמוד הירושלמי מסכת תרומות סוף פרק ח'.

ובכלל לא ניתן לעשות "חשבון מסחרי" של רווח והפסד כאשר עסקינן בערך החיים, מכיוון שזהו ערך אין סופי. כך מצינו בספרו של הרב י. מ. טיקוצ'ינסקי "גשר החיים"³: "לפי תורת החיים אשר לנו - אין הבדל בין חיים של מאה שנה לבין חיים של רגע אחד, משום שלזו כן לזו אין שיעור ואין ערך להעריכם. דבר שהוא למעלה מכל ערך - אין להבדיל בין מעט להרבה. אם יפול בשבת וביום הכיפורים גל על אדם בן מאה שנה וחולה, ספק מת ספק חי, חייבים כל בני ישראל לחלל השבת ויום הכיפורים בשביל ספק הצלת חי שעה של אותה הנפש הזקנה והחלושה, והמקצר ימיו או רגעיו של זקן בן מאה, הרי הוא רוצח, כהורג נפש בעולם ימיו. מאותו הטעם שהחיים הם למעלה משוויון וגם קצהו אין להעריך, ולפיכך אין לפי דיני התורה שום תשלומים להורג נפש, משום שאין זה דבר המשתלם בכל כסף וזהב שבעולם"⁴.

הנה כי כן, החיים הם בעלי ערך אין סופי, וככזה אין הוא ניתן למדידה רגילה, וממילא אי אפשר להניח כי ערכם האין סופי של חי אדם בודד פחותים בערכם מערכם האין סופי של חי כמה אנשים. הרב מרדכי הלפרין⁵, מבהיר כי הדבר דומה לכלל הידוע במתמטיקה לפיו "בקו גאומטרי באורך של a אין פחות נקודות מאשר בקו גאומטרי באורך של 2a", מכיוון שבקו יש אין סוף נקודות ו"אין סוף כפול 2" אינו יותר מאשר "אין סוף כפול אחד".

3 הרב י. מ. טיקוצ'ינסקי, גשר החיים, חלק ג' פרק ב' סוף סעיף ב', וראה גם דבריו שם בחלק א' פרק ב' סעיף ב' בה"ש 3.

4 הרב יחיאל יעקב ויינברג, בשרידי אש, חלק ב' סימן ל"ח מביא "השגות שהשיג הרב משה הכהן מלוניל (רמ"כ) על הרמב"ם, בהוצאתו של הרב ד"ר שמואל אטלס, מכתב יד יחידי בעולם שנמצא בספריית אוקספורד עם הערות של הרב אטלס. הרמ"כ תמה על פסיקתו של הרמב"ם בהלכה דנא וכתב כי אינו יודע את טעם הדבר, שהרי הכלל של "יהרג ואל יעבור" לגבי שפיכות דמים נאמר ע"י רבא מכח הסברה של: "מאי חזית דדמא דידך סומק טפי" וכו' וסברה זו אינה קיימת במקרה דנא שהרי "כולם יהרגו ובכללם הוא עצמו ומוטב שיהרג הוא עצמו ואל יהרגו כולם והוא עצמו וצ"ע". מחמת קושי זה מציין ה"כסף משנה" שהטעם של "מאי חזית דדמא דידך סומק טפי" אינו עיקר הטעם, אלא קבלה היתה בידם שבשפיכות דמים קובע הכלל של "יהרג ואל יעבור" אפילו במקום שאין את הסברה של "מאי חזית". הרב שמואל אטלס בהערותיו כתב לתרץ את קושיית הרמ"כ על הרמב"ם כי אין פירושו של הכלל "מאי חזית" שעושים חשבון ומעריכים את חי הנרצח ואת חי הרצח וכיון שיש בלאו הכי איבוד נפש, מוטב שיהרג ואל יעבור על שפיכות דמים, אלא הפירושו הוא, שהחיים הם הערך העליון והמוחלט שלא ניתן לשיעורין ולהערכה, ואפילו חי רבים לא ניתנו להצלה ע"י שפיכת דמים של נפש אחת. שפיכת דמים הוא איסור מוחלט בלא שום הגבלה ותנאי.

5 הרב מרדכי הלפרין "נטילת אברים להשתלה מתורם חי - היבטים הלכתיים" אסיא מה-מו, 34, בעמ' 41 - 42.

ברם, הפסיקה האמורה אינה תואמת לכאורה למדרג המצוי במשנה מפורשת במסכת הוריות דף י"ג עמ' א': "האיש קודם לאשה - להחיות... כהן קודם ללוי, לוי לישראל, ישראל לממזר, וממזר לנתין, ונתין לגר, וגר לעבד משוחרר... אם היה ממזר תלמיד חכם וכהן גדול עם הארץ - ממזר תלמיד חכם קודם לכהן גדול עם הארץ". כמו כן, מצינו בספר חסידים סימן תרצ"ח: "שנים שיושבים ובקשו אייבים להרוג אחד מהם אם אחד תלמיד חכם והשני הדיוט, מצוה להדיוט לומר הרגוני ולא חבירי כר' ראובן בן איצטורובלי שבקש שיהרגוהו ולא לר' עקיבא כי רבים היו צריכים לר' עקיבא". לכאורה ניתן היה לומר כי ספר חסידים עוסק בשאלה אם מותר או אף רצוי שאדם יתנדב ויקריב את עצמו למען הצלת זולתו, שאם זולתו תלמיד חכם ראוי לו לעשות כן, אבל ודאי אין זה מתיר לחברו ליזום ולהרוג אותו, על זה הוא שנאמר "בכל מתרפאין חוץ מ...שפיכות דמים". "מצוה" בדברי בעל ספר חסידים הוא מעשה טוב וראוי לשבח ולא חובה הלכתית שניתן לאוכפה.

ברם, שבדברים אלו של ספר חסידים יש לכאורה כדי להראות את ההבחנה בין נפש שווה לנפש ששווה פחות, שהרי מפסקו זה של ספר חסידים רואים לכאורה בעליל כי על אף שערך החיים הוא אין סופי ואין הבחנה בין חיים לחיים - יש בכל זאת הבחנה בין "הדיוט" לבין "תלמיד חכם" כשכולם שווים אבל בכל זאת יש מה שנקרא "שווים" ו"שווים יותר". לכן, גם אם תימצי לומר שספר חסידים עוסק במצווה ודרך חסידות של אדם הרוצה למסור את נפשו - עדיין נמצא כי מי שימסור את נפשו הוא ההדיוט עבור הת"ח. ולמה להיפך זה לא נכון באותה מידה? משמע כי תלמיד חכם שמוסר נפשו עבור הדיוט - זה לא מצווה ולא דרך חסידות. איך מסבירים את זה?

לכאורה, במה שונה הדבר מעניין מסירת נפש לסיעה של גויים, ומן ההלכה הידועה של "אין דוחין נפש מפני נפש"⁶ ומעניין "מאי חזית דדמא דידך סומק טפי"⁷, שבהם לא נקבע סדר קדימויות כלשהו בין נפש לנפש?

6 הרמב"ם בפירוש המשניות מבהיר כי האיש מקודש יותר בכך שהוא חייב בכל המצוות, לרבות במצוות עשה שהזמן גרמן, שהאישה פטורה מהן, ומשום כך חייו קודמים להצלה. טעם זה ניצב גם בבסיס כל שאר דיני הקדימה המצויים במשנה האמורה.

7 ועין בעקבות כך בפסקו של היעב"ץ בספרו בירת מגדל עוז, אכן בוחן פנה א'. עם זאת הרב וולדנברג בשו"ת ציץ אליעזר חלק א' סימן כ"ה מציין כי דברי ספר חסידים מתייחסים רק לתלמיד חכם כרבי עקיבא, שרבים צריכים לו.

8 סנהדרין דף ע"ב עמ' ב', ורמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פרק א' הלכה ט': "... הורו חכמים שהעובר (אישה מעוברת) שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במעיה, בין בסם בין ביד, מפני שהוא כרודף אחריה להורגה. ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו, שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם".

9 סנהדרין דף ע"ד עמ' א, שם נדונה ההלכה לפיה שפיכות דמים היא אחד משלושת

זאת ועוד, אם אין מדרג ערכי הרי שהיה צריך להיות הדין - שאסור!! לאדם למסור את נפשו עבור זולתו וזו לא יכולה להיות דרך חסידות. נפש האדם אינה קניינו אלא קניין הקב"ה שנאמר "הנפשות לי הנה" (יחזקאל י"ח ד') ולכן אין הורגים ואין מלקים אדם על פי הודאת עצמו ואין אומרים "הודאת בעל דין כמאה עדים" כמו שאומרים בדיני ממונות, שכן ממונו של אדם שלו הוא, ואילו נפשו וגופו - אינם שלו. לעניין זה ראה גם רמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פרק א' הלכה ד' הפוסק כי גואל הדם אינו רשאי לוותר לרוצח שכן "אין נפשו של זה הנהרג קניין גואל הדם אלא קניין הקב"ה"¹⁰. נמצא מכל זה מבואר, כי ה"מצוה" שמציין ספר חסידים, מבוססת בהכרח על הכרה במדרג של נפשות, העומדות זו מול זו, ומכריעות זו את זו.

ודוק, לכאורה ניתן היה לומר כי ההצלה במסכת הוריות אינה כרוכה באיסור כלשהו, מצוה להציל ושאלה היא כאשר רבים עומדים להצלה ואי אפשר להציל את כולם, את מי יש להציל? ועל כך באו דיני הקדימה. לעומת זאת דין "אין דוחין נפש מפני נפש", קובע גבול ברור למצוות הצלה, אין בשום אופן להציל במחיר שפיכות דמים בידיים או אפילו מסירה בידיים לאויב תוך גרימת מותו של אחד למען הצלת האחר. ברם, שבפועל מה שמצינו כי על אף שאין חובה להסתכן כדי להציל את הזולת הרי שרשאי המציל לעשות כן, והדבר נחשב למידת חסידות - מצוי לכאורה רק ביחס של היחיד המציל את הרבים או הדיוט המציל תלמיד חכם - שאז יש מדרג ערכי של חיים מול חיים¹¹.

הדברים שדינם "יהרג ואל יעבור". מקורו של כלל זה נעוץ בסברא שאותה מציין רבא, אודות אדם שאיים עליו אדון העיר כי יהרוג את פלוני שאם לא כן, יהרוג אדון העיר אותו עצמו. אמר לו רבא "ליקטלוך ולא תיקטול" (יהרגו אותך ואל תהרוג אתה אחרים), שכן "מי יימר דרמא דידך סומק טפי (מי אומר שדמך שלך סמוק יותר מדמו של האחר) דילמא דמא דההוא גברא סומק טפי" (אולי דמו של האחר סמוק יותר).

10 לעניין זה ראו פסקו של "שולחן ערוך הרב" חושן משפט הלכות נזקי גוף ונפש סעיף ד': "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל". וכן ראו מאמרו של הרב ש.י. זווין "משפט שיילוק על פי ההלכה" בספרו "לאור ההלכה" - והמקורות הרבים המובאים שם על ידו וכן הרב יעקב נבון "הצלת יחיד ורבים בכלל ובמלחמה בפרט" תחומין ד' 153, והמקורות הרבים הנזכרים בהע"ש 20-21 (שם). וראו גם ב"חפץ חיים (ב"מקור חיים" כלל ב' ס"ק כ"ח) כי אין אדם יכול להתיר לחבירו לדבר עליו לשון הרע ורכילות, שכן דיבורי גנות על הזולת הינם איסור מוחלט באשר הם פוגעים בכבוד האדם כנברא ב"צלם אלוקים", ואין אדם "בעלים" להתיר את האיסור.

11 כך מצינו למשל ב"חזון איש" על מסכת סנהדרין סימן כה כי אדם רשאי למסור את עצמו להריגה כדי להציל את הרבים, מקום שבו אם לא יעשה כן תיגזר כליה על כולם והוא בכללם. ה"חזון איש" הביא בהקשר זה את דברי ה"פתחי תשובה" לפיהם ניתן על פי גורל

על תמיהה זו עמד הרב קוק זצ"ל¹² והבהיר כי לכאורה אם יש להכריע בין שני אנשים והאחד מהם גדול מחברו, יש לכאורה להעדיף את הגדול יותר, לאור דברי המשנה האמורה במסכת הוריות "ואם שהמשקל הזה כבד מאד, הלא על זה נאמר אין לו לדיין אלא מה שעניו רואות, והנסתרות לה' אלוקינו והנגלות לנו. ועל כל פנים גם אם לא נתרחק כל כך לענין האומד הנסתר של יחיד לגבי רבים, אבל לגבי יחיד ויחיד למה נסתם עלינו הפתח במקום שאנו מוצאים החלוקים מבוררים. ויחיד לגבי רבים בשווים גם כן היה ראוי להיות כך?"

הרב קוק מיישב שם כדלהלן:

"ונלענ"ד לשער שהדבר נובע ממה שפסק הרמב"ם בפ"כ מסנהד' ה"א שלא לענוש ע"פ אומד הדעת בדיני נפשות, והאריך בספר המצוות בהסברת הטעם, שאעפ"י שישנן אומדנות ברורות שהן כמעט בסוג הודאיות, כהא דשמעון בן שטח, (שם דף ל"ז עמ' ב'), מכל מקום כיון שהשער הזה של האומדנות הוא רחב מאד ואינו גדור, ונקל להחליף בין אומדנא ברורה למסופקת ולמזויפת, על כן נעלה תורה את השער הזה כולו בפנינו, שלא נעשה מעשה בהריגת אדם ע"י אומדנתנו אפילו כשהיא ברורה מאד. וזהו

למסור את היחיד למיתה כדי להציל את הרבים אם בלי מסירה זו ימותו ממילא כולם, לרבות היחיד שמסרוהו. והחזון איש מוסיף ומציין כי "אם הסכימו כולם להפיל גורל, וזה שנפל עליו הגורל מוסר עצמו - שפיר דמי שהרי היחיד רשאי למסור עצמו כדי להציל את כולם כמו שמצינו בהרוגי לוד" - שגם שם "גזרו גזרה על ישראל, ועמדו אלו ופרו את ישראל, ואמרו: אנו הרגנוה, והרג המלך לאלו בלבד". כלומר, לולינסו ופפוס הודו בפשע שלא ביצעו ומסרו את נפשם - אך דבר זה היה - כדי להציל את הרבים.

12 הרא"ה קוק, שו"ת משפט כהן (ענייני ארץ ישראל) סימן קמ"ג. ובלשונו הזהב: "ובגוף הדבר סתמו עלינו רבותינו אבות ההוראה ז"ל את הדרך של המשקל כאן. ונראה מסתימתם, שאפילו אם אנו רואים שאחד הוא הדיוט וקטן שבישראל, והשני הוא גדול ורם ונישא בתורה ומעשים טובים, מכל מקום אנו מבטלים את דעתנו ונאמר האדם יראה לעינים, ויש כאן "מאי חזית", ואין דוחין נפש מפני נפש, וכדתנן ... בקטן הנולד שיצא רובו, שאין נוגעים בו להציל את אמו על ידו, ואין בזה חילוק אפילו אם תהי' האם גדולה בישראל ומעשים טובים ונביאה, למשל כמרים ודבורה וחולדה וכיו"ב. ולכאורה צריך הדבר תלמוד מנא לן הא, כיון דעיקר הדבר סברא הוא דמאי חזית, והרי לענין להחיותו קיימא לן שאנו מחלקים את המדרגות, כדתנן במסכת הוריות י"ג א' "האיש קודם לאשה, וכהן קודם ללוי ות"ח לעם הארץ, וזהו בלהחיותו כשהם טובעים בנהר, וכמו שכתב הרמ"א בהגהה יורה דעה רנ"ב ס"ק ח, אם כן למה לא יכריע משקל זה שלנו גם כן את הסברא של מאי חזית? ואפילו ביחיד נגד רבים הי' ג"כ נראה שמסתמא כששניהם שוים באיכותם היתה צריכה הכמות להכריע את הסברא דמאי חזית, ואם אחד גדול הי' צריך לכאורה הדבר להיות תלוי באומד על פי בית דין מומחים כמה נפשות כדאי להיות עולות תמורתו".

גזרת הכתוב מקרא ד'ונקי וצדיק אל תהרוג', שמפי השמועה למדו חז"ל דקאי על סתימת הדלת בפני אומדנא בדיני נפשות. וביאר שם עוד, שיותר טוב לנו שיהיו הרבה חייבים בלתי נשפטים משיארע בזמן מן הזמנים הריגת צדיק ונקי¹³.

ולכאורה הדברים קשים להבנה, שהרי בית דין דנים דיני נפשות ואינם חוששים מטעות, ואם על פי דין תורה וממה שענינו של דין רואות נמצא פלוני חייב סקילה - הורגים אותו. ואם בית דין לא חוששים מטעות כשכאים להרוג, למה שנחשוש מטעות דווקא כשכאים להציל עיר שלמה? זו אמנם הריגה של פלוני אבל הצלה של מאות אלפים. במקרה שכזה אפשר להגיד שחוששים לרון דיני נפשות?

הרי הערך של שבת שחוללה נמוך מהערך של פיקוח נפש (כי פיקוח נפש דוחה שבת). ובכל אופן מחמת חילול שבת - הורגים ולא חוששים לטעות בדין, אז למה שנתחיל לחשוש דווקא כשעומדים לרון דיני נפשות - כדי להציל את הרבים?. כאשר בפנינו אויבים הצרים על עיר ומבקשים להרוג את כולם אם לא ימסרו בידיהם אדם אחד, מדוע שלא ישב אותו בית דין וידון בדיני נפשות להציל את כל בני העיר, ע"י בחינת מדרג הנפשות שאם הוא קיים ברור שאין שפיכות דמים.

ובכלל, צריך כאן להבין, וכי במקום שאין צורך באומדנא - ובפנינו אדם שעל פי דין תורה מחוייב מיתה בוודאי, כגון שאומרים לאדם הרוג את חברך -

13 הרב קוק מוסיף ומציין שם: "שאינו עושים מעשה בנפש אלא בשב ואל תעשה שמקדימים את מה שנראה לנו יותר חשוב, אם ע"פ כללי חז"ל כשהם שווים או ע"פ הערך והאומדנא שלנו כשאינם שווים, ומדקדקים במדרגות החכמה והיראה והיחש וכיו"ב. אבל כל אלה, לגבי יוקר הנפש והערכותה, לא נפקי מכלל אומדנא, ואסור לנו לעשות מעשה על פיהם בדיני נפשות, ועל כן נשארה לנו סברא דמאי חזית. ולפי זה אולי י"ל, דגם ביחיד נגד רבים, אעפ"י שנראה לנו שזה היחיד אינו שווה כלל להיות בערך הדומה אפילו לכל יחיד מהרבים, וק"ו לכל הרבים, מכל מקום זהו רק בגדר אומדנא קרובה מאד, כהא דרשב"ש, ולעשות על פיה מעשה, למסור את היחיד להריגה בשביל הרבים, זה אסור לנו". ברם, שכאשר קוראים את התשובה בשלמותה נראה כאמור כי לא כתוב בה שכשיש עבירה היא גוברת על המדרג, אלא כתוב ממש להיפך: כי אילו היה מדרג - לא היתה כאן עבירה, שהרי הסברה של "מאי חזית" לא היתה קיימת. ואכן, אילו היה הרב קוק אומר שעצם ההריגה של פלוני היא האסורה, בלי קשר לשום מדרג, היה אולי ניתן ליצור הבחנה בין מקום שבו נעשית עבירה למקום שבו אין עבירה כאמור. אבל הרב קוק לא מיישב באופן זה, ובצדק, שהרי המדרג שכתוב במשנה מביא לכך שהסברא של מאי חזית לא תחול, ואז אין כאן עבירה בהריגתו, אלא מותר לאדם להציל את עצמו (כמו שהנדרף המציל את עצמו מרודף לא עובר שום עבירה) - ואכן כך האריך הרב קוק בשאלתו.

שהינו ידוע כמחלל שבת במזיד בפרהסיא, ואם לאו נהרוג אותך, האם במקרה זה לא חל הכלל של "מאי חזית" ומותר להרגו?

כב' השופט צבי א. טל כתב לי הצעת הסבר לפיה הסוגיה במסכת הוריות עוסקת בקדימות בענייני פרנסה ולא במקרים של הצלת חיים¹⁴. לדבריו, מדרג כאמור יתכן רק ביחס להלכות צדקה ושיפור מצבו הכלכלי של הזולת, אבל כאשר עוסקים בהצלת חיים אין מקום להבחין בין נפש לנפש ולדרג ביניהם. ברם, שהסבר זה אינו עולה בקנה אחד עם דבריו של מרן, רבי יוסף קארו אשר פירש ב"בית יוסף" כי "האיש קודם להחיות, היינו להציל ממוות", וכן פסק בשולחן ערוך¹⁵: "ואם שניהם רוצים לטבוע בנהר - הצלת האיש קודם". נמצא כי הסוגיה במסכת הוריות עוסקת בהצלת חיים ובדירוג ביניהם.

נראה על כן לבאר כדלהלן:

השאלה היתה - למה זו עבירה להרוג את פלוני כדי להינצל, אם המדרג מתיר לאדם להעדיף את עצמו, כשהוא תלמיד חכם והאחר עם הארץ? אלא שהתשובה היא כי יסוד חובת ואפשרות ההצלה חוסות תחת "מטריית" מה שנקרא "חובת ההשתדלות" המוטלת על האדם. לפי זה אמרה התורה דין ברור: עבירה אינה השתדלות. נקודה. לכן, הריגת הזולת אינה השתדלות (כמו שהחפץ חיים מבהיר שאסור לגנוב כדי להתפרנס ואסור לשקר כדי להתפרנס, כי פרנסה היא מה' ומה שמותר לעשות הוא רק השתדלות, ולגנוב או לומר לשון הרע - אינו יכול להיות השתדלות שפועלת שפע עבור האדם. לכן, הסביר כי מי שגונב לא מרוויח מזה! וממילא מי שיהרוג את הזולת - לא יינצל ע"י זה). כלומר, אין לצאת מנקודת הנחה לפיה העבירה יכולה להתבטל ע"י המדרג (כמו שהרב קוק אומר לאמיתם של דברים) - כי כשהנדרון הוא "מעשה עבירה", אין כלל חובת הצלה וממילא אין מדרג! נפרט את הדברים ונבהירם:

בפרק האחרון של ספרי "על החיים בהלכה" (הוצאת פלדהיים, תש"ע) הצעת ישיב את הקושי האמור לפי דרך ההילוך הבאה: החיוב של "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם" המחייב אדם להיזהר מכל סיכון של חייו, הוא פרק מתוך מסכת כוללת של חובת ההשתדלות הטבעית המוטלת על האדם. הכלל הגדול הוא כי "האדם רק משתדל אך לא קובע". גורלו של אדם נקבע ע"י הקב"ה בהתאם

14 השופט טל הסתמך בדבריו על כך שהרמב"ם פסק להלכה את דברי המשנה בהוריות בהלכות מתנות עניים ולא בהלכות שמירת הנפש. ואכן עת שמעיינים בגליון הרמב"ם שם מצינו כי כך מובא בגר"א על שו"ע יו"ד רנ"א ס' ח' וכן בשיטה מקובצת בשם הגאונים ורש"י, וכן תוס' רי"ד בכתובות והמאירי בהוריות כתבו כי "להחיות היינו להאכיל".

15 שולחן ערוך יורה דעה סימן רנ"ב סעיף ח'.

למה שנועד לו בבריאתו ולכללים של שכר ועונש. ברם, האדם מחויב לעשות השתדלות טבעית בבחינת "וברכתך בכל אשר - תעשה" ובבחינת "בזיעת אפיך תאכל לחם". על האדם מוטל אפוא לעשות מעשה ולהכין את הכלים הגשמיים לקבלת הברכה האלוקית, אך האדם רק משתדל - והקב"ה הוא השולח לו את ברכתו וקובע את גורלו. על כן, האדם רק משתדל - אך לא קובע דבר. התוצאות - אינן בידי אדם אלא בידי שמים, ואף אין קשר סיבתי מוכרח בין השתדלות לבין תוצאה. לאור נקודת השקפה יסודית זו, כי האדם אינו פועל אלא רק משתדל, מובן כי מקום שבו אין ציווי להשתדל - אל לו לאדם לחשוש אלא עליו לסמוך על הקב"ה ו"שומר פתאים ה'". דהיינו, כשם שה' שומר על נפשם של ילדים הנוהגים בתמימות ובדרך הילוכם הרגיל, כך יעזרהו ה' וישמור על חייו, ואין זה חלק מחובת ההשתדלות הטבעית המוטלת על האדם לחשוש לכך. בהתאם לכך מובן כי חיי האדם אינם נחרצים כלל וכלל ע"י מעשיהם של אלו הבאים להצילו וכל חישובי ההסתברות של סיכון מול סיכוי אינם רלוונטיים. וכך גם "חשבון" הקובע חיי מי שווים יותר אינו רלוונטי, שכן האדם רואה רק לעיניו וה' רואה ללבב. לכן, כאשר עסקינן במיתה שהקב"ה גזר אותה (נכרי המצווה על אדם להרוג את רעהו שאם לא כן יהרוג אותו) - כמו בדוגמא של רבא לעיל, או ליסטים התוקפים קבוצת יהודים ודורשים כי יסגירו אחד מהם שאם לא כן יהרגו את כולם) אומרים לאדם "שב ואל תעשה" - אל תשתדל להציל, ו"מאי חזית דרמא דידך סמיק טפיי". הקב"ה הוא המנהל את עולמו, ובמקום שבו מורים לאדם שלא להשתדל - אל לו להכנס לקדימויות בין בני האדם השונים, שהרי אומרים לו - סלק את ידיך מסוגיה זו, אתה לא מנהל את העולם ולא חורץ חיים. הקב"ה הוא העושה כן, ואתה בעניין זה - אל תשתדל, שכן מה לך לעשות חשבונות בעניין שהוא ב"כבשי דרחמנא"¹⁶.

16 ודוק, לכאורה עשוי המעיין לתמוה, מניין לנו להסיק שאל לו לאדם להשתדל? הן לכאורה זו הנחת המבוקש, שהרי השאלה הייתה: למה זאת ההלכה? למה לא נקבע שאפשר להרוג את מי ששווה פחות כדי להציל את מי ששווה יותר, וממילא כיצד ניתן להשיב כי הדבר נובע מכך שאסור לעשות כן (שזאת הייתה בדיוק השאלה). ברם, שאלה זו יוצאת מנקודת הנחה לפיה אם אדם יעבור עבירה, הוא אכן יציל את עצמו, ואז אם במדרג של הוריות הוא שווה יותר מחבירו זה גם מותר. אבל, ההסבר שלנו הוא כפשטות שמלכתחילה לא התירו לו לעשות מעשה הצלה ע"י עבירה (ומשזה לא השתדלות מותרת זה גם לא יציל) - וממילא לא חל המדרג מלכתחילה! הסבר זה חיוני שהרי בלעדיו לא הבנו: למה זו בכלל עבירה כשיש מדרג?

שונה הדבר לחלוטין, כאשר האדם דווקא כן מחויב עפ"י דין תורה להשתדל במעשי הצלה. החיוב להציל את הזולת נקבע בתורה בגדר "לאו" של "לא תעמוד על דם רעך". כאשר התורה מטילה על האדם חובה לקום ולעשות חייבת להינתן יחד עם זאת אמת מידה, את מי יש לקום ולהציל. לכן, ביחס למקרה זה יש קדימויות את מי להציל ראשון והיכן להשתדל קודם. במקום שיש קום ועשה להציל, וכאשר לחובה לעשות צורפו הוראות ההפעלה מה לעשות, מוטל על האדם להיות הדיין ולשפוט כמיטב היכולת האנושית בעניין זה¹⁷.

נראה כי הבחנה זו מבהירה סתירה המצויה בין שני פסקים של רבי יהודה החסיד בספר חסידים בנוגע לעריכת גורל, כדי להכריע בין נפש לנפש. בספר חסידים סימן תש"א נקבע כי כאשר "בני אדם שבספינה, והיה רוח סערה - אין רשאים להפיל גורלות, שאם יפול על אחד מהם צריך להטילו לים. אין זה לעשות כאשר עשו ליונה בן אמת"¹⁸.

לעומת זאת, בספר חסידים סימן תרע"ט מצינו "בני אדם שעוברים בים ועמדה עליהם רוח סערה לשבר הספינה או להטביעה בים, ושאר הספינות עוברות בשלום, וידוע שיש בספינה מי שחייב (כלומר, מי שבגללו נגזרה מיתה על כולם) רשאים להפיל גורלות, ועל מי שיפול הגורל ג' פעמים בזה אחר זה - רשאים להפילו לים, ומתפללים שלא יפול על הזכאי, אלא על החייב...". לכאורה בפנינו סתירה חמורה בפסיקתו של ספר חסידים, בשאלה האם ניתן להציל את חיי הרבים תוך נטילת חיי היחיד שעלה בגורל.

הרב סעדיה חלאוונה בביאורו על ספר חסידים בסימן תש"א, מבחין כי רבי יהודה החסיד בסימן תרע"ט ציין במפורש כי הפסק המתיר לעשות גורל נקבע רק במקום שבו שאר הספינות עוברות בשלום ואילו הספינה דנא היא היחידה שחישבה להישבר (כפי שקרה בספינה של יונה הנביא), דבר המלמד כי הסכנה שבה הם מצויים היא גזירה שמיימית - חוץ לדרך הטבע. רק במקרה זה רשאים היו אנשי הספינה לעשות גורל, שהוא בגדר של מסירת ההכרעה לקב"ה, כדי

17 לפי ההסבר המוצע, מובן מתי התורה הטילה מצוות "לא תעמוד על דם רעך" ומתי היא אומרת לנו לא להתערב, שכן כשבאים לקראת מעשה הצלה - יש "לא תעמוד" (וזה החזון איש של הסטת החץ) ולעומת זאת כשבאים לעשות מעשה עבירה - אין חובת השתדלות ואין חובה של "לא תעמוד על דם רעך".

18 ספר חסידים מוכיח זאת מכך שאף בדיני ממונות הכלל הוא כי "אסמכתא לא קניא" כלומר התערבות שבה יש הכרעה כספית על בסיס תוצאה שרירותית אינה תקפה, מכיוון שאדם עושה אותה מתוך הנחה אופטימית שאין לה על מה לסמוך כי הוא לא יצא בגורל, ולכן אין הסכמתו הסכמה. ספר חסידים מבהיר כי אם הדברים הללו נקבעו להלכה לעניין ממון "כל שכן לעניין נפשות, שלא יסמכו על הגורל".

לכחון בשל מי כלתה עליהם הרעה. ברם, ככל מקרה רגיל אחר שיש בו סכנה קיומית, אין מקום לעשות גורל, וזוהי ההכרעה של ספר חסידים בסימן תש"א¹⁹.

בדומה לכך מצינו בפסקו של הרב עובדיה יוסף²⁰, אשר ציין את דברי "תפארת למשה" ביו"ד (סי' קנו ס"א) כי על אף ההלכה הפסוקה לפיה "סיעת בני אדם שאמרו להם עכו"ם תנו לנו אחד מכם ונהרגנו ואם לאו הרי אנו הורגים את כלכם, אפי' כולם נהרגים לא ימסרו להם נפש אחת מישראל" מכל מקום מותר למסור להם אחד ע"פ גורל שיטילו ביניהם, כמעשה יונה הנביא²¹. והקשה על כך הרב יוסף, איך יתכן לסמוך על גורל בדיני נפשות, עת שאפי' בדיני ממונות הכלל הוא כי אין לסמוך על גורל המהווה אסמכתא. ואת הראיה שציין ה"תפארת למשה" מיונה, דחה הרב יוסף בציינו כי "הגורל שהטילו המלחים ונפל הגורל על יונה, לפי פשוטי המקראות, זה היה רק בכדי שידעו בשל מי הרעה הזאת להם, ולאחר שנפל הגורל על יונה, והגיד להם כי מלפני ה' הוא בורח, חתרו להשיב אל היבשה ולא יכלו כי הים הולך וסוער עליהם, והיה ברור כי בשלו הסער הגדל הזה עליהם, וכמו שהודה יונה הנביא בעצמו, ואז נאלצו

19 ודוק, אין מקום להבין את דברי ספר חסידים כמכוונים לומר שגורל אינו דרך להכרעה בשאלת חיים ומוות, אך אילו היינו מכירים דרך להכריע בשאלה (או שגורל היה דרך לגיטימית) היינו "מתערבים" וזורקים נוסע אחד לים. לא נראה לנו כי אפשר לעשות מעשה עבירה של הריגת אדם וזריקתו לים - כדי להציל את הרבים, וגם אילו הגורל היה אמת - הוא לא יתיר מאשר המדרג שמופיע במשנה בהוריות, ולעיל ראינו שגם כשיש מדרג - אין היתר!! להרוג נפש.

המקרה היחיד בו מותר להכריע ע"י גורל הוא כאשר ברור בעליל שיש גזירה שמיימית, ויש לברוק "בשל מי הרעה הזאת לנו". גם אז, מטילים גורל שלוש פעמים, כדי לוודא שאכן יש הסכמה הכרעת הגורל. מקרים דומים בנביא הם עכן ויונתן בן שאול, בהם הוטל גורל לחשיפת האשם, אך בעזרת ארון ואורים ותומים.

וראו דברי הרב יצחק זילברשטיין וד"ר פנחס אושר, שו"ת בעניין "דילול עוברים", "אסיא" מה-מו (יב, א-ב), 62-68, שדן בהרחבה בשאלה זו לגבי הריון מרובה עוברים, שאם לא ידללו חלק מהם - ימותו כולם. הרב זילברשטיין מביא שם את פסקו של הגר"ז אוירבאך שהתיר את דילול העוברים כדי להציל את חלקם, אף שאוסר באופן מוחלט הריגת בני קיימא במצב מקביל, וראה נשמת אדם, חושן משפט, סימן תכ"ה, ס"ק א. שם גם עולה השאלה אם העוברים הללו הם אדם.

20 הרב עובדיה יוסף שו"ת יביע אומר חלק ו - חושן משפט סימן ד.

21 והביא שם ראיות לכך מהמעשה של הגבעונים שאמרו (שמואל ב כא ו) "יותן לנו שבעה אנשים מבניו והוקענום לה' בגבעת שאול". ונתנו להם ע"פ קליטת הארון אע"פ שלא יחדום. וכן הוכיח ממעשה סרח בת אשר שבאה אל בני העיר ואמרה שיואב מבקש אלף איש להרגם, ונתרצו ליתן, עד שאמרה שאינו מבקש אלא אחד והוא שבע בן בכרי. אין זאת אלא שע"י גורל רצו למסרם.

להשליכו לים, אבל לא שסמכו על הגורל בלבד. ומה גם לפי מה שכתב בפרקי ר' אליעזר (פרק י'), שכל האניות אשר מימינם ומשמאלם היו עוברות ושבות בשלום ובמישור, ורק האניה שלהם היתה בצרה גדולה, שנא' והאניה חשבה להישבר... ומאחר שעשו כל מיני נסיונות וכלו כל הקצים וראו שאין מנוס ואין מפלט נאלצו להטילו לים. אבל על הגורל לבד לא סמכו להשליכו לים, גם לאחר שהודה שמלפני ה' הוא בורח²². הנה כי כן, רק כאשר בפנינו גזירה על טבעית שניכר כי היא מכוונת לאדם מסוים, ויש בה מעין קריאה לקבוצת האנשים לנסות לזהות בשל מי הרעה הזו הרי שמותר לעשות גורל, שיבחין באופן שמיימי בין דם לדם. ברם, בכל מקום אחר, שבו יש סכנה טבעית על קבוצת אנשים לא ניתן להתערב בתהליך ולבחור אדם שיקריב את חייו כדי להציל את הרבים. עריכת הגורל בהקשר זה הוא בגדר של השתדלות אסורה והתערבות בחשבונות של ערך החיים שאינם מסורים בידי אדם.

המחשה לעקרון זה ניכרת בפסקו של הרב אברהם ישעיה קרליץ בספרו "חזון איש" על מסכת סנהדרין סימן כ"ה. ה"חזון איש" דן במקרה של אדם המבקש להסיט חץ ממקום מעופו כך שיפגע באדם בודד ולא ברבים שייפגעו אם יוותר החץ בנתיבו המקורי. ה"חזון איש" כותב כי לכאורה יש לומר שדינו של הרמב"ם כי אסור לקבוצת אנשים להקריב את היחיד עבור הרבים חל רק במקרה של עשיית מעשה של מסירת אדם למיתה, שזוהי פעולה שאינה פעולת הצלה. לעומת זאת, הטיית החץ ממסלולו:

"אפשר שהיא בעיקרה פעולת הצלה, ואינה קשורה כלל בהריגת היחיד שבצד האחר, רק עכשיו במקרה נמצא בצד האחר נפש מישראל. ואחר שבצד זה יהרגו נפשות רבות, ובצד זה נפש של אחד, אפשר שיש לנו להשתדל למעט אכידת ישראל ככל שאפשר"²³.

בהתאם לאמור לעיל נראה כי ההבחנה היא, האם ניתן להגדיר את המעשה כהשתדלות מותרת להצלת חיים אם לאו וכדלהלן: מעשה עבירה - לא יכול במהותו להיות בגדר של השתדלות מותרת. מסירת אדם למיתה היא פעולה שאין בה כשלעצמה כדי להציל וממילא לא ניתן לראות זאת כפעולת השתדלות

22 ראה גם חזון איש, סנהדרין סימן כה, ד"ה בפ"ת, שדוחה את דברי התפארת למשה מהירושלמי בדבר סיעה של בני אדם.

23 הבחנה נוספת שמבחין החזון"א היא אם פעולה ההריגה מכוונת כלפי היחיד המסויים הנמסר להריגה, או שמי שנהרג מהחץ נמצא שם רק במקרה (בעצם די להסיט את החץ ממסלולו למקום שאין שם אדם, והנהרג נמצא שם במקרה בלבד).

מותרת, שהרי זאת פעולת הריגה המהווה עבירה. זאת גם אם המטרה היא להציל רבים ואף אם ינצלו הרבים על ידי זה. אין כל היתר להרוג אדם ולהקריבו על מזבח הזולת, אף כשמדובר ביחיד מול רבים. לעומת זאת, לאחר שאחרים ירו את החץ, מעשה ההסטה של החץ אינו פעולת הריגה אלא פעולת הצלה מובהקת שמותר לנקוט בה גם אם יגרם על ידי זה מיתה לאחר, שכן – מהות הפעולה היא – להציל את אלה שהחץ כוון לעברם. אכן, התוצאה ההכרחית שתגרם כתוצאה ממעשה זה תהיה כי האנשים שאליהם הוטת החץ ימותו עקב פעולה זו – אבל הגדרת המעשה נובעת ממהותו, וזאת פעולה שיש בה כשלעצמה כדי להציל את אלו שהחץ כוון מלכתחילה כנגדם. ממילא, מכיוון שהטיית חץ היא מעשה נאצל של הצלה ולא מעשה שיוגדר כהריגה, ניתן להגדירה כהשתדלות מותרת.

אימתי נוטלים סיכון ומתי "אין סומכין על הנס"*

"מעשי אבות סימן לבנים", וממעשיו של יעקב, עת שהתכוונן להתמודד עם סכנה בטחונית הקרבה ובאה, למדנו להתכוונן לכל צרה, ע"י דורון תפילה ומלחמה. עם זאת, עת שמתכווננים בעולמו הפנימי של יעקב, כיצד התכוונן מבחינה נפשית לקראת ההתמודדות עם עשו, מתעוררות תמיהות חריפות. מיעקב, שהוא מגדולי המאמינים, ושהשיג מדרגת בטחון גבוהה בקב"ה בצאתו מחרן¹, היינו מצפים לגלות שלווח פנימית, וקור רוח המאפיין אנשים הבטוחים בצדקת דרכם וכישועת ה' כי תבוא. והנה מוצאים אנו בפרשת וישלח, כי לפני ההתמודדות עם עשו יעקב פשוט - פוחד.

יעקב חדל לירא את עשו רק לאחר שהמלאך שהתאבק עמו כל הלילה, בישר לו בבוקר את הישועה והנצחון, באומרו - "כי שרית עם אלוקים ועם אנשים ותוכל" (בראשית לב, כח). אבל, כל עוד לא היתה ליעקב הבטחה מפורשת בהקשר זה - היה יעקב ירא מעשו אחיו, שנאמר "ויירא יעקב מאוד ויצר לו" (בראשית לב, ח). ונשאלת השאלה: הכיצד יתכן, אדם המאמין בה' אינו בוטח בו בשעת צרה?

בגמרא במסכת ברכות (ד, א) מצינו תמיהה על פחדו של יעקב, אלא שקושית הגמרא שם מתמקדת בעובדה שיעקב לא סמך כביכול על הבטחה מפורשת שניתנה לו מהקדוש ברוך הוא בצאתו מחרן: "והנה אנכי עמך, ושמרתך בכל אשר תלך" (בראשית כח, טו). וכלשון הגמרא: "כתיב והנה אנכי עמך ושמרתך בכל אשר תלך, וכתיב וירא יעקב מאד!". תירוץ הגמרא הוא - "שמא יגרום החטא"; כלומר, חששו של יעקב היה כי הוא עלול להינזק חרף ההבטחה, שמא יגרמו חטאיו לביטול ההבטחה.

* סיני כרך קל"ד, עמ' קל"ד.

1 רבי אברהם בן הרמב"ם בספרו "המספיק לעובדי ה'" (כאפיה אלעבדין), בפרק המקיף העוסק ב"בטחון בה", מבהיר בהקשר זה "ודיך אם תזכור מה שכתבה התורה אודותיו, כיצד הדיר עצמו הנאה מקנייני העולם הזה של יצחק אביו ושל אברהם וקנו ויצא מבאר שבע לחרן במקלו, הולך רגלי, לא בהמה לו לרכב עליה, ולא חברה להשתעות עמו ולא חרב להגן בה על עצמו, כמו שנאמר "כי במקלי עברתי את הירדן הזה" (בראשית לב, יא) הארץ היתה משכבו והאבן כרו".

גם הרמב"ן, בספרו "אמונה ובטחון"², מאריך להבהיר, כי יעקב לא יכול היה לסמוך על ההבטחה "והנה אנוכי עמך", שכן חשש שמא הבטחה זו לא תתקיים – שמא גרם החטא, או שמא קיבל כבר שכר על מעשיו הטובים ע"י הנסים שנעשו לו עד לאותה עת³.

משמע אם כן, כי בהעדר הבטחה מפורשת, "לא כל המאמין בוטח". ונשאלת השאלה: הכיצד? האם בהעדר הבטחה אלוקית מפורשת אין חובה לבטוח בה? ננסה אפוא להלן לבחון את השאלה: אימתי יכול אדם להסתפק בבטחונו על אלוקיו, ואימתי עליו לחשוש ולירא, להזהר ולהשמר – מפני סיכונים קיומיים. כמו כן, נבקש לפתוח צוהר לבחינת נקודת האיזון שבין הבטחון בה' לבין חובתו של אדם להשתדל באופן טבעי להשגת התוצאה המיוחלת.

במסכת שבת (לב, א) מצינו כי רב לא עבר על פני גשר רעוע בעת שניצב עליו עכו"ם, שמא מתוחה על אותו אדם מידת הדין ואגב כך שיפרע מאותו אדם בשעת הסכנה, יתמוטט הגשר. לעומת זאת, שמואל לא עבר על הגשר אלא בעת שניצב עליו עכו"ם, שכן אין השטן מתנכל לשתי אומות כאחת. רבי ינאי בדק את הגשר ואז עבר, בהתאם לשיטתו: "לעולם אל יעמוד אדם במקום סכנה לומר שעושין לו נס – שמא אין עושין לו נס. ואם עושין לו נס – מנכין לו מזכיותיו"⁴. ומבהיר רבי חנין, כי מקור הדברים באמירתו של יעקב בפרשתנו "קטנתי מכל החסדים ומכל האמת" (בראשית לב, יא). כלומר, אסור לאדם לבטוח בעצמו כי ה' יעשה עמו חסד, שמא קטן הוא מלהיות ראוי לכך. אך אם כן נשאלת השאלה, אימתי באה לידי ביטוי החובה – לבטוח בה"⁵?

2 ר' כתבי רמב"ן (הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ד), כרך א' עמ' שנ"ג – ספר האמונה והבטחון, פרק ב'.

3 הרמב"ן מוסיף שם הסבר נוסף ומייסד שם את המושג של "היה לך (לאדם) לעזרני" – לפיו נקט יעקב בפעולות השתדלות שונות כדי שלא להטריח את ה' לבצע נס ושינוי סדרי בראשית עבורו. יעקב עשה על כן פעולות שהן בגדר "נוהג שבועולם". ואולם, הסבר זה אינו מיישב מדוע פחד יעקב מפני עשו?

4 משום כך מצינו במסכת תענית (כ, ב) כי רב אדא בר אהבה הקפיד על רב הונא שהלך עימו בכוונה לפנות את יינו מתוך בית רעוע, כדי שזכויותיו של רב אדא יגנו עליו מפני התמוטטות הבית. הבית אכן לא נפל והתרחש נס, אך רב אדא הקפיד שהרי מי שנעשה לו נס – מנכין לו מזכיותיו.

5 החובה לסמוך על הקב"ה ולבטוח בו עוברת במקורות כחוט השני, והמקורות העוסקים בכך רבו מספור. רבנו יונה גירונדי (מן העיר גירונה שבספרד, המאה ה-י"ג), ב"שערי תשובה" שער ג אות לב, מבהיר כי מדובר בציווי ובחיוב שאנו מוזהרים עליו, אשר מקורו בפסוק "כי תאמר בלבבך רבים הגוים האלה ממני איכה אוכל להורישם, לא תירא מהם" (דברים ז, יז-יח), וכן "כי תצא למלחמה על אויבך וראית סוס ורכב עם רב ממך, לא תירא מהם" (שם כ, א). מכאן מסיק הוא כי: "הוזהרנו בזה, שאם יראה האדם כי צרה קרובה,

הכלל הוא כי האדם מצווה שלא לסמוך על הנס, וחז"ל אוסרים על אדם להכניס עצמו למצבי סכנה⁶.

כך למשל:

במסכת בבא בתרא (כא, א) מצינו כי אין מוליכים ילדים מעיר לעיר לשם לימוד תורה, ומבהיר רש"י: "שמא יוזק בדרכים, שהשטן מקטרג בשעת סכנה, שנאמר פן יקראנו אסון (בראשית מב, ד), אלא יוכל לכוף בני אותה עיר להושיב מלמדי תינוקות בעירו".

במסכת פסחים (ח, ב) פטרו את הבודק חמצו מלברוק בחור הבית שבינו לבין רשותו של נכרי - שמא יבא לכלל סכנה.

כמו כן, שם בדף סד, ב, נחלקו אב"י ורבא בשאלה האם ננקטו אמצעי זהירות (של נעילת דלתות העזרה) עת שנדחקו הבריות ונקהלו בבית המקדש להקריב קרבן פסח. ונפסקה הלכה כדעת רבא שאין סומכין על הנס⁷

אפילו בבית המקדש, שהיה מקום התרחשותם של ניסים קבועים - נעשו הפעולות על פי דרך הטבע, ולא סמכו על הנס. המקורות בעניין זה רבים⁸, ונציין

תהיה ישועת ה' בלכבו ויבטח עליה, כעניין שנאמר "אך קרוב ליראיו ישעו" (תהלים פה, י), וכן כתיב "מי את ותיראי מאנוש ימות" (ישעיהו נה, יב). מגיעים הרברים לידי כך שהביטחון בה' מהווה נקודת הבחנה בין "ברוך" לבין "ארור" כמאמר הנביא: "כה אמר ה', ארור הגבר אשר יבטח באדם... ברוך הגבר אשר יבטח בה' והיה ה' מבטחו" (ירמיהו יז). הבטחון בה' הוא אחד מיסודות האמונה היהודית, ובבסיסו ניצבת האמונה כי "אין אדם נוקף אצבעו מלמטה אלא אם כן מכריזין עליו מלמעלה" (חולין ז, ב). הבוטח בה' גם אמור להיוושע בזכות בטחונו זה, כפי שנאמר: "והבוטח בה' חסד יטובכנו" (תהלים לב, י).

6 בתלמוד הירושלמי יומא א, ד מובא מקור האיסור לסמוך על הנס מהפסוק (דברים ו, טז) "לא תנסו את ה' אלוקיכם".

7 רמב"ם, הלכות קרבן פסח א, (א, יא), שפסק כי נועלים את דלתות העזרה ולא סמכו על הנס כי הדלתות יינעלו מאליהן.

8 כך מציין רבי יוסף טוב ליפמן הליר בספרו "תוספות יום טוב", בתחילת מסכת דמאי דיבור המתחיל "החומץ שביהודה", כי בריש מסכת יומא מצינו שהתקינו ממלא מקום לכהן הגדול שמא יארע לו פסול ביוה"כ, ולא סמכו על האמור במסכת אבות (ה, ה) "עשרה ניסים נעשו לאבותינו בבית המקדש, ... לא אירע קרי לכהן גדול ביום הכיפורים". כמו כן, במסכת שקלים (ו, ד) מצינו כי בסמוך לכבש המזבח היה שולחן משיש ולא מכסף, כדי שלא יסריח בשר הקרבנות, ולא סמכו על הנס המובא במסכת אבות שם כי "לא הסריח בשר הקדש מעולם".

בנוסף, מובא ברש"י על מסכת שבת (קכד, א) דיבור המתחיל "משום אעפוש" כי עשו קנים בין מערכות לחם הפנים כדי שלא יתעפש, ולא סמכו על הנס האמור במסכת אבות כי "לא נמצא פסול בעומר ובשתי הלחם ובלחם הפנים". כמו כן מצינו בריש מסכת דמאי כי כאשר היו מביאים נסכים מתנים עימם כי אם יחמיץ היין יחזירו אותו

במיוחד את דברי רש"י במסכת שבת (כב, ב) דיבור המתחיל "ובנה היה מסיים", המבהיר כי התורה הורתה להדליק את שבעת קני המנורה על אף שהנר השביעי לא כבה - "דלא סמך קרא אניסא" (הפסוק עצמו אינו סומך על הנס).

מעניינת במיוחד הגמרא במסכת קידושין (לט, ב) בה מצינו את המקרה הבא, שמחמתו יצא אלישע בן אבויה לתרבות רעה:

אב שלח את בנו לקיים מצות שילוח הקן. והנה, על אף שכיבוד אב ואם ושילוח הקן הן שתי מצוות שנאמר בהן "והארכת ימים" - נפל הבן ונהרג. הגמרא מבהירה כי אלישע בן אבויה טעה וכי פירוש הפסוק הנכון הוא "למען ייטב לך - לעולם שכולו טוב, ולמען יאריכון ימיך - לעולם שכולו ארוך".

עם זאת, מקשה הגמרא, הרי הכלל הוא כי "שלוחי מצוה אינן נוזקין לא בהליכתן ולא בחזרתן", הכיצד אם כן נפל הבן ונהרג עת שעסק במצווה? מבהירה הגמרא כי הבן עלה לגג באמצעות סולם רעוע, ומקום שבו קיים גורם סיכון - לא נאמר הכלל "שלוחי מצווה אינם נוזקים" מכיוון שחל הכלל לפיו "אין סומכים על הנס".

בדרך זו גם מבהירה הגמרא שם את פחדו של שמואל הנביא מפני שאול המלך, עת שה' שלח אותו להמליך את דוד⁹. מדוע חשש שמואל הנביא מפני שאול ולא בטח בקב"ה? הכיצד נרתע מעשות את דבר ה' והשיב לו כי הוא מפחד מכן אנוש? אלא שבמקום שבו שכיח הזק, חל הכלל לפיו אין סומכין על הנס. במישור ההלכתי מובא בספר "שדי חמד"¹⁰ בשם ספר חסידים, כי מוהל אינו מחויב ללכת למקום סכנה כדי למול, על אף המצווה שבדבר, שהרי אם יש סיכון לילד אין מלים אותו - ואם כן כל שכן שהמוהל לא יסתכן לשם כך.

השדי חמד¹¹ מביא עוד בשם ספר "טהרת המים" כי אסור לאדם להסתכן ולילך למקום סכנה אף כדי לקדש שם שמיים, שכן אין לסמוך על הנס. ועל אף שאמרה תורה כי על שלוש עבירות (עבודה זרה, גילוי עריות ושפיכות דמים) יהרג ובל יעבור, הרי שרק בדיעבד אם כבר נקלע למצב זה מצווה עליו לקדש שם שמיים ברבים ולההרג, אבל אסור לאדם להביא עצמו מלכתחילה למצב של סכנה, שבו עליו לההרג ולקדש שם שמיים¹².

למוכר, ולא סמכו על הנס המובא במסכת פסחים (מב, ב) כי היין שהביאו מיהודה לא היה מחמיץ.

9 בשמואל א טז, א ו-ב מצינו "ויאמר ה' אל שמואל עד מתי אתה מתאבל אל שאול... מלא קרנך שמן ולך אשלחך אל ישי בית הלחמי כי ראיתי בכניו לי מלך. ויאמר שמואל, איך אלך ושמע שאול והרגני. ויאמר ה', עגלת בקר תיקח בידך ואמרת לזבוח לה: באתי".

10 רבי חיים חזקיה מדיני בספרו שדי חמד, מערכת האלף, שיוירי הפאה כלל לד.

11 ר' שדי חמד, מערכת האלף כלל יח.

12 בהקשר זה מובאת תמיהה על המובא בספרו של רבנו בחיי אבן פקודה, חובת הלכות,

מטעם זה לא כתבה התורה את המעשה שעשה אברהם באור כשרים, עת שקידש שם שמיים ונמסר להריגה בכבשן האש. הדבר לא נכתב בתורה כדי שאנשים לא יבואו להכניס עצמם למצב זה מרצונם. כמו כן מצינו ברבי עקיבא שאמר בעת שסרקו את בשרו במסרקות של ברזל, כי כל ימיו היה מצטער על המקרא "ואהבת את ה' בכל נפשך - אפילו נוטלים את נפשך" - "מתי יבא לידי ואקיימנו"¹³. מדוע הצטער ר' עקיבא ולא יזם מאורע שבו יישם את הציור הזה? אין זאת אלא שלאדם אסור להסתכן מרצונו - גם לא כדי לקדש שם שמיים. לעומת זאת, מצינו כי יש מקרים שבהם סמכו אנשים על הנס והסתכנו מרצון. כך למשל מצינו במסכת ברכות לג, א: "מעשה במקום אחד שהיה ערוד (נחש מסוכן) והיה מזיק את הבריות. באו והודיעו לו לרבי חנינא בן דוסא. אמר להם: הראו לי את חורו! הראוהו את חורו, נתן עקבו על פי החור, יצא ונשכו - ומת אותו ערוד. נטלו על כתפו והביאו לבית המדרש. אמר להם: ראו בני, אין ערוד ממת אלא החטא ממית. באותה שעה אמרו: אוי לו לאדם שפגע בו ערוד ואוי לו לערוד שפגע בו רבי חנינא בן דוסא".

ונשאלת השאלה: הכיצד הסתכן רבי חנינא בן דוסא וכיצד סמך על הנס? בדומה לכך מצינו במסכת תענית כא, א, כי נחום איש גם זו "היתה מטתו מונחת בבית רעוע. בקשו תלמידיו לפנות מטתו ואחר כך לפנות את הכלים. אמר להם: בני, פנו את הכלים ואחר כך פנו את מטתי. שמובטח לכם שכל זמן שאני בבית - אין הבית נופל. פינו את הכלים ואחר כך פנו את מטתו, ונפל הבית". ולכאורה, יש לפנות בראש ובראשונה את האדם המוטל במקום הסכנה. הכיצד זה הסתכן נחום איש גם זו והורה לתלמידיו להותיר אותו בבית רעוע ולעסוק בפינוי הכלים? הרי אין מסתכנים ואין סומכים על הנס¹⁴?

השער העשירי (שער אהבת ה' יתברך), פרק ו, כי הירא את ה' לא יירא משום דבר וזולתו, "כמו שסיפר אחד החסידים שמצא את אחד היראים כשהוא ישן באחד המדבריות. אמר לו, וכי אין אתה מתירא מן האריה כשאתה ישן במקום כזה? אמר לו, אני מתבייש בפני ריבוני אם יראה אותי שאני מתירא מזולתו". והדברים תמוהים: הכיצד הכניס עצמו במקום סכנה? ובמה עדיף הוא על יעקב אשר היה ירא מעשו ולא התבייש מקונו שיראה כי היא ירא ממשוהו וזולתו?

13 ברכות סא, ב: "בשעה שהוציאו את רבי עקיבא להריגה זמן קריאת שמע היה, והיו סורקים את בשרו במסרקות של ברזל, והיה מקבל עליו עול מלכות שמים. אמרו לו תלמידיו: רבינו, עד כאן? אמר להם: כל ימי הייתי מצטער על פסוק זה בכל נפשך - אפילו נוטל את נשמתך, אמרתי: מתי יבא לידי ואקיימנו, ועכשיו שבא לידי לא אקיימנו? היה מאריך באחד עד שיצאה נשמתו באחד. יצאה בת קול ואמרה: אשריך רבי עקיבא שיצאה נשמתך באחד".

14 ר' שדי חמד, שם, בו מובאת סוגיה זו, וכן דברי הרשב"ם על מסכת כבא בתרא קיט, ב, כי בנות צלפחד לא נישאו עד גיל ארבעים שנה כיוון שחיפשו חתן הגון. על אף שמקובל

ובמסכת תענית יט, ב מצינו כי כאשר עלו כל ישראל לרגל לירושלים ולא היה להם מים לשתות, "הלך נקדימון בן גוריון אצל הגמון אחד, אמר לו: הלויני שתיים עשרה מעיינות מים לעולי רגלים, ואני אתן לך שתיים עשרה מעיינות מים, ואם איני נותן לך - הריני נותן לך שתיים עשרה ככר כסף. וקבע לו זמן. כיון שהגיע הזמן ולא ירדו גשמים... במנחה שלח לו: שגר לי מים או מעות שיש לי בידך - שלח לו: עדיין יש לי שהות ביום. לגלג עליו אותו הגמון, אמר: כל השנה כולה לא ירדו גשמים, ועכשיו ירדו גשמים? נכנס לבית המרחץ בשמחה. עד שהגמון נכנס בשמחתו לבית המרחץ, נכנס נקדימון לבית המקדש כשהוא עצוב. נתעטף ועמד בתפילה, אמר לפניו: רבונו של עולם! גלוי וידוע לפניך שלא לכבודי עשיתי ולא לכבוד בית אבא עשיתי, אלא לכבודך עשיתי, שיהיו מים מצויין לעולי רגלים. מיד נתקשרו שמים בעבים, וירדו גשמים עד שנתמלאו שתיים עשרה מעיינות מים והותירו".

אכן, זהו כוחה של תפילה. אבל, מלכתחילה איך לווה נקדימון בן גוריון כספים בלי שיהיה לו מהיכן לפרוע?¹⁵ הכיצד סמך על הנס וסיכן את כספו? כאן, ניתן עדיין לתרץ כי סוף סוף אין המדובר בסיכון חיים אלא בסיכון כספים. אלא שבסוגיה ביבמות מצינו כזאת אף כשמדובר בסיכון חיים: בסוגיה הידועה במסכת יבמות (יב, ב) מובאת דעת רבי מאיר לפיה נשים שיש סכנה בעיבורן ישתמשו באמצעי מניעה, ורבנן סברו כי לא ישתמשו באמצעי מניעה ומן השמיים ירחמו, שנאמר "שומר פתאים ה'" (תהלים קטז, ו). הכיצד זה סומכין על הנס במקום סכנת חיים?

ה"שדי חמד" מבהיר כי נראה לו לכאורה שמותר לאדם להסתכן - כדי להציל את הרבים שלא ינזקו. כך נהג רבי חנינא בן דוסא כדי להציל את הציבור מפני הערוד, כך עשה נחום איש גם זו כדי להציל את תלמידיו מפני המפולת וכך עשה נקדימון בן גוריון כדי להשיג מים לעולי רגלים¹⁶. כשמדובר במטרה

בידינו כי אישה שלא נישאה עד גיל 40 בדרך כלל אינה יולדת, סמכו בנות צלפחד כי ייעשה להן נס כפי שנעשה ליוכבד אימו של משה. ותמה ה"שדי חמד" כיצד זה סמכו על הנס? ותשובתו היא (בשם ספר "יד דוד") כי בשני המקרים הללו (נחום איש גם זו ובנות צלפחד) אין המדובר באדם המכניס עצמו לכלל סכנה אלא מדובר בהתנהגות פסיבית בבחינת "שב ואל תעשה". נמצא כי לדעת ה"שדי חמד" מותר לסמוך על הנס כאשר אדם לא מכניס עצמו לכלל סכנה אלא נמנע באופן פסיבי מלפעול במהירות הראויה להצלתו.

15 המהרש"א שם שואל שאלה זו ומיישב כי נקדימון בן גוריון סמך על זכות הרבים.
16 הדברים אינם מישבים לכאורה את דעת חכמים במסכת יבמות יב, ב כי "מן השמיים ירחמו", שהרי שם אין מדובר בהצלת הרבים מפני סכנה, אלא באישה המסכנת את עצמה בכך שאינה נוטלת אמצעי מניעה. ואולם, ביחס לסוגיה זו מביא ה"שדי חמד" מספר הסברים. כך למשל הרב יעקב עטלינגר בשו"ת בנין ציון סימן קלז מבהיר בתשובה

ציבורית כוללת, הרי שהערכים האישיים של התרחקות מכל סכנה מקבלים היבט אחר.

מעניינת בהקשר זה פסיקה הלכתית של הרב שלמה זלמן אויערבך¹⁷, בנוגע לחייל ששירת בחיל המודיעין, שם הצליחו להתחקות אחר רשת תקשורת של מדינה עויינת ולפענח את הצופן שלה, כשתפקידו של החייל היה לעסוק בפענוח הצופן באמצעות מחשב, לרבות בשבת. טענתו של החייל בפני מפקדיו היתה, שבשבת ברצונו לפענח רק חלק מהשדרים, אלו שלגביהם קיימת סכירות גבוהה שהם נוגעים לישראל, ואילו שדר שהסכירות שהוא קשור לישראל נמוכה, ברצונו להניח ולפענחו במוצאי שבת. מפקדיו טענו כי הם סומכים על שיקול דעתו, אבל רק כשהוא מבוסס על מידע עובדתי, דהיינו לאחר שפענח את כל השדרים באופן מלא. לכן, הם חייבו אותו לפענח הכל, ולהעביר למפקדיו רק מה שחיוני. החייל פנה לרב אוירבך, אשר פסק לו כי מפקדיו צודקים וכי הוא חייב לפענח את כל השדרים. זאת מחמת הגימוק הבא:

אכן, מבחינה הלכתית אין כל הבדל בין פיקוח נפש של יחיד לפיקוח נפש של רבים, שהרי כל המציל נפש אחת מישראל כאילו הציל עולם ומלואו. אבל, ישנו בכל זאת הבדל בין רמת הסיכון שרשאי היחיד ליטול על עצמו, לבין פיקוח נפש של הרבים.

למשל: אנשים אינם נרתעים מנסיעה בין עירונית על אף שיש בה סיכון מסוים - נניח של אחד ל-10,000. אבל, אין ספק שראש מדינה שיטול סיכון של אחד ל-10,000 ביחס לחייהם של בני מדינתו, ייחשב בלתי אחראי למעשיו. זאת מכיוון שביחס לציבור בכללותו אף דרגת סיכון רחוקה זו נחשבת לסיכון שאין לקחתו. על כן, כשמדובר בבטחון המדינה, חייב החייל לפענח את כל השדרים, גם אם הסיכוי לפיקוח נפש הוא רחוק. לגבי ציבור - שיקולי ההסתכנות שונים הם.

לעומת זאת, בהעדר צורך למנוע סיכון מן הציבור בכללותו, הלכה פסוקה היא כי אסור לאדם לסכן את חייו ובריאותו ועליו להתרחק מכל גורם של סיכון. יתירה מכך, מדובר בנורמת זהירות שהציבור כופה על הפרט, וזוהי חובתו של

לשאלה זו, כי כאשר יש ולו חשש לפיקוח נפש, נדחית מפניו כל התורה שנאמר "וחי בהם", אבל כאשר כרגע אין בפנינו שום סכנת חיים, והחשש הוא רק מפני סכנה שתיווצר בעתיד, הרי שהולכין אחר הרוב וסומכים על הקב"ה שיציל מכל צרה. בשו"ת צמח צדק החדש אבן העזר סימן פט כתב ליישב, כי כאשר החשש מפני הסכנה הוא רחוק מאד, הרי שאומרים אנו "שומר פתאים ה'" והתירו לסמוך על הנס.

17 הדברים מובאים ע"י הרב משה מרדכי פרבשטיין, במאמרו "גדרי ספק פיקוח נפש - חילול שבת לכל צרכי חולה מסוכן", אסיא נג נד (כרך יד, א-ב), אלול תשנ"ד, עמ' 87, ועמ' 100.

הציבור לנהוג באופן פטרנליסטי ולמנוע אדם מפני סיכון חייו שלו. כך פוסק הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש פרק יא: "הרבה דברים אסרו חכמים מפני שיש בהם סכנת נפשות, וכל העובר עליהן ואומר הריני מסכן בעצמי ומה לאחרים עלי בכך, או איני מקפיד על כך, מכין אותו מכת מרדות".

בדומה לכך מצינו בהגהת הרמ"א על שולחן ערוך יורה דעה סימן קטז: "וכן יזהר מכל דברים המביאים לידי סכנה, כי סכנתא חמירא מאיסורא ויש לחוש יותר לספק סכנה מלספק איסור... עוד כתבו¹⁸ שיש לברוח מן העיר כשדבר בעיר, ויש לצאת מן העיר בהתחלת הדבר, ולא בסופו (תשובת מהרי"ל סי' ל"ה מ"א)... ואסור לסמוך אנס או לסכן נפשו בכל כיוצא בזה".

הסבר זה מגדיר אפוא אימתי מותר לאדם להסתכן ואימתי מחויב הוא לחשוש מפני כל סכנה. בהתאם להסבר זה מובן לחלוטין מדוע היה יעקב ירא מפני עשו ומדוע התכוון לקראת הסכנה בכל דרך אפשרית, שהרי אין סומכים על הנס¹⁹.

ואולם, נראה כי הסבר מקיף ועמוק יותר מצוי בדברי "המספיק לעובדי ה'" לרבי אברהם בן הרמב"ם, הפורש משנה סדורה ושיטתית בסוגיה זו, ומבחין בין שתי דרגות שונות של אמונה ובטחון בקב"ה.

הדרגה האחת, היא דרגת הנביאים הסומכים באופן מלא ומוחלט על נס שמימי שיארע להם, תוך התערטלות מכל האמצעים הגשמיים הרגילים. כך למשל: יהונתן ונערו התיצבו כנגד מחנה פלשתים - לבדם²⁰;

דוד בהיותו נער התייצב מול גלית הענק - ובטח בה' כי יושיעו באומר: "לא בחרב ובחנית יהושיע ה' - כי לה' המלחמה"²¹.

דוד אף הסיר את השריון המגן עליו בצאתו למלחמה עם גלית, מפאת בטחונו

18 כוונתו לרבי הקדמונים: אבודרהם ומרדכי סוף פרק כל שעה, רוקח סימן ער"ה ומהרי"ל.

19 בכל הנוגע ליעקב יש מקום לסברה כי פיקוח הנפש שלו אינו בגדר פיקוח נפש של יחיד, אלא מוגדר כפיקוח נפש של רבים, שהרי אילו באה כליה עליו ועל י"ב בניו, היתה באה כליה חלילה על כלל ישראל.

20 בספר שמואל א, יד, א-ו מצינו: "ויהי היום ויאמר יונתן בן שאול אל הנער נשא כליו לכה ונעברה אל מצב פלשתים אשר מעבר הלז ולאביו לא הגיד... ויאמר יהונתן אל הנער נשא כליו לכה ונעברה אל מצב הערלים האלה אולי יעשה ה' לנו כי אין לה' מעצור להושיע ברב או במעט".

21 שמואל א, יז, מה-מז: "ויאמר דוד אל הפלשתי אתה בא אלי בחרב ובחנית ובכידון ואנכי בא אליך בשם ה' צבאות אלהי מערכות ישראל אשר חרפה... וידעו כל הקהל הזה כי לא בחרב ובחנית יושיע ה' כי לה' המלחמה ונתן אתכם בידנו".

בנס, באומרו "כי לא נסיתי"²² - מבאר יונתן בן עוזיאל - אין בכלי המלחמה כדי לחולל את הנס ("ארי לית בהון מתעבד ניסא").

אליהו הלך למדבר בלא מזון, כאשר העורבים הם המביאים לו את לחמו²³. אלישע הורה לאישה הצרפתית ליצוק שמן אל כלים שיביאו לה, כשהוא סמוך ובטוח כי יתרחש נס גלוי, כך שכל הכלים ימלאו מאסוך השמן האחד שבידי האישה²⁴.

ואולם, דרגה רוחנית זו היא נעלה ונדירה. "בטחון ישר ושלם כזה יכול להגרם ע"י רוח הקודש או ע"י הבטחת ה' יתעלה לנביאו בדרך ההתגלות". בטחון זה של הנביא אינו מובן מאליו, על אף שמקורו בהבטחה אלוקית מפורשת, והוא נזקף לזכותו של הנביא, כמו שנאמר לגבי אברהם אבינו "והאמין בה' ויחשבה לו צדקה" (בראשית טו, ו). דרגה זו מצויה רק אצל חלק מן הנביאים. "לא כל הנביאים יכולים לצפות להשגתה, וגם הנביא שהשיגה לזמן מה אינו יכול לצפות כי תעשה לו קבע".

על כן, אדם שאינו מצוי בדרגה זו של בטחון בה' ואינו סומך על הנס, אינו בגדר מי שזנח את הבטחון. אדרבה, כל התולה תקוותו בנסים בלבד בלא הרגשה אלוקית שכזו, "הריהו מתאוה למה שאינו מתאים לו וחוטא בחוצפה, המביאה לידי חילול ה' ואין ספק שיבוא על עונשו"²⁵.

22 שמואל א, יז, לט: "וילבש שאול את דוד מדיו ונתן קובע נחשת על ראשו וילבש אותו שריון. ויחגר דוד את חרבו מעל למדיו ויאל ללכת כי לא נסה ויאמר דוד אל שאול לא אוכל ללכת באלה כי לא נסיתי ויסרם דוד מעליו".

23 במלכים א יז, ב-ו נאמר ביחס לאליהו הנביא: "ויהי דבר ה' אליו לאמור... מהנחל תשתה ואת הערבים צויתי לכלכלך שם. וילך ויעש כדבר ה'... והערבים מביאים לו לחם ובשר בבקר ולחם ובשר בערב ומן הנחל ישתה".

24 מלכים ב, ד, א-ו: "ואשה אחת מנשי בני הנביאים צעקה אל אלישע לאמור עבדך אישי מת ואתה ידעת כי עבדך היה ירא את ה' והנשה בא לקחת את שני ילדי לו לעבדים. ויאמר אליה אלישע מה אעשה לך הגידי לי מה יש לך בבית ותאמר אין לשפחתך כל בבית כי אם אסוך שמן. ויאמר לךי שאלני לך כלים מן החוץ מאת כל שכניך כלים רקים אל תמעיתי. ובאת וסגרת הדלת בעדך ובעד בניך ויצקת על כל הכלים האלה והמלא תסיעי. ותלך מאתו ותסגר הדלת בעדה ובעד בניה הם מגשים אליה והיא מוצקת. ויהי כמלאת הכלים ותאמר אל בנה הגישה לי עוד כלי ויאמר אליה אין עוד כלי ויעמד השמן".

25 ביחס לאדם הסומך על הנס בבטחון חסר כביס, נאמרו דברי החזון איש הידועים בספרו "אמונה ובטחון", פרק ב: "טעות נושנה נתאזרחה בלב רבים כמושג ביטחון: שם ביטחון המשמש למידה מהוללה ועיקרית כפי החסידים, נסתובבה (התחלפה בטעות) במושג חובה להאמין בכל מקרה שפוגש האדם והעמידתו לקראת עתיד בלתי מוכרע, ושני דרכים בעתיד, אחת טובה ולא שניה - כי בטח יהיה הטוב, ואם מסתפק וחושש על היפוך הטוב הוא מחוסר ביטחון. ואין הוראה זו בביטחון נכונה, שכל שלא נתברר בנבואה גורל

הדרגה השנייה היא דרגת כלל בני האדם, לפיה יש לשלב בין התפילה והבטחון כה' לבין ההשתדלות במעשים הטבעיים (דורון ומלחמה). האדם חייב מצד אחד לחשוש מפני סכנה ולהמנע מכל סיכון, שכן אין לסמוך על הנס. ומצד שני, עליו לדעת כי לא כוחו ועוצם ידו הם המצילים אותו מן הסכנה, וכצד הכנותיו למלחמה עליו להתכונן גם לתפילה²⁶.

חייב אדם לזרוע בשעת זריעה ולקצור בשעת הקציר, ויעשה כל מעשה טבעי דרוש ומועיל, ובלבד שיהיו עיניו נשואות לה' ביודעו כי לא המעשים הטבעיים שעשה הם המביאים לתוצאה המיוחלת, אלא רצון ה' הוא הגורם הבלעדי לכך, שהרי יש ואדם זורע בלא שיצמח פרי ויש שהוא זורע וקוצר מאה שערים. גזרת ה' יתברך היא החורצת גורלו של כל אחד ואחד ולא כשרונו ומעשיו. ובלשון החכם באדם "לא לקלים המרוץ ולא לגיבורים המלחמה וגם לא לחכמים לחם וגם לא לנבונים עושר וגם לא ליודעים חן כי עת ופגע יקרה את כולם" (קהלת ט, יא).

הנפקות המעשית מאמונה זו תהא בכך, שאדם היודע ומכיר בפנימיותו כי מה' בא לו הכל, לא יהא להוט יתר על המידה אחר מעשים של השתדלות טבעית, ולא יקדיש להם את כל מעיניו, אלא כדברי חז"ל "הוי ממעט בעסק ועסוק בתורה" (אבות ד, י). בהתאם להשקפה זו, הגורסת כי לא מעשי האדם הם הגורמים לתוצאות המיוחלות, אלא הסייעתא דשמיא (עזרת שמיים - רצון ה') היא המביאה לתוצאות, מובן כי ההשתדלות שעושה האדם היא רק בבחינת פרעון החוב שחייב אדם לפרוע כתוצאה מגזירת "בועת אפיך תאכל לחם", וממילא אין כל הגיון וטעם להרכות בהשתדלות, ודי לו לאדם כי יעשה מעשה שיש בו כדי לצאת ידי חובה²⁷. הא ותו לא.

העתיד, אין העתיד מוכרע, כי מי יודע משפטי ה' וגמולותיו יתברך? אבל, עניין הבטחון הוא שאין מקרה בעולם, וכל הנעשה תחת השמש, הכל בהכרזה מאיתו יתברך".
 26 משום כך, מי שנוטל תרופה אומר "יהי רצון שיהא זה לרפואה", וההולך למוד את גורנו אומר "יהי רצון שתשלח ברכה במעשה ידי" (ברכות ס, א), שהרי גזירת הבורא היא הקובעת שתרופה זו תועיל.

27 ואכן, כך מצינו באופן ברור בדברי הרמח"ל, ב"מסילת ישרים" פרק כא: "אמנם מה שיוכל לשמור את האדם ולהצילו מן המפסידים האלה הוא הבטחון, והוא שישליך יתנו על ה' לגמרי. באשר ידע כי ודאי אי אפשר שיחסר לאדם מה שנקצב לו, וכמו שאמרו חז"ל במאמריהם (ביצה טז) "כל מזונותיו של אדם קצובין לו מראש השנה" וכן אמרו (יומא לח, ב) "אין אדם נוגע במוכן לחברו אפילו כמלוא נימה" וכבר היה אדם יכול להיות יושב ובטל, והגזירה היתה מתקיימת אם לא שקדם הקנס לכל בני האדם ואמר "בויעת אפיך תאכל לחם" (בראשית ג, יט). אשר על כן, חייב אדם להשתדל איזה השתדלות לצורך פרנסתו, שכן גזר המלך העליון. והרי זה כמס שפורע כל המין האנושי אשר אין להמלט ממנו. לכן אמרו (בספרי) "יכול אפילו יושב ובטל? ת"ל "בכל משלח ידך אשר

כמו כן, נפשו של אדם כזה תהא גם רגועה יותר, והוא לא ילקה בחרדה מפני העתיד גם בעתות קשות, שהרי הכל נקבע ע"י ההשגחה העליונה, "ותשובה ותפילה וצדקה מעבירין את רוע הגזירה". אבל, השתדלות טבעית יש לעשות ומסיכונים יש להשמר. בהתאם לכך מבהיר רבי אברהם בן הרמב"ם את התנהגותם של גדולי המאמינים בשעת סכנה.

אברהם אבינו ירד למצרים מפני הרעב, ואף נשמר פן יראו המצריים את אשתו ויהרגוהו על דבר אשתו (בראשית יב, י). שמואל הנביא ביקש עצה כיצד יוכל להמליך את דוד המלך בלא לסכן את חייו. זאת מכיוון שאין לו לאדם לבטוח בנס כי יתרחש - כל עוד לא קיבל הבטחה מפורשת כי כך יהא.

ברומה לכך, מבהיר רבי אברהם בן הרמב"ם את הלך רוחו של אליהו הנביא שנשמר מפני איזבל - (מלכים-א יט, ג). הכיצד לא בטח בה? אלא שער שלא תבוא התגלות אלוקית ותבטיח זאת - אין הבטחון בה' מאפשר לסמוך על הנס. בפנינו אפוא משנה סדורה ובהירה המותחת קו גבול ברור בין אמונה לבין בטחון ובין מי שרשאי לסמוך על הנס לבין מי שמחוייב לנקוט בכל אמצעי של זהירות וחשש מפני הסכנה.

בהתאם לשיטה סדורה וברורה זו של רבי אברהם בן הרמב"ם ברור מדוע נשמר יעקב מאלמות לבן והערים לברוח מפניו²⁸ ומוכן לחלוטין מדוע לא סמך יעקב על שום נס ונתירא מעשו אחיו²⁹.

תעשה" אך לא שההשתדלות הוא המועיל, אלא שההשתדלות מוכרח. וכיוון שהשתדל הרי יצא ידי חובתו, וכבר יש מקום לברכת שמיים שתשרה עליו ואינו צריך לבלות ימיו בחריצות והשתדלות. הוא מה שאמר דוד המלך ע"ה (תהלים עה, ז) "כי לא ממוצא וממערב ולא ממזרח הרים כי אלוקים שופט זה ישפיל וזה ירים". ושלמה המלך ע"ה אמר (משלי כג, ד) "אל תיגע להעשיר, מבינתך חדל". אלא הדרך האמיתית הוא דרכם של החסידים הראשונים עושים תורתם עיקר ומלאכתן טפלה וזה וזה נתקיים בידם, כי כיוון שעשה אדם קצת מלאכה, משם והלאה אין לו אלא לבטוח בקוננו, ולא להצטער על שום דבר עולמי. אז תשאר דעתו פנויה וליבו מוכן לחסידות האמיתית ולעבודה התמימה".

28 בתשובה לשאלת לבן את יעקב "למה נחבאת לברוח", השיב יעקב לאמור "כי יראתי, כי אמרת פן תגזול את בנותיך מעמי" (בראשית לא, כז).

29 לעומת זאת ר' באורו של אליהו כי טוב, תחילת פר' וישלח "יכול היה למלאות לבו בטחון גמור בה' ואז היה עשו בעל כרחו מהלך לדרכו. ברם רצה יעקב לכבוש לבניו גם דרך מלחמה עם אויביהם, שכן ידע שדורות בניו לא תמיד יהיו מסוגלים כמוהו לשים מבטחם רק בה' לבדו ובכל לבב ואז יודקו גם למלחמה".

הסתכנות בשביל פרנסה*

1. בפרשת "ויחי" יעקב מברך את בניו ומגדיר את מהותם. דוגמא ואות לכך הוא מה שנאמר על שבט זבולון, (מט י"ג) "זְבוּלוֹן לְחוּף יַמִּים יִשְׁכֵּן וְהוּא לְחוּף אֲנִיּוֹת". מבאר רש"י כי "לחוף ימים - על חוף ימים תהיה ארצו... והוא יהיה מצוי תדיר על חוף אניות, במקום הנמל, שאניות מביאות שם פרקמטיא, שהיה זבולון עוסק בפרקמטיא, וממציא מזון לשבט יששכר והם עוסקים בתורה, הוא שאמר משה (דברים ל"ג י"ח) 'שמח זבולון בצאתך ויששכר באהליך', זבולון יוצא בפרקמטיא ויששכר עוסק בתורה באהלים". שותפות זו בין רוח לגשם, היא אות ומופת לדורות, כאשר זבולון היה מפליג ללב ים לצרכי מסחר ומקיים מרווחיו את יששכר. ברם, שפרשה זו מעוררת קושי. הכיצד משבחים חז"ל את יציאתו של זבולון לעשות סחורה מעבר לים, הן הדבר כרוך בסכנת חיים? לגבי ברכת הגומל הלכה פסוקה היא בשולחן ערוך (אורח חיים סימן רי"ט סעיף א): "ארבעה צריכים להודות. יורדי הים כשעלו ממנה, והולכי מדברות כשיגיעו לישוב, ומי שהיה חולה ונתרפא, ומי שהיה חבוש בבית האסורים ויצא, וסימנך: "וכל החיים יודוך סלה" "חולה" "יסורים" "ים" "מדבר"¹. נמצא אפוא כי ההפלגה בלב ים היא מעשה סכנה מובהק, אשר מברכים עליו ברכת הגומל. ועם זאת, מותר לזבולון להפליג בים ולסכן את חייו לצרכי פרנסה, וזאת בפשטות אף כאשר לא מדובר במי שהינו עני ובמצב של מצוקה וחוסר ברירה². הכיצד?

2. ואכן, על אף שערך החיים ניצב גבוה מעל גבוה ומן הציווי של "וחי בהם" (ויקרא י"ה) למדנו במסכת יומא (דף פ"ה עמ' ב') כי שבת נדחית מפני פיקוח נפש, הרי שמעשים בכל יום הם שאדם מסכן את החיים היקרים

* פורסם ב"סיני" כרך קמ"ד, (תשע"ב) עמ' כ"ו.

1 מקור הדברים במסכת ברכות (דף נ"ד, עמוד ב): "אמר רב יהודה אמר רב: ארבעה צריכין להודות: יורדי הים, הולכי מדברות, ומי שהיה חולה ונתרפא, ומי שהיה חבוש בבית האסורים, ויצא. יורדי הים מגלן - דכתיב: (תהלים ק"ז) "יורדי הים באניות וגו' המה ראו מעשי ה'", ואומר: "ויעמד רוח סערה יעלו שמים ירדו תהומות", ואומר: "יחוגו ויגעו כשכור", ואומר: "ויעצקו אל ה' בצר להם וממצוקותיהם יוציאם", ואומר: "יקם סערה לדממה", ואומר: "וישמחו כי ישתקו", ואומר: "יודו לה' חסדו ונפלאותיו לבני אדם".
2 וראה דברי הגר"א (אורח חיים סימן תקל"א) המביא את דברי הירושלמי כי היוצא לשוט מוגדר כמי ש"יצא שלא ברשות", שכן אסור להפליג לים הגדול על שום הסכנה הטמונה בדבר ועם זאת, רואים אנו כי לצורך פרנסה מותר הדבר.

מכל - לצורך פרנסתו, ודבר זה מותר הוא. מקור הדברים בפסוק (דברים כד, יד-טו): "ביומו תתן שכרו ולא תבוא עליו השמש כי עני הוא ואליו הוא נשא את נפשו". מפרש רש"י שם: "ואליו הוא נושא את נפשו - אל השכר הזה הוא נושא את נפשו למות, עלה בכבש ונתלה באילן"³.

3. בהקשר זה נשאלות שתי שאלות, האחת עיונית והשנייה מעשית:

4. **במישור העיוני יש להבין הכיצד זה מותר לאדם להסתכן לשם פרנסה?** וכי ניתן לוותר על חיי אדם בשביל כסף? אכן, פרנסתו של אדם עלולה בנסיבות קיצוניות לעלות כדי דיני נפשות והיא מקיפה את תחומי ההווה הקיומיים של המשפחה. ברם, שבהתאם לעקרון זה היה אמור להיות הדין כי מותר להסתכן בשביל פרנסה רק כאשר המצוקה הכלכלית עולה כדי פיקוח נפש. ולא היא. אצל זבולון מצינו כי הוא הפליג לחוף ימים בלא שהדבר סויג למצבים שבהם הישארותו ביבשה כרוכה בעוני עד כדי פיקוח נפש. דברים מפורשים מצינו במסכת מועד קטן (דף י"ד עמ' א') כי מי שאין לו מזונות - מותר לו לצאת להביא ממרחק לחמו ולשוט בלב ים לשם כך ובעשותו כן הוא נחשב כאנוס. לעומת זאת, אסור לאדם להסתכן ולהפליג ללב ים "כדי לשוט בעולם ולראותו", ויש מחלוקת בגמרא ביחס לאדם "שיש לו נכסים הרבה, ויוצא כדי להרוויח יותר"⁴. כלומר, יש דעה בגמרא לפיה היתר ההסתכנות אינו רק ביחס למי שהוא עני ועוסק במלאכה זו למחייתו, אלא מותרת היא ההסתכנות אף לאדם עשיר שרק רוצה להרוויח עוד. ולכאורה, מה ההצדקה להתיר לסכן חיים אצל אדם שיש לו נכסים הרבה ורחוק מפיקוח נפש?

3 מקור הדברים במסכת בבא מציעא (דף קי"ב עמ' א) "מפני מה עלה זה בכבש ונתלה באילן ומסר את עצמו למיתה - לא על שכרו? ומבאר רש"י שם: "כל עצמו הוא מוסר נפשו עליו, לעלות בכבש גבוה וסיכן בעצמו ליפול, ולתלות באילן כשעלה עליו למסוק זיתים, ולגדור תמרים ומסר נפשו עליו למיתה, שמא יפול מן הכבש או מן האילן".

4 כך מצינו במשנה במסכת מועד קטן (דף י"ד עמ' א') לפיה לדעת תנא קמא הבא ממדינת הים מותר לגלח בחול המועד ולדעת רבי יהודה אסור לו לגלח "מפני שיצא שלא ברשות". מבאר רש"י, שלא היה אנוס ולא יצא ברשות (=כהוראת) אחרים אלא ברצון עצמו. בהקשר זה מצינו בגמרא: אמר רבא: לשוט דברי הכל אסור (מבהיר רש"י: מפני ש"יצא שלא לצורך, ולא יצא אלא כדי לשוט בעולם ולראותו". על כן, משיצא שלא ברשות - אסור לו לגלח בחול המועד). למזונות - דברי הכל מותר (מבהיר רש"י: "שאין לו מזונות"), לפי שיצא באנוס. לא נחלקו אלא להרוויחא (מבהיר רש"י: "שיש לו נכסים הרבה, ויוצא כדי להרוויח יותר"). מר מדמי ליה כ"לשוט" (המוגדר כיוצא שלא לצורך), ומר מדמי ליה כ"למזונות" (שיצא כדין ועל כן מותר לו לגלח במועד).

5. **במישור המעשי יש לברר מהי מידת הסיכון אשר מותר לאדם להכניס עצמו אליה כדי להתפרנס? האם מותר לאדם להלך על חבל דק במרומי שחקים בלא רשת ביטחון תחתיו רק כדי להתפרנס?**

6. **הרב יחזקאל לנדא, בשו"ת "נודע ביהודה" (מהדורה תנינא, יורה דעה סימן י') נשאל האם מותר לאדם לערוך מסע ציד של חיות. מסקנתו היא כי הדבר אסור "שהרי כל העוסקים בזה צריכים להיכנס ביערות ולהכניס עצמם בסכנות גדולות במקום גדודי חיות והתורה ציוותה "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם". עם זאת, פוסק ה"נודע ביהודה" כי מי שהוא עני ועוסק במלאכה זו למחייתו - הדבר מותר: "שכל מה שהוא לצורך מחייתו ופרנסתו אין ברירה והתורה אמרה "ואליו הוא נושא את נפשו", אבל מי שאין עיקר כוונתו למחייתו ומתאוות לבו הוא הולך אל מקום גדודי חיות ומכניס עצמו בסכנה הרי זה עובר על ונשמרתם מאוד".**
בהקשר זה מתעוררים כמה וכמה קשיים:

(א) הדברים אינם משרטטים לכאורה גדר ברור: האם כל סיכון מותר בשל כל מצוקה כלכלית? בדברי ה"נודע ביהודה" מסויג ההיתר בשני תנאים: האחד כי מדובר באדם עני, והשני הוא כי הוא "עוסק במלאכה זו למחייתו". מה הדין כאשר עסקינן באדם שהוא לא כל כך עני עד שלא יהיה לו כדי מחייתו, או במי שיש לו גם עיסוק נוסף או מקור הכנסה נוסף? והאם לא מוטל על אדם זה לחפש פרנסה אחרת שבה לא יהיה חשוף לסיכון מקצועי שכזה? מה פירוש דברי ה"נודע ביהודה" כי "כל מה שהוא לצורך מחייתו ופרנסתו אין ברירה". לכאורה, לא מדובר במצב של עני שאם לא יצוד ימות מרעב, שהרי אילו זה היה המצב הרי שפשיטא כי עסקינן במצב של פיקוח נפש. ניכר מדברי ה"נודע ביהודה" כי היתר הציד לעני אינו נובע מגדרים של פיקוח נפש אלא מהיתר אחר של "הסתכנות לצורך פרנסה". מהו תוכנו ומהותו של היתר זה?

(ב) בדברי ה"נודע ביהודה" נוצרת לכאורה הבחנה בין אדם עני לבין אדם עשיר בנוגע להיתר לסכן חיים. הכיצד? וכי יתכן כי לעניין ערך החיים יהא הבדל בין חיים של עשיר לחיים של עני.

(ג) נעמיק את השאלה: פשיטא כי גם לעני שפרנסתו דחוקה אסור לחלל שבת. ושבת נדחית מפני פיקוח נפש. מדרג הערכים הוא אפוא ברור ולפיו: פיקוח נפש ניצב מעל לשבת, וממילא בוודאי ובוודאי שהוא ניצב מעל לערך של פרנסה. לפי מדרג ערכים זה המסקנה אמורה להיות כי בשביל פרנסה אסור יהא לסכן חיים שהם ברום המדרג הערכי. הכיצד

מותר אפוא לסכן חיים לצורך פרנסה כאשר מדובר באדם שזו דרך מחייתו?

7. הקושי העיוני האמור מחריף את שאנו מעיינים במסכת מועד קטן (דף י"ד עמ' א') בה מצינו כי מי שאין לו מזונות - מותר לו לצאת להביא ממרחק לחמו ולשוט בלב ים לשם כך, ובעשותו כן הוא נחשב כאנוס. לעומת זאת, אסור לאדם להסתכן ולהפליג ללב ים "כדי לשוט בעולם ולראותו", ויש מחלוקת בגמרא ביחס לאדם "שיש לו נכסים הרבה, ויוצא כדי להרוויח יותר"⁵. כלומר, יש דעה בגמרא לפיה היתר ההסתכנות אינו רק ביחס למי שהוא עני ועוסק במלאכה זו למחייתו, וממירים הסתכנות זו אף לאדם עשיר שרק רוצה להרוויח עוד. ולכאורה, מה ההצדקה להתיר לסכן חיים אצל אדם שיש לו נכסים הרבה?

8. הרב משה פינשטיין בשו"ת "אגרות משה" (חושן משפט חלק א סימן קד) התייחס לשאלה האם מותר להתפרנס ממשחק זריקת הכדורים (שנקרא באל בלע"ז) שיש לחוש לסכנה כפי שאירע לאחר מכמה אלפים שנסתכן. הרב פינשטיין התיר זאת על בסיס דברי הגמרא במסכת בבא מציעא (דף קי"ב), המובאים לעיל, כי מותר לאדם להתפרנס מעליה לאילן גבוה "אף כשיש חשש סכנה לאופן רחוק". מכאן מסיק הרב פינשטיין כי גם כשיש חשש שיהרוג אחרים באופן רחוק כזה, מותר הדבר שכן אין הבדל בין אדם המסכן את חייו שלו לבין מי שמסכן את חיי זולתו.⁶ בהקשר זה נשאלות שוב שתי שאלות, האחת במישור העיוני והשנייה

8 כך מצינו במשנה במסכת מועד קטן (דף י"ד עמ' א') לפיה לדעת תנא קמא הבא ממדינת הים מותר לגלח בחול המועד ולדעת רבי יהודה אסור לו לגלח "מפני שיצא שלא ברשות". מבאר רש"י, שלא היה אנוס ולא יצא ברשות (=בהוראת) אחרים אלא ברצון עצמו. בהקשר זה מצינו בגמרא: "אמר רבא: לשוט דברי הכל אסור (מבהיר רש"י: מפני ש"יצא שלא לצורך, ולא יצא אלא כדי לשוט בעולם ולראותו". על כן, משיצא שלא ברשות - אסור לו לגלח בחול המועד). למזונות - דברי הכל מותר (מבהיר רש"י: "שאין לו מזונות"), לפי שיצא באנוס. לא נחלקו אלא להרוויח (מבהיר רש"י: "שיש לו נכסים הרבה, ויוצא כדי להרוויח יותר"). מר מדמי ליה כ"לשוט" (המוגדר כיוצא שלא לצורך), ומר מדמי ליה כ"למזונות" (שיוצא כדין ועל כן מותר לו לגלח במועד).

6 עם זאת, הרב פינשטיין מבהיר כי ההיתר לסכן את חיי הזולת בסכנה רחוקה שכזו יכול להיעשות רק "כשהאחר גם כן נכנס לזה ברצונו שהרי ודאי אין לו רשות להכניס אף בספק הרחוק כזה את אלו שלא ידעו או לא רצו להיכנס אף בספק רחוק כזה". כלומר, מותר לאדם להחליט החלטה מודעת כי הוא מסכן את עצמו סכנה רחוקה. אבל, אין היתר לסכן את הזולת אף בסכנה רחוקה - בלי שתתקבל הסכמה מודעת של הזולת לכך.

במישור המעשי. במישור העיוני נשאלת השאלה: הרי הכלל הוא לגבי פיקוח נפש כי אף ספק רחוק של פיקוח נפש ואחוזים בודדים של סיכוי להצלת חיים - רוחים שבת⁷. אם כן, איך יתכן כי סיכויי חיים אלו הדוחים שבת - נדחים בעצמם מפני צרכי פרנסה - שכמובן שאינה דוחה שבת? ובמישור המעשי נשאלת השאלה: עד כמה חייב הסיכון לחיי האדם להיות רחוק כדי שיותר לאדם לעשות מעשה זה לצורך פרנסה? הרב פינשטיין מתיר עיסוק שהסיכון בו הוא בגדר תופעה "שאירעה לאחד מכמה אלפים". ומה הדין במעשה הקורה לאחד מכמה עשרות? והאם יש מתאם בין רמת הסיכון לבין רמת המצוקה הכלכלית שבה שרוי אותו אדם?

9. הסבר מרהיב לדברים מצוי בביאורו של הרב אלחנן וסרמן ב"קובץ שיעורים" (על מסכת "כתובות" סימן קל"ו). הרב וסרמן מציין כי אמנם האדם חייב להימנע מלהכניס עצמו למצבי סכנה, בכל מצב שבידו להיזהר ולהימנע מהם, ואם לא ישמור את עצמו "הרי הוא מתחייב בנפשו ולא יהא משומר מן השמיים"⁸. אבל, כל פעולה המוגדרת כ"מנהג דרך ארץ" נחשבת למצב שבו הוא מעין אנוס - ונחשב כמי שאין בידו לשמור את עצמו ואז הוא נשמר מן השמיים.

10. ואכן, בשו"ת שם אריה סימן כ"ז מצוין כי ההיתר להסתכן לשם פרנסה שאוב מכך שמותר לאדם להסתכן: "בדבר שהוא מנהגו של עולם ודרך הכרח". כלומר, גדר ההיתר נעוץ בכך שמדובר בפעולות שהן בכלל "מנהגו

7 לעניין זה ראה תוספות מסכת יומא דף פה עמוד א דיבור המתחיל "ולפקח הגל אינו כן": "אומר ר"י שאין הולכים בפקוח נפש אחר הרוב משום שכתוב (ויקרא י"ח) "וחי בהם" - ולא שימות בהם, שלא יוכל לבוא בשום ענין לידי מיתת ישראל". וראה תוספות במסכת נדה דף מ"ד עמ' ב' דיבור המתחיל "איהו מיית ברישא", כי יש לחלל שבת ולהציל ממפולת אדם גוסס שמוחו מרוצץ, אף שרק מיעוט גוססים נותרים בחיים, מפני שאין הולכים בפיקוח נפש אחר רוב.

8 דברי הרב וסרמן מיישבים גם את הקושי כיצד זה מותר לסכן חיים ולסמוך על כך שמן השמיים ירחמו? והרי במסכת עבודה זרה דף י"ח עמ' א' מצינו כי אמירה של "מן השמיים ירחמו" אינה מוגדרת כדברי טעם ואין לסמוך עליה. כך נאמר שם: "תנו רבנן: כשחלה רבי יוסי בן קיסמא, הלך רבי חנינא בן תרדיון לבקרו. אמר לו: חנינא אחי, אי אתה יודע שאומה זו מן השמים המליכה? שהחריבה את ביתו ושרפה את היכלו, והרגה את חסידיו ואבדה את טוביו, ועדיין היא קיימת, ואני שמעתי עליך שאתה יושב ועוסק בתורה ומקהיל קהילות ברבים וספר מונח לך בחיקך! אמר לו: מן השמים ירחמו. אמר לו: אני אומר לך דברים של טעם, ואתה אומר לי מן השמים ירחמו?".

של עולם". היתר זה ידוע הוא, ובגמרא מצינו כמה וכמה דוגמאות להיתר להסתכן בדברים שהם בגדר "דרך העולם" מחמת הכלל של "שומר פתאים ה'". ואכן, בהלכה מצינו (בשולחן ערוך אבן העזר סימן ע"ה סעיף ה') כי אדם יכול לכפות על אשתו לעלות עימו לארץ ישראל כאשר הדרך אינה כרוכה בסכנה, וההגדרה של סכנת הדרך מובאת שם ב"פתחי תשובה" (ס"ק ו' בשם המבי"ט¹⁰), כדרך אשר הסוחרים נמנעים מללכת בה. משמע כי הגדרת דרך כמסוכנת אינה נעשית לפי מידת ההסתברות לסיכון חיים, אלא המדרד הוא: האם דרך העולם היא ללכת בדרך זו כשסוחרים מבקשים ללכת לפרנסתם¹¹.

9 כך למשל במסכת עבודה זרה (דף ל' עמ' ב'): "תניא, רבי אליעזר אומר: אוכל אדם ענבים ותאנים בלילה ואינו חושש (שמא הטיל נחש את ארסו שם), משום שנאמר: (תהלים קטז) "שומר פתאים ה'". ברומה לכך מצינו במסכת נדה (דף לא עמוד א'): "תנא: המשמש מטתו ליום תשעים (מתחילת הריונה של אשתו) כאילו שופך דמים (כלומר, הרבר מסכן את הולד). מנא ידע? (מניין ידע האדם כי מלאו בדיוק תשעים ימים מתחילת ההריון?) אלא אמר אביי: משמש והולך, (תהלים קט"ז) ו"שומר פתאים ה'". הרי לנו שוב מציאות של סכנת חיים, ואדם מתעלם ממנה מכח הכלל של "שומר פתאים ה'". כמו כן, במסכת יבמות (דף ע"ב עמ' א') מצינו את רב רב פפא כי יש בשנה ימים מסוכנים שבהם אין למול ואין להקזיז דם. אולם, בימינו שהרבים רגילים לעשות פעולות אלה בלא חשש, מותר לעשות זאת שכן "שומר פתאים ה'". ובמסכת כתובות (דף ל"ט עמ' א') מצינו: "שלש נשים משמשות במוך (מבאר רש"י: "מותר להן לשמש במוך ואינן כמשחיתות זרע"). ואלו הן: קטנה, ומעוברת, ומניקה; קטנה - שמא תתעבר ותמות, מעוברת - שמא תעשה עוברה סנדל, מניקה - שמא תגמול את בנה; ... וחכמים אומרים: אחת זו ואחת זו משמשת כדרכה והולכת, ומן השמים ירחמו, משום שנאמר: (תהלים קט"ז) "שומר פתאים ה'!" כלומר, מותר לקטנה לשמש כדרכה ואין היא צריכה לנקוט באמצעי זהירות, שכן אין היא עושה דבר חריג אלא נוהגת כדרך העולם, וממילא "מן השמיים ירחמו", לנוכח הכלל של "שומר פתאים ה'".

10 שו"ת המבי"ט (חלק ב סימן רט"ז): "לעולם כל הדרכים הם בחזקת סכנה וצריכים להודות לה' כמו הולכי המדברות. אבל אינו מעכב את הכפיה לעלות אלא באותם הימים שיש סכנה ידועה בדרכים. אבל כשכל הסוחרים אינם נמנעים מללכת בדרכים גם איש ואשתו יכולים לכוף זה את זה".

11 כמו כן מצינו ב"מגן אברהם" (אורח חיים סימן שט"ז ס"ק כ"ג) כי בשבת מותר להמית נחש ועקרב משום פיקוח נפש, אך אין היתר להמית עכביש, שכן דרך העולם היא לחשוש מנחש ועקרב ואילו עכביש על פי רוב אינו ארסי. ולכאורה, מדוע אין חשש רחוק מגדיר את הפעולה כפיקוח נפש? הן לגבי מפולת הכלל הוא כי כאשר יש 99% שהאיש מת ורק 1% שהוא חי - הרי שפיקוח נפש דוחה שבת, ואין הולכים בפיקוח נפש אחר הרוב. מדוע אפוא עכביש אשר 99% שאינו ארסי, חל איסור להרגו בשבת, תוך שהולכים אחר הרוב ולא חוששים למיעוט שמדובר בסכנת חיים? אין זאת אלא שהמבחן אינו מתמיט, והשאלה אינה מה מידת הסיכון, אלא הכלל הוא כי דבר שאנשים מגדירים אותו כמסוכן

11. בהתאם לכך מצינו כי פוסקים רבים מתירים להסתכן לגבי מקרים המוגדרים כ"דרך העולם". כך למשל הרב משה פינשטיין בשו"ת אגרות משה (חושן משפט חלק ב' סימן ע"ו) התייחס לעישון ופסק כי מכיוון שיש הרבה אנשים שהדבר לא הרע את בריאותם¹², אין בזה איסור, וכמו כל דבר שהרבים עושים אותו חל לגביו הכלל של "שומר הפתאים ה"¹³. בהקשר זה מעניין הוא ההיתר לעשן - לצורך פרנסה כדרך לקרוב ללכבות ושיווק, המובא ע"י הרב מרדכי רבינוביץ: "ושמענו עוד היתר מאדם גדול שאוסר את העישון מטעמי בריאות .. אך לסוחר אחד בארה"ב שהוא סוכן למכירות התיר לעשן מכיוון שהנהוג הוא במיוחד בארה"ב שכדי להתחיל לשוחח עם הקונה על טיב סחורתו וכדו' מציע הוא סיגריה, ואחרי שיש קירוב ללכבות קל יותר להשפיע על המכירה. אז לעשן בשעה זו גם מותר לפי דבריו, כי יתן נפשו בעד לחמו, וכמו שכתוב "ואליו הוא נושא את נפשו... וכנראה משמע שהתורה גילתה שכך דרכו של עולם לעלות לפעמים בכבש

- יש לגביו דין של פיקוח נפש, ומה שאינו מוגדר כדעת הבריות כמסוכן לא חל לגביו הכלל של פיקוח נפש. מפולת מוגדרת ע"י רוב האנשים כסכנת חיים, ואילו עכביש אינו מוגדר כך. ההגדרה נובעת אפוא מדרך הילוכן של הבריות.

12 הרב פינשטיין מציין כי עישון הוא דבר שאדם עושה להנאתו ולא צורך קיומי אך מי שהתרגל לכך סובל מהעדרו. כמו כן ציין כי על אף שאנו נתקלים במקרים רבים של סרטן הגרון והריאה אצל מעשנים, הדבר מותר כי מדובר במיעוט. ובלשונו: "אף שמעלת כבודו ראה הרבה חולים - שהוא רופא ונמצא בבית החולים ורואה כמעט בכל יום חולים בסרטן הריאה והגרון וגם באיברים אחרים שנמצאו יותר באלו שמעשנים סיגריות, וכן הוא גם בשאר בתי חולים, מ"מ ודאי כל החולים הנמצאים בבתי החולים וגם בצירוף אלו שלא באו לבתי החולים הוא מיעוט לגבי אלו דעלמא שנמצאו בבתיהם שלא נחלו כלל, ובחשש כזה אמרינן שומר פתאים ה"."

13 מעניין הדבר כי מספר חודשים לאחר מכן ניתנה תשובתו של הרב אליעזר יהודה וילדנברג בשו"ת ציץ אליעזר (חלק ט"ו, סימן ל"ט) לפיה תוארו כפניו בסכנות הטמונות בעישון ופסק: "לאור זה נראה ברור ללא צל של ספק כי אין מקום להתברך בלב (כפי שאחרים רוצים לומר כן) ולהורות כי היות והעישון רבים דשים בו אם כן יש להחיל על זה המאמר חז"ל בכמה מקומות על מנהג עולם במקום שיש לחוש לסכנה, שפסקו פסקם ואמרו: והאידינא דרשו בו רבים שומר פתאים ה'. דלא אמרו כן אלא במקומות דלא נתגלה סכנתם, והמציאות לא הראתה על היפוכו של דבר, ואדרבא ראו שרבים וכן שלימים עברו ולא ניזוקו... אבל בכגון הנידון שלפנינו אשר בעיקר בעשרות השנים האחרונות לאור המחקרים המדעיים והרפואיים השונים נתגלו בממדים מבהילים הזיקי הגוף המרובים והמסוכנים אשר העישון גורם בכנפיו, והתודעה הזאת גם יצאה כבר טבעה בעולם עד כדי כך שבכמה מדינות גדולות ועצומות יצא החוק מאת ממשלותיהם על חובת ציין אוהרה על כל חפיסת סיגריות האומרת הרופא הממשלתי הראשי מזהיר את המעשנים שהעישון מסכן את בריאותם ומזיק לה.... אם כן בודאי ובודאי שאבסורדי הוא להעלים עין מכל זה ולהפסיד כלאחד יד ולומר כי גם על כגון זה נאמר שומר פתאים ה"."

ולהיתלות באילן בשביל כסף הפרנסה¹⁴.

12. האדמו"ר מסוכאטשוב, בשו"ת אבני נזר (יורה דעה, חלק ב' סימן רס"ד אות ד') דן במקרה של אישה שיש לה סכנה להרטיב את אוזנה ועם זאת התיר לה לטבול במקווה ולהכניס עצמה לסכנה כדי שלא תתגרש מבעלה. משמע כי מותר לאדם להכניס עצמו לסכנה מסוימת כדי שלא לשבש את מהלך חייו ואורחותיו. בדומה לכך מצינו שורה של פסקי הלכה של הרב שלמה זלמן אויערבאך שהתיר לאדם ליטול סיכון ולעשות מעשים שהם בגדר "דרך העולם" מכח הכלל של "שומר פתאים ה'". כך פסק הגרש"ז אויערבאך (בשו"ת מנחת שלמה חלק א סימן ז') כי מותר לאדם להסתכן וללחום בגנב לשם הצלת ממונו, כיוון שזה דרך העולם - וממילא חל הכלל של "שומר פתאים ה'".¹⁵ כמו כן, פסק הגרש"ז אויערבאך (שו"ת מנחת שלמה תנינא (ב - ג) סימן פו) כי מותר להשקיט יסורים של אדם על אף שמדובר בתרופה המזיקה לבריאותו של החולה ועלולה לקרב את קיצו ולסכן את חייו, שכן מצינו בש"ס בכמה מקומות על הרבה דברים שהם ממש קרוב לסכנה ולמרות זאת כיון שנהג הציבור לעשותם, אומרים אנו כי "שומר פתאים ד'" והדבר מותר. ממילא "כיון שדרך של כל החולים הוא בכך יתכן ששיך שפיר לומר דבר זה גם במקרה זה וצריכים להשקיט הכאבים". הגרש"ז אויערבאך גם פסק להלכה (שו"ת מנחת שלמה חלק ב' סימן פ"ג) כי "יש אשר נשים מכניסות עצמן לספק סכנה של הריון רק בגלל רצון חזק לילד ואין מוחין בהן, אף שמצד הדין מותרות הן למנוע את ההריון". ההגדרה של פעולה כמסוכנת לעניין חילול שבת - תלויה לדברי הרב אורבך - בדעת הבריות ונוהגם, וכך ציין (שו"ת מנחת שלמה, מהדורא תנינא חלקים ב - ג, סימן לז): "עיקר הדבר מה נקרא ספק פיקוח נפש ומה לא, ועד איפה הוא הגבול, גם אנכי בעניי הסתפקתי רבות בזה, אלא שמצד הסברה נראה לעניות דעתי שכל שדרך רוב בני אדם לברוח מזה כבורח מפני הסכנה הרי זה נחשב כספק פקוח נפש ונאמר ביחס לכך "וחי בהם" ולא שימות בהם, אבל אם אין רוב בני אדם נבהלים ומפחדים מזה אין

14 הרב מרדכי רבינוביץ, בספר "מעלה עשן" בעמ' 34.

15 ובלשונו של הרב אויערבאך: "כאשר בא גנב במחתרת ובעל הבית מסופק אם יצליח להתגבר ולהרוג את הגנב - צריך לכאורה בעל הבית לתת את כל אשר לו כעד נפשו ולא להכניס עצמו בספק סכנה. אולם, אפשר שכדי שלא יתרכו גנבים ופורצים, כמו שמותר לציבור להסתכן במלחמת רשות כך רשאי כל יחיד לעמוד על ממונו אף אם מכניס עצמו בכך לספק סכנה, וגם כיון שדרך העולם בכך אפשר, שהרי זה דומה למה שאמרו חז"ל בכמה מקומות על ספק סכנה כי שומר פתאים ה'".

זה נחשב סכנה¹⁶.

13. הרב וולדנברג בשו"ת ציץ אליעזר (חלק י סימן כה פרק כ"ג), דן בשאלה האם צריך לברך הגומל אדם שעבר ניתוח מרצוננו, שבו הוציאו ממנו אבר פנימי שהתנדב לשם השתלה בגופו של אחר. אכן, בדרך כלל כשעוברים ניתוח ומתרפאים צריכים לברך ברכת הגומל. אך צד הספק נובע מכך שאותו אדם הכניס את עצמו ברצונו לידי סכנה. בהקשר זה מציין הרב וולדנברג כי לכאורה זהו המצב ביחס להולכי מדבריות ועוברי ימים המברכים הגומל על אף שהם מכניסים את עצמם ברצונם הטוב לידי סכנה. אולם, אין הדברים דומים, שכן יציאה לדרך נחשבת לדרך של עולם וכאמצעי קיום וממילא אין בה כדי להיאסר מכוח הדין של "מכניס עצמו לכלל סכנה"¹⁷.

14. בהתאם לכך נראה כי ההיתר של הסתכנות לצרכי פרנסה אינו נובע מכך שאם הדבר משרת את פרנסתו של אדם - הרי שהוא דוחה פיקוח נפש ומתיר להסתכן. דבר שכזה לא יתכן שהרי פרנסה לא דוחה שבת, ושבת נדחית מפני פיקוח נפש, וממילא ברור שפיקוח נפש לא נדחה מפני פרנסה. אלא, גדר הדברים הוא כי מעשים שאנשים עושים לשם פרנסה הם מעשים שמקובל לעשותם על פי דרך העולם. ומה שדרכו של עולם לעשותו לא מוגדר מלכתחילה כסיכון שיש להישמר מפניו.

15. הגיונם של דברים הוא לכאורה כי הדין של "ונשמרתם לנפשותיכם" נופל בגדר חובת ההשתדלות הכללית של אדם. ברי כי גורלו של אדם נקבע ע"י הקב"ה בהתאם לכללים של שכר ועונש. ברם, שהאדם מחויב לעשות

16 על בסיס זה פסק הרב אויערבאך כי בתחנה לעזרה ראשונה בעיר מותר לחלל בה שבת במלאכות דאורייתא כדי להיות מוכן לכל צרה שלא תבוא, וזאת לאור פסקו של רבי עקיבא איגר (שו"ת רבי עקיבא איגר סימן ס') כי יש להגדיר מצב סכנה הדוחה שבת אף כאשר הסיכון להתפתחות סכנה הוא אחד מני אלף, כל עוד שהרכים חוששים מפניו.

17 ובלשונו של הרב וולדנברג: "דרכו של עולם כן, להיות עוברי ימים והולכי מדבריות לצרכי האדם ופרנסתו, והכרחי זה לקיום העולם, לכן לא נקרא זה מכניס את עצמו לסכנה שלא לצורך (ושלא לצורך פרנסה וצרכים חיוניים אסור באמת לאדם להכניס את עצמו בסכנה להלך במקום גודרי חיות וכדומה) ולכן צריכים העוברים במקומות הנ"ל לברך ברכת הגומל, מה שאין כן בהתמסרות לכיצוע ניתוח כנ"ל שאינו לצרכו של המנותח כלל ואדרבה גורע מבריאות גופו, ועפ"י דין אין עליו כל חיוב לכך, ואדרבה ישנה שאלה אם אפילו מותר לו להכניס את עצמו בספק סכנה כזאת, או בהחסרת אבר ממנו, לשם הצלת חברו, בכל כגון אלו יש להסתפק אם כשמתרפא צריך לברך הגומל על שנתרפא מניתוח שגרם לו בעצמו וברצונו הטוב".

השתדלות טבעית בבחינת "וברכתך בכל אשר - תעשה". ובבחינת "בזעת אפיך תאכל לחם". על האדם מוטל אפוא לעשות מעשה ולהכין את הכלים הגשמיים לקבלת הברכה האלוקית, כאשר האדם רק משתדל - והקב"ה שולח לו את ברכתו וקובע את גורלו. האדם רק משתדל - אך לא קובע דבר. התוצאות - אינן בידי אדם אלא בידי שמיים, ואף אין קשר סיבתי מוכרח בין השתדלות לבין תוצאה. כך ביחס לפרנסתו של אדם - וכך מקל וחומר ביחס לחייו של אדם! מהכרה זו נובע בראש ובראשונה כי האדם יכול וצריך למעט במעשי ההשתדלות הטבעית שלו, וכן לחוש במנוחת הנפש, שהרי מעשיו או מחדליו לא יגרמו ממילא מאומה¹⁸. לאור נקודת השקפה יסודית זו כי האדם אינו פועל אלא רק משתדל, מובנים דבריו של הרב וסרמן, כי גם החיוב של אדם לשמור על חייו, הנלמדת מן הפסוק (דברים ד' ט"ו) "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם" הוא בבחינת גזירה שמוטל על אדם לקיים במידה ראויה, ואל לו לחשוש חששות שרוב הציבור אינו חושש להם. חששות אלה משמעם כי האדם מאמין כי מעשיו הם הקובעים ומכריעים את גורלו, והוא מחויב להאמין כאמור כי הוא רק משתדל אך לא קובע דבר. משמכיר האדם בכך שלא בו תלויים הדברים, הוא מבין כי עליו לעשות רק מעשים סבירים, שהם בגדר דרך העולם ולא מעבר לכך¹⁹. על כן, מקום שבו אין ציווי להשתדל אל לו לאדם לחשוש וממילא חל הכלל של "שומר פתאים ה'". דהיינו, כי יש לסמוך על ה' השומר על נפשם של

18 הרב משה חיים לוצאטו, ב"מסילת ישרים" (פרק כ"א) מבהיר כי חובת ההשתדלות נובעת מן הגזירה העליונה של "בזיעת אפיך תאכל לחם". "והרי זה כמס שפורע כל המין האנושי אשר אין להימלט ממנו...". מן הדימוי של ההשתדלות למס, מסיק ה"מסילת ישרים" כי על האדם למעט בהשתדלותו ולא יעלה על הדעת כי יתנדב לשלם מס מעבר למחויב.

19 עמדתי על כך בספרי על בטחון והשתדלות, (אברהם וינרוט, בטחון והשתדלות הוצאת פלדהיים תשס"ז), פרק ט'. שם הבהרתי כי אם האדם סבור כי מעשיו שלו הם הקובעים, הוא עלול להיות כפייתי מאוד ביחס לעבודתו. הוא עלול להיסחף לחלוטין בקביעת סדרי יומו בלא להתיר בהם רגע ללימוד תורה, תוך שהוא מקדיש עצמו לעמלו באופן התופש את כל מרחבי הווייתו, בלא שיור ובלא סייג. לעומת זאת, מי שחדרה אל ליבו ההכרה כי עמל וטורח הם רק אמצעי של השתדלות שעליו גזרה ההשגחה, אך ההצלחה וההישג נובעים ממקור עליון ואינם פועל יוצא ישיר ממעשי השתדלותו הטבעית, מסוגל להיות חיים עם שאר רוח ולהקדיש מעיתותיו ללימוד תורה. הכרה זו גם מלמדת כי אין כל תכלית לאדם בניסיון לקדם את מטרותיו באמצעות מעשים שכרוך בהם חטא, וגניבה או לשון הרע לא רק שהינם עבירה חמורה אלא שבהגדרה אין בהם כדי לסייע, שהרי כל מה שמוטל על האדם לעשות הוא - השתדלות בהתאם לגזירת ההשגחה העליונה, ברם, שברור כי מעשי חטא הם מחוץ לגדר ההשתדלות שהוטלה עליו.

הנוהגים בתמימות ובדרך הילוכם הרגיל²⁰.

16. מוטל אפוא על אדם לעשות את ההשתדלות הראויה מצידו כדי לשמור על שלמות חייו – בIODעין כי מה שמעבר להשתדלות סבירה חורג מחובת ההשתדלות המוטלת עליו. ממילא, הדין של "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם" מטיל על אדם חובה להישמר מסכנות אשר הציבור בכללותו רואה בהם סכנה ונשמר מהם. אבל, סכנות שהציבור בכללותו אינו חושש להן, ולא מקובל לעשות מעשי השתדלות להישמר מהן אינן מוגדרות כחלק מן ההשתדלות הטבעית המוטלת על האדם ואינן בגדר מעשים סבירים שמוטל על אדם לעשותם – אין האדם מחויב להישמר מהן.

17. הגדרת החיוב להישמר מפני סכנות כנופל לגדר ההשתדלות הכללית של האדם, מביאה לחידוש ולתוצאה הלכתית חשובה כדלהלן: בניגוד לשאר המצוות שגדרי חיוביהם אחידים, ואין לתת תורת כל אחד ואחד בידו, הרי שחובת ההשתדלות היא דבר אינדיווידואלי. השתדלות המספיקה לאחד אינה מספיקה לאחר, ולהיפך דבר המחויב אצל אחד הוא בגדר אסור אצל אחר שהינו בעל אמונה עמוקה יותר²¹. בהתאם לכך נמצא כי ההגדרה של סכנה לעניין פרנסה – אינה אובייקטיבית ומשתנה מאדם לזולתו²². בהתאם לכך

20 דברים דומים מציינו ב"משנה ברורה" (סימן שכ"ט ס"ק י"ט) כי כשם שאין אדם מחויב להכניס עצמו לסכנה כדי להציל את חברו, שכן חייו קודמים לחיי חברו, כך גם במקרה של "ספק סכנה גם כן עדיף ספקו שלו מודאי של חברו". עם זאת ה"משנה ברורה" מסיים את פסקו שם, כי החשש של אדם להסתכן בסכנת חיים חייב להיות מוחשי וסביר, ואין הוא רשאי לנקוט בזהירות מופלגת גרידא בחששות שיביאוהו להימנע מהצלת חיי זולתו, ובלשונו: "צריך לשקול הדברים היטב אם יש בו ספק סכנה ולא לדקדק ביותר, כאותה שאמרו: המדקדק עצמו בכך בא לידי כך".

21 לעניין זה ראה בהרחבה אברהם וינרוט, בטחון והשתדלות (הוצאת פלדהיים, תשס"ו), בעיקר פרקים ד, ה ו- ט.

22 חובת הביטחון בה' היא בגדר חובה עם גדרים אינדיווידואליים. כלל, בכל מצווה ומצווה דין אחד הוא לכל אדם, וקל שבקלים חייב במצווה בדיוק כמשה רבנו. ברם, שונה הוא הדין ביחס למידת הביטחון בה' והחיוב בהשתדלות, שכן בהקשר זה גדרי החיוב המוטל על כל אדם הם אישיים לחלוטין ונגזרים מדרגתו הרוחנית של אותו אדם. לגבי יוסף הצדיק, פניה אל שר המשקים כי יזכירו בפני פרעה, מהווה חריגה ממידת הביטחון הנדרשת ממנו, על אף שאצל האדם הרגיל מן הישוב זו פעולת השתדלות ברורה ונדרשת. בעניין זה ראה בראשית רבה (פרשה פט אותיות ב-ג) על הפסוק "ודבר שפתים אך למחסור" (משלי יד, כג), כי יש מקרים שבהם השתדלות טבעית מהווה חסרון בביטחון בה' והיא גורעת ע"י כך מישועת האדם ומעכבת אותה. כדוגמא לכך מציין המדרש את יוסף

מובן כי גם לגבי הסתכנות בשביל פרנסה - יהא הקו המנחה כי תכונתו של אדם היא שמנחה אותו כיצד ואיך היא ההשתדלות הראויה לו וכפי הנחיתה לבו זוהי אכן דרגתו²³.

18. מי שמבקש לסכן את חייו לשם השגת פרנסתו מצוי בדרגה אישית נמוכה מבחינת אמונה ובטחון בה', שהרי סבור הוא כי בלי שיעשה פעולות מרחיקות לכת לא יוכל להתפרנס. אדם זה המדוחק מן הדרגה הראויה של בטחון בה', מצווה אפוא בהשתדלות טבעית מרובה יותר. השתדלות מרובה כוללת לעיתים מסעות אל מעבר לים הכרוכות בסיכון חיים, אולם אצל אדם זה המצוי בדרגה אמונית נמוכה, מסעות אלו הינם צורך קיומי וממילא

המבקש משר המשקים (בראשית מ, יד): "כי אם זכרתני איתך כאשר ייטב לך ועשית נא עימדי חסד והזכרתני אל פרעה והוצאתני מן הבית הזה". המדרש מציין בהקשר זה את הפסוק בתהילים (מ, ה): "אשרי הגבר אשר שם ה' מבטחו" - זה יוסף (המגלם בהוויתו את הבטחון המוחלט בקב"ה), 'ולא פנה אל רהבים' - ע"י שאמר לשם המשקים 'זכרתני' 'הזכרתני' נתווסף לו שתי שנים". הרב ישראל מסלנט בספרו "אבן ישראל" (דרוש ג' בדיבור המתחיל "יישוב שני מדרשים המדברים בעניין ביטחון") מבהיר בהקשר זה כי נוצרה תרעומת מסוימת כלפי יוסף, בבחינת דקדוק עם הצדיקים כחוט השערה, שכן יוסף עשה השתדלות טבעית, בהתאם למידת הביטחון הנוהגת ביחס לכלל ההמון. ברם, שיוסף היה מיחירי הסגולה שמהם מצופה היה כי ינהג על פי מידת ביטחון בה' שאין עימה אף השתדלות טבעית בסיסית שכזו. הנה כי כן, מידה אחרת נוהגת ביחס ליחירי סגולה מזו הנוהגת לגבי כלל הציבור בנוגע לחובת ההשתדלות הטבעית. נקודת האיזון בין ביטחון בה' לבין הצורך בהשתדלות טבעית שונה מאדם לאדם, וניצבת במקום שבו יחוש אותו אדם במקרה של אי הצלחה, כי הדבר נבע מכך שמיעט בהשתדלות. כך למשל מבהיר הרב דסלר בספרו "מכתב מאלהיו" (חלק ג' עמ' 174) כי גישה לפיה אדם שם את כל יתרונו בה' ונמנע כליל מהשתדלות טבעית, עלולה להסתיים במקרה של אכזבה, בפגיעה חמורה יותר באמונתו של האדם ובביטחונו באלוקיו. על כן, חייב האדם לעשות לעצמו חשבון נפש מדוקדק, האם הגיע למצב שבו לא יתחרט לאחר מכן על אי עשיה מספקת ויאשים את עצמו במקרה של אי השגת התוצאה המיוחלת, כאילו בעשיה זו שממנה נמנעה היתה תלוי תוצאת הדבר. נקודת איזון זו היא אישית והיא תלויה גם בהגדרת האדם את הדרוש לו לפרנסתו ושונה אצל כל אדם ואדם, לפי נסיבותיו האישיות, טבעו ודרגתו הרוחנית. ואכן, גם לגבי סיכון חיים לצורך קיום מצוות מצינו הבחנה בין כל איש ישראל לבין יחירי סגולה, שמידת הבטחון שלהם - מיוחדת היא ונעלה. לעניין זה ראה רבינו יונה ב"שערי העבודה" אות נ"א "ואף כי אמרו חז"ל לא ניתנה תורה למלאכי השרת כונתם על המון ישראל. אבל העובד השלם דומה למלאך ה' צבאות ועושה המצוות בשלימות ומוטר נפשו עליה לקיימה בכל זמן חיובה כענין דניאל על התפילה חנניה מישאל ועזריה על ההשתחויה לצלם פפוס ולוליינוס על כלי זכוכית רבי עקיבא שהיה חבוש בבית האמורים והיו נותנים לו מים במרה וכו'".

חל הכלל של "שומר פתאים ה'" והדבר מותר²⁴.

19. בהתאם לכך נמצא כי במקרי גבול, שבהם יש אנשים מוגי לב החוששים מפעולה מסוימת ויש אנשים אמיצים שלא יחשיבו זאת לסיכון כלל – ההכרעה תהא אינדיוידואלית, על פי טבעו ואורח חייו של האדם הנדון. ואכן, הרב משה פינשטיין בשו"ת "אגרות משה" (אורח חיים חלק א סימן קכ"ז) מציין כי הגדרת מעשה כמסוכן תלויה אינדיוידואלית באדם שבפנינו. יש איש שטבעו אמיץ לב והוא אינו מחשיב מעשים מסוימים למסוכנים, ויש אנשים מוגי הלב המחשיבים מצבים אלה עצמם לסכנה ועל כן מותר להם לחלל שבת במצבים אלו עצמם. על כן, כאשר נשאלת השאלה האם לפרוש משיירה של עוברי דרכים ולהישאר לבד כדי לא לחלל שבת, התשובה תלויה בדעת כל אחד בעצמו. זהו מקרה גבולי. מוגי לב החשים כי זהו מצב סכנה לא יעזו להישאר לבד בדרך, ועל כן אסור להם לצאת לדרך שכזו שבה יאלצו לפי טבעם לחלל שבת. לעומת זאת, אדם אמיץ רשאי לצאת לדרך מלכתחילה ביודעו בעצמו כי בהגיע השבת הוא יישאר במקום לבדו, בלא שהדבר יחשב כהסתכנות אסורה מצירו, שהרי הרבה אנשים אין מחשיבים מצב זה מלכתחילה לסכנה.

20. המורם מן הדברים הוא אפוא, כי גדר ההיתר להסתכן לצורך פרנסה הוא לעשות מעשים שדרך הבריות היא לעשותם, שכן פעולה שכזו אינה נכללת בגדר ההשתדלות הטבעית המוטלת על האדם, ואילו הדין של "ונשמרתם לנפשותיכם" מטיל חיובים שהם בגדר ההשתדלות הטבעית המוטלת על האדם. לעומת זאת, כל פעולה שהיא יוצאת דופן ברמת הסיכון שלה ואינה מקובלת – לא תותר – גם לא לצרכי פרנסה. ביחס לפעולות גבוליות, שאנשים רבים עושים אותם – אך אחרים נמנעים וחוששים מהם, ההכרעה תהא אינדיוידואלית. במקרים גבוליים אלו מוטל על אדם ללכת לפי אופיו וטבעו, בהתאם לדרך הילוכו הטבעי ואורח חייו.

24 אדרבה, חשש מפני סכנות אלה יעמוד בניגוד לחובת הביטחון החל על אדם זה שאינו חושש להסתכן לצרכי פרנסתו.

לשון הרע

משקלה של הכוונה בפרסום לשון הרע

1. בעולמה של הלכה מהווה הפגיעה בשמו הטוב של אדם, פגיעה בערך החיים¹. כך מצינו במסכת בבא מציעא (דף נח' עמ' ב'): "כל המלכין פני חברו ברבים כאילו שופך דמים". ומבארת הגמרא כי מדובר בשפיקות דמים פיזית ממש, שהרי רואים אנו "דאזיל סומקא ואתי חיורא" - כלומר צבע פניו של מי שפגעו בשמו הטוב הופך ללבן והדם אוזל מפניו (ומכאן הביטוי "להלכין פנים")². הגמרא מוסיפה ומציינת כי "נוח לו לאדם שיפיל עצמו לכבשן האש ואל ילכין פני חברו ברבים"³. מדברי הראשונים נראה, כי

- * תודתי מכל לב לרועי פוגלר הי"ו, על סיועו בעיון ובעיבוד הדברים.
1. המשפט הישראלי רואה בזכות לשם טוב זכות יסוד הנובעת מכבוד האדם (ר' דנ"א 7325/95 ידיעות אחרונות בע"מ נ' קראוס פ"ד נ"ב(3) 1, 74). זכות זו מבוססת על הצורך בהערכה פנימית ובהכרה בין אישית (ר' בג"ץ 6126/94 שנש נ' רשות השידור פ"ד נג(3) 817, 832). ואכן, שמו הטוב של אדם חיוני הן לכבודו בעיני חבריו (כבוד כמובן של honor) והן לכבודו העצמי של האדם ולהערכתו הפנימית את עצמו (כבוד כמובן של dignity) (ר' רע"א 4447/07 רמי מור נ. ברק אי.טי.סי. (1995) החברה לשירותי בזק בינלאומיים בע"מ (פורסם בנבו)). ברם, במשפט העברי חורגים הדברים מעבר לכך, והפגיעה בשמו של אדם היא פגיעה בציפור הנפש ובערך החיים ממש. בית המשפט העליון הביא את הדבר לידי ביטוי עת ששקל האם לאמץ את פסק הדין הידוע שניתן בארה"ב בשנת 1964 ע"י בית המשפט הפדרלי העליון בפרשת *NY Times VS. Sullivan* (1964) 84 S. ct 710. בפס"ד זה הוענק מעמד על לחופש הביטוי בנושאים בעלי אינטרס ציבורי הכרוכים בנושאי משרה. כב' השופט (כתוארו אז) שמגר גרס, בע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל בע"מ פ"ד לא' (2) 281 כי מן הראוי לאמץ את גישת פס"ד *Sullivan*. ואולם ביהמ"ש העליון לא קיבל דעה זו וברדיון נוסף שהתקיים בענין זה, ר"נ 9/77 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הוצאת עיתון הארץ פ"ד ל"ב 337, התקבלה דעתו של הנשיא לנדוי אשר ציין כי הגישה המעמידה את הזכות לשם טוב באותו מעמד כמו הזכות לחיים מזכירה את "מאמר קדמונינו: 'כל המלכין פני חברו ברבים, כאילו שופך דמים'. בימינו קוראים לזה "רצח אופי" ... לפי זה, אם הזכות לחופש הביטוי היא "זכות-על", כיצד נכנה את זכותו של אדם להגנה על כבודו ושמו הטוב?".
2. בהמשך הסוגיה שם מצינו כי "אמר דוד לפני הקב"ה, ריבונו של עולם, גלוי וידוע לפניך שאם היו קורעים את בשרי לא היה דמי שותת (כך) לארץ ולא עוד אלא ... אומרים לי 'דוד, הבא על אשת איש מיתתו כמה? ואני אומר להם מיתתו כחנק ויש לו חלק לעולם הבא, אבל המלכין את פני חברו ברבים אין לו חלק לעולם הבא'".
3. הדבר נלמד מן המעשה המופיע בבראשית פרק לח אודות תמר, אשר הרה ליהודה, ואף בשעה שהיא "מוצאת להישרף" ועלולה להמיט כליה על עצמה ועל העוברים שבכטנה, אין היא מלכינה את פניו ואינה אומרת כי הוא האחראי להריגונה.

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

2. לאור משקלו ומעמדו של הערך בדבר איסור לשון הרע, אין תימה כי הכלל בהלכה הוא שאסור לאדם לדבר בגנות חברו גם אם מדובר באמת גמורה. דיבור המגנה את הזולת עולה כדי לשון הרע⁸ ואין הגנת "אמת

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

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

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

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

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

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

דיברתי".⁹ מקור הדברים במסכת פסחים¹⁰ בה מצינו כי אסור לאדם להעיד עדות אמת, שאינה קבילה בבית הדין מבחינת דיני הראיות (מכיוון שהוא עד אחד בלבד) ומכאן הרשב"ם שם כי העושה כן עובר על לאו של "לא תלך רכיל בעמך" (ויקרא פרק יט פסוק ט"ז) שהוא המקור לאיסור לשון הרע.¹¹ מכאן, כי אמירת גנותו של אדם, באופן שאין בה תועלת הינה אסורה, גם אם היא אמת. בשו"ת מהרי"ק¹² מוסיף ומבהיר כי העדות האמורה אסורה מכיוון שאין כל נפקות או תועלת לעדות מבחינת פסקו של בית הדין, או מבחינת שינוי דפוסי התנהגותו של עובר העבירה, וממילא אין בה אלא כדי לבייש ויש לאסרה. ביטוי חד לדברים מצינו בדיון שהובא בשו"ת חמדת שלמה¹³ בדבר אדם שבא להתוודות על חטאות נעוריו ולקבל תשובה, ואגב כך סיפר כי קיים יחסים עם אשת איש מסוימת, שבשמה נקב. התעוררה השאלה האם

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

10 פסחים דף קי"ג עמ' ב'.

11 מפסוק זה נלמדים הן איסור לשון הרע המתייחס לאמירה המזיקה לאדם או הפוגעת בשמו הטוב גם אם היא אמת, הן איסור הוצאת שם רע המתייחס לפגיעה בשמו הטוב של האדם כשהדברים הם שקר, והן איסור רכילות המתייחס לדיבור המעורר מדנים ומפורר את האחוה שבין בני החברה ואת ההערכה ההדדית ביניהם גם אם הדברים אמת. מכח איסור רכילות אין לספר לאדם למשל שפלוני אינו מחבב אותו או אינו מעריך אותו היות שרבים הסיכויים שדברים כאלו יעוררו בלב השומע רגש שלילי כלפי אותו אדם. בדומה אסור לומר ליצרן כי פלוני אינו אוהב את מוצריו או לומר למרצה שהרצאתו לא מצאה חן בעיני פלוני. בהקשר לזה פסק הרמב"ם בהלכות דעות פרק ז' הלכה ב' "איזהו רכיל? זה שטוען דברים והולך מזה ואומר כך אמר פלוני כך וכך שמעתי על פלוני אף על פי שהוא אמת הרי זה מחריב את העולם". ומוסיף החפץ חיים בהלכות רכילות כלל א' במקור חיים באות ב' "אף על פי שאותו דבר אין גנות על מי שמספר, אף לפי דברי הרוכל, ואילו היו שואלים לו בעצמו לא היה מכחיש, או משום שהאמת והצדק איתו או משום שהתכוון באלו הפעולות והדיבורים כוונה אחרת, אף על פי כן רכיל נקרא".

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

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

מותר להודיע את הדבר לבית הדין כדי להסיר מכשלה מבעלה של אותה אישה, שהרי אישה שזינתה אסורה על הבעל ועל הבעל¹⁴? מסקנתו של ה"חכמת שלמה" היא כי אסור להביא את הדברים בפני בית הדין, שכן הוא עד אחד שאין להאמין לדבריו¹⁵. הנה כי כן, כל דיבור בגנותו של אדם, שאין בו תועלת מעשית, אין לאומרו, אף אם הוא אמת גמורה, שהאומר ראה אותה כמו עיניו¹⁶.

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

14 סוטה דף ה' עמ' א'.

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

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

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

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

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

4. האיסור לדבר בגנותו של אדם קיים אף שברור שאותו אדם אינו מקפיד על כך²². כך למשל מצינו במסכת בבא מציעא (דף נ"ח ע"ב): "כל היורדים לגיהנם עולים, חוץ משלשה שיוורדים ואינם עולים. ואלו הן: הבא על אשת איש, והמלכין פני חברו ברבים, והמכנה שם רע לחברו". שואלת הגמרא: מכנה שם לחברו היינו מלכין ומדוע נמנו הדברים כשני דברים נפרדים? מתרצת הגמרא, כי כינוי שם לחברו אסור אף כשאין בכך הלכנת פנים משהכינוי הפך להיות חלק משמו הרגיל של פלוגי. כינוי שם גנאי לזולת אסור גם אם אין אותו אדם נפגע מכך²³. לכאורה, מה טעם יש באיסור זה, כאשר לא נפגע "ערך החיים" של נשוא הלשון הרע, ולא זו בלבד שלא הולכנו פניו אלא שהוא אף לא חש פגיעה בכבודו העצמי או בכבודו בפני הבריות? נראה מכאן כי יש טעם נוסף באיסור לשון הרע לפיו דיבור של

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

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

21 רמב"ן על דברים פרק כ"ד פסוק ט'.

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

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

גנאי על אדם, מהווה פגיעה בצלם האדם שבו ובכבוד שמים²⁴. אין אפוא נפקות לכך שאותו אדם מרשה כי יפגעו בו, שהרי זו פגיעה בצלם שכמוה כפגיעה בכבוד שמים²⁵. ואכן, במסכת ערכין (דף ט"ו עמ' ב') מצינו כי אמירת לשון הרע אינה רק דין שבין אדם לחברו אלא יש בה פגיעה בכבוד

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

25 בדומה לכך, ראה פסקו של הרב שניאור זלמן מלאדי ב"שולחן ערוך הרב" חושן משפט הלכות נזקי גוף ונפש סעיף ד': "אסור להכות את חברו אפילו הוא נותן לו רשות להכותו, כי אין לאדם רשות על גופו כלל". (בעניין זה ראה מאמרו של הרב ש.י. זווין "משפט שילוק על פי ההלכה" בספרו "לאור ההלכה", והמקורות הרבים המובאים שם וכן הרב יעקב נבון "הצלת יחיד ורבים בכלל ובמלחמה בפרט" תחומין ד' 153, והמקורות הנזכרים שם בהערת שוליים 20-21). לעומת זאת, ראה "מנחת חינוך" מצווה מ"ח באות ג' "ונראה לענ"ד שזה שחייבה התורה במכה אביו ואמו או בחברו, היינו דווקא בלא רשות, אבל אם אביו ואמו או חברו אומרים לו שיעבדו או שיקללם אינו עובר בלאו הזה... ואף על פי שלא מצאתי זה מפורש מכל מקום הסברה נותנת כן, כן נראה לענ"ד ברור". ואכן כך פסק הרלב"ח, ב"קונטרס הסמיכה", ק"א ד"ה "עוד אני אומר", וכן מצינו בריטב"א על מסכת בבא מציעא דף נ"א עמ' א' ד"ה רבי יהודה, הסובר כי אישה יכולה לוותר על מצוות עונה, שכן "צער הגוף ניתן למחילה". הריטב"א מביא ראיה לדבריו ממה שמצינו במסכת בבא קמא דף צ"ג עמ' א' כי אדם יכול למחול על הכאתו. בדומה לכך מצינו ב"טורי אבן" למסכת מגילה דף כ"ז עמ' א' שהביא אף הוא ראיה זו ממסכת בבא קמא. מאידך גיסא, ראה דברי הגרי"פ פרלא על ספר המצוות לרס"ג חלק ב' לא תעשה מז-מח, הנוקט כי בסוגיה במסכת בבא קמא מדובר באפשרות למחול על החיוב הממוני הנובע מן ההכאה, אך לא באפשרות להרשות להכות ולצער את גופו מלכתחילה. וראה בהקשר זה דבריו של הרב שמואל ברוך ורנר (אב"ד תל אביב) במשפטי שמואל, מהרורא תנינא, סימן ל"ט.

שמים²⁶ עד כדי כך ש"אמר רבי יוחנן משום רבי יוסי בן זימרא, כל המספר לשון הרע כאילו כפר בעיקר"²⁷, ובמסכת סנהדרין (דף נ"ח עמ' ב') מצינו: "אמר רבי חנינא הסוטר לועז של ישראל כאילו סוטר לועה של שכינה".

5. ברם, לפי הסבר זה יש עדיין להבין את דברי רש"י במסכת בבא מציעא (דף נ"ח עמ' ב' דיבור המתחיל "דדש ביה") המבאר: "כבר הורגל בכך שמכנים אותו כן, ואין פניו מתלבנות, ומכל מקום - זה להכלימו מתכוון"²⁸. משמע מכאן כי בהעדר כוונה לפגוע אין איסור בדבר²⁹. בדומה לכך מצינו ב"עליות דרבנו יונה" (על מסכת בבא בתרא דף ל"ט עמ' א') המבאר את דברי הגמרא כי לשון הרע הנאמרת לפני שלושה אינה לשון הרע למרות שלכאורה הדבר

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

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

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

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

מבזה את חברו אף יותר, שכן "כיון שנאמרו הדברים בפני שלושה אין לדונו שאמר לגנות מאחר שאמר בפרהסייה". נמצא כי בהעדר כוונה לפגוע אין בדבר איסור. ולכאורה, מה נפקות יש בכך שהדברים נאמרו בלא כוונה לפגוע? הן עצם העובדה שיש בדברים כדי להוות שם גנאי לחברו אמורה להיות אסורה, וזאת אף אם אין לדובר כל כוונה רעה בעניין זה, כפי שראינו בדברי הראשונים לעיל. בנוסף, גם בבחינת מהותם של דברים יש להבין את מקומה של הכוונה, שהרי ראינו כי יסוד האיסור בכך שבכינוי שם יש משום פגיעה בצלם האלוקים של האדם ולכן גם אם הוא מסכים לפגיעה בשמו הטוב אין הדבר מותר³⁰. אם כן, מדוע תלוי האיסור בכוונתו הרעה של האומר? וכי אם אין לאומר כוונה רעה מותר לומר דברים שיש בהם משום ביזוי ופגיעה בצלם?

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

7. יתירה מכך, במסכת שבת (דף ל"ג עמ' ב') מצינו כי ישבו רבי יהודה ורבי יוסי ורבי שמעון, וישב יהודה בן גרים עימם. רבי יהודה שיבח את מעשי הרומאים שפיתחו את הארץ. רבי יוסי שתק. נענה רבי שמעון בן יוחאי ואמר: כל מה שתקנו (הרומאים) - לא תקנו אלא לצורך עצמם. הלך יהודה

30 לעומת זאת, לפי הסברו של הרב אשר וייס שהובא בה"ש 24 לעיל כי איסור לשון הרע נעוץ בהשחתת המידות של הדובר, מובן מדוע תולה רש"י את האיסור בכוונה לכנות שם גנאי לחברו, שהרי השחתת המידות היא פועל יוצא ישיר מכוונת מזיד, ובהעדר כוונה רעה אין בכך משום השחתת המידות.

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

בן גרים וסיפר דבריהם, ונשמעו למלכות. כתוצאה מכך פסקו הרומאים כי "שמעון שגינה - יהרג", ומשום כך נאלץ רבי שמעון להסתתר במערה במשך י"ב שנה.

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

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

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

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

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

35 שם, כלל י' באות י"ז.

36 מקור הדברים במסכת בבא בתרא דף קס"ד עמ' ב' ביחס לשטר מקושר שרבי שאל את רבי שמעון מי עשה אותו ונענה כי לא הוא שכתב אותו אלא אחר שבשמו נקב. אמר לו על כך רבי 'חדל לך מלשון הרע זה' ומבאר הרשב"ם כי 'לא היה לך להטיל האשמה עליו, היה לך לומר "אני לא כתבתי"'.³⁷

37 סנהדרין דף י"א עמ' א'. שם מצינו כי רבן גמליאל שאל מי עלה בלי רשותו לעליית הגג ששם לימד תורה למוזמנים בלבד, ושמואל הקטן לקח על עצמו את הדבר הגמרא מצינת כי שמואל הקטן לא עשה זאת, אך לקח על עצמו את האחריות למעשה, כדי שלא יבוש מי שעשה כן. בדומה לכך מצינו כי מישהו אכל שום ורבי אמר מי שריחו נודף ייצא! עמד רבי חייא ויצא. עמדו כולם ויצאו. למחרת שאל רבי שמעון בנו של רבי את רבי חייא מדוע ציער את אביו? השיב לו רבי חייא כי לא עלה חלילה על דעתו לעשות כדבר הזה, אלא שהורה כדי שאחר לא יבוש. והוא למד לעשות כן מרבי מאיר, לגביו שנינו בכריתא: "מעשה באשה אחת שבאה לבית מדרשו של רבי מאיר, אמרה לו: רבי, אחד מכם קדשני בביאה. עמד רבי מאיר וכתב לה גט כריתות, ונתן לה, עמדו כולם כתבו ונתנו לה". ומקור הדברים מן האמור בספר עזרא (פרק י') בו הודה 'ויען שכניה בן יחיאל מבני עילם ויאמר לעזרא אנחנו מעלנו באלוקינו ונשב נשים נכריות מעמי הארץ ועתה יש מקוה לישראל על זאת'. ושכניה בן יחיאל למד זאת מיהושע בן נון לגביו מצינו (יהושע ז') 'ויאמר ה' אל יהושע קום לך למה זה אתה נפל על פניך חטא ישראל. אמר לפניו: ריבוננו של עולם,

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

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

9. מאידך גיסא, מצינו כי בפסוק שבו נקבע האיסור על לשון הרע נאמר (ויקרא י"ט, ט"ז) "לא תלך רכיל בעמך - לא תעמוד על דם רעך". ומבואר במפרשים כי אמירה שתכליתה להועיל לזולת אינה בגדר לשון הרע והיא מותרת. אדרבה, באי אמירתה יש משום עבירה של "לא תעמוד על דם רעך"⁴⁰. באיסור זה של לא תעמוד על דם רעך נכלל גם ההיבט הממוני ואסור לכבוש עדות שיש בה כדי להציל ממון חברו⁴¹. אדם מחויב להעיד

מי חטא? אמר לו: וכי דילטור (דובר לשון הרע) אני לך? הטל גורלות, ויש אומרים כי מקור הדברים ממשה רבנו...".

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

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

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

41 ספר החינוך סימן רמ"ד "ועוד כללו רבותינו ז"ל באזהרה זו שלא לכבוש עדות כדי שלא יאבד חברו ממון, וכן הוא אומר בסיפרא, מנין שאם יודע לו עדות שאינו רשאי לשתוק עליה, שנאמר לא תעמוד על דם רעך". בדומה לכך ר' ספר המצוות לרמב"ם, מצוות לא תעשה רצ"ו "ובאה האזהרה באומרו לא תעמוד על דם רעך, וכבר אמרו שמי שיכבוש עדות תכללהו גם כן זאת האזהרה כי הוא רואה ממון חברו אבד הוא יכול להחזירו אליו באומרו האמת". בגמרא במסכת בבא קמא דף נ"ו ע"ב ב' מצינו כי היודע עדות לחברו

לטובת חברו אף כאשר איש אינו מבקש ממנו לעשות כן⁴². יתרה מכך, כל דיבור שתכליתו להסב תועלת ולהזהיר את הבריות מותר הוא, אף שיש בו אמירת דברים שיש בהם גנאי על חברו. כך, למשל, מותר לאדם למסור מידע כי אין להשתדך עם פלוני או לעשות עמו עסק כאשר ברור הדבר שמדובר באדם עם תכונות שליליות העלולות להסב נזק למי שיתקשר עמו⁴³. כמו כן, בהתאם להלכה זו, פסק הרב אונטרמן כי מותר לרואה חשבון לספר לחברי הנהלה על מעילה של מנהל בכספי חברה⁴⁴. הרב עובדיה יוסף פסק כי מותר לרופא להודיע למשרד הרישוי כי מטופל שלו חולה במחלה סמויה שאינה מתגלית בבדיקת רופא רגילה, כגון מחלת הנפילה, וזאת כדי שלא יתנו רשיון לאדם שיסכן את הבריות⁴⁵. דברים דומים אודות חובתו של רופא למנוע נזק לרבים, ע"י מסירת מידע אודות חולה, פסק הרב וולדנברג⁴⁶. הראשונים מבארים כי אין איסור לומר דברים שתכליתם להגן על זכויות ממוניות, לרבות דיבור של אדם שנועד להגן על זכויותיו שלו. כך, למשל, מצינו בדברי המאירי על מסכת בבא בתרא (דף ל"ט ע"א), כי מותר לאדם למחות בפני שניים ולציין בפניהם כי קרקע מסוימת היא שלו "אף על פי שיש כאן קצת לשון הרע שאומר עליו (על מחזיק הקרקע)

ואינו מעיד לו עובר על איסור מדיני שמים ומבהירה הגמרא כי כאשר יש שני אנשים שבדיהם עדות קבילה הרי שההימנעות ממסירת עדות עולה כדי איסור תורה של "אם לא יגיד ונשא עונו". האיסור מדיני שמים מתייחס למקרה של עד אחד. אכן ראינו לעיל (הע"ש 10) כי אדם מחויב להימנע ממסירת עדות שאינה קבילה על פי דיני הראיות. ברם, במקרה דנא מבואר ברשב"ם כי אין בכך איסור שכן יש תועלת בעדותו של עד זה לחייבו שבועה, ושמא יימנע אותו אדם מלהישבע לשקר ועקב כך ישלם את חובו. שו"ת משכנות יעקב, חושן משפט, ב' סימן י"ב.

42

הרב ישראל איסרלין, פתחי תשובה, סימן קנ"ו: "כל הספרי מוסר הרעישו את העולם על עוון לשון הרע, ואנכי מרעיש העולם להיפוך על עוון גדול מזה וגם הוא מצוי יותר, והוא מניעת עצמו מלדבר במקום הנצרך להציל העשוק מיר עושקו, דרך משל כמי שראה באחד שהוא אורב על חבירו בערמה על הדרך במדבר להורגו, או שראה מחתרת בלילה בביתו או בחנותו היתכן שימנע מלהודיע לחבירו שיזהר ממנו משום איסור לשון הרע? הלא עונו גדול מנשוא שעובר על לא תעמוד על דם רעך, וכן בענין ממון הוא בכלל השבת אבידה. ועתה מה לי חותר במחתרת או שרואה משרתיו גונבים אותו בסתר או שותפו גנב דעתו בעסק או שחבירו מטעהו במקח וממכר או שלוח מעות והוא גברא דלא פרענא הוא, וכן בעניני שידוך והוא יודע שהוא איש רע ובליעל רוע להתחתן עמו, כולן בכלל השבת אבידת גופו וממונו וכו'.

43

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

44

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

45

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

46

שגזולן הוא, הואיל ועסקי ממון הם, ולא לכוונת לשון הרע נאמר, אלא לענין עדות - אינם מוזהרים על כך"⁴⁷.

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

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

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

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

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

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

משל למה הדבר דומה? אדם ההורג את זולתו, ועושה כן מכיוון שיש לו אינטרס להגן על חייו שלו (המאוימים ע"י צד ג'). במקרה זה בפנינו רוצח גמור והמניע הכשר שלו אינו מתיר לו לעשות כן, שהרי רציחה היא מן העבירות של ייהרג וכל יעבור. לעומת זאת, אדם שהורג את חברו מתוך הגנה עצמית, אינו נחשב לרוצח מלכתחילה, באשר הפעולה הזו עצמה היא פעולת הצלה ולא פעולת הריגה. אין זו פעולה אסורה שרק מניעה מותרים הם, אלא פעולה מותרת שתוצאתה המידית היא תועלת. ההבחנה היא אפוא בין פעולה שבה עצמה אין כל תועלת ורק מניעה ותוצאתה העקיפה נעלים הם, המוגדרת כ"לשון הרע", לבין פעולה שבה עצמה יש תועלת, בבחינת סתירה שהיא עצמה בנין, ואשר על כן אינה מוגדרת מלכתחילה כ"לשון הרע".

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

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

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

51 ואכן, זו ההלכה שנפסקה ברמב"ם שם, ביחס לעובר שהוציא את ראשו, שאסור להרגו אף שהרמב"ם מגדירו כרודף אחר חייה של אמו, שכן אין דוחים נפש מפני נפש. להבנת פסקו זה של הרמב"ם, שיש בו לכאורה סתירה בין ההנמקה האמורה לגבי עובר שלא הוציא ראשו לבין האמור לגבי עובר שהוציא את ראשו ר' הרב חיים הלוי סלובייציק, חידושי רבנו חיים הלוי, על הרמב"ם בהלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א' הלכה ט'. לעיון והרחבה בעניין זה ר' א. וינרוט, החיים בהלכה (פלדהיים, תש"ע), פרק ה'.

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

13. ברם, שבהתאם לדרך הילוך זו המגדירה את הדיבור לתועלת כדיבור שאין בו מעשה איסור, היה מן הדין שיהא היתר בדבר גם אם האומר אינו מתכוון לתועלת שבדברים אלא לנזק שבהם, שהרי מי שעושה פעולה שאינה אסורה, מה נפקא מינא יש בכך שכוונתו אינה טהורה?⁵² הן בסופו של יום לא עשה כל מעשה אסור. אדרבה, הוא הגן על אדם מפני שותפות עם רמאי או מפני שידוך עם אדם שאינו ראוי, והעובדה שהתענג על דברי הלשון הרע שאמר לשם כך אינה גורעת מן הצורך לומר את הדברים ומן ההצלה שהיה בהם למי שנאמר לו⁵³. ועל אף זאת, מצינו בפסקו של ה"פתחי תשובה"⁵⁴ כי הדיבור לתועלת מותר רק אם לא נעשה מתוך כוונה לפגוע במי שנאמרו עליו דברי לשון הרע. ובלשונו "והכלל בזה שהדבר מסור ללב, אם כוונתו לרעת האחד

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

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

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

הוא לשון הרע. אבל אם כוונתו לטובת השני להצילו ולשומרו הוא מצווה רבה". בדומה לכך, פסק ה"חפץ חיים"⁵⁵ ביחס לאיסור רכילות כי ישנם חמישה תנאים לומר לשון הרע לתועלת, והתנאי השלישי הוא "שיכוון רק לתועלת, דהיינו לסלק הנזקים מזה ולא מצד שנאה על שכנגדו". כמו כן פסק ה"חפץ חיים" ביחס לאיסור לשון הרע⁵⁶ כי תנאי לאמירת לשון הרע לתועלת היא "שיכוון לתועלת ולא ליהנות חס ושלום מהפגם שהוא נותן בחברו ולא מצד שנאה שיש לו עליו מכבר"⁵⁷.

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

55 "חפץ חיים", הלכות רכילות, כלל ט'.

56 "חפץ חיים" הלכות לשון הרע, כלל י'.

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

58 הרב אשר וייס, מנחת אשר, פרשת קדושים, סימן מ"א המוקדש לדיון "באיסור לשון הרע ורכילות", באות ג'. הרב וייס מיישב שם את השאלה האמורה באומרו "ולעניות דעתי מוכח מזה שיסוד איסור לשון הרע הוא משום תורת המידות". כלומר, גם אם בדברים יש תועלת, הרי שהם אסורים מכיוון שהאומר משחית את מידותיו כאשר כוונתו להרע. ברם, שהסבר זה אינו מספק לכאורה שהרי אם בפנינו אדם העלול להינזק (כגון בחורה העלולה להשתדך עם בחור חולה נפש) מובן שמוטלת מצווה של ממש לומר את הדברים כדי להציל מן הנזק האמור, כפי שראינו בדברי ה"פתחי תשובה" בה"ש 43 לעיל. הכיצד יתכן אפוא שהדבר יהא אסור רק מכיוון שכוונת האומר אינה טהורה? וכי מעשה מצווה הופך לאסור כשהכוונה אינה טהורה? נראה לכאורה כי על אף השחתת המידות זהו מעשה שמן ההכרח לעשותו ומצווה היא שהדברים יאמרו! כדי להציל את הניזוק מנזק. וקשה לומר כי מעשה שיש מצווה והכרח לעשותו, עדיין עולה כדי איסור רק מכיוון שכוונתו הייתה רעה.

14. נראה לכאורה כי יש הסבר לדברים לאחר העיון בדברי ה"חזון איש"⁵⁹ שנאמרו לגבי דיני נפשות, אשר כאמור בפתח הדברים לעיל, דיני לשון הרע מושווים להם. ה"חזון איש" דן במקרה של חץ שהועף ומסכן כמה אנשים ואדם מבקש להסיטו ממקום מעופו כך שיפגע באדם בודד ולא ברכים, שייפגעו אם יוותר החץ בנתיבו המקורי. ה"חזון איש" מציין את ההלכה הפסוקה ברמב"ם, לפיה "אין דוחים נפש מפני נפש" ואסור לקבוצת אנשים למסור להריגה את היחיד עבור הרבים⁶⁰ אך הוא מציין כי דין זה נקבע מכיוון שמסירת היחיד נחשבת לסיוע בהריגתו של אדם ואינה מוגדרת כפעולת הצלה. זאת משום שבמעשה הישיר יש הריגה ואין בו כל הצלה, אף שבדרך גרמא נגרמת מזה הצלה. לעומת זאת, הטיית חץ ממסלולו מותרת היא מכיוון ש"היא בעיקרה פעולת הצלה ואינה קשורה כלל בהריגת היחיד שבצד האחר, רק עכשיו במקרה נמצא בצד האחר נפש מישראל. ואחר שבצד זה ייהרגו נפשות רב ובצד זה נפש של אחד אפשר שיש לנו להשתדל למעט אבידת ישראל ככל שאפשר".

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

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

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

60 רמב"ם הלכות יסודי התורה פרק ה' הלכה ה', עליו עמדנו בהע"ש 49 לעיל.

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

האלוקים שבו. ביחס לפגיעה זו נקבעה ההלכה כי אין איסור בדבר כאשר עסקינן בדיבור המועיל להצלת הזולת. הלכה זו היא בבחינת אמירה כי הקב"ה כביכול אינו עומד על כבודו ועל הפגיעה בצלמו מקום שבו נחוץ המעשה לשם הצלת אדם מנזק. אבל, בחינת הדברים מזווית ראייה זו ובאספקלריה זו, מלמדת כי לא ניתן לומר שכבודו של הקב"ה יהא מחול, מקום שבו הדברים נעשים מתוך כוונה להזיק. פעולה שתכליתה היזק אינה יכולה להיות מוגדרת כפעולת הצלה. מה שמשחית את מידותיו של העושה ונעשה בכוונה רעה אינו יכול לחסות תחת ההגדרה של פעולת השתדלות מותרת⁶² ומשלא ניתן להגדיר את הפעולה כפעולת הצלה הרי ששבנו למצב שבו מבקשים לדחות נפש מפני נפש ולהתיר שפיכת דמו של האיש שדובר בגנותו כדי להשיא תועלת של הזולת, והכלל הוא כי אין דוחים נפש מפני נפש. דמו של האיש שדובר בגנותו אינו סמוק פחות מדמו של האיש שאת נזקו רוצים למנוע⁶³. רק מקום שבו הפעולה יכולה לחסות תחת הגדרה של פעולת הצלה, ניתן להתיר אותה. כוונה רעה מונעת הגדרה זו⁶⁴.

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

63 ודוק, לפי הסברו של הרב וייס שהובא בה"ש 58 לעיל, יתכן היה לכאורה לומר כי דיבור לתועלת שנעשה בכוונה רעה עולה כדי עבירה על שום השחתת המידות שבו, אך את המידע מוטל יהא למסור, שהרי יש להציל את הזולת.

גישה זו מעוררת קושי שכן נמצא שיש חיוב לעשות מעשה, שיש בו איסור, הכיחד דרים החיוב וההיתר זה עם זה? מה עוד שבגמרא במסכת תמורה דף ג' עמ' ב' מצינו כי על פעולה שיש חיוב לעשותה (כגון שכועת אמת) אין איסור בעשייתה. לעומת זאת, לפי הסברנו ימצא כי לא ניתן יהא למסור אינפורמציה הנחוצה כדי להציל מפני נזק, שהרי נזק זה אינו נדחה מפני החיוב שלא לשפוך את דמו של האיש שמבקשים לדבר בגנותו. בכך מובהרת לכאורה גם שיטת רש"י במסכת בבא מציעא דף נ"ח עמ' ב' כי אדם הנוקב בכינוי של רעהו, בלא שיהא בכך עלבון (מכיוון שזהו כינוי שהוא רגיל אליו) אינו עובר על איסור כאשר הוא חף מכוונה לפגוע בזולת. במקרה זה אין הפעולה נכנסת לגדר לשון הרע, כאשר אין בה פגיעה כלשהי. אכן, לכאורה אפשר לראות בכך פגיעה בצלמו של אותו אדם ובדמותו, ומשום כך מגדיר הרמב"ם את המעשה כאסור. אך לשיטת רש"י דיבור שאינו נתפס ע"י איש כפגיעה גם אינו פוגע בדמות וממילא אינו נופל לגדר האיסור. אך הקב"ה אינו מוחל על כבודו זה, אם יש כוונה להרע באמצעות כינוי זה. כוונת הזדון מונעת את האפשרות להחריג את הדיבור מגדר של לשון הרע.

דברים לסיים הש"ס

הלכה פסוקה היא ברמ"א יו"ד סי' רמו סע' כז': "כשמסיים מסכתא - מצווה לשמוח ולעשות סעודה, ונקראת סעודת מצווה". ומביאים הט"ז ס"ק ט' והבאר היטב ס"ק יח' את דברי המהרש"ל בבבא קמא סוף פרק מרובה: "דאפילו אחרים שלא סיימו, לשמוח עם זה שסיים".

ומקור הדברים בגמרא במסכת שבת קי"ח ע"ב: "אמר אביי: תיתי לי, דכי חזינא צורבא מרבנן דשלים מסכתיה - עבידנא יומא טבא לרבנן".

המרש"ל ב"ים של שלמה" על בבא קמא פרק שביעי סימן ל"ד מציין כי היה מקום לומר "שהשמחה במעונו" בסיום מסכת, שהרי "אין לך שמחה יותר לפני הקב"ה אלא שמחה נכונה של תורה, דאין לקב"ה בעולמו אלא ד' אמות של הלכה. דלא גרע מפדיון הבן. דלפרסום מצוה בעלמא הוא. וכן הוריתי פעם אחת הלכה למעשה". אלא שהשמחה התבלבלה במהומות גדולות ולכן הסיק שאין לסטות מדברי חז"ל שלא כתבו ברכה זו אלא בחתונה ובפדיון הבן. (וגם במילה לולי צערא דינוקא) וכל דבריהם בקבלה, ובסודות פנימיות... ומסיים "ומכל מקום - סיום הספר הוא סעודת מצווה לכולי עלמא".

כמו כן מצינו בים של שלמה ב"ק פרק ז' סימן מ"ו: שמביא את הגמרא בשנת קי"ח ע"ב, וכן את הגמרא בבבא קמא קכ"א ע"א: "לא היו ימים טובים לישראל כיום הכיפורים וט"ו באב, בט"ו באב כי פסקו בו מלכרות עצים למערכה, ופי' לפי שפסקו אותו היום להשלים מצוה גדולה היו שמחים, ונחשב להם ליום טוב, ואם כן השלמת הספר אין לך מצוה גדולה מזו, ובפרט היכא שדעתו להתחיל אחר כך ספר אחר, וכן כתב לשם הר"ן, שמהא שמעינן, שמנהג ישראל הוא לשמוח ולעשות יום טוב בהשלמת המצוה".

וקשה:

מה השמחה הגדולה כשמשלימים לימוד ש"ס? ובמיוחד כשמיד מתחילים שוב, שהרי זו תנועת מעגל ולעולם לא סיימנו כלום? ובמיוחד, מה השמחה כשמישהו אחר משלים את הש"ס שגם אחרים שמחים עמו - וזו שמחת מצווה? מבאר החפץ חיים כדלהלן:

ר' חיים מוולוז'ין ב"נפש החיים" שער ד' פרק ג' מציין כי לימוד תורה לשמה פירושו - לשם התורה. כלומר, יש יחס בין הלומד - לבין התורה כסובייקט. אין זה לימוד לשמו שלו - להבין או לקבל זכות, ואין זה לימוד לשם הקב"ה וקיום ציוויו אלא - לימוד לשם התורה, כיחס הקיים בין שניים הרוצים זה בטובתו של זה.

ממילא, אילו היה אדם לומד שלא לשמה, אלא לשמו שלו, לא היתה לו שום שמחת הלב כאשר מישוהו אחר מסיים מסכת, שהרי מה יצא לו מזה. אבל, אם מישוהו לומד לשם התורה עצמה - ומפכה בו אהבת תורה, הרי שכאשר מישוהו אחר גומר מסכת - גם הוא שמח, בדיוק כשם שאדם שמח כאשר מיטיבים לאהובו או לבנו משוש חייו. על כן, אמר אביי "תיתי לי, דכי חזינא צורבא מרבנן דשלים מסכתיה - עבידנא יומא טבא לרבנן" - הוא שמח, שכן היטיבו - לתורה אהובתו.

הנה כי כן, ההסבר לשמחה בסיום מסכת נעוץ - ביחסי האהבה שיש בין לומד התורה לבין התורה. ואכן, באבות דרבי נתן פרק כ"ח משנה א' מצינו: "רבי נתן אומר, אין לך אהבה כאהבה של תורה".

בהתאם לכך מובנים הדברים הנאמרים בעת סיום מסכת. מה הפשט באמירה "הדרן עלך. נחזור עליך. והדרן עלך - ואת תחזרי אלינו? או "לא נתנשי מינך - ולא נתנשי מינך". לא נשכח אותך ואת, המסכת, לא תשכחי אותנו? דעתך עלך - ודעתך עלך - דעתנו נותרת עליך ודעתך נותרת עלינו. כיצד יכולה מסכת לתת דעתה על לומדה? כיצד חוזרת היא אל לומדה? וכיצד אינה שוכחת אותה? הרי זה ספר, זה אוביקט!

והתשובה היא כי התורה אינה אובייקט, דומם, אלא: סובייקט המקיים יחסי גומלין הדדיים עם לומד התורה. אלו יחסי אהוב ואהובתו ממש. התורה "מחזרת אחר אכסניה שלה" וכמאהבת קנאית "אם יום תעזבני - יומיים אעזבך". התורה זוכרת אותנו, "מהרהרת" בנו ונותנת דעתה עלינו. אנו אהבים תורה - לא כספר דומם, אלא כמושא חי וכגורם בר קיימא!

מגיעים הדברים לשיא בהסבר שמביא המהרש"ל בשם הרמ"א, ("ים של שלמה", בבא קמא, דרוש לסיום מסכת מאת הרמ"א) למה נוהגים להזכיר בסיום מסכת את רב פפא ועשרת בניו. הרמ"א מציין כי שמות בניו של רב פפא רומזים לעשרת הדיברות, והדברים מרהיבים, ומבאר כי רב פפא היה עשיר והיה עושה סעודות לבניו, שהיו גדולים בתורה, בעת שאלו סיימו מסכתות. אך הרמ"א מוסיף ומבאר כי "מילת רב פפא הוא רמז על מעלת משה רבינו ע"ה שנאמר בו" (שמות, כ', י"ט) שעיקר מעלתו היתה שדיבר עם ה' "פה אל פה" ואלו אותיות פפ"א.

כלומר, בסיום מסכת, כשהגענו לתמצית יחסי האהבה ושיאם, אנו מדברים על אהבה "פה אל פה" - לא אהבה גרידא אלא אהבה בדרגה של "נשיקה פה אל

פה" שזו נשיקה של דבקות. וכשם שמרים מתה מיתת נשיקה אך הדבר לא נאמר במפורש אלא רק נרמז, כי אין זה מן הכבוד לומר שה' נשק לה כביכול, כך לא נאמרים הדברים במפורש, אלא בדרך רמז, על ידי הזכרת השם "פפא".

והדברים אינם חדשים שהרי ברש"י על שיר השירים א', ב': "ישקני מנשיקות פיהו", ומצינו כי יש מקומות שנושקין על גב היד... אך אני מתאוה ושוקקת להיותו נוהג עמי כמנהג הראשון, כחתן אל כלה פה אל פה".

על שם שנתן להם תורתו ודבר עימהם פנים אל פנים ואותם דודים עודם ערבים עליהם מכל שעשוע ומוכטחים מאתו להופיע עוד עליהם לבאר להם סוד טעמיה ומסתר צפונותיה, ומחלים פניו לקיים דברו וזהו "ישקני מנשיקות פיהו".

בהתאם לרעיון זה ביאר חידושי הרי"ם את פסקו של הרמ"א כי ניתן לאכול בשר ויין בסעודת סיום מסכת בט' הימים - ונהגו חסידים לעשות סיום - ולא מפני שכל כך חשוב להם לאכול בשר גם בט' הימים, אלא שזהו התיקון למה שגרם לחורבן, שהרי בית המקדש נחרב בגלל שנאת חינוס (יומא ט', ב') - וממילא התיקון לכך הוא אהבת חינוס - וההשתתפות בשמחתו של מי שמסיים מסכת היא בגדר אהבת חינוס. אין זו אהבה הנובעת מהטבה עם האדם עצמו - אלא אחדות בין מי שהתורה יקרה לליבם. ו"בבבני יששכר" חודש תמוז אב אות ח' מצינו כי סעודת סיום היא חלישת כוחו של הס"מ, שזהו ראשי תיבות של שמו: סעודת מצוה אין לעשות, או סיום מסכת אין לעשות. והביאור בזה עפ"י ווארט ידוע של הבעש"ט כי משנפגשו הס"מ והמלאך מיכאל, אמר לו האחרון כי סעודת מצווה היא אות למפלתו, כי בעצם ישראל לעולם אינם עושים עבירה מתוך רצון ומייד מצטערים, ואילו מצווה משקפת את רצונם האמיתי. שאל אותו הס"מ: וזאת מנין לך? אולי העבירה משקפת את רצונם? והשיב לו: וכי ראית מימיך יהודי שעושה סעודה על כי זכה לעשות עבירה? אבל הוא עושה סעודת מצווה כשסיים מסכת. סימן שבזה הוא שמח!

הדף היומי העניק לנו את השמחה והאחדות לסיים ביחד את הש"ס ולהיות במשך כל השנה דבוקים באידיאל אחד משותף, כשכולם אווזים "באותו דף" (at the same page). בכל מקום שיהודי מגיע יש שיעור שעוסק באותו דף, ושאליו יוכל להצטרף, ובכל עת יש ליהודים מכנה משותף על מה לדבר - על הדף של היום. זוהי אחדות מופלאה! והיא התיקון לשנאת חינוס - כאשר כולנו שמחים בהתגשם האידיאל המשותף לכולנו.

אך, מהי השמחה בסיום של המסכת? שמחה ואחדות זו קיימת מדי יום, בלומדנו את אותו דף. מה הרווחנו כעת בסיום הש"ס?

תשובה לכך מצויה עת שמעיינים בדברי הרמח"ל ב"דעת תבונות" בסימן קכ"ח:

"ובאמת תראה, שגם במעשים אין רע נמצא בעולם אלא בחלקי הדברים טרם התחברם להשלמת הדבר, אך אין דבר מושלם שיהיה רע, כיון שידענו כי כל מה שהקב"ה עושה הוא אך טוב מאד... והמעשה הכללי שהוא סיבוב העולם - יתברר הדבר שגם הוא כך בסוף הכל, בזמן שתתקיים הבטחת (ישעיהו יב, א), "אורך ה' כי אנפת בי", כי אז יהיו נגמרים כל חלקי המעשה, והנה יהיה המעשה אך טוב באמת".

השלמת החלקים לכדי תמונה שלמה - מגלה שאין רע בעולמנו אלא הכל טוב, עד כדי כך שגם הענישה השמימית - מתגלה כטוב מושלם כאשר העיגול נסגר.

וביאור הדברים מצוי בדברי ה"נודע ביהודה" בספרו צל"ח (ציון לנפש חיה) על מסכת פסחים דף נ' ע"א, על דברי הגמרא כי לעתיד לבוא לא נאמר עוד על בשורות רעות "ברוך דיין האמת" אלא נאמר: "הטוב והמיטיב". ובלשונו: "נראה לתרץ עפ"י מה ששמעתי בילדותי מהמנוח הרב החסיד המוכיח הגדול המפורסם מוהר"ר אפרים רישר זצ"ל מגיד דק"ק בראד... שבועולם הזה יש גם רעות ולעולם הבא לא יהיה רע כלל... דכתיב [ישעיהו יב א] "אורך ה' כי אנפת בי", לפי שמעליון לא תצא הרעות ואין דבר רע בא מהקב"ה והכל הוא לטובה, ואפילו הפורענויות שבא על האדם אינו רעה אלא טובה... אלא שהאדם בעולם הזה אינו מבין הדבר לאשורו ונדמה בעיניו כאילו הוא רעה. כמו החולה שעושיין לו תחבושת ויש לו יסורין מזה, והחולה השוטה צועק להסיר התחבושת... וזהו כוונת המאמר, בעולם הזה אומר על בשורות רעות דיין האמת, שסובר שזהו מצד מדת הדין, ולעולם הבא כולו הטוב והמיטיב, פירוש שיראה למפרע שכולו היה מידת טובה".

סגירת מעגל מועילה אפוא לראות את חלקי הפאזל - כחלק ממכלול שלם, כפרטים המשתבצים בתמונה כוללת שמשליכה על הבנת כל חלקי השלם ומאירה אותם נכונה. מקום שבו יש לאדם פרספקטיבה של זמן ומקום ("וראיתם את אחוריי") מתברר לו כי שום דבר לא היה רע - ולא היה מקום למרמור או לתסכול, כי בהינתן המכלול השלם - לא תצא מעם ה' רעה כלשהי וְפֶלַד דְּעֵבִיד רְחֻמָּא - לְטַב עֵבִיד¹.

1 כדוגמא לכך נעיין לרגע באור החיים הקדוש על פרשתנו, דברים א' ל"ז "גם כי התאנף ה' בגללכם", וכי בגלל בני ישראל וחטא המרגלים לא נכנס משה לארץ ישראל? והרי זה בגלל מי מריבה. אלא שאם משה היה נכנס לארץ ישראל וכוונה את בית המקדש הוא לא היה נחרב. ואז ה' לא היה מכלה זעמו בעצים ובאבנים אלא בכני ישראל. ולאחר חטא

ראיית מכלול זה גם מאפיינת סיום מסכת. השלם מאפשר את העיון הנכון בכל חלקי המכלול והבנתם נכונה. אכן, אין לנו ידיעה של ש"ס אלא רק רפרוף על פני השלם, אבל גם זה מביא לשלמות ולשמחה, כי מכאן ואילך אין דף אשר העיון בו זר לנו וחדש לנו. אנו כבר היינו בחדר הזה, ולכן הוא לא מאיים ולא מנוכר וניתן לסוב בו בנוחות ולשים לב לפרטים חדשים. מכאן ואילך כשנעיין במסכת כלשהי - היא לא חדשה לנו ובוודאי שלא זרה לנו. נרגיש בה "בבית" שהרי כבר היינו שם. כבר צברנו בטחון והרגשה נכונה.

זו פשרה של שמחת סיום מסכת וסעודת המצווה הנעשית עקב כך.

אבל, יש לכך הסבר נוסף, המדבר לליבי:

במדרש "לקח טוב" (פסיקתא זוטרתיא) על פרשת צו (דף י"ח, עמ' א') מצינו כי אהרן סמך את ידיו על ראש האיל בשמחה, בעת חנוכת המשכן, "ואותו היום עשאוהו יום טוב, משל לפורע את חובו ועושה יום טוב... מכאן סמכו חכמים שכל המשלים מסכתא צריך לעשות יום טוב לחבירו, כל שכן שמשלים לימודה".

שמחת סיום מסכת היא אם כן שמחתו של מי שהשלים פרעון חוב. ולמעשה, זוהי מהותו של החידוש שחידש ר' מאיר שפירא, כי כל אדם ולא רק מי שתורתו אומנותו, מסוגל לסיים ש"ס. הכיצד יכול אדם לקחת על עצמו משימה של 2700 דף גמרא? על ידי כך שבכל יום הוא לומד רק דף אחד, בבחינת פרעון חוב לשיעורין. אין הוא לוקח על עצמו פרעון של 2 מליון ₪ בבת אחת, אלא "במשכנתא" באשראי - פרוטה לפרוטה מצטרפת לסכום גדול. ואכן, כבר לימדנו ה"סטייפלר" כי הדרך להתמודד עם יצר הרע הוא על ידי כך שמפוררים אותו. אין הוא הר גדול - אלא למי שלא מטפס עליו שעל אחר שעל. הסטייפלר נשאר ער בשמירה בצבא הרוסי והיה לו מעיל צמר כבד - שהיה הכרח ללבוש אותו כי הכפור היה נורא וזה חשש פיקוח נפש. אבל, היה שם ספק שעטנו - אמר הסטייפלר: פיקוח נפש דוחה איסור

המרגלים נגזר עליהם שכט' באב - יהיה חורבן. לכן, הזכות של בני ישראל לא עמדה למשה בחטא מי מריבה אלא להיפך - ה' התאנף בו למענם - שלא יכנס לארץ ישראל, ולא ייבנה בית המקדש - וכך יינצלו. הנה כי כן בראיית מכלול הסטורי שלם - יוצא שזה שמשא לא נכנס לארץ ישראל ואף זה שחרב בית המקדש זה לטובה - כדי לכפר על בני ישראל ושה' יכלה זעמו בעצים ובאבנים ולא בהם! וראה א. וינרוט, מוטיב המעגליות כעקרון בסיס בספרות חז"ל", פורסם בסיני כרך קכ"ג (תשרי-חשוון תשנ"ט) עמ' ס"ג ע"ג.

של שעטנז, אבל, לא בחמש הדקות הקרובות. חמש דקות אפשר להחזיק מעמד בלי שזה יהיה פיקוח נפש. כשתמו חמש דקות הוא ראה שאפשר חמש דקות נוספות וכך כל חמש דקות - רחיה נוספת, עד שהגיע הבוקר. ומכאן למד כי הדרך להתמודד עם יצר הרע אינה להציב בפניו משימה גדולה אלא דווקא על ידי כך שמפוררים אותו כמו חול - להרבה משימות קטנות.

ומקור הדברים במדרש רבה מצורע, ויקרא י"ט, ב':
 "משל לככר שהיה תלוי באוירו של בית, מי שטיפש אומר מי יכול להוריד את זה? מי שפיקח אומר ולא אחר תלאו! אלא מביא שני קנים ומספקן זה לזה ומורידו. כך מי שטיפש אומר מי יכול ללמוד תורה שבלבו של חכם? מי שפיקח אומר, והוא לא מאחר למדה? אלא הריני לומד שתי הלכות היום ושתיים למחר עד שאני לומד את כל התורה כולה."
 כלומר, הדרך להעפיל לראש ההר ולהוריד למטה דבר נאצל היא על ידי רצף של הישגים קטנים, ממש כפרעון חוב.

והמדרש ממשיך מענין הטכניקה לעצם הלימוד - גם לטכניקה ביחס להפנמת הלימוד והטמעתו באופן שייזכר:

אמר ר' לוי, משל לטרסקל (סל קלוע מנצרים) נקוב, ששכר בעליו פועלים למלאותו. מי שטיפש אומר: מה אני מועיל? מכניס בזו ומוציא בזו? (הכל מנוקב ככברה). מי שפיקח אומר: ולא שכר כל חבית וחבית אני נוטל? כך מי שטיפש מה הוא אומר: מה אני מועיל ללמוד תורה ומשכחה? מי שפיקח מה הוא אומר: לא שכר יגיעה הקב"ה נותן?

כלומר, גם אם למד מסכתות ושכח, עדיין יש כאן פרעון חוב והישג של עמל תורה והיקף שהושג.

יתרה מכך, אדם יכול לשנן וללמוד שלא לשכוח - 2 הלכות או דף אחד יומי. לזכור ש"ס בע"פ זה קשה. אבל, ללמוד בע"פ ולזכור ולדעת דף אחד - אפשר. ודף לדף מצטרף.

כפי שאומר המדרש:

"רבי חנין דצפורי פתר קרא בתלולית .. מי שטפש מה הוא אומר: מי יכול לקצות את זו? (כלומר, מי יכול לקטוף פירות של עץ שלם?) מי שפיקח אומר: הריני קוצץ שתי משפלות היום (2 זמורות - 2 ענפים) ושתי משפלות מחר, עד שאני קוצץ את כלה. כך מי שטיפש אומר: מי יכול ללמוד את התורה? נזיקין שלשים פרקים, כלים שלשים פרקים. מי שפיקח אומר: הריני שונה שתי הלכות היום, שתי הלכות למחר, עד שאני שונה את כל התורה כלה."

הנה כי כן, הדרך לפרוע חוב של - ללמוד ש"ס, היא על ידי כך שאדם לומד כל יום - דף.

ומאותה עת הוא רואה עצמו חייב. זה חוב. אכן דף אחד - אבל כל יום, בכל מצב ובכל עת. ערב ראש השנה וראש השנה, ויום כיפור ושמחר תורה, ט' באב - גם כשאי אפשר - יש חוב, וצריך להתארגן לפרוע. כי אם לא - זה נצבר לחוב של כמה דפים.

מהלך זה להסבר שמחתו של סיום הש"ס קרוב לליכי, כי לא תמיד דבר קל וטריוויאלי לפרוע חוב. בשנת תשס"ח (חנוכה) קמתי בבוקר ולא יכולתי ללמוד. התקשרתי לאבא ז"ל והוא אמר לי: אבי, חוב פורעים. אם קשה לך - תתעשת: תהיה תמיד "קאלט אונד פעסט" (קך רוח ועז רוח).

ואכן, אצל אבא ז"ל - חובה קדמה לכל נוחות אישית. זה היה הבסיס לאופיו ולכל הליכותיו והנהגתו. ישבתי במצוותו שעות רבות במאמץ עילאי - והשלמתי את לימודו של הדף היומי. באותו ערב - איבדתי הכרה ונותחתי. לקחתי איתי לכית החולים רק דבר אחד: גמרא, כי חוב צריך לפרוע. אינני זוכר אחר כך מי הניח לי תפילין (היה זה כנראה חותני שיח') אבל אני זוכר שברגעי הערות הראשונים שלי ביקשתי מיד - את הגמרא. אני חייב לפרוע את החוב...

וכך ניצב אני היום - בסיום הש"ס. בזכותו של ר' מאיר שפירא, ובזכות אבא ז"ל - ובזכות העקרון: שחוב צריך לפרוע ושיש לחיות חיים של חובה ולא חיים של תועלת.

סיום הש"ס הוא יום שבו ניצב אדם ומברך שהחייני וקיימני והביאני לזמן הזה - שבו נפרע החוב!

על כך נאמר בתהלים ג' " לַיהוָה הִישׁוּעָה עַל עַמּוֹ בְּרִכְתָּהּ סְלָה". אין זו רק אמרה שה' מושיע את עמו ועל כך ברכתו, אלא מבאר רש"י: "לה' הישועה - עליו להושיע את עבדיו, ואת עמו. ועל עמו - מוטל לכרך ולהודות לה' סלה". זוהי חובתנו לעשות סעודת מצווה ולהודות לה' על שהושיענו ועל שזיכנו לחיות חיים של חובה - ולפרוע את החוב.

מי יתן ונזכה לשנים רבות ומחזורים רבים של דף יומי, עם חוב שנפרע, עם תורה שנהגתה, ועם סעודת מצווה והודיה לה' יתברך! אמן ואמן.

דברים להכנסת ספר תורה

1. שמחה בהכנסת ס"ת - מה פשרה? וכי מצינו עם הרוקד עם ספר החוקים שלו? אפשר להיות גאה בספר חוקים. אבל שמחה מה זו עושה? ואם תימצי לומר כי השמחה היא על עצם קבלת התורה, שהפכה אותנו לעם הנבחר וזיכתה אותנו בעולם הבא ובמעודן שבמעדני הרוח בעוה"ז, הרי שזוהי שמחת תורה, או שמחה של קבלת תורה כחג השבועות. אבל, כשאדם פרטי כותב עוד ספר תורה, שכמוהו ככל שאר הספרים, על מה הוא שמח?
2. הקושי מתחדד עת שמעיינים בספר החינוך מצווה תרי"ג בה מובהר שורשה של המצווה המוטלת על כל איש מישראל לכתוב ספר תורה: "לפי שידוע בבני אדם שהם עושים כל דבריהם לפי ההכנה הנמצאת להם".
כלומר, יש לאנשים תכונה שהם משתמשים במה שמצוי תחת ידם. "על כן, ציוונו הקב"ה להיות לכל אחד מבני ישראל ספר תורה מוכן אצלו - שיוכל לקרוא בו תמיד, ולא יצטרך ללכת אחריו לבית חברו, למען ילמד לירא את ה', וירא וישכיל במצוותיו היקרות והחמורות מזהב ומפז רב".
לאמור, כתיבה של ספר תורה היא כלי ואמצעי שנועד להנגיש את הספר כך שנוכל לעיין בו. ואם כך, מתעצם הקושי: מה השמחה הגדולה? איננו מכירים שמחה מקבילה כשפותחים ספריה גדולה? מוכרח להיות שבכתיבה של ס"ת יש משהו מעבר לכך.
3. הדין של כתיבת ספר תורה נלמד מן הפסוק (דברים ל"א, י"ט) "ועתה כתבו לכם את השירה הזאת ללמדה את בני ישראל". הדברים מתייחסים לפרשת האזינו שהיא השירה של משה רבינו. פרשת זו היא חלק מספר התורה. הצטוונו אפוא לכתוב את התורה שיש בה את השירה הזאת. נשאלת השאלה, מדוע הלימוד נלמד בדרך כה עקיפה? מדוע לא נאמר בפסוק בפשטות ציווי לכתוב ספר תורה, בלשון "ועתה כתבו תורה זאת"? אין זאת אלא שהמצווה המוטלת על כל אחד ואחד מישראל לכתוב ספר התורה משלו מהווה סוג של שירה, ומכאן גם השמחה הבוקעת כששיר נולד. אך במה מוגדרת התורה כשירה?

4. הרמב"ן על פסוק זה (דברים ל"א, י"ט) מסביר:
"ויקראה שירה, כי ישראל יאמרוה תמיד בשיר ובזמרה, וכן נכתבה כשירה, כי השירים יכתבו בהם הפסק במקומות הנעימה".
כלומר, יש שתי סיבות שמחמתן קוראים לפרשת האזינו שירה:
א. כי שרים את זה ומוסיפים ניגון ונעימה לקריאה.
ב. כי כשכותבים את הדברים יש "הפסקות במקומות הנעימה". אין זו כתיבה של שורה על שורה, אלא אריח על גבי אריח או בשירת הים אריח על גבי לבנה, יש רווחים ויש מקום כביכול לתווים ולנעימה.
כלומר, יש כאן שילוב בין כתב לבין נעימה כאשר הכתב מפנה מקום כביכול לנעימה ונותן לטון להשתלב בתוך תוכו של הכתב. אין זה כתב לחוד ונעימה לחוד אלא שירה, דהיינו, כתב ושירה המשולבים זה בזה. ודוק, ככלל, כתב מפנה מקום כשיש דברים שאי אפשר לבטאם במילים. לרגש, לנעימה אין ביטוי במילים והיא מצויה דווקא במה שלא נאמר, קרי - ברווח שבין המילים. יש דברים שהם מעבר למילים ולמעלה מן המילים, כשהכתב הוא רק קצה קצהו של הביטוי. כך קורה ביחס לדברים שיש בהם שילוב של מוח ולב. לא הכל במוח ולא הכל בלב, אלא הכתב מבטא את המוח ומניח מקום ורווח גם ללב להתגדר בו.

5. יש תורות שבהן הכל בלב והאותיות פורחות באוויר.
ויש תורות שהכל כתוב בהן. מה שקראת זה מה שיש, והכתב צפוף כי אין מקום ללב ולנשמה יתרה. על תורות שכאלה לא ניתן לומר "מורשה קהילת יעקב", כי בתורות אלו אין מסורת ואין מורשה, ואין כלל תורה שבעל פה. אבל התורה שלנו היא שירה. יש בה מח ויש בה לב פועם, ויש בה מקום לכל אחד ואחד לבטא את שירת חייו. על כן, מוטל על כל אדם ואדם לכתוב תורה זו - ולכתוב אותה כשירה כשהיא מותירה רווחים לאישיותו שלו ולרגשותיו. התורה שלנו מאפשרת לאדם לבטא את האישיות המיוחדת שלו ואת הרגש הספציפי שלו במסגרת של תוכן אינסופי ועמוק. הכתב מפנה כביכול מקום לצדדים ואומר לכל אחד ואחד מבני ישראל 'כנס נא אליי, אל בין השיתין, תיכלל גם אתה כאן, כי השארנו לך מקום, פרשנו לך זרועות פתוחות, היכנס ונקבל אותך בשמחה - כי כאשר תכתוב ותבטא את אישיותך - אתה הדבק שמדביק את הנקודות שמסביב. אתה מתמזג בתורה שהיא לא רק חוק והיא לא רק אותיות, היא שירה - היא שירת החיים של כל אדם ואדם כיחיד וכפרט.

6. והנה, להגדרה הזאת של תורה כשירה יש נפקות מעשית. בגמרא במסכת מגילה דף ג' עמ' א' מצינו ביאור לפסוק ביהושע ח', ט': "ויהי בהיות יהושע ביריחו וישא עיניו וירא והנה איש עומד לנגדו וחרבו שלופה בידו. וילך יהושע אליו ויאמר לו הלנו אתה אם לצרינו. ויאמר לא, כי אני שר צבא ה', עתה באתי. ויפול אל פניו ארצה וישתחו ויאמר לו: מה אדוני מדבר אל עבדו. וישימו העם את כל המחנה אשר מצפון לעיר... וילך יהושע בלילה ההוא בתוך העמק".

אומרת הגמרא כי האיש הוא מלאך שאמר ליהושע "אמש ביטלתם תמיד של בין הערביים ועכשיו ביטלתם תלמוד תורה". כלומר, שני חטאים חטא עם ישראל:

א. הם לא הקריבו קורבן תמיד של בין הערביים בערב, על אף שבלילה משהחשיך לא שרר זמן מלחמה ולא היתה מניעה לעסוק בהקרבת הקרבן.

ב. העם לא למד תורה בלילה למרות שלא נלחמים בלילה. שאל יהושע את המלאך: על איזה משני החטאים באת? על כך ענה המלאך ליהושע "עתה באתי". כלומר, על לימוד תורה המכונה בביטוי 'עתה'. שנאמר "עתה כתבו לכם את השירה הזאת". ומבהיר תוספות שם (ד"ה "אמש"), כי בפסוק רמוזים שני החטאים של ביטול התמיד ותלמוד תורה, שכן יהושע שואל את המלאך "הלנו אתה אם לצרינו?". כלומר, האם באת על הענין של "לנו" - המהווה ביטוי לתורה שנאמר "תורה ציווה לנו משה"; או - "לצרינו" - המהווה ביטוי לקורבנות המגינים עלינו מצרינו.

שאל הרב מפונבז' למה בשאלה של יהושע קוראים לתורה בכינוי 'לנו', מלשון "תורה ציווה לנו משה" ואילו בתשובת המלאך הכינוי משתנה ל'עתה באתי' מלשון 'עתה כתבו לכם את השירה הזאת'? למה לא השתמשו שני הצדדים לדו שיח זה באותו כינוי בהתייחסם לתורה?

ותשובתו היא, שאם התורה היא ציווי ("תורה ציווה לנו משה"), הרי שיש נסיבות שבהן ציווי לא תופס ויש פטור. למשל, כשיש מלחמת מצווה, שאז יכול אדם לטעון כי הוא צריך לישון בלילה כדי שיהיה לו כוח ללחום ביום, וכי יש זמן ועת לכל חפץ ועתה היא לא עת ללמוד. הטענה תהא כי כשהתותחים רועמים - הלימוד שותק. וכך אכן טען יהושע להגנת עם ישראל. על כך ענה לו המלאך: אתה צודק שיש נסיבות של פטור מציווי, אבל דבר זה אמור ביחס לתורה שהיא בגדר של ציווי "תורה ציווה לנו משה". שם יכול להיות פטור ויכולות להיות שעות שבהן הציווי לא קיים. ברם, ש- "עתה באתי"! התורה אינה ציווי בעלמא אלא היא שירה שנאמר

"עתה כתבו לכם את השירה הזאת". תורה היא לא רק ציווי של משה אלא שירה - שירת חייו של אדם. שירתו וביטוי האישי של כל אדם ואדם. שירת חיים איננה נפסקת כל עוד שיש חיים. גם לא כשיש קרב. אדרבה, אדם שהתורה היא חייו לא יכול ללכת לישון בערבו של קרב בלי ללמוד תורה. דווקא בשעות גורליות הוא חייב ללמוד תורה, כדי שיזכה ליום המחר וכדי שיזכה לבטא עצמו כעת, שמא לא יהיה עוד מחר. דווקא בשעה גורלית, שבה אדם מתכנס אל עצמו, הרי שהוא נס אל התורה, ומבקש לבטא את אישיותו שלו בין כתליה. שם מקומו האישי, בין השורות שהותירו לו מקום להתגדר בו. שם מחבקים אותו בחום, שם הוא חופשי לשיר בכל עת, שם הוא נמצא עם עצמו לבד והוא שר וחי. זאת תשובת המלאך 'עתה באתי'.

7. לכן, הכנסת ספר תורה היא עת של שמחה, עת של שירה. שמחה שהיא מעבר להכנסת ספר שנוכל לעיין בו בכל עת. התורה היא לא רק ספר חוקים, היא ביטוי אינדיבידואלי לכל אחד ואחד. ומשום כך, עם ישראל רוקד עם ספר החוקים שלו, ואין שמחה כשמחתה של תורה.

8. בהקשר זה אבקש ליחד כמה מלים לאבא ז"ל, משה אהרן ב"ר מרדכי אליעזר וינרוט ז"ל שהתורה היתה שירת חייו. אבא חנך אותנו כי בעת שנגיע למצבי מתח, בערבו של קרב - בכל אחד מקרבות החיים, הרי שהבריחה שלנו תהא תמיד - אל התורה. כאשר מסביב הכל רוגש ומפחיד - המבטח והשקט הנפשי נמצא - בתוך ההוויות של אבבי ורבא. התורה היתה לאבא שירת חיים, בתוכה מצא והורנו למצוא מנוח וביטוי לאישיותנו. אבא הורנו והראנו כי תורה לומדים בכל יום, בכל עת ובכל מצב חומרי ונפשי. אבא היה איש מאד רציני. ואחד הסיפורים שהוא סיפר לי היה, כי סבא שלו ר' יעקב וינרוט ז"ל, שהיה כל ימיו "יושב" בבית המדרש בבעלז, היה אדם שמעולם לא חייך - מלבד פעם אחת. היה זה כאשר רבי מאיר שפירא זצ"ל הגיע לעירו, ויצאו לקראתו בתחנת הרכבת עם ספרי תורה. שם צעדו מתחת לחופה רבי מאיר שפירא וסבא רבא זצ"ל, עם ספרי התורה בידיהם - וזו הפעם היחידה שהוא נראה מחייך ושמח. ואכן, המקום היחיד שבו אבא היה מאושר היה כשהוא רווה נחת של תורה. שם ראינו אותו זוהר ומחייך. אין מתאים אפוא להנצחה של אבא ז"ל מאשר הכנסה של ספר תורה וכולנו תפילה שספר תורה זה יהא בר מזל, שהרי "כל דבר תלוי מזל ואפילו ספר תורה שבהיכל".

יהיו נא הדברים לעילוי נשמתו של אבא, תהא נשמתו צרורה בצרור החיים,

ויהיו הדברים המשך ישיר לשירת חייו, שנמשכת היום ואינה נפסקת, כי את השירה הזאת אי אפשר להפסיק לעולם.



