

רוב יוצר ורוב חושף

הנקודות הנדונות:

- רוב יוצר ורוב חושף
- דרגות ביניים של הרחבה פרשנית
- שיקולים פרקטיים בפרשנות
- איכות וכמות, מספרים מונים וסודרים
- עקרונות משפטיים להליכה אחר הרוב
- עקרונות ה'רוב' וחשיפת 'האמת'

תקציר

במאמרנו השבוע אנו עוסקים בשאלות שונות שנוגעות לדין הליכה אחר הרוב. הדין היסודי נלמד מהפסוק 'אחרי רבים להטות', שעוסק בדיינים בבי"ד. אנו לומדים מן ההקשר בתורה כמה מן התנאים הנדרשים כדי ליישם את דין הכרעת הרוב. נדרש שיהיה מו"מ בין הרוב למיעוט, ונדרשת הקשבה ושיקול דעת שלוקח בחשבון את כל הנימוקים לכל הצדדים. מעל הכל נדרשת אוטונומיה ועצמאות של כל אחד מן המתדיינים.

ביחס לדין הליכה אחר הרוב בבי"ד, הפוסקים נחלקים האם מה שקובע הוא רוב החכמה או רוב האנשים. מכאן אנו יוצאים להגדרת איכות וכמות, ותולים זאת בשני אופני שימוש במספרים (מספרים מונים וסודרים).

לאחר מכן אנו רואים שכבר בגמרא דין הליכה אחר הרוב מורחב לעקרונות נוספים: רובו ככולו, וביטול ברוב באיסורים. אנו עומדים על כך ששני העקרונות הללו שונים במהותם מן העיקרון של הליכה אחר הרוב. הם אינם מיועדים לברר מצב מסופק אלא לתת שם אחד למצב מורכב ומעורב. בשל כך, המפרשים דנים בשאלה כיצד בכלל ניתן ללמוד אותם מן הפסוק שעוסק ברוב בבי"ד.

אנו חותמים את המאמר בדין הליכה אחר הרוב בשאלות של מדיניות והתנהלות קהילות (וגם מדינות). לאחר תיאור היסטורי קצר של היווצרות הקהילות במאה הי"א, אנו פונים לגיבוש דפוסי קבלת ההחלטות בהן. אנו עומדים על הבחנה יסודית בין הליכה אחר הרוב בשאלות שעלו לגבי התנהלות של קהילה, לבין שאלות של הליכה אחר הרוב בבי"ד. ומתוך כך אנו מציעים תמונה של התפתחות פרשנית מן הפסוק שמדבר על רוב בבי"ד, דרך הכללים של רובו ככולו וביטול ברוב, אל תוקף הכרעת הרוב בהחלטות של מדיניות.

מבוא

פרשת משפטים עמוסה בנושאי הלכה שונים, וכל אחד מהם טומן בחובו עקרונות יסודיים בהלכה ובמטא-הלכה. מתוך כל אלו בחרנו לעסוק השבוע בנושא של הליכה אחר הרוב. כפי שנראה, יש לעיקרון זה יישומים רבים, והוא מהווה כותרת כללית שתחתיה מופיעים כמה וכמה עקרונות יסוד, שהם שונים מהותית זה מזה. חלקם מופיעים בשלבים מאוחרים בהיסטוריה של ההלכה, ונראה שהם תוצאות של פרשנות שמטרתה לענות על צרכים שהתעוררו באותן תקופות. במאמרנו השבוע ננסה לעמוד על כמה זוויות שנוגעות לעקרונות ההכרעה על פי רוב, ולראות מהו היחס ביניהם, ומהי צורת החשיבה העומדת מאחוריהם.

פירוש הפסוק: חובת הנאמנות של הדיין מול הכרעת הדין

בתחילת פרק כג מופיעים כמה ציוויים, שנראה כי כולם נוגעים לבית הדין:
לֹא תִשָּׂא שְׁמֵעַ שְׂוֹא אֶל תִּשָּׂא יָדְךָ עִם רָשָׁע לְהִיטֵל עַד חֲמֵס: לֹא תִהְיֶה אַחֲרֵי רִבִּים לְרָעוּת וְלֹא תִעָנֶה עַל רֵב לְנִטְתֵּי אַחֲרֵי רִבִּים לְהִטֵּל: וְדָל לֹא תִהְדָּר בְּרִיבוֹ:
 הפסוק הראשון מצווה אותנו על עדות חמס או עד רשע. הפסוק השלישי מצווה את בית הדין לא להטות משפט לטובת הדל, והפסוק האמצעי מצווה אותם ללכת אחרי הרוב. אמנם הנוסח שלו הוא מסורבל, ונראה שהוא מכיל עוד רכיבים: לא ללכת אחרי רבים לרעות, לא לנטות על ריב, ולהטות אחרי רבים.
 רש"י מפרש את הקטע הראשון:

לא תהיה אחרי רבים לרעת - אם ראית רשעים מטין משפט, לא תאמר הואיל

ורבים הם, הנני נוטה אחריהם:

גם רשב"ם מפרש כאן באופן דומה:

לא תהיה אחרי רבים לרעות - אם הם דנים שלא כדין לפי דעתך, ואעפ"י

שלא יאמינו לך כי אם למרובים:

כלומר דיין צריך לומר את אשר על לבו, ולא ללכת אחר הרוב, אם לדעתו הם דנים שלא כדין. ישנם מקרים מיוחדים שבהם הדבר מגיע לידי אבסורד. לדוגמא, ההלכה קובעת שאם כל בית הדין קובע פסק דין מוות על אדם, אין עליו עונש מוות. מה יעשה דיין שרואה שכל חברי בית הדין דנו את הנדון למוות פרט אליו? הוא עצמו חושב שדינו של הנדון הוא מוות, אלא שאם הוא יצטרף לחבריו הוא יגרום לנדון להיפטור (כי במצב כזה כל חברי בית הדין דנו אותו למוות). האם מותר לו לומר שלדעתו יש לפטור את הנדון ממיתה, ובכך להביא להמתתו, או

שמא עליו לומר את האמת לפי דעתו? ברור שמוטל עליו לומר את האמת, ואם ההלכה תפסור את הנדון, אזי הוא באמת פטור. כלומר הדיין מחוייב לאמת שלו, גם אם ההשלכות אינן נראות לו, ובודאי שגם כאשר לא ישמעו לו (כמו שכותב הרשב"ם המובא למעלה).

עיקרון דומה מוצא הרשב"ם בחלק האמצעי של הפסוק:

ולא תענה על דיברי [ריב] לנטות אחרי רבים להטות - משפט, ואפילו כשהם

מזכים אדם ופוטרין ממיתה:

כלומר, אל לדיין ללכת אחרי הרוב ולפקפק בעמדתו שלו, גם אם היא לחומרא, ואפילו אם לדעתו יש להמית את הנדון ולדעת הרוב יש לזכות אותו.

שני החלקים הללו נאמרו לדיין, שאל לו לתת לרוב להטות את דעתו. עליו להורות כפי מה שנראה לו. ברם, מה עליו לעשות כאשר הדעות בבית הדין חלוקות, וכל אחד מהדיינים רואה את המצב באופן אחר? כאן לא מספיקה ההנחייה לדיין הבודד, ויש לקבוע מה עולה מתוך כלל הדעות. זהו עניינו של הקטע האחרון בפסוק, אשר עוסק במצב שנוצר אחרי שכל דיין אמר את מה שנראה לו למיטב שיפוטו. אם אכן הוא לא נטה מדעתו בגלל דעות הדיינים האחרים, בדרך כלל צפויה להיווצר מחלוקת (אא"כ הוא משתכנע בדיון, כמובן). במצב כזה יש להכריע את הדין על פי דעת רוב הדיינים בבית הדין. זהו המקור להליכה אחר הרוב. כלומר הרוב אינו משחק תפקיד בעת המו"מ, אך הוא הכלי שקובע את ההכרעה הסופית.

א. התשתית הנדרשת לדין הליכה אחר הרוב

מבוא

משני החלקים הראשונים בפסוק אנו לומדים יסוד חשוב מאד בנושא הליכה אחר הרוב: אין לרוב כזה כל משקל ביחס לעמדתו של כל דיין לחוד. אל לדיין לגבש את דעתו רק בגלל שרוב הדיינים חושבים בצורה כזו או אחרת. הוא כמובן צריך לשמוע את כולם, ולשקול את הנימוקים השונים לכל כיוון, אך בסופו של דבר הוא מצביע לפי מיטב שיפוטו שלו.

נראה כי להקדמת שני החלקים הללו בפסוק לציווי ללכת אחר הרוב שמופיע בסופו, יש משמעות חשובה: רק לאחר גיבוש עצמאי ואוטונומי של דעת כל אחד מהדיינים, יש להימנות וללכת אחר הרוב. רוב שהתקבל באופן אחר אין לו תוקף. מסיבה זו בדיני נפשות מחייבת ההלכה 'לפתוח בקטן' (ראה פירוש רש"י על

אתר), כלומר בדיין הפחות חשוב, כדי שלא תהיה לאף אחד מהדיינים אפשרות לגבש דעה לאור מה שאומרים החשובים ממנו. זהו תנאי הכרחי ליישומו של דין רוב.

נראה כעת כיצד שני האספקטים הללו מופיעים בהקשרים אחרים בהלכה.

החובה לאוטונומיה

כאמור, כל דין צריך להכריע כפי הבנתו, ולא לחוש לדעת חבריו. אין לסמוך על אדם אחר, גדול ככל שיהיה, בהכרעת הדין.

ביטוי ראשון לעניין זה מצוי בדברי המנ"ח במצווה עח סק"א, שם הוא עומד על כך שכאשר יש חילוקי דעות ואין רוב לשום צד, אזי האזרחים מבחוץ צריכים לנהוג לפי דיני ספיקות: בשל תורה ללכת אחר המחמיר ובשל סופרים מותר להם ללכת אחר המיקל. לעומת זאת, אם נמנו והכריעו ברוב דעות, אזי גם המיעוט צריך לכפוף את עצמו לדעת הרוב. משמעות הדברים היא שכל עוד אנחנו מצויים בשלב גיבוש העמדות, לכל אחד יש מעמד שווה לחבריו, גם אם הוא קטן מהם בחכמה. רק לאחר ההכרעה יש פסק הלכה מכוח הרוב שמחייב את כל המשתתפים.

ביטוי קיצוני יותר לחובת האוטונומיה, לאו דווקא לגבי דיינים, מצוי בדברי הגמרא בפסחים, שהובאו להלכה במגן אברהם סי' קנו סק"ב:

אם שמע דין ונראה לו שהלכה כך מותר לאמרו בשם אדם גדול כי היכי דליקבלי מיניה [עירובין דף נא ופסחים דף קיב] ובסוף מסכת כלה איתא האומר דבר בשם חכם שלא גמרו ממנו גורם לשכינה שתסתלק וכ"ה בברכות דף כ"ז ע"ש בתר"י וצ"ע.

הגמרא קובעת שמותר לאדם לומר הלכה שנראית בעיניו נכונה בשם אדם גדול כדי שיקבלו אותה ממנו.¹

הלכה זו נראית על פניה תמוהה מאד. ישנם בהיסטוריה כמה מקרים ידועים שבהם נקטו בדרך כזו. לדוגמא, יהודי בליטא בסוף המאה ה-19 זיין את הירושלמי על קדשים. אחר עשה זאת מעט לפני כן לתשובות בשמים ראש (שיוחסו על ידו לרא"ש). לכאורה לפי דברי הגמרא, שגם נפסקו להלכה במג"א, מותר היה להם לעשות זאת. כיצד באמת ניתן להתיר מעשה כזה? יש כאן הכשלת הרבים, ועבירת 'לפני עיוור' גמורה.

¹ נעיר כי הקושי שהוא מביא ממסכת כלה לכאורה ניתן ליישוב, שכן ייתכן שמדובר שם באדם שאינו משוכנע שההלכה בידי היא נכונה.

דומה כי ההסבר היחיד האפשרי להיתר כזה הוא שההלכה אינה מצפה מאדם לקבל פסק כלשהו רק בגלל שמישהו אמר אותו. גם אם אומרים לי שבעל **החפץ חיים** פסק שאסור לעשות מעשה מסויים, מוטלת עליי החובה לבחון את הדברים לגופם ולהכריע לפי דעתי. רק במצב בו נמנו הדעות השונות והכריעו, זה מחייב להלכה. כל עוד זה לא קרה, מוטלת עליי חובה לפעול לפי מיטב שיפוטי ולא לסמוך על אחרים, גדולים ככל שיהיו.²

בהנחה זו, ברור שאין בעייה במצב בו אדם מוסר הלכה בשם אדם גדול כדי שיתייחסו אליה ברצינות. ההנחה היא שהשומעים בין כה וכה לא יקבלו את הפסק הזה רק בגלל שאותו אדם גדול חשב כך. הסיבה מדוע בכל זאת אדם ירצה למסור את הדברים בשם אדם גדול קיימת בעיקר במצבים שבהם אדם רואה שלא מתייחסים ברצינות לדעתו, מכיון שלא מחשיבים אותו. במצב כזה, אם אותו אדם משוכנע שיש בידו הלכה נכונה, וחשוב שכולם ייקחו בחשבון את נימוקיו וסברותיו כשהם באים להכריע בה, מותר לו לתלות את ההלכה הזו באדם גדול כדי שידונו בה בכובד ראש, ויקבלו החלטה לגביה אחרי ששקלו אותה לגופה.³

זוהי דוגמא נוספת לחשיבותה של הכרעה אוטונומית בבעיות הלכתיות.⁴

רוב ללא משא ומתן

מה קורה כאשר ישנן דעות שונות אשר התגבשו ללא שלב מקדים של משא ומתן. האם יש משמעות לדעת הרוב במקום שבו לא שקלו את עמדת המיעוט? כמה פוסקים (ראה, למשל, בסוף ספר **גט פשוט**, 'קונטרס הכללים', כלל א, ומנ"ח שם סק"ב) עמדו על כך שדין הליכה אחר הרוב נאמר רק במקום שבו ישבו ביחד ושקלו כל אחד את נימוקיו של השני, ורק אז כל אחד גיבש את עמדתו. אם זה לא נעשה, אין תוקף הלכתי לעמדת הרוב, וכל אחד יכול לעשות כדעתו. גם לגבי איסור והיתר נחלקו הפוסקים האם יש חיוב ללכת אחר רוב הפוסקים. הרמ"א בחו"מ סי' כה ה"ב, כותב:

² לאור ההסבר הזה מסתבר שאין למסור הלכה כזו כהכרעת בי"ד מוסמך, שהרי הכרעה כזו הציבור חייב לקבל.

³ ידועים דברי בעל **החת"ס** שאמר לתלמידיו שאין לו כל בעיה שיאמרו דברים שלו בשמם, אבל שלא יעזו לומר דבר שלהם בשמו. כמובן זה נובע מחשש שלו עצמו להוצאת שם רע עליו, אך זו אינה דרישה של ההלכה.

⁴ ראה על כך במאמרו של מ. אברהם, 'אוטונומיה וסמכות בפסיקת הלכה', **מישרים** (בטאון ישיבת ההסדר ירוחם) א, תשסא.

ואם הוא בהוראת איסור והיתר, והוא דבר איסור דאורייתא, ילך לחומרא; ואי דבר דרבנן, ילך אחר המיקל. ודוקא אם ב' החולקים הם שוין, אבל אין סומכין על דברי קטן נגד דברי גדול ממנו בחכמה ובמנין, אפילו בשעת הדחק, אלא אם כן היה גם כן הפסד מרובה. וכן אם היה יחיד נגד רבים, יז [הולכים אחר רבים בכל מקום (רשב"א סימן רג רנג), יט ואפילו אין הרבים יח] מסכימים מטעם אחד, אלא כל אחד יש לו טעם בפני עצמו, הואיל והם מסכימים לענין הדין נקראו רבים ואזלינן בתרייהו (מהרי"ק שורש מא צד).

כ

ועל אתר כותב הש"ך (בתוך סקי"ט):

מיהו נראה דהיינו דוקא כשבאנו להתיר דין שאנו מסופקים בו מתוך החיבורים, הלכך כיון שאין הרבים לפנינו חיישינן שמא בזה העיקר כאותו פוסק דמחמיר ובאיך מילתא העיקר כפוסק השני דמחמיר.

הש"ך מסביר שכאשר לא נשאו ונתנו ביחד אזי אין לקבל את דעת הרוב אם היא מבוססת על טעמים שונים. החזו"א (ראה במכתבו שהובא בחיו"ד סי' קנ סק"ח, ויובא להלן) מרחיב את הדברים ואומר שאם החכמים לא ישבו ביחד אין דין רוב. ביאור הדברים הוא, שאז יש חשש שאם היו הרוב שומעים את דעת המיעוט היו משתכנעים, ולכן אין הלכה כרוב.

על ר' יהונתן אייבשיץ, הכומר ואמנת כינרת

ידוע הסיפור על ר' יהונתן אייבשיץ שהכומר שאל אותו מדוע היהודים לא הולכים אחר הרוב, כלומר אחרי הנוצרים? ענה לו ר' יהונתן שרוב הוא אחד מכללי ההכרעה במצב של ספק, אבל כאשר אנו לא מצויים בספק אין כל היגיון ללכת אחרי הרוב. ברור שאם נמצא חתיכת בשר בשוק שידוע לנו בודאי שהיא כשרה, לא נטריף אותה בגלל שיש רוב חנויות בעיר שמוכרות טריפה. אם כן, דין רוב חל אך ורק במקום של ספק.⁵

אמנם זהו סיפור יפה ומיוחד, אך למעשה נראה כי הוא אינו עומד בכללי ההלכה. אמנם כל דיין צריך להצביע כמיטב שיפוטו, ואם יש לו עמדה ברורה אסור לו להיות מושפע מדעת הרוב, אבל בסופו של חשבון כשיש מחלוקת אנו מונים את העמדות השונות והרוב הוא הקובע. כפי שראינו, במצב כזה גם אם הדיין משוכנע בצדקתו, עליו לבטל את דעתו בפני הכרעת הרוב. אם כן, לכאורה חוזרת קושיית הכומר למקומה. בהנחה שקושיא זו יש לה בכלל מקום, התשובה

⁵ ראה על כך במאמרו הנ"ל של מ. אברהם, במישרים א.

המלאה היא שיש דין רוב רק במקום שבו ישבו כולם יחד, שמעו כל אחד את דעות חבריו, שקלו אותן בכובד ראש וברצינות, והגיעו למסקנות חלוקות. במצב כזה ההכרעה מתקבלת לאור דעת הרוב. אך כל זה כמובן לא התקיים בעימות הבין-דתי.

מצב דומה קיים בסוגיית יחסי דתיים-חילוניים בישראל של ימינו. מדי פעם עולות הצעות לאמנות שונות של הבנה, או לגיטימציה, בין דתיים לחילוניים (כמו אמנת 'כינרת' ודומותיה). ההנחה המשותפת לרוב האמנות הללו היא שכל אחד מגבש את עמדתו באופן שנראה לו, וכל עמדה היא לגיטימית (אף כי לאו דווקא נכונה) כמו חברתה, ולכן על כל אחד להכיר בלגיטימיות של עמדותיו של עמיתו ובזכותו לגבש אותן כפי שנראה לו, גם אם הוא עצמו אינו מסכים להן.

ברם, כל זה היה נכון אם באמת הצדדים היו מתיישבים ודנים ביחד, מקשיבים זה לזה, שוקלים בכובד ראש זה את טיעוניו ונימוקיו של חברו, ולאחר מכן בכל זאת מגיעים למסקנות חלוקות. ראינו שבמצב כזה יש ללכת אחר הרוב, וממילא יש לגיטימציה לכל עמדה שגובשה כראוי. אך במקום שבו יש מי שמבקש בצורה כזו לגיטימציה לעצלות מחשבתית, כלומר לגיטימציה לעמדה שגובשה לא מתוך דיון מעמיק, ובלי לשקול ברצינות את הנימוקים והעמדות המנוגדות לזו שלו, הוא אינו זכאי ללגיטימציה כזו. במצב כזה הלגיטימציה היא הרסנית, שכן היא נותנת לו יתר תוקף להחזיק בעמדה שגויה ללא צורך לבדוק אותה. עמדה שלא בדקה את האלטרנטיבות אינה עמדה לגיטימית. כפי שראינו, רק מה שראוי להתכנות 'דעה' יכול להיכנס להצבעה שתקבע הכרעה בין רוב הדעות.

כאן כמובן הדיון אינו הלכתי אלא מוסרי-חברתי. אבל העקרונות הם דומים מאוד, יש תוקף לעמדת הרוב רק כאשר כל אחד מהמשתתפים בדיון שקל את שאר העמדות, ובסופו של יום הגיע לעמדה משלו. במצב כזה אין מקום לטענות כלפיו, ואם נדרשת הכרעה היא תתקבל על פי דעת הרוב. אין לנו מנגנון הכרעה אחר (ראה להלן), העיקרון שקובע את סמכות הרוב אינו יכול לשמש כסות לעצלות ולאי שיקול דעת. וגם אם אי שיקול הדעת אינו נובע מעצלות, ולא מוטלת על מישהו אשמה כלשהי, עדיין עצם העובדה שבפועל הוא לא שקל את הדעות האחרות מורידה מתוקף עמדתו.

המסקנה היא שעקרון ההליכה אחר הרוב קיים כאשר יש חילוקי דעות. במצב כזה רוב הדעות הן הקובעות להלכה. אבל במקום שבו לא התקיים דיון של ממש, אזי אין לאף אחת מן העמדות תוקף של 'דעה', וממילא אין מקום להכריע ביניהן על פי הרוב. זהו הקשר בין שני חלקי הפסוק שראינו למעלה: רק אחרי שלכל

אחד יש 'דעה', ניתן לגשת להצבעה ולהכרעה על פי הרוב. מסקנה נוספת שמתקבלת מכאן היא שאם ישנם כמה חכמים אשר שייכים לאותו בית מדרש, ועמדתם מגובשת בגלל נטייה אחרי חכם מסויים, ייתכן שלא נוכל למנות אותם כקולות נפרדים בהצבעה. רומז לכך החזו"א בדבריו שם, כשהוא כותב:

ידוע כי אין כוח רוב אלא במושב בית דין. אבל חכמים החולקים שחיו בדורות חלוקות או במדינות חלוקות, אין נפקותא בין רוב למיעוט. ואותה המדינה שרוב התורה שבידם הוא מרב אחד ומתלמידיו ומתלמידי תלמידיו עושין כרובם אף במקום שרבים החולקים.

הוא אמנם מדבר כאן על ההיתר לנהוג בניגוד לרוב הפוסקים במקום שיש רב מובהק וברור. אבל מסתבר שגם ההיפך נכון, שאותם הנוהגים כמו אותו רב מובהק לא יכולים להיספר כדעות נוספות ולהימנות עמו לרוב כדי להכריע את ההלכה. אלו אינם אלא הד לקולו של אותו רב.⁶

ב. רוב כמותי ואיכותי

מבוא

ראינו בדברינו עד כה שלאחר שגובשו הדעות השונות, הדרך להכריע את ההלכה היא להימנות וללכת אחר הדעה שבה אוחזים רוב המתדיינים. האם יש מקום לתת משקל שונה לדעתם של אנשים שונים? האם ההצבעה צריכה להיות דמוקרטית לגמרי? לכאורה כן, שהרי ראינו שפותחים בקטן. אבל כפי שהסברנו, כל זה מיועד לוודא שכל אחת מהעמדות תהיה אכן 'דעה', וזאת בשלב שלפני ההצבעה. אך לאחר שעשינו זאת, ואנו ניגשים להצבעה, ייתכן שיש מקום לתת משקל שונה לדעתו של גדול החכמים לעומת הקטן שבהם.

מחלוקת הרמב"ן ור' האי גאון

קיימת מחלוקת ראשוניים בעניין רוב כמותי מול רוב איכותי. ר' האי גאון (שמובא בחי' הרמב"ן סופ"ג מסנהדרין) סובר שהולכים אחר רוב החכמה ולא אחר רוב הדיינים. ואילו הרמב"ן חולק עליו וסובר שמה שקובע הוא רוב הדיינים. גישה דומה לזו של ר' האי, אנו מוצאים **בספר החינוך**, אשר כותב (מצווה עח):

⁶ בראשונים בסוגיית סנהדרין לג ע"ב נחלקו האם תלמידים מצטרפים למניין הדעות לזכות בנפשות. אך לחובה נראה שאינם מצטרפים (ראה במנ"ח מצווה עח סק"ה)

ובחירת רוב זה לפי הדומה הוא בששני הכיתות החולקות יודעות בחכמת התורה בשוה, שאין לומר שכת חכמים מועטת לא תכריע כת בורים מרובה ואפילו כיוצאי מצרים, אבל בהשוית החכמה או בקרוב הודיעתנו התורה שריבוי הדעות יסכימו לעולם אל האמת יותר מן המיעוט. ובין שיסכימו לאמת או לא יסכימו לפי דעת השומע, הדין נותן שלא נסור מדרך הרוב. ומה שאני אומר כי בחירת הרוב לעולם הוא בששני הכיתות החולקות שוות בחכמת האמת, כי כן נאמר בכל מקום חוץ מן הסנהדרין, שבהם לא נדקדק בהיותם חולקין אי זו כת יודעת יותר אלא לעולם נעשה כדברי הרוב מהם, והטעם לפי שהם היו בחשבון מחויב מן התורה, והוא כאילו צייתה התורה בפירוש אחר רוב של אלו תעשו כל עניינים, ועוד שהם כולם היו חכמים גדולים.

כלומר דעת החינוך היא שדין הליכה אחר הרוב נאמר רק במקום שחכמת המתדיינים דומה, אבל כשיש פער של ממש בידע ובחכמה אין חשיבות לרוב המתדיינים אלא לרוב החכמה.

בעל המנ"ח שם בסק"א מביא לו מקור מסוגיית יבמות יד ע"א שם הגמרא מסבירה שיסוד הבעייתיות בהכרעה במחלוקת ב"ש וב"ה היא בכך שב"ש היו מחוודדים יותר וב"ה היו רבים יותר. בת הקול הכריעה שיש ללכת אחר רוב המניין ולא רוב החכמה. בתוך הדיון, הגמרא אומרת שם, שכל דין הליכה אחר הרוב נאמר במקום ש'כי הדדי נינהו'.

המסקנה שדין רוב נאמר רק כשרמות החכמה שקולות אינה הכרחית מן הגמרא שם. בכל אופן, ברור שבמקום שבו הדעות שקולות נראה שיש לחכמה משקל בהכרעה. ובזה מצדד גם הרמב"ן עצמו, שחולק על ר' האי גאון.

ובאמת אף שלהלכה מקובל לפסוק כדעת הרמב"ן, הרי גם להלכה אנחנו מוצאים דעות בפוסקים שכאשר יש הבדל בחכמה יש ללכת אחר רוב החכמה. לדוגמא, בב"ד של ממונות צריכים לשבת שלושה דיינים. הגמרא בתחילת סנהדרין מסבירה שאחד מהם צריך להיות גמיר (=למדן) ושני האחרים יכולים להיות הדיוטות. מה קורה כאשר ישנה מחלוקת בין הגמיר לבין שני ההדיוטות? בספר **שער המשפט** סי' יח נחלק עם בעל **שבות יעקב** (שהובא שם) בשאלה האם כאשר יש מחלוקת בין הגמיר לבין שני ההדיוטות כיצד מכריעים את הדין. בעל **שער המשפט** כותב שהגמיר הוא המכריע את ההלכה, שכן לא סביר שהדיוטות יכריעו במניינם את הגמיר.

לעצם הבעייה: הגדרת 'כמות' ו'איכות'

מחלוקת ב"ש וב"ה כפי שהוצגה למעלה מעלה בחריפות את השאלה האם מה שקובע בבי"ד הוא הרוב הכמותי או הרוב האיכותי. נראה שלהלכה הרוב הקובע הוא הרוב הכמותי, אף כי ההסברים לכך הם בדרך כלל טכניים. המטרה היא לגלות את האמת ההלכתית, ולכן ההיגיון אומר שהולכים אחר רוב החכמה ולא אחר רוב הדעות, אלא שמכיון שקשה לקבוע דרגות בחכמה, התורה קובעת לנו קריטריון כמותי חד וברור: הולכים אחר רוב ה'רגליים' בבית הדין ולא אחר רוב ה'ראשים'.

הצגה זו של הדילמה מניחה במובלע שהמונחים 'איכות' ו'כמות' הם מוגדרים ומובחנים, ורוב החכמה הוא רוב איכותי ואילו רוב האנשים הוא רוב כמותי. מדוע באמת זה כך? למה שלא נגדיר גם את רוב החכמה כרוב כמותי, אלא שהכמות הנמדדת היא חכמה ולא אנשים?

זה מוליך אותנו לשאלה פילוסופית מעניינת, כיצד בכלל ניתן להגדיר את צמד המושגים 'כמות' ו'איכות'. יש לנו אינטואיציות די ברורות לגביהם, ובכל זאת קשה מאד להגדיר אותם. כל תוכן שנתייחס אליו כאיכות ניתן להתייחס אליו ככמות של דבר מופשט. מאידך, אנו מכירים כמויות של דברים מופשטים, ואף אחד לא יתייחס אליהם כאיכות. לדוגמא, האם כמות הרעיונות במאמר זוהי איכות? אפשר שזו איכות של המאמר, אך היא בהחלט אינה גודל איכותי. זוהי כמות, אלא שהיא סופרת דברים מופשטים. אם כן, מה בכל זאת ההבדל בין איכות לכמות?

רמז לפתרון: בעיית המדידה בשבת

כידוע, בשבת אסור למדוד דברים. אין לשקול משקולות, למדוד אוכל להכנת מאכלים וכדו'. יסוד האיסור הוא משום מסחר בשבת, שמא יבוא לכתוב, ומשום עובדין דחול, אך למעשה נאסרה כל מדידה, ואפילו כלי המדידה נחשבים כמוקצה.

הנה מצאנו שהפוסקים אסרו למדוד גם דברים מופשטים, כגון זמן. לדוגמא, בשו"ע או"ח סי' שח הנ"א הסתפק האם מותר לטלטלו, והרמ"א אוסר. ובמ"ב שם הסביר שמדידת זמן היא אסורה, אלא לצורך מצווה. אמנם הוא מוסיף שם בשם הפמ"ג ומחצה"ש שבשעון כמו שלנו (=זייגער) מותר. ובעל מחצה"ש שם

⁷ ליתר פירוט, ראה בספר שתי עגלות וכדור פורח, הארה 9.

תמה מה ההבדל בינו לבין שאר שעונים (כמו שעון חול)? ונותר בצ"ע.⁸

נראה שההסבר לעניין זה נעוץ בהבחנה בין שני סוגי מדידה. במתמטיקה מבחינים בין שני תפקידים שונים אותם ממלאים מספרים: הם מונים, והם גם סודרים. מספרים מונים אלו מספרים שמודדים כמות, כלומר כמה דברים יש לנו. מספרים סודרים אלו מספרים שקובעים יחס סדר בין דברים: מספר 2 הוא לפני 3 ואחרי 1. כמובן שכמות גם היא סוג של יחס סדר, שכן ניתן לסדר את הכמויות השונות לפי גודלן. אבל ההיפך אינו נכון: לא כל יחס סדר הוא כמות. לדוגמא, ניתן לסדר אנשים בתור לפי זמן ההגעה, אך הסדר הזה אינו משקף שום כמות. במתמטיקה ההבחנה הזו חשובה בעיקר ביחס למספרים אינסופיים (קרדינלים ואורדינלים), אך כאן נראה שיש לה משמעות פילוסופית גם ביחס למספרים סופיים.

כאשר אנו מודדים כמות של דברים, ישנה משמעות ליחידת המדידה. לדוגמא, כשאנו מודדים כמות של פירות, אני סופרים כמה יחידות של 1 ק"ג פירות יש לנו. כשנוסיף לכמות שיש בידינו עוד ק"ג אחד, הכמות תגדל ב-1. לעומת זאת בסיטואציה שהמספרים משמשים בתפקיד סודר ולא מונה, אין משמעות ליחידה מבודדת כלשהי. לדוגמא, כשאנו מודדים טמפרטורה, המספרים הם סודרים. 39 מעלות היא רמה אחת מעל 38 מעלות, ואחת מתחת ל-40 מעלות. אין כאן ספירה של יחידות בודדות שכל אחת קרויה 'מעלה'. אי אפשר לקחת מעלה ולהוסיף אותה לכמות שבידינו. מה שאפשר לעשות הוא לחמם את מה שבידינו ולהביא אותו לרמת חום גבוהה יותר, שמספרה ה'סידורי' הוא 39 מעלות. זוהי הרמה הבאה בתור (בסידור, לא מבחינה כמותית).

הוא הדין למדידת חכמה. כאשר אנו מודדים IQ, המספרים אינם משקפים צבר של יחידות בודדות, אלא סידור של רמות. מי שהוא בעל IQ 100 מצוי ברמת אינטליגנציה אחת גבוהה יותר מאשר מי שיש לו IQ 99. אבל אי אפשר לקחת IQ 1 ולהוסיף אותו ל-99 כדי לקבל 100. לכל היותר ניתן ללמד ולאמן את האדם כדי שגייע במבחן לרמה יותר גבוהה, הבאה בתור. אבל זוהי התקדמות ביחס הסדר (בסולם ה-IQ) ולא הוספת כמות כלשהי. IQ 100 אינם משקפים הצטברות של 100 יחידות, אלא רמה כוללת של אינטליגנציה. כך גם טמפרטורה של 100 מעלות.

לעומת זאת, 100 ק"ג משקפים הצטברות של כמות של 100 יחידות בודדות

⁸ ולכאורה יש ליישב שהוא ענין קישוט ותכשיט. אבל פשיטא שאם היה אסור להשתמש בו לא היו מתירים לטלטלו. על כן יסוד הבעייה היא מדוע מותר להשתמש בו ולא מדוע מותר לטלטלו.

שמצטרפות לכמות כוללת של 100 יחידות.

ומה לגבי זמן? האם מדידת זמן היא מדידה סודרת או מונה? מסתבר שמדידת זמן בשעון יד היא מדידה סודרת, שכן כאשר אנו אומרים שהשעה כעת היא 13:09 פירוש דברינו הוא שאנחנו מצויים בזמן שהוא בדיוק יחידה אחת אחרי 13:08. היחס הוא יחס של סדר ולא של כמות. ומה באשר לשעון חול? כאן המצב שונה לגמרי. מדידה באמצעות שעון חול היא מדידת כמות: כמה זמן חלף מרגע מסויים עד רגע אחר. כאן מה שמעניין הוא הכמות ולא הסדר.

אם כן, אנו יכולים להסיק שהמדידה שאסורה בשבת היא מדידה מונה, ולא מדידה סודרת. הסיבה לכך היא שבימי החול אנו מונים סחורה כחלק מהמשא ומתן שאנו עוסקים בו, וזה יסוד האיסור. אך כעת, בין אם אנו מונים דברים מופשטים או קונקרטיים, הדבר אסור בשבת. אם כן, מה שנאסר הוא מדידה מונה ולא מדידה סודרת. לכן אסור למנות זמן (בשעון חול) אך מותר לסדר אותו (באמצעות שעון יד).

מסיבה זו יש סברא לומר שמדידת חום (שלא באמצעות מנגנון חשמלי או הפעלה אסורה אחרת) בשבת תהיה מותרת לכתחילה, ולא רק לחולה (כלומר לא רק במקום מצווה, שם מותרת כל מדידה). מדידת חום היא מדידה סודרת ולא מונה. ניתן להביא לכך ראיות מהפוסקים, ואכ"מ.

כמות ואיכות

כעת נוכל לשוב לשאלה של כמות ואיכות. כמויות נמדדות במספרים מונים. מספרים אלו, מעצם הגדרתם, קוצבים כמויות. לעומת זאת, איכות נמדדת רק במספרים סודרים. במדידת איכות המספרים מתפקדים בצורה שונה לגמרי. הם קובעים יחס סדר ולא כמות. ראינו זאת למעלה ביחס לטמפרטורה ולחכמה. לאור הדברים הללו נוכל להבין את מחלוקות הראשונים והפוסקים שהובאו לעיל. כאשר אנחנו מדברים על רוב חכמה אין כאן רוב כמותי. זהו רוב איכותי, שכן חכמה היא איכות ולא כמות. גם אם נצליח למדוד אותה בסולם מספרי, המספרים יהיו סודרים ולא מונים. לכן רוב חכמה אינו רוב כמותי אלא רוב איכותי.

כעת נוכל להבין את יסוד המחלוקת: כפי שמסביר **החינוך** שהבאנו מדבריו למעלה, מטרת המו"מ בבי"ד היא לגלות את האמת ההלכתית. כלומר לקבוע משהו שהוא ביסודו איכותי. המתדיינים חלוקים ביניהם ביחס לאותה אמת. כיצד נכריע ביניהם באופן שיתקרב בצורה האופטימלית להכרעה הנכונה? ברור

שלכתחילה היה ראוי ללכת אחרי הרוב האיכותי, שכן הדבר שאותו אנו מחפשים הוא החכמה, ומי שיותר חכם יכול למצוא אותו ביתר אמינות. אמנם מסיבות טכניות יש שחולקים כאן וסוברים שיש ללכת אחרי רוב האנשים. ועדיין המטרה היא להגיע קרוב ככל האפשר להלכה הנכונה. מה קורה כאשר מה שאנחנו מחפשים אינו אמת, אלא משהו אחר בתכלית? כאן לא ברור שהרוב הוא בכלל פרמטר רלוונטי. אנו נדון בכך בפרק הבא.

ג. דיני רוב בספרות חז"ל

מבוא

הגמרא והראשונים לומדים כמה וכמה עקרונות שקשורים להליכה אחר הרוב מהפסוק "אחרי רבים להטות". בפרק זה נעמוד על כמה מהם, ונראה התפתחות נוספת של עקרון הכרעת הרוב, שכבר מתקרב להופעתו בחברה דמוקרטית.

רובא דליתא ואיתא קמן

במסכת חולין (יא ע"א ואילך) לומדים מן הפסוק הזה את שני דיני הליכה אחר הרוב באיסורים: רובא דאיתא קמן (=רוב שישנו לפנינו) ורובא דליתא קמן (=רוב שאינו לפנינו). בשני המקרים מדובר על הכרעה ובירור במצב מסופק, לאור רוב המצבים הדומים לו. לדוגמא, נמצאה חתיכת בשר ברחוב, ואיננו יודעים האם היא כשרה או טריפה. במקרה כזה, אם רוב החנויות בעיר הן טריפה הבשר אסור, ואם הן כשרות הבשר מותר באכילה. זהו רוב שמצוי לפנינו, שכן החנויות כולן מצויות לפנינו בעיר. לעומת זאת, ישנם סוגי רוב שאינם לפנינו, כמו רוב נשים יולדות לתשעה (חודשי הריון, ולא לשבעה). במקרה זה אין לפנינו צבר נשים מוגדר שאנחנו צריכים להכריע על אחת מהן. אנחנו יודעים שטבע העולם הוא שרוב הנשים יולדות לתשעה, ולכן אנו מכריעים לגבי כל אישה ספציפית שכנראה גם היא יולדת לתשעה. זהו רוב דליתא קמן.

מי חזק יותר?

האחרונים נחלקו בשאלה איזה משני סוגי הרוב הללו הוא חזק יותר. רוב הראשונים והאחרונים רואים את רובא דאיתא קמן כחזק יותר. זוהי המסקנה העולה מפשט הגמרא בחולין. לעומתם, ר' שמעון שקאפ, בספרו **שערי יושר**, שער ו, מסביר שהרוב דליתא קמן הוא החזק יותר, ואף מפרש את הגמרא בהתאם.

הוא גם מוצא כמה ראשונים (ובהם הרמב"ם) שמדבריהם ניתן להוכיח גישה כזו.

מדוע הוא מתעקש כל כך על הכיוון הזה? ההסבר לכך נעוץ בהבדל המנגנוני שבין שני סוגי הרוב. הרוב דאיתא קמן הוא רוב סטטיסטי, ואנו מכריעים שהחפץ הנדון שייך לקבוצה שאליה שייכים רוב הפריטים כמוהו (לדוגמא, חתיכות בשר, או חנויות בשר). לעומת זאת, רוב דליתא קמן הוא חוק טבע. כאשר אנו מחליטים שאישה כלשהי יולדת דווקא לתשעה ולא לשבעה, אין כאן שיוך לקבוצת היולדות לתשעה, שכן אין בפנינו קבוצה כזו. ישנה כאן מסקנה שמחוקי הטבע עולה כי סביר שהיא ילדה לתשעה. במצב כזה, אנו נכריע לגבי כל אישה ואישה שהיא ילדה לתשעה, והכרעה זו תיחשב מבחינה הלכתית כוודאית.

נדגים זאת באמצעות 'אפקט דוד לוי' מן התחום הפוליטי. באחת משיבות מרכז הליכוד טען דוד לוי שסיעתו אינה מיוצגת כראוי במוסדות המפלגה. הסיעה מנתה כ-30 אחוזים מחברי המרכז וכמות התפקידים שניתנו לה היתה זניחה. טענו נגדו שם שהמרכז פועל באופן דמוקרטי, והתפקידים השונים מאויישים בהצבעות שמוכרעות על פי הרוב. אם הם יפעילו את הכוח של סיעתם, הם יקבלו ייצוג הולם.

על כך ענה דוד לוי בטענה נכונה, והיא החשובה לענייננו: על כל תפקיד נערכת הצבעה במרכז, ובכל הצבעה הרוב הוא המכריע. אם כן, יוצא מכאן שמאה אחוזים מן התפקידים מאויישים על ידי סיעת הרוב, גם אם היא מונה רק 51 אחוזים מהחברים. בכל הצבעה הם יגברו על יריביהם ויעבירו את התפקיד למי שהם חפצים ביקרו. אם כן, תהליך כזה אינו מבטא את יחסי הכוחות האמיתיים בין הסיעות השונות במרכז. אם היו מחליטים על חלוקת תפקידים בפרופורציה לכוחה של כל סיעה, הייצוג היה הולם יותר. המצב הנוכחי הוא בגדר 'עריצות הרוב' ולא דמוקרטיה.

'רוב דליתא קמן' הוא בדיוק מקביל לתופעה של 'עריצות הרוב'. הרוב יוצר תוצאה של מאה אחוזים. כל אישה שתגיע לפנינו אנחנו נחליט שהיא יולדת לתשעה, שכן חוק הטבע חל גם עליה, כמו על כל אישה אחרת. אם כן, לגבי כל אישה יש הכרעה שנחשבת כוודאית מבחינה הלכתית, זאת על אף שבפועל ברור כי יש כמות לא מבוטלת של נשים שיוולדות לשבעה. לעומת זאת, רוב דאיתא קמן גם אם יבואו לפנינו כל חתיכות הבשר שבעיר להכרעה, אנו לא נחליט על כל חתיכות הבשר שהן כשרות בוודאי. חלק מהן הרי וודאי שייכות לקבוצת המיעוט

שקיימת בפועל בעיר.⁹

המסקנה מכל האמור כאן היא שבשני המקרים הללו המטרה של דין רוב היא להכריע לגבי אופיו של אירוע, או חפץ מסויים, שהסטטוס ההלכתי שלו הוא מסופק. זהו תפקיד דומה לתפקידו של הרוב בבי"ד, ולכן לא פלא שהגמרא לומדת אותו משם.

כעת נראה שישנם עוד שני עקרונות נוספים הקשורים לרוב, אשר לפי רוב המפרשים נלמדים גם הם מפסוק זה: ביטול ברוב בתערובת, ודין רובו ככולו, ותפקידם של אלו הוא כנראה שונה מתפקידו של הרוב בבי"ד ובאיסורים. בהמשך דברינו (כאשר נעסוק בתקנות הקהילות) נראה מדוע הבחנות אלו הן חשובות גם ביחס לדין הליכה אחר הרוב.

ביטול ברוב

דין ביטול ברוב בתערובת, הוא רלוונטי במצב בו ישנם שני סוגי דברים בתערובת, אחד אסור והשני מותר. אם רוב הדברים שבתערובת הם היתר אזי האיסור בטל, ולחלק מהדעות הוא אף הופך בעצמו להיתר (ראה בשו"ת עונג יו"ט, או"ח סי' ד), וכן להיפך. לגבי תערובת של יבש ביבש (=עצמים יבשים ובדידים), יש מהראשונים שרואים במכניזם הזה ביטוי נוסף של דין הליכה אחר הרוב, ותו לא (ראה רא"ש חולין פ"ז סי' לו, שנחלק עם הרשב"א בזה). אך לגבי לח בלח (תערובת של שני נוזלים), שם ודאי מדובר בעיקרון שונה. הראשונים כותבים שגם דין זה נלמד מן הפסוק "אחרי רבים להטות". לדוגמא, ראה רש"י חולין צח ע"ב ד"ה 'דמדאורייתא' (וכן ביצה ג' ע"ב, וכן בגיטין נד ע"ב, ד"ה 'לא יעלו' ועוד).

רובו ככולו

דין רובו ככולו עוסק במצב בו נדרשת על פי ההלכה דרישה לגבי כלל שלם, אך בפועל הדרישה מתקיימת רק לגבי חלק מן הכלל הזה. במקרים אלו, אם החלק הזה מהווה רוב מתוך הפריטים השייכים לכלל, זה נחשב כאילו הדרישה התקיימה לגבי הכלל כולו. לדוגמא, מותר להקריב קרבן פסח בטומאה, אם כל הציבור טמאים. הגמרא אומרת שגם אם רק רוב הציבור טמאים מותר להקריבו,

⁹ לפי רוב הפוסקים נראה שאנחנו כלל לא נכשיר את האחרונות שבהן. אם יבואו בפנינו חתיכת בשר אחרי רעותה, ונצטרך לקבל החלטה לגבי כל אחת, נצטרך להטריף את החתיכות האחרונות בהתאם למספר החתיכות הלא כשרות שהיו במקום מלכתחילה. רק בחתיכת בשר אחת (או חתיכות בודדות) אנו מכריעים את הסטטוס ההלכתי לפי הרוב.

לפי הכלל שרובו ככולו.

יש מהאחרונים שכתבו שדין זה אינו אלא ביטוי אחר לדין הליכה אחר הרוב, אך בפשטות זהו עיקרון נוסף, שאינו שקול לדין הליכה אחר הרוב וגם לא לדין ביטול ברוב. הגר"ח בסטנסיל כותב שגם דין זה נלמד מהפסוק "אחרי רבים להטות".

כיצד דינים אלו נלמדים מהפסוק "אחרי רבים להטות"?

בניגוד לדין הליכה אחר הרוב בבי"ד וביטול ברוב באיסורים, שמטרתם היא בירור האמת במצב מסופק, שני סוגי הרוב הללו אינם עוסקים במצב מסופק. עניינם הוא קביעת שם אחד למצב מעורב ומורכב. להלן נראה את המשמעות החשובה של ההבחנה הזו.

האחרונים עוסקים לא מעט בשאלה כיצד ניתן ללמוד את כל העקרונות השונים והמגוונים הללו מאותו פסוק שמורה לנו ללכת אחר רוב הדיינים בבי"ד.¹⁰ לכאורה מדובר בעקרונות שונים בתכלית.

כמה אחרונים מסבירים שהעיקרון של ביטול ברוב נלמד מדיני רוב בבי"ד, מפני שההלכה דורשת שבדיני ממונות תהיה הכרעה של שלושה דיינים. והנה אם יש שני דיינים בדעה אחת ודיין שלישי בעמדה שונה, הרי עמדת הרוב שנפסקת להלכה התקבלה בשני דיינים ולא בשלושה. אך ההלכה דורשת שהכרעת הדין בדיני ממונות תתקבל בשלושה דיינים. על כורחנו דין הליכה אחר הרוב קובע שלא רק שהמיעוט אינו נחשב, אלא שהוא גם בטל, ולכן הוא נחשב כאילו הוא בעצמו מחזיק בדעת הרוב, וכך יש שלושה דיינים.

גם לגבי הדין של רובו ככולו יש לומדים אותו באותה צורה. הסבר אלטרנטיבי לכך שדי לנו בדעתם של שני דיינים הוא שאם יש רוב מתוך דייני הבי"ד הרי זה כאילו יש לנו את כולו. על כן, גם ללא ביטול ברוב, ניתן להבין שדי ברוב דעות ולא צריך הכרעה פה אחד.

ההסברים הללו שנויים במחלוקות, והם כולם תלויים בשאלה כיצד ניתן להבין את אופן פעולת הרוב בבי"ד. אין כאן המקום להיכנס אליהם בפירוט.

¹⁰ ראה פמ"ג ריש פתיחתו ליו"ד הל' תערובות, ובשערי יושר שער ג פ"ד, ובחיל הגר"ח (סטנסיל) ועוד.

ד. רוב בתקנות הקהילות: רוב יוצר ורוב חושף

היווצרות הקהילות: רקע היסטורי

כל סוגי דיני הרוב שהבאנו בפרק הקודם מופיעים בגמרא עצמה. והנה אנו מוצאים סוג חדש של רוב, שעיקרו עולה רק בספרות הראשונים. כדי להבין את הרקע לכך, נקדים מבוא היסטורי קצר.

עד המאה הי"א למניינם, הגולה הבבלית תיפקדה במידה רבה ככלל ישראל, עם מוסדות מרכזיים (ריש גלותא שעמד במקום מלך, וראשי הישיבות הגדולות) ושלטון אוטונומי למדיי. כל קהילה היתה שייכת ללאום היהודי, ועמדה במידה זו או אחרת תחת פיקוח המוסדות המרכזיים של האומה. החל מהמאה הי"א יהדות זו מתפזרת לכלל קצווי תבל. יהודים מגיעים למקומות שונים, ומוצאים את עצמם במסגרות של קהילות מבודדות, שאינן חלק ממסגרת לאומית.

מצב זה מעורר כמה וכמה שאלות לא פשוטות. ראשית, מהו מעמדה של קהילה כזו? האם יש לה סמכות לתקן תקנות? האם יש לה סמכות אכיפה? ובשורש הכל עומדת השאלה האם ניתן להתייחס לקהילה כזו כציבור. עד אותה תקופה היה ברור שציבור הוא רק כלל ישראל, והמוסדות הם אלו שמייצגים את כלל הציבור. החל מהמאה הי"א כל קהילה עומדת לעצמה, וכדי לתת תוקף למוסדותיה, מתחילה להיווצר תפיסה של הקהילה כתת-ציבור. כלומר כל קהילה נתפסת כציבור עצמאי, ולכן נדרשים גם מוסדות שינהלו וינהיגו את הציבורים הללו. הראשונים שדנים במעמדן של הקהילות ושל מוסדות הקהילה, יוצרים את התשתית ההלכתית הנדרשת לביסוס מעמדם של אלו מתוך המושגים הכללי-ישראליים. יש שגזרו את סמכות מוסדות הקהילות ותוקף תקנותיהן מכוחו של מלך, או מכוחו של בי"ד הגדול. שבעת טובי העיר ממלאים את הפונקציות הללו ביחס לציבור שבקהילותיהם.

הנושא המרתק הזה דורש יצירתיות פרשנית לא מבוטלת, ויש לה ביטוי רחב למדיי בספרות השו"ת של הראשונים.¹¹ ההלכה בנושאים אלו מתגבשת סופית רק במאה ה-14, ואף לאחר מכן.

התשתית העיונית-הלכתית: ה'פוליס' היהודי

למעשה ניתן לראות בתהליך גיבוש הקהילות מעין בבואת מיקרו של היווצרות

¹¹ ראה על כך בספרו המאלף של פרופ' חיים סולובייצ'יק, שו"ת כמקור היסטורי, ובספרו של מנחם אלון, המשפט העברי, ח"ב פרק יח-יט.

הדרגתית של תורת מדינה. ראשית, מתקבצת קהילה שהיא קבוצה של אנשים שמעוניינת לחיות את חייה במידת מה של שותפות, נוצר ציבור. לאחר מכן מתחילים להגדיר תהליך של קבלת החלטות עבור הקהילה כולה. לצורך כך ישנן אסיפות של הקהילות ובהן מתקבלות החלטות. משרואים שקשה לקבל החלטות פה אחד (כפי שהיה ראוי באופן תיאורטי. ראה על כך להלן), מחליטים על ממשל של נציגים. מגדירים מוסדות וצורות שלטון, שמנחים את פעולתם של הנציגים ואת מחוייבותם לקהל האזרחים.¹² לאחר מכן מתעוררת שאלה של הליכה אחר הרוב, הן רוב האזרחים והן רוב המושלים (=טובי העיר). פעמים רבות השאלות השונות עולות במעורב, ולא לפי הסדר הזה, אבל התהליך ברוב המקומות דומה למדי.

בין השאלות שעולות בהקשרים אלו תופסת מקום נכבד שאלת קבלת ההחלטות וההכרעה במחלוקת, הן בציבור עצמו והן בין הנציגים (=טובי העיר). בעיניים מודרניות נראה לנו ברור שבמקרה של מחלוקת יש ללכת אחר הרוב, אך בשעתו עמדה זו כלל וכלל לא היתה מובנת מאליה.

ההיסטוריון יצחק בער טען במאמר שהתפרסם לפני כשישים שנה,¹³ שהתגבשות הדפוס של הכרעת הרוב בקהילות אשכנז החלה במאה הי"ג, עם כניסתו של המשפט הרומי. עד אותה תקופה הסביבה הגויית כלל לא נהגה להכריע על פי רוב, ונדרשה הכרעה פה אחד. לפי טענתו, המשפט הרומי הוא שהכניס את המושגים של הכרעה לפי הרוב לעולם המשפט הכללי באשכנז, ולאחר מכן גם לתוך הקהילה היהודית ולהלכה.

פרופ' סולובייצ'ק, בפ"ט של ספרו הנ"ל, דוחה את הטענה הזו על הסף, ומביא ראיות ברורות לכך שזוהי טעות. הוא מראה באמצעות ניתוח מאלף של קבצי תשובות שונים שהלכה זו נהגה כבר החל מהמאה הי"א, כלומר מתחילת היווצרות הקהילה היהודית. יתר על כן, הוא טוען שגם ללא הראיות הללו, אין לטענת בער מקום. הרי מושג הרוב היה מקובל בישראל מקדמת דנא, ולכן לא היה כל צורך ביבוא שלו ממערכת משפט זרה. כפי שראינו למעלה, התלמוד עצמו מלא בסוגיות של הליכה אחר הרוב, וכבר בתורה אנו מוצאים את הציווי: "אחרי רבים להטות".

¹² אמנם למיטב ידיעתנו, בחירות מסודרות למוסדות אלו כמעט לא היו. בדרך כלל טובי העיר היו בעלי הייחוס, המעמד החברתי-כלכלי, או קירבה לשלטון, ולפעמים גם תלמידי החכמים.

¹³ 'היסודות והתחלות של ארגון הקהילות היהודיות במי הביניים', ציון טו, תשי.

ובכל זאת, הבחנה בין המקורות התלמודיים לבין היישום

פרופ' סולובייצ'יק שם מעלה שתי שאלות: 1. האם המושג של הרוב היה זר לסביבה ולמחשבה היהודית כפי שהוא היה זר לסביבה הנכרית שבתוכה היא פעלה? 2. האם התבקש השימוש בעקרון ההכרעה על פי הרוב לגבי שלטון הקהל לפי התיאוריה שרווחה באותה תקופה?

על השאלה הראשונה הוא עונה, כאמור, בשלילה. הליכה אחר הרוב היא עיקרון שמופיע בתורה, ומיושם באופן מקיף ומפורט בתלמודים ואחריהם. לגבי השאלה השנייה הוא טוען שמכיון שבאותה תקופה נטו לראות את מוסדות הקהילה כסוג של בי"ד, אזי ברור שהפתרון של הליכה אחר הרוב היה הפתרון המתבקש, שכן דין זה נאמר במקורו לגבי בי"ד.

דומה כי עצם העלאת השאלה השנייה מביעה את העובדה שהקשר הזה רחוק מלהיות מובן מאליו. עקרונות הרוב כפי שהם מופיעים בתלמודים תוארו לעיל, והם כשלעצמם אינם יכולים להיות מיושמים באופן פשוט לגבי תקנות הקהל, וזאת מכמה סיבות. סולובייצ'יק עצמו, מעלה סיבות שנעוצות בכך שראשי הקהל לא עמדו בקריטריונים שבהם עומד מי שנבחר להיות דיין. לכן קשה לראות את ההצדקה שבשיוך מוסדות אלו למושגים ההלכתיים של בי"ד. אך כאן התשובה היא פשוטה, שכן בי"ד בתשובות מאותה תקופה מופיע ביחד עם המלך. מאז בית שני, בית הדין הגדול החזיק בשני 'כובעים': הדתי והחילוני. נשיא הסנהדרין היה גם במידה רבה בעל סמכויות של מלך¹⁴ (דווקא בבבל היתה הפרדה כלשהי בין ריש גלותא לבין ראשי הישיבות). מוסדות הקהילה הם בבחינת המלך, ומכוחם נבחר גם בי"ד שהוא המנהיג את ההתנהלות הדתית של הקהילה. אמנם לתקנות המוסדות יש תוקף הלכתי, אך גם לחוקי המלך יש תוקף כזה. ראיית שבעת טובי העיר כבי"ד היא סוג של מודל, שמנסה להתמודד עם מלוכה מרובת ראשים.

ברם, הבעייה האמיתית נמצאת בנקודה יסודית יותר. המשמעות של הרוב והכרעת הרוב בהקשר של קבלת החלטות ביחס להתנהלות קהילה (או מדיניות) היא שונה לגמרי מאשר הכרעת הרוב בבי"ד. כפי שראינו, מטרת הרוב בבי"ד היא לברר מציאות מסופקת. הבאנו את דברי החינוך שכתב שהרוב הוא אמצעי להתקרב ככל האפשר לאמת. אולם בהקשר הקהילתי המצב הוא שונה לגמרי. הדיון אינו מתנהל כדי לברר אמת כלשהי, אלא כדי להגיע להחלטה מחייבת. לדוגמא, אם עומדת על הפרק שאלה כיצד לנהוג כנגד אויב כלשהו, או כיצד לנהל את נכסי הקהילה, הרי לא מחפשים כאן אמת כלשהי. במקרה כזה המטרה היא

¹⁴ לא בכדי, השושלת של ר' יהודה הנשיא היתה מצאצאי בית דוד.

לקבל החלטה שתחייב את כל חברי הקהילה. אם ישנו אזרח שרוצה לנהל את העניין בצורה מסויימת, אזי גם אם נוכיח לו באותות ובמופתים שאין כל היגיון לעשות זאת בצורה בה הוא דוגל, אין בטענה זו כדי לשלול את זכותו לדרוש השפעה על ההחלטה שתתקבל. זכותו שמורה לו גם לטעות ביחס לנכסיו ולגופו, והשאלה כאן אינה שאלה של אמת או שקר.

מאותה סיבה עצמה, גם אם רוב הציבור יחליט החלטה שגויה (לא מבחינה הלכתית), זו תהיה החלטה בעלת תוקף גמור. זה מה שהם רוצים, וכך הם זכאים לעשות. בהחלטות מסוג זה אין כל היגיון להצעה לתת לחכמה משקל יתר, שכן אנו לא מנסים לקלוע לאיזו אמת תיאורטית כלשהי, אלא להביא לידי ביטוי את זכויותיהם של כל חברי הקהילה בניהול ענייניה. לשוטה הכפר יש אותה זכות כמו לגאון הגדול ביותר שם. ההנחה הבסיסית היא שכל אחד מן האזרחים זכאי להשפעה על ניהול ענייניו, גם אם הוא טועה בדרכו.

אם כן, הקביעה שבהחלטות כאלה יש דין ללכת אחר הרוב כלל וכלל אינה ניתנת להיגזר מדיני בי"ד. בבי"ד לדיינים אין זכויות, אלא המוסד כולו מנסה להגיע לאמת בצורה האופטימלית והנכונה ביותר. מה לזה ולשאלות של מדיניות ושל התנהלותן של קהילות? גם אם בבי"ד אנו הולכים אחר הרוב, הרי שבשאלות אלה דווקא סביר יותר לקבל החלטות פה אחד, שכן לכל אחד יש זכות לנהל את ענייניו כפי שהוא מבין.¹⁵

כמובן שהתנהלות כזו אינה אפשרית. אולם זהו טיעון פרקטי, וגם אם נסיק ממנו את העיקרון שחייבים להכריע על פי דעת הרוב, לא תהיה כאן הרחבה של דין רוב שנלמדת מדין רוב בבי"ד, אלא זהו פשוט דין רוב אחר.

בנוסף אחר נאמר כי בשאלות של התנהלות הקהילה, ההחלטה יוצרת את האמת, ואילו בהכרעת בי"ד ההחלטה חושפת (או מנסה לחשוף) אותה. המקור בתורה מלמד אותנו שרוב הוא אמצעי טוב לחשיפת האמת. אבל מנין לנו שהרוב הוא גם האמצעי ליצירת ההכרעה התקפה ביחס למדיניות?

שאלה זו נכונה גם ביחס למדינה. כיום מקובל במדינות דמוקרטיות שההכרעה מתקבלת על ידי הרוב. לפעמים עולות תהיות 'אפלטוניות':¹⁶ מדוע לכל שוטה יש זכות הצבעה במשקל שווה לזה של הגאון, גם אם הוא מוכשר ומשכיל ממנו? למעשה טמונה כאן הנחה דומה לזו של ר' האי גאון **והחינוך** שדבריהם הובאו

¹⁵ ואכן, ידועה שיטת ר"ת וסיעתו, שסוברים שבנושא תקנות קהילות יש לקבל החלטות פה אחד, ולא על פי הרוב (ראה אצל אלון, שם). דעה זו לא התקבלה להלכה.

¹⁶ ואכן, ידועה שיטת ר"ת וסיעתו, שסוברים שבנושא תקנות קהילות יש לקבל החלטות פה אחד, ולא על פי הרוב (ראה אצל אלון, שם). דעה זו לא התקבלה להלכה.

למעלה, שיש ללכת אחר רוב החכמה ולא רוב המניין. בדרך כלל התשובות שמוצעות לשאלות אלה, בדיוק כמו שראינו למעלה ביחס לשאלה ההלכתית, הן תשובות טכניות, אשר נתלות בכך שאם נתחיל בקיפוח על בסיס אינטליגנציה והשכלה, יש חשש שנמשיך לקיפוח מסוגים אחרים, מוצדקים פחות. ברם, התשובה המהותית לטענה זו נמצאת במקום אחר לגמרי: אם השאלה היתה שאלה של חשיפת האמת היה לטיעון כזה מקום (כמו שראינו אצל ר' האי גאון **והחינוך** ביחס לבי"ד), אך בשאלות של מדיניות מדובר בהכרעה ניהולית, שבה לכל אחד יש זכות שווה. זוהי הכרעה שיסודה הוא זכויות ולא צורת בירור של אמת. לכן מה שקובע הוא הזכות השווה שיש לכל אחד, ולא דווקא היכולת שלו לקלוע לאמת.

מקורות הלכתיים

אכן, כשנבדוק במקורות ההלכתיים שעוסקים בתקנות הקהל נראה שגם אם ישנה שם הזדקקות למושגי בי"ד, בדרך כלל היא מלווה בהנמקה נוספת, רחבה יותר.

נראה לדוגמה את תשובת הרא"ש שעוסקת בעניין זה (כלל ו, סי' ה):

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.

הרא"ש דן בשאלה האם תקנת הקהל מחייבת גם את מי שאינו מסכים לה. הוא מביא מקור מהפסוק "אחרי רבים להטות", ואף מרחיב אותו בצורה גורפת ונחרצת לכל עסק של רבים, שגם עליו התורה אמרה זאת. ובכל זאת, לא נחה דעתו עד שהביא שיקול נוסף, שבלי זה לעולם לא יסכימו הקהל לשום דבר, ולא ניתן יהיה לנהל קהילה. האם זוהי דרישת טעמא דקרא של הפסוק "אחרי רבים להטות"? מסתבר שלא. הרא"ש רוצה להרחיב את משמעות הפסוק, ומשתמש בשיקול הזה כדי לבסס זאת. נראה שהוא מודע לפער הלוגי שקיים בין המקור לבין היישום שהוא מציע עבורו, והוא משתמש בטיעון הפרקטי כדי לגשר עליו.

נוכחות המיעוט

בהקשר של תקנות הקהילות עולה שאלה נפוצה נוספת, האם תוקפה של הכרעת הרוב הוא רק כאשר המיעוט היה גם הוא נוכח? פוסקים רבים סוברים שכן. הסיבה לכך היא פשוטה, בדיוק בגלל ההשוואה לדיני רוב בבי"ד, כפי שראינו שבלא מו"מ עם המיעוט אין להכרעת הרוב כל משמעות. אם המיעוט היה נוכח הוא היה יכול לנסות לשכנע את הרוב בצדקתו, ולכן העובדה שהחלטה התקבלה על פי הרוב אינה משמעותית (ראה לעיל בדיון על אמנת כינרת). אולם בשו"ת **לב שמת**, חו"מ סי' ה (ראה אצל אלון שם פי"ט, הערה 131), פסק להיפך, וזאת שוב מתוך נימוק פרקטי:

דאל"כ לא הנחנו מקום למצוא 'אחרי רבים להטות', אם הבלתי רוצים יברחו מהתחבר עמהם ומהיוועד יחדיו לעמוד למניין, ובזה יהיו פטורים. זה דבר שאין הדעת סובלו, והוא ברור ומבואר.

מחד, גם הוא מביא את הטעם של "אחרי רבים להטות". מאידך, הוא מעלה שיקול פרקטי, לפיו אם נדרוש תמיד נוכחות של המיעוט הדבר מאפשר להם לכפות את דעתם על הרוב בכך שפשוט לא יופיעו להצבעה. שוב השיקול הפרקטי משמש כאמצעי פרשני לכוונת הפסוק "אחרי רבים להטות".

כמו במקרה שראינו למעלה בשו"ת הרא"ש, גם כאן ההנחה היא שדין "אחרי רבים להטות" חל גם על תקנות הקהל. אלא שכאן הפרשנות לאור השיקול הטכני היא מובנת יותר. הרי אם לא ניישם זאת באופן הגיוני, הציווי הזה לא ייושם כלל. ומכיון שהתורה הטילה עלינו ללכת אחר הרוב 'בכל עסק של רבים', כלשון הרא"ש הנ"ל, אזי האילוצים הפרקטיים הופכים לכלי פרשני לציווי התורה. בכך שהתורה ציוותה עלינו ללכת אחר הרוב, היא גם ציוותה עלינו במובלע לא לדרוש נוכחות של המיעוט. לעומת זאת, הפרשנות של הרא"ש היתה הרבה יותר מרחיקת לכת, שכן היא נועדה לנמק את עצם החובה ללכת אחר הרוב, ולא להגדיר אותה בכלים פרקטיים. שיקול פרקטי כמכשיר פרשני קיים כבר בש"ס, אך אין כאן המקום להאריך בזה.

בחזרה לדברי פרופ' סולובייצ'יק:

דיני רוב אחרים כמקור לרוב הדמוקרטי

אם כן, נראה שההשוואה של הכרעת הרוב, שנעשית אצל הפוסקים מדיני בי"ד לדיני תקנות הקהל, היא השוואה בעייתית. היא אמנם נעשית, אך קשה לטעון שמושג הרוב בהקשר זה רווח במחשבה ההלכתית כבר אצל חז"ל. אם כן, השאלה

השנייה אותה העלה סולובייצ'ק, כיצד החליטה ההלכה ליישם את עקרונות הרוב לגבי המקרה של תקנות הקהילות, נותרת עדיין ללא מענה. דומה כי כאן עלינו לשוב לעקרונות הנוספים אותם הצגנו למעלה. אמנם דין הליכה אחר הרוב בבי"ד אינו יכול להוות מקור להליכה אחר הרוב בתקנות הקהילות, אולם כפי שראינו חז"ל והראשונים קושרים לדיני הרוב בבי"ד גם הלכות נוספות. דין ביטול ברוב, בהחלט ניתן ליישום הולם יותר בהקשר של תקנות הקהילות. דין ביטול אינו דין שמטרתו בירור מציאות או הלכה מסופקת, אלא זהו דין שעניינו הוא מתן שם לתערובת (או קולקטיב כלשהו), והכלל ההלכתי הוא שהרוב הוא המעניק לתערובת את שמה. כעין זה אנו יכולים לראות גם בדין רבו ככולו. אם כן, דווקא שתי ההרחבות הללו יכולות להוות מקור להליכה אחר הרוב בתקנות הקהילות, ולא דין רוב בבי"ד. זה משמש כמקור עקיף ובסיסי יותר, שכן ממנו נלמדות גם שתי ההלכות הנוספות. ברם, ההרחבה שלו לנדון של תקנת הקהילות אינה טריביאלית, והיא דורשת כמה צעדי ביניים פרשניים. ראינו שבש"ס באמת לא מובא מקור מפורש לדינים אלו, ורק הראשונים והאחרונים הם שקשרו אותם לפסוק "אחרי רבים להטות", אך אין להכחיש שהלכות אלו מצויות בש"ס, יהיה מקורן אשר יהיה. על כן צודק פרופ' סולובייצ'ק באומרו שלא צריכים היינו ללמוד את עקרון ההליכה אחר הרוב מהמשפט הרומי, או ממקור חיצוני אחר.

רוב דמוקרטי:

רוב של זכויות (רוב יוצר) ורוב של אמת (רוב חושף)

נדגיש שוב כי דווקא העיקרון הזה, ולא הכרעת הרוב בבי"ד, הוא אשר מהווה את היסוד לתפיסה של הכרעת הרוב במדינה דמוקרטית. זהו רוב שיסודו בזכויות של כל פרט, ולא במכניזם אופטימלי כלשהו לגילוי האמת. בשל כך, כאן כלל לא יכולה לעלות עמדה הגורסת שעלינו ללכת אחר רוב החכמה של המצביעים, ולא אחרי רוב מנינם, כמו שראינו שעולה בפוסקים ביחס לרוב בבי"ד. ברור שבהכרעת הרוב על בסיס של זכויות ולא של אמת, הזכות של הרוב שמורה רק למקרים בהם חובה לקבל הכרעה. בכל מקרה אחר זכותו של המיעוט לנהוג כהבנתו, תעמוד לו כנגד עריצות הרוב. בתפיסה של הרוב כמברר אמת, הרוב הוא מגלה ולא יוצר, ולכן יש לצפות למידת כפייה רחבה יותר. במקרים אלו הרוב יטען כלפי המיעוט שעליו לנהוג כפי הכרעת הרוב, שהרי זהו הקירוב הטוב ביותר לאמת. אכן, ראינו שלאחר ההצבעה

ההלכתית גם המיעוט צריך לנהוג כרוב, גם בסוגיות הלכתיות שנוגעות לפרט. לעומת זאת, בתפיסה הדמוקרטית אין כל מקום להימנות להצבעה, אלא אך ורק בסוגיות שבהן חובה לקבל הכרעה משותפת. אין כל מקום לכפיית אמות מידה אסתטיות וכדו' על מיעוט, שכן במקרים אלו שמורה הזכות לכל אחד לנהוג כפי שהוא מבין ורוצה. זו אינה שאלה של אמת ושקר, אלא של הכרעה. ברם, הצבעה לצורך הכרעה היא מוצדקת רק בסוגיות שבהן חובה לקבל הכרעה משותפת (כמו בענייני מדיניות, הסכמים בינלאומיים, מסירת שטחים וכדו'), שם אין מנוס אלא להכריע על פי הרוב, ולא בעניינים אישיים. כאמור, במקרים אלו הרוב יוצר את ההכרעה הנכונה ולא חושף אותה.

על פי דרכנו נבין שהבחנה הזו אינה נעשית בין ההלכה לבין התפיסה הדמוקרטית, אלא בין סיטואציות שונות. גם ההלכה תאחז בעמדה כזו כאשר מדובר בהכרעות לא הלכתיות, כגון הכרעות של מדיניות וניהול ענייני הכלל. בהכרעות כאלה גם ההלכה לא תאפשר את עריצות הרוב, ולא תיתן לרוב לכפות את דעתו על המיעוט. רק בשאלות של אמת ושקר יש לרוב זכות לכפות את דעתו על המיעוט (לפחות בנסיבות מסויימות).¹⁷

¹⁷ ראה מאמרו הנ"ל של מ. אברהם **במישרים** א, וכן במאמרו, 'האם ההלכה היא פלורליסטית', **המעין** מז, ב, תשסז.

מוסקנות

1. הדיין מחויב לאמת שלו, גם אם ההשלכות אינן נראות לו, ובודאי שזה נכון גם כאשר לא ישמעו לו.
2. מן המקור המקראי להליכה אחר הרוב ("... ולא תענה על רב לנטות אחרי רבים להטת") נראה שהרוב 'אינו משחק' תפקיד בעת הדיון השיפוטי המוקדם, אלא בהכרעה הסופית בלבד. זהו הכלי שבעזרתו תתבצע ההכרעה השיפוטית. שני החלקים המוקדמים יותר בפסוק הציווי המורה ללכת אחר הרוב, מורים לנו שההכרעה השיפוטית בסוף התהליך מתקיימת רק לאחר גיבוש עצמאי ואוטונומי של עמדתו של כל אחד מן הדיינים. זהו תנאי הכרחי ליישום של דין רוב.
3. מתוך הדיון בדין רוב של התורה, אנו מגיעים למסקנה מתחום אחר. יש תוקף לעמדת הרוב גם בתחומי המוסר והחברה, רק כאשר כל אחד מהמשתתפים בדיון שקל את שאר העמדות ובסופו של יום הגיע לעמדה משלו. יתכן שמאותו המקור עצמו ניתן ללמוד עיקרון נוסף (יש רמז לכך בדברי החזון איש): כאשר קיימת עמדה מגובשת אחת היוצאת מבית מדרש אחד עקב נטייה אחר חכם מסוים, יתכן שלא ניתן למנות את דעות חכמי בית מדרש זה כקולות נפרדים אלא יש למנות אותם כקול אחד.
4. קיימת מחלקת ראשונים בעניין רוב כמותי מול רוב איכותי. ר' האי גאון סובר שהולכים אחר רוב חוכמה ולא אחר רוב הדיינים, ואלו הרמב"ן חולק עליו וסובר שמה שקובע הוא רוב הדיינים. לדעת כולם, במקום שבו הדעות שקולות נראה שיש לחכמה משקל בהכרעה, ונראה שגם הרמב"ן יודה בזה.
5. המונחים 'איכות' ו'כמות' המצויים בבסיס ההתלבטות, מובנים לנו באופן אינטואיטיבי אך קשים להגדרה. הקושי נובע מן הטיעון שכל תוכן המייצג 'איכות' יכול להיות מוצג גם כ'כמות' של דבר מופשט. בשל כך, לכאורה לא ברור האם ישנו גבול חד שמבחין בין שני המושגים הללו קשה להגדרה מילולית.
6. מדידת הזמן האסורה בשבת היא מדידה מונה (=בשעון חול) אך לא מדידה סודרת (=שעון יד). בשל אותו עקרון, יש סברא לומר שמדידת חום (שלא באמצעות מנגנון חשמלי או מנגנון אחר) תהיה מותרת בשבת. מדידת חום הינה מדידה סודרת ולא מונה. באנלוגיה לשאלת הכמות והאיכות בה עסקנו, ניתן לומר שכמויות נמדדות במספרים מונים, ואיכות נמדדת במספרים

- סודרים. לפי זה כאשר מדברים על רוב חוכמה לא מדובר על רוב כמותי אלא על רוב איכותי, שכן חכמה היא איכות ולא כמות. גם סולם המדידה, אם הוא קיים, יתבסס על מספרים סודרים ולא על מספרים מונים.
7. שלשה עקרונות חשובים קשורים להליכה אחר הרוב, מהפסוק "אחרי רבים להטת":
- א. רובא דאיתא קמן ורובא דליתא קמן.
 - ב. ביטול רוב בתערובת.
 - ג. רובו ככולו.
- שני העקרונות האחרונים הם העומדים בבסיס דיני הרוב בקהילת ישראל.
8. בשאלת ההתנהלות של קהילה ההחלטה של הרוב 'יוצרת את האמת' המחייבת את כולם. בהכרעת בית דין ההחלטה על פי רוב מנסה לחשוף את האמת. התורה מלמדת אותנו שרוב הוא אמצעי טוב הן ליצירת האמת והן לחשיפת האמת.

על היכללות בציבור כתהליף לקניין

הנקודות הנדונות:

- מסירה לציבור
- היכללות והקנאה
- קניינים מאדם לגוף קולקטיבי שהוא עצמו נכלל בו

תקציר

במאמרנו השבוע אנו עוסקים במצוות מחצית השקל. בתחילה אנו מראים שיסוד מרכזי במצווה זו הוא ההיכללות בציבור. בעל החינוך כותב שמי שביטל את המצווה הבעייה העיקרית במעשהו היא שהוא פרש מהציבור ואינו נכלל בו (בעיקר לעניין כפרה).

בפרקים שלאחר מכן אנו עומדים על כמה קשיים שעולים ביחס לצורך למסור את התרומה לציבור. אם אדם נותן כסף ללשכה ולא מקנה אותו לציבור, יוצא שקרבנות ציבור באות מכספי יחידים. תנאים ופוסקים חלוקים בנסיבות שונות האם יש חשש שמסירה של כסף או דברים אחרים לציבור לא תהיה מלאה. אנו מציגים שתי תפיסות לגבי החשש הזה: או שהוא נובע מחוסר ידע של אנשים שאינם יודעים שיש למסור את הדברים לציבור. או שהוא נובע מרצון מודע שקרבנות הציבור ייקברו מממונם של התורמים.

מדברי הרמב"ם עולה שאפילו קטן יכול למסור את כספו לציבור במסגרת מחצית השקל, וכך גם נשים ועבדים (ולפי בן בוכרי גם כוהנים) שפטורים מהמצווה. השאלה היא מדוע לא חוששים שהמסירה אינה מלאה, ובפרט בקטן שכלל אינו בר הקנאה. עוד מקשים האחרונים מדוע יש חשש שאדם לא מוסר את כספו לציבור 'יפה יפה'? הרי גם אם לא התכוין להקנות אלו הם 'דברים שבלב', ולכן הם אינם משנים את ההלכה. מה שמגדיר את פעולת ההקנאה הוא מה שאומרים ומה שעושים ולא מה שחושבים.

כדי להסביר את הקשיים האלו ועוד אחרים, אנו מציעים מכניזם מחודש של מסירה לציבור: היכללות בציבור. טענתנו היא שהכסף שנמסר ללשכה אינו מוקנה לה כהקנאה ממונית רגילה. הכסף נמסר באמצעות מנגנון שבו האדם התורם מכליל את עצמו בציבור (באמצעות מסירת מחצית השקל ללשכה), וההקנאה לציבור וההקדשה של הכסף מתרחשות ממילא. לפי הצעתנו מכניזם כזה תקף גם לגבי קטנים, ובודאי גם לגבי גדולים שאינם מחוייבים במצווה. לכן אין כל חשש שהמסירה לא תהיה מלאה, כי היא תוצאה של ההיכללות שנעשית במצווה זו ולא של פעולת הקנאה רגילה.

בסוף דברינו אנו מציעים אפשרות לפיה ישנם שני מנגנונים של מסירה לציבור: היכללות והקנאה. לפי הצעה זו, רק במצוות מחצית השקל המסירה נעשית בדרך של היכללות. בשאר ההקשרים המסירה נעשית בדרך של הקנאה. חילוק זה פותר כמה וכמה סתירות בסוגיות ובפוסקים, ואף עולות ממנו כמה השלכות הלכתיות.

א. מצוות מחצית השקל

מבוא

פרשתנו נפתחת בציווי על מחצית השקל (שמות ל, יא-טז):

וַיְדַבֵּר יְקֹנֶק אֶל מֹשֶׁה לֵאמֹר: כִּי תִשָּׂא אֶת רֹאשׁ בְּנֵי יִשְׂרָאֵל לִפְקֻדֵיהֶם וְנָתַנוּ אִישׁ כֹּפֶר נַפְשׁוֹ לִיקְנֹק בְּפִקֹּד אַתֶּם וְלֹא יִהְיֶה בְּהֶם נֶגֶף בְּפִקֹּד אַתֶּם: זֶה יִתְּנוּ כָּל הָעֹבֵר עַל הַפְּקֻדִים מַחְצִית הַשֶּׁקֶל בְּשֶׁקֶל הַקֹּדֶשׁ עֲשָׂרִים גֵּרָה הַשֶּׁקֶל מַחְצִית הַשֶּׁקֶל תְּרוּמָה לִיקְנֹק: כָּל הָעֹבֵר עַל הַפְּקֻדִים מִבֶּן עֲשָׂרִים שָׁנָה וּמֵעַלָּה יִתֵּן תְּרוּמַת יְקֹנֶק: הָעֹשִׂיר לֹא יִרְבֶּה וְהַדֹּל לֹא יִמְעִיט מִמַּחְצִית הַשֶּׁקֶל לְתֵת אֶת תְּרוּמַת יְקֹנֶק לְכַפֵּר עַל נַפְשֹׁתֵיכֶם: וְלִקְחֹת אֶת כֶּסֶף הַכֹּפָרִים מֵאֵת בְּנֵי יִשְׂרָאֵל וְנָתַתְּ אֹתוֹ עַל עֲבֹדַת אֹהֶל מוֹעֵד וְהָיָה לְבְנֵי יִשְׂרָאֵל לְזָכְרוֹן לִפְנֵי יְקֹנֶק לְכַפֵּר עַל נַפְשֹׁתֵיכֶם: פ

התורה מצווה לאסוף מחצית השקל מכל אדם מישראל ("כל העובר על הפקודים"), ללא הבדלים במעמד הכלכלי ("העשיר לא ירבה והדל לא ימעיט"). תרומת מחצית השקל משמשת למימון עבודת המקדש ("ונתת אותו על עבודת אוהל מועד"), לקרבת ציבור, עצי המערכה וכדו'.

מצוות מחצית השקל מנויה אצל מוני המצוות כמצווה לדורות. וזו לשון הרמב"ם בספחמ"צ, מצוות עשה קעא:

והמצווה הקע"א היא שצונו לתת מחצית השקל בכל שנה והוא אמרו יתעלה (ר"פ תשא ל יב) ונתנו איש כופר נפשו ל"י. ואמר (ל יג) זה יתנו כל העובר על הפקודים. והוא מבואר שמצוה זו אין נשים חייבות בה שהכתוב הוא כל העובר על הפקודים. וכבר התבאר משפטי מצוה זו במסכת המחוברת לה כלומר מסכת שקלים ושם (ספ"ח) התבאר שמצוה זו אינה נוהגת אלא בפני הבית:

פטור הנשים נלמד מפסוק "כל העובר על הפקודים", אך יש שביססו את הפטור על כך שזוהי מצוות עשה שהזמן גרמא.¹

שני ממדים במצוות מחצית השקל

בספר החינוך, מצווה קה, ישנן כמה התייחסויות מעניינות למצווה זו, ומתוכן נראה שיש במצווה זו שני ממדים הכלולים בה:

¹ ראה קרית ספר פ"א מהל' שקלים, ומאירי שקלים פ"א מ"א. אמנם בשער המלך סוה"ל מילה ובמנ"ח מצווה קה סק"א כתבו שזוהי מצווה שלא הזמן גרמא.

משרשי המצוה, שרצה הקדוש ברוך הוא לטובת כל ישראל ולזכותם שיהיה יד כולם שוה בדבר הקרבנות הקרבים לפניו כל השנה בהתמדה, ובעניינים אלו הנזכרים, ושיהיו הכל, אחד עני ואחד עשיר, שוים במצוה אחת לפניו להעלות זכרון כולן על ידי המצוה שהם כלולים בה יחד לטובה לפניו. ועליית הזכרון הכל נאמר מצד המקבל, על הדרך שכתבנו למעלה [מצוה צז].

החינוך כאן מתעלם לגמרי מן הפן הטכני, כלומר מכך שהתרומה הזו נועדה לאפשר את עבודת המקדש. בלי מימון לא ניתן לנהל את העבודה הציבורית. מדבריו עולה כי עניינה העיקרי של המצווה הזו הוא לכלול את כל ישראל ליחידה אחת. האופן בו הדבר נעשה הוא דרך השתתפות שווה של כולם בעבודת קרבנות הציבור במקדש, שזיכרון כולם יעלה יחד לפני הקב"ה. אם כן, יש כאן ממד של היכללות הפרט בציבור וממד של תפעול עבודת המקדש כדי לכפר על כולם. העובדה שהכפרה על הציבור מתאפשרת מעצם המעורבות של הפרט בציבור מבוארת גם ברמב"ם בהל' תשובה פ"ג הי"א (ראה גם שם, ה"ו):

הפורש מדרכי צבור ואף על פי שלא עבר עבירות אלא נבדל מעדת ישראל ואינו עושה מצות בכללן ולא נכנס בצרתן ולא מתענה בתעניתן אלא הולך בדרכו כאחד מגויי הארץ וכאילו אינו מהן אין לו חלק לעולם הבא.

הרמב"ם כותב כי אחד המונעים את הכפרה ביוה"כ הוא פרישה מדרכי הציבור. הגרי"ד סולובייצ'יק, בספרו **על התשובה**, מסביר שהכפרה ביוה"כ היא כפרה ציבורית, ולכן מי שאינו כלול בציבור לא זוכה לכפרה במסגרת זו. זה בדיוק מה שאנחנו רואים במצוות מחצית השקל.

מסתבר כי החינוך אינו מציע כאן הסבר לעצם המצווה לתת, אלא רק לאופי המיוחד של מצוות הנתינה הזו, כלומר זה שכולם נותנים בשווה.² המצווה לתת היא בעיקר כדי לממן את עבודת המקדש, החלוקה השווה היא כדי לשתף כל פרט בשווה בכפרת הציבור.

הממד הקולקטיבי שבמצווה זו מובע גם בקטע אחר בחינוך:

מדיני המצוה, כגון מה שאמרו זכרונם לברכה (שקלים פ"א מ"א) שבאחד באדר משמיעים על השקלים, ושאפילו דל שבדלים חייב בו, ואם אין לו שואל מאחרים או מוכר כסותו שעליו ונותנו, שנאמר (שמות ל, טו) והדל לא ימעיט, ואינו ניתן בפרעונות הרבה אלא הכל בפעם אחת, והוא משקל שמונים גרעיני שעורה, שהשקל השלם היה בימי משה משקל מאה וששים

² ראה ברמב"ן כאן בפסוק טו שתמה מדוע מוני המצוות לא מנו לאו על כך שהעשיר לא ירבה והדל לא ימעיט.

שעורה. והכל חייבין ליתנם, כהנים לויים וישראלים, גרים ועבדים משוחררין, אבל לא נשים ועבדים וקטנים. ואם נתנו מקבלין מהן, אבל לא מן הגויים, חלק ונחלה לא יהיה להם בתוכנו.

כלומר מצווה זו באה לאגד את כל הפרטים לכלל ישראל. התורה אינה מוכנה שאף אחד מישראל ייעדר ממצווה זו (כולל דל שבדלים), ומאידך היא אינה מאפשרת לפרטים אחרים, אלו שאינם שייכים לקולקטיב היהודי, להשתתף בה. הדבר מבואר גם בסוף דברי החינוך שם:

והעובר עליה ולא נתנו, ביטל עשה, ועונשו גדול שפירש עצמו מן הציבור, ואינו בכלל כפרתן.

הבעייה העיקרית שרואה בעל החינוך במי שלא נתן מחצית השקל היא שהוא פורש מן הציבור, וממילא גם אינו בכלל כפרתן. קצת תמוה מדוע בעל החינוך לא מציין כבעיה את העובדה שהמבטל עשה זה פשוט עלול לפגוע בעבודת המקדש. הבעיה שהוא מתאר נוגעת לאדם הבודד (שהוא אינו נכלל בישראל לעניין הכפרה) ולא לפגיעה בתפעול העבודה במקדש שנוצרה כתוצאה מעבריינותו. ייתכן שהוא מתייחס רק ליחיד שלא נתן את חלקו, ולזה אין השפעה על התפעול השוטף אלא רק על היכללותו של אותו יחיד בציבור.

עליית הזכרון מצד המקבל

בשורשי המצווה שהובאו למעלה החינוך עומד על כך שהקב"ה רצה לזכות את כולנו במצווה ולכלול את כולנו בכפרה, והוא מסיים את דבריו שם במשפט סתום:

ועליית הזכרון הכל נאמר מצד המקבל, על הדרך שכתבנו למעלה [מצוה צז].

מה משמעותו של המשפט הזה? החינוך עצמו מפנה אותנו למצווה צז, אשר עוסקת בסידור לחם הפנים והלבונה. הוא מאריך שם לבאר שכל מצוות המקדש, כגון שולחן, מנורה, לחם הפנים והקרבנות, כולן נעשות למען המקבלים (=אנחנו) ולא למען הקב"ה. הקב"ה אינו צריך את עבודתנו, ולא את לחמנו וקרבנותינו. ההסבר שלו שם הוא שכאשר אנו עוסקים בחפץ מסויים מתוך קיום מצוות ה' שזה מושך אלינו ברכה הנושא הזה, ועל כך אמרו חז"ל (ר"ה טז ע"א):

תניא, אמר רבי יהודה משום רבי עקיבא: מפני מה אמרה תורה הביאו עומר בפסח - מפני שהפסח זמן תבואה הוא. אמר הקדוש ברוך הוא: הביאו לפני עומר בפסח, כדי שתתברך לכם תבואה שבשדות. ומפני מה אמרה תורה

הביאו שתי הלחם בעצרת - מפני שעצרת זמן פירות האילן הוא, אמר הקדוש ברוך הוא: הביאו לפני שתי הלחם בעצרת, כדי שיתברכו לכם פירות האילן. ומפני מה אמרה תורה נסכו מים בחג - אמר הקדוש ברוך הוא: נסכו לפני מים בחג, כדי שיתברכו לכם גשמי שנה, ואמרו לפני בראש השנה מלכיות זכרונות ושופרות. מלכיות - כדי שתמליכוני עליכם, זכרונות - כדי שיעלה זכרוניכם לפני לטובה, ובמה - בשופר. אמר רבי אבהו: למה תוקעין בשופר של איל? - אמר הקדוש ברוך הוא: תקעו לפני בשופר של איל, כדי שאזכור לכם עקידת יצחק בן אברהם, ומעלה אני עליכם כאילו עקדתם עצמכם לפני.

וראה גם ברמב"ן שמות כה, כד, שכותב:

זר זהב סביב - סימן לכתר מלכות, שהשולחן שם עושר וגדולה הוא, כמו שאומרים שולחן מלכים, לשון רש"י. וכן הדבר, שזה סוד השולחן, כי ברכת השם מעת היות העולם לא נברא יש מאין, אבל עולם כמנהגו נוהג, דכתיב (בראשית א לא) וירא אלהים את כל אשר עשה והנה טוב מאד. אבל כאשר יהיה שם שרש דבר תחול עליו הברכה ותוסיף בו, כאשר אמר אלישע הגידי לי מה יש לך בבית (מ"ב ד ב), וחלה הברכה על אסוך שמן ומלאה כל הכלים, ובאליהו כד הקמח לא כלתה וצפחת השמן לא חסר (מ"א יז טז). וכן השולחן בלחם הפנים, בו תחול הברכה, וממנו יבא השובע לכל ישראל. ולכך אמרו כל כהן שמגיעו כפול אוכל ושבוע (יומא לט א):

החינוך במצוות מחצית השקל מוצא לנכון לציין שעליית הזיכרון היא מצד המקבל, שלא נחשוב שהקב"ה צריך תזכורות מאיתנו בכדי לזכור אותנו. משמעות הדברים היא שמעשה התרומה האחידה של מחצית השקל אינו מיועד ליצור זיכרון אצל הקב"ה, אלא ליצור מציאות כאן למטה. המעשה הזה הופך אותנו לציבור, וממילא השפע האלוקי והכפרה יורדים עלינו כציבור.

קלבון

ייתכן שזהו ההסבר לדין ייחודי שמצאנו לגבי מחצית השקל, והוא דין ה'קלבון'. המשנה בשקלים (פ"א מ"ו-ז) מחייבת שניים שנותנים מחצית השקל ביחד (כלומר תורמים ביחד שקל שלם), להוסיף עוד קלבון, כלומר את הסכום שמשולם לחלפן כדי שיפרוט את השקל השלם לשתי מחציות שקל. החינוך מוסיף שיש חיוב קלבון בכל מצב שבו האדם אינו נותן מחצית השקל ממש:

ועוד אמרו זכרונם לברכה שכל מי שאינו נותן חצי שקל ממש שהיה מטבע

באותו זמן ונותן בעבורו כסף במשקלו או פרוטות, שמוסיף על משקל שקלו זה מעט, ואותו המעט נקרא קלבון, ואותו המעט הוא שכר השלחני שמשתכר כשהוא מחליף חצי שקל שהיה טבוע בשביל פרוטות. ולפיכך שנים שהביאו שקל שלם בין שניהם חייבים בקלבון שאילו רצו להחליפו צריכין היו ליתן הקלבון לשלחני, וכמו כן יתנוהו לגזבר, לפי שבחצי שקל חייבם הכתוב, ולכן חייבים בו או בערכו בכיוון.

המנ"ח בסק"ה תמה מנין מקורו של החינוך להרחיב את חיוב קלבון. הוא מסביר שהדבר יצא לו מסברא, שתמיד מוטל על האדם לתת סכום שיותר יר בידי הלשכה (=המקום שמאכסן את מחציות השקל. זוהי הקופה למימון העבודה) בדיוק מטבע של מחצית השקל מכל אחד.

החובה לתת מחצית השקל היא באופן כזה שבסופו של דבר בלשכה יונח בפועל מחצית השקל מכל אדם. ואם ישנן הוצאות נלוות הן מוטלות על התורם. בסופו של דבר בלשכה צריכה להיות מחצית שקל מכל אדם, וכך נוצר ציבור. המטבעות מתבטלות זו בתוך זו וכך בעצם נוצר הקולקטיב היהודי.

עד כאן ראינו שחובת מחצית השקל כרוכה בטבורה בהשתייכות היחיד לציבור. בפרקים הבאים נראה הלכה שיוצאת מן המאפיין הזה: מסירת מחצית השקל לציבור.

ב. מסירה לציבור של קטנים במחצית השקל

מבוא: גיל החיוב

כידוע, החיוב במצוות הוא מגיל גדלות (שהוא בד"כ שלוש עשרה שנה). לעומת זאת, בפסוקים שהובאו למעלה נראה שהחיוב במחצית השקל הוא מגיל עשרים ומעלה. אמנם מסתימת לשון הרמב"ם, הל' שקלים פ"א ה"ז, נראה שהוא מחייב כל יהודי בגיל מצוות (וכן מפורש בפייהמ"ש שקלים, פ"א מ"ג)³ אך בעל החינוך באמת פוסק בתחילת דבריו שהחובה היא מגיל עשרים:⁴

שיתן כל אחד מישראל מבן עשרים שנה ומעלה בין עני בין עשיר מחצית השקל, שהוא משקל עשרה גרה כסף, בכל שנה ליד הכהנים, שנאמר [שמות ל, יג] זה יתנו כל העובר על הפקודים.

³ וכן היא דעת הרמב"ן (שמות ל, יב).

⁴ וכן מבואר בפסיקתא דר"כ פיסקה ב, וילקוט שמעוני כאן, וירושלמי שקלים פ"א ה"ג לגירסת הרוקח והגר"א.

הוא לומד זאת מהפסוק "כל העובר על הפקודים". כפי שראינו, לכאורה הדבר מפורש בפסוק ("מבן עשרים שנה ומעלה"), וכנראה שמשם אין ללמוד כי את זה ניתן היה להבין כציווי לזמנו. כך כנראה למדו את הפסוק הרמב"ם וסיעתו. במחלוקת זו נחלקו גם הרע"ב ובעל התוי"ט בפ"א משקלים. הרע"ב שם במשנה ג כותב:

וקטנים - אפילו הביא שתי שערות והוא פחות מבן עשרים:

ובפיסקה שלפני כן נראה שהוא תולה זאת במחלוקת מדרשים:

את מי ממשכנין לוי - לאפוקי ממאן דאמר שאין ממשכנין את הלויים דכתיב (שמות ל) כל העובר על הפקודים מבן עשרים שנה ומעלה, ולויים לא היו נמנים מבן עשרים:

כלומר יש מי שדורש את הפסוק "כל העובר על הפקודים" למעט לוויים, ולכן הוא מחייב כל יהודי גדול. ויש מי שאינו ממעט לוויים אלא לומד מכאן למעט את מי שאינו יוצא לצבא ולעבודה, כלומר כל מי שפחות מגיל עשרים. להלכה אנו פוסקים שגם לוויים חייבים, ולכן עלינו למעט מפסוק זה את כל מי שפחות מגיל עשרים.

ובעל תוי"ט (שם, מ"ד) מבין שהרע"ב לומד זאת מהפסוק "מבן עשרים שנה ומעלה", אך לדעתו אין זה פשט המשנה. על כן הוא מביא את פירוש הרמב"ן שמסביר זאת על תרומת האדנים ולא על התרומה לקרבנות (=מחצית השקל).

מסירה לציבור

המשנה בשקלים (פ"א מ"ה) קובעת:

אף על פי שאמרו אין ממשכנין נשים ועבדים וקטנים אם שקלו מקבלין מידן. העובד כוכבים והכותי ששקלו אין מקבלין מידן. ואין מקבלין מידן קיני זבין וקיני זבות וקיני יולדות וחטאות ואשמות, אבל נדרים ונדבות מקבלין מידן. זה הכלל כל שנידר ונידב מקבלין מידן, כל שאין נידר ונידב אין מקבלין מידן. וכן הוא מפורש על ידי עזרא שנאמר (עזרא ד) לא לכם ולנו לבנות את בית אלהינו:

כלומר נשים ועבדים וקטנים אף שאינם חייבים במחצית השקל ניתן בכל זאת לקבל מהם מחצית השקל. לעומת זאת, מגויים כלל לא מקבלין מחצית השקל (ככל דבר שלא נידר ולא נידב).

הרע"ב שם כותב:

מקבלין מידם - ובתנאי שימסרום לצבור לגמרי, כי היכי דלא להוי קרבן

צבור קרב משל יחיד:

כלומר הרע"ב מתנה את הקבלה של מחצית השקל מאלו שאינם מחוייבים בכך שימסרו את הכסף לציבור לגמרי, שאם לא כן הכסף שמשמש לקניית הקרבנות יהיה כספם שלהם, ואז נמצא שקרבן הציבור קרב (גם) מכספו של יחיד. חידושו של הרע"ב הוא שסתם מסירת הכסף ללשכה אינה מספיקה, שכן ישנה מסירה רגילה שמתירה את הכסף חולין כרכושו של הנותן. כדי שהמסירה תועיל ושהקרבנות שייקנו בו לא יהיו חולין בעזרה דרושה מסירה מיוחדת, שקרויה אצלו 'מסירה לגמרי'. ככל הנראה כוונתו למה שנקרא בלשון חז"ל (שנביא להלן): 'מסירה יפה יפה'.

כאן עולה תמיהה, מדוע לפי זה לא מקבלים מחצית השקל מגוי? אם הוא ימסור את הכסף יפה יפה ללשכה, הרי הכסף שייך לשם ומתקדש, והקרבנות נקנים משל ציבור. מדוע חשוב מקורו של הכסף אם גם מי שאינו חייב במצווה יכול למסור אותו יפה יפה לציבור ובכך להקדיש אותו.

היה מקום להבחין כאן בין איסור לקבל מחצית השקל לבין השאלה האם כשקיבלו את הכסף על אף האיסור לקחתו, הכסף מתקדש. ייתכן ללמוד שאם מקבלים את כספו של הגוי, ואם הוא מסר אותו יפה יפה ללשכה, הכסף הוא קדוש, ואז ניתן לקנות ממנו קרבנות ציבור. הגוי פשוט הקנה את הכסף לציבור היהודי, וכעת זה חלק מהכסף הציבורי שלנו. אמנם מה שהמשנה מחדשת הוא שיש איסור לקחת את הכסף ממנו למטרה זו.

אך נראה כי האחרונים לא למדו כך את המשנה, ולכן כמה מהם באמת התקשו בשאלה מדוע לא לקבל מחצית השקל מגוי שמסרה לציבור יפה יפה, וראה על כך עוד להלן.

מקורו של הרע"ב

המנ"ח בסק"א כותב שמקורו של הרע"ב הוא בסוגיית מנחות כא ע"ב. הגמרא שם מביאה מחלוקת תנאים בשאלה האם כוהנים חייבים לתת מחצית השקל (ומקורה במשנה שקלים א, ד):

דתנן: אמר רבי יהודה, העיד בן בוכרי ביבנה: כל כהן ששוקל אינו חוטא;

אמר לו רבן יוחנן בן זכאי: לא כי, אלא כל כהן שאינו שוקל חוטא...

כעת עולה בגמרא שאלה לפי בן בוכרי, הסובר שכוהנים אינם חייבים במחצית השקל:

ולבן בוכרי, כיון דלכתחילה לא מיחייב לאיתווי, כי מייתי נמי חוטא הוא,

דקא מעייל חולין לעזרה!

אם הכוהנים יביאו מחצית השקל והם אינם חייבים בזה, הכסף יהיה חולין ושייך להם, וממילא הקרבנות יהיו חולין בעזרה. על כך עונה הגמרא:

דמייתי ומסר להון לציבור. סלקא דעתך אמינא, כי זכי להו רחמנא לישראל

דאית להו לשכה, לכהנים דלית להו לשכה לא זכי להו רחמנא, קמ"ל

כלומר גם לפי בן בוכרי הכוהנים יכולים להתנדב ולמסור את הכסף ללשכה כמחצית השקל והוא ייחשב כממון של הלשכה, כלומר הוא יהיה קדוש.

מפשט הגמרא נראה שהחידוש במסקנה הוא שאם הכוהנים מוסרים את הכסף ללשכה הוא נהיה קדוש. ובלשון הגמרא: גם לכוהנים 'יש לשכה'. ולפי זה עיקר החידוש הוא שזכי להו רחמנא. כלומר החידוש כאן אינו שהם צריכים למסור את הכסף יפה יפה, אלא שמסירה רגילה ללשכה מקדשת את הכסף, גם אצל מי שאינו מחוייב במצוות מחצית השקל.

לפי זה, קשה לראות מכאן מקור לדברי הרע"ב שחידש שהכוהנים צריכים לעשות איזו פעולת מסירה מיוחדת לציבור, ולא די במסירה רגילה של הכסף. אמנם את עצם העובדה שהמסירה מקדשת אפשר היה לראות כבר במשנת שקלים שהבאנו למעלה, שהרי ראינו שגם מי שאינו חייב במחצית השקל יכול לשקול וזה יקדש. אפשר שבשל כך המנ"ח לא רצה לראות בזה את החידוש של סוגיית מנחות בדעת בן בוכרי.

בכל אופן, המנ"ח הבין שמסקנת הגמרא היא שהמסירה צריכה להיעשות יפה יפה, שאם לא כן הקרבנות ייחשבו כחולין בעזרה. יש להעיר שאמנם אין הלכה כבן בוכרי, ואנו פוסקים שכוהנים כן חייבים במחצית השקל (ורק לא כופים אותם), אבל עדיין ניתן ללמוד מכאן שמי שאינו חייב במחצית השקל יכול לתת זאת ואם הוא מוסר לציבור יפה יפה הכסף יקדש.

קושיית ה'קצות החושן' ו'שער המלך'

ראינו למעלה שהרמב"ם וסיעתו סוברים שמצוות מחצית השקל מחייבת כל יהודי מגיל מצוות. ומקשים עליו בעל קצות החושן בס' רלה סק"ד ובעל שעה"מ (הל' שקלים פ"א ה"א), כיצד המשנה שראינו אומרת שמקבלים מחצית השקל מקטן, הרי נדרשת מסירה לציבור יפה יפה, ולפי ההלכה הקנאת קטן אינה מועילה.⁵

⁵ אמנם בהגיע לעונת הפעוטות זה מועיל מדרבנן (ראה שו"ע חו"מ סי' רלה ה"א), אבל הקושיא קשה לפחות לדעות שקניין דרבנן לא מועיל לדאורייתא (ראה שו"ע אבהע"ז סי' כח ה"ג). ובשעה"מ שם הוכיח שזוהי דעת הרמב"ם מהל' לולב פ"ח ה"י, שם מוכח שהקנאת קטן לא מועילה לכך שהלולב ייחשב של הגדול לצאת בו ידי חובה.

אם כן, הקרבנות שייקנו בממונו יהיו חולין ויבואו משל יחיד. לעומת זאת, לפי הרע"ב הדברים מתיישבים היטב, שכן לשיטתו החיוב במחצית השקל הוא מגיל עשרים, ולכן ניתן לפרש שהקטן עליו מדובר במשנה (שמקבלים מידו מחצית השקל) הוא בחור מעל גיל מצוות, ובגיל זה הקנאתו מועילה. אך על הרמב"ם וסיעתו קשה.

בעל **שעה"מ** מיישב את הקושיא בכך שהממון של הקטן בטל ברוב השקלים של שאר ישראל, אך האחרונים (ראה **מנ"ח** סק"א ד"ה 'ובשער המלך' ו**אבני מילואים** סי' כח סקל"ג) דוחים את דבריו, שכן ממון בבעלות אחרת אינו בטל (ראה ביצה לח סוע"ב),⁶ ע"ש בכל דבריהם.⁷ כדי ליישב את הקושיא הזו על הרמב"ם עלינו להיכנס מעט יותר לסוגיית 'מסירה יפה יפה'.

ג. מסירה יפה יפה

סוגיית 'מסירה יפה יפה' בסוף ב"מ

הסוגיא העיקרית שעוסקת בדין מסירה יפה יפה מצויה בבבלי בסוף מסכת ב"מ. הסוגיא עוסקת במשנה שקלים פ"ד ה"א לגבי שומרי ספיחי שביעית:

שומרי ספיחי שביעית נוטלין שכרן מתרומת הלשכה, רבי יוסי אומר: הרוצה

מתנדב הוא, ושומר חנם. אמרו לו: אתה אומר כן - אין באין משל צבור!

לפי רבנן שומרי הספיחים ששומרים בשביעית על השעורים לצורך מנחת העומר ועל החיטין לצורך שתי הלחם, חייבים ליטול את שכרם מתרומת הלשכה. ר' יוסי סובר שמוותר להם להתנדב ולהיות שומרי חנם. רבנן טוענים כנגד ר' יוסי

⁶ וכבר העירו שהנחתו היא שהקביעה שממון אינו בטל פירושה שהחפץ שייך עדיין לבעליו המקורי. אך יש מהאחרונים שסברו שהחפץ שייך למחזיק בו, אלא שנותר חיוב לשלם לבעלים המקורי (ראה **ביכורי יעקב**, הל' לולב סי' תרמט סי"א, ובהערות **מילואי חותם** על **האבני מילואים** שם).

⁷ וב**אב"מ** שם תי' שגם אם הממון נותר של הקטנים הקרבנות הם קרבנות ציבור מכיון שגזל אינו תופס את דמיו. אך נראה שזה דבר תימה, שההלכה תאפשר לנו לכתחילה לקחת קרבנות ציבור באמצעות גזל (ולא משמע במשנה שלכתחילה יש איסור לקחת מחצית השקל מקטנים).

אמנם בדומה לזה ניתן להקשות על **השעה"מ**, כיצד מותר לבטל איסור לכתחילה? וכן הקשה **בבית אפרים** חו"מ סי' ח. אמנם קושיא זו פחות קשה, שכן האיסור לבטל איסורים לכתחילה הוא רק איסור דרבנן לרוב מוחלט של הראשונים, וכאן כשיש הסכמה ורצון של הקטן סביר שרבנן לא גזרו. ואולי מדין חינוך יש עניין לכתחילה לבטל את האיסור.

שלשיטתו יוצא שהעומר ושתי הלחם יבואו משל יחיד ולא משל ציבור.
 בסוגיית ב"מ קיח ע"א-ב מובאות שתי אפשרויות להסביר את המחלוקת:
**מאי לאו בהא קמיפלגי: דתנא קמא סבר: הבטה בהפקר קני, ואי יהיבי
 ליה אגרא - אין, ואי לא - לא. ורבי יוסי סבר: הבטה בהפקר לא קני, וכי
 אזלי צבור ומייתי - השתא הוא דקא זכי ביה. ומה אתה אומר - הכי קאמרי
 ליה: מדבריך לדברינו אין עומר ושתי לחם באין משל צבור. אמר רבא: לא,
 דכולי עלמא הבטה בהפקר קני, והכא - חיישינן שמא לא ימסרם יפה יפה
 קמיפלגי; דרבנן סברי: יהבינן ליה אגרא, ואי לא חיישינן שמא לא ימסרם
 יפה יפה. רבי יוסי סבר: לא חיישינן שמא לא ימסרם יפה יפה. ומה אתה
 אומר - הכי קאמרי ליה: מדבריך לדברינו, דחיישינן שמא לא ימסרם יפה
 יפה - אין עומר ושתי לחם באין משל צבור.**

האפשרות הראשונה היא שהתנאים חולקים האם הבטה בהפקר קונה, ואז
 התבואה נקנית לשומרים אלא אם שילמו להם שכר, או שהבטה אינה קונה
 ואז כאשר הציבור יקצור את התבואה היא תיקנה לו. ברור שהצעה זו מניחה
 שחוששים שלא ימסור יפה יפה, ולכן אם השומרים קנו את התבואה אז ההנחה
 היא שהקרוב לא מגיע משל ציבור. מסירתם לציבור אינה נעשית יפה יפה.
 האפשרות השנייה היא בדיוק הפוכה: כולם מסכימים שהבטה בהפקר קונה,
 והמחלוקת היא בשאלה האם אנו סומכים על השומרים שקנו את התבואה
 בהבטה שימסרו אותה יפה יפה לציבור או לא (ואז העומר ושתי הלחם יבואו
 משל יחיד).

נציין כי בהמשך הגמרא יש אוקימתא נוספת שהם חולקים לגבי גזירה משום
 בעלי זרועות, ונראה שכך פסק הרמב"ם להלכה.

מהי 'מסירה יפה יפה'?

רש"י על אתר מסביר את המחלוקת לפי האפשרות השנייה כך:
**דכולי עלמא הבטה בהפקר קני - וטעמא דרבי יוסי דקסבר מסרה זה לצבור,
 ונמצאו באין משל צבור.
 ורבנן - חיישי שמא לא יהא בלבו למסור יפה יפה בלב שלם, דנוח לו שיקרבו
 משלו.**

כלומר לפי ר' יוסי כשמוסרים את התבואה לציבור היא נקנית לו ומתקדשת,
 והקרבת באים משל ציבור. ואילו לפי רבנן יש חשש שאין בלב השומר למסור
 לציבור יפה יפה - כלומר בלב שלם, שכן נוח לו שהקרבת הללו יקרבו משלו

(כנראה הוא חושב שבמקרה כזה המצווה תיזקף לזכותו). על פניו נראה שאין כאן שני סוגי מסירה ('יפה יפה' ומסירה רגילה). מסירה היא הקנאה רגילה, אלא שישנו חשש שאם השומרים ימסרו את הכסף לציבור הם כלל לא יקנו את הכסף ללשכה, אלא ירצו שהקרוב ייקרב מממונם שלהם. הם ימסרו אותו פיזית אך לא קניינית. ואילו לפי ר' יוסי השומרים ממש מקנים את הכסף לציבור (ואין חשש שהם רוצים לשמור זאת לעצמם), ולכן הוא סובר שהקרבות באים משל ציבור.

אך אם נפרש זאת כך, מדוע לא נאמר לשומרים שעליהם להקנות את הכסף לציבור, שאם לא כן המסירה לא תועיל? מסתבר שלפי חכמים גם אם נאמר להם זאת, עדיין ישנו חשש שהמסירה לא תהיה יפה יפה, שכן השומרים הללו ירצו שהקרוב יבוא משלהם. ועדיין יש לדון האם יש כאן שני סוגי מסירה ('יפה יפה' ורגיל) או שמא מסירה רגילה היא הקנאה, והחשש הוא שכלל לא הקנו את הכסף לציבור.

מהי מסירה 'יפה יפה'

בשאלת מסירה יפה יפה האריך בעל המל"מ בהל' שקלים פ"ד ה"ו. הוא דן בשאלה האם אנו פוסקים להלכה שחוששים שמהו לא נמסר יפה יפה (הוא דן לפי כל אחת משלוש האפשרויות שהועלו בגמ', וכן גם בשאלה איזו מכולן נפסקה להלכה), והיכן. בתוך דבריו הוא מקשה על חכמים שחוששים שלא ימסור יפה יפה, מה מקום לחשש זה? הרי אלו הם דברים שבלב, ומקובל לנו להלכה שדברים שבלב אינם דברים. אם אדם עושה פעולת קניין ומוסר את הכסף לציבור, הכסף קנוי לציבור, ולא משנה מה היה בלבו. מה שחשוב הוא מה שהוא אומר ועושה, ולא מה שהוא חושב. הוא מסיים שקושיא זו צריך נגר ובר נגר ליישבה, ונותר בצ"ע. גם רעק"א בתוספותיו למשנת שקלים רפ"ד נותר על כך בצ"ע.

אנו נציע כאן דרך אפשרית להבין את משמעות המסירה הזו לציבור, נראה שהיא מיישבת כמה קשיים שפגשנו לאורך דברינו. אמנם זוהי דרך מחודשת, והיא טעונה בדיקה מעמיקה ומקיפה יותר.

נקדים ונאמר שהקנאה של יחיד לציבור שאליו הוא משתייך היא לכאורה בעייתית מבחינה משפטית. האדם שמקנה את הכסף משתייך גם לציבור שקונה אותו, והוא כאילו מקנה מיד אחת ליד אחרת שלו עצמו. מעשה כזה לא מועיל במקרה של אדם פרטי. לדוגמא, איני יכול להיות שליח של פלוני לקנות ממני עבורו דבר כלשהו, שכן יד אחת שלי לא יכולה לקנות מהיד השנייה שלי עבורו.

מעשה קניין דורש העברה מבעלות אחת לאחרת.

אמנם בתפיסת ההלכה הציבור הוא ישות עצמאית, ולא רק הרכבה של כל הפרטים הכלולים בו, אבל עדיין ישנו קשר בין הפרטים לבין הישות הקולקטיבית הזו. לדוגמא, הגמ' בב"ב מג ע"א עוסקת בגניבת ס"ת מציבור בעיר כלשהי. הבעלים של הספר הוא הציבור, ובכל זאת, הגמרא אומרת שאף תושב של העיר לא יכול להעיד נגד הגנבים ולדון אותם, כי כולם נחשבים כנוגעים בעדותם. אם כן, אנו לא מפרידים כאן בין הפרטים לבין הקולקטיב שאליו הם משתייכים. מאידך, כאשר ההקנאה נעשית מהאדם לעצמו יש בה גם משהו קל יותר. לכאורה אין כאן בכלל צורך בהקנאה, שכן הספר שייך כבר לציבור דרך הפרט שנכלל בו. דוגמא לדבר היא דעת ר"ת בביאור הברייתא בב"ב לגבי 'מסיעין על קיצותן', שלדעתו עיקר חידושה הוא שבחזרה בין היחיד לציבור כלל לא דרוש מעשה קניין (ראה על כך בספר **המשפט העברי**, למנחם אלון, עמ' 571). מסתבר שהדבר נובע מכך שהיחיד כבר כלול בציבור. אך נראה שגם זה לא לגמרי מדוייק, שהרי לכל אדם ששייך לציבור יש גם רכוש פרטי. אדם בתוך ציבור 'חובש' שני כובעים: פרט, ויחיד בתוך ציבור.⁸

על כן אנו מציעים שהמסירה לציבור אין פירושה הקנאה לציבור, אלא היכללות בציבור. כדי שאדם יקנה משהו מעצמו לציבור הוא צריך לכלול את עצמו בציבור, ואז הדבר נקנה לציבור ממילא דרכו. אם הוא נכלל בציבור אזי עצם הבעלות שלו על הרכוש או הכסף מהווה בעלות גם של הציבור אליו הוא משתייך על אותו כסף. ראינו בפרק הראשון שההיכללות בציבור היא ממהותה של מצוות מחצית השקל, וכעת אנו רואים את ההיבט המשפטי של העניין.

לפי דרכנו, החשש של חכמים הוא שאדם שאינו מבין את משמעות המעשה הזה לא יתכוין להיכלל בציבור, ולכן הממון שלו לא מוקנה לו. פעולת הקניין לא מועילה כאן מצד עצמה (כמו קניין מיד ליד), וכל העברת הבעלות על הממון נעשית על ידי הכוונה שלו להיכלל בציבור (ואז כלל לא דרוש מעשה קניין). בכך מיושבת קושיית בעל המל"מ מדוע יש חשש למסירה יפה יפה הרי דברים שבלב אינם דברים. לפי דרכנו הפעולה שנעשתה כאן אינה פעולת הקנאה אלא פעולת היכללות, וזו כל כולה נעשית בלב.

יישוב שאר הקשיים

ראינו שהאחרונים (**שעה"מ ומנ"ח** ועוד) הקשו על הרמב"ם כיצד קטן יכול למסור

⁸ ראה על כך בספר **שתי עגלות וכדור פורח**, הארה 15, ובמאמרו של מ. אברהם **בצהר יד**.

לציבור יפה יפה, הרי קטן אינו בר הקנאה? לפי דברינו התשובה היא שכלל לא נדרשת כאן הקנאה. אם הקטן מתכוין למסור לציבור יפה יפה, כלומר להיכלל בציבור, הממון שלו עובר ממילא לרשות הציבור (כלומר ללשכה) ומתקדש. הבאנו שבעל **שעה"מ** תי' שהממון של הקטן בטל בשאר ממון הלשכה, וראינו שהקשו עליו האחרונים (מכוח סוגיית ביצה לח) כיצד ממון בבעלות אחרת מתבטל? לפי דברינו אין כל קושי: במקום שבו התורם הוא חלק מהציבור, אזי היכללותו בציבור מבטלת אותו לציבור, והממון מתבטל לממון הציבורי. זה לא שייך לדיני ביטול ברוב הרגילים, אלא עולה מתוך ההיכללות של היחיד בציבור. כבר מעיקרא הממון היה שייך לפרט שמשתייך לציבור, וכעת הוא הופך להיות ממון הציבור. זה לא תהליך של ביטול אלא של היכללות, ולכן אין להקשות מסוגיית ביצה לגבי ביטול בעלות ברוב.

עוד שאלנו מדוע לא לקבל מגוי, הריגם הוא יכול למסור יפה יפה? התשובה לפי דרכנו היא פשוטה: גוי אינו יכול להיכלל בציבור, ולכן הוא אינו בר מסירה לציבור יפה יפה. הוא יכול להקנות לציבור כמו בכל עיסקה שנעשית עם הציבור, אבל לא לתרום לציבור ממון שיהפוך לחלק מממון הציבור. כפי שראינו, האחרונים הבינו שלא רק שאין מקבלים ממנו, אלא שתרומתו גם לא מתקדשת ולא מועילה.⁹

מה נפסק להלכה?

ראינו שיש מחלוקת בין השיטות בסוגיית ב"מ האם להסביר את מחלוקת חכמים ור"י בחשש שלא ימסרו יפה יפה או לא. להלכה קי"ל כחכמים שלא מאפשרים לשומרים לשמור בחינם. השאלה היא האם לשיטת חכמים אכן יש חשש שלא ימסרו יפה יפה, או שהסיבה היא אחרת (כזכור, יש עוד שתי אפשרויות שם בגמ').

הרמב"ם בפ"ד משקלים ה"ו מביא את ההלכה הזו כך:

מי שהתנדב לשמור בחנם אין שומעין לו משום בעלי זרוע שמא יבואו ויטלו מיהו, לפיכך תיקנו להם חכמים שיטלו שכר מן הלשכה כדי שיפרשו הכל מאותו המקום שאלו שומרים שם.

הרמב"ם תולה את דעת חכמים בהסבר השלישי, כלומר רואה בשיטתם גזירה משום בעלי זרועות. מה דעת חכמים לגבי מסירה יפה יפה? המל"מ הנ"ל דן בכך, ולדעתו (ראה שם, סוד"ה 'והנה כפי') לפי ההסבר השני אכן מחלוקת בין

⁹ אמנם די ברור שההקדש יכול לעשות עסקים בממון הציבור, ולכן באופן עקרוני ניתן להקנות ולקנות ממנו. אבל תרומת מחצית השקל לריבוי ממון הלשכה יכולה להיעשות רק דרך היכללות בציבור.

התנאים, אבל לפי שני ההסברים האחרים אין להכריח לאף אחד מהצדדים האם יש חשש במסירה או לא.¹⁰ לפי זה יוצא שאין להכריע מה דעת הרמב"ם להלכה בדין זה. בפרק הבא נראה שיש פוסקים שמהם ניתן להסיק מסקנות להלכה, ונדון גם בסייגים על החשש למסירה יפה יפה.

ד. מסירה יפה יפה במחצית השקל

סתירה בדעת הרע"ב

הרע"ב מסביר את המשנה (שקלים פ"ד מ"א) לפי ההסבר השני, כלומר שהמחלוקת היא בשאלה האם יש חשש במסירת התבואה לציבור או לא. אם כן, להלכה יש חשש שלא ימסור יפה יפה.¹¹ מקשה עליו בעל התו"ט שם, כיצד זה מתיישב עם הקביעה שראינו שניתן לקבל מעבדים וקטנים ונשים, ואין חשש שלא ימסרו יפה יפה?

בעל התו"ט מציע שני כיוונים בביאור דעת הרע"ב:

1. שקלים אין גופם קרב, וכאשר קונים בהם קרבנות הם משתנים להיות של הציבור. לעומת זאת, התבואה של שומרי הספיחין היא עצמה קרבה למזבח, ומכיון שיש חשש שלא נמסרה יפה יפה, נמצא קרבן ציבור קרב משל יחיד. כאן אין שינוי עד להקרבה, ומה שנמסר הוא מה שקרב לגבוה. בעל התו"ט דוחה את האפשרות הזו בדעת הרע"ב, שכן מלשונו לא נראה שזוהי כוונתו. הרע"ב שהבאנו כותב שבנשים וקטנים מועילה המסירה ובלבד שימסרו יפה יפה. כלומר, אם הם מוסרים אין כל חשש, והכל תלוי במעשיהם שלהם. לעומת זאת, מההסבר שהוא עצמו הציע עולה שהדבר אינו תלוי בכך שהם ימסרו יפה יפה, אלא בכך שיש שינוי עד להקרבה, ולכן במחצית השקל מועילה גם מסירה לא מלאה. מסיבה זו הוא מציע הסבר שני בדעת הרע"ב:

¹⁰ אמנם בראב"ד שהובא בשטמ"ק בסוגיית ב"מ משמע שהבין שגם לפי ההסבר של החשש מבעלי זרועות לפי חכמים חיישינן שלא ימסרו יפה יפה. כך משתמע גם בתו"ט שקלים פ"ד מ"א.

¹¹ מעניין שגם בפי"המ"ש לרמב"ם מתפרשת המחלוקת הזו באותו אופן כמו ברע"ב, כלומר שהם נחלקים בשאלה האם קרבן יחיד הופך לשל ציבור (זהו המינוח של המפרשים שם לנדון של מסירה יפה יפה) או לא. זאת לכאורה בניגוד לדבריו בהלכות, שם הוא מסביר את המחלוקת בחשש לבעלי זרועות (וכבר העיר על כך בעל התו"ט ברפ"ד משקלים). לפי זה, ניתן להקשות את אותה קושיא של התו"ט גם על הרמב"ם עצמו.

2. העומר ושתי הלחם הם קרבן שמובא אחת בשנה, ולכן כאן יש חשש שלא ימסרו יפה יפה כי רוצים שזה יוקרב משלהם. אבל במחצית השקל שמיועד לכלל קרבנות הציבור אין חשש כזה. על כך מעיר המל"מ שהוא אינו מבין את החילוק הזה: מדוע יש הבדל בין קרבנות חד פעמיים לקרבנות תמידיים?

קשיים דומים בסוגיית יומא:

שתי הבנות בחשש למסירה לא מלאה

קושיא דומה עולה בתוס' בסוגיית יומא לה ע"ב. הגמרא שם דנה בבגדים שעושה אמו של הכהן, האם הם כשרים לעבודה:

תני רב הונא בר יהודה, ואמרי לה רב שמואל בר יהודה: אחר שכלתה עבודת ציבור, כהן שעשתה לו אמו כתונת לובשה ועובד בה עבודת יחיד, ובלבד שימסרנה לציבור. - פשיטא! - מהו דתימא: ניחוש שמא לא ימסרנה יפה יפה, קא משמע לן. אמרו עליו על רבי ישמעאל בן פאבי שעשתה לו אמו כתונת של מאה מנה, ולובשה, ועובד בה עבודת יחיד, ומסרה לציבור.

כלומר הגמרא פוסקת שמותר לעבוד בכתונת הזו עבודת יחיד, ובלבד שימסרנה לציבור, ולא חוששים שלא ימסור יפה יפה.

ובתוד"ה 'ניחוש', שם, מקשים:

ואפי' לרבנן דרבי יוסי בפרק הבית והעליה (ב"מ דף קיח) דסבירא להו שומרי ספחים בשביעית נוטלין שכרן מתרומת הלשכה ורבי יוסי אומר אף הרוצה להתנדב בחנם עושה וקאמר דפליגי במיחש דילמא לא מסר לצבור יפה דרבנן סברי חיישינן הכא מודו דאנן סהדי דכ"ג מסר ליה יפה שהוא גדול בתורה ויודע שיש למסור יפה ועוד כיון שכל כבוד כהונה הוא שלו מסר ליה יפה אגב חביבות שעובד בה.

כלומר התוס' מתקשים מדוע הגמרא כאן אומרת כדבר פשוט שאין חשש שהכהן לא ימסור את הבגדים יפה יפה, הרי לפחות לפי אחת האפשרויות עיקרון זה גופא שנוי במחלוקת תנאים בסוגיית ב"מ הנ"ל.

תוס' מעלים שתי אפשרויות ליישב את הקושי:

1. כהן גדול שאני, מכיון שהוא גדול בתורה ויודע שיש למסור את הבגדים לציבור כי בגדי כהונה צריכים לבוא משל ציבור. מכאן משמע שעיקר הבעייה במסירה יפה יפה היא הידע, כלומר שאדם רגיל אולי לא יודע שיש למסור את הדברים לציבור. המל"מ מביא את דברי התוס' ואומר שזה נובע מכך שאנו

לא חושדים אנשים כרשעים. ברור שמי שיודע ימסור את הדבר לציבור יפה, והחשש הוא רק מפני מי שאינו יודע.

2. תירוץ שני הוא שלגבי כהן גדול אין חשש כזה כי הוא שמח בכבוד הכהונה שלו ואינו שואף שהקרבת יבואו משלו. לפי התירוץ הזה ברור שהחשש הבסיסי אינו חשש של היעדר ידע אלא חשש של שאיפות לא הגונות.

קצת נראה מדברי התוס' שהם פוסקים להלכה שיש חשש שלא ימסרו יפה יפה, ולדעתם זו שיטת חכמים, אלא שכאן יש יוצא מן הכלל שלגבי לא חוששים.¹²

עוד מקשים התוס' מסוגיית מנחות (כא ע"ב):

וכן לבן בוכרי דאמר בפרק הקומץ רבה (מנחות דף כא) כל כהן ששוקל אינו חוטא ופריך כיון דלכתחילה לא מיחייב לאיתויי כי קא מיייתי מעייל חולין לעזרה ומשני דמסר ליה לצבור איכא למימר אפילו את"ל דסבירא ליה כרבנן דפ' הבית והעליה (ב"מ דף קיח) בההיא אפי' רבנן מודו כיון שכל ישראל מביאין שקלים אינהו נמי נהי דפטירי מסרי לצבור יפה יפה ועוד כיון שכל ריוח הקרבנות הבאים מן השקלים שלהם הוא גמרי ומסרי יפה.

ראינו שלפי בן בוכרי שסובר שכהן אינו חייב במחצית השקל, עדיין מותר לכהן למסור לציבור ואין חשש שלא ימסור יפה יפה. וגם מכאן קשה לדעת חכמים הסוברים שיש חשש כזה.¹³

תוס' מיישב גם כאן בשתי צורות:

1. במחצית השקל יש חיוב על כל ישראל לתת ללשכה, ולכן גם מי שפטור מבין שיש למסור את שקליו לציבור. לשון אחר: במחצית השקל כולם יודעים שיש למסור לציבור יפה, ולכן אין חשש. שוב, ההנחה כאן היא שהבעייה הבסיסית לה חוששים היא היעדר ידע.¹⁴

¹² אמנם זה לא הכרחי שכן ייתכן שתוס' מדברים רק לפי האפשרות ההיא בגמרא ולא להלכה. אבל במקרה כזה הם יכלו ליישב שהסוגיא דיומא לא מפרשת את המשנה בשקלים כאותה אפשרות אלא כאחת מהאפשרויות האחרות (ובפרט אם דווקא הן התקבלו להלכה).

¹³ מכאן רואים אף יותר בבירור שתוס' פוסק להלכה שיש חשש כזה, שהרי הוא מקשה על בן בוכרי, שאין הלכה כמותו, מדעת חכמים לפי אפשרות אחת בסוגיית ב"מ. כאן היה מקום מרווח יותר לדחות ולומר שבן בוכרי סובר כאחת האפשרויות האחרות, או אפילו כדעת ר' יוסי באפשרות זו.

¹⁴ נעיר כי רעק"א בתוספותיו למשנה רפ"ד משקלים (ד"ה 'מתנדב') כותב שלפי זה גם ניתן ליישב את קושיית התו"ט על הרע"ב: במחצית השקל אין חשש שגם הפטורים ממנה לא ימסרו יפה יפה. עוד הוא מעיר שלפי שני התירוצים בתוס' מוכח שלא ניחא לבעלי התוס' בתירוצו של התו"ט, שאם לא כן לא היה צורך בהסבריהם שלהם.

אמנם הוא מעיר שלפי תי' ב של תוס' לא ברור מה הם יתרצו לגבי הקושיא מנשים, עבדים

2. לגבי כוהנים אין חשש שלא ימסרו יפה, כי הרווח מהקרבת (חלקים מהבשר והעור וכדו') הוא שלהם. במקביל למה שראינו למעלה, גם כאן ההנחה היא שהחשש הוא לעבריינות במזיד, ובדומה למה שראינו למעלה לגבי כהן גדול, כאן זה מורחב גם לגבי כלל הכוהנים שאין חשש כזה מסיבות צדדיות.

הצעתנו ביישוב הקשיים

לפי דרכנו, ייתכן שניתן ליישב את הקושיות על הרע"ב ואת קושיות התוס' ביומא בצורה פשוטה יותר. כאשר מדובר על מחצית השקל ראינו שהמסירה לציבור יפה יפה פירושה היכללות בציבור. ראינו בפרק הראשון שכל מהות מצוות מחצית השקל היא ההיכללות בציבור. אם כן, ברור שבמחצית השקל ניתן למסור לציבור יפה יפה ואין חשש שלא ימסרו. משמעותה העיקרית של מצוות מחצית השקל היא להיות חלק מהציבור.

לעומת זאת, בבגדי כהונה, ואפילו בשומרי ספיחין לצורך עומר ושתי הלחם, שם הם לא נותנים משהו לציבור במסגרת מחצית השקל, אלא כהקנאה רגילה לקופת הלשכה. במצב כזה מתעורר חשש שלא ימסרו יפה יפה, שכן הם ירצו שקרבנות הציבור יבואו משלהם.

נראה שיסוד זה הוא אשר עומד גם בבסיס כמה מהתירוצים אותם הבאנו בפרק זה. בעל התו"ט מסביר שכאשר תרומת הלשכה משתנה וקונים בה דבר שקרב, אזי ממון היחיד הופך להיות של הציבור. ביאור הדברים יכול להיות שהקנייה היא בשם הציבור, וכך נכלל היחיד בתוך הציבור, כשממונו משמש לקניית קרבנות ציבור מכספי הלשכה. לעומת זאת, בספיחין שניתנים להקדש כדי להקריב אותם עצמם (כעומר, או שתי הלחם) אין משמעות של היכללות בציבור, שכן זה לא ניתן במסגרת מחצית השקל אלא כתרומה וולונטרית לממון הלשכה. כאן ישנו חשש לפי חכמים שהדברים לא ימסרו יפה יפה.

בעל התו"ט דחה את ההסבר הזה כי מלשון הרע"ב נראה שהכל תלוי בדעת המוסרים עצמם ולא במה שקורה לממון שנמסר. אמנם לפי הצעתנו הן הדברים: המוסרים ימסרו יפה יפה וייכללו בציבור בדיוק בדרך של קניית קרבנות ציבור בכספם.

התירוץ השני של התו"ט הוא שקרבנות חד פעמיים שונים משאר הקרבנות. גם כאן ניתן אולי לראות ביטוי מסויים ליסוד אותו הצענו כאן. כאשר שומרי הספיחין תורמים את התבואה להיות קרבן ציבור הם מתייחסים לקרבן ספציפי,

יש חשש שהם ירצו שהוא יבוא משלהם. אבל בתרומת הלשכה שמשמשת לקניית קרבנות ציבור לכל אורך השנה התרומה נכללת בממון הציבור שמשמש לקניית הקרבנות הללו, ולכן ברור שאין חשש שהוא לא יימסר לציבור. האנונימיות של השימוש במחצית השקל היא המנגנון שיוצר את היכללות הפרטים בציבור. גם בדברי התוס' שכותבים שבמחצית השקל אין חשש שלא ימסור יפה יפה כי כולם מחוייבים למסור, ההסבר נראה דומה מאד. מכיון שזו מהותה של מצוות מחצית השקל, אז מסירה במסגרת זו משמעותה היא היכללות בציבור ולא הקנאה ממונית גרידא. ההקנאה היא רק תוצאה של ההיכללות. לכן במחצית השקל אין חשש שלא יימסר יפה יפה, כי זהו כל עצמה של המסירה. ממילא גם מי שפטור ממחצית השקל ורוצה לשקול בהתנדבות, יודע שזה פירוש שקילת מחצית השקל, ההיכללות בציבור. לכן במצווה זו אין חשש שלא ימסור יפה יפה. לעומת זאת, במצוות אחרות שהמסירה לציבור היא הקנאה ממונית, שם יש חשש שלא יקנה אלא ירצה שהקרוב יבוא משלו.

ההיכללות כמכניזם שמייחד דווקא את מחצית השקל

הניסוח האחרון שראינו בפסקה הקודמת מציג תפיסה שונה מזו שהעלינו עד כה: המכניזם של היכללות בציבור כמסירה יפה יפה, מאפיין דווקא את המסירה במסגרת מצוות מחצית השקל, ולא כל מסירה לציבור. בשאר ההקשרים (כמו בבגדים או בעומר ושתי הלחם) המסירה נעשית בדרך של הקנאה ולא של היכללות בציבור, ולכן יש חשש שלא ימסור יפה יפה (או בגלל שלא יודע או בכוונת זדון). לעומת זאת, במחצית השקל כל עניינה של המצווה הוא ההיכללות בציבור, ולכן המסירה לציבור תמיד נעשית יפה יפה (כלומר תמיד פועלת). נראה להביא אישור לכך ממה שיש להעיר ביחס לקושיא לגבי מי שפטור ממחצית השקל כיצד מקבלים ממנו (הרי הוא פטור, ולכן יש חשש שלא ימסור יפה יפה). על פניה קושיא זו תמוהה מאד: מדוע אנו לא חוששים שהשוקלים שכן חייבים במצוות מחצית השקל לא ימסרו זאת יפה יפה? הדבר תמוה בין אם מדובר בחוסר ידע או במזימת זדון (לפי התירוצים השונים בתוס' יומא). אם כן, מדוע הקושיא (כבר בגמרא עצמה במנחות, ובודאי גם במפרשים השונים שראינו) היא רק לגבי מי שאינו חייב איך מקבלים ממנו? לכאורה גם מי שחייב במצווה צריך להיות לנו חשש שהוא לא ימסור את שקליו לציבור יפה יפה! לפי דרכנו התשובה היא פשוטה: מי שחייב לתת מחצית השקל אין כל חשש שלא ימסור יפה יפה, שכן מעת שמסר את הכסף הוא מתקדש אוטומטית.

במסגרת מצוות מחצית השקל המסירה אינה נעשית בדרך של הקנאה, אלא בדרך המכניזם של ההיכללות בציבור. כאן ההקנאה וההקדשה נעשות ממילא. כעת נבין שאמנם לגבי הכוהנים (לפי בן בוכרי), או נשים, עבדים וקטנים, שפטורים ממצווה זו, היתה הו"א בגמרא שגם אם הם ישקלו הדבר לא יתקדש, שכן לגביהם לא מוגדרת המצווה הזו (הם לא חייבים בה), ולכן המכניזם של ההיכללות לא מוחל עליהם. זו לשון הגמרא במנחות שראינו למעלה: שלכוהנים 'אין להם לשכה'. הערנו שזו אינה לשון של חשש אלא של מהות, הרי לא מוגדר עבורם המכניזם של העברת הכסף ללשכה דרך ההיכללות בציבור. לכן הגמרא סברה בהתחלה שהם לא יוכלו לשקול בכלל. המסקנה היא, שאם הם רוצים לעשות זאת בהתנדבות גם להם 'יש לשכה', כלומר המכניזם הזה תקף גם לגביהם. הם אמנם אינם חייבים אך האפשרות קיימת. מה שאין כן לגבי גוי, שלגביו לא שייכת ההיכללות, ולכן יש חשש כבד שתרומתו נועדה לכך שקרבנות הציבור יוקרבו משלו, ולכן לא מקבלים ממנו. ראינו שהאחרונים הבינו שגם אם הוא נתן וקיבלנו ממנו, התרומה שלו אינה קדושה. הוא לא יכול למסור יפה יפה, אלא במנגנון של הקנאה ולא במכניזם של ההיכללות.

ראינו שאותם הפטורים מלשקול יכולים למסור את שקליהם לציבור בהתנדבות. היה מקום לומר שלגביהם המסירה נעשית בדרך של הקנאה ולא של היכללות (כי הם אינם מצווים במצווה זו והמכניזם הזה אינו מוגדר לגביהם). במקרה כזה היה צריך להיות חשש שלא ימסור יפה יפה (לולא התירוצים המקומיים של תוס' ביומא, שכוהנים שאני, וכדו'). החידוש לפי התירוץ הזה בתוס' הוא שגם אלו שאינם חייבים במצוות מחצית השקל מוסרים ללשכה במכניזם של היכללות ולא של הקנאה. לכן תוס' אומרים שגם לגביהם אין חשש שלא ימסרו יפה יפה, כמו שאר השוקלים החייבים במצווה.

מסקנות

ישנן כמה השלכות הלכתיות לתמונה המוצעת בפרק זה. לדוגמא, הקטנים לא יוכלו למסור ללשכה דברים שאינם מחצית השקל. לדוגמא, בגדים שעשו קטנים, או שהם בבעלותם, לא יוכלו להימסר ללשכה כי לקטנים אין אפשרות להקנות. לעומת זאת, במצוות מחצית השקל יש מכניזם של היכללות בציבור, ולכן גם קטנים יכולים למסור את שקליהם לציבור, ואין כל חשש. כאמור, לפי תוס' גם המסירה של מי שאינו חייב במצוות מחצית השקל נעשית שם במכניזם של היכללות ולא במכניזם של הקנאה, ומנגנון זה פועל גם אצל קטנים.

מסקנות

1. פטור הנשים ממצוות מחצית השקל נלמד מן הפסוק "כל העובר על הפקודים". יש שביססו את הפטור על כך שזוהי מצוות עשה שהזמן גרמא.
2. במצוות מחצית השקל שני מימדים - היכללות הפרט בציבור, ותפעול עבודת המקדש כדי לכפר על כלל ישראל.
3. על פי ספר החינוך, מעשה התרומה האחידה של מחצית השקל אינו מיועד ליצור זכרון אצל הקב"ה, אלא ליצור מציאות מסויימת בעולמנו. מעשה הנתינה הופך אותנו לציבור, וממילא השפע האלוקי והכפרה יורד עלינו כציבור. יתכן שזהו ההסבר לדין ה'קלבון' (סכום שמשולם לחלפן כדי לפרוט את הכסף שניתן למחציות שקלים).
4. עקב הקשיים הנובעים מן ההגדרות של מסירה לציבור, אנו מציעים הגדרה הקובעת שמסירה אין פירושה הקנאה לציבור אלא היכללות בציבור. כדי שיחיד יקנה מעצמו לציבור הוא צריך לכלול את עצמו בציבור ואז פעולת ההקנאה לציבור נעשית ממילא. זהו ההיבט המשפטי של מצוות מחצית השקל.
5. יש חשש לפי חלק מהחכמים שהכסף לא יימסר יפה יפה (ומפרש רש"י שהאדם ירצה שקורבנות הציבור יבואו מכספו שלו). לפי דרכנו החשש הזה נובע מכך שאדם שאינו מבין את המשמעות המשפטית הזו לא יתכוון להכליל בציבור, ובשל כך ממונו לא יוקנה לו.
6. ראינו מחלוקת ראשונים האם החשש לאי מסירה יפה יפה נובע מחוסר ידע או מכוונות לא ראויות.
7. מתוך הצעתנו עולה כי דווקא האנונימיות של השימוש במחצית השקל הינה המנגנון שיוצר את היכללות הפרטים בציבור. ההקנאה עצמה היא תוצאה של ההיכללות ולא להיפך. המכניזם של ההיכללות בציבור כמסירה יפה יפה מאפיין דווקא את המסירה במסגרת מצוות מחצית השקל ולא כל מסירה לציבור. ההיכללות היא כל עניינה של מצווה זו ולכן המסירה של מחצית השקל לציבור נעשית תמיד יפה יפה.
8. החילוק הזה בין מצוות מחצית השקל לבין שאר ההקשרים שבהם מופיעה מסירה לציבור מיישב כמה וכמה סתירות שהעלו המפרשים.

חזרה לאיסורא קמייתא

הנקודות הנדונות:

- לימוד עקיף מפסוק
- חזרה לאיסורא קמייתא
- היחס בין איסור מלאכה בשבת, לבין האיסור לדון בשבת

תקציר

במאמרנו השבוע אנו עוסקים באיסור על בי"ד לענוש בשבת. רוב המקורות בחז"ל (בבבלי ובמכילתא) נראים כהרחבה של איסורי מלאכה בשבת, כלומר שאין איסור לענוש בשבת אלא שהענישה אינה דוחה את איסורי המלאכה. לעומת זאת בכמה ראשונים (הרמב"ם והחינוך, וגם בירושלמי) נראה שהאיסור לענוש בשבת הוא איסור עצמאי.

אנו מציגים כמה השלכות של המחלוקת הזו: האם למנות את האיסור כלאו נפרד או לכלול אותו באיסורי מלאכה בשבת. האם לאסור גם ענישה במלקות או רק במיתה. האם האיסור מוטל על בי"ד או על שליח בי"ד. האם האיסור הוא על הדיון או על הביצוע. האם חייבים עליו סקילה וחטאת או מלקות, ועוד.

בתוך הדברים עולה חילוק בין איסורי המלאכה שכרוכים בביצוע ההמתה לבין איסור נטילת נשמה עצמו. ייתכן שאיסור נטילת נשמה לא יהיה כאן בכל אופן, וכל הדיון הוא רק על איסור מבעיר וכדו'.

אנו מציגים שני כיוונים שונים בהסבר הרמב"ם והחינוך: 1. יש שני איסורים מקבילים: איסור מלאכה על ההבערה, ואיסור על הדיינים לענוש בשבת. 2. יש איסור מלאכה בפסוק, וממנו לומדים בעקיפין שיש איסור עצמאי לדון ולענוש, שאם לא כן לא היה כאן גם איסור מלאכה. לפי גישה זו האיסור שנלמד בעקיפין יכול להיות קל יותר. בסוף המאמר אנו עורכים דיון קצר על גזירת איסורי דרבנן מהפסוק "לא תסור". זוהי דוגמא ללימוד עקיף של איסורים מפסוק בתורה, וגם שם מעמדם של האיסורים הללו הוא קל יותר.

גם בין שתי האפשרויות הללו אנו מציגים נפ"מ, לדוגמא לגבי דין הריגת מי שרודף אחר נערה המאורסה לאונסה.

במסגרת ההצעה השנייה, אנו ננסים מעט לסוגיית חזרה לאיסורא קמייתא. זהו עיקרון הלכתי לפיו כשיש פעולה אסורה שהותרה בנסיבות מסויימות, ובתוך הנסיבות הללו ישנו איסור צדדי קל שאוסר אותה שוב, אזי במצבים כאלו לפעמים יחזור ויתעורר האיסור הראשוני. אם האיסור הצדדי הוא לאו הבא מכלל עשה, שמבחינה הלכתית דינו כעשה (ולא לוקים עליו), אזי החזרה למצב הראשוני תחיל עליו גדר של לאו רגיל, ועונשו יהיה מלקות (כמו בלאו רגיל).

א. ענישה בשבת

מבוא

בתורה מופיע איסור מלאכה בשבת בכמה וכמה מקומות (וכבר עמדו על כך הרמב"ם בשורש התשיעי והרמב"ן בהשגותיו שם). רוב המפרשים רואים את האזהרה על איסור מלאכה בשבת בעשרת הדברות (ראה שמות כ, ט). והנה, בתחילת פרשת ויקהל התורה מצווה אותנו על עונשו של העובר על איסור מלאכה בשבת:

וַיְקַהֵל מֹשֶׁה אֶת כָּל עַדְת בְּנֵי יִשְׂרָאֵל וַיֹּאמֶר אֲלֵהֶם אֱלֹהֵי הַדְּבָרִים אֲשֶׁר צִוָּה יְקֹנֶק לַעֲשׂוֹת אֵתֶם: שֵׁשֶׁת יָמִים תַּעֲשֶׂה מְלָאכָה וּבַיּוֹם הַשְּׁבִיעִי יִהְיֶה לָכֶם קֹדֶשׁ שַׁבַּת שַׁבְּתוֹן לִיקְנֹק כָּל הָעֲשֵׂה בּוֹ מְלָאכָה יוֹמָת: לֹא תַבְעֲרוּ אֵשׁ בְּכָל מִשְׁבְּתֵיכֶם בְּיוֹם הַשַּׁבָּת: פ

בסוף הפרשייה הזו התורה מוצאת לנכון לצוות על איסור הבערת אש ביום השבת. זוהי חריגה בשני מובנים: ראשית, ראינו שהפרשה עצמה אינה עוסקת באיסור אלא בעונש עליו, ואילו הציווי הזה עוסק דווקא באיסור. שנית, הבערה היא אחת מל"ט אבות מלאכה, ואלו אינם מופיעים במפורש בתורה. יש שני חריגים שעליהם התורה מצווה במפורש: הוצאה והבערה. חז"ל נזקקים לתופעה זו, ומציעים לה כמה הסברים (מה לומדים מכך שהבערה יצאה מן הכלל. ראה רש"י על אתר ועוד).¹ יש תנאים שראו בפסוק הזה מקור לכך שהבערה היא קלה יותר משאר מלאכות (שהרי היא הותרה ביו"ט), ואלו כנראה רואים את הצורך בפסוק כדי ללמד אותנו שבכל זאת בשבת היא נאסרה ככל מלאכה אחרת. לעומת זאת, יש שראו בפסוק זה מקור לחילוק מלאכות בשבת, וכך גם נפסק להלכה (שמלאכת הבערה אינה קלה יותר משאר מלאכות דאורייתא).

גם את המדרש בו נעסוק השבוע, לפיו אסור להמית במיתות ב"ד בשבת, ניתן לראות כהצעת הסבר לחריגה הזו.

ענישה בשבת: מקורות חז"ל

במכילתא (משפטים, מסכתא דנזיקין פרשה ד, ד"ה 'מעם מזבחי') דנים בשאלה האם מיתת ב"ד דוחה את השבת | (כמו שהיא דוחה עבודה וכו'). במסגרת הדיון מובאת הדרשה הבאה:

אמר תלמיד אחד מתלמידי ר' ישמעאל, הרי הוא אומר, (שמות לה ג) לא

¹ עסקנו במחלוקת זו במידה טובה לפרשת ויקהל, תשסה-ו.

תבערו אש בכל מושבותיכם, שריפה היתה בכלל ויצאת, ללמד, מה שריפה מיוחדת שהיא אחת ממיתות ב"ד, אינה דוחה את השבת, אף כל שאר מיתות ב"ד לא ידחו את השבת.

כלומר הייתור של ההבערה בא ללמד ששריפה בב"ד לא דוחה את השבת. לאחר מכן הרעיון מורחב לשאר מיתות ב"ד, שגם הן אינן דוחות את השבת. מדוע היינו חושבים שמיתות ב"ד ידחו את השבת? במדרש הזה האפשרות הזו מוצגת כתוצאה של שיקולי קו"ח מכך שמיתת ב"ד דוחה עבודה וכדו'.

והנה מצינו מדרש נוסף, גם הוא במכילתא, והפעם ההקשר הוא הסבר מדוע ההבערה יצאה מהכלל (ויקהל, מסכתא דשבתא פרשה א, ד"ה 'דלא תבערו'):

אמר אחד מתלמידי רבי ישמעאל, הרי הוא אומר לא תבערו אש, למה נאמר, לפי שהוא אומר (דברים כא, כב) וכי יהיה באיש חטא משפט מות והומת, שומע אני בין בחול בין בשבת, ומה אני מקיים מחלליה מות יומת, בשאר מלאכות חוץ ממיתת בית דין; או אינו אפילו במיתת בית דין, ומה אני מקיים (דברים כא, כב) ותלית אותו על עץ, בשאר כל הימים חוץ מן השבת; ובשבת, ת"ל לא תבערו אש וגו', שריפה בכלל היתה ויצאת ללמד, מה שרפה מיוחדת שהיא אחת ממיתות בית דין, ואינה דוחה את השבת, אף כל שאר מיתות בית דין לא ידחו את השבת.

כאן מוצגת ההו"א להמית גם בשבת כמבוססת על הפסוק המצווה להמית את החייב מיתה (כנראה מהכפילות 'מות יומת'). לאחר מכן מתעוררת התלבטות ומוכרע שמיתת ב"ד אינה דוחה את השבת.

מקור נוסף מצוי בירושלמי סנהדרין פ"ד סוה"ו, במסגרת דיון על האפשרות לדון בערב שבת:

רבי לא בשם רבי ינאי מיכן לבתי דינין שלא יהו דנין בשבת מאי טעמא נאמר כאן בכל מושבותיכם ונאמר להלן והיו אלה לכם לחוקת משפט לדורותיכם בכל מושבותיכם מה להלן בבית דין הכתוב מדבר אף כאן בבית דין הכתוב מדבר.

אמנם במדרש שבירושלמי משמע שכלל לא מדובר על מיתת ב"ד אלא יש כאן קביעה שבי"ד לא דן בשבת. המקור הוא אמנם אותו פסוק, אלא שכאן ישנה הבהרה שלא מופיעה במקורות הנ"ל במכילתא, לפיה לומדים מהפסוק דווקא על ב"ד בגלל שהמילה 'מושבותיכם' פירושה הוא ב"ד.

האבן עזרא בפירושו על אתר מסביר זאת מעט אחרת:

ופירוש אלה הדברים - המשכן וכליו לעשות, ע"כ כתוב לעשות אותם. והנה

הטעם, שהשם צוני שתעשו מה שאומר לכם. והוא הזהיר אתכם, אעפ"י שמעשה שמים אתם חייבים לעשות, השמרו לכם שלא תעשו מעשה בשבת. והעובר בפני עדים ימיתוהו בית דין. ובמקום אחר יפרש שהוא בסקילה:
 בפשטות עניינו הוא מלאכת המשכן, אך ייתכן שהוא רואה גם את דרשת חז"ל שלנו כמבוססת על תחילת הפרשה שמדברת על הדברים שצווינו לעשות. מכאן הוא מפרש שהאיסור על ההבערה נאמר ביחס לאותם דברים, כלומר שגם מעשה שנצטווינו לעשותו (= ענישה) נאסר עלינו בשבת. לפי זה עלינו לקרוא את רצף הפסוקים בפרשה כך: יש שדברים שנצטווינו לעשות. מאידך, יש חובה לשמור על קדושת השבת. ומכאן המסקנה שגם דברים שנצטווינו לעשות אינם דוחים את השבת.²

אך דומה כי ההסבר הפשוט יותר נעוץ בהקשר של הפרשה. הזכרנו שהיא מתחילה בעונש על מלאכות שבת בכלל, וממשיכה באזהרה על הבערה. מדוע יש ערבוב כזה? ייתכן שהתשובה היא שיש לקרוא את הפסוקים ברצף: "מחלליה מות יומת" - ואת העונש הזה עצמו (= ההמתה) על המחלל אין לעשות בשבת. נעיר כי סוגיית הגמרא בסנהדרין לה ע"ב מסכמת את כל המקורות הללו במבנה אחד, ומסבירה שמחלוקת התנאים מדוע ההבערה יצאה מכלל המלאכות אינה קשורה לנדון של מיתת בי"ד בשבת, מכיון שזו לא נלמדת מהיציאה של ההבערה אלא מהמילה 'מושבות'. שבת הרי היא חובת הגוף, ולכן היא אמורה לנהוג בכל מקום. אם כן, מדוע התורה כותבת 'בכל מושבותיכם' לרבות גם מיתת בי"ד?

מוני המצוות

דין זה נמנה גם במניין המצוות של הרמב"ם וסיעתו, בספהמ"צ, לאו שכב (ראה גם בחינוך מצווה קיד) כתב כך:

והמצוה השכ"ב היא שהזהירנו מעונש הגדרים על החוטאים ולהעביר הדינין ביום השבת. והוא אמרו (ר"פ ויקהל) לא תבערו אש וכו' ביום השבת. ירצה בזה שלא תשרוף מי שנתחייב שריפה, והוא הדין לשאר מיתות. ולשון מכילתא לא תבערו אש שריפה בכלל היתה ויצאת ללמד מה שריפה מיוחדת שהיא אחת ממיתות בית דין ואינה דוחה את השבת אף כל שאר מיתות בית דין לא ידחו את השבת. והנה אמרו (סנה' לה ב וש"נ) הבערה ללאו יצאת. ואין זה הלכה אבל היא לחלק יצאת (ע"ש ופס' ה ב) והוא שיהיה חייב על כל

² די דומה לדרשת חז"ל על "איש אמו ואביו תיראו ואת שבתותי תשמורו", שלומדת שגם אם הוריו מצווים עליו לשמור שבת אסור לו לשמוע להם.

מלאכה ומלאכה בפני עצמה כמו שהתבאר במקומו. ובגמרא דבני מערבא (סנה' פ"ד ה"ו) בכל מושבותיכם רבי אילא בשם רבי ינאי מכאן לבתי דינין שלא יהו דנין בשבת:

הנוסח של פתיחת דברי הרמב"ם הוא שאין להעניש בשבת. במובן זה נראה שמקורו הוא בירושלמי. אך בהמשך הוא מפרט שהאיסור הוא רק על מיתות ב"ד ולא על כל ענישה. כך הוא המבנה גם בחינוך.

ב. שני דינים בהמתה בשבת

גדר הדין

לכאורה עולה מכל המקורות הללו שהאיסור להמית את הנדון בשבת הוא עבירה על איסור מלאכה. המקורות שהובאו כאן מלמדים שעל אף שהמתת הנדון היא מצווה וחובה מן התורה, זה אינו דוחה את איסורי התורה. מכאן עולה בבירור שמי שעבר והמית את הנדון בשבת עבר על מלאכת מבעיר, וגם על איסור נטילת נשמה. בשאר מיתות ב"ד (חנק, סיף וסקילה) אין עבירה במעשה ההמתה ויש רק איסור נטילת נשמה.

אולם תמונה זו היא בעייתית מבחינת מניין המצוות. לאור האמור כאן היינו מצפים שהאיסור הזה לא יימנה בנפרד במניין המצוות, אלא יהווה פרט באיסורי מלאכה בשבת. יש כאן מקור לכך שגם אם הורגים חייבי מיתה עוברים על איסור מלאכה בשבת. לשון אחר: מי שעבר על הלאו הזה לא עבר על איסור ענישה בשבת אלא על איסור מלאכה בשבת. אם כן, לא ברור מדוע מוני המצוות החליטו למנות את הלאו הזה בנפרד?

ואכן אנו מוצאים בחינוך, במצווה קיד, כאשר הוא מסביר את שורשי המצווה, את הדברים הבאים:

משרשי המצוה, שרצה השם יתברך לכבד היום הזה שימצאו בו מנוחה הכל גם החוטאים והחייבים, משל למלך גדול שקרא בני המדינה יום אחד לסעודה שאינו מונע הפתח מכל אדם, ואחר יום הסעודה יעשה משפט, כן הדבר הזה שהשם ברוך הוא ציונו לקדש ולכבד יום השבת לטובתנו ולזכותנו, כמו שכתבתי למעלה, וזה גם כן מכבודו של יום הוא.

לכאורה הדברים תמוהים. מדוע צריך להסביר את יסוד האיסור ברצון לאפשר מנוחה לנדונים למוות?³ על פניו נראה שהבעייה היא חילול שבת, כלומר חומר

³ ובכלל אותה 'מנוחה' שיש נדונים בעת שמענים את דינם ודוחים אותו בערב הוצאתם

איסור מלאכה בשבת. רואים מדברי החינוך שבאמת יש כאן איסור עצמאי. הבעייה אינה חילול השבת של בי"ד ושליחיו, אלא חוסר השביתה של הנדונים למוות. גם אם מדובר כאן בטעמא דקרא ולא בגדר הלכתי, דומה כי אפשר ללמוד מכאן את גדרו ההלכתי של האיסור הזה.

השלכה הלכתית נוספת היא בשאלה מי עובר על האיסור הזה? אם מדובר באיסור מלאכה בשבת, אזי העבריין הוא שליח בי"ד שעושה את פעולת המתת החייב במו ידיו. בי"ד שציוו אותו על כך לא עושים מלאכה בשבת, ולכן לכל היותר הם עוברים על 'לפני עיוור'. והנה החינוך בסוף המצווה מדבר על העונש של מי שעובר על האיסור, וכותב כך:

ונוהגת מצוה זו בזמן הבית בזכרים, שהם בעלי המשפט וחייבים להזהר לבל יעשו דין בשבת. ואם עברו וציוו לשרוף בריה בשבת עברו על לאו זה. ואין לוקין עליו אם לא עשו בו מעשה. ואם עשו בו מעשה, כגון ששרפוהו הם בידיהם, אם יש עדים והתראה נסקלין, בשוגג מביאים חטאת לכפרה.

כלומר הנמענים של האיסור הם הדיינים ולא שליחיהם. האיסור הוא הציווי לשרוף ולא השריפה עצמה. אם כן, החינוך אכן נותר עקבי בשיטתו שיסוד האיסור אינו איסור מלאכה בשבת אלא איסור על הדיינים לדון ולענוש בשבת. אמנם אם הדיינים לא עשו מעשה במו ידיהם אי אפשר להלקותם, שכן זהו לאו שאין בו מעשה ולא לוקים על לאו כזה. אך אם עשו מעשה הם כן נענשים. מפתיעה היא העובדה שהחינוך כלל אינו מדבר על עונשו של שליח בי"ד שעשה את המעשה במו ידיו, ולכאורה עבר על איסור מלאכה בשבת. ייתכן שמאחר שהיתה הוראת בי"ד הוא נחשב אנוס. אמנם ייתכן גם שהוא לא מצא לנכון לציין זאת כי זה כלול באיסורי המלאכה הרגילים.

שני איסורים בהמתת בי"ד בשבת

ישנה נקודה נוספת בדברי החינוך. הוא מעלה אפשרות שאם הדיינים עשו מעשה יש להלקותם, ושולל זאת מכיון שזהו לאו שאין בו מעשה. משמע מדבריו שזהו לאו רגיל ולא איסור מאיסורי שבת, ולכן העונש על איסור זה (אם היה בו מעשה) היה צריך להיות מלקות. אך בהמשך דבריו הוא קובע שאם נעשה כאן מעשה העונש הוא סקילה במזיד וחסאת בשוגג. מכאן עולה לכאורה שזהו כן איסור מאיסורי שבת.

להורג, מעלה מחשבות לגבי מהי אותה מנוחה שעליה מדובר. ייתכן שהכוונה אינה למנוחת הנפש של האדם אלא אי עשיית מלאכה שמהווה באופן אובייקטיבי 'מנוחה' (או שביתה) של העולם.

היה מקום להבין שבאמת איסור זה הוא לאו רגיל, ולכן העובר עליו היה צריך להיות חייב מלקות. אך מעבר לכך, אם בי"ד מוציאים אדם להורג הם גם עשו מלאכה בשבת, ולכן מצד זה הם חייבים סקילה וחטאת.

ובכך נבין עוד הערה בלשון החינוך. לאחר שהוא קובע שהאיסור קיים בכל מיתות בי"ד, בקטע האחרון (זה שהובא כאן למעלה) הוא עובר לדון במי שציוו לשרוף ברייה בשבת. למה הוא מתרכז דווקא בשריפה ולא בכל מיתת בי"ד? לפי דברינו ניתן לפרש זאת באופן פשוט: כל המתת אדם בבי"ד מהווה עבירה על לאו זה, אך אם עברו עליו אין כאן חילול שבת אלא אם עשו זאת בשריפה. אמנם בכל המתה יש נטילת נשמה, אבל ייתכן שאין איסור נטילת נשמה על מי שחייב מיתת בי"ד.

ניתן להסביר זאת בשני אופנים: א. מפני שהוא חייב מיתה הוא נחשב כגברא קטילא. ב. בגלל ההו"א שראינו במדרשים הנ"ל, לפיה מותר להוציא נדון להורג בשבת מצד איסורי שבת, החידוש במסקנה שהדבר אסור לא נאמר על איסור נטילת נשמה. איסור זה באמת אינו קיים אם הנשמה היא של מי שחייב מיתת בי"ד. החידוש בדין זה הוא שיש איסור אחר של המתה בבי"ד בשבת, ועל כך חייבים רק מלקות. ברם, זה אינו איסור מלאכה בשבת.

מהצעה זו עולה שאם בי"ד עברו וחנקו את מי שחייב חנק בשבת, הם לא חייבים סקילה או חטאת, כי הם לא עברו על איסור מלאכה. הם עברו על לאו שלא לוקים עליו. יתר על כן, אם הם עשו מעשה בידים הם ילקו (כי עברו על הלאו הזה בידים) אך לא יסקלו.

מכאן ברור ומובן מה שהקשינו למעלה מדוע החינוך לא מדבר על עונשו של שליח בי"ד שהמית בשבת. לפי הצעתנו זו השליח לא עבר כל עבירה מן התורה. איסור המתת בי"ד בשבת נאמר על הדיינים ולא על השליח, ואין איסור מלאכה בהמתה בשבת.⁴

מקורות לחלוקה הזו

נראה כי שני האיסורים הללו עולים משני סוגי המדרשים שהבאנו למעלה בפרק א. לשונם של מדרשי המכילתא והבבלי מצביעה בבירור על התפיסה לפיה יסוד האיסור הוא איסור מלאכה בשבת, והחידוש במדרש הוא שהחובה להמית חייבי מיתות אינה מפקיעה את איסורי השבת. לעומת זאת, מלשון הירושלמי עולה

⁴ אמנם יש לדון מה קורה אם שליח בי"ד שרף בשבת, שהרי על מלאכת הבערה כן עוברים. רק איסור נטילת נשמה בטל ביחס לחייבי מיתות בי"ד.

בבירור שהאיסור הוא איסור מחודש לדון בשבת ("שלא יהו דנין בשבת"). אם נחזור לשתי המכילות שהבאנו למעלה, ניתן לראות בהן את שתי הנימות הללו: המכילתא הראשונה שוללת את ההו"א שענישה דוחה מלאכת מבעיר בשבת. לאחר שלמדנו את זה, די ברור שמי שענש בשריפה עבר על מלאכת מבעיר, ואין כאן לאו אחר. לעומת זאת, במכילתא השנייה שוללים את האפשרות שהחובה להעניש קיימת בכל ימות השבוע (= "שומע אני בין בחול בין בשבת"). כאן המסקנה היא שאין חובה להעניש בשבת (ואפילו יש איסור), והעונש על ההבערה הוא רק תוצאה שבממילא.

והנה ראינו שגם ה**חינוך** וגם הרמב"ם מביאים את שני הממדים הללו ולא מבחינים ביניהם במפורש. אמנם מתוך הדיוקים הלשוניים שהבאנו יש בהחלט מקום לראות ב**חינוך** את התמונה המורכבת ששרטטנו כאן, שמאחדת את שני המקורות ויוצרת משניהם תמונה של שני איסורים במקביל.

דברי הרמב"ם בשורש הי"ד

הרמב"ם בשורש הי"ד קובע שיש למנות את החובה להעניש כמצווה בפני עצמה. יש בדבריו שני חידושים: 1. ביצוע הענישה הוא עצמו מעשה מצווה (שמוטל על בי"ד). 2. מצווה זו היא מצווה עצמאית ולא פרט בתוך האיסור שעליו מענישים. לדוגמא, החובה לסקול מחללי שבת צריכה להימנות לחוד כמצוות עשה, ואין להתייחס אליה כפרט מפרטי איסור ל"ת של מלאכה בשבת. אמנם לא מונים כל חובה לסקול בנפרד, אלא את החובה הכללית לסקול את חייבי הסקילה. כך גם לגבי מלקות, שריפה, וכדו'.

בדבריו שם הוא מביא ראיות לשני היסודות הללו, ובתוך הדברים הוא נזקק גם למדרשים שלנו, וכך הוא כותב:

והנה קיום אלו הגדרים [=העונשים] כלם מצות עשה. כי אנחנו נצטוינו שנהרוג זה ושנלקה זה ושנסקול זה ושנקריב קרבן על מה שנתחייב אותו בעברנו עליו. ואופן מנינם שנמנה הארבע מיתות בית דין בארבע מצות (רכו - ט) ממצות עשה. ולשון המשנה (סנה' מט ב) זו מצות הנסקלין וכן אמרו (נב א) כיצד מצות הנשרפין כיצד מצות הנחנקין כיצד מצות הנהרגין. ואמרו (שם לה ב וש"נ) גם כן כי אמרו יתעלה (ר"פ ויקהל) לא תבערו אש בא להזהיר העמדת הגדרים ביום השבת. וזה כי הוא הזהיר משריפה שלמצוה ואמר בכל מושבותיכם כלומר במושב בית דין לא יבערו אש ואע"פ שהיא מצות עשה. אמרו (על"ת שכ"ב ממכילת') הבערה בכלל היתה ולמה יצאת

ללמד מה שריפה מיוחדת שהיא אחת ממיתות בית דין ואינה דוחה את השבת אף כל שאר מיתות בית דין לא ידחו את השבת. וזה מבואר לא יספק בו שום אדם. וכן גם כן ראוי שיימנה המלקיות מצוה (ע' רכד)...

הרמב"ם כנראה מתכוין להביא ראיה ליסוד הראשון (שביצוע העונש הוא קיום מצווה). ראייתו מבוססת על כך שנדרש פסוק מיוחד ללמד שאין להמית מיתת בי"ד בשבת, ומכאן משמע שזוהי מצוות עשה (שאם לא כן מדוע שנחשוב בכלל שמותר להמית בשבת חייבי מיתות). בכל אופן, נראה בבירור שהמחשבה היתה שהמצווה דוחה את איסור מלאכה בשבת, והתחדש שהיא אינה דוחה אותו. אך לא נראה מדבריו שיש כאן איסור עצמאי לענוש בשבת. וכן הסכים הרמב"ן בהשגותיו שם בד"ה 'ואמנם דעת הרב'.

שיטת הרמב"ם בהלכותיו

לעומת זאת, בלשון הרמב"ם בהלכות שבת (פכ"ד ה"ז) עולה לכאורה תמונה שונה:

אין עונשין בשבת אף על פי שהעונש מצות עשה אינה דוחה שבת, כיצד הרי שנתחייב בבית דין מלקות או מיתה אין מלקין אותו ואין ממיתין אותו בשבת שנאמר (שמות ל"ה) לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת זו אזהרה לבית דין שלא ישרפו בשבת מי שנתחייב שריפה והוא הדין לשאר עונשין.

מחד, הוא כותב שהמצווה הזו אינה דוחה שבת, ומכאן נראה בבירור כדבריו בשורשים (שהאיסור הוא איסור מלאכה בשבת שלא נדחה בפני המצווה להמית את חייבי המיתות). מאידך, הלכה זו מופיעה ברמב"ם בפרקים האחרונים, כלומר בהקשר של איסורי דרבנן צדדיים, ולא בתחילת ההלכות שם הוא עוסק באיסורי מלאכה מן התורה. מזה דווקא נראה שזהו איסור מחודש ולא איסור מלאכה, כפי שדייקנו לעיל גם בחינוך.

יש לכך עוד שתי ראיות מדבריו כאן. ראשית, רואים שהאזהרה היא על בי"ד, ולא על שליח בי"ד, על אף שהוא זה שעושה את המלאכה בשבת, ומוכח שהאיסור אינו איסור מלאכה אלא איסור לדון בשבת. שנית, יש בדברי הרמב"ם כאן חידוש גדול מאד: הרמב"ם מרחיב את האיסור לכל שאר העונשים, ולא דווקא למיתות (הן בתחילת דבריו בהלכה זו והן בסופה). כאן עולה בבירור תפיסה לפיה יש כאן איסור עצמאי ולא איסור מלאכה, שהרי במתן מלקות בשבת ודאי אין מלאכה שאסורה מן התורה.

למעשה כך גם עולה מעצם העובדה שבספהמ"צ הוא מונה את הלאו הזה כלאו עצמאי, ולא כפרט באיסור מלאכה בשבת. על כן לא ברור עד כמה דבריו בהלכות סותרים לדבריו בספהמ"צ ובשורשים. ייתכן שבשני המקורות הללו הוא מביא את הדין שמופיע בתורה, ובהלכות הוא מרחיב אותו לכלל הענישות.⁵

איסור לדון למלקות: מחלוקת הרמב"ם והתוס'

בשו"ע כמובן לא מופיעה הלכה זו, שכן הוא עוסק רק בהלכות שנוהגות בזמן הזה. אמנם מופיע שם (או"ח סי שלט ה"ד) שאסור לדון בשבת, כחלק מהגזירות שמא יכתוב (ולכן אסור לדון גם בדיני ממונות בשבת). בעל המנ"ח במצווה קיד סק"א והמג"א סי' שלט סק"ג מדייקים ברמב"ם בהלכות (פכ"ד ה"ז שהבאנו לעיל) שיש איסור לדון אדם בשבת בכלל, ולא רק לבצע מיתות בי"ד. והמג"א שם מקשה עליו:

כתב הרמב"ם פכ"ד אין עונשין בשבת שאע"פ שהעונש מ"ע אין דוחה שבת כיצד הרי שנתחייב מיתה או מלקות אין מלקין שנא' לא תבערו אש וה"ה לשאר עונשין וכ' המ"מ שמנאה הרמב"ם במנין המצות ע"כ ובאמת במנין המצות סי' שכ"ב משמע דוקא בדבר שיש בו חילול שבת אסור מדאורייתא וכ"מ בגמ' שבת דף ק"ו גבי הבערה ע"ש ואפשר דבמלקות נמי איכא חילול שבת כגון שעושה חבור' וצ"ע ואפשר דמרבוי דקרא דבכל מושבותיכם נפקא לן שאין דנין כלל וצ"ע בסנה' דף ל"ה משמע דוקא בדבר שיש בו חילול שבת וכ"מ בתו' שם ודיני ממונו' אין דנין גזיר' שמא יכתוב: איתא בסנהדרין דף פ"ח ע"ב שבשבת לא היו יושבים הסנהדרין בלשכת הגזית רק בחיל שלא יחלל נראה כאלו דנין בשבת ונ"ל דמה"ט אסור לקבוע מקום לחליצה בשבת, ועיין בא"ע בפי' סדר החליצה סי"ז שנדחק בדבר:

יש כאן שני סוגי קושיות: סתירות ללשון הרמב"ם עצמו (בספהמ"צ ובשורשים), וסתירות מסוגיות הבבלי שבת קו וסנהדרין לה ע"א, מהן מוכח שהאיסור הוא רק במקום שיש חילול שבת במלאכה. בשל כך הם מגיעים למסקנה שמדובר בחבלה שיש בה איסור מלאכה מה"ת, אך זהו דוחק גדול כמובן. כאמור, לפי דרכנו אין קושי כלל, ובאמת האיסור הוא לדון בשבת, ולא דווקא איסור לבצע עונש באיסורי מלאכה. כפי שראינו הרמב"ם רואה את הדיינים כנמענים של

⁵ ואולי היה מקום לומר שהרחבה הזו היא רק איסור דרבנן, ולכן היא גם מופיעה בפרק כד, וכנ"ל. אמנם הרמב"ם אינו כותב זאת, אלא מציג הכל כאיסור אחד. יתר על כן, הוא גם לא מביא את ההלכה לגבי שריפה כאיסור תורה בפרקים הרלוונטיים. על כן לא נראה שזוהי שיטתו.

האיסור, מה שמוכיח את דברינו, וכנ"ל.

לפי דרכנו גם ברורה ההלכה שמובאת כאן בהמשך דברי המג"א, שגזרו על הסנהדרין לא לשבת בלשכת הגזית בשבת כדי שלא ייראו דנים. והנה אם האיסור היה רק איסור דרבנן שמא יכתוב (ואיסור מלאכה אם מבצעים את העונש בידיים), לא ברור מה מקום יש לגזירה לגזירה. אך לפי דרכנו זוהי גזירה אטו דאורייתא.⁶

אמנם בסוגיית שבת קו ע"א לכאורה מוכח נגד שיטת הרמב"ם, שכן הגמרא שם מוכיחה מכך שהתורה אוסרת הבערת בת כהן שזינתה שהבערה זו היא מלאכה דאורייתא (ונחשבת תיקון ולא קלקול). אם כן, ההנחה היא שמה שנאסר כאן הוא מלאכה. גם בסוגיית סנהדרין (המקבילה למכילתות שהבאנו) מוכח כן, שהרי הדרשה מראה שלא התירו הבערה לצורך ענישה, ומשמע שהאיסור הוא מפאת מלאכה בשבת, וכנ"ל.

כך גם מבואר גם בתוד"ה 'אין רציחה' בסוגיית סנהדרין:

אין רציחה דוחה את השבת - בשריפה ניחא אפילו למ"ד מקלקל בהבערה פטור דיש בה חילול שבת משום פתילה דאמר (יבמות דף ו) מה לי בישול פתילה מה לי בישול סממנים ובשאר חייבי מיתות נמי אפי' למ"ד (כתובות ה) דמקלקל בחבורה פטור הכא חשיב תיקון דיש לו כפרה.

רואים שהאיסור הוא רק כשיש מלאכה בשבת. על כך יש להעיר, הן בסוגיית שבת והן בדברי התוס', מדוע הם לא מתחשבים באיסור נטילת נשמה ודנים רק על איסור הבערה? לכאורה מוכח מכאן שגם לפי התפיסה שזהו איסור מלאכה, האיסור הוא על מלאכת ההמתה ולא על ההמתה עצמה, וכפי שבארנו למעלה. בדעת הרמב"ם אין מנוס מהמסקנה שהוא פוסק כירושלמי שהאיסור הוא לדון, ולא איסור מלאכה, וכנראה לשיטתו הבבלי חולק על תפיסה זו. אם כן, מחלוקת הרמב"ם והתוס' היא למעשה מחלוקת בבלי וירושלמי.

ג. מודל מורכב

מבוא

ראינו עד כאן שבהמתת חייבי מיתות בי"ד בשבת יש שני איסורים שונים: איסור מלאכה בשבת (שאולי נאמר רק על המלאכות הכרוכות בהמתה עצמה, אך לא על איסור נטילת נשמה, והוא כנראה פונה בד"כ לשליח בי"ד ולא לדיינים)

⁶ בספר פקודי ישרים (על ספהמ"צ), לפרופ' פיינטוך, שכתב בקצרה כדברינו.

ואיסור ענישה בשבת (שפונה לדיינים עצמם). אך התמונה של שני איסורים שונים באותה סיטואציה אינה נראית בכוונת הראשונים. ראשית, **החינוך** עצמו אינו מציין שמדובר כאן בשני איסורים. הדברים עלו מדיוקים (אמנם מחוייבים) בלשונו. גם ברמב"ם ראינו תמונה דומה: מחד, נראה מדבריו שעיקר החידוש הוא שאיסורי שבת לא נדחים בפני מצוות המתת חייבי המיתות, כלומר שזהו איסור מלאכה. ומאידך, ראינו שהרמב"ם מתייחס לזה כאיסור עצמאי, ומרחיב זאת גם למלקות. אך גם ברמב"ם אין אמירה ברורה שיש כאן שני איסורים שונים. בפרק זה נראה שיתכן כי המצב בפועל הוא מורכב יותר. אנו נציע מודל לפיו שני ההיבטים קיימים ביחד במסגרת של איסור אחד. ההבחנה בין איסורי מלאכה לבין איסור ענישה בבי"ד אינה כה חדה ודיכוטומית כפי שהצגנו עד כה.

המודל המורכב

ייתכן שעלינו להתייחס לשני הממדים הללו כמורכבים זה בתוך זה, ולא כשני צדדים שונים של הבנה שמוציאים זה מזה. אפשרות אחת להציג זאת היא לראות שהדרשה המקורית מבוססת על כך שהבערה יצאה ללמד ששריפת בת כהן לא דוחה שבת, כלומר היסוד הוא איסור המלאכה. אבל מדוע באמת יש כאן איסור מלאכה, הרי יש מצוות עשה לשרוף אותה? על כך עונה הגמרא שכנראה החובה הזו לא קיימת בשבת, וממילא הפעולה הזו מהווה איסור.

משיקול זה עולה כי הקביעה שאיסור הבערה עומד בעינו מוכיחה בעקיפין את העובדה שביצוע העונשים אסור בשבת. כלומר האיסור העצמאי אינו כתוב להדיא בתורה, אלא הוא נלמד מכך שהתורה רואה בשריפת בת כהן איסור מלאכה.

כעת נוכל להבין שאם ב"ד כלשהו שורף בת כהן שזינתה, הוא עובר על שני איסורים גם יחד: איסור מלאכה ואיסור לדון אותה. לכן יש עונש סקילה וכתוב במצב כזה, ולכן עולה הו"א שיהיו מלקות על הדיינים (אילו היו עוברים את האיסור במעשה).

ייתכן שזה מסביר מדוע **בספהמ"צ** מצויין רק האיסור לדון במיתה, ואילו בהלכות מובאת ההרחבה לגבי כל עונשי ב"ד. זוהי תוצאה של דרשה מרחיבה על הפסוק, ולא משהו שכתוב במפורש בתורה, ולכן הוא לא נמנה במניין המצוות (לפי דרכו של הרמב"ם בשורש השני).

ההבדל בין ההצעה הזו לתמונה הקודמת הוא בשני מישורים:

1. המקור - לפי התמונה הקודמת המקור לאיסור העצמאי הוא 'מושבותיכם',

ואיסור השריפה הוא איסור מלאכה רגיל שלמ"ד הבערה לחלק יצאת אזהרתו היא מהפסוקים בעשרת הדברות. לעומת זאת בתמונה המוצעת כאן גם המקור לאיסור השריפה הוא מכאן, והאיסור העצמאי נלמד בעקיפין מקיומו של איסור מלאכה.

2. מהות האיסור - בתמונה הקודמת איסור המלאכה קיים גם אם היתה חובה לשרוף בת כהן בשבת ולא היה איסור בכך. כאן איסור המלאכה נובע מכך שיש איסור לענוש בשבת. לולא היה איסור כזה השריפה לא היתה איסור מלאכה.

אחת ההשלכות להבחנה הזו היא לעניין ההתראה. כידוע, מי שעובר עבירה אינו נענש אלא אם התרו בו. ישנו דין שההתראה צריכה להיות ספציפית ולהזכיר את האיסור שעליו הוא עובר. כעת עולה שאלה משום מה מתרים במי שעובר על הלאו הזה? האם מתרים בו משום מלאכה בשבת, או שמא מתרים בו משום איסור ענישה. כמובן שאם מזכירים את הפסוק 'לא תבערו אש' בהתראה זה ודאי מועיל לכל הדעות.⁷ במנ"ח בסק"ב מניח כמובן מאליו שיש להתרות בו משום איסור הבערה בשבת, וזה לשיטתו.

אהדריה לאיסורא קמא

הגמרא בביצה יב ע"א קובעת שהשוחט עולת נדבה ביו"ט לוקה. עולת חובה הותרה גם ביו"ט, ועולת נדבה באיסורה עומדת, שכן נדרים ונדבות לא קרבים ביו"ט. ובתוד"ה 'השוחט' שם מקשים:

וא"ת והא אפילו ב"ה מודו דלוקה דסבירא להו לקמן (שם) דנדרים ונדבות אין קרבים ביי"ט ואמאי מוקים לה אליבא דב"ש וי"ל דמהיכא אית ליה דנדרים ונדבות אין קרבים ביי"ט מלכם ולא לגבוה וא"כ הוי לאו הבא מכלל עשה דאין לוקין עליו

כלומר לפי ב"ה לא לוקה כי זה לאו הבא מכלל עשה (שהוא כעשה) ולא לאו רגיל. כעת שואלים התוס' על שיטת ב"ה:

וא"ת כיון דאהדריה אהדריה לאסורא קמא דהא אמרי' גבי גוזז פסולי המוקדשין דלוקה אע"ג דלא ידעינן אסור גזיזה רק מדכתיב (דברים יב) תזבח ולא גיזה דהיינו לאו הבא מכלל עשה דאין לוקין אלא ש"מ כיון דאהדריה אהדריה לאסורא קמא כלומר ללאו שהיה בו קודם שנפסל וגם

⁷ המנ"ח אומר שהתראה זו מועילה גם לבי"ד שחונקים בשבת, שכן גם איסור זה נלמד מהפסוק 'לא תבערו'. לפי הרמב"ם נראה שזה יועיל גם לבי"ד שמלקים בשבת. אמנם בד"כ אין עליהם עונש ולכן לא דרושה התראה, אבל אם עשו מעשה בידיים הם כנראה ילקו.

גבי נדרים ונדבות נימא הכי דאהדריה לאסורא קמא ולוקה

כלומר תוס' קובע שיש עיקרון כללי בהלכה שאם יש דבר אסור שהותר, ומסיבה כלשהי בנסיבות מסויימות הוא נאסר, אזי באותן נסיבות הוא חוזר לאיסורו המקורי. הדוגמא שתוס' מביאים היא מסוגיית תמורה לא ע"א (ובכורות ו ע"ב), שם לומדים שיש איסור לגזוז קודשים שנפסלו, מכוח לאו הבא מכלל עשה: 'תזבח' – ולא גיזה. ברקע הדברים יש איסור גיזה ועבודה בקודשים, שהוא לאו רגיל, ובפסולי המוקדשין הלאו הזה אינו קיים, כי הם לא מיועדים להקרבה. אבל מעת שהתחדש איסור לאו הבא מכלל עשה על הגזוז אותם, חזר האיסור של גזיזת קדשים, ולכן גם בפסולי המוקדשים הוא לוקה. כלומר מרגע שבטל ההיתר לגזוז, גם אם הביטול הוא עשה, חזר והתעורר האיסור המקורי שזהו לאו ממש (ולא לאו הבא מכלל עשה), ולכן לוקים. תוס' מקשים שגם לגבי נדרים ונדבות ביו"ט צריך להיות אותו דין, שאם אין היתר להקריבם בגלל לאו הבא מכלל עשה, צריך לחזור איסור לאו של נטילת נשמה, ולכן גם לפי ב"ה צריך ללקות. תוס' מחלק שבפסולי המוקדשים זה לא באמת הותר אף פעם, מה שאין כן בנדרים ונדבות ביו"ט שהאיסור הראשוני בטל לגמרי ולכן הוא אינו חוזר וניעור. **המנ"ח** אצלנו בסק"א (ד"ה 'והנה') כותב:

והנה אין לפלפל כאן בדין אהדריה לאיסורא קמא (עי' ביצה יב ע"א תוד"ה 'השוחט'), כי נראה מהש"ס דהוא רק גילוי מילתא...וכתבה התורה דהיא מלאכה ואינה דוחה שבת...

כוונתו כנראה לומר שלכאורה היה כאן מקום לומר שמכיון שדין בשבת נאסר מכוח איסור עצמאי, אזי הפעולה של השריפה חוזרת להיות מלאכה אסורה בשבת, וחייבת סקילה. כלומר הוא מציע אפשרות לראות את איסור המלאכה לא כלאו ממש אלא כחזרה של איסורא קמא. הוא לשיטתו שיש כאן איסור מלאכה רגיל שלא בטל, ולא חזרה של איסורא קמא, וכך אכן שיטת התוס' בסנהדרין הנ"ל.

אבל לפי דרכנו בביאור שיטות הרמב"ם **והחינוך**, זהו בדיוק המצב כאן: בגלל שיש איסור לדון בשבת, שהוא איסור קל ואינו איסור מלאכה, אזי חוזר האיסור המקורי של שריפה ומלאכה למקומו. לכן למדו הרמב"ם **והחינוך** שאם יש איסור מלאכה בפעולת ההמתה (כמו בשריפה) חייבים עליו כמו על איסור מלאכה רגיל, ואם אין איסור מלאכה אז עוברים רק על האיסור המחודש (שמקביל ללאו הבא מכלל עשה, כלומר לאיסור הצדדי והקל, בדוגמאות של תוס' בביצה).

המנ"ח בהמשך דבריו, שם נסוג מעט מטענתו ומעלה אפשרות שלפי הרמב"ם

שאוּסר בכל העונשים זהו לאו עצמאי. הוא מסביר בכך את העובדה שהלאו הזה נמנה בנפרד במניין המצוות, וזה ממש כדברינו כאן. **במנחת סולת** מוכיח זאת מן העובדה שהרמב"ם מדבר על מלקות בלאו זה (והעמדנו זאת למעשה בבי"ד שהלקו בשבת, ועשו מעשה בידיים), אף שלכאורה זהו לאו שניתן לאזהרת מיתת בי"ד (=כלומר לאו שבנסיבות אחרות ממיתים את העובר עליו). מוכח מכאן שלפי הרמב"ם הלאו שאוסר לענוש בשבת אינו אותו לאו כמו זה שאוסר הבערה בשבת. זהו ביטוי נוסף לכך שהלאו הזה נמנה בנפרד.

דוגמא נוספת לעיקרון של אהדרא לאיסורא קמא

בשו"ת **צפנת פענח** סי' ב מעלה שאלה לגבי מי שבישל ביו"ט שחל בשבת. כידוע, ביו"ט מותר לבשל לצורך אוכל נפש, ובשבת אסור. גם ביו"ט שחל בשבת אסור לבשל מצד השבת שיש כאן. אך ה**צ"פ** דן שם האם מי שעבר ובישל עבר רק על איסור שבת או שמא הוא עובר גם על איסור בישול ביו"ט. ההסבר שהוא מציע לצד הזה הוא שאם במצב כזה (שהיו"ט חל בשבת) אין היתר בישול לצורך אוכל נפש, או אז חוזר וניעור גם איסור המלאכה ביו"ט.

לכאורה זוהי דוגמא לעיקרון של אהדרא לאיסורא קמא. אמנם כעת לא ברור מדוע ה**צ"פ** בכלל מסתפק בכך? לכאורה זהו עיקרון שמוכח מהש"ס ומתוס'. ניתן להסביר זאת בכך שאיסור בישול ביו"ט בטל לגמרי (לפחות לפי מי שסובר את דין 'מתוך'), וזה כמו המקרה של נדרים ונדבות ביו"ט לפי תי' התוס'. ואולי יש הבדל גם בגלל שאיסור השבת הוא איסור שבא מצד אחר לגמרי, ואכמ"ל. נעיר כי כל הנדון הזה יכול להתעורר גם מצד אחר לגמרי (אף שב**צ"פ** נראה בבירור שכוונתו היא כדלעיל). ייתכן שהצד לאסור בישול גם מצד היו"ט נובע מתפיסה שהשילוב של יו"ט ושבת אינו צירוף שכוני של שבת ויו"ט, אלא נוצרת כאן יישות שלישית שאופייה שונה. כעין זה כותב בעל **האור שמח** בהל' עבודת יוה"כ לגבי הקרבת מוספי השבת ביוה"כ שחל בשבת.⁸

השלכות על דין רודף

דין רודף מטיל חובה על כל אדם מישראל להרוג את מי שרודף אחר חברו להרגו. אותו דין קיים גם לגבי מי שרודף אחר נערה המאורסה בכדי לאנוס אותה (ראה רמב"ם הל' רוצח, פ"א ה"י). מה הדין כשרואה רדיפה כזו בשבת? ברודף רגיל מפורש בגמרא שהורגים אותו גם בשבת, וזאת משום פיקו"נ שדוחה שבת. אבל

⁸ ראה על כך בספר **שתי עגלות וכדור פורח**, בהארה 10 (ראה שם עוד דוגמאות).

ברודף אחר נערה לאונסה מסתפק המל"מ (שם) האם מותר להרגו בשבת או לא. יסוד הספק הוא האם הריגת הרודף אחר נערה היא עונש כמו עונשי ב"ד, ואין לענוש בשבת, או שמא מדובר בהריגה לשם הצלה כמו במקרה של רדיפה רגילה (והחידוש הוא שהצלה מאונס היא כמו הצלת חיים), ולכן היא מותרת גם בשבת. המל"מ נותר בצ"ע.

והנה, אם ההבנה באיסור לענוש בשבת היא שזהו איסור מלאכה בשבת, אזי סביר שאיסור זה קיים גם בהדיוט. אם המתה בב"ד לא דוחה איסור מלאכה בשבת, אז המתה ע"י הדיוט ודאי שלא תדחה זאת.⁹ ברם, אם ההבנה היא שהאיסור הוא איסור עצמאי על ב"ד לדון ולענוש בשבת, קשה להמציא מדעתנו איסור כזה על הדיוט. הרי בפועל אין כאן מעשה של דיון כמו בב"ד, אלא זוהי פעולה שמהווה דה-פקטו אקט של ענישה, ומנין שגם היא נאסרת בשבת?

השלכה נוספת היא לגבי הצלה באחד מאבריו. אם המציל יכול להציל את הנרדף באמצעות פגיעה ברודף שאינה ממיתה אותו אסור לו להרוג את הרודף. פגיעה כזו לפעמים אינה כרוכה באיסור שבת, שכן אין בה המתה. אם כן, דווקא לפי התוס' שייסוד האיסור הוא מלאכה בשבת יהיה מותר לפגוע ברודף באופנים כאלו, שכן אין כאן איסור מלאכה. אבל לפי הרמב"ם והחינוך, הסוברים שזהו איסור עצמאי, והוא מוטל גם על ענישה במלקות, נראה שגם פגיעה ברודף שאינה ממיתה אותו, גם היא אקט של ענישה. ואם אקט הריגה כזה אסור, סביר שיש לאסור גם פגיעה רגילה.

אמנם יש לדחות את הנפ"מ הללו, שהרי כפי שראינו לפי התמונה הראשונית שהצענו בשיטת הרמב"ם החינוך (שני איסורים מקבילים ונפרדים), יש בענישה כזו גם איסור מלאכה ולא רק איסור עצמאי. אם כן, גם אם האיסור העצמאי לא יחול על מציל, הרי איסור המלאכה כן יחול עליו. אך לאור דברינו בתמונה המורכבת (שני איסורים שאחד נלמד מהשני), איסור המלאכה נלמד רק מכך שיש איסור עצמאי, וממילא האיסור חוזר לאיסורא קמייתא. אם כן, כאשר אין איסור מחודש, ייתכן שלא יהיה גם איסור מלאכה (כי הוא נדחה מפני המצווה להציל, כמו שהיה הדין לגבי ב"ד לולא המקור מהפסוק של 'לא תבערו').

דוגמא נוספת ללימוד עקיף של איסור: "לא תסור"

ישנם כמה וכמה דוגמאות ללימוד עקיף של איסור מתוך ציווי מפורש. נביא כאן

⁹ אמנם יש לדחות שכאן ישנה דחיפות של הצלה (שהרי בב"ד אפשר להרוג ולהלקות למחרת, ואין כל נזק בלתי הפיך בהמתנה).

דוגמא אחת שמזכירה מאד את הדוגמא בה עסקנו. הרמב"ם כותב בכמה מקומות (ראה בשורש השני ובתחילת הלכות ממרים. אמנם השווה לדבריו בלאו שיב) שהחובה לשמוע לחקיקה של חכמים מעוגנת בפסוק "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל" (דברים יז, יא). כמה וכמה מפרשים מסבירים שאין כוונתו שכל מי שעובר על איסור דרבנן עבר עבירה דאורייתא, אלא רק מי שאינו מקבל את מרותם באופן עקרוני (ראה, לדוגמא, בתחילת ספר צ"פ על הרמב"ם, ועוד בספר המפתח לפרנקל ריש הל' ממרים). כעת עולה שוב השאלה מהו המקור לחובה לציית לחכמים? הרי לפי הסבר זה מי שאוכל עוף בחלב לא מתוך מרד עקרוני בסמכות חכמים אלא מחמת היצר לא עובר עבירה דאורייתא. אז מדוע הדבר אסור? אין אפשרות להסביר שזה איסור מדרבנן, שהרי אנחנו מבררים כעת בדיוק את השאלה מנין שעלינו לשמוע לחכמים? לכאורה חייב להיות לכך מקור בתורה עצמה.¹⁰

דומה כי ההסבר לעניין זה נעוץ בשיקול הבא: אם הפסוק "לא תסור" אוסר עלינו למרוד בסמכות חכמים, אזי לא ייתכן שאין לסמכות זו תוכן עצמי. אם אין חובה לציית ולא לאכול עוף בחלב, לא יהיה איסור גם לאכול עוף בחלב מתוך מרד בסמכות חכמים. בספר פו הדב של א. א. מילן, מתואר שלט הקובע: "העבריינים ייענשו", ללא כל פירוט מהן אותן עבירות ומיהם העבריינים. ההתייחסות לציווי "לא תסור" כאיסור רק על מרידה בסמכות ללא כל איסור על עצם העבירה, הוא בעל אותו מבנה לוגי בדיוק.

אם כן, העובדה שאכילת עוף בחלב מתוך כפירה בסמכות חכמים היא עבירה דאורייתא נובעת מכך שיש איסור גם בעצם המעשה של אכילת עוף בחלב (גם בלי מרידה בסמכות). חובה זו אמנם לא כלולה בתוכן הפסוק "לא תסור" עצמו, שכן פסוק זה אוסר רק מרידה ישירה ועקרונית בסמכות (כמו במקרה של זקן ממרא), אבל מתוך קיומו של הציווי הזה עולה בבירור שברקע ישנם איסורים אחרים, ויש חובה לציית לחכמים גם בהם. תוקפה של אותה חובה הוא קל יותר, שכן העובר עליה לא עבר על איסור תורה של "לא תסור" (ולכן זו אינה עבירה דאורייתא אלא עבירה דרבנן), אבל היא אינה תוצאה של תקנת חכמים, אלא היא נלמדת בעקיפין מהציווי "לא תסור". היא תוצאה של פרשנות חכמים ולא של חקיקה שלהם.

מצב זה דומה מאד למה שראינו בדוגמא בה עסקנו. אמנם הפסוק מצווה

¹⁰ ברקע דברינו אלו טמונות כמה הנחות פילוסופיות והלכתיות, ואין כאן המקום להאריך בהן. הדברים מפורטים בספר הרביעי בקוורטט של מ. אברהם (שעדיין לא יצא לאור), וכאן אנו רק מציגים זאת כדוגמא.

אותנו לא לענוש בשריפה בשבת, אבל מתוך כך למדנו שאם השריפה היא איסור מלאכה אז ברור שהחובה לשרוף את החייב שריפה בטלה בשבת. שריפה כזו תהיה אף כרוכה באיסור, שכנראה לא יהיה איסור מלאכה אלא איסור אחר. גם האיסור הזה הוא הרחבה של מה שמופיע בפסוק עצמו (=המתה בשריפה), וכפי שראינו אכן גם הוא אינו כלול במסגרת המצווה המנוייה.

הערה לסיום

אחר כותבנו כל זאת, מצאנו בשו"ת **אבני נזר** או"ח סי' רכח ככל דברינו.¹¹ הוא מסביר שיסוד האיסור הוא ענישה בשבת ולא מלאכת שבת (ומביא לכך גם חלק מן הראיות שהבאנו כאן), ומחלק שם בין שני היבטים של ענישה: המצווה לענוש את העברין, והמצווה לבער את הרע. הוא מביא השלכות של ההבחנה הזו לעניין ענישה בשבת. כל דבריו שם דורשים עיון ודיון מפורט, ועל כן לא נעשה זאת כאן.

¹¹ תודתנו לר' אביעד הולנדר על ההפנייה.

מוסקנות

1. מתוך דברי המכילתא נראה שהבערה יצאה מכלל לט מלאכות (כמו הוצאה), כדי ללמד ששריפה כאחת ממיתות בית דין אינה דוחה את השבת. משקולים מדרשיים נוספים מורחבת תובנה זו גם לשאר מיתות בית דין, ואולי אף לעונשי מלקות. הירושלמי לומד מן המילה 'מושבותיכם' (= בית דין) שלא מדובר על מיתות בי"ד בשבת אלא על קביעה שונה - שבית דין אינו דן בשבת בכלל. הרמב"ם בספר המצוות (לאו שכב) מונה את איסור הענישה בשבת כאחד מן הלאווים של התורה. זהו נתון מעט בעייתי כי ניתן היה לצפות שהאיסור לא יימנה בנפרד במניין המצוות אלא יהווה פרט באיסורי מלאכה בשבת.
2. מנתוח דברי בעל החינוך נראה שאיסור ההמתה בשבת קיים בכל סוגי מיתות בי"ד. ברם, אם נעברה עבירה זו בשבת אין כאן עבירת חילול שבת אלא אם המיתה היתה בשריפה. אם בי"ד עברו וחקו בשבת מי שחייב חנק, הם אינם חייבים סקילה או חטאת משום שלא עברו על איסור מלאכה בשבת. הם עברו על לאו שלא לוקים עליו, ואם עשו מעשה של ממש בדיים, הם לוקים ואינם נסקלים. שליח בי"ד שהמית בשבת לא עבר כל עבירה בשבת, משום שהאיסור נאמר לדיינים בלבד.
3. מתוך דברי הרמב"ם בהלכות שבת נראה שהוא מרחיב את איסור הענישה בשבת לכל שאר העונשים ולא דווקא לארבע מיתות בי"ד. זוהי אינדיקציה מפורשת לכך שמדובר על איסור עצמאי ולא על איסור מלאכה בשבת, שהרי במתן מלקות בשבת אין כל מלאכה אסורה מן התורה.
4. אנו מציעים לראות בשני הממדים (איסור מלאכה בשבת, ואיסור לדון בשבת) שני מרכיבים תלויים אחד בשני, ולא כשני צדדים שונים המוציאים זה את זה. קיימים שני הבדלים בין הצעתנו לזו היוצאת מדברי הראשונים:
 - א. לפי התמונה הקודמת המקור לאיסור העצמאי הוא 'מושבותיכם' ואיסור השריפה הוא איסור מלאכה רגיל. אנו מציעים לראות את המקור כאן כמקור לאיסור שריפה והאיסור העצמאי (= לדון בשבת) נלמד בעקיפין מקיומו של איסור מלאכה.
 - ב. איסור המלאכה נובע מכך שיש איסור לענוש בשבת, ולולא היה איסור כזה, השריפה בשבת לא היתה איסור מלאכה. אחת ההשלכות של הצעתנו נוגעת לעניין ההתראה: האם מתרים בעובר משום מלאכה בשבת או משום איסור ענישה.

סברות משפטיות וסברות עובדתיות

הנקודות הנדונות:

- בירורים וכללי הנהגה
- סברות משפטיות וגזירות הכתוב
- סברות של פעולה מינימלית
- סברות שמבררות מציאות
- סברות שמהוות תחליף לברור

תקציר

במאמרנו השבוע אנו עוסקים בעיקרון של חזקה דמעיקרא. עיקרון זה קובע שבמצב של ספק אנו מתייחסים למצב כאילו הוא לא השתנה, אלא אם הוכח שכן. לכאורה יש כאן עיקרון שנלמד מפסוק והוא בגדר 'גזירת הכתוב'. אולם לפי הרמב"ם ובעל התוי"ט המשנה במסכת נזיר מציעה לו הסבר הגיוני.

אנו מסבירים את סברתם כשייכת לסוג הסברות של פעולה מינימלית, כמו 'שב ואל תעשה עדיף'. מי שטוען שהיה שינוי צריך להביא ראיה לדבריו. אנו עומדים על כך שזו אינה גזירת הכתוב במובן המלא, ויש מאחוריה סברא. אמנם זו אינה סברא עובדתית, שכן החזקה אינה מבררת את העובדות, אולם אנו מציעים את קיומן של סברות מסוג נוסף, סברות משפטיות. גם סברות אלו אינן גזירות הכתוב בעלמא אלא סברות לכל דבר, ולכן גם ביחס אליהן ניתן להפעיל היגיון וסברא ולא רק כללים פרשניים.

לפי הסברא המשפטית הזו, החזקה פושטת את הספק במישור ההלכתי, גם אם לא במישור העובדתי. מכאן ניתן לגזור כמה מסקנות, בהם אנו עוסקים בפרק האחרון: לגבי עדיפות של חזקת הגוף על חזקת הדין, לגבי מחזיקין מאיסור לאיסור, ולגבי חזקה דמעיקרא ביחס לספיקא דדינא.

במהלך דברינו אנו עומדים על מחלוקת הפוסקים בשאלה האם חזקה דמעיקרא היא מבררת או שהיא כלל הנהגה, ומביאים לכך כמה דוגמאות לגבי האפשרות לפסוק במצבי ספק פסיקות סותרות. ברור שגם אלו שרואים את החזקה כבירור, זה אינו פועל במישור העובדתי אלא רק במישור ההלכתי-נורמטיבי. עוד ראינו שגם אלו שלכאורה רואים את החזקה ככלל הנהגה פורמלי אינם שוללים מידה מסויימת של בירור שיש בה, ולכן במצבים שההלכות תלויות זו בזו גם לשיטתם אנו לא מאפשרים פסיקות סותרות. לפי הצעתנו, סברתם של הרמב"ם והתוי"ט היא שעומדת בבסיס התפיסה הזו.

א. דין 'חזקה דמעיקרא'

מבוא

המונח 'חזקה' משמש בספרות חז"ל בכמה משמעויות. רוב החזקות הן סוגים שונים של ראיות, פרט לחזקת קניין שהיא חזקה פועלת (=מעשה שיוצר בעלות על קרקע). **באנציות** ישנם 15 ערכים ארוכים ומפורטים תחת הכותרת 'חזקה', ומכאן ניתן להתרשם עד כמה מושג זה הוא יסודי בהלכה.

אחת ממשפחות החזקה הרווחות בספרות חז"ל היא 'חזקה דמעיקרא' (או 'חזקה קמייתא'), שהיא הכלל הקובע שיש להתייחס לכל מצב או דין שהיה בחפץ כאילו הוא מתמיד עד עתה, אלא אם הוכח שהוא השתנה. כמה וכמה חזקות אחרות הן מקרים פרטיים של חזקה זו, אף שלפעמים ישנן מחלוקות בקשר לכך. לדוגמא, חזקת כשרות של אדם נחשבת על ידי רבים כחזקה דמעיקרא, באשר היא קובעת שהאדם נחשב ככשר (כפי שהיה בעת לידתו, או בעת בגרותו) כל עוד לא הוכח ההיפך. אמנם יש שערערו על כך וראו בה סוג של אומדנא (כלומר שסביר להניח שאדם רגיל הוא אדם כשר).¹

הגמרא במסכת חולין לומדת את דין חזקה דמעיקרא מפסוק בפרשתנו, ובמאמרנו השבוע נעסוק מעט בה ובמשמעויותיה.

'חזקה דמעיקרא'

בפרשת נגעי בתים התורה כותבת (ויקרא יד, לג-לח):

וַיְדַבֵּר יְקוֹק אֶל מֹשֶׁה וְאֶל אֶהֱרֹן לֵאמֹר: כִּי תבֹּאוּ אֶל אֶרֶץ כְּנָעַן אֲשֶׁר אָנִי נֹתֵן לְכֶם לְאֶחְזָה וְנִתַּתִּי נֹגַע צָרַעַת בְּבַיִת אֶרֶץ אֶחְזָתְכֶם: וּבֹא אֲשֶׁר לוֹ הַבַּיִת וְהִגִּיד לַכֹּהֵן לֵאמֹר כִּנְגַע נִרְאָה לִי בַּבַּיִת: וְצֹוֹה הַכֹּהֵן וּפְנֹו אֶת הַבַּיִת בְּטָרִם יָבֵא הַכֹּהֵן לַרְאוֹת אֶת הַנֹּגַע וְלֹא יִטְמָא כָּל אֲשֶׁר בַּבַּיִת וְאַחַר כֵּן יָבֵא הַכֹּהֵן לַרְאוֹת אֶת הַבַּיִת: וְרָאָה אֶת הַנֹּגַע וְהִנֵּה הַנֹּגַע בְּקִירַת הַבַּיִת שְׁקַעְרוֹרֹת יִרְקַרְקַת אוֹ אֲדָמָדְמֹת וּמִרְאֵיהֶן שְׁפַל מִן הַקִּיר: וַיֵּצֵא הַכֹּהֵן מִן הַבַּיִת אֶל פֶּתַח הַבַּיִת וַיְהַסְגִיר אֶת הַבַּיִת שְׁבַעַת יָמִים:

לאחר שאדם רואה נגע בביתו הוא בא אל הכהן על מנת שיבחן את הנגע וכריע בעניינו. הכהן מצווה לפנות את הבית ואחר כך מגיע לראות אותו. אם הוא רואה את הנגע בצבעים 'חשודים' הוא יוצא מהבית ומסגיר אותו שבעה ימים עד שהוא

¹ ראה במלחמות השם לרמב"ן, רפ"ב דכתובות, פנ"י ומהר"צ חיות גיטין יז ע"א על תוד"ה 'משום בת אחותו', אפיקי ים ח"א סי' יג, קו"ש כתובות סי' רסב, ועוד.

בא בשנית להחליט סופית בעניינו.

הגמרא במסכת חולין י"ב דנה בשאלת המקור לדין חזקה דמעיקרא, ומביאה את הפסוק האחרון מהקטע שהבאנו:

מנא הא מלתא דאמור רבנן אוקי מילתא אחזקיה? אמר רבי שמואל בר נחמני אמר ר' יונתן, אמר קרא: (ויקרא י"ד) ויצא הכהן מן הבית אל פתח הבית והסגיר את הבית שבעת ימים, דלמא אדנפיק ואתא בצר ליה שיעורא! אלא לאו משום דאמרינן אוקי אחזקיה.

הגמרא אומרת שלולא הכלל של חזקה דמעיקרא היה עלינו לחשוש שלאחר שהכהן מפסיק לראות את הנגע ועד שהוא יוצא מהבית ומסגיר אותו הנגע כבר קטן משיעור גריס, ובמצב כזה הבית טהור וההסגר אינו הסגר. הכלל של חזקה אומר לנו שאם הכהן ראה נגע שהוא כגריס, אזי כל עוד לא הוכח אחרת אנו מחזיקים את המצב כאילו הוא עומד בעינו.

אמנם בסוגיא שם ישנה מחלוקת אמוראים בעניין, ור' אחא בר יעקב סובר שאין לדייק את הכלל של חזקה דמעיקרא מהפסוק הזה, שכן יש אפשרות להעמיד שהכהן יצא כשפניו אל הנגע וראה אותו כל הזמן עד צאתו מהבית. הראשונים נחלקים האם מכוח השיקול הזה ראב"י כלל אינו מקבל את העיקרון של חזקה (רש"י שם ד"ה 'תניא', רגמ"ה שם, יחוסי תנאים ואמוראים עמ' רצו ועוד), או שמא הוא מסכים לו ורק דוחה את המקור מהפסוק (רמב"ן, רשב"א ור"ן שם). יש שכתבו שלפי ראב"י המקור לדין חזקה הוא מהלמ"מ (מהרש"א שם יא ע"א, על תוד"ה 'מנא הא מילתא').²

הרמב"ן על אתר מסביר שהגמרא מחפשת מקור לכך שחזקה מועילה להקל, שכן להחמיר ודאי הולכים אחר חזקה. הוא אינו מסביר מהי הסברא בזה, אך נראה שכוונתו לומר שמכיון שמושג החזקה מתעורר רק במצבים בהם יש לנו ספק, אזי ללא חזקה היה עלינו ללכת לחומרא, שכן הכלל הוא ספיקא דאורייתא לחומרא, ולכן גם בלא המקור המיוחד לדין חזקה דמעיקרא ברור שחובה עלינו להחמיר. לעומת זאת, כאשר החזקה מוליכה אותנו לקולא, שם ישנו חידוש גדול, שכן הנחייה זו עומדת בניגוד לדיני ספיקות, ולכן נדרש לכך מקור. יש להעיר שהמקור אותו הביאה הגמרא מנגעים מעמיד את המצב על חזקה לחומרא (שהבית טמא, והנגע בגודל גריס). אמנם ייתכן ששם המצב בכל זאת דומה לחזקה להקל, שכן מהגמרא ברור שלולא הכלל של חזקה דמעיקרא היינו הולכים שם לקולא.³

² וראה מקור אחר במשך חכמה פ' ראה לספרי פיסקא פד. להלן נטען שייתכן ללמוד זאת מסברא.

³ ניתן להסביר זאת בכך שאין ספק מוציא מידי ודאי, או בכללי ספק טומאה שהם שונים

חזקת הגוף וחזקת דין

המפרשים עומדים על כך שחזקה דמעיקרא מופיעה בשני מופעים עיקריים (ראה **אנצי"ת** ע' 'חזקה (ב)', פ"ג): חזקת הגוף וחזקת הדין. חזקת הגוף היא העיקרון שאנו מניחים כי מצבו של חפץ לא השתנה ממה שידענו עליו בעבר אלא אם ישנה ראייה לכך שהוא השתנה. לדוגמא, אם יש ספק האם אישה בתולה נבעלה, אנו מעמידים אותה בחזקת בתולה (כפי שהיתה קודם לידת הספק. ראה כתובות יב ע"ב). חזקת הדין היא עיקרון מקביל לגבי מעמדו ההלכתי של אדם או חפץ. לדוגמא, טמא שטבל מטומאתו והתעורר ספק האם המקווה היה כשר, מעמידים אותו על חזקת טומאה שלו (ראה קידושין עט ע"א, וברש"י נידה ב ע"ב, ד"ה 'תרת''). אם קודם ההנחה היתה שהמצב העובדתי הוא שממשיך, הרי כאן הדין הוא הממשיך. ישנם גם כמה הבדלים הלכתיים בין שני הסוגים הללו (ראה באנצי"ת שם).

איזו חזקה פגשנו בפרשת נגעי בתים? זוהי חזקת הגוף, שכן אנו מניחים הנחה עובדתית על המציאות, שגודל הנגע בבית לא השתנה. זוהי הנחה שנוגעת למציאות ולא לדין, אף שמסתעף ממנה דין (ההלכה עוסקת רק במציאויות שמסתעפים מהן דינים).⁴ אם כן, פרשת נגעי בתים היא מקור לדין חזקת הגוף. האם ניתן ללמוד ממנה גם את חזקת הדין? האחרונים חלוקים ביניהם בעניין זה. בשו"ת **חוט המשולש** (ח"ג סי' כז) ו**חלקת יואב** (בפתיחה ליו"ד סי' ב בהג"ה) סוברים שאין ללמוד מפרשה זו את חזקת הדין שכן היא חלשה יותר. ואילו בשערי יושר (ש"ב פ"א) סובר שאף כי חזקת הדין חלשה יותר, בכל זאת ניתן ללמוד אותה מחזקת הגוף, שכן שתי החזקות הן גזירות הכתוב והן דומות זו לזו.

ב. האם דין 'חזקה דמעיקרא' יש בו סברא?

מבוא

ראינו למעלה שדין חזקה דמעיקרא נלמד מפסוק. לכאורה פירוש הדבר הוא שאין מאחריו סברא, שאם לא כן לא היה צורך בפסוק. ובאמת התבוננות פשוטה מראה שחזקה דמעיקרא אינה פושטת את הספק בו אנו מצויים. לדוגמא, כאשר אדם טובל במקווה ויש ספק האם המקווה כשרה, אנו הולכים אחרי החזקה

מספיקות איסור, ואכ"מ.

⁴ ובאמת כתבו האחרונים שבדברים שאין להם השלכה הלכתית אין לדון אותם לפי חזקות. ראה **ישועות יעקב** יו"ד סי' קיא סק"ב, ובשו"ת **נאות יעקב** סי' כ בשם הגר"ח מבריסק.

שהיתה לאדם (או למקווה) קודם לכן. האם מצבו של האדם או של המקווה בעבר מעידים בצורה כלשהי על מצבו הנוכחי של המקווה? האם יש בהם כדי לומר שיש בו מספיק מים? ברור שלא. ובכל זאת החזקה היא שקובעת את דינם. המסקנה המתבקשת היא שחזקה היא גזירת הכתוב שנלמדת מפסוק ואין מאחוריה שום סברא.

להלן נראה שישנם מצבים שבהם קיימת סברא לשימוש בחזקה (כמו במצב שסוקלין על החזקות), אך לא בהם אנו עוסקים כאן. ובכל זאת, כפי שנראה מייד, המפרשים מציעים הסברים מסברא לדין חזקה דמעיקרא.

'רגלים לדבר': שיטת הרע"ב

המשנה בנזיר פ"ט מ"ב אומרת:

נזיר שגלח ונודע לו שהוא טמא אם טומאה ידועה סותר ואם טומאת התהום אינו סותר אם עד שלא גלח בין כך ובין כך סותר כיצד ירד לטבול במערה ונמצא מת צף על פי המערה טמא נמצא משוקע בקרקע המערה ירד להקר טהור ליטהר מטומאת מת טמא שחזקת טמא וחזקת טהור טהור שרגלים לדבר:

המשנה מדברת על טומאת התהום (טומאה במת שאינו ידוע לשום אדם). זהו דין שנלמד מהלמ"מ שטומאת התהום יוצרת מצב של ספק טומאה (ראה שם, וברמב"ם הל' נזיר פ"ו הט"ז-יז), והנזיר שנטמא בה אינו סותר את נזירותו. בסיפא, המשנה עוסקת במצב בו נמצאה חתיכה מן המת בקרקעית המקווה. המשנה כותבת שאם מדובר בנזיר שירד לטבול כדי להקר, כלומר שהוא לא היה טמא, אזי גם לאחר הטבילה הוא טהור. אך אם ירד בכדי להיטהר מטומאת מת אזי הוא היה בחזקת טמא, ולכן טומאת התהום מטמאת אותו. הכלל הוא שטומאת התהום מטמאת רק את מי שהוא בחזקת טומאה. כלומר, רק אם טומאת התהום מהווה בסיס לספק האם הוא נטהר אנו מחמירים, אבל אם היא בסיס לשאלה האם הוא נטמא אנו מקילים. אם כן, במצב של טומאת התהום האדם נותר תמיד בחזקתו.

הנימוק שהמשנה משתמשת בו הוא 'רגלים לדבר', כלומר ישנה סברא שמחמתה אנו מותירים אותו בחזקתו. וכך גם בשתי המשניות הבאות (מ"ג-ד) אנו לומדים דיני חזקה שונים, וגם שם הנימוק הוא 'רגלים לדבר'.
הרע"ב שם כותב:

שרגלים לדבר - כלומר טעם ועיקר יש לדבר לומר דלא גמירי הלכתא

לטומאת התהום שהיא טהורה בנזיר אלא כשהיה הנזיר בחזקת טהור ולא

כשהיה בחזקת טמא:

בתוי"ט על אתר אומר שדברי הרע"ב תמוהים, שכן לשיטתו המילים 'רגלים לדבר' אינן מוסיפות מאומה על מה שנאמר במשנה קודם לכן. הן רק באות לומר שהבסיס להלכות הללו הוא שהולכים אחרי החזקות.

דומה כי בכל זאת יש ממש בנימוק זה גם לפי דברי הרע"ב. המשנה אינה עוסקת במקרה פשוט של הליכה אחרי חזקה. הרי מדובר כאן בדין שהוא הלמ"מ מיוחדת, ולכן היה מקום לומר שטומאת התהום אינה מטמאת גם בנזיר שהיה טמא, כלומר שאנו מעמידים את טומאת התהום אפילו נגד חזקת טומאה. ועל כך באה המשנה לפי רע"ב ומסבירה שאנו מסייגים את ההלמ"מ רק למצב של חזקת טהרה.

בכל אופן, נראה מלשונו שהוא אינו רואה בכך סברא מספקת, אלא שסברת החזקה היא רק בסיס לסיוג ההלמ"מ. מכיון שכל דין טומאת התהום הוא הלמ"מ, אזי אנו מעמידים אותו רק במקום שבו הוא סביר יותר, כלומר במקום שאין לאדם חזקת טומאה.

'רגלים לדבר': שיטת הרמב"ם והתוי"ט

לעומת זאת, הרמב"ם בפיהמ"ש שם כותב:

רגלים לדבר, שהענין יגיע עד ללא תכלית אם נלך אחרי האפשרויות, אבל העיקר שאם הוחזק מצב מסויים נשאירנו בחזקתו עד שיהא דבר ברור מסלקו מאותה החזקה, וכל דבר שיש בו ספק ואפשרות אחרת הרי אין החזקה מסתלקת. ואחר כך הביא כל מה שדומה לזה.

התוי"ט שם ממשיך לשיטתו, ומסביר שלפי הרמב"ם הסיפא של המשנה לא באה ללמד אותנו שהולכים אחרי החזקה, אלא להסביר לנו את עצם העיקרון של החזקה דמעיקרא:

ולדבריו אתי שפיר שזה שכתב שרגלים לדבר הוא טעם למה נלך אחר החזקות. וזה לפי שאם לא נלך אחר החזקה אלא נאמר שאפשר שנשתנה ממה שהיה מוחזק בו לא נוכל לעמוד בשום עניין. שכשתאמר אפשר שהוא כך, תוכל כמו כן לומר אפשר שאינו כך, שהדברים האפשריים אין להם תכלית שנוכל לעמוד בשום אחד מהם. וזהו 'שרגלים לדבר', כלומר שאין עמידה בדבר האפשרי וכאילו יש לו רגלים להלך תמיד.

נראה מדברי הרמב"ם שבמצב של ספק החזקה אינה מהווה ברור. ההליכה אחרי

החזקה אינה בגלל שבאמת אנחנו מאמינים שזהו המצב הנכון (כלומר שהוא טמא), שהרי אין כל קשר בין השאלה האם היא טמא קודם לכן לבין השאלה האם הוא נטמא באותה חתיכה מהמת. זהו כלל הנהגה שמאפשר לנו להכריע במצבי ספק שבהם אין לנו הכרעה מכוח בירור. ובכל זאת הרמב"ם והתוי"ט מתייחסים לכלל הזה ככלל הגיוני שנובע מסברא. לטענתם, אם לא היינו מאמצים את הכלל הזה לא היינו יכולים לתפקד במצבים שונים, שהרי כמה וכמה חששות וצדדים יכולים לעלות בכל עת, וזה מונע מאיתנו לקבל החלטות הלכתיות.

הקושי בסברת הרמב"ם: 'סוקלין על החזקות'

לכאורה הטיעון של בעל התוי"ט והרמב"ם אינו נכון, שהרי כמעט בכל מצב ישנה אפשרות ללכת על פי כללי ספיקות (ספק דאורייתא לחומרא ודרבנן לקולא, וכדו'). אם כן, מדוע הם אומרים שלא אפשרי לפעול הלכתית בלי דיני חזקה? במצבי ספק אמיתיים יש לנו מערכת מסועפת של כללי הכרעה בספיקות שמנחים אותנו, אז מדוע לא להשתמש בהם גם במצבים שבהם קיימת חזקה דמעיקרא? לדוגמא, ראינו שאם אדם ירד לטבול כדי להקר והיה טהור, כאשר מתעורר ספק באשר לכשרות המקווה, או לאפשרות טומאה במקווה, אנחנו הולכים אחרי חזקת הטהרה ומטהרים אותו. מדוע שלא נטמא אותו מספק לאור הכלל שספק דאורייתא לחומרא (וכך גם בטומאה, לפחות ברשות היחיד)? מדוע לפי הרמב"ם זהו מצב בלתי נסבל מבחינה הלכתית?

ברור ששיקול כעין זה של הרמב"ם והתוי"ט הוא מוצדק ביחס למצבים בהם אין סיבה שמעוררת ספק. כדי לנהוג על פי דיני ספיקות חייבת להיות סיבה שמעוררת ספק, שאם לא כן לא נוכל לתפקד בשום מצב, שהרי תמיד ניתן לעורר שאלה מלאכותית שתערער על הכרעתנו. כאשר הגמרא קובעת שסוקלין ומלקין על החזקות (ראה קידושין פ ע"א), היא מתכוונת בדיוק לעניין זה. כאשר ראובן מוחזק להיות אביו של שמעון, אזי כשמעון בא על אחותו של ראובן הוא חייב מיתה. מנין אנו יודעים שהיא אחות אביו? לכאורה זוהי רק חזקה (במובן ש'מוחזק' ומקובל בעולם שזהו המצב) שהוא בנו של ראובן, וחזקה נוספת שהיא אחותו. על חזקות כאלה אנחנו סוקלים, שכן אם אין לנו סיבה להסתפק בכך ששמעון הוא בנו של ראובן אין לנו ספק בכך. אמנם על פי הדין ממיתים אדם רק על פי שני עדים, אך ראיות נדרשות רק במקום שיש סיבה שמעוררת ספק. כשאין סיבה כזו אנחנו לא מסופקים גם אם אין לנו ראיות.

העיקרון שאין מקום להסתפק בלי סיבה מיוחדת ודאי מבוסס על סברת

הרמב"ם הנ"ל. לולא זה לא יכולנו לתפקד, שכן תמיד היה מתעורר ספק אולי זה אינו בנו של פלוני, ואולי החפץ שבידינו אינו לולב אלא רק משהו דומה לו. או שמא אישה זו אינה אשתו של פלוני. כאשר מעלים בחור לתורה, אנו מניחים שאם ידוע בציבור שהוא בר מצווה אז כנראה שכך הוא. אין מקום להעלות ספיקות שמא הדבר אינו נכון, אלא אם יש סיבה מיוחדת שמעוררת ספק כזה. בלי שימוש בחזקות במשמעות זו אכן חיינו היינו בלתי אפשריים. במצב כזה כללי ספיקות אינם מהווים אופציה סבירה.

בנדון דידן, דומה כי סברא זו אינה רלוונטית. במצב בו האדם מוצא חתיכה מן המת במקווה, ודאי שיש סיבה שמעוררת ספק. כאן קשה לומר שבלא העיקרון של חזקה לא יכולנו לתפקד. הספק כאן מתעורר מסיבה טובה והוא אינו מלאכותי, ולכן אין מניעה להשתמש בכללי הכרעה והתנהגות בספק. באופן כללי יותר, ברור שהעיקרון של חזקה דמעיקרא, במשמעות בה אנו עוסקים בו כאן, הוא רלוונטי רק במצבים שבהם יש סיבה להסתפק. במצבים כאלו יש לנו ספק אמיתי, ורק בגלל זה אנחנו נזקקים להכרעה על פי חזקה הלכתית (בניגוד למוחזקות במובן של הגמרא בקידושין שפירושה הוא אי היזקקות לכללי הכרעה מפני שאין סיבה להסתפק). אך דווקא במצבים אלו נראה שסברת הרמב"ם היא בעייתית, שכן לא נראה שהשימוש בכללי ספיקות יהפוך את המצב לבלתי נסבל יותר מאשר השימוש בכללי החזקות, שגם הם אינם אלא כללי הנהגה בעת ספק. מהו ה'אין ברירה' עליו מדבר הרמב"ם בהקשר זה?

מסקנה: החזקה דמעיקרא מבוססת על סברא

על כורחנו המסקנה היא שכוונת ה**תוי"ט** והרמב"ם היא לומר שדיני ספיקות נועדו רק למצב שבו לא קיים מוצא סביר אחר. כל עוד ישנו מוצא הגיוני אחר, אל לנו לנקוט בדיני ספיקות, שאם לא כן תמיד נוכל להעלות צדדי ספק שונים (גם אם לא ראינו חתיכה מן המת במקווה, אולי בכל זאת היתה שם חתיכה כזו?). ברם, לפי דברינו כאן, הם טוענים זאת גם ביחס למצבים שבהם ישנה סיבה שמעוררת ספק. גם במצבים כאלו נראה להם סביר יותר להכריע על פי חזקה ולא להיזקק לכללי הנהגה בספיקות.

נדגיש כי זו אכן מסקנה הכרחית מדברי הרמב"ם וה**תוי"ט**, אף שעדיין אין בידינו הסבר מהי אותה סברא. ברור שלדעתם ישנה סברא בהליכה אחרי חזקה, ולכן הם סוברים שאין להיזקק במצבים אלו לכללי ספיקות, אף עדיין לא הסברנו

מהי אותה סברא.

נחدد יותר את הקושי. במצבים בהם עוסק הכלל שסוקלים על החזקות, שם החזקות הן אכן תוצאה של סברא. לא רק שלא ניתן לתפקד בלי החזקות הללו, אלא שיש גם הגיון רב להשתמש בהן. מדוע לשער שפלוני שידוע כבנו של אלמוני אינו בנו? זוהי סברא פשוטה שאם אין מקום להסתפק אזי ההנחה היא שהמצב הוא כפי שהוא ידוע בציבור. כאן הסברא היא מבררת, כלומר טוענת טענה על המציאות.

לעומת זאת, כבר הערנו למעלה שהחזקה דמעיקרא, בה אנו עוסקים כאן, אינה מבררת מאומה ביחס לספק העובדתי. העובדה שהאדם היה טמא אינה מעידה על כך שבמקווה הוא נטמא מהחתיכה מן המת. אין כל קשר בין המצב הקודם של האדם לבין צדדי הספק שהתעוררו לאחר מכן. לכן האחרונים אומרים כי החזקה היא רק כלל הנהגה, ולא כלל מברר. היא אינה מבררת שהאדם נטמא, אלא רק מורה לנו לנהוג כאילו הוא טמא. לפי זה עוד פחות ברור במה היא עדיפה על דיני ספיקות, שגם הם מהווים כללי הנהגה? אם גם חזקה היא כלל הנהגה בספק, לא ברור מדוע במצבים כאלה לא ניתן להכריע לפי דיני ספיקות הרגילים?

ג. האם חזקה דמעיקרא היא מבררת?⁵

מבוא

ראינו למעלה שחזקה דמעיקרא היא רק כלל הנהגה במצבי ספק, שכן היא אינה יכולה לברר ולפשוט את הספק עצמו. והנה, על אף זאת מקובל לחשוב שהשאלה האם חזקה דמעיקרא היא מבררת או שהיא כלל הנהגה שנויה במחלוקת בין המפרשים, ראשונים ואחרונים. כאן נסתפק בשתי דוגמאות כדי להבהיר בקצרה את העניין.

האם יש חצי טריפה?

בעל השב שמעתתא (=ש"ש) בש"ד פ"ג מעלה את השאלה הזו דרך מקרה מסויים שנחלקו לגביו הפוסקים. השאלה עולה בתשובות הגאונים בתראי (אירופה, המאה ה-17) לגבי מי ששחט שבע בהמות, ונמצא שבאחת מהן ניקב בית הכוסות (היא טריפה). כאשר נמצא המום הבהמות כבר היו מחולקות לחלקים ומעורבות זו בזו. לפני שנולד הספק כבר נמכר חלק של בהמה אחת בחזקת כשרות. כעת

⁵ ראה על כך בספר שתי עגלות וכדור פורח, בשער השלושה-עשר פ"ג סעיף 2.

עולה השאלה מה דינו של החלק השני של אותה בהמה.

ישנן כאן שלוש אפשרויות שעולות בפוסקים:

1. היו שהכשירו את החלק הראשון מדין 'כל דפריש מרובא פריש'. כלומר שמכיון שיש רוב כשירות והוא פרש מהתערובת אז ההנחה היא שהוא פרש מהרוב, ולכן הוא כשר. כעת עולה השיקול שלא ייתכן שחלק של בהמה יהיה כשר והחלק האחר של אותה בהמה יהיה טריפה, ולכן יש להכשיר גם את החלק השני. זוהי שיטת ה"ט"ז.

2. לעומתם, מובאות שם דעות שהטריפו את החלק הנותר מכיון שהוא קבוע בתערובת (ודבר קבוע אין לגביו דין 'כל דפריש', והוא נחשב כספק איסור רגיל) ולכן הוא נאסר. מתוך אותו שיקול עצמו יש לאסור גם את החלק שנמכר (אף שבפועל אולי כבר לא ניתן לאתר אותו), שהרי לא ייתכן שחצי יהיה טריפה והחצי השני של אותה בהמה יוכשר.

3. ה**פ"ח** מביא את שתי הדעות הללו (בסוחיו"ד), ודוחה את שתיהן על הסף ("ומי שאינו מורה כן לא ידע באיסור והיתר בין ימינו לשמאלו"). הוא מנתק את שתי השאלות זו מזו, ולדעתו החלק שפרש הוא כשר מדין 'כל דפריש' והחלק שנוטר נאסר מדין קבוע. מסתבר שלדעתו אין מניעה לחלק את הפסיקות, אף שהן סותרות, שכן ההכרעה ברוב, או מדין קבוע, היא כלל הנהגה ולא בירור של המציאות. אנו לא טוענים שהבהמה באמת אינה טריפה אלא רק שיש לנהוג לגביה כאילו לא היתה טריפה. כללי הנהגה אינם טוענים מאומה על המציאות, ולכן אין מניעה להכריע לאיסור על חצי בהמה ובו בזמן להיתר על החצי השני.

ב**ש"ש** שם מסביר את דעת ה**פ"ח**. הוא אומר שהצורך לא לפסוק פסיקות סותרות קיים רק אם הספק לגבי חתיכה אחת היה תוצאה של הספק בחתיכה הקודמת. אבל אם יש מצב מסופק שממנו נגזרות שתי שאלות הלכתיות שונות שאינן תלויות ישירות זו בזו, שם יש מקום לנהוג ביחס לכל אחת בפני עצמה, גם אם הפסיקות סותרות. לדוגמא, חזקת טהרה של מקווה מועילה לטהר את הטובל, אף שלטובל יש חזקת טומאה. לכאורה לפי ה**פ"ח** היה עלינו לנתק את הפסיקות, להכשיר את המקווה ולטמא את הטובל. הסיבה שגם לפי ה**פ"ח** לא מנתקים את המסקנות במקרה זה היא שכאן המסקנה לגבי הטובל נגזרת מהמסקנה לגבי המקווה, ולכן כשהכרענו את הדין לגבי המקווה ממילא עלינו להכריע באופן תואם גם את הדין לגבי הטובל. לעומת זאת, בבהמה שחולקה וחציה נמכר, שם יסוד הספק לגבי שתי החתיכות הוא אחד (האם הבהמה

הזו היא הטריפה או לא), ברם, הדין של כל אחת משתי החתיכות אינו תלוי ישירות בדין החתיכה השנייה. החתיכה האחת אינה טריפה בגלל שהטרפנו את הראשונה, אלא שתי ההלכות נגזרות מהכרעת הספק הבסיסי. במצב כזה לפי הש"ש והפר"ח אנחנו מכריעים באופן בלתי תלוי לגבי כל אחד מהחלקים (על אף שגם כאן יסוד הספק הוא אחד, ולכן הפסיקות הללו סותרות).

הדיון כאן מערב שאלות של הכרעה ברוב, עם שאלות של הכרעה מכוח חזקה דמעיקרא. מכאן עולה בבירור שנושא הדיון אינו אופי הכלל של החזקה, אלא השאלה האם ניתן להכריע הלכה באופנים שיסתרו זה את זה בו זמנית. שני הכללים הללו (רוב וחזקה) הם כללי הכרעה בספיקות, והשאלה היא האם ניתן להכריע באמצעותם הלכה בצורה סותרת. יתר על כן, לגבי דין רוב היה בהחלט מקום לומר שזהו כלל מברר ולא כלל הנהגה, ולכן שם דווקא ישנו היגיון לחייב הכרעה קוהרנטית, שהרי אם ביררנו את המציאות זה מחייב אותנו להיות עקביים. לעומת זאת, דין חזקה דמעיקרא הוא בודאי כלל הנהגה, ולכן לגבי בהחלט אפשר לנתק את הפסיקות. אמנם זה לא נכון במקרה של חצי טריפה, שכן גם שם ההסתברות שהחתיכה שנותרה בתערובת היא כשרה אינה גבוהה מזו של יתר חברותיה (אמנם היא גבוהה מ-50%, אך מדין קבוע אנו מתייחסים לכך כספק שקול). אם כן, גם שם מדובר בכלל הנהגה ולא בבירור.

חזקת האם מהני לבת⁶

בסופו של דבר, הש"ש (שם בפ"ד) מכריע נגד דעת הפר"ח, וטוען שיש להכשיר את כל הבהמה. ראייתו היא מסוגיית כתובות יג ע"א-ע"ב. הגמרא שם עוסקת בדינה של אישה שנבעלה לאדם שאינו ידוע. במצב כזה מתעוררת שאלה לגביה עצמה (האם היא כשרה לכהונה) ולגבי בתה (אולי הבועל היה ממזר וכדו'), ולכן גם היא, כבתו, ממוזרת). הגמרא מביאה שם מחלוקת בדין זה, ולהלכה אנו פוסקים שהיא כשרה וגם בתה כשרה. בעלי התוס' בכמה מקומות מסבירים את הדין בכך שחזקת האם מועילה לבת.

הש"ש מסביר שגם כאן דינה של הבת אינו תלוי בדין האם, כלומר דינה של האם אינו הגורם לדינה של הבת. הצד לפסול את הבת אינו בגלל שהאם פסולה, אלא בגלל זהותו של השותף למעשה הבעילה. זהות זו היא הגורמת הן לפסול הבת והן לפסול האם, ולכן אלו שתי שאלות שאינן תלויות ישירות זו בזו, אלא שתיהן תלויות בהכרעה בסיסית שלישית שקובעת את שתיהן (בדיוק בדומה

⁶ ראה בזה גם בקה"י חולין סי' טו, ועוד הרבה.

לחצי הטריפה).

והנה להלכה ברור שהאם כשרה על אף הספק בזהותו של הבועל, וזאת מפני שיש לה חזקת כשרות.⁷ מה דינה של הבת? ראינו שלהלכה אנו מכשירים גם את הבת. מוכיח מכאן הש"ש שאם אנו מכריעים באמצעות כלל הנהגה, כמו חזקה דמעיקרא, לגבי חצי מהשאלה, אזי אין לפסוק באופן סותר גם לגבי החצי השני. והוא הדין בשאלה של חצי טריפה, ולכן גם שם להלכה יש להכשיר את כל הבהמה (גם את החלק שעוד לא נמכר).⁸

אך ר' שמעון שקאפ (=הגרש"ש) בשערי יושר (=שע"י) ש"ב פ"ז דוחה את דברי הש"ש. הוא מסביר שהנימוק שחזקת האם מועילה לבת אין פירושו שהפסיקה חייבת להיות קוהרנטית, אלא להיפך, לולא היה מדובר באם ובת אכן היינו פוסקים באופן סותר, אך מכיון שהבת נולדה ממנה אזי חזקת הכשרות של האם נחשבת כאילו יש חזקת כשרות גם לבת עצמה. יש לשים לב לכך שלבת עצמה אין במקרה זה חזקת כשרות, שהרי היא נולדה מהבעילה הזו עצמה. לפני התעוררות הספק היא כלל לא היתה קיימת, ולכן אין לה סטטוס קבוע במצב שקודם ללידת הספק. הגרש"ש מסביר שעל אף זאת יש לבת חזקת כשרות. הבת יונקת אותה מהאם, וכאילו שהיא עצמה היתה כשרה לפני הבעילה, כחלק מהאם. אם כן, המסקנה מהסוגיא כאן אינה כדעת הש"ש שאין להכריע בהנהגות סותרות על אותו ספק. להיפך, לולא היתה לבת חזקה היינו מכריעים לגביה לחומרא (ספק דאורייתא ללא חזקה), זאת בסתירה חזיתית לדין האם. רק בגלל שהלכתית יש לה חזקת כשרות, אנו מכריעים שהיא כשרה כמו כל מי שלפני לידת הספק היה בחזקת כשרות (לדוגמא - האם).⁹

⁷ היה מקום לפרש את החזקה הזו בשתי צורות: 1. יש לאם חזקה שהיא היתה עד עתה כשרה לכהונה, ולכן אנחנו ממשיכים להתייחס אליה ככשרה לכהונה. זוהי חזקה דמעיקרא רגילה, חזקת הדין (ולא חזקת הגוף). 2. יש לאם חזקה שהיא אישה כשרה, ולכן היא לא נבעלה לפסול (לא עשתה עבירה. כן משמע ברש"י על המשנה שם ע"א). לגבי חזקת כשרות מהסוג השני כבר הערנו שיש מקום לראות אותה כאומדנא, לפיה כל אדם הוא בחזקת כשרות אלא אם יש הוכחה שהוא עבריין. אם אפשרות 2 היא הפירוש בסוגיא, אזי היא אינה שייכת כלל לנדון דידין, שכן אם יש בירור מציאותי שהאם נבעלה לכשר ברור שיש לפסוק שגם הבת כשרה. בכל אופן, רוב המפרשים למדו שמדובר כאן בחזקה דמעיקרא, ואכ"מ.

⁸ הש"ש עצמו בש"ב פי"ז-יט סתר משנתו, וכבר העירו על כך.

⁹ הגרש"ש שם מוכיח את טענתו מסוגיית כתובות כו ע"ב, שם אנו פוסקים שבספק בן גרושה אנו מכשירים את הבן להיות כהן כשר מכוח חזקת הכהונה הכשרה של האב. שם אין כלל נדון על האב, שכן האב אינו נפסל בכל מקרה, וכל הדין הוא רק על הבן, ובכל זאת אנו פוסקים לגבי הבן מכוח חזקת הכשרות של האב. זוהי הוכחה שהפסיקה לגבי הבן אינה כדי

מהות המחלוקת

יש שמנסחים את המחלוקת הזו כאילו היא נסובה על השאלה האם החזקה היא מבררת או שהיא כלל הנהגה. לפי הש"ש החזקה היא מבררת, ולכן לאחר שימוש בה אנו מסיקים את כל המסקנות הנגזרות ממנה. אם הוברר שהאם אכן נבעלה לכשר, כי אז ברור שגם הבת היא כשרה. לעומת זאת, הגרש"ש סובר שהחזקה היא כלל הנהגה, ולכן ניתן לפצל את ההתייחסויות גם במקום שהן סותרות זו את זו. ובלשונו ברפ"ז שם: "דחזקה אינה מכרעת על ספק זה עצמו לעניין דין אחר דלית ביה חזקה".

אך ברור שגם כוונת הש"ש אינה לומר שהחזקה היא ממש מבררת. הרי אם זו היתה כוונתו אזי כבר הערנו שהדין שלו היה צריך להתנהל על כל סוג ראיה לחוד, ואין מקום לקשור סוגי ראיות שונים (כמו רוב וחזקה) זה לזה. עוד הערנו כבר שגם הגיונית ברור שהחזקה הזו אינה מבררת את הספק. מעבר לכך, מדוע יש הבדל האם שתי התוצאות נובעות מספק בסיסי לבין מצב שאחת מהן נובעת ישירות מחבירתה? בשני המקרים ישנה סתירה בין המסקנות ההלכתיות, ואם אנחנו נמנעים מסתירות אז מדוע להימנע רק מסוג אחד של סתירות ולא מהסוג השני?

ברור שכוונת הש"ש היא רק לומר שאין לפסוק הלכה באופן שנראה כתרתי דסתר. הוא אינו מתכוין לטעון שהחזקה ממש ביררה את המציאות. הסיבות לכך שאין לפסוק באופנים סותרים היא אחת משתיים: 1. מפני שזה 'מחזי כחוכא' (=נראה נלעג, ומביא לביזיון בית הדין וההלכה בכלל). 2. מפני שהפסיקה צריכה להיעשות באופן שמנסה לקלוע לאמת בסיכוי כלשהו, וזה יכול לקרות רק אם הפסיקה לפחות יכולה להיות אמת (גם אם יש רק 50% שזוהי האמת). פסיקה סתירתית היא בוודאות לא האמת.¹⁰

כפי שנראה בהמשך, פוסקים רבים רואים את החזקה כמבררת את העובדות, גם אם זה נעשה רק ברובד ההלכתי ולא ברובד של המציאות עצמה. זוהי תמונה שנגזרת מהתפיסה שמובעת בסיבה השנייה. להלן נראה את ההשלכות של תפיסה זו.

לגבי השאלה מדוע להבחין בין שני סוגי הסתירות, דומה כי כאשר הדין האחד הוא נגזרת של השני אזי ההכרעה של הדין על המקווה מאיינת את הספק

¹⁰ ליצור קוהרנטיות עם הפסיקה לגבי האב אלא מכוח חזקה שעוברת לבן עצמו. בספר שתי עגלות וכדור פורח שם העלינו אפשרות שלישית: אם אכן ההלכה מורה לנו לנהוג על פי החזקה דמעיקרא, אזי הקב"ה דואג לכך שלא תבוא תקלה על ידינו, ולכן ניתן לסמוך על החזקה כבירור ממש. ראו שם את כל הדיון.

לגבי הטובל. הרי כל הספק לגביו היה מפאת הספק לגבי המקווה, וכל הצד לטמא אותו היה מפני שהמקווה אינו כשר. לעומת זאת, בספק של חצי טריפה או אם ובתה, ישנה אמנם סתירה בין חלקי הפסק, אבל אי אפשר לומר שכאשר הוכרע הספק לגבי החצי התאיין הספק לגבי החצי השני, וכל עוד הספק בעינו יש להכריע אותו על פי כללי ההכרעה, כגון חזקה.

אם כן, השע"י אינו סובר שלא ניתן לפסוק פסקים סותרים, אלא דעתו היא שאם לאחר הפעלת החזקה על אחד הספיקות התאיין הספק השני, שוב אין מקום להפעלת החזקה על החצי השני.¹¹

בכל אופן, ראינו מחלוקת האם להתייחס לחזקה ככלל הנהגה פורמליסטי שמוותיר את המציאות מסופקת גם ברמה ההלכתית (הגרש"ש). או שהכלל הפורמליסטי הזה נחשב כמברר את האמת (במישור ההלכתי בלבד), ולכן עלינו להשתמש בו באופן עקבי (הש"ש). בשורה התחתונה נראה שגם הדעה שרואה את הכלל כפורמלי (הגרש"ש) תופסת את החזקה כמבררת את המציאות, ולכן כאשר הספיקות תלויים זה בזה ישירות גם הגרש"ש מסכים שאין להכריע בהם בצורות סותרות. אך כאשר אין תלות ישירה החזקה אינה מבררת את השאלה הבסיסית אלא את דינו של החפץ המסופק, ולכן יכולה להיות סתירה.

ד. 'חזקה דמעיקרא' וסברות משפטיות¹²

מבוא

המסקנה מדברינו למעלה היא שמוסכם על כל המפרשים שהחזקה אינה פושטת את הספק העובדתי שהתעורר, ולכן לכל הדעות ההנחיות שלה הן רק בגדר הנהגות להכרעה במצבי ספק. מסקנה זו מעוררת ביתר שאת את השאלה כיצד ייתכן לומר שיש סברא כלשהי ביסוד החזקה דמעיקרא, ושבגללה במצבי ספק עדיף להשתמש בכללי החזקה מאשר בכללי הספיקות הרגילים. מאידך, ראינו שלכל הדעות במישור ההלכתי החזקה כן נתפסת כמבררת, במידה זו או אחרת. ייתכן שעניין זה נוגע לאותה סברא שאנחנו מחפשים כאן.

¹¹ היה מקום לתלות את החילוק הזה במידת החוכא שיוצר פסק הדין. אבל זהו חילוק טכני ושרירותי, ונראה שבעיני אנשים גם פסקים סותרים מהסוג שנותר יעוררו חוכא. לכן נראה יותר שהחילוק הוא הלכתי-מהותי ולא פרוצדורלי.

¹² ראה על כך בחלקה השני של החוברת שיעור בדין 'מיגו' - ונספח אליו קונטרס על 'סברות משפטיות', מיכאל אברהם, בני ברק תשסו.

שני סוגי סברות בדיני ראיות

כדי להבין זאת עלינו לשים לב לכך שסברות בדיני ראיות ובירורים בהלכה יכולות להופיע בשני משורים שונים: יכולה להיות סברא אודות המציאות שמהווה בירור רגיל על מה שהתרחש, ויכולה להיות סברא שמהווה תחליף לבירור. מעבר לשני אלו יש כללי הנהגה במצבי ספק.

לדוגמא, מיגו הוא סברא שמבררת מציאות.¹³ בגלל השיקול שישנה גם אפשרות לשקר בטענה חזקה יותר, מוכח שהטענה הנוכחית כנראה אינה שקר. הסברא של מיגו מוכיחה משהו לגבי המציאות עצמה.¹⁴ לעומת זאת, יכולה להיות סברא שאומרת לנו כיצד לנהוג במצבי ספק. לדוגמא, דין 'מוחזק'. זוהי סברא שאינה מבררת את המציאות אלא מנחה אותנו כיצד לנהוג במקום שאין בירור. זהו תחליף לבירור.

הכלל שנאמר לגבי מוחזק הוא: 'המוציא מחברו עליו הראיה'. זהו עיקרון שמוצג בגמרא כתוצאה של שיקול מסברא (ב"ק מו ע"ב):

א"ר שמואל בר נחמני: מניין להמוציא מחברו עליו הראיה? שנאמר: (שמות כד) מי בעל דברים יגש אליהם, יגיש ראיה אליהם. מתקיף לה רב אשי: הא למה לי קרא? סברא הוא, דכאיב ליה כאיבא אזיל לבי אסיא! אלא, קרא לכדור"נ אמר רבה בר אבונה, דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבונה: מניין שאין נזקקין אלא לתובע תחלה? שנאמר: מי בעל דברים יגש אליהם, יגיש דבריו אליהם.

יש לשים לב שבמצבי ספק הכלל הוא שיש ללכת לחומרא, ואילו בספיקות ממון הולכים לקולא לנתבע ומטילים חובת ראיה על התובע. ואכן כמה וכמה אחרונים מקשים מדוע לא הולכים בספק ממון לחומרא (לפחות במצבים מסויימים, שכן בד"כ חומרא לזה היא קולא לזה).¹⁵

כפי שהאריכו להראות כמה וכמה אחרונים, הדין של 'המוציא מחברו עליו הראיה' הוא לא תמיד (ואולי אף פעם לא) כלל מברר.¹⁶ אין לנו אינדיקציה לכך שהממון אכן שייך למי שהוא מצוי אצלו. זהו כלל הנהגה שהממון נותר בחזקת המחזיק בו עד שתובא ראיה נגדו.

¹³ הכוונה למיגו 'מה לי לשקר', ולא למיגו 'כוח טענה', כפי שמגדירים אותו האחרונים. האחרון הוא דווקא סברא משפטית ולא בירור עובדתי. ראה על כך בחוברת הנ"ל.

¹⁴ או לפחות לגבי תמונת המציאות בעיניו של הדובר. ראה בחוברת הנ"ל השלכה להבחנה זו.

¹⁵ ראה **שערי ישר**, תחילת שער ה ועוד.

¹⁶ לפעמים הוא מופיע ביחד עם 'חזקה מה שתחת יד האדם הוא שלו', אך גם לגביה נחלקו הדעות, ואכ"מ (ראה בתומים סי' צ סק"ז וקונה"ס ב, ג ועוד).

כעת עולה השאלה כיצד היינו לומדים מסברא עיקרון שאינו מהווה בירור של המציאות? מדוע דין שמורה לנו כלל הנהגה אינו זקוק למקור מפסוק? הסברא הזו היא סברא פרוצדורלית ולא סברא לבירור המציאות. הגיוני מאד בסדר הדין להשאיר ממון בחזקתו כל עוד לא הובאה ראיה, ולא בגלל שאנו משוכנעים שהממון אכן שייך למחזיק בו.

ניתן לנסח זאת גם כך: כמו שאנחנו נותנים ממון לאדם מתוך כך שהוא עשה בו מעשה קניין כדין, באותה צורה ניתן להעלות סברות שעלינו לתת לו ממון שהוא מחזיק בו. ההחזקה בממון אינה ראיה, ולכן אף שאולי פורמלית ניתן לשייך אותה לדיני ראיות, היא אולי שייכת יותר לדיני קניין. כמו שהסברא יכולה לקבוע מי יחזיק בממון בדיני קניין, כך היא יכולה גם לקבוע זאת בתוך דיני ראיות. הסברא שביסוד דין 'מוחזק' היא שההחזקה בממון נראית כסיבה טובה להשאיר את הממון אצל המחזיק.

יש שיתלו את הסברא הזו בכך שאין להטריח את בית הדין ללא סיבה של ממש, אבל זה נראה מאד טכני ופורמליסטי, וספק אם סברא כזו היתה מתקבלת ללא מקור מפסוק. סוף סוף יש כאן ספק ממון, ולפחות שיחלקו אותו בין הצדדים. מסתבר יותר לפרש שזוהי סברא מהותית. יש היגיון להותיר את הממון בידי המחזיק בו, ולא רק בגלל טרחת בית הדין. גם הנוסח שמובא בגמרא הוא: "דכאיב ליה כאיבא ליזיל לבי אסיא", כלומר מי שכואב לו שילך לבית חולים. מי שרוצה שמשעה ייעשה, עליו מוטלת חובת ההנעה של התהליך. ניתן לנסח זאת בדומה לכללים הלכתיים אחרים: 'כל המשנה ידו על התחתונה' (במובן מושאל), 'שב ואל תעשה עדיף' וכדו'.

הסברא מהסוג השני אינה סברא מבררת, אלא זוהי סברא שמהווה תחליף לבירור. היא טוענת שכמו שבירור שמעלה כי ראובן עשה פעולת קניין כדין בחפץ תוליד להעמדת החפץ ברשותו, כך גם סברא פרוצדורלית יכולה להעמיד את החפץ ברשותו. אחת ההשלכות לראייה כזו היא שמי שזכה בחפץ מכוח דין של 'המוציא מחברו עליו הראיה' יכול להתייחס אליו כשלו לחלוטין. לדוגמא, הוא יכול ליטול לולב כזה, ולא תהיה בעיה של דין 'לכם' – משלכם. האחרונים כבר האריכו לדון בהשלכות אלה,¹⁷ וכאן אנו רק מראים את שורשי העניין.

ובזה שונה הבירור ההלכתי מכללי הכרעה בספק. כללי הכרעה בספק, כמו 'ספיקא דאורייתא לחומרא', אינם מהווים בירור אפילו במישור ההלכתי. אלו כללים שמורים לנו כיצד לנהוג ולא כיצד לברר ולפשוט את הספק. לעומת זאת,

¹⁷ ראה כס"מ בכורות פ"ב ה"ו, קונה"ס כלל א סק"ח ועוד הרבה מאד.

בירורים הלכתיים מהווים תחליף לבירור, ומייתרים את השימוש בכללי ההכרעה בספיקות במצבים אלו.

משמעותם של כללי הנהגה ופרוצדורה

המסקנה היא שכללי הנהגה אינם בהכרח 'גזירת הכתוב' במונח המלא של המילה. בהחלט יש מקום לסברות הגיוניות ביחס אליהם, ולפעמים אפילו אין צורך בפסוק כדי ללמד אותם. העובדה שעיקרון הלכתי כלשהו אינו מברר את המציאות העובדתית, אינה בהכרח אומרת שהוא גזירת הכתוב ולולא התורה לא היינו מפעילים אותו. הפרוצדורה אינה טכניקה שרירותית בלבד, אלא לפעמים היא משקפת ערכים ואמיתות, אמנם לא עובדתיות אלא משפטיות.

אחד העקרונות הבסיסיים בהתייחסות לגזירות הכתוב הוא העיקרון: 'אין לך בו אלא חידוש'.¹⁸ אם עיקרון הלכתי כלשהו אינו מבוסס על סברא אלא על חידוש מיוחד, מפסוק או מהלמ"מ, עלינו למעט את היישום והתחולה שלו ככל האפשר. מה לגבי עקרונות שמבוססים על סברות משפטיות? לאור דברינו נראה כי היישום של הכללים הללו יהיה כפוף גם לשיקולים שבסברא, ולא רק לפרשנות מצמצמת של פסוקים. להלן נראה כמה דוגמאות לכך ביחס לחזקה דמעיקרא.

בחזרה לרמב"ם: הסברא של חזקה דמעיקרא

לאחר שראינו שני סוגים של סברות מבררות, נוכל לגשת לברר מהי הסברא שעומדת ביסוד החזקה דמעיקרא ומה אופייה. ראינו שהחזקה אינה מבררת את המציאות, ולכן עלתה השאלה כיצד אפשר לומר שיש כאן סברא. או שיש כאן בירור או שזהו כלל הנהגה בשעת ספק. כעת התשובה ברורה מאליה, זוהי סברא משפטית ולא סברא עובדתית-בירורית. ההיגיון המשפטי אומר שעלינו להותיר את המצב על כנו כל עוד לא הוכח שהוא השתנה. זוהי סברא לכל דבר ועניין, אף שהסיכוי לכך שעובדתית זה אכן המצב הוא 50%.

גם כאן ניתן לנסח זאת כך: כמו שאנחנו מטהרים אדם כשנודע שהמקווה הוא כשר, אנחנו יכולים לטהר אותו כשהוא בחזקת כשרות והמקווה מסופק. כמו שאנחנו מכשירים אישה שנולדה מביאה שנודעה ככשרה, כך אנחנו יכולים להכשיר אותה כשהיא נולדת מביאה מסופקת מכוח חזקת כשרות. יש כאן היגיון הלכתי, גם אם המציאות נותרת מסופקת כשהיתה. אמנם אין כאן שום בירור,

¹⁸ ראה על כך במאמר מהי 'גזירת הכתוב' – עיון בדין עדים זוממים, מיכאל אברהם, נשלח לנטועים.

אך בהחלט ניתן לומר שישנה כאן סברא.

הסברא שביסוד החזקה דמעיקרא היא ממשפחת הסברות של דין 'מוחזק'. שינוי מצב דורש פעולה וסיבה להיזקק לה. כל עוד אין סיבה אנו לא מכריעים שהמצב השתנה. זוהי מעין סברת 'פעולה מינימלית': בכל הנסיבות ההלכתיות אנו מסיקים רק את המסקנות שצריכים להסיק, ועושים את מינימום השינויים הדרוש, בבחינת 'שב ואל תעשה עדיף'.

קעת נוכל לשוב לדברי הרמב"ם הנ"ל. מכיון שבמצב בו ישנה חזקה דמעיקרא קיימת סברא משפטית כיצד עלינו לנהוג במצב של ספק (=להותיר את המצב על כנו), אזי אין מקום להפעיל את כללי הספיקות הרגילים. אם לא נקבל סברות, משפטיות או אחרות, לא מצאנו ידינו ורגלינו בבית המדרש. לא ניתן לתפקד בהלכה ללא סברות, משפטיות או עובדתיות. לכן אומר הרמב"ם שבמקום בו ישנה חזקה דמעיקרא אין אפשרות לא לסמוך עליה, ובשל כך הוא שולל את האפשרות לנהוג על פי דיני ספיקות.

הסבר דעת ר' אחא בר יעקב

לאור דברינו נוכל להבין מדוע לדעת כמה ראשונים האמורא ראב"י בסוגיית חולין מקבל את דין חזקה דמעיקרא בלי להציג עבודה מקור מפסוק. הזכרנו שהמהרש"א טוען שראב"י למד זאת מהלמ"מ, אך זהו דוחק. ראב"י אינו מזכיר הלמ"מ, וגם רוב הראשונים אינם מייחסים לו תפיסה כזו. לפי דברינו ניתן לומר שראב"י ראה בחזקה דמעיקרא סברא פשוטה שאינה דורשת מקור, בבחינת "הא למה לי קרא, סברא הוא".

ה. השלכות

מבוא

ראינו למעלה שחזקה דמעיקרא מבוססת על סברא משפטית. אמנם לפי אחת הדעות יש לה מקור מפסוק, אך הרמב"ם והתנ"י טוענים שהמשנה מסבירה בזה סברא משפטית של 'רגלים לדבר'. ההשלכה העיקרית לכך היא שאנו ניישם את החזקה לפי עקרונות הגיוניים. בפרק זה נראה כמה התייחסויות הגיוניות לדין חזקה דמעיקרא שניתן לקשור אותן לסברא המשפטית אותה פגשנו כאן. עצם העובדה שמפרשים את החזקה דמעיקרא לפי עקרונות הגיוניים מרמזת על כך שביסודה מונחת סברא.

חזקת הגוף וחזקת הדין

הגמרא בכתובות עה ע"ב מביאה ראיה שר' יהושע הולך אחר חזקת הגוף מהמשנה (נגעים פ"ד מי"א) לגבי בהרת:

אבל היכא דליכא חזקה דממונא, אזיל רבי יהושע בתר חזקה דגופא; דתניא: אם בהרת קודם לשער לבן - טמא, אם שער לבן קודם לבהרת - טהור, ספק - טמא, ור' יהושע אומר: כהה. מאי כהה? אמר רבה: כהה - טהור.

הכלל הוא שבהרת מטמאת רק אם היא קדמה לשער הלבן, אבל אם השער הלבן קדם לבהרת היא טהורה. מה קורה בספק? נחלקו בזה תנאים במשנה: לת"ק טמא כדין ספק, ולר' יהושע טהור. ובתוד"ה 'אבל היכא' שם כותב:

אבל היכא דליכא חזקה דממונא אזיל בתר חזקה דגופא - פירוש אע"ג דאיכא חזקה אחרת כנגד חזקת הגוף כי הכא דבלאו חזקת ממון יש חזקה אחרת דהעמידנה בחזקת פנויה דדוקא כי איכא חזקת ממון לא אלימא ליה חזקת הגוף כנגד חזקת ממון אבל היכא דליכא חזקת ממון אלימא ליה חזקת הגוף משאר חזקות דאי ליכא שום חזקה אחרת כנגדה מאי אתא לאשמועינן פשיטא דאזיל בתר חזקת הגוף כיון דאין דבר מכחישה וההיא נמי דמייתי איכא חזקה אחרת כנגדה כמו שאפרש.

תוס' מסביר שכל הדיון הוא רק במקום שיש חזקה אחרת כנגד חזקת הטהרה של האדם. בתוס' הבא (ד"ה 'ספק טמא') מסביר שזהו גם המצב במשנת נגעים, ומעמיד שמדובר שם באופן שיש חזקת טומאה, והשאלה היא האם הולכים בתר חזקת הגוף כנגד חזקת טומאה או לא. אם כן, המסקנה היא שחזקת הגוף עדיפה על חזקת טומאה (שהיא חזקת הדין). כך הבינו את מסקנת הגמרא כמה וכמה מפרשים.

הסברו של הגרש"ש

הגרש"ש בשע"י ש"ב פ"א, עומד על שתי שאלות: 1. מדוע באמת עדיפה חזקת הגוף על חזקת הדין.¹⁹ 2. אם אכן חזקת הגוף היא עדיפה, כיצד ניתן ללמוד מהמקור בסוגיית חולין, שעוסק בחזקת הגוף, על כך שהולכים אחרי חזקת הדין?

ביחס לשאלה 1 הוא מסביר שחזקות שמכריעות את מקור הספק הן בעלות עוצמה חזקה יותר מאלו שרק עוסקות בהשלכות ההלכתיות של הספק. הדין

¹⁹ ראה על כך גם בקו"ש כתובות סי' רסה.

במקרים אלו נובע משינוי במציאות שעורר ספק שיש לו השלכות הלכתיות. חזקה שתפשוט את הספק המציאותי עדיפה מחזקה שתורה לנו כיצד לנהוג במקום שיש ספק. חזקת הגוף היא חזקה שמכריעה את הספק המציאותי, ולכן היא עדיפה על חזקת הדין שרק מורה לנו כיצד לנהוג במצב של ספק.

כיצד עלינו להבין את ההסבר הזה? אמנם אם החזקה היתה פושטת את הספק, כי אז ברור שבירור עובדתי עדיף על כלל הנהגה בספיקות. הנהגה בספיקות רלוונטית רק במצב בו אנו מצויים בספק. אם החזקה פושטת את הספק אין כאן מצב של ספק, וממילא אין צורך להיזקק לכללי ספיקות. אולם כפי שראינו החזקה אינה פושטת את הספק במציאות, והגרש"ש עצמו לכל אורך שער ב תומך באופן עקבי בעמדה שחזקה היא כלל הנהגה שנלמד מגזיה"כ. מדוע עדיפה חזקה שאינה פושטת את הספק המציאותי על כללי הנהגה?

כדאי לשים לב ששאלה זו מקבילה לגמרי לשאלה אותה עוררנו ביחס לדברי הרמב"ם והתוי"ט לעיל. כפי שראינו שם, הכרעה על פי החזקה עדיפה על הכרעה בכללי ספיקות, שכן היא נובעת מסברא משפטית שהופכת את המצב למוכרע מבחינה הלכתית. כביכול אנחנו לא פועלים בספירה של ספק אלא של ודאי. זהו ההבדל בין חזקת הגוף לבין חזקת הדין.

כאן עולה השאלה כיצד עלינו להבין את חזקת הדין? אם אכן אין ביסודה סברא משפטית, על מה היא מבוססת? יתר על כן, המקור במשנת נזיר לסברא שביסוד החזקה עוסק בשאלה של חזקת הדין ולא של חזקת הגוף. אם כן, יוצא שגם בחזקת הדין ישנה סברא משפטית דומה.

כאן אנחנו מגיעים לשאלה השנייה שעורר הגרש"ש שם: כיצד לומדים את חזקת הדין ממקור שמלמד על חזקת הגוף? הוא כותב כי חידוש התורה שהחזקה מבטלת את הספק יכול להיאמר גם ביחס לחזקות הדין. לאחר שזה כבר התחדש אין סיבה לחלק. מחד, חזקת הגוף מתגברת על חזקת הדין, אך מאידך הסברא שעומדת בבסיס חזקת הגוף מבססת גם את חזקת הדין. אותה סברא עצמה קיימת בשני המקרים בעוצמות שונות.

הסבר הדברים הוא שאותה סברא משפטית של מינימום פעולה (או 'שב ואל תעשה עדיף'), שייכת (במידה פחותה יותר) גם ביחס לחזקת הדין. כדי לשנות את הדין צריך סיבה שתניע את התהליך, ובלי שקיימת סיבה כזו אנו לא נשנה סטטוס הלכתי, בדיוק כמו שלא נשנה קביעה על מצב עובדתי. ההיררכיה שחזקת הגוף עדיפה נובעת כנראה מכך ששינוי הלכתי הוא שינוי פחות משמעותי משינוי עובדתי. כעוצמת השינוי כך מידת ההתנגדות אליו (או עוצמת הסיבה שצריכה

לגרום להתרחשותו).

מחזיקים מאיסור לאיסור

הדרגה הבאה בסולם של חזקות דמעיקרא הוא חזקת הדין מאיסור לאיסור. נדון זה עולה באופן מפורש רק בראשונים. כאשר יש סטטוס הלכתי כלשהו מסיבה א, וכעת ברור שהסיבה פקעה אך נולד ספק האם נולדה סיבה אחרת שתותיר את הסטטוס ההלכתי על כנו, יש מקום לומר שהולכים אחרי חזקת הדין דמעיקרא, ולכן הסטטוס יישאר בעינו, גם אם הסיבה התחלפה.

לדוגמא, כאשר נוצר ספק בשחיטה, נחלקים הראשונים האם עלינו להעמיד את הבהמה בחזקת איסור, שהרי בעודה בחיים היא אסורה משום אבר מן החי (אף שזהו איסור אחר), או שמא עלינו לומר שלפני השחיטה היא היתה בחזקת כשרות (לולא איסור אבר מן החי) ולכן אין כאן חזקת איסור. ראה בזה את מחלוקת רש"י ותוד"ה 'בחזקת' ביצה כה ע"א, והרבה מקבילות (שהובאו שם על הגיליון).

ראשונים ואחרונים נוספים נחלקים בשאלה האם מחזיקים מאיסור לאיסור.²⁰ כפי שהערנו, באמת מופיע כאן מצב של רציפות קלושה יותר, ולכן יש מקום להתחיל לערער על העיקרון של חזקה דמעיקרא. לאור סברת הרמב"ם ייתכן להבין את יסוד הדברים כך: גם אם נחזיק וגם אם לא נחזיק מאיסור לאיסור, בכל אופן המצב הקודם כבר השתנה. אם כן, כעת ברור שיש שינוי, וכל השאלה היא איזה שינוי התרחש. במצב כזה בהחלט יש מקום לומר שעלינו להפעיל את כללי הספיקות הרגילים, וחזקות הדין אינן עדיפות עליהם. כאן אין מקום להשאיר את הסטטוס ההלכתי מפני הסברא ששינוי מצב דורש סיבה.

ספיקא דדינא

ישנו הקשר אחר שבו עולה בעייתיות של שימוש בחזקה דמעיקרא, והוא ביחס לספיקא דדינא. עד עתה עסקנו בספק הלכתי שנולד בגלל סיבה מציאותית כלשהי. ראינו שיש במצב כזה שני סוגים של חזקות: חזקת הדין וחזקת הגוף. כעת אנו עוסקים במצב שבו הספק לא מתעורר בגלל שינוי מציאות אלא זהו ספק מהותי בדין. התרחש שינוי מציאותי, וכעת נוצר מצב שמבחינה עובדתית

²⁰ ראה בתוד"ה 'ספק', כתובות עה ע"ב, מהרי"ט ח"א סי' פב, קו"ש ב"ב סי' קכח, ש"ש ש"ה פ"א והלאה, עונג יו"ט יו"ד סי' ע, מרחשת ח"ב סי' ב פ"א, קהלות יעקב יבמות סי' כב-כג וחולין סי' טו-טז, ועוד הרבה.

מבורר לנו לגמרי, אלא שהדין הרלוונטי לגביו אינו ברור. האם בספק מסוג כזה אנו נפעיל את העיקרון של חזקה דמעיקרא?
יש לציין כי שאלה זו עולה במפורש רק באחרונים. ראש לכולם הוא המל"מ בפ"ב מטומאת צרעת ה"א שעוסק בכך בהרחבה. בעקבותיו צעדו גם אחרונים נוספים,²¹ ובפרט רעק"א בכמה מקומות (חו"מ סי' רלה הכ"א ועין הגליון שם, בשו"ת סי' לו, וראה גם הערה קצרה בתחילת מסכת ברכות). טענתם הבסיסית של המל"מ ורעק"א וסיעתם היא שבספיקא דדינא אין להחיל את העיקרון של חזקה דמעיקרא. מדוע באמת לא? מדוע לשנות מצב של חפץ כאשר ישנה גם אפשרות להותיר אותו כמות שהיה לפני לידת הספק?

הסבר להבחנה לגבי ספיקא דדינא

המל"מ עצמו מסביר את הטענה הזו בכך שבמצב של ספיקא דדינא הספק נוגע בשאלה מה למד משה בסיני. לפיכך, העובדה שאדם כלשהו היה טמא או טהור לפני היווצרות המצב החדש אינה יכולה להיות רלוונטית ביחס לשאלה אלו הלכות נמסרו למשה בסיני. כפי שמנסח זאת המל"מ עצמו: האם חזקה דמעיקרא יכולה להבהיר לנו מה ניתן למשה בסיני?
אך כפי שראינו לעיל הרי החזקה דמעיקרא אינה רלוונטית גם ביחס לברור של צדדי הספק המציאותי. האם העובדה שאדם כלשהו היה טמא משנה לעניין השאלה האם כשטבל במקווה לטהרתו הוא נגע בחתיכה מן המת שנמצאה שם או לא? ובכל זאת, בספק במציאות אנו מכריעים לאור חזקה דמעיקרא. מדוע בספיקא דדינא לא נעשה זאת?

כאן נכנסת העובדה שהחזקה נחשבת כמבררת את הספק מבחינה הלכתית, היא אינה שייכת לדיני ספיקות אלא היא כלל הכרעה מסברא. אמנם עובדתית ברור שהספק לא הוכרע, אולם במישור ההלכתי הספק נחשב כמוכרע. האם ניתן לומר שהחזקה דמעיקרא מכריעה גם ספק הלכתי? מסתבר שלא. כאן אפילו במישור ההלכתי אנחנו לא מוכנים להתייחס למצב כאילו הספק נפשט. ניתן להסביר זאת בכמה צורות (והסברות הללו עולות באחרונים ביחס לספיקא דדינא בהקשרים אחרים), ונציע כמה מהן בקצרה:²²

1. אותו ספק הלכתי עצמו במקרים אחרים ייפשט אחרת, שהרי הספק ייוותר

²¹ ראה שושנת העמקים סוף כלל יא, אבני מילואים סי' ד סוסקי"ז וסי' כז סקי"ח, קו"ש ב"ב סי' קיח ושע"י ש"ב פ"ט ועוד.

²² ראה, לדוגמא, בקונטרס תקפו כהן לבעל הש"ך, ובקונה"ס, בדונם בדין תפיסה בספיקא דדינא, ועוד הרבה.

בעינו גם אחרי שנסיים את עיסוקנו במקרה הזה. אם יזדמן לפנינו בזמן אחר מקרה אחר, ובו יעלה אותה ספק הלכתי, אך לא תהיה שם חזקה דמעיקרא, אזי שם נכריע הפוך. אם כן, לא ייתכן שהחזקה תיחשב כמכריעה את הספק ההלכתי, אפילו במישור הנורמטיבי. גם אחרי הפעלת החזקה אנו נמשיך להתייחס לספק הזה כספק. אם כן, הוא לא הוכרע.

אם החזקה היתה רק כלל הלכתי פורמלי לא היה מקום לסברא זו. כפי שראינו לעיל, הפר"ח שהבין את העיקרון של חזקה דמעיקרא באופן פורמלי, היה מוכן ליישם את החזקה גם במקום שיש סתירה בין היישומים. אם כן, סביר שהוא יאמר כך גם כאן. הסתירה מול מקרה עתידי לא אמורה להטריד אותו. אלו שטוענים שאין ליישם חזקה דמעיקרא על ספק הלכתי כנראה סוברים שהחזקה פושטת את הספק (ברובד ההלכתי), והיא אינה רק כלל הנהגה בספיקות.

2. כאשר יש ספק הלכתי, הכלל שבידינו הוא 'אלו ואלו דברי אלוקים חיים', כלומר ששני הצדדים הם אמיתיים כאחד. אם כן, זה אינו ספק אלא מצב שבו יש שני צדדים אמיתיים, ולכן לא שייך לפשוט את הספק הזה, שכן אין כאן ספק. זאת בניגוד לספק עובדתי, שם ברור שרק צד אחד הוא אמיתי (אלא שאנחנו לא יודעים איזה מהם). שוב, ההנחה של שיקול זה היא שהחזקה מכריעה את הספק (כמובן רק במישור ההלכתי). לפי הפר"ח הסבר זה אינו קיים.

3. בספיקא דדינא החזקה אינה מתארת מצב שקיים לפני לידת הספק. מבחינתנו הספק נולד בעת מתן תורה, והוא קיים ועומד לעולם. הוא אינו נוגע דווקא לעצם שלפנינו, ולא התעורר ביחס אליו. הספק הספציפי שלפנינו אינו אלא ביטוי לנסיבות שבהן חל הספק העקרוני הזה. לעומת זאת, החזקה דמעיקרא קיימת בגוף הנדון לכל היותר מעת שהוא נולד, שכן היא מאפיינת של החפץ המסויים שבפנינו. יישום של החזקה דמעיקרא על מצב של ספק הוא רק כאשר החזקה קדמה לספק. כאן זה אינו המצב.

בלשון אחרת נאמר זאת כך: המשך המצב הקודם פירושו שהספק ממשיך. הנדון כאן אינו הגוף שלפנינו אלא ההלכה עצמה. כאן המצב היה מסופק מאז ומעולם, ובהשארת הספק על מכונו אנו אכן ממשיכים את המצב ששרר עד עתה. אנו נכריע אותו על פי כללי הנהגה בספיקות (כמו ספק לחומרא וכדו'), אך זה לא מכריע את הספק אלא רק מורה לנו כיצד לנהוג במקרה המסויים שלפנינו. אם כן, עקרון הפעולה המינימלית במקרה זה מורה לנו

דווקא להשתמש בכללי ההנהגה בספיקות. נעיר כי ביחס לאפשרות הזו יש
אולי מקום לומר שגם הפר"ח יוכל להסכים לסברא זו.

מסקנות

1. דין חזקה מעיקרא (חזקת הגוף וחזקת הדין) נלמד מפסוק. אין פירוש הדבר שבבסיסו לא קיימת סברא. בפשטות, חזקא מעיקרא אינה פושטת את הספק שבו אנו מצויים, אך היא בכל זאת קובעת את הדין במציאות מסופקת זו. המפרשים מציעים הסברים לדין חזקה מעיקרא, זאת בעקבות משנת נזיר.
2. גם הדעה הרואה את החזקה ככלל הנהגה פורמלי (הגרש"ש) תופסת את החזקה כמבררת את המציאות. לכן כאשר הספיקות תלויים זה בזה ישירות, אין להכריע בהם בצורות סותרות. ברם, כאשר אין תלות ישירה, החזקה אינה מבררת את השאלה הבסיסית אלא את דינו של החפץ המסופק, ולכן יכולה להיות סתירה בהכרעה.
3. אנו מציעים שני סוגי סברות בדיני ראיות: סברא מבררת מציאות, וסברא שמהווה תחליף לבירור. מעבר לכך קיימים כללי הנהגה במצבי ספק. 'מיגו' היא סברא מבררת מציאות. 'המוציא מחבירו עליו הראיה' היא תחליף לבירור המציאות במקום שאין בירור אפשרי.
4. כללי הנהגה אינם בהכרח 'גזירת הכתוב' במובן המלא, וגם ביחס אליהם יש מקום לסברות הגיוניות. הפעלת הכלל אינה פרוצדורה טכנית שרירותית בלבד, אלא משקפת ערכים ואמיתות, המצויים במישורים משפטיים, ולא עובדתיים.