



אוניברסיטת בר-אילן

תואר שני, MA
הפקולטה למשפטים

מחברת הקורס:

משפט עברי

המרצה:

ד"ר יעקב חבה

תוכן עניינים

4	מבוא
6	היחס בין המשפט העברי למשפט הישראלי
6	סוגיית דינא דמלכותא דינא
6	תלמוד בבלי מסכת נדרים דף כז עמוד ב'
8	רשב"ם מסכת בבא בתרא דף נד עמוד ב
8	רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יח
9	שו"ת משפט כהן (עניני א"י) סימן קמד, יד
10	רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יח
10	רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק יא הלכה ז
10	שמואל א פרק ח
11	תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף כ עמוד ב
12	שולחן ערוך חושן משפט סימן שסט סעיף יא
12	ש"ר חושן משפט סימן עג
14	תקנות הקהל
14	תוספתא בבא מציעא יא
15	שו"ת יכין ובעוז ב, כ
16	שו"ת הרשב"א ד, קפה
16	שו"ת הרא"ש ו
17	שו"ת לב שמח חו"מ, ה
17	מרדכי בבא קמא, קעט
18	שו"ת הרשב"א א, תר"ז
19	בבא בתרא ט, א
20	שו"ת הריב"ש, שצט
21	רא"ש בבתא בתרא א, לג
21	שו"ת הריב"ש, ש
21	סיכום
22	מנהג
22	שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י
23	שו"ת תשב"ץ חלק א סימן קנג
23	ירושלמי, בבא מציעא, ז, א
28	הגנה עצמית – דין רודף
28	3. תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף עג עמוד א
31	5. רש"י מסכת סנהדרין דף עג עמוד א
31	6. רמב"ם הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק א
32	7. משנה מסכת אהלות פרק ז משנה ו
32	2. רש"י מסכת סנהדרין דף עב עמוד ב
33	רודף קטן
33	רודף ללא אשמה
34	הבועל ארמית קנאים פוגעים בו
35	11. תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף פא עמוד ב
35	סעיף 34 י' לחוק העונשין – הגנה עצמית
35	סעיף 34 טז לחוק העונשין – חריגה מן הסביר
36	יעקב בן אליהו אפג"ר נ' מדינת ישראל
37	אי ידיעת הדין
37	1. רמב"ם הלכות שגגות פרק ז, ב-ד
38	2. משנה למלך שגגות ב, ב
39	11. חידושי הרמב"ן מסכת מכות דף ז עמוד ב
40	15. במדבר, ה, יא-יג
41	16. משנה מסכת יבמות פרק ג משנה י
41	15. במדבר, ה, יא-יג
41	19. שו"ת מהרי"ק סימן קסז
42	17. שו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף קפט
45	22. שו"ת אגרות משה חלק אה"ע א סימן נד
47	שומרים
47	1. שמות פרק כב
48	2. רשב"ם שמות פרק כב
49	פירוש חז"ל
49	3. תלמוד ירושלמי מסכת שבועות פרק ח דף לח טור ב /ה"א
50	5. רמב"ם הלכות שכירות פרק א
51	8. רמב"ם הלכות שאלה ופקדון פרק א הלכה א
51	9. שו"ת הריב"ש סימן תכג
52	6. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף מב עמוד א
54	11. חוק השומרים, תשכ"ז-1967
54	סעיף 1 – שמירה ושומרים
54	שומר חינם
54	שומר שכר
54	שומר שואל
54	סעיף 2 – אחריות שומרים
54	שומר חינם

55 שומר שכר

55 שומר שואל

55 סעיף 14 – תחולה

56 שומר שנתן לשומר

56 1. תוספתא מסכת בבא מציעא (ליברמן) פרק ג הלכה א

56 2. משנה מסכת גיטין פרק ג משנה ה

56 3. משנה מסכת בבא מציעא פרק ג משנה ב

57 4. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לו עמוד א

59 7. רמב"ם הלכות שכירות פרק א

59 4. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לו עמוד א

61 חוק השומרים

61 סעיף 3 לחוק השומרים – החמרת אחריות

61 סעיף 7 לחוק השומרים – שומר שמסר לשומר משנה

מבוא

מטרת הקורס תהיה להתייחס ולדון בשאלת היחס בין מערכת המשפט העברי ובין המשפט הישראלי, ולבחון כיצד המשפט העברי מתייחס למשפט מדינת ישראל וכן בכיוון ההפוך, כיצד המשפט הישראלי ואם בכלל, לוקח בחשבון ומתייחס למשפט העברי.

המשפט העברי הוא משפט דתי. כלומר, הוא משפט בעל סממנים ומאפיינים דתיים. ואין הכוונה רק לעובדה שבהלכה היהודית יש גם מצוות דתיות, כמו למשל האיסור על חילול השבת. אלא גם באותם נושאים בהם אין בהכרח עניינים השייכים להלכה, מעורבים לא אחת שיקולים שהם דתיים, הנובעים מהעובדה שהמשפט הוא דתי ויש לעניין השלכות רבות.

ברור, שכאשר אנו דנים בשאלת היחס בין המשפט הישראלי ובין המשפט העברי, עלינו לנסות עד כמה שאפשר לבודד את אותם גורמים, או את הגורם הדתי עצמו, משום שהוא איננו רלוונטי למשפט הישראלי. כך למשל, יש במשפט העברי מערכת מפותחת של דינים הנוגעים לשאלה לפני משורת הדין. כלומר, יש חובה לנהוג לפני משורת הדין, והדבר הוא מוזר משום שאם זו חובה, הרי שאין זה לפי הדין, אלא הדין עצמו. אלא שהחובה לנהוג בנסיבות מסוימות לפני משורת הדין, קשורה להיות המשפט הישראלי משפט דתי. וכדוגמה ממחישה לכך נביא להלן פסק דין שניתן לפני כשלושים שנה. פסק הדין עסק בעובד של חברת טקסטיל גדולה במשך שנים רבות, אשר נהרג בנסיבות מסוימות ע"י אחד השומרים בחברה. משפחתו של ההרוג, תבעה בתביעה נזיקית את אותה החברה, וזו נדחתה ע"י המחוזי. משם בקשה המשפחה לערער לעליון. חשוב להבין, כי בטרם הדיון במחוזי וגם בטרם הדיון בעליון, הציעה החברה למשפחה להגיע לפשרה. לטענת החברה, היא לא התרשלה, ולכן מבחינת דיני הנזיקין לא עומדת כאן החובה לפצות את המשפחה. אך בכל זאת, מכיוון שהיה זה עובד החברה משך שנים, והמשפחה מסכנה, החברה הייתה מוכנה לפצות. אך לא בסכום שביקשה המשפחה, אלא בסכום חלקי ממנו. המשפחה לא נענתה להצעת הפשרה שהציעה החברה, וזאת על אף שהשופטים המליצו למשפחה לקבל הצעה זו.

בסופו של עניין, ניתן פסק הדין בעליון, בהרכב שופטים ביניהם ישבו השופט שמגר והשופט אילון. אילון כתב את פסק הדין העיקרי, ומבלי להיכנס לפרטי דיני הנזיקין, הוא קבע כי החברה לא הייתה רשלנית, ועל כן איננה מחויבת בפיצוי המשפחה. אלא שבתום פסק הדין, לאחר שניתח את הסוגיה בהיבט דיני הנזיקין, הוא מוסיף קטע של כמה עמודים, בו הוא מציין בקצרה, כי אמנם על פי דין הגיע למסקנה כי החברה איננה חייבת לפצות את משפחת המנוח, אבל בכל זאת הוא פונה לחברה ומבקש ממנה לנהוג לפני משורת הדין. נכון שאין היא חייבת, ונכון שהציעה מלכתחילה, ונכון שהמשפחה סירבה. ואף על פי כן, מדובר באלמנה וביתומים, ומגד בחברה גדולה מאוד, אז לפני משורת הדין קורא ביהמ"ש לחברה לפצות את המשפחה באותו הסכום שהציעה החברה לשלם מראש כפשרה. השופט אילון מבסס את בקשתו ודבריו על מקורות מן המשפט העברי הנוגעים לפני משורת הדין.

השופט שמגר, כתב פסק דין של כחצי עמוד, שעיקרו היה קבלת פסק דינו של השופט אילון, אך הסתייגות מסוף דבריו, דהיינו מפנייתו לחברה לפצות את המשפחה לפני משורת הדין. השופט שמגר, לא הסתייג מפנייה זו מפני שאיננו אוהב שפועלים לפני משורת הדין. גם הוא אדם אנושי, וגם הוא היה שמח מאוד אם מחוץ לביהמ"ש לאחר שילכו כל צד לביתו, אלו שמחים ואלו עצובים, תפנה החברה למשפחה ותאמר כי למרות שכך, הם רוצים להיות אנושיים

ולשלם את פיצוי חלקי. אך כשופט, הוא קובע, אין זה תפקידו – הוא עושה דין ועושה משפט. ואם צדדים רוצים להיות טובים זה לזה מחוץ למשפט, שינהגו לפנים משורת הדין כמה שירצו. לטענתו, לפנים משורת הדין, אין הוא חלק מן הדין. ההבדל בין שני השופטים, נובע מתפישה דתית אחרת; השופט אילון, כמי שאמון על מקורות המשפט העברי, לומד ממנו ואומר כי גם אנחנו כשופטים במשפט הישראלי יכולים ללמוד מכך רבות.

הביטוי משפט עברי, איננו מונח הלכתי אלא מונח חדש יחסית ומי שחידש אותו היו הרוסים שראו עצמם למורשת, אך לא ככפופים להלכה היהודית, לפני כמאה שנים. וכחלק מעניין ציוני והחייאת השפה, הם דנו בהחייאת המשפט העברי וניסו ליצור מערכת משפט שתהיה מושתת על מערכת ההלכה היהודית, אך לא תהיה כפופה לה.

וכאשר אנו עוסקים במשפט עברי, אנו מתייחסים לאותם חלקים בהלכה היהודית, שיש להם מקבילה גם במשפט המודרני. לצורך העניין; דיני שומרים, שטרות, נזיקין, משפט ציבורי ועוד, יש להם התייחסות במשפט המודרני, והם נחשבים משפט עברי. לעומת זאת, דיני שבת, הלכות עבודה זרה, הלכות קורבנות וכיו"ב, כל אלו שייכים לחלק הדתי של ההלכה והם לא יכללו במונח משפט עברי, משום שאין להם מקבילה במשפט המודרני.

בתוך ההלכה, המערכת היא מערכת אחת, ומבחינת תפישת ההלכה עצמה, כשם שדיני הנזיקין מחייבים, כך גם דיני שבת מחייבים ולא ניתן להפריד בין השניים. ואף על פי כן, לצורך הדיון במשפט העברי אנו מתייחסים יותר לעניינים המשפטיים החברתיים של ההלכה, ולא לעניינים הדתיים שלה. אם כי יש קשר בין הדברים, ולא פעם נזקק לדוגמאות עבור עניינים שהם בעלי אופי דתי יותר.

היחס בין המשפט העברי למשפט הישראלי

במשפט העברי אנו מבחינים בין שני סוגים של הלכות; ישנן הלכות המכונות איסור והיתר, וישנן הלכות הנוגעות לתחום היחסים החברתיים בין בני-האדם, כמו למשל; דיני הממונות, הקשרים פליליים, ופחות עניינים שבין אדם למקום. וככל שאנו דנים בנושאים של איסור והיתר ובשאלות שבין אדם למקום, מרחב התמרון, הגמישות ושיקול הדעת בהלכה הוא מטבע הדברים מצומצם הרבה יותר, ובמקומות רבים אף לא קיים כלל. וככל שאנו עוסקים בין מצוות שבין בני האדם, מרחב הגמישות מתרחב, עד כדי תקנות החכמים וגופים מוסמכים להתקין תקנות ולחוקק חוקים, בתחומים של דיני ממונות, שינוי מערך היחסים ועוד, בניגוד למה שקבעה התורה. כך למשל, תקנת השבים, אותה תיקנו החכמים וקבעו כי מבחינת דיני הקניין, חפץ שנגנב שייר לבעליו, אך במקרה שהגזולן מבקש לתקן את דרכיו אך אין ביכולתו להשיב את הנכס עצמו, ניתן יהיה לקבל את סליחתו בתנאי שהשיב את ערך הנכס ושוייו.

וכאשר אנו עוסקים בשאלת היחס בין דין המדינה, שמבחינת ההלכה הוא דין זר, הרי ברור שכל שהדבר נוגע לשאלות מסוג הסדר שבין בני האדם למקום, התפישה ההלכתית היא – ההלכה גוברת.

סוגיית דינא דמלכותא דינא

הסוגיה עוסקת בקביעה כי **דין המלכות הוא המחייב**. המקור עצמו, מצוי במשנה, במסכת המכונה **מסכת נדרים**.

תלמוד בבלי מסכת נדרים דף כז עמוד ב'

משנה – נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין, שהיא תרומה - אף על פי שאינו תרומה, שהן של בית המלך - אע"פ שאינן של בית המלך.

הקדש הוא דבר ששייך לקודש, והשימוש בו מוגבל. בא המוכס ורוצה לגבות מאדם מס, והאדם טוען כי הפירות הללו הם פירות השייכים לתרומה, ומאחר שמדובר בעניין דתי, המוכס יכבד את האדם וימנע משימוש בפירות אלו. וכיצד נוכל ליצור את האמון שאכן מדובר בחפץ של תרומה? הרי שאנו תחת פרוצדורה של נדר, כלומר – נדרנו נדר שמשמעותו היא לחזק את הנאמנות של דברנו, שאכן הפירות הללו הם לשם תרומה. אלא, שמן המשנה עולה, כי היא מקנה לאדם לגיטימציה לשקר. ושואל התלמוד את השאלה הבאה;

גמרא – והאמר [והרי אמר] שמואל: דינא דמלכותא דינא! אמר רב חנינא א"ר כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה. דבי ר' ינאי אמר: במוכס העומד מאליו.

שואל התלמוד – איך זה אומרת לנו המשנה, שאפשר לשקר למוכס ולהתחמק מתשלום המס, בעוד שהאמוראים קבעו כי דין המלכות הוא הדין, כלומר – חובה לשלם את המס.

כדי להבין את המחלוקת חשוב לזכור, כי חלק גדול מהסוגיות התלמודיות והסוגיות של האמוראים המפרשים את התלמוד, הוא מבנה של עימות בין מקורות שונים; בין המשנה למשנה, בין מקור תנאי אחד לאחר, אמוראי אחד לאחר, ובין המקורות הללו למקורות אחרים. ואילו כאן, מוצגת הסתירה בין מה שקובעת המשנה – מותר לשקר את המוכס, ובין הגמרא שקובעת כי אין לעשות זאת. **האמוראים**, מצמצמים את המשנה וקובעים, כי כאשר היא קבעה שמותר לשקר את המוכס, הרי שמדובר במקרים מיוחדים בלבד, ואילו **בדרך כלל דין המלכות הוא הדין**.

רש"י –
שאיין לו קצבה – שנוטל כל מה שרוצה
במוכס העומד מאליו – שאינה של מלכות

לפי **הגמרא**, הכלל הרחב הוא **שדין המלכות הוא הדין**, ולכן כאשר המלכות או המלך קבעו שיש לשלם מס, הרי שחובה עלינו לשלמו. אלא שלכך חריגים, והיא קובעת שני סוגים של מוכסים המהווים חריג לעניין זה; השאלה היא כיצד המוכס מחלק את נטל המס בין התושבים באזור עליו הוא אחראי, היא שאלתו שלו (של המוכס עצמו), ולא מהווה הוראת המלך. המלך ממנה מוכס, והוא חייב להביא לקופתו סכום מסוים של כסף. כיצד ואיך עושה זאת, אין זה עניין המלך. וכאשר אמרה המשנה שמותר לשקר את המוכס, הרי שהיא מיתירה זאת רק בעבור **מוכס שאין לו קצבה**, כלומר, כזה שפועל שלא על פי חלוקה שוויונית. ואילו כאשר **למוכס העומד מאליו**, כזה שלא מונה ע"י המלך, הרי שאין הוא משקף את דין המלך ומותר לשקר לו.

ר"ן –
במוכס שאין לו קצבה – וכיון שכן לאו דינא הוא אלא חמסנותא. וחמסנותא דמוכס לאו דינא הוא.
במוכס העומד מאליו – שלא במצות המלך. וכתבו בתוספות, דדוקא במלכי עובדי כוכבים אמר דינא דמלכותא דינא, מפני שהארץ שלו, ויכול לומר להם: אם לא תעשו מצוותי, אגרש אתכם מן הארץ. אבל במלכי ישראל, לא. לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה.

עולה כאן סוגיה מעניינת למדי, והיא כיצד זה מבקשת **המערכת המשפטית הדתית, שרואה עצמה כמגשימה את רצון האל**, וחוקיה מקורם באופן כזה או אחר באלוהים, **לציית לדין המלך שהוא למעשה דין זר?** אם כן, לעניין זה כמה הנמקות ואנו נתייחס לאלו המופיעות אצל הראשונים;

ר"ן, מציג עבורנו את הפירוש העיקרי שיש לנו במסגרת נדרים והפופולארי מכולם. והוא קובע כי **מאחר והארץ שייכת למלך, הוא הקובע את הכללים**. ומשום שהוא קובע את תשלום המסים, הרי שאין ברירה לפרט אלא לשלם את המס. ואם לא ישלם הפרט את המס, הרי שהמלך יגרשו מן הארץ. ומתוקף איום בגירוש, הרי שיש לו את הסמכות להכתיב כללים שונים, כתנאי לישיבת הפרט בארץ. אומר הר"ן, כי נכון הדבר במלכי עובדי כוכבים. אלא שבמלכי ישראל, ארץ ישראל לא שייכת למלך אלא לכלל עם ישראל, ועל כן למלך במקרה זה אין כל סמכות.

הר"ן קובע למעשה, כי העיקרון של דינא דמלכותא דינא, מתבסס על כך **שהמלך הוא בעלי הקרקע והארץ היא שלו ושייכת לו**, ומכאן שהוא יכול להכתיב לנו מה לעשות וכיצד לעשות זאת. לפי הר"ן, חוקים אלו **נכפים עלינו** ואין ברירה אלא לקיים את דבר המלך. **ואם אין שומעים למלך, הרי שנגורש מן הארץ**. ובכדי להימנע מסיטואציה זו של גירוש, נאמץ את דין המלך.

רשב"ם¹ מסכת בבא בתרא דף נד עמוד ב

והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא – כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם, דינא הוא. שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, והלכך דין גמור הוא. ואין למחזיק בממוץ חבירו על פי חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל.

לפי רשב"ם, אנו **מחויבים לקבל את חוקי השלטון**, בין אם הם מוצאים חן בעינינו ובין אם לאו. **הדין לציית למלכות נובע מהסכמה מסוימת לקיים** את מצוות המלך ודרישותיו. ונותן הרשב"ם את הדוגמא הבאה; ראובן ושמעון – שניהם יהודים, תובע ראובן את שמעון על פי דין המלכות. ולפי דין זה הוא תובע משהו שאיננו זכאי לו לפי דין תורה. ועל כן, בעיניי הלכתיות הוא לכאורה גזלן, שכן הוא מוציא מחברו משהו שאיננו זכאי לו. אומר הרשב"ם – **אם חל עליו דינא דמלכותא דינא, הרי שאיננו גזלן, שכן על פי דין זה ניתן להוציא דין ממון**.

רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יח

במה דברים אמורים: במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות. **שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים**. אבל אם אין מטבעו יוצא, הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין. וכן מלך זה וכל עבדיו כגזלן לכל דבר.

במה דברים אמורים, הכוונה – מתי חל עיקרון זה. הרמב"ם מנמק את עיקרון דינא דמלכותא דינא וגם הוא דן **בעניין ההסכמה**, "שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ". מדוע חל דין המלכות, ומתי? מתי שהסכימו. ההסכמה אצל הרמב"ם איננה מתייחסת באופן ישיר לחוקים של המלך, אלא לעצם היותנו **עבדיו של המלך**. ואילו אנחנו **הסכמנו להיות עבדיו** ומעצם כך גם לעשות את אשר קובע. מבחינה מסוימת, מזכיר הרמב"ם את דעתו של רשב"ם, העוסקת **בהסכמה**, אלא שכאן אומר הוא כי ההסכמה היא למלך, בעוד שהרשב"ם דן בהסכמה לחוקי המלך.

¹ רבי שמואל בן מאיר – חי בצרפת במהלך המאה ה-11-12

רבנו תם קובע, כי לדין המלכות אין משמעות.

מה שמחייב הוא ההלכה בלבד. ומדוע אין מחייב דין התלמוד? לפי רבנו תם, קיימת תקנת חכמים שאימצה בתקופתו של שמואל, את דין המלכות כפי שהוא היה אז, או לפחות חלקים ממנו והסדרים שונים שקובע. ואילו החיוב שלנו לציית לדין המלך, היא לא מכוח היותו דין המלך, אלא **מכוח תקנת החכמים**. ואם החכמים קבעו תקנה שיש לציית לדין המס של המלך, אז יכול להיות שהם מתכוונים לכך שיש לציית לדין המס, וגם אם יהיה זה מלך אחר שלא היה בתקופת שמואל. אבל אם לא תוקנה על-ידם תקנה שקובעת כי יש להתייחס לדין ירושה של המלך, הרי שלא ניתן יהיה להתייחס לדין ירושה כדינא דמלכותא דינא, לא אצל המלכים שהיו אז ולא אצל אף מלך אחר.

למעשה קובעים הפוסקים, ביניהם רבנו תם, שיש תוקף לנורמות ישנות, שהיו בתקופת המלך. אבל באשר לנורמות אחרות, שלא היו בתקופה זו, אין תקף המונח.

שו"ת משפט כהן² (עניני א"י) סימן קמד, יד

... וחוץ מזה נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם ג"כ [גם כן] מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה. ובייחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו, לעניין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל. ואפילו בעניינים פרטיים... אבל כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי, ע"פ [על פי] דעת הכלל ודעת ב"ד, ודאי עומד הוא במקום מלך, לעניין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל.

הרב קוק בא להשיב על השאלה מי הוא המלך? האם מדובר במלך במובן הפשוט של המילה, או במובן הרחב – הכוונה לשלטון. נראה, אפוא, כי ההסכמה להיות עבד למלך, מביאה אותנו למקנה כי מדובר כאן במלך בשר ודם.

אלא שלדעת הרב קוק, **מלך הוא לאו דווקא מלך**. כאשר יש מלך, הרי שהוא הריבון – הוא הסמכות. אבל מה קורה כאשר אין מלך? האם הסמכויות מתעופפות באוויר? ודאי שלא. הסמכויות נותרות בידי הציבור, שהרי מהיכן מקבל המלך את סמכויותיו מראש, אם לא מן הציבור.

ולכן, משדנים בשלטון הנבחר, הרי שסמכותו עדיפה על סמכות המלך. כל עניין הסמכות נובע מן ההסכמה שנתן הציבור לסמכות המלך עצמו. ולכן, אם השלטון נבחר אחת לכמה שנים, הרי שיסוד ההסכמה בא לידי ביטוי בצורה אמיתית ומשמעותית. מדי כמה שנים, יכול הציבור להחליף את השלטון. הביטוי ליסוד ההסכמה יהיה כאשר המלך או השלטון הנבחר יבצעו דברים שאינם מוצאים חן בעיני הציבור והם יבחרו להחליפו.

נראה כי הנמקתו של הרב קוק, **מתיישבת עם הנמקתו של הרשב"ם, ופחות עם הנמקותיהן של הר"ן והרמב"ם**.

² רבי אברהם יצחק הכהן קוק – חי בארץ ישראל בתקופת המאה ה-20

רמב"ם הלכות גולה ואבדה פרק ה הלכה יח

במה דברים אמורים: במלך שמתבעו יוצא באותן הארצות.

אומר הרמב"ם, ברגע שהמלך חקק את דמותו על המטבע, משתמשים בה כמטבע העוברת לסוחר – באותן ערים, מה שמורה על כך שהציבור קיבל את האדם כמלך על עצמו ולכן יחול הכלל של דינא דמלכותא דינא. אז יכול להיות שבכוח הזרוע הוא כופה עלינו, ואין לנו ברורה, אך בפועל יש ברירה והיא לא לקבלו כמלך.

הר"ן מביא את דברי התוספת ואומר;

הדברים האמורים הם רלוונטיים רק במלך גוי ולא במלך ישראל, מאחר ואנו מבססים את הכל על היות המלך בעלים בקרקע, והיות שארץ ישראל שייכת לעם ישראל ולא למלך, הרי שהמלך איננו יכול לקבוע מה לעשות בקרקע שהיא שייכת לאדם אחר, בדיוק כפי שהיא שייכת לו עצמו. ועל כן, דינא דמלכותא דינא, לפי הר"ן איננו רלוונטי בישראל.

רמב"ם הלכות גולה ואבדה פרק יא הלכה ז

היה רוב העיר גוים אם מצא במקום מן העיר שרוב המצויים שם ישראל חייב להכריז, אבל אם מצא בסרטיא ופלטאי גדולה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות שהגוים מצויין שם תמיד ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי המציאה שלו, ואפילו בא ישראל ונתן סימניה, שהרי נתיאש ממנה כשנפלה מפני שהוא אומר גוי מצאה. אף על פי שהיא שלו הרוצה לילך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר את האבדה לישראל כשיתן את סימניה.

העיקרון של החובה לציית לדין המלך, מובא בתלמוד בהקשר המיסים, ונראה כי גם הרמב"ם מביא עיקרון זה בהקשרנו שלהלן. העיקרון, אם כן, של דינא דמלכותא דינא, **תופס גם במלך ישראל ולא רק במלך גוי**. ואפשר להבין זאת על יסוד עניין ההסכמה. וכל זאת, למרות שמתייחס הרמב"ם להסכמה כהסכמתו של עבד והיא כשלעצמה בעייתית מאוד.

שמואל א פרק ח

ויאמר שמואל את כל דברי דוד אל העם השאלים מאתו מלך: ויאמר זה יהיה משפט המלך אשר ימלך עליכם את בניכם יקח ושם לו במרפכתו ובפרשיו ורצו לפני מרפכתו: ולשום לו שרי אלפים ושרי חמשים ולחרש חרישו ולקצר קצירו ולעשות כלי מלחמתו וכלי רכבו: ואת בנותיכם יקח לרקחות ולטבחות ולאפות: ואת שדותיכם ואת פרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו: וזרעיכם וכרמיכם יעשר ונתן לסריסיו ולעבדיו: ואת עבדיכם ואת שפחותיכם ואת בחוריכם הטובים ואת חמוריכם יקח ועשה למלאכתו: צאנכם יעשר ואתם תהיו לו לעבדים: ...

בספר שמואל, בפרשת מלך, שמואל הנביא מתואר כמנהיג של עם ישראל. ובא עם ישראל, ודורש ממנו שימנה עליהם מלך, ואילו שמואל רואה בקשה זו כפגיעה קשה באל ובקיומו.

וכעת אומר שמואל לעם, דעו לכם, כל מה שחשבתם עד כה וכפי שהיה נהוג בתקופת השופטים, כאשר היו בראשם מנהיגים דתיים או שופטים שהוציאו אתכם למלחמה, הכל עתיד להשתנות. ומדוע? משום שלמלך סמכויות רחבות יותר, וכמעט שאינן מוגבלות הן. וכעת מתחיל שמואל בתיאורו, בו הוא מביא את כל סמכויות המלך ומתאר בפרטי פרטים כיצד אותו מלך שישים על העם, ינהג כלפיהם. ואת תיאורו של שמואל, ניתן לפרש בשני מובנים; המובן האחד בו התורה נותנת את הסמכויות למלך, וזו הסיבה שהוא יכול לעשות לעם ישראל כל מה שמתואר מפיו של שמואל, בסמכות וברשות. ואילו המובן השני בו מתאר שמואל את כל המעשים והסמכויות שלמלך, לא מכיוון שסמכויות אלו ניתנו לו מדין תורה, אלא מכיוון שברגע שימונה מלך, הוא יתנשא, הדם יעלה לו לראש וזה מה שיגרום לו לבצע את כל הדברים הללו כלפי העם עליו הוא מולך.

על כל מקרה, נראה כי שמואל מבקש כאן להפחיד את עם ישראל, בתיאור מפורט על כל שהכוח משחית, וכל זאת כדי להביא אותם למסקנה כי לא כדאי להם לבקש לעצמם מלך. מסכת סנהדרין תומכת בשאלה מדוע נועד מסע ההפחדה של שמואל;

תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף כ עמוד ב

אמר רב יהודה אמר שמואל: כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו. רב אמר: לא נאמרה פרשה זו אלא לאיים עליהם, שנאמר (דברים י"ז): "שום תשים עליך מלך" - שתהא אימתו עליך.

הרב יהודה מסביר את דבריו של שמואל בכך שעצם תיאורו, הוא תיאור סמכויות המלך על פי הדין. בעוד שרוב אחר מסביר את הגישה ההפוכה, שקובעת כי שמואל אמר את הדברים כדי להפחיד את העם עד שיחזרו בהם מן הבקשה.

אם אנו מאמצים את עמדתו של שמואל, אנו למעשה מייתרים את הדין בשאלת דינא דמלכותא דינא. והסיבה היא פשוטה; בכל מקרה שלא יהיה, בין אם מנסה שמואל להפחיד את עם ישראל ובין אם מנסה שמואל לקבוע כי סמכויות המלך מדין תורה הן, הרי שהסיטואציה היא **מינוי המלך – שלטון מלוכני**. כלומר, רק לשלטון מלוכני סמכויות אלו, ועובדה היא שכאשר על עם ישראל הונהגו שופטים או מנהיגים דתיים לא היו בידיהם כל הסמכויות המתוארות בפרשת מלך. ולכן, אם אין מדובר בשלטון מלוכני, הרי שהסמכויות אינן רלוונטיות עוד. עם זאת, עדיין נותרת סוגיית התחומים. כלומר, גם אם נניח שדינא דמלכותא דינא, היא החלטה חשובה גם במציאות של ימנו, יש לקבוע מהם התחומים בהם היא רלוונטית וחשובה. האם מדובר כאן על כל חוק של המלך, או האם חוקיו וההכרח לציית להם מוגבלים לתחומים מסוימים.

שולחן ערוך חושן משפט סימן שסט סעיף יא³

הנושא אשה במקום שדיני עובדי כוכבים, ומתה אשתו, לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר: כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא, ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים דאם מתה יורשה בעלה או כדומה לזה, וליכא בזה משום דינא דמלכותא (ב"י בסימן כ"ו בשם תשובת הרשב"א), דלא אמרינן [שאינן אומרים] דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך, או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עובדי כוכבים. דאם כן בטלו כל דיני ישראל (מהרי"ק שורש קפ"ח / קפ"ז).

על פי ההלכה, כאשר נפטרת אישה והולכת לעולמה, מי שרשאי לרשת אותה הוא בעלה. לא לדיה, לא הוריה ולא אף אחד אחר מבני משפחתה, למעט בעלה. ובתקופות קדומות, היו רבים המקרים של תמותה בגיל צעיר ואחת הסוגיות המעניינות של אותה תקופה הייתה מה קורה כאשר אישה נפטרת זמן קצר לאחר הנישואין, במרבית המקרים אפילו עדיין אין ילדים, וגם אם יש – היחסים בין הבעל לאישה הם טריים מאוד. למעשה התעורר דיון סוער בין אבי האישה או הוריה ובין בעלה על השאלה, מי רשאי זכאי לרשת אותה. על פי ההלכה, כמובן שאין כאן כל שאלה. מי שיוורש הוא הבעל, זו הקביעה. אלא שנראה כי המציאות הזו, הביאה למצב בו גם בעיני פוסקי הלכה רבים לא היה רצוי. ומה שקרה הוא, שאבות נמנעו מלתת נדוניה לבנותיהן, כדי לא לאפשר לבעל לאכול מן הפירות. ומה קרה באותם מקרים בהם האבות כן נתנו נדוניה לבנותיהן, ואלו נפטרו זמן קצר לאחר הנישואין? במקרה כזה, נהג לומר האב, אתה אמנם התחתנת עם בתי, ולפי ההלכה אכן מגיע לך הנדוניה שעמה היא באה, אך כל מי שמתחתן בעירנו זו יודע שאנו כאן מאמצים את דין הגויים, והכל יודעים שלפי דין זה מי שיוורש את המנוחה הוא אביה ולא בעלה. ומדוע ומה הסיבה? דינא דמלכותא דינא.

אומר הרשב"א, מתי נאמר דינא דמלכותא דינא? רק בדבר **שיש בו להנאת המלך או שהוא לתקנת המדינה**. אבל השאלה האם זה יירש או זה יירש? איננה קשורה כהוא זה להנאת המלך ובוודאי שאיננה קשורה לתקנת המדינה. ועל כן, אין כאן עניין לפסוק לפי דינא דמלכותא דינא, אלא יש ללכת לפי ההלכה. ואילו לפי ההלכה – יורש הבעל את האישה.

ש"ך חושן משפט סימן עג⁴

וכל זה כתבתי לדעת הר"ב. אך לפי ע"ד [עניות דעת] דברי הר"ב צל"ע [צריכים עיון] בעיקר הדין שכתב הר"ב שלא יוכל למכרו בפחות משנה, שהוא דבר תמוה מאד לפי עניות דעתי. דכיון דעל פי דין תורה יוכל למכרו לאחר ל' יום, היאך נלמוד מדיני גוים לבטל דין תורה, ח"ו [חס וחלילה] לא תהא כזאת בישראל. ולא מיבעיא [ואין צריך לומר] לאותן הפוסקים שסוברים דלא אמרינן דינא דמלכותא רק [אלא] בדברים שהם להנאת המלך, ולא בין איש לחבירו..., אלא אפילו לשאר פוסקים, דסוברים דאמרינן דינא דמלכותא בכל דבר, היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלינו. אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל...

³ הגהות והוספות לשו"ע – רבי משה איסרליש – חי בפולין במהלך המאה ה-16
⁴ פירוש על השו"ע חו"מ ויו"ד – רבי שבתאי בן רבי מאיר כהן – חי בליטא במהלך מאה ה-17

הש"ך מתייחס ל**שאלת המשכון** והוא מתאר מצב בו לווה מסר כבטוחה להלוואה משכון בעבור המלווה. והשאלה שמעלה הש"ך היא מתי המלווה יכול לממש את המשכון. ונניח שהגיע מועדן הפירעון, ואילו החייב לא פרע את החוב, מאיזה שלב יכול הוא לממש משכון זה? ובשאלה זו דנו ואמרנו, כי מתקיים הבדל בין הדין ההלכתי שקובע כי מדובר על תקופה של 30 יום מיום הפירעון ובין המשפט, קרי דין המלכות הקובע פרק זמן של שנה מיום הפירעון. ובין המלווה והלווה נוצר ויכוח; המלווה מעוניין לפעול על פי ההלכה, בעוד שהלווה טוען להגנתו כי יש לאמץ את הדין המלכות ולאפשר לו פרק זמן של שנה לנסות ולפרוע את חובו טרם מימוש המשכון.

הש"ך קובע בתשובה, כי **מימוש המשכון יוכל להיעשות רק על פי הסדר ההלכה**, דהיינו שלושים יותר ולא לאחר שנה כפי שדין המלכות קובע בהקשר זה. והנימוק לעניין זה הוא בשני שלבים; ראשית, קובע הש"ך כי כפי שראינו ודיברנו במפגשנו הקודם, אם חל דין המלכות הרי שהוא חל רק בנסיבות ספציפיות – מקרה של הנאה ישירה למלך או למדינה. ואף אחת מן הנסיבות איננה מתאימה או רלוונטית לעניין המשכון – איזה מן תועלת עשויה לצמוח למלך או למדינה אם ימומש המשכון לאחר שלושים יום או לאחר שנה?

נוסף על כך, אומר הש"ך, גם אם נחליט **לאמץ את הכלל דינא דמלכותא דינא גם בכל העניינים שבין אדם לחברו, יהיה זה רק עבור אותם מקרים בהם דינא דמלכותא איננו סותר את דין התורה**. ואילו במקום שיש לנו הסדר הלכתי מפורש, ודין המלכות סותר אותו, לא יעלה על הדעת שנמחה את הדין הלכתי ונקבל את דין המלכות. שהרי כל הרעיון של דין המלכות בא לפתור בעיה נקודתית ובוודאי איננו בא מראש כדי להוות מערכת משפטית חלופית להלכה.

אם כן, דנו בדין המלך בהקשר שמואל הנביא, שנתן מענה לבקשת עם ישראל לשים להם מלך שימלוך עליהם. ואילו שמואל הציג את סמכויות המלך ומה מותר ומה אסור לו. אלא שמלבד הקשר זה, ישנה משמעות נוספת לדין המלך והיא בהקשר **הדין הפלילי**. בהלכה, ניתן למצוא את דיני הנפשות ודיני העונשין, שהם מקבילים למה שמכונה אצלנו במשפט הדין הפלילי. זוהי מערכת של עבירות וענישה, הכוללת, לפי התורה, 365 עבירות. אלא שאם לבחון את העונשים שנקבעו על ידי התורה, נמצא כי הם אינם ישימים, מפני שישנם מגבלות שונות שאינן מאפשרות קיום העונשים הללו. כך למשל, דיני הראיות; ההלכה קובעת שניתן להפעיל דין תורה רק כאשר ישנם שני עדים שראו את המעשה, מתחילתו ועד סופו, ושני עדים אלו צריכים להיות כשרים לפי ההלכה. משמעות הקביעה היא שיש למצוא עדים שיעידו, אשר על פי עדותם נוכל לשפוט את הנאשם, ודרישה זו מתבררת בדרך כלל כקשה במיוחד ואילו האפשרות שנמצא ראיות על פיהן אכן ניתן להעניש את מבצע העבירה היא קלושה ביותר. נוסף לדרישה זו של העדים, יש הכרח להוכיח כי הנאשם הותרע בטרם ביצוע העבירה. כלומר, על העדים או הסובבים אותו בעת המעשה, לומר לו ולהזהיר אותו שהוא עומד לבצע עבירה, והוא בתגובה צריך להבין את משמעות הדבר ועדיין לציין כי אין זה מעניין אותו ולבצע את העבירה. וכל זאת, צריך להיות בפרק זמן של כמה רגעים ובסמוך לביצוע העבירה עצמה.

קובע הר"ן כי בעם ישראל **שתי סמכויות שיפוט מקבילות**; האחת, היא סמכות שיפוט שקיימת בכל עם – מערכת משפט שתפקידה לשיפוט עבריינים, והוא מכנה אותה "**התיקון המדיני**", והשנייה היא **סמכות המלך**.

תקנות הקהל

תקנות הותקנו בעבר ע"י חכמים, ובעיני רבים נחשבות הן כדין תורה ועל-כן יש לציית להן. כמובן, שכל זה היה נכון כאשר היו החכמים בעולמנו, כגוף המוסמך להתקין תקנות וכמובן כאשר הציבור כולו הסכים לכך. וכאשר אנו מדברים על גוף יכול שיהיה זה אדם יחיד, כמו למשל רבנו גרשום, אשר לו הייתה הסכמה רחבה בקרב הציבור שהסכים לקבל את דבריו. אבל מה קורה כאשר אין סנהדרין, או אדם כזה המכונה חכם, או כל גוף אחר שיכול להתקין את אותן תקנות? במקרה כזה, מתעוררת השאלה האם קיימת חלופה כלשהי.

תוספתא בבא מציעא יא

המשנה היא פרי יצירתם של התנאים, שנחתמה סביב שנת 220 לספירה, ע"י רבי יהודה הנשיא. ואילו התוספתא היא אותה הרחבה של אותם נושאים שנאמרו ונדונו במשנה, ומסיבות שונות העדיפו שלא לחבר הרחבה זו למשנה עצמה [Appendix (גולן שבת)].

כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת, ולקנות להן ספר תורה ונביאים. ורשאיין בני העיר להתנות על השערים, ועל המדות, ועל שכר פועלין.

ביאור מילים:

- מידות – במניין מסוים, במשקל מסוים, במידת נפח מסוימת
- שכר פועלין – שכר מינימום או מקסימים

בני העיר / הקהילה, או במשמעות של היום מעין מושב קהילתי, הציגו צורך ציבורי להקמת בית כנסת בעיר. ולשם כך הוחלט שכל אחד מבני העיר יתרום מכיסו סכום כסף כלשהו לאותה מטרה. בעוד שכך הוסכם, כי בני העיר יכולים לכפות האחד על השני לתרום את הכסף, וכן על מי שאיננו מעוניין לשלם.

ורשאיין הצמריין והצבעיין לומר: כל מקח שיבוא לעיר נהא כולנו שותפיין בו. רשאיין נחתומיין לעשות רגיעה ביניהן.

ורשאים אלו המתעסקים בצמר או בצביעתו של הצמר לשלם כל אחד בתורו. למעשה, מדובר כאן על מעין הסכם של אגודה מקצועית כלשהי, המחליקה בין החברים בה את חלוקת העבודה. – האחד יעבוד בראשון, האחר בשני וכך הלאה, וכל זאת כדי למנוע תחרות והורדת מחירים בין העוסקים.

וכל רעיון ההסכמה עומד על כך שיש תוקף אמיתי לאכוף את התקנה על הציבור הרלוונטי. ובמקרה זה אין הבחנה בין תקנה ובין הסכמה. כאשר הסכם בדרך כלל נעשה בקבוצות של כמה אנשים בודדים, אך יכול שיעשה גם במסגרת קבוצה גדולה יותר של אנשים. ואם הקבוצה הסכימה, לא יוכל אדם לבוא מאוחר יותר ולומר – סליחה, התחרטתי. שהרי יאמרו לו בתגובה – סליחה, אבל הסכמת.

שו"ת יכין ובועז ב,כ⁵

כמו שיש רשות ביד ב"ד להפקיר, ולעשות תקנות, ולהקנות כמה שאין הדין נותן, כך הם הצבור, יש להם כח, ורשות, להפקיר. מדאמרינן: תניא, רשאיין בני העיר... הנהו טבחי... נמצינו למדין מזה, שהצבור רשאיין הם להעניש, ולהפקיר, כמו שיכולין ב"ד להעניש ולהפקיר, אך בתנאי שיהיה בעצת אדם חשוב.

כאשר מתקינים בית הדין או הסנהדרין תקנה כלשהי, נשאלת השאלה מכוח מה יש בידם את הסמכות להתקין את אותה תקנה. כך למשל, ביני ממונות קובעת ההלכה, כי כאשר אדם פורש רשת בכדי לצוד בעל חיים, כל עובר אורח שראה רשת ובעל חיים לכוד בה, יוכל לקחת לעצמו את בעל החיים. ההסבר לכך, הוא מפני שעל פי ההלכה – בכדי שיהפוך חפץ להיות בבעלותו של אדם מסוים, עליו לעשות מעשה קניין. מעין אקט שעד שלא יבצע אותו, הרי שהחפץ איננו שייך לו. ולמרות שהתאמץ אדם, פרש את הרשת וחיכה יומם וליל עד שיצוד בעל חיים בתוכה, יכול לעבור אדם אחר ולקחת אותו, על אף שהתפישה האינטואיטיבית היא שבעל החיים שייך לאותו אדם שניסה לצוד אותו.

אלא שבית הדין קובע, כי למרות שקבע דין תורה – שלך הוא, יש להחזיר את בעל החיים. לכאורה, ניתן לראות את בית הדין כגזלן, שהרי אם על פי דין תורה הממון שייך למי שנתקבל ראשון בבעל החיים, מדוע לוקח בית הדין את החפץ ומבקש להחזירו למי שפרש את הרשת ותבע? מהיכן סמכות בית הדין להתקין תקנה בדבר דיני ממונות, לא די בכך אלא תקנה שסותרת דין תורה.

התשובה ההלכתית היא – **הפקר בדין הפקר**. כלומר, **ניתן להפקיר ממונו של אדם**. והדבר מובא בספר עזרא, שם מסופר על כך שעזרא ביקש להקים אסיפה של כל העולים לארץ ישראל, וקבע כי מי שלא יבוא בתוך שלושה ימים לכינוס האסיפה, יוחרם רכשו. ומכאן למדים החכמים, שיש אפשרות להפקיר ממונו של אדם, שנמצא בבעלותו.

⁵ צמח בן שמעון דוראן – חי באלג'יר במהלך המאה ה-15

שו"ת הרשב"א ד, קפה⁶

שאלת: אם רשאים הציבור לעשות תקנות והסכמות וגדרים ביניהם, ולקנוס ולענוש על הסכמותיהם, שלא מדין התורה, אם לא? וכן עדים החתומים בתקנותיהם והסכמותיהם אם נפסלים מחמת נגיעת עדות, או קורבה, אם לאו?
תשובה: דבר ברור הוא, שהציבור רשאים לגדור ולתקן תקנות ולעשות הסכמות, כפי מה שיראה בעיניהם, והרי הוא קיים כדין התורה. ויכולים לקנוס ולענוש כל העובר בכל אשר יסכימו ביניהם, ובלבד שיסכימו בכך כל הציבור, באין מעכב. וכן אם יסכימו כל בני מלאכה אחת שבעיר, כגון הטבחים והצבעים והספנים וכיוצא בהם, בענין מלאכתם, בהסכמה אחת. שכל חבורה שהם בני ענין אחד, הרי כעיר בפני עצמה. ואע"פ שלא הסכימו מדעת שאר בני העיר. ובלבד שיהיה בהסכמות אלו תלמיד חכם שבעיר, אם ישנו בעיר, או אדם חשוב שנתמנה פרנס על העיר. שאם יש ת"ח או פרנס שנתמנה על הציבור, ועשו שלא מדעתם, אין הסכמתם הסכמה.

מחברנו מתאר פעולה של קידושין אשר חייבת להיות בנוכחות שני עדים, אשר על פי ההלכה מדובר על **עדי קיום**. והתקנה המובאת, היא שלאישה אסור להתחתן לפני קבלת גט מבעלה. ותשובת הרשב"א לעניין זה שמדובר כאן בדוגמא חריגה, שאיננה מתקשרת לדיני ממונות, אלא תקנה שיש לה השלכות בדיני איסור והיתר ודיני אישות. היכולת להפקיע את הקידושין ולקבוע שאישה על פי דין תורה איננה מקודשת לאיש, מכוח תקנת חכמים איננה נכונה ועל כן היא יכולה להינשא למי שתחפוץ. ואם כך תשובתו, הרי שהיא מתנגשת עם ההלכה.

אומר התלמוד, אדם יכול לקדש אישה אם הסכימו לכך חכמים, והוא התנאי המתנה. ואם לא הסכימו לכך חכמים, הרי שכאילו מעולם לא התקדשו. ואז מתעוררת השאלה, האם נתן לה טבעת הרי שנתן לה שווה פרוטה ועל כן מקודשת היא. ועל כך אמרו חכמים, יש לנו הסמכות להפקיר ממון, ועל כן ניתן להפקיר ממון זה שהרי נתן לה דבר שלא שלו, ואין היא מקודשת לו.

שו"ת הרא"ש ז'

וששאלת: אם שנים או שלשה מהבינונים שבעיר יכולין להוציא עצמן מן ההסכמה שיעשו הקהל, או מגזרת חרם שיעשו על שום דבר. דע, כי על עסק של רבים אמרה תורה: "אחרי רבים להטות". ועל כל ענין שהקהל מסכימים, הולכים אחר הרוב, והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים. דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם. לכן אמרה תורה, בכל דבר הסכמה של רבים: אחרי רבים להטות...

ואילו פרטים שונים בעיר (בינוניים, הכוונה לאנשים רגילים בעיר) טענו שאין הם מסכימים לקבל על עצמם תקנה זו שנקבעה ע"י הקהל.

⁶ שלמה בן אדרת - חי בספרד במהלך המאות ה-13-14
⁷ רבי אשר בן יחיאל - חי באשכנז, צרפת וספרד במהלך המאות ה-13-14

הרא"ש לעניין זה משאיל פסוק המופיע בתורה, שבא בהקשרו המקורי בהחלטות שיפוטיות. כאשר בית הדין צריך להגיע להכרעה, הולכים לפי דעת הרוב. ועיקרון זה נכון לא רק בהקשר של דין אלא גם בענייני הציבור האחר. ואילו **דעת הרוב תמיד מחייבת את המיעוט**. ויש לכך נימוק שהוא פורמאלי, אך גם נימוק מהותי, שכן אם הרוב לא יוכל לכפות על המיעוט, המשמעות היא שלא יהיו תקנות של הקהל. אנחנו מסכימים לתקנה מפני שאנחנו יודעים שהיא מחייבת גם אותנו וגם את האחרים, ואם חלק מן הציבור יטען שאין הוא מוכן להיות שותף להסכמה, המשמעות היא שלא ניתן יהיה להתקין תקנות.

שו"ת לב שמח חו"מ, ה⁸

...דאם לא כן, לא הנחנו מקום למצוא "אחרי רבים להטות", אם הבלתי רוצים יברחו מהתאבק עמהם, ומהיוועד יחדיו לעמוד למנין, ובזה יהיו פטורים. זה דבר שאין הדעת סובלו, והוא ברור ומבואר..

מרדכי בבא קמא, קעט⁹

...ורשאין בני העיר להסיע ולהפסיד ממון את העובר על הקצבה שקצבו והתנו ביניהם לדעת כולם, שנתרצה בתחילת התקנה ועתה עובר עליה. והוא שעשאוה בחבר עיר... אבל, להפקיע ממון שלא מדעת בעלים, אסור, אם לא על ידי הפקר צבור או בית דין...

מחברנו מגביל במידה מסוימת את כוחה של תקנת הקהל, וקובע כי **רק מי שהיה שותף לתקנה, יהיה חייב בה**. אבל, מעצים ואומר – לא רק מי שהסכים לתקנה עצמה, והצביע בעד, **אלא גם מי שהסכים לקבל על עצמו את הכללים**.

כך למשל, אם אנו רוצים לקבל החלטה בקרב קבוצה של 200 סטודנטים, ואנו מסכימים בינינו שהחלטת הרוב קובעת, אזי יוכל הרוב לכפות דעתו על המיעוט, והוא יהיה חייב לקבל על עצמו את ההחלטה שנתקבלה אף שהצביע נגד, שכן הוא היה שותף לתקנה ושותף לקביעת הכללים. אלא, שאותם אנשים שלא היו שותפים לקביעת הכלל שהרוב קובע, לא יוכל הרוב לכפות את דעתו עליו.

משמעות התקנה, היא בתנאי שאפשר לאכוף אותה גם על המיעוט, באופן זה או אחר, אך כמובן שאין פירושו של דבר שהרוב יכול לעשוק את המיעוט לדוגמא בתקנות שאינן שוויוניות.

⁸ רבי אברהם אליגרי – חי בקושטא במהלך המאה ה-17
⁹ רבי מרדכי הכהן – חי באשכנז במהלך המאה ה-13

אם כן, במסגרת נושא זה, עסקנו בשאלה האם תקנות הקהל והפרוצדורה הזו יכולה להוות איזשהו בסיס מכוחו ההלכה תכיר בחוק או בחוקים של המדינה כמחייבים ומיושמים גם בתוך המערכת ההלכתית.

בהקשר זה ראינו את הדיונים בשאלה האם דרושה הסכמת כולם או הסכמת הרוב, וראינו כי ישנה מחלוקת בין הרא"ש ובין רבי מרדכי הכהן. הרא"ש סבור כי **תקנה באשר היא מתקבלת בדעת הרוב היא מחייבת גם את המיעוט שלא השתתף באסיפה**, בעוד שדעת רבי מרדכי הכהן היא **שהתקנה מחייבת רק את מי שהיה שותף לתקנה, אף אם התנגד**, אך גם רק את אלו שהיו שותפים גם להליך ולכללים ולא רק לאקט ההצבעה עצמו.

התפתחות נוספת שהייתה סביב תקנות הקהל, כאשר הכוונה היא להתפתחות רעיונית ולא כרונולוגית, היא כאשר דובר על קהילות גדולות יותר. למעשה, תקנת הקהל כפשוטה מהווה איסוף קהל, החלטת החלטות וקבלתן, והדבר היה קל מאוד כאשר דובר על קהילות קטנות, יישובים מצומצמים וקבוצות קטנות של אנשים. אבל, ככל שמדובר בקהילה גדולה יותר וככל שאנו רוצים ליצור תקנה בעלת תחולה רחבה יותר, אזי היכולת לאסוף בכל פעם את כל הקהל כולו ולקבל החלטות בפורום רחב יותר, הדבר נעשה יותר ויותר קשה. ולכן, השלב הבא הוא החלטה על כך שאין צורך בכל הקהל, אלא יש הכרח בנציגי הקהל. ואותם נציגי קהל, אינם בהכרח חכמים גדולים, אלא דווקא אלו **שהקהל כולו ראה בהם ראויים להיות מנהיגי הציבור וראויים לייצגו**. וכמו סמכות הקהל, גם **סמכות נציגי הקהל איננה נוגעת לענייני איסור והיתר**. כלומר, נציגי הקהל אינם יכולים לאסור דבר מותר ובוודאי שלא להתיר את האיסור, שהרי סמכות זו מצויה בידי החכמים, למעט מקרים חריגים העוסקים בקידוש אישה. אך באותם מקרים הנוגעים ליחסים שבין אדם וחברו והקהילה עצמה, יש לנציגי הקהל המסכות להתקין תקנות. **ומיהם אותם נציגי הקהל?**

שו"ת הרשב"א א, תר"י¹⁰

שבעה טובי העיר המוזכרים בכל מקום, אינם שבעה אנשים המובחרים בחכמה או בעושר וכבוד. אלא שבעה אנשים שהעמידום הציבור פרנסים סתם על עניני העיר, והרי הן כאפטרופסים עליהם... ואם תאמר, אם פרנסין ידועים הם, למה לי שבעה? ... לפיכך, כשהן שבעה, יש להם רשות לכל דבר, כאלו עשו כן כל בני העיר. אף על פי שלא העמידו אותם על דבר זה בפירוש. אבל פחות משבעה, אין כחן שוה להיותם ככל בני העיר עד שיטלו רשות בפירוש מן בני העיר.

מדגיש הרשב"א לעניין נציגי הקהל, כי **אין הם חייבים להיות דווקא תלמידי חכמים או בעלי המאה**, אלו הם אותם אנשים **שבחר אותם הציבור ומינה אותם לעמוד עליהם**. ובפועל, נראה כי אין מדובר כאן על תהליך של בחירה כפי שאנו מכירים אותו היום ולא סוג של מינוי שבא מתוך הציבור, אלא מעין גוף שמקבל את סמכויותיו מהכרת הציבור לראות אותו **כשבעה טובי העיר או כנציגיו**.

¹⁰ רבי שלמה בן אדרת - חי בספרד במהלך המאות ה-14-13

שואל הרשב"א לעניין זה, **מדוע דווקא שבעה טובי העיר?** למה לא מספיקים חמישה או שלושה? ואף עונה;

גוף של פחות משבעה טובי העיר, יכול גם הוא להתקין תקנות, אך אם יעשה כן יהיה כך רק בתנאי **שקיבל לכך הסמכה מפורשת מאת בני העיר**. כלומר, בני העיר יכולים למנות מספר קטן יותר של נציגים, לקבל תקנות על עניין או תחום מסוים, כאשר הם מורים מפורשות מהו אותו תחום. וכאשר ממונים **שבעה אנשים, אין הם צריכים לקבל הסמכה מיוחדת ואילו התחום בו עוסקים כנראה שאיננו ספציפי אלא כללי**.

נוסף על כך, ניתן להסיק את המסקנה המתבקשת שכאשר מתבצע מינוי של שבעה אנשים, אנו מניחים כי מתקיים כאן איזון של ניצול כוחם לרעה.

בבא בתרא ט, א

השאלה המתעוררת לראשונה בסוגיה המובאת במסכת הבבא בתרא, היא האם יש צורך בפיקוח הלכתי על החלטות שבעת טובי העיר. האם יש מקום לוודא שהם אינם חורגים ממה שההלכה מתירה, ואולי יש גם מקום לוודא שהתקנה שהותקנה אכן עומדת בסטנדרטים בסיסיים ספציפיים.

הנהו בי תרי טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי, דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה. אזל חד מנייהו עבד ביומא דחבריה, קרעו למשכיה; אתו לקמיה דרבא, חייבינהו רבא לשלומי. איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא: ולהסיע על קיצתם! לא אהדר ליה רבא. אמר רב פפא: שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי, ה"מ היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב - לאו כל כמיניהו דמתנו.

בעבר היה מקובל ששוחט שמקבל לידיו בהמה לשחוט, היה מקבל כשכר טרחה בעבור השחיטה שביצע, את עור הבהמה ובעור זה היה עושה כל העולה על רוחו זו הייתה פרנסתו. הסוגיה מתארת קבוצה של שוחטים, שעשו עניין, כלומר - **הסכם ביניהם על חלוקת העבודה**. האחד עבד בראשון, האחר בשני, וכך חילקו ביניהם את ימות השבוע. נוסף לחלוקת העבודה, נקבעה סנקציה; אם אחד השוחטים ישחט ביום שלא שלו, יפקיעו ממנו את עור הבהמה, והוא לא ירוויח מן השחיטה.

והסוגיה מספרת, על אחד השוחטים שעבד שלא ביומו והפר את ההסכם עליו הוחלט. במובן זה, אולי אף קיפח את פרנסתו של אותו אחד שהיה זה תורו לשחוט. והשוחטים, קרעו מעליו את העור ולא אפשרו לו להתפרנס ולהרוויח מכך שהפר את ההסכם.

ובאו השוחטים האחרים, וביקשו לתבוע את הסנקציה כפי שנקבעה בהסכם, ואכן קרעו מעליו את עורו. אותו שוחט בכעסו, ניגש לתבוע את האחרים בתביעה נזיקית על כך שנקרע ממנו עורו, והוא דרש פיצוי. ואילו האחרים טענו, כי פעלו מכוחו של ההסכם, והלא השוחט הסורר הסכים להסכם שנקבע. אך רבא חייב את השוחטים האחרים לשלם.

ונשאלת השאלה, כיצד החלטה זו מתיישבת עם התוספתא? נראה כי רבא איננו מתייחס לסוגיה זו ומותיר לרב פפא לתת תשובתו שלו.

אומרת הגמרא, יש כאן לכאורה מקורות סותרים; האחד הוא התוספתא, על פיו ניתן לבצע התניה כזו והסכם בין אגודות מקצועיות, והאחר הוא מקורו של רבא, שקובע כי ההסכם איננו תקף ויש לפצות על הנזק שנגרם. וכיצד מיישבים סתירה זו? אומר הרב פפא, כי התוספתא קובעת שחברי אותה אגודה מקצועית יכולים לקבוע הסכם ביניהם **וההסכם יהיה תקף מקום שאין אדם חשוב באזור**, אך מקום בו יש אדם חשוב – לא תקף ההסכם. ומיהו אותו אדם חשוב? נראה כי הביטוי **אדם חשוב** הוא ביטוי בעייתי בפני עצמו, ונכתבו עליו מאמרים רבים בספרות בניסיון ליישב את הדברים. אך ברור לכל כי מדובר **בתלמיד חכם הבקי בהלכה**. כלומר, מן הדברים ניתן להסיק כי **יש צורך בפיקוח הלכתי על תקנה שהותקנה**, וכאן ניתן לחשוב על שתי הנמקות לצורך הפיקוח; האחת, והיא הפשוטה מבין השתיים, היא שאנו **רוצים להבטיח שהתקנה איננה סותרת את ההלכה**. נכון שראינו כי בדיני הממונות ניתן לסטות מן האמור בהלכה, אך עדיין יש הכרח בפיקוח כלשהו בכדי להבטיח שאין כאן התנגשות בלתי מתקבלת על הדעת. ההנמקה השנייה קובעת, כי במקרה הזה כנראה **שלא דובר על תקנת קהל אלא על תקנה או הסדר של גילדה** מסוימת. וכאשר חברי אגודה מקצועית שכזו, עושים ביניהם הסדר, הרי שבאופן טבעי **ההסדר יכול לפגוע באחרים**. ואין זה קשור להיות ההסדר הוגן כלפיהם. ולכן, ייתכן מאוד כי אישורו של אדם חשוב נדרש כאן לא רק כפיקוח הלכתי ישיר, אלא בכדי להבטיח כי אותה קבוצה של אנשים שניתנה לה הסמכות להסדיר הסדרים ולקבוע תקנות פנימיות, לא יעשו מעשה שעשוי לפגוע בשאר הציבור. במידה מסוימת, ואולי במידה פחותה יותר, פיקוח שכזה נדרש גם כאשר מדובר על **תקנת קהל רגילה**, גם אם התקבלה בדעת רוב, שכן גם אז יש מקום לחשש על קיומו של רוב העושק את המיעוט. אם כי, המקרה הוא אקוטי פחות מאשר מקרה של גילדה מקצועית. נוסף לדברים אלו, אומר הרב פפא לצורך יישוב הסתירה, כי **אישורו של אדם חשוב מותנה בקיומו של אדם חשוב**. ואם לא יהיה אדם כזה בנמצא, אין אפשרות לעקר את היכולת להתקין תקנות, ולכן ויתרו על הצורך.

שו"ת הריב"ש, שצט"11

ומה שאמרו בגמרא גבי הני טבחי: דהני מיליה היכא דליכא אדם חשוב. אבל היכא דאיכא אדם חשוב, לאו כל כמיניהו דמתנו. כלומר: אלא אם כן, יסכים הוא עמהם. נראה: דהיינו דוקא בבני אומניות. דכל היכא דאיכא אדם חשוב, ולא עשו בהסכמתו, לא הוו כבני העיר, ואינם יכולין להתנות, אלא כיחידים ובקנין. אבל בבני העיר, לעולם יכולין להתנות, ואינן צריכין להסכמת אדם חשוב שבעיר.

הריב"ש מביא את הסיפור התלמודי, ונראה כי הוא מפרש את המקרה בצורה דווקנית, בקובעו כי אישורו של אדם חשוב הוא רלוונטי ונחוץ רק כאשר מדובר על תקנה של בני אותה אגודה מקצועית. אבל, כאשר מדובר בתקנה של **כלל בני העיר, אין צורך באדם חשוב**, ואפילו קיים כזה בעיר. מדבריו ניתן להסיק כי דעתו היא שהפיקוח הוא לא לשם פיקוח הלכתי אלא לוודא **שאיין כאן פגיעה בכלל הציבור**.

¹¹ רבי יצחק בן ששת – חי בצפון אפריקה במהלך המאה ה-14

רא"ש בבתא בתרא א, לג¹²

ואדם חשוב, היינו דוקא כגון רבא, שהיה ראש ומנהיג בעיר. ואפילו כל בני העיר, לאו כל כמיניהו להתנות אם לא מדעת אדם חשוב:

הרא"ש חולק על דעת הריב"ש וטוען כי **אפילו הייתה זו תקנה של כל בני העיר**, אין להם את הסמכות להתקין תקנה ולהתנות ביניהם אלא אם ניתן **אישורו של אדם חשוב**. מדבריו של הרא"ש ניתן להסיק, וסביר כי הנימוק לקיומו של אדם חשוב הוא דווקא **קיומו של הטעם ההלכתי**.

שו"ת הריב"ש, ש, שה

ואף אם הקהל תקנו, ששטרות העולות בערכאות של עובדי ככבים יהיו שרירין וקיימין עלינו כמו על העובדי כוכבים בדיניהם, ושכלל הדבר שנכתב השטר עליו יועיל השטר לקנות בין יהודי ליהודי, כמו שמועיל בין עובד כוכבים לעובד כוכבים בדיניהם. ובודאי שיכולין הקהל להתנות בכיוצא בזה, דתנאי שבממון הוא, והרי הוא כאלו כל אחד ואחד מיחידי הקהל התנה וקבל כן על עצמו... אין הקהל יכולין להתנות במה שיש בו אסור רבית, שהרי רבית אסרה תורה, אע"פ שנותנו הלוה מדעתו; ואין שום תנאי מועיל בו.

אומר הריב"ש ומביא את סעיף הריבית כדוגמא, כי מה שאסור על פי ההלכה איננו מותר בתקנות. וזו הסיבה שלקחת רבית היא אסורה, מפני האיסור הקבוע בהלכה. וגם אם הקהל יסכים ויתקין תקנה שמותר לקחת רבית, היא איננה תקפה **ואין לה משמעות כיוון שהיא נוגדת את ההלכה**. ולכן, במקרה קיומו של שטר בו סעיף רבית, השטר יהיה תקף אך סעיף הריבית יבוטל.

לטענת הריב"ש, **גם תקנת קהל וגם תקנת נציגי הקהל לא יכולה לסתור את ההלכה**.

סיכום

ההקשר והסיבה שהבאנו את תקנות הקהל היה בעניין השאלה עד כמה מכירה המדינה בחוקים של המדינה כתקנות הלכתיות. ואמרנו, כי באמצעות תקנות הקהל, ההלכה יכולה להכיר בתקנות הכנסת. כמובן שהדבר מותנה בכך שהקהל הוא לא סתם קהל, והוא מרכיב את נציגי הציבור כפי שהראנו לעיל, ונוסף על כך מובא העניין ההלכתי והכרח קיומו של אדם חשוב אשר אמון על אישור התקנה.

ובנושא זה ראינו מחלוקת בין הריב"ש שטוען כי **אדם חשוב הכרחי רק כאשר מדובר על אגודה מקצועית** ואילו כאשר מדובר על **תקנות כלליות אין צורך באישורו**. בעוד שכך טען הרא"ש כי **יש צורך באישורו של אדם חשוב גם בתקנות הקהל**, תקנות כלליות של כל בני העיר.

¹² רבי אשר בן יחיאל – חי באשכנז, צרפת וספרד, במהלך המאות ה-13-14

מנהג

בבואנו לדון במונח מנהג, הרי שישנם שני סוגים של מנהגים; האחד הוא **מנהג משחר הלכה**, והוא מנהג שפחות מעניין אותנו בהקשר זה. דוגמא למנהל כזה מובאת בתלמוד באמצעות הסיפור הבא; בערב חג הפסח בימי קדם היה הכרח להקריב קורבן פסח בשעות אחר-הצהריים לפני כניסת החג. ובאחת השנים, נפל ערב החג ביום שבת, והרי בשבת אסור להקריב קורבן. תהו בני העיר כיצד לנהוג, וניגשו להילל הזקן שיפסוק עבורם. וזה פסק כי יש להקריב את הקורבן. ולאחר פסיקתו, התעוררה השאלה כיצד יעשו זאת, ומה יעשו עם הסכין? כיצד תובא הסכין לשחיטה ולהקרבת הקורבן מירושלים לתל-אביב. ולהילל את תשובה. ולכן אמר, בואו נחכה למחר, ונראה כיצד אנשים נוהגים, ומהתנהגותם נלמד. ואכן הציבור מצא פיתרון והעביר את הסכין בדרך מסוימת, והילל אמר על כך – זו ההלכה. כלומר, המנהג הזה, והאופן בו אנשים נהגו כדי להקריב את הקורבן, הוא איננו מנהג שיצר הלכה חדשה, אלא היווה שיקוף של הלכה קיימת, מקובלת ימים ימימה, על פיה נהגו שנים. ואם כך הציבור נוהג, הרי שסביר להניח שהתנהגותו מבוססת על ההלכה, ועל כן מנהג זה הוא הלכה.

השני הוא **מנהג יוצר הלכה**. מנהג שכזה איננו בא להכריע בין דעות שונות, אלא ממש **יוצר הסדר חדש**. והוא המנהג בו נעסוק במפגשנו הקרובים. ובהחלט יכול להיות, בסוג מנהג זה, שההסדר שנוצר יהיה שונה במידה מסוימת מן ההלכה הקיימת, ובעיקר מזו שאנו עוסקים בנושאים של דיני איסור והיתר.

החובה להימשע אולציית למנהגים, היא חובה שיש לה מקורות שונים, שלא

שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י

כל המנהגים שאמרו חכמים שיש לילך אחר המנהג, זהו מנהג שנהגו לעשות סייג והרחקה... כל אל המנהגים הם לדבר מצוה, לעשות סייג והרחקה, ואמרו חז"ל שאין לשנותן. אבל אם נהגו במקומות מנהג שיש בו עבירה, יש לשנות המנהג, אפילו הנהיגו גדולים את המנהג. דאין ב"ד מתנין לעקור דבר מן התורה. ולא מיבעיא מנהג של עבירה שיש לשנותו, אלא אפילו מנהג שעשו לסייג ולהרחקה ויכול לבוא ממנו קילקול, יש לבטל המנהג...
ובענין ממון, יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון לפי הזמן והצורך, אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה... וכל זה בתקנה שבית דין מתקנים ומפקירים ממון זה ונותנין אותו לזה; אבל על פי המנהג, לא ידעתי איך יתנו ממונו של זה לזה?... ואף אם היה באותו הדור דין לקיים מה שכתבו הסופרים, ועל ידי כך פשט המנהג, אין זה המנהג שראוי לסמוך עליו לענין הוצאת ממון, דאי אפשר להוציא ממון אלא בתקנת בית דין!

אומר הרא"ש בדבריו, כי אם מדובר על **מנהג שסותר איסור הלכתי – אין לו תוקף**. ובענין ממון, מוסיף כי **מנהג לא יכול לשנות מערך זכויות בדיני ממונות**. אם כן, מנהג לפי דעת הרא"ש, הוא בעל **הקשרים דתיים** והוא בא להחמיר בענין מסוים. ולכן, מנהג בדיני הממונות, שמשנה את מערך הזכויות הממוניות איננו תקף, לטענתו.

שו"ת תשב"ץ חלק א סימן קנג¹³

האחד - שאפילו תמצא לומר שמדין התלמוד כך יש להם לעשות, מיהו, כיון שעל מנהג זה התנהגו הדורות, אין כח לשנות מנהגם כלל. שזהו מתורת המנהגות: דכל היכא דליכא איסורא אפילו נהוג דלא כהלכתא, שבקינן להו ולא מסלקינן להו כלל...
 השני - וכל שכן, שאם זה המנהג אינו מוקדם במקום אחד בלבד, אבל יש מקומות שוין לו, שהדבר יותר קשה לשנותו, והרי המנהג הזה אינו במקומנו בלבד אבל יש מקומות אחרים שוים בו...
 השלישי - וכל שכן, שאם מנהג זה הוא מנהג הגאונים ז"ל, שהוא יותר קשה לשנותו.

לדעת התשב"ץ, **מנהג שונה מהלכה ויש לו תוקף.**

ככל שחלות המנהג רחבה יותר, כך תוקפו יהיה חזק יותר. והדבר נכון בעיקר בתקנות הקהל ותקנות חכמים. שכן תקנה שלא התקבלה בקרב הציבור, יהיה קל מאוד לשנותה ולבטלה. מנהג בעל היקף התפשטות רחב יותר, קשה מאוד לשנות. נוסף על כך, **ככל שהמנהג קדום יותר, כך תוקפו חזק יותר.**

לדעת התשב"ץ, **למנהג בדיני ממונות יש תוקף אפילו במקרה בו הוא סותר את ההלכה.** ומקור לכך, ניתן למצוא כבר במשנה, ואפילו בתלמוד הירושלמי;

ירושלמי, בבא מציעא, ז, א

משנה: השוכר את הפועלין ואמר להן להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב אינו יכול לכופן. מקום שנהגו לזון, יזון. לספק מתיקה, יספק. הכל כמנהג המדינה.
 מעשה ברבי יוחנן בן מתייה שאמר לבנו: צא ושכור לנו פועלין. ופסק עמהן מזונות [סיכס עימם כי הוא יספק להם מזונות]. וכשבא אצל אביו, אמר לו: אפילו את עושה להן כסעודת שלמה [המלך] בשעתו, לא יצאת ידי חובתך עמהן. שהן בני אברהם יצחק ויעקב. אלא, עד שלא יתחילו במלאכה, צא ואמור להן: על מנת שאין לכם אלא פת וקטנית בלבד.
 רשב"ג אומר: לא היה צריך [לקבוע מראש את כמות המזונות]. הכל כמנהג המדינה.
 גמרא: אמר רב הושעיה: זאת אומרת, המנהג מבטל את ההלכה.
 אמר רב יהודה אמר רב: הלכה כרבי מאיר. ורבי יוחנן אמר: נהגו העם כרבי מאיר. ורבא אמר: מנהג כרבי מאיר. מאן דאמר הלכה כרבי מאיר - דרשינן לה בפירקא. מאן דאמר מנהג - מידרש לא דרשינן, אורויי מורינן.
 ומאן דאמר נהגו - אורויי לא מורינן, ואי עביד - עביד, ולא מהדרינן ליה.

המשנה מתארת את סיפורו של אדם השוכר פועל ומבקש ממנו לעבוד משעה מסוימת ועד שעה מסוימת, נניח מחמש בבוקר ועד לשמונה בערב. והפועל מסכים לכך, העיקר שימצא עבודה. אלא, שבפועל מנהג המקום הוא ששעות העבודה הן משש בבוקר ועד לשבע בערב. ולכן, למרות שהסכימו ביניהם השניים על שעות עבודה רחבות יותר - ההסכם לא יהיה תקף. הפועל יעבוד לפי שעות העבודה הנהוגות במנהג המדינה.

וכן מתואר המקרה, של רבי יוחנן שביקש מבנו ללכת ולהשכיר פועלים. הלך הבן ואמר לפועלים, כי במסגרת שכר העבודה שיקבלו הוא מבטיח להם גם ארוחת צהריים. ומשבא הבן וסיפר בשמחה לאביו שמצא פועלים, אמר לו אביו - סיבכת אותנו מאוד. אתה התחייבת לסעודה, וכעת מה שנביא להם לא יספק אותם. נביא עוף, ירצו בשר. נביא בשר, ירצו סטייק לבן. לא נצא מזה בחיים. ולכן, רוץ אליהם, עוד לפני שהם מתחילים בעבודתם, ואמור להם - הבטחתי ארוחת צהריים, אך אתן לכם את המגיע לכם והוא פת וקטנית בלבד.

¹³ רבי שמעון בן צמח דוריאן - חי בצפון אפריקה במהלך המאה ה-14

ומה עומד מאחורי דבריו של רבי יוחנן? רבי יוחנן מבקש לאמור את הדברים ברורות, באופן שאיננו משתמע לשני פנים, ועשוי להיות מפורש אחרת על ידי אחד מהצדדים. והרשב"ג¹⁴ אומר כי לא היה צריך לקבוע להם מראש את כמות המזונות. שכן אם מנהג המדינה הוא שהפועל מקבל לארוחת הצהריים פת וקטנית, זה מה שיקבל מפני שכך נהוג והתחייבות איננה משנה.

התלמוד הירושלמי אומר מפורשות **מנהג גובר על הלכה**. מרבית הפרשנים, טוענים שמדובר על הקשר ספציפי של הלכות הפועלים שם מנהג המדינה הוא זה שקובע, ולא בהכרח ההלכה. אך מה שחשוב בהקשרנו, הוא שמקום בו מנהג המדינה סותר את ההלכה המנהג הוא הקובע. וזו הסיבה שלפוסקים היום, קל מאוד לקבל את דיני ההלכה של מדינת ישראל כמחייבים מבחינה הלכתית, מאשר בתחומים אחרים. וכל זאת כבר מן הנאמר בהלכות הפועלים, שהן למעשה מקבילות לדיני העבודה במדינה.

נוסף לכל, דורשת ההלכה **כתנאי לתוקפו של הסכם** המלווה לגמירות הדעת **עשיית מעשה קניין**. כאשר ללא מעשה קניין, אין תוקף משפטי להסכם בין צדדים; מכר, עסקה או כל הסכם אחר (למעט הסכמים מסוימים ספציפיים, שלא נדון בהם כעת). כך למשל, נניח שסיכמו ביניהם שני אנשים על קניית שולחן. והבטיח הקונה כי מחר הוא שב ולוקח את השולחן. ובליילה פרצה שריפה ואין שולחן. מי הפסיד? אם נעשה כאן מעשה קניין, וההנחה היא שלפי דיני השומרים שמר המוכר על החפץ כפי שהיה מחויב לשמור עליו אך עדיין לא היה ביכולתו למנוע את השריפה, הרי שמי שהפסיד הוא הקונה, מפני שהחפץ כבר נחשב בבעלותו. אך כל עוד לא נעשה מעשה קניין, אותו אקט פורמאלי שחל על הקונה לבצע, הרי שההסכם איננו מחייב מבחינה משפטית, ובמקרה כזה מי שהפסיד הוא המוכר את החפץ, מפני שהחפץ עדיין נחשב בבעלותו.

¹⁴ רבן שמעון בן גמליאל

את חלקו הראשון של הקורס, הקדשנו לשאלה **כיצד ההלכה מתייחסת לחוקי המדינה**, וראינו כי בנסיבות מסוימת היא עשויה לאמץ את חוקי המדינה מכוח דרכים שונות; דינא דמלכותא דינא, תקנות המלך, תקנות הקהל וכן המנהג.

מצאנו כי בדרך כלל פוסקי ההלכה ובתי הדין הרבניים **יעדיפו את דרך המנהג** על פני הדרכים של דינא דמלכותא או תקנות הקהל, והסיבה לכך היא מפני שההכרה במנהג **איננה הכרה ישירה בסמכות המחוקק** אלא הכרה עקיפה, מעצם היות הציבור כך נוהג. נכון הדבר שמנהג הציבור נולד ונסמך על חוק המדינה, אלא שלפוסקי ההלכה קל ונוח יותר לומר שהם מאמצים את המנהג ולא את החוק.

אילו המציאות הייתה שחוקי המדינה, או החוקים הכלליים, נחקקים על פי המשפט העברי וההלכה, הרי שהצורך להתמודד עם נקודה זו או אחרת היה על סמך החוק הזה. אך מכיוון שהמצב בארץ הוא מצב של מדינה יהודית, שמתנהגת על פי חוק שמבחינת ההלכה הוא חוק זר, אזי **הקושי לתת הכרה לסמכות המדינה לחוקק חוק שאיננו על פי ההלכה** הוא גדול מאוד ולכן העדיפות היא להכיר במנהג על פני חוק הכנסת.

את חלקו השני של הקורס, נקדיש לשאלה ההפוכה והיא **כיצד מתייחסת המדינה לחוקי ההלכה**. דהיינו באילו נסיבות, ואם בכלל מתייחסת המדינה ומשלבת את חוקי ההלכה בחוקי המדינה.

בדיון בשאלה זו לא נעסוק בדיני ישות, אשר בהם קטעים מסוימים (בעיקר בנושא נישואין וגירושין) על פי חוק המדינה נעשים על פי הדין האישי, קרי ליהודים תקף הדין היהודי, ולמי שאיננו יהודי הדין הרלוונטי לדתו. כאן המדינה מייחסת משמעות להסדר ההלכתי מפני שהיא פועלת על פיו.

שאלת **שילובו של המשפט העברי במדינת ישראל ובחוקיה**, יש לה שני היבטים; היבט אחד הוא **היבט הלכתי-דתי** בעוד שהיבט השני הוא **מדיני-אזרחי**.

בהיבט ההלכתי, ישנו ויכוח בין פוסקי ההלכה וחוקריה, בשאלה **האם יש ערך ומשמעות לשילובם של הסדרים מן המשפט העברי** בתוך דיני מדינת ישראל. לכאורה התשובה לכך היא חיובית, שהרי ככל שאיש הלכה רואה עצמו כמחייב יהודים באשר הם, אז ודאי ככל שהמדינה תאמץ הסדרים מתוך ההלכה כך ייטב מנקודת מבטה של ההלכה עצמה. אך בפועל, אין הדברים פשוטים כל-כך, וזאת מפני **שההלכה מתייחסת לעצמה כמחייבת מעצם היותה**. היא איננה זקוקה לגושפנקה מאת חוקי המדינה, וזאת ללא קשר לשאלה האם הכנסת נותנת הכרה או איננה נותנת הכרה לפסיקות ההלכה. במובן מסוים, כדי שההלכה תהיה תקפה במדינת ישראל, היא מרגישה **נוקת לחסדיה של הכנסת** כדי שיהיה לה תוקף, או כדי שאותו הסדר מסוים ייחשב כמחייב, וזאת **במידה מסוימת גורע מסמכות ההלכה**.

לו הייתה הכנסת קובעת כי היא מאמצת את הסדרי ההלכה, הרי שהשאלה כלל לא הייתה מתעוררת. אלא **שהאימוץ הוא סלקטיבי, נקודתי ולא של כל המערכת כולה**. נוסף לכך, **נדרש איזשהו מקור סמכותי אחר כדי לתת תוקף לאותו סעיף ולאותה הלכה**. ועל כן, משתי בחינות אלו, ההלכה יוצאת מעין נפסדת, לפחות ברמה הרעיונית. ובאשר לנקודת המבט הדתית, היא לא רואה בכך שום ערך או יתרון לאימוץ סלקטיבי.

לעומת גישה זו, יש מי שסבור כי יש בכך ערך, אם כי לא בהכרח דתי אלא **ערך תרבותי**. העובדה שמקורות המשפט התרבותי יהיו חלק מהשיח המשפטי של מדינת ישראל, לפחות ברמת החיבור למקור הקדום, היא בעלת ערך רב. אחד הויכוחים הידועים בנושא זה, הוא הויכוח בין אנגלרד ואילון, שהיו שניהם חוקרי משפט עברי ושופטים בבית המשפט העליון. השניים דנו בשאלה העקרונית, האם מנקודת מבט ההלכה יש עניין ויתרון בשילוב ההלכה באופן כזה או אחר, בחוקי מדינת ישראל. ובנימוקים של כל אחד מהם נדון בשלב מאוחר יותר.

באשר להיבט האזרחי, גם כן ניתן לזהות ויכוח בשאלה האם נכון לאמץ חלק מחוקי ההלכה לתוך חוקיה של מדינת ישראל. והעובדה של שילוב ההלכה בין חוקי המדינה, היא שאלה שעסקו בה עוד לפני קום המדינה. הויכוח הוא עתיק, שהיה קיים שנים אחרות, כאשר מדי פעם השתמשו במסגרת חוקי המדינה בסעיף הלכתי כזה או בהסדר הלכתי אחר.

עיקרו של הויכוח תפש תאוצה בשנת 1980, עם חקיקת חוק יסודות המשפט, אשר ביטל את ההפניה האוטומטית של המשפט הישראלי המקובל לשיטות משפט זרות אחרות. כמו כן, קבע החוק כי מקום בו יש חסר בחוק הישראלי, דהיינו עניין שהחוק לא הסדיר, יש לפנות להלכה הפסוקה ולהיקש. ואם אין כאלו, יש לפנות לעקרונות החירות, הצדק והשלום של מורשת ישראל.

ולמרות שהחוק כלל שני סעיפים בלבד, הוא עורר ויכוח רב שהובל ע"י הנשיא בדימוס א' ברק מצד אחד והשופט אילון מן הצד השני. טען השופט אילון כי מורשת ישראל היה המשפט העברי, ועל כן כל אימת שמתעורר עניין שלא הוסדר בחוק, יש לפנות למורשת ישראל, קרי – למשפט העברי, לצורך השלמת החסר. בעוד שכך, טען השופט ברק להגדרת החסר בצורה מצומצמת יותר וכינה אותו עקרונות השיטה. על פי ברק יש לפנות גם למשפט העברי, אבל לא רק אליו. ונכון להיום, נראה כי כמעט ולא נעשה שימוש במורשת ישראל, בפירושה כמשפט העברי כפי שטען לה אילון.

נקודת ציון נוספת בהקשרנו זה, הייתה בתחילת שנות ה-90, עם חיקוקם של שני חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם. שני חוקים אלו קובעים במסגרת סעיף המטרה שלהם, את המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית. וביטוי זה, גם הוא עורר ופתח פתח לויכוח נוסף. המשמעות הייתה, כי מכאן ואילך, כאשר באים לקבוע הסדר חוקי, עליו לתמוך לא רק בהיות המדינה דמוקרטית אלא גם יהודית. ומשמעותה כיהודית היא הפנייה למשפט העברי, באופן כזה בו כל הסדר חוקי, פסיקה או הסדר ביהמ"ש צריך לאזן בין היות המדינה יהודית והיותה דמוקרטית, והשאלה המתעוררת כעת היא – מה גובר. שוב, ראה בכך אילון פתח לשילובו של המשפט העברי במשפט מדינת ישראל, בעוד שהשופט ברק נרתע מן העניין והותיר אותו ללא תוכן. וכמובן שלא קשה להניח מי מהם יצא כאשר ידו על העליונה.

בטרם נדון בסוגיה הראשונה, חשוב לומר כי הויכוח האם נכון או לא נכון לשלב את המשפט העברי במשפט המדינה, איננו ויכוח דתי. שהרי מבחינה דתית ספק אם יש לכך ערך רב. **מבחינה תרבותית-לאומית** לעומת זאת, נראה כי **קיים ערך**. אלא שמתבקש מעניין זה, שאימוץ ההלכה לא יהיה תואם בפרטים להסדר ההלכתי. ומאחר ואנו מברים על אימוץ שהוא **משיקולים תרבותיים-לאומיים** ולא משיקולים דתיים, הרי שאין הכרח להיצמד לפרטי ההלכה אלא לעקרונותיה. באופן כזה, ניתן לנסות ללמוד מעקרונות המופיעים בהלכה, ליישם באופן כללי גם אם היישום איננו אחד לאחד תואם את הפרטים וזהה לאופן בו הדברים יושמו וגובשו בהלכה.

חשוב להבין כי בהלכה לא קיימים סעיפי מטרות, הגדרות או עקרונות ספציפיים. **ההלכה מנוסחת כאוסף של מקרים**, כך גם בתלמוד ופסיקה. פה ושם אנו נתקלים בעניינים עקרוניים, אלא שבדרך כלל צורת הצגת הדברים והדין הוא ביחס למקרים ספציפיים. ולמעשה, כדי למצוא את העקרונות אנו צריכים ללמוד את המקרים ולנסות לגבש מתוכם את הכלל. לאחר שנמצא את הכלל, ניתן לנסות ליישמו, אם כי לא בהכרח באופן מלא ומדויק, גם במשפט המדינה.

ההלכה מהווה **דרך חיים**, ומעצם היותה כזו, הרי שהיא כוללת בשורה התחתונה דעות שונות, ועל כן מחלוקות רבות. וזהו אופייה של ההלכה – **מרבית דעות**. אם כי עניין זה עשוי דווקא להקל עלינו במובן מסוים, שכן אם אדם רואה עצמו מחויב להלכה שיש בה דעות שונות, הרי שהוא יכול להחליט לאילו מן הדעות הוא מחויב.

אחת השאלות המועלות במשנה, היא מדוע מזכרת דעת המיעוט, שהרי בכל מקרה פונים לדעת הרוב ופועלים על פיה. והתשובה לכך, היא כדי שאם מישהו יבוא ויאמר כי למד מרביתו אחרת, נוכל לציין בפניו שאותו מקרה בו הוא סבור כך, דווקא דעתו נדחתה מפני שמרבית ושאר הפוסקים פסקו אחרת. ואילו לעובדה ששמע אדם מרביתו, היה בעבר משקל מכריע, שכן מרבית ההלכה הועברה מאחד לשני מפה לאוזן. וייתכן מאוד, שבנסיבות מסוימת של צורך השעה, ניתן יהיה לנהוג לפי דעת המיעוט. והעובדה שהיא מזכרת, הופכת אותה לדעה לגיטימית, ולא כאחת שכלל איננה קיימת.

הגנה עצמית – דין רודף

3. תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף עג עמוד א

משנה

ואלו הן שמצילין אותן בנפשן: הרודף אחר חברו להרגו, ואחר הזכר, ואחר הנערה המאורסה. אבל הרודף אחר בהמה, והמחלל את השבת, ועובד עבודה זרה אין מצילין אותן בנפשן.

גמרא

תנו רבנן: מניין לרודף אחר חברו להרגו שניתן להצילו בנפשו - תלמוד לומר +ויקרא י"ט+ לא תעמד על דם רעך. והא להכי הוא דאתא? האי מיבעי ליה לכדתניא: מניין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר, או חיה גורתו, או לסטין באין עליו, שהוא חייב להצילו - תלמוד לומר לא תעמד על דם רעך. - אין הכי נמי. ואלא ניתן להצילו בנפשו מנלן? - אתיא בקל וחומר מנערה המאורסה, מה נערה המאורסה, שלא בא אלא לפוגמה - אמרה תורה ניתן להצילה בנפשו, רודף אחר חברו להרגו - על אחת כמה וכמה. - וכי עונשין מן הדין? - דבי רבי תנא: הקישא הוא, +דברים כ"ב+ כי כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש, וכי מה למדנו מרוצח? מעתה, הרי זה בא ללמד ונמצא למד, מקיש רוצח לנערה המאורסה: מה נערה המאורסה ניתן להצילה בנפשו - אף רוצח ניתן להצילו בנפשו. ונערה מאורסה גופה מנלן - כדתנא דבי רבי ישמעאל. תנא דבי רבי ישמעאל: +דברים כ"ב+ ואין מושיע לה, הא יש מושיע לה - בכל דבר שיכול להושיע.

המשנה עוסקת בכל אותם מקרים בהם מצילים מנפש או לא מצילים כלל. והיא מביאה בהקשר זה שישה מקרים שונים, בחלקם מצילים נפשו של אדם וחל דין רודף, ובמקרים אחרים דין רודף איננו חלק מן המצב ועל כן לא מצילים אדם מנפשו. ולהלן המקרים;

- **הרודף אחר חברו להרגו** – אדם אשר עומד לבצע עבירה של רצח. חשוב להבין, כי במשפט הישראלי ישנן כמה עבירות העוסקות בהמתה (רצח בדרגה חמורה, הריגה וגרימת מוות ברשלנות), אך במשפט העברי כאשר מדברים רצח הוא כולל את כל עבירות ההמתה הקיימות בדין הישראלי (רוצח בשוגג, רוצח במזיד, רוצח אנוס). כל אחת מן עבירות ההמתה, וללא שוני בין העבירה החמורה יותר והחמורה פחות, נחשבת כרצח. הרעיון הוא הריגה, ולא בהכרח הריגה בכוונה תחילה.
- **הרודף אחר הזכר** – ביצוע עבירה של משכב זכר.
- **הרודף אחר הנערה המאורסה** – אינוס נערה המאורסת על פי ההלכה. חשוב להבין את משמעות האירוסין על פי ההלכה, שכן אין משמעותו כמשמעות האירוסין כפי שאנו מכנים היום. בימנו, מדובר על החלטה של איש ואישה להתחתן, ואין לכך כל משמעות מבחינת דיני האישות. אם הם התחרטו, אין צורך בגט והם יכולים להתחתן עם כל מי שהם רוצים, גם לאחר אירוסיהם ["תכתבי, תכתבי, זה חשוב!" (רפי קרצמר - לך כבר אבד - לרונה רוזן)]. לעומת זאת, האירוסין שדנה בהם המשנה הם אירוסין שאחריהם בני הזוג הם כמו נשואים. בשלב הקידושין (שלב האירוסין), האיש מקדש את האישה, נותן לה טבעת ומודיע לה שלו היא מקודשת. הטבעת היא מעשה הקניין. לאחר שלב האירוסין, הופכת האישה לאסורה לכל אחד אחר; הן לנישואין והן ליחסי אישות ללא נישואין. היא מתפקדת כמו אישה נשואה, אלא שהיא עדיין אסורה גם לבעלה, מפני שהוא עדיין איננו בעלה. לאחר שלב הקידושין, בא שלב הנישואין, שהוא למעשה השלב בו האיש והאישה חיים ביחד, והופכים להיות בעל ואישה. והאישה מותרת לו, ואסורה לכל אחד אחר.

במקרה שלפנינו מדובר על אינוס של נערה מאורסת. אין זה אומר שמותר לאנוס נערה שאיננה מאורסת, אלא שמי שאנוס נערה מאורסת הרי שעונשו מיתה.

- **הרודף אחר בהמה – משכב בהמה.**
- **המחלל שבת – כפשוטו.**
- **עובד עבודה זרה – כפשוטו.**

כל ששת עבירות אלו, לפי המשנה, העונש עליהן הוא **עונש מיתה**.

על פי דין תורה, אם יש סנהדרין התלוי בקיומו של בית המקדש, ושני עדים שראו את העבריין מבצע את אחת מן העבירות המוזכרות, וישנה התראה מספקת כפי שעסקנו בה בעבר, הרי שעונש בגין עבירות אלו אכן יהיה עונש מוות.

ומה בכל זאת ההבדל בין שלושת העבירות הראשונות ושלושת האחרונות?

בשלושת העבירות הראשונות **יש נפגע**, קרי **קורבן**. קורבן הרצח, קורבן האנוס (הזכר או הנערה). בעוד שבשלושת העבירות האחרונות **אין קורבן ישיר**.

חשוב להבין כי הגנה עצמית, היא פעולה שמיתירים לעשות לפני שהעבירה מתבצעת ובתנאי שהיא איננה מתבצעת. ואם רואה אדם אחר מבצע עבירה, והוא כבר סיים לבצע אותה, וגם אם הייתה חמורה ככל העולה על הדעת, אין מקום להגנה עצמית, מאחר ואותו פוגע איננו ממשיך לבצע את העבירה ואין הוא ממשיך לסכן אנשים אחרים.

ולכן, למרות **שכל העבירות הן עבירות שעונשן מיטה**, רק בשלושת העבירות הראשונות **חל דין רודף**, דהיינו מותר לפגוע ברודף כדי למנוע את ביצוע העבירה. בעוד שכך, בשלושת העבירות האחרונות, למרות שהעבריין עומד לבצע עבירה חמורה מאוד שהעונש עליה הוא עונש מיתה, **אסור לפגוע בו כדי למנוע את ביצוע העבירה**, קרי לא חל דין רודף.

השאלה הנשאלת היא, מדוע אנו מתירים לפגוע באדם כדי למנוע ממנו ביצוע העבירה. הרי בדרך כלל אנו אמונים על העיקרון שקובע – **מה ראית שדמך אדום מדם חברך**. ונניח שאדם מצוי בנסיבות של סכנת חיים – מישהו מאיים עליו וקובע, אם לא תהרוג את פלוני, נהרוג אותך. ונניח שהאיום הוא רציני בהחלט. האם מותר לו להרוג את פלוני כדי להציל את חייו? בוודאי שלא, מפני שדמו איננו חשוב יותר מדמו של פלוני.

בבחינת הכלל שקובע, כי אם מצוי אדם בנסיבות של סכנת חיים והוא נדרש לעבור עבירה כדי להציל את חייו שלו או של אדם אחר, העיקרון הוא שהחיים קודמים – **עבור ולא תיהרג**. לעומת זאת, עבירות אחרות, כמו השלוש האחרונות (שפיכות דמים, גילוי עריות ועבודה זרה), ביחס אליהן הכלל הוא שאדם צריך להימנע מעבירת העבירה גם במחיר של חיים – **ייהרג ואל יעבור**.

הגנה עצמית, מהווה במובן מסוים חריג לעיקרון זה. כך למשל, אם אנו רואים את ראובן שעומד להרוג את שמעון או לחילופין לבצע אחת משלושת העבירות הראשונות, מותר לפגוע בו כדי למנוע ממנו את ביצוע העבירה. דהיינו, במאבק כביכול שבין חייו של ראובן, שמעון שאותו בא להרוג, או חייו שלי (בהנחה שמאיים על חייו), **אנו מעדיפים את חייו של הנרדף על פני חייו של הרודף**. כלומר, זהו **חריג לכלל ייהרג ואל יעבור**. מדוע אנו מתירים לאדם אפילו להרוג בנסיבות של הגנה עצמית?

חשוב להבין כי המילה "אפילו" מתייחסת לעבודה שתמיד, וגם בנסיבות של הגנה עצמית, יש להפעיל את האמצעי המינימאלי; לקרוא למשטרה, לפגוע באחד מאבריו או ביצוע נוהל מעצר חשוד.

בשאלה מדוע מותר **אפילו להרוג בנסיבות של הגנה עצמית**, מתחבטת גם הספרות המשפטית המודרנית;

הסדר אחד קובע, כי נכון שבדרך כלל לא נעדיף חייו של אדם אחד על פני חייו של אדם אחר. אך בנסיבות של הגנה עצמית, **יש יתרון מוסרי לנפגע על פני הפוגע**, או לנרדף על פני הרודף. ומאחר שכך הדבר, הרי שנעדיף את בעל היתרון המוסרי על פני חייו של הרודף. אף על פי שנסיבות חיים רגילות אי אפשר להעדיף חייו של אדם אחד על-פני חייו של אדם אחר. כאשר אנו עוסקים ביתרון מוסרי, אין הכוונה על יתרון מוסרי בחייהם, אלא **בנסיבות הללו**. ייתכן שלצורך העניין ראובן הוא צדיק גדול בחייו ושמעון הוא עבריין ידוע, אך כרגע ראובן הצדיק בדרך כלל רודף אחרי שמעון העבריין. ועל כן שמעון, על אף היותו עבריין בדרך כלל, הוא בעל יתרון מוסרי בנסיבות המקרה. הרודף בסיטואציות שכאלו, תמיד יהיה בעל נחיתות מוסרית.

הסדר אחר קובע ועוסק בשאלת **הזכות לחיים**. לאדם יש זכות לחיות, וכחלק ממימוש זכות זו, **ניתן לפגוע במי שמסכן את חייו ואת זכותו לחיות**. אך בשום פנים ואופן לא במישהו תמים! ולכן, כחלק מן המימוש או מההגנה על הזכות לחיים, ניתן לפגוע במי שמסכן את חייו.

בין שתי הנמקות אלו הבדלים אחדים. האחד עוסק בשאלה **למי הזכות להגנה משפטית**. כאשר מדובר על הזכות לחיים, הרי שלנרדף יש זכות לחיים שנפגעת. בעוד שאם נבסס את טיעון ההגנה העצמית על היתרון שיש לנרדף על פני הרודף, הרי שאנו מאפשרים לצד ג' להעדיף את בעל היתרון המוסרי של הנרדף על-פני הרודף.

הבדל נוסף, עשוי להתעורר בכיוון ההפוך; כדי לפעול או להפעיל הגנה עצמית המבוססת על יתרון מוסרי, יש הכרח להראות יתרון מוסרי. בעוד שכדי להפעיל הגנה עצמית המבוססת על הזכות לחיים, אין צורך להפעיל את היתרון המוסרי, ובוודאי שאין צורך להוכיח את הזכות, שכן זוהי זכות בסיסית קיימת לכל אדם באשר הוא אדם.

ננסה להבין את ניסוח המשנה; **"אין מצילין אותן בנפשן"**.

מי מציל את בנפשו של מי?

האם מצילים את נפשו של הנרדף – בסיכול ניסיון העבירה של הרודף, אנו מצילים לשמר את חייו של הנרדף. כלומר, מצילים את הנרדף מנפשו של הרודף.

או האם מצילים את נפשו של הרודף – בסיכול ניסיון העבירה, הרי שאנו מצילים אותו מביצוע העבירה ועל כך מצילים את נפשו. כלומר, מצילים את הרודף מנפשו של הרודף.

5. רש"י מסכת סנהדרין דף עג עמוד א

ואלו שמצילין אותן - מן העבירה.
בנפשן - ניתנו ליהרג לכל אדם כדי להצילן מן העבירה, ומקראי נפקי.

מסביר רש"י ואומר; לא כפי שחשבנו עד כה, שמצילים את הנרדף, קרי את הקורבן, תוך כדי פגיעה ברודף. אלא מצילים את הרודף עצמו מביצוע העבירה, אפילו היה זה ע"י הריגתו, מקום שלא הייתה כל דרך אחרת.

ואם רעיון ההצלה הוא הצלת הרודף מביצוע העבירה, מדוע יש הבדל בין מי שעומד להרוג או מי שעומד לאנוס נערה מאורסה, ובין זה המחלל שבת? מדוע אותו לא נהרוג כדי למנוע ממנו ביצוע העבירה? ברור לשיטת רש"י, שכדי שניתן יהיה להפעיל את דין הרודף יש צורך בקורבן. אלא שהוא ממקד את העניין במניעת העבירה, ולא בהכרח בהצלת הנרדף. העיקר על פי רש"י, הוא מניעת העבירה והתנאי הוא שע"י כך נציל את הקורבן.

6. רמב"ם הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק א

ה: רוצח שהרג בזדון אין ממיתין אותו העדים ולא הרואים אותו עד שיבא לבית דין וידינוהו למיתה, שנ' +במדבר ל"ה י"ב+ ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט, והוא הדין לכל מחוייבי מיתת בית דין שעברו ועשו שאין ממיתין אותן עד שיגמר דינם בבית דין.

עמדה אחרת מובאת בפי הרמב"ם, והוא קובע כי בית דין יגזור את דינו.

ו: במה דברים אמורים בשעבר ועשה העון שחייב עליו מיתת בית דין, אבל הרודף אחר חבירו להרגו אפילו היה הרודף קטן הרי כל ישראל מצווין להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו בנפשו של רודף.
ז: כיצד, אם הזהירוהו והרי הוא רודף אחריו אע"פ שלא קיבל עליו התראה כיון שעדיין הוא רודף הרי זה נהרג, ואם יכולים להצילו באבר מאיברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו עושיין, ואם אינן יכולין לכונן ולא להצילו אלא אם כן הרגוהו לרודף הרי אלו הורגין אותו ואע"פ שעדיין לא הרג...
...אלו הורגין אותו ואע"פ שעדיין לא הרג...

באשר לרודף קטן, אומר הרמב"ם, אם יהרוג לא יקבל בגין מעשהו עונש, מפני שטרם הגיע לגיל הענישה.

לפי דעת הרמב"ם מצילים את הנרדף מן הנזק שעומד להיגרם לו אם העבריו, קרי הרודף, ישלים את תוכניתו וזממו. וכל זאת בתנאי שהוא הולך לבצע עבירת מיתה. ולדעתו, ההבדל בין שלושת העבירות הראשונות לשלושת האחרונות הוא ברור. בשלושת העבירות הראשונות יש נרדף ועל כן יש את מי להציל, בעוד שבשלושת האחרונות אין נרדף ועל כן, את מי נציל?

ההבדל בין רש"י והרמב"ם בא לידי ביטוי בכמה מקורות נוספים, וביניהם;

7. משנה מסכת אהלות פרק ז משנה ו

האשה שהיא מקשה לילד מחתכין את הולד במעיה ומוציאין אותו אברים אברים מפני שחייה קודמין לחייו יצא רובו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש:

המקרה מתאר אישה המתקשה בלידתה. ואם תהליך הלידה איננו מסתיים הרי שהאישה מסתכנת בחייה, והשאלה המתעוררת היא את נפשו של מי ננסה להציל? את הילד, תוך שאנו מסכנים את האם. או את האם תוך שאנו פוגעים בילד. וההנחה היא שאם נמתין ונפעל בזהירות, נציל את האם ונפגע עד מאוד באם ולהיפך. וכך נקבע; ראשו או רובו של התינוק בחוץ – אין מתערבים, גם במחיר של סיכון חיי האם. ומדוע? תחת העיקרון שאין דוחים נפש מפני נפש.

מסביר רש"י מקרה זה באופן הבא;

2. רש"י מסכת סנהדרין דף עב עמוד ב

יצא ראשו - באשה המקשה לילד ומסוכנת, וקתני רישא: החיה פושטת ידה וחותרתו ומוציאתו לאברים, דכל זמן שלא יצא לאויר העולם לאו נפש הוא וניתן להורגו ולהציל את אמו, אבל יצא ראשו - אין נוגעים בו להורגו, דהוה ליה כילוד ואין דוחין נפש מפני נפש, ואם תאמר מעשה דשבע בן בכרי (שמואל ב, כ) הנה ראשו מושלך אליך דדחו נפש מפני נפש - התם משום דאפילו לא מסרוהו לו היה נהרג בעיר כשיתפשנה יואב והן נהרגין עמו, אבל אם היה הוא ניצול אף על פי שהן נהרגין לא היו רשאין למסרו כדי להציל עצמן, אי נמי: משום דמורד במלכות הוה, והכי מפרש לה בתוספתא (דתמורה)

רש"י קובע כי כל עוד הילד הוא בבטן אמו, אין נחשב בעניינו נפש. ועל כן, מותר לנו לדחות דבר שאיננו נפש מפני נפש, קרי האם. בעוד שברגע שיצא ראשו או רובו של התינוק החוצה, הרי שהוא ילוד, ואין דוחים נפש מנפש. שהרי דמו של האחד איננו אדום מדמו של האחר. ולא נעדיף חייה של האם על פני חייו של הילוד.

לעומתו מנמק הרמב"ם את הדברים בצורה מעט שונה;

ט: הרי זו מצות לא תעשה שלא לחוס על נפש הרודף. לפיכך הורו חכמים שהעובר שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במיעיה בין בסם בין ביד מפני שהוא כרודף אחריה להורגה, ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזהו טבעו של עולם.

מותר להרוג את הילוד, שכן כמוהו כרודף, במובן בו הוא מאיים על חיי אמו. לשיטת הרמב"ם **שממקד את דין הרודף בהצלת הקורבן ולא במניעת העבירה**, הרי שהעובר מסכן את חיי האם, ולכן בהקשר זה הוא כרודף. ולכן, נבקש להציל את האם במחיר חייו של הרודף, כפי שהיינו מצילים חייו של נרדף מפני הרודף.

רודף קטן

ביחס לרודף קטן, נראה כי מצאנו הבדל בין רש"י לרמב"ם; אצל ילד בן ארבע או חמש, לא ניתן לומר עליו שהוא מבין את המשמעות של העבירה, כלומר – של ההרג. בעוד שכן, על ילד בן 11 ניתן לומר שהוא מבין ויודע את אשר הוא מבצע. לפי הרמב"ם, יש מקום לטעון שאין זה משנה, שכן גם ילד בגיל ארבע וגם ילד בגיל 11, שניהם מסכנים את הנרדף, ואנחנו מבקשים להציל את הנרדף. בעוד שכן, רש"י ממקד זאת בעבירה, ואומר כי קשה לומר על ילד בן ארבע שהוא מבין שהוא מבצע את העברה ולכן לא ניתן לייחס לו התנהגות עבריינית.

רודף ללא אשמה

ראובן מסכן את חייו של שמעון מבלי שניתן להטיל את האחריות על המצב על ראובן. כך למשל, מצב של בלמים לא תקינים ברכבו של אדם, שגרמו לו לתאונה והתנגשות ברכב הבא מולו.

נשאלת השאלה, מה יקרה אם בסיפור שהבאנו על הריגת הולד, האם עצמה הורגת אותו. האם במקרה כזה, נראה באם כמי שעשתה עבירה בכך שהרגה את ילדה, או שמא נראה בכך כהגנה עצמית, כלומר – האם עשתה זאת כדי להציל את חייה, ועל כן תהיה לה הגנה בדיון. אומר **המאירי**, אחד הראשונים, שכאשר המשנה מייחסת את האיסור למקרה בו יצא ראשו ורובו, כוונתה לגבי צד ג' בלבד (המיילד, האחות, האב). ובמקרה כזה **אסור לצד ג' להעדיף את האם על פני העובר**, ולכן אי אפשר להתערב. אלא שהאם עצמה, **היא הנרדף והיא יכולה להתערב וגם אם יצא ראשו או רובו**, כדי להציל את חייה. ברודף ללא אשם, יש הבדל בין הנרדף עצמו ובין צד ג'. באופן בו הנרדף עצמו יכול להתגונן מפני זה המסכן את חייו, גם הוא רודף ללא אשמה. כל זאת, נובע מן התפישה של **הזכות לחיים**, וכאשר מישהו מנסה לפגוע בזכות זו, רשאי האדם להתגונן בפניו כדי להגן על הזכות, וההבדל בין שתי ההנמקות הללו הוא בשני מצבים;

אם אנו מבססים את ההגנה העצמית על זכות לחיים, הרי שהאפשרות לפגיעה ברודף היא רק של הנרדף, ולא של צד ג'. בעוד שאם אנו מבססים את ההגנה העצמית על היתרון המוסרי של הנרדף על פני הרודף, הרי שאנו מרחיבים את ההגנה גם לצד ג', וגם הוא יכול להציל את הנרדף שיש לו יתרון מוסרי. אלא שבסיטואציות בהן הרודף והנרדף שווים, לא ניתן יהיה להפעיל הגנה עצמית.

ולפי קביעתו של **מאירי**, אם לשלב את שתי ההנמקות גם יחד בקביעה שההגנה העצמית מבוססת על שתיהן ולא רק על אחת מהן, יוצא שהגנה עצמית יכול להפעיל גם הנרדף וגם צד ג'. הנרדף עצמו יכול להתגונן מפני הרודף בכל מצב וגם כאשר אין יתרון מוסרי.

הבועל ארמית קנאים פוגעים בו

סוגיה נוספת במשנה העוסקת בהבדלים בין צד ג' ובין הנרדף; הסוגיה מספרת על סיפור בתורה, כאשר עם ישאל נמצא במדבר, במאבק בין מואב ובין ישראל, וכחלק מן המאבק בנות מואב מנסות ומצליחות לפתות את בני ישראל. ומשה, כמנהיג ישראל, מחפש דרך להתמודד עם התופעה, אך לא ממש מצליח. קם זמרי, נשיא שבט שמעון, וכאקט הפגנתי כנגד משה וניסיון למתן לגיטימציה לעם כולו לעשות מה שעושה, בעל את אחת מנשות מואב לעיני כל. משה כולו נבוך ["והוא גם מגמגם" (רפי קרצ'מר)]. ופינחס ניגש למשה ושאל אותו, הרי אתה למדת אותנו שהבועל ארמית קנאים פוגעים בו. האם לפגוע בו? משה מציין בפניו, שיעשה את אשר חושב שהוא לנכון, ובעקבות כך, קם פנחס והורג את זמרי. ותגובה מקבל דברי שבח מן האלוקים. המצב הוא בעייתי מאוד, גם בעיני חז"ל. אנחנו לא מכירים סיטואציה שכזו, שכן כאשר אדם מבצע עבירה, מביאים אותו לבית דין לעונשו. לא ייתכן מצב בו אנו רואים אדם מבצע עבירה, ומחליטים להענישו בעצמנו, אלא אם מדובר ברודף כמובן, אך ברור הוא שלא זה המקרה שלפנינו.

["חברים, אני באמת לא מבין מה מצחיק פה" (דר' חבה לחבורת הזבל)]
 ["תראה, אחרי הסיפורים שסיפרת קודם, זה מאוד מצחיק" (רפי קרצ'מר)]

משפט השבוע:

"Just to be on the safe side" – רוצה להמשיך לחיות? אל תזיין ארמיות! או לפחות, לא בפומבי" (רפי קרצ'מר)
 ובכלל אני לא מבין מה זה הקטע הזה שאתה מזיין בפומבי?! מה, אתה בא להתפאר? (רפי קרצ'מר)
 ועוד במדבר! (עפר אור)

11. תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף פא עמוד ב

משנה

הגונב את הקסוה, והמקלל בקוסם, והבועל ארמית - קנאין פוגעין בו...

גמרא

...אמר רב חסדא: הבא לימלך - אין מורין לו. איתמר נמי, אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: הבא לימלך - אין מורין לו. ולא עוד אלא, שאם פירש זמרי והרגו פינחס - נהרג עליו. נהפך זמרי והרגו לפינחס - אין נהרג עליו, שהרי רודף הוא.

אם זמרי היה מפסיק את המעשה, ואז פינחס היה קם להורגו, אזי היה פינחס נענש. אותו זמרי עושה את שעושה, ובא פינחס וכקנאה לאלוקים בא להרוג את זמרי. זמרי, כאקט של הגנה מפני פינחס, מקדים והורג את פינחס. האם נעניש את זמרי? כנראה שלא, שהרי פינחס הוא רודף. וזאת על אף שאמרנו כי אם פינחס היה הורג את זמרי לא היה נענש.

ומה באשר לצד ג' במקרה זה?

כנראה שלצד ג' אסור להתערב ולהרוג את זמרי שקם להרוג את פינחס, שקם להרוג את זמרי ראשון. הסיטואציה היא בעייתית, שכן פחנס הוא סוג של רודף אבל רודף בעייתי.

על פי ההלכה אם ביצע אדם רצח במזיד, הוא חייב במיתה. בעוד שאם הרג ברשלנות, דינו עיר מקלט עד מותו של הכהן הגדול. ואם יצא מעיר מקלט, וגואל יפגע בו (מישהו שמבקש לנקום את דמו של המת), כנראה שלא מותר לרוצח בשוגג להגן על עצמו ולהרוג את גואל הדם, אבל אם יעשה יהיה פטור על הריגתו. האחרונים מתלבטים בשאלה זו ואומרים כי לצד ג' בוודאי שאסור להתערב. ושוב, מוצג ההבדל בין הנרדף ובין היקף ההגנה שלו לעומת היקף ההגנה של צד ג'.

סעיף 34 י' לחוק העונשין – הגנה עצמית

לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שהיה דרוש באופן מיידי כדי להדוף תקיפה שלא כדין שנשקפה ממנה סכנה מוחשית של פגיעה בחייו, בחירותו, בגופו או ברכושו, שלו או של זולתו; ואולם, אין אדם פועל תוך הגנה עצמית מקום שהביא בהתנהגותו הפסולה לתקיפה תוך שהוא צופה מראש את אפשרות התפתחות הדברים.

סעיף 34 טז לחוק העונשין – חריגה מן הסביר

הוראות סעיפים 34, 34 ו-34 יב לא יחולו כאשר המעשה לא היה סביר בנסיבות הענין לשם מניעת הפגיעה.

החוק קובע כי הנזק שעושה אדם במקרה של הגנה עצמית, צריך להיות פרופורציונאלי ביחס לנזק שהוא מבקש למנוע.

יעקב בן אליהו אפנג'ר נ' מדינת ישראל

פסק הדין מתאר קבוצת אנשים שישבה בתוך בית, ובעוד שכך באו שוטרים, ודפקו על הדלת כדי להיכנס פנימה ולעצור את הפעילות שהתרחשה בארץ ולטענתם הייתה פעילות שאיננה חוקית.

החבר'ה בדירה טענו שלא שמעו את הדפיקות. אלא שבשלב מסוים ברז הגז נסגר (מחלוקת עובדתית בנושא זה, שלא הוכרעה האם היו השוטרים שסגרו אותו או שמא הייתה זו יד המקרה), ואחד מהחבר'ה יצא החוצה כדי לבדוק מה קרה.

משיצא, תפשו אותו השוטרים, שהיו לבושים בלבוש אזרחי, והחבר הדף אותם מעליו. כנראה שלא הייתה זו מריבה שנמשכה זמן רב, ומרגע בו הבין החבר שמדובר בשוטרים, הוא הניח להם. התביעה טענה שלא כך היה וכי מדובר בתקופת שוטר והפרעה לשוטר בעת מילוי תפקידו. בעוד שכך, טענת ההגנה הייתה שמדובר כאן בהגנה עצמית.

טענה ההגנה, שאותו חבר הגן על הרכוש של חברו – הייתה זו הדירה של חבר והוא לתומו חשב שמדובר בפורצים. התביעה טענה שאין כאן עילה להגנה עצמית, והתבססה על הסעיף בניסוחו הקודם שקבע כי הגנה עצמית תהיה כאשר מגן אדם על עצמו או על מי שהגנתו עליהם, קרי בני משפחה. ואילו החברה, הוא לא בן משפחה, אלא סתם חבר, ולכן אין חובה להגן על רכושו. ואם כך הדבר, הרי שבמקרה זה לא חל הסעיף של הגנה עצמית.

במסגרת כך, התעורר הויכוח כיצד יש לפרש את המונח "הגנתם עליו". האם כפי שפירשה אותו התביעה, כלומר רק כאשר יש יחס מיוחד בין המגן ובין מי שנדרש להגנה, או האם לפרש אותו באופן רחב ולומר כי יש להגן על כל אדם שנמצא במצוקה, לא מתוך חובה חוקית.

את פסק הדין נתנו השופט אילון, השופט זוסמן והשופט אשר, ואלו הדעות ביניהן חלוקות; אילון מיחס פירוש רחב למונח "הגנתם עליו", וקובע כי אין מדובר דווקא באותם אנשים שיש איתם יחסים מיוחדים. מדובר כאן על הצורך להגן על מי שנמצא במצוקה, ולכן גם זו תיחשב הגנה עצמית. השופט אילון ביסס את דבריו לפרשנות הרחבה פעם אחת משום ההיגיון, פעם שנייה תוך התבססות על המשפט האמריקאי ופעם שלישית בשל נדבך מרכזי של המשפט העברי. במשפט העברי, הגנה עצמית היא לא רק על עצמך אלא גם על הרודף אחר חברו להורגו, ולא במשמעות של חבר, שכן כל ישראל חברים.

אשר, בדעת מיעוט, יחס פירוש מצומצם למונח "הגנתם עליו", ונגד את דעתו של אילון. זוסמן, הסכים לתוצאתו של אילון. אך לא לחלק בו הוא בוחר להסתמך על המשפט העברי.

והנה, שוב אנו חוזרים לסוגיה העוסקת בשאלה כיצד יש לשלב את המשפט העברי בחוקי המדינה.

אי ידיעת הדין

טעות במצב דברים עובדתי, היא טעות עובדתית בהערכת המציאות. אם הטעות היא סבירה והניתוח העובדתי הוא סביר בנסיבות בו היה נתון העברייך, אזי הדבר עשוי לשמש לו כהגנה, קרי – סייג מפני אחריות פלילית.

אי ידיעת הדין, איננה מהווה סייג לחוק. כלומר הגנה מפניו. טיעונו של אדם שפעל משום שלא ידע, לא יפטור אותו מנשיאה בעונש. ישנה פיקציה, על פיה כל אדם יודע את החוק או לפחות עליו לדעת אותו. כמובן שאין זה נכון, אבל זוהי נקודת ההנחה שאנו מייחסים לאזרחים. ברמה הפורמאלית, המעשית העניין לא ישפיע. אבל במובן שאלת הענישה, ייתכן שאי הידיעה תניב עונש נמוך יותר, שכן הענישה בחקיקה הישראלית ברוב המקרים איננה חובה אלא מקסימום.

במשפט העברי, מקובל לומר שגם טעות במצב דברים עובדתי וגם אי ידיעת הדין, שתיהן מהוות טענות הגנה, וזאת בניגוד לחוק הישראלי. לדוגמא, אם חילל אדם שבת ואמר – לא ידעתי שהיום שבת, הייתי בטוח שהיום יום ראשון. או לחילופין, לא ידעתי שאסור לחלל שבת – בית הדין לא יעניש אותו. אבל במצב כזה הוא לא יהיה פטור לחלוטין, ויהיה עליו לשאת **בדין שוגג**. ובהלכה הכוונה היא **שעליו להביא קורבן**. ולכן, יש כאן עניין בו הוא בכל זאת אחראי במידה מסוימת, ואיננו פטור כאנוס.

1. רמב"ם הלכות שגגות פרק ז, ב-ד

כלל גדול אמרו בשבת כל השוכח עיקר שבת ושכח שנצטוו ישראל על השבת, או שנשבה והוא קטן לביין העכו"ם או נתגייר קטן והוא בין העכו"ם אף על פי שעשה מלאכות הרבה בשבתות הרבה אינו חייב אלא חטאת אחת שהכל שגגה אחת היא, וכן חייב חטאת אחת על כל חלב שאכל וחטאת אחת על דם שאכל וכן כל כיוצא בזה בעבודות אלו, וכל היודע עיקר שבת אבל שכח שהיום שבת ודימה שהוא חול אע"פ שעשה בו מלאכות הרבה חייב חטאת אחת על היום כולו וכן חטאת על כל שבת ושבת ששגג בו. וכל היודע שהיום שבת ושגג במלאכות ולא ידע שמלאכות אלו אסורות או שידע שהן אסורות ולא ידע שחייבין עליהן כרת ועשה מלאכות הרבה, חייב חטאת על כל אב מלאכה ומלאכה אפילו עשה הארבעים חסר אחת בהעלם אחת מביא שלשים ותשע חטאות. שכח שהיום שבת ושגג אף במלאכות ולא ידע שמלאכות אלו אסורות אינו חייב אלא חטאת אחת.

השוכח, הכוונה – שלא ידע את הדין.

הרמב"ם מתאר שני מצבים, האחד מצב בו **לא ידע את הדין**, והשני הוא מצב של **טעות במצב דברים עובדתי** (היודע עיקר שבת אבל שכח), אשר בשניהם **חייב האדם בהבאת קורבן**.

2. משנה למלך שגגות ב,ב

המתבאר מהסוגיא דפרק כלל גדול דאיכא תרי מיני שגגות. האחד הוא במציאות כגון סבור שומן הוא ואכלו ונמצא חלב. והשני הוא ששגג בדין כגון שהיה סבור דפעולה זו היא מותרת או שאין בה כרת ונודע לו אחר כך שחייב. ושני מיני שגגות אלו חייב הכתוב חטאת.

חלב הוא סוג של שומן אשר אסור באכילה. הקטע מתאר לנו שני מצבים; האחד, טעות במצב דברים עובדתי, שאכל את החלב וטעה כי חשב שזהו בשר אשר מותר לאכילה. והשני, שוגג בדין, שחשב שהפעולה של אכילת החלב היא מותרת ואין נענשים בגינה. בשני המצבים, ייחשב כשוגג ויהיה חייב בהבאת קורבן.

כל האמור לעיל, נכון הוא ביחס לעבודה זרה, שבת, אכילת חלב ועבירות דומות לאלו. אלא שבאשר לידיעת הדין והריגה או רצח על כל סוגיהם, ישנה סוגיה נוספת בדין הקובעת מה מותר ומה אסור.

במרבית העבירות, השוגג איננו נענש ע"י בית דין אלא מחויב בהבאת קורבן. בעוד שכך, עבירה של הריגה היא עבירה חריגה, במובן בו השוגג איננו מביא קורבן, אלא עליו לגלות לעיר מקלט, כאשר הגלות היא איננה עונש במובן הרגיל. מי שחייב בגלות הוא רק השוגג, בעוד שאדם שעבר את העבירה בנסיבות בהן יוגדר כמי שחמור משוגג, או קל ממנו, איננו גולה. החמור משוגג איננו גולה, מפני שעיר המקלט איננה מצילה אותו ומחפרת על מעשיו, כלומר – איננה משמשת לו הגנה. הקל משוגג איננו גולה, מפני שהעבירה שביצע היא קלה יותר ולכן אין סיבה לשלוח אותו לעיר המקלט.

אומר התלמוד, שמי שהרג בנסיבות של **אומר מותר**, כלומר – **לא ידע שאסור**, ואנחנו מאמינים לו ויוצאים מנקודת הנחה שאכן לא ידע שההלכה אוסרת הריגה, **לא יגלה לעיר מקלט**. ומדוע? כנראה שהוא חמור ממנו או קל ממנו.

ולהלכה זו פסק הרמב"ם ופוסקי הלכה אחרים, כי **האומר מותר בעבירת רצח הוא קרוב למזיד** דהיינו, **חמור משוגג**. הקושי המתעורר במקרה זה, הוא מדוע יש הבדל. מדוע ברצח, אי ידיעת הדין דווקא קרובה למזיד ולא לשוגג, כמו שנזכר בעבירות אחרות. שהרי היינו מצפים למצוא כאן איזשהו כלל ביחס לכל העבירות כולן.

11. חידושי הרמב"ן מסכת מכות דף ז עמוד ב

פרט לאומר מותר. פי' רש"י ז"ל שסבור שמותר להרוג את ישראל, ואיכא דקשיא ליה והא גבי שבת וע"ז דכתיב תחטא בשגגה ואומר מותר חייב בהן, ... ואיכא למימר דהתם כתיב תחטא בשגגה וכיון שהוא שוגג בחטא שאין לו ידיעה בחטא שהוא אסור תחטא בשגגה קרינא ביה, אבל הכא כתיב מכה נפש בשגגה ההכאה עצמה בעינן שתהא בשגגה וזה מזיד הוא בהכאה, הילכך קרוב למזיד הוי בהריגה, ... ויש מפרשים אומר מותר כגון שהוא סבור בהמה ונמצא אדם נכרי ונמצא ישראל, דקרי ליה רבה גופיה אומר מותר לקמן (ט' א'), ומתכוין, מפרש לה בגמרא כגון נתכוין להרוג את הבהמה והרג את האדם.

אומר הרמב"ן כי השוני או ההבדל נובע מניסוח התורה את הגדרת השוגג בעבירות השונות. כך לגבי עבירת הרצח מנסחת התורה: "מכה נפש בשגגה והאלוקים אנה לידו ושמתי לך מקום אשר ינוס שמה". כלומר, אדם אשר הורג בשוגג, לא נהרגו אלא נשלח אותו לנוס למקום אותו אנו מכנים עיר מקלט. ואילו את **השגגה מייחסת התורה להכאת הנפש**. בעוד שכך מובא הפסוק: "נפש כי תחטא בשגגה מכל מצוות ה' אשר לא תעשינה ועשה מאחת מהנה ןהביא קורבן". במקרה הזה, **מיוחסת השגגה לחטא**.

אומר הרמב"ן, בעבירת הרצח התורה מייחסת את השגגה להכאת הנפש. כלומר, אדם שהלך והרג ואומר לא ידעתי שהתורה אוסרת להרוג, נאמר בתגובה; אנו מאמינים שלא ידעת, כלומר – לא ידעת שעצם ההריגה היא חטא מפני שלא ידעת שהתורה אוסרת. אלא שעצם ההריגה, הכאת הנפש, הייתה בכוונה. הרגת מפני שרצית להרוג. אולי לא ידעת שאתה עובר על ספר החוקים, אבל ידעת את מעשייך וידעת שאתה הורג ובכך נוטל נפש מן החיים. הגדרת השוגג על פי התורה בעבירת הרצח, מתייחס להכאה ולא לעצם החטא. ולכן אומר, אדם שהרג בנסיבות של אי ידיעת הדין, אנו לא מחשיבים אותו כשוגג, מפני שאיננו עומד בהגדרה שוגג בעבירה שמיוחסת להכאה. לעומת זאת, בעבירות אחרות, המתייחסות לקורבן – למי שחוטא בשגגה, כמו מי שחילל שבת, עבד עבודה זרה וכיו"ב ולא ידע שזה אסור, נייחס שגגה.

התשובה היא טובה, אך איננה מספקת. היא נותנת מענה לשאלה מדוע חז"ל הבחינו, שכן למדו הם מפסוקי התורה. אלא שעדיין ישנו קושי בשאלה מדוע התורה בחרה לבצע הבחנה בין השניים.

הבדל נוסף שנזכר בקרב הראשונים, הוא הסבר מהותי יותר והוא לדעת הריטב"א שטוען כי אין הבדל בין עבודה זרה כדוגמא לכל העבירות האחרות, ובין רצח. והכיצד? הלא הגמרא אומרת אחרת.

אומרת הריטב"א – לא בין שני סוגי העבירות, אלא בין שני הסוגים של אומר מותר – של אי ידיעת הדין. האחד, שאיננו יודע שהדבר אסור, לא מכיר את ההלכה כלל ולא למד אף פעם שאסור להרוג. והאחר, שלמד וידע שאסור להרוג, אך לא ידע שאסור להרוג בנסיבות הללו. טעה, שגה, אך לא ידע – חשב שאם רואה מחבל שעשה פעולה נוראה ואימה, אזי מותר לו להרוג.

ושני המצבים נראים מסוכנים למדי; שכן אם אומר אדם לא ידעתי שאסור להרוג, הרי שעשויים לבוא עוד רבים אחרים ולטעון כמוהו ובעקבות כך להרוג. וכאשר מדובר על עניין נסיבות, הרי שגם מצב שכזה הוא מסוכן, שכן כל אחד יכול לפרש נסיבות עובדתיות מסוימות בצורה אחרת, ויחליט על פיהן להרוג. מה שכן, המצב השני הוא בעייתי פחות, שכן הוא מצמצם את הסיטואציות של ההריגה.

אם כן, אומר הריטב"א, כי ההבדל בסוגיות הוא לא ההבדל בין העבירות הללו לאלו, אלא עיסוק בסוג שונה של עבירות. במקרה כזה, שלא ידע אדם שהדבר אסור – הוא ייחשב כקרוב למזיד ולא לשוגג. ובסוגיות כמו השבת, כאשר אמרו שוגג, כנראה שהתכוונו לטעות בפרט מפרטי הדין. כלומר, לא שלא ידע על קיומה של השבת, אלא שלא ידע כי אסור לכתוב בשבת.

דבריו של הריטב"א אינם מקובלים על דעת שאר הראשונים, והם עדיין מחפשים תשובה לשאלה, האם יש הבדל קטגורי בין שני סוגי העבירות. ונראה שכן;

כאשר אדם איננו יודע, ל אלמד, ולא ידע שאסור לאכול בשר וחלב, אין כל סיבה שיעלה על דעתו שאסורים הם באכילה, לולא לימדה אותו תורתו. וכך הוא הדין גם בעבירת השבת. כאשר לא ידע, לא עבר את העבירה, וגם לא הייתה לו שום כוונה רעה לעבור את העבירה או לעשות משהו שהוא סוטה מנורמות רגילות יומיומיות.

אך כאשר להריגה, יש להניח שגם לולא התורה הייתה אוסרת להרוג, רובנו לא היינו הורגים. וכאשר ראובן הולך להרוג את שמעון בכוונה, גם אם איננו יודע שהתורה אוסרת ועל כן מעשהו ייחשב כעבירה, הוא עדיין מתכוון בנטילת חייו, עדיין מתכוון לעשות את הנזק שאותה עבירה באה למנוע, מבלי שידע שזוהי עבירה.

15. במדבר, ה, יא-יג

וידבר ה' אל משה לאמר: דבר אל בני ישראל ואמרת אליהם איש איש כי תשטה אשתו ומעלה בו מעל: ושכב איש אתה שכבת זרע ונעלם מעיני אשה ונסתרה והיא נטמאה ועד אין בה והיא לא נתפשה:

על פי ההלכה, חל איסור על אישה נשואה לקיים יחסי אישות עם גבר שאיננו בעלה. ואם עשתה כן, ועשתה זאת במזיד, והיו עדים למעשה, שניהם נידונים לעונש מוות. במרבית המקרים עונש המוות איננו מיושם מפני שתנאי הסף הפרוצדוראליים הם נושקים מאוד, עד כדי שהמשנה אומרת כי סנהדרין שהורגת אחת לשבע שנים, ויש האומרים שבעים שנה, היא סנהדרין שנחשבת נוקשה.

אך גם אם עונש המוות איננו מיושם, ישנה תוצאה נוספת לביצוע העבירה והיא הדין שאישה כזו **אסורה לבעל ולבועל**. זאת אומרת, שלבעלה אסור להמשיך לחיות איתה והוא חייב לגרשה, ואסור יהיה לה להתחתן ובוודאי שלא לקיים יחסי אישות, עם הבועל.

המשנה מתייחסת למקרה של אישה המקיימת יחסי אישות עם מי שאיננו בעלה בשוגג ומתארת את המצב הבא;

16. משנה מסכת יבמות פרק ג משנה י

שנים שקדשו שתי נשים ובשעת כניסתן לחופה החליפו את של זה לזה ואת של זה לזה הרי אלו חייבים משום אשת איש היו אחין משום אשת אח ואם היו אחיות משום אשה אל אחותה ואם היו נדות משום נדה ומפרישין אותן ג' חדשים שמא מעוברות הן ואם היו קטנות שאינן ראויות לילד מחזירין אותן מיד ואם היו כהנות נפסלו מן התרומה:

בחתונות בתקופה הקדומה, במקרה הטוב נפגשו הבעל והאישה העתידים להינשא, בטרם נישואיהם פעם-פעמיים אולי, ובמרבית המקרים האחרים, לא נפגשו כלל. ולכן, בנסיבות שכאלו, יכול להתרחש המצב המתואר לעיל, בו התחלפו הבעלים והנשים בחופותיהם ובסופו של דבר קיימו הנשים יחסי אישות עם מי שאינם בעליהן. והמצב הוא אפשרי ומתקבל על הדעת, כך למשל יעקב אשר חשב שהוא מתחתן עם רחל ובסופו של עניין גילה כי התחתן עם לאה, והוא דווקא כן הכיר אותן הכרות מוקדמת ["שבע שנים" (רפי קרצ'מר)].

אומרת המשנה, אישה שקיימה יחסי אישות עם מישהו שאיננו בעלה בשוגג, כמו הדוגמא שלעיל, כלומר – טעות במצב דברים עובדתי, היא איננה נאסרת לבעל. בדוגמא הזו, היא איננה אומרת שחשבה שאסור. היא יודעת שאסור, אבל התבלבלה וחשבה שזהו בעלה. מצב דברים אחר, הוא מקרה בו לא הייתה טעות בעובדה, האישה ידעה שאיננו בעלה, אך אל ידעה שאסור לה. ודווקא למקרה שכזה הגמרא איננה מתייחסת אלא דווקא הראשונים.

תשובתו של המאריק,
מתייחס לפסוק

15. במדבר, ה, יא-יג

וידבר ה' אל משה לאמר: דבר אל בני ישראל ואמרת אליהם איש איש כי תשטה אשתו ומעלה בו מעל: ושכב איש אתה שכבת זרע ונעלם מעיני אשה ונסתרה והיא נטמאה ועד אין בה והיא לא נתפשה:

המהרי"ק, רבנו הרב רבי יוסף קולון, מתייחס לפסוק המובא במקרא ואומר עליו כך;

19. שו"ת מהרי"ק סימן קסז

ואשר שאל מהר"ריל יצ"ו באשה שזנתה תחת בעלה ברצון והיא לא ידעה אם יש איסור בדבר אם יחשב שוגג עכ"ל לעניות דעתי נר' דאין לזו דין שוגגת להתירה לבעלה כיון שהיא מתכוונת למעול מעל באישה ומזנה תחתיו דהא לא כתיב איש איש כי תשטה אשתו ומעלה מעל בה' דלשתמע דוקא במכוונת לאיסור אלא ומעלה בו מעל כתיב. (ב) ומה שכתב רבינו משה בפרק כ"ד דהלכות אשות מאשה שזנתה תחת בעלה בשגגה או באונס שהיא מותרת לבעלה היינו דוק' כגון ששגגה בגוף הזנות ולא ששגגה באיסור דוק' דהתם לא קרינן בה מזנה תחת בעלה בשגגה כיון שהיא מתכוונת לזנות אלא שאין יודעת שיש איסור בדבר והיכי דמי מזנה בשגגה כגון שהיא סבורה שהוא בעלה ונמצא שהוא אדם אחר.

המהרי"ק מתאר מצב בו רצתה האישה בקיום יחסי אישות עם מי שאיננו בעלה, אך לא ידעה שהדבר אסור לה. האם במקרה כזה, היא נאסרת לבעלה או שמא דינה הוא כשוגגת? לדעתו של המהרי"ק, אין להתירה, שכן היא איננה שוגגת אלא חמורה מכך, ולכן אסורה היא לבעלה. ומדוע? כיוון שאולי לא ידעה שמבצעת עבירה ולא התכוונה לבצע דבר איסור, אך בהחלט התכוונה למעול, לבגוד ולפגוע בבעלה וכנראה גם בחיי הנישואין שלהם.

17. שו"ת הרשב"א חלק א סימן אלף קפט

שאלת אשה שהיתה משודכת לראובן. וראובן זה סעד בבית חמיו ובקש ממנו שיושיב המשודכת שלו עמהן בשולחן ולא רצה חמיו להושיבה עמהם עד שיתן לה טבעת. ונתנית טבעת הוא אצלם כנתינת קידושין וזה פשוט אצלם. ונתרצו בכך ראובן ואבי הנערה והיא בוגרת. והביאה לפניהם ונתן לה ראובן טבעת בפני כל המסובין. והיו בתוך אותן המסובין קרובים שהיו פסולים להם לעדות. לימים נתחדשו ביניהם סבות והלכה ונשאת לשמעון בלי שנתן לה ראובן גט והולידה משמעון בנים. לימים בא ראובן והביא עדים שנתן לה טבעת ושכפניהם היו הדברים. הודיעני כיון שהיו שם קרובים מי נימא שכל העדות בטלה כאותה שאמרו מה שנים נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה אף שלשה נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה. או דילמא לא אמרו שם אלא בשנתכוונו להעיד וכדאמרין דאמרין להו למיחזי אתיתון או לאסהודי אתיתון. ועתה גם כן לא באו הקרובים להעיד בשעת קבלת עדות. גם הודיעני אם נתן עכשו ראשון גט אם היא מותרת לשני דחשבינן לה כאנוסה ומותרת היא לראשון וכיון שהיא מותרת לבעל כך מותרת לבעל או נאמר שתצא מזה ומזה.

תשובה כל שהדבר מפורסם אצלם שנתנית הטבעת סתם בתורת קידושין היא גם זו ודאי שהיתה משודכת לו וקבלה טבעת סתם הרי היא מקודשת. ועוד כיון שהאב הקפיד בדבר ודאי משמע שלכך נתכוון. כי מה הקפדה היתה לו בנתינת טבעת אחת בלתי אם נתכוונו לקידושין. ואף על פי שהיא בוגרת כל שנתכוון האב לקבל קידושין מן הסתם גם הוא הודיעה והרי זה כמדובר עמה על עסקי קידושיה ואף על פי שנתן לה סתם מקודשת. דקיימא לן כר' יוסי דאמר היה מדובר עמה על עסקי גיטה וקידושיה ונתן לה גיטה וקידושיה ולא פי' דיו. וכל שכן שהדבר מפורסם ביניהם שכל נתינת טבעת ממשודך למשודכת אינו אלא קידושין. ואף על פי שהיו במסיבה קרובים לעולם אין הכשרין נפסלין מחמת הקרובים אלא באחד משני עניינים... והילכך אשה זו מקודשת גמורה היא לראשון ואם נשאת לאחר תצא מזה ומזה וכל הדרכים הללו בה. ואם תאמר אנוסה היא זו שלא ידעה שתהא אסורה להנשא. הא ליתא דהוה לה למידק וכל דלא דייקא תצא מזה ומזה. כדאיתא בפרק האשה רבה (דף צ"ג ב') ומשום דלא דייקא ואנסיבא לא אמרין אנוסה היא זו. ואם תאמר א"כ מיכל בת שאול איך הותרה לדוד. זו אינה דומה לזו דהתם אנוסה גמורה היתה שאנוסה שאול והשיאה לפלטי והיא על כרחא נבעלה וכענין אסתר אצל אחשוורוש. אי נמי התם טעות גמור של הוראה היא שהורו לה בבית דינו של שאול דמלוה ופרוטה דעתו אמלוה. ועל הוראה זו נסמכה וטעות כזה כאנוס הוא. אבל זה אי זה אנוס היה שתסמוך עליו לינשא. אם כן כל הנשים שזינו נתיר ונאמר סבורה היתה שאינה אסורה בכך. וזה דבר ברור.

על פי ההלכה לקשר בין איש לאישה שלושה שלבים; השלב הראשון הוא חסר משמעות מבחינת דיני האישות, והשניים האחרים נוגעים לקשר האישי בין בני הזוג; השלב הראשון, הוא שלב השידוכים – החלטה והסכמה על החתונה, בשלב זה באים לידי ביטוי תנאים כלכליים. הוא השלב הדומה לשלב האירוסין של ימנו, במובן בו לאחריו כל אחד מהצדדים יכול ללכת

הביתה ואיננו צריך גט [תכתבי, תכתבי, זה חשוב לך" (רפי קרצמר, לרונה רוזן, שהבין שלו זה כבר אבוד)].

השלב הבא הוא שלב האירוסין, קידושי הכסף, דהיינו – נותן הגבר לאישה שווה פרוטה בפני שני עדים, והיא מסכימה להתקדש לו. מרגע זה אסורה היא לכל העולם, וגם לבעלה לעתיד.

והיה ותרצה להתחרט, תצטרך לקבל גט [ואם היא רעבה – תקבל בגט" (רפי קרצמר, משהו עובר במוח היפה

הזה חוץ מאוכל???)

השלב האחרון הוא שלב הנישואין, בו הזוג מתחיל לחיות ביחד כזוג נשוי והאישה מותרת לו ולכל העולם.

בפני הרשב"א מובא המקרה הבא;

אישה הייתה משודכת, קרי מאורסת. והחתן המיועד הגיע לבין חמו לעתיד, ומציע – כל כך נחמד ויפה, כולנו אוכלים פה יחד, עם עוד כמה מסובים סביב השולחן, מדוע זה שלא תביא את הכלה המיועדת שתשב עימנו לשולחן. אומר לו חמו, מה פתאום?! לא מביא, עד שלא תביא טבעת.

ובעבר, נתינת הטבעת הייתה נוהג לקידושין.

חשוב לשים לב, כי האב אמר לו – הבא טבעת, ולא אמר לו "קדש אותה".

וראובן, החתן המיועד, מרגע את האב ואומר שהכל בסדר, הטבעת אצלו. הבא את הכלה לעתיד.

והכלה, כך מוזכר, בוגרת מבחינת הגיל הכרונולוגי, בת 12.5 ובהיותה בוגרת היא ברשות עצמה ואיננה צריכה להתקדש אצל אביה, אלא אם מעוניינת בו כשליח. עם זאת, כל המשא ומתן המקדים, היה שלא על דעתה של הילדה. ופתאום נכנס האב ואומר לה – בואי לשולחן. והבחורה נכנסת לחדר, ואומר לה ראובן – הנה קחי לך טבעת.

עוד מתואר כי שאר המסובים היו קרובים, כלומר הם פסולים לעדות בהיותם כאלו. וכדי שקידושין בין איש לאישה יהיו תקפים, יש הכרח בשני עדים נוכחים בזמן הקידושין, שהם לא רק עדי ראייה אשר מטרם להביא ראייה אם מתעורר ויכוח, אלא הם עדי קיום – בלעדיהם אין כל תוקף משפטי לפעולה. והעדים הללו, חייבים להיות עדים כשרים, שאינם קרובים של אחד הצדדים.

בין בני הזוג החלו מריבות ודרכיהם נפרדו, והעניין נשכח.

בינתיים, התחתנה האישה עם אחר, מבלי שנתן לה ראובן גט, ואף הולידה לו בנים. והתוצאה כעת היא קשה עוד יותר, בגלל העובדה שהילד נושא בתוצאה של היותו ממזר, מבלי שחטא כלל. לימים חוזר ראובן העירה, ומביא עמו עדים שנתן לאישה טבעת והיו עדים, והנה מה את עושה, הרי את אשתי, כיצד זה התחתנת עם גבר אחר.

והשואל, שואל לדעת הרשב"א, אשר קובע כי הקידושין תקפים. טענת העדים והיותם פסולים או כאלו שאינם, נדחית וזוהי קביעתו של הרשב"א. ומוסיף ושואל השואל, כי אם נניח שהקידושין הם קידושין, והדין של עד פסול איננו חל במקרה זה, לילד כבר לא נוכל לעזור – הוא יישאר ממזר. אבל, למה לא לנסות לפתור את בעיית האישה? והבעיה היא שעקרונית, אישה שקיימה יחסי אישות עם מי שאיננו בעלה, אסורה לבעל ולבועל. ולכן, בעלה צריך לגרשה (ועם זה אין בעיה כי כנראה שהוא גם לא רוצה בה), אך גם שמעון יהיה עליו לגרשה, ומה על הילד? לא רק שממזר הוא, גם יגדל בלי אביו בבית? התוצאה הזו היא קשה הרבה יותר.

ואולי יש לבוא ולומר כי האישה היא שוגגת במובן אנוסה, ואם כך הרי שאיננה נאסרת.

ואכן כך טענה האישה, שהיא שוגגת. היא חשבה שאיננה נשואה, לא ידעה שהאקט שהיה בינה ובין ראובן באותו היום, היה אקט של קידושין, הרי דובר רק על טבעת, חשבה זו מתנה.

רשב"א איננו מקבל הצעה זו, וקובע כי הדבר ידוע ומוכר בכל העיר, ונתינת טבעת ידוע לכל, היא אקט של קידושין. אף אחד לא מקדש באמצעות עט, שעון או שרשרת. כולם נותנים טבעת. ולכן, במקרה הזה, לא רק שהנוהג המקובל הוא מתן טבעת, אלא יתרה מכך; הבחור ביקש מן האב, הבא אותה. ומה היה התנאי? דמי כניסה? לא. טבעת.

וניתן להקשות ולומר, כי אין הכרח שהילדה ידעה. אבל בבחינה נוספת, טענה זו איננה מתקבלת, מפני שסביר כי לפני שהגיעו האורחים, אמר האב לבתו – אינך יוצאת מן החדר. ופתאום נכנס ואמר לה צאי.

אז נכון, אמנם לא אמר לה "מקודשת ליי", אך מאחר ועסקנו בענייני קידושין, גם אם לא אמר לה מפורשות, כנראה שלכך התכוון.

ואל תוכל לומר אנוסה היא, ולא ידעה שאסור לה. קובע הרשב"א – היה עליה לבדוק. ומשום שלא בדקה ולא שאלה על מצבה, איננו מתיר לה הרשב"א להינשא לגבר אחר.

נביא לצורך עניינו, את מקרה דוד המלך ומיכל; הפלשתים נלחמו בעם ישראל, ושלחו עליו את גולית. אף אחד מחיילי ישראל לא הסכים להתמודד מולו, עד ששאל המלך הבטיח כי מי שיסכים להתמודד למול גולית, וינצח, יקבל את בתו מיכל לאישה. ודוד מתנדב, וכידוע מצליח.

שאלו, שאיננו אוהב את הצלחתו של דוד, בלית ברירה משיא את מיכל ביתו לאשת דוד. וכך מתנהל מאבק ארוך זמן בין שאל ובין דוד, ושאל כאקט סמלי לוקח את מיכל בתו ומשיא אותה לגבר אחר. איך?! הלא היא כבר נשואה לדוד! ["מלך!!!"] (חבורת הזבל).

כנראה שהלך שאל לבית הדין, תיאר את המקרה, וזה טען שהקידושין אינם תופסים משום שהייתה בעיה ועל כן שאל יכול לחתן את ביתו עם איש אחר. ולימים, נפטר שאל, ודוד מולך חלקית על עם ישראל. ומאבק מתמיד בין אנשי שאל ובין אנשי דוד, עד שמבקשיו אנשיו של שאל שדוד ימלוך על כל ישראל. ובטרם מסכים לכך דוד, הוא מבקש את מיכל בחזרה. והם עושים כבקשתו. איך?! הלא היא נשואה לאדם אחר! ["מלך!!"] (חבורת הזבל).

כנראה שגם כעת, ניגש דוד לבית הדין ושאל לדעתם, והם חזרו בם ואמרו כי הקידושין הנוכחיים אינם קידושין, ולכן יכול הוא לקחת אותה לאישה.

ומיכל במקרה הזה נחשבת כאנוסה, שהרי הסתמכה על פסק דין שניתן. הלך שאל באחת לבית הדין, כינס את הסנהדרין, שאל האם תופס או לא תופס, וניתן לו פסק הלכה – לא תופס. הלך באותה מידה דוד לבית הדין בשנייה, כינס את הסנהדרין, שאל האם תופס או לא תופס, וניתן לו פסק הלכה – לא תופס. אשר חזר בו מספק ההלכה הראשון.

אומר הרשב"א, שם זה בסדר – מיכל טעתה. אבל לאישה הזו, המתוארת בסיפורנו, איננו מאמין. לא יכול להיות, לפי מצב הדברים המתואר, שלא ידעה – באה במיוחד, טבעת, הבינה, ידעה, עצמה עיניים ובחרה להתחתן עם אחר.

22. שו"ת אגרות משה חלק אה"ע א סימן נד

הנה בדבר האשה אשר נודע אחר שכבר ניסת בתור אלמנה שהיה לה בעל קודם שניסת לזה שמת ולא נתגרשה ממנו בגט כדמו"י והוא חי והשתדל כתר"ה והשיג גט מהראשון ועתה השאלה אם מותרת לזה שניסת עתה אף שהוא בועל משום שאומרת שחשבה שהיא מגורשת גם בדיני ישראל מחמת שאשה אחת באה אליה זה הרבה שנים ונתנה לה ניר לחתום עליו שרוצה להתגרש ממנו ושתחתום בשם היהדות ובאותיות של עברית ובזה היא מגורשת ומחסרון ידיעתה חשבה שזה אמת שהיא מגורשת ונמצא שהיתה שוגגת וכתר"ה אומר שניכרין הדברים וברור לו שאומרת אמת שכן היתה סבורה.

והנה זה ודאי שאין זה ענין לזינתה שהיתה סבורה שמותרת לזנות שאיפסק ברמ"א סי' קע"ח סעי' ג' שהוי כמזידה ואסורה לבעלה דהטעם הוא משום דלא כתיב ומעלה בה' אלא ומעלה בו כדאיתא בב"ש ובהגר"א והוא ממהרי"ק דהכא מה שאמרה מותר הוא משום שחשבה שהיא מגורשת ואינו שוב בעלה ואין זה מעילה בו, וא"כ ליכא בשוגגת כזה איסור דאורייתא להבועל.

... וכיון שהוכחתי שבטענה שהיא מגורשת אינו מטעם קנס אלא מצד שלא יאמרו שהיה גט כשר אין שייך זה בטענה על איזה מעשה שנעשה שהוא גט דע"ז הא אין לטעות שגם אחרים יאמרו שהיא מגורשת אפשר אין לאסרה לא לראשון ולא לשני מאחר שהיתה שוגגת שלא נאסרת מדין סוטה וכיון שהוא רק איסור דרבנן היה ראוי לסמוך ע"ז.

אבל בעובדא זו קשה להאמין לה שטענה בדבר זה כזה לחשוב שכזה מתגרשת ותסמוך על אשה אחת להאמינה שלא בשאלת חכם ובפרט שידועה לאינה חוששת באיסור אשת איש שהרי כמה שנים היתה נשואה לאחר קודם שחתמה על ניר שהאשה נתנה לה. אך אולי אינה חשודה לרמות שלהשני הא הגידה שהיא א"א אך גם הוא לא חש להאיסור וא"כ לבעל זה השלישי שלא הגידה לו הוא מטעם שחשבה שהיא מגורשת ע"י חתימתה על הניר. אבל מאיזה טעם לא נחשדנה שגם תרמהו מצד חפצה להנשא לו ולכן למעשה קשה להתירה אם לא שידוע זה לכתר"ה בברור לא ע"י השערות בעלמא.

ההלכה מדברת על אישה שמבחינת הנתונים העובדתיים הייתה נשואה לאדם אחר וביצעה אקט של כעין גירושין מבעלה הראשון. לאחר מכן התחתנה עם בעל אחר, וזה מת. ובסופו של עניין התחתנה עם גבר שלישי.

אלא שלפי ההלכה נקבע כי לא הייתה גרושה מן הראשון, וכיוון שלא קיבלה גט כראוי, הרי שהיא אסורה לבעלה ולבועלה. שוב, עם הבעל אין לנו בעיה – כי ההנחה היא שגם הוא לא מעוניין לחיות עמה, אלא מה עושים עם בועלה? ההלכה מחפשת דרך להתיר לה לחיות עם בעלה השלישי. והסיבה היא, שאם עושה זאת בשוגג הרי שמדובר בטעות בעובדה, ועל כן איננה נאסרת. וטוענת האישה, נפלה טעות בידה – חשבה שהיא מגורשת. והיא מספרת סיפור מעשה על פיו מישהי החתימה אותה על מעין מסמך, לאחר שברחה מבעלה הראשון, ועברה לחיות עם השני. ואמרה לה שתחתום על מסמך זה בעברית, והנה היא תהיה מגורשת מבעלה הראשון, לפי ההלכה. ולכן, הטעות היא בדין הלבר-פלילי, ולא הדין הפלילי. שהרי אין זה שלא ידעה שבהיותה נשואה לאחד, אסור לה לחיות עם אחר. את הדין ודאי שידעה ולא תכננה לעשות אחרת. אלא שטעותה, לטענתה, הייתה טעות בדיני הנישואין והגירושין, וחשבה שלפי דינים אלו מעמדה הוא כשל גרושה, ועל כן מותר היה לה להינשא לבעלה השני.

ותשובתו של הרב משה פיינשטיין, היא שאם מדובר באי ידיעה של הדין הפלילי, הרי שהיא נאסרת. מפני שהיא מעלה בו מעל בעוד שהיא מתכוונת למעול בו ובנישואיהם. וגם אם לא ידעה שזה אסור, ידעה מהם מעשיה. אלא שבמקרה שכזה, יש להגדירה כשוגגת בגין טעות במצב דברים עובדתי. הטעות הייתה בהגדרה ההלכתית במובן בו לא ידעה שהיא מוגדרת כנשואה, וחשבה שהיא איננה כזו אלא גרושה.

אלא שבסופו של עניין, בחר הרב במקרה הספציפי הזה, שלא להכשיר את האישה להיות מותרת לבעלה. והסיבה היא משום שדווקא במקרה הזה, הוא מתקשה להאמין לאישה. באופן עקרוני, הוא קובע – היה מאמין לה שלא ידעה שהיא עדיין נשואה, ואז היה מכשירה ומגדירה כשוגגת. אלא שהפעם הוא איננו מקבל את הטיעון מבחינה עובדתית – הרב חושד בה שידעה שהיא עדיין נשואה ובכל זאת הלכה והתחתנה עם השלישי, במחשבה שאף אחד לא יגלה ולעולם לא ידע. ומדוע? מפני שסיפורה נשמע לו מופרך, ונוסף על כך, בחישוב הזמנים נראה כי כבר ברחה עם בעלה השני, ורק לאחר מכן, לפי הסיפור, הגיע האישה והחתימה אותה על אותו המסמך שגרם לה לחשוב שהיא גרושה.

שומרים

1. שמות פרק כב

(ו) כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור ונגנב מבית האיש אם ימצא הגנב ישלם שנים:
(ז) אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו:
(ח) על כל דבר פשע על שור על חמור על שן על שלמה על כל אבדה אשר יאמר כי הוא זה עד האלהים יבא דבר שניהם אשר ירשיען אלהים ישלם שנים לרעהו: ס
(ט) כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שן וכל בהמה לשמור ומת או נשבר או נשבה אין ראה:
(י) שבעת יקנן תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ולקח בעליו ולא ישלם:
(יא) ואם גנב יגנב מעמו ישלם לבעליו:
(יב) אם טרף יטרף יבאהו עד הטרפה לא ישלם: פ
(יג) וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם:
(יד) אם בעליו עמו לא ישלם אם שכיר הוא בא בשכרו: ס

הפסוקים המובאים בתורה, מחולקים לשלוש פרשות ואירועים שונים המתארים את דיני השומרים בתורה.

המקרה הראשון, מתאר מצב של אדם אשר נותן לאדם אחר לשמור על חפץ או כלי השייך לו. **והחפץ או הכלי נגנבו מביתו של השומר.** ואם יימצא הגנב, לא מתעוררת בעיה ודינו כדין כל גנב בתורה – ישלם כפל לבעליו של החפץ. ואם לא יימצא הגנב, ויוכיח השומר באמצעות **שבעה שלא שלח ידו במלאכת רעהו ולא התרשל במשימת השמירה – יהיה פטור מתשלום.** בעוד שאם מעדיף הוא שלא להישבע, יכול להביא איזושהי הוכחה שאכן לא עשה כן, וגם אז יהיה פטור מתשלום. ואם עשה איזושהו שימוש בחפץ, לא יהיה פטור, אלא חייב בתשלום לבעליו. נשאלת השאלה, האם אדם שאנו חושדים בו שגנב, נוכל להאמין לו בשבועתו. אם כן, התשובה ההלכתית לכך היא חיובית, מפני שאדם אשר חשוד על ממון איננו בהכרח חשוד על שבועה, וזאת משום שהשבועה נתפשת בדבר קשה מאוד וחמור מאוד, שאנשים בדרך כלל נוהרים ממנו. כאמור, אם לא ישבע, יהיה חייב בתשלום, למעט מקרים מסוימים המובאים בהמשך.

המקרה השני, מתאר שומר אשר **שומר על בעל חיים של חברו,** ובעל החיים **אבד או מת.** והטענה היא טענת **אונס,** קרי **היעדר רשלנות.** טוען השומר, הוא עשה כל שביכולתו כדי לשמור על בעל החיים, ואילו זה – מת מיתה טבעית, או לחילופין, המלך החרים את כל בעלי החיים בעיר, ואין כל עדים (שכן, אם היו עדים לא הייתה מתעוררת כל בעיה). במקרה כזה, אומרת התורה, **השומר יישבע כי החפץ נאנס ולא שלח ידו במלאכת רעהו, לא עשה בו שימוש או התרשל בשמירתו,** ויהיה פטור. ואם מדובר במיתה של בעל החיים, בעליו יכול לקחת את אשר נותר ממנו, ואילו השומר איננו חייב לפצות את בעליו על הנזק.

המקרה השלישי, מדבר על **שומר-שואל**, אשר **שאל חפץ מרעהו**. ולכן, אם הבעלים איננו עמו והחפץ או בעל החיים מת מיתה טבעית, **יהיה הושאל חייב**.

אם כן, לסיכום המקרים; במקרה הראשון, יהיה חייב השומר אם פשע, ופטור בשאר המקרים. במקרה השני, יהיה חייב השומר אם פשע, ואם נגנב החפץ, אך פטור בנסיבות של אונס והיעדר רשלנות. ואילו במקרה השלישי, מדובר במי ששאל, ועל כן יהיה חייב גם בנסיבות של אונס.

2. רשב"ם שמות פרק כב

ולפי פשוטו של מקרא פרשה ראשונה שכת' בה כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור, מטלטלין הם ולשומרם בתוך ביתו כשאר חפציו נתנן לו. לפי[כך] אם נגנבו בביתו פטור, כי שמרן כשמירת חפציו. אבל פרשה שנייה שכת' בה כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור, ודרך בהמות לרעות בשדה, ודאי כשהפקידם, על מנת לשומרם מגנבים הפקידם לו, ולכן אם נגנבו חייב:

מסביר הרשב"ם את ההבדל בין הקבוצה הראשונה של הפסוקים ובין השנייה **כנובע מנשוא חפץ השמירה**. כלומר, החפץ עליו התבקשו לשמור; האם מדובר בחפץ דומם או בבעל חיים. ואכן, אם מדובר על חפץ מיטלטלין, הרי הדרישה מן השומר היא שיניח את החפץ בביתו ביחד ולצד חפציו שלו, ואם יצא מן הבית ינעל את החפצים בפנים. ואם כך עשה, הרי שזו שמירה ראויה, ואף אחד לא מצפה משומר שיעשה יותר מכך. ולכן, אם נגנב החפץ הרי שאי אפשר לחייב את השומר באחריות על הגניבה, שכן קיים את הסכם השמירה ועשה את אשר צופה ממנו.

לעומת זאת, כאשר הבעלים נותן לשומר בעל חיים שישמור עליו, הסיבה שנותן לו היא דווקא לצורך שמירתו מפני גנבים, שכן בעל חיים מעצם טיבו וטבעו מסתובב בחוץ, צריך לצאת למרעה ואף אחד לא יחזיק בעל חיים בתוך הבית. ולכן, אם כל מה שעשה השומר הוא לתת לבעל החיים להסתובב בחוץ, או אפילו שם אותו בביתו, ולא טרח להגן עליו מפני גנבים, הרי שלא עשה דבר יותר מאשר יכול היה לעשות בעליו של בעל החיים. לכן, הצפייה משומר שכזה היא להפעיל את המאמצים המתאימים כדי למנוע את הגניבה מצד אחד, ואם לא הצליח למנוע אותה, אז יהיה חייב הוא לפצות את בעליו של הבהמה באם קרה לה דבר מה. ההנחה היא שבעליו של הבהמה מבקשים להטיל אחריות כבדה יותר על השומר.

פירוש חז"ל

כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים וגו' - בפרשה זו פוטר את השומר מגנבה ואבידה ובפרשה שנייה מחייבו בגניבה ואבידה, ופירושו רבותינו ראשונה בשומר חנם, שניה בשומר שכר.

ואילו **חז"ל**, בבואם לפרש את ההבדל, או לנסות לתרץ אותו, דיברו דווקא על **סוג השומר**; וכאשר מדובר ב**שומר חנם**, כמו זה המדובר בפרשה הראשונה, הרי מספיק שישבע ויהיה חייב בתשלום רק אם פשע. בעוד שכך, **שומר שכר**, כמו זה המופיע בפרשה השנייה, רמת האחריות שלו היא גבוהה יותר, ולכן הצפייה ממנו היא שיהיה חייב בכל מקרה בו ייגנב החפץ. בעסקת **שומר חנם, התועלת וההנאה היא רק לבעלים**. אך עדיין, אם התרשל בשמירתו, יהיה חייב כלפי בעלי החפץ וזאת גם אם עשה זאת בתור טובה ובחנם, שכן הוא מחויב כלפי הבעלים לשמור על החפץ ברמה סבירה.

בעוד שכך, בעסקת **שומר שכר, שני הצדדים מפיקים תועלת** – הן הבלעים שכן הוא זקוק למישהו שישמור לו על החפץ, והן השומר שכן הוא מפיק תועלת מן השכר שמקבל. ומאחר שיש כאן תועלת ישירה גם לשומר, הרי שרמת האחריות שלו היא גבוהה יותר, ולכן יהיה חייב לא רק בנסיבות בהן פשע בשמירה והתרשל, אלא גם בנסיבות של אונס – של גניבה ואבידה. ואילו באשר ל**שואל**, הוא **חייב גם בנסיבות של אונס** ומעמדו הוא כמעמדו של שומר שכר, שכן בדומה לו גם הוא נהנה מן העסקה בכך שהוא רשאי להשתמש בחפץ, ללא תשלום תמורה לבעליו.

3. תלמוד ירושלמי מסכת שבועות פרק ח דף לח טור ב /ה"א

שתימצא אומר שלש פרשיות הן התחתונה בשואל והאמצעית בנושא שכר והשוכר והעליונה בשומר חנם שואל לפי שנהנה את הכל משלם את הכל נושא שכר והשוכר לפי שנהנה מקצת ומהנה מקצת נשבע מקצת ומשלם מקצת שומר חנם שאין לו הנייה נשבע ויוצא

אומר התלמוד ומסדר את הפרשיות; הראשונה עוסקת בשומר חנם, השנייה בשומר שכר והשלישית בשומר שואל.

על **שומר שואל** אומר התלמוד, **האחריות היא מוחלטת**, ויהיה הוא חייב אפילו בנסיבות של אונס. אך ישנן כמה נסיבות בהן יהיה פטור. שהרי הנאתו של שומר שואל היא כשל שומר השכר, ועל כל ישלם תמיד. על **שומר שכר** אומר התלמוד, אם יישבע בטענה של אונס, יהיה פטור וישלם רק כאשר מדובר בגניבה ובאבידה, שכן יש כאן הנאה לשני הצדדים – גם לשומר וגם לבעלים. על **שומר חנם** אומר התלמוד, נשמע תמיד ופטור, למעט מקרים של פשיעה.

ומה באשר לחמת מלאכה?

כאשר מדובר על **שומר שואל**, כלומר כזה אשר שואל את החפץ או הבהמה מבעליו ומודיע מראש שהוא מעוניין לשאול את החפץ לצורך ביצוע פעולה מסוימת, ובעליו הסכים – הרי שגם אם לא אמר מפורשות, ההנחה היא **שהחפץ מסוגל לעשות את הפעולה לשמה שאל אותו**. כלומר, שיש בכוחו של הרכב לנסוע לירושלים ולחזור. ולכן, אם הרכב התקלקל תוך כדי השימוש בו, קרי הנסיעה, הרי שבמקרה כזה ייחשב **מחמת מלאכה** ולכן לא יהיה חייב.

5. רמב"ם הלכות שכירות פרק א

ארבעה שומרים נאמרו בתורה ושלשה דינין יש להם, ואלו הן הארבעה שומרין שומר חנם, והשואל, ונושא שכר, והשוכר.

ואלו הן שלשה דינין שלהן: ש"ח שנגנב הפקדון ממנו או אבד ואין צריך לומר אם נאנס הפקדון אונס גדול כגון שהיתה בהמה ומתה או נשבת ה"ז א נשבע ששמר כדרך השומרין ופטור שנאמר וגונב מבית האיש וגו' ונקרב בעל הבית אל האלהים, השואל משלם הכל בין שאבד דבר השואל או נגנב בין שארעו אונס גדול מזה כגון שמתה הבהמה השאולה או נשברה או נשבת שכך כתוב בשואל ונשבר או מת בעליו אין עמו * שלם ישלם, נושא שכר או השוכר ב שניהם דיין אחד יש להן אם נגנב או אבד הדבר השכור או שנטל שכר על שמירתו הרי אלו משלמים, ואם ארעו אונס גדול מזה כגון שהיתה בהמה ומתה או נשברה או נשבת או נטרפה הרי אלו נשבעין שנאנסה ופטורין שנאמר ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' וגו' וכתוב אם גנוב יגנב מעמו ישלם לבעליו וגו', נמצאת אומר שומר חנם נשבע על הכל, והשואל משלם את הכל חוץ מן המתה בשעת מלאכה כמו שיתבאר, נושא שכר והשוכר משלמין את האבידה ג ואת הגניבה ונשבעין על האונסין הגדולים כגון שבורה ושבויה ומתה וטריפה, או שאבד הדבר בספינה שטבעה בים או נלקח בלסטים מזויין וכל כיוצא באלו משאר אונסין הגדולים.

המפקיד אצל חברו בין בחנם בין בשכר או השאילו או השכירו אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהן או שכרן הרי השומר פטור מכלום, אפילו ד פשע בדבר ששמר ואבד מחמת הפשיעה ה"ז פטור שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם אם שכיר הוא בא בשכרו, בד"א כששאל הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ אע"פ שאין הבעלים שם עמו בעת הגניבה והאבידה או בעת שנאנס, אבל נטל החפץ ונעשה עליו שומר תחלה ואח"כ שכר הבעלים או שאלן אע"פ שהיו הבעלים עומדין שם בעת שנאנס הדבר השמור ה"ז משלם שנאמר בעליו אין עמו שלם ישלם מפי השמועה למדו היה עמו בשעת השאלה אע"פ שאינו בעת הגניבה והמיתה פטור לא היה עמו בשעת השאלה אע"פ שהיה עמו בעת המיתה או השבייה חייב, והוא הדין לשאר השומרים שכולן בבעלים פטורין אפילו פשיעה בבעלים פטור.

נניח דוגמא בה שואל אדם בהמה מחברו, ומודיע מראש שירכב עליה בדרך אחת – במישור ובסופו של עניין רכב עליה בדרך אחרת – הררית. ובמקרה כזה אם הבהמה התקשה בעלויות ובדרך, ומתה תוך כדי הרכיבה עליה, הרי שיהיה חייב.

ונניח שקיבל אדם את הבהמה כדי לחרוש בה את השדה, ואכן לשם כך השתמש בה ולא עשה דבר חריג מעבר לכך. וסיים את פעולת החרישה, והניח את הבהמה במקומה לנוח, ואז מתה הבהמה. ולצורך העניין, נניח שניתן היה להוכיח שהבהמה מתה כתוצאה מן המאמץ. האם יהיה חייב בתשלום או לא?

ואת אותה שאלה ניתן לשאול גם בכיוון ההפוך; נניח לצורך העניין שבעל החיים או החפץ ניזוק בזמן ביצוע המלאכה, אבל לא מחמת המלאכה. כך למשל, חרש השואל, והבהמה קיבלה דום לב לאחר פעולת החרישה, ונמצא לאחר מכן שהבהמה מתה כתוצאה ממום שהיה בליבה. אם ההיגיון עוסק בחמת המלאכה, הרי שצריך להיות חייב. אלא שלפי הרמב"ם נראה שמדובר על **תוך כדי ביצוע המלאכה, ואין זה מעניין האם היה זה מחמת המלאכה או לא**. אם כן, לפי ניסוחו של הרמב"ם – מיתה בשעת ביצוע המלאכה.

נשאלת השאלה, מדוע אומר הרמב"ם את אשר אומר; את דבריו ניתן להבין בשני כיוונים. כך, אם בעל החיים מת לפני או אחרי, או אפילו תוך כדי – הוכחה של "חמת המלאכה" היא כמעט בלתי ניתנת להוכחה. ולכן, קובע הרמב"ם – חזקה שבעבודה ולא חזקה חלוטה. והשאלה היא האם החזקה ניתנת לסתירה או איננה.

8. רמב"ם הלכות שאלה ופקדון פרק א הלכה א

השואל כלים או בהמה וכיוצא בהן משאר מטלטלין מחבירו ואבד או נגנב אפילו נאנס אונס גדול כגון שנשברה הבהמה או נשבת או מתה חייב לשלם הכל שנאמר וכי ישאל איש מעם רעהו וגו' ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם שלם, בד"א כשנאנס שלא בשעת מלאכה, אבל אם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת ה"ז פטור, אבל אם מתה קודם שיחרוש בה או אחר שחרש בה או שרכב עליה או דש בה ומתה כשהיא דשה או בשעת רכיבה ה"ז חייב לשלם וכן כל כיוצא בזה, וכן השואל בהמה מחבירו לילך בה למקום פלוני ומתה תחתיו באותה הדרך, או ששאל דלי למלאות בו ונקרע בבור בשעת מלוי, או ששאל קרדום לפצל בו עצים ונשבר בעת שפצל בו מחמת הבקוע וכל כיוצא בזה, ה"ז פטור שלא שאל אלא לעשות בו מלאכה זו והרי לא שינה.

אחריות השואל היא כמעט מוחלטת, ויהיה הוא אחראי **אפילו בנסיבות של אונס**. אלא שבמקרים בהם לא יכול היה לצפות או לחזות את התוצאה, לא ניתן לייחס לו אחריות. וכאשר השואל **שינה את מלאכתו לשמה קיבל את החפץ**, בין אם קלה יותר ובין קשה יותר, **לא יחול הפטור של מתה מחמת מלאכה** או מתה בשעת מלאכה.

אם הפטור הוא **מחמת מלאכה**, הרי שגם אם מתה חצי שעה לאחר המלאכה והוכח כי קיים קשר בין הנזק ובין המלאכה **יהיה פטור**. בעוד שאם הניסוח הוא **בשעת מלאכה**, ומתה אחרי ביצוע המלאכה, **יהיה חייב**.

ישנה מחלוקת בין הראשונים באשר לשאלה האם המבחן הוא מתה מחמת מלאכה או בשעת מלאכה. **הרמב"ם – מתה בשעת מלאכה**, בעוד שראשונים אחרים עוסקים על **חמת מלאכה**.

הפטור של מתה מחמת מלאכה הוא ברור, יש כאן היגיון ורציונאל, בעוד שהפטור לשעת המלאכה דורש הסבר. כנראה שפטור זה ניתן, משום שהוא נובע מהקושי בהגדרת סיבות ראייתיות פרוצדוראליות, ולא מסיבות מהותיות. גם הרמב"ם מסכים שמבחינה מהותית הסיבה לפטור היא מתה מחמת מלאכה, אך כיוון שקשה להוכיח הוא מבקש למצוא מבחן אחר, והוא שעת מלאכה.

במשפט הישראלי, הסיבות הראייתיות של שעת מלאכה, מכונות **חזקה שבעובדה**, שניתנת לסתירה. לצורך העניין, אם היא מתה בשעת מלאכה, ההנחה היא שמדובר על חמת המלאכה. ואם ירצה הבעלים להוכיח שלא מתה מחמת המלאכה, יהיה עליו להוכיח שכך הדבר.

9. שו"ת הריב"ש סימן תכג

שאלת: ראובן ושמעון באו לדין לפני ב"ד. ותבע ראובן לשמעון: שהשאל לו בהמה, לרכוב עליה; ושיחזיר לו בהמתו. וטען שמעון ואמר: שהאמת שקבל בהמתו, בתורת שאלה. ושמתה לו בחצי הדרך, בעוד שהוא רכוב עליה, במקום שאין עדים מצויין שם. ושהוא מזומן לישבע על זה. וטען ראובן ואמר: שיש לשמעון לישבע בפירוש: שמתה מחמת עמל הדרך, ולא מחמת שום חולי אחר. וטען שמעון ואמר: שהוא אינו נביא: אם מתה מחמת עמל הדרך, או מחולי אחר. ושהוא פטור, אם ישבע סתם. וכ"כ הרמב"ם ז"ל (בספר משפטים): השואל בהמה מחברו, לילך בה למקום פלוני, ומתה תחתיו באותה הדרך: הרי זה פטור. שלא שאל, אלא לעשות בו מלאכה זו. והרי לא שנה. ע"כ. והסכמת הקהל: לדון על פי פסקי הרמב"ם ז"ל.

הריב"ש, רבי יצחק בר ששת, חי בספרד ובאלג'יר, במהלך המאה ה-14.

השואל, טוען את הטענה שמתה הבהמה מחמת מלאכה, בזמן שרכב עליה השואל במקום שהרשה לו בעליו לרכב עליה. ואין לו עדים, אבל מוכן השואל להישבע.

אך עדיין מתעורר ויכוח בין בעלי החפץ ובין השואל, על נוסח השבועה ועל מה שעל השואל להוכיח. אומר הבעלים, הוכח שהיא מתה מחמת מלאכה כפשוטו. אומר השואל, ומסתמך בדבריו על הרמב"ם, עליו להוכיח כי היא מתה בשעת המלאכה.

טוען הריב"ש, כי השבועה צריכה להיות **מתה מחמת מלאכה**. אך כיצד זה יישבע מחמת מלאכה? השואל הוא לא וטרינר. ואם אנו דורשים שישבע על משהו שאין יכול הוא להישבע עליו, הרי שאנו מצמצמים את הפטור עד מאוד. ולכן, אין ברירה אלא לדרוש שישבע כי מתה בשעת מלאכה. ואם אכן כך, **יהיה פטור**.

מרבית הראשונים ביניהם הריב"ש, אשר חולקים על הרמב"ם, סבורים כי המבחן עומד על **מתה מחמת מלאכה**. אלא שהסכמת הקהל היא לדון בדיני הממונות לפי פסקי הרמב"ם. ולכן, גם מי שחולק על הרמב"ם ואומר שההגדרה היא לא בשעת מלאכה אלא מחמת מלאכה, הרי שבסופו של דבר יפסוק לפי הרמב"ם, שהרי פסיקתו היא המחייבת. ולכן התוצאה היא שלא ניתן לאלץ את השואל להישבע מחמת מלאכה, כפי שפסקו הראשונים.

לסיכום;

אם נאמץ את דעתו של **הרמב"ם מתה בשעת מלאכה**, יוכל השואל להישבע על כך ולכן יהיה **פטור**. בעוד שאם נאמץ את **דעת הראשונים והריב"ש מתה מחמת מלאכה**, לא יוכל השואל להישבע על כך ולכן יהיה **חייב**.

חשוב לזכור, כי שומר הוא לא רק מי שאנו קוראים לו מילולית שומר, אלא כל מי שמחזיק כדון חפץ של מישהו אחר, והוא איננו בעליו. כך למשל, אם שלחנו את המחשב לתיקון, הרי שהטכנאי שעתיד לטפל לנו בו, יוגדר כשומר. שכן בידיו החפץ, אך הוא איננו בעליו. כנ"ל באשר לשומר אבידה.

מכאן, שגם שומר חנם מחויב לשמור, ולכן אם פשע בלשון ההלכה, ולא שמר כמו שצריך **יהיה חייב**. על השומר לשמור **שמירה ראויה כדרך השומרים**;

6. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף מב עמוד א

משנה. המפקיד מעות אצל חברו, צררן והפשילן לאחוריו או שמסרם לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי - חייב, שלא שימר כדרך השומרים. ואם שימר כדרך השומרים - פטור.

גמרא. בשלמא כולהו - שלא שימר כדרך השומרים, אלא צררן והפשילן לאחוריו, מאי הוה ליה למיעבד? - אמר רבא אמר רבי יצחק: אמר קרא וצרת הכסף בידך אף על פי שצרויך - יהיו בידך. ואמר רבי יצחק: לעולם יהא כספו של אדם מצוי בידו, שנאמר +דברים י"ד+ וצרת הכסף בידך. ואמר רבי יצחק: לעולם ישליש אדם את מעותיו, שליש בקרקע ושליש בפרקמטיא ושליש תחת ידו. ואמר רבי יצחק: אין הברכה מצויה אלא בדבר הסמוי מן העין, שנאמר +דברים כ"ח+ יצו ה' אתך את הברכה באסמיך. תנא דבי רבי ישמעאל: אין הברכה מצויה אלא בדבר שאין העין שולטת בו, שנאמר יצו ה' אתך את הברכה באסמיך. תנו רבנן: ההולך למוד את גורנו, אומר: יהי רצון מלפניך ה' אלהינו שתשלח ברכה במעשה ידינו. התחיל למוד, אומר: ברוך השולח ברכה בכרי הזה. מדד ואחר כך בירך - הרי זה תפילת שוא, לפי שאין הברכה מצויה לא בדבר השקול ולא בדבר המדוד, ולא בדבר המנוי, אלא בדבר הסמוי מן העין, שנאמר: יצו ה' אתך את הברכה באסמיך.

המשנה מתארת הפקדת כספו של אדם בידי חברו. וזה השומר עוטף אותו בבד וקושר אותו בשק מאחורי גבו. ובא אדם אחר מאחור וגנב את השק. או לחילופין, מסר את שק הכסף לשמירה אצל ילדיו הקטנים, שנאמר – שומר קטן (בת, גיל 12 ובן, גיל 13), שאיננו נחשב אחראי לשמירה.

המבחן של **דרך השומרים הוא מבחן אובייקטיבי** ולא סובייקטיבי.

ולכן, אם יטען אדם שכך נוהג גם בכספו שלו; איננו שומר עליו, לא נועל אותו בכותלי ביתו, מוסר אותו לילדיו לשמור, לא יהיה הוא פטור שכן לא נהג כדרך השומרים. בכסף שלו, יוכל לנהוג כיצד שרוצה. אבל כאשר הוא אמור לשמור, עליו לשמור אותו לפי מבחן השמירה הסבירה, כדרך השומרים.

אך גם על עניין זה התניה; לו יצויר מצב בו אדם מבקש למסור את כספו למשמר אצל חברו, ואומר לו חברו השומר "דע לך, שאני את הכסף משאיר על השולחן, לא עוטף ולא נועל", או מתריע בפניו כי הוא מתכוון לתת לילדיו לשמור על הכסף, כלומר – הוא **מתנה על אופן ביצוע השמירה**. במקרה שכזה יהיה השומר **פטור**, אם בכל זאת בחר החבר להפקיד בידי אדם הכסף, על אף ההתרעה שניתנה לו על דרך שמירתו.

אמר שמואל: כספים אין להם שמירה אלא בקרקע. אמר רבא: ומודי שמואל בערב שבת בין השמשות, דלא אטרחיהו רבנן. ואי שהא למוצאי שבת שעור למקברינהו ולא קברינהו - מחייב. ואי צורבא מרבנן הוא - סבר: דלמא מיבעי ליה זוזי לאבדלתא. - והאידינא דשכיחי גשושאי - אין להן שמירה אלא בשמי קורה. - והאידינא דשכיחי פרומאי - אין להם שמירה אלא ביני אורבי. - אמר רבא: ומודה שמואל בכותל, (אי נמי בין הקרנות). והאידינא דשכיחי טפוחאי אין להן שמירה אלא בטפח הסמוך לקרקע, או בטפח הסמוך לשמי קורה.

אם כן, מהי דרך השומרים?

שמירה נכונה על הכסף, תהא בקרקע, קרי – מתחת לבלטות.

אבל, אומר שמואל, כי אם מדובר על שעה שהיא **סמוכה לכניסת השבת**, ובשעה זו קיבל אדם לידיו לשמור על כסף מידי אדם אחר, לא ניתן לצפות ממנו להטמין את הכספים בקרקע, לפני כניסת השבת, וגם לא נחייב אותו לעשות כן. ולכן נראה כי אמנם המבחן הכללי הוא אובייקטיבי, אבל הוא גם **תלוי נסיבות** מיוחדות לכל מקרה.

ואילו אחרי צאת השבת, אסור לו להשתהות, עליו לקחת את הכסף במידי ולהטמין אותו בקרקע, ואז אם יקרה דבר מה למושא השמירה, יהיה פטור. ואם בצאת השבת התמהמה ולא מיהר להטמין את הכסף, ודבר מה קרה, יהיה חייב.

11. חוק השומרים, תשכ"ז-1967

סעיף 1 – שמירה ושומרים

(א) שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות.

שומר חנם

(ב) השומר נכס שאין לו בשמירתו טובת הנאה לעצמו, הוא שומר חנם.

שומר שכר

(ג) השומר נכס המקבל תמורה בעד השמירה או שיש לו בשמירתו טובת הנאה אחרת לעצמו, ואיננו שואל, הוא שומר שכר.

יכול להיות זה שומר שקיבל תמורה כספית, או שומר אחר שיש לו טובת הנאה בשמירה לעצמו, אך איננו שואל. כמו לדוגמא, הטכנאי בחנות המחשבים.

שומר שואל

(ד) השומר נכס כדי להשתמש בו או ליהנות ממנו בלי ליתן תמורה, הוא שואל.

בהגדרות השומרים, יש דמיון רב בין ההגדרות בחוק השומרים ובין ההגדרות המובאות במשפט העברי. אך השאלה המהותית יותר נוגעת לשאלת האחריות.

סעיף 2 – אחריות שומרים

שומר חנם

(א) שומר חנם אחראי לאבדן הנכס או לנזקו אם נגרמו ברשלנותו.

▪ המשפט העברי

- **חבותו** – יהיה חייב רק אם **פשע**.
- **נטל ההוכחה** – על **השומר**. השומר חייב בראייה שלא פשע כדי שיהיה פטור. אם לא יוכל להביא ראייה, יהיה פטור בשבועה.

▪ חוק השומרים

- **חבותו** – יהיה חייב אם פעל **ברשלנות** (בדומה למשפט העברי).
- **נטל ההוכחה** – על **הבעלים**.

שומר שכר

(ב) שומר שכר אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, זולת אם נגרמו עקב נסיבות שלא היה עליו לחזותן מראש ולא יכול היה למנוע תוצאותיהן; אך כשהמטרה לשמור על הנכס היתה טפלה למטרה העיקרית של החזקתו, פטור השומר אם אבדן הנכס או נזקו נגרמו שלא ברשלנותו.

▪ המשפט העברי

- **חבותו – יהיה חייב רק בנסיבות של אונס.**
- **נטל ההוכחה – על השומר.** השומר חייב להישבע שלא פשע כדי להיות פטור.

▪ חוק השומרים

- **חבותו – יהיה חייב רק בנסיבות של אונס** (בדומה למשפט העברי).
- **נטל ההוכחה – על השומר** [“על מי נטל ההוכחה? (דר' חבה) “עליו! (רויטל דבידור) “מי זה עליו?!” (דר' חבה)].
- **שומר ששמירתו תפלה –** כזה שמחזיק בחפץ כמי שאיננו בעליו, אך השמירה היא לא הסיבה בשלה הוא מחזיק בחפץ (דוגמת הטכנאי). במקרה כזה, יהיה חייב רק **ברשלנות**, שלא כמו שומר שכר רגיל. אלא **שחובת הוכחה**, שלא כמו בשומר חנים, היא על **השומר**.

שומר שואל

(ג) שואל אחראי לאבדן הנכס או לנזקו, יהיו גורמיהם אשר יהיו, ובלבד שאחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין.

(ד) שומר שנודע לו כי עלול להיגרם לנכס נזק שהוא אינו אחראי לו לפי סעיפים קטנים (א) עד (ג), ולא הודיע על כך לבעל הנכס תוך זמן סביר או לא נקט אמצעים סבירים להודיע לו, יהא אחראי לאותו נזק במידה שההודעה היתה מאפשרת לבעל הנכס למנוע את הנזק.

▪ המשפט העברי

- **חבותו – יהיה פטור אם בעליו עמו או אם מתה בשעת מלאכה.**
- **נטל הראייה – על השואל.**
- **חוק השומרים**
- **חבותו – יהיה חייב בנסיבות של אבדן נכס או נזק בנכס.** אחריותו לא תהיה חמורה משל מחזיק בנכס שלא כדין. חמור מן המשפט העברי.
- **נטל הראייה –** אין מקום לבחינה, שכן חייב בכל דבר.

סעיף 14 – תחולה

הוראות חוק זה יחולו על שמירת נכסים כשאינן בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון, ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

- **המשפט העברי –** הוראות דיני השומרים חלות כברירת מחדל.
- **חוק השומרים –** הוראות חוק השומרים תקפות כל עוד לא סוכם אחרת בין הצדדים.

שומר שנתן לשומר

1. תוספתא מסכת בבא מציעא (ליברמן) פרק ג הלכה א

אין השואל רשאי להשאיל ולא השוכר רשאי להשכיר ולא זה המפקידן אצלו רשאי להפקידו לאחר אלא אם כן נתן לו בעל הבית רשות.

העיקרון הכללי הוא ששומר מכל סוג **לא רשאי** למסור את החפץ מושא השמירה לשומר אחר.

2. משנה מסכת גיטין פרק ג משנה ה

המביא גט בארץ ישראל וחלה הרי זה משלחו ביד אחר ואם אמר לו טול לי הימנה חפץ פלוני לא ישלחנו ביד אחר שאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר:

המשנה נותנת דוגמא של איש ואישה, שהיו נשואים על פי ההלכה, וכדי שיהיו גרושים, צריך לתת האיש גט לאישה. וכמו כל פעולה משפטית אחרת, גם את מתן הגט **ניתן לעשות באמצעות שליח**. וכאשר הבעל שולח גט בידי השליח, השליח יכול להעביר את השליחות למישהו אחר והפעולה המשפטית ההלכתית תהיה תקפה גם באמצעות השליח האחר, והאישה תהיה גרושה.

אלא שאם לא מדובר על פעולה משפטית אלא על סוג של שמירה, כלומר – מבקש הבעל מסור את הגט לאישה, ובנוסף הביא למי ממנה בחזרה חפץ שנותר בידה. אזי, את החפץ שמביא השלוח, לא יוכל הוא להעביר לאדם אחר לצורך העברתו לבעל. שכן השליח יהיה במקרה כזה בגדר שומר ולא שליח. הוא יחזיק בחפץ כדין שלא מכוחה של בעלות.

והמשנה מחדשת ומסבירה את הנימוק;

הפקדת הפיקדון בידי אדם אחד ולא בידי אדם אחר, יש בה יסוד של נאמנות, והרי אדם זה נאמן עליי ולא אחר. ולכן, לא היה רוצה בעליו של החפץ שהוא יהיה בידיו של אחר, אלא בידו של זה ששלח אותו.

3. משנה מסכת בבא מציעא פרק ג משנה ב

השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר ומתה כדרכה ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר א"ר יוסי כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו אלא תחזור פרה לבעלים:

חלק זה במשנה מדבר על ההשלכות של העובדה ששומר אחד מסר את החפץ לשומר אחר. ואמרת המשנה, השומר הראשון הוא **שומר שוכר ורמת אחריותו** כרמת אחריות של שומר שכר, כלומר – **חייב בפשיעה, גניבה, אבידה ופטור באונס**, במצב של היעדר רשלנות. ושומר זה, משאיל הוא לשומר אחר הנחשב **שומר שואל**. וככזה, **רמת אחריותו נמוכה משל שומר שוכר** ובנסיבות של **אונס יהיה חייב**.

נניח שהבעלים נתן היתר לשוכר להעביר את החפץ למישהו אחר, וקרה שהחפץ ניזוק בנסיבות של אונס, ולא ניתן לייחס רשלנות לאף אחד מהשומרים; לא לשוכר ולא לשואל. אלא שהשואל, משום רמתו הנמוכה הוא חייב לשומר השוכר. בעוד ששומר שוכר, שרמתו גבוהה, איננו חייב לבעלים.

מצב כזה, עשוי ליצור **רווח לשוכר**. שכן הוא לא ניזוק כלל, ואין זו הפרה שלו. אך הוא מרוויח את דמי ההפרה מן השואל, ואיננו משיבם לבעלי החפץ. אומר **רבי יוסף**, התוצאה כאן איננה סבירה או הגיונית. ולכן, בנסיבות אלו **תחזור פרה לבעלים**. כלומר, הפיצוי שהשואל אמור לתת בגין ההפרה לא יעבור לשוכר, אלא לבעלי החפץ.

4. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לו עמוד א

א. אתמר, שומר שמסר לשומר. רב אמר: פטור, ורבי יוחנן אמר: חייב. אמר אביי: לטעמיה דרב לא מבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר, דעלויי עלייה לשמירתו. אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם, דגרועי גרעה לשמירתו - פטור. מאי טעמא - דהא מסרה לבן דעת. ולטעמיה דרבי יוחנן, לא מיבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו, אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר, דעלויי עלייה לשמירתו - חייב. דאמר ליה: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

דברי אמוראים אומרים ועוסקים בשאלה מה דינו של שומר שמסר לאחר ללא היתר. וישנן מחלוקות בין **רב** ובין **רבי יוחנן**, בשאלה האם שומר שמסר לשומר אחר, פטור או שמא חייב. מסביר רש"י, **פטור מכל אשר היה פטור אילולא מסר לשומר השני**. כלומר, הוא ממשיך להיות **אחראי באותה רמה** שהיה אחראי לה קודם מסירת החפץ לשומר אחר. לפי שיטת **הרמב"ן**, **פטור הכוונה פטור לגמרי**. כלומר, מרגע בו השומר הראשון מסר את החפץ, הריהו יוצא מן התמונה ויוצא ידי חובת השמירה, בכך שהעבירה לשומר אחר. אחריותו של השומר היא לשמור, וברגע שמסר את החפץ לשמירה לידי שומר הרי שהשומר השני נכנס תחת נעליו, והוא איננו קיים עוד. לפי שיטת **רבי יוחנן**, כאשר אומר חייב הכוונה - **חייב בכל**, משום שאנו מתייחסים לעובדה שמסר את החפץ לשמירה בידי אחר כאל **פשיעה**.

אומר אביי, מסביר ומפרש את הדעות השונות; לשיטתו של רב, האומר פטור - אין כל בעיה. ברור ופשוט שאם מדובר **בשומר שכר הרי שנתן שמירה ראויה יותר**. אבל נראה כי הרב פוטר גם במקרה **ההפוך כאשר שומר שכר מוסר לשומר חנם**. ובמקרה כזה, הרי שהוריד מרמת השמירה, ובכל זאת פטור. מה הטעם? כנראה משום שהשומר הראשון **מסר לבן דעת**. ומרגע שכך עשה, הרי שיצא ידי חובת השמירה שלו. לשיטתו של רבי יוחנן, האומר חייב - ברור שמדובר כאן בשומר שכר שמסר לשומר חנם, שהרי הוריד כאן מרמת השמירה ועל כן חייב. אלא שלדעתו, אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר, כלומר **העלה את רמת השמירה, עדיין יהיה חייב**. וכל זאת מן הטעם **שאומר לו הבעלים אין רצוני שיהיה פקדוני בידי אחר**.

ו. אמר רבא: הלכתא, שומר שמסר לשומר - חייב. לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם, דגרועי גרעה לשמירתו. אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר - חייב, מאי טעמא - דאמר ליה: את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה.

לדעת רבא, ההלכה היא כי **שומר שמסר לשומר חייב**.

הנימוק לטענתו של רבא, הוא הנימוק בשלו נתן הבעלים את השמירה לאדם זה ולא אחר, והיה זה כאילו טען (ואין הוא צריך לטעון זאת בפועל) כי **אתה נאמן בשבועה ולאחר אינני מאמין**. כל שומר שמבקש להיפטר מחובת השבת הכסף, צריך להישבע כי לא פשע בשמירה ולא שלח בה יד. ולשבועתו, מאמין בעליו של החפץ, בעוד שלשבועת אחר, שאיננו מכיר, איננו מאמין.

אלא שיש להישבע רק כאשר אין עדים. ונניח שהשומר השני אכן טוען שהחפץ ניזוק בנסיבות של אונס, והוא מביא עמו עדים, במקרה כזה אין צורך בשבועתו. ועל כן, אם זהו הנימוק בפי רבא, הרי שהכלל צריך להיות **יהיה שומר שמסר לשומר חייב, אלא אם יש עדים**. באותה מידה ניתן להשליך על מקרה בו קרה האונס, והשומר שמסר נמצא איתו כעדו.

ב. אמר רב חסדא: הא דרב לאו בפירוש אתמר, אלא מכללא. דהנהו גינאי דכל יומא הוו מפקדי מרייהו גבה דההיא סבתא. יומא חד אפקדינהו לגבי חד מינייהו, שמע קלא בי הלולא, נפק אזל, אפקדינהו לגבה דההיא סבתא. אדאזל ואתא אגנוב מרייהו. אתא לקמיה דרב ופטריה. מאן דחזא סבר משום שומר שמסר לשומר - פטור, ולא היא. שאני התם, דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מפקדי להו.

מספר הרב חסדא סיפור, על חבורה של איכרים, שבכל יום עבודה במהלך הפסקת הצהריים שלהם, היו מפקידים כלי עבודתם בידי אישה מבוגרת אשר שהתה בקרבת מקום, לצורך שמירה עליהם. ויום אחד לא הייתה האישה בנמצא, והחליטו האיכרים להשאיר את אחד מהם למשמר על הכלים. והנה זה באה האישה, ומסר לה האיכר השומר את הכלים, והצטרף לחבריו לארוחת הצהריים. והכלים, במקרה או שלא במקרה, נגנבו.

באים האיכרים החברים ותובעים את האיכר השומר, בטענה שהפקידו בידיו, והוא העביר לשומר אחר. עליו לשלם ולפצות. ולפי **רבי יוחנן - שומר שמסר לשומר, חייב**. ולכן, חייב הוא. בעוד שכך, לפי רב הריהו פטור.

ומכאן, אומרת הגמרא, הסקנו את המסקנה שכך חושב רב. אלא שמסייגת את דבריה ואומרת, ייתכן כי בשל הנסיבות המיוחדות של המקרה הזה, כך פסק ולא אחרת.

7. רמב"ם הלכות שכירות פרק א

ד: כל שומר שפשע בתחלתו אע"פ שנאנס בסופו חייב כמו שיתבאר, ואין השואל הרשאי להשאיל אפילו שאל ספר תורה שכל שקורא בו עושה מצוה לא ישאילנו לאחר, וכן אין השוכר רשאי להשכיר אפילו השכירו ס"ת לא ישכירנו לאחר שהרי זה אומר לו אין רצוני שיהיה פקדוני ביד אחר, עבר השומר ומסר לשומר השני אם יש עדים ששמרה השומר השני כדרך השומרי' ונאנס פטור ו השומר הראשון שהרי יש עדים שנאנס, ואם אין שם עדים חייב השומר הראשון לשלם ז לבעלים מפני שמסר לשומר אחר ויעשה הוא דין עם השומר השני, אפילו היה הראשון ש"ח ומסר לשומר שכר חייב שהרי יש לבעל החפץ לומר לו ח אתה נאמן אצלי להשבע וזה אינו נאמן, לפיכך אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני ה"ז השומר הראשון ט פטור מלשלם שהרי הוא אומר לבעלים זה הדבר שהפקדתם אצלי או השאלתם אמש הייתם מפקדין אותו אצל זה שהפקדתי אני אצלו, והוא שלא ימעט שמירתו, כיצד ימעט שמירתו כגון שהיה מופקד אצלו בשכר והפקידו אצל אותו השני בחנם או שהיה שואל אצלו והפקידו אצל אותו השני בשכר הואיל ומיעט שמירתו פושע הוא ומשלם, אע"פ ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר.

אומר הרמב"ם ומסייג את האמור; אם השומר השני, הוא כזה שהבעלים נוהג להפקיד אצלו פיקדונות באופן קבוע, אזי השומר הראשון יהיה פטור. שכן הטעמים של לא מאמין לשבועתו, אינם מתקיימים במקרה זה, מפני שתמיד מפקידו בידו.

אך לא על כל דבר שנמסר לשמירה יהיה פטור. שכן, אם הבעלים מוסר בכל יום לשמירה אצל ראובן את המחשב הנייד שלו. והנה זה בא יום ומסר אותו לשמעון, ושמעון החליט להפקידו אצל ראובן, הרי זה בסדר. ואם נזק יתרחש – פטור הוא. אבל אם היום הפקיד בידו של שמעון את שעון היד שלו, ושמעון על דעת עצמו מסר לראובן (וראובן מעולם לא שמר על חפץ זה בעבור הבעלים), אין זה בסדר. ואם נזק יתרחש – חייב הוא.

4. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לו עמוד א

ד. מתיב רמי בר חמא: המפקיד מעות אצל חברו, צררן והפשילן לאחוריו, מסרן לבנו ובתו הקטנים, ונעל בפניהם שלא כראוי - חייב, שלא שמר כדרך השומרים. טעמא - דקטנים, הא גדולים - פטור. אמאי? נימא ליה: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר!

מקשה רמי בר-חמא על דבריו של רבי יוחנן, שקובע כי שומר שמסר לשומר חייב. ולשם תימוכין בדבריו, הוא מביא מקור תנאי וממנו הוא לכאורה מסיק את עמדתו של רבי-יוחנן. אם כן, הקביעה היא שיש לשמור כדרך השומרים, ואם שומר מסר חפץ לבנו או לבתו הקטנים, אשר אינם בני דעת ואין להם מספיק אחריות לשמור על החפץ, ייחשב כמי שפשע בשמירתו ושמר שמירה שאיננה ראויה.

אומר רמי בר-חמא, כי המשנה תמיד משתמשים באותם מקרי קצה וגבול, לצורך הבאת הדין הכללי, שכן מהם ניתן ללמוד ממקרים שהם קלים יותר, וקיצוניים פחות. ולכן, כאשר המשנה מסבירה מהי שמירה לא ראויה, אם רצתה להחמיר היה עליה לומר בנו וביתו הגדולים ולא הקטנים. ומעצם כך שבחרה להביא דווקא את המקרה של מסירה לילדים הקטנים, ההנחה היא שהמשנה סבורה שאם היה שומר מוסר את החפץ לילדיו הגדולים הרי שהיה פטור, שכן ייחשב כמי ששמר כראוי ולא כמי שפשע בשמירתו.

יוצא מכך, ששומר שמסר לשומר פטור. ואם כך הדבר, הרי שדבריו של **בר-חמא סותרים את דבריו של רבי יוחנן**, שקובע – אין רצוני שפקדוני יהיה בידי אחר.

ה. אמר רבא: כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד. אמרי נהרדעי: דיקא נמי, דקתני: או שמסרן לבנו ובתו הקטנים - חייב. הא לבנו ולבתו הגדולים - פטור. מכלל דלאחרים, לא שנא גדולים ולא שנא קטנים - חייב. דאם כן - ליתני קטנים סתמא, שמע מינה.

אומר **רבא**, יש הבדל בין שומר שמסר לשומר זר ובין כזה שמסר לאשתו, או לבניו הגדולים. שהרי השניים האחרונים, הם בני ביתו, ולכן לא תיחשב זו מסירה.

לסיכום;

- ההלכה הפסוקה היא **שומר שמסר לשומר אחר – חייב**.
- כאשר **אין צורך בשבועה** מצד השומר השני, או במקרה בו **יש עדים** – יהיה השומר הראשון **פטור**.
- כאשר השומר השני הוא **שומר שהבעלים נוהגים להפקיד אצלו חפץ כזה** או מסוג כזה (תלוי בדעות השונות) – **פטור**, והנמקת השבועה איננה רלוונטית לעניין.
- כאשר שומר המשנה הוא **אשתו, ילדיו הגדולים – פטור**.

במקרה שחייב – לא יזכה הבעלים לפיצוי כפול, ולא יוכל לגבות גם מהראשון וגם מהשני. כאשר מבקש הבעלים לתבוע את השומר השני, אך אם אין ביכולתו לפרוע חובו, הוא יוכל לתבוע את השומר הראשון, בסיטואציות מסוימות. בסיטואציות אחרות, כאשר אנו דנים בנסיבות בהן הבעלים הסכים שיעביר השומר את השמירה בנכס, מה שגרם לכך שהשומר הראשון ייצא מהתמונה, לא יוכל לתבוע הבעלים את הראשון, מפני שהוא איננו אחראי כלפיו. ובאשר לשומר כזה שחייב, שלוש דעות בקרב הראשונים;

- מסירת החפץ לשמירה אצל שומר אחר, כאשר השומר הראשון מסתלק ויוצא מהתמונה.
- שומר המשנה הוא אשתו או ילדיו הגדולים – נשאר בתמונה ויהיה חייב. מתוך חשש למרמה, כאשר ינסו ולא ניתן יהיה לגבות את התשלום מהאישה והילדים בזמן שהשומר נעלם.
- שומר המשנה הוא מי שסומך עליו בעלי החפץ – מסתלק ויוצא מהתמונה.

חוק השומרים

סעיף 3 לחוק השומרים – החמרת אחריות

שומר חנם או שומר שכר שקיבל נכס על מנת לשמרו אישית, והוא מסר אותו לאדם אחראי בלי שהורשה לכך במפורש או מכללא, אחריותו לאבדן הנכס או לנזקו תהא כשל שואל.

שומר שמסר לשומר, מרגע בו מסר לאחר **ללא הסכמה מפורשת או הסכמה מכללא** של הבעלים בנכס **ישא באחריות טוטאלית** כמו של שואל. כפי שראינו בעמדתו של **רבי יוחנן**.

סעיף 7 לחוק השומרים – שומר שמסר לשומר משנה

(א) שומר שמסר את הנכס לשומר משנה, רואים את מעשיו ומחדליו של שומר המשנה כמעשיו ומחדליו של השומר, ושומר המשנה אחראי גם כלפי בעל הנכס באותה מידה שהוא אחראי כלפי השומר.

הסיפא של הסעיף קובעת בדומה לדעתו של **רבי יוסי** – כיצד עושה סחורה בפרתו של חברו. ונועדה למנוע מצבים בהם השני חייב כלפי הראשון, ואילו הראשון איננו חייב כלפי הבעלים. ולכן מדגיש החוק מפורשות, כי יש מעורבות ישירה בין השני ובין הבעלים.