התגבשותה של 'תורת הקל וחומר' במשפט הישראלי. השפעת העבר על ניסוחיה ודרכי יישומה בהווה, בתחום הפלילי.

מאת: גבריאל חזות

בהנחיית: פרופ' דורון מנשה

פרופ' יצחק ברנד

חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"

מונוגרפיה

כרך 1

אוניברסיטת חיפה

הרשות ללימודים מתקדמים

הוועדה הכלל-אוניברסיטאית לתלמידי מחקר

אייר התשפ"ד

יוני 2024

התגבשותה של 'תורת הקל וחומר' במשפט הישראלי. השפעת העבר על ניסוחיה ודרכי יישומה בהווה, בתחום הפלילי.

מאת: גבריאל חזות

בהנחיית: פרופ' דורון מנשה

פרופ' יצחק ברנד

חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה"

מונוגרפיה

כרך 1

אוניברסיטת חיפה

הרשות ללימודים מתקדמים

הוועדה הכלל-אוניברסיטאית לתלמידי מחקר

אייר התשפ"ד

יוני 2024

מאושר לשיפוט על ידי..... תאריך.....

מנחה העבודה
פרופסור דורון מנשה

מאושר לשיפוט על ידי..... תאריך.....

מנחה העבודה
פרופסור יצחק ברנד

מאושר לשיפוט על ידי..... תאריך.....

יו"ר ועדת הדוקטורט

תוכן

תקציר X

מבוא 1

פרק ראשון - תורת הקל וחומר במשפט העברי 5

א. מבוא לפרק ראשון 5

ב. המחקר המודרני 6

ב.1. מחקרי עומק והיקף במידות הדרש 7

ב.2. ספרים ומאמרים הדנים בעקרונות הפילוסופיים של ההלכה או בכללי הפסיקה 7

ב.3. מאמרי יסוד בנושא מידות הדרש 7

ב.4. היבטים שונים 8

ג. כרונולוגיה והתפתחות במידת הקל וחומר על פי שוואַרץ 9

ג.1. עמדתו של שוואַרץ בנוגע לקל וחומר ולהגבלתו בדין 'דיו' ועמדות מתנגדיו 10

ג.2. הוכחות מהירושלמי ומרס"ג 10

ג.3. המתנגדים למחקרו של שוואַרץ בשל ההיגיון אותו הציע לקל וחומר החזל"י 11

ד. התפתחות מידות הדרש, הלכה וקוגניציה. 16

ד.1. סוגי מיון להלכות הנלמדות בדרכי הדרש 19

ד.2. קזואיזם כרכיב של התפתחות 20

ד.3. הבעייתיות וההתפתחות בשמות מידת הקל וחומר 20

ד.4. מדוע מוצגת מידה זו ראשונה בברייתת י"ג מידות? 23

ד.5. ההתפתחות בהגדרות המילוליות של ה'קל וחומר' ולהגיונו 24

ד.6. ההתפתחות בשיטות לקביעת מהות הקל וחומר 26

ה. סוגיית נידה – סוגיית היסוד הראשונה לעניין מבנה והגבלת הקל וחומר. 29

ה.1. סוגיית נידה: משנה (קאופמן) נדה, ד ה 29

ה.2. דם הקושי 30

ה.3. דם השופי 31

ה.4. המחלוקת במשנה על פי רש"י 31

ה.5. דיון בניסוח הסימבולי של הק"ו 32

ו. סוגיית בבא-קמא: סוגיית היסוד השניה לעניין מבנה והגבלת הקל וחומר. 34

ו.1. מבנה סכמטי 34

ו.2. הנחות והיסק 34

ו.3. ממדים, 'יחס לוגי' והכללה 35

ו.4. 'קביעה נורמטיבית' 35

ו.5. 'המנגנון הלוגי' של הקל וחומר המורכב 36

ו.6. ק"ו עממי, ק"ו מורכב, ורכיב ההכללה 36

ו.7. קל וחומר משווה וקל וחומר ממנף 37

ו.8. קל וחומר 'מסדר ראשון' וקל וחומר 'מסדר שני' 37

ו.9. 'דיו' ו'פירוט תוכני' 38

ו.10. אינדיקציה למינוף 38

ו.11. 'היפוכיות', טרנספורמציה 39

ו.12. דיון במבנה הסכמטי של ק״ו א במשנה. 39
ו.13. דיון במבנה הסכמאטי של ק״ו ב במשנה..... 41
ו.14. פרשנות הסתמא האמוראי למשנתנו 42
ו.15. מרכזיותה של משנתנו בחקר מתודולוגיית הק״ו 43
ו.16. ׳אינדיקציה למינוף׳ 46
ו.17. חכמים: ה׳דיו׳ מגביל..... 48
ו.18. ׳דיו׳ דאיפריך ו-׳סף שוויון׳ 48
ו.19. סכום לסוגיית בבא קמא..... 49
ז. מנגנון הפעולה של הקל וחומר- תיאור , היגיון ומודלים מייצגים. 52
ז.1. סיבוב הקל וחומר (אסימטריה) 55
ז.2. תקפות, תוכן והגבלה..... 58
ז.3. הצרנה וצורות סכמטיות..... 62
ז.4. אוסטרבסקי, שווארץ – צורת ההיקש המופתי..... 64
ז.5. ברכפלד, ׳הפשטה מתימטית׳..... 65
ז.6. מיכאל אברהם/חזות גבריאל – המודל הטבלאי..... 66
ז.7. המודל הסכמטי בעבודה זו..... 68
ז.8. חלקי הקל וחומר, יחסי קולא/חומרא, ׳סרגל ההשוואה׳..... 68
ח. סוגי הקל וחומר..... 71
ח.1. מפורש וסתום, משווה וממנף..... 73
ח.2. מקומות ונושאים 75
ט. הרקע הלוגי בסביבת הקל וחומר 79
ט.1. סוגי שלילה 82
ט.2. הכלה והכללה, הכללה ואנלוגיה 84
ט.3. הפרמטרים המיקרוסקופיים..... 90
י. פירכות על הקל וחומר 93
י.1. חוקי הפירכות 97
י.2. פירכא על קל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳ 98
י.3. ׳הבלעה׳ כסוג של פירכא 101
יא. ׳דיו׳ וכללי הגבלה נוספים 103
יא.1. כללי הגבלת המלמד..... 104
יא.2. הגבלות ענישה ואזהרה..... 106
יא.3. ׳דיו׳ 107
יא.4. שיטת הרמב״ם בעניין ׳אין עונשין מן הדין׳ 110
יא.5. ׳דיו׳ דאיפריך 111
יא.6. ׳ממקום שבאת׳..... 113
יב. סכום וממצאים עיקריים לפרק ראשון..... 115

פרק שני – כיצד זה עובד? ה׳קל וחומר׳ במופעיו במשפט הישראלי – ניסוח, מנגנון, צורות יישום ומאפיינים...... 117

א. המנגנון 117
א.1. ההכללה..... 117

א.2. אי ניסוחה של ההכללה- בג"ץ 8555/12 אורית שער נ' משטרת ישראל 117
א.3. יסוד האפריוריות של ההכללה בקל וחומר כיסוד בקל וחומר הפשוט 120
א.4. הכללה מפורשת 123
א.5. אנליזה 126
א.6. יחסי קולא/חומרא 126
א.7. התלבטות בין קל וחומר 'פשוט' לבין 'בכלל מאתיים מנה' 127
א.8. פיתוח מדרג 'טבעי' בלשון החוק שיוצר יחסי קולא/חומרא 130
א.9. הקל וחומר מתאיין בשל היעדר יחסי קולא/חומרא 132
א.10. היעדר ניסוחים ליחסי הקולא/חומרא 133
א.11. צורות הפנייה לקל וחומר 136
א.12. צורות הפנייה במשפט העברי 137
ב. מאפיינים מרכזיים 139
ב.1. מורכבות ניסוחית 139
ב.2. הגדרות חסרות בגוף הקל וחומר 141
ב.3. לתפארת המליצה 142
ב.4. הכנת תשתית לוגית בשלבים ליצירת קל וחומר תקף. 145
ג. קל וחומר מסוג פשוט 149
ג.1. מבוא 149
ג.2. תקני 149
ג.3. מי חמור ממי 150
ג.4. הוספת תוקף 152
ג.5. התלבטות 154
ד. קל וחומר מורכב 156
ד.1. מאפייני הקל וחומר המורכב 156
ד.2. שני נתונים בניסוח הקל וחומר 157
ד.3. קל וחומר מורכב פוטנציאלי 158
ד.4. הגישה הפשטנית 160
ה. קל וחומר מסוג 'בכלל מאתים מנה' 163
ה.1. מבוא 163
ה.2. מפורש ותקני 166
ה.4. יחסי קולא/חומרא או הכלה? 172
ה.5. שימושי הכלל 176
ו. סכום וממצאים לפרק שני 186
ו.1. כללי 186
ו.2. מתודולוגיית שימוש 187
ו.3. מונחים – התפתחות ומודעות 187
ו.4. קולא/חומרא, הכללה והכלה 188
ו.5. סוגי הקל וחומר 188
פרק שלישי- פירכות והגבלות על ה'קל וחומר' במשפט הישראלי 191
א. סוגי פירכות על המנגנון 191

א.1. מבוא 191
א.2. על ההכללה 192
א.3. על תוצאת הקל וחומר 197
א.4. לא על אותו 'סרגל' 198
א.5. 'בכלל מאתיים מנה 205
ב. 'תורת' הפירכות במשפט הישראלי 216
ב.1. מבוא 216
ב.2. ההבדל בין מקיש לניקש 217
ב.3. פירכות בשל 'תכלית' 220
ב.4. החשש ממינוף 222
ב.5. 'סופיות התוצאה' של הקל וחומר 224
ג. הגבלת 'דיו' 227
ג.1. 'דיו', מקרה בוחן 227
ג.2. 'מינוף' ו'פריצת סכר' כתחליף ל'דיו' 231
ג.3. תובנת 'דיו' קדומה 234
ג.4. 'דיו' והיקש ומה שביניהם 236
ג.5. 'דיו' כתגובה לקל וחומר סמוי 238
ג.6. עקרון השוויון ו'דיו' 241
ד. 'אין עונשין מן הדין' 243
ד.1. מבוא: 243
ד.2. מבט סכמטי/מתודולוגי 245
ד.3. הרחבת שיטות ההיסק בהתבסס על הכלל 251
ד.4. הרחבת הדינים הנלמדים מ'אין עונשין' 253
ה. סכום וממצאים לפרק שלישי 256
ה.1. תורת הפרכות במשפט הישראלי. 256
ה.2. הגבלת 'דיו' 257
ה.3. 'אין עונשין מן הדין' 257
פרק רביעי – הסביבה השיפוטית בה פועל הקל וחומר 259
א. חוק יסודות המשפט 259
א.1. מבוא 259
א.2. תחולת חוק: 'יסודות המשפט' 262
א.3. ביטול סעיף 46 ועליית כוחו של הקל וחומר 263
א.4. הגדרה וסוגי היקש במשפט הישראלי 266
א.5. מעלות וחסרונות ההיקש 270
א.6. לוגיקה ופורמליזציה של ההיקש במשפט הישראלי 272
א.7. היקש ופלילים 274
ב. תכלית והיקש 277
ב.1. הסדר שלילי, חסר, תכלית והיקש 277
ב.2. מורכבות 'סביבת' התכלית כמדד להיקש 286
ב.3. תכלית והגדרות 291

ב.4. תכלית ופרשנות לשון החוק 293
ג. מעגלי השפעה חיצוניים על ההיקש 296
ג.1. מבוא 296
ג.2. פרשנות והיקש 296
ג.3. נורמות, ערכים והיקש 298
ג.4. הגדרות, מונחים והיקש 301
ג.5. כללים, עקרונות והיקש 306
ג.6. מדרג והיקש 311
ד. סכום וממצאים לפרק רביעי 315
ד.1. חוק יסודות המשפט. 315
ד.2. תכלית והיקש 316
ד.3. מעגלי השפעה חיצוניים על ההיקש 317
פרק חמישי- הקל וחומר במשפט הפלילי..... 319
א. מבוא..... 319
ב. היבטים כמותיים/סטטיסטיים 324
ב.1. השיטה..... 324
ב.2. ממצאים בדיני עונשין 328
ב.3. ממצאים בתחום הראיות 332
ב.4 . ממצאים בחסד"פ..... 334
ב.5. ממצאים ברמת המקרו (בפלילי)..... 337
ב.6. 'איים ו'קבוצות' 341
ג. 'גלגול שלישי' 342
ג.1. מבוא: הלכת 'חניון חיפה' 342
ג.2. נתונים כמותיים 344
ג.3. טבלה – ממצאי שכיחות מונחים בערכאות השונות – מספר פסיקות 345
ד. סוגי פסיקות שונות ב'גלגול שלישי' 346
ד.1. סוג ראשון – ללא שימוש בקל וחומר 346
ד.2. סוג שני – ללא שימוש ב'גלגול שלישי' וללא שימוש ב'קל וחומר'..... 346
ד.3. סוג שלישי – עם קל וחומר מפורש. 347
ד.4. בקורת 347
ה. 'איים' – קבוצות פסיקות קל וחומר ייחודיות בפלילי..... 352
ה.1. מבוא 352
ה.2. הדין האזרחי כ'מלמד' בדין הפלילי 352
ה.3. מאפייני הקל וחומר בפסיקות בנושאים: סמים, מעצר ופגיעה בקטין 355
ה.4. פסיקות בנושאי מעצר הכוללות קל וחומר..... 357
ה.5. פסיקות בנושא קטין הכוללות קל וחומר..... 359
ה.7. פסיקות קל וחומר לאחר חיקוק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו 360
ו. האם 'אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה בשפיטה? 365
ו.1. מבוא 365
ו.2. המקורות המשתתפים עליהם חל הכלל 'אין עונשין מן הדין'..... 369

ו.3. פסיקות עליון ייחודיות הכוללות את הכלל 'אין עונשין מן הדין'..... 370
ו.4. עבירה או עונש? ואופני ההיסק בהיקשים שנדחו..... 373
ו.5. 'תזת הצבירה' כמקרה בוחן'..... 374
ו.6. ניתוחי פסיקות 'אין עונשין מן הדין' בנספח -ה 377
ו.7. סכום סעיף ו..... 389
ז. סכום וממצאים לפרק חמישי. 390
ז.1. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בדיני עונשין..... 390
ז.2. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בדיני ראיות..... 390
ז.3. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בחסד"פ..... 391
ז.4. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים ברמת המקרו..... 391
ז.5. הלכות ה'גלגול השלישי'..... 392
ז.6. 'איים' – קבוצות פסיקות קל וחומר ייחודיות בתחום הפלילי..... 392
ז.7. סכום ממצאי סעיף ט..... 393
ז.8. פסיקות קל וחומר לאחר חיקוק חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו..... 394
ז.9. האם 'אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה?..... 394
פרק שישי - תקציר ממצאי המחקר...... 397
א. סכום וממצאים עיקריים לפרק ראשון-הקל וחומר במשפט העברי..... 397
ב. סכום וממצאים עיקריים לפרק שני- כיצד זה עובד? ה'קל וחומר' במופעיו במשפט הישראלי – ניסוח, מנגנון, צורות יישום ומאפיינים. 400
ב.1. כללי..... 400
ב.2. מתודולוגיית השימוש 400
ב.3. מונחים – התפתחות ומודעות..... 401
ב.4. קולא / חומרא, הכללה והכלה..... 401
ב.5. סוגי הקל וחומר. 402
ג. סכום וממצאים עיקריים לפרק שלישי - פירכות והגבלות על ה'קל וחומר' במשפט הישראלי. 404
ג.1. תורת הפרכות במשפט הישראלי. 404
ג.2. הגבלת 'ידיו' 405
ג.3. 'עקרון החוקיות' ואין עונשין / מזהירין מן הדין..... 406
ד. סכום וממצאים עיקריים לפרק רביעי - הסביבה השיפוטית בה פועל הקל וחומר 408
ד.1. חוק יסודות המשפט. 408
ד.2. תכלית והיקש 409
ד.3. מעגלי השפעה חיצוניים על ההיקש 410
ה. סכום וממצאים לפרק חמישי – הקל וחומר במשפט הפלילי..... 412
ה.1. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בדיני עונשין..... 412
ה.2. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בדיני ראיות..... 412
ה.3. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בחסד"פ..... 413
ה.4. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים ברמת המקרו..... 413
ה.5. הלכות ה'גלגול השלישי'..... 413
ה.6. 'איים' – קבוצות פסיקות קל וחומר ייחודיות בתחום הפלילי..... 414
ה.7. סכום הממצאים של קבוצות 'איים'..... 415

ה.8. פסיקות קל וחומר לאחר חיקוק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. 415
ה.9. האם 'אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה? 416
סכום – עיקרי הממצאים של המחקר 419
מקורות 421

התגבשותה של 'תורת הקל וחומר' במשפט הישראלי. השפעת העבר על ניסוחיה ודרכי יישומה בהווה, בתחום הפלילי.

גבריאל חזות

תקציר

על פי מערכת 'נבו', המונח קל וחומר מוזכר בפסיקות בתי המשפט בישראל 37,065 פעמים!!! ברמת שימוש כה גבוהה, ניתן היה אולי לצפות לקיומה ולפיתוחה של 'תורת קל וחומר' במערכת המשפט הישראלית, וזה אינו. שופטי ישראל עושים שימוש רב בפסיקותיהם בכלי רב עוצמה זה, על אף שלא קיימת 'תורת קל וחומר' המסדירה את אופן השימוש בו בדרך תקנית, נכונה או תקפה. המונח המשפטי קל וחומר, הפך להיות בהשאלה ביטוי של טיעון בעל הגיון פנימי וסדר שאינו ניתן לערעור. לדוגמה, לורד קר (Lord Kerr) הציג טיעון של קל וחומר (בין היתר) שתומך בדעתו שלפיה סעיף 3p1 באמנת זכויות האדם האירופאי חל גם על משאל העם העצמאי בסקוטלנד. הוא כותב: "חובה על מדינות לקיים בחירות תחת תנאים שיבטיחו ביטוי חופשי וכו", את ההצדקה לקיום משאל העם הוא מנסח כך: "אם ההצבעה לבית המחוקקים נחשבת מספיק חשובה כדי שתהיה מובטחת לכולם, מדוע ההצבעה לצורת השלטון תיחשב פחות חשובה"?[1] ניסוח זה רחוק אמנם מניסוח פורמלי של קל וחומר בסגנון המשפט העברי, אבל הוא מביע באמצעות תמיהה, הגיון בסיסי אנושי.

מאידך, הקל וחומר זכה לפיתוח רב במשפט העברי, שם קיימת 'תורת קל וחומר' רבת היקף ועומק. במחקרי הקודם ("קל וחומר ו'דיו' בספרות התנאית", עבודת דוקטור בהנחיית פרופסור שמא פרידמן, אוניברסיטת בר-אילן, 2012) הוספתי נדבך משלי למחקרים הרבים אודות מידת דרש חשובה זו. במחקר זה אני רואה המשך ישיר וטבעי למחקר הנ"ל. רוב שופטי ישראל עושים שימוש במונח, בהגיונו, מגבלותיו ותוקפו מבלי להיות מודעים כלל לקיומה של 'תורה' מומשגת ופורמאלית העשויה להיות להם לעזר רב בפסיקותיהם.

מטרת המחקר, וכפי ששמה של עבודת המחקר נוסח, הינה לבחון את מקומו ואת דרכי יישומו של הקל וחומר במשפט הישראלי בכלל, ובתחום הפלילי בפרט. מחקר זה אינו 'מחקר השוואתי' קלאסי בשל אי קיומו של מצע משותף כבסיס להשוואה. 'תורת הקל וחומר' במשפט העברי תעמוד אמנם ברקע החקירה של פסיקות בית המשפט העליון המתבססות על ה'קל וחומר' אבל היא לא תהיה המדד היחיד לבחינת הפסיקות הללו. המחקר יבחן את ההיקרויות של פסיקות הקל וחומר גם על בסיס החוקים, העקרונות, הכללים והפרשנויות הרלוונטיים שנוצרו במערכת המשפט הישראלית מאז היווצרותה ועד היום. במחקר זה אני מכנס את הגורמים המשפיעים הללו תחת קורת גג אחת העונה לשם- 'הסביבה השיפוטית של הקל וחומר'.

[1] The Modern Law Review, 76(6), i–xvi. (2013)."If voting for a representative in a legislature is deemed sufficiently important that it should be guaranteed to all, why would voting for the form of government be deemed less important?"

בסביבה השיפוטית הזו מככבים בעיקר: חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, 'עקרון השוויון', 'עקרון החוקיות', ביטול סעיף 46 לדבר המלך ומועצתו, הגדרות וסוגי היקש על פי תורתו של א. ברק, סעיף 34 כא לחוק העונשין, 'אין עונשין מן הדין' ו'אין מזהירין מן הדין', ועוד.

המתודולוגיה הכללית של המחקר הינה כדלקמן. תחילה, בחינה מתומצתת של 'תורת הקל וחומר' במשפט העברי על בסיס מחקרי הקודם ועל בסיס מחקרים נוספים. הדיון בשלב הזה נועד גם ליצור 'אבני דרך' להמשך המחקר, כלומר: חלוקת הנושא הכללי לתת נושאים. תת נושאים אלו יהיו בעצמם מושאי המחקר בהמשך העבודה, בחקירת הקל וחומר במשפט הישראלי. בדרך זו נוצר בסיס ראשוני להשוואת התורות, זו הקיימת וזו המתגבשת. המונחים הפורמאליים, הכללים, תובנות היסוד וההתפתחות של הקל וחומר במשפט העברי הוצבו ברקע החקירה של מקבילותיהם במשפט הישראלי.

בהמשך המחקר, לאחר שהכלים והתובנות הבסיסיות התגבשו והוכנו ניגשתי לחלק המרכזי השני של העבודה, חקירת יישומי הקל וחומר במשפט הפלילי. הקל וחומר נתפס ככלי המוסיף תקפות מצד אחד ובמשפט הפלילי נדרשת רמת תקפות גבוהה מצד שני. תובנה זו יוצרת מצב לכאורה שבו השימוש בקל וחומר במשפט הפלילי יהיה שכיח יותר מבתחומים אחרים. בפסיקות העליון ובמאמרי המלומדים, באה תיזה זו לידי ביטוי בפנים רבות. כך לדוגמה קובע השופט שמגר[2] (כתוארו אז): "מכל מקום שיטת משפטנו "גמישה" יותר בהיבט זה ומאפשרת הרשעה על פי ראיות נסיבתיות...אך זאת בתנאי שהראיות מאפשרות הסקת " מסקנה חד-משמעית, שהיא ההגיונית היחידה".

יותר מכך, הסמכות לפרש, כמעט נשללת מן השופטים במשפט הפלילי. שם, צריך השופט לבנות סילוגיזם מושלם לגבי כל תיק בפלילי:

> "Nor can the authority to interpret the laws devolve upon the criminal judges, for the same reason that they are not legislators . . . The judge should construct a perfect syllogism about every criminal case: the major premise should be the general law; the minor, the conformity or otherwise of the action with the law; and the conclusion, freedom or punishment. Whenever the judge is forced, or takes it upon himself, to construct even as few as two syllogisms, then the door is opened to uncertainty"[3].

[2] ע"פ 1707/08 אלי אריש נ' מדינת ישראל, סעיף יט.

[3] PLUNKETT, D., SHAPIRO, S. J., TOH, K., & DUARTE, L., DIMENSIONS OF NORMATIVITY. 15 ON THE LEGAL SYLLOGISM. (2019).

בד בבד, קיימת 'רתיעה' מן השימוש בקל וחומר במשפט הפלילי והדרישה להיצמדות ללשון החוק אף היא נפוצה. בפס"ד המפורסם ביותר בשל עמימותו[4], קבע השופט זילברג בנחרצות: "רק המחוקק יכול לאסור, ובית המשפט אינו רשאי לחרוג ולו בטיפה מתחומי האיסור הכתוב בהישען על שיקולי היגיון או קל וחומר".

במציאות הפסיקתית המצב שונה לחלוטין. עניינים 'הרי גורל' הוכרעו בדרך של קל וחומר. כך לדוגמה, החלתן של הלכות **דרעי ופנחסי** על ראש הממשלה דאז (בנימין נתניהו), התאפשרה אך ורק בשל קל וחומר שהוסק בשל היחס המשפטי שבין הפרשיות הללו. מאבק זה שבין שתי תפיסות אלו נבחנו לעומקן באמצעות חקירתן של **כל פסקי העליון המבוססים על קל וחומר בתחום הפלילי**![5]

המתולוגיה של המחקר יצרה מעין 'משפך' המתנקז אל החקירה בתחום הפלילי. החקירה **בפרק הראשון** העלתה כי תת הנושאים שנכון לעסוק בהם לצורך המשך המחקר הם: מנגנון הפעולה של הקל וחומר על כל חלקיו, סוגי הקל וחומר, הרקע הלוגי בסביבת הקל וחומר, סוגי הפירכות (הדחיות) של הקל וחומר וההגבלות על דרך היווצרותו או על תוצאתו של הקל וחומר. הפרקים הבאים ב - ה, הוקדשו כולם למופעי הקל וחומר במשפט הישראלי. **בפרק השני** בחנתי את דרך פעולתו של הקל וחומר במשפט הישראלי באמצעות הרכיבים הבאים: המנגנון, צורות הפנייה אליו, המאפיינים המרכזיים שלו, וסוגי הקל וחומר. **הפרק השלישי** הוקדש למחקר אודות פירכותיו והגבלותיו של הקל וחומר. **הפרק הרביעי** נועד להרחבת המבט על מקומו של הקל וחומר בסביבה השיפוטית בה הוא פועל. נבחנו פסיקות עליון רבות בהם הקל וחומר בא באינטראקציה עם: חוק יסודות המשפט, מונחי התכלית וההיקש, ערכים ונורמות, הגדרות ומונחים. מתברר כי יש לקל וחומר תפקיד חשוב וקבוע בבואו במגע עם כל אחד מאלו.

בפרק החמישי והאחרון חקרתי את יישומי הקל וחומר בכל פסיקות בית המשפט העליון הכוללות קל וחומר (458 פסיקות!!). בפרק זה אני דן בכל מופעי הקל וחומר בפסיקות בית המשפט העליון במשפט הפלילי[6]. זהו היקף עצום של מופעים החורג מתחומי עבודה זו. בשל כך, יצרתי מונחי **סווג ומיון**[7] שמטרתן להציג תמונה כוללת מצד אחד וברירת 'המוץ מן התבן' מצד שני. מלבד הצמצום הנדרש בכמות הרבה של המופעים, נועדו אמצעי הסווג והמיון לגילוי תוצאות מחקריות הנוגעות לאופיין המשפטי של מקורות הקל וחומר, כמו: מספר מופעי הקל וחומר בתחום הראיות, העונשין והחסד"פ[8]. בדיון על **כל מקור** בנספח א (= 'כל הקלין והחמורין בדין הפלילי') קבעתי בכל אחת מן הפסיקות שלוש קביעות. **האחת** – האם הקל וחומר מפורש?

---

[4] ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועמ"ש.

[5] להלן **נספח-א**, 458 פסיקות העליון שנשלפו ממערכת 'נבו'. שדות המיון הם: (עליון), (קל וחומר), (פלילי).

[6] נמצאו 458 מופעים במאגר 'נבו', תחת מילות החיפוש: [בית משפט עליון], [קל וחומר], [דין פלילי].

כל הפסקאות בהן מופיע המונח 'קל וחומר' מוצגים להלן **בנספח א – כל הקלין וחמורין בדין הפלילי.**

המיספור שלהם 1-458 , הוא אותו המיספור המתקבל בתוצאת **החיפוש שבמאגר נבו.**

[7] מונחים אלו יוגדרו להלן בסעיף **'השיטה'.**

[8] שלושת המקורות הללו נבחרו כמייצגים נאמנה את מרבית התחום של הדין הפלילי.

(כן, לא), **השניה** – לאיזה תחום יש לשייך קל וחומר זה (עונשין, חסד״פ, ראיות), **השלישית** – מידת ׳חשיבותו׳ של קל וחומר זה (גבוהה, בינונית, חלשה).

הממצאים בפרק זה מציגים תמונת מבט **כמותית** כוללת על צורות היישום וכל נגזרותיהם, קבוצות קל וחומר ייחודיות , כגון: ׳גלגול שלישי׳, פסיקות הכוללות קל וחומר בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועוד, ובעיקר, חקירת עומק בשאלה: האם ׳אין עונשין מן הדין׳ מתקיים הלכה למעשה? והתשובה היא לא! הוא אינו מתקיים הלכה למעשה על אף מרכזיותו ברמה התיאורטית.

מבוא

הקל וחומר זכה לפיתוח רב במשפט העברי, שם קיימת 'תורת קל וחומר' רבת היקף ועומק. מחקר זה מהווה המשך ישיר וטבעי למחקרים אודות הקל וחומר שבמשפט העברי. רוב שופטי ישראל עושים שימוש במונח, בהגיונו, מגבלותיו ותוקפו מבלי להיות מודעים כלל לקיומה של 'תורה' מומשגת ופורמאלית העשויה להיות להם לעזר רב בפסיקותיהם.

מחקר זה אינו 'מחקר השוואתי' קלאסי. 'תורת הקל וחומר' במשפט העברי תעמוד אמנם ברקע החקירה של פסיקות בית המשפט העליון המתבססות על ה'קל וחומר' אבל היא לא תהיה המדד היחיד לבחינת הפסיקות הללו. המחקר בוחן את ההיקרויות של פסיקות הקל וחומר גם על בסיס החוקים, העקרונות, הכללים והפרשנויות הרלוונטיים שנוצרו במערכת המשפט הישראלית מאז היווצרותה ועד היום. במחקר זה אני מכנס את הגורמים המשפיעים הללו תחת קורת גג אחת העונה לשם- 'הסביבה השיפוטית של הקל וחומר'. בסביבה השיפוטית הזו מככבים בעיקר: חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, 'עקרון השוויון', 'עקרון החוקיות', ביטול סעיף 46 לדבר המלך ומועצתו, הגדרות וסוגי היקש על פי תורתו של א. ברק, סעיף 34 כא לחוק העונשין, 'אין עונשין מן הדין' ו'אין מזהירין מן הדין', ועוד.

מבנה המחקר הינו כדלקמן. תחילה, בחינה מתומצתת של 'תורת הקל וחומר' במשפט העברי על בסיס מחקרים נוספים. הדיון בשלב הזה נועד גם ליצור 'אבני דרך' להמשך המחקר, כלומר: חלוקת הנושא הכללי לתת נושאים. תת נושאים אלו יהיו בעצמם מושאי מחקר בהמשך העבודה, בחקירת הקל וחומר במשפט הישראלי. בדרך זו נוצר בסיס ראשוני להשוואת ה'תורות', זו הקיימת וזו המתגלה דרך ובאמצעות פסיקות בתי הדין השונים. **המונחים הפורמאליים, הכללים, תובנות היסוד וההתפתחות** של הקל וחומר במשפט העברי הוצבו ברקע החקירה של מקבילותיהם במשפט הישראלי אם יהיו בנמצא.

בהמשך המחקר, לאחר שהכלים והתובנות הבסיסיות התגבשו והוכנו ניגשתי לחלק המרכזי השני של העבודה, חקירת יישומי הקל וחומר במשפט הפלילי. הקל וחומר נתפס ככלי המוסיף תקפות מצד אחד ובמשפט הפלילי נדרשת רמת תקפות גבוהה מצד שני. תובנה זו יוצרת מצב לכאורה שבו

השימוש בקל וחומר במשפט הפלילי יהיה שכיח יותר מבתחומים אחרים. בפסיקות העליון ובמאמרי המלומדים, באה תיזה זו לידי ביטוי בפנים רבות. כך לדוגמה קובע השופט שמגר[9] (כתוארו אז): "מכל מקום שיטת משפטנו "גמישה" יותר בהיבט זה ומאפשרת הרשעה על פי ראיות נסיבתיות...אך זאת בתנאי שהראיות מאפשרות הסקת "מסקנה חד-משמעית, שהיא ההגיונית היחידה".

הקל וחומר תופס מקום נכבד במשפט הפלילי בשל יכולתו לעקוף אילוצים שונים כמו היעדר ראיות שתומכות ישירות בטענה:

> This suggests, I think, that the characteristic point of deploying an a fortiori argument is that it allows us to sidestep certain types of constraints—constraints like one's lack of evidence that would directly support a claim like (2) above, or one's lack of knowledge of the relevant threshold—that render certain other kinds of inferences unavailable"[10].

עם זאת, קיימת 'רתיעה' מן השימוש בקל וחומר במשפט הפלילי והדרישה להיצמדות ללשון החוק אף היא נפוצה. בפס"ד המפורסם ביותר בשל עמימותו[11], קבע השופט זילברג בנחרצות: "רק המחוקק יכול לאסור, ובית המשפט אינו רשאי לחרוג ולו בטיפה מתחומי האיסור הכתוב בהישען על שיקולי היגיון או קל וחומר". **אכן,** מבנה הפרקים ותוכנם יוצר מעין 'משפך' המתנקז אל החקירה בתחום הפלילי.

החקירה **בפרק הראשון** תעסוק בתת הנושאים, במושגים, בכללים ובתובנות היסוד שנכון לעסוק בהם לצורך המשך המחקר, כגון: מנגנון הפעולה של הקל וחומר על כל חלקיו, סוגי הקל וחומר, הרקע הלוגי בסביבת הקל וחומר, סוגי הפירכות (הדחיות) של הקל וחומר וההגבלות על דרך היווצרותו או על תוצאתו של הקל וחומר. הפרקים הבאים ב - ה, יוקדשו כולם למופעי הקל וחומר במשפט הישראלי תוך בחינתם על פי המונחים הללו.

---

[9] ע"פ 1707/08 אלי אריש נ' מדינת ישראל, סעיף יט.

[10] THE MODERN LAW REVIEW, 76(6), I–XVI. (2013)

[11] ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועמ"ש.

בפרק השני תיבחן דרך פעולתו של הקל וחומר במשפט הישראלי באמצעות הרכיבים הבאים: המנגנון, צורות הפנייה אליו, המאפיינים המרכזיים שלו, וסוגי הקל וחומר. הבחינה תתמקד בפסיקות הרבות, בעיקר בבית המשפט העליון הכוללות את הקל וחומר כרכיב חשוב לפסיקה.

הפרק השלישי יוקדש למחקר אודות פירכותיו והגבלותיו של הקל וחומר. הפרק יעסוק בניתוח של פסקים רבים בהם נדחית תוצאת הקל וחומר על ידי מי מן הצדדים. בכל המקרים הללו שאינם רבים, תיבחן שאלת הדחייה (הפירכה בלשון המשפט העברי) מהיבטים מתודולוגיים ועקרוניים כגון: האם הקל וחומר נדחה בשל פגם במנגנון פעולתו או בשל תוצאתו שאינה עולה יפה עם רכיבים משפטיים אחרים. בסופו של עניין, השאלה המועלית לדיון בפרק זה הינה, האם קיימת 'תורת פירכות' במשפט הישראלי?

הפרק הרביעי נועד להרחבת המבט על מקומו של הקל וחומר בסביבה השיפוטית בה הוא פועל. יבחן מעמדו השיפוטי בפסיקות עליון רבות בהם הוא בא באינטראקציה עם: חוק יסודות המשפט, מונחי התכלית וההיקש, ערכים ונורמות, הגדרות ומונחים. ממצאי החקירה בפרק זה עשויים לתת תמונה מקיפה וקוהרנטית למידת תוקפו והשפעתו של הקל וחומר בהשוואה לרכיבים משפטיים אחרים. ממצאי החקירה בפרק זה עשויים לתת 'תמונת מה' באשר להתגבשות 'תורת קל וחומר במשפט הישראלי.

בפרק החמישי והאחרון יחקרו **כל** מופעי הקל וחומר בכל פסיקות בית המשפט במשפט הפלילי[12].

מופעי הקל וחומר תהיה להציג תמונה כוללת מצד אחד וברירת 'המוץ מן התבן' מצד שני. מלבד הצמצום הנדרש בכמות הרבה של המופעים, נועדו אמצעי הסווג והמיון לגילוי תוצאות מחקריות הנוגעות לאופיין המשפטי של מקורות הקל וחומר, כמו: מספר מופעי הקל וחומר בתחום הראיות, העונשין והחסד"פ.

[12] קיימים 458 מופעים במאגר 'נבו', תחת מילות החיפוש: [בית משפט עליון], [קל וחומר], [דין פלילי].

בפרק זה, ייושמו כל התובנות שיווצרו עד אליו. כל מופעי הקל וחומר במשפט הפלילי יבחנו מן ההיבטים הבאים:

א. היבטים כמותיים/סטטיסטיים באשר לאופיו, מבנהו ותקפותו של הקל וחומר בתחומים המרכזיים של המשפט הפלילי כמוזכר לעיל.

ב. יבחנו השאלות הבאות, לדוגמה: האם הקל וחומר בתחום הפלילי מיושם באופן שונה בסוגי פסיקות מאופיינים כקבוצות ייחודיות, כגון: פסיקות בנושאי, סמים, רצח או זנות? האם יש לחוק יסוד האדם וחירותו השפעה על היקרויות וטיב הקל וחומר שבפסיקות אלו? האם הקל וחומר 'מטיב' עם הנאשם או עם המאשים (המדינה)? האם השופטים עצמם עושים שימוש בקל וחומר כדי לייעל ולהקל את עבודתם השיפוטית? אם כן, כיצד ובאיזה היקף? האם 'אין עונשין מן הדין' המחובר בטבורו לקל וחומר, מיושם במשפט הפלילי? ועוד...

תוצאות מחקר זה, ראשוני מסוגו, פותחות פתח למחקרים נוספים כגון:

א. ניסיון למצוא האם קיים מקדם מתאם חיובי בין משתמשי הקל וחומר במערכת השפיטה לגורמים משפיעים אפשריים כמו: השכלה, חינוך דתי, תחומי משפט, היררכיה שיפוטית וכדומה.

ב. האם יש מקום להכניס את הקל וחומר לחוק הפרשנות?

ג. האם יש מקום לשינוי נוסף בחוק יסודות המשפט כדי לבסס את מעמדו של הקל וחומר ?

ד. יצירה וניסוח של 'תורת קל וחומר במשפט הישראלי'.

ה. מחקר השוואתי על יישומי הקל וחומר בשיטות משפט שונות.

פרק ראשון - תורת הקל וחומר במשפט העברי

א. מבוא לפרק ראשון

תכני פרק זה מסתמכים ברובם על מחקרי הראשון: "**קל וחומר ו'דיו' בתורת התנאים**" (עבודת דוקטור בהנחיית פרופסור שמא פרידמן באוניברסיטת בר -אילן). ממצאי מחקר זה הנוגעים למבנהו, מהותו, ודרך יישומו של הקל וחומר במשפט העברי אמורים להוות מצע לחקירת הקל וחומר במשפט הישראלי. במשפט הישראלי עושים שימוש רב גם במונחים 'קל וחומר' וגם בהגבלות ('אין עונשין מן הדין' ו'אין מזהירין מן הדין'), אולם לא קיימת במשפט הישראלי 'תורת קל וחומר'.

בפרק זה אצביע על העושר הרב, מידת העמקות, הפורמליות וההמשגה ב'תורת הקל וחומר' שבמשפט העברי. אדון ביסוד ההתפתחות, במהות, במודלים, ובסכמות של הקל וחומר במשפט העברי כדי שהללו יעמדו לנגד עיני בבואי לחקור את הקל וחומר במשפט הישראלי, בעיקר בצורת יישומו על ידי בית המשפט העליון.

עיקר הדיון בפרק זה יעסוק במנגנון הפעולה של הקל וחומר לסוגיו, מתוך הנחה שרכיביו העיקריים **אוניברסליים** ולכן קיימת הצדקה לקיומם גם במשפט הישראלי. בתורת הקל וחומר שבמשפט העברי פורמלו והומשגו מונחים רבים המסייעים להבנת אופן פעולתו של הקל וחומר כמו: יחסי קולא/חומרא, מינופיות, סרגל השוואה, סכמה לוגית, סרגל השוואה, הצרנה, היפוכיות, פירכות ...ועוד. מונחים אלו, ברובם, לא בא זכרם במשפט הישראלי אך ברור כי הם 'קיימים' בכל קל וחומר תקף ובכל שיטה משפטית.

גם חוקי ההגבלה העיקריים לאופן יישומו של הקל וחומר ('אין מזהירין מן הדין' ו'אין עונשין מן הדין') המכבים במשפט הישראלי, לקוחים לפחות בניסוחם מתורת הקל וחומר שבמשפט העברי.

בפרק זה אדון בצורת יישומם במשפט העברי. בקרב רוב ככל החוקרים מקובלת הדעה כי הקל וחומר אינו סילוגיזם מסוג Barbara[13] שבתורת הלוגיקה של אריסטו ונימוקיהם עמהם.

ב. המחקר המודרני

הספרות המחקרית של הזמן החדש בנוגע לכללים קטנה בהיקפה בהשוואה ל'ספרות הכללים' הענפה. אנשי 'חכמת ישראל' היו מראשוני החוקרים בזמן החדש שניסו בעיקר ליצור זהות לוגית בין מידות הדרש החז"ליות לבין עקרונות הלוגיקה הפורמלית האריסטוטלית.[14] החוקר הבולט ביותר בתחום זה הוא אריה שוואַרץ, תלמידו של זכריה פרנקל, ראש בית מדרש הרבנים של וינה. הוא כתב על הנושא שישה ספרים[15] (בגרמנית) שבהם עסק בלוגיקה של מידות הדרש ובהתפתחותן. לדוגמה: 'גזרה שווה' היא סוג של אנלוגיה, 'בניין אב' הוא סוג של אינדוקציה וקל וחומר הוא היקש אריסטוטלי. חיבוריו של שוואַרץ זכו לתפוצה רבה והשפיעו על מבארי המידות שהלכו בעקבותיו.[16]

עמדתו העקרונית בנוגע לקל וחומר היא שהיגיון מידה זו אוניברסלי ונגזר מהלוגיקה הבסיסית המונחת בספרו של אריסטו 'האורגנון'. משפט מפתח לדוגמה הוא: "עד כמה נואלו הטוענים ל'היגיון רבני', מאחר שחוקי המחשבה אימננטיים הם לרוחנו והכל שוים לגבם".[17] להלן, בהמשך סעיף זה, אדון בתורתו המיוחדת של שוואַרץ ובהתנגדות 'מקיר לקיר' שבה נתקל עיקר טיעונו מצד החוקרים המודרניים. עמדתו זו של שוואַרץ תואמת את ההשקפה האוניברסלית המתפתחת של המשכילים במאה ה-19.[18] מלבד עמדה ייחודית זו נוגע מחקרו של שוואַרץ בנושאים רבים

---

[13] אריסטו ממיין את קבוצת ההיקשים (בלעז סילוגיזמים) שבאורגנון לארבע קבוצות או תמונות (בתרגום לאנגלית: Figurs). התמונה הראשונה של ההיקש המושלם: כל a הוא b, כל b הוא c ולכן כל a הוא c, כונתה בימי הביניים בשם barbara. ההיקש הלא מושלם מהתמונה השנייה: כל a הוא b, אף c אינו b ולכן אף a אינו c, זכה לכינוי Campters.

[14] ראו לדוגמה: H.S. Hirschfeld, *der Geist der Talmudischen Auslegung der Bible*: Halachische Exegese, Athenaeum in Berlin, 1840. א' יעלינק מתאר את ספרו של הירשפלד כך: "פירוש י"ג מידות דר"י ע"ד חכמת ההגיון" (יעלינעק, קונטרס הכללים, עמ' 23). ראה גם מרדכי בן שלמה פלונגיאן, תל-פיות, וילנא תר"ט, שניסה להוכיח שגזרה שווה אינה מקובלת מסיני אלא מבוססת כולה על שיקולים הגיוניים. יעלינעק מתאר חיבור זה (יעלינעק, קונטרס הכללים, עמ' 28) כ"מאמר על הגזרות שוות [...] על פי הגיון הלשון". ראו גם: D. Daube, 'Rabbinic Methods of Interpretation and Hellenistic Rhetoric', *HUCA*, 22 (1949), pp. 239-264 (להלן: דאובה).

[15] A. Schwarz, *Der Hermeneutische Kontext,* Wein 1921; ibid, *Die Hermeneutische Quantitatsrelation*, Wienund Leipzig 1916; Ibid, *Hermeneutische Antinomie*, Wienund Leipzig 1913; Ibid, *Hermeneutische Induktion*, Wien 1909; Ibid, *Hermeneutische Syllogismus*, Wien 1901; Ibid, *Hermeneutische Analogie*, wein 1897

[16] בעיקר יש להזכיר את מ' אוסטרובסקי, **המידות שהתורה נדרשת בהן**, ירושלים, תרפ"ד.

[17] א' שוואַרץ, **עיקרי מסקנותיו של המחקר ההרמנויטי המדעי**, ירושלים תרפ"ג, עמ' 1; על עמדתה זו של שוואַרץ ותגובת הרב דוד כהן ראה גם: ד' שוואַרץ, 'היתכן הגיון עברי מיוחד כהגיון לאומי', דעת 27 (תשנ"א), עמ' 96; שם, דברי שוואַרץ במכתב לר' דוד כהן ('הנזיר') בקיץ תרפ"ט: "מנעו בניכם מהגיון לאומי".

[18] ראו ש' אטינגר, **תולדות עם ישראל בעת החדשה**, תל-אביב תשכ"ט, עמ' 118-123; נ' רוטנשטרייך, המחשבה היהודית בעת החדשה, תל-אביב תשמ"ז, עמ' 128-133.

המשמשים מעין תשתית מחקרית לכל אלו שבאו אחריו ובכללם מחקר זה. עיקרי מסקנותיו שיובאו להלן אינם מצויים במחלוקת מלבד המקרים שבהם אציין זאת במפורש.

את ספרות המחקר בנושא מידות הדרש אפשר לחלק לקבוצות שונות על פי תחום עיסוקם כדלקמן:

ב.1. מחקרי עומק והיקף במידות הדרש.[19]

רוב המחקרים בקטגוריה זו עוסקים בשתי מידות: קל וחומר וגזרה שווה. מחקרו של אבירם רביצקי שונה מקודמיו בכך שהוא בעיקר בעל אופי תיאורי. מחקר זה 'עושה סדר' באפיון המקורות, האישים והשיטות בנושא מידות הדרש בימי הביניים. ברם לצד תיאורם וניתוחם של הטקסטים הרלוונטיים הוא מעלה גם מספר שאלות בעלות חשיבות עקרונית לגבי הבנת יחסן של הפילוסופיה וההלכה בימי הביניים, ולגבי ההנחות העומדות בבסיס חקר יחסים אלה.[20]

ב.2. ספרים ומאמרים הדנים בעקרונות הפילוסופיים של ההלכה או בכללי הפסיקה.[21]

ספרים ומאמרים אלו משמשים רקע לעבודה, אבל במידה פחותה מאשר המחקרים שבקטגוריה הקודמת.

ב.3. מאמרי יסוד בנושא מידות הדרש.[22]

רוב מאמרים אלו 'מודרניים' יחסית ועוסקים בהיגיון המידות, אבל לא רק 'במודל' הלוגי שלהם. יש לציין שמאמריהם של כהנא, שפרכר, אברהם וברכפלד עוסקים במידות דרש ספציפיות.

---

[19] מחקריהם של שווארץ, צ'רניק, אוסטרובסקי, הירשנזון ואבירם רביצקי.

[20] א' רביצקי, השפעת הלוגיקה, עמ' 2.

[21] א"ל הכהן, שב שמעתתא, ירושלים תשמ"ו; ש' שקופ, שערי יושר, ניו-יורק, ללא שנת הוצאה; י' אנגל, אתוון דאוריתא, ירושלים תש"ל; מ"מ כשר, מפענח צפונות, ירושלים תשל"ו; א' ברקוביץ, תורת ההגיון בהלכה, ירושלים תשמ"ז; י' ברנדס, ראשיתם של כללי הפסיקה: משמעותם, היווצרותם, והתפתחותם של כללי הפסיקה לתנאים וספרותם, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, תשס"ב; J.M. Harris, *How do we know this? Midrash and the fragmentation of modern judaism*, New York 1956.

[22] א' מיכאל, 'קל וחומר כסילוגיזם', הגיון ב, ירושלים 1992; א"א אורבך, 'הדרשה כיסוד ההלכה ובעיית הסופרים', תרביץ כז (תשי"ח), עמ' 166-182; י' ברגמן, 'גזרה-שוה מהי?' סיני עא (תשל"ב), עמ' קלב-קלט; מ' ברכפלד, 'הפשטה מתימטית של הק"ו', על פי ספר 'הליכות עולם', ספר הגיון, מחקרים בדרכי החשיבה של חז"ל, משה קופל ועלי מרצבך (עורכים), רמת-גן תשנ"ה, עמ' 11-21; מ' כהנא, 'קווים לתולדות התפתחותה של מידת "כלל ופרט" בתקופת התנאים', ספר זכרון לתרצה ליפשיץ, משה בר אשר, יהושע לוינסון וברכיהו ליפשיץ (עורכים), ירושלים תשס"ה, עמ' 172-216; ב' מינקין, 'הספר שערי צדק ויחסו לרלב"ג', עלי ספר יד (תשמ"ז), עמ' 55-58; א"א פינקלשטיין, 'מידותיו של הלל במשאו ומתנו עם זקני בתירא', הדאר מב (תשכ"ג-תשכ"ד), עמ' 384-385; א"א פינקלשטיין, 'ושוב על מו"מ בין הלל ובני בתירא', ספר היובל לצבי וולפסון, ירושלים תשכ"ה, עמ' רג-רכד; ד' שווארץ, 'היתכן הגיון עברי מיוחד כהגיון לאומיז', דעת 27 (תשנ"א), עמ' 87-109; ש"י שפרכר, 'אין ריבוי אחר ריבוי אלא למעט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות', הגיון תשנ"ג, עמ' 56-65; א' ציפרנוביטש, 'בנין אב', השלח כב (תר"ע), עמ' 431-438; א' רביצקי, 'ההיקשים ההלכתיים כהיקשים דיאלקטיים במשנת הרמב"ם והמידות שהתורה נדרשת בן כ-TOPOI אריסטוטליים', תרביץ עג (תשס"ד), עמ' 197-224.

ב.4. היבטים שונים

מלבד שלוש הקטגוריות דלעיל, עשרות מחקרים עוסקים בהיבטים שונים של מידות הדרש הנוגעים לקל וחומר ולמחקר זה בעקיפין: ההתפתחות, האישים היוצרים, ההשוואה בין 'ההיגיון העברי' לאוניברסלי, פירושי י"ג מידות הדרש, ההיסטוריה של לימוד המידות בישיבות באירופה ובצפון אפריקה, 'לוגיקה יהודית', הקשר בין ההיגיון לשפה, כללי התלמוד ועוד.[23]

---

[23] להלן רשימת **מאמרים** נוספת הממוינת לפי נושאים:

מידות הדרש: מ' היגער, 'פירוש ר' משה אבן מוסה על הי"ג מדות של ר' ישמעאל', א' מרכס (עורך), ספר היובל ללוי גינצבורג (החלק העברי), ניו-יורק תש"ו, עמ' צג-קכז; י' אייזנברג, 'שלוש עשרה מדות שהתורה נדרשת בהן', שמעתין ד (תשכ"ז), עמ' 47-53; ד' גולומב, 'פרדוכס, בהמדות שהתורה נדרשת בהן', אוצר החיים ט (תרצ"ג), עמ' 14-18; י"ח חרל"פ, 'מקורות נוספים באשר לתוקפן של המידות שהתורה נדרשת בהן ובעניין הכלל "דאין אדם דן גזרה שווה מעצמו"', אסופות יד (תשס"ב), עמ' סט-פא; י' טולידאנו, 'לק"ו לבן מוסא', תרביץ יד (תש"ג), עמ' 142; ד' כהן, 'מידות שהתורה נדרשת בהן', שמעתין 121 (תשב"ה), עמ' 106-115; הנ"ל, 'י"ו מידות', תרביץ ב (תרצ"א), עמ' 249; י"מ לוינגר, 'שלוש-עשרה המידות שהתורה נדרשת בהן: דרך חדשה להצגתן', בד"ד — בכל דרכך דעהו 16 (תשנ"ז), עמ' 81-100; א' פריימן, 'פירוש רבינו הלל על ברייתא דרבי ישמעאל', ספר זכרון לכבוד ש"א פוזונסקי, ורשה תרפ"ז, עמ' קע-קפ; א' ציפרנוביטש, 'בנין אב', השלח כב (תר"ע), עמ' 431-438; ש"ח קוק, 'בענין שבע מדות של הלל הזקן', הצפה לחכמת ישראל יג (תרפט), עמ' 90-91; ד' קפלן, 'מדות ההיקש', הפרדס, חוברת ח (תרצ"ג), עמ' 10-12; ש' רוזנברג, 'פירוש י"ג מידות לר' דוד בן יום טוב אבן ביליה', עלי ספר יח (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' 59-69.

לוגיקה: מ' אברהם, 'אנלוגיה ואינדוקציה בהלכה', צהר טו (תשס"ב), עמ' 23-34; הנ"ל, 'מעמדן הלוגי של דרכי הדרש', צהר יב (תשנ"ט), עמ' 9-22; מ' ברויאר, 'מנעו בניכם מן ההגיון', מכתם לדוד, י"ד גילת, א' שטרן (עורכים), רמת-גן תשל"ח, עמ' 242-261; מ' ברכפלד, 'הפשטה מתימטית של הק"ו', על פי ספר הליכות עולם, ספר הגיון, מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל, משה קופל ועלי מרצבך (עורכים), רמת-גן תשנ"ה, עמ' 11-21; R. Smith, 'Logic', in J. Barnes (ed.), 'The Cambridge Companion to Aristotle', Cambridge 1995, pp. 27-65; ק' רבינוביץ, 'פרדוקסים ופשרם בהגיונה של ההלכה', מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל, משה קופל ועלי מרצבך (עורכים), רמת גן תשנ"ה, עמ' 77-109; ש' רוזנברג, 'הגיון, שפה ופרשנות', דת ושפה, מ' חלמיש, א' כשר (עורכים), תשמ"ב, עמ' 105-113; הנ"ל, 'אפשרי ומצוי בלוגיקה הבניימית', עיון כח (תשל"ח), עמ' 56-72; ע' שטיינזלץ, 'האם ישנה לוגיקה תלמודית', ספר הגיון, מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל, משה קופל ועלי מרצבך (עורכים), רמת-גן תשנ"ה, עמ' 13-21; י' שטרן, 'התחביר הלוגי כמפתח לסוד במורה הנבוכים', עיון לח (תשמ"ט), עמ' 137-166.

אישים: י"נ אפשטיין, 'למשנת רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי', תרביץ ד (תרצ"ג), עמ' 343-353; א' גולדברג, 'דרכו של ר' יהודה הנשיא בסידור המשנה', תרביץ כח (תשי"ט), עמ' 260-269; ב' מינקין, 'הספר שערי צדק ויחסו לרלב"ג', עלי ספר יד (תשמ"ז), עמ' 55-58; י' סופר, 'ביאור ענינא דרבי אליעזר שמותי הוא', האהל א (תשט"ז), עמ' קכ-קכד; א"א פינקלשטיין, 'מדותיו של הלל במשאו ובמתנו עם זקני בתירא, הדאר מב (תשכ"ג-תשכ"ד), עמ' 384-385; ש' רוזנברג, 'פירוש י"ג מידות לר' דוד בן יום טוב אבן ביליה', עלי ספר יח (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' 59-69; ד' שוואַרץ, 'הגיון עברי יחודי על פי משנת הרב הנזיר', ספר הגיון, מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל, משה קופל ועלי מרצבך (עורכים), רמת-גן תשנ"ה, עמ' 23-33.

מסורת, דרשות והלכה: ח' אופנהיים, 'דברי סופרים', ישרון ה (תרכ"ה), עמ' יז-ל; ח' אלבק, 'ההלכות והדרשות', ספר היובל לא' מרכס, ניו-יורק תש"י, עמ' א-ח; נ' אליקים, ' "גורעין ומוסיפן ודורשין", כמידה פרשנית בהלכה', שמעתין 151 (תשס"ד), עמ' 60-70; י' בלידשטיין, 'מסורת וסמכות מוסדית: לרעיון תורה שבע"פ במשנת הרמב"ם', דעת 16 (תשמ"ו), עמ' 11-27; א' גולדברג, 'התורה שבכתב והתורה שבע"פ', מחניים נז (תשכ"א), עמ' 80-81; W. Z. Harvey, 'Rabbinic Attitudes Toward Philosophy' Open Thou Mine Eyes, New Jersey 1992, pp. 83-101; ז' ויטמן, 'על היחס בין הפשט לדרש', המעיין יח (תשל"ז-תשל"ח), עמ' 26-50; א"א פינקלשטיין, 'מדרש, הלכות והגדות', ספר היובל ליצחק בער, ירושלים תשכ"א, עמ' 28-47; נ' רבינוביץ, 'על דברי סופרים', ספר הגיון, גוש עציון 1995, עמ' 87-98; ד' רוזנוסר, 'אין מוקדם ומאוחר בתורה', שמעתין 150 (תשס"ג), עמ' 41-62.

השפעות זרות: י"א בלוי, 'השוואות בין המשפט העברי להלניסטי-מצרי', המשפט העברי ה (תרצ"ו), עמ' 31-36. M. Fox, 'On the Rational Commandments in Saadia's Philosophy: A Reexamination', M. Fox (ed.), Modern Jewish Ethics, Ohio 1975, pp. 174-186; ש' רוזנברג, 'אפשרי ומצוי בלוגיקה הבניימית', עיון כח (תשל"ח), עמ' 72-56; י"ה שור, 'מלות יונית שנסחו רבותינו ז"ל, לכתבן בתואר מלות עבריות', החלוץ י (תרל"ח), עמ' 46-60; ע' שטיינזלץ, 'האם ישנה לוגיקה תלמודית', ספר הגיון, מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל, משה קופל ועלי מרצבך (עורכים), רמת-גן תשנ"ה, עמ' 13-21.

שונות: י' בלידשטיין, 'מסורת וסמכות מוסדית: לרעיון תורה שבע"פ במשנת הרמב"ם', דעת 16 (תשמ"ו), עמ' 11-27; ח' בן מנחם, 'יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין', שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א), עמ'

ג. כרונולוגיה והתפתחות במידת הקל וחומר על פי שוואַרץ

שוואַרץ, התמקד בעניין ההתפתחות יותר מחוקרים אחרים. להלן נקודות ציון חשובות בתיאור ההתפתחות הלקוחות כולן מתוך מחקרו.

(1) : **"השם 'קל וחומר'** , נטבע לפני זמן החשמונאים ואנו מוצאים אותו לראשונה בפרקי אבות פא, מ"ה : "קל וחומר באשת חברו". הוראתו במקום זה אינה תואר ל'פעולת הדין' אלא לתואר של 'על אחת כמה וכמה' (שם). הלל, במשאו ומתנו עם בני בתירא, היה הראשון להשתמש בקל וחומר ל'פעולת הדין' (שם). יחד עם זאת, 'דיו' לא נמסר לנו מהלל (שם, עמ' 31).

(2) : **הגדרה מילונית ראשונה לקל וחומר** - "התבוננות ברורה בענין מהות הקל וחומר וחוקים קבועים בשמושו אנו מוצאים בפעם הראשונה אצל בעלי התוספות" (שם, עמ' 12). הראשון לחבר ספר מיוחד לביאור כללי התלמוד היה ר' שמשון מקינון, ושם ספר זה הוא 'ספר הכריתות'. שם אנו מוצאים הגדרה מילונית ראשונה לקל וחומר (שם).

(3) : **התפתחות בשלבים-** "מדת הקו"ח וכללו של 'דיו' לא בפעם אחת נתנו לנו, אלא שהתפתחו והשתכללו באופן תולדי" (שם, עמ' 69).

(4) : **המחלוקות בעניין 'דיו'**- "כל הוויכוחים בנוגע לקל וחומר החלו במחציתה השנייה של המאה השנייה לספירה, והשגיאה לגבי 'דיו' נוצרה בזמן התנאים האחרונים או בקרב תנאי דור המעבר (שם, עמ' 99). שוואַרץ מייתר את מידת ה'דיו' עקב היותה חלק אימננטי של מנגנון הקל וחומר, ולכך הוא מכוון בכותבו "שגיאה לגבי ה'דיו' ".

(5) : **חשיבות המחלוקת בסוגיית נידה-** "המחלוקת הראשונה והיסודית נגד הקל וחומר כמידת דרש והפירכא הראשונה לא נגד ההקדמות אלא נגד התולדה הן במשנת נידה, במחלוקת בין רבי אליעזר לחכמים" (שם, עמ' 100).

134-113 ; י"מ גוטמן, 'תורה בתלמוד', ספר היובל לכבוד אדולף שוואַרץ, ברלין-ווינא 1917, עמ' 1-8 ; א' גרוס, 'קוים לתולדות הישיבה בקסטיליה במאה הט"ו', פעמים 31 (1987), עמ' 3-19 ; ב' דה-פריס, 'המושגים "מדאוריתא" ו"מדרבנן" בהתפתחותם', סורא ד (תשכ"ד), עמ' 137-155 ; הנ"ל, 'לצורת ההלכות בתקופת התנאים', סיני נו (תשכ"ה), עמ' ריב-רכה ; מ' דרורי, 'שגגה במשפט העברי, טעות בדין וטעות בעובדה', שנתון המשפט העברי א (תשל"ד), 1974, עמ' 72 ; מ' הלברטל, 'ספר המצוות לרמב"ם, הארכיטקטורה של ההלכה והתיאוריה הפרשנית שלה', תרביץ נט (תש"ן), עמ' 480-457 ; R.L. Weiss, 'On the Scope of Maimonides Logic, Or, What Joseph Knew', R. Link-Salinger (at al) ed., A Straight Path, Studies in Medieval Philosophy and Culture, Essays in Honor of Arthur Hyman, Washington 1988, pp. 255-265 ; א' מרכס, 'כללי התלמוד לר' בצלאל אשכנזי', ספר לדוד צבי (האפפמאנן), החלק העברי, ברלין תרע"ד, עמ' 179-217 ; ד' סינקלר, 'חשיבה משפטית במשנתם של הרמב"ם והרמב"ן', א' ורהפטיג (עורך), מנחה לאי"ש : ספר היובל לר' אברהם ישעיה דולגין, ירושלים תשנ"א, עמ' 349-355 ; י' פאוער, ' "דאוריתא" "דרבנן" "ודינים מופלאים" ', סיני סז (תש"ל), עמ' כ-לה ; נ' רבינוביץ, 'על דברי סופרים', ספר הגיון, גוש עציון 1995, עמ' 87-98.

(6): **חידוש ההתנגדות ל'דיו'-** "רבי טרפון חידש את ההתנגדות ל'דיו' (בסוגיית בבא קמא) לאחר שחכמים סילקו ידיהם ממנה (בסוגיית נידה) אחרי שנוצחו על ידי רבי אליעזר" (שם, עמ' 105).

(7): **שינוי דעה ביחס ל'דיו'**- "הבבלי איננו מזכיר אפילו במילה אחת את הפלוגתא הישנה שבין רבי אליעזר וחכמים, בכל זאת ודאי גמור הוא, כי כדעת רבי טרפון היתה לפני זמן לא כביר דעת רבים, וכי כל החכמים שהיו בזמנו של רבי אליעזר מלבד רבי טרפון חזרו מדעתם" (שם).

(8): **דוגמת הק"ו שבברייתת י"ג מידות הדרש-** "כי רבי ישמעאל לא הסכים לדעתו של רבי טרפון כמו שלא הסכימו לה אחרים, ובשביל זה בלבד ברור הוא כשמש, כי הדוגמה לקו"ח שבברייתא חשודה היא וכי נוספה בזמן מאוחר אולי באופן שהזכרנו למעלה בידי אחד האמוראים הראשונים או אמוראי סתם" (שם, עמ' 109).

(9)**: חלקי הקל וחומר אצל התנאים ואצל האמוראים-** " התַנאים הבחינו בשני חלקים בקל וחומר: "נדון שהוא הנשוא בהקדמות ובא מן הדין לתולדה היוצאת מן הדין" (שם, עמ' 22). אולם האמוראים עשו הבחנה אחרת: "עיקרא דדינא" ו"סוף דינא", "ובזה הם קרובים יותר אלינו המדברים מהקדמה ראשונה ושניה" (שם).

ג.1. עמדתו של שוואַרץ בנוגע לקל וחומר ולהגבלתו בדין 'דיו' ועמדות מתנגדיו.

דומה שמשפט המפתח לעיקר תורתו של שוואַרץ הוא זה: "[...] כי לא יתכן שיהיה בדין יותר ממה שיש בהקדמותיו, זה הוא ברור כשמש בעיני כל איש בעל עיון הגיוני, עד כי למותר יחשב בעניו להוציא את הכלל 'דיו' מן המקרא" (שם, עמ' 100). לדבריו, הואיל והקל וחומר המורכב הוא במהותו ההיקש המופתי של אריסטו, "[...] אין שום תורה מיוחדת למדת הק"ו ואי אפשר שתהיה אחרת" (שם, עמ' 6). עקב כך, תובנת ה'דיו' נגזרת באופן אימננטי מן ההיקש המופתי ואין צורך ללומדה משום מקור חיצוני. היוצא מכך, ייתור ה'דיו', נובע לפי שוואַרץ מהתזה העיקרית שלו, שאין בין הקל וחומר המורכב לבין ההיקש המופתי הבדל מהותי. זו אכן הנקודה המותקפת ביותר על ידי מבקריו. ה'דיו' השתנה מחוק הגיוני הכרחי לחוק 'מדרשי' 'באשמת' אמוראי בבל (שם, עמ' 107), "ועל כן הנני מחליט כי יחד עם לימוד הכלל הזה מן התורה בא קץ להתפתחותו של הקל וחומר" (שם, עמ' 100).

ג.2. הוכחות מהירושלמי ומרס"ג

שוואַרץ כותב בלשונו הציורית: "נפלא הוא כי בירושלמי לא מצא לנחוץ להעיר מאומה על המשנה דב"ק פ"ב מ"ו" (שם, עמ' 107, הערה 1). שוואַרץ נתלה גם ברס"ג, שאינו מזכיר בפירושו לי"ג מידות (שכטר, בית תלמוד ח"ד צד 235 והלאה. ההפניה בדברי שוואַרץ, שם, עמ' 10) את 'דיו':

"מוצא אני מעלה יתרה בדבריו אלו של רס"ג כי לא פנה לכללו של דיו המגביל את הקל וחומר", (שם, עמ' 11). לעומת זאת, רש"י, אבודרהם ור' בחיי בן אשר לומדים את 'דיו' מן הכתוב (שם, עמ' 12, וכן ראה ההערות במקום). שוואַרץ אינו מנסה לתקוף דעות פרשניות אלו אלא להציגן בלבד, בבחינת 'ישפוט הקורא'.

ג.3. המתנגדים למחקרו של שוואַרץ בשל ההיגיון אותו הציע לקל וחומר החזל"י.

מחקרו של שוואַרץ עורר התנגדות בקרב החוקרים במיוחד בשל ניסיונו לשוות לקל וחומר החזל"י הגיון אריסטוטאלי. להלן תמצית דעות המתנגדים לעיקרי מסקנותיו של שוואַרץ בנוגע להיגיון הקל וחומר:

ג.3.א. רבי דוד הכהן – בקורת על עצם ההשוואה בין היגיון המידות לבין ההיגיון האריסטוטלי.

תלמידו המובהק של הרב קוק, הקדיש את חלקו השני של ספרו 'קול הנבואה' כדי לתקוף בחריפות את אריה שוואַרץ ואת סיעתו: "[...] ולחוקרי התורה שבעל-פה והמידות, מתבררת הדעה שכל המידות הן על דרך ההיגיון, ואם היה פולמוס נגד זה מצד חרדי אשכנז [...] ובאחרונה הגדיל לעשות אדולף שוואַרץ בספריו על היגיון המידות".[24]

עיקר ביקורתו של הרב דוד הכהן הינה על ניסיונו של שוואַרץ להסביר את מנגנון הפעולה של **כל המידות** על אדני ההיגיון האריסטוטלי. לעם ישראל יש היגיון אחר המכונה בפיו 'ההיגיון השמעי'.

ג.3.ב. ר"ח הירשנזון – 'התקשטות בנוצות זרים' שאינה מועילה לשני הצדדים.

הפולמוס שעליו מדבר 'הנזיר' מודגם היטב בספרו של ר' חיים הירשנזון 'ברורי המידות'.[25] על אף 'המודרניות' המאפיינת את הירשנזון, שהזדהה עם תנועת 'המזרחי' ואף הציע דרכים חדשות לפתרון 'בעיות השעה', הוא איבד את סובלנותו כשעסק בדעותיו של שוואַרץ.[26] הוא כתב:

> וסופרי ישראל בכל לשון אשר כתבו על המידות לא למען להגדיל תורת המידות ולהאדירה, רק למען ליתן השקפה כללית עליהם בתורת ידיעת דברי הימים כהרב

[24] ד' שוואַרץ, 'היתכן הגיון יהודי עברי מיוחד כהגיון לאומי?', דעת 27 (תשנ"א), עמ' 97.
[25] ח' הירשנזון, ברורי המידות, ירושלים תרפ"ט.
[26] ראו א' שבייד, דמוקרטיה והלכה, פרקי עיון במשנתו של הרב חיים הירשנזון, ירושלים תשנ"ז, עמ' 1.

שוואַרץ והדומה לו. מצאו מציאה זאת בשתי טפות של אפרסמא דכיא בזקן אהרון שיורד ע״פ מידותיו ונפלו עליה [...] כי יהיה לא להועיל למדת הקל וחומר ולא לחכמת ההיגיון, כי בשניהם לא יתווסף לקח ע״י בקשת השווי הזה, ואיננו לדעתי, רק חמדת המחשבה להתקשט בנוצות זרים [...] והמיקראב של החמדה הזאת נולד עוד בימי הביניים ועשה אז שמות בספרות האגדה לקשטה בנוצות יוניות [...] וכבר כתב הרמב״ם ז״ל בספרו מלת ההיגיון כי היקשי הדינים התוריים אין מקום לזוכרם בספר ההיגיון.[27]

הירשזון, בדומה לרב דוד הכהן, מלין בלשון מושחזת על ניסיונו של שוואַרץ לשוות למידות הדרש היגיון אריסוטטלי ובכך לטעון כי אין הבדל בין היגיון זה לבין היגיון מידות הדרש.

ג.3.ג. אבירם רביצקי – התנגדות 'משכלת'.

מכנה את התנגדותו של ר״ח הירשנזון 'התנגדות מתבדלת' משום שהיא ״מתנגדת בעיקר למגמה של אוניברסליזציית ההיגיון התלמודי וטוענת בזכות ייחודה ונבדלותה של המחשבה ההלכתית״.[28] רביצקי מניח שהפולמוס שיצא מצד 'חרדי אשכנז' בכללו היה בעיקרו בעל אופי מתבדל. ברם היו גם אחרים שהתנגדו לשוואַרץ, התנגדות שאותה מכנה רביצקי התנגדות 'משכלת'. התנגדות זו מצביעה על קשיים ענייניים מתחום הלוגיקה הקיימים בתזה של שוואַרץ.[29] א' קונצט, לדוגמה, טוען שהסילוגיזם האריסטוטלי עוסק 'בשמות', לעומת הקל וחומר, העוסק 'במשפטים'.[30]

ג.3.ד. צ'רניק – בקורת 'מדעית'

דומה שהביקורת המדעית המפורטת ביותר על עבודתו של שוואַרץ נכתבה על ידי צ'רניק בהקדמתו לספרו (צ'רניק, הקדמה). יש חשיבות רבה בהבאת הנקודות שצ'רניק הזכיר בספרו בשל העובדה שהן עמדו גם לנגד עיני במחקר זה. כך כותב צ'רניק:

---

[27] הירשנזון, עמ' 64.

[28] רביצקי, עמ' 16-17.

[29] ראו ג'יקובס, עמ' 5, המצביע על הקשיים הלוגיים בשיטתו של שוואַרץ. אין מקום לפרט את טיעוניו בשל השפה הפורמאלית הלוגית בה הוא עושה שמוש.

[30] A. Kunst, 'An Overlooked Type of Inference', *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, X (1940-42), pp. 976-993; ב' מנקין, 'הספר ״שערי צדק״ ויחסו לרלב״ג', עלי ספר יד (תשמ״ז), עמ' 55, הערה 5.

[...] לדוגמה, שוואַרץ לא התייחס באופן רציני למסקנותיו של הרד״צ הופמן על אודות מדרשי התנאים. כלומר הבחנת ההבדלים בין בית מדרשו של ר׳ עקיבא וזה של ר׳ ישמעאל וייחוס מדרשי התנאים הקלאסיים לאסכולות אלו לא השפיעו הרבה על שוואַרץ. [...] לדוגמה, שיטתו של שוואַרץ מראה בעליל שלפי דעתו התלמודים מכילים רק שתי שכבות של ממש, השכבה התנאית והשכבה האמוראית. השכבה הסתמית היתה בעיניו שכבה אמוראית רגילה. לעומת זה, כמעט כל מחקר התלמודים המודרני עוסק בניתוח ׳הסתמא׳ וקביעת יחסה לדברי האמוראים הנקובים בשם, הן בתוכן והן בתקופה. כלומר, השכבה הסתמית של התלמוד נחשבה לשכבה בפני עצמה, ויוצריה — מי שהם — נחשבים כמחנה בפני עצמו. ועוד, לאחרונה התפתחו שיטות מחקר חשובות כגון ביקורת המקורות, המגלות את ההכנסות, התוספות, והשינויים שנכנסו למקורות תנאים ואמוראים ברבות הזמן. שיטות אלו לא היו לפני שוואַרץ. היות וכך המצב, עבודתו צריכה לפחות עדכון. [...] חסרון רציני נוסף הפוגם קשות בשיטתו של שוואַרץ הוא אי פרי הבחנתו בין תקופותיה ושכבותיה של הספרות התלמודית והמדרשית [...] לדעתנו, שיטה זו הוליכה את שוואַרץ שולל במחקרו [על גזרה שווה].

מתודולוגיית המחקר של שוואַרץ אליבא דצ׳רניק הביאה אותו למסקנות שגויות בעניין ה׳גזרה שווה׳.[31] הואיל והטענות כלליות ועקרוניות, אפשר במידה רבה של סבירות להחיל אותן גם על מחקרו של שוואַרץ על הקל וחומר.[32] למחקרו של שוואַרץ יש השפעה ישירה על מחקר זה רק בעניין ׳דיו׳.[33] שוואַרץ לא חקר באופן שיטתי את כל מופעי ה׳דיו׳ התנאיים, והתייחסותו למקורות שבהם הוא דן נוגעת רק לשאלת הלוגיקה של ההגבלה. מסקנותיו המשניות שאינן שנויות במחלוקת שזורות בתוך מחקר זה לפי העניין הנדון.[34]

---

[31] A. Schwarz, *Hermeneutische Analogie*, wein 1897, הספר תורגם לעברית על ידי י״ל לנדא והופיע בשם: הגזרה השוה, התפתחותה בספרות התלמודית, קראקה תרנ״ח.

[32] A. Schwarz, *Hermeneutische Syllogismus*, Wien 1901

[33] ובשאלה זו אין החוקרים מקבלים את טענתו העיקרית של שוואַרץ. ראה בהמשך סעיף זה דברי החוקרים ג׳יקובס ומיכאל.

[34] כך לדוגמה אני מסתייע בקביעתו בדבר מנסחו הראשון של כלל ה׳דיו׳: רבי אליעזר, או על הקשר הפרשני שיצר בין המשנה בסוגיית נידה לבין המשנה בסוגיית בבא-קמא.

ג.3.ה. מ' אברהם – בקורת לוגית ישירה על מנגנון הקל וחומר.

בשונה מאופי ביקורתו של צ'רניק על מחקרו של שווארץ אנו מוצאים ביקורת לוגית טהורה של אברהם בסדרת מאמרים וספרים.[35] בהמשך לכל החוקרים השוללים את הזיהוי בין הקל וחומר המורכב לתמונת barbara של ההיקש הסילוגיסטי[36] טוען אברהם טענה כללית מתחום הלוגיקה. שיטתו של שווארץ, כך הוא טוען, תוביל למסקנה "שגם גזרה שוה (וכן יתר המידות) הן דדוקציה, שהרי ההנחה הגדולה תנבע מהכלל של מציאת מלה זהה בשני נושאים שונים. ההנחה הקטנה היא דין שימצא באחד הנושאים, והמסקנה שהדין נמצא גם בנושא השני. ההבדל בין המידות השונות הוא בצורה שבה מגיעים להנחה הגדולה בלבד".

טענה זו של אברהם, כמדומה, מבטאת את עיקר הביקורת בתחום הלוגיקה כלפי שיטתו של שווארץ ביחס למודל הלוגי שבחר כדי לתאר את הקל וחומר המורכב. ההשוואה בין הקל וחומר להיקש מסוג barbara אפשרית אך ורק על סמך ההנחה שהקל וחומר, כמו barbara, הוא היסק דדוקטיבי שהתוצאה בו 'מוכרחת' בלשון הלוגית. טענתו של אברהם היא שאפשר לבנות לכל מידה 'מודל' היסקי שבו התוצאה תהא דדוקטיבית ('מוכרחת'), כולל מידת גזרה שווה, שאף אחד לא העלה מעולם הנחה זו כלפיה; בסופו של דבר, זו 'לוליינות מילולית' שאפשר ליישמה בכל מידה; 'המודל' המוצע בעבודה זו לקל וחומר המורכב צמוד ללשון התנאית ותוצאתו אינה דדוקטיבית שהרי כל קל וחומר יכול להיפרך.[37]

ג.3.ו. Prior, Arthur N - קל וחומר אינו סילוגיזם אריסטוטלי.

---

[35] ראה מ' אברהם, שתי עגלות וכדור פורח, ירושלים תשס"ב; הנ"ל, את אשר ישנו ואשר איננו, ירושלים תשס"ו; הנ"ל, אנוש כחציר, ירושלים תשס"ח; הנ"ל, 'אנלוגיה ואינדוקציה בהלכה', צהר טו (תשס"ב), עמ' 23-34; הנ"ל, 'בין מחקר לעיון, הרמנויטיקה של טקסטים קנוניים', אקדמות ט (תש"ס), עמ' 120-161; הנ"ל, 'הקל וחומר כסילוגיזם, מודל אריתמטי', הגיון, מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל ב (תשנ"ג), עמ' 29- 46; הנ"ל, 'מעמדן הלוגי של דרכי הדרש', צהר יב (תשנ"ט), עמ' 9-22.

[36] אריסטו מיין את קבוצת ההיקשים (בלעז סילוגיזמים) שבאורגנון לארבע קבוצות או תמונות (בתרגום לאנגלית: Figurs). התמונה הראשונה של ההיקש המושלם: כל a הוא b, כל b הוא c ולכן כל a הוא c, כונתה בימי הביניים בשם barbara. ההיקש הלא מושלם מהתמונה השנייה: כל a הוא b, אף c אינו b ולכן אף a אינו c, זכה לכינוי Campters. בקל וחומר המופתי של שווארץ יש, כמו בהיקש המופתי של אריסטו, שתי הקדמות ותולדה. כך לדוגמה הוא מפרש את הקל וחומר של הלל (שווארץ, עמ' 33): "מה קרבן התמיד שאין חייבין עליו כרת דוחה את השבת, פסח שחייבין עליו כרת אינו דין שידחה את השבת". שווארץ הופך נוסח זה לצורת ההיקש המופתי מסוג barbara באופן הבא: (1) כל המצוות הנידחות מפני התמיד נדחות גם מפני הפסח; (2) מצוות שבת נדחות מפני התמיד; (3) מצוות שבת נדחות מפני הפסח. כיצד מגיע שווארץ להקדמה ה-(1), הלוא היא אינה כתובה במפורש בדברי הלל הזקן! על כך הוא עונה: "רק אחרי שלמדנו כי כוחו הדוחה של הפסח, הוא גדול יותר, מפני שנעשה גדול יותר מזה של התמיד אנו יודעים שהמצוות הנדחות מפני התמיד נדחות מפני הפסח" (שם, עמוד 134). ומדוע אין בקל וחומר של הלל הקדמה ראשונה אבל יש בו טעם להקדמה זו? על כך עונה שווארץ בזו הלשון: "זה הוא ארוך מידי בעיני העברי, ע"כ הוא אומר אותו בעניין עצמו בלשון יותר קצרה", (שם). הסילוגיזם המפורסם: כל אדם מת, ראובן הוא אדם, ראובן ימות, ינוסח על פי חז"ל לדברי שווארץ כך: אם ראובן הוא אדם, ודין הוא שימות, ו"הבלעת ההקדמה היא כטבע שני ליהודים" (שם, עמ' 134-135).

[37] המודל המוצע בעבודה זו לקל וחומר המורכב מתבסס על מה שמקובל אצל כל חוקרים מידות הדרש בימינו.

בקורת עקרונית לוגית על קביעתו של שוואַרץ נמצאת במקור מודרני ובלתי צפוי זה :[38]

It is nowadays widely agreed that the a fortiori argument, from " A is greater than B, and B is greater than C " to " A is greater than C ", and similar arguments based on the transitiveness of comparative .adjectives, cannot be expressed syllogistically.

[38] Prior, Arthur N. , **Argument A Fortiori**. (*Analysis* 9 (3) : 49 - 50. 1948).

ד. התפתחות מידות הדרש, הלכה וקוגניציה.

הרב אליהו אפנדרי [39] מתאר את ההתפתחות במידות הדרש להלכה בדרך הבאה:

> אשר על כן הנראה ברור באמת ובתמים דכאשר הודיע השי"ת למשה פירושי המצוות היה מודיע לו שכל מה שהיה אומר לו בתורה שבע"פ הוא רמוז בתושב"כ (בתורה שבכתב). זה בהיקש וזה בק"ו וזה בגז"ש וכן כולם. ונמלא לפי"ז (לפי זה) שע"י לימוד פירושי המילות למד ג"כ (גם כן) כללי המידות...

באשר למקורן של מידות הדרש, קיימת הסכמה מלאה בין כל המפרשים שהתייחסו לעניין, שהן נכללות בגדר 'הלכה למשה מסיני'. [40] תפיסת ההתפתחות במידות הדרש מקובלת מאוד בעולם המחקר ויש אפילו שניסו להשוותן לכללי פרשנות שרווחו בעת העתיקה [41]. לדעתי אין סתירה בנושא זה בין ההסתכלות המסורתית לבין הגישה המחקרית [42]. סביר להניח כי מידות הדרש שימשו את התלמידים מעת שמשה רבינו קיבל את התורה מסיני. צורות ההתבוננות של משה בפסוקי המקרא יביאו מאוחר יותר לפורמליזציה של המידות ולהמשגתן. בתחילת הדרך עברה צורת התבוננות זו מרב לתלמיד באופן אינטואיטיבי ללא ניסוח כללים פורמליים [43]. (תהליך דומה לרכישת שפת אם, שאינו נעשה בתחילה באמצעות כללים פורמליים).

הטענה שלפיה המידות ניתנו בצורתן ההיולית אינה פותרת את ההתייחסות אליהן כאל כלים בעלי משמעות. על אף זאת, אין לומר כי הן מהוות מעין קוד- שרירותי- הסכמי. העובדה שניתן ללמוד באופן טבעי להשתמש בהן, ללא פורמליזציה, היא גופא מעידה על כך שמערכת זו 'טמונה' בנו

---

[39] הרב אליהו אפנדרי, **אליהו רבא וזוטא**, ח"ב עמוד סט. וכן ב**שערי המידות** ('ר יואל צבי ראטה), שער ב, דלת א, עמוד כ-כא. למותר לציין כי מדובר בספר מן המאה ה- 18 שיסודותיו קדומים יותר, והוא בוודאי שייך ל'ספרות הרבנית' ולא המחקרית המודרנית.

[40] כך כותב הרמב"ם בהקדמותיו, כמו בתחילת הקדמתו לפירוש המשנה. וכן הרמב"ן בהשגותיו לשורש זה, ראו גם בסוף פירושו לויקרא יד, מג, שם הוא מייחס את הגזרה שווה לסיני. כ"כ ראו פרשנים נוספים הטוענים כך: הראב"ד בפירושו לברייתת המידות בספרא, רש"י פסחים רד ע"ב, ד"ה 'ואם אינו ענין', **ספר הכריתות** ח"א, ביח א סי"ט. בהקדמתו של פינקלשטיין למהדורתו לספרא, הוא סוקר את השיטות והמקורות לקביעה זו.

[41] כמו שאול ליברמן, **יוונים ויוונות בארץ ישראל**, מוסד ביאליק, ירושלים, תשכ"ג, החל מעמ' 105. ובשנים האחרונות אבירם רביצקי ויקיר פז.

[42] ראו בהרחבה, מידה 1, עמ' 44.

[43] ראו פירוש על כך אצל מיכאל אברהם, **שתי עגלות וכדור פורח**, בית אל, ירושלים, תשס"ב, שער שלישי.

ובעולם בדרך כל שהיא [44]. כמו בהתפתחות שפה, התהליך אינו מתחיל ברשימת כללים, אדרבא, הכללים נוצרים תוך כדי הדיבור. לאחר שחלה התפתחות מספיקה, מתחילה התבוננות רטרוספקטיבית במה שנוצר ומתחיל תהליך של הכללה. התחושות והתופעות האינטואיטיביות מתחילות להתכנס לתוך קטגוריות דקדוקיות ומתחיל תהליך סווג ומיון.

לאחר ההכללה והחוקים הפמנולוגיים נוצרת **ההמשגה.** נוצרים מושגים מטא-הלכתיים המחוללים את התופעות הלשוניות ואת קבוצות המיון שלהן. מושגים כמו 'קל וחומר', 'גזרה שווה', ו'הקש' נוצרו בשלב זה. אפשר שראשוני המשתמשים (משה רבינו בראשם) לא הכירו את המונחים הללו והשימוש בהם היה אינטואיטיבי. בשלב מאוחר יותר ניתן היה להמשיך ולהבחין בין קבוצות מידות הדרש ולמיינן על בסיס מופשט יותר, תוך שימוש בתובנות כמו: אינדוקציה, אנלוגיה ודידוקציה. תהליך הגיבוש והפורמליזציה מגיע לשיאו בזמן **הלל** ולבסוף אצל **רבי ישמעאל**. המעבר בין הלל לבין דבי ר' ישמעאל מבטא התפרטות של מערכת המידות בשני מישורים: במישור של המופע הטכסטואלי ובמישור ההיסק. לפי זה, העקרון המכונן של כל המידות הוא צורת ההיסק! [45]

התהליך ברזולוציות שונות לא פסק עד להיווצרותה של 'ספרות הכללים' [46]. כאשר אבד המידע לגבי אופן פעולתן של מידות הדרש בשל סיבות היסטוריות היו ניסיונות לשחזרן. ניסיונות השחזור עצמן מוכיחים כי היו כללים שבאמצעותן נדרשו פסוקי המקרא [47]. תהליך השחזור ביסודו סינטטי והוא כולל הפשטות והכללות, ולא תהליך חד-חד ערכי. בדרך זו נוצרו כמה צורות להסתכל על מידות הדרש להלכה. הבדלים בין תפיסות החכמים השפיעו אף הם על המשך היווצרותן והתפתחותן של מידות הדרש. תהליכים אלו חידדו במיוחד את ההבדל שבין שני בתי-מדרשות. שיטת הדרש ב'כללי ופרטי' מיסודו של ר' נחוניא בן הקנה, דרך ובאמצעות בית מדרשו של ר' ישמעאל, ושיטת הדרש ב'ריבוי ומיעוטי' מיסודו של ר' נחום איש גמזו דרך ר' עקיבא [48]. בדור השלישי של התנאים, דורם של ר"ע ורבי ישמעאל הושלמה הפורמליזציה ומכאן והלאה היו בידי חכמים שתי פורמולות של

---

[44] מה שאנו מכנים ב'מידה טובה' - 'אפלטוניזם מדרשי', ראו מידה טובה 1, פרשת בראשית לדוגמה.

[45] ראו בהרחבה, מידה 4, עמ' 65.

[46] נושא שיידון בסעיף נפרד, בהמשך העבודה.

[47] בדומה לניסיון שחזור של נתונים שאבדו במערכת מידע, השחזור מתבצע על בסיס **הכללים שיצרו** את מערכת המידע אבל בתהליך הפוך. לולא קיומן של **כללים** ליצירת מערכת המידע לא היה ניתן לשחזרה.

[48] ראו על כך בבלי: שבועות ד ע"ב, כו ע"א, ל"ז ע"א, עירובין כז ע"ב, סנהדרין מה ע"ב, סוטה טז ע"א-ע"ב, סוכה נ ע"ב, נזיר לה ע"ב, ועוד.

מערכת המידות [49]. המערכת של רבי ישמעאל מצויה בידינו, כרשימת כללים (=ברייתא דרבי ישמעאל), זו של רבי עקיבא אינה מצויה בידינו בצורה מפורשת. אנו יודעים על קיומה מתוך מופעי הדרשות השונות בספרות חז״ל. **אין שיטה בפסיקת ההלכה ביחס למערכות המידות!**[50]

במהלך השנים, בתקופה האמוראית, השימוש במידות הדרש הלך והתמעט. בתקופת זו המדרש הפך להיות כלי הסומך הלכות קיימות (=מעגן אותו בכתוב) אך לא יוצר הלכות חדשות. עם חתימת התלמוד המצב אף החמיר יותר. נוצר מצב גורף של הפסקת השימוש במידות הדרש להלכה, על אף שמבחינה הלכתית גרידא אין מניעה לכל חכם להשתמש במערכת הדרש. גם המימרא של חז״ל שאדם לא דן גזרה שווה מעצמו, אין פירושה שאופן הדרשה הזה אינו נתון לחכמים כלל, לפי הרמב״ם לפחות (בשונה משיטת רש״י ורוב הראשונים), רק בית הדין הגדול רשאי לדרוש בגזרה-שווה[51]. לרעיון ההתפתחות במידות יש משמעויות שונות אצל הפרשנים והחוקרים. להלן מעט ממשמעויות אלו:

התורה התנאית נמסרה לנו בצורה כפולה: **מדרשי ההלכה** (=מעין פרוטוקול דיון ממנו למדים כיצד נדרש פסוק מסוים מן המקרא ועל ידי מי) **ומשנה.** שתי צורות אלו מעלות שאלות הכרוכות אחת בחברתה. האחת- האם שימשה דרשת הכתוב מקור להלכות? השנייה- האם דרך הלימוד היתה דרך הצמדת ההלכות לכתובים או שמא למדו את ההלכות בדרך מופשטת? א. אורבך מרכז את דעות החוקרים במענה לשאלה זו במאמרו ,[52] נ. קרוכמאל לדוגמא, מבסס את שיטתו בנושא ההתפתחות על הכינוי ׳דברי סופרים׳ ולשיטתו נמשכה תקופה זו מימי עזרא ועד שמעון הצדיק. רק החל משמעון הצדיק לדבריו, ״אחרי שהרבו בעסק התורה ויצאו להם הגבלות ופרטים בדיני המצוות והמעשים... הגיעו למה שהגיעו בכח הסברא והעיון... וקראו להם הלכות״ [53]. ״בעקרו של דבר, הולכים בשיטה זו גם פרנקל, הופמן וליטרבך, הם חלוקים רק בנוגע לזמן שבו חל המעבר מדרך הלימוד הקדומה

---

[49] ראו בהרחבה, מידה טובה 2, פרשת ויקרא.

[50] ראו לדוגמא: **לחם משנה** הל׳ שבועות פ״ז ה״ד, **ספר המפתח** ברמב״ם, מהדורת פרנקל, פ״א ה״ב.

[51] להרחבה ראו, מיכאל אברהם, **רוח המשפט**, כפר-חסידים, תשע״ב- 2011, עמ׳ 123. לעניין ניסיונות השחזור של מידות הדרש ראו, את התיאור על ניסיונו של **עתניאל בן קנז** – ילקוט שמעני: בחוקותי, רמז תרפב: יהושע, רמז ד. וכן, בבלי תמורה טז ע״א, שבת קד ע״א.

[52] א.א אורבך, ׳הדרשה כיסוד ההלכה ובעיית הסופרים׳, מתוך הרצאה בקונגרס השני למדעי הרוח, ירושלים, תשי״ז. ההרצאה הופיעה גם ב **תרביץ** כז (תשי״ח) עמ׳ 166-182.

[53] שם.

לזו החדשה״ [54]. מכאן מגיע אורבך להשערה כי הדרך היתה, ״מן המדרש למשנה ומן המשנה בחזרה למדרש״ [55]. ההכרה בדרשה כיסוד להלכה היה תהליך איטי, שהתעצם עם התרופפות הסדר הפנימי ונטילת הסמכויות של הסנהדרין. ״לתואר ׳דרשנים גדולים׳ זכו רק שמעיה ואבטליון״[56].

ד.1. סוגי מיון להלכות הנלמדות בדרכי הדרש.

ההלכות הנלמדות בדרכי הדרש, הפכו להיות חלק מן החלוקה המפורסמת של דיני התורה על פי הרמב״ם. בהקדמה לפירוש המשנה, מציע הרמב״ם חלוקה של דיני התורה שבע״פ לחמישה סוגים שונים[57].

סוג א- פירושים מקובלים מפי משה ויש להם רמז בכתוב, ואפשר להוציאם בדרך סברא ולא נפלה בהם מחלוקת.

סוג ב- הדינים שנאמר בהם ׳הלכה למשה מסיני׳.

סוג ג- הדינין שהוצאו על דרכי הסברא ונפלה בם מחלוקת. בקטגוריה זו מצויים רוב הדינים הנלמדים בדרכי הדרש ההלכתי.

סוג ד- גזירות ותקנות מכל הדורות.

סוג ה- מנהגים.

מ. אילון[58] מציע חלוקה דומה אך שונה:

סוג א- הקבלה.

סוג ב- המדרש – (Interpertation)

סוג ג- התקנה והגזרה - (Legislation)

סוג ד- המעשה Case (פסיקה שיפוטית או התנהגות חכם)

---

[54] שם.

[55] שם.

[56] שם, עמ׳ 175.

[57] להרחבה ועיון ראו את ש.ז.הבלין, **תורתן של גאונים**, א (מבוא ומפתחות), ירושלים, תשנ״ג, עמ׳ 23-27.

[58] מ.אילון, **המשפט העברי**, ח״ב עמ׳ 239-828.

סוג ה- סברה Legal Logic (ההיגיון המשפטי האנושי של חכמי ההלכה).

לענייננו, מ.אילון כמו הרמב"ם אימץ את הסברה כמקור משפטי.

ד.2. קזואיזם כרכיב של התפתחות.

להלכה התלמודית אופי קזואיסטי. היא לא נוסחה בדרך כלל בעקרונות מופשטים אלא בניסוחים קזואיסטים, קונקרטיים או ב'סיפורי מעשה'. נוסח הפסיקות נראה כפסקי דין של Cases, החלטות שניתנו במעשים שהיו[59]. הואיל והמשנה הינה אוסף של הלכות בודדות שנאמרו בכל הדורות הרי מטבע הדברים, גם ההלכות שנתחדשו בבית המדרש בעת ניסיונם לפרש את המשנה היו חלקיות, קונקרטיות, דוגמטיות. האמוראים הוסיפו נדבך חדש **להתפתחות**, "הם הניחו לדורות הבאים את מלאכת ההפשטה, למען יגיעו אליה בדרך אינדוקטיבית- מן הפרט אל הכלל "[60].

לסיכום סעיף זה, להלן דבריו המשמעותיים של אוסטרובסקי:

> כיון שהמידות הן הלכה למשה מסיני, אפשר לומר, **ששמושן קדם לקביעת שמותיהן** (הדגש שלי, ח.ג), כי הרי גם בבטויים המסמנים חלקי הדין, נשתנו השמות מזמן לזמן. וראיה לדברינו, כי הרי הכללים והפרטים שבתורה קורא ר' ישמעאל, 'כלל ופרט', כביטוי של הלל ורבי עקיבא קורא להן רבוי ומיעוט[61].

ד.3. הבעייתיות וההתפתחות בשמות מידת הקל וחומר.

בתלמוד שני שמות למידה זו: 'דין' ו'קל-וחומר'. את השם **דין** אנו מוצאים בשלל הטיות כגון: דין הוא, שיהיה בדין, והלא דין הוא, וכן, 'דיו לבא מן **הדין** להיות כנדון'. המונח **דין** משמעותו בתלמוד 'משפט' כמו "דיני ממונות בשלושה" וגם במשמעות הוראת לימוד כגון: "ודין הוא" [62]. נדרש דיון נוסף ביחס ל"דין" בהוראת הליך בית-מדרשי של דיון, בשונה מהלכה המתקבלת במסורת: "אם הלכה... ואם לדין..." ראה משנה יבמות פרק ח; כריתות פרק ג ועוד. ראה אורבך, הדרשה כיסוד ההלכה. "דין" אופייני לכל הלכה הנלמדת באמצעות אחת מי"ג מידות, גם אם אינה קל וחומר. כך עולה מדבריך בהמשך, ש"דין" הוא תהליך. השם **קל-וחומר** נמצא בשבע המידות של הלל, בברייתא

---

[59] ראו לדוגמא, כתובות כ"ו ע"א-ע"ב, ב"מ ב ע"ב, ועוד הרבה.

[60] מ.זילברג, **כתבי משה זילברג**, האוני' העברית, הוצאת מאגנס, עמ' 23.

[61] מ. אוסטרובסקי, **המידות שהתורה נדרשת בהן**, ירושלים, תרפ"ד עמ' מא, הערה ח.

[62] במדרשי ההלכה מכילתא, ספרא וספרי משמש המונח דין גם לתיאור מידות נוספות בנוסף לקל וחומר, גזרה-שווה ובניין אב.

דרבי ישמעאל וגם בביטוי השגור בבבלי "והלא דברים קל-וחומר" [63]. שם זה המתייחס לאופייה הלוגי של מידת הקל וחומר מצוי גם כשם המתאר את **פעולת הדין** ואת **תוצאות הדין** [64].

הרמב"ם מכנה את המידות שהתורה נדרשת בהן 'אלקואנין' כלומר: חוקים. במונח ערבי זה מתרגם הרמב"ם את המונח היווני-אריסטוטלי **טופוי**. בדגם האריסטוטלי משמש **הטופוי** כדגם לבחינת העקרונות שעליהם מבוססים **ההיקשים הדיאלקטיים**, הדגם עליו מסתמך הרמב"ם כהסבר לקטגוריית מידות הדרש שהתורה נדרשת בהן [65].

לדעת שאול ליברמן [66], משקף מונח הקל וחומר שני סוגים של **סינקריסיס** (=השוואה).לדבריו "הריטורים היווניים מנאום כשלושה כללים [השוואה אל הגדול, השוואה אל הקטן, השוואה אל השווה] ואילו חכמי ישראל ראו בהם שתי מידות [קל וחומר, גזירה שווה]". לפי זה, מונח עברי אחד קל וחומר משמש תרגום של שני מונחים יווניים [67].

הטופוי האריסטוטלי מייצג שלושה סוגי מידע: שם הטופוס ('יותר ופחות'), הניסוח הפורמאלי שלו, כפי שהוצג לעיל, ואת הדוגמה הממחישה את היישום של העקרון הפורמלי. השוואת הטופוי לברייתא דרבי ישמעאל מראה כי השוויון אינו מלא. בברייתא דרבי ישמעאל שם המידה קל וחומר,

---

[63] כגון: כריתות, פ"ג משנה ז-י, מכילתא פרשת משפטים.

[64] כגון: ביצה ה,ב: "כל אלה ביום טוב אמרו- קל וחומר בשבת".

[65] קיימים למעשה ארבעה סוגי **טופוי**. הראשון שבהם מכונה **'יותר ופחות'**: "אם יותר א' הוא יותר ב', אז א' הוא ב'. הטופוי השני בקבוצה זו הוא: כשנשוא אחד נאמר על שני נושאים, אם אין הוא שייך לזה אשר סביר יותר כי ישתייך אליו, אין הוא שייך גם לזה אשר סביר פחות כי ישתייך אליו, ואם הוא שייך גם לזה אשר סביר פחות כי ישתייך אליו, הוא שייך גם לזה שסביר יותר כי ישתייך אליו", ראו אריסטו, טופיקה, 2 , 10 , 114ב , 37 (מהדורת פורסטר). אבירם רביצקי, ההיקשים ההלכתיים, עמ' 215, מדגים טופוי זה באמצעות הדוגמה הבאה: "אם כשהאב כועס על בתו, הבת ראויה לעונש, כשהאל כועס עליה היא ראויה גם כן לעונש, ולצד אחר: אם כשהאל כועס על הבת אין היא ראויה לעונש, גם כשאביה כועס עליה אין היא ראויה לעונש". דוגמה זו, היא פראפרזה לדוגמה הנמצאת בסכוליון בברייתא דרבי ישמעאל.

[66] ש' ליברמן, **יוונית ויוונות בארץ ישראל**, ירושלים, תשכ"ג, עמ' 194.

[67] לטענה זו השלכה בדבר שאלת מציאתם של מונחים פילוסופיים טכניים בספרות חז"ל, על השלכה זו משיב ליברמן עצמו בספרו: Texts and Studies

וב׳סכוליון׳[68] רשימת דוגמאות לכל מידה. אין הברייתא מציעה הגדרה פורמלית עליה מבוססת הדוגמה, ואנו יכולים רק ליצור את ההגדרה בהתבסס על הדוגמה בסכוליון.

השם קל וחומר בצורתו השגורה בפינו משונה משום ש**קל** הוא תואר ו**חומר** הוא שם מופשט והרכבתם יחד הינה דבר מוזר [69]. אבירם רביצקי מציג בעבודתו שלוש שיטות המתמודדות עם בעיה זו [70]. שיטת **מהר״י אבואב** – בנסיבות מסוימות שמות תואר הופכים להיות שמות עצם כגון: ׳ואני תפילה׳. שיטת **ר׳ יצחק דה ליאון** (כפי שהובאה בשם תלמידו ר״ש אבן סיד) - הסימנים הלשוניים של קל וחומר אינם מבטאים את העניינים: ׳נושא קל ויש בו חומר המלמדים על נושא חמור שיש בו חומר׳. הם מבטאים את העניינים: ׳נושא קל ויש בו חומר או נושא חמור ויש בו חומרא, הוא דבר **קל** לשכל״. שיטה שלישית היא **הצעה שניה של מהר״י אבואב עצמו** (בניסוחו של אבירם רביצקי)**-** ״ את תקפותה של הצורה השניה שבמהות הק״ו, אנו מסיקים מתוך הצורה הראשונה, אך היא אינה מתבטאת בשם המידה״.

שווארץ פותר בעייה זו באמצעות שינוי גירסה, **קול וחומר**, בחולם מלא במקום קל וחומר [71]. שמא פרידמן[72] קבע שהנוסח קול וחומר הוא הנוסח הקדום. קביעה זו מייתרת למעשה את שלל ההסברים הפילולוגיים המובאים בעבודתו של רביצקי כניסיון לפתרון הבעייה.

אבירם רביצקי מגדיר את הבעייה השניה בשם ׳קל וחומר׳ כך:

---

[68] אליעזר פיקלשטין מכנה את **הסכוליון** ׳ברייתא דדוגמאות׳ ראו: ספרא דבי רב (מהדורת פינקלשטיין) א, (מבוא), עמ׳ 187.

[69] תיאור זה מסתמך על תיאורו של אדולף שווארץ בתחילת ספרו: ״... על הרכבה מוזרה של תואר השם או שם עצם מורגש, עם שם עצם מופרש, לתואר אחד מלאכותי אין איש יכול לעבור בהיסח הדעת״. א. שווארץ **קל וחומר בספרות התלמודית,** קראקה 1905, מבוא. (להלן: שווארץ).

[70] א׳ רביצקי, ׳השפעת הלוגיקה האריסטוטלית על הבנת דרכי הדרשה ההלכתית בימי הביניים׳, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, תשס״ה. (להלן: רביצקי).

[71] בין יתר הוכחותיו מסתמך שווארץ גם על כתב יד ואטיקן אסימני 66, ראו רביצקי עמ׳ 293.

[72] ראו: S. Friedman, ׳Ancient Scroll Fragment׳, *JQR* 36 (1995), p. 5. הוא כותב לדוגמה:

It has long been accepted that קול וחומר is the original tannaitic form of this phrase as can be seen from the noun forms when they appear separately, such as mHal 4.5

.. הבעיה היא בעיה סמנטית: היחס בין השם ובין העניין. הבעיה נוצרת מכך שמהות הקל וחומר כוללת שתי צורות לימוד: א. נושא קל ויש בו חומר, ילמד על נושא חמור שיהיה בו חומר. ב. נושא חמור ויש בו קולא, ילמד על נושא קל שתהיה בו קולא, ברור כיצד המונח קל וחומר הוא שם וצורה לראשונה, אך כיצד ניתן לומר כי הוא שם גם לצורה השנייה? הלא השם לצורה השנייה הוא חמור וקולא (או חמור וקול)?

בעייתיות זו מתוארת אצל רוב פרשני המידות בניסוחים שונים, ברם, רביצקי היטיב לנסחה בעיקר בשל לשונו המודרנית. בספרות הכללים שני דרכי הסבר לקשיים אלו. יאיר חיים בכרך[73] משיב על קושי זה בקצרה ובאופן לאקוני: "[...] דלמא נקט ק"ו ולא חמור וקל ותירץ ['בעל הליכות עולם'] מפני שהוא הרוב, א"נ שהוא ק"ו שבתורה ואביה ירק ירק וגו'. ונ"ל עוד דניחא לתנא להקדים החסד, כידוע שכל כשר פטור ומותר וטהור מצד החסד". הסברו הראשון מבוסס על סטטיסטיקה ומסבר את אוזן, לא כן שאר הסבריו. לדברים אלו יש להוסיף את ההסבר הכללי הטמון בדרכי לשון חז"ל שלפיו נוטים להקדים שם קצר לשם ארוך[74].

ד.4. מדוע מוצגת מידה זו ראשונה בברייתת י"ג מידות?

על השאלה מדוע התחיל ר' ישמעאל את ברייתת י"ג מידות במידת הקל וחומר דווקא, משיבים רוב פרשני המידות. להלן בתמציתיות שני סוגי תשובות בעלי גוון שונה לחלוטין. יואל צבי ראטה כותב בשם הרלב"ג (בספר 'שערי צדקי המיוחס לרלב"ג): "הטעם שהתחיל בזו המידה של ק"ו יותר משאר המידות, בעבור שהיא מבוארת בעצמה יותר מכולם, כמו שהתמונה הראשונה מהקש של היגיון שהיא יותר מבוארת משאר התמונות, באמרך, העולם מצוייר וכל מצוייר מחודש, יתחייב ממנו חיוב ראשון שהעולם מחודש, כך הוא הקל וחומר" [75]. האנלוגיה בין היגיון הקל וחומר ללוגיקה האריסטוטלית מוצגת באופן ברור. התמונה הראשונה בתורת ההיקשים הקלאסית היא BARBARA, מבוארת ביותר וברורה לכל בר בי רב. כך הוא הגיונו של הק"ו ביחס לשאר המידות ולכן הוחל בו.

---

[73] י' בכרך, **מר קשישא**, ירושלים, תשנ"ג, ערך 'קל וחומר'. באופן דומה משיב גם יעקב חאגיז, **תחילת חכמה**, בתוך '**ספר כריתות**', וירונא, ת"ז דף ב(ד): "ולא חש ר' ישמעאל להביא אלא זה קל וחמור ולא חמור וקל, לפי שזה המציאות שיש בתורה והוא הדין להיפך".

[74] ראו: ש"י פרידמן, 'כל הקצר קודם', לשוננו לה (תשל"א), 117-129.

[75] פירוש מעט צר"י ל'**ספר הכריתות**' לרב יואל צבי ראטה, ברוקלין, 1961, חלק א, בתי מידות, בית א, חדר א, חלון יא, עמ' כד.

אוסטרובסקי [76], תולה את הסיבה לכך בעובדה שהקל וחומר הוא **מן התורה** במובן הפשוט והלא דרשני של הביטוי. כלומר, התורה עצמה מדגימה את השימוש במידה זו שלא כבשאר המידות.

ד.5. ההתפתחות בהגדרות המילוליות של ה'קל וחומר' ולהגיונו

הגדרה מילונית ראשונה לקל וחומר אנו מוצאים אצל ר׳ אהרון אבן חיים (נולד בפאס, מרוקו בסביבות שנת 1555): ״פעולת המחשבה ללמוד השואה לשני מנגדים מכח הנגוד״ [77]. זוהי הגדרה לוגית מהוקצעת מאוד המובנת ליודעי ח״ן בלבד. אני מבקש לא להיכנס לתוך ׳שדה המוקשים׳ של הגדרה אבסטרקטית לקל וחומר משום שלא יהיה בכך תועלת למחקר זה. ההגדרה המילונית (ולמונחים, היא לרוב אבסטרקטית), מקבעת מטבעה את המהות הפנימית ואת שאר הרכיבים המגדירים של המידה והיא מזמינה אינספור שאלות המעמידות בספק את נחיצותה. [78] ר׳ שמשון מקינון, ״הראשון שחבר ספר מיוחד לביאור כללי התלמוד״[79], לא נפל בפח זה. הוא התחיל את פירושו למידת הקל וחומר בציטוט ׳ההגדרה׳ מברייתת יג׳ מידות, שהיא כידוע אינה הגדרה מילונית אלא דוגמה מקראית. הבנת מהות המידה בעבודה זו תהיה דרך ׳ההיקף׳ (ובכך, אני הולך בעקבות רוב הפרשנים והחוקרים), כלומר, דרך צורת הישום, הניסוח החזל״י, הרכיבים והמודל הלוגי עליו היא מבוססת[80].

אין בחז״ל הגדרות והתייחסות מפורשת לחלקי הקל וחומר ולמנגנון פעולתו. המקור המפורש ביותר המתייחס לנושא זה בעקיפין הינו הכלל המגביל את כוחו היוצר של הקל וחומר: ׳דיו לבא מן הדין להיות כנדון׳. מניסוח הכלל החשוב הזה אנו למדים כי לקל וחומר ג׳ חלקים: הנדון, הדין,

---

[76] מ׳ אוסטרובסקי, **המידות שהתורה נדרשת בהן**, ירושלים, תרפ״ד, בתחילת הפרק בעניין יסודו של הקל וחומר.

[77] אהרון אבן חיים, **מדות אהרון**, ירושלים, תשנ״ב פרק י״ב, חלק ראשון.

[78] זו מן הסתם הסיבה למחלוקת הקשה שבין שווארץ לאבן חיים (כפי שנראה בהמשך העבודה בסעיפים הבאים), שכן שניהם ניסו לאפיין ולהגדיר את מהות הקל וחומר בדרך מילונית.

[79] שווארץ, עמ׳ 12.

[80] גם הסילוגיזם, (המהווה לדעת שווארץ, את היסוד הלוגי של הקל וחומר), על פי אריסטו, הוא זוג הגדרות **מהותיות** שמסקנה הכרחית מעט פחות נגזרת מהן. כמה מהקטעים ב׳אורגנון׳ של אריסטו מוקדשים להסבר האופן שבו מתגלות ההגדרות המהותיות. בקצרה- את ההגדרות המהותיות מגלים, הן באמצעים לוגיים ממש, כגון: הפרכות דיאלקטיות וכן באינטואיציות ובאינדוקציות. במובן המודרני, הגדרה היא כל פסוק זהות או שקילות של ביטויים אשר בצד אחד מצוי הביטוי המגדיר ובצדו השני הביטוי המוגדר. בהגדרה האריסטוטלית (=המסורתית), ההגדרה היא באמצעות ׳ההיקף׳ כלומר: באמצעות מניית מאפייניו של ׳היש׳. ׳ההגדרה׳ האריסטוטלית היא אם כן מחמירה יותר, בשל מחוייבותה לקבוע קריטריונים מהותיים לזהותם העצמית של ה׳ישים׳. להרחבה ראו: נמרוד בר-עם, ׳הלוגיקה בין אפיסטמולוגיה למתודולוגיה׳, עיון, רבעון פילוסופי, תשרי-תשס״ג, עמ׳ 375-388.

והבא מן הדין. אלו הם חלקים המתארים 'תהליך'[81]. מתוך רשימה זו איננו יודעים לומר בוודאות מיהו הנדון ומהי פעולת הדין. בעולם הפרשני, אנו מוצאים ניסיונות שונים להגדרת חלקי הקל וחומר. כך לדוגמה כותב יעקב חאגיז: "כל ק"ו יש לו ג' גבולים, מלמד, ולמד והנגוד שביניהם. והוא בנוי על יסוד א', שכל דבר ראוי שיקרב אל דומהו, החומרא לחמור והחמור לקל"[82]. בניסוח זה קיימת התייחסות סכמטית וכוללת, ברם, בהמשך כותב **חאגיז** כי קיימים שני סוגים של **מלמדים**: **עיקרא דדינא** שהוא חומרת הק"ו והמלמד השני הוא **סוף דינא**[83].

על בסיס הגדרת חלקי הקל וחומר ותפקידם, בונה הפרשן את 'תורת הקל וחומר' ומתאים אותה למופעיה בחז"ל. אצל פרשן אחר, **יצחק אבואב**, למידת הקל וחומר ארבעה חלקים: "צורת הק"ו הוא נעשה מארבעה דברים והם למד ומלמד ומגלה ודבר הנלמד"[84]. הפרשן משתמש במונח צורת הקל וחומר במשמעות האריסטוטלית, כלומר: עניינו הוא **הצורה** ולא **החומר**. כאן מעבר מן **הבא מן הדין ללמד**, ומעבר מן **הנדון למלמד.** קיימת כאן הבחנה בין **הלמד**, כלומר המשתנה, הפונקציה, החלק המכונה הבא מן הדין, **לדבר הנלמד**, שהוא העניין הספציפי הנלמד בק"ו מסוים. זהו בפירוש מאפיין בולט בפירושים הפורמליים, שמטרתן הינה הצגת הענין הפרגמטי הכללי ולא הבנת סוגיה הלכתית מסוימת.

מהו או מיהו **המגלה** בהגדרה זו? נראה שהכוונה היא ליסוד הלוגי של ההשוואה בין חומרא לקולא, הטריגר לבצוע כל פעולת הדין. בתיאור זה 'ערבוביה' של מתודה ומתודולוגיה. חלקים מובחנים מן ההיבט הפרגמטי אל מול המנגנון הלוגי, פורמאליזם מול מטריאליזם. המכנה המשותף לכל ניסיונות החלוקה וההגדרה נמצאים למעשה בניסוחים חז"ליים של הקל וחומר, כלומר: קיומם של הקדמות ומסקנות ותהליך עיבוד כלשהו המתבצע בתווך. ברם, בניסוחי הקל וחומר אין **סדר**

---

[81] במונחי 'מערכות מידע', תיאור זה של חז"ל מתאים למה שמכונה DFD (Data Flow Diagram), תרשים זרימת נתונים. זהו כלי בהנדסת תוכנה המציג באופן חזותי (סכמטי) את תהליכי העיבוד המתרחשים במערכת מידע. ובמילים אחרות **הנדון** הוא ה- Input , פעולת **הדין** הוא ה- Processing והבא מן הדין הוא ה- Output .

[82] יעקב חאגיז, **תחילת חכמה**, ווארשה, עמ' 4.

[83] שם.

[84] פירושו של אבואב הוא אחד משישה פירושים למידות שהתורה נדרשת בהן מחוגו של ר' יצחק קנפטאון (ספרד, המאה ה-15). שני פירושים מר' שמואל אלולנסי, פירוש ר' שמואל אבן סיד בתוך ספר 'כללי שמואל', תלמידו של ר' יצחק דה ליאון שהיה תלמידו של ר"י קנפטון וחתנו של מהר"י אבואב, פירוש חמישי מר' משה בן יוסף דנון תלמיד מהר"י אבואב ופירוש שישי מפרשן אנונימי, 'כללי הקל וחומר', נמצא בכת"י לונדון, מונטפיורי 158. דברים אלו על חלקי הק"ו נמצאים בכ"י ששון 1046, מכון לתצלומי כתבי היד העבריים, סרט 9291, עמ' 74.

פילולוגי מחייב, פעמים מסקנתו של הארגומנט מנוסחת בתחילה או בתוך הקדמותיו. כך לדוגמה מנסח זאת **קופי**[85] "לכן מסקנתו של ארגומנט איננה ניתנת לזיהוי לפי מקומה בנוסח הארגומנט". בעבודה זו אאמץ את החלקים והמודל כפי שהתגבשו בחקר המידה במחקרים האחרונים[86].

ד.6. ההתפתחות בשיטות לקביעת מהות הקל וחומר

במידות אהרון[87] מוגדרות שלוש שיטות לקביעת מהות הקל וחומר והגיונו. אוסטרובסקי בספרו[88] מצטט את ניסוחיו של בעל מידות אהרון, דן בהם ולבסוף בוחר באחת מהן.

ד.6.א. שיטה ראשונה:

"מהות הקל וחומר היא, לימוד ההשוואה לשני מנגדים מכוח הניגוד" [89]. באור דבריו בלשון מודרנית הוא כך: בקל וחומר משווים שני נושאים על פי הנגוד שבין שניהם, כלומר ביחסי הקולא/חומרא שביניהם. ברם, במלמד עצמו קיים אותו ניגוד שבדבר אחד הוא קל ובשני הוא חמור. ומה באשר לשאלה, מדוע הניגוד שביניהם מחייב את השוואתם? על כך הוא עונה:

> והנה הוא בנוי על יסוד אחד והוא, שכל דבר ראוי שיקרב אל דומהו, החומרא לחומרא והקולא לקל, וזה אשר **יכריחנו** (הדגש שלי, ח.ג) לומר ולדון כי החומרא הנמצאת בקל שתקרב ותמצא בחמור... שאם ראובן, בהיותו קל, נמצאת בו חומרא, יותר ראוי שתמצא בשמעון אשר הוא חמור בדבר שראובן קל בו, כי הדבר יקרב אל דומהו, יותר ממה שיקרב אל בלתי דומה לו" [90].

---

[85] אירוינג מ. קופי, **מבוא ללוגיקה**, תל אביב, תשל"ז, עמ' 24-25. קופי מונה מקצת מן הביטויים שתפקידם להציג את **המסקנה** כגון: 'לפיכך', 'הרי', 'מכאן', 'לכך', 'כתוצאה מכך', 'נובע מכאן', 'יוצא איפה', ועוד. גם להקדמות ביטויים כגון: 'הואיל ו..', משום ש' היות ש', 'שכן' , 'שהרי', ועוד....

[86] בעיקר מחקרי 'מידה טובה'.

[87] **מדות אהרון**, פרק ב, חלק ראשון.

[88] **המידות שהתורה נדרשת בהן**, פרק שני, עמ' 103-107.

[89] "ולזה 'חלק הקל וחומר לשני מינים, האחד הוא לימוד חומרא לחמור מן הקל, ר"ל, מפני המצאה בקל, והשני לימוד קולא לקל, מן החמור. וזה שאם מוציאים נושא שהוא קל בדבר מה, ומצינו בו חומרה ידועה, נדון מזה ונאמר, שדין הוא שתמצא אותה החומרא במי שהוא חמור באותה הקולא אשר הנושא הראשון קל בה..."', שם. בשל לשונו הארכאית של **מידות אהרון** אני מעדיף את הסבריו של אוסטרובסקי לניסוחיו הקשים.

[90] שם.

״יסודות אלו, כח הנגוד וחוק ההשוואה, מביאים לידי תוצאה **אפשרית** של הקל וחומר, על אף שיש הרגשה בשמה שיש בה יסוד הגיוני המחייב **בהכרח תוצאתה**, ובאופן זה שבדברי ר׳ אהרון אבן חיים לא מצאנוה״[91].

7.6.ב. שיטה שניה:

״ולזה צריך להקדים, מידת הקל וחומר בנויה על שלש הקדמות מוסכמות והם אלו: (א) כל דבר תלוי בסיבותיו, (ב) כל סיבה תתייחס למסובב ממנה, ולא כל דבר יהיה סיבה לכל דבר... (ג) כי בהמצא הסיבה כאשר תהיה סיבה עצמית, בהכרח ימצא המסובב...״[92]. גם שיטה זו אינה מניחה את דעתו של אוסטרובסקי. לדבריו ״מי אומר שהדין המסופק, גם אם יפתר בחיוב, הוא סיבה לראשון? וכי משום שאין אנו מוצאים סיבה אחרת אנו יכולים להחליט שזוהי סבתו של המפורש?״.

לבסוף הוא בוחר בהיגיון המוצע על ידי **שוואַרץ.**

7.6.ג. השיטה השלישית: (שיטת שוואַרץ)

שאנו רואים במהות הקל וחומר אותה המהות ההגיונית שבהיקש המופתי של אריסטו״. (מסוג BARBARA, ח.ג). מהו ההיקש המופתי של אריסטו? ״בהיות לפנינו שני מאמרים צודקים, ויסוד אחד משותף לשניהם, אפשר להוציא מאמר שלישי שנושאו הוא המאמר השני, ונשואו הוא נשוא המאמר הראשון, הקש זה בנוי על שתי הקדמות, אחת כללית ואחת פרטית, ואנו באים לחרוץ משפט על היסודות הבלתי משותפים שבשתי ההקדמות (סובייקט ופרדיקט) שיש ביניהם **יחס** (ההדגשה במקור, ח.ג) על ידי היסוד האחד (מדיוס) המשותף לשניהם [93].

המבנה הסכמטי של היגיון זה על פי אוסטרובסקי הוא כך[94]:

---

[91] שם.

[92] שם.

[93] שם.

[94] בהמשך העבודה, נראה כי רוב החוקרים המודרניים של מידת הקל וחומר דוחים את הטענה הזו שלפיה קיימת זהות בין היגיון הקל וחומר החזל״י ובין ההיקש המופתי של אריסטו. בהקשר זה יש לציין את מאמרו של רוזנברג, ׳היגיון, שפה ופרשנות המקרא בכתביו של ר׳ יוסף אבן כספי׳. לדברי רוזנברג, כספי מקבל במלואו את ההגיון האריסטוטלי גם בהקשר המקראי. האבן- עזרא מוצא היקש סלוגיסטי גם בספר משלי. שם, משתי הקדמות יוצאת דעה שלישית. כלומר: ׳הגיון הק״ו החזל״י אינו העתקה מרעיון יווני קדום אלא משוקע בכתובים. מאפיינים נוספים נמצאים אף הם לדבריו במקרא, כגון: הרמוניזציה, סימבוליקה, סודות פילוסופיים ואפילו היקש סילוגיסטי כולל הקדמותיו.

הקדמה ראשונה כללית: כל החומרות של **א'** (הקל) נמצאות גם ב **ב'** (החמור)

הקדמה שניה פרטית: **ב' הוא חומרת א'**

התוצאה: ב' הוא גם חומרת **ב'**

ה. סוגיית נידה – סוגיית היסוד הראשונה לעניין מבנה והגבלת הקל וחומר.

סוגיות נידה ובבא קמא הם סוגיות היסוד התנאיות הדנות בקל וחומר ובמגבלתו העיקרית 'דיו'. המשנה בנידה היא הראשונה מבין השניים בשל שמות התנאים המוזכרים בה וראשוניותה באה לידי ביטוי גם במחקר של שווארץ. הדיון הקצר בסוגיית נידה לפני סוגיית בבא קמא, אינו רק בשל ראשוניותה. בסוגיה זו, אנו נחשפים לראשונה במושגי היסוד הקמאיים של הקל וחומר ומגבלתו העיקרית 'דיו'. כדי להראות את 'ההתקדמות' בסוגיית בבא קמא ביחס לסוגיית נידה, הכרחי להציג את עיקריה תחילה.

ה.1. סוגיית נידה: משנה (קאופמן) נדה, ד ה

> המקשה בתוך שמונים שלנקבה כל דמים שהוא רואה טהורים עד שיצא הוולד, ר' אליעזר מטמא. אמרו לו לר' אליעזר: מה אם במקום שהחמיר בדם השופי הקל בדם הקושי מקום שהקל בדם השופי אינו דין שנקל בדם הקושי? אמ' להם: דיו לבא מן הדין להיות כנדון, ממה הקל עליה מטומאת זיבה אלא[95] טמאה היא טומאת נידה.

חכמים ורבי אליעזר חולקים במשנה זו במציאות המוגדרת במשנה: "המקשה בתוך שמונים של נקבה". חכמים עושים שימוש בק"ו כדי לנמק את דעתם ורבי אליעזר עושה שימוש בדין 'דיו' כדי לפרוך את הק"ו או כדי לנמק את דעתו.[96] הק"ו כללי, סימבולי, ומדגיש את הטיעון הלוגי.[97]

בפרוט התוכני של ה'דיו', משתמש רבי אליעזר במושגים 'טומאת זיבה' ו'טומאת נידה'.[98] אשה שרואה דם נעשית נידה מדין תורה, לשבעת ימי נידה.[99] אם ביום השביעי פוסק הדם, מדין תורה

---

[95] בכת"י דה רוסי 138, ובכת"י דה רוסי 497: "אבל טמאה היא טומאת נידה". גם 'אבל' וגם 'אלא' הם לשונות הנגדה. יש כאן שריד קדום של המילה 'אלא', ראה בעניין זה את דברי ש' פרידמן ב'תלמוד ערוך', גיטין פרק ט', בבלי פב ע"א, הנמצא בהדפסה.

[96] שתי האפשרויות: פריכת הק"ו, ונימוק לדעתו במשנה אינן חייבות לחפוף בהכרח. אפשר שהוא פורך את הק"ו של חכמים מצד אחד, אך מנמק את דעתו בנימוק אחר, מצד שני. חשיפת כוונתו של רבי אליעזר באמירת ה'דיו' הינה מן השאלות המרכזיות הנדונות בהמשך.

[97] כלליות הק"ו, הסימבולית, והלוגיקה המשוקעת בו יובהרו בהמשך. ברם, כבר בשלב זה יש לשים לב לניסוחים המיוחדים שבק"ו זה.

[98] 'הפרוט התוכני' של ה'דיו', הוא מושג שיוזכר שוב ושוב בעבודה. טיעון ה'דיו' בכל סוגיות ה'דיו' התנאיות מורכב מאזכור הכלל: "דיו לבא מן הדין להיות כנדון", ולאחריו 'פירוט תוכני', המיישם את הכלל בסוגיה הרלוונטית. ראה פרק א.

[99] הפרוש למושגים בסעיף זה לקוח ברובו מן האנציקלופדיה התלמודית בערכים הבאים: מנין ימי הטוהר, כרך ז, עמוד תצ"ו; דם קושי, כרך ז, תקמג-תקמד; זיבה-כרך יא, תרע; דם טוהר, כרך ז, תקלו-תקלח.

היא טובלת ביום השמיני והיא מותרת לבעלה. לאחר שבעת ימי הנידה מתחילים ימים אחרים הקרויים ימי זיבה. ימים אלו נמשכים אחד עשר יום, ובהם הדם שהיא רואה נקרא דם זיבה.[100] לאחר תום הימים האלו היא חוזרת שוב לימי הנידה.

ה.2. דם הקושי

דם הקושי הוא הדם היוצא מן האשה בשעת חבלי לידה. סוגיות שונות במסכת נידה עוסקות בשאלות הנוגעות לדם זה,[101] כגון: האם הוא טהור? האם יש הבדל בין דם הקושי היוצא בימי זיבה לזה היוצא בימי נידה? האם דם זה מיוחד במראהו ובצורתו? והאם הוא בא מאותו מקור של שאר הדמים באשה? דם זה טהור בימי זיבה מן התורה. על היולדת נאמר במקרא "וטמאה שבועים כנדתה" (ויקרא יב, ה) וחכמים דורשים "ולא כזיבתה", ובלשון התנאים, האשה "אינה יולדת בזוב".[102]

מדין תורה שבעה ימים לאחר לידת זכר או ארבעה עשר יום לנקבה, האשה טובלת ומותרת לבעלה. אם תראה דם לאחר מכן, (בתוך שלושים ושלושה ימים לזכר, או ששים וששה ימים לנקבה) דם זה יהא טהור מטומאת נידה. ימים אלו קרויים 'ימי הטוהר' והדם הוא 'דם טהור'. אם ראתה דם קושי בימי הזיבה שלפני לידתה, אינה יולדת בזוב ודינה ככל יולדת רגילה, דהיינו: לאחר ימי הטומאה (=שבוע לזכר ושבועיים לנקבה), טובלת, ומדין תורה מותרת לבעלה.

---

[100] במדרש תנחומא (בובר), פרשת מצורע, פסקה טו, עמ' 52: "שכך שנו חכמים אחד עשר יום שבין נדה לנדה הלכה למשה מסיני", 'הלכה למשה לסיני' הוא מונח שרבים מן החוקרים הרבו לעסוק בו, כגון: ב.ז.בכר, ערכי מדרש', 1922, עמ' 30, או ספראי, 'הלכה למשה מסיני- הסטוריה או תיאולוגיה'? הקונגרס העולמי למדעי היהדות 9, ג (תשמ"ה), עמ' 23-30. יש סבירות להניח כי מדובר על הלכות שלא נמצא להם ביסוס במדרשי ההלכה). בירושלמי ברכות, פ"ה ה"א, ח ע"ד: "תני בר קפרא אמר אחד עשר יום שבין נדה לנדה הלכה למשה מסיני". א"א אורבך, חז"ל - אמונות ודעות, ירושלים, תשל"א, עמודים: 291, 310, 311, 521, 534, מסתפק בכך. לדבריו אחר חורבן הבית מטשטש ההבדל בין 'הלכה' לבין 'דברי סופרים'. בעיני ר"ע ותלמידיו "כל התורה כולה היא הלכה למשה מסיני" (בבלי נידה מה ע"א).

[101] ראה בעיקר, נדה פרק שלישי משניות ד-ו: "המקשה לילד בימי זיבה ורואה דם אינה נעשית זבה", ושם, משנה ז: "אחד עשר ימי זיבה בחזקת טהרה".

[102] בבלי נדה, לו ע"ב: "אמר אבוה דשמואל: אמר קרא (ויקרא יב, ה) וטמאה שבועים כנדתה - ולא כזיבתה, מכלל דזיבתה טהור", וכן: בבלי נדה, לח ע"ב; בבלי נדה, מא ע"א: "תנו רבנן: המקשה שלושה ימים, ויצא ולד דרך דופן - הרי זו יולדת בזוב, ורבי שמעון אומר: אין זו יולדת בזוב".

ה.3. דם השופי

אשה שראתה דם שלושה ימים רצופים מחמת קושי הלידה (=צירים) בתוך אחד עשר יום, דהיינו: בימי הזיבה, ו"שפתה מעת לעת", נחה מחבלי הלידה (מעת לעת=24 שעות) וילדה אחרי ששפתה, הרי זו יולדת בזוב לדברי רבי אליעזר, ודם זה קרוי דם השופי. המושג לקוח ממשנה קודמת (ד,ד): "המקשה נידה קישת שלושה ימים בתוך אחד עשר שפת מעת לעת וילדה הרי זו כיולדת בזוב דברי ר' אליעזר".[103] בויקרא יב, ב נאמר: "אשה כי תזריע וילדה זכר, וטמאה שבעה ימים, כימי נדת דותה תטמא", הפסוק מתפרש כך: אשה יולדת צריכה להיות טמאה שבעה ימים בלבד (לזכר) לאחר לידתה. אם אחזוה צירים וראתה דם שהפסיק לפני הלידה למשך שלושה ימים ברציפות, מתברר בדיעבד שהיה זה דם זיבה ולא דם קושי מחמת הצירים, משום שדם הצירים לא נפסק פתאום. נמצא אם כן, שיולדת בזוב (=דם השופי) תטמא טומאת יולדת (שבעה לזכר או ארבעה עשר לנקבה), תטבול פעם ראשונה לטומאת לידה, תספור שבעה ימים נקיים ("כימי נדת דותה") תטבול פעם שנייה, ואז תהיה מותרת לבעלה.[104]

ה.4. המחלוקת במשנה על פי רש"י

'המקשה בתוך שמונים' הוא דם הקושי שרואה האשה בימי הטוהר שלאחר הלידה. רש"י מציג שני מקרים אפשריים למציאות הלכתית זו.[105] מצד אחד, מצויה האשה בימי הטוהר של הלידה הראשונה וכל דם שהיא רואה טהור הוא. מצד שני, דם זה, עשוי להיות דם קושי של הנפל ולא דם הטוהר ולפיכך מעמדו עשוי להיות שונה. חכמים סבורים שכל דמים שהיא רואה בתקופה זו טהורים, עד שיצא הוולד. הם יוצרים ק"ו לחיזוק עמדתם: "ומה במקום שהחמיר בדם השופי, היקל בדם הקושי, מקום שהיקל בדם השופי אינו דין שהקל בדם הקושי"?! רבי אליעזר משיב בדין 'דיו'. לדבריו (ועל פי פרוש רש"י על אתר), יש ללמוד דין קושי שבתוך ימי הטוהר של "מקשה בתוך

---

[103] הלשון "מקשה - נידה" מקוצרת וכוונתו ל: 'המקשה לפני לידתה הרי זו נידה'.

[104] כל ההסבר, על פי חנוך אלבק, פירוש למשנה, ירושלים, תשי"ט. פרק רביעי (בנות כותים), משניות ד-ז.

[105] בבלי נידה, לח ע"ב, רש"י על אתר, ד"ה 'המקשה תוך שמונים': "שנתעברה בימי טוהר או שנשתהה ולד אחר חברו ב חודשים וחצי. אחד, נגמרה צורתו באמצע שביעי, ואחד נגמרה צורתו לסוף תשיעי, כמעשה דיהודה וחזקיה בני ר' חייא", (בבלי נדה כז עא).

שמונים״ מקושי דעלמא (=מקושי שלפני הלידה הרגילה, הראשונה). מה בקושי זה הקלה התורה רק בטומאת זיבה, אבל לא הקלה בטומאת נידה, גם כאן אומר רבי אליעזר, יהא דינה כך.[106]

ה.5. דיון בניסוח הסימבולי של הק"ו

בניסוח מעט סימבולי, עם ׳קביעה נורמטיבית׳ מפורשת, ועל פי פרוש רש״י ׳על אתר׳, נראה הק״ו כך:

(1) : דם שופי: שלפני לידה רגילה, יולדת בזוב.

(2) :דם קושי: שלפני לידה רגילה, אינה יולדת בזוב אם ראתה בימי זיבה, אך יולדת בזוב אם ראתה בימי נידה.

(3) : דם שופי: של ״מקשה בתוך שמונים״, טהור בכל מקרה גם אם ראתה בימי זיבה וגם אם ראתה בימי נידה.

(4) : דם קושי: של ״מקשה בתוך שמונים״ אינו דין שיהא טהור בכל מקרה, גם אם ראתה בימי זיבה וגם אם ראתה בימי נידה?!

על פי רבי אליעזר, ׳הבא מן הדין׳ הוא דם הקושי של ״מקשה בתוך שמונים״, [=(4)]. ׳הנדון׳, הוא דם הקושי שלפני הלידה הרגילה, [=(2)].[107] חכמים מבקשים באמצעות הק״ו לקבוע שהלמד (=הבא מן הדין) יהיה קל יותר מן המלמד (=הנדון), ובלשון סכמאטית/לוגית קצרה, הם מבקשים למנף את הק״ו. חכמים מבקשים לקבוע שדם הקושי של ״מקשה בתוך שמונים״ יהא טהור בכל מקרה, על אף שדם הקושי הרגיל (=המלמד), טהור רק בימי זיבה.[108] רבי אליעזר מדין ׳דיו׳ מבקש לבטל את

---

[106] כלומר, גם דם הקושי בימי טוהר יטמא טומאת נידה אם ראתה בימי נידה. כך מבארים רש״י ותוספות על אתר. הרמב״ם בפירושו למשנה הסביר את כוונת רבי אליעזר, שאם ראתה בימי זיבה מטמאה כנידה, כי אין הקושי מטהרה אלא רק מטומאת זיבה ונמצא שהקל וחומר לא הועיל כלל לדם בימי זיבה.

[107] יש הכרח לומר כך, שהרי רבי אליעזר אומר: ״ממה הקל עליה מטומאת זיבה, אבל טמאה טומאת נידה״. הלכה זו שייכת רק ל-(2), דם הקושי שלפני הלידה הרגילה, שהרי ב-(3) הדם טהור גם בנידה וגם בזיבה. להלן, בנתוח הק״ו של המשנה, יכונה ׳דיו׳ זה, בלשון בעלי הכללים ׳דיו אריש דינא׳. קשה להבין את טיעונו של רבי אליעזר ב׳דיו׳ מסוג זה, מבלי לראות את ׳התמונה הכוללת׳ כפי שתוצג בהמשך בסיוע מקורות תנאיים משלימים. המאירי ב׳בית הבחירה׳ ׳על אתר׳ מנסח את הקושי בהבנת ׳דיו׳ זה כך: ״דיו הלכה פסוקה היא... אינו נופל בכאן יפה״.

[108] כל זאת, רק אם ניצור זהות בין ׳המלמד׳ לבין ׳הנדון׳.

המינוף, בכך שהוא משוה את מעמד דם הקושי של 'מקשה בתוך שמונים', למעמד הדם של קושי ביולדת רגילה. בלשונו: "ממה היקל עליה? מטומאת זיבה אבל טמאה טומאת נידה".[109]

[109] ביטול המינוף שחכמים יצרו בק"ו, יכול מן ההיבט המתודולוגי גם לייתר את הק"ו אליבא דחכמים.

ו. סוגיית בבא-קמא: סוגיית היסוד השניה לעניין מבנה והגבלת הקל וחומר.

(ז) ושור המזיק ברשות הניזק, כיצד? נגח, נגף, נשך, רבץ, בעט — ברשות הרבים משלם חצי נזק. ברשות הנזק — ר׳ טרפון אומ׳: נזק שלם, וחכמ׳ אומ׳: חצי נזק.

(ח) אמ׳ להם ר׳ טרפון: מה אם במקום שהקל על השן ועל הרגל ברשות הרבים, שהוא פטור, החמיר עליהם ברשות הניזק לשלם נזק שלם, מקום שהחמיר על הקרן ברשות הרבים לשלם חצי נזק, אינו דין שנחמיר עליה ברשות הניזק לשלם נזק שלם?! אמרו לו: דיו לבא מן הדין להיות כנדון, מה ברשות הרבים חצי נזק ואף ברשות הניזק חצי נזק.

(ט) אמ׳ להם: אני לא אדין קרן מקרן ואני אדין קרן מרגל. מה אם במקום שהקל על השן ועל הרגל ברשות הרבים החמיר בקרן, מקום שהחמיר עליהם ברשות הניזק אינו דין שנחמיר בקרן?! אמרו לו: דיו לבוא מן הדין שיהיה כנדון — מה ברשות הרבים חצי נזק אף ברשות הניזק חצי נזק.

ו.1. מבנה סכמטי

המבנה הסכמטי של קל וחומר א במשנה יהיה זה:

(1) שן ורגל	ברשות הרבים	הקל — פטור.
(2) שן ורגל	ברשות הניזק	החמיר — משלם נזק שלם.
(3) קרן	ברשות הרבים	החמיר — משלם חצי נזק.
(4) קרן	ברשות הניזק	החמיר — משלם נזק שלם.

ו.2. הנחות והיסק

זהו קל וחומר מורכב המכיל שלוש/ה הנחות/דינים והיסק כמו בכל קל וחומר מורכב. לעומת הקל וחומר המורכב, הקל וחומר המקראי/עממי מכיל הנחה/דין אחת/אחד, ובצירוף סברה אפריורית נוצר ההיסק. הנחות הקל וחומר המורכב ממוספרות בכל העבודה במספרים (1) (2) (3) כמו הקל

וחומר לעיל. (4) יהיה תמיד ההיסק של הקל וחומר, ובלשון התנאים, (4) הוא 'הבא מן הדין', כאשר פעולת הדין מתרחשת ב-(1), (2), (3).

ו.3. ממדים, 'יחס לוגי' והכללה

בקל וחומר א אנו מוצאים בכל הנחה שני ממדים, ובדוגמה זו: צורת ההיזק (שן ורגל או קרן) ומקום הנזק (רשות הרבים או רשות הניזק). פעמים, כמו בסוגיית נידה, שאנו מוצאים בכל הנחה ממד אחד בלבד. הממדים בכל הנחה (אחד או שניים) קובעים את 'היחס הלוגי' בין ההנחות שעל פיו נקבעת ההכללה, כפי שנראה בהמשך. בקל וחומר א במשנת בבא קמא אנו מוצאים מונח לוגי המתאר את ההלכה שבאותה הנחה באופן לוגי. בהלכה (1), שבה היזק שן ורגל ברשות הרבים פטור, המונח הוא **הקל**. בהנחה (2), שבה בהיזק שן ורגל ברשות הניזק משלם המזיק נזק שלם, המונח הוא **החמיר**, וכן ב-(3) וב-(4).

ו.4. 'קביעה נורמטיבית'

בנוסף למונח הלוגי המתאר את הדין בכל הלכה יש בקל וחומר 'שדה נוסף' — גובה התשלום בכל מקרה. החל ממצב של **פטור** ב-(1), עבור דרך **נזק שלם** ב-(2) ו**חצי נזק** ב-(3) וכלה **בנזק שלם** בהיסק (4). לשדה זה אני קורא בעבודה זו 'קביעה נורמטיבית', או בקיצור, 'קביעה'. קל וחומר אינו עוסק רק בדינים בעלי היבטים כמותיים אלא גם בתהליכים, במגמות ובהיבטים לא כמותיים. המונח המבטא להערכתי היטב 'שדה' זה על מגוון אפשרויותיו והמצוי בכל הנחה שבקל וחומר המורכב הוא 'קביעה נורמטיבית'. 'קביעה' על שום שיוצר הקל וחומר מציג שדה זה כנתון שנקבע מראש (במקרא, בעיבודי הלכות מקראיות או בדרכים נוספות); 'נורמטיבית' על שום שיוצר הקל וחומר מציג מידע זה (שאינו תמיד דין הלכתי) כנורמה מקובלת לדעתו. 'היחס הלוגי' בין הנחות (1) ו-(2) הוא היחס בין שתי ה'קביעות הנורמטיביות' שלהם.

בקל וחומר א, שדה המונח הלוגי ושדה 'הקביעה הנורמטיבית' מתארים לכאורה אותו מידע 'בשפות שונות'. לדוגמה, ב-(1), 'הקל' = 'פטור', וב-(2), 'החמיר' = 'משלם נזק שלם'. יש כאן אפוא מקום לשאלה מדוע יש צורך גם במונח לוגי וגם ב'קביעה נורמטיבית' אם הם מתארים אותה תמונה? ברם, עיון מדוקדק יותר יַראה שהדבר אינו כך. המונח הלוגי 'החמיר' שב-(2) וב-(3) אינו תואם במדויק את 'הקביעה הנורמטיבית'. ב-(2), החמיר משלם נזק שלם; וב-(3), החמיר משלם חצי נזק. במילים

אחרות, המונח הלוגי מתאר שני סוגי הנחות בלבד (חמור וקל), אבל 'הקביעה הנורמטיבית' מתארת שלושה סוגי הנחות (פטור, חצי נזק ונזק שלם). להבדלים אלו משמעות מכרעת בעבודה זו.

ו.5. 'המנגנון הלוגי' של הקל וחומר המורכב

ניתוח לוגי של (1) ו-(2) מראה שההבדל בקביעה הנורמטיבית (וגם במונח הלוגי המתאר את הקביעה) נובע מממד מקום הנזק בלבד, שהרי ב-(1) וב-(2) הגורם המזיק הוא אותו גורם: שן ורגל. ובכל זאת, הקביעה שונה בשתי ההנחות. יש אפוא להסיק שהגורם להחמרה ב-(2) הוא רשות הניזק. ממקום א (הנחות [1], [2]) אנו יוצרים הכללה שרשות הניזק חמורה תמיד מרשות הרבים בהקשר לדיני היזק של בעלי חיים. ההכללה נוצרת משני מקרים והיא תהיה תקפה כל עוד לא יוכח אחרת. אם יוכח אחרת זו תהיה פירכת הקל וחומר, המציגה את ההכללה (האינדוקציה) כלא נכונה.

תחת הכללה זו, ובצירוף (3), נקבל את ההיסק (4). אם קרן ברשות הרבים 'חמורה' (3), הכרחי לומר שקרן ברשות הניזק תהא אף היא 'חמורה', שהרי מן ההכללה למדים שרשות הניזק חמורה תמיד מרשות הרבים. הממד השני (קרן) בהנחה (3) ובהיסק (4) זהה, ועל כן הוא אינו משפיע על 'הקביעה הנורמטיבית' כמו ששן ורגל לא השפיעו ב-(1) וב-(2). זהו בקצרה '**המנגנון הלוגי**' של הקל וחומר המורכב.

ו.6. ק"ו עממי, ק"ו מורכב, ורכיב ההכללה

כיוון שרכיב **ההכללה** הוא הרכיב העיקרי היוצר את ההבדל בין הקל וחומר **העממי** לזה **המורכב**, בחרתי לדון בהבדל ביניהם במקום זה דווקא. בקל וחומר העממי ההכללה אפריורית ואינה נלמדת משתי הנחות כמו בקל וחומר המורכב. לדוגמה: "הן בני ישראל לא שמעו אלי, ואיך ישמעני פרעה?". נתון אחד ("בני ישראל לא שמעו אלי") תחת סברא אפריורית (נכונותו של פרעה לשמוע את משה פחותה מנכונותם של ישראל לשמוע אותו) יוצרת היסק ("ואיך ישמעני פרעה"). זוהי סכמה פשוטה וזוהי גם שיטת החשיבה האינטואיטיבית של בני האדם בהשתמשם בטיעון לוגי בעל אופי של קל וחומר כגון: אם מים שוחקים ברזל, ודאי שישחקו אבן קלה ופריכה. הסברא האפריורית בדוגמה זו היא שברזל קשה מאבן קלה ופריכה ולכן שחיקתו במים תוביל בהכרח לשחיקת האבן במים.

בקל וחומר המורכב נוצרת ההכללה משתי ההלכות הראשונות והיא אינה אפריורית. שתי ההלכות בקל וחומר א שמהן נוצרה ההכללה (הסברא) מבוססות על פסוקי התורה, כפי שנראה בדיון בסוגיא. התורה עצמה קבעה את הפרמטרים המשתתפים בדיון (שני הממדים), דהיינו, סוג המזיק ומקום הנזק. ניסוח הסברא שרשות הניזק 'מחמירה' בדיני נזיקין יותר מאשר ברשות הרבים אינו מדויק. רשות הרבים אינה ישות משפטית היכולה להקל או להחמיר באופן **אקטיבי** בדיני נזק. בשל כך נתונה המילה 'מחמירה' בגרשיים (נושא זה נדון בעבודה בקצרה, בהבחנה שהראשונים עושים בין קל וחומר של 'רשויות' לבין קל וחומר של 'נושאים', ראה להלן בסוגיית בבא קמא). הכוונה במשפט זה היא שבסיטואציות של נזקי השור, הדין ברשות הניזק חמור מאשר באותה מציאות ברשות הרבים. ההחמרה בדין מיוחסת לרשות הניזק **וכביכול** היא הגורם לכך שברשות הניזק משלם המזיק נזק שלם בעוד שברשות הרבים הוא משלם חצי נזק בלבד.

ו.7. קל וחומר משווה וקל וחומר ממנף

המונח הלוגי (הקל/החמיר) הוא בעצם עיבוד וניסוח לוגיים של 'הקביעה הנורמטיבית'. משלושה סוגי קביעה (פטור, ½, 1 נזק) יצר המונח הלוגי שני מצבים בלבד (הקל/החמיר). המונחים הקל/החמיר הם מונחים המתארים מצב יחסי, שהרי תמיד צריך לשאול הקל ביחס למי והחמיר ביחס למי? הואיל ו-(2), (3) ו-(4) מוגדרים כ'החמיר', יש הכרח לומר שהחומרא היא ביחס ל-(1). שם, פטור הוא הקל. בהנחה ש-(3) הוא המלמד של הקל וחומר ו-(4) הוא הלמד יש הבדל משמעותי בין קל וחומר המבוסס על מונח לוגי ובין זה המבוסס על 'קביעה נורמטיבית' מפורשת. אם נתבסס על שדה המונח הלוגי אזי יש לומר שהקל וחומר **משווה**, שהרי (3) ו-(4) זהים, בשניהם: החמיר. אם נתבסס על שדה 'הקביעה הנורמטיבית' אזי הקל וחומר **ממנף**, שהרי ב-(4) החומרא מתבטאת בתשלום נזק שלם בעוד שבמלמד החומרא מתבטאת בתשלום חצי נזק בלבד. מינוף הוא אפוא כאשר הקל וחומר יוצר הלכה שבה 'הקביעה הנורמטיבית' שבלמד חמורה או חזקה מהקביעה שבמלמד (או קלה יותר בקל וחומר מסוג שני — 'חמור וקל').

ו.8. קל וחומר 'מסדר ראשון' וקל וחומר 'מסדר שני'

קל וחומר מן הסוג שבו במקום שדה 'קביעה נורמטיבית' מפורש יש מונחים לוגיים בלבד הוא קל וחומר 'מסדר שני'. 'סדר שני' על שום מה? על שום זה שבקל וחומר 'מסדר ראשון', 'הקביעה הנורמטיבית' מכילה נתונים קונקרטיים, הלכתיים או אחרים, לא מעובדים. כאשר נתונים אלו

מעובדים בשלב שני מבחינה מתודולוגית למונחים לוגיים נוצר קל וחומר 'מסדר שני'. בדוגמה זו, קל וחומר א 'מסדר ראשון' הוא קל וחומר ממנף בשל ההבדל בין 'קביעותיו הנורמטיביות'. הקל וחומר השני שמוצג במשנה הוא קל וחומר משווה משום ששתי 'קביעותיו' שוות — בשניהם-החמיר. קל וחומר א בדוגמה זו הוא דוגמה ייחודית בכך שיש בו שני שדות, גם שדה 'המונח הלוגי' וגם שדה 'הקביעה הנורמטיבית'. ברם, הקל וחומר השני במשנה הוא קל וחומר 'מסדר שני', שכן מוצג בו רק שדה 'המונח הלוגי'.

ו.9. 'דיו' ו'פירוט תוכני'

כאשר הקל וחומר 'ממנף', מבטל הכלל 'דיו' את המינוף. בדוגמה זו, בקל וחומר א וכן בקל וחומר ב: "דיו לבא מן הדין להיות כנדון, מה ברשות הרבים חצי נזק ואף ברשות הניזק חצי נזק". תשובת חכמים לרבי טרפון בקל וחומר א וכן בקל וחומר ב מעידה על כך שהם תפסו את שני ניסוחי ר' טרפון כקל וחומר ממנפים, שאלמלא כן לא היו אומרים 'דיו'. בתשובת חכמים לר' טרפון יש להבחין בשני חלקים. חלק א: ציטוט הכלל 'דיו'; חלק ב: 'הפירוט התוכני': "מה ברשות הרבים חצי נזק ואף ברשות הניזק חצי נזק". מן הסתם, אם תשובת חכמים היתה מכילה את ניסוחו הפורמלי של הכלל בלבד, ללא 'הפירוט התוכני', לא היינו יודעים בוודאות למה התכוונו; 'הפירוט התוכני' הוא אפוא ביטויה המעשי של צורת היישום של כלל 'דיו' כפי שיוצר ה'דיו' סבר.

ו.10. אינדיקציה למינוף

כאשר רבי טרפון טען בקל וחומר א שקרן בחצר הניזק חמורה ותשלם נזק שלם הוא מינף בכך את הקל וחומר. יש לשאול מנין לר' טרפון שהמינוף בא לידי ביטוי בתוספת של חצי נזק. מדוע לא תוספת של נזק שלם או תוספת כלשהי? על מה הסתמך בקובעו שגבול המינוף ייעצר בנזק שלם? האם היתה לרבי טרפון תובנה למינוף שבגללה קבע את גבול המינוף בנזק שלם? במילים אחרות, האם היתה לרבי טרפון **אינדיקציה למינוף**? אחת מהנחות היסוד בעבודה זו היא שהקל וחומר העממי/מקראי וגם המורכב היו מאז ומעולם קל וחומר משווים, וגם לו היה אפשר למנפם אין בידינו אינדיקציה למינוף. לדוגמה: אם האדון חייב ג דברים באמה עברייה (שארה, כסותה ועונתה), קל וחומר שכל אחד חייב לפחות ג דברים אלו באשתו; הקל וחומר אינו יכול לטעון שכל אחד חייב ארבעה דברים (או יותר) באשתו, משום שאין אינדיקציה למינוף.

ו.11. 'היפוכיות', טרנספורמציה

אחד ההבדלים החשובים והבולטים בין קל וחומר א לבין קל וחומר ב בבבא קמא הוא מיקום ההנחות. הנחות (2) ו-(3) החליפו את מקומן והתקבל קל וחומר בעל ניסוח חדש. טכניקה מדרשית זו קרויה בעבודה זו בשם 'טרנספורמציה' או 'היפוכיות'. ההכללה שבקל וחומר ב שונה מזו שבקל וחומר א. ההכללה בקל וחומר ב היא שקרן חמורה משן ומרגל. תחת הכללה זו, ובאותו מנגנון לוגי, מתקבל היסק (4) הזהה לזה שבקל וחומר א, וגם עליו אומרים חכמים 'דיו'. אפשר להתייחס לשני קל וחומר אלו כאל שני קל וחומר שונים, ברם אפשר להתייחס אליהם גם כאל שתי פאזות של אותו קל וחומר. השימוש במונח 'פאזה' מניח שבכל קל וחומר מורכב טמונה יכולת טכנית לביצוע 'היפוכיות', הנחה שנבדקת בעבודה זו. מדוגמה זו נראה שרבי טרפון נקט טכניקת 'היפוכיות' כדי להימלט מתוצאת דין 'דיו' של חכמים.

ו.12. דיון במבנה הסכמטי של ק"ו א במשנה.

כדי להוכיח שקרן חייבת בחצי נזק בחצר הניזק, יוצר ר' טרפון ק"ו מורכב, המתבסס על שלוש הלכות מן המקרא:

הלכה א: שן ורגל, פטורים ברשות הרבים, שנאמר: "ובער בשדה אחר" (שמות כב, ד) ולא ברשות הרבים.

הלכה ב: שן ורגל חייבים בנזק שלם בחצר הניזק, שנאמר: "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם" (שמות כב ד).

הלכה ג: קרן חייבת בחצי נזק, שנאמר: "וכי יגף שור איש את שור רעהו ומת, ומכרו את השור החי וחצו את כספו, וגם את המת יחצון" (שמות כא לה).[110]

במקור להלכה ג אין המקרא עושה הבחנה בין רשות הרבים לרשות הניזק, וקרן מכל מקום חייבת בחצי נזק. חכמים ורבי טרפון חלוקים בשאלת היזק של קרן בחצר הניזק. חכמים אפשר שהם סבורים, שאין לשון המקרא מבחינה בין הרשויות, ולכן ישלם חצי נזק גם ברשות הניזק. רבי טרפון,

[110] חכמים אינם חלוקים על רבי טרפון בהלכות אלו אלא בהלכה הנלמדת בק"ו בלבד (=קרן בחצר הניזק). דרשות אלו מוזכרות בפרוש הבבלי למשנתנו (בבלי ב"ק, כו ב). הפטור של שן ורגל ברשות הרבים מוזכר גם במשניות ב"ק ב ב; ו ב וכן בתוספתא (ליברמן) ב"ק א ז, עמ' 3. אבישלום וסטרייך כבר עמד על הניסוח הפורמליסטי הייחודי במשניות אלו כמו במשנתנו, והוא מגיע למסקנה כי לפי המשנה מקום הנזק, הוא הגורם המרכזי לפטור שן ורגל ברשות הרבים: " זוהי שיטה פורמליסטית יותר, הדורשת את הגדרת המיקום ברשות הרבים ואינה מתחשבת באופן בו התנהגה הבהמה". א' וסטרייך,"דין שן ברשות הרבים - מגמות בתורת התנאים",דיני ישראל כג (תשס"ח) עמ' 81.

אפשר שהוא סבור כי זהו תשלום המינימום לכל הרשויות, ומשקולי ק״ו ניתן להוכיח כי יהא חייב חצי נזק נוסף ברשות הניזק.[111] אם תתקבל דעתו של רבי טרפון בשו״ט שבינו לבין חכמים, ניתן יהיה לקבוע כי ׳פשוטו של מקרא׳ עוסק ברשות הרבים בלבד, שהרי ברשות הניזק משלם נזק שלם.

מבנהו הסכמאטי של ק״ו א במשנה הוא כך:

(1) שן ורגל	ברשות הרבים	הקל — פטור.
(2) שן ורגל	ברשות הניזק	החמיר — משלם נזק שלם.
(3) קרן	ברשות הרבים	החמיר — משלם חצי נזק.
(4) קרן	ברשות הניזק	החמיר — משלם נזק שלם.

ממקום א, יוצרים את ההכללה, שרשות הניזק חמורה מרשות הרבים ביחס לדיני נזיקין.[112] על בסיס הכללה זו טוען רבי טרפון שקרן ברשות הניזק תשלם נזק שלם שהרי ברשות הרבים הוא משלם חצי נזק. זהו ק״ו ממנף שעליו אמרו חכמים ׳דיו׳: ״מה ברשות הרבים חצי נזק, ואף ברשות הניזק חצי נזק״.[113] ה׳דיו׳ מבקש להשוות את הדין בין (3) לבין (4), בין ׳קרן ברשות הרבים׳ לבין ׳קרן ברשות הניזק׳.

בתגובה, רבי טרפון מכריז: ״אני לא אדון קרן מקרן, ואני אדון קרן מרגל״. הדין שעליו מדבר רבי טרפון בק״ו א הוא, ההשוואה בין (3) ל-(4). ק״ו א בלשון רבי טרפון קרוי ׳קרן מקרן׳, וק״ו ב, קרוי

---

[111] גם תיאור פשטני זה של המחלוקת, המתבסס בעיקר על לשון המקרא ׳עמוס׳ בתובנות פרשניות רבות המנסות להאיר את המחלוקת במשנתנו מזווית זו של הצמידות ללשון המקרא. לדוגמא: מהו פשוטו של מקרא, כדעת חכמים או כדעת רבי טרפון? ומהו התשלום הנוסף בחצר הניזק? לתשובות על השאלות האחרונות קשר הדוק, לכל הדיון בהמשך, וההיצמדות לכל אחת מן התובנות הללו ׳גוררת׳ פרשנות מקיפה בשאר חלקי הסוגיה. ראו לדוגמא את פרשנות הצל״ח (ציון לנפש חיה, יחזקאל סג״ל הלוי לנדא, ירושלים, תשנ״ה, פירוש לבבלי ב״ק יח, ע״א, ד״ה: אמנם) : ״אמנם הא דסברי רבנן דיו אף דמפריך ק״ו היינו דווקא היכא שהק״ו הוא בא לסתור קרא מפורש, כגון קרן דכתיב וחצו את כספו דמשמע חצי נזק ומגופו דווקא, וסתמא כתיב דמשמע בין ברשות הרבים ובין ברשות הניזק, ובא הק״ו לסתור הקרא ולומר דברשות הניזק אין הדין כמו שכתוב בקרא, משום הכי אמרינן ׳דיו׳ אף דמפרך ק״ו, כדי לקיים המקרא שיהא מקרא מלא...״. זוהי פרשנות הדנה בשאלה מהו פשוטו של מקרא. על פי הצל״ח הק״ו של רבי טרפון ״בא לסתור״ את פשט המקרא ולכן, כאשר ה׳דיו׳ פורך את הק״ו יש בכך ״קיום המקרא שיהא מקרא מלא״. מפרשנות זו ניתן להבין כמו בסוגיית נידה, שתאור המחלוקת במשנה אינו כל ׳התמונה כולה׳.

[112] זהו ק״ו של ׳רשויות׳. הרשות הינה הגורם הדומיננטי בקביעת ההלכה, ראו הערה 1 לעיל.

[113] זוהי התבנית הרגילה בספרות חז״ל להגבלת המינוף.

בפיו 'קרן מרגל'.[114] הוא אינו מסתפק בהכרזה 'מתודולוגית' זו, ומבהיר את דבריו על ידי ניסוח ק"ו ב. לא ברור מתגובתו האם הוא מקבל את 'דיו' א או לא. אין הכרע מלשונו גם בשאלה האם ק"ו ב הוא 'לשיטתו' או 'לשיטתם' של חכמים, שהרי אם ק"ו ב תקף יותר מק"ו א, מדוע לא הציג אותו ראשונה?[115]

13.ו. דיון במבנה הסכמאטי של ק"ו ב במשנה

מבנהו הסכמאטי של ק"ו ב במשנה יהיה כך:

(1) שן ורגל	ברשות הרבים	הקל	מקום (א)
(2) קרן	ברשות הרבים	החמיר	
(3) שן ורגל	ברשות הניזק	החמיר	מקום (ב)
(4) קרן	ברשות הניזק	החמיר	

השוואת ק"ו ב לק"ו א מעלה שני הבדלים עיקריים: האחד, 'היפוכיות' בסדר ההלכות בין (2) ל (3), השני, ביטול 'הקביעה הנורמטיבית' המפורשת שבק"ו א, ובמקומה 'הסתפקות' במונח הלוגי הקל/החמיר, המשמש כעת בתפקיד 'הקביעה הנורמטיבית' הבלתי מפורשת. למעשה הפך להיות ק"ו ב, ק"ו 'משוה', סימטרי ומ'סדר שני', בעוד שק"ו א הוא ק"ו ממנף, אסימטרי, ו'מסדר ראשון'. ק"ו ב הינו ק"ו 'משוה' בשל השוואת הדין בין (4) לבין (3), בשניהם הדין הוא 'החמיר'.[116] ההכללה בק"ו ב הינה שקרן חמורה משן ורגל, ועל בסיס הכללה זו, מבקש רבי טרפון להחמיר בדין 'קרן ברשות הניזק' בהשוואה לדין 'שן ורגל ברשות הניזק'. אם המלמד הוא (3) כמו בק"ו א, וגם אם הדין יושוה בין (4) ל (3), תהא תוצאת הדין שקרן בחצר הניזק תשלם נזק שלם, בדיוק כמו 'שן ורגל ברשות הניזק!!'[117] חכמים דוחים את תוצאת ק"ו ב, בדיוק באותו הטיעון ובאותה הלשון כמו בק"ו

---

[114] בתמצית: בק"ו א נלמד דין קרן (4) מדין קרן (3), ובק"ו ב דין קרן (4) מדין רגל (3). כדי שב (3) יהא המלמד דין רגל, יש צורך ליצור ק"ו חדש, שבו מתבצעת 'היפוכיות'. הלכות (2) ו(3) מחליפות את מקומן.

[115] זו אכן גישת בעלי התוספות 'על אתר', ד"ה 'אני לא אדון': "אני לא אדון בדבריהם לדבריהם קאמר להו". זו גם פרשנותם לק"ו ב בברייתא נידה.

[116] התיאור הפורמאלי בעזרת זוגות המונחים: משוה - ממנף, סימטרי - אסימטרי, 'סדר ראשון' - 'סדר שני', אין בו די כדי להבהיר את ה'תמונה כולה', וההעמקה הנדרשת תובא בהמשך בגוף העבודה.

[117] כלומר, אם 'דיו' פועל תמיד להשוואת הדין ר ק בין (4) ל(3), אזי 'ההיפוכיות' שרבי טרפון יצר בק"ו ב פתרה לכאורה את בעיית 'דיו' א. כיצד אם כן, אמרו חכמים 'דיו' הפועל על השוואת הדין בין (4) ל (2), והלא (2) אינו 'המלמד'? חכמים השיבו באותה מטבע של לשון, וכוונו את דבריהם ל-(2). מניין לחכמים ש'דיו' זה (='דיו אריש דינא') תקף באותה מידה כמו 'דיו' א, שבו המלמד הוא (3)? אפשר על פי פרשנות זו, לומר שהמחלוקת בין חכמים לרבי טרפון, היא בשאלה מיהו הנדון? לפי רבי טרפון 'הנדון' יכול להיות **ר ק** (3), ואז יש הצדקה ל'היפוכיות'. לפי חכמים 'הנדון' יכול להיות **ג ם** (2) ואז אין הצדקה ל'היפוכיות', אותה יצר רבי טרפון. זהו 'תורף' דבריו של הלבני, במקורות ומסורות, ב"ק, עמ' צד: "...וחכמים סוברים שדורשים 'דיו' בכל לימוד של ק"ו. ואכן ר"ט סברא בצדו: דורשים

א: "דיו לבא מן הדין שיהא כנדון, מה ברשות הרבים חצי נזק אף ברשות הניזק חצי נזק". 'המלמד' גם בק"ו ב הוא 'קרן ברשות הרבים', אלא שבק"ו ב, זוהי הנחה (2) ולא (3) כמו בק"ו א.[118]

טכניקת 'ההיפוכיות' כך נראה לא 'הועילה' לרבי טרפון, שהרי חכמים מתייחסים ל'קרן ברשות הרבים' כאל 'הנדון' גם אם מקומה הוא בהנחה (2).[119] היוצא מכך: להלכה (2) בק"ו ב: 'קרן ברשות הרבים', יש שני תפקידים לפי חכמים, האחד: להשתתף ביצירת ההכללה שקרן חמורה משן ורגל, השני: להיות 'הנדון' של ק"ו זה.[120] גם לאחר 'דיו' ב, איננו יודעים מהי תגובת רבי טרפון, והאם קבל או דחה את דברי חכמים?[121]

14.ו. פרשנות הסתמא האמוראי למשנתנו

השאלות שהוצגו לעיל, נובעות מניתוח טקסט המשנה בלבד, ולכן הם הוצגו כבר בשלב זה של הדיון. דיון בפרשנות הענפה לסוגייתנו (משנה וסוגיא סתמאית נלווית), מעלה שרובה ככולה עוסקת בהרמוניזציה בין פרשנות הסתמא למשנתנו, לבין תוכן וניסוח המשנה. שני עקרונות חשובים מצויים בבסיס הפרשנות הסתמאית, האחד: 'דיו' מדאוריתא, מקור ותוקף. לצורך כך מצטט הבבלי את ברייתת י"ג מידות של ר' ישמעאל בריש ספרא, וממנה הוא 'שואב' את קביעתו. השני:

'דיו' רק כשה'דיו' מכוון למלמד [לדין שממנו לומדים את הנדון] וללמד, אבל כשה'דיו' מכוון ללמד ולקול, או לחומר [דברים המצדיקים את הלימוד של הלמד מן במלמד, קביעת יחס של קל וחומר] אין דורשים 'דיו'... חזרו והשיבו לו החכמים [אנו אין מבדילים בין שני סוגים אלה של 'דיו', בשניהם אנו דורשים] 'דיו' לבא מן הדין להיות כנדון". ומדוע, סבורים חכמים כך? כאן מגיע עיקר חידושו של הלבני: "[..]אלא נראה, **שהיתה להם לחכמים מעין קבלה** שהנידון צריך להיות דומה גם לקול וגם לחומר. קבלה כזאת היתה גם לרבי אליעזר, והוא ניסח אותה במחלוקת דומה במסכת נידה בתקיפות: " אפילו אתם משיבין כל היום כולו [אני אחזיק בקבלתי] 'דיו' לבא מן הדין להיות כנדון". עיקר הוכחתו של הלבני לגבי 'הקבלה שבידי חכמים' הינה מברייתת נידה: "אפילו אתם משיבין". ברם, גם הנסיון של הלבני לתלות 'דיו' מסוג זה בקבלה', לא משיב עדיין על שאלת הגיונה של ה'קבלה'. בגוף העבודה בהמשך, אני מראה כי ה'דיו' מבטל מינוף מכל סוג, וזהו 'סוד' ניסוחו המיוחד. אפשר רק על סמך תובנת ה'דיו' הבסיסית, ומבלי להזדקק ל'קבלה' זו, להבין את דברי חכמים במשנתנו ואת דברי רבי אליעזר בנידה.

[118] בלשון אהרון אבן-חיים: "דיו אסוף דינא שהוא המלמד השני באופן שנשוה המלמד עם היותר קטן במדרגה שמשני מלמדיו". מידות אהרון, ירושלים, תשנ"ב, עמ' כו.

[119] הבטוי 'לפחות' בגוף העבודה רומז לכך, שרבי טרפון יצר שינוי נוסף בק"ו ב, מעבר לטכניקת 'ההיפוכיות'.

[120] לא בכל ק"ו זה אפשרי. טכניקת 'ההיפוכיות' בק"ו זה, שהציבה ב(2) את דין 'קרן ברשות הרבים' יצרה ק"ו חדש, אף הוא בעל משמעות לשונית ולוגית. סדר הנתונים החדש, לא שיבש את משמעות הק"ו משום שמדובר על קירבה בין הנתונים המרכיבים את (2) ו(3). המימדים: קרן ושן ורגל, ומקום הנזק: רשות הרבים ורשות הניזק, 'מסתנכרנים' זה עם זה בכל חלופה אפשרית. בלשון בעלי התוספות על אתר, זהו 'מעין הדין הנלמד'. אוסטרובסקי משה, המידות, בפרק רביעי, 'בונה' על הבחנה זו פרשנות מקיפה: "... אחרי שנתברר כי דברים אלו נאמרו ['דיו' דאפריך, ח"ג] רק במקום שחומרת הלמד היא מעין הדין הנלמד, מובן יפה כי יתכן לומר שדווקא ההגיון מחייב שלא נאמר בו 'דיו' אתחלת הדין למען לא נוריד ערכו מערך חומרת הלמד הידועה. וחכמים החולקים סוברים שאומרים 'דיו' אף במקום שחומרת הלמד היא מעין הנלמד ו'דיו' מוסב אתחלת הדיון, כי אי אפשר להעלות את התולדה, כלומר הדין הנלמד על המלמד, בכל אופן, בין אתחלת הדין ובין אסוף הדין. לפי זה יוצא שבמקום שחומרת הלמד אינה מעין הדין הנלמד, אומרים 'דיו' רק אתחלת הדין ולא אסוף הדין, מכיוון שהוא רק אחד הגורמים שבק"ו ולא המלמד עצמו".

[121] לרוב הפרשנים, אין הלכה כר"ט, ראה שיטה מקובצת, ב"ק, מח, ב, ד"ה והרא"ה: "והוא כתיבנא בדוכתיה דלית הילכתא כרבי טרפון". וכן 'המאירי', בפירוש המשניות, שדוחה דעת קצת מן המפרשים הסבורים שהלכה כרבי טרפון. ר' יוסף בן מאיר תאומים, גינת ורדים, לבוב, תקצ"ה, סבור, שניסוח המשנה מעיד "שאין 'הכרע' כמו מי ההלכה".

רבי טרפון 'מקבל' את הקביעה העקרונית ש'דיו מדאוריתא', ברם צורת היישום של 'דיו' הקובעת לדידו, הינה זו המודגמת ב'סכוליון' של ברייתת י"ג מידות.[122] הואיל ובמשנתנו, צורת היישום של 'דיו' שונה מזו שבברייתת י"ג מידות, לא מקבל רבי טרפון את ה'דיו' של חכמים ו'מעדיף' על פניו את הק"ו שאותו יצר. זו פרשנות המהווה כאמור לעיל, תשתית ומצע לכל הפרשנות המסורתית, ובמיוחד ל'ספרות הכללים', ול'בעלי התוספות' בראשם. חוקרים כמו: שוואַרץ, וייס, והלבני אינם מקבלים את קביעות הסתמא ברמות התנגדות שונות, איש איש בדרכו ובמסכת טיעוניו.[123]

15.ו. מרכזיותה של משנתנו בחקר מתודולוגיית הק"ו

על אף שדעת רבי טרפון מוצגת במשנתנו כדעת יחיד, אין להניח שהשקפתו בעניין 'דיו' היתה דעת יחיד של ממש. רבי טרפון היה כנראה הבכיר שבחבורת 'מתנגדי הדיו', וגם 'עקשנותו' בעימותים שבינו לבין חבריו, מהווה רקע נאות להבנת השו"ט במשנתנו.[124] יתר על כך, א' גולדברג, במחקרו על סדר ההלכות במשנה ובתוספתא מגיע למסקנה, כי משנתנו המהווה פירוט של משנה קדומה המוצגת בראש פרק א, נשנית על פי רבי טרפון.[125] 'אסכולת רבי טרפון' כללה על פי א' גולדברג גם תנאים נוספים.[126]

שוואַרץ מנגד, לאחר שהוא משבח את עמדותיו העצמיות של רבי טרפון, מאשימו באופן לא ישיר כגורם העיקרי לירידה בהתפתחות הק"ו. לדבריו: "אלמלי עלה על דעתם של ר' עקיבא ור' מאיר, איזו תוצאות רעות תהיינה להתנגדותו של התנא האחד אל החוק של 'דיו'. כי אז בודאי לא נתנו

---

122 " גמ' ור"ט לית ליה דיו והא דיו דאורייתא הוא דתניא מדין ק"ו כיצד במדבר י"ב ויאמר ה' אל משה ואביה ירק ירק בפניה הלא תכלם שבעת ימים ק"ו לשכינה ארבעה עשר יום אלא דיו לבא מן הדין להיות כנדון כי לית ליה דיו היכא דמפריך ק"ו היכא דלא מפריך ק"ו איתי ליה דיו התם שבעה דשכינה לא כתיבי אתא ק"ו אייתי ארבסר אתא דיו אפיק שבעה ואוקי שבעה אבל הכא חצי נזק כתיב ואתא ק"ו ואייתי חצי נזק אחרינא ונעשה נזק שלם אי דרשת דיו אפריך ליה ק"ו ורבנן שבעה דשכינה כתיבי תסגר שבעת ימים ור"ט ההוא תסגר דדרשינן דיו הוא ורבנן כתיב קרא אחרינא ותסגר מרים ור"ט ההוא דאפי' בעלמא דרשינן דיו ולא תאמר הכא משום כבודו של משה אבל בעלמא לא קמ"ל " (בבא-קמא כה ע"ב).

123 בקצרה: שוואַרץ אינו מקבל את הרעיון ש'דיו' מדאוריתא, וויס בניגוד לדעת מורהו שוואַרץ, מתעלם כמעט לחלוטין מפרשנות הסתמא ומתרכז בטקסט המשנה כמות שהוא, (שם). הלבני, כדרכו טוען שהרעיון של 'דיו דאפריך' סבוראי ומאוחר, ובמקור, התנאים חלקו באופן עקרוני על קבלת או אי קבלת 'דיו', (מקורות ומסורות, ב"ק, עמ' צד).

124 להרחבה ותאור המחלוקת בין התנאים, ראו: י"י נויבאור, 'הלכה ומדרש הלכה', סיני, כב (תש"ח) עמ' עט. רבי טרפון היה תלמיד/חבר לרבי אליעזר, וכן: האחים תאומים, שבת אחים, ירושלים, תשס"ג, עמ' קכ.

125 א' גולדברג, מחקרי תלמוד לזכרו של אליעזר שמשון רוזנטל, ירושלים, תש"מ, עמ' 159, שם בהערה 30: "...מסדר המשנה העדיף לשנות בסתם כשיטת רבי טרפון, כיון שהחידוש על קרן ברשות הניזק הוא רק לפי שיטתו. גם בבבלי (טו, ע"ב) וגם בירושלמי (ב, ע"ג) מודגש שמשנתנו כאן כרבי טרפון".

126 הביטוי 'אסכולת רבי טרפון' הוא ביטוי שלי ואני כולל בתוכו את כל התנאים ש'התנגדו' ל'דיו' בצורה כזו או אחרת. על פי גולדברג, אין מחלוקת בין רבי טרפון לר' עקיבא בעניין ההלכה 'ששור המזיק ברשות הניזק חייב נזק שלם' (שם, עמ' 159). "לפי זה, משנתנו כאן - הסתמית - המונה 'שור המזיק ברשות הניזק' בתוך הרשימה של חמשה מועדים, יכולה להיות משנת ר' מאיר השונה מה שהוא קובע כשיטת ר' עקיבא, לפי הכלל: 'סתם משנה ר' מאיר ואליבא דר' עקיבא', התוספתא כאן שונה בשיטת שאר תלמידי ר"ע החולקים על ר' מאיר" (שם, עמ' 159). החולקים הם: ר' אלעזר ור' שמעון (שם, עמ' 166, הערה 58). לפחות על פי מחקרו של גולדברג, המחלוקת במשנתנו אינה של רבי טרפון נגד 'כל העולם', מתברר, שאדרבא, דעת רבי טרפון היא כדעת ר' עקיבא, ואפשר להניח בהתבסס על סוגיית נידה שב'אסכולת רבי טרפון' נמצאים, חלק מתלמידי ר' עקיבא, למעט ר' שמעון ור' אלעזר.

מקום במשנתם לתורתו של רבי טרפון בדבר קרן ברשות הניזק. גם ליקרא דשכבי יש חוק וגבול״.[127] עוצמות הביטויים והטיעונים שבפי שוואר, מעידה על מרכזיותה של משנתנו, כמקור להבנת המתודולוגיה של הק״ו המורכב וה׳דיו׳ הנלווה אליו. במוקד הפרשנות נמצא הניסוח של ק״ו ב לאחר ׳דיו׳ א. אך תחילה נדון בייחודיותו של ק״ו א, תחת ההנחות הנ״ל.

(1) שן ורגל	רשות הרבים	הקל	פטור	מקום (א)
(2) שן ורגל	רשות הניזק	החמיר	נזק שלם	
(3) קרן	רשות הרבים	החמיר	חצי נזק	מקום (ב)
(4) קרן	רשות הניזק	החמיר	נזק שלם	

זהו הק״ו המפורט ביותר בספרות חז״ל והוא מכיל מן ההיבט המתודולוגי את החלקים הבאים: שני מימדים (מקום הנזק, ושם המזיק), אופרטור לוגי (הקל/החמיר), מקום, ו׳קביעה נורמטיבית׳ מפורשת (תשלום של: פטור, חצי נזק ונזק שלם).[128] היתרונות של ק״ו זה, בהשוואה לאלו שהוזכרו בסוגיית נידה הם כדלקמן:

(א) ׳הקביעה הנורמטיבית׳ כמותית, מפורשת, ואינה שנויה במחלוקת. כזכור, שדה זה היה השדה העיקרי בסוגיית נידה שבעטיו נפרכו כל הק״ו של חכמים. רבי טרפון ׳הפיק׳ את

(ב) עוצמת ההכללה הנגזרת מהשוואת (1) ו-(2) גדולה, כי היא משוה מצב של פטור (1) למצב

(ג) בנוסף לפרוט ׳הקביעה הנורמטיבית׳, רבי טרפון מנסח גם ביטוי לוגי, כדי למנוע אי הבנות ביחס לקביעה מיהו הגורם הקל ומיהו הגורם החמור.

(ד) בלשונו של רבי טרפון, הק״ו קרוי ׳קרן מקרן׳, כלומר: עדיף מנקודת מבטו ללמוד קרן (4) מקרן (3) ולא קרן (4) משן ורגל (2). בלשון בעלי הכללים: ״כל דבר ראוי שיקרב אל

(ה) ׳סרגל מדידה׳ אחיד לכל ההנחות המשתתפות בפעולת הדין, ״מעין הדין הנלמד״ בלשון בעלי התוספות בסוגייתנו.

שני ׳חסרונות׳ בכל זאת לק״ו זה:

---

[127] שם, עמ׳ 109, 110.

[128] מן ההיבט המתודולוגי אלו כל החלקים האפשריים בק״ו מורכב: שני מימדים, ׳מונח לוגי׳, מקום, ו׳קביעה נורמטיבית׳, אדרבא, ׳המונח הלוגי׳ נראה לכאורה מיותר, משום ש׳הקביעה׳ בעצמה מעידה על הגורם החמור והגורם הקל.

(א) בלשון 'בעלי הכללים' הק"ו מוגדר כק"ו של 'רשויות'. בלשונו של א' וויס: "היינו מן הפטור של שן ורגל ברשות הרבים וחיובן ברשות הניזק, יוצא שלגבי תשלומי נזק רשות הניזק חמורה מרשות הרבים. ועל יסוד הנחה זו דן רבי טרפון מן חצי נזק קרן ברשות הרבים על חיובה של קרן ברשות הניזק, נזק שלם".[129] זוהי הכללה פחות תקיפה מהכללה של 'נושאים' (=שקרן חמורה משן ורגל). אבל, יש מן הפרשנים, שאדרבא, רואים בהכללה של 'רשויות' יתרון, בכך שבדרך זו נמנעות פירכות על 'המזיקין'.[130]

(ב) לא ברורה האינדיקציה הכמותית למינוף שיש לרבי טרפון, שבעטיה הוא קובע: "קרן בחצר הניזק, נזק שלם". תובנת ה'דיו' הקדומה, שבק"ו העממי, אינה מאפשרת 'מינוף' בשל היעדר אינדיקציה כמותית, על מה אם כן מסתמך רבי טרפון בקובעו נזק שלם?![131] זוהי להערכתי הבעיה העיקרית של ק"ו א, בעיית האינדיקציה למינוף. בעוד שבק"ו בנידה ניתן היה לפרש את הק"ו כמשוה, נראה שניסיון רבי טרפון בב"ק, הוא דווקא להציג את הק"ו באופן המפורש ביותר כק"ו ממנף! מה אם כן סבר רבי טרפון? האם "לית ליה 'דיו'" כשאלת הסתמא האמוראי בסוגייתנו? האם סוגיית נידה לא הסתיימה 'בניצחון' רבי אליעזר, המנסח והיוצר הראשון של 'דיו'?

---

[129] וויס, דיונים ובירורים, עמ' 367.

[130] על הכללה של המזיקין (=קרן חמור משן ורגל) ניתן לפרוך: מה לשן ורגל שכן משלם מן העליה. ראה ש' פרנקל, **ספר המפתח למסכת בבא-קמא**, בני ברק, תשנ"ו, דף קכ"א. המצטט ומזכיר פרשנים ששואלים שאלה זו.

[131] בלשון מדויקת, צריך היה רבי טרפון לומר: 'קרן בחצר הניזק תשלם יותר מחצי נזק' כעולה מן הק"ו. זו אינה טענה נגד רעיון המינוף אלא רק על ההיבט הכמותי שלו (=אינדיקציה למינוף). י' חאגיז, תחילת חכמה (בתוך ספר כריתות) וירונה, ת"ז, מצדיק את רעיון המינוף באופן כללי, ואף 'מוצא' לו היבט כמותי: "אם נרצה לומר חומרא לחמור מן הקל, יש לומר שלא יספיק לנו להעתיק לו אותה החומרא באותה המדרגה אשר היא בקל. אלא שנוסיף במלמד איזו מעלה באותה חומרא, שאם לא כן מה תוסיף לו החומרא? ולזה נאמר, אם המלמד שהוא קל יש לו מדרגה אחת מחומרא בדבר אחד, דין הוא שהלמד שהוא חמור באותו דבר יהיו לו לפחות ב מדרגות בזאת החומרא". פרשן זה מבקש ללמד את האינדיקציה למינוף (=ב מדרגות) מהק"ו שבברייתת י"ג מידות. הק"ו המקראי הוא 'דגם יסוד' מעין 'בנין אב' לכל ק"ו, פשוט או מורכב, כולל האינדיקציה למינוף. ברם, על הדוגמא המקראית עצמה (='מרים והשכינה') ניתן לשאול, מדוע מרים צריכה להיות מוסגרת ארבע עשרה יום, נתון זה, הלא לא כתוב במקרא? גם אם ניתן יהיה ללמוד את ב המדרגות מן המקרא, כדעת חלק מפרשני ברייתת י"ג מידות, קשה מאוד בק"ו אחרים לקבוע מהם ב מדרגות! מאידך, ברור לחלוטין שרבי טרפון התכוון למנף את הק"ו במשנתנו. תובנת האינדיקציה למינוף הייתה בידו, בין אם היא ב מדרגות ובין אם היא מתבססת על רעיון אחר. בגוף העבודה הצבעתי על רעיון זה, שיכול יחד עם תובנת ב מדרגות להסביר את דעת רבי טרפון. מכל מקום, האינדיקציה למינוף אינה מתמטית, וגם ב - ב' מדרגות אין לראות ערך כמותי מדויק. מן הראשונים, המתנגד העיקרי לרעיון המינוף הכמותי הוא הרמב"ן. י"ח בכרך, אסיפת הכללים, בתוך: שו"ת חוות יאיר סימן צד, מסכם עניין זה כך: "הרמב"ן בחידושיו בבא-בתרא פרק ח דף קיא, השיג על כל הטעמים שכתבו המפרשים על י"ד יום. רק דכך דרך לשון חז"ל, ומייתי ראיה ממיכלתא כי תקנה עבד עברי [שמות,כא,ב] אם ישראל שש, הגר יעבוד י"ב וכו'".

אני סבור שלפנינו תיאור ניסיון יחיד בספרות התנאים, ליצירת ק״ו ממנף מורכב ומפורש לקביעת ההלכה. אין להניח שרבי טרפון לא קיבל **כלל** את תובנת ה׳דיו׳ הבסיסית של הק״ו העממי, ו/או את כלל ה׳דיו׳ של רבי אליעזר. הניסיון הנוסף של רבי טרפון מעיד על קבלת ה׳דיו׳ באופן עקרוני ובצורת יישום המקובלת עליו.[132] ברור למדי, שהשו״ט בב״ק בדומה לזה שבנידה, והמחלוקת הינה בהגדרת גבולותיו של הק״ו המורכב והמתפתח. נראה שהניסוח של כלל ׳דיו׳ בנידה, ועל בסיס תובנת ׳דיו׳ קדומה, נועד כדי לפרוך ק״ו ממנף מלכתחילה, שהרי זוהי התובנה העיקרית היוצאת מניתוח סוגיית נידה.[133] רבי טרפון אינו מכריז, שהוא מצא ׳נוסחה׳ כללית למינוף הק״ו, כי הלא תמיד תוותר בעיית האינדיקציה הכמותית של המינוף. רבי טרפון סבר שבסוגייתנו ניתן ליצור ק״ו ממנף בפועל, משום שבק״ו זה **דווקא** יש ׳אינדיקציה למינוף׳.

אין בק״ו זה מקום **לפירכת** הק״ו על ידי ׳דיו׳, כמו בסוגיית נידה, משום שהק״ו תקף כמעט מכל היבט.[134] יתר על כך, גם אם תוצאת ׳דיו׳ תתקבל על ידו, ו׳קרן בחצר הניזק ישלם חצי נזק׳, אין בכך סתירה מוחלטת לדעת אחד מן הצדדים, שלא כמו בסוגיית נידה.[135] כלל ה׳דיו׳ לא יכול אם כן, כמו בסוגיית נידה **לפרוך** את הק״ו אותו ניסח, לא מלכתחילה, עקב מבנה מתודולוגי שגוי, ולא בסוף התהליך, עקב תוצאתו. ׳הפקת לקחים׳ זו מן השו״ט שבנידה, יש בכוחה להסביר את המוטיבציה של רבי טרפון ליצור ק״ו ממנף מפורש, על אף תגובתו הבלתי מתפשרת של רבי אליעזר בנידה. אפשר שהביטוי לכך הוא אמירתו של רבי טרפון ״אף אני״.

ו.16. 'אינדיקציה למינוף'

מהי ׳האינדיקציה למינוף׳ אותה ׳מצא׳ רבי טרפון בק״ו זה דווקא? הקביעות הנורמטיביות הכמותיות: פטור, חצי נזק, נזק שלם, נקבעו על ידי התורה, בהקשר לדיני נזיקין. תשלום נזק שלם אינו חישוב מתמטי היוצא מן המינוף של הק״ו אלא תשלום שנקבע עבור שורה ארוכה של מקרים דומים המוצגים בספרות התנאית.[136] הבבלי בשם רבי טרפון קובע: ״משונה קרן בחצר הניזק, נזק

---

[132] וגם כשהתלמוד שואל ״ורבי טרפון לית ליה דיו״? השאלה רטורית בלבד. אילו רצה התלמוד לומר שרבי טרפון אינו מקבל בכלל את ׳דיו׳, צריך היה לשאול, ׳אמאי לית ליה דיו׳?

[133] כלומר, ההתנסחות של רבי אליעזר בנידה, נועדה לפרוך כל ק״ו שנסה למנף באופן ישיר (=מסדר ראשון) או מסווה (=מסדר שני).

[134] ובסוגיית נידה, עיקר הבעיה היתה ׳קביעה נורמטיבית׳ מורכבת שלא היתה מקובלת על רבי אליעזר, בשל המינוף שהיא יצרה.

[135] בסוגיית נידה, קבלת תוצאת ׳דיו׳ נמצאת בסתירה הן לדעת חכמים והן לדעת רבי אליעזר.

[136] דוגמאות מן המשנה בב״ק.

שלם הוא דמשלם״ (בבלי, ב״ק יד ע״א). על פי הסברו של רש״י על אתר: ״קרן תמה וכל תולדותיה קרי משונה, הואיל ושנו את וסתן, שלא היו דרכן לכך״, ומכאן נתבררה רשלנותן של הבעלים. חכמים חולקים וסוברים: ״משונה קרן בחצר הניזק, חצי נזק הוא דמשלם״ (שם).

בכל המקרים הנדונים במשנת ב״ק בהקשר לדיני נזיקין, נקבע הדין הכמותי על פי אחד מן העונשים שהוזכרו **בתורה** בלבד, בהתאם למידת ה׳דמיון׳ של ה׳מקרה׳ לזה שהוזכר במקרא. לדוגמא: ״מנין הזיקה כדרכה כדרך הילוכה חמור במשאוי שעליו כדרך הילוכו מה אלו מיוחדין שהזיקו כדרכן ובראוי להן משלמין נזק שלם כך כל המזיק כדרכו ובראוי לו משלם נזק שלם״ (מכילתא דרשב״י, מהדורת אפשטיין, פרשת משפטים פרק כ״ב, פסוק ד). התנא שם מסיים את הדיון גם בקביעה המנוסחת ככלל של ממש: ״ישלם כל מקום שנא׳ ישלם משלם נזק שלם״ (שם).

לענייננו, הקביעה הכמותית נזק שלם, הינה קביעה מקראית שיש בה חידוש, שהודגמה בשן ורגל בחצר הניזק כמקור לכל המקרים. רבי טרפון יכול לטעון שהואיל וההיגיון המדרשי של הק״ו המורכב מביא למסקנה ׳שקרן בחצר הניזק׳ חמורה ׳מקרן ברשות הרבים׳, יש לקחת את ׳הקביעה הנורמטיבית׳ **המקראית** היחידה האפשרית, התומכת בהיגיון זה.[137] מידת ׳הדמיון׳ (להלן ׳תובנת משונה׳) מגדירה את האינדיקציה הכמותית למנוף שאינה אפשרית בדרך כלל, אך קיימת במקרה זה.[138] על פי הסבר זה, נראה שגודל ׳הקביעה הנורמטיבית׳ בין אם היא איכותית (כמו בנידה) או כמותית (כמו בב״ק), צריך להילקח אף הוא מן המקרא, ולא רק ׳המימדים׳ המהווים חלק מן ההנחות, נלקחים מן המקרא.[139]

-״והמועד משלם נזק שלם מן העלייה״ (א ד)
-״מבעטת... צרורות... ונפל על כלי ראשון משלם נזק שלם״ (ב א)
-״הכלב והגדי שקפצו מעל הגג ושיברו את הכלים משלם נזק שלם״ (ב ג)
-״כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש... על החררה משלם נזק שלם״ (ב, ג)
-״אדם מועד לעולם... משלם נזק שלם״ (ב ו)
וסדרה נוספת של מקרים ב (ב ח). רעיון זה של ׳קביעה נורמטיבית׳ שנלקחת מן התורה מוכח בדיון במקורות הק״ו הממנפים ללא ׳דיו׳ בפרק ח להלן.

137 שהרי אם הדין יהיה חצי נזק, לא תתקיים בכך ההכללה של הק״ו שקרן בחצר הניזק חמורה מקרן ברשות הרבים.

138 מכאן נראה שסדר הדיון בסוגיא זו היה כך: תחילה דיון בפשט המקרא ׳יחצון׳, ולאחר שלא התקבלה הכרעה נזקק רבי טרפון לק״ו, בדומה למצב בנידה.

139 א׳ יצחק, פרוש לתורת כהנים, על פי קרבן אהרן, לעמבערג (ללא שנת הוצאה לאור), מגדיר זאת כך: ״שאותן גבולין הם מכח דיני תורה והם הקדמות ידועות מדיני תורה״. להלן בפרק ח, בסעיף הסכום מוכח כי ב׳מקורות הממנפים׳ התנאיים שלא נאמר עליהם ׳דיו׳, תנאים יצרו ק״ו עממיים ללא ׳דיו׳ משום שהאינדיקציה למינוף שבידם היתה מקראית מפורשת.

ו.17. חכמים: ה'דיו' מגביל

"אמרו לו: 'דיו' לבא מן הדין להיות כנדון, מה ברשות הרבים חצי נזק ואף ברשות הניזק חצי נזק". על אף תקפותו של הק"ו בהשוואה לזה של נידה, ועל אף האינדיקציה הכמותית לקביעה הנורמטיבית, קובעים חכמים שאין הק"ו יכול למנף. 'דיו' זה מגביל את תוצאת הק"ו לחצי נזק, ולא פורך את הק"ו. מנקודת המבט ההלכתית של חכמים, הק"ו של רבי טרפון בשילוב ה'דיו' שלהם, מביאים לתוצאה 'מושלמת':

(א) ה'דיו' שמר על הגבולות המשפטיים של הק"ו המורכב כמו העממי. (=ביטול מינוף).[140]

(ב) התוצאה המתקבלת, לאחר הפעלת 'דיו' תואמת את דעתם ההלכתית במקרה דנן.[141]

(ג) התוצאה המתקבלת, שומרת על עקרון 'השונות' (=הקרן בחצר הניזק משונה, ולכן תשלם חצי נזק).

(ד) הק"ו בשלוב ה'דיו', הבהיר ש'פשוטו של מקרא' הוא על פי פירושם: "יחצון", בכל רשות. רבי טרפון ביקש לקבוע פשט אחר, "יחצון", רק ברשות הרבים, אבל ברשות הניזק, ישלם נזק שלם.[142]

ו.18. 'דיו' דאיפריך ו-'סף שוויון'

על אף ה'מושלמות' של התוצאה מק"ו ו'דיו' א, יש בה שני חידושים ביחס לתוצאה בנידה, העשויים לשמש 'תירוץ' טוב לרבי טרפון, כדי לא לקבלה.

הראשון: לחכמים, הק"ו וה'דיו' משמשים מקור נוסף למקרא, ללמוד ההלכה של 'קרן בחצר הניזק'. לרבי טרפון, הק"ו כמידה מדרשית בכירה, ביקש ללמוד הלכה **חדשה** שאינה כתובה בתורה במפורש. תת-המידה 'דיו', מייתרת את **החידוש** שבתוצאת ק"ו חוקי ותקף, ומקבעת על ידי כך את 'פשוטו של מקרא', כדעת חכמים. הסתמא בסוגייתנו מכנה זאת 'דיו דאיפריך'. מנקודת מבטו של רבי טרפון, כך טוען הסתמא, אין הוא חייב לקבל צורת יישום זו של 'דיו' שכן היא 'פורכת את הקל

---

140 כלומר: ה'דיו' פועל כמגביל את המינוף, ובכך ממשיכים הק"ו העממי/פשוט והמורכב למלא את אותו תפקיד.

141 זוהי תוצאה משמעותית. ה'דיו' היא מעתה מידה מדרשית משלימה לק"ו. ה'דיו' אינו חייב להיות מעתה תגובה של צד א למינוף של צד ב. ק"ו ו'דיו' יכולים להווצר מלכתחילה, כדרשה אחת ב'חדא מחתא'.

142 כפירוש הצל"ח (ציון לנפש חפצה) על אתר, ראה הערה 2 לעיל.

וחומר׳.[143] ׳פירכת׳ הק״ו הסתמאית הינה: ״יתור החידוש שבתוצאת הק״ו. צורת היישום שאותה חייב רבי טרפון לקבל (=׳מדאוריתא׳) הינה זו המודגמת ב׳סכוליון׳ של ברייתת י״ג מידות (=׳מרים והשכינה׳). שם, אין ה׳דיו׳ מייתר את החידוש שבתוצאת הק״ו אלא מגבילו בלבד.

השני: מהו היחס הלוגי שנוצר בין תוצאת הק״ו לאחר הפעלת ׳דיו׳ לבין ׳ההכללה׳ שבק״ו? ההכללה בק״ו א קבעה שרשות הניזק חמורה מרשות הרבים, ותוצאת הק״ו לאחר ׳דיו׳ מראה כי רשות הרבים ורשות הניזק שוות בחומרתן. האם תוצאה זו, מהווה ׳פירכה לוגית׳ להכללה? התשובה לשאלה זו, תלויה בהגדרה המדויקת להכללה. אם נקבע שההכללה הינה ׳שרשות הניזק חמורה ולכל היותר שוה לרשות הרבים׳ אין בתוצאת ה׳דיו׳ ׳פירכה לוגית׳. ׳לכל היותר שוה׳ הוא ׳סף של שוויון׳. (בלשון המתימטית, רשות הניזק (גדול, שוה מ-)>=רשות הרבים, הסימן ׳גדול׳ מסמן חומרא). אם ה׳מודל׳ של הק״ו המורכב אינו כולל ׳סף של שויון׳ כערך של חומרא או קולא ממש, אזי, ה׳דיו׳ אינו רק מייתר את החידוש שבק״ו (=׳דיו דאפריך׳ הסתמאי), אלא אף פורך ׳פירכה לוגית׳ של ממש את הק״ו.[144] רבי טרפון קיבל בסופו של דבר את ׳דיו׳ א מכאן, שהוא לא היה סבור שיש ב׳דיו׳ זה ׳פירכה לוגית׳. ההכללה המקובלת על חכמים ורבי טרפון, כוללת אם כן, גם ׳סף שוויון׳, ולכן אין לראות ב׳דיו׳ א ׳פירכה לוגית׳.

19.ו. סכום לסוגיית בבא קמא

גם מבלי להניח כדעת שווארץ כי קיים קשר בין התנאים שמשתתפים בשו״ט בנידה לבין אלו שמשתתפים בשו״ט בב״ק, נראה כי במשנת ב״ק מתואר שו״ט שונה מתודולוגית מזה שבב״ק. שני הבדלים עקרוניים בולטים ישירות מן הטקסט התנאי וללא היזדקקות לאמצעים פרשניים. האחד: ק״ו א במשנת ב״ק הוא ק״ו ממנף, מורכב ומפורש. ׳מסדר ראשון׳ ולא ק״ו ׳מסדר שני׳, דוגמה יחידאית בכל ספרות חז״ל. השני: המחלוקת הקונקרטית בין חכמים דרבי טרפון לבין רבי טרפון אינה על אופייה המתודולוגי של ׳הקביעה הנורמטיבית׳. **במשנת ב״ק אין ׳קביעה׳ זו מצויה**

---

[143] הפירוש האמוראי לפירכת הק״ו על ידי ׳דיו׳ אינו פשוט, משום שהמושג ׳פירכה׳ מכוון לרוב לדחיית הק״ו בשל סתירה ממקור אחר או בשל סתירה לוגית בתוך חלקיו. א׳ ווייס, דיונים ובירורים, אכן קורא לפירוש זה ״פירוש מוזר״. אבל, י׳ תאומים, גינת ורדים, בכלל מט, מביא בשם המהרש״א ״סברא מחודשת״ העונה לשאלה, ׳מה עניין פירכה אצל ייתור פסוק?״: ״... דלרבי טרפון היכא דמיפרך קל וחומר לא אמרינן ׳דיו׳, היינו דווקא דאיכא קרא יתירא, ואי אמרינן ׳דיו׳ לא צריך קרא דמקל וחומר הוה שמעינן לה, ומשום הכי אמרינן דלהכי טרח וכתב לה קרא כי היכי דליהוי הקל וחומר מופרך דלא לימא ׳דיו׳, אבל היכא שאין קרא מיותר אמרינן ׳דיו׳, אפילו היכא דמיפרך קל וחומר״.

[144] הסתמא עצמו, אינו משתמש ברעיון של ׳סף שוויון׳ כאפשרות של פירכה, אלא כנ״ל, הפירכה הינה ביטול החידוש של הק״ו על ידי ׳דיו׳ (רק לדעת ר׳ טרפון, כמובן).

במחלוקת ובשל כך נראה כי זו אינה העילה כמו בסוגיית נידה לפירכת או להגבלת הק״ו. שני הבדלים עקרוניים אלו משמשים סיבה מספקת העומדת בפני עצמה כדי לקבוע כדעת שוואר‍ץ כי למשנת ב״ק יש ׳ערך של צעד קדימה׳ על פני משנת נידה. על בסיס שני הבדלים אלו הנתמכים באמירתו של שוואר‍ץ, ועל בסיס החקירה של משנת ב״ק, אני סבור כי לפנינו שני נסיונות המייצגים **גישה מתודולוגית שונה** מזו שבנידה, לבחינת כוחו של ה׳דיו׳.

הטכניקה הבולטת ביותר כאמור לעיל הינה ניסוח ק״ו א כק״ו ׳מסדר ראשון׳ בעל ׳קביעה׳ מפורשת וכמותית. פעולת המינוף מתבצעת בתוך הק״ו ולתוצאה הכמותית של ההיסק (=׳נזק שלם׳) אין הסבר הנובע מנתוני הק״ו. בשל עובדה זו פירשתי כי רבי טרפון יצר מינוף מכוון בק״ו א משום שהיה סבור שיש בידו **במקרה זה** אינדיקציה למינוף.

ק״ו ב במשנת ב״ק נועד לכולי עלמא להוות אלטרנטיבה לק״ו א בשל ה׳דיו׳ שנאמר על ק״ו א. בין אם נאמר כי רבי טרפון ניסה דרך אחרת לנצח את ׳דיו׳ ובין אם נאמר כדעת בעלי התוספות ״לדבריהם קאמר להו״, ברור כי מבחינה מתודולוגית ניסה רבי טרפון גישה אחרת מזו שנקט בק״ו א. בק״ו ב עשה רבי טרפון שימוש בשתי טכניקות מדרשיות: ׳היפוכיות׳ של הנתונים בק״ו א, ובנוסף, ניסוח ק״ו ב כק״ו ׳מסדר שני׳. אין מחלוקת כל שהיא ברעיון כי ק״ו ב במשנת ב״ק הוא ניסיון מתודולוגי **שונה** מזה שבק״ו א. בשונה מן ׳הערך של הצעד קדימה׳ שבין משנת ב״ק לבין משנת נדה המהווה **טיעון**, כאן זהו **הכרח פרשני.**

ההיצמדות הקפדנית לנוסח הטקסט (כשיטת ווייס בפירושו למשנתנו), וההכרח הפרשני לייחס לק״ו במשנת ב״ק גישה מתודולוגית שונה מזו של ק״ו א הביאו אותי לקבוע כי ק״ו ב הוא ק״ו איכותי שנועד לקבוע מגמות לוגיות בלבד. אולם רבי טרפון ביקש לנצח את חכמים בשדה ההלכה ולא בשאלת מבנהו הנכון של ק״ו מורכב. בשל כך הגעתי למסקנה כי רבי טרפון ביקש לקבוע את תוצאת ההיסק **מחוץ לק״ו האיכותי**, באמצעות אינדיקציה חיצונית (=׳תובנת משונה׳) ׳המולבשת׳ על היסק בק״ו האיכותי.

ק״ו א הוא ק״ו ממנף מפורש בעל תוצאה כמותית. ׳הקביעות הנורמטיביות׳ של הנחות (1) (2) ו (3) אינן נמצאות במחלוקת בינו ובין חכמים. צמצום המינוף מ׳נזק שלם׳ ל׳חצי נזק׳ ב (4) אינו יכול לפרוך את הק״ו שהרי זו גם דעת חכמים החולקים עליו (=׳חצי נזק׳). ק״ו ב הוא ק״ו ׳מסדר שני׳ לאחר שהתבצעה ׳היפוכיות׳ בנתוני ק״ו א. הק״ו מטבעו משוה ואין בתוצאת ההיסק אלא מה שכתוב בה: ״אינו דין שנחמיר בקרן״, ותו-לא.

על פי פרשנותי נראה כי רבי טרפון (בק״ו א) סבור היה שיש יכולת לק״ו המורכב למנף אם תמצא לו אינדיקציה מקובלת למינוף. ה׳דיו׳ לפי זה אינו מגדיר מלכתחילה את אי יכולתו של הק״ו המורכב למנף. לפי רבי טרפון זוהי תובנה שזכתה אמנם לניסוח מהוקצע על ידי רבי אליעזר, אולם תפקידה להגביל את המינוף רק בהיעדר אינדיקציה למינוף. עוד יש לומר כי לפי רבי טרפון ה׳דיו׳ יכול לבטל מינוף שנוצר ללא אינדיקציה **רק בתוך מבנה הק״ו**. כאשר הקונקרטיזציה של ההיסק מתבצעת מחוץ להיסק של הק״ו, ׳דיו׳ אינו יכול להשפיע. על פי פרשנותי, זוהי ההנחה שעל פיה הוא יצר את ק״ו ב במשנת ב״ק.היוצא מכך: רבי טרפון מתנגד ליכולותיו של ה׳דיו׳ ומצמצם עד מאוד את מידת יכולתו להשפיע על הק״ו המורכב. ל׳דיו׳ אין יכולת לפעול במקרים הבאים: כשיש אינדיקציה מקובלת למינוף; כאשר הק״ו מנוסח באופן איכותי ללא תוצאת היסק קונקרטית; וכאשר פעולת ההיסק הקונקרטית מתבצעת כאלמנט משלים מחוץ למבנה הק״ו.

ה׳דיו׳ בק״ו א מוצג במשנת ב״ק כמגביל הק״ו ולא כפורכו, בשונה מן ה׳דיו׳ שבסוגיית נידה, אולם הכלל ׳דיו׳ מבטל מינוף (בדרך של הגבלה לחצי נזק) גם אם קיימת אינדיקציה למינוף. תוצאת ההגבלה אינה פוגמת בתקפותו של הק״ו כיוצר הלכה ותוצאה זו מקובלת גם על חכמים דרבי טרפון. בק״ו ב, ׳דיו לבא מן הדין׳ פועל על כל תובנת מינוף שהיא, גם חיצונית למבנה הק״ו. ׳הבא מן הדין׳ הוא ההיסק הישיר או העקיף הנוצר על בסיס המבנה של הק״ו גם אם הוא איכותי, בתוך או מחוץ לק״ו והוא חייב להיות שוה ל׳נדון׳.

ז. מנגנון הפעולה של הקל וחומר- תיאור , היגיון ומודלים מייצגים.

הבה נבחן שני 'קל וחומר' דמיוניים:

(א) : אם בן האדון חייב בשלושה דברים באמה עברייה (שארה, כסותה ועונתה), דין הוא שכל אחד מישראל יהא חייב בארבעה דברים באשתו.

(ב): אם בן האדון חייב בשלושה דברים באמה עברייה, דין הוא שכל אחד מישראל יהא חייב אף הוא באותם שלושה דברים לפחות.

הסברה האפריורית מקל וחומר **פשוט** זה יכולה להיות כדלקמן: מחויבותו של כל אדם מישראל כלפי אשתו עולה על מחויבות בן האדון לאמתו העברייה. סברה זו, בצירוף **הנתון** שבן האדון חייב בשלושה דברים באמה עברייה, יכולה להביא לשתי תוצאות שונות, כפי שראינו לעיל. בקל וחומר א, שהוא קל וחומר ממנף, לא נלמד רק **עצם החיוב** של כל אדם מישראל כלפי אשתו אלא גם גודל החיוב: ארבעה דברים. התוספת הכמותית — ארבעה דברים במקום שלושה, הנתונים בבן האדון — היא **מינוף** הקל וחומר. קל וחומר ב הוא קל וחומר **משווה** משום שהוא לומד מבן האדון את עצם החיוב יחד עם גודלו הכמותי — שלושה דברים.

בקל וחומר הממנף, הסברה האפריורית יכולה לשמש סיבה למינוף הדין. היחס בין האמה העברייה לבין האשה הוא תמריץ ליצור דין חדש בַּלמד, החמור מהדין הנתון במלמד. בקל וחומר המשווה, היחס בין האמה העברייה לבין האשה הוא תמריץ בלבד ליצירת היקש משווה ביניהן. אי-אפשר היה ליצור היקש משווה זה ללא היחס הנתון ביניהן. התמריץ להשוואה במידת הקל וחומר דומה באופיו המתודולגי למילים שוות במידת הגזרה שווה — ללא מילים דומות/זהות אי-אפשר לדרוש במידה זו.

כאן מקום לשאלה המתבקשת: מנין לו ליוצר הקל וחומר הממנף גודל החיוב - ארבעה דברים? מדוע לא חמישה? במונחי עבודה זו, השאלה היא מהי **האינדיקציה** למינוף? החיוב בשלושה דברים בקל וחומר המשווה יכול אפוא להתפרש בשני אופנים: האחד – מלכתחילה, יכולת הקל וחומר היא להשוות את הדין בין למד למלמד שיש ביניהם יחסי קולא/חומרא אפריוריים;

השני — מלכתחילה יש יכולת לקל וחומר למנף את הדין בין למד למלמד שיש ביניהם יחסי קולא/חומרא אפריוריים אלא שאין בידו אינדיקציה למינוף. בהיעדר אינדיקציה למינוף משווים את הדין.

לפי הצעה ראשונה, הקל וחומר משווה מלכתחילה כדבר נתון ומוגדר. הגבלת המינוף שלו מובנית בעצם הגדרתו. לפי הצעה שנייה, אם תימצא אינדיקציה מקובלת למינוף לא תהיה מניעה מליצור קל וחומר ממנף. אם יווצר קל וחומר שיש בו מינוף ללא אינדיקציה מקובלת, המינוף יוסר. הגבלת תוצאת הקל וחומר אינה נובעת מהגדרה מובנית כמו בהצעה ראשונה, אלא מהיגיון הכרחי. במקרה זה צריך שיהיה כלל המבטל את המינוף. כך או כך, בהיעדר הגדרות כלשהן לקל וחומר לא נוכל לקבוע בפוגשנו בקל וחומר משווה בספרות חז״ל את **סיבת אי-המינוף**. אין בידינו הגדרה מקראית, תנאית או אמוראית לקל וחומר פשוט או מורכב. גם ברייתת י״ג מידות אינה כוללת הגדרות אלא דוגמאות מקראיות לרשימת המידות המוצגות בתחילתה. **תובנת דיו קדומה** הוא הביטוי הניתן בעבודה זו לתיאור עובדתי זה. ׳תובנת דיו קדומה׳ כוללת את שני הפירושים שהוזכרו לעיל.

׳תובנת דיו קדומה׳ זכתה **לפורמליזציה** מלאה בדורו של רבי אליעזר, התנא הראשון המוצג במשנה כתנא שהשתמש בכלל המגביל את מינוף הקל וחומר. העמידה על הדרישה לקל וחומר משווה באמצעות כלל רשמי ולא באמצעות ׳תובנת דיו קדומה׳ מוגדרת **כפורמליזציה**, מושג שיוזכר שוב ושוב בעבודה זו בהקשרים שונים. מושג שני, ׳אחיו התאום׳ של מושג ה**פורמליזציה**, הוא **המשגה**. **ניסוח** הכלל הפורמלי הוא **המשגתו**. **פורמליזציה והמשגה** הם שני תהליכים מתודולוגיים משלימים. אפשר שהדרישה לקל וחומר משווה נעשתה בשלב כלשהו באופן רשמי (פורמלי) אבל טרם **הומשגה**. ברם, הניסוח המהוקצע שבמשנת נידה: ״דיו לבא מן הדין להיות כנדון״, המוזכר שוב ושוב בסוגיות קל וחומר-דיו, מעיד על השלמת התהליך המתודולוגי. ׳תובנת דיו קדומה׳ עברה **פורמליזציה והמשגה.**

רעיון זה, תובנת ׳דיו׳ שנוצרה להגבלת המינוף מובע בספר **הכריתות** בצורה ברורה: ״עוד טעם אחר כי אין אנו יכולים להוסיף רק מעלה אחת דהא קרא זה אתא לגילויי לנו דין ק״ו,

וא״כ בא לפרש ולא לסתום, א״כ תפשת מועט תפשת. ואם באת להוסיף[145] **לא ידעת כמה**״[146], מדבריו יוצא, כי השוואת הדין הכרחית **בשל העדר אינדיקציה למינוף!** על אף שרעיון המינוף זוקק השוואה של שני ׳גדלים׳ על סרגל השוואה כל שהוא, יש לומר כי האינדיקציה למינוף אינה מתמטית במובן החמור של המילה.[147]

למעשה, לאור מה שראינו עד כה נראה כי ביצוע הדין (בק״ו) הוא תהליך בין ג׳ שלבים. בשלב א׳ מושווים שני פרטים הלכתיים או פסוקי מקרא המצויים באותו הסרגל, כך שניתן להשוותם מבחינת יחס הקולא/חומרא שביניהם. זהו שלב ההשוואה. בשלב ב׳, מועבר יחס ההשוואה שביניהם אל מישור ההיסק, זוהי הליבה של פעולת הדין. בשלב ג׳ עושים שימוש ביחס המועבר כדי להעתיק הלכה בין שני הפרטים המושווים.[148]

ברור מכאן, כי שלב א׳, שלב ההשוואה שממנה נוצרת ההכללה הוא ׳החוליה החלשה׳ שבין שלושת השלבים.[149] שלב ההכללה תמיד יהיה בעל אופי אינדוקטיבי. במשנת ב״ק לדוגמה, מתוך ההשוואה בין קרן לבין שן ורגל, מבחינת דין אחד מסויים (= דינם ברשות הרבים), אנו מסיקים **ומכלילים**, שלכל עניין קרן חמורה משן ורגל. הכללה זו היא בגדר **האפשר** אך לא בגדר **ההכרח**, על אף שאינה שרירותית. מסקנת הביניים בתהליך הדיון הדו- שלבי, אינה בלועה בשני הנתונים מהם הוסקה. ההתעלמות לרוב משלב זה נובעת מן העובדה שבניסוחי הקל וחומר קשה להבחין בשלב ההכללה, שכן הוא לא מוזכר בפירוש.

ההשלכה העיקרית לקיומו של שלב זה קשורה בהבנת ובסווג הפירכא עליו, אם היא קיימת. לרוב תוקפת הפירכא את ההכללה שברקע ולעולם לא את שלב ב שלה, את השלב **הדידוקטיבי**.[150]

---

[145] ניתן לקבוע כי ספר **הכריתות** הוא היחיד מתוך כל הפרשנים **בספרות הכללים** המתייחס אל מושג **האנדיקציה למינוף**.

[146] כריתות, בית א, קל וחומר, עמ׳ 5, סעיף ג

[147] ראו מר קשישא, עמ׳ קצז, סעיף ׳קל וחומר לשכינה י״ד יום׳, המוכיח זאת מדוגמה במכילתא.

[148] לתיאור מפורט של כל השלבים ראו: יונגסטר, על ׳קל וחומר ופירכתו, חלק א׳, עמ׳ 31.

[149] ראו: מ.א. עמיאל, המדות לחקר ההלכה, ירושלים תשס״א, פרק ה , סעיף 6.

[150] במערכת ההלכתית ניתן למצוא מונחים שונים לתיאור ה׳יחסים׳ בין הגורם לבין התוצאה הנובעת ממנו. טיב ׳יחסים׳ אלו עשוי לשפוך אור על הבסיס למחלוקות בין חכמים. לטיב ׳יחסים׳ אלו הקדיש הרב מ.א. עמיאל את ספרו **המדות לחקר ההלכה**, ירושלים, תרצ״ט. נציין כמה מיחסים אלו, הלקוחים כולם ממאמרו של ק. רבינוביץ, ׳פרדוכסים ופשרם בהגיון של ההלכה׳: **סיבה ומסובב, יסוד ובניין, אמצעי ותכלית, עצם ומסתעף.** עוד יש לציין בהקשר זה כי

ז.1. סיבוב הקל וחומר (אסימטריה)

לצורך המיקוד בעניין **האסימטריה**, נעשה שימוש סכמטי בנתוני משנת בבא-קמא. הנתונים המקראיים הם: ברשות הרבים חייבים חצי נזק על נזקי הקרן, ופטורים על נזקי שן ורגל. בחצר הניזק חייבים על נזקי שן ורגל נזק שלם. דין קרן בחצר הניזק לא מופיע במקרא (= הלמד).

	רשות הרבים	**רשות הניזק**
שן ורגל	0	1
קרן	1/2	?

אם קרן ברשות הרבים היתה חייבת נזק שלם (1) היה כאן קל וחומר רגיל וניתן היה להסיק שגם ברשות הרבים הניזק יהיה חייב בנזקי קרן, נזק שלם. כיצד אם כן ניתן למלא את הטבלה במשבצת הריקה?

תחת השיקול המבוסס על שורות בטבלה, ניתן ללמוד כך: משורת שן ורגל ניתן ללמוד כי רשות הניזק חמורה יותר. מכאן נלמד בשורה השנייה שאם קרן חייבת ברשות הרבים אזי קל וחומר שתהא חייבת גם ברשות הניזק. **ההכללה** הסמויה קובעת כי 'רשות הניזק' חמורה לכל עניין מרשות הרבים.[151] תחת השיקול המבוסס על **העמודות** בטבלה ניתן ללמוד כך: מהעמודה של רשות הרבים ניתן ללמוד כי קרן חמורה משן ורגל. מכאן נלמד בעמודה השנייה, שאם שן ורגל חייבת ברשות הרבים אזי קל וחומר שתהיה חייבת ברשות הניזק.[152]

'הקדמות, 'הנחות' ו'מסקנות' הם מונחים יחסיים. הסדר בתהליך אינו מחייב, אפילו המסקנה אינה חייבת להיות מוצגת בסוף התהליך. ראו בעניין זה את: א. מ. קופי, **מבוא ללוגיקה**, עמ' 24.

[151] בעלי הכללים מכנים קל וחומר מסוג זה – "קל וחומר של מקומות", משום שהוא קובע יחס בין **המקומות** בהם מתרחשים האירועים ההלכתיים – רשות הרבים ורשות הניזק, ולא בין הנושאים ההלכתיים עצמם – קרן ושן ורגל.

[152] זהו קל וחומר של **נושאים** בלשון בעלי הכללים, בשל עיסוקו בנושאים ההלכתיים ולא במקומות.

עד כה תיארתי את פעולת היווצרות הדין בשני אופנים תחת הנחת הסימטריות. ברם, הבעייתיות שיוצרת את המחלוקת במשנה זו נובעת כולה מן העובדה שמדובר כאן על **אסימטריות.**[153] האסימטריות מתבטאת בניסיון להשלים את הנתון החסר. בשיקול קל וחומר של מקומות (אפ׳ ראשונה לעיל), המסקנה תהיה שקרן ברשות הניזק חייבת לפחות חצי נזק, בהתבסס על **ההכללה** לפיה רשות הניזק חמורה מרשות הרבים, והלא קרן ברשות הרבים חייבת חצי נזק! בשיקול קל וחומר של **נושאים** (אפ׳ שניה לעיל), המסקנה תהיה שקרן ברשות הניזק חייבת לפחות נזק שלם, כמו שן ורגל באותה רשות , שכן ההכללה בשיקול זה הינה שקרן חמורה משן ורגל.

הפעלת ׳דיו׳[154] בשיקול **הנושאים** (שיקול שני לעיל) תמוהה מאוד! ההכללה שלפיה קרן חמורה משן ורגל נכונה בוודאי ללא פירכא. מדוע אם כן, קרן החמורה יותר משן ורגל לא תהיה חייבת ברשות הניזק נזק שלם?? מדוע העובדה שקרן ברשות הרבים משלמת חצי נזק אמורה לסייג את גובה החיוב ברשות הניזק?[155]

אני מציע להסביר זאת בדרך הבאה:[156] תהליך פעולת הדין מתחלק לשני שלבים:

שלב א׳- עצם החיוב של קרן ברשות הניזק.

שלב ב׳- לימוד על גובה החיוב.

ההכללה לפיה קרן חמורה משן ורגל תקפה רק **לעצם החיוב** אך לא לגובה החיוב[157] אמנם ברשות הרבים גובה החיוב בקרן גבוה מזה של שן ורגל, אולם במקומות אחרים, גובה החיוב של שן ורגל הוא נזק שלם ולכן לא ניתן ליישם **הכללה** זו לגבי גובה החיוב. מן ההכללה לומדים רק את עצם

---

[153] כלומר: הנתון במשבצת הימנית התחתונה אינו זהה לנתון שבמשבצת השמאלית העליונה.

[154] ראו בפירוט הדיון בסוגיית בבא-קמא לעיל.

[155] רש״י על אתר, מסביר זאת במשפט עמוס: ״ דין לבא מן הדין להיות הנדון – דסוף סוף אי לאו קרן ברה״ר לא משתכחת צד ק״ו״. כלומר: העובדה שקרן חייבת חצי נזק ברה״ר נטלה חלק ביצירת ההכללה שקרן חמורה משן ורגל. בשל כך, לדעת רש״י, אין להתעלם ממנה גם בסוף הקל וחומר ועלינו לסייג את המינוף ולהעמידו על חצי נזק! אם עקרון ה׳דיו׳ מבוסס על טענת **האינדיקציה** למינוף, אין להסבר זה אחיזה במקרה זה, שהרי המלמד הסופי הוא שן ורגל ברשות הניזק ושם הוא חייב נזק שלם! האינדיקציה אם כן קיימת!!!

[156] ראו מידה 4, עמ׳ 45. הסבר א׳ שלפיו ההכללה תקפה עד גובה חצי רגל, נדחה בשל חוסר הגיונו.

[157] שהרי בקרן קיים מאפיין ייחודי, גם כאשר היא חייבת ברשות הרבים, היא חייבת חצי נזק בלבד. אפשר שזו כוונת רש״י לעיל.

החיוב. הקל וחומר מלמדנו כי קרן ברשות הניזק תהא חייבת לשלם נזק שלם, אולם גובה החיוב ילמד מקרן ברשות הרבים ובשל כך הוא עומד על חצי נזק.

על בסיס דיון זה, שהוצג בקצרה לעיל, הסיקו פרשנים וחוקרים מס׳ מסקנות: (א): ״.... ...., כל מקום שיש פירכא ואינו משנה הקל וחומר בידוע שיש גם כן על המקומות פירכא כמו שיש על המלמדין עצמן (= ק״ו של נושאים ,ח.ג) ולא יועיל השינוי לכלום....״[158]

הסבר: כאשר הסיבוביות לא תועיל במאומה, כגון: כאשר חסר יסוד האסימטריה או שקיימת פירכא על קל וחומר של **מקומות,** היא לא מתבצעת. כלל זה אכן מסביר מדוע בחז״ל מעט מאוד מקרים של **סיבוביות.**[159] בעל **׳הררי נמרים׳ מכנה** פעולה זו במילים ״לא היה לכך תועלת״.[160]

(ב): האפשרות התיאורטית **לסיבוביות,** מחייבת ג׳ הלכות, כלומר: ק״ו מורכב, ובנוסף, **הקביעה הנורמטיבית** תיצור מצב **אסימטריות.**[161]

---

[158] הליכות עולם, שער רביעי, סעיף ז׳, עמ׳ קטז

[159] כולם מוצגים על ידי ב ׳ק״ו ודיו בספרות התנאית׳

[160] ׳מהררי נמרים׳, עמ׳ ב׳

[161] ראו: יונגסטר, ׳על קו וחומר ופרכתו׳ חלק א׳. עמ׳ 34. המתבסס בעיקר על מחקרי ׳מידה טובה׳.
יונגסטר מדגים עקרון זה, המכונה על ידו ״ק״ו בר החלפה״ על הקל וחומר המחייב שואל בתשלומי גנבה ואבדה.

	שומר מקרה	שומר שכר	שואל
מישור ההשואה	אונס	פטור	חייב
מישור ההיסק	גנבה ואבדה	חייב	?

סיבוב הקל וחומר אפשרי, אך הוא אינו **אסמיטרי** ולכן אין צורך ב׳דיו׳. יונגרסטר טוען שם (עמ׳ 30-31), כי גם במקרה זה קיים הבדל **מהותי** בין שני סוגי הקל וחומר.

(ג) : בקבוצת המחקר החדיש ביותר בנדון, מוסקת מסקנה לוגית באשר **לסיבוביות** כך :

"לפי חכמים לוקחים את הערך **הנמוך** ביותר מבין הערכים הקבילים, שכן כל ערך גבוה יותר מחייב הוכחה.

(ד) : 'סיבוב' הקו"ח במודל זה מופיע רק בנימוק של רבי טרפון, ובמשמעותו הוא לא היסק שונה, אלא ניתוח שמבוסס על יחס סדר בין שורות במקום יחס סדר בין עמודות, (בדיוק מפני שהוא שולל את ה'דיו'). "המסקנה העקבית שלנו נותרת על מכונה : אין להפריד בין כווני ההיסק בשום קו"ח וגם במקרה אסימטרי, ההבחנה בין שני סוגי ה'דיו' כלל אינה עולה".[162]

ז.2. תקפות, תוכן והגבלה

כדי לקבוע אם קל וחומר או 'דיו' מסוימים 'נכונים' אני משתמש בעבודה זו גם בביטויים 'תקף' ו'לא תקף', שהם מונחים לוגיים. ראוי להביא את דברי אירווינג מ' קופי, שעושים מעט סדר בנושא ומבהירים את המושגים 'נכון' ו'תקף' בהקשר לסוג הטיעון הנדון :

> כל טיעון מבוסס על ההנחה שהקדמותיו מספקות עדות לאמיתות מסקנתו. רק טיעון דדוקטיבי מתחייב לכך שהקדמותיו מספקות עדות **מכרעת.** במקרה של טיעוני דדוקטיביים, המונחים 'תקף' ו-'לא-תקף' משמשים במקום המונחים 'נכון' ו-'מוטעה'. טיעון דדוקטיבי הינו **תקף** כאשר הקדמותיו, אם הם אמיתיות , מספקות עדות **מכרעת** למסקנתו. [...] מאידך גיסא, ארגומנט אינדוקטיבי איננו מתיימר שהקדמותיו נותנות עדות **מכרעת** לאמיתות מסקנתו, אלא רק שהן מספקות **עדות כלשהי.**[163]

קל וחומר הוא ביסודו של דבר טיעון הגיוני ולכן יש מקום לעשות שימוש במונח 'תקפות' גם לגביו בהתאם להגדרתו של קופי לעיל. הבה נדון בהגדרה זו בנוגע לקל וחומר ונבחן בעזרתה מונחי יסוד נוספים המשמשים בעבודה זו. לפנינו טיעון דמיוני הטוען כך :

הקדמה א : כל בעלי הכנף בישראל לבנים.

הקדמה ב' : מצאנו בירושלים ציפור שיר.

---

[162] היסקים, עמ' 193, תוצאה 10.

[163] א"מ קופי, מבוא ללוגיקה, תל – אביב תשל"ז, עמ' 38.

מסקנה: ציפור השיר שבירושלים לבנה.

אם ההקדמות אמיתיות, בלשונו של קופי, אזי הן מספקות עדות **מכרעת** למסקנת הטיעון. ההיסק דדוקטיבי, ובשל כך הטיעון **תקף**. תקפות הטיעון אינה מ**תוכן** הקדמותיו שהרי במציאות, הקדמות אלו אינן נכונות. התקפות מאשרת אפוא את תהליך ההיסק הלוגי מתוך **מבנה וצורת** הטיעון ולא מתוך **תכניו**. כאשר הקדמה א מתבטלת עקב אי-נכונותה העובדתית, הטיעון אינו תקף משום שהקדמותיו אינן מספקות עוד עדות מכרעת למסקנתו.

גם לקל וחומר יש הקדמות, ומסקנה שהיא תוצאת הקל וחומר. ברם, בקל וחומר החזל"י אנו מוצאים שני סוגי התייחסות נוספים שיש להם קשר למונחים שהוזכרו עד כה בסעיף זה עקב השימוש בכלל 'דיו'. **פירכת** הקל וחומר (ופעמים **דחיית** הקל וחומר) היא ביטול תקפותו בשל סיבות שונות, כגון: מציאת 'עובדה' הלכתית הסותרת אחת מהנחותיו; בתהליך ההיסק נוצרה 'סתירה לוגית' בין חלקיו. נשאל כעת מה יהא מעמד הקל וחומר הממנף אם ה'דיו' ביטל את המינוף אבל הותיר את הקל וחומר במבנה של קל וחומר משווה. האם ביטול המינוף **מגביל** את תוצאת הקל וחומר בלבד אולם מותירו באותה רמת התוקף, או שמא ביטול המינוף כמוהו כפירכת הקל וחומר ולכן הקל וחומר במתכונתו החדשה אינו תקף? במילים אחרות, האם 'דיו' **פורך או מגביל**? כדי לערער או לקבל תקפות של קל-וחומר יש צורך בהכרת מבנהו, ובמיוחד את הלוגיקה הפנימית שלו

> Courts and lawyers often argue a fortiori. Sometimes they actually use the Latin phrase to indicate that their conclusions do not just follow, but 'follow a fortiori' from certain premises. These are taken to be inferences of a distinct and important kind. But how exactly are they distinct, and why are they important? Despite their popularity, a fortiori arguments are not well understood and have not drawn much attention from legal theorists.

מתוך ציטוט זה[164]נראה כי בבתי משפט (או במערכת המשפט) אין נוהגים להתייחס/לצטט את הנחות הקל וחומר ואת חלקיו. על פי הטיעון הזה, ניסיון שחזור לא מוצלח יכול להביא בבטחה למסקנה כי בית המשפט נכשל. נדמה שטענה זו, הנכונה ביתר שאת למערכת המשפט הישראלי אינה נטענת כלל. דוגמה לקל וחומר פריכא מפורסם הוא הקל וחומר הבא: "ומה כיסי שאינו מותר לך, מותר לי, כיסך שמותר אף לך קל וחומר שמותר לי"[165] בתחושה אינטואטיבית כל בר-דעת 'אמר כי ק"ו זה אינו תקף, ברם, רבים יתקשו להסביר במונחי תורת הקל וחומר או בכלל, מדוע. מן ההיבט הלוגי הצרוף, פעולת הקל וחומר על שלביה, כוללת את שלוש שיטות ההיסק המוכרות: אנלוגיה, אינדוקציה ודדקוציה. שלוש הצורות הללו מקיימות היררכיה ברורה של תקפות: הדדוקציה, תקפה בהכרח, נמצאת בראש פירמידת התקפות, בעוד שהאנלוגיה והאינדוקציה יבואו אחריה. האנלוגיה מסיקה מסקנה רק לגבי פרט אחד, ולכן היא 'מעיזה' פחות וממילא תקפה פחות. האינדוקציה יותר 'נועזת' שכן מכוח קיומה של תכונה מסוימת (=דין) בנושאים בודדים היא מסיקה על קיומה של התכונה הזו בקבוצה שלימה ולכן היא הפחות תקפה.[166]

הקל וחומר לדעת רוב ככל הפרשנים והחוקרים מביא לידי תוצאה **אפשרית** אך לא **הכרחית**, על אף שפועלת ההיסק בשלב האחרון הינה פעולה דדוקטיבית. אוסטרובסקי מנסח זאת כך: "אולם על פי זה נוכל רק להוציא מסקנא, כי כח הנגוד שבנושאים וחוק ההשוואה יחד יכולים להביא לידי תוצאה **אפשרית** של הקל וחומר הנתמכת אמנם גם מסברא. אולם בשום אופן לא יביאונו לידי תוצאה הכרחית"[167]

קופי[168] מכנה את המסקנה של העדות הדדוקטיבית עדות **מכרעת** (הדגשה במקור,ח.ג) ואת המסקנה של העדות האינדוקטיבית **עדות כלשהי** (הדגשה במקור,ח.ג). יתר על כך, מן ההיבט המשפטי יש להתייחס באופן קפדני גם **ל'צורה תקפה'**: [169]

---

[164] THE MODERN LAW REVIEW,76(6),i-xvi,(2013)

[165] ישראל לוינגר, 'שלשה עשר המידות, דרך חדשה להצגתן', ערך **קל וחומר** , הערה 18

[166] למעשה העניין הרבה יותר מורכב, ואין כאן מקום להאריך בעניין. לפירוט יתר ראו: מי אברהם,'מעמדם הלוגי של דרכי הדרש', עמ' 19.

[167] אוסטרובסקי, **המדות שהתורה נדרשת בהן**, ירושלים, תרפ"ד, ע'מ מ"ט.וראו שם בפרוט דבריו את נימוקיו.

[168] אירווינג מ.קופי, **מבוא ללוגיקה**, עמ' 38.

[169] .SCHILLER,F.C.S.,THE ARGUMENT A FORTIORY.MIND,25(100),513-517,(1916)

As the matter stands it appears to me that effective discussion is rendered almost impossible by the vagueness and ambiguity of the notions of ׳ validity,׳ ׳purpose of the argument, ״ and ׳proof: they mean different things to different writers and are used more or less loosely by all. Let us begin therefore by inquiring how strictly the notion of a valid ׳ form ׳ is to be taken.

.

זאת ועוד, שתי הנחות יסוד אמיתיות המשולבות באופן תקף בצורה סילוגיסטית עשויים להביל למסקנה שקרית.[170] משמעויות נגזרות מתוך רעיון **התקפות**, נוגעות במישרין למחקר זה. להלן רק מספר דוגמאות למשמעויות אלו:

(א): גישתו של הרמב״ם מבוססת על כך שהדרש ההלכתי הוא הסקת מסקנות מן המקרא, שמתבצעת על דרך האנלוגיה, אולם אנליזה דדוקטיבית של המקרא חושפת את מה שחבוי בתוכו. הלכות אלו מן הכתוב נחשבות אליבא דשיטתו, הלכות בעל **תוקף** מדאוריתא.[171]

(ב): **הסילוגיזם** במשמעותו המקורית של אריסטו משמעותו דדוקציה ותהא צורתה אשר תהא. הואיל והק״ו אינו דידוקטיבי לכן הוא אינו סילוגיזם.[172]

(ג): בגישה קפדנית ניתן לשלול את תקפותו של הקל-וחומר ואפילו הסילוגיזם פתוח להתקפה כי לא קיים שם תוקף פורמלי.[173]

---

[170] שם.
[171] ראו בהרחבה, מ. אברהם, ׳אינדוקציה ואנלוגיה בהלכה׳
[172] א.רביצקי,׳ההיקשים ההלכתיים׳, עמ׳ 200, הערה 17.
[173] שם

ז.3. הצרנה וצורות סכמטיות

טיעונים משפטיים (וגם אחרים) המנוסחים באופן מילולי קשים להערכה, עקב טבען העמום והרב משמעי של המילים, ערפול המבנה, הביטויים המטעים וסגנונם המטפאורי. גם אם קשיים אלו יסולקו, במקרה של מונחים כדוגמת הקל – וחומר נשארת בעינה בעיית ההחלטה על תקפותו/אי תקפותו של הארגומנט הנדון. כדי להימנע מקשיים אלו יצרו הפרשנים/ החוקרים תוך שימוש בצורות שונות מעין 'שפות' סמליות מלאכותיות, שאמורים להיות נקיות מפגמים אלו. אריסטו מייסדו העתיק של נושא זה היה הראשון להשתמש **במשתנים** כדי להקל על עבודתו.[174] קופי[175] עומד על היתרונות שבהצגה הסימבולית:

> הסמלים המיוחדים של תורת ההיגיון החדישה מסייעים לנו להציג במהירות רבה יותר את מבניהם הלוגיים של טענות, טיעונים אשר צורותיהם עלולות להסתתר מאחורי סרבולה של השפה הרגילה: ערך נוסף של הסמלים המיוחדים ללוגיקן, הוא הסיוע שהם מושיטים בשימוש הממשי ובטיפול בטענות, בפסוקים ובארגומנטים.[176]

אלפרד נורת מיטהד, אחת התורמים הגדולים לקידומה של הלוגיקה הסימבולית טוען אף יותר מכך:[177] "... בעזרת הסמבוליזם, אנו עושים העברות חשיבתיות כמעט באופן מכני באמצעות העין, שאחרת היו מצריכים הכשרים הגבוהים ביותר של המוח". התפיסה הויזואלית שלנו, קלה יותר על פי טיעון זה מהפעלת הכישורים המחשביים במוחנו.[178]

ראוי לציין גם את דברי השופט זילברג בהקשר זה:

---

[174] נמרוד בר עם, 'הלוגיקה בין אפסיטמולוגיה למתודולוגיה', עיון, רבעון פילוסופי, תשרי תשס"ג, עמ' 377. מתאר עובדה זו כך! "גולת הכותרת (של אריסטו, ח.ג) היא השימוש במשתנים לשוניים כתחליף למונחים. השמוש במשתנים הוא שהופך את הלוגיקה לדיון המופשט הראשון בהיסקים, דיון המתמקד בצורות לוגיות ולא בדוגמאות קונקרטיות גרדא (כאלו שבהן השתמשו זנון, סוקרטס, ואפלטון)".

[175] א.מ. קופי מבוא ללוגיקה, פרק 8, עמ' 246 – 247 .

[176] שם, קופי מציג טיעון זה בעובדה ההיסטורית שבה הוחלפו הספרות הרומיות לסימנים הערביים. צורת הסימנים הערביים, לא רק קלה יותר אלא היא אף מאפשרת חישובים כגון כפל של מספרים. הנסיון להכפיל את CXIII ב LX כמעט לא אפשרי, לעומת הקלות של הכפלת המספרים 113 ב-9.

[177] An Introduction to Mathematics, by A.N Whitehead, Dxford Vnivesity, 1911. מובא שם בדברי קופי, הנ"ל.

[178] מ. זילברג, **כתבי משה זילברג** , אוני' עברית, ירושלים, עמ' 91.

הקו האופייני המציין את כח הספקולציה המשפטית שלנו הוא: השאיפה הקיצונית להפשטת הרעיונות היסודיים של המשפט. מה שמבדיל ביותר בין המשפט המודרני ובין המשפט העברי הוא, שהמשפט המודרני רוקם אמנם את המחשבות ההגיוניות שלו, **אבל אינו נמשך אחריהן** (ההדגשה במקור, ח.ג), הוא עושה בהן תמיד רגולציה, מסדרן ומכוונן ומתקנן לנוכח התוצאות המעשיות שלהן. מה שאין כן המשפט העיברי. הוא מתייחס אל הרעיונות המשפטיים כאל יסודות מאתימטיים כביכול, שאפשר לרקום ולשזור אותם בעיניים סגורות, מבלי להיזקק לתוצאות המוחשיות שיתקלו על ידם.

ביטוי כללי יותר לטיעון זה של זילברג ניתן למצוא גם בדברי בנדור.[179] משפט המפתח בדבריו הינו: "הפורמליזם נחשב מגונה, אך הוא מן היסודות המכוננים שיטות משפט דמוקרטיות".[180] על רקע דברים אלו אין להתפלא במוצאנו נסיונות רבים להציג את הקל – וחומר באופן סכמטי ואף להעניק לו **הצרנה** (= מתן צורה לדבר, Formalizaton). להלן אציג את העיקריים שבהם, ובעיקר לנסות ולקשור בין **הצורה לתוכן**.[181]

הסימבוליקה **במידות אהרון** (כפי שאוסטרובסקי מציג אותו) הינה כך:

שני הנושאים באותיות מרובעות **א,ב** גדולות, הפרטים באותיות א,ב קטנות.

חיובי/חמור בסימן + (פלוס), כגון: חייב, אסור, טמא, קונה.

שלילי/קל בסימן – (מינוס), כגון: פטור, מותר, טהור, אינו קונה.

בפעולות דין קל וחמר משתתפים שני נושאים: הנושא המלמד והנושא הלמד ושני פרטים – מקרים, שמציאותם במלמד ברורה וידועה ומציאות אחד מהם בלמד גם היא ברורה וידועה והם המאפשרים לברר את המציאות המסופקת של הפרט השני בלמד. שבמלמד היא ברורה.[182] דוגמה לקל וחומר. שן ורגל, וקרן, הם שני נושאים,

---

[179] א. בנדור, **פורמליזם משפטי**, עמ' 592 – 602.

[180] משפטים נוספים באותו הקשר, שם: עמ' 593 – "פורמליזם משפטי מבטא תיאורטיזציה של תחושת המשפטנים בדבר קיום סדר משפטי קוהרנטי והתמרמרותם על פגיעה שיפוטית בסדר זה". עמ' 593 – "במוקד הפורמליזם המשפטי עומדת קבלת החלטות לפי כללים" עמ' 594 – "המחשבה המשפטית הפורמליסטית היא אינדוקטיבית ודדוקטיבית..".

[181] לבחינת המשמעות **התכנית** הנגזרת מן **הצורה** ראו: מידה 4 עמ' 385, בדיני הפירכות על הקל וחומר.

[182] אוסטרובסקי, עמ' 94 , **המידות שהתורה נדרשת בהן**, ירושלים, תשע"ד.

הראשון מלמד והשני למד. שני פרטים, מציאותם במלמד ברורה בתורה: שן ורגל פטורים ברשות הרבים וחייבים ברשות הניזק. מציאות אחד מהם ברורה גם בלמד: קרן ברשות הרבים חייבת, הפרט השני מסופק בלמד, קרן ברשות הנזק (כמה חייבת?)'[183]

ומה במקום שהקלה על השן והרגל, ברשות הרבים, שהן פטורות, החמירה עליהן, ברשות הניזק, לשלם נזק שלם, מקום שהחמירה על הקרן, ברשות הרבים, לשלם חצי נזק, אינו דין שנחמיר עליו ברשות הניזק לשלם נזק שלם. [184]

הצורה הסכמטית בשיטה זו ולקל וחומר זה תהא כך:

הצורה	הביטוי המילולי בתוספת הסימנים
א-א+ב **ב**+א	שן ורגל – חיוב ברשות הרבים + חיוב ברשות הניזק קרן + חיוב ברשות הניזק
ב+ב (התוצאה)	קרן + חיוב ברשות הניזק

אוסטרובסקי דוחה מנגנון זה בשל התוצאה שהיא **אפשרית** אך לא **הכרחית**.[185]

ז.4. אוסטרבסקי, שוורץ – צורת ההיקש המופתי.

אותם הנתונים מוצגים על ידו באופן סכמטי כך:

- הקדמה ראשונה **כללית**: כל החומרות של **א** (הקל) נמצאת גם ב **ב** (החמור)

- <u>הקדמה שניה **פרטית**: **ב היא חומרת א**</u>

התוצאה **ב** היא גם חומרת **ב**

[183] שם.
[184] בבא – קמא, כ"ה ע"א.
[185] שם, עמ' 104.

דוגמא: הקל וחומר הראשון של הלל, שדרש לפני בני – בתירא נמצא בתלמוד הירושלמי בסגנון זה:

"מקל וחומר, מה אם תמיד שאין מחייבין על עשייתו כרת דוחה את השבת, פסח, שחייבין על עשייתו כרת, אינו דין שידחה את השבת"[186] בשיטה המוצעת על ידי שני חוקרים אלו, הקל וחומר הוא ההיקש המופתי של אריסטו מסוג BABARA, וצורתו המפורשת תהא כך:

- כל המצוות הנדחות מפני התמיד נדחות גם מפני הפסח.
- <u>מצוות שבת נדחית מפני התמיד.</u>

מסקנה: מצות שבת נדחית מפני הפסח.

בשיטה זו, ההקדמה היסודית כי כל הנדחה מפני התמיד נדחה גם מפני הפסח **מובלעת** בתוך ההקדמות. בצורה הסכמטית נחשפת ההקדמה ומוזכרת בצורה מפורשת.

ז.5. ברכפלד, 'הפשטה מתימטית'

ההגדרות למודל המתמטי – הלוגי של ברכפלד הן כדלקמן:

- כאשר A נושא הלכתי, תהא H(A) = קבוצת החומרות של A
- אם H(A)€, h אזי זה יסומן כך $h_i(A)$ אחרת, hi(A) ~
- L מסמן את הלמד ... M_1, M_2 מסמנים את המלמדים.
- d הוא הדין אשר ברצוננו להטיל על L.
- אם M הוא עניין שיש בו d, הוא יסומן כך – d(M).

הקל וחומר במודל זה מנוסח כך:[187]

[186] ירושלמי, פסחים, פרק ו, הלכה א, (דף לט, א)

"... אם זה הקל נמצאת בו זאת החומרא, זה החמור לא כל שכן שתהיה בו זאת החומרא".

המודל המתימטי – לוגי יראה כך:[188]

(1) $H(M_1) \subset H(L)$

(2) $d(M_1)$

מסקנה : $d(L)$

ז.6. מיכאל אברהם/חזות גבריאל – המודל הטבלאי

בסוגיית בבא קמא הנתונים המקראיים שביסוד הדיון הם: ברשות הרבים חייבים חצי נזק על נזקי הקרן ופטורים על נזקי שן ורגל. בחצר הניזק חייבים על נזקי שן ורגל נזק שלם. דין קרן ברשות הניזק לא נמצא במקרא. המודל הטבלאי יציג זאת כך:[189]

	רשות הרבים	**רשות הניזק**
שן ורגל	0	1
קרן	1/2	?

ה"היפוכיות (=טרנספורמציה) במודל הטבלאי מתבצעת על ידי מעבר משיקול המבוסס על **שורות** לשיקול המבוסס על טורים. בקל וחומר שאין בו נתונים כמותיים ימולאו המשבצות ב -/+ בהתאם

[188] מ. ברכפלד, 'הפשטה מתמטית של הקל וחומר ע"פ ספר "הליכות עולם"' בהמשך מראה המחבר כיצד ניתן לתאר באמצעות מודל זה גם את פירכא מסוף דינא, ועוד.

[189]. מידה טובה 4, עמ' 42.

ל חומרא/קולא, כמו בדוגמה זו :[190] ״...ודין הוא, ומה אם יציאה שאינה טעונה רחיצה טעונה בררה, ביאה שטעונה רחיצה אינו דין שטעונה בררה״[191] במבנה הטבלאי יוצג ק״ו זה כך :

	רחיצה	ברכה
ביאה	+	
יציאה		-

וריאציה מורכבת יותר של המודל הטבלאי מוצגת בקבוצת המחקר ״מחקרים בלוגיקה התלמודית״ שזכיתי להיות אחד מחבריה. לענייננו, על המודל הטבלאי הרגיל התווספו אלמנטים לוגיים נוספים שמטרתם להציג את ההיסקים הלא דדוקטיביים.[192]

---

[190] . מידה טובה 2. עמ׳ 46.

[191]. שם. מתוך ספרא, שמיני, פרשה א.

[192]. ראו לדוגמה, מ. אברהם, ד. גבאי, א. שילד, **מידות הדרש ההגיונות : היסקים לא דדוקטיביים בתלמוד**, כרך א. בר-אילן, מכללת אשקלון, Kino׳s College London , עמ׳ 81- 118.

ז.7. המודל הסכמטי בעבודה זו

כמוזכר לעיל בסוגיית בבא-קמא, הצעתי מודל משלב בעל **מבנה** לוגי קרוב ככל הניתן ללשון הקל וחומר וויתור על סימבוליקה. קל וחומר ראשון בסוגיית בבא-קמא, לדוגמה יוצג כך:

מספר	**גורם א**	**גורם ב**	**קביעה נורמטיבית/לוגית**	**קביעה נורמטיבית כמותית**
הנחה 1	שן ורגל	ברשות הרבים	הקל	פטור
הנחה 2	שן ורגל	ברשות הניזק	החמיר	משלם נזק שלם
הנחה 3	קרן	ברשות הרבים	החמיר	משלם חצי נזק
4. מסקנה	קרן	ברשות הניזק	החמיר	ישלם נזק שלם

ז.8. חלקי הקל וחומר, יחסי קולא/חומרא, 'סרגל ההשוואה'

יחסי קולא/חומרא בתוך הנושאים הנדונים בקל וחומר קובעים את מנגנון הפעולה בהתאם לסוג הקל – וחומר. בסוג הראשון לדוגמה, המנגנון יפעל כך: "לימוד חומרא לחמור מן הקל, רוצה לומר, מפני המצאו בקל... . וזה, שאם מצינו נושא שהוא קל בדבר מה, ומצינו בו חומרא ידועה לו,

ונאמר, שדין הוא שתמצא אותה החומרא במי שהוא חמור באותה הקולא אשר הנושא הראשון הוא קל בה".[193] על פי המנגנון הזה, יש לקל וחומר שלוש הקדמות ידועות לנו.[194] **הראשונה** – קולת המלמד. **השנייה** – חומרת המלמד, **השלישית** – חומרת הלמד בדבר שהמלמד קל בו.[195] לדוגמה:

קולת המלמד – אוכל נפש מותר ביום טוב.

חומרת המלמד – אסור להקריב ביו"ט נדרים ונדבות.

---

[193] **תחילת חכמה, עמ' 3.**

[194] יש בחז"ל גם קל וחומר שבו שני נתונים בלבד (=שתי הקדמות). לדוגמה: "מנין לביאה שהיא טעונה ברכה? ודין הוא, ומה אם יציאה שאינה טעונה רחיצה טעונה ברכה, ביאה שטעונה רחיצה אינו דין שטעונה ברכה"! לדרכים בהם פועל המנגנון בק"ו מסוג זה ראו: מידה טובה 2. עמ 47 – 49.

[195] **תחילת חכמה,** שם.

חומרת הלמד בדבר שהמלמד קל בו – אסור לעשות כל מלאכה בשבת.

לכן התוצאה תהיה: "דין הוא שתנתן גם חומרת יום טוב בשבת, דיותר צודק החומרא בשבת להיותו חמור בדבר שיום טוב קל בו, מביום טוב שראינוהו קל בדינו".[196] פרשן אחר[197] מכנה חלקים אלו: **מלמד, למד ומגלה.** בדוגמה זו: **מלמד** הוא יום טוב. **למד** הוא שבת. **ומגלה** הוא ההלכה שלפיה המלאכה בשבת (אוכל נפש) מותרת ביום טוב ואסורה בשבת. כלומר: אנו מגלים את חומרת השבת ביחס ליום טוב באמצעות ההלכה המסוימת הזו מלאכת אוכל נפש. נראה שעל אף השינויים במונחים, מדובר על אותו המנגנון עצמו.[198]

השל"ה[199] מחלק את חלקי הקל וחומר לארבעה: **הלמד, המלמד, דבר הנלמד, החומרא והקולא שיש בהם במקום אחר.** על אף שהוא מחלק את הקל וחומר לארבעה חלקים אין הבדל בינו ובין הנ"ל. **דבר הנלמד,** הוא התוספת לכאורה בדבריו. ברם, תוספת זו (= תוצאת הדין) לא נמנתה באופן מפורש בתוך חלקי הקל וחומר על ידי הנ"ל (= 'תחילת חכמה'), של כל פעולת הדין.[200] עיון אצל הפרשנים והחוקרים מראה כי על אף השינוי בשמות ובמספר חלקי הקל-וחומר, אין הבדל מהותי ביניהם.[201]

נדון עתה ביחסי הקולא/חומרא ובסרגל ההשוואה. נכתוב את הק"ו שהובא לעיל כדוגמה בצורתו הסכמטית:

I) אוכל נפש ביום טוב – מותר

II) נדרים ונדבות ביום טוב – אסורים.

III) **אוכל נפש (=מלאכה) בשבת – אסור**

---

[196] שם.

[197] **מהררי נמרים**, ע' א.

[198] בשיטת **מהררי נמרים**, קל יותר להבין את אופן הפירכות על הקל וחומר ואת סוגיהן. ראו שם.

[199] **פסקי השל"ה**, עמ' קצא

[200] ניתן אמנם להיכנס לדיון בשאלה: האם תוצאת הדין, הינה חלק מן הקל - וחומר או לא? לדעת בעל **'תחלת חכמה'**, לכאורה היא אינה חלק ולדעת השל"ה היא חלק. בהמשך העבודה כאשר אציג את רעיון 'השקפים', תהיה לדיון זה רלוונטיות ושם מקומו.

[201] ראו **אוסטרובסקי,** הפרק על הקל וחומר, **גופי הלכות** עמ' פד. **גינת ורדים,** כלל א, כללי שמואל עמ' עד, **מהררי נמרים עמ' א, ועוד.**

ההכללה מ(I) ומ(II) קובעת כי דיני נדרים ונדבות (= נושאים) חמורים מדיני אוכל נפש. בשל כך, אם בשבת אוכל נפש אסור, דין הוא שנדרים ונדבות יהיו אסורים אף הם בשבת, לכאורה יש בה מן 'המוזרות'. מנין שהסרגל הקובע את קולת/חומרת מלאכת אוכל נפש הוא אותו הסרגל הקובע את קולת/חומרת הקרבת קרבנות? 'בעייה' זו מלווה כל קל-וחומר **מידותי**.[202] על מה מבוססת ההנחה של הקל וחומר אשר מתעלמת אפריורי מאפשרותם של שני סרגלים שונים? שתי אפשרויות קיימות להבנת המהלך בפעולת הדין בק"ו מסוג זה.

אפ' א – באין ראייה אחרת, ההנחה הינה כי מדובר על אותו סרגל. בלשון הפילוסופית, זהו העקרון המכונה: "התער של אוקאם".[203] בפשטות, מידה זו מבוססת על ההנחה שלפיה כאשר אותה תופעה מופיעה בשני מקורות שונים, אזי, כנראה שבבסיסה נעוץ היסוד המשותף שקיים בשניהם ולא בכל אח מהם לחוד.[204] ברם, על אף העקרון הפילוסופי הנ"ל יש בניסוח ההכללה ספקולציה מסוימת. אפשר שזו הסיבה לקביעת הק"ו כמידת דרש פורמלית והכללתה בי"ג מידות הדרש של ר' ישמעאל על אף שבבסיסה הוא חלק מאופני החשיבה של ההיגיון האנושי הרגיל. יסוד **האינדוקציה שבהכללה הוא אם כן עקב אכילס של מידה זו**, לא רק בשל היסוד האינדוקטיבי אלא בשל הסרגלים השונים שעל בסיסם מתבצעת ההכללה.

אפ' ב' – מה שקובע את היחס קולא/חומרא בין ההלכות הוא יחס 'ערום' ללא כל 'צבע' כלומר: היחס בין הלמד למלמד אינו יחס של דמיון בפרמטר כל שהוא, אלא יחס של קולא/חומרא גרידא. בדוגמה זו ההשוואה הינה בין האיסור להיתר המניבה חומרה כללית. ההנחה הינה שבכל הקשר, יניב יחס זה תוצאה דומה. היחס לא נובע מהשוואת שבת ליום טוב אלא מעובדה כללית הנוגעת למותר ולאסור.[205] ניתוח מעמיק יותר שיתבצע בהמשך[206] יניב תוצאה מעניינת שלפיה הקל וחומר **הסברתי** הוא צורה מנוונת של הקל וחומר **המידותי**.

---

[202] ק"ו **מידותי** הוא בעל שלש הנחות בדומה לקל וחומר במשנת בבא-קמא. בסעיפים הבאים אדון ביתר פירוט בסוגי הקל-וחומר.

[203] תערו של אוקאם (באנגלית: Occam's razor), הוא עקרון פילוסופי המיוחס לוויליאם איש אוקאם, נזיר פרנציסקני בן המאה ה-14. ראו: ויקיפדיה, ערך '**תערו של אוקאם**'.

[204] ראו: מידה טובה 2, עמ' 126

[205]. שם עמ' 128.

[206]. בדיון על סוגי הקל וחומר בחז"ל.

ח. סוגי הקל וחומר

> קל וחומר הנה מידה טבעית ביותר הנעוצה בטבעם של דברים. כך למשל לדוגמה ברור לכל בר דעת, שאם הוא מתקשה להרים חפץ מסוים, הרי מכל שכן יתקשה יותר להרים שניים , וזהו המצב גם אם הוא אינו בר דעת... כך גם ברור ומובן כי אם מוסכם בחברה מסוימת להעניש אדם בגין ניסיון לבצע פשע מסוים, הרי מכל שכן יש להעניש אדם שהצליח לבצע אותו. מדובר בעמדה טבעית, כי לפי הניסיון האנושי כל בר דעת מגיב בחוסר הבנה ובחוסר קבלה לאפשרות האחרת.[207]

תאור זה של שווארץ אינו מרמז על מידת מורכבותה של מידה זו. אכן, כך הוא נתפס בעיני הציבור וגם בעיני רוב המשפטנים. המונח המשפטי קל וחומר, הפך להיות בהשאלה ביטוי של טיעון בעל היגיון פנימי וסדר שאינו ניתן לערעור. לדוגמה, לורד קר (Lord Kerr) הציג טיעון של קל וחומר (בין היתר) שתומך בדעתו שלפיה סעיף 1p ג באמנת זכויות האדם האירופאי חל גם על משאל העם העצמאי בסקוטלנד. הוא כותב: "חובה על מדינות לקיים בחירות תחת תנאים שיבטיחו ביטוי חופשי וכו", את ההצדקה לקיום משאל העם הוא מנסח כך: "אם ההצבעה לבית המחוקקים נחשבת מספיק חשובה כדי שתהיה מובטחת לכולם, מדוע ההצבעה לצורת השלטון תיחשב פחות חשובה"?[208] ניסוח זה רחוק אמנם מניסוח פורמלי של קל וחומר בסגנון החזל"י, אבל הוא מביע באמצעות תמיהה, היגיון בסיסי אנושי שלא נפל בחלקה של מידה בכירה אחרת **הגזרה – שווה**. בגזרה שווה, המניע להשוואה נתפס כטקסטואלי (= דמיון), שאינו מבוסס על היגיון טבעי. אין במידה זו יסוד של היראַרכיה המבטא בעצם קיומו את ההיגיון העומד בבסיס ההשוואה.[209] אולם בבוחננו את המידה בכלים משפטיים אנו מגלים 'סיפור' שונה לחלוטין המתבסס אמנם על היגיון טבעי, אבל תחת תנאים פורמאליים קשוחים המחדדים ומאתגרים היגיון זה.

---

[207] ד. שווארץ, "מקל וחומר לגזרה שוה – על ריאליזם ונומינליזם, טבע וגלות", דיני ישראל, כרך ל (תשע"ה), עמ' 140.

[208] The Modern Law Review, 76(6), i–xvi. (2013)."If voting for a representative in a legislature is deemed sufficiently important that it should be guaranteed to all, why would voting for the form of government be deemed less important?"

[209] ראו מידה טובה ד, עמ' 44.

ראינו בסעיפים קודמים[210] שני סוגים עיקריים של הקל וחומר בחז״ל: **הפשוט והמורכב.** ג׳יקובס[211] כלוגיקן מגדיר את ההבדל ביניהם כך:

SIMPLE: IF A HAS X THEN B CERTAINLY HAS X. (ק״ו פשוט)

COMPLEX: IF A, WHICH LACKS Y, HAS X THEN B, WHICH HAS Y, CERTAINLY HAS X.

מדוע תהיה תכונה X גם ב- B בקל וחומר **הפשוט**? עקב סברה אפריורית מקובלת, שפעמים אין אפילו צורך להזכירה. סברה זו מוסקת בקל וחומר **המורכב** מתוך הכללה של שני דינים/הלכות מקראיות. ניתן לומר אם כן, שהבסיס ההגיוני של הקל וחומר **המורכב** נלקח מתוך הגיונו של הקל וחומר הפשוט.[212]

בנוסף לשני סוגים אלו, קיים גם סוג שלישי המכונה קל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳. המקור לביטוי עצמו הוא ברמב״ם,[213] אולם להדגמת קל וחומר מסוג זה נוהגים להפנות לסוגיית ׳החופר בור׳:[214] ״אמר רבה: בבור ברשות הרבים – כ״ע (כולי עלמא, ח.ג) לא פליגי דמחייב, מ״ט? (מאי טעמא, ח.ג) אמר קרא: כי יפתח וכי יכרה, אם על פתיחה חייב, על כרייה לא כל שכן״!

בקל וחומר זה הלמד כלול ממש במלמד, שהרי כל כל מי שכורה בור עושה בתוך כך פעולה של פתיחת כיסוי. זוהי סברא **מוכרחת.** מסקנה זו בדבר החיוב של כורה יכולה לכאורה להתפרש בשתי צורות. **אפ׳ א**- פעולת הכרייה חמורה מפעולת הפתיחה. קיים יחס היראררכי לפי אפשרות זו בין כורה לפותח, וכורה חמור מפותח. **אפ׳ ב** – כל כורה הוא גם פותח. אין כאן יחס היראררכי (=יחסי קולא/חומרא), ברם הדין עצמו נלמד בדרך של **השוואה** שכן כורה שווה לפותח. שניהם עושים בסופו של דבר פעולת פתיחה וחייבים משום פותח.[215] הקל וחומר המידותי (וגם הפשוט) מבוסס על היגיון לא הכרחי המכונה גם ׳מידותי׳, אולם קל וחומר של ׳בכלל מאתיים מנה׳ הוא קל וחומר שהגיונו

---

[210] ראו סעיף ו במבוא

[211] L. Jacobs, Studies in Talmudic Logic and Methodology, London 1961.

[212] שם. עמ׳ 5.

[213] רמב״ם הלכות עדות ג, ה – ״... אפילו אמר האחד מנה הלוהו והשני אומר מאתיים, חייב לשלם מנה, שיש בכלל מאתיים מנה,..״.

[214] ב״ק, מט ע״ב.

[215] ׳המטען העודף׳ שיש בכורה אינו רלוונטי למסקנה שהוא חייב בתשלומי נזיקין. ראו מידה טובה ד, עמ׳ 19.

הכרחי![216] לעובדה זו, הגיונו ההכרחי של ק״ו מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳, השלכה על פירכותיו הפוטנציאליות.[217]

ח.1. מפורש וסתום, משווה וממנף

בברייתא דל״ב מידות[218] , ל״ב מידות דרש המשויכות בדרך כלל לדרש האגדה. מידת הקל וחומר מחולקת שם לשתי מידות שונות: קל וחומר **מפורש** וקל וחומר **סתום**. על פי הפרשנים זוהי הגדרתם[219]:

קל וחומר מפורש – ״שהנדון שממנו לומדים, והבא מן הדין והיינו הדבר שנלמד מן הנדון שניהם כתובים ומפורשים בכתובים״.

קל וחומר סתום – ״פירוש, שאין בכתוב רק הדבר שממנו לומדים, והדבר הבא מן הדין אינו נזכר בכתוב״.

בברייתא דרבי ישמעאל, נדרשת מידה זו כך:

רבי ישמעאל אומר: בשלש עשרה מידות התורה נדרשת- מקל וחומר, מגזרה שווה, וכו׳. מקל וחומר כיצד? ויאמר ד׳ אל משה ואביה ירק ירק בפניה הלא תכלם שבעת ימים, תסגר שבעת

---

[216] להדגמות נוספות של סוג זה ראו: מידה טובה 1, עמ׳ 26, כ״כ ראו דוגמת הסיידר והוויסקי הבאה: The Modern Law Review, 76(6), i–xvi. (2013): Here is a first attempt at reconstructing the full cider-and-whisky argument, bringing out all of its premises—that is, all the premises (whether or not they have been explicitly stated) on which we take the arguer to be relying:
(1) There is a point T in the scale of alcohol content such that if a beverage meets T, then our friend will refuse it.
(2) Cider meets T.
(3) Whisky ranks higher than cider on the scale of alcohol content. Therefore (from (2) and (3)) ,
(4) Whisky meets T. Therefore (from (1) and (4)),
(5) Our friend will refuse whisky
First, it is deductively valid; it is, more precisely, a chain of deductively valid arguments. If all the premises are true, then the conclusion too will be true.

[217] האם יתכנו פירכות לקל וחומר מסוג זה? ועוד... נושאים אלו יורחבו בהמשך העבודה.

[218] ברייתא דל״ב מידות לרבי אליעזר בן רבי יוסי הגלילי, אינה מצויה בתלמודים אלא בילקוט שמעוני (פרשת בראשית רמז ב׳ ד״ה ויטע אלוקים, ובעוד מקומות). הראשונים הכירו ברייתא זו ואף התייחסו אליה בהקשרים שונים. ראו לדוגמה רש״י הוריות ג/א ד״ה ״צבור ממתי׳, ריטב״א תענית כו א וכן הר״ש מקינון בספר כריתות.
[219] ההגדרות הן של רבי זאב וואלף ב״ר ישראל איסר איינהראן, בפירושו לברייתא דל״ב מידות. ווילנא, תרפ״ה, נדפס מחדש בישראל תשנ״ט עמ׳ 20 – 24.

ימים קל וחומר לשכינה ארבעה עשר יום, אלא דיו לבא מן הדין להיות כנדון, תסגר שבעת ימים מחוץ למחנה ואחר תאסף.

היוצא מכך, (נראה ר׳ טרפון וחכמים (מסוגיית ב״ק) חולקים באופיו של הקל וחומר המקראי המוזכר לעיל. על פי ר׳ טרפון, הק״ו הנ״ל **סתום**, משום שהתורה מציגה רק את המלמד (=ואביה ירק ירק בפניה), אך הלמד (=שהשכינה מוסיפה למרים עוד שבעה ימים) אינו כתוב. הוא משלים את הקל וחומר מסברתו. חכמים לעומתו, יטענו כי קל וחומר זה **מפורש**, משום שהתורה כתבה את כולו, גם המלמד וגם את הלמד. (בלשון הגמרא על אתר – ״שבעה דשכינה כתיבי״) ובשל כך אין להשלים דבר מסברתנו, כדעת רבי טרפון.

קיימת התאמה בין פירוש זה למחלוקת בב״ק (מפורש וסתום) לבין הדרך בה הסברנו עד כה את מחלוקתם. על בסיס הפרשנות הלוגית למחלוקת זו, חכמים סבורים כי מידת הקל וחומר הינה אחת ממידות ההיקש (בנוסף לגזרה שווה ובניין אב). מהותו של היקש זה לפי חכמים הוא **היקש משווה**, דהיינו הלמד אינו יכול להיות גדול מן המלמד. הקולא והחומרא אליבא דחכמים הם רק הסיבה לבצוע הקל וחומר בדומה למלים דומות המהוות רמז לביצוע גזרה – שווה. רבי טרפון לעומתם יטען, כי מהותו הלוגית של הקל וחומר הינה מהות **ממנפת**, כלומר: הקולא והחומרא אינן רק סיבה לביצוע הקל וחומר אלא גם גורמים לתוצאה **אפשרית**. בשל כך, אליבא דר׳ טרפון כאשר ה׳דיו׳ מייתר את תוצאת הקל וחומר ומבטל את מינופו, הקל וחומר מתקיים וה׳דיו׳ מתבטל. בהתאמה, הדין במקרא (במרים ומשה) לא ייתר את תוצאת הקל וחומר, שכן ״שבעה דשכינה לא כתיבי״. לא ידענו מאומה על העונש של הפוגע בשכינה טרם ביצוע הקל – וחומר. במשנת ב״ק לעומת זאת, **חצי נזק** ידענו מכל מקום מפסוקי המקרא, עוד בטרם ביצוע הקל וחומר, ה׳דיו׳ מפריך את הקל וחומר, ובשל כך הוא ידחה מפני הקל וחומר. חכמים בהתאמה יאמרו, ידענו ׳שבעה דשכינה׳ שכן לדידם הקל וחומר מפורש ואף על פי כן התורה חייבה לומר ׳דיו׳ , מכאן הוראה לכל התורה שאמרינן ׳דיו׳ מכל מקום.

על רקע זה יש לציין כי בפירושו של ר׳ סעדיה גאון לברייתת י״ג מידות, מוצג קל וחומר אחר[220]:

> המדה הראשונה מקל וחומר. כיצד היא קל וחומר.יש מהם שיתפרש ממנו עניין מצוה, ומהם עניין דבר בלי מצווה. צווה הקב״ה לאדם שנשא שתי נשים שחייב בשלשה תנאים הכתובים בתורה, והם: שאר כסות ועונה. שנ׳: ׳אם אחרת יקח לו שארה כסותה ועונתה לא יגרע (שמות כא׳). זה נאמר בשביל שתי נשים ולא פירש לנו משפט אשה אחת. זה יש לנו ללמוד מקל וחומר. מה שתי נשים שהדבר עליו יותר כבד סיפוק שתיים מסיפוק אחת, ק״ו לאשתו היחידה שהיא קל עליו יותר, שחייב באלו התנאים המפורשים למעלה.

יושם לב, קל וחומר זה מוצג על ידי ר׳ סעדיה גאון, ככל וחומר **סתום**, שהרי ״ולא פירש לנו משפט אשה אחת״. מאידך הוא לא ניסה למנף את הקל וחומר בטענה שבאשתו הראשונה יהיה חייב ביותר מג׳ דברים, כלומר: לדידו, הקל וחומר הוא **משווה** מלכתחילה ואין צורך כלל בהפעלת דין ׳דיו׳. זוהי גישה משלבת בין עמדת ר׳ טרפון לעמדת חכמים.

ח.2. מקומות ונושאים

בעלי הכללים, בעקבות ׳בעלי התוספות׳ קבעו שני סוגים של ק״ו המכונים: **נושאים ומקומות**. קל וחומר של **נושאים** עוסק בנושאים ההלכתיים, ובדוגמת משנת ב״ק ,בשן ובקרן ורגל. קל וחומר של **מקומות**, מכונה כך בשל היחס הלוגי שבין המקומות מהם מתרחשים האירועים ההלכתיים. בדוגמת ב״ק, רשות הרבים ורשות הניזק, ולא בין הנושאים ההלכתיים עצמם[221]. הבחנה זו (מקומות ונושאים) התפתחה עד מאוד, החל מרגע יצירתה עד כדי היותה בעצמה ׳תורת הקל וחומר של מקומות׳[222]. מייער מספק הגדרה חדשה לדבריו:

> ונראה דכאן נתחיל להגדיר ענייננא דקו״ח של מקומות, ולהלן נוסיף ביה, דבאמת מקום הקו״ח הוא מקום **חלות דיני הנושאים** (ההדגשה במקור, ח.ג), דכאן הוא חיובי נזקין, והגם דרשויות אלו, רה״נ (=רשות הניזק) ורה״ר (ורשות הרבים) **בעצמן** (ההדגשה במקור,

---

[220] ׳פירוש שלש עשרה מידות שהתורה נדרשת בהם׳, רבינו סעדיה גאון, בהקדמה.

[221] ראו: מידה טובה 4, עמ׳ 42.

[222] ראו בעניין זה את ספרו עב הכרס והמרשים **׳ק״ו של מקומות׳** של מ.פ. מייער, ירושלים, תשס״ג. להלן: מייער.

ח.ג), משמשין ככוח לחייב כנ״ל, מ״מ (מכל מקום) בקו״ח כזו, דקרן תמה משו״ר (משן ורגל) רשויות הוויין **מקום חלות** דיני האבות בלבד[223].

בהמשך, כותב מייער שיש ב׳ חילופין. הראשון **שהמקומות** בקל וחומר ראשון מתהפכים **לנושאים**, מלמד ולמד ממש. אבל ״מכל מקום ברור הוא דשני קל וחומר נפרדים הם, וכל חדא נידון לעצמה״[224]. החילוף השני הוא ״דמקומות קו״ח הראשון, עדיין בתורת מקומות דקו״ח ראשון נשארים, אלא דנידונחים תדא מול חברתא[225]״ בהמשך הוא מבהיר את עיקר העניין! ״והשתא לא דייניגן **מפאת דרה״נ הוי כח לחייב** (ההדגשה במקור, ח.ג), אלא רשות הניזק נידונת כמקום חלות דיני אבות המזיקין דהיא תופסת חיובין יותר״[226].

לצורך העמקת ההבנה נדון בנושא זה באמצעות הדיון והניסוח של השל״ה[227]. ״מכל מקום גופא דק״ו איכא למיפרך: מה לשן ורגל שכן היזקן מצוי?״[228] על שאלה זו מתרצים, ״דנעשה הק״ו **ממקומות**, ומה רשות הרבים שהרגל פטור בו, הקרן חייב בו, רשות הניזק שהרגל חייב בו, אינו דין שהקרן יהיה חייב בו״[229]

בצורת ניסוח זו של הק״ו (=מקומות), פירכת ״דהיזקן מצוי״ לא שייכת, משום שהלמד והמלמד הן **רשויות**, ומה שייך היזקן מצוי במקומות, הלא הרשויות אינן מזיקות! הם רק **המקומות** בהם החלות של המזיקים![230] השל״ה מסכם את הכלל שנוצר בעקבות הבחנות אלו כך:

> ועקרים אלו הם לעולם בדרך זו להמלט מן הפירכא. ולא שייך לשנות ק״ו אלא כשבנוי על פטור וחמור במה לפלוני שפטור בזה חייב בזה.... אבל אם בנוי על סיבה, ומה לפלוני הקל כגון: הנך דארבע אבות לא שייך בהן שינוי מקומות.[231]

---

[223] מייער, עמ׳ יב.
[224] שם.
[225]. שם.

[227] **שני לוחות הברית**, תורה שבע״פ, עמ׳ ב׳ ד״ה **׳וזה לשון יוסף קארו ז״ל׳**. כל הדיון הוא בשמו של ר׳ יוסף קארו.
[228] שם.
[229] שם.
[230] כנ״ל אם היתה הפירכא מדין שאינו דומה לקל וחומר כגון: מה לשן ורגל שכן משלם מן העלייה! מאותה הסיבה עצמה, שהרי דין זה אינו נוגע לרשויות (מקומות) אלא למזיקין, שם.
[231] שם.

הסבר: אם יחסי הקולא/חומרא שבין הלמד למלמד בק״ו של **נושאים**, מתבססים על יחסים המתקיימים במציאות מסוימת (=מקומות) אזי שייך להחליף את הק״ו למקומות. אולם, אם יחסי הקולא/חומרא שבין הלמד למלמד נובעים מסיבה מהותית, מתכונה מהותית שלהם, בלשונו: ״בנויים על סיבה״, אזי לא שייך בהם שינוי הקל-וחומר למקומות. בעלי התוספות עושים שימוש הרבה בקל וחומר של מקומות בכדי להינצל מפירכא הסותרת את הקל וחומר של נושאים. במקום נושאי הפרטים הם ״מעמידים נושאים אחרים שהם רחבים ומקיפים יותר, ונושאי הפרטים מובלעים בתוך המו״מ (המשא ומתן) של הקו״ח ועל ידי זה ניצל הקו״ח מסתירה, כי אין בהם אותה הפרכא הסותרת״[232] תורת הק״ו של מקומות, הנביעה בעצמה כללים נוספים כגון:

(1) ״ איכא פירכות מה אריש דינא אז נהפוך הק״ו למקומות ונמלט מפרכת מה, ולפעמים אפילו נהפוך הק״ו למקומות לא נמלט מהפירכא אלא נהפוך פרכן למה יוכיח״[233]

(2) ״ בכולה גמרא שאומר **ומה במקום** (ההדגשה שלי, ח.ג)[234] או כיוצא בזה וכו׳ הוא כשיש פירכא אעיקרא דדינא משנין הק״ו למקומות...״.

(3) ״ובכל מקום שיש פירכא ואינו משנה הק״ו, ביצוע שישנה על המקומות פירכא כמו שיש עליה המלמדים עצמן ולא יועיל השינוי״[235].

לכלל האחרון יש חשיבות מתודולוגית בהציעו תשובה אפשרית לשאלה הקשה בעניין תורת הקל וחומר בחז״ל: מדוע אין אנו פוגשים את טכניקת ההיפוכיות (שהודגמה בעיקר **בסוגיית ב״ק וסוגיית נידה** במקורות התנאיים), באופן נרחב יותר? על פי כלל זה, זה לא מצוי כל כך, בשל הפירכות הקיימות גם לקל וחומר של מקומות, על אף שאינן כתובות במפורש. **טכניקת ההיפוכיות** מן ההביט המתודולוגי עומדת מול כוחו של ה׳דיו׳ המגביל את תוצאת כוחו של הקל וחומר וזה הלא עיקר הלימוד בסוגיית ב״ק ונידה.[236] המונח ״היפוכיות״ המופיע בעבודתי הוא מונח טכני, שאינו

---

[232] אוסטרובסקי, עמ׳ מו וראו שם הדוגמה: ״ויהא כלי חרס נטמא מאירו״.
[233] **פחד יצחק**, אות ק. עמ׳ רד.
[234] **דרכי נעם** , נתיב אות הק. עמ׳ לו.
[235] שם.
[236] גם לנושא זה הוקדש מחקרי הקודם – ״קל וחומר ו׳דיו בספרות התנאים״.

רומז על מגבלות המעבר מק״ו של נושאים למקומות. משל, ניתן כל ק״ו מידותי להציג בשתי פאזות אחת של נושאים ואחת של מקומות. ברם הכללים שהוזכרו לעיל, מצביעים על כך שזו אינה פעולה טכנית גרידא. **תורת הקל – וחומר של מקומות,** מספקת את המתודולוגיה והכללים לביצוע היפוכיות תקינה ובעלת תוקף.

ט. הרקע הלוגי בסביבת הקל וחומר

בלוגיקה מבחינים בין שלשה סוגי היסק עיקריים: דדוקציה[237], אינדוקציה[238] ואנלוגיה[239] ההיסק הראשון הכרחי, כלומר: מסקנתו נובעת בהכרח מהנחותיו. אפשר שההנחות אינן בהכרח אמיתיות וכן המסקנות[240]. ההכרחיות חלה רק לגבי הנביעה של המסקנה מן ההנחות. בשני סוגי ההיסק האחרים (אינדוקציה ואנלוגיה), המסקנה אינה נגזרת בהכרח מן ההנחות, מאידך קשה לומר כי הנביעה מן ההנחות שרירותית. יש לנביעה של המסקנה מן ההנחות משקל מסוים של סבירות (המשתנה עם העניין), אולם היא אינה הכרחית כאמור. ממה נובעת הכרחיותו של ההיסק הדדוקטיבי? בהיסק זה המסקנה כבר כלולה בהנחות, שכן אם 'כל החלונות שקופים', אזי גם החלון הנדון שקוף[241]. במינוח קאנטיאני, ההיסק הדדוקטיבי הוא שיקול אנליטי (מנתח). אין צורך בתוספת כל שהיא מעבר למה שכלול בהנחות[242]. האינדוקציה והאנלוגיה הן דרכים להרחבת הידע הקיים מעבר למה שידוע בטרם הדיון. הדדוקציה לעומתן **מנתחת** את הידע הקיים[243]

ביסודו של דבר, שיטות היסק אלו משולבים בכל דרכי הדרש ההלכתיים באופנים שונים[244]. לעיל הוצגו שלושה סוגי קל וחומר, כעת נראה, כי קיים הבדל ביניהם מבחינת יחסי קולא/חומרא, מאידך, גם בתקפות ההיסק הלוגי, וכפי שנראה הם ביחסים הפוכים. קל וחומר פשוט או מידותי מבוסס על יחס חיצוני של חומרה בין המלמד ללמד (= יחסי קולא/חומרא), הוא שיקול 'ממנף',

---

[237] **הדדוקציה** הוא היסק מן הכלל אל הפרט והוא עיקר עניינה של הלוגיקה (לפחות הקלאסית) לדוגמה: הנחה א - כל החלונות שקופים. הנחה ב – אוביקט X הוא חלון. מסקנה: אוביקט X הוא שקוף.

[238] **האינדוקציה** היא היסק של הכללה, מן הפרט (או מכמה פרטים) אל הכלל לדוגמה: הנחה א: חלון Y הוא שקוף. הנחה ב: חלון X גם הוא שקוף. מסקנה: כל החלונות שקופים.

[239] האנלוגיה היא היסק מקביל מפרט (או כלל) אחד לפרט (או כלל) אחר, לדוגמה: הנחה א: חלון Y הוא שקוף. הנחה ב: אוביקט X גם הוא חלון. מסקנה: אוביקט X הוא שקוף.

[240] F. C. S. Schiller, *The Argument a Fortiori*, 25(100) Mind 513-517 (1916).

> For, as Mr. Alfred Sidgwick has shown, two true premises validly combined in a syllogistic form may yet conduct to a conclusion which his in fact false, and so defeats the doctrine that a conclusion is necessarily true if it has true premisses and a 'valid' form.

[241] קיים כאן שיקול של 'הנחת המבוקש', כל מי שמניח את ההנחות הנ"ל חייב לאמץ את המסקנות הנובעות מהן.

[242] ראו על כך, מיכאל אברהם, **שתי עגלות וכדור פורח**, בית אל, ירושלים, תשס"ד בשער הראשון.

[243] כאן בדיוק נמצא ערעורו של הפילוסוף האנגלי, סטיוארט מיל. לדבריו, הדדוקציה חסרת ערך, שכן בכדי להסיק את המסקנה עלינו להניח לפחות הנחה אחת כוללת (= כל החלונות שקופים) ברם, מניין נובעת נכונותה של הנחה כוללת זו? לכאורה, ידיעה זו, היא בעצמה ידיעה אינדוקטיבית. אם כן, תקפותה של הדדוקציה נובעת בסופו של דבר מן ההנחה האינדוקטיבית (= הנחה א) ולכן תקפותה אינה גדולה מכל הנחה אינדוקטיבית אחרת: להרחבה ראו: ה. ברגמן, **מבוא לתורת ההגיון**, מוסד ביאליק, מהדורה שלישית, ירושלים, תשל"ה, פרק רביעי, סעיף יט מעמוד 331 והלאה. וכן **שתי עגלות וכדור פורח**, מעמוד 255 והלאה.

[244] במסגרת כללי הדרש לא מופיעה צורת היסק לא דדוקטיבית המכונות **אבדוקציה** (ABDUCTION). צורת היסק זו משמשת בדיאגנוזה. עיקרה היא גזירה לא דדוקטיבית מתוך הנחה של גרירה (Q>P). משמעותה הינה כך: אם נתון Q ניתן להסיק ממנו P. הדדוקציה עושה את התהליך ההפוך, מתוך P מסיקים ש Q. לסקירה נוספת: ראו, **היסקים לא דדוקטיביים בתלמוד**, עמ' 53, ובמיוחד בהערה 24.

הדין בלמד חמור מן הדין במלמד ולכן ברור שהוא יחול גם עליו. לדוגמה: אם כהן גדול הוא מושג שונה במהותו מכהן הדיוט, ויש ביניהם יחסי קולא/חומרא באופן שכהן גדול **חמור** יותר מכהן הדיוט, אזי כל דין שחל בכהן הדיוט יחול ביתר **תוקף** בכהן גדול עקב חומרתו. ברם, בקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' לא קיימים יחסי קולא/חומרא אלא **דמיון** או **זהות!** הדין המצוי במלמד **חייב** להיות **במלמד** (=הכלה) עקב יחסי הזהות/דמיון ולא עקב יחסי חומרא/קולא. העוצמה לפי זה של הדין בכהן גדול אינה חמורה מזו שבכהן הדיוט אלא זהה לחלוטין. נבחן כעת את תוקף ההיסק. בקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' הוא הכרחי ולא תתכן לגביו פירכא. אולם ההיסק בשני האחרים הגיוני, אך ניתן לפריכה, משום שקיימת כאן סברא של חומרא (אינדוקציה או אנלוגיה) ולא זהות לוגית של ממש. אם כן, תוקף ההיסק בקל וחומר ההגיוני נמוך מן התוקף מקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. לתוצאה זו משמעות מתודולוגית, לאחד מסוגי ההיסק תוקף מוחלט אך אינו מחדש דבר, ולהיפך. זהו העקרון המכונה **'עקרון אי הוודאות הלוגי'**[245]. באנלוגיה לעולם הכלכלה, קיים יחס ישר בין הסיכון לרווח. טיעון שלוקח סיכון לטעות (= היתכנות להפרכה), יכול לחדש יותר וההיפך.

לא ניתן לכאורה לסדר את שלושת צורות ההיסק בהיראַרכיה כל שהיא, ולמעשה לא ניתן להפריד ביניהם כפי שראינו לעיל באופן חד. ביסוד הדדוקציה עומדת אינדוקציה, וביסודה של זו האנלוגיה, ושוב אינדוקציה וחוזר חלילה. מסקנות רבות נגזרות מקביעות אלו[246], אני מבקש להתמקד במסקנה העיקרית הנוגעת למחקר זה. הלוגיקה המקובלת (הדדוקטיבית) אינה מתארת אלא חלק מסוים (הפשוט יותר) של החשיבה האנושית. החלקים הבעייתים/ החדשניים מתוארים על ידי האנלוגיה והאינדוקציה. בקל וחומר **מידותי** אנו עושים שימוש מפורש בשני סוגי היסק. **ההכללה** מבוססת על יסוד **אינדוקטיבי** (= שני דינים/ הלכות), וההיסק מן ההכללה מתבצע באופן דידוקטיבי. בקל וחומר מסוג 'בכלל מאתים מנה' ההנחה הנכונה אינה אלא **הכללה** מוסוית, אלא שמידת תקפותה נראית כל כך חזקה עד כדי חוסר היכולת לתוקפה.

לדיון לעיל משמעויות רבות, להלן מעט מהם:

---

[245] הוא גם מכונה – 'ריקנותו של האנליטי'. ראו: מידה טובה 2. עמ' 115.
[246] להרחבה ראו: מ. אברהם, 'מעמדן הלוגי של דרכי הדרש'.

1. על אף שבבסיס מידות הדרש מצוים דרכי ההיסק המקובלים אין ליצור זהות בין מערכות לוגיות טהורות לצורת החשיבה החזלי״ת. כך לדוגמה טוען הרב עדין שייטנזלץ[247]:

> מן הצד השני יש מידה שנחשבת למידה הלוגית הקלאסית, הן במדרשי ההלכה והן בתלמוד, הלא הוא **הקל וחומר**... לכאורה קל וחומר הוא סילוגיזם לוגי פשוט ביותר: A גדול מ- B. B גדול מ- C, לכן A גדול מ C. ואולם אם נבחן את **היישום** (הדגש שלי, ח. ג) של קל וחומר בספרות התלמודית, ולא רק לפי הכלים של הלוגיקה המדעית המודרנית אלא אפילו לפי כלים פחות מדויקים, ניווכח שבעצם זה הרבה יותר מורכב, ושהמידה הפשוטה – לכאורה הזו כוללת בחובה כמות כה נכבדת של כשלים ושל בעיות לוגיות, **עד שהיא יכולה לסבך את דעתו של כל אדם**. (הדגש שלי, ח.ג) ואני לא מדבר כעת רק על ׳דיו׳ שזה עניין לעצמו: אלא כל המערכת הלוגית של **קל וחומר** פועלת כסילוגיזם לוגי רק במספר קטן למדי, ובכל שאר המקרים היא פשוט אינה ׳עובדת׳ מן הבחינה הלוגית.

2. לשאלה הגיונית יש צדדים רבים כמספר הלוגיקנים המשתתפים בפתרונה[248]:

Whenever logicians can be induced to think about their science, they speedily contrive to show that a logical question has at least as many sides as there are logicians contemplating it.

מן ההיבט ההלכתי, השימוש בקל וחומר לעולם אינו ׳נקי וטהור׳. מן ההיבט הלוגי, הקל וחומר הוא כלי המנסה להתמודד ולגשר בין צורות חשיבה מדיסציפלינות שונות, כמו בין: היגיון – שכנוע, היגיון – רטוריקה, ועוד...[249]:

---

[247] ע. שטיינזלץ, ׳האם יש לוגיקה תלמודית׳?

[248] F. C. S. Schiller, *The Argument a Fortiori*, 25(100) Mind 513-517 (1916).

[249] Eveline T. Feteris, Fundamentals of Legal Argumentation: a Survey of Theories on The Justification of Judicial Decisions (1999).

[249] Plunkett, D., Shapiro, S. J., Toh, K., & Duarte, L., Dimensions of Normativity. 15 On the Legal

Fourthly, there are complex relations between reasoning and persuasion, logic and rhetoric, and narrative and argument, all of which relate to the puzzling connections between the psychology and logic of decision-making.

כמה שהדבר מתמיה, אין בספרות המשפטית שום הסבר **לדידוקטיביות המשפטית!**[250] זאת על אף ש "מסקנות ההסקה היא פסיקה שיפוטית המחילה את הנורמה המשפטית הקיימת, המופיעה כהנחת יסוד עיקרית"[251]

ט.1. סוגי שלילה

קיימים שני סוגים של יחסי 'היפוך': 'היפוך מאיין' (מלשון אין) ו'היפוך ניגודי'. 'היפוך מאיין' הוא יחס שמקביל ליחס בין 1 ל-0. 'היפוך ניגודי' הוא יחס שמקביל ליחס בין 1 ל (1-). היחס בין אור וחושך הוא בבירור יחס של 'שלילה מאיינת'. משמעות הדבר היא שכאשר האחד קיים השני איננו. כאשר אנו עוסקים בצמד שחלקיו מתייחסים זה לזה כשלילה ניגודית, כמו קור וחום, או אז שני הניגודים קיימים, אלא שתכונותיהם מנוגדות.

נחדד הבחנה זו באמצעות אנלוגיה אריתמטית. בצמד המספרים 1 ו (1-) קיימת פעולת חיבור ביניהם המניבה מספר שלישי- 0. בצמד 1 ו-0 החיבור נותן- 1. תכונה זו קיימת גם ביישים או מושגים מתאימים. אם נטיל למקום כלשהו אור וחושך, תוצאת הסכום תהיה מסוג של אחד ה'מחוברים': אור רגיל (1). אין מצבי קיזוז ואין מצבי ביניים. ברם, אם נטיל למקום כלשהו שני יישים בעלי תכונות **ניגודיות**, כמו קור וחום, הם יקזזו אחד את השני. התוצאה תהיה תכונה שלישית-

[250] Plunkett, D., Shapiro, S. J., Toh, K., & Duarte, L., Dimensions of Normativity. 15 On the Legal Syllogism. (2019).

I speak of the rule-deductivist view, but in fact it is far from clear what exactly the claim is—or the claims are—that these authors endorse. Their own formulations are not always transparent, and there is in the literature no received account of rule-deductivism.

[251] Plunkett, D., Shapiro, S. J., Toh, K., & Duarte, L., Dimensions of Normativity. 15 On the Legal Syllogism. (2019).

Hart is clear that what is at issue is "the reasoning involved in the application of legislative rules to particular cases," and that it is "the court's decision"—my emphases—that is "represented as the conclusion of a syllogism." Gardner says that the conclusion of the inference is a judicial ruling that applies the "existing legal norm" featured as the "major premise."

טמפרטורה פושרת. תכונה זו מורה על כך שיחס ההיפוך בין חום וקור היא בעלת אופי **ניגודי**, בעוד שהיחס בין האור לחושך הוא **מאיין**!

גם במשפטים מכל סוג אפשריים יחסים מסוג זה. היחס בין 'הבור ריק' לבין 'בבור יש נחשים ועקרבים' הוא היפוך ניגודי, שכן בין שני ניסוחים אלו (=שני מצבים) קיים ניסוח שלישי: 'בבור יש משהו' שאינו מים ואינו נחשים ועקרבים. שלילתו של האחד אינה שקולה לשני: קיים מצב ביניים.[252] כיצד קשור דיון זה למנגנון הקל וחומר?

פעמים משתמשים חכמי המשנה והתלמוד בהלכות מקראיות שאינן נלמדות מן הניסוח הפוזיטיבי שבמקרא אלא משלילתו. לדוגמה: ההלכה השלישית בקל וחומר בסוגיית בבא-קמא נלמדת מן הפסוק "וביער בשדה אחר" (שמות כ"ב). "וקרא בביער בשדה אחר קא מיפלגי, מר סבר: ובער בשדה אחד ולא ברה"ר (ברשות הרבים), ומר סבר: ובער בשדה אחר ולא ברשות המזיק" (בבא-קמא, כא ע"ב).

על בסיס דרשה זו, קובעת המשנה בסוגיית ב"ק כי שן ורגל פטורה ברשות הרבים, והלכה זו נכנסת בלשון זו לתוך מנגנון הקל וחומר המידותי. מייחוס השלילה של רשות האחר לרשות הרבים (שאינה כתובה בפרוש במקרא) למדים חז"ל מצב חדש- **שלילה מאיינת**, והיא ככתובה בהדיא (בפרוש בתורה).

ניסוחי התורה הם לרוב ניסוחים **פוזיטיביים**. התורה קובעת את הנורמה למצב המפורש, ברם חכמים לומדים מניסוח פוזיטיבי גם 'הלכות חדשות' באמצעות יחס מאיין.[253] היו שקבעו כי דין בשלילה מעיד על חומרה יותר מדין בחיוב.[254] והיו שניתחו סוגיות רבות ומושגים מן 'הלוגיקה החזלי"ת' באמצעות ההבחנה העדינה שבין **שלילה והעדר**.[255]

---

[252] גם בניסוחים מילוליים קיימים מצבים של שלילה מאיינת, כלומר: טענה א תהיה שונה מ'לא טענה ב'. בניסוח הלוגי הפורמלי, קיים הבדל בין באינטנסיה ללא הבדל מקביל באקסטנציה.

[253] העניין קשור בטבורו ל'חסר' ו'לעקרון החוקיות' שבמשפט הישראלי, על כך בהמשך העבודה.

[254] **מהררי נמרים**, עמוד א (עמוד 1 מתוך 12).

[255] נדמה שעסק בנושא זה לעומקו הוא הרב משה אביגדור עמיאל בספרו **המידות לחקר ההלכה**, ירושלים, תשס"א. להלן חלק מן הכללים הרבים שמצא בתוך ספרות חז"ל מתוך דיוני עומק בהבחנה זו (ההבדל בין שלילה להעדר) (מידה י"ג, א):

א. "השלילה באה לכל הפחות במחשבה אחרי החיוב, לא כן העדר שזה בא במחשבה לפני החיוב".

ט.2. הכלה והכללה, הכללה ואנלוגיה

הקל וחומר ביסודו הוא כלי לוגי לתיאור המציאות המשפטית. עובדה זו כשלעצמה יוצרת תחושת אי נוחות ומידה מסוימת של ספק. יישומה של הלוגיקה בתחומי המציאות המשפטית צריך להיעשות בזהירות רבה. הניסוחים, המבנה וההצרנה הלוגיים קוסמים לאדם הממוצע, על אף שזהו תהליך מסוכן. ההיצמדות העיקשת למונחי הלוגיקה, לפורמליזציה, למבנה ולהצרנה יכולים בעצמם להתבסס על הנחות שגויות או לפחות לא הכרחיות. הלוגיקה אינה סט חוקים השולטת בהתנהגות האנושית, לעיתים קיימות התנגשויות בין השניים. נדון בדוגמה הבאה: x מעוניין לדבר עם האחראי, האחראי הוא y, מכאן נובע ש-x רוצה לדבר עם y. היסק זה אינו נובע מן המציאות, שלפיה x דווקא אינו מעוניין לפגוש את y. ההיסק נובע מן התבנית, מן המשפטים ומן הצורה הלוגית של הטיעון! המציאות לא חייבת להכפיף עצמה למחשבה הלוגית, לה כללים וחוקים משלה.

כאשר המודל הלוגי מכיל מספרים, הבעיה מתעצמת. "למספרים יש דימוי של ייצוג מדויק של המציאות, אך זהו דימוי מוטעה".[256] מן המוסכמות, קיימים שלושה חוקי מחשבה יסודיים: 'חוק הזהות', 'חוק הסתירה' ו'חוק השלישי הנמנע'. הלוגיקה הקלאסית הזו מניחה את קיומם של חוקים אלו כעניין אקסיומטי בדומה לאקסיומות של ההנדסה האוקלידית. ברם, בבסיס חוקים אלו עומד **עקרון הדו-ערכיות**, לפיו "אנו חושבים ופועלים במסגרת מערכת ערכים דואלית, בינארית של **אמת ושקר**".[257]

ב. "בדבר שלילי גופא שני מובנים דבר השולל כסדר ודבר ששלל חד פעמי", (שם).
ג. "ואת ההבדל בין שלילה שבדבר ובין העדר שבדבר אנו מוצאים גם בזה כי פעמים שהצד שלילי שבדבר גורר אחריו בטול כל הדבר... אבל העדר שבדבר אי אפשר שהחלק שהוא בכלל ישפיע לבטל גם החלק שישנו", (שם).
ד. "עשיה נקראת רק אז כשקודם לפני העשיה היה זה בבחינת העדר, אבל אם הדבר היה גם כן מקודם, אלא שיש איזה עיכוב השולל... אין זה עשיה", (שם).
ה. "כל מציאות שנחשבת לדבר לעניין איזה פרט שהוא, אי אפשר שבאותו הזמן גופא יחשב להעדר הדבר לעניין פרט אחר", (שם).

[256] ד. הקר, 'מחקר אמפירי של המשפט: הערות-אזהרה אוהדות על המגמה העכשווית', עיוני משפט ל"ד, 2011.
[257] ג. קרביץ, **ידע, ספקנות והונאה עצמית**, פרדס הוצאה לאור, 2019, עמ' 79.

טענה על העולם, לרבות טענה משפטית, יכולה להיות אמיתית או שקרית ואין מצב אחר היכול לספק את תודעתנו. אולם המציאות טופחת על פנינו יתכנו גם יתכנו יותר משני מצבים משפטיים/ בינאריים. הקשיים קיימים גם בתחומים נוספים כגון: האם באמת קיימת זהות על פני נקודות זמן שונות,[258] כיצד נסביר את המציאות במקום שיש משמעות לחלל ולזמן? שהרי הלוגיקה אינה תלויה בחלל ובזמן,[259] המהווים תנאי הכרחי לתיאור סיבתיות, ועוד. בתפיסה המודרנית נתקבע מעמדה המודרני של הלוגיקה כבלתי תלויה בידיעותינו על העולם.[260] כיצד אם כן אנו עושים שימוש בכלים פורמליים כדוגמת הקל וחומר בחיי היום יום, ולמצער במרחב המשפטי?

פופר (Popper, 1947), שהטמיע לתוך הפילוסופיה את העובדה שהמדע במיטבו אינו יותר מאשר השערות, סיפק תשובה לשאלה זו. הלוגיקה, לשיטתו, מהווה כלי חוקי ובר שימוש תחת הנחה הנוגעת לענייננו: יש תיחום בין מונחים **עובדתיים לצורניים**, או לכל הפחות ישנה השערה על תיחום כזה.[261]

מבוא קצר זה נדרש לדיון זה. בסעיף זה 'אשלוף' רכיבים לוגיים החוזרים על עצמם בתהליך ביצוע הדין (בכל אחד מן המודלים הלוגיים של שלושת סוגי הקל וחומר), ואדון בהם, כל אחד לחוד וכן באינטראקציה ביניהם. הרכיבים הלוגיים הם: **הכלה, הכללה (אינדוקציה) ואנלוגיה.** בדיון אעשה שימוש בשפה הלוגית, אולם לנגד עיני, עומדת המסקנה לעיל שקיים תיחום בין **עובדות לצורה**, וכן, שבמציאות המשפטית ייתכנו גם תשובות לא בינאריות. האם חז"ל היו מודעים להבחנות אלו המנוסחות בסעיף זה בלשון מודרנית? התשובה לכך הינה חיובית.[262] **דניאל שוארץ**,[263] עומד על כך במחקרו. באמצעות דוגמאות רבות הוא מראה כי המשנה מתנסחת לפעמים, כדי לדחות את ההנחה

---

[258] שם, עמ' 81.

[259] שם, עמ' 81.

[260] נמרוד בר-עם, 'הלוגיקה בין אפיסטמולוגיה למתודולוגיה', עיון, תשרי, אוקטובר 2002, עמ' 375, הערה 1.

[261] שם.

[262] ראו: ד. שווארץ, 'מקל וחומר לגזרה שווה- על ריאליזם ונומינאליזם, טבע וגלות', דיני ישראל, כרך ל (תשע"ה), עמ' 140- 142. במאמר זה, מציע המחבר הבחנות שונות בין **הדת הכוהנית לרבנית** בעת העתיקה. הגישה הכוהנית (מעצם טבעה) התייחסה לקל-וחומר, כאל מידה **ריאליסטית**, שלפיה החיובים בתורה נעוצים בטבעם של דברים. הנחה זו לדבריהם צריכה להדריך אותנו בדיסציפלינות משפטיות שונות. התורה, הטבע, המצוות, הכל נובע מן ההגיון ומן השכל הישר. חז"ל (הגישה הרבנית, הנומינליסטית), סבורים כי החיובים בתורה אינם מחייבים מכוח עצמם (=מטבעיותם, ח.ג) אלא רק מכוחו של הציווי. הקל-וחומר לפי גישה זו, הוא כלי מסוכן. טיעון הקל וחומר "עלול להחמיץ לדוגמה את המורכבות של הסיטואציה המשפטית", (שם).

[263] שם.

הטבעית של הקל וחומר, או אפילו את השימוש בקל-וחומר כאשר הוא אינו מבחין בהבדלים שבמציאות ומתרכז כולו בצד הלוגי. לדוגמה: הצדוקים טוענים לפי המשנה (ידיים ד, ז) כי כשם שהתורה מטילה על האדון את החובה לשלם בגין נזקים שגרמה בהמתו (שמות כ״א-כ״ב), כך יש, מקל וחומר, להטיל על האדון חובה זו בגין נזקי עבדו. הפרושים (=חז״ל) עונים על כך, כי קיים הבדל בין בהמות לעבדים. לעבד יש דעת.[264] על פי הפרושים, קיימת בעיה בהסקת מסקנות משפטיות באמצעות מידה זו. ההוכחה הטובה ביותר לעניין זה היא קיומו של 'מוסד הפירכות' לקל וחומר, והפירכות, כפי שנראה בהמשך העבודה אינן פורכות רק את הצד הלוגי, אלא גם את הצד העובדתי/המציאותי.

בניתוח המונחים הנ״ל (הכלה, הכללה, אנלוגיה), נבחן תחילה לדוגמה את הק״ו המקראי הסברתי: ״ואביה ירק ירק בפניה הלא תכלם שבעת ימים״, אם בשל אביה היא צריכה להיסגר שבעה ימים קל וחומר שמפני השכינה היא צריכה להסגר לפחות 14 יום, ומפני דין 'דיו' הגמרא מעמידה זאת על שבעה ימים כמו בהסגר מפני הפגיעה באביה.[265]

קל וחומר זה ניתן להבין בשני אופנים:

דרך א'- שכינה **חמורה** מאביה, ולכן היא צריכה להסגר 14 יום, לולא מגבלת ה'דיו'.

דרך ב'- שכינה **אינה חמורה** מאביה. החובה להיסגר שבעה ימים עקב השכינה נובעת מכך שיש בשכינה רכיב **מקביל** לגמרי לאביה. היחס הזה הוא יחס של **הכלה**. המסקנה בדרך זו נובעת מן ההשוואה ולא מיחס היראַרכי של חומרה.

ניסוח זה של דרך ב' **(=הכלה),** מזכיר למעשה את המנגנון המדויק של הקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. שם, 'רכיב ההכלה' הוא יסוד כל הקל וחומר. מה אם כן ההבדל? נראה כי **הדרך** לחלץ את רכיב ההכלה בקל וחומר הפשוט בשונה מן הסוג 'בכלל מאתיים מנה' היא שורש ההבדל.

בסוג של 'בכלל מאתיים מנה' הפעולה **אנליטית**, ובסוג של קל וחומר מידותי/מורכב, היא היסק מורכב יותר **ולא הכרחי**. על ההיסק הזה יכולה להיות פירכא שתראה בדוגמה זו למשל כי 'השכינה'

---

[264] ״ולכן, אם יחויב האדון בעלות הנזקים שהעבד גורם, יוכל הלה, המבין את המצב החוקי, לנצלו כדי לנקום באדונו כל אימת שירצה, על ידי כך שיזיק לאחר, ויחייב את אדונו בתשלומים״, שם.

[265] זהו הניסוח שלי לקל וחומר המוצג בברייתא דדוגמאות.

אינה **כוללת** רכיב של 'אביה', מה שאינו קיים ביחס בין 'כריה' ל'פתיחה', ושם, הכריה כוללת פתיחה. ומה באשר לקל וחומר המידותי? האם גם אותו נוכל לתאר באמצעות יחס של **הכלה**? אכן, **ההכללה** (שתדון בהמשך) הנוצרת משתי ההלכות הראשונות, מסבה את תשומת לבנו לכך שישנו יחס של **הכלה** ביניהם. לולא יחס זה לא היה ניתן לעבור לשלב **ההכללה**!

זהו בדיוק ההסבר ל'דיו' של חכמים בקל וחומר השני בסוגיית בבא-קמא! חכמים לפי הצעה זו לומדים את הקל וחומר כהיסק משווה (בשל יסוד ההכלה), ולא כשיקול היראַרכי. מהו יסוד ההכלה המצוי בשתי ההנחות הראשונות של הקל וחומר? מסתבר לומר כי יסוד זה הוא הדמיון בין רשות הרבים לחצר הניזק בהקשר של המזיקים במקומות אלו.[266] דווקא הפטור של שן ורגל ברשות הרבים הוא המקרה החריג, שאינו מעיד על הכלל.[267]

על בסיס דיון זה אנו רואים שישנם שלושה תת-סוגים של אינדוקציות ליחס ההכלה, כולם הופעות של קל וחומר המבוססים על אותו היגיון ואותו אופי בסיסי. שלוש האינדוקציות מותאמות לשלושת סוגי הקל-וחומר. אליבא דחכמים (וכן על פי ההלכה) נראה כי הקל וחומר הוא היסק משווה ולא ממנף! **הכלה** אם כן, היא היסוד המושגי הקיים בשלושת סוגי הקל וחומר, המאפשר למנגנון הקל וחומר ליצור **קל וחומר משווה**!

ההכללה אינה **הכלה**, ההכללה היא המונח המתאר את ההשערה המתודולוגית בפעולת הדין, המתקיימת באחד משני האופנים. בקל וחומר הפשוט, **ההכלה** נתונה אפריורית. **בקל וחומר המידותי** היא מוסקת מתוך שתי ההנחות הראשונות, ובקל וחומר מסוג 'בכל מאתיים מנה' אין לה משמעות. שם, רכיב ההכלה מוחשי, אנליטי והכרחי. **ההכללה**, הינה החוליה החלשה ביותר בתהליך ההיסק בקל וחומר דווקא בשל היותה אינדוקטיבית.[268]

---

[266] להרחבה ראו: מידה ד, עמ' 23.

[267] באשר לגובה הקנס, נזק שלם במקום חצי נזק, ראו בסוגיית ב"ק טו עא לגבי השאלה האם 'פלגא נזקא קנסה או ממונה' ובראשונים שם.

[268] הרב עדין שטיינזלץ, 'האם ישנה לוגיקה תלמודית', עמ' 16, מביע תמיהה אמונית באשר להכללה זו. בלשונו- "האם העולם אכן נברא באופן שיהיה תואם לדרכי הלוגיקה שלנו"?

באמרנו כי הקל וחומר הא היסק משווה, אנחנו אומרים במינוח הלוגי, כי היא סוג של אנלוגיה. האם קיים יחס בין אנלוגיה להכללה (אינדוקציה)? כאשר אנו בוחנים את ההיסק האנלוגי נגלה כי הוא 'מחביא' מאחוריו היסק אינדוקטיבי. לדוגמה: מתוך העובדה שאופניים הם סוג של כלי רכב אנו יכולים להסיק כי גם אופנוע בפרט, הוא סוג של כלי רכב, שכן שניהם נעים על גלגלים. במונחים לוגיים, ההיסק הזה אינו **אנלוגיה, אלא אינדוקציה!**

מתוך ההתבוננות על האופניים מוסקת המסקנה הכוללת לגבי כל חפץ הנע על גלגלים. מתוך המסקנה הכללית הזו, מוסקת מסקנה **פרטית** הכלולה בה, כי גם אופנוע הוא כלי רכב, שהרי אף הוא נע על גלגלים. על פי התאור הזה, כל אנלוגיה בין פרט לפרט היא למעשה התפרטות של אינדוקציה. ראשית, יוצרים אינדוקציה מן הפרט המלמד, ולאחר מכן מסיקים בדרך דדוקטיבית מן הכלל המלמד את הפרט השני (=הלמד).

ברם, ניתן להבין את האנלוגיה גם כהיסק ישיר, מפרט אחד לפרט אחר, ללא תווך של אינדוקציה ברקע. התהליך יהיה כך לדוגמה: כל האופנועים הם כלי רכב, היא עובדה המבוססת על אוסף אנלוגיות לכל אופנוע לחוד, שהרי כל אופנוע הוא בעל גלגלים. הצירוף הזה של כל האנלוגיות יוצר את ההכללה. השאלה האם מדרש אנלוגי עושה זאת באופן ישיר בין פרט לפרט או בתווכה של אינדוקציה הינה בדיוק שאלת מהותו של המדרש, האם הוא מדרש **מפענח** או מדרש **מרחיב**?[269]

התפיסה הרווחת במשפט העברי וגם בישראלי מתייחסת לקל וחומר כאל אנלוגיה מוצלחת. כך לדוגמה קובע טדסקי כי "האנלוגיה היא השיטה הטובה ביותר להשלמת חסר".[270] בספרות המשפטית האמריקאית, מוצגת האנלוגיה (היקש) המוצלחת ביותר לטעמם:[271]

---

[269] זוהי בדיוק מחלוקתם של רמב"ם רמב"ן ב'שורש השני', מתוך הקדמת הרמב"ם לפירוש למשנה (עמ' ל"ב, במהדורת מוסד הרב קוק, ל"ד ובהערה ד), נראה שלדבריו, הדרשות חושפות, ראו באריכות גם ברוח המשפט, עמ' 233.

[270] בתוך א. ברק, החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט, משפטים, ב', תשנ"א.

[271] Luís Duarte d'Almeida, Cla´udio Michelon, *The Structure of Arguments by Analogy in Law*, 31(2) Argumentation 359-393 (2017)

To show that legal arguments by analogy fit the revised pattern, Golding turns to a case that has since become one of the most quoted examples of analogical argument in law: Adams v. New Jersey Steamboat Company. The issue in Adams was whether a steamboat company should be held liable for money stolen from a passenger's room without negligence on the part of either the passenger or the company. The court drew an analogy between steamboat companies and innkeepers, who owed a high duty of care and were liable for money stolen from a guest's room .

קשה אמנם להבחין בין אנלוגיה לאינדוקציה, ויש הרבה מן המשותף לשתיהן, ברם, אותו יסוד משותף המצוי בשתיהן הוא הוא היסוד המצביע על התוכן היסודי של מונח **ההיקש.**

הכלה, הוא היסוד הלוגי הקיים בשלושת סוגי הקל-וחומר. קיומו, מאפשר יצירת קל וחומר משווה. בקל וחומר **הפשוט/סברתי**, חילוצו הוא היסק מורכב ולא הכרחי. בקל וחומר **המידותי**, הוא מאפשר את יצירת ההכללה, כיסוד משותף הנמצא בשתי ההנחות הראשונות. בסוג של **'בכלל מאתיים מנה'**, הוא הוא יסוד הקל וחומר וחילוצו אנליטי.

ההכללה, מונח לוגי המתאר את ההשערה המתודולוגית בפעולת הדין שממנה נגזרת מסקנת הקל וחומר. בקל וחומר **הפשוט/סברתי**, היא נתונה באופן אפריורי, **במידותי** היא מוסקת משתי הנחות ראשונות, וב'בכלל מאתיים מנה' אין לה משמעות. **ההכללה** הינה החוליה החלשה ביותר בתהליך ההיסק בשל היותה אינדוקטיבית. כל **אנלוגיה** בין פרט לפרט הינה למעשה התפרטות של **אינדוקציה**. תהליך דומה ליצירת הקל וחומר, אלא שהטריגר הראשוני אינו יחסי קולא/חומרא בין הפרטים שמהן נוצרת ההכללה. ההבחנה בין אנלוגיה לאינדוקציה קשה.

ט.3. הפרמטרים המיקרוסקופיים

בחינת ההיסקים עד כה מעלה כי מעורבים בהם שני מישורי התייחסות. המישור הנגלה, הפנומנלי, מישור התופעות או ההלכות, והמישור הנסתר. כל המודלים והלוגיקה המוכרת לנו העוסקת בקל-וחומר עוסקת במישור הפנומנלי. במחקר החדיש ביותר,[272] שזכיתי להיות שותף בו, עוסקת קבוצת המחקר גם במישור הנסתר **בפרמטרים המיקרוסקופיים**, המשפיעים על תוצאות ההיסק, כל היסק.

במישור הנגלה אנו מסיקים מסקנות על בסיס ההלכות המקראיות, אולם ברי כי גם להלכות אלו קיים מישור מיקרוסקופי בו הפרמטרים משפיעים או שולטים על הלכות (תופעות) אלו. כאשר לדוגמה מושווים רשות הרבים ורשות הניזק זו לזו, ולכן ניתן ליצור הכללה מנזקים המתרחשים בתחומם, ברי כי הכללה זו מבוססת על פרמטרים המאפשרים השוואה זו.

בדרך כלל במחקר מדעי רגיל, המעבר הינו מן התופעות האמפיריות אל הפרמטרים המיקרוסקופיים. מן הנפילה של עצמים לדוגמה מנסים להגיע אל הכוחות או התכונות (=מסה) הגורמים לתופעות אלו. המסקנות בכל מחקר מדעי מניחות כבשגרה קיומם של יישים תיאורטיים, המשפיעים על הפנומנולוגיה. גם במישור ההיסקי המחקר מניח את אותה הנחה. נדון בקל וחומר לדוגמה: אם ראובן שקיבל במבחן אינטליגנציה ציון 100 הצליח בלימודי משפטים, שמעון שקיבל יותר מ- 100 בודאי יצליח בהם. הגורמים המיקרוסקופיים בדוגמה זו יכולים להיות כישורים מתמטיים, ניסיון, ועוד...תיאוריה מדעית, לרוב תציע מערך של יישים תיאורטיים המניעים את כל מערך ההתרחשויות הנמדדות בדרך אמפירית.

---

[272] בקבוצת המחקר הזו שהתארגנה במחלקה למתמטיקה באונ' בר-אילן, הציבו כפרויקט- הבנה שיטתית של הלוגיקה התלמודית, ובראשם את מנגנון הפעולה של הקל וחומר. הפרויקט משלב חוקרים מתחום הלוגיקה המתמטית, אינטליגנציה מלאכותית וחוקרי תלמוד. המחקרים בקבוצה זו מוציאים לאור את האינטואיציות הלוגיות של חכמי התלמוד, מנסחים אותם בלשון עכשווית, ומנסחים אותם בכלים לוגיים מודרניים. אין כאן המצאות ופיתוח יש מאין, אלא פירוט ושכלול של הקיים, עוד שכבה מחקרית מודרנית. עיקר עיסוקה של הקבוצה (בניגוד לכל תחום הלוגיקה הקיים) הוא העיסוק ב'לוגיקה לא דדוקטיבית', המיוסדת על חשיבה לא דדוקטיבית (Common Sense). במילים מפורשות יותר: הצעה **למודל לוגי-מתמטי פורמלי להיסקים אינדוקטיביים ואנלוגיים**. טענתם הינה כי ביסוד ההכללות וההשוואות עומדים **פרמטרים מיקרוסקופיים**, הניתנים לפורמליזציה קשיחה. ראשי הקבוצה הם: מיכאל אברהם, דב גבאי ואורי שילד. המחקר הראשון יצא בספר: **מידות הדרש ההגיוניות: היסקים לא דדוקטיביים בתלמוד.** גם הגרסה העברית הודפסה על ידי Lightning Source, Milton Keynes, UK בשנת 2010.

גם במנגנון יצירת הקל וחומר, כפי שראינו, המטרה היא ליצור את ההכללה, והעובדות (ההנחות, ההלכות) הן מכשיר לביסוסה. היכן אנו יכולים למצוא את הפרמטרים הללו? בפירכות (נושא שיידון להלן). **פירכות אמפיריות**, מתייחסות לעובדות מן המישור הפנומנלי הסותרות את ההכללה. הן מתייחסות למישור המיקרוסקופי. **פירכה אפריורית** מתייחסת לתכונות ובלשון מחקר זה **לפרמטרים המיקרוסקופיים**.

לדוגמה: "אם בני ישראל לא שמעו אלי איך ישמעני פרעה". אם בני ישראל (הקרובים אלי והמחכים (לביאת המבשר שיוציאם ממצרים) אינם מוכנים לשמוע לי, פרעה האכזר, הנוגש, האינטרסנט לעמו, קל וחומר שלא ישמע אותי. הנכונות של בני ישראל לשמוע למשה, היא העובדה מן המישור הנגלה, אי הנכונות של פרעה לשמוע אל משה אף היא עובדה מן המישור הנגלה. ההשערות המסבירות את הנכונות/אי הנכונות כגון: סבלנות, קשר לאומי, אינטרסים כלכליים, שנאה ועוד... הם **הפרמטרים המיקרוסקופיים**.

מחקר זה מחדש חידוש גדול. **תקפותם** של שיקולי ההיסק הלא דדוקטיביים הללו, "**אינה תלויה בזיהוי מפורש של הפרמטרים הללו**".[273] החידוש כאן הוא בכך שזה דומה ללוגיקה הפורמלית שאינה נוגעת בתכנים, הלוגיקה הצורנית (=הצרנה), ואעפ"כ היא מהווה מצע ומסגרת המאפשרת לחוקרים לדון בתכנים המעורבים.

זוהי התפתחות חשובה בחקר המידות, שזהו לה צעדה הראשון. לראשונה, יהיה ניתן על פי המודלים שפותחו למדל את הליכי החשיבה הלא דדוקטיביים ואף להכלילם למבנים מורכבים יותר. לענייננו: מודלים אלו יכולים להיות אמצעי למחקר שיטתי של **ההכללה** בפרט ודרכי ההיסק הלא דדוקטיביים בכלל.

[273] **היסקים**, עמ' 71.

בדוגמה המלווה את כל הספר, גילו החוקרים באמצעות המודלים המיקרוסקופים שבהחלת אירוסין מעורבים פרמטרים (המכונים באותיות יווניות) המחילות את הקידושין. התוצאה ההלכתית הינה פונקציה של **המינון** בצרוף הפרמטרים הללו, כאשר כל צרוף יוצר תוצאה הלכתית אחרת.

מפאת אופיו הלוגי/מתמטי של המחקר, איני מוצא מקום לעשות בו שימוש במחקר זה יותר מאשר להיות מודע לקיומו, ולקוות כי 'השערים' יפרצו בהמשך והוא יכנס בדרך המלך ל'אולם' עצמו.

י. פירכות על הקל וחומר

נבחן קל וחומר דמיוני- אם ראובן שעבר מבחני IQ בציון 100 הצליח בלימודי משפטים, קל וחומר כי שמעון שעבר אותם בציון 110 יצליח בלימודי משפטים.[274] זהו קל וחומר תלמודי טיפוסי. יש בו שלושה נתונים: ראובן קיבל 100 במבחן IQ, ראובן הצליח בלימודי משפטים, שמעון קיבל 110 במבחן IQ. מנתונים אלו מסיקים טענה רביעית שלפיה שמעון יצליח בלימודי משפטים. יחסי הקולא/חומרא בין ראובן לשמעון במבחני IQ יצרו את ההכללה שלפיה, שמעון מוכשר יותר מראובן ולכן הוא **תמיד** יצליח לא פחות מראובן באותם מקצועות בהם ראובן מצליח.[275]

פירכה **מסוג ראשון** על קל וחומר זה, תועמד למבחן אמפירי. נבדוק לדוגמה את היחס בין מבחני אינטליגנציה ללימודי פיסיקה אם נמצא כי דווקא בעלי ציון IQ 100 הצליחו יותר מבעלי ציון 110, זוהי פירכא מסוג ראשון על ההכללה.

פירכא **מסוג שני**, הינה פירכה על היסק הקל וחומר. כך לדוגמה, אם אפריורית נטען שהצלחה בלימודי משפטים דורשת כישורים מיוחדים שאינם ניתנים למדידה על ידי מבחן ה-IQ, בזאת נפרכה הכרחיותה של מסקנת הקל וחומר. יותר מכך, קיים כאן ערעור ישיר על ההנחה אודות הרלוונטיות של תכונת הדמיון. בתכונה זו נטען לעיל כי יש דמיון בין הצלחה במבחן IQ לבין הצלחה בלימודי משפטים. פירכה מסוג זה מכונה בלשון בעלי הכללים **פירכת שכן**. פירכה מסוג ראשון, יכולה לתקוף את מישור ההשוואה, לצורך ההכללה הנוצרת בין כל שני נתונים בקל וחומר המידותי,[276] והיא מכונית **פירכת יוכיח**.

האימרה כי הפירכה פרכה את הקל וחומר, אינה מוכיחה את הטענה לאי רלוונטיות של מבחני ה-IQ ללימודי משפטים. מטרת הפירכה היא רק להצביע כי מסקנה זו (=היסק הקל וחומר) אינה נובעת

---

[274] היסקים, עמ' 58.

[275] לצורך הדיון נתעלם מן השאלה האם מבחני IQ מנבאים או לא מנבאים הצלחה בלימודים. רוב ככל המוסדות האקדמיים מניחים אמנם כי מדדי IQ אכן מנבאים הצלחה בלימודים אקדמיים בכלל.

[276] במונחי מידה טובה, 'פירכת שורה' או 'פירכת עמודה'.

בהכרח מן ההנחות, או שהיפוכה מתיישב עמן באותה רמת תוקף. הפירכה מתייחסת לתהליך הנביעה של ההיסק מן ההנחות.

ניתן לערער גם על הפירכות הללו עצמן, ובכך לחזור ולתקף את הטיעון המקורי וחוזר חלילה. בדוגמה זו נוכל להצביע על ייחודיות שיש למקצוע הפיסיקה (שאינו קיים במשפטים) שבגינו לא ניתן להחיל את ההכללה עליו. זאת באשר לפירכת **שכן** האמפירית. גם ביחס לפירכת **יוכיח** האפריורית ניתן לטעון לדוגמה, שקיים תחום נוסף- כימיה, שגם בו דרושות יכולות נוספות ייחודיות ובכל זאת, מבחן IQ תקף לגביו.

רמת ה׳חוזק׳ של פירכה על פירכה חייבת להיות גבוהה יותר מפירכה רגילה, שכן היא צריכה לעמוד בשתי מטלות: להוכיח שהפירכה המותקפת אינה **הכרחית**, וכן שהיא אינה **אפשרית**. זאת, בשל העובדה שהפירכה הראשונה עצמה אינה טוענת להכרחיות אלא רק להעלאת אפשרויות.[277]

הדיון אינו חייב להיעצר בפירכה על פירכה, ניתן (וכך עושה התלמוד במספר סוגיות) להעלות שיקולים נוספים המתייחסים לטיעון הבסיסי, ואף ליצור מעין ׳היסקים מורכבים׳ (=צירוף של טיעונים), כדי לתקוף מסקנות שנשללו בכל אחד מן ההיסקים לחוד.[278] במונחי מידה טובה, אנו מכנים לפעמים את פירכת **שכן** גם כפירכה על **ההכללה**, ואת פירכת **יוכיח** כפירכא של **חוסר רלוונטיות.**

נדון כעת בקטע מתוך ׳**ספרות הכללים**׳, הדן בנושא פירכות הקל וחומר כדי ליצור תובנות נוספות וכדי לקשור את המונחים המודרניים לתלמודיים:[279]

> משיבין על ק״ו אם יש להשיב, וכך המידה אם יש בגמרא חומרא או קולא אחת ואינה בלמד, אפי׳ יש בלמד כמה חומרות או קולות שאינן במלמד סותרין הק״ו בכך, ואין למדין ממנו בין להקל לבין להחמיר, דאיכא למימר כמו שיש בו אותה חומרא

[277] מנגנון זה ושיקולים אלו, יזכו **למונחים** קבועים בתורת הקל וחומר במשפט העברי כפי שיובהר בהמשך.
[278] ראו הערה קודמת.
[279] מתוך: **פסקי השל״ה**, עמוד קצ״ב.

או קולא כמו כן זאת. אי נמי שמא אותה חומרא עדיפא מכל שנגדה לגרום אותו דבר וזהו **פירכא אעיקרא_דדינא**, בכולא תלמודה, דפריך: מה לפלוני שכן חמור בכך וכך תאמר בזה שאין בו וכו'. פירוש **עיקרא דדינא**, ממקום שבאת דהיינו: "המלמד גופו יש בו תשובה.

אם כן פירכא **אעיקרא דדינא** בלשון התלמוד היא הפירכא האמפירית, על ההכלה, והיא מתגלית לרוב בשל השימוש במילה **שכן**. "ופעמים, עושה פירכא **אסוף דינא**. פירוש, כשאומר פלוני שחמור בכך וכך אינו דין שנחמיר עליו וכו', ופריך פלוני יוכיח שאין אותה חומרא גורמת דבר".

פירכא **אסוף דינא**, הינה פירכא אפריורית, בשל חוסר רלוונטיות. "כללא דמילתא, בכוליה תלמודא אעיקרא דדינא פרכינן **מגופיה**, מה לפלוני שכן חמור בכך וכך תאמר בזה שאינו חמור.., **ו**אסוף דינא, פרכינן **מעלמא**, שאומר פלוני **יוכיח**".[280]

קל וחומר מפורסם מסוג **יוכיח**, המופרך בשל **אי רלוונטיות** מובא בספרו של אוסטרובסקי (**המידות שהתורה נדרשת בהן**): "אם בגד של ארבע כנפות שפטור ממזוזה חייב בציצית, אזי משקוף שחייב במזוזה ודאי שיהא חייב גם בציצית".[281]

בקל וחומר זה יש רק שני נתונים: משקוף חייב במזוזה, ובגד של ארבע כנפות חייב בציצית. אין הלכה מפורשת שעל פיה בגד של ארבע כנפות פטור ממזוזה! הפטור נובע רק מהיעדר חיוב. עובדה זו יוצרת אי רלוונטיות, היעדר קשר בין שני צירי החומרא, החומרא לגבי החיוב בציצית והחומרא לגבי החיוב במזוזה. משקוף אינו פטור מציצית, אלא חיוב הציצית הוא בלתי **רלוונטי** לגביו, וכן לגבי בגד של ארבע כנפות במזוזה.

[280] לתיאורים שונים עם ניסוחים אחרים ראו גם: אוסטרובסקי, פרק רביעי, **תחלת חכמה**, עמ' 6, ועוד רבים.
[281] שם, עמ' 83.

טרם שניגש, ל׳חוקי הפירכות׳ במשפט העברי, יש צורך להגדיר ולהסביר את המונחים: ׳חדא מחדא׳, ׳חדא מתרתי׳ ו׳חדא מתלתא׳.

בדחיית הפירכות **חוזר** הקל וחומר המקורי לתקפותו (=החזרת הקל וחומר). בהחזרה על ידי ״יוכיח ממקום אחר״, מצביעים על כך שהחומרא הספציפית אינה הגורם לחומרת הדין הנלמד, משום שקיים מקום אחר שבו אין חומרא זו ובכל זאת קיים בו הדין הנלמד, וכך שב הקל וחומר לתוקפו. כלל זה הוא כלל תלמודי.

קל וחומר בן החזרה אחת (=מוכיח אחד), מכונה בתלמוד ׳חדא׳ מתרתי׳ (=אחד משניים). קל וחומר בן החזרה כפולה מכונה בתלמוד, ׳חדא מתלתא׳ (=אחד משלושה), כלומר הק״ו הראשון **אחד**, חוזר לתוקפו בשל שלושה מוכיחים. החזרה אחת, הוא הקל וחומר הרגיל, שבו דנים למד ממלמד, והוא מכונה **׳חדא מחדא׳**. אם הקל וחומר נותר כקל וחומר ׳חדא מחדא׳, אות הוא לכך שלא נמצאה לו פירכא. בעניין זה נקבע כלל תלמודי מורכב ומסובך מעט:[282] ״אמר לו רב מרדכי לרב אשי, הרי אמרינן משמיה דריש לקיש: חדא מחדא- קולא וחומרא פרכינן, כל דהוא-לא פרכינן, חדא מתרתי- אפילו כל דהוא פרכינן. חדא מתלת, אי הדר דינא ואתי במה הצד- פרכינן כל דהוא, ואי לא- קולא וחומרא פרכינן, כל דהו לא פרכינן״.[283]

פירוש:[284] פירכה חוקית לקל וחומר יכולה להיות רק אם יש בה יסוד של קולא/חומרא (=טענה **לוגית**, המחזקת או פורכת את היחסים בין המלמד ללמד). רק בתנאי זה יש בה כוח לחייב או לשלול את הדין הנלמד. ברם, טענה סתמית (=כל דהוא) אין כוחה לחייב או לשלול את הדין הנלמד, ואינה מהווה פירכה חוקית לקל וחומר. היגיון העניין נעוץ בכך שמידת הקל וחומר הינה מידה **הגיונית** שמניע ההיסק בה הוא יחסי קולא/חומרא, בשל כך אין בטענת שוני סתמית שאין בה יחסים כנ״ל כדי לסתור את הקל וחומר. ברם, אם הדר דינא (=החזרת הקל וחומר), מבטל את הלימוד כקל וחומר והוא הופך להיות מידה אחרת המכונית **במה הצד**, שהיא מידת **בנין אב**, אזי היא ניתנת לפריכה גם בכל דהוא.[285]

---

[282] חולין קט״ז ע״א.

[283] על פי גירסת פרויקט השו״ת בר-אילן, גירסה 28.

[284] על פי אוסטרובסקי, קל וחומר/סתירת הקל וחומר, עמ׳ 139- 141.

[285] במידה **במה הצד** דנים כך: לא ראי זה כראי זה, כלומר: לא הרי מעלת המלמד הראשון שאינה בשני, ולא ראי זה-מעלתו של השני אינה בראשון. **הצד השווה** שבהן, שלא כל מעלה בנפרד מחוללת את הדין הנלמד, אלא הצד השווה שבהם גורם לכך. מידה זו מבצעת השוואה על בסיס דמיון שלא מתוך יחסי קולא/חומרא. בשל כך, ניתן לפורכה **בכל**

י.1. חוקי הפירכות

להלן חלק מחוקי הפירכות מתוך התלמוד ו'ספרות הכללים': [286]

א. "חדא מחדא אמרינן יוכיח... וצריך בחדא מחדא פירכא שיש בה קולא או חומרא או חשיבות, אבל לא פירכא כל דהו" (כריתות, עמ' ג, סעיף 3).

ב. "אבל חדא מתרתי, פרכינן כל דהו, ואע"ג דלא הדר דינא ואתי במה הצד" (שם).

ג. "וחדא מתלת, אי הדר דינא ואתי במה הצד, פרכינן כל דהו. ואי לא, קולא וחומרא פרכינן ולא כל דהו" (שם).

ד. "עוד יש ק"ו אחר שהפירכא שלו מבליעין בתוך הק"ו" (שם).

ה. "ויש מקומות שאין מבליעין הפירכא באמצע הק"ו אפע"פ שהוא של מקומות" (שם).

ו. "כללא דמילתא, כל דבר חשיבות שאינו מכח המקרא כגון: הך דהזקות אנו מבליעין אותו באמצע הק"ו, אבל דבר חומרא שהיא מכח הכתוב אין אנו מבליעין אותו באמצע הק"ו אך ממנו עושים פרכא לק"ו" (שם).

ז. "עוד בעניין ק"ו דפרכינן פירכא אע"ג דלא אפשר כגון: מה לאשה שכן אינה במילה" (שם).

ח. "עוד מצינו פירכא חשיבא לחד ולא חשיבא לחד" (שם).

ט. "בכל התורה אתי קרא ומפיק מק"ו" (**מר קשישא**, עמ' קצ"צ).

י. יש מקומות בהם התלמוד פורך פירכא אריש דינא על אף שהוא הפך את הק"ו למקומות (**גופי הלכות**, סעיף תפה).

יא. "עוד מצינו במקום אחר והגמ' אינה רוצה לעשות ק"ו של מקומות משום שנהפוך פירכת יוכיח למקומות" (**גופי הלכות**, שם).

דהוא, כלומר: אם מוצאים דבר אחד בשני המלמדים שאינו בלמד, אף אם אינו קולא או חומרא נסתר הדין על ידי כך, כי כל דבר כזה מראה שיחס הדמיון אינו שוויון.

[286] כללים אלו, הוסברו עד כה בגוף העבודה, או יוסברו בהמשך.

יב. "פעמים כשיש פירכא אעיקרא דדינא, משנין הק"ו למקומות ולא נייחד המלמד ולא הלמד עצמו, ותו לא שייכא הך פירכא, וזהו ק"ו של מקומות בכל תלמודא" (**פסקי השל"ה**, עמ' קצב, כלל ח).

לסיכום, ג' דרכים עקרוניות להימלטות מן הפרכות:[287]

האחת- ביטול הפירכא (על פי הדיון עד כה).

השנייה- שינוי הק"ו לקל וחומר של מקומות.

השלישית- הבלעת הפירכא.

י.2. פירכא על קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'

עד כה הגדרנו את הקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' (להלן: סוג שלישי), כקל וחומר שאין דרך לפורכו משום שהוא מבוסס על יחס של **הכלה**, ותוצאת ההיסק הינה הכרחית בשל כך. להלן נראה כי התמונה הזו אינה פשוטה כלל ועיקר.

נבחן לדוגמה את 'חוק ואנדרוולדה' (Vandervelde).[288] החוק הבלגי מתיר לסוחר למכור לא **פחות** משני ליטר אלכוהול. לכאורה, בקל וחומר מסוג שלישי ניתן ללמוד בקלות כי מותר למכור ליטר אחד או פחות. אם מותר למכור שני ליטר ומעלה, קל וחומר שיהיה מותר למכור ליטר אחד! (=הכלה). זהו קל וחומר מסוג **חומר וקל**, אם קיימת קולא לגבי המקרה החמור (=מכירת שני ליטר), ודאי שהיא חלה על המקרה הקל (=מכירת ליטר אחד). זהו גם קל וחומר מסוג **שלישי**, שכן מכירת שני ליטר היא בפרט מכירה של ליטר אחד. לכאורה, אין דרך לערער על השיקול הלוגי הזה.[289]

---

[287] ראו בפירוט רב, **תחלת חכמה**- עמ' 7, **<u>גינת ורדים</u>**, כלל טז, ובעיקר כלל יז, בו מבוארים דברי רב מרדכי הנ"ל.

[288] **אמיל גיום ואנדרוולדה** (1866- 1938), מדינאי ופוליטיקאי סוציאל דמוקרטי בלגי. בהכשרתו: משפטן, כלכלן וסוציולוג. אף שבקריירה שלו כחבר פרלמנט יזם חוקים רבים, החוק להגבלת משקאות חריפים נשאר המזוהה ביותר עם שמו, והוא נשאר בתודעה הציבורית **כ'חוק ואנדרוולדה'**. בקצרה, וכדי להלחם ב'נגע' המשקאות האלכוהוליים במעמד הפרולטריון בזמנו, החוק התיר לסוחרים המתמחים במכירת משקאות אלכוהוליים למכור לא פחות **<u>משני ליטר</u>** לאדם.

[289] מזווית הפוכה ניתן להוכיח זאת גם בדרך השלילה ובדרך של קל וחומר (ולא חמור וקל): אם קיים איסור על מכירת ליטר אחד או אז ודאי שיהיה איסור על מכירת שני ליטר, שהרי מכירת שני ליטר היא בפרט מכירה של ליטר אחד.

למרבה ההפתעה, בפועל שיקול זה של הקל וחומר נדחה במשפט הבלגי. על פי החוק אסור היה למכור **ליטר אחד**! הסיבה לכך נעוצה **בתכלית החוק** (=בז׳רגון של המשפט העברי- ״טעמא דקרא״). מטרת החוק הייתה למנוע כילוי המשכורת החודשית של פועלים על ידי קניית משקאות חריפים. החוק התיר לקנות בסכום גדול המהווה נתח גדול ממשכורת הפועל, ובכך הוא אמור היה להרתיע (ואכן החוק פעל) את הקונים הפוטנציאליים. במונחי עבודה זו, לפנינו סוג של **פירכא על קל וחומר מסוג שלישי!** האם ניתן אם כן לפרוך קל וחומר מסוג זה, על אף היותו דדוקטיבי למהדרין?

ניתן להסביר את המהלך האחרון בדרך הבאה: הפירכא אינה לוגית אלא פרשנות מילולית. את לשון החוק עצמו לא ניתן לפרש כפי שהוא פורש בפועל, אולם בתוספת הפרשנות **התכליתית,** מתווסף ממד נוסף של הנמקה שהוא לא בהכרח שומר על יחסי **ההכלה** המשתמעים מלשון החוק.

ברם, פרשנות תכליתית במשפט העברי אינה דבר שבאפשר בשל הכלל ׳אין דורשין טעמא דקרא׳ (ראו: מחלוקת בבא מציעא קטו ע״א, סנהדרין כא ע״א) שנקבע להלכה. היינו מצפים בשל כך שלעולם קל וחומר מסוג זה לא יוכל להיפרך, ברם, נראה להלן שגם במקורות המשפט העברי יש המאפשרים פירכה על קל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳. נבחן חלק מדעות אלו.

המהרש״א[290] וכן **גינת ורדים**[291], סבורים שלשיטת הבבלי, בקל וחומר ׳בכלל מאתיים מנה׳ ׳עונשין מן הדין׳.[292] אם כך שואל המהרש״א מדוע אין עונשין מן הדין (על פי המכילתא) בקל וחומר הבא: ״אם על הפתיחה חייב על הכרייה לא כל שכן״? התשובה נובעת מן החשש לפירכא! אם כן, זו הוכחה לדעת המהרש״א כי גם את הקל וחומר מסוג שלישי ניתן לפרוך!

[290] **מהרש״א** מהדורה בתרא, ב״ק מט ע״ב.
[291] **גינת ורדים**, סי א.
[292] בניגוד ל**מכילתא** המובאת שם בתוד״ה ׳ולא זה וזה׳, ב״ק ב ע״א.

נשאל, מה אם כן יכול להיפרך כאן בקל וחומר מסוג שלישי? התשובה אכן לא נמצאת במישור האנליטי, אלא בהנחה קודמת לכך. **הפירכא בק״ו מסוג שלישי קוראת תיגר על עצם ההנחה כי מדובר על קל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳!**

אם אדם יכרה חלל מתחת לכיסוי, ואח״כ יפתח את הכיסוי, הוא עשה פעולת כרייה רגילה. פעולה זו מורכבת מפתיחת כיסוי מעל חלל קיים בתוספת לפעולה של יצירת חלל מתחת לכיסוי. **המכילתא** סבורה, כי גם במצב כזה אין הכרח ללמוד כי העונש על הפתיחה יינתן גם על הכרייה. הכרייה אינה פתיחה בתוספת למשהו, אלא מעשה חדש וייחודי. אלמנט הפתיחה הכלול בה נבלע במעשה המחודש של הכרייה,[293] ומעשה כזה אולי מחייב עונש חמור יותר. כך הוא הדבר לגבי **חוק ואנדרוולדה**. במישור **הפעולות** כשלעצמן מכירת שני ליטר יין ודאי מכילה מכירה של ליטר אחד. אבל הרובד הנורמטיבי (משפטי) אינו בהכרח אדיטיבי (=ניתן לחיבור) גם כאן. הפרשנות התכליתית רק חושפת את העובדה שהממד הנורמטיבי אינו אדיטיבי.[294]

מה אם כן, ההבדל בין סוגי הקל וחומר אם ניתן לפרוך את כולם? בקל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳ העברת הדין לא נעשית באופן של **מינוף** אלא של השוואה **בלבד**. ההלכה שבמלמד חלה על הלמד רק משיקול של השוואה ולא משיקול של קולא/חומרא.[295]

היוצא מכך, קיימים שלושה סוגי יחסים בין הלמד למלמד:

1. בקל וחומר **סברתי** (סוגים ראשון ושני), היחס בין הלמד למלמד הוא יחס של חומרא.

2. בקל וחומר מסוג שלישי שבו היחס בין הלמד למלמד הוא יחס של הכלה בכל מישור, הלמד מכיל בתוכו את המלמד ולא רק חמור ממנו, ולכן הוא לא ניתן לפריכה.

3. בקל וחומר מסוג שלישי שניתן לפריכה (לפחות לפי חלק מן השיטות), היחס הוא בכל זאת יחס של חומרא ולא של **הכלה**.

---

[293] ראו בפירוט יתר: מידה 4, עמ׳ 95- 96.

[294] בחוק ואנדרוולדה יחס החומרה בין המעשים אינו קיים לאחר הפרשנות התכליתית (=הפירכא). לעומת זאת בדוגמת פתיחת הבור, יחס החומרא נותר בעינו ובכל זאת לא לומדים ממנו לגבי העונש. זאת משום שהעונש אינו תלוי בחומרא. ראו על כך מאמרו של מ. אברהם, ׳נותן לרשע רק כרשעתו-האמנם?׳ עלון שבות- בוגרים, ט (תשנ״ו).

[295] השלכה אפשרית תהיה, שגם מי שאינו מקבל את העיקרון של ׳דיו׳ (יפורט בהמשך העבודה), יסכים לכך שאין למנף את ההלכה הנלמדת כאשר מיישמים אותה בלמד.

מה ההבדל בין (2) ל-(3)?

ההבדל ביניהם נעוץ בשאלה מושגית: האם ההכלה של המושג המלמד במושג הלמד מותירה את המושג המלמד כמות שהוא ורק מוסיפה לו תוספת, או שמא היא מוחקת את זהותו העצמית וביחד עם התוספת היא הופכת לישות משפטית חדשה- הלמד.[296] במצב בו הזהות של המלמד נמחקת, היחס בין המלמד ללמד חוזר להיות יחס של **חומרא** ולא יחס של **הכלה**. אמנם, קיימת כאן הכלה, אבל לא ניתן להשוות בין הלמד למלמד מתוך הסתכלות על הרכיב של המלמד המצוי באופן מבודד בלמד.[297]

י.3. 'הבלעה' כסוג של פירכא

בתוספות ד"ה 'אני' ב"ק כה ע"א מקשים על הקל וחומר במשנת בבא-קמא, מדוע אין הגמרא פורכת אותו כך: מה לשן ורגל שכן היזקן מצוי, ולכן קיימת סיבה לחייבן?

בעלי התוספות יוצרים מושג חדש, כדי לענות על שאלה זו- **הבלעת הקל וחומר**. פירכה זו לא תועיל לדעתם ולמעשה היא אף מחזקת את הקל וחומר אשר מתנסח כך: ומה שן ורגל שעל אף העובדה שהיזקן מצוי אין הם מחויבים ברשות הרבים ובכל זאת הן חייבות בחצר הניזק, קל וחומר שקרן אשר חייבת ברשות הרבים (על אף שהיזקה מצוי), תהיה חייבת בחצר הניזק! זוהי התנסחות של יצירה לוגית חדשה - הסברה המתחזית להיות פירכה, אינה כזו, אלא אדרבא, היא מחזקת את הקל-וחומר.[298]

פירכה זו המוזכרת לעיל (מה לשן ורגל שכן היזקן מצוי?) הינה פירכה **מיקרוסקופית**, משם שאין כאן תוספת הלכתית אחרת המתווספת לעמודות של הקל וחומר. בשאלת התוספות יש התייחסות למאפיין מיקרוסקופי של שן ורגל המביא ליתר חומרה ביחס לקרן. פירכה על פרמטר מיקרוסקופי

---

[296] במונחי **הצפנת פענח**, השאלה הינה: האם ההרכבה בין המלמד לתוספת שיוצרת את הלמד הינה 'הרכבה שכונית' (מלשון שכנים, תערובת בכימיה, הטרוגניות) או 'הרכבה מזגית' (מזוגים זה בזה, תרכובת כימית) שאז נוצר תמהיל חדש המורכב **מהתכה** של שניהם, והזהות הייחודית של המלמד נמחקת.

[297] יחסים אלו אינם מצויים ממש במושגים. אם נתבונן בפעולת הכרייה, ניתן להבין את היחס אליה כהרכבה **מזגית** בשתי צורות. ניתן לומר שזוהי טענה על הפעולה עצמה (=המושג): כרייה אינה פתיחה בתוספת משהו. אך גם ניתן לומר כי זוהי טענה נורמטיבית העוסקת רק במישור הנורמטיבי. במישור המושגי, הכרייה עצמה היא אכן פתיחה בתוספת למשהו, אך במישור הנורמטיבי הנורמה שמטילה אחריות נזיקית על הכורה אינה אדיטיבית. כלומר: המשמעות המשפטית של כרייה אינה סיכום של משמעותה המשפטית של הפתיחה עם משמעותה המשפטית של התוספת.

[298] במקרים בודדים, התלמוד מבצע גם **קיזוז חומרות**. משקללים את היתרונות המנוגדים, ומבצעים קל וחומר על בסיס ההפרש **הלא אריתמטי** של החומרה ביניהם. ראו דוגמה מפורטת: מידה ד, עמ' 312.

אינה מסוג הפירכות הרגילות והיא כונתה על ידי בעלי התוספות 'הבלעת הפירכא'.[299] בדוגמה זו, התלמוד עצמו מזהה את הפרמטר המיקרוסקופי מתוך עיון אמפירי בהיבט הפנומנלי (=התופעות של ההלכות). תיאור המכניזם הפורמלי של ההבלעה נמצא כאמור במחקר על ההיסקים הלא-דדוקטיביים.

בספר '**הכריתות**' כספר יסוד של ספרות הכללים מוקדש סעיף שלם לעניין ההבלעה. פעמים עושה התלמוד 'הבלעה' ופעמים הוא אינו עושה. "כללא דמילתא, כל דבר חשיבות שאינו מכח המקרא כגון הך היזקות אנו מבליעים אותו באמצע הק"ו. אבל דבר חומרא שהוא מכח הכתוב אין אנו מבליעים אותו באמצע ק"ו, אך ממנו עושים פירכא לקל וחומר".[300]

בעל **כנסת גדולה** מרחיב את הכלל: "עבדינן הכנס' פירכא כשהיא מסברא ואין צורך להחליף הק"ו מנושאים למקומות, אלא אפילו דשבקינן הק"ו בנושאים עבדינן הכנסת פירכא (מהריב"ל ס"א דף כז ע"ג).[301] לפי זה סדר הפירכות יהיה תחילה הבלעה ורק לאחר מכן, (אם אין אפשרות להבלעה) פונים לשינוי הק"ו מנושאים למקומות.

בעל **דרכי נעם**, מסביר את עניין **ההבלעה** בלשון אבסטרקטית: "ומה פלוני הקל בכך וכך ואף על פי שהוא חמור בחומרא פלונית לא הועילה לו חומרתו לאותה קולא, עם כל זה חמור בדבר אחר. זה החמור אינו דין שנחמיר עליו וכו', ולא יזיק לו מה שאינו חמור באותה חומרא שבמלמד, שהרי כמו שלא הועילה לכך, לא תועיל לדבר אחר, ולפיכך אינה פירכא".[302]

---

[299] להבנת המנגנון המיקרוסקופי במודל הלוגי ראו: היסקים, עמ' 178.
[300] **כריתות**, בית מידות, בית א, קל וחומר, סעיף ז.
[301] **כנסת גדולה**, כללי י"ג מידות, עמ' 315.

[302] **דברי נעם**, נתיב אות הקוף, עמ' לה. ראו: הרחבה נוספת גם **בכללי שמואל**, שלוש עשרה מידות, עמ' עז.

יא. 'דיו' וכללי הגבלה נוספים

הכללים שיידונו בקצרה בסעיף זה מוזכרים בגוף העבודה בהקשרים שונים. כללי הקל וחומר תנאיים ברובם המכריע, וכללי ה׳דיו׳ (שמספר מופעיו בספרות התנאית קטן ומצומצם), רובם ככולם מִשל הראשונים והאחרונים. בסעיף זה הדיון הוא אך ורק בכללים התנאיים העיקריים למידת הקל וחומר ולא בכללים המשניים, המרובים מאוד והמצויים ב׳ספרות הכללים׳. מטרת הדיון בסעיף זה היא ראשית לכל לעשות ׳היכרות׳ עם כללי יסוד תנאיים, המרחיבה את הפרספקטיבה של נושא הדיון בעבודה, אבל גם, ואולי בעיקר, לשמש רקע תאורטי נאות להבנת ההגבלה העיקרית למידת הקל וחומר, הגבלת ה׳דיו׳.

מידות הדרש הוגבלו בשתי רמות: ברמה הראשונה נמסרה הרשות לשימוש במידות דרש מסוימות להפקת הלכות חדשות מן המקרא רק למוסמכים לכך. ברמה השנייה נוצרו כללי הגבלה למידות גם בעבור אלו שהותרו לדרוש בהן. כך אנו מוצאים לדוגמה: ״אדם דן קל וחומר מעצמו ואין דן גזירה-שוה מעצמו אלא אם קיבלה מרבו ורבו מרבו עד למשה מסיני. ונראה מדברי רש״י דלאו דווקא ג״ש, דכל המידות נמי לא ניתנו לידרש מעצמן חוץ מקל וחומר בלבד. ותוספות אמרו דכל המידות אדם דן מעצמו חוץ מגזירה-שוה״.[303] צ׳רניק הרחיב מעט יותר:

> יש מטבע מדרשי דומה לגזירה-שוה, והיא דרשת ׳נאמר כאן [...] ונאמר להלן׳ [...] אבל היות ואחד התנאים של גזירה-שוה חסר בהן, לא הוכשרו להיות גזירות שוות גמורות. [...] שינוי זה גרם לרושם שכל שתי מלים שוות או דומות ניתנות להידרש בגזירה-שוה. כתגובה לזה התפתחו הכללים ׳אין אדם דן גזירה-שוה לעצמו׳ ו׳אין אדם דן גזירה-שוה לבטל תלמודו, אבל אדם דן גזירה-שוה לקיים תלמודו׳. כללים אלו הגנו על המערכת ההלכתית המקובלת מ׳מהפכה מדרשית׳ העלולה להופכה אילו כל חכם דרש גזירה-שוה על יסוד שתי מלים שוות או דומות כלשהן.[304]

לפנינו אפוא השערה מחקרית שלפיה הכללים המשניים נועדו להגן על המערכת ההלכתית המקובלת מפני ׳מהפכה מדרשית׳, נימוק שתופס ביתר שאת במידת הקל וחומר, שבה אין עוררין על כך שכל אחד יכול לדורשה. בתיאור התפתחותה של מידה אחרת בתקופת התנאים (מידת ׳כלל ופרט׳)

---

[303] שלמה די אוילוירה, **בים דרכך**, ירושלים תשס״ד, מידת הקל וחומר, נתיב אות הקו״ף.
[304] מ׳ צ׳רניק, **מידת גזירה-שוה: צורותיה במדרשים ובתלמודים**, לוד תשנ״ד, עמ׳ 228-229.

משתמש מנחם כהנא בביטוי 'מידה מנטרלת' לתיאור כללי הגבלה כתגובה לכך שהיו ניסיונות ליישם מידה זו באופן נרחב.[305] זהו המצב גם במידת הקל וחומר — המידה המנטרלת אותה היא 'דיו'.

יא.1. כללי הגבלת המלמד

שלושה כללים מתייחסים לאופיו של **המלמד** בקל וחומר:

יא.1.א. קל וחומר ו'הלכה למשה מסיני'.

הכלל הראשון שולל את האפשרות לדון קל וחומר מ'הלכה למשה מסיני'. כך מוסבר העניין באנציקלופדיה התלמודית:[306]

> הלכה למשה מסיני נחלקו תנאים אם למדים ממנה קל וחומר: אמר ר' עקיבא דנתי לפני ר' אליעזר מה אם עצם כשעורה שאינו מטמא אדם באהל, הנזיר מגלח על מגעו ועל משאו, רביעית דם שהיא מטמאה אדם באהל, אינו דין שיהא הנזיר מגלח על מגעה ועל משאה, אמר לי מה זה עקיבא אין דנין כאן מקל וחומר, שעצם כשעורה בנזיר הוא הלכה למשה מסיני ואין דנים קל וחומר מהלכה, שאין דנים אלא מדבר הכתוב בתורה, אבל תורה שבעל פה לא ניתנה להידרש בי"ג מידות. יש מפרשים שהרי זה בכלל מה שאמרו: אין דנים דברי תורה מדברי סופרים, שהלכה היא דברי סופרים. הלכה כר' אליעזר, שאין דנים קל וחומר מהלכה למשה מסיני.

ניסוח הכלל באנציקלופדיה התלמודית, ש"אין דנים קל וחומר מהלכה למשה מסיני", לא נמצא בלשון זו בכתבי היד השונים של המשנה[307] אף כי הוא עולה מעיון בפרטי המשא ומתן שבין רבי עקיבא לרבי אליעזר במשנה בנזיר (ז ו). רבי אליעזר מצטייר במשנה זו כתנא המגביל את יכולת הדרשה של הקל וחומר, ואפשר שיש לעובדה זו משמעות במחקר ההתפתחות של מידה זו.[308]

---

[305] מ' כהנא, 'קווים לתולדות התפתחותה של מידת כלל ופרט בתקופת התנאים', ספר זכרון לתרצה ליפשיץ, משה בר אשר, יהושע לוינסון וברכיהו ליפשיץ (עורכים), ירושלים תשס"ה, עמ' 274.

[306] **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ט, ערך 'הלכה למשה מסיני', עמודה שסה.

[307] משנה נזיר ז ו. בכ"י קאופמן: "אמר לי מה זה ר עקיבה אין דנים כן קול וחומר"; בכ"י קמברידג': "אמ' לי' מה זה עקיבא אין דנים כאן מקל וחומר"; בכ"י פרמה (דה רוסי) 138: "אמ' לי מה זה עקיבה אין דנין כאן מקול וחומר". כמו כן עיין ב'הליכות עולם', שער ד, דף כו ריש ע"א; ב'כללי הגמרא' למרן בית יוסף וב'יבין שמועה', כלל קא.

[308] לעובדה זו משמעות מחקרית משום שרבי אליעזר הוא יוצרו/מנסחו של כלל ה'דיו', הכלל העיקרי המגביל את תוצאת הקל וחומר. רבי אליעזר הוא התנא 'העומד על המשמר' לבל יפרוץ הקל וחומר את גבולותיה המסורתיים של הדרשה. בהמשך הדורות אנו מוצאים תנאים אחרים 'המשמרים' בידיהם את המסורות ואת הכללים המגבילים את יכולת הדרשה של הקל וחומר, כאשר תנאים אחרים מנסים 'לפרוץ' מסגרת זו, כדוגמת רבי טרפון במשנה בבא קמא (קאופמן) א, ז-ט.

יא.1.ב. אין דנין דברי תורה מדברי סופרים.

הכלל השני נלמד אף הוא מדיון, אבל הפעם, בין חכמים לרבי יהושע: "אמרו לו: אין דנין דברי תורה מדברי סופרים ולא דברי סופרים מדברי תורה ולא דברי סופרין מדברי סופרין".[309] ב'ספר כריתות' מנסח ר' שמשון מקינון את הכלל כך: "עוד, דבדבר דרבנן לא עבדינן קל וחומר דרבנן בדרבנן וכל שכן דרבנן בדאוריתא, כדאמרינן פ"ג דמסכת ידיים (פ"ג מ"ב): וחכמים אומרים, אין שני עושה שני. אמר להם: והלא כל כתבי הקודש שניים הן ומטמאין הידיים! א"ל: אין דנין דברי תורה מדברי סופרים ולא דברי סופרים מדברי תורה".[310] הרב יואל צבי ראטה מרחיב בפירושו: "בספר אליהו רבה להגר"א ז"ל כתב ורבי יהושע סבר דדנין וכו' וחכמים דהכא היינו רבי אליעזר [...] עיין (בספר שערי חכמה) שער י אות י שכתב אי דנין דברי סופרים מדברי תורה נחלקו רבי אליעזר ורבי יהושע".[311] לפנינו אפוא פרשנות שלפיה רבי אליעזר עומד שוב מאחורי כלל זה.[312]

יא.1.ג. 'למד מן הלמד' והקשר לקל וחומר.

הכלל השלישי מוזכר אמנם בבבלי ככלל שנמסר בידי רבי יוחנן: "והאמר רבי יוחנן: כל התורה כולה למדין למד מן הלמד חוץ מן הקדשים — שאין למדין למד מן הלמד",[313] ברם הירושלמי סבור שזו מחלוקת תנאים קדומה: "[...] עד כדון כרבי עקיבא דאית ליה למד מן הלמד, כרבי ישמעאל דלית ליה למד מן הלמד [...]". מכל מקום, משמעות הכלל היא שתוצאת ההיסק של קל וחומר (או כל למד אחר) אינה יכולה לשמש מלמד במידת דרש אחרת בקודשים.[314] "ייחודיותם של דיני קודשים

---

[309] משנה ידיים ג ב. וכן על פי כ"י פרמה.

[310] **כריתות**, חלק א, בתי מידות, בית א, חדר יא, עמ' מה. מעיון במשא ומתן שבמשנה (ידיים ג ב) בין חכמים לרבי יהושע עולה שרבי יהושע ניסה ללמוד את ההלכה "כל הפוסל את התרומה מטמא את הידיים לה להיות שניות והיד מטמא את חברתה" **בקל וחומר**: "והלא כתבי הקודש שניין ומטמין את הידים!". עוד ראה באנציקלופדיה התלמודית, כרך ז, ערך 'דברי סופרים', עמודה צא: "לימוד מדברי סופרים. אין דנים דברי תורה מדברי סופרים ולא דברי סופרים מדברי תורה ולא דברי סופרים מדברי סופרים, אלא שתנאים נחלקו בדבר: ר' יהושע אומר יד אחת מטמאה את חברתה להיות שני, שלמדים מכתבי הקודש, שאף הם שניים ומטמאים את הידים, וחכמים חולקים וסוברים שאין למדים דברי סופרים מדברי סופרים, שמה שתיקנו תיקנו ומה שלא תיקנו לא תיקנו ואין למדים דבר מדבר, ובכל דבר ודבר לפי הנראה להם שהוא הצורך גזרו. הלכה כחכמים. כיוצא בדבר נחלקו במקום אחר: אחורי כלים שנטמאו במשקים, ר' יהושע אומר פוסלים את האוכלים של תרומה שנגעו בהם, שלמדים בקל וחומר מטבול-יום, שאינו מטמא משקים ופוסל את אוכלי תרומה, אחורי כלים שמטמאים את המשקים אינו דין שיפסלו את האוכלים, ור' אליעזר אומר אינו פוסל אוכלים, שאין למדים דברי סופרים מדברי תורה, שאחורי כלים מדרבנן וטבול יום מדאורייתא, ודרבנן מדאורייתא אין עושים קל וחומר. מטעם זה אין למדים גם להיפך קל וחומר, שלא יטמאו אחורי כלים אפילו את המשקים בק"ו מטבול יום שפוסל את האוכלים ואינו מטמא את המשקים, אלא שאין דנים דברי סופרים מדברי תורה. הלכה כר' אליעזר".

[311] י"ד ראטה, **מעט צר"י**, פירוש על 'ספר כריתות', ברוקלין 1961, חלק א, בתי מדות, בית א, חדר יא, חלון ג, עמ' מו.

[312] ראה **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך ז, ערך 'דברי סופרים', עמודה צא, הערה 210, מקורות נוספים להוכחה ש'חכמים' במשנת ידיים הוא רבי אליעזר.

[313] ראה לדוגמה בבלי תמורה כא ע"ב ובמקבילות.

[314] ירושלמי קידושין א ב, נט ע"א. לגבי השאלה מנין ש"למד מן הלמד" מכוון גם לקל וחומר ראה סוגיית 'למד מן הלמד', בבלי זבחים נא ע"א. כמו כן ראה תמצית העניין באנציקלופדיה תלמודית, כרך ד, ערך 'בניין אב', עמודה יב: "דבר הלמד **בקל וחומר** לפי ר' ירמיה חוזר ומלמד בבנין אב, אבל דחו ראייתו".

מוסברת היטב אצל רבי יוסף ענגיל, שכתב: "והנה בקדשים מצינו ב' מידות אשר אינם בכל התורה, א: דבעי שינה לעכב, ב: דאין למידין מן הלמד". [315] ברם, לשרשור התוצאות בין מידה למידה ('למד מן הלמד') יכולה להיות משמעות מחקרית בעבודה זו בשל הגבלת ה'דיו', המקבעת את תוצאת הקל וחומר. האם לתוצאה זו (קל וחומר בצרוף 'דיו') יש משמעות של 'מלמד'? במילים אחרות, האם בתחומים אחרים **(לא קודשים)** יש לתוצאת הקל וחומר שהתקבלה עקב 'דיו' תוקף של 'מלמד' בדיוק כמו תוצאת קל וחומר שהתקבלה ללא 'דיו'? כלל זה מגביל כקודמיו ואפשר שהוא מחייב 'תוקף' מסוים לתוצאת הקל וחומר כך שתוכל לשמש כמלמד בדרשה הלכתית נוספת?

יא.2. הגבלות ענישה ואזהרה

סדרת הכללים השנייה מגבילה את יכולת השימוש בקל וחומר לצורך ענישה ואזהרה:

יא.2.א. "אין עונשין מן הדין"

אין מחייבין עונש על ידי לימוד מקל וחומר, נחלקו התנאים על כלל זה ויש סוברים עונשין מן הדין, אבל הלכה שאין עונשין מן הדין". [316] בירושלמי מנוסח הכלל כך: "למדין מקל וחומר ואין עונשין מקל וחומר". [317] לפי הבבלי, רבי עקיבא ותנאים נוספים סבורים שעונשין מן הדין. [318] **ב'מידות אהרון'** כתב טעם ל'אין עונשין מן הדין' — הקל וחומר הוא היקש שכלי ולפעמים יש לו פרכה. יש אפוא לחוש ולא להעניש מיתה או להלקות עקב קל וחומר שלאחר העונש יתברר שהוא אינו תקף. [319] מצאנו 'החמרה' נוספת בנוגע לכלל זה, המובאת בידי הרב יהודה עייאש, שסבור ש"מכל הסוגיות שהובא כלל זה נראה דהך כלל דאורייתא הוא ולא חומרא דרבנן". [320]

---

[315] י' ענגיל, **אתוון דאוריתא**, לעמבערג תרנ"א, כלל יב, עמ' כה; דוד בן יצחק אזולאי, יעיר אוזן, חלק ראשון, בולגרייא תרצ"ו, מערכת א, דף כב, עמ' 43. הקשר בין השאלה שבה דן הבבלי (זבחים נא ע"א) — מעמד תוצאת הקל וחומר כמלמד חדש בקודשים — לבין מעמד תוצאת הקל וחומר בצירוף 'דיו' כמלמד בתחומי הלכה אחרים (שאינם קודשים) נוצר בידי הבבלי עצמו. ר' ירמיה (שם) ניסה להוכיח את טיעונו מקל וחומר שתוצאתו **מתקבלת בצירוף 'דיו'** (משנה זבחים ז ח), הדן אף הוא בקודשים. שאלות אלו 'מתחברות', והדיון המפורט בהן הוא בפרק ה סעיף ו להלן.

[316] אנציקלופדיה תלמודית, כרך א, ערך 'אין עונשין מן הדין', עמודה תרפט. ראה לדוגמה ספרא (וויס) קדושים, פרשה י, פרק י "[...] לכך נאמר 'אחותו', ללמדך שאין עונשין מן הדין".

[317] ירושלמי יבמות יא א, סב ע"א; עבודה זרה ה יב, לו ע"ב.

[318] בבלי סנהדרין, עד ע"א; מכות יז ע"ב. באנציקלופדיה התלמודית (שם), הערה 1, מוצגת רשימת תנאים נוספים הסבורים שעונשין מן הדין: ר' שמעון ורבי אלעזר ברבי שמעון (בבלי סנהדרין עד ע"א), ר' יצחק (לפי אחת הלשונות בבבלי כריתות ג, ע"א) ורבי (לפי ספר 'כריתות', לשון לימודים, שער ג, אות קיד).

[319] ראה י' תאומים, **גינת ורדים**, ספריית בני תורה, ירושלים, כלל א, המרחיב את הדיון בטעמים לאין עונשין ואין מזהירין מן הדין. לעניין המושג 'תקף' ראה דיון בהמשך העבודה.

[320] י' עייאש, **ארעא דארעא**, פירוש לספרו של ישראל יעקב אלגזי, ארעא דרבנן, ניו-יורק וירושלים תשכ"ג, מערכת האות א, עמ' כב.

יא.2.ב." אין מזהירין מן הדין"

"אין למדים מקל וחומר אזהרת לאו, לא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר, שלא הטילה התורה עונש על איזה מעשה אלא אם כן הזהירה בלאו שלא לעשות אותו מעשה, ואזהרה זו אין למדים מקל וחומר".[321] תחולת כללים אלו מצויה במחלוקת רבת פנים, ומרובים בה היוצאים מן הכלל.[322] לעניין עבודה זו די לציין שיכולותיו של הקל וחומר הוגבלו בשלושה סוגי הגבלות: אופיו התוכני של המלמד בקל וחומר; יכולת השימוש בקל וחומר לצורך ענישה ואזהרה;יכולת הקל וחומר למנף את הדין ('דיו') .

כל כללי ההגבלה מלבד 'דיו' אינם עוסקים בתקינותו המתודולוגית של הקל וחומר. תוצאת הקל וחומר על פי כללי הגבלה אלו אינה נדחית בשל סתירה בחלקיו או בשל פרכה על הנחותיו אלא בשל **התכנים** שמהם הוא שואב את חלקיו או בשל אופי **השימוש** המשפטי שעושים בו. ה'דיו' שנאמר על קל וחומר ממנף נראה כמצביע על **אי-תקינות** מתודולוגית של הקל וחומר. ה'דיו' מבקש שוויוניות בין 'הבא מן הדין' ל'נדון'. חקירת ה'דיו' כמוה כחקירה מתודולוגית של הקל וחומר עצמו.

יא.3. 'דיו'

ר' יצחק קנפאנטון מגדיר את ה'דיו' כך: "לעולם כל נושא הלמד מחבירו, הילפותא לא יהיה בו אלא במעלת מלמדו ולא יותר, כי אין ראוי לתלמיד שיהיה יותר חמור וגדול מרבו, ועל זה נאמר (ב"ק כה ע"א, ועוד) **דיו** לבא מן הדין להיות כנדון".[323] להסברו על מהות ה'דיו' אופי מעין פדגוגי- "כי אין ראוי לתלמיד שיהיה יותר וחמור וגדול מרבו". מדוע אין הוא ראוי? על כך הוא לא השיב, וזו מבחינתו מעין מוסכמה.

ר' יעקב חאגיז, המפרש את דברי ר' שמשון מקאנון (ספר הכריתות) מבהיר את העניין בדרך אחרת:

> אם נרצה לדון חומרא לחמור מן הקל, יש לומר שלא יספיק לנו להעתיק לו אותה החומרא באותה המדרגה אשר היא בקל. אלא שנוסיף במלמד איזו מעלה באותה החומרא. שאם לא כן, מה תוסיף לו החומרא? ולזה נאמר, אם המלמד שהוא קל יש לו

---

[321] **אנציקלופדיה תלמודית**, כרך א, ערך 'אין מזהירין מן הדין', עמודה תרמט.

[322] ראה לדוגמה שלמה אלגזי, **הליכות אלי**, איזמיר, שנת תחדה"ו, בכללי האלף, שמביא סדרת כללי משנה לשני כללים אלו, כגון (כלל ה): "כי כשהדבר אחד הוא בכלל האחר, סובר אביי דלא מיקרי דינא ועונשין"; או (כלל ו): "אין מזהירין מן הדין כתבו התוס' דהיינו דווקא בשלוקה אבל בלאו שאין בו מלקות קאמר בגמרא ולשתוק [...]"; או (כלל ז): "דבקרבן עונשין מן הדין", ועוד. וכן יוסף ענגיל, לקח טוב, ווארשה תרנ"ג, כלל ב: "דאף על גב דקיימא לן דאין עונשין מן הדין עכ"ז בדבר הנאסר כבר בלאו הבא מכלל עשה אז מזהירין ועונשין מן הדין".

[323] **דרכי התלמוד**, עמ' 42.

מדרגה אחת מחומרא בדבר אחד, דין הוא שהלמד שהוא חמור באותו הדבר, יהיו לו לפחות ב׳ מדרגות בזאת החומרא. והוא המשל שהביא לזה ר׳ ישמעאל מן הכתוב בתורה ׳ואביה ירק ירק בפניה, הלא תכלם שבעת ימים׳. והוא שרצה הקב״ה שתסגר שבעה ימים מק״ו- ומה אם אביה היה מבזה אותה ורוקק בפניה, היתה נחבאת ונסתרת מפניו ז׳ ימים. דק״ו, כשהקב״ה נזף וכעס עליה, שיהיה ראוי שתכלם לפחות י״ד יום. אלא בא ללמדנו באומרו יתברך פעם ב׳, תסגר ז׳ ימים דדין לבא ללמד להיות כמלמד באותו דבר שבא ללמד ולא יותר. וא״כ כיוון שבעניין זה למדנו הסגר לשכינה מאביה ז׳ ימים אף לשכינה ז׳ ימים.[324]

מדברים אלו אנו למדים כי היגיון ה׳דיו׳ המבטל את יסוד המינוף אינו אלא מעין גזרה אלוקית, נגד ההיגיון האנושי. יסוד המינוף לדבריו כולל שתי דרגות, וה׳דיו׳ משווה את הלמד למלמד ומעמידו על מדרגה אחת בלבד. גם בדברים אלו, המתאימים לדוגמה שבברייתת י״ג מידות, קשה לעשות שימוש מעשי בקל וחומר שאין בו ׳דרגות׳ או אין יכולות להגדירן.

בהמשך הוא משיב על שאלה אחרת: מדוע אין הכלל עושה שימוש ב׳למד ומלמד׳ במקום ׳הנדון׳ ו׳הבא מן הדין׳? לדבריו: ״לפי שאין הדבר כן, שהרי לעולם הלמד נשאר ביותר מעלה מן המלמד, שיש בו חומרתו שהייתה בו בראשונה שאינה במלמד וזו שלמד מחדש. אלא רוצה לומר זאת החומרא שלמד שבאה לו מן הדין דיה שתהיה במדרגת המלמד, אבל לעולם ישאר הלמד יותר חמור״.[325]

הבחנה זו חשובה מן ההיבט המתודולוגי. ׳**הבא מן הדין**׳ אינו ה׳**למד**׳! הלמד אמנם ממנף וגדול בחומרתו/קולתו מן המלמד. ברם, הכלל מדבר על **תוצאת הקל וחומר**, המכונה ׳**הבא מן הדין**׳ וזו לעולם תהיה שוויונית לנדון.

[324] **תחלת חכמה**, עמ׳ 4.
[325] שם.

בדברים אלו אין כדי להשיב על הקביעה התמוהה של חכמים בקל וחומר שני בסוגיית ב״ק. בקל וחומר זה, ההכלה הנלמדת מדיני רשות הרבים הינה: קרן חמורה **תמיד** משן ורגל. בעוברנו לרשות הניזק אנו מגלים כי שם שן ורגל חייבת נזק שלם. אם כך, קרן שחמורה יותר ודאי שתהא חייבת לפחות נזק שלם, אפילו מדין ׳דיו׳. שהלא ׳דיו׳ משווה את הדין, אולם כאן, ה׳דיו׳ **מפחית** את הדין!

רש״י **על אתר**, מסביר נקודה זו במשפט עמום, שיובהר להלן: ״דיו לבא מן הדין להיות כנדון- דסוף סוף אי לאו קרן ברשות הרבים לא משתכחת צד קל וחומר״.

פירוש לפירושו: העובדה הינה כי קרן חייבת בחצי נזק ברשות הרבים נטלה חלק ביצירת ההכללה שלפיה קרן חמורה תמיד משן ורגל. אי אפשר להתעלם ממנה גם בסוף הקל וחומר, ולכן יש לסייג את המינוף ולהעמידו על חצי נזק. להסבר זה קושי הגיוני. אם עקרון ה׳דיו׳ מבוסס על חוסר אינדיקציה למינוף מעבר לגובה החיוב במלמד, כאן הלא המלמד אינו אלא שן ורגל ברשות הניזק ושם החיוב הינו נזק שלם!!

במחקרנו הצענו שני הסברים לתמיהות אלו:[326]

הסבר א׳: ההכללה לפיה קרן חמורה משן ורגל תקפה עד גובה חצי נזק (בדומה לפרשנות רש״י לעיל). הסבר זה נדחה על ידינו שכן בכל קל וחומר שנפרך ניתן להעלות הסתייגות כזו ולהותיר אותו על כנו. לכן הצענו הסבר שני המכונה על ידינו- **מודל שני השקפים**.

הסבר ב: תהליך יצירת הדין מתחלק לשני חלקים מתודולוגיים. **בשלב ראשון** מתקיים לימוד על עצם החיוב של קרן ברשות הניזק. **בשלב שני** מתקיים לימוד על גובה החיוב (=הקביעה הנורמטיבית). ההכללה לפי זה תקפה **רק לעצם** החיוב אבל לא **לגובה** החיוב. זאת מפני שבקרן קיים מאפיין ייחודי, שגם כאשר היא מחויבת ברשות הרבים, היא חייבת רק חצי נזק. אמנם ברשות הרבים גובה החיוב בקרן גבוה מזה של שן ורגל, אולם במקומות אחרים גובה החיוב של שן ורגל הוא נזק שלם. בשל כך, לא ניתן ליישם את ההכללה שקרן חמורה משן ורגל גם באשר לגובה החיוב. גובה החיוב נלמד מקרן ברשות הרבים ולכן הוא עומד על חצי נזק.[327]

---

[326] ראו ביתר פירוט, מידה 4, עמ׳ 44- 45.

[327] ראו הסבר נוסף ומפורט **ב׳קל וחומר ודיו, בספרות התנאית׳**, עמ׳ 156.

אבן חיים **במידות אהרון**, סיכם זאת בתמציתיות כך: "משווים את המלמד השני, עם היותר קטן משני מלמדיו".[328]

על פי חידושנו השני בעניין 'מודל שני השקפים', אין לפרוך את הקל וחומר מפריט הנמצא בשקף אחד לשקף שני. כל הדיון צריך להתנהל רק על בסיס הנתונים המקראיים (=שקף ראשון), ולא מתוצאות הקל וחומר המצויים בשקף השני.[329]

יא.4. שיטת הרמב"ם בעניין 'אין עונשין מן הדין'

המונח 'אזהרה' בלשון חכמים פירוש: עבירת לאו.[330] הנחה פשוטה בחז"ל שלא ניתן לענוש על עבירה אם העונש אינו כתוב במפורש בתורה. "לא ענש אלא אם כן הזהיר"[331] זוהי לשון חכמים שעל בסיסה נוצר הביטוי (שאינו כתוב בחז"ל) 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין'. בשל כלל זה, ישאל התלמוד במקומות רבים 'עונש שמענו, אזהרה מנין"?

מתוך **ספר החינוך**[332] נראה כי אם התורה הייתה מציינת עונש ללא אזהרה זה היה עלול להיות מובן ומפורש כהתניה טכנית, 'מקח וממכר' בלשונו, ברם במעשה העבירה עצמה אין איסור מהותי. כלל זה מלמד על פי בעל ספר החינוך כי זו מחשבה לא נכונה.[333]

ראינו כי מי שחולק וסובר שעונשין מן הדין, יסכים לכלל ש'אין **מזהירין** מן הדין'. הפירוש המקובל ל'דין' הוא כנזכר לעיל קל וחומר. ברם, הרמב"ם בשורש השני סבור כי המונח דין כולל את כל מידות הדרש להלכה! בשיטתו, אין מזהירין כלל מכח דרשות כל שהן. בשיטות החולקים על הרמב"ם (רוב ככל השיטות), עצם קיומו של איסור ניתן להילמד מן הדין, שכן מידות הדרש מהוות מקור דרשה לאיסורים רבים. בשיטתם, האזהרה מן הדין אינה קבילה רק לעניין **הענישה**! שיטת הרמב"ם הייחודית שונה. לדבריו (בעיקר בשורש השני) גם האיסורים עצמם הנלמדים מי"ג מידות הדרש

---

[328] **מדות אהרן**, הערה 9.

[329] ליתר פירוט ראו: מידה 4, עמ' 51.

[330] ראו לדוגמה: בבלי יומא פא ע"א ומקבילות.

[331] ראו לדוגמה: בבלי יומא פא ע"א ומקבילות.

[332] ללשונו המלאה ראו בספר החינוך מצוה סט.

[333] גם בעולם המשפט מבחינים בין **כללי הכרעה** (=ענישה) וכללי **התנהגות** (=אזהרות ומצוות). חלוקה דומה קיימת גם בפילוסופיה של המשפט, בגישות הפוזיטיביסטיות המיוצגות בעיקר על ידי ההוגה האוסטרי קלזן. לפי גישות אלו אין כלל מקום לכללי התנהגות במסגרת החוק. החוק מעצם הגדרתו פונה לרשויות השלטון. לדוגמה: בחוק העונשין הישראלי אין כלל סעיף האוסר גניבה או רצח, אלא אך ורק קביבה של עונשים על מעשים אלו. ראו בעניין זה את דברי השופט חיים כהן, **המשפט**, ירושלים תשנ"ב, עמ' 653.
הארט, החולק על **קלזן**, טוען כי לשיטת קלזן אין הבחנה בין עונש לבין תשלום מס, וזהו משמעות הביטוי **בספר החינוך**-'מעין מקח וממכר'. עוד ראו על המשמעויות אצל ש.ע. ווזנר, 'על משמעותה של הנאמנות להלכה', **אקדמות** יא, תשרי תשס"ב, עמ' 97 והלאה ובעיקר בהערה 20.

אינם מן התורה אלא מדברי סופרים. לשיטתו, אין מזהירין מן הדין פירושו שכלל לא נוצר איסור דאורייתא, ולא רק שלא ניתן לענוש על עבירה זו.

הסיבה לגישה זו של הרמב"ם נעוצה במערכת מושגית שונה מזו של החולקים עליו. לפי הרמב"ם המונחים 'דאורייתא' ו'דרבנן' אינם מבטאים **תוקף** הלכתי אלא **מסווגים** את מקורות ההלכה. בשיטתו, הלכה מדאורייתא היא הלכה הכתובה בתורה, והלכה מדרבנן הינה הלכה שלא כתובה במפורש בתורה ולאו דווקא תקנות וגזרות כמשמעותן המקובלת.

הדרשות לפי זה, בשיטת הרמב"ם, הן כלי הרחבה של הכתוב ולא כלי פרשני החושף את כוונתו. מסיבה זו אין מזהירין מן הדין. האזהרה אינה תנאי לענישה אלא יצירת איסור כמשמעותה המקורית של 'אזהרה', כאשר אין מקור מפורש בתורה. זו אינה הלכה מדאורייתא ולכן אין כאן צורך באזהרה. הדין העולה מן הדרשה אינו מצוי אמנם בתורה ולכן איננו מצווים עליו באופן ישיר, אולם אנו מחויבים לקיומו עקב החובה לציית לחכמים מכוח 'לא תסור'. ברם, כאשר העונש כתוב בתורה במפורש, אזי לפי שיטת הרמב"ם צריכה להיות אזהרה גם אם היא נעלמת שהרי התורה קבעה במפורש את העונש. אם במצב זה, נגלה את האזהרה באמצעות היסק מדרשי, תהא אזהרה זו קבילה בשיטתו.[334]

יא.5. 'דיו' דאיפריך

התמונה העולה מניתוח סוגיית ב"ק על פי הסתמא דתלמודא מצביעה על כך שאמנם גם רבי טרפון מקבל את העיקרון של 'דיו' אבל **רק** "היכא **דלא מיפריך** קל וחומר", כמו במקרה של הסגרת מרים. בעקבות הפרשנים הסברתי ביטוי זה (=דלא מיפריך קל וחומר) במובן שהקל וחומר אינו **מחדש** מאומה לאחר הפעלת ה'דיו'. שכן, את התשלום על נזקי קרן ברשות הניזק בגובה חצי נזק היינו יודעים גם ללא הקל וחומר.[335]

---

[334] ביסוס מלא לטיעונים אלו ראו: מ. אברהם, 'אינדוקציה ואנלוגיה בהלכה', צהר טו. כמו כן ראו בהרחבה 'יתירה בשני הכרכים של **'ישלח שורשיו'**. מ. אברהם, ג. חזות, א.ש. דוד, י.מ. יעבץ, , עיון בארבעה עשר שורשי המצוות של הרמב"ם, 2 כרכים. כפר חסידים, 2018, בעיקר בשורש השני, עמ' 87- 162.

[335] כיצד היינו יודעים זאת? רש"י מסביר על אתר- "הכא חצי נזק כתיב-ומשמע ארשות הניזק, ואי דרשת דיו ואוקמת ליה ברשות הניזק, אחצי נזק לא גמרינן קל וחומר מידי". כלומר: הפסוק בתורה המלמד כי קרן מחייבת חצי נזק, אינו עוסק דווקא ברשות הרבים, אלא **גם** בחצר הניזק. לכן, תשלום בגובה חצי נזק היינו לומדים מהפסוק עצמו, גם ללא קל וחומר. בשל כך, עם הפעלת ה'דיו' הקל וחומר לא **יחדש** מאומה. במצב כזה רבי טרפון לא יאמר 'דיו', וחכמים חולקים עליו בזה.

הסברו של הסתמא לדברי ר׳ טרפון (״דלא מיפריך״) מוסיף מימד נוסף של סיבוכיות ושל הבנה במנגנון הקל וחומר וה׳דיו׳. הדיון בין שני הצדדים נראה כך: הפסוק מלמד כי חיוב קרן בחצי נזק שייך בכל הרשויות. רבי טרפון מנסה באמצעות הקל וחומר להוכיח כי הפסוק עוסק רק ברשות הרבים, אולם ברשות הניזק יש לשלם נזק שלם. הקל וחומר לפי זה מוציא את הפסוק מידי פשוטו ולהחיל את הנאמר בו **רק** על רשות הרבים. ברם, לאחר הפעלת ׳דיו׳ מתברר כי גם הקל וחומר אינו מכריח את צמצום תחולת הפסוק לרשות הרבים בלבד, שהרי מכל מקום גם ברשות הניזק (בשל ׳דיו׳) משלם רק חצי נזק.

מן ההיבט המתודולוגי ניתן לבאר תוצאה זו בשני אופנים:

דרך אחת- קרן חייבת חצי נזק בחצר הניזק, בשל מנגנון הקל וחומר וה׳דיו׳.

דרך שניה- קרן חייבת חצי נזק בחצר הניזק, בשל פשוטו של מקרא. הקל וחומר אינו נחוץ כאן, והוא אינו מלמד מאומה.

מכל הנ״ל מזדקרת שאלה חשובה לענייננו. מדוע מכנה הסתמא דתלמודא מצב של קל וחומר מיותר כמצב שבו ׳איפריך קל וחומר׳? ביסודו של דבר הקל וחומר לא הופרך, אלא נמצא חסר ערך בלבד. אנו נראה כי אכן, ייתור הקל וחומר הוא פירכתו, והמינוח התלמודי אכן תואם את המצב הלוגי שנוצר בעטיו של ה׳דיו׳.

נבחן את הנושא מנקודת המבט של ההכללה ואליבא דרבי טרפון שהרי פירכת הקל וחומר העיקרית הינה על יסוד ההכללה. בקל וחומר של **מקומות** (=שורות), גם לאחר הפעלת ה׳דיו׳ ההכללה נותרת תקפה: רשות הניזק חמורה מרשות הרבים. ברם, בקל וחומר ב, קל וחומר של נושאים, ולאחר הפעלת ׳דיו׳, קרן לא תהיה חמורה משן ורגל שהרי בחצר הניזק, שן ורגל תשלם נזק שלם וקרן רק חצי נזק. היוצא מכך, הפעלת ה׳דיו׳ לא רק ייתרה את הצורך בקל וחומר אלא ממש **פרכה** את ההכללה שביסוד קל וחומר זה. **בנושאים**- הוגבל המינוף בשל ׳דיו׳, **ובמקומות** הופרכה ההכללה ובכך גם הקל וחומר הופרך![336]

[336] את שיטת חכמים המקבלים ׳דיו׳ גם בקל וחומר ב׳, הסברתי לעיל בשיטת ׳מודל שני השקפים׳.

אצל פרשני המידות (ספר **הכריתות** בראשם) התקבע הכלל שלפיו, ה'דיו' פורך את הקל וחומר רק אם הקל וחומר מבקש "להוכיח דבר חדש שאין כתוב בו כלל". בלשון מודרנית, אם הוא מבטל את יסוד החידוש שבו, (בלשון **הליכות עולם**).

יא.6. 'ממקום שבאת'

אנו מוצאים בכמה מקומות בספרות חז"ל, דוגמאות לכאורה של סוג 'דיו' חדש תחת המינוח 'ממקום שבאת'. לרוב תופיע מגבלת 'ממקום שבאת' לאחר השימוש בקל וחומר, אך קיימים מופעים בהם מגבלת 'ממקום שבאת' אינה עוצרת מינוף כמו ה'דיו'. דוגמה לעניין זה, בדיון על ספק טומאה הנלמד מספק סוטה (סוטה כח ע"א-ע"ב): "מכאן אתה דן לשרץ: ומה סוטה שלא עשה בה שוגג כמזיד ואונס כרצון- עשה בה ספק כוודאי, שרץ שעשה בו שוגג כמזיד ואונס כרצון- אינו דין שיעשה בו ספק כוודאי, **וממקום שבאת**: מה סוטה רשות היחיד, אף שרץ רשות היחיד, ומה סוטה דבר שיש בו דעת לישאל, אף שרץ דבר שיש בו דעת לישאל...".

לאחר לימוד הקל וחומר מעלה הגמרא מגבלה המבוססת על השוואת הדינים בין הלמד (=טומאת השרץ) למלמד (=סוטה). תהליך 'העברת הדינים' מכונה 'ממקום שבאת'. כמו שבסוטה הדין של האיסור לבעל נאמר רק ברשות היחיד (שם היא נסתרת) כך בטומאת השרץ, הספק כוודאי יהיה רק ברשות היחיד. כמו שבסוטה מדובר על טומאת אדם (שיודע לישאל) כך נאמר גם בטומאת שרץ!

מה אם כן ההבדלים בין 'דיו' לבין 'ממקום שבאת'? כפי שראינו עד כה, מידת ה'דיו' ביסודה הגיונית, לעומת מידת 'ממקום שבאת' הנראית, לפחות על פי דוגמה זו, כמידה 'לא הגיונית'. מדוע שהקל וחומר מסוטה לשרץ יכתיב הגבלה שלפיה טומאת השרץ תחול רק על אדם ורק ברשות היחיד?! מה ההיגיון העומד אחר השוואה זו? בסוטה, רשות היחיד כמקום ההסתתרות הוא דין נדרש, הכרחי והגיוני. מה הרלוונטיות של דין זה לעניין הטומאה?[337]

לפנינו אם כן, הבדל מתודולוגי חשוב. ה'דיו' מבוסס על בעיית האינדיקציה במינוף, הקושי לדעת היכן לעצור את עצמת הלימוד של הקל וחומר. ה'דיו' מצביע על נקודת העצירה. ברם, שיקול

[337] היה מקום להביא עניין זה לידי אבסורד ולטעון לדוגמה כי כמו בסוטה דין הטומאה יחול רק על אשה ולא על האיש?! מדוע אם כן, הדעת לישאל והמיקום הם פרמטרים רלוונטיים?

'ממקום שבאת' **כלל אינו עוצר מינוף אלא מעביר סייגים!** הוא אינו פותר מבוכות בנוסח 'תפשת מרובה לא תפשת' אלא מהווה עיקרון פוזיטיבי הקובע שרק מה שיש במלמד יהיה בלמד. למעשה מגבלה זו תקפה בכל סוגי הלימוד של ההשוואות.[338]

נבחן דוגמה נוספת, מבהירה אף יותר את תפקידו של מונח זה: "ר"ש אומר משום רבי עקיבא: אשה נאמנת להביא גיטה מקל וחומר, ומה נשים שאמרו חכמים אין נאמנות לומר- מת בעלה- נאמנות להביא גיטה, היא שנאמנת לומר מת בעלה- אינו דין שנאמנת להביא גיטה. **וממקום שבאת**, מה להלן צריכות שיאמרו בפנינו נכתב ונחתם, אף היא צריכה שתאמר בפני נכתב ובפני נחתם" (גיטין כג-כד).

הגמרא לומדת מנאמנות של נשים מסוימות לעדות על גט לנאמנותה של האשה עצמה להעיד על גיטה. לאחר מכן, מוסיף התנא (או הגמרא) את מגבלת 'צריכה לומר בפני נכתב ובפני נחתם' כפועל יוצא של מגבלת 'ממקום שבאת'. המגבלה כאן, היא סייג מסוים על מידת הנאמנות, סייג הנלמד כולו מן המלמד, מן הנשים המלמדות. ללא מגבלה זו, גם 'המלמדות' אינן נאמנות.

נראה אם כן כי מידת 'ממקום שבאת' אינה אלא הרחבה של 'דיו'. הרחבה זו יכולה להיות אף פחות אינטואיטיבית או אפילו פחות הגיונית.[339] ניתן לפי זה, לתפוס גם את ה'דיו' כעיקרון פוזיטיבי מחייב: יש להעביר ללמד רק את מה שיש במלמד. עצירת מינוף היא ביטוי פרטי לעקרון הכולל הזה.[340]

---

[338] איננו יודעים מדוע לא נפוצה מידה זו בספרות חז"ל, וזה זוקק מחקר מיוחד. יצוין כי מחלוקת ראשונים המובאת בראי"ש (ב"ק פרק א, על דף ו) עוסקת כל כולה ביישומה של מידת 'ממקום שבאת' על אף שהמונח עצמו לא מוזכר שם בשמו זה. ההיסקים שם מתבצעים תחת המונח 'הצד השווה'.

[339] יתכן, שבשל כך, גם הרמב"ם וגם ספר **כריתות**, סבורים כי נדרשת מסורת מסיני ומקור מקראי לשימוש ב'דיו' בנוסף להגיון הרגיל.

[340] לאור דברים אלו, יובנו היטב דברי התוספות בסוגיית ב"ק (ד"ה 'אני') אשר קובעים מגבלה על הפעלת ה'דיו' אסוף דינא ("שהחומרא מעין הדין הנלמד"). אין אומרים 'דיו אסוף דינא' אלא אם המגבלה קשורה לחומרא הנלמדת בקל וחומר.

יב. סכום וממצאים עיקריים לפרק ראשון

1. מחקרים רבים עוסקים במידת הקל וחומר בהיבטים רבים, כגון: השם ומשמעותו, הגדרות מילוניות, התפתחות, מנגנון פעולה, חלקי הקל וחומר וצורת הצגתו הסכמטית.

2. קיימת התנגדות 'מקיר לקיר' באשר לקביעתו של החוקר א. שווארץ שלפיה הקל וחומר החז"י אינו אלא סילוגיזם אריסטוטלי מסוג Barbara.

3. הקל וחומר החז"י עבר שלבים רבים של פורמליזציה והמשגה.

4. ההגדרות המילוליות של הקל וחומר מ'ספרות הכללים', הינם הגדרות **מורכבות** בשל לשונן הארכאית וטיבו של ההיגיון הטמון בהם.

5. ניתן לקבוע כי קיימת 'תורת קל וחומר' במשפט העברי העוסקת בכל ההיבטים, כולל: היגיון, מבנה, סכמה, פירכות והגבלות.

6. מתוך סוגיות היסוד בקל וחומר ודיו- נידה ובבא קמא, אנו נחשפים לסוג מיוחד של קל וחומר חז"י המכונה קל וחומר **מורכב**. תכונתו המרכזית הינה שתי הקדמותיו שמהן נוצרת ההכללה.

7. קיימת הסכמה מחקרית ופרשנית שבקל וחומר הפשוט קיימת **הכללה אפריורית**, **יחסי קולא/חומרא ומנגנון פעולה** העומדים בדרישות הלוגיקה הבסיסיות.

8. ה'דיו' נועד להגבלת מינופו של הקל וחומר, הוא מיושם במעט מקרים בספרות חז"ל. לרוב, הקלין וחמורין בספרות זו הינם קלין וחמורין מסוג **פשוט**, **משווים** ולא ממנפים.

9. אפשר כי הקל וחומר הפשוט המצוי בספרות חז"ל אינו ממנף בשל העדר אינדיקציה למינוף.

10. כדי לקבוע את נכונותו של קל וחומר יש לעשות שימוש בביטוי הלוגי 'תקף' ו'לא תקף'. 'תקף' כאשר הקדמותיו מספקות עדות לאמיתותו.

11.בעת המודרנית חוקרים בנו 'מודלים' להצגת הקל וחומר הנוטים להיות יותר 'מתימטיים' ו'לוגיים'.

12. קל וחומר נוסף המצוי בספרות חז"ל מלבד **פשוט ומורכב** הוא מסוג **'בכלל מאתיים מנה'**. בקל וחומר מסוג זה היחסים בין הלמד למלמד הם יחסי **הכלה**.

13. ביסודו הקל וחומר ניתן להיפרך בשל העובדה שסך חלקיו אינם יוצרים תוצאה דידוקטיבית.

14.קיימים סוגי פירכות שונות על הקל וחומר ו/או על תוצאתו השוללות את נכונות ההכללה ו/או את יחסי הקולא / חומרא בין הלמד למלמד.

15. בתלמודים ו'בספרות הכללים' קיימים חוקי פירכות מורכבים הנשענים על הבחנות דקות במנגנון הפעולה של הקל וחומר, כגון: **חדא מחדא**, **הבלעת פירכא**, ועוד.

16. ניתן לפרוך גם את **תוצאתו** של קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' בהצבעה על כך שהקל וחומר אינו מייצג את המקרה עליו הוא חל ולא בשל ביטול יסוד **ההכלה** שהוא דידוקטיבי ואינו ניתן להיפרך.

17.בתלמודים כללי הגבלה **תנאיים** ליצירת קל וחומר או לתוצאתו בנוסף ל'דיו'. העיקריים שבהם: 'אין לדון קל וחומר מ'הלכה למשה מסיני', 'אין דנין דברי תורה מדברי סופרים', 'אין עונשין מן הדין', 'אין מזהירין מן הדין'.

18. בחז"ל המונח **דין** המצוי בכללי ההגבלה מתייחס למידת הקל וחומר.

19. בשיטת הרמב"ם, המונח דין כולל את כל מידות הדרש.

20. בשיטת הרמב"ם, איסור אזהרה מן הדין כולל גם את האיסור וגם את הענישה. בשיטת רוב הפרשנים האזהרה מן הדין אינה קבילה רק לעניין הענישה.

פרק שני – כיצד זה עובד? ה'קל וחומר' במופעיו במשפט הישראלי – ניסוח, מנגנון, צורות יישום ומאפיינים.

א. המנגנון

א.1. ההכללה

בפרק א' ראינו כי **ההכללה** הינה המונח הלוגי המתאר את ההשערה בפעולת הדין שממנה נגזרת מסקנת הקל וחומר. 'חילוצה' של ההכללה מתוך ניסוחי הקל וחומר אינה טריויאלית. בקל וחומר **הפשוט** ההכללה אפריורית, ובשל כך, לרוב, היא אינה מוצגת בתוך ניסוח הקל וחומר. בקל וחומר החזל"י **המורכב,** היא נגזרת באופן ישיר משתי הנחותיו של הקל וחומר. למעשה זהו ייעודן של שתי ההנחות הראשונות בקל וחומר מסוג זה. בסוג המכונה 'בכלל מאתיים מנה' אין כלל הכללה, משום שיחסי המלמד והלמד אינם היראכיים אלא מכילים, קרי: הלמד **כלול** במלמד. בסעיף זה אדון בשלושה מקרים נבחרים כדי לבחון את מידת ואופן התייחסותם של שופטי ישראל, אם בכלל, אל רכיב חשוב זה במנגנון הקל – וחומר.[341]

א.2. אי ניסוחה של ההכללה- בג"ץ 8555/12 אורית שער נ' משטרת ישראל

"בג"ץ דחה על הסף עתירה שעניינה אי תיקון כתב אשום לחומרה, אי הגשת כתב אשום ועריכת הסדר טיעון, בהעדר עילה להתערבותו בשיקול דעת גורמי החקירה והתביעה" [342] . שתי עתירות לפנינו, בראשונה, ההחלטה לא להעמיד לדין את המשיבים לוקה בחוסר סבירות, לדעת העותרים. בשנייה – נפל פגם מהותי בשיקול דעתן של המשיבות בהחלטתן לגבש הסדר טיעון ולתקן במסגרתו את כתב האישום על ידי ייחוס עבירה קלה יותר (תגרה במקום תקיפה הגורמת חבלה).

השופט מלצר בהסכמת חבריו להרכב (נ' הנדל ונ' סולברג) דחה את שתי העתירות. מתודולוגיית השפיטה שלו מבוססת על תובנת הקל וחומר הקיים לדבריו בין שתי פסיקותיו בשתי העתירות. בשלב ראשון, הוא דוחה את העתירה השנייה בנימוק הבא: "בחינת הראיות לצורך הערכת סיכויו של ההליך הפלילי, היא מלאכה מורכבת ולפיכך רשויות התביעה רשאיות במקרים מסויימים, כפי שאכן אירע כאן, להעריך ולשקול את חומר הראיות שעומד בפניהם ולהגיע למסקנה שונה מזו שהושגה בראשיתו של ההליך הפלילי". לאמור, מטרת העל, הערכת סיכוייו של ההליך הפלילי מותירה בידי רשויות

---

[341] מונח **ההכללה** נבחר כסעיף ראשון לחקירת המנגנון, עקב היותו רכיב חיוני, אינטואיטיבי ובלתי מומשג בדרך כלל.

[342] מיני רציו, מתוך נבו.

התביעה את הכוח לשנות את החלטתן גם לאחר שההליך התחיל, ועל אף שלא התגלו ראיות חדשות. משעתירה זו נדחתה, הדרך לדחיית העתירה השנייה פשוטה וקלה ועוברת דרך **הקל וחומר**, ובלשונו: "כוחו של האמור יפה, בדרך של **קל וחומר,** גם לגבי ההחלטה שלא להגיש כתב אישום כלל (נגד משיבים 4-8, ח.ג)".

הקל וחומר אינו מנוסח על ידי השופט. העניין כל כך נהיר לשופט עד כדי ביטול הצורך לכתוב מיהו הלמד ומיהו המלמד? מיהו הקל ומיהו החמור? ומהי ההכללה? אם קל וחומר אינו מסוג 'בכלל מאתיים מנה', הצורך בניסוח חלקיו של הקל וחומר ובעיקר של **ההכללה**, מאפשר את פריכתו. אם אין ידיעה לגבי חלקיו, ומהותו כיצד ניתן לפרוך אותו!?[343]

בשל העדר נתונים, ניתוח מקרה זה מעלה שתי אפשרויות של הבנה.

אפשרות א – מדובר על קל וחומר פשוט בעל הכללה אפריורית. ניסוחו יכול להיות כך: 'אם רשויות התביעה רשאיות להחליף סעיף חמור בקל לאחר שהתחיל ההליך, קל וחומר שהן רשאיות להחליט על אי הגשת כתב אשום בטרם התחיל ההליך'. בלשון המשפט העברי יחסי הקולא/חומרא ינוסחו כך: שינוי החלטה (נושאים) באמצע ההליך (מקום), חמור יותר מקבלת החלטה על אי הגשת כתב אשום (נושאים) בתחילת ההליך (מקום). והקל וחומר עצמו ינוסח כך: 'ומה אם בחמור (שינוי החלטה) יש קולא (סמכות ורשות), דין הוא שגם בקל (החלטה בדבר אישום לפני ההליך) תהיה בו אותה קולא[344] (סמכות ורשות)'! **ההכללה** בניסוח אפשרי זה של הקל וחומר יכולה להיות כך: שינוי **חמור** מקבלת החלטה מראש.[345]

אפשרות ב' – **המלמד** הוא יכולת הרשויות לשנות את החלטתן לאחר תחילת ההליך, **והלמד** הוא יכולתן לקבל החלטה מראש על אי הגשת כתב אישום (לנאשמים אחרים בתיק זה, ח.ג). ברם, היחס ביניהם על פי אפשרות זו אינו יחס של קולא/חומרא אלא יחס של **הכלה.** היכולת לקבל החלטה מראש

---

[343] אפשרות הפריכה תיתכן לדוגמה אפילו על ידי חבריו להרכב בפסיקה זו ולאו דווקא על ידי הצד שכנגד.

[344] נושא קבלת ההחלטה, הוא היסוד המוכל בלמד ובמלמד. בלשון אחרת, הוא נושא **הסרגל** עליו 'יושבים' הלמד והמלמד.

[345] יש יסוד מסוים להכללה זו במשפט העברי, "כל המשנה ידו על התחתונה, וכל החוזר בו ידו על התחתונה". ראו לדוגמה: משנת ב"מ ו,ב וכן בבלי ב"ק ק"ב ע"ב. ועוד.

כלולה בתוך היכולת לשנות את ההחלטה. במילים אחרות, היכולת לקבל החלטה מראש הוא סוג של **שינוי** בסטטוס הנאשמים, שינוי ממצב של חוסר ידיעה למצב של ידיעה, כלומר: הגשה או אי הגשה של כתב אישום. בסופו של דבר זהו שינוי הכלול ביכולת לשנות את הסטטוס מאישום חמור לאישום קל.[346] לפנינו קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. אם כך הם פני הדברים, אפשר כי בצדק לא ציין השופט באופן מפורש את ההכללה, כי אין הכללה בקל וחומר מסוג זה.

את קביעתו המשפטית הנ"ל מנמק השופט בהאי לישנא: "וזאת **מאחר**, ששיקול הדעת של רשויות התביעה והאכיפה, בשלב זה, נוגע לשאלה המקדמית, האם יש בקשיים הראייתיים בתיק מסוים, בכדי להשפיע על הסיכויים לכאוריים להרשעה". כיצד ניתן להבין נימוק זה של השופט? את מה הוא בא לנמק וכיצד? אם לפנינו קל וחומר **פשוט** בעל יסוד של הכללה אפריורית, נימוק השופט מתייחס ליכולת של רשויות התביעה להעמיד לדין טרם תחילת ההליך. בדוחק רב ניתן לומר כי השופט, במונחי המנגנון של הקל וחומר מצביע על העתירה הראשונה (= יכולת קבלת החלטה מראש) **כעל קולא**! באמירה זו, הצביע השופט לכאורה על יחסי קולא/חומרא שבין שתי פסיקותיו, מה שאיפשר לו לקבל את הקל וחומר במתודולוגיית השפיטה שלו. אם לפנינו קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה', אמירה זו יכולה בדוחק, להסביר את יסוד ההכלה של המלמד בלמד.

כך או כך, מדוגמה זו אנו למדים על נחיצותה של **ההכללה** ובמיוחד בצורך לנסחה כדי שהפסיקה תתיישב על אדנים חזקים דיים. השימוש הכמעט אינטואיטיבי במונח הקל וחומר בלא הצורך לבאר, לרמוז, או לכתוב את חלקיו ואת הגיונו, לא מאפשר דיון משפטי סביר, בהעדר מידע רלוונטי ומדויק.

[346] **הכלה** זו דומה באופייה לקביעה שכל כריית בור כוללת בתוכה ממילא את פתיחתו.

א.3. יסוד האפריוריות של ההכללה בקל וחומר כיסוד בקל וחומר הפשוט

במקרה דנן[347] חייב השופט מנחם קליין את מארגני 'חצי מרתון' לפצות אלמנה ויתומי משתתף שנפטר במהלך המרוץ. לטענת התובעים מותו נבע מהתרשלות מארגני המרוץ. (עיריית תל-אביב, בהיותה הרשות המקומית אשר ארגנה את קיומו של המרוץ העירוני, (להלן: הנתבעת). העוולה הרלוונטית לענייננו היא עוולת הרשלנות. התביעה טענה כי העדר דרישה מטעם הנתבעת לאישור כשירות פיזי מהווה הפרתה של חובת הזהירות כלפי הרצים. את הטענה זו ביססה התביעה על האנלוגיה שבין דרישת אישור לצורך אימון במכון כושר לדרישת אישור להשתתף במרוץ, על דרך **הקל וחומר**. כ"כ הציגה התביעה פרקטיקה מקובלת במספר עיירות בעולם כגון: פריז, ברלין ואמסטרדם. שם קיימת דרישה פוזיטיבית להצגת אישור רפואי או לחילופין בדיקה רפואית במכון מוסמך, לריצות 'חצי מרתון'.

הנתבעת הציגה בבית המשפט שני טיעוני הגנה. **האחד** - דרישת אישור פוזיטיבי במרוצי 'חצי מרתון' אינה מקובלת באף מדינה. **השני** - חוק הספורט התשמ"ח – 1988 (המחייב אישור כנ"ל, ח.ג) לא חל על מרוצי חובבנים שאינם חוסים תחת איגוד ספורטיבי כלשהו. ממילא, דרישת הצגת בדיקה רפואית המצויה בסעיף 5(א) בחוק זה אינה חלה בענייננו. השופט מנחם קליין, לאחר עיון בטענות הצדדים פסק כי במקרה זה אכן קמה החובה לוודא באופן פוזיטיבי את הימצאותו של אישור רפואי אצל כל משתתפי המרוץ. מתודולוגיית השיפוט שלו התבססה על ג' שלבים:

שלב א – הוא מקבל את האנלוגיה הנ"ל על דרך **הקל וחומר** הקיים לדבריו בין הדרישה הפוזיטיבית במכון כושר לבין 'חצי מרתון'.

שלב ב – הוא מאריך ומפרט את נחיצות האישור ב'חצי מרתון' בהשוואה למכון כושר שבו המתאמנים שוהים תחת פיקוח מתמיד של מאמנים מוסמכים ובתנאי אקלים ולחות מותאמים למאמץ גבוה, מה שלא מתקיים במרוצי 'חצי מרתון'.

שלב ג – הוא דוחה את טענות הנתבעת בכל הקשור לדרישות המקובלות ביתר עיירות המרוץ באמירה הבאה: "דרישת 'המארגן הסביר' איננה נבחנת ביחס למארגנים מתחרים, הם אמנם מהווים

[347] ת"א 5417-09-12 עזבון המנוח דוד שלמוביץ גולה נ' עיריית תל-אביב.

אינדיקציה לבית המשפט אך הם אינם חזות הכל, בסופו של יום בית המשפט הוא שיוצר את 'האדם הסביר' בהתאם לנסיבות ולידיעה השיפוטית שבאמתחתו"[348]

ננתח את המהלך המתודולוגי של השפיטה. לב ליבה של ההכרעה מצוי כמובן בקל וחומר שבין **מכון כושר** (מלמד) לבין 'חצי מרתון' (למד). הקל וחומר בלשוני: 'אם במכון כושר (הקל) נדרש אישור רפואי פוזיטיבי (חומרא), אזי ב'חצי מרתון' (החמור) דין הוא כי ידרש אישור דומה (חומרא)! את ההכללה לקל וחומר **פשוט** זה ניתן לנסח בלשון קצרה ופשוטה כך: תמיד יהיה 'חצי מרתון' חמור יותר ממכון כושר! זו אינה הכללה אמפירית הנלמדת ממספר מקרים אלא הכללה אפריורית המנומקת ומפורטת היטב על ידי השופט בשלב ב' במהלך המתודולוגי המתואר לעיל. לכל בר בי רב ברור וידוע עוד טרם התחרות של 'חצי מרתון' כי במכון כושר שוהים תחת בקרה מתמדת ובתנאי אקלים מבוקרים. במונחי המנגנון של המשפט העברי, השופט תיאר את יחסי הקולא/חומרא שבין 'מכון כושר' ל 'חצי מרתון' באמצעות הכללה אפריורית, שאינה מנוסחת במפורש בתוך דבריו.

נבחן בהתאם את טיעוניה של הנתבעת. בטיעון הראשון טענה הנתבעת כי אישור פוזיטיבי במרוצי 'חצי מרתון' אינו מקובל באף מדינה. במונחי הקל וחומר זה אינו טיעון (פירכה) על **ההכללה** האפריורית של הקל וחומר אלא על היסקו. כדי לפרוך את ההכללה האפריורית, צריכה היתה הנתבעת להצביע על מקרה אחד בלבד שבו 'מכון כושר', אדרבא, חמור יותר מ'חצי מרתון', והיא לא עשתה זאת. בלשון המשפט העברי, לא היתה כאן פירכת '**יוכיח**'![349] הנתבעת לעומת זאת, הצביעה על העובדה **האמפירית** שלפיה מסקנת הקל וחומר סותרת את המציאות בכל מדינות העולם.[350]

כיצד דחה השופט את הטיעון הראשון? נגד המציאות העולמית, מצביע השופט על 'האדם הסביר' יצירתו הבלעדית של בית המשפט, ובמקרה זה, 'האדם הסביר' **גובר** על המציאות שלפיה אין נדרש

[348] לחיזוק אמירה זו הוא מפנה לדנ"פ 983/02 יעקובוב נ' מדינת ישראל.

[349] ראו לעיל בפרק א, בסעיף 'סוגי הפריכות ודחייתן'.

[350] שם, פירכה מסוג 'שכן' (= אי רלוונטיות)

אישור פוזיטיבי באף אחת ממדינות העולם במרוצי 'חצי מרתון'.[351] לטיעון השני, שלפיו סעיף 5(א) בחוק הספורט התשמ"ח – 1988 אינו חל בענייננו אין השופט מתייחס כלל.[352]

הדיון במקרה זה מעיד על הבנה אינטואיטיבית (ללא יסודות פורמאליים) ב'תורת הקל וחומר במשפט הישראלי' של שני הצדדים. השופט מבסס לחלוטין את פסיקתו על הקל – וחומר והוא מתמודד עם השלכותיה על ידי יצירה ושימוש בטיעונים ותובנות שזכו לפורמליזציה מלאה במשפט העברי. הניסוח המפורט שלו העומד על ההבדל בין סכנת הריצה במכון כושר לבין 'חצי מרתון', מעיד על הבנתו העמוקה בדבר יסוד האפריוריות של ההכללה בקל וחומר הפשוט. הכללה אפריורית זו, אכן לא הותקפה על ידי הנתבעת, עובדה המעידה אף היא על הבנה אינטואיטיבית עמוקה של רכיב זה במנגנון הקל וחומר. עם זאת, ב'שכל פשוט' מצביעה הנתבעת על המציאות האמפירית העולמית כסותרת את היסק הקל וחומר, אף מבלי לנסות להגדיר טיעון זה כפירכה פורמאלית מסוג מסוים, בשל חוסר ידיעתה בנדון.[353]

האופן בו דחה השופט את פירכת הנתבעת לקל-וחומר מוביל אותנו לדיון (שיערך בהמשך) על דיני הפירכות במשפט הישראלי. כבר עתה ניתן לראות כי יצירת המונח 'אדם סביר' כעומד בפני הפירכה על היסק הקל וחומר הינה יצירה ישראלית חדשה ומיוחדת שאין לה אח ורע במשפט העברי. יסוד האפריוריות של ההכללה בקל וחומר שבמשפט הישראלי הועמד למבחן במקרה זה, והוא צלח אותו.

לסיכום, בתיק זה טיעון הקל וחומר ופירכתו הועלו על ידי התובעים והנתבעת בהתאמה. השופט מילא בפסיקתו את פונקציית המומחה לקל וחומר. ראשית, הוא אישר את נכונותו ותקפותו של הקל וחומר שהוצג על ידי התובעים. שנית, הוא דחה את פירכת הקל וחומר שהוצגה על ידי הנתבעת, בהצבת 'האדם הסביר' מול הפירכה. לא היה כל שימוש על ידי אף צד במונחים פורמליים מתורת הקל וחומר שבמשפט העברי, למעט השימוש במונח עצמו, קל וחומר. הכרעתו הראשונה של השופט עומדת בתנאי

[351] דיון זה מוביל אותנו לדיני פירכות שיידונו מאוחר יותר בעבודה, ולכן אני מקדיש את המשך הדיון רק לעניין **ההכללה** נשוא סעיף זה.

[352] גם דיון זה אילו התקיים, היה מוביל אותנו לשאלת ה'חסר' ו 'ההסדר השלילי' שאף הן יידונו מאוחר יותר – בשל כך איני עוסק בהן כאן.

[353] יש לכך השלכה, באופן שבו השופט יכול לדחות את הפירכה הנ"ל, ראו שם.

'תורת הקל וחומר' של המשפט העברי. ברם, הכרעתו השנייה אינה באה בשערי המשפט העברי, בהיותה יצירה ישראלית חדשה. כל הצדדים בתיק זה כולל השופט, טענו והתדיינו על בסיס שכלם הישר, באופן המקשה עלינו לענות על השאלה האם לפנינו התפתחות של תורת קל וחומר ישראלית.

א.4. הכללה מפורשת

במקרה דנן[354], בהתאם להסכם גירושין בין המשיבה לבעלה, התחייב הבעל להעביר נכס מקרקעין הרשום על שמו לבעלותה המליאה של אשתו. על אף ההסכם לא הועברו המקרקעין על שמה של המשיבה ואף לא נרשמה הערת אזהרה על זכויותיה. לאחר אשור הסכם הממון ולאחר הגירושין הגיש המערער (בנק אוצר החייל) תביעה כספית נגד הבעל בגין חוב שנוצר לטענתו לפני שנחתם הסכם הגירושין בין בני הזוג. במסגרת התביעה הוטל על המקרקעין עיקול זמני שאושר על ידי בית המשפט. משביקשה המשיבה למכור את המקרקעין גילתה את העיקול לטובת המערער. היא עתרה לקבלת סעד הצהרתי שלפיו היא בעלת הזכויות במקרקעין מכוח ההסכם. בית המשפט המחוזי פסק כי זכותה של המשיבה במקרקעין מכוח ההסכם גובר על זכותו של הבנק מכוח העיקול. מכאן הערעור.

במרכז הערעור עומדת טענת המערער שלפיה כוח **הלכת בוקר**[355] גובר על העיקול המאוחר שהטיל המערער על זכות אובליגטורית קודמת שבידי המשיבה. בית המשפט העליון פסק כי **הלכת בוקר** ראויה לשקילה מחדש. כ"כ, כאשר מוכר מתחייב להקנות בעלות במקרקעין או במטלטלין לקונה, משתכללת אצל הקונה זכות שבישר (= אקוויטי). זכות זו בטרם נרשמה, היא זכות מעין קניינית והיא פועלת כלפי צדדים שלישיים. ענייננו במקרה זה הינה בדעת מ' חשין שישב בהרכב מורחב כבית משפט לערעורים אזרחיים (א.ברק, ש' לוין, ת' אור, ט' שטרסברג-כהן, ד' דורנר, י' אנגלדר).

תחילה סוקר מ. חשין את שלבי ההתפתחות בנושא זה.

בשלב א', קודם היות חוק המקרקעין, החילו על זכויות נוגדות את דוקטורינת האקוויטי, קניין שבישר, המעניק לו זכות ראשונים על פי החוק האנגלי. הראשון קנה זכות בעלות שבישר והמעקל שבה אחריו לא יכול לעקל.

---

[354] ע"א 189/95 בנק אוצר החייל נ' מזל אהרונוב.

[355] בר"ע 178/70

בשלב ב', לאחר היות חוק המקרקעין, ביטל חוק זה את זכות האקוויטי, "אין זכות מקרקעין אלא לפי חוק".

בשלב ג', בביטול 'סעיף 46 לדבר המלך' נעלמו זכויות האקוויטי ובכך נותק החוק הישראלי מדיני היושר האנגליים. על פי **הלכת בוקר**, הרישום הוא האקט המשפטי הקובע. עיקר ההלכה קובע כי התחייבות למכור מקרקעין לא נותנת בידיו של הזוכה הראשון זכות לגבי צד שלישי. אין כאן תחרות בין שני זוכים. המעקל זכה כי הוא היחיד. השופטים 'שמחו' להיפטר מן החוק האנגלי.

בשלב ד', ממוקם המקרה שלנו בציר הזמן. אליבא דחשין הגיע הזמן לקבוע דוקטרינה חדשה שתעסוק בפתרון חילוקי דעות בין זוכה ראשון לשני, על בסיס **חוק המקרקעין**, ורק על פיו. טענתו של חשין בפסיקה זו הינה כך: חלקו הראשון[356] (סעיף 9) לחוק המקרקעין הוא הוא הדוקטרינה לעסקאות נוגדות. תחומי פרישתה הינה על כל העסקאות הנוגדות. כל המקרים ישפטו על פי דוקטרינה זו. ("אין ספק קל בדעתנו כי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין בעניין של עסקאות נוגדות – מבטאת דוקטרינה במשפט המקרקעין הישראלי") ומהי הדוקטרינה[357] אליבא דחשין? "זכותו של זוכה ראשון עדיפה, והחריג לעקרון: מקום שזוכה שני פעל בתום לב ובתמורה והעסקה נרשמה לטובתו בעודו בתום לב – זכותו של שני עדיפה".

חשין, מלין על שופטי ישראל, שישבו בדין בהלכת בוקר. הם היו צריכים לדעתו להיזקק **להיקש** מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין ובכך לקיים את הוראתו המפורשת של חוק יסודות המשפט. איך אפשר, הוא תמה, להתעלם מן הזכות 'המעין קניינית' של זוכה ראשון, זו המוענקת לו מכוח סעיף 9 לחוק המקרקעין?

את המהלך הכולל הזה, המתחזה להיות מהלך קלאסי שבו מתגלה **חסר** והוא מושלם על ידי פנייה לחוק יסודות המשפט, הוא משלים בכמה שלבים מתודולוגיים המהווים את עיקר דיוננו. **בשלב א**,

---

[356] "התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חוזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה. אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב זכותו עדיפה", חוק המקרקעין, תשכ"ט 1969, סעיף 9.

[357] דוקטרינה כוללת יותר היא **דוקטרינת התחרות**, התופסת בהרבה מקרים כגון: בשכירות, במטלטלין, המחאות חייבים נוגדות, ועוד. שם.

יוצר חשין קל וחומר בלשון הבאה: "אם זכותו של זוכה ראשון עדיפה לכאורה, על זכותו של זוכה שני – מקום שזכותו של זוכה שני היא זכות שעניינה התחייבות לעשות עיסקת קניין – זכותו של זוכה ראשון לא תהא עדיפה על זכותו של שני, מקום שזכותו של שני אינה אלא זכות של עיקול"! הקל וחומר בלשוני – אם זכותו של ראשון עדיפה על זכותו של שני בקניין, היא לא תהא עדיפה על השני בעיקול!

בשלב ב, מנסח חשין את ההכללה המבטאת יחסי קולא/חומרא באופן מפורש! "שהרי זכות העיקול נחותה היא – על דרך העיקרון – מזכות שמקורה בהתחייבות לעסקה".

במילותיי, "על דרך העקרון" היא האפריוריות של ההכללה שלפיה זכות הקניין ("התחייבות לעסקה") חזקה יותר, תמיד, מזכות העיקול. הנתון היחיד בקל וחומר זה הינו: זכות הראשון בקניין גוברת על זכות השני בקניין, כמשתמע מן הרישא של סעיף 9. זהו קל וחומר פשוט.

בשלב ג', מתנסח חשין באופן הבא: "כיצד זה ניתן לומר איפה, כי בעיסקאות נוגדות עדיף זוכה ראשון?... הלא נאמר כי בכלל מאתיים מנה"! חשין קובע אם כן, כי קל וחומר זה הוא מן הטיפוס: 'בכלל מאתיים מנה'. קביעה זו מתבססת על סברתו שלפיה היחס בין קניין לעיקול אינו יחס הירארכי, שבו, האחד 'חמור' מן השני אלא יחס של **הכלה**, שבו האחד כלול בשני. **העיקול** לפי זה הוא סוג של קניין **הכלול** בקניין רגיל.

בשלב ד' מציג חשין פירכה לכאורה: "וכך, כשם שזוכה שני (בגדרי סעיף 9) יכול שיגבר על זוכה ראשון – אם אך פעל בתום לב...כך יהא דינו של המעקל, שאף זכותו של המעקל, שאף זכותו שלו תגבר על זכותו של הזוכה הראשון". במונחי הקל וחומר שבמשפט העברי נשאל, לאיזה חלק מן הקל וחומר מתייחסת פירכה זו? נראה כי הוא חולק על הנתון היחיד המגדיר את הקל וחומר הפשוט. על פי נתון זה, זכות ראשון בקניין גוברת על זכות שני בקניין (כיוצא מהרישא של סעיף 9). הפירכה טוענת **כי נתון זה אינו נכון!** בהתקיים התנאים בסיפה של סעיף 9, (תמורה, תום לב ורישום), זוכה שני יזכה כנגד זוכה ראשון. הבה ונחיל זאת, טוענת הפירכה גם על המעקל! לענייננו, יושם לב! פירכה זו אינה תוקפת את ההכללה שלפיה קניין חזק מעיקול, הפירכה היא על נכונותו של הנתון היחיד בקל וחומר, ניצחון הזוכה הראשון בקניין על הזוכה השני. באין נתון זה, הקל וחומר כלל לא מתחיל!

בשלב ה', חשין דוחה את הפירכה לכאורה: "הנדון אינו דומה לראייה וההיקש אינו היקש של אמת". עיקול שונה מהותית מקניין כאשר הוא עומד מול הקניין. כל היסודות המאפשרים זכייה של הזוכה

השני בקניין לא מתקיימים ולא יכולים להתקיים בעיקול! מסקנה, הפירכה נדחית והקל וחומר מתקיים.[358]

א.5. אנליזה

אנליזה של מקרה זה מעלה את הממצאים הבאים:

- הקל וחומר במקרה זה מופיע בכל 'הדרו', הוא נמצא בלב הדוקטרינה אותה הציע השופט חשין.

– השופט חשין, יוצר קל וחומר בהתבסס על נתון אחד המוצג בלשון החוק, שלפיו זוכה ראשון בקניין עדיף על זוכה שני בקניין.

– הקל וחומר הנ"ל לא היה יכול לבוא לעולם ללא **ההכללה** אותה יצר חשין באופן מפורש שלפיה זכות העיקול נחותה על דרך העקרון מזכות הקניין[359] .

– השופט חשין 'הגדיל עשות' בקביעתו כי קל וחומר זה הוא מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. התובנה, שלא הועמדה לדיון על ידי חברי ההרכב ובכלל הינה כי היחס בין זכות העיקול לזכות הקניין הינו יחס של **הכלה**[360] ולא יחס **היררכי**. קביעה זו מחזקת את תוקפו של הקל וחומר ביחס לקל וחומר הפשוט, על אף שגם היא ניתנת לפריכה.

א.6. יחסי קולא/חומרא

בדיון על הקל וחומר במשפט העברי ראינו כי יחסי הקולא/חומרא שבין הלמד למלמד משמשים כ'טריגר' לבצוע פעולת הדין, באופן דומה למילים דומות במידת ה'גזרה שווה' שאף הוא סוג של היקש. הצורך האינטואיטיבי להיסק בדרך הקל וחומר מתעורר כאשר קיימת תחושה/ידיעה על יחסים אלו בין הלמד למלמד. אי קיומם או אי נכונותם של יחסים אלו פוסלים היקש זה מלהיות היקש של קל

---

[358] לכאורה ניתן היה להציג את הקל וחומר כך: A – זכות קניינית של הראשון. B – זכות קניינית של השני. C – זכות עיקול של השני. הואיל ו $B < A$ ו $C < B$ לכן $C < A$. זה אינו קל וחומר של 'בכלל מאתיים מנה' על אף צורתו הלכאורה דידוקטיבית. כל קל וחומר פשוט ניתן להצגה בצורה טרנזיטיבית, ובכל זאת ניתן לפרוך את הנחתו ש $B < A$ תמיד. הנחה זו אינה נכונה תמיד, ובתנאים מסוימים כיוצא מן הסיפה של סעיף 9, פעמים ש $B > A$. עוד ראינו במשפט העברי כי גם את הקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' ניתן לפרוך, ראו את הדיון במשפט העברי בפרק א. שם ראינו בין היתר כי הלוגיקה אינה מייצגת את כל המציאות אלא רק פן אחד שלה.

[359] הדרך הראשונה לפרוך את הקל וחומר הנ"ל הינה ההכללה. די להראות כי הזכות הקניינית בעיקול במקרה אחד חזקה מן הזכות הקניינית הרגילה כדי לפרוך את הקל וחומר. העובדה, שטענה זו לא נטענה מעידה על תקפותה של **ההכללה** אותה ניסח השופט חשין.

[360] קדם לשופט חשין ר"ש משקופ שקבע בספרו 'שערי יושר' כי שעבוד (=עיקול) הוא זכות קניינית של ממש.

וחומר. כאשר הם מתקיימים, ברי הוא כי לפנינו קל וחומר **פשוט** או **מידותי,** וכאשר הם מקיימים יחס של הכלה, ברי הוא כי לפנינו קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'.

ניסוחים מורכבים של המלמד והלמד, מסתירים פעמים רבות את יחסי הקולא/חומרא שביניהם ולאחר 'הפרדת המוץ מן התבן' מתברר כי הקל וחומר שגוי או למצער, אינו קיים כלל. מאנליזה משפטית של מקרים רבים במשפט הישראלי, מתברר, כי בהיבט זה, ניתן לחלק את מופעי הקל וחומר לארבעה סוגים:

בראשון, משמשים יחסי הקולא/חומרא מעין מבחן **משפטי**, לבירור סוג הקל וחומר. בדרך כלל ההתלבטות הינה בין הקל וחומר הפשוט לבין 'בכלל מאתיים מנה'. השופטים, פעמים מתוך חוסר מודעות או ידע, מותירים את השאלה פתוחה.

בשני, הקולא/חומרא 'מצויים' בלשון החוק עצמו בשל מדרג מהותי הבא לידי ביטוי בלשון החוק. קיומו של מדרג כזה כגון, מדרג עונשין בחוק העונשין, מהווה בסיס אינטואיטיבי ליצירת קל וחומר בין רכיביו השונים.

בשלישי, הקל וחומר מתאיין בשל העדר יחסי קולא/חומרא בין הלמד למלמד.

ברביעי, המצב לא ברור, עקב ניסוחים מעורפלים, לא ממוקדים ולא קוהרנטיים.

נסקור להלן, דוגמאות מארבעת סוגי המופעים הללו.

א.7. התלבטות בין קל וחומר 'פשוט' לבין 'בכלל מאתיים מנה'

בסדרת הפסיקות הבאות משמשים המונחים הבאים כמלמד ולמד: 'ויתור' מול 'הסכמה', 'עצמת הנשיה' מול 'זכות הקניין' ו'זכות בעיקול' מול 'זכות שמקורה בעיסקה'. חלק מן המונחים הללו, הם פרי יצירתם של השופטים בניסיונם ליצור מתודולוגיה שיפוטית העושה שימוש בהיקש קל וחומר, והתאמתה למציאות המשפטית שלפניהם. אפרט ואדגים:

המונח 'הסכמה' נמצא לדוגמה בסעיף 10 לחוק האימוץ: "לפי בקשת הורה רשאי בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו להרשות להורה לחזור בו מהסכמתו כל עוד לא ניתן צו האימוץ". במקרה

דנן[361] , נסיבות המקרה לא היו יכולים להיות מתוארים כ׳מסירה׳ אלא ׳כויתור׳, מכאן יצר השופט חשין את ההיקש מקל וחומר לו הוא נזקק בפסיקתו, ובלשונו: ״המשיבה ׳ויתרה׳ על ילדה, הילד הוכרז בר-אימוץ, ועתה מבקשת היא לחזור בה מ״ויתורה״. בהיקש נאמר איפוא, כי בית משפט יכול שיתיר למשיבה לחזור בה מ״ויתורה״ על הילד. כך על דרך העקרון״. ברם, בכך לא תם תהליך ההיסק. ״ גם ב׳הסכמת׳ ההורה לאימוץ, בית המשפט לא יתיר להורה לחזור בו מהסכמתו אם יהיה בדבר כדי להזיק לילד, להרע לו, אם יהיה בחזרה מההסכמה כדי לפגוע בטובתו. **ההיקש לענייננו יילמד מאליו, ואולי על דרך של קל וחומר**״.

בהיסק משפטי זה, מבטא השופט חשין את היחס בין ׳הסכמה׳ הכתובה בחוק לבין ׳ויתור׳. תיאור המציאות במקרה דנן, כיחס של קולא/חומרא מאפשר היקש של קל וחומר. ניתן לשער כי הקל וחומר אותו לא ניסח השופט חשין הוא בנוסח הבא: ומה אם **בהסכמה** שבה יכולה האם לחזור בה מהסכמתה לאימוץ ואעפ״כ בית המשפט לא יתיר זאת אם יהיה בדבר כדי להזיק לילד, קל וחומר **בויתור!**

דא עקא, במספר שורות (סעיף 50, שם) הקודמים לניסוח זה, מנסה השופט לשכנע כי ׳הסכמה׳ ו ׳ויתור׳ חד- הם. לדוגמה: ״הסכמתו של הורה לאימוץ ילדו בידי אחרים פירושה הוא, למעשה, ויתור הורה על זכותו לילד. הורה המסכים כי בנו יילקח ממנו וימסר לאחרים, כמוהו כמי ש״ויתר״ על זכויותיו בילדו ... בבחינת מהותם של דברים הסכמה וויתור דומים הם זה לזה״, (שם). מנקודת המבט של תורת הקל וחומר במשפט העברי לא ברור באיזו ׳מידה׳ השתמש השופט? ב׳גזרה שווה׳? בבנין אב? בקל-וחומר׳? גם אם נניח (לפחות בהתבסס על לשונו) כי מדובר על קל וחומר, איזה סוג לפנינו? בהתבסס על יחסי קולא/חומרא זהו סוג **פשוט,** המחייב הכללה שאותה ניתן לפרוך. בהתבסס על הכלה, כלומר כל ׳ויתור׳ הוא סוג של ׳הסכמה׳ לפנינו קל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳ שפירכתו אינה יכולה להיות על ההכללה, כי אין הכללה בקל וחומר מסוג זה.

השופט חשין הותיר שאלה זו פתוחה, ולא מצא מקום לדון בה. אפשר, שהוא חש בכך ולכן הוא השתמש בלשון מסוייגת: ״ההיקש לעניינו״ למד מאליו, **ואולי** אף על דרך של קל וחומר״. בדוגמה זו

[361] דנ״א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ׳ פלונית

ובחברותיה שיובאו להלן, משמש הקל וחומר כלי מרכזי במתודולגיה השיפוטית, אבל ׳תורתו של הקל וחומר במשפט הישראלי׳ שעליו מבוססת הפסיקה נשארת עלומה.

ולמקרה נוסף, הערת אזהרה כשלעצמה אינה מקנה מעמד של נושה מובטח שכן אין מדובר על שעבוד במובן הרגיל של המילה. הדעה הרווחת בפסיקה ובספרות הינה שכאשר מדובר על הערת אזהרה חיובית אשר נרשמה בגין עיסקה במקרקעין היא אכן מקנה מעמד נושה מובטח[362] . במקרה דנן[363] הדיון נסב בהערת אזהרה שלילית (= התחייבות להימנע מעיסקת מקרקעין) ובשאלה האם היא מקנה לזכאי על פיה מעמד של נושה מובטח?

השופט מינץ (בהרכב, גם השופטים ע׳ ברון וי׳ עמית) בפסיקתו דן ביחסי הכוחות שבין ׳עצמת הנשיה׳ לבין ׳זכות הקניין׳ במקרה זה ובכלל. מרכיב אחד בדיון נוגע לשאלת מתן זכות קניין על ידי אדם לזולתו בדרכים שונות. כך הוא כותב: ״ככלל, מתן זכות הקניין על ידי אדם לזולתו מבוסס על דוקטרינת ״חופש החוזים״, ואין מניעה שאדם יעניק לחברו זכות קניינית בדרך של מתן שעבוד על נכסיו ״על חשבון״ נושיו האחרים״. זכות קניינית זו של הנושה הינה **זכות הנשייה**. עוצמתה מאפשרת כאמור זכות קניינית לנושה אפילו על חשבון נושים אחרים.

כיצד מנמק השופט קביעה זו? ״על דרך קל וחומר: אם אדם יכול להקנות את מלוא זכויותיו לאדם אחר באמצעות מכר או מתנה ודאי שיכול להעניק לזולתו זכות קניינית **מתונה** יותר (הדגש שלי, ח.ג) על דרך שעבוד הנכס לטובתו, בו נשארות בידי המשעבד חלקן של הזכויות הקנייניות״[364]. זכות קניינית מתונה יותר הינה **זכות הנשייה.**

בדומה למקרה קודם בסעיף זה, לא ברור האם לפנינו קל וחומר פשוט בעל יחסי קולא/חומרא או קל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳. בהתבסס על הרישא של דבריו ״מלא זכויותיו׳ הוא המלמד, או אז, **זכות הנשייה** הינה זכות חלקית, והיחס ביניהם הוא כיחס שבין השלם לחלקיו. יחס זה הוא אריתמטי

---

[362] . כמשמעות המונח בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל (נוסח חדש), התש״מ – 1980.

[363]. ע״א 3042/19 אביחי ורדי **נגד** אלימלך רייכמן.

[364]. לחיזוק הטיעון מפנה השופט Thomas H. Jackson & Amthny T. Kronman , Secured Financing and Prjorities Among Creditors, 88 Yale (L.J. 1143 (1979) .

והוא אינו נכנס לקטגוריית הקל וחומר. בדוחק, ניתן אמנם להתייחס אליו כאל קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. ברם, בהתבסס על הסיפא של דבריו "זכות קניינית מתונה יותר", היחס הינו היראַרכי, והוא משווה זכות **מתונה** (זכות הנשייה) לזכות **עוצמתית** יותר (זכות הקניין). יחס זה מעיד על קל וחומר פשוט המחייב בנוסף להגדרת למד/מלמד, יחסי קולא/חומרא והכללה.

באשר ל'זכות העקול מול 'זכות שמקורה בעיסקה' ראינו[365] כי השופט חשין מכנה מצד אחד את הלמד "זכות נחותה", ומצד שני בסיפא של דבריו הוא מכנה את היחסים הנ"ל "בכלל מאתיים מנה". בדומה לשני המקרים הקודמים בסעיף זה, הנפקא-מינה הינה קביעת סוגו של הקל – וחומר ומה שמשתמע מכך.

א.8. פיתוח מדרג 'טבעי' בלשון החוק שיוצר יחסי קולא/חומרא

בדיון שלפנינו[366], המערער שמר על זכות שתיקה במשפטו שבו הורשע בעבירה של שימוש בסם מסוכן בהסתמך על הודאתו בחקירה. הדיון בתיק נסב בשאלה: האם שתיקתו של נאשם הנקרא להעיד במשפטו עשויה לספק את הדרישה ל"דבר מה נוסף " להודאות שמסר במהלך חקירתו. הרקע לדיון הוא סעיף 162 לחסד"פ (נוסח משולב):

סעיף 162. שתיקת נאשם

(א) הימנעות הנאשם מהעיד עשויה לשמש חיזוק למשקל הראיות של התביעה וכן סיוע לראיות התביעה במקום שדרוש להן סיוע...

מתוך דברי השופטת ע' ארבל בתיק זה עולות ההגדרות הבאות: בתוספת ראייתית מסוג **'סיוע'**, נדרשת ראיה "המסבכת" (או הנוטה לסבך) את הנאשם בבצוע העבירה המיוחסת לו. בשונה מן 'הסיוע', הדרישה לתוספת ראייתית מסוג **"דבר לחיזוק"** הינה דרישה לראייה "מאמתת", כלומר: היא מוסיפה נופך אמת לאימרת העד, ואין צורך כי "יסבך" את הנאשם במעשה העבירה. לעומת **'סיוע'**, **ו'דבר לחיזוק'**, **"דבר מה נוסף** הינה בדומה **לדבר לחיזוק** ובשונה מן הסיוע – דרישה ראייתית

[365]. לעיל, סעיף א, ההכללה, דברי השופט חשין בע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נגד אהרונוב.

[366]. רע"פ 4142/04 איתי מילשטיין נ' פרקליט צבאי ראשי. מקרה זה יידון מאוחר יותר כ'מקרה בוחן' כללי, בשל ריבוי התובנות הנגזרות ממנו. לעת עתה הדיון הוא רק על נושא קולא/חומרא.

"מאמתת" והיא אינה צריכה להצביע על אשמת הנאשם. הדרישה ל"דבר מה נוסף" היא פרי ההלכה הפסוקה ואינה מעוגנת בחוק[367].

הטיעון המרכזי של השופטת ארבל (שפסיקתה התקבלה ברוב) מנוסחת כך: "מהעובדה כי המחוקק קבע בהוראת חוק זו (סעיף 162 לחסד"פ, ח.ג) כי הימנעות נאשם מלהעיד עשויה לשמש "חיזוק" או "סיוע", נובע **באופן הכרחי** (הדגש במקור, ח.ג) כי היא עשויה להיות גם "דבר מה נוסף". זהו טיעון קלאסי של קל וחומר, בעיקר בשל השימוש בלשון "הכרחי" אותו הדגישה השופטת בפסיקתה. כדי ליצור קל וחומר זה, מציגה השופטת את היחס בין שלושת סוגי הראיות הללו כמדרג: "עמדתי זו" היא כותבת, "נעוצה ב"מדרג" המהותי והכמותי הקיים בין תוספות ראייתיות אלו, כפי שעוצב וגובש בחקיקה ובפסיקה, כאשר התוספת הראייתית מסוג "דבר מה נוסף" מצויה בתחתיתו של המדרג, כך שהיא מוכלת ונבלעת בתוספות הראייתיות האחרות". כדי לא להותיר כל ספק, היא מצביעה על מספר מקורות (בפסיקה) שמהן עולה קולתה של הראיה "דבר מה נוסף".

כך לדוגמה היא מצטטת את המשפטים הבאים: "מספיקה ראייה קלה מאוד"[368], ראיה זו "יכולה להיות קלה שבקלות"[369], ואף בעל משקל "קל כנוצה"[370]. ולבסוף, היא מנסחת את יחסי הקולא/חומרא במפורש: "הצורך בתוספת ראייתית להודאתו של הנאשם, להזמת החשש שמה הודאתו הודאת שווא היא, הינו **קל יותר** (הדגש שלי, ח.ג) מן הצורך בתוספת הראייתית הנדרשת לעדותו של אחר נגדו, ועל כן "הסיוע" ו "הדבר לחיזוק" לעמוד בדרישות **מחמירות** (הדגש שלי, ח.ג) יותר מן "הדבר מה הנוסף" ". ולכן "והרי הדברים קל וחומר: אם היה באמרות אלה משום ראיות סיוע של ממש להודאות המערערים, "דבר מה" לחזוק הודאותיהם לא כל שכן"[371].

---

[367] ראו: ע"פ 3/49 אנדלרסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ב 589, 592 – 593 (1949). במסגרת פסיקה זו השתרשה הדרישה, ולאחריה היא חוזרת ועולה באין ספור פסיקות בבית המשפט.

[368]. שם, פרשת כהן, עמ' 72.

[369]. ע"פ 178/65 אושא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(ד) 154. 156 (1965).

[370]. שם, פרשת אלעביד בע"מ 834.

[371]. ע"פ 399/72 מנחם נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 17/12/72 דף לפרקליט 112)

על אף שהשופטת ניסחה יחסי קולא/חומרא בהירים ונהירים בין הלמד למלמד, מה שמעיד על קל וחומר פשוט, ניתן למצוא בדבריה ובציטוטיה יסוד לדעה שלפיה היחסים הם של הכלה. כלומר: לפנינו קל וחומר מסוג "בכלל מאתיים מנה". כך לדוגמה היא מצטטת את המשפטים הבאים: "שהרי זה מרובה המחזיק את המעט"[372] וכן: "אם עדות השותף לעבירה יכולה הייתה לשמש סיוע, שמשקלו ותחום היקפו רחבים יותר מראיית החיזוק... ומן ה"דבר מה נוסף", הרי פשיטא שעדות כאמור יכולה לשמש בגדר חיזוק"[373].

מתודולוגיית הפסיקה כאמור, מבוססת בעיקר על הקל וחומר. במקרה דנן, בשונה ממקרים קודמים, יחסי הקולא/חומרא מפורשים ובנויים על **מדרג** שחלקו בחוק (סעיף 162 לחסד"פ) וחלקו בפסיקה (="דבר מה נוסף".). הפסיקה לשיטתה השלימה את החוק ויצרה מדרג הרמוני, היראַרכי, שיחסי הקולא/חומרא טבועים בו באופן אינהרנטי.

א.9. הקל וחומר מתאיין בשל היעדר יחסי קולא/חומרא

בתיק רצח[374] קיבל השופט א' אינפלד את עיקר טענת הסנגוריה שלפיה מקרה אחר[375] (להלן: אכרמי חאג') יכול להיות בסיס להיקש למקרה דנן לצורך קביעת מתחם הענישה. בפסיקה זו מתודולוגיה מבוססת היקש של קל וחומר (?) בת ארבעה שלבים:

שלב א: השופט קובע כי עקב המשקל התקדימי של **אכרמי חאג'**, יש לקבל את טענת הסניגור שיש לראות בו בסיס עיקרי להשתת מתחם ענישה דומה. במונחי תורת מידות הדרש, השופט קבע כי אכרמי חאג' הוא המלמד.

שלב ב: "אולם, אף שיש מקום להקיש מאותו מקרה (= אכרמי חאג', ח.ג), אין לומר ש "דיו לבא מן הדין להיות כנדון" ולהימנע מלהחמיר יותר ממנו". נמצאנו למדים, כי ההיקש נשוא דיוננו הוא קל-וחומר, בשל הכלל 'דיו' המצוטט, הנוהג רק בקל-וחומר במשפט העברי. על אף ציטוט הכלל 'דיו'

---

[372]. ע"פ 450/82 טרופי נ' מדינת ישראל, פ"ד ו ז(2) 589, 597, (1983).

[373]. ע"פ 282/75 קרקי נ' מדינת ישראל.

[374]. ת"פ 326-03-11 41 מדינת ישראל נגד פלדמן (עציר)

[375]. בע"פ 6095/10 אכרמי חאג'י יהיה נ' מדינת ישראל.

המשווה בין המלמד ללמד, השופט מבקש ליצור **היקש ממנף**, להחמיר בדין הלמד, בשל השוני בין שני המקרים. בלשונו: "שכן יש להבחין בין שני המקרים אשר למרות הדמיון ביניהם – שונים".

שלב ג: השופט מנסח יחסי קולא/חומרא בין שני המקרים: "המקרה שלנו קל מ **חאג' יחיא** בשתי נקודות חשובות... מאידך גיסא, יש במקרה שלנו כמה רכיבי חומרה חשובים אשר משקלם גדול יותר באופן משמעותי מרכיבי הקולה לעומת אותו מקרה"[376]. במונחי המשפט העברי השופט עורך כאן מאזן קיזוזים בין רכיבי הקולא והחומרא של המקרה דנן.

שלב ד: המסקנה: "לפיכך, על יסוד המתחם שנקבע בעניין חאג' יחיא, יש לקבוע מתחם המתאים למקרה שלנו שהוא חמור יותר במידה מסוימת, אך בקנה מידה דומה".

אליבא דתורת המשפט העברי קיימים כאן שני כשלים:

הראשון, בשלב ב' לעיל, אין לשופט כל צידוק לביצוע היקש מסוג קל וחומר **ממנף**! תמיד, ובכל מקרה דומה, הלמד חמור מן המלמד, אולם חומרא זו מהווה רק **טריגר** לבצוע פעולת ההיקש לא לתוצאתה. ביטול כוחו של כלל 'דיו' בהינף קולמוס בשל חומרת הלמד, אין לה על מה לסמוך במקרה זה.

השני, הניסיון לבצוע קיזוזים בין החומרא לקולא אינו מקובל בתורת המשפט העברי. העובדה שמצאנו אפילו קולא אחת בלמד שאינה במלמד פוסלת את כל התהליך מלהיקרא קל - וחומר[377]. ברור, כי השופט התבסס על סוג מסוים של **אנלוגיה** בין המקרים, אולם הוא לא הצביע על הכלי המשפטי המדויק שבאמצעותו הוא יצר את ההיסק המשפטי הנ"ל. השימוש בתורת הקל וחומר בתובנות הגלויות והסמויות שבדבריו, אינה 'מחזיקה מים', והיא מהווה רק קישוט לוגי בעלמא להצדקת מסקנתו. בהתאם לנושא דיוננו, הבסיס ליחסי קולא/חומרא תקנים ותקפים לא קיימים במקרה דנן, ולכן כל המבנה רעוע.

א.10. היעדר ניסוחים ליחסי הקולא/חומרא

במקרה הבא ברי כי קיימים יחסי קולא/חומרא אולם הם אינם מנוסחים על ידי השופטים. עובדה זו יכולה להעיד על השימוש במידת הקל-וחומר באופן אינטואיטיבי מבלי להיזקק כלל למבנהו,

---

[376]. השופט מפרט כמובן את רכיבי החומרא והקולא, נמנעתי מלהביאם בגוף העבודה כי הם אינם תורמים דבר לדיון זה.

[377]. ראו מקרה דומה בגצ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה, סעיף ד, עמ' 36. שם, משפט המפתח לפסילת הקל וחומר הנדרש הינו: "מתברר כי עקרון של "קל וחומר" פועל בשני הכוונים".

יכולותיו ומגבלותיו. הוא מהווה מעין 'נוסחת קסם' הפותחת את דלתות השפיטה אך אינה מאפשרת טיעונים נגדיים אפשריים.

בתיק שלפנינו[378] נדונה השאלה המשפטית הבאה: האם עדים המטפלים במתלוננת יכולים להיחשב כמומחים מטעם התביעה? שאלה זו נדונה בהקשר הרחב תחת הכותרת 'קבילות ראיות'. השופט י' עמית (בהרכב זה גם א' רובינשטיין וי' דנציגר) פוסל את העדים שטיפלו במתלוננת כמומחים מטעם התביעה בטיעון הבא: "... אך הם אינם יכולים להיחשב כמומחים מטעם התביעה במשמעות הרגילה של הדברים וזאת על דרך של קל וחומר מהדין האזרחי". כך כתב ופירש מעט בהמשך.

המקור המלמד בקל וחומר זה הוא תקנה 126 לתקנת סדר הדין האזרחי שלפיה: " מומחה שיעץ עצה או חיווה דעתו לאדם בעניין שבתחום מומחיותו, לא יוזמן מטעם בית המשפט כמומחה באותו עניין כשאותו אדם צד בו". גם את ההסבר לתקנה זו כותב השופט: "... מטבע הדברים קשה להפריד בין עדותו כמומחה לעדותו כעד לגבי התנהלותו באותו עניין"[379]. זאת ועוד, "המדובר בעקרונות בסיסיים בדין האזרחי, ועל אחת כמה וכמה בהליך הפלילי, שהציפייה היא שהתביעה תגיש חוות דעת מומחה מטעמה, להבדיל מעדות של מי שטיפל במתלוננת".

גם תוספת זו שנועדה להצביע על יחסי קולא/חומרא בין הדין הפלילי לאזרחי בהקשר של תיק זה, לא מקיימת את ייעודה בהקשר הרחב, דין אזרחי מול פלילי. זאת ועוד, יש אפילו הקוראים תיגר על החלוקה המקובלת במשפט הישראלי בין פרוצדורה אזרחית לפלילית. משפט אחד לדוגמה השולל יחסים אלו, הוא המשפט הבא: 'טקסנומיה זו יכולה להוביל לעיוותים משפטיים במגוון רחב מאוד של מצבים'.[380]

---

[378]. עפ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל.

[379]. ראו לדוגמה: ת"א 2334/06 משק כרמי בע"מ נ' יעדים לשווק.

[380]. מתוך מאמרם של ישכר רוזן צבי, טליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין", משפטים כרך לח (תשס"ח – תשס"ט). במאמר זה, גם מקורות נוספים המחזקים את טענתם העיקרית המנוסחת בגוף העבודה.

בהקשר המצומצם יותר, נשוא דיוננו, השופט מצביע על שני רכיבים ספיציפיים העשויים להצביע על טיבם של יחסי הקולא/חומרא במקרה דנן. תחילה על יכולתו של העד/מומחה להפריד בין העדות לבין המומחיות שלו. לאחר מכן, מצביע השופט על העניין הפרוצדורלי שלפיו התביעה צריכה להגיש חוות טעם מומחה מטעמה. לעניות דעתי, אין בשני רכיבים אלו להראות באופן מובהק את קולתו של הדין האזרחי לעומת הפלילי. הקושי בהפרדה בין עדות למומחיות מקצועית קיים באותה מידה ובאותו משקל משפטי בכל דין שהוא, ומה לי דין אזרחי ומה לי דין פלילי! העניין הפרוצדורלי, של מומחה מטעם התביעה, אינו מצביע אף הוא על הבדל מהותי בין הדין האזרחי לפלילי מעצם טיבו הפרוצדורלי. נראה כי הקל וחומר הלא מנוסח שבדברי השופט עמית, מתבסס על התחושה הכללית של חומרת הדין הפלילי לאזרחי מבלי להיכנס לעובי הקורה במקרה דנן.

לסכום סעיף זה:

א. היקש ואנלוגיה הם מושגים רחבים המכילים 'תחת כנפיהם' סוגים שונים של כלי היסק לוגיים. השופטים אינם מצביעים באנלוגיות השיפוטיות על הכלים המדויקים שבהם הם עושים שימוש, וכאשר הם יוצרים קל-וחומר כמידת היקש, הם אינם יורדים לסוגיו. הקל- וחומר מהווה מעין מילת קסם היוצרת ניסוחים משפטיים בעלי תוקף בעיניהם ומתוך תקווה גם בעיני הקורא.

ב. כאשר שופטים עושים שימוש במונח הקל-וחומר באופן מפורש, הם 'נכנסים' לעולם הקל וחומר המשפטי, ובשל היעדרותה של תורה זו במשפט הישראלי, הם 'מגששים באפילה' ומשתמשים באינטואיציה ובשכלם הישר להשלמת הפערים. פעמים, מתנגשים אלו גם עם תורת הקל וחומר במשפט העברי וגם עם השכל הישר.

ג. ברי לכל שופט כי קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' המבוסס על יחסי הכלה הינו בעל תוקף גדול יותר מקל וחומר בעל יחסי קולא/חומרא. בפעמים לא מעטות יוצאים השופטים ידי חובת שני סוגי הקל וחומר (פשוט/'בכלל מאתיים מנה') והם מצביעים גם על יחסי קולא/חומרא וגם על הכלה! בבחינת 'זו וגם זו'.

ד. מעטים הם השופטים המודעים לניסוחם המפורש של יחסי הקולא/חומרא כרכיב חיוני לתוקפו של הקל וחומר. שופטים המנסחים יחסים אלו במפורש, מעניקים לפסיקתם שני מימדים חשובים ומשלימים. האחד – תוקף חזק יותר ממצב של ניסוחים עמומים או למצער התעלמות מהם, ויכולת דיונית משפטית קונקרטית כדי לתקף או לדחות את הקל וחומר (= פירכא).

ה. בכל המקרים לדוגמה שנבחנו על ידי, הקל וחומר הוא כלי אחד מיני רבים שמשתלב בתוך המתודולוגיה השיפוטית, הכוללת כללים, תובנות ודוקטרינות לרוב.

א.11. צורות הפנייה לקל וחומר

צורות הפנייה לקל וחומר ומספר סוגיהן יכול לספק עדות מה על 'תורת הקל וחומר'. גם ההשוואה לצורות הפנייה בקל וחומר שבמשפט העברי יכולה להעלות מסקנות מה. הבחינה של הנ"ל הינה לרוב כמותית תחת מגבלות ההיסק של נתונים כמותיים במערכת המשפט.

תחילה למונחים עצמם. במשפט העברי שכיחים המונחים הבאים: **על אחת כמה וכמה**, **קל וחומר**, **ודין הוא** [381]. גם במשפט הישראלי רווחים שמות אלו. בפסיקות המחוזי והעליון מופעים של: 11,112 בשם '**קל וחומר**', 7340 מופעים בשם '**על אחת כמה וכמה**' ו - 3687 מופעים תחת השם '**דין**'. ברם, במרבית המקרים המונח 'דין' במשפט הישראלי אינו מכוון אל מידת הקל וחומר אלא אל הדין כפשוטו, משמעות שונה מן המשמעות במשפט העברי. לכן ניתן לקבוע כי המונחים הפורמאליים הרווחים במשפט הישראלי הם: **קל וחומר** ו- '**על אחת כמה וכמה**'. ההבדל בין מונחים אלו במשפט העברי נובע מהתפתחות היסטורית, לא מצאתי הבדל דומה במשפט הישראלי.

במשפט הישראלי תשע צורות פנייה לקל וחומר: **והרי דברים** קל וחומר[382]. **על דרך** קל וחומר, **על דרך של** קל וחומר, **בחינת** קל וחומר, **ממידת** קל וחומר[383], **מכח קל** וחומר, **נשא** קל וחומר[384], קל וחומר

---

[381].הסדר בהתפתחות המושגים הינו: על אחת כמה וכמה, קל וחומר ודין. קיים גם הבטוי 'לא כל שכן' וכן הביטוי המקראי – "הן".

[382]. ראו לדוגמה: ב"ש (ירושלים) 09-8485 , פלונית נ' אלמוני. שם, "והרי דברים קל וחומר שבהליכי מעצר מרחיקים לפעמים מתלוננת בעבירות מין מנאשם ת"ק פרסה, לא כל שכן שאין מקום להעמידם בקרבה זו לזו" וכן (תל-אביב יפו) 71-1170 ח' אלישע נ' ח' ומזרחי חיים, פ"מ תשל"ה (1)046. ובמשפט העליון (4 תוצאות) כגון: ע"א 07-9057 דוד אפל נ' מדינת ישראל, וכן בג"צ 68-235 ר' ב' נ' הרב הראשי לישראל, הראשון לציון הרב ניסים. רג (1)462.

[383]. מקרה יחידני, השופט י' עמית. ע"פ 2247/10 שלום ימיני נ' מדינת ישראל: "חובת ההצלה והסיוע מתחייבת **ממידת** קל וחומר (הדגש שלי ח.ג), כאשר נוהג הרכב הוא שגרם לפגיעה באדם".

[384].לדוגמה ראו: ת"פ (חיפה) 06-5027 מדינת ישראל נ' טימור קוביאקוב: "הוא **נשא** (הדגש שלי, ח.ג) קל וחומר משני מקרים שנדונו לאחרונה בבית המשפט העליון".

הוא[385] וכמובן **קל וחומר** בסתמא ללא פנייה. סווג צורות הפנייה במשפט הישראלי מעלה את הממצאים הבאים:

א. כאשר הפנייה מכוונת אל הקל וחומר כאל כלי היסקי המשתלב במתודולוגיית השפיטה, הפנייה אליו הינה במונחים: **מכוח** קל וחומר[386] **והרי הדברים** קל וחומר.

ב. כאשר השופט מגלה כי קיימים יחסי קולא/חומרא בין כמה מרכיבי העובדות או האמירות, הוא מצביע עליהם בגילוי מסוים במונח קל וחומר **הוא!** אין הכרח כי 'גילוי' זה יוביל לניסוח קל וחומר פורמלי על כל המשתמע מכך.

ג. כאשר יש ציטוט של קל וחומר מפסיקה אחרת השימוש הוא במונח **נשא**[387] קל וחומר.

ד. כאשר השופט 'משיח לפי תומו' השימוש הרווח הוא במונח 'בחינת קל וחומר'.

ה. השימוש במונח **מידת** הקל וחומר, יכול להעיד על ידיעותיו המוקדמות של השופט במשפט העברי.

השימוש הרווח ביותר הוא כמובן **קל וחומר** בסתמא ללא פנייה**.** אחריו בשכיחויות: **על דרך קל וחומר', 'על דרך של קל וחומר' ו 'מכח קל וחומר'** המהווים במופעי הפסיקה של העליון והמחוזי יחד – כ- 1200 מופעים, (8% מכלל מופעי הקל וחומר בשתי ערכאות אלו).

א.12. צורות הפנייה במשפט העברי

מספר צורות הפנייה עולה לכ-32 צורות וחלוקתן לפי נושאים הינה כדלקמן:

- **בתמיה/ בסימן שאלה:** לאו קל וחומר הוא? ולאו מקל וחומר קאתי? מי אמרינן קל וחומר?
- **ציטוטים ואמירות**: אמרינן ק"ו, אמר ק"ו, מכאן אמרו ק"ו, אמרו ק"ו, אמרו במערבא ק"ו, איכא למימר ק"ו.

---

[385]. לדוגמה ראו רע"א 7037-00 עיריית ראשון לציון נ' עו"ד ישראל וינבוים, נו (4)856. "קל וחומר **הוא** (הדגש שלי, ח.ג), שקביעה שלפיה כאשר יש אדם המתגורר בדירה הוא יחשב "מחזיק למעשה" עולה בקנה אחד עם לשון ההגדרה".

[386]. לא מצאתי מקור ו/או הסבר לצורת מינוח זו שתופסת מקום נכבד במשפט הישראלי. אפשר, שמינוח זה (='על דרך') אינו ייחודי לקל וחומר אלא צורת התבטאות כללית ונפוצה מאוד במשפט הישראלי. ("על דרך השלילה/החיוב, על דרך הדרש, על דרך הסתם, על דרך האיזון, על דרך הכלל, על דרך ההיקש, על דרך ההפלגה, ועוד הרבה). לביטוי **'על דרך'** כ 65,000 מופעים בפסיקות המחוזי והעליון.

[387]. כמודגם לעיל, בהערה 44, גם כאן מדובר על מקרה יחידני.

- **קל וחומר ב'דברים'**: הלא דברים ק"ו! נראין הדברים ק"ו, הדברים ק"ו, ק"ו הדברים.
- **נשיאת ק"ו**: נשא ק"ו בעצמו, נשאו ק"ו בעצמן.
- **דרשא וסברא**: לדרוש בק"ו, מסתברא ק"ו.
- **פניות רגילות ושכיחות לרוב**: מקל וחומר, דאתיא בקל וחומר, מקל וחומר אתיא, מייתי לה בקל וחומר, נפקא לה בק"ו, אתיא בק"ו, מקל וחומר, בקל וחומר, ק"ו הוא, ק"ו ל-, ותהא קל וחומר, דקל וחומר הוא, ועוד קל וחומר.

מניתוח הנ"ל עולים שלושה ממצאים.

האחד - השימוש הזהה בין שתי המערכות (מלבד הפנייה הסתמית) הוא במונחים הבאים: **הלא דברים** קל וחומר, **קל וחומר הוא ונשא** קל וחומר[388].

השני- צורות הביטוי הייחודיות במשפט הישראלי הנפוצים במידת מה, ושאין להם מינוח תואם במדויק במשפט העברי הם: **על דרך** קל וחומר, **ומכוח** קל וחומר!

השלישי – ריבוי מונחים מעיד בכל דיסציפלינה, וק"ו במערכת המשפט, על מערכת מפותחת. ריבוי המונחים מעיד על הצורך בדיוק יתר של ההיסקים הנגזרים מתהליך הדיון. זוהי עוד הוכחה באשר למידת ההתפתחות של הקל וחומר במשפט הישראלי, בהשוואה לעברי.

[388]. אין בידי הסבר משמעותי לשאלה, מדוע זכו דווקא שלושת סוגי הפנייה הללו לעבור בניסוחן המדויק מן המשפט העברי לישראלי.

ב. מאפיינים מרכזיים

ב.1. מורכבות ניסוחית

בדוגמה הראשונה[389], בית המשפט העליון פסק הלכה מחייבת לפיה – בית המשפט המחוזי מוסמך לדון בהודעה לצד שלישי אשר הוגשה במסגרת תביעה המתנהלת לפניו, אף אם ההודעה בא בגדרי סמכותו העניינית של בית משפט השלום, (השופט וילנר בהסכמת השופטים עמית ומינץ). לבית המשפט המחוזי נתונה סמכות שיורית לדון בכל עניין (אזרחי או פלילי) שאינו מצוי בסמכותו העניינית של בימ"ש השלום. ברם, המחוקק אינו מזכיר בחוק את הליך ההודעה לצד שלישי, ואינו קובע מי מהערכאות רשאית לדון בה. במקרה דנן נוצר קושי משפטי מחמת שווי ההודעה הנמוכה מ 2.5 מיליון ₪ , ומשכך לכאורה היא נתונה לסמכות בית משפט השלום.

בית המשפט קבע כי את שתיקת החוק ביחס לסמכות העניינית לדון בהודעה לצד שלישי **אין לפרש כהסדר שלילי אלא כחסר.** (הדגש שלי, ח.ג). משכך יש להשלימו על פי חוק יסודות המשפט, תחילה בהיקש. ההיקש במקרה דנן נלמד מהחרגת 'הליך התביעה שכנגד' מכללי הסמכות העניינית הרגילה[390]. השופט מוכיח מלשון התקנות, כי לשונן מעיד על מהותו של ההליך (הודעה לצד שלישי) **כנלווה** (הדגש שלי, ח.ג) למחלוקת העיקרית שבין התובע לנתבע. משכך, היא מנסחת את ההיקש (= קל וחומר במקרה דנן) בלשון הבאה:

> כאמור, חוק בתי המשפט מחריג באופן מפורש את התביעה שכנגד מכללי הסמכות העניינית הרגילים הקבועים בו... אני סבורה כי ניתן להקיש מהסדר זה החל בהליך של תביעה שכנגד – הגם שמוגשת בתגובה לתביעה העיקרית ומתבררת במסגרתה – יכולה להתברר אף בנפרד ממנה. לכלול נתבעים חדשים שלא היו צד לתביעה העיקרית ואף לעמוד לבדה גם לאחר מחיקת התביעה העיקרית או דחייתה... אם כן, בשונה מהודעה לצד שלישי – אשר כרוכה, כאמור, בתביעה העיקרית ונלוות לה – התביעה שכנגד אינה בגדר תביעה המותנית בתביעה העיקרית. אף על פי כן, המחוקק

[389]. רעא 4962/19 לוקי בניה ופתוח בע"מ נ' דורי דנקנר.

[390]. חוק בתי המשפט, מחריג את הליך התביעה שכנגד מכללי הסמכות העניינית "הרגילים" שנקבעו בסעיפים 51(א)(2) (סמכות בית משפט השלום) ו – 40 (1) לחוק בתי המשפט (סמכות בית המשפט המחוזי). לעומת זאת, החוק שותק בכל הנוגע לערכאה לה נתונה הסמכות העניינית לדון בהודעה לצד שלישי!

מצא לנכון לקבוע כי תביעה שכנגד תידון במאוחד עם התביעה העיקרית – יהא שוויה אשר יהא ...

מניסוח ארוך ומסובך זה קשה להעלות על הדעת כי מדובר על היקש מסוג קל וחומר. רק לאחר הקטע 'המורכב' הזה מציינת השופטת במפורש: "אני סבורה כי טעמים אלה ביסוד איחוד התביעה העיקרית והתביעה שכנגד חלים ביתר שאת בבחינת קל וחומר, ביחס להליך ההודעה לצד שלישי, כמובהר בהרחבה לעיל". הפסיקה בתיק זה מבוססת בעיקר על הקל וחומר הנדון בין 'תביעה שכנגד' לבין 'הודעה לצד שלישי'. ראוי היה לו לטיעון זה להיות מפורש, ברור ונהיר. התנאים לפי השופטת וילנר **בהודעת צד ג'** חריפים יותר ולכן הם אמורים בקל וחומר "להוליד אותן תוצאות"[391] כמו **בתביעה שכנגד.**

ניתן היה לדוגמה לנסח את הקל וחומר כך: "על אף **שהתביעה שכנגד** יכולה להידון באופן עצמאי, המחוקק חייב לדון בה עם התביעה העיקרית[392] , **הודעת צד ג'** שאינה יכולה להידון באופן עצמאי ללא התביעה העיקרית, דין הוא שתידון עם התביעה העיקרית'. ובמונחי המשפט העברי, המקצר והמתייחס לעיקר, יהיה הניסוח הלוגי כך: 'אם יש חומרא (לידון יחד עם התביעה) בקולא (תביעה שכנגד) דין הוא שתהא חומרה זו (לידון יחד עם התביעה) במקרה חמור יותר (הודעת צד ג')'.

ניתוח ניסוחה המסובך של השופטת וילנר לוקה בחסר מכמה טעמים:

(א) יש בו ערבוביה של מקורות משפטיים, נימוקים והסברים למקורות הנ"ל, הוכחות תקדימיות לחלקים מן הטיעון... וכל זה ב"נשימה אחת".

(ב) כאשר השופטת כותבת כי "... טעמים אלה... חלים ביתר שאת בבחינת קל וחומר", אין הקורא יכול לדעת לאלו מן הטעמים היא מתכוונת. את מה הם מנמקים? ומה משקלם במתודולוגיית השפיטה?

---

[391]. אהרון ברק, **פרשנות במשפט**, חלק ראשון – תורת הפרשנות הכללית 518 (1993). "... אם תנאים מסוימים מולידים תוצאות מסוימות, קל וחומר שתנאים חריפים יותר יולידו אותן תוצאות"

[392]. בעיקר, מטעמי יעילות הדיון. ראו שם בפסיקה.

(ג) אין התייחסות מפורשת לעניין הקולא/חומרא. מדוע **התביעה שכנגד** קלה יותר מהודעת צד ג'?![393]

סכומו של דבר. במקרה דנן, מודגשת העובדה, החוזרת על עצמה שלפיה המתודולוגיה, התורה, והפורמליזציה של הקל וחומר נדחקים הצידה בפני פרטים משפטיים רבים. הניסיון של השופטת ליצור ניסוחים מנומקים היטב לפסיקתה 'מדלג' על העיקר. הוא מדלג על לב ליבו של הטיעון הוא הקל-וחומר. למתנגדים למהלך זה "ידיים קשורות". לריבוי הפרטים המשפטיים אין דרך להתנגד בהיותן מוצגות כעובדות, ולהגיונו של הקל וחומר אינם יכולים להתנגד בשל היותו 'מסתתר' בניסוחים ארוכים, מפולפלים ומסובכים.

ב.2. הגדרות חסרות בגוף הקל וחומר

במקרה זה[394], שר התחבורה נטל את סמכותו של המפקח על התעבורה (על פי תקנה 17 לתקנת התעבורה תשכ"א – 1961) והחליט לסגור את רחוב בר-אילן בירושלים לתנועת כלי רכב בזמני התפילות בשבתות ובחגים. העותרים, תושבים חילוניים עתרו נגד החלטה זו. השופט מ' חשין (בשבתו בדין בבית משפט גבוה לצדק יחד עם הנשיא א' ברק, ש' לוין, ת' אור, א' מצא, צ' א טל, ד' דורנר) פסק כי אסור היה לשר התחבורה להפקיע את זכותם של הרבים להשתמש בדרך המלך. וכך הוא כתב:

> "... ההיקש ילמד מאליו... ולא עוד אלא על דרך של קל וחומר: ומה אדם אסור לו שיפקיע את רשות הרבים הגם שמקצה הוא לרבים דרך אחרת תחת הדרך שהפקיע, לא כל שכן בעניינו שלנו, **ששתי** הדרכים (הדגש במקור, ח.ג) שבהן מדובר – זו של רחוב בר-אילן וזו דרך – העקלתון – השתיים היו והינן בבעלות הציבור מלכתחילה. בעניינו לא הקצה השר כלל לציבור כל דרך חלופית, אלא הצביע על דרך חלופית שהיתה ממילא של הציבור"!

לכאורה, קל וחומר בנוי כהלכה, כדת וכדין. בלשון פשוטה: "מה אם אסור להפקיע את רשות הרבים גם אם מוצעת דרך חלופית קל וחומר אם לא מוצעת דרך חלופית"! קל וחומר זה אינו מתיישב עם

---

[393]. זאת, בהנחה כי קל וחומר זה הוא פשוט, ואלו הם יחסי הקולא/חומרא שאליהם היא התכוונה.

[394].בג"ץ 5016/96, 5025, 5090, 5434 חורב ואחרים נגד שר התחבורה ואחרים.

אמירתו של השופט, ממש בקטע המצוטט לעיל, שממנה עולה כי השר אכן הציע דרך חלופית! כך הוא כותב בעצמו: "... אלא הצביע על דרך חלופית שהיתה ממילא של הציבור"!? אם אכן הוצעה דרך חלופית אין כאן קל וחומר כלל ועיקר!

התשובה האפשרית לתמיהה זו היא בהגדרה של **דרך חלופית.** במובן הפשוט חלופי הוא תיאור לדבר המחליף בעת הצורך ובאופן זמני את הדבר הקבוע והמקורי. במקרה דנן אכן, הוצעה דרך כזו אליבא דהשופט חשין. חובה אם כן לומר, כדי לשמור על סבירות הטענה של השופט, כי לפנינו הגדרה משפטית אחרת ושונה למונח **דרך חלופית.** השופט עצמו רומז לכך בכותבו "... על דרך חלופית שהיתה ממילא של הציבור", כלומר: זו אינו דרך חלופית שהרי ממילא היא של הציבור.

ומה בכך? האם ענייננו הוא בשאלה למי שייכת הדרך (לציבור או לשר המשפטים) או לעובדה שקיימת דרך **אחרת**, שאינה מותירה את הציבור חסר אונים?! אפילו לשון השופט המכובד סותרת את עצמה מיניה וביה: "בענייננו **לא הקצה** השר כלל לציבור כל דרך חלופית אלא **הצביע על דרך חלופית** שהיתה ממילא של הציבור"[395]. לפנינו, ניסיון ל'אנוס' את ניסוח הדין רק כדי ליצור קל וחומר המוסיף נופך של תוקף והגיון לקביעה המשפטית, מבלי **להגדיר** תחילה את הרכיב המרכזי (דרך חלופית) המהווה את הבסיס היחיד לבצוע הקל וחומר

ב.3. לתפארת המליצה

התנועה לאיכות השלטון ואחרים טענו בבג"צ זה[396] כנגד הכנסת ואחרים. ענייננו בבג"צ זה, הוא 'חוק דחיית השירות'. המדינה טענה כי גם אם חוק זה פוגע בערך 'השוויון' אין הוא מעורר בעיה חוקתית, משום שהערך הנפגע אינו מעוגן בחוק יסוד. העותרים לעומת זאת, סבורים כי חוק זה (דחיית השירות) פוגע בשוויון ופגיעה זו גורמת לבעיה חוקתית, משום שהוא מעוגן ברמה על – חוקתית, כלומר: בזכות לכבוד האדם. הנשיא א. ברק (כתוארו אז) בוחן את השאלה המשפטית הנ"ל באנליזה בת שלושה שלבים.

---

[395]. להערכתי, הפתרון לקושי אינו מצוי בהבחנה שבין **הקצה** לבין **הצביע**, שהרי בסופו של דבר זו וגם זו מכונים דרך חלופית, ומה לי **הקצה** ומה לי **הצביע?**

[396]. בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' כנסת ישראל.

בשלב א, הוא בוחן אם החוק המוצע פוגע בזכויות אדם המעוגנות בחוק יסוד. אם התשובה חיובית מתקיים מעבר לשלב הבא.

בשלב ב, הוא בוחן את השאלה, האם הפגיעה בזכויות אדם הינה כדין? כלומר: האם החוק הפוגע מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה, משום שלא כל פגיעה בזכויות אדם הינה פגיעה שלא כדין.

בשלב ג', שלב הסעד, הוא בוחן את תוצאת אי החוקתיות.

גם את שלב א' הוא מחלק לשני שלבי ביניים:

שלב א -א, האם חוק הגיוס פוגע בערך השוויון? הוא 'הוכיח' בפסיקתו, כי ערך השוויון הוא ערך יסוד בכל חברה דמוקרטית למרות שקיימות תפיסות שוויון שונות.

שלב א-ב, הוא דן בשאלה, נשוא ענייננו, האם השוויון הנפגע (שהוכח בשלב א-א, כערך שנפגע מחוק הגיוס החדש), נכלל ב'כבוד האדם'?

בתום הדיון בשלב זה, הוא מגיע למסקנה הבאה: "הגענו לסיומו של השלב **הראשון** (הדגש במקור, ח.ג) בבחינה החוקתית. מסקנתי הינה כי העותרים הרימו את הנטל המוטל עליהם...". הלוז לקביעה זו מצוי בפיסקה קודמת ה'מוכיחה' את הטיעון באמצעות קל-וחומר, וזו לשונה[397]: "שוו בנפשכם: פלוני לא קיבל מערכת אב"כ המתאימה לו בשל היותו בעל זקן, נקבע כי כבודו כאדם נפגע (פרשת נוף), כבודו של אדם נפגע אם אין מאשרים כיתוב מתאים על מצבה של קרוב שנפטר (פרשת ויכסלבאום, עמ' 828) , אדם שנאלץ לפרוש בגיל מוקדם מזה של חבריו, כבודו נפגע (בג"צ 605/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה), האם לא נובע מכאן, בחינת **קל וחומר** (הדגש שלי, ח.ג), כי כבודו של מי שמתחייב בשירות צבאי תובעני וממושך, תוך סיכון חיים, נפגע כאשר אחר זוכה לדחיית השירות אך בשל היותו בחור ישיבה שתורתו אומנתו..."?

מבחינה משפטית, בפני השופט ברק עמדה שאלת הקשר של אי השוויון בשירות הצבאי לשאלת **הכבוד** המעוגנת לדעתו בחוק: יסוד כבוד האדם וחירותו, שהרי עיקר טיעונו מבוסס על חוק זה, ובו ורק בו, חלה הפגיעה שהופכת את החוק לדחיית שירות לבלתי חוקי. הדרך המשפטית בה בחר השופט ברק היתה ליצור קל וחומר, בין שלשה מקרים בהם נפסק כי נפגע כבודו של האדם לבין פגיעה בכבוד האדם

[397]. פיסקה 43, עמ' 41

של "כל אחד מקבוצת הרוב המחויב בשירות צבאי"[398]. בפשטות ו'בקציר האומר' הטענה של הקל וחומר הינה כך: 'אם כבוד אדם נפגע בשל זקנו, כיתוב על מצבה ופרישה בגיל מוקדם, כבודו של כל אחד מהכלל לא יפגע בשל פטור האחר מגיוס לצבא, תחת הסיסמה תורתו אומנתו'?! **ובניסוח הלוגי**: אם **בקל** (זקן, כיתוב על מצבה, ופרישה) קיימת **חומרה** (כבודו נפגע), קל וחומר **שבחמור** (כבודו של כל אדם בקבוצת הרוב המשרתת בצבא) תהא **חומרה** זו (כבודם יפגע)!

קל וחומר זה בלשון המעטה, 'מוזר' אם לא 'מופרך' בשל הסיבות הבאות:[399]

(א) כיצד, אם בכלל מודדים פגיעה בכבוד? מנין לשופט כי פגיעה בשל זקן **קלה** יותר מפגיעה בשל פטור האחר משירות צבאי?

(ב) כיצד קשורה שאלת אי הגיוס לשאלת הכבוד? זו שאלה של אפליה וחוסר שיוויון ולא של כבוד. בטיעון זה, אני מבקש 'לשבור' את הקשר שיצר השופט ברק, בין ערך האי-שוויון לערך הכבוד!

(ג) המדינה אינה פוטרת אנשים משירות אלא מאפשרת להם שירות אלטרנטיבי בלימוד תורה, בדיוק, כפי שמתאפשר לאמנים, ספורטאים, בנות דתיות ופציפיסטיים בשירות לאומי. כלומר: בסיס הטענה (פטור משירות) נשמט, ואין כאן מקום ליצור קל וחומר כלל ועיקר.

(ד)

השופט ברק, הניח בתחילת דיונו מבנה אנליטי לפתרון בעיה משפטית מסוג זה[400], ויצק לתוך מסגרתו את תכניו. המבנה 'הקשיח' הזה, אילץ אותו לדעתי ליצור טיעון חסר בסיס היוצר קשר לוגי מהותי בין '**אי שיוויון**' ל '**כבוד**'. הקל וחומר, המאולץ הינו לדעתי, 'לתפארת המליצה' בלבד. הוא לא הוסיף תוקף ופסיקה אלא אדרבא, העמיד את כל המבנה הלוגי המפואר על 'כרעי תרנגולת'[401].

---

[398]. שם. פיסקה 44.

[399]. הבחינה של הקל וחומר הינה בחינה משפטית טהורה ב'תורת הקל וחומר' שבמשפט העברי. ולא בחינת ערכים, תכליות, וכדומה.

[400]. הלקוחה לדבריו מן המשפט הקנדי, שם.

[401]. השופט גרוניס שישב בדין, תקף את תוצאת פסיקתו של הנשיא ברק (כדעת יחיד). לדבריו, אין צידוק להפעיל ביקורת שיפוטית על החוק המוצע, שכן מדובר בחוק שבו הסכימה קבוצת הרוב, כחלק מפשרה חברתית, ליתן זכויות יתר לקבוצת המיעוט. במילים אלו, תקף השופט גרוניס גם את הקל וחומר, אמנם לא בתובנות הלקוחות מ'תורת הקל וחומר' אבל 'מתבססות' עליה כפי שכתבתי בגוף העבודה.

ב.4. הכנת תשתית לוגית בשלבים ליצירת קל וחומר תקף.

הנשיא לשעבר (כתוארו אז) מ' שמגר ישב בערר זה[402] יחד עם הנשיא ברק (כתוארו אז), בפרשה המוכרת כפרשת 'בנק מזרחי'. הוא דן בעניין העקרוני של המגדר הנורמאטיבי: חוק יסוד, חוק, חקיקת משנה: זאת בעקבות חקיקתם של חוקי היסוד באותה עת. הוא בחן באופן משפטי/אנליטי את הזיקה שבין חוק לחוק. תקנה מול תקנה, ותקנה מול חוק. בכל מקרה של שינוי או פגיעה בחוק קיים הוא קבע כי "יפה כוחו של החוק המאוחר לשנות או את הזכות המוקדמת בחוק המוקדם או לפגוע בה. "**חוק מוקדם נסוג מפני חוק מאוחר**"[403] ברם, קיים סייג לכלל זה, שלפיו **החוק המיוחד דוחה את החוק הכללי**[404]. התנגשות דומה עשויה להתרחש גם בין שתי תקנות ואף שם תופסים כללים אלו באותה מידה.

בהמשך מנסה השופט שמגר להעמיד זה מול זה תקנה שעומדת בנגוד לחוק, אבל במקרה מיוחד –" מה דין תקנה מאוחרת ומיוחדת העומדת בסתירה לחוק כללי ומוקדם לה"? וכך הוא משיב "אילו היינו מפעילים את כללי הפרשנות המובאים לעיל באופן פשטני, היה עולה מהם, לכאורה כי הוראה מיוחדת גוברת על הוראה כללית, יתרה מזו חיקוק מאוחר גובר על חיקוק מוקדם. **על דרך קל וחומר**,(דגש שלי, ח.ג) חיקוק מיוחד ומאוחר גובר כביכול על חיקוק מוקדם וכללי... אולם מסקנה זו אינה נוגעת לנסיבות שבהן ניצבת תקנה מול חוק, החוק לעולם עדיף... הכללים חלים רק במסגרת אותה רמת חקיקה, היינו כאשר לפנינו חוק מול חוק או תקנה מול חוק".

כדי לנסח את הקל וחומר הנ"ל, הנצרך לו לעניין פסיקה זו, הכין השופט **בשלבים** מובחנים את 'הקרקע'. למעשה הוא ניסח מדרג חוקתי של סעיף 16(4) לחוק הפרשנות. בתמצית, ועל פי ניתוח של השופט לפנינו המדרג הבא:

א – חוק גובר על תקנה.

ב – "הוראה מיוחדת גוברת על הוראה כללית"

ג – "חיקוק מאוחר גובר על חיקוק מוקדם".

---

[402]. ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי.

[403]. ישן מפני חדש תוציאו (ויקרא כו, י) או בלטינית "Lex Posterior derogat Priori"

[404] Lex specialis derogate generali

השאלה, אותה הוא העמיד לדיון הינה: "מה דין תקנה מאוחרת ומיוחדת, העומדת בסתירה לחוק כללי ומוקדם לה"? והתשובה: "על דרך קל וחומר, חיקוק מיוחד ומאוחר גובר כביכול על חיקוק מוקדם וכללי". אלו הם ה**שלבים** אותם הוא ניסח טרם ניסוחו של הקל וחומר.

הבה וננתח את דבריו באופן לוגי אריתמטי ובאופן משפטי. נדון בעניין באותה הרמה (חקיקה או תקנה) כדי לא להכניס לדיון את הכלל הראשון שלפיו חוק גובר על תקנה. נשתמש בשיטה הסימבולית:

A– חקיקה **מיוחדת**.

B– חקיקה **כללית**.

C - חקיקה **מאוחרת**.

D - חקיקה **מוקדמת**.

ארבעת הרכיבים הללו יוצרים ארבעה מצבים אפשריים במציאות המשפטית:

(1) חקיקה מוקדמת וכללית

(2) חקיקה מוקדמת ומיוחדת.

(3) חקיקה מאוחרת וכללית

(4) חקיקה מאוחרת ומיוחדת.

השופט שמגר העמיד בשאלתו זה מול זה את (4) מול (1) 'מאוחרת ומיוחדת' מול 'מוקדמת וכללית'. הקל וחומר אותו ניסח טוען כי (4) גובר על (1). בהצבת הסימנים לעיל נראה כי מתקבלת התמונה הבאה:

על פי כלל ב' לעיל $A > B$

על פי כלל ג' לעיל $C > D$

והשופט קבע **בקל וחומר** כי $A+C > B+D$.

ברמה הלוגית (לא במציאות המשפטית) אין כאן קל וחומר אלא קביעה אריתמטית פשוטה, שלפיה בהינתן כי $A>B$ ו $C>D$ אזי מתקיים גם: $A+C>B+D$. במציאות המשפטית, בסרגל לא מתימטי, תוצאה זו אינה הכרחית והיא תלויה בטיב ובמהות האיברים המחוברים זה לזה. לו לדוגמה C ו – D היו רכיבים משפטיים ללא זיקה לחקיקה מיוחדת או כללית, לא ניתן היה לחבר ביניהם, כי הם היו חסרי משמעות. את הקל וחומר שהשופט לא ניסח בפועל ניתן היה לדוגמה לנסח כך: 'אם חקיקה

מיוחדת גוברת על חקיקה כללית כאשר שתיהן מוקדמות, קל וחומר שהיא תגבר כאשר החקיקה המיוחדת מאוחרת והכללית מוקדמת.[405]

אנליזה נוספת של האופציות אותם ניסח השופט תעלה כי למעשה הקל וחומר **מיותר**. השלמת המדרג של הצרופים לעיל תיתן את התוצאה הבא:

(1) **חקיקה מאוחרת ומיוחדת**, הינה בעלת התוקף הגדול ביותר, שכן, היא עדיפה על פי **שני** הכללים לעיל, גם מאוחרת וגם מיוחדת.

(2) **חקיקה מוקדמת ומיוחדת,** הינה בעל תוקף שני במדרג, עקב כלל **המיוחדות** הגובר על כלל הכלליות.

(3) **חקיקה מאוחרת וכללית,** הינה בעלת תוקף שלישי במדרג, עקב כלל **הכלליות**, שמציב אותה לפני הצירוף הבא.

(4) **חקיקה מוקדמת וכללית,** הינה בעלת התוקף הנמוך ביותר במדרג שכן אין לה עדיפות כל שהיא על פי שני הכללים.

(5)

לפלא הוא בעיני, מדוע בחר השופט לבחון דווקא את (1) מול (4) הנמצאים בשני קצוות המדרג?! דירוגם **בלשון המשפטית** תואם את תוצאת היחסים ביניהם בלשון הלוגית/מתימטית. זאת ועוד, למעשה כל המבנה האנליטי הנ"ל מיותר. שהרי מה שהושווה בפועל בפסיקה זו הוא **חוק מול תקנה.** ואלו אינם זוקקים כלל את הקל וחומר משום שלדעת כולם חוק גובר על תקנה.

לסכום עניין זה, יש להדגיש את הממצאים הבאים:

(א) כדי ליצור קל וחומר, פעמים שהשופטים 'בונים' את המלמד והלמד **בשלבים.** התובנות המושקעות בשלבים אלו **אינן** מתורת הקל וחומר. הם יכולים להיות חוקים, פרשנות, פסיקות או היסקים פרשניים. ההתייחסות המתנגדת אליהם, אם ישנה, היא בהתאם.

(ב) פירכת המבנה והשלבים אותו יצר השופט יכולה לבא לידי ביטוי בשני תחומים: בשלבי ההכנה של הקל וחומר ו/או בקל וחומר עצמו.

---

[405]. ניסוח הקל וחומר, אם בכלל, הוא תלוי הסוג של הקל וחומר. במקרה דנן ניתן לתארו, למרות שאנליטית הוא מיותר, גם כקל וחומר פשוט וגם 'בכלל מאתיים מנה'. איני עוסק בגוף העבודה בנושא זה, שיידון בסעיפים הבאים.

(ג) הניסיון ליצור תשתית משפטית הזוקקת תוקף של קל וחומר על בסיס מדרג לוגי אריתמטי בלי ביסוס לוגי מתאים יכול כמו במקרה זה ליצור היסק משפטי תקף רק למראית עין.

ג. קל וחומר מסוג פשוט

ג.1. מבוא

רוב ככול הקלין וחמורין במשפט הישראלי הם מן הסוג 'פשוט'/'עממי'. ניכר ממופעיו הרבים של קל וחומר זה בפסיקה, כי יוצריו (מכל הצדדים) מייחסים לו 'כוח' ו'תוקף' רבים, בהשוואה לסוגי טיעונים משפטיים אחרים. אופן השימוש בו, כפי שאראה בהמשך מגוון מאוד, מ'משיח לפי תומו' ועד ניסוח מכוון המיועד להוספת תוקף לטיעון. משל, אין לצד השני דרך להתנגד לכוחו.

במרבית היקרויותיו אנו פוגשים רק את המונח עצמו, לרוב **קל וחומר** תוך התעלמות מוחלטת מן 'המנגנון', 'ההכללה' ותוקף התוצאה. בחלק מן המקרים כפי שיודגם בהמשך, חש מי מן הצדדים או השופט צורך להוסיף 'נימוק' לטיעון הקל וחומר, וזאת מבלי לציין אף פעם, את מה הוא בא לנמק ומדוע?

עיון בניסוחי קל וחומר מסוג זה, מעלה את הממצא הנושק בפסיכולוגיית המנסח: הצורך לענות אינטואיטיבית על רכיב חלש בטיעון, זאת, כאמור לעיל, מבלי לציין איזה רכיב הוא זה. הניסוחים החופשיים, המשוחררים מכבלי 'תורת הקל וחומר', מקשים לפעמים לברור מתוכם אפילו את שם המלמד ו/או הלמד, רכיבים חיוניים לפי כל הדעות, המאפשרים התייחסות לקל וחומר ולתוצאתו. להלן מספר דוגמאות להמחשת הנאמר.

ג.2. תקני

כנגד מר פריד, להלן **העותר** בתיק זה[406], העומד בראש עמותת "במות" אשר עוסקת בתחום החינוך, התנהלה חקירה פלילית אשר לא הניבה בסופו של יום כתב אישום ובסופה נסגר התיק מחוסר ראיות. העותר ביקש לעיין בחומר החקירה שנאסף נגדו על מנת שיוכל לכלכל את המשך צעדיו בפרשה זו. בית המשפט העליון (בהרכב: א' ברק, א' א' לוי, י' עדיאל) קיבלו את העתירה. השופט י' עדיאל ציטט את הנשיא ברק (כתוארו אז) מתוך פסק דין רע"א 291/99, כדי להקיש לענייננו. המלמד אליבא דהשופט ברק הוא "זכות העיון הציבורית". זכות זו מתוארת על ידי השופט ברק כ"בשורתו של חוק חופש

[406]. בג"צ 10171/02 אברהם פריד נ' משטרת ישראל מחוז ירושלים.

המידע״ שאינו מחייב עוד כידוע, עניין אישי כתנאי להבטחת זכות העיון. **הלמד** במקרה דנן, הוא כמובן בהתאם למקרה ״זכות העיון הפרטית״. כמתבקש, יוצר השופט ברק (ובעקבותיו השופט עדיאל) את הקל וחומר בין הלמד למלמד הנ״ל. בתוך דבריו כותב השופט ברק: ״כך היא בזכות העיון הפרטית, שבה גורלו של מבקש המידע מונח על הכף״.

ההכללה היוצאת מקל וחומר פשוט זה הינה ש״זכות העיון הפרטית״ ׳חמורה׳ (גוברת) תמיד על ״זכות העיון הציבורית״. באופן טבעי ומתבקש מאליו יוצר אותה השופט ברק על ידי גילוי יחסי הקולא/חומרא השוררים בין הלמד למלמד, והוא אף מנמקה באופן ברור: ״שבה גורלו של מבקש המידע מונח על הכף״. אכן, הגורל האישי המונח על הכף ׳חמור׳ יותר מזכות עיון ציבורית שאין בה כל עניין אישי והיא אינה קובעת גורלות של אנשים אלא משחררת מידע לציבור. מנקודת המבט של תורת הקל וחומר, השופט ברק, בחר להזכיר את חומרתה של הזכות הפרטית לעומת הציבורית כדי לספק לקל וחומר את רכיביו ההכרחיים והמחייבים. על אף שאינטואיטיבית הדברים היו יכולים שלא להיכתב כלל, הוא לא השאיר דבר לדמיון או להשערה. זוהי דוגמא לקל וחומר תקני שלם ונכון, שכוחו עמד לו כדי להיות מצוטט כמקור לפסיקה גם במקרה דנן על ידי השופט עדיאל.

קל וחומר זה, יצר בעצם **הלכה חדשה,** המהווה תקדים (כפי שאכן עשה בה שימוש השופט עדיאל), המבוססת כל כולה על תוקפו של הקל וחומר הפשוט. העובדה שקל וחומר לא נסתר במקור עת נוסח לראשונה, מעניקה לו תוקף משנה, כי מעתה הוא כבר משמש כהלכה מחייבת לעתיד. פסילתו (באמצעות פירכתו), תלווה בקשיים רבים, בעיקר בצורך לדון מחדש בפסיקות שהתבססו עליו.

ג.3. מי חמור ממי

במקרה דנן[407] ערר על בית משפט קמא שהורה לעצור את העוררים עד תום ההליכים המשפטיים נגדם בשל האשמתם בעבירות זיוף מטבע זר. שני הפרקליטים משני צידי הדיון, היו ערים לכך שהשופט במקרה דנן, מ. אלון, פסק במקרה ׳דומה׳ לשחרר את העצורים מן המעצר[408]. כך מתאר השופט את

[407]. בש 1/87 פד מא(2) 281 אברהם דנגאשווילי נ׳ מדינת ישראל.

[408]. פרשת ׳אנקורי׳ כפי שזה מוצג בפסיקה זו.

הדיון: "שני הפרקליטים[409] המלומדים היו ערים להחלטתי הנ"ל (לשחרר את העצורים בתיק 'אנקורי', ח.ג) ושניהם בקשו לאבחן בין העובדות דהכא לבין אלה דהתם: באת כח התביעה כדי להראות כי כאן המקרה **חמור** יותר ומצדיק מעצר עד תום ההליכים, והסניגור כדי להראות שהפרשה שם היתה חמורה יותר ולכן השחרור בערבות כאן מתחייב מקל וחומר".

השופט אינו טורח אפילו לרמוז על טיבו של הקל וחומר הנטען מצד הסניגוריה. יושם לב לכך כי שני הצדדים טוענים ליחסי קולא/חומרא בין שני המקרים (פרשת אנקורי מול המקרה דנן), מה שמאפשר לימוד הדין מפרשה אחת לשניה בקל וחומר. צד אחד טוען ליחסים אלו בלי לעשות שימוש במונח[410], וצד שני עושה שימוש במונח. מבחינתה של 'תורת הקל וחומר' במשפט העברי, אלו שני קלין וחמורין המבטלים זה את זה, לכן שניהם אינם בתוקף. התיאור בפסיקה זו לא מאפשר ל'שים את האצבע' על העובדות המתפרשות באופן הפוך כתלות בצד הטוען. השופט מתנסח ומנמק את דבריו בדרך הבאה: "הפרקליטים הצליחו לדלות מספר הבדלים בין שני המקרים, זה בכה וזה בכה אך בסיכומו של דבר אינני יכול לומר שמצאתי **שוני** כזה בין שני המקרים שיצדיק כאן החלטה שונה מהחלטתי שם...".

מה משמעות הביטוי "שוני כזה בין שני המקרים" בו השתמש השופט כדי לדחות את טענות הצדדים? נראה כי לשופט, במונחי תורת הקל וחומר דעה שלישית. בעוד שני הצדדים טוענים ליחסי קולא/חומרא המאפשרים קל וחומר בין שתי הפרשיות, טוען השופט כי ההבדלים בין המקרים לא עולים עד כדי הצגתם כיחסי קולא/חומרא, המצדיקים שימוש בקל וחומר. השופט אינו מכנה יחסים אלו בשם המפורש, קולא/חומרא או יחסים היראכיים אלא מכנה אותם בכינו הסתמי והכולל "**שוני**".

אנו נחשפים כאן לפשטותו של הקל וחומר **הפשוט**, שנדחה כלאחר יד במילה "שוני", על אף פשטות הגיונו. דיון כזה, אילו התנהל על בסיס תורת הקל וחומר, היה מגיע אולי לאותה מסקנה שיפוטית אבל ההסבר היה אחרת. העובדה, שהקלין וחמורין סותרים זה את זה בתוצאתם מעידה כי לכל קל

[409]. שני הפרקליטים, הם המייצגים את שני הצדדים במקרה זה. ותיק 'אנקורי' הוא התיק שבו פסק השופט אלון לשחרר את העצורים. שני הצדדים ביקשו להקיש מתיק אנקורי למקרה דנן.

[410]. אבל, מתוך נסיבות המקרה אף הוא מתכוון ל'קל וחומר'.

וחומר יש פירכא על ידי הצד שכנגד. די לעובדה זו כדי לדחות את דעות שני הצדדים, מבלי להיזקק כלל ל'תורת ההשוואות' שבין שני המקרים המצויה כולה בתחום הבנתו ושיפוטו של השופט המכובד.

האינטואיציה הטבעית של השופט, המזהה שני טיעונים המתבססים על אותה תבנית היסק: הקל וחומר, כטיעונים נוגדים, לא הבשילה עד כדי ציון עובדה זו כפורכת את היסקי שני הצדדים. כלומר: הוא לא עשה שימוש בכלל שלפיו קלין וחומרים סותרים נועדו לביטול אהדדי. במקום זאת, עשה השופט שימוש במונח 'שוני' כדי לבחון את מידת ההשוואה הקיימת בין המקרה דנן לבין פרשת אנקורי. השופט, קבע למעשה כי אין הבדל בין המקרים ולכן החלטתו שם, שרירא וקיימת גם כאן. במונחי הקל וחומר קבע השופט, כי אין כלל **יחסי קולא/חומרא** בין שני המקרים כדעת שני הצדדים לדיון, המצדיקים שימוש בקל וחומר[411]. באיזה כלי אם כן נלמדת הפסיקה דהכא מהתם? בהיקש כפשוטו, כלומר: זה אותו המקרה, והדין החל שם יחול כאן.

ג.4. הוספת תוקף

בסעיף זה אדון בדוגמאות בהן קיימת מודעות למי מן הצדדים ו/או לשופטים למידת כוחו של הקל וחומר. ניטול לדוגמה את דברי השופטת ארבל במקרה הבא[412]: "נוכח האמור, במקרה דנן טענה המשיבה כי יש להרשיע את המערער בעבירה של גרימת חבלה חמורה לבן משפחה, עבירה של מחשבה פלילית, נוסף להרשעתו בעבירה של ניסיון לרצח. **נטען כי כל היסודות של עבירה זו הוכחו על דרך של קל וחומר** בבית המשפט המחוזי, וממילא לא נפגעה יכולתו של המערער להתגונן".

מבלי להיכנס לפרטי המקרה דנן, המשיבה (מדינת ישראל) מבססת את טיעונה על העובדה שיסודות העבירה הוכחו זה מכבר בערכאה קודמת, בבית המשפט המחוזי. ברם, לא רק עובדה זו מוצגת בטענת המשיבה, אלא גם ובעיקר את תוקף ההוכחה לקיומן של העבירות הנ"ל, בכך שהם נלמדו בהלכת המקור **בדרך של קל וחומר**! מאומה לא היה נגרע מן הטיעון של המשיבה גם לולא היא הצביעה על דרכי הוכחתן של העבירות הנ"ל. ההצבעה על הקל וחומר כמקורן מכוונת, ונועדה להוסיף מימד של **תוקף** לטענתה. משל היתה אומרת, 'לא רק שיסודות עבירה אלו כבר הוכחו בערכאה קודמת, אלא הם

[411]. המביאים אמנם לתוצאות הפוכות.

[412]. ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל.

אף הוכחו ברמת תוקף גבוהה בשל התבססותן על מידת הקל וחומר׳. מדוגמה זו למדים כי לתובנה בעלת תוקף גבוה כשל תוקפו של הקל וחומר, יש גם יכולת להיות מועברת לערכאת בית המשפט העליון, ללא הצורך לדון מחדש לפרטיה, שהרי היא הוכחה על דרך הקל וחומר!

שני ביטויים נפוצים בפסיקה מעידים אף הם על מידת תוקפו של הקל וחומר: **הראשון** – ״**גם** על דרך של קל וחומר״ **והשני** – ״אלא **אף** על דרך של קל וחומר״. בביטוי הראשון[413] יש אפשרות להוכיח טענה מסוימת בהתבסס על תקדים או על לשון החוק באמצעים פרשניים, ברם, הטוען מעדיף לבסס דבריו על הקל וחומר. בביטוי השני, המקורות לטיעון הם לרוב ׳גזרה-שוה׳ ו/או היקש, המתלווה אליו טיעון הקל וחומר כאפשרות מועדפת.

דוגמה לנ״ל אנו מוצאים במקרה[414] שנדון בבית המשפט העליון בפני השופט י׳ עמית. השופט מונה ארבע חלופות שניתן למנות כעבירות מקור ל״רכוש אסור״ לצורך בקשת חילוט. חלופה רביעית מכונה עבירת **הנסיון לקבל דבר במרמה**, המיוחסת למערערים בתיק זה. טענת המשיבה (מדינת ישראל) הינה, כי גם **ניסיון** לבצע עבירת מקור (ולא רק ׳הצלחה׳ בקיום העבירה) מהווה עבירת מקור בפני עצמה, המאפשרת את חילוט הכספים הקשורים בעבירה. לצורך הוכחת הטיעון הזה, מפנה המשיבה לשני מקורות. הראשון הוא סעיף **334 לחוק העונשין** שעוסק בעבירת ניסיון. החוק קובע בסעיף זה כי: ״...כל דין החל על הביצוע העיקרי של העבירה המושלמת חל גם על ניסיון, שידול, נסיון לשידול או סיוע לאותה עבירה״. השני הוא ״גם על דרך של קל וחומר **מפריט 20** לתוספת הראשונה **לחוק איסור הלבנת הון**, הקובע כי גם קשר לעבור את אחת העבירות המפורטות ייחשב לעבירת מקור. ומהו הקל וחומר? בלשון המשיבה, ״הרציונל״ הוא בעצם הקל-וחומר, וזה ניסוחו העקיף: ״הרציונל בגינו החיל המחוקק את חוק **איסור הלבנת הון** גם על עבירות קשירת הקשר, שמטבען הן עבירות מרוחקות יחסית מהעבירה הראשית, חל ביתר שאת כאשר מדובר בעבירה הסמוכה לליבת העבירה הראשית כמו עבירת הנסיון״. מבלי להכנס לתוכנו ותוקפו של הקל וחומר, ברי כי המשיבה מבקשת לתת תוקף יותר לדבריה בהצביעה על מקור נוסף לטיעונה המבוסס על הקל וחומר, על אף ׳ריחוק׳ מסוים הקיים בינו לבין הנושא הנדון.

---

[413]. ראו לדוגמה: ע״א 4726-01 . ג.א.ל בע״מ נ׳ הומנותא בע״מ ע״פ 8312*17 ברהמי בנימין נ׳ מדינת ישראל, ועוד הרבה.

[414]. ע״פ 8312/17 ברהמי בנימין נ׳ מדינת ישראל.

במקרה הבא[415] מציין השופט חשין כי "הדברים אינם אך על דרך של גזירה שווה אלא אף על דרך של קל וחומר". הגזירה שווה עליה מדבר השופט הינה בין התרצותו של המחוקק והסכמתו להחזיק נאשם במעצר של ממש למשך 48 שעות נוספות לאחר שזכה בהחלטה לשחרור בערובה לבין עיכוב יציאתו של נאשם לחופשי לצאת מן הארץ אף הוא למשך 48 שעות. ומהו הקל וחומר? "אם נתרצה המחוקק והסכים כי יוחזק נאשם במעצר ממש ל-48 שעות נוספות לאחר שזכה בהחלטת שחרור בערובה – והכל כדי ליתן בידי המדינה אפשרות אפקטיבית לערור על אותה החלטה – קל וחומר במקום שבו מתהלך נאשם חופשי ומתעכבת ל-48 שעות אך זכותו לצאת מן הארץ". בכותבו "גזרה שווה", מן הסתם מתכוון השופט חשין לנימוק הזהה בשני המקרים. שהרי סיבת העיכוב בשני המקרים הוא "ליתן בידי המדינה אפשרות אפקטיבית לערור על אותה החלטה". ברם, כאשר אנו משווים את הלמד למלמד ניתן להבחין על נקלה כי קיימים יחסי קולא/חומרא ביניהם. ברי כי **החזקת נאשם במעצר** חמורה לאין ערוך **מעיכוב נאשם ליציאה מן הארץ**! בביטוי "אף על דרך של קל וחומר" מבקש השופט חשין להוסיף **תוקף** לטיעון זה, ומכאן שלדידו תוקפו של הקל וחומר גדול מתוקפה של הגזירה – שווה[416], כאשר מדובר כמו במקרה דנן על אותה תוצאה ועל אותם למד ומלמד המשמשים באותו התפקיד בשתי שיטות ההיסק.

ג.5. התלבטות

במקרה שלפנינו[417], ערר על החלטת ביהמ"ש המחוזי בת"א, אשר דחה את עררו של העורר על החלטת בימ"ש השלום בת"א, שבגידרה נדחתה בקשת העורר כי ינתן צו איסור פרסום על ראיה הנכללת בחומרי החקירה (הקלטה). ברם, ההקלטה הנ"ל בוצעה על ידי אדם פרטי אשר אינו קשור לגורמי החקירה. ביהמ"ש העליון (השופט י' עמית) דן תחילה במסגרת הדיון. הוא הבהיר כי מאחר

[415]. בשפ 1986/94 מדינת ישראל נ' אלברט דוד בן עמר.

[416]. גם במשפט העברי אנו מוצאים דיונים דומים בהם מושוות דרך הלימוד של אותה הלכה בגזירה שווה לאופן לימודה בקל וחומר. כוחו של הקל וחומר עומד לו מול הגזרה שווה והוא מהווה מקור בעדיפות ראשונה. סיבה נוספת לעדיפות השימוש בקל וחומר, היא העובדה כי במידה זו אין עושים שימוש בטקסט המקראי ולכן הטקסט אינו 'מבוזבז' והוא יוכל לשמש את הדרשן לדרשה של הלכות נוספות. ראו לדוגמה: בבלי בכורות ה.א, ועוד דוגמאות רבות.

[417]. בשפ 1659/11 חיים שטנגר נ' מדינת ישראל.

שעניינו בהליך המתנהל בין העורר למדינה, הדרך הנכונה להשיג על החלטות הערכאות דלמטה הוא באמצעות הגשת ערר[418].

במאמר מוסגר ("בינו לביני", כלשון השופט עמית) מתייחס השופט לאחד מתיקוני החסד"פ בסעיף הבא: "... הגביל המחוקק הגשת ערר בזכות על החלטה של בית משפט מחוזי בערר על בית משפט שלום בנושא מעצרים[419]. על דרך ההיקש, ושמא על דרך של קל וחומר, יכול הטוען לטעון כי אם כך בנושא מעצרים, על אחת כמה וכמה בנושא פרסום או איסור פרסום. אותיר את השאלה בדרך עיון".

תיקון החוק נוגע לנושא המעצרים, אולם השופט ביקש ללמוד מכך לנושא "פרסום או איסור פרסום", שהוא נושא דיונו בתיק זה. הביטוי בו משתמש השופט עמית לתיאור התלבטותו באשר ליחסים בין המלמד (מעצרים) לבין הלמד (פרסום או אי פרסום) הוא: "על דרך ההיקש ושמא על דרך של קל וחומר". הוא משאיר את השאלה בצריך עיון. על אף שהוא הצביע על שתי דרכים: היקש וקל וחומר, הוא מתאר במילותיו את הקל וחומר בלבד (על אחת כמה וכמה). במה מתלבט השופט, אם שתי הדרכים מובילות לאותה תוצאה? נראה, כי הנושא הנדון כאן, שבו ביקש השופט לא להכריע הוא טיב היחסים בין הלמד למלמד האם הם יחסים היראַרכיים שיש בהם יחסי קולא/חומרא או אז הלימוד יהיה בקל וחומר, ואם אין ביניהם יחסי קולא/חומרא, או אז הלימוד יהא בהיקש. ברם, הלימוד בהיקש משמעותו כי התיקון לחוק המתייחס **למעצרים** יכלול גם את נושא **הפרסום**. קשה להניח כי אכן לכך התכוון המחוקק, שהרי כל כותרתו של חוק זה הוא "סמכויות אכיפה – מעצרים"! גם הדרך החלופית והמועדפת, לימוד בקל וחומר הנותנת לכאורה תוקף גדול יותר להיסק, אינה 'סוגה בשושנים' מאותה הסיבה עצמה. השופט יוכל לקבוע את היחסים בין הלמד למלמד רק לאחר ניתוח מדוקדק שלהם, כגון: באמצעות הרציונלים הנמצאים בבסיסם.

הותרת השאלה ב'צריך עיון' אפשרית בשל שתי סיבות שונות. **האחת** – הדיון המורכב הנצרך לקביעת יחסי חומרא בין הלמד למלמד, כפי שציינתי לעיל. **השניה** – כל הדיון הזה אינו נצרך לפסיקה זו.

---

[418]. ראו רע"פ 2741/96 גלנטי נ' מדינת ישראל. בתיק זה הבחין הנשוא ברק בין הליך פלילי המתנהל בין המדינה לבין פלוני, שבגדריו יכולים הצדדים להגיש ערר לבין הליך הנפתח על ידי צד שלישי כגון: אמצעי התקשורת, שאז ההליך הנכון הוא בדרך של בש"פ.

[419]. תיקון מס' 8 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו, בסעיף 53 (א) (א1) (1) בנוסחו דהיום.

ד. קל וחומר מורכב

ד.1. מאפייני הקל וחומר המורכב

לא מצאתי קל וחומר מורכב מפורש בפסיקות המשפט הישראלי. מהם המאפיינים המרכזיים של הקל וחומר המורכב? נדון בדוגמה הבאה:

(I): ראובן קיבל ציון 90 במתימטיקה.

(II): שמעון קיבל ציון 70 במתימטיקה.

(III): שמעון התקבל ללימודי משפטים.

חלקי הקל וחומר המורכב הם: 3 נתונים, הכללה המוסקת מ (I) ו (II) ומסקנה.

בדוגמה זו **ההכללה** תטען כי ראובן תלמיד טוב יותר משמעון בשל פערי הציונים ביניהם במתימטיקה. ולכן, בכל מקצוע לימודי ראובן יצטיין יותר משמעון.[420] **המסקנה** תהיה לפי זה, שגם ראובן יתקבל ללימודי משפטים שהרי הוא תלמיד טוב יותר משמעון, ואם שמעון התקבל קל וחומר שאף הוא יתקבל. לולא הנתונים (I), (II) לא היתה יכולה להיווצר הכללה, כל הכללה. זו אינה הכללה אפריורית כדוגמת זו הקיימת בקל וחומר הפשוט אלא הכללה **אפוסטריורית.** יושם לב, לו הלכה (III) הכילה את הנתון הבא: (III): **לוי** התקבל ללימודי משפטים, לא היתה להלכה זו כל משמעות היסקית בקל וחומר זה. הרכיב בהלכה (III) שמאפשר את פעולת ההיסק הוא **שמעון** נושא ההכללה מ- (I) ו (II) .

ההבדל העיקרי אם כן בין הקל וחומר הפשוט למורכב הוא ההכללות. בקל וחומר הפשוט ההכללה אפריורית ולכן יש צורך רק בנתון אחד נוסף להכללה כדי ליצור את פעולת ההיסק. בקל וחומר המורכב יש צורך בשלשה נתונים. שניים יוצרים את ההכללה והשלישי את פעולת ההיסק. מתודלוגיית הקל וחומר המורכב במשפט העברי מפותחת יותר ממתודולוגיית הקל וחומר הפשוט, והיא עומסת על גבה את רוב רובה של תורת הקל וחומר.[421] ניתן אם כן לטעון כי השימוש בקל וחומר המורכב מעיד על התפתחות בתורת הקל וחומר וכן ההיפך. בפראפרזה, 'תורת הקל וחומר' במשפט הישראלי טרם התפתחה לרמת ניסוחים של קל וחומר מורכב, והיא נמצאת בחיתוליה. עם זאת, ניתן בדוחק למצוא ניצנים רכים להתפתחות הקל וחומר המורכב במשפט הישראלי,

---

[420]. ברור שניתן לפרוך הכללה זו בסוגי פירכות שונות כגון: ההצטיינות במתימטיקה יכולה להעיד אולי רק על מקצועות ריאליים ולכן אין להסיק ממנה על מקצועות הומניים.

[421]. שיאה הוא כמובן הקל וחומר במשנת בבא-קמא ובמשנת נידה.

באותם המקרים שבהם הקל וחומר אינו מנוסח כלל אבל רכיביו מאפשרים ניסוח קל וחומר מורכב ו/או בשל ריבוי נתונים שמהם נוצר הקל וחומר. קל וחומר פשוט אינו זוקק בהגדרה יותר מנתון אחד, בצרוף ההכללה האפריורית, לכן, במוצאנו יותר מנתון אחד. אפשר אולי בדוחק לנסות ולהצביע על היתכנות מה לניסוח קל וחומר מורכב. אדגים אפשרויות אלו בשלוש פסיקות של העליון.[422]

ד.2. שני נתונים בניסוח הקל וחומר

בג"ץ[423] אסר על הפעלת סמכויות של גבייה מנהלית במחסומי דרכים המוקמים על ידי משטרה לצרכים מבצעיים. סמכות זו פוגעת בזכות לכבוד, בזכות לפרטיות, בחופש התנועה ובזכות להליך הוגן. ענייננו הוא טענת המדינה להפעלת סמכות זו בהתבסס על פקודת המסים (גביה) החלה מכוח סעיף 367 (א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה – 1995. לשיטתם, משנתונה בידי רשויות הגבייה סמכות מפורשת בפקודה להיכנס לחדריו הפרטים של החייב לשם עיקול מטלטליו על מנת להיפרע מחוב מס, **מקל וחומר** נתונה להם גם הסמכות לעשות זאת במחסום משטרתי ברשות הרבים. הקל וחומר שהמשטרה ניסחה בתיק זה הכיל שני נתונים הלקוחים מתוך הפקודה. האחד – פקודת המיסים מעניקה סמכות מפורשת לעקל מטלטלין של חייב בחדרו. השני – כנ"ל לחדרים שאינם של החייב לשם הפעלת הסמכויות הקבועות בה. מנתונים אלה, יש להסיק לדעתה, על דרך **של קל וחומר**, את הוראות סעיף 5(1) [424] לפקודה, ככזו הבאה להוסיף על סמכותם של גובי המס לפעול ברשות הרבים.

שני הנתונים בבסיס הקל וחומר הם ניסוחי המחוקק ולא פרשנותה של המשטרה. רוצה לומר יש **הבדל** בין שתי סמכויות אלו (בחדריו ובחדרי צד ג'), ובשניהם מוענקת סמכות עיקול למשטרה. המסקנה הנגזרת משני נתונים אלה יוצרת **הכללה** שלפיה סמכות העיקול במקרה דידן חזקה **תמיד** מזכויות הבעלים (כבוד, פרטיות וכו'). עד כאן הדמיון למבנה הקל וחומר המורכב. ברם,

---

[422]. כאמור, אין לפנינו ניסוחים מובהקים של קל וחומר מורכב אלא **ניסיונות שלי** להצביע עליהם כבסיס לקל וחומר מורכב מבלי לייחס זאת ליוצריהם.

[423]. בג"ץ 6824/07 ד"ר עדאל מנאע ואחרים נ' רשות המיסים ואח'

[424]. וזה נוסח הסעיף 5(1):

(1) דרש גובה המס מהסרבן לשלם מיד את הסכום הנקוב בכתב ההרשאה והסרבן לא מילא אחר הדרישה, רשאי גובה המס –
(א) להיכנס לחדריו של הסרבן שבהם נמצאים או עלולים להימצא מטלטליו ולעקלם;
(ב) להיכנס לחדרים שאינם מוחזקים בידי הסרבן ולעקל מיטלטלי הסרבן...

כדי ליצור קל וחומר מורכב תקף חסר נתון שלישי שיש בו רכיב משותף לאחד מרכיבי ההכללה, וזה אינו. ניסוח הקל וחומר אותו יצרה המשטרה 'קפץ' מן ההכללה ישירות למסקנה. בניסוחיה: "משנתונה בידי רשות הגבייה סמכות מפורשת בפקודה להיכנס לחדריו הפרטיים של החייב לשם עיקול מטלטליו על מנת להיפרע מחוב מס, **קל וחומר**, נתונה להם גם הסמכות לעשות זאת במחסום משטרתי ברשות הרבים".

בהתבסס על נוסח זה נראה, כי המשטרה **לא ראתה בשני הנתונים המנוסחים בפקודה שני נתונים שמהם ניתן ליצור הכללה.** לדידה, שני הנתונים הם אחד[425] ולמעשה לפנינו קל וחומר פשוט הכולל הכללה אפריורית בלתי מנוסחת. מהי הכללה זו? מן הסתם משהו מעין זה: כוח המעקל גדול מזכויות המעוקל. קשה להניח כי הכללה זו הינה אפריורית ואינה ניתנת להפרכה. עובדה היא כי השופט ע' פוגלמן (בהסכמת הנשיאה ד' ביניש בתוארה אז והשופט ח' מלצר) דחו אותה. נמצאנו למדים כי קל וחומר זה נמצא ב'שטח הדמדומים'. מחד - הניסיון לתארו כקל וחומר פשוט לוקה בחסר בשל ההכללה האפריורית שלו שאינה תקיפה. מאידך - הניסיון לתארו כקל וחומר מורכב, בשל שני הנתונים מן הפקודה לוקה בחסר בשל היעדר נתון שלישי.

ד.3. קל וחומר מורכב פוטנציאלי

העותר (אלוף מיל' עו"ד אביחי מנדלבליט כתוארו אז) ביקש להורות למשיב, היועמ"ש לקיים שימוע בענייננו.[426] זוהי עתירה המהווה אחד מספיחי 'פרשת הרפז'. העותר מבקש להורות למשיב ליתן לו זכות טיעון מליאה עוד טרם קבלת ההחלטה לגבי **עילת** סגירת התיק בענייננו. לא עלה בידיו להצביע על נימוק בגינו יש לחרוג מהוראות סעיף 62(ב) לחסד"פ ומהפרקטיקה הנוהגת, לפיה טענות והשגות לגבי עילת גניזת התיק מובאות ונדונות לאחר קבלת ההחלטה. השופט י עמית מגדיר את בקשת העותר: "מבקש להקדים נעשה לנשמע". על פי סעיף 60 א (ד), החשוד רשאי אמנם לפנות לתביעה בבקשה מנומקת להימנע מהגשת כתב תביעה, ויותר מכך על פי סעיף זה נשלחת הודעה לחשוד והוא רשאי בתוך 30 יום לפנות ולבקש שימוע. אלא שסעיף זה עוסק בעבירה מסוג **פשע**, ואילו העבירה בתיק זה הינה מסוג **עוון!**

השופט בפסיקתו מצביע על קיומו של סעיף 60א(ד) בחסד"פ הקובע כך:

---

[425]. במונחי המשפט העברי, המשטרה יצרה משני הנתונים נתון אחד באמצעות מידת **בנין אב** לא הרי זה כהרי זה, והמשותף לשניהם היא העובדה שהמשטרה רשאית לעקל בחדרים כל שהם שבהם נמצא רכוש המעוקל.

[426]. בג"ץ 2652/15 אלוף מיל' אביחי מנדלבליט נ' היועץ המשפטי לממשלה.

יידוע על העברת חומר חקירה לתובע בעבירת פשע

60 א [...]

(ד) חשוד רשאי, בתוך 30 ימים מיום קבלת ההודעה, לפנות בכתב לרשות התביעה כאמור בסעיף קטן (ב), בבקשה מנומקת, להימנע מהגשת כתב אישום, או מהגשת כתב אישום בעבירה פלונית; פרקליט המדינה, פרקליט המחוז, ראש יחידת התביעות או מי שהם הסמוכות לכך, לפי הענין, רשאים להאריך את המועד האמור.

באשר להעמדה לדין וסגירת תיק, לשון החוק בסעיף 62(ב) לחסד"פ הינה כך:

העמדה לדין וסגירת תיק

62. *על החלטה שלא להעמיד לדין תימסר לחשוד הודעה בכתב שבה תצויין עילת סגירת התיק והחשוד יהיה רשאי לפנות לתובע שסגר את התיק בבקשה מנומקת לשנות את עילת הסגירה. תיק שנסגר בשל חוסר אשמה, יימחק רישומו מרישומי המשטרה.*

הקשר בין שני תת-סעיפים אלו לענייננו נוצר על ידי המשיב, והשופט מצטט אותו: "הוראה זו (זכות יידוע וזכות שימוע, ח.ג) חלה לגבי חשוד שהוחלט להעמידו לדין ביחס לעבירות **פשע**, בעוד שעניינו בחשוד שעומדים לסגור את תיק החקירה בעניינו ביחס לעבירת **עוון**. לכן יש טעם בטענת המשיב, כי מהוראת סעיף 60א(ד) הנ"ל ניתן ללמוד הסדר שלילי לענייננו ואף על דרך של קל וחומר".

טענת המשיב שאיתה מסכים השופט (="יש טעם בטענת המשיב") הינה שאדרבא, יש לדחות את טענת העותר בהתבסס על סעיף 60א(ד) או בשל הסדר שלילי, "**ואף על דרך של קל וחומר"!** באשר להסדר השלילי העניין נהיר, המחוקק איפשר זכות יידוע וזכות שימוע לפני החלטה אך ורק בעבירה מסוג פשע, ומכאן שהעותר אינו יכול למצוא סעד בסעיף זה, שכן הוא חשוד בעבירת עוון. ברם, הנימוק השני, "ואף על דרך של קל וחומר", מה טיבו? השאלה קיימת שכן, קל וחומר זה לא פורש מהו!

הניסיון שלי, באמצעות הפניית השאלה לגורמים בכירים במערכת המשפט, עורכי דין ושופטים העלה שלל תשובות 'בעייתיות' בלשון המעטה.[427] אני מבקש לנתח תשובות אלו בהקשר הנוכחי – הקל וחומר המורכב. את שלל התשובות שקיבלתי ניתן לחלק לשתי גישות עקרוניות:

ד.4. הגישה הפשטנית

על פי גישה זו, קיים נתון אחד בלבד, הנתון בסעיף 60א (ד), שלפיו זכות העיון והשימוע נתונה לנחשד בעבירת פשע בלבד, ומנתון זה, ורק ממנו נלמד הקל וחומר העלום, כקל וחומר פשוט. ההכללה האפריורית במקרה זה תטען כי עבירת פשע חמורה מעבירת עוון, וזו ודאי הכללה מקובלת על כל. אלא שאז, תהיה מסקנת הקל וחומר הפוכה מזו שאליה התכוון המשיב. הקל וחומר יטען כי אם בפשע החמור מוקנית זכות שימוע ויידוע קל וחומר שזכות זו תוקנה גם לעוון הקל. נמצא כי קל וחומר זה, תומך בטענת העותר ולא בטענת המשיב! בשל כך, יש לדחותו ובמקומו, להציע קל וחומר אחר שיתמוך בטענת המשיב ולא בטענת העותר !

האפשרות היחידה ליצור קל וחומר אחר, שלפיו עוון חמור מפשע אפשרית רק אם נוסיף נתונים נוספים למערכת זו וניצור באמצעותם קל וחומר מורכב. האפשרות ליצור נתונים נוספים משני סעיפים אלו לצורך יצירת קל וחומר התומך בטענת המשיב (שלה מסכים השופט י' עמית) נובעת מן העובדה שבדיון ובפסיקה הוזכרו שני סעיפים אלו, (60א(ד), ו-62(ב) לחסד"פ) כמקורות רלוונטיים ליצירת הקל וחומר. כדי ליצור קל וחומר מורכב, נציין כי בעבירת פשע אין זכות לשינוי עילת הסגירה לפני סגירת התיק על אף שקיימת זכות ליידוע ולשימוע.

מנתונים אלו ניצור את סדרת שלושת הנתונים שלהם אנו זקוקים כדי ליצור קל וחומר מורכב מתאים.

(I): בעברת פשע **קיימת** זכות יידוע ושימוע לפני החלטה.

(II): בעבירת עוון **לא קיימת** זכות יידוע ושימוע לפני החלטה.

(III): בעבירת פשע **לא קיימת** זכות בקשה לשינוי עילה לפני סגירת התיק.

[427]. מפאת כללי האתיקה אינני מפרסם את שמות המשיבים לשאלתי, אבל השמות מצויים עימדי.

המסקנה המתבקשת מנתונים אלו הינה שגם בעבירת **עוון** לא קיימת זכות בקשה לשינוי עילה לפני סגירה. הקל וחומר המורכב יטען כך:[428] ומה בפשע שהקלו בו בעניין זכות היידוע והשימוע (I) החמירו בו בעניין זכות הבקשה לשינוי עילה לפני סגירה (III), עוון, שהחמירו בו בעניין זכות היידוע והשימוש (II), אינו דין שיחמירו בו בעניין הזכות לבקש את שינוי עילת הסגירה לפני הסגירה'!!

הקל וחומר המורכב הזה, אכן מוביל למסקנה התומכת בדעת המשיב, והוא עושה שימוש בנתוני הסעיפים הנ"ל אבל הוא לוקה בחסר, וספק אם המשיב התכוון אליו. זאת מדוע: סעיף 62(ב) לחסד"פ אינו מבחין בין סוגי העבירות לעניין הזכות לבקש את שינוי עילת הסגירה. בכל סוגי העבירה, קיימת זכות כזו **רק לאחר** סגירת התיק, ובכללן עבירת עוון. היוצא מכך, אין צורך כלל בקל וחומר, כדי לסתור את טענת העותר, שהלא זוהי הוראתו המפורשת של סעיף זה. בשל כך יש לראות בנתון (III) לעיל, נתון מלאכותי מיותר, שהרי באותה המידה ניתן היה לטעון כי (III) מדבר על עבירת עוון. יתיר על כך, ההכללה היוצאת מ (I) ומ (II) הינה שעוון חמור מפשע כי אין לו זכות יידוע ושימוש לפני החלטה. זוהי הכללה המבוססת על שני נתונים ולכן הינה אפוסטריורית. ההכללה האפריורית כמוזכר לעיל הינה כי פשע חמור מעוון, זו הכללה הגיונית יותר.

נכון לזמן כתיבת שורות אלו לא מצאתי את ניסוחו של הקל וחומר הנעלם, התומך בדעת המשיב והשופט, אבל בכל זאת ניתן אולי להסיק מדיון זה מסקנה בעלת משמעות. האפשרות להפוך קל וחומר פשוט למורכב מחייבת הוספה של שני נתונים לזה הקיים. הנתונים עשויים ליצור **הכללה** אפוסטריורית הפוכה מזו המתקבלת בדרך אפריורית. במוצאנו, כמו בדוגמה זו קל וחומר בלתי מנוסח, אבל אנו יודעים מה חייבת להיות מסקנתו אליבא דיוצרו. ניתן יהיה לטעון שלפנינו קל וחומר **מורכב פוטנציאלי!** פוטנציאלי על שום מה? על שום שאין בידינו את ניסוחו מצד אחד, אבל יש בידינו, כמו בדוגמה זו נתונים נוספים שמהם ניתן ליצור את הקל וחומר.

[428]. וזה הנוסח שקיבלתי מאחד הגורמים הנ"ל.

אכן, לא מצאתי קל וחומר מורכב מפורש במשפט הישראלי, אבל בדוחק ניתן אולי לטעון כי בתנאים מסוימים יכול הקל וחומר הבלתי מנוסח להיות פוטנציאל ליצירת קל וחומר מורכב, ובתנאי שבסביבתו יהיו נתונים נוספים, רלוונטיים לניסוחו.

ה. קל וחומר מסוג 'בכלל מאתים מנה'

ה.1. מבוא[429]

נדון בבד"מ 2081/18 כמקרה בוחן, המכיל את כל המרכיבים הנדרשים לדיון אודות הקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' במשפט הישראלי.[430] השופטת רונית פוזונסקי-כץ הובאה לדין משמעתי בגין התנהגות שאינה הולמת מעמדו של שופט והפרת כללי האתיקה לשופטים. הצדדים (הקובלת-שרת המשפטים, הנקבלת - השופטת הנ"ל) הסכימו לעתור להשעיה לתקופה קצובה. בית הדין המשמעתי לשופטים (א' גרוניס, נ' הנדל, א' הלמן) הורה על העברת השופטת מכהונתה. מפסק הדין נראה כי בית הדין המשמעתי לשופטים אינו מוסמך להטיל עונש של השעיה על שופט שהורשע בדין כאמצעי משמעת סופי. סעיף זה (אמצעי משמעת, ח.ג) אינו נזכר בסעיף 19 לחוק בתי המשפט, הקובע מהן הסנקציות שבסמכות בית הדין. הרכב זה הגיע למסקנה כי מדובר על "הסדר שלילי" השולל אפשרות להוסיף בפרשנות או בהשלמה אמצעי משמעת של השעיה. הואיל וכל אמצעי המשמעת המנויים בחוק זה, אשר מצויים במדרג הנמוך – כולל נזיפה כחמור שבהם אינם ראויים למקרה זה, לא נותרה בידי השופטים ברירה אלא להורות על העברתה מכהונתה.

עניינו בדיון זה, הוא בעמדת העותרת העיקרית. לדעתה, יש ללמוד מן העובדה שניתן להעביר שופטת מכהונתה לצמיתות גם את האפשרות להעבירה מכהונתה לתקופה קצובה, בשל הכלל 'בכלל מאתיים מנה'. בלשונה: "השלם טומן בחובו את חלקו". השופט נ' הנדל לא קיבל טיעון זה והגדיר אותו כ"כשל". וזאת מדוע? "הכשל שביסוד עמדה זו הוא הסברה כי מדובר בשני עונשים זהים במהותם, שההבדל ביניהם הוא כמותי גרידא – אורך תקופת ההעברה מן הכהונה". לדבריו, "הכלל הנ"ל מתייחס למטבעות שבה מנה אחת שווה למאה זוזים, ובכלל מאתיים זוזים מצויים גם מאה זוזים". הוא מסכם את דחיית עמדת העותרת בהאי לישנה: "זהו כלל ראייתי ולא כלל עונשי, ובכל מקרה אין בכוחו ללמד את שבאי כוח הצדדים ניסו

[429]. על הגדרתו, מבנהו ומקורותיו במשפט העברי ראו פרק א. סעיף.....

[430]. לא אדון, בסעיף זה באופן מפורט בדרכי פירכתו אם בכלל. דיון זה יידחה לפרק הבא, הדן בסוגי הפירכות לכל סוגי הקל וחומר במשפט הישראלי.

ללמוד ממנו״. כאסמכתא לדבריו הוא מפנה למחקרי המשותף עם הרב ד״ר מיכאל אברהם, המפורסם באתר אוניברסיטת בר-אילן.[431]

המחלוקת בין העותרים לבין מסקנת השופט הנדל הינה באשר ליחס שבין **עונש של השעייה זמני** לבין **עונש של העברת השופטת מכהונתה לצמיתות.** העותרים סבורים שיש ביניהם יחס של **הכלה** ולכן הקל וחומר אותו הם יוצרים הוא מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳ ואילו השופט סבור כי אין כאן למד ומלמד שקיים ביניהם יחס כלשהו, אפילו לא של קולא/חומרא.[432] המקור בדברי השופט לטענתי כי אין כאן קל וחומר מכל סוג נמצא במילותיו: ״**ובכל מקרה** אין בכוחו ללמד את שבאי כוח הצדדים ניסו ללמוד ממנו״.

באיזה מן הטענות נעזר השופט במחקרנו הנ״ל? בדוגמה שהובאה במחקרנו בחננו את היחס שבין **כהן גדול לכהן הדיוט.** לפי חלק מן המפרשים ההנחה הינה כי כהן הדיוט כלול מושגית בכהן גדול, כלומר: כהן גדול הוא כהן הדיוט עם תוספות המעמידות אותו על מצב המכונה כהן גדול.

תחת הנחה זו (=יחס של הכלה) הקל וחומר ביניהם, בכל נושא, אינו ניתן לפריכה. ברם, די שתמצא הלכה אחת מחמירה הקיימת בכהן הדיוט ואינה קיימת בכהן גדול כדי לפרוך את הנחת ההכלה עצמה. המסקנה תהיה שהיחס ביניהם יהיה יחס חיצוני כל שהוא אבל לא יחס של הכלה, ובשל כך אין יחס של ׳בכלל מאתים מנה׳ בין הלמד למלמד. במחקרנו הנ״ל הגענו למסקנה עליה נסמך השופט המנוסחת כך: ״לא ניתן אמנם לפרוך קל וחומר של ׳בכלל מאתים מנה׳, אך ניתן לפרוך את ההנחה שזה אכן טיבו של הקל וחומר״.[433] זהו תורף טענתו של השופט הנדל במקרה דנן.

---

[431]. מיכאל אברהם וגבריאל חזות **מידה טובה,** אמור (התשס״ט), בכתובת: WWW.bIV.IL/TORAMADA/PARASHA/230_EMOR.PDF

[432]. זאת מעבר לטענה כי לפנינו כלל ראייתי ולא כלל עונשי.

[433]. שם.

נמצאנו למדים כי קיימים סוגי יחסים שונים בין הלמד למלמד יחס הלכתי ויחס מציאותי. היחס בין כריית בור לפתיחתו, הוא יחס נטוע במציאות שכן כריית בו בהכרח כוללת בתורה את פתיחתו, זהו יחס עובדתי. יחסים בין כהנים אינו יחס שבמציאות אלא יחס בין סטטוסים של הלכה! באופן דומה טוען השופט הנדל, כי היחס בין **עונש של השעייה** לבין עונש **הרחקה לצמיתות** הוא יחס מושגי/משפטי בלבד. ההיבט הכמותי של העונשים, **זמניות** לעומת **צמיתות** אינו מגדיר את מהות העונשים עצמם השונים זה מזה במהותם. "הכשל" הזה בלשונו של השופט נובע ממתן משקל של **מהות** עקב **צורה!**[434] **צורה** במקרה זה היא אלמנט **הזמן** (קצר מול ארוך).

בסעיפים הבאים, נראה כי מופעי הקל וחומר מסוג זה ('בכלל מאתיים מנה') במשפט הישראלי רבים באופן יחסי לקל וחומר המורכב שאינו קיים כלל בצורה מפורשת. ניתן היה להניח שכיוון שהמערכת עושה שימוש במונח הפורמלי, אות היא לכך כי קיימת 'תורה' לסוג זה של קל וחומר, ולא היא.

המערכת המשפטית עושה שימוש בתובנת הקל וחומר הזה בשל שתי סיבות עיקריות. האחת, המרחיקה את צורת השימוש מתורת הקל וחומר במשפט העברי היא צורת השימוש הרואה בכלל זה **תחליף** לכלל שלפיו השלם "השלם טומן בחובו את חלקו".[435] השנייה, צורות שימוש קרובות מאוד לצורות במשפט העברי אבל מבלי להתעמק בכך[436] או למצער להוסיף להם נופך חסר ביסוס. מספר המופעים בכל ענפי וערכאות המשפט של הביטוי הוא – 116 מופעים ובערכאת המשפט העליון – 49 מופעים.

עיקר הדיון שלנו בסעיף זה יעסוק בשלושה תחומים!

האחד – תיאורי הכלה שונים והמשתמע מכך.

---

[434]. במונחים של בעל **צפנת פענח** השאלה הנדונה הינה האם ההרכבה בין המלמד לתוספת שיוצרת הלמד הוא 'הרכבה שכונית' (כמו שכנים, הטרוגניות, תערובת) או שזוהי 'הרכבה מזגית' (מזוגים זה בזה ומתרכבים להיות ישות חדשה).

[435] כך התנסח גם השופט הנדל במקרה דנן.

[436]. כפי שעשה השופט הנדל במקרה דנן, וזהו מקרה יחיד בכל הפסיקה הישראלית!

השני – דיון בשאלה האם לפנינו יחסי קולא/חומרא או יחסי הכלה.

השלישי – 'הנופך' המיוחד המתווסף במערכת המשפט הישראלי לשימוש בקל וחומר זה.

ה.2. מפורש ותקני

עמדתי בסעיף קודם על ההבחנה בין יחס הכלה **שבמציאות** לבין יחסי הכלה **שבהלכה** שלרוב הם יחסים בין מושגים משפטיים. יחסי הכלה שבמציאות נתפסים כיחסי הכלה שלא ניתן לערערם ובהכרח יוצרים קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' כגון: היחס שבין פתיחת בור לכרייתו. יחסי הכלה הלכתיים/משפטיים/ מושגיים פתוחים יותר לביקורת באשר להיותם מכילים אחד את משנהו.

בשלושת המקרים הבאים,[437] מושווים זה לזה בהתאמה המושגים הבאים האמורים לתאר יחסי הכלה בדרך של קל וחומר:

א. **מכירת** נכס מול **מישכונו** – " אם הבן יכול היה למכור את הנכס, לא כל שכן, שיכול היה למשכנו, בבחינת 'בכלל מאתיים מנה'.

ב. **הכחשה של מלא האחריות** מול **הכחשה של אחריות חלקית** – " באופן עקרוני ניתן לטעון כי הכחשה של מלא האחריות טומנת בחובה ממילא הכחשה לאבדן סיכויי החלמה בשיעור נמוך ממלא האחריות בבחינת 'בכלל מאתיים מנה' ".

ג. **המרת סעיף עבירה** מול **בטול הרשעה** – "... ודומה כי יש בדברי חברתי, באשר הגיונם של דברים כי 'בכלל מאתיים מנה', ואם מוסמך בית המשפט לבטל הרשעה, ניתן לטעון כי הוא מוסמך ליתן סעד מתון יותר".

לדעתי, הכלות אלו המשמשים בסיס ליצירת הקל וחומר המתאים עומדים בהגדרה של תקינות. על אף היותם **מושגיים** יש בכל אחד מהם יסוד המאפשר את הגדרתם כמכילים. נבחן כל אחד נהם בהתאמה:

במקרה א', בו מוזכר הקל וחומר במפורש בשל הביטוי "לא כל שכן", מדובר על ייפוי כוח נוטריוני רחב אשר ניתן לבן על ידי אמו. פעולה זו שבמציאות יצרה מושג משפטי רלוונטי – **זכות**. הזכות למכור שניתנת לו בייפוי הכוח מאפשרת לו להעביר את מלא הזכויות לצד ג'

---

[437]. א. הפ (י-ם) 3108/04 סינימה (שמחה כהן) נגד יעקב כהן ואחרים.

ב. ע"א 3900/14 ליד נגד המרכז הרפואי הלל יפה ומשרד הבריאות.

ג. ע"פ 4039/19 דניאל נחמני נגד מדינת ישראל.

בדרך של מכירה. מישכון הוא העברה חלקית של זכויות לצד ג׳ ועל כן יחס ההכלה מתקרב להיות ליחס של ׳מציאות׳, שהרי השלם כולל את חלקיו. את יחס ההכלה במקרה דנן יצרנו מתודולוגית בדרך הבאה: תחילה ביררנו את המושג שבגינו ניתן למכור או לשכן (זכות). לאחר מכן זיהינו את מקור הזכות **בייפוי הכח** שניתן לבן במקרה דנן. סרגל ההשוואה שעליו נבדקת ההכלה מוגדר עתה איכותית (זכות) וכמותית (חלקי מול מלא).

במקרה ב׳, סרגל ההשוואה שעליו נבדקת ההכלה מפורש ומוגדר **כאחריות.** גם העניין הכמותי (מלא אחריות מול אחריות חלקית) מפורש בניסוח הקל וחומר ״כמלא האחריות״ מול ״שיעור נמוך ממלא האחריות״. בשל כך, שייכות המקרה דנן ל ״בכלל מאתיים מנה״ מובהקת. ההכלה במקרה זה הינה ראייתית (ולא עונשית) ונמצאת בתווך שבין הכלה מן המציאות לבין הכלה **מושגית**.

במקרה ג׳, נתוני ההשוואה בעייתיים יותר.[438] המרת סעיף בעבירה על ידי שופט מול הזכות לבטל את העבירה נראית מעט בעייתית בשל מהות הפעולות. השופט הגדיר את סרגל ההכלה בביטוי **׳מוסמך׳.**

לדעתי, סמכות השופט בלבד אין בה די כדי ליצור את סרגל ההכלה, משום שסמכות זו עומדת פעמים רבות מול ׳כוחות׳, ׳דוקטרינות׳ ותובנות משפטיות חזקות ממנה, ואין לקבוע בזה מסמרות. מושג **הסמכות** בלבד, אין בו כדי להסיק כי המרת סעיף באישום כלול בסמכות לבטל כליל את האשום. ייתכן שההכלה קשורה בעיקר לסמכות ההמרה מול סמכות **הביטול**. היכולת לביטול האישום לפי זה נתפסת באופן **כמותי** כפעולה קיצונית הנגזרת אמנם מסמכות השופט. בניתוח הלכתי/מושגי/משפטי של שני המושגים (יכולת המרה של סעיף מול יכולת ביטול אשום), ניתן אולי להסיק כי כל פעולת ביטול אישום הינה בפרט פעולת המרה של סעיף,

[438]. ואולי בשל כך הותיר אותם השופט בדרך עיון.

מחייב לפטור.[439] זאת, בדומה למשפט שכל פעולת כרייה של בור הינה בפרט פעולת פתיחתו. ניתן אם כן, לבצע הכלה בין המושגים או בדרך כמותית או בדרך איכותית/מושגית.

ה.3 תיאורי הכלה שונים

לפנינו מקרה בו מבסס השופט את פסיקתו על היקש מהלכת **"גנז".**[440] הוא מציין במפורש כי מדובר על קל וחומר המנוסח כ'בכלל מאתיים מנה', אבל מסיק מהשוואה זו היסק בעל אופי כמותי מבלי לנמק את ההגיון בדבריו. עניינה של התביעה ברכב שהוצא מידי התובעים במרמה על ידי נתבע 1 ובנו נתבע 2, ולאחר מכן נמכר לנתבע 3 (= הנתבעת). התובעים זנחו במהלך התביעה את סעד ההשבה והתמקדו בסעד הכספי. השופט אייל דורון קבע בהתבסס על הלכת **גנז**, כי עיקרון תום הלב עשוי להביא במקרים מסוימים לשלילת זכות האכיפה מבעל העסקה הראשונה, זכות שמוענקת לו מכח העסקאות הנוגדות הקבוע בסעיף 9 לחוק המקרקעין, התש כ"ט-1969, מקום בו לא עשה הקונה הראשון ככל יכולתו על מנת לרשום הערת אזהרה.[441]

הקונה הראשון במונחי הלכת גנז, גרם "לתאונה משפטית" בכך שלא רשם הערת אזהרה. מחדלו של הקונה הראשון בזמן הוגדר כסטייה מסטנדרט סביר. במקרה דנן, מונה השופט בזה אחר זה את מחדלי התנהלות התובעים וקובע לבסוף כך: "ככל שיש מקום לאנלוגיה מהלכת גנז, הרי שיש להקיש ממנה לענייננו על דרך קל וחומר. שכן אם שם אשמו (רשלנותו) של הקונה הראשון בזמן מביאה 'באמצעות' הפרת חובת תום הלב, לשלילת זכותו הקניינית לחלוטין בתחרות מול הקונה השני בזמן, בודאי שניתן לבסס על אשם מסוג זה (של המקרה דנן, ח.ג) 'שלילה חלקית' של הזכות, באמצעות פסיקת סכום חלקי הנגזר משוויה".

---

[439]. בפרשנות זו היוצרות התהפכו, כלומר: הסמכות לפטור **כלולה** בסמכות ההמרה של סעיפים ולא גדולה ממנה.

[440]. המקרה דנן הוא;

תא (חי') 21975-12-13 מאיר פדרמן נגד אשעד אמארה.

הלכת גנז: בע"א 2643/97 גנז נגד בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 305 (2003).

[441]. **"הלכת גנז"** עושה לעסקאות נוגדות את מה שהלכת "בנק אוצר החייל" עשתה ל"הלכת בוקר".

המלמד מהלכת גנז "שלילת זכות קניינית לחלוטין" והלמד בעניינו הוא "שלילה חלקית של הזכות". מן ההיבט הלוגי, יצר השופט היקש מהלכת גנז למקרה דנן בדרך של **קל וחומר**. לא קל וחומר פשוט שיש בו יחסי קולא/חומרא אלא קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה, שיש בו יחס של הכלה, בין הלמד למלמד. השופט לא השווה בין מידת האשם של הקונה בהלכת גנז לאשם התובעים במקרה דנן![442] השוואה זו לו התקיימה היתה יכולה ליצור קל וחומר פשוט שבו קיימים יחסי קולא/חומרא, מה שהיה פותח את אופציית הפריכא. במקום זאת, מילא השופט את האנלוגיה (היקש) מהלכת גנז רק ברכיב אחד, כמותי, שלילת זכות קניינית מליאה לשלילת זכות חלקית, ובכך הוא יצר מבלי משים מבנה של קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. לבסוף, 'כימת' השופט את שלילת הזכות החלקית ב25% מן הנזק: " ... ראיתי לנכון לייחס לתובעים אשם תורם, ולהטיל אחריותם אחריות חלקית בשיעור של 25% מן "הנזק", הלא הוא שווי הרכב".

ברי לי. כי השופט ביקש לחייב את התובעת בשל 'אשם תורם' בדומה לחייב בהלכת גנז.[443] הוא החליט כי האשם במקרה דנן הוא חלקי, מבלי להוכיח עניין זה בדרך כלשהוא, ובשל כך הוא נלמד מן השלם (הלכת גנז). זוהי מתודולוגיית שפיטה טיפוסית שבה ההיקש לתקדים[444], מקבל ביטוי של קל וחומר, והקל וחומר מקבל, בלא הצדקה צורה של 'בכלל מאתיים מנה' כדי לשוות לו תוקף יתר. מדוע לדוגמה לא יקבע השופט, בדומה להלכת גנז, כי התובעת איבדה את כל זכויותיה בשל האשם התורם שלה? מדוע ישללו כאן רק הזכויות החלקיות ולא המליאות בהתחשב בעובדה שהשופט מנה אחד לאחד את מחדלי התובעת? מנקודת מבט אחרת ניתן לטעון כי קיימת כאן נטייה טבעית לברוח מן הדיון האיכותי אל הכמותי/צורני.[445] נכון שזכות חלקית כלולה בזכות מליאה, אבל מנין לשופט כי מדובר כאן על זכות חלקית מבלי להקדיש

---

[442]. אין מדובר על תחולת תקנת השוק מסעיף 34 לחוק המכר. בעניין זה פורש השופט את התנאים המצטברים שצריכים להתקיים לצורת תחולתה של תקנת השוק. משלא הוכח קיומם של ארבעה מתוך ששת התנאים, לא קיבל הקונה עדיפות על פני הבעלים המקורי, והסוגיא נפתחה מחדש. בשל כך פנה השופט להיקש מהלכת גנז, כדי למצא בה סעד לפסיקתו.

[443]. שם, אי רישום הערת אזהרה על גנז, הביאה ל"תאונה משפטית" בלשון השופט ברק, אשר סיבכה את הקונה בתום לב של הקרקע (קבוץ אפק) בעיסקה נוגדת על לא עוול בכפו. השופט ברק קבע כי אי רישום הערת האזהרה בזמן נחשבת כחוסר תום לב.

[444]. כפי שמנוסח בחוק יסודות המשפט.

[445]. רק לדוגמה ניתן לשאול, על איזה הגיון משפטי התבסס השופט בקובעו את הנזק שגרמה התובעת ב25% ?

לכך ולו שורה אחת של הסבר? ההכלה במקרה זה נכונה, אבל הנחותיה שגויות. קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' מסוג זה לא ניתן לפריכה אבל ניתן לחלוק על ההנחה שלפנינו אמנם קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'.[446]

במקרה אחר[447] בימ"ש דחה ערעור על פסיקת בימ"ש המחוזי וביה"ד של תנועת הליכוד, בדבר פסילת מועמדותו של מערער 1 בבחירות המקדימות בתנועת הליכוד ועל הרחקת אחרים מן התנועה. בית המשפט העליון (מפי השופט עמית ובהסכמת השופטים קרא וגרוסקופ) דחה את הערעור. השופט עמית הבהיר כי רצוי מאוד שהסמכות למנוע מחבר תנועה להתמודד תעוגן במפורש בחוקת הליכוד. אולם, לדעתו, גם בהעדר הסדרה מפורשת של סמכות זו ניתן ללמוד אותה על דרך הפרשנות, בגדר "בכלל מאתיים מנה". כה כתב השופט: "ניתן למצא מקור לסמכות בית הדין לפסול מועמדות בבחירות המקדמיות בהינתן סמכותו להורות על הרחקה מהתנועה, והדבר נוגע לכלל הפרשני "בכלל מאתיים מנה". הרי אם מוסמך בית הדין להרחיק משורות התנועה, קשה להלום שלא יוכל לנקוט בסנקציה מתונה ומידתית יותר כגון פסילת מועמדות בבחירות המקדימות".

שני 'חידושים' בדברי השופט עמית. ראשית הוא מכנה את הכלל 'בכלל מאתיים מנה", כלל **פרשני; שנית** , הוא מנסח קל וחומר המתבסס על יחסי קולא/חומרא, כלומר קל וחומר **פשוט**, ומאידך הוא מכנה את הקל וחומר דווקא בשם – "בכלל מאתיים מנה". ברם, ענייננו בסעיף זה הוא בניסוחי ההכלה בלבד.[448] על פי דברי השופט עמית, **פסילת מועמדות בבחירות מקדימות** (= הלמד) כלולה בחוק: **הרחקת חבר משורות התנועה** (=מלמד). ברור לחלוטין כי אין כאן יחסי הכלה. פסילת מועמדות אינה כלולה בהרחקה מן ההיבט המהותי, אלו הם שני סוגי עונשים שונים. לולא עשה השופט שימוש בכלל "הפרשני" "בכלל מאתיים מנה" לא היינו נזקקים להבחנה זו כלל. גם מתוך תגובת המערערים נוכל ללמוד כיצד הם תפסו את 'סוג' הקל

---

[446]. מסקנה מחקרית ממחקרי ' מידה טובה' ראו:...

[447]. עא 2129/19 יניב טוירמן נ' הליכוד תנועה לאומית ליברלית.

[448]. בסעיף הבא ידונו מקרים, ובכלל זה גם המקרה דנן, מנקודת מבט זו. כלומר: היחס בין קל וחומר פשוט שיש בו יחסי קולא/חומרא לבין קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' שיש בו הכלה.

וחומר אותו יצר השופט עמית. המערערים טענו כי פסילת המועמדות "אינה פחותה יותר" והלכה למעשה העונש של הפסילה אינו כה שונה מהרחקה מן התנועה. מתוך דבריהם אנו למדים כי הם תפסו את הקל וחומר אותו ניסח השופט כקל וחומר מסוג פשוט שיש בו יחסי קולא/חומרא. לדידם, בין פסילה להרחקה אין יחסי קולא/חומרא והם שווים במידת חומרתן. השופט הדוחה טענה זו אינו מסביר מדוע. לפנינו סוג של עימות משפטי המתנהל ב'מישורים שונים' בלשון עדינה. השופט עמית יוצר קל-וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' שניתן לפורכו רק אם יוכח כי אין כאן יחסי הכלה ובשל כך הוא אינו מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. המערערים, מנסים לפורכו בטענה שאין כאן יחסי קולא/חומרא, כלומר הם מתייחסים אליו כאל קל וחומר פשוט. הדיון הנכון לו התבצע, היה צריך תחילה להכריע בשאלה: איזה סוג של קל וחומר לפנינו?

במקרה הבא[449] העותרים ביקשו לבטל את ההחלטה להעניק את פרס ישראל לשנת תשס"ח בתחום חקר מדע המדינה לפרופ' זאב שטרנהל (להלן: המשיב). לחילופין להחזיר את מועמדתו לדיון חוזר בפני וועדת השופטים שהמליצה על הענקת הפרס. ביהמ"ש (מפי השופטת מ' נאור ובהסכמת השופטים א' רובנשטיין וח' מלצר) דחו את העתירה.

עניינו הוא בדעת השופט א' רובינשטיין שהתייחס לטענת העותרים שלפיה התבטאויותיו של המשיב אינן פחותות בחומרתן מן ההתבטאות שהובילו להתערבות בית המשפט במקרה "**מסאלה**".[450] בתיק **מסאלה** מצא בית המשפט מקום להתערב בהחלטת וועדת הפרס, במובן זה שהורה על החזרת הדיון לוועדה בשל העובדה כי בעת קבלת ההחלטה לא היה בידה כל המידע הרלוונטי. מה שאין כן בענייננו, וכה כתב השופט רובנשטיין בפסיקתו:

> ... בפרשת מסאלה, התמקד פסק הדין במיוחד בכך שהנושא השנוי במחלוקת לא עמד בפני ועדת שופטי הפרס. לא כך דומה בענייננו. אכן, מטעמים השמורים עמה

[449]. בג"צ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נגד פרופ' יולי תמיר – שרת החינוך.

[450]. בג"צ 2205/97 מאסלה נ' שר החינוך והתרבות פ"ד נא(1) 223 (1997).

נמנעה באת כח המדינה מאישור ישיר ומפורש כי המאמר נשוא המחלוקת היה בפני ועדת השופטים, והסתפקה באמירה כי "המאמרים" היו בפני הועדה אך סבורני כי לא אהיה חושד בכשרים ומפליג בדמיונות רחוקים, אם אניח, כי "בכלל מאתיים מנה" (בבלי בבא-קמא ע"ד,א') ובכלל "מאמרים" מאמר, ועל כן דומה שהיה המאמר כמסתבר בפני הוועדה.

לפנינו שימוש בכלל הנ"ל ללא זיקה או שימוש בקל וחומר אלא רק בכלל פרשני העוסק בהכלה של איבר פרטי בקבוצה כוללת, כלומר: בלשון "מאמרים" כלול גם מאמר אחד, יחיד, שבגינו נשללה האנלוגיה ההיקשית למקרה **מאסלה**. ההתנסחות המורכבת של השופט יכולה היתה להיחסך לו אמרה וועדת הפרס במפורש כי המאמר נשוא העתירה הונח לפניה. השופט קובע כי הסברה ("סבורני") המבוססת על ההכלה הנ"ל אינה מחשידה את וועדת הפרס בכשרות ("לא אהיה חושד בכשרים") וזו אינה מסקנה המפליגה בדמיונות רחוקים. ברם, אנליזה לשונית תעלה מיד את הטיעון שעל אף ש'מאמר' כלול בלשון 'מאמרים", אין זה מוכיח כי 'המאמר' בהא הידיעה כלול במאמרים אלו. 'מאמר' מוכל בתוך 'מאמרים' בשל הלוגיקה של הלשון ועל כך אין עוררין. ושוב, ההכלה המתוארת על ידי השופט נכונה ולא ניתנת לפריכה, ומה שניתן לפריכה כאן הוא קבלת הכלה זו כמייצגת של המציאות המשפטית הנדונה במקרה דנן. ההתנסחות המורכבת של השופט למה שאינו זוקק ניסוח כלל נוצרה בשל הניסוח החסר של הוועדה. לו קבעה הוועדה לדוגמה כי 'המאמר' של המשיב היה לפניה בעת הדיון על קבלת ההחלטה או לחילופין 'כל מאמרי המשיב היו לפנינו', לא היה השופט מתנסח כך ואף לא היה נזקק לכלל הנ"ל. לדעתי, הניסוחים של השופט המבקשים לתת תוקף למסקנתו בהיבט המשפטי טוענים בפשטות כי השופט מאמין לוועדה שאכן המאמר היה לפניהם.

מנקודת המבט של הקל וחומר (על אף שאין כאן קל וחומר) מסוג 'בכלל מאתיים מנה' אנו חוזים שוב בהבדל שבין השימוש **בצורה** (= 'בכלל מאתיים מנה') לבין המהות (= המציאות).

ה.4. יחסי קולא/חומרא או הכלה?

הדיון בשאלה זו מתחלק לשתי אפשרויות. באפשרות הראשונה יכול השופט לעשות שימוש בשני סוגים של קל וחומר כדי להגיע לאותו היסק. בדרך כלל קל וחומר פשוט המבוסס על

יחסי קולא/חומרא או קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. המלמדים באפשרות זו **שונים** והלמד זהה. הבחירה של השופט, אם שני הסוגים תקפים באותה מידה, תהיה בסוג של 'בכלל מאתיים מנה' עקב תקפותו היתירה. באפשרות השניה, השופט מתלבט לגבי ההגדרה של הקל וחומר שלפניו, האם הוא מסוג 'פשוט' או מסוג 'בכלל מאתיים מנה'? גם כאן הבחירה היא בידי השופט ומן הסתם הוא ישאף תמיד להציגו כסוג של 'בכלל מאתיים מנה' בשל תקפותו היתירה. ברם, באפשרות זו, ידיו של השופט 'כבולות' יותר משום הצורך להתמודד עם 'תורת הקל וחומר'. בנוסף, הבחירה באחד הסוגים צריכה לעמוד בביקורת על מתודולגיית השפיטה בה נקט.

האפשרות הראשונה תודגם בתיק הבא.[451] השופט חשין דן בערר על החלטת בית המשפט המחוזי לבטל צו עיכוב מן הארץ נגד המשיב (אלברט בן דוד עמר) שהוצא קודם לכן. בית המשפט המחוזי החליט לשחרר את המשיב בערובה, משקבע כי למבקשת אין תשתית ראייתית להרשעת המשיב בדין (קשר לביצוע פשע וחזקת סם מסוכן). מעצם החלטת השחרור בערובה למד בית המשפט, בהחלטה נפרדת, על זכות המשיב לצאת מן הארץ באופן חופשי, בנסיבות של היעדר ראייה ספציפית על חשש לשיבוש הליכי משפט. כמו כן סירב בית המשפט לצוות על השהיית בצוע החלטתו, ומכאן הערר.

במתולוגיית השפיטה של השופט חשין, שני שלבים מובחנים בהקשר זה. בשלב א, מציע השופט הצעה היפותטית ללמוד על זכותה של המשיבה לעכב את יציאתו בדרך של קל וחומר, בלשון זו: "והדברים אינם על דרך של גזירה-שווה אלא אף על דרך של קל וחומר: אם נתרצה המחוקק והסכים כי יוחזק נאשם במעצר ממש ל-48 שעות נוספות לאחר שזכה בהחלטת שחרור בערובה – והכל כדי ליתן בידי המדינה אפשרות אפקטיבית לערור על אותה החלטה – קל וחומר במקום שבו מתהלך נאשם חופשי ומתעכבת ל-48 שעות אך זכותו לצאת את הארץ". לכאורה, לפנינו ניסוח של קל וחומר 'פשוט', המבוסס על יחסי קולא/חומרא 'כשרים למהדרין'. אכן המשך כליאה במעצר של אדם משוחרר בערבות ל-48 שעות, חמור לאין ערוך

[451].בקשות שונות פלילי מס' 1986/94 מדינת ישראל נגד אלברט(בבר) בן דוד עמר.

ממניעת יציאה לחו"ל ל-48 שעות. להפתעתי דוחה השופט חשין קל וחומר זה בטיעון הבא:
"אכן כן: לא גזירה שווה ולא קל וחומר לא יהיה בכוחם להעניק לבית המשפט סמכות שלא קנה בחוק, ואנו לא אמרנו דברים שאמרנו אלא לנסות ולאתר תשתית של הגיון ושכל ישר לתחום פרישתו של החוק".

לעומת הקל וחומר הזה שנדחה הוא מציע את הקל וחומר הבא:

> ... שהדברים קל וחומר: שאם קנו בתי המשפט סמכות טבועה למנוע יציאה מן הארץ, קל וחומר קנו הם סמכות להשהות – ולו לתקופה קצרה – החלטה שעניינה התרה של איסור יציאה מן הארץ. יש בכלל מאתיים מנה, ומי שקנה סמכות לעכב יציאה, קנה ממילא סמכות להורות כי החלטתו לא תחל אלא לאחר זמן.

יושם לב, המלמד בקל וחומר זה הינו –"הסמכות הטבועה בחוק לעכב יציאה", והלמד הוא אותו הלמד כמו בקל וחומר הראשון אותו הוא דחה. זו אינה המסגרת המתאימה לדון בפירכה של הקל וחומר הראשון ו/או ב'סמכות הטבועה בחוק' אלא רק בשני סוגי הקל וחומר. השופט העדיף את הקל וחומר השני על פני הראשון, על אף החולשות המשפטיות הקשורות ב'סמכות הטבועה בחוק' בשל היותו מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. העדפה ברורה זו נובעת בשל היותו קל וחומר בעל תקפות גדולה יותר מן הראשון. אם 'הסמכות הטבועה בחוק' לעכב יציאה אכן קיימת ותקפה משפטית, לא ניתן לדחות קל וחומר זה.

במקרה אחר[452], ערב הבחירות המקדמיות בתנועת הליכוד, המשיבה (הליכוד) דנה בעניינם של המערערים, חברי קבוצת 'הליכודניקים החדשים'. בפסק דינם הורה בית הדין של התנועה על פסילת מועמדתו של המערער (יניב טוירמן) בבחירות המקדימות. בית המשפט המחוזי מצא שלא להתערב בפסק הדין, ומכאן הערעור. בית המשפט העליון (מפי השופט עמית ובהסכמת השופטים קרא וגרוסקופף) דחה את הערעור.השופט עמית קבע כי: " ניתן למצא מקור לסמכות בית הדין לפסול מועמדות בבחירות המקדימות בהינתן סמכותו להורות על

[452]. עא 2129/19 יניב טוירמן נגד הליכוד תנועה לאומית ליברלית.

הרחקה מהתנועה, והדבר נובע מן הכלל הפרשני "בכלל מאתיים מנה". הרי אם מוסמך בית הדין להרחיק חבר משורת התנועה, קשה להלום שלא יוכל לנקוט בסנקציה מתונה ומידתית יותר כגון פסילת מועמדות בבחירות המקדימות". ניתוח לשונו של השופט לקל וחומר זה מעלה כי הוא 'פוסח על שני הסעיפים'. מצד אחד הוא מגדיר את המצב המשפטי כסוג של 'בכלל מאתיים מנה' שמשמעותו הינה: הסמכות לפסילת מועמדות מוכלת בסמכות להרחקת חבר משורות התנועה. מאידך, המונחים בהם הוא משתמש מתארים יותר יחסי קולא/חומרא, כגון: "סנקציה מתונה ומידתית יותר". 'מתינות' ו'מידתיות' הם ביטויים המתארים יחסי קולא/חומרא בין הלמד למלמד.

המערערים טענו כנגד הקל וחומר הזה שתי טענות:

האחת – "פסילת מועמדות, אינה סנקציה פחותה יותר".

השניה – "הלכה למעשה, שלילת הזכות להיבחר בתוך המפלגה כמוה כשלילת הזכות להיבחר בכנסת".

הטענה הראשונה מנסה להטיל ספק ביחסי הקולא/חומרא אותם ניסח השופט וממילא את תקפותו של הקל וחומר. מכאן, שהמערערים אכן תפסו את הקל וחומר הנ"ל כקל וחומר 'פשוט' ולא מן הסוג 'בכלל מאתיים מנה', על אף ניסוחו של השופט.

טענתן השניה מטילה ספק בתקפותו של הקל וחומר בשל היסקו המביא בסופו של דבר לאותה תוצאה – שלילת הזכות להיבחר לכנסת.[453] אם נתעלם מתשובות השופט לטענות אלו ונתמקד רק בנושא סעיף זה נוכל לסכם ולומר, כי על אף שקל וחומר זה הוא מסוג 'פשוט' שיש בו יחסי קולא/חומרא, השופט ניסה לא בהצלחה, לשוות לו צורה של 'בכלל מאתיים מנה' אך ורק כדי לתת לו תוקף יתר.

[453]. מתודולוגית, מסקנת הקל וחומר אינה יכולה לבטל את תקפותו. קל וחומר פורכים בהנחותיו ובחלקיו ולא בתוצאתו.

ה.5. שימושי הכלל

במשפט העברי הניסוח "בכלל מאתיים מנה" אינו משמש לתיאור סוג של קל וחומר אלא של כלל פרשני/משפטי.[454] במשפט הישראלי נמצא הכלל בסביבה השיפוטית בה הוא פועל, באינטראקציה עם רכיבים/תובנות אחרות. מטבע לשון זו הפכה להיות מעין 'מטבע עובר לסוחר' ושופטים ניסו להגדירה, לסייגה או להחיל עליה את חוקי הפרשנות של המשפט הישראלי. צורת השימוש החשובה ביותר היא זו המפרשת את החוק עצמו באמצעות הכלל. במקרה זה משמש הכלל **אמצעי פרשני** שאינו שנוי במחלוקת לפירושו של החוק. צורת שימוש לא פחות חשובה היא זו המציבה את הכלל כתשתית שיפוטית ראשונית ובסיסית בתוך מתודולוגיה שיפוטית מורכבת. בהמשך, אדגים כל אחת מצורות שימוש אלו.

נתחיל בניסיון ההגדרה או הסיוג לכוחו של הכלל המאפשר פירכתו. בשני מקרים[455] לדוגמה, נצמדים השופטים ללשון הכלל באופן מוקפד, תוך שימת דגש על היכולת להפריד בין מנה למאתיים כתנאי להפעלתו. מנה אמנם כלול במאתיים שהם מנה ועוד מנה, אולם "במקום שהשלם עומד והוא מעשה מקשה שאינו ניתן לחלוקה, שוב לא יכלול השלם את החלק". לעניין הנדון טוענים השופטים (ד' לוין, א' מצא, מ' חשין) במקרה זה כי "לא תכלול סמכות להתקנתן של תקנות בנות – פועל תחיקתי סמכות להוצאתם של צווים אינדווידואלים" וכן: "ההלכה שהמרובה כולל את המעט, על מכונה היא עומדת ואולם יש שכלל כזה, על-אף ההגיון שבו, אינו משקף את מטרת התחיקה ...". הלמד והמלמד לפי זה חייבים להיות **ברי-הכלה**, בדיוק כפי שהמנה מוכל בפועל, במציאות, בתוך מאתיים.

במקרה השני מבקשת העותרת לחלק את הקרקע שבגינה היא נתבעה לשני חלקים. החלק הראשון – "זה שהפגיעה בו הוא בתחום הסביר" והחלק השני – "שהפגיעה בו, מחוץ לתחום

---

[454]. באחד מן המקורות כתוב כך: "דתניא, אמר רבי שמעון בן אלעזר: לא נחלקו בית שמאי ובית הלל על שתי כיתי עצים, שאחת אומרת מנה ואחת אומרת מאתיים – שיש בכלל מאתיים מנה. על מה נחלקו? על כת אחת, שאחד אומר מנה ואחד אומר מאתיים, שבית שמאי אומרים: נחלקה עדותן, ובית הלל אומרים: יש בכלל מאתיים מנה", (בבלי, בבא-בתרא מא ע"ב)

[455]. – רשות ערעור פלילי מס' 1127/93, מדינת ישראל נגד יוסי קלין.

דיון נוסף אזרחי 1333/02 הועדה המקומית לבנייה נגד יהודית הורוויץ.

הסביר״. ״בעניינו של החלק הראשון תזכה הרשות לפטור ואילו בעניינו של החלק השני יהא על הרשות לפצות את הבעלים״. השופטים דוחים טענה זו: ״...שהפגיעה בקרקע יש – ונכון – לראותה מעשה מיקשה שאינו ניתן לחלוקה. לשון אחר: כלל הפרשנות של ׳בכלל מאתיים מנה׳ אינו מוצא את מקומו בעניינו״.[456] המכנה המשותף לשני המקרים אלו הוא סיוג השימוש בכלל כאשר המציאות המשפטית הנדונה הינה ״מעשה מיקשה שאינו ניתן לחלוקה״, בשונה מן היחס בין מנה למאתיים.

מבט חודר יותר יגלה כי קיים הבדל בין שני המקרים הנ״ל. במקרה הראשון **המלמד** הוא: ׳סמכות להתקנתן של תקנות בנות-פועל תחוקתי׳ והלמד הוא: ׳צווים אנדוידואליים״. ההכלה אינה אפשרית במקרה זה בגין העובדה שהלמד והמלמד אינם ״יושבים על סרגל אחד׳ כלומר: אין להם מכנה משותף המאפשר את הכלת הלמד במלמד. בלשון השופטים: ״המחוקק הראשי לשונו הוא לשון של נורמות כלליות – ואלו כוללות **תקנות-בנות פועל** תחיקתי (הדגש שלי, ח.ג) – ואילו הממשלה, הרשות המבצעת, לשונה הוא לשון ביצוע, וביצוע כולל **צווים אינדווידואלים**״ (הדגש שלי, ח.ג). בפראפרזה המשפט: ׳בכלל מאתיים שולחן״ אינו יכול להיות נכון.

במקרה השני החלוקה בין הלמד למלמד אינה מאפשרת יחסי הכלה כלשהיא. חלוקת קרקע אחת לשני חלקים, זו **שהפגיעה בה בתחום הסביר** וזו **שהפגיעה בה מחוץ לתחום הסביר** (הדגש שלי, ח.ג) אינו יוצרת יחסי הכלה, ומוגדרת בפי השופטים ״מעשה מיקשה שאינו ניתן לחלוקה״. במקרה הראשון אין יחסי הכלה עקב אי קיומו של ׳סרגל אחד׳ ובמקרה השני עקב **מניעה משפטית.**

סייגים אלו לצורת השימוש בכלל מהווים סוג של **פירכא** על הקל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳. עמדתי על כך בכל הסעיפים הדנים בסוג זה של הקל וחומר כי לא ניתן לפרוק קל וחומר

[456]. השופטים מכוונים למקרה של קליין, ראו הערה 115 וכן לבג״צ 5016/96 חורב נ׳ שר התחבורה [17] עמ׳ 130.

תקף מסוג זה אלא בהצבעה על כך שהוא מלכתחילה אינו מסוג 'בכלל מאתיים מנה'.[457] למקרים אלו יש להוסיף את הניסיון של השופטים ליצור מקבילה בין שני כללים פרשניים דומים אך שונים, מה שמעיד על חשיבה אינטואיטיבית שגויה.[458]

במקרה הבא[459] אדון בצורת היישום החשובה של הכלל – **פירושו של החוק**. פלוני הורשע בעבירה של החזקת סם מסוכן לשימוש עצמי ונגזר עליו מאסר על תנאי בעבירה שבה הורשע. לימים הורשע פלוני בעבירה של החזקת סם מסוכן שלא לשימוש עצמי. משהורשע פלוני כך בדינו, נשאלה השאלה האם ניתן בעבירה האחרונה שעבר (החזקה שלא לשימוש עצמי) לחלט את המאסר שנגזר עליו בעבירה הראשונה (שימוש עצמי)? ביהמ"ש העליון בשבתו כבית משפט לערעורים דחה את העתירה.

טענות המערער (באמצעות עו"ד טלי גוטליב) מופנית כנגד הפעלת המאסר המותנה. לגרסתו, ההלכה הפסוקה קבעה כי המבחן להפעלתו של תנאי הוא מבחן היסוד העובדתי שבעבירה, כלומר: עד שעבירה תביא להפעלתו של תנאי שבמאסר על תנאי, עליה לקיים את כל יסודותיה של עבירת התנאי. במקרה דנן טוען המערער, העבירה שבה הורשע אינה מקיימת את יסודותיה של עבירת התנאי. המערער גם מסביר מדוע. לדידו, העבירה שהורשע בה עתה הינה עבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית (=החזקה מסחרית), ואילו עבירת התנאי היתה עבירה של החזקת סם וצריכה עצמית בלבד.

---

[457]. פירוט אופני הפירכה על סוג זה של קל וחומר, ידונו בפרק הבא.

[458]. ראו בתיק עפ 3728/04 סולימאן דווירי נ' מדינת ישראל, בו משווה השופט בין הכלל "קם ליה בדרבה מינה" (קם לו באשר גדול הימנו) לבין הכלל 'בכלל מאתיים מנה'. הראשון הוא כלל **בדיני העונשין** הקובע כי כאשר מגיע לאדם כמה עונשים על מעשה אחד, הוא מקבל רק את העונש החמור מביניהם. גם כלל זה מצוי במחלוקת תנאית (בבלי, מכות י"ג,ב) והמחלוקת נוגעת בין השאר גם ליסוד ההכלה, לדוגמה: האם מלקות נחשבים כחלק מעונש מיתה. ברם, הענישה בעונש אחד ולא בשניים לא נובעת מיסוד ההכלה אלא בחידושה של התורה שיש להעניש **רק** על עונש אחד. ודרשו במסכת מכות (ד.ב): "על רשעה אחת אתה מחייבו, ואין אתה מחייבו משום שתי רשעיות". לעומת זאת, "בכלל מאתיים מנה" אינו כלל בדיני הענישה אלא כלל פרשני.

[459]. עפ 7176/04 ירון תלמי נ' מדינת ישראל

'עבירת התנאי' כך טוען המערער מורכבת משני יסודות מצטברים: האחד – 'החזקת סם', והשני – 'לשימוש עצמי'. מכיוון שהעבירה הנוכחית בה הואשם היא החזקה **שלא** 'לשימוש עצמי', ממילא אין היא מקיימת את אחד היסודות של עבירת התנאי, היסוד של תכלית ההחזקה – "לשימוש עצמי. ננתח את עמדת המערער על פי לשון החוק הרלוונטי. הוראות סעיף 7(א) ו (ג) לפקודת הסמים אומרות כך:

החזקה ושימוש *7. (א) לא יחזיק אדם סם מסוכן ולא ישתמש בו, אלא במידה שהותר הדבר בפקודה זו או התקנות לפיה, או ברשיון מאת המנהל.*

(ב)...

(ג) העובר על הוראת סעיף זה, דינו – מאסר עשרים שנים... .

ואם החזיק בסם או השתמש בו לצריכתו העצמית בלבד, דינו – מאסר שלוש שנים או קנס...

אין ויכוח בין הצדדים באשר לתנאי להפעלת עבירה על תנאי כיוצא מפסיקות שונות.[460] מתודולוגיית הפסיקה כפי שנכתבה על ידי השופט מ' חשין (המשנה לנשיאה, כתוארו אז) הינה כדלקמן:

שלב א – הוראות סעיף 7 לפקודת הסמים הנ"ל (באחת מדרכי הפרשנות המוצעות על ידי המדינה ושהתקבלו על ידו), מכילות **שתי עבירות שונות.** האחת – עונשה עשרים שנות מאסר והאחרת עונשה שלוש שנות מאסר בלבד.

שלב ב – היסודות העובדתיים של העבירה הם שניים.

האחד – החזקה "לכל מטרה שהיא" הכולל בהכרח גם החזקה למטרה המסוימת של החזקה עצמית.

השני – "החזקה לצריכה עצמית". היוצא מכך: העבירה שברישא כוללת על פי עצם הגדרתה, ובהסתמך על פרוש לשוני של הוראות הסעיף (7 (א)) את היסודות העובדתיים של העבירה שבסיפה. במילים אחרות: עבירת הצריכה העצמית כלולה ברישא של סעיף 7, החזקת סם אסור ללא היתר לכל מטרה שהיא. בכך, קבע השופט, ובנגוד לדעת המערער, התקיים התנאי הדורש שוויון/ זהות בין יסודות העבירה בפועל לעבירת התנאי.

---

[460]. כמו ע"פ 49/80 עמוס מסילתי ואח' נ' מדינת ישראל.

וכן: 1867/00 מדינת ישראל נ' אבי גוטמן.

שלב ג' – "אכן, כלל הפרשנות המוכר שלפיו "השלם כולל את החלק" או: בכלל מאתיים מנה, זוכה למשנה תוקף, שכן מבחינה מילולית מתפוגג כל ספק כי העבירה שעבר המערער – החזקה בכמות סם בת עשרות קילוגרמים – כוללת בתוכה עבירה פעוטה יותר שעניינה החזקת סם בכמות קטנה. אין כל ספק, איפוא, כי החזקת כמות גדולה של סם בכוחה להפעיל את התנאי שנקבע בגין החזקת כמות קטנה הימנה".

מנקודת המבט של עבודה זו, השופט חשין יצר וניסח **הכלה** לצורך הפעלת התנאי בין החזקת סם בכמות גדולה (העבירה בפועל) לבין ההחזקה בכמות קטנה (עבירת התנאי). אכן, על פי תיאור זה, לכאורה, השימוש בכלל (בכלל מאתיים מנה) הוא שימוש נכון. הכלל אליבא דהשופט חשין **עזר בפרשנות של סעיף 7 לפקודת הסמים**.

שלב ד – "יתר על כן" קבלת עמדתו של המערער תביאנו לכלל אבסורד: שאילו עבר המערער על החזקת סם לצריכה עצמית בלבד היה מחולט המאסר על תנאי, ואילו אם – כבענייננו – עבר עבירה של החזקת כמות גדולה של סם למטרה מסחרית – והיא עבירה חמורה בהרבה – או-אז לא יחולט המאסר על תנאי. הייתכן?"

על פי מתודולוגיית הפסיקה, ביקש השופט חשין לא רק לתאר את **ההכלה** המהווה יסוד לשימוש 'בכלל מאתיים מנה', אלא גם ליצור יחסי קולא/חומרא בין "**החזקת סם לצריכה עצמית**" לבין "**החזקת סם למטרה מסחרית**". באופן שעבירה זו, האחרונה "חמורה בהרבה". אם אכן, יחסי הקולא/חומרא הנ"ל מתקיימים, אזי, קבלת עמדת המערער היתה מביאה לאבסורד לשיטתו. הנה כי כן, התמקדה מתודולגיית הערעור בבחינת היסודות העובדתיים של העבירה ושל עבירת התנאי, ומשנמצא כי אין זהות/התאמה ביניהן, עבירת התנאי לא תחולט. המתודולגיה הזו, מתבססת על הלשון המפורשת של סעיף 7 לפקודת הסמים. ההבחנה בין 'צריכה עצמית' לבין 'החזקה שלא לצריכה' עצמית היא הבחנה מפורשת בלשון החוק והיא אף מוגדרת כ'תכלית' בלשון המערער.

מתודולגיית השפיטה בניסוחו של השופט חשין, התמקדה בעיקר בצד הלוגי, תוך שימוש הכרחי לדידו בכלל 'בכלל מאתיים מנה'. במילים אחרות: הוא התבסס על תורת הקל וחומר. לדעתי, שגה השופט חשין לאורך שניים מארבעת שלבי פסיקתו כפי שאתאר להלן: לב הדיון אליבא דשני הצדדים (המערער והשופט) הוא היחס בין סעיף 7 (א) לבין 7 (ג). אכן, מן הרישא של הסעיף עולה כי העונש החמור של 20 שנה, הוא בשל '**החזקת סם ללא רשיון**'! אין בסעיף זה הבחנה לגבי **צורת** השימוש או **מטרת** השימוש, והגורם הקובע הוא רק **קיומו של רשיון** אחזקת הסם המסוכן. כל **צורת** שימוש וכל **מטרת** שימוש שאינה ברשיון, עולה ברשתו של סעיף זה.

בסעיף 7 (ג) החוק מחריג צורת שימוש של 'החזקה לצריכה עצמית', ומחייב את העובר על סעיף זה **רק** בשלוש שנים.

במונחי תורת הקל וחומר, יש לדון בשאלת היחס בין '**החזקת סם ללא רישיון**' לבין '**החזקת סם לצריכה עצמית**'. אפשר שיתקיימו בינהם יחסי קולא/חומרא, או יחסי הכלה או שלא יתקיימו יחסים לוגיים כלל. קיומם של יחסי קולא/חומרא יאפשרו יצירת קל וחומר מסוג פשוט וקיומה של **הכלה** תאפשר יצירת קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'.

יחסי קולא/חומרא בקל וחומר פשוט הינם אפריורים, כלומר נגזרים מן התבונה ולא מן המציאות. יחסים אלו אמורים ליצור, על פי תורת הקל וחומר את **ההכללה** האפריורית שלפיה '**החזקת סם ללא רשיון**' בסתם, **חמורה** תמיד מ-'**החזקת סם לצריכה עצמית**', האמנם? או הייתכן? (כפראפרזה ללשונו של השופט חשין!) לשון החוק מוכיחה בעליל כי אין יחסי קולא/חומרא כאלה, שאילמלא כן, מדוע יכתוב החוק במפורש כי המחזיק לצריכה עצמית יחוייב רק בשלוש שנים? הלא הלכה זו נגזרת באופן כמעט הכרחי מן הרישא של הסעיף? אם ההחרגה נועדה ללמדנו רק את מידת העונש? מדוע לא ימנה החוק את העונש על 'החזקה לצורך נוי'? החזקה לצורך 'אכילה'? ו'החזקה לצורך הרחה'? יתור על כך, כדי ליצור הכללה אפריורית המבוססת על יחסי קולא/חומרא, יש צורך בסרגל אחד ללמד ולמלמד, שעליו ניתן להציב את שניהם בשנתות שונות. במקרה דנן, אין זה מתקיים, שהרי הארגומנט ב'מלמד' הינו עניין **הרשיון**, והארגומנט ב'למד' הינו '**הצריכה העצמית**'. איך נוכל להעמיד 'רשיון' ו'צריכה עצמית' על אותו סרגל, באופן ש'צריכה

עצמית' קלה יותר?! אתמה![461]

זאת ועוד, כלל לא בטוח ש'צריכה עצמית' קלה יותר 'מהחזקת סם' , ולולי ההחרגה המפורשת של החוק, באמצעות העונש הקל יותר לא היינו מעלים על דעתו לומר זאת אפריורית. כך לדוגמה, הקל וחומר הדמיוני הבא אינו באפשר: 'אם אדם המחזיק בסם אפילו שלא לצריכה עצמית יחוייב ב-20 שנות מאסר קל וחומר שיחוייב ב-20 שנות מאסר אם יחזיק בסם לצריכה עצמית'!

כדי ליצור יחסי קולא/חומרא המביאים לידי אבסורד יצר השופט יחסים בין שני אלמנטים שאינם נגזרים מלשון החוק:

'**החזקת סם לצריכה עצמית**' לבין '**החזקת סם למטרה מסחרית**'. מהיכן זה האחרון הגיח לדיון? אמנם הנאשם הודה בהחזקת כמות גדולה של סם, אבל החוק כפי שכתבתי לעיל אינו מתייחס כלל לאספקט זה או אחר של החזקה, אלא להחזקה סתם, ללא רשיון!

אם יחסי קולא/חומרא אינם מתקיימים בין '**החזקת סם ללא רשיון**' לבין '**החזקת סם לצריכה עצמית**', ודאי וודאי שהם אינם מקיימים ביניהם יחסי הכלה כלשהם. זהו תורף שגיאתו של השופט בשלב ב' לעיל. השופט סבר, כדי ליצור יסודות עובדתיים שונים משל המערער, כי 'החזקה למטרה כלשהיא' כוללת בהכרח את 'החזקה לצריכה עצמית'. אכן, ללא הסיפא של סעיף 7, ההחזקה שבסעיף 7 (א) הינה כל החזקה, בכל צורה ולכל מטרה ובכללן צריכה עצמית. אבל הסיפא של סעיף 7 מחריג סוג החזקה זה במפורש, כלומר הוא קובע כי 'החזקה לצריכה עצמית' **אינה כלולה** ב'החזקה ללא רשיון' בסתם.

נמצאנו למדים, כי דווקה מתודולוגיית המערער במקרה דנן. שאינה מנסה לפרש את החוק בהתבסס על כללי הלוגיקה, או על תורת הקל-וחומר, נוטה יותר לאמת המשפטית. שני היסודות המצטברים לדעת המערער: 'החזקת סם' ו'שימוש עצמי' נגזרים באופן ישיר מלשון החוק בלי כל צורך בהטיות או פרשנויות לוגיות.

[461]. תמיהה זו קיימת רק אם נרצה ליצור תובנה זו באופן אפריורי, לא בהסתמך על העונש המופחת בסיפה של סעיף 7 לפקודת המיסים.

בלשון 'תורת הקל וחומר' טען המערער כי בין הרישא והסיפא של סעיף 7 לפקודת הסמים לא מתקיימים יחסי קולא/חומרא ובודאי לא יחסי הכלה, כפי שטען השופט.

במקרה הבא[462] נראה כי הכלל 'בכלל מאתיים מנה' הוא המקור המשפטי ל'סמכות נגזרת', סמכות המעניקה כח לבית המשפט ל'**מעצר ביניים**' ול '**הפקעה זמנית של שחרור אסיר**'. עניינו בשישה מבקשים, תושבי מזרח ירושלים שהורשעו במסגרת הליכים שונים בעבירות בטחוניות אשר בגינן הושת על כל אחד מהם מאסר עולם בעבירת רצח. במסגרת 'עסקת שליט' הוחלט לשחררם בתנאים מבית הסוהר. לאחר שחרורם הם נעצרו בנימוק שהפרו את תנאי השחרור. ועדת השחרורים החליטה להפקיע **באופן זמני** את שחרור המבקשים, וזאת עד להחלטה סופית בעניין ביטול שחרורם בכלל. עיקר טענת בא כוחם בעניין זה היה, שאין לוועדת השחרורים סמכות מפורשת בחוק להפקיע באופן זמני את שחרור המבקשים. בית המשפט קבע, כי נתונה היתה לוועדת השחרורים הסמכות להפקיע באופן זמני את שחרורם של המבקשים וביסס את קביעתו על סעיף 17 (ב) לחוק הפרשנות התשמ"א – 1981, הקובע כי: "הסמכות לעשות דבר או לכפות עשייתו – משמעה גם מתן סמכויות עזר הדרושות לכך במידה המתקבלת על הדעת". כיוון שאין חולק כי לועדת השחרורים סמכות להורות על ביטול שחרורם של המבקשים באופן סופי, הנה כי כן, מכח סעיף 17(ב), ברי כי בסמכותה גם להורות על הפקעת שחרורם באופן זמני, **כסמכות עזר** לביטול סופי של השחרור. על אף שערעור זה הפך להיות תיאורטי בשל החלטה מאוחרת יותר של וועדת השחרורים לבטל את שחרורם באופן סופי, החליט השופט א' רובינשטיין לדון בשאלה המקדמית שהתייתרה עקב הנסיבות, ומכאן הדיון שלנו.

מתודולוגיית הפסיקה של השופט רובינשטיין בשונה מזו של הערכאה הקודמת כוללת ג' שלבים:

שלב א – "נוכח מעמדה הנעלה של חרותו האישית של הפרט, הדרישה היא כי פגיעה בה תעשה, בין היתר מכח חוק **מפורש**. (הדגש במקור, ח.ג).השאלה שבמוקד עניינו היא –

[462]. ... 4937/14 עלאדין בן אחמד אלבזיאן נגד היועץ המשפטי לממשלה.

האם שלילת חרותם של המבקשים, על דרך הפקעת שחרורם באופן זמני על ידי ועדת השחרורים, נעשתה מכוח חוק מפורש". בדברים נוקבים אלו, קובע השופט במשתמע כי הפתרון לסוגיה זו שנפסק על ידי ערכאה קודמת, לאמור: התבססות על חוק הפרשנות ועל 'סמכות עזר' אין בו די כדי לשלול חירותו של אדם. אכן, בשלבים הבאים יצביע השופט על מקור משפטי אחר ,שווה-ערך **לחוק מפורש**, שיש בו כדי לנמק ביתר תוקף את החלטת הערכאה השיפוטית שפסקה על הפקעה זמנית לשחרור האסירים.

שלב ב' – 'מעצר ביניים' ו'הפקעת שחרור זמנית.

השופט א' רובינשטיין טוען לאנאלוגיה מוחלטת בין סוגיית 'מעצר הביניים' לסוגייתנו. כאשר מובא נאשם בבקשת מעצר עד תום ההליכים המשפטיים מכח סעיף 21 (א) לחוק המעצרים, רשאי בית המשפט לעוצרו עד למתן החלטה בבקשה, אף בהיעדר חקיקה מפורשת. למסקנה זו הגיע בית המשפט בשתי דרכים שונות: **האחת**, בדומה לאופן בו פעל בית המשפט בענייננו, כלומר: באמצעות סעיף 17 (א) לחוק הפרשנות וראיית 'מעצר ביניים' כחלק מ"הסמכה לקבוע נוהל עבודה וסדרי דיונים ככל שאלה לא נקבעו בחיקוק".[463] **השנייה** – בחינת מעצר הביניים **כסמכות נגזרת** מסמכות בית המשפט לעצור את הנאשם עד תום ההליכים המשפטיים. השופט בוחר אפשרות זו כדרך המועדפת: "כפי שהזדמן לי לומר במקרים שונים, סבורני כי ראיית "מעצר הביניים" **כסמכות הנגזרת** (הדגש שלי, ח.ג) מסמכות המעצר העיקרית, היא הדרך לילך בה".[464]

הנימוק של השופט לבחירתו נוגע מאוד לענייננו: "כך, (כלומר: הבחירה באפשרות השניה, ח.ג), כיוון שענייננו במאטריה הפלילית, ועל כן יש לעשות שימוש זהיר בסעיף 17 **לחוק הפרשנות** וביצירת סמכויות יש מאין הנוגעות לזכויות אדם בסיסיות".

במילים אחרות, בבחירה שבין האפשרות הפרשנית 'סמכות עזר' לבין 'הסמכות הנגזרת', יש לבחור בדין הפלילי באפשרות השנייה, שהינה בעלת תוקף גדול יותר לבטל זכות מזכויות החרות של אדם. בהתבסס על לשונו בשלב א' 'הסמכות הנגזרת' מתחזית להיות 'חוק מפורש'.

---

[463]. ראו לדוגמה: בש"פ 6190/98 מדינת ישראל נ' שושני.

[464]. ראו עוד: בש"פ 8896/08 בוסקילה נ' מדינת ישראל, בש"פ 877/06 גנסר נ' מדינת ישראל, בש"פ 10900/08 באהלין נ' מדינת ישראל.

ברם, 'הסמכות הנגזרת' אינה אלא צורת היישום של 'בכלל מאתיים מנה' היוצרת יחסי הכלה שאינם נתונים במחלוקת. בלשונו של השופט: "הסמכות הנגזרת, כשהיא נקראת לתוך הסמכות הבסיסית למעצר עד תום ההליכים, אינה גורעת מפרמטר הזכויות שקבע המחוקק: כבר נאמר "בכלל מאתיים מנה. אין צורך בפרשנות יצירתית כדי לקבוע כי בית משפט הרשאי לעצור עד תום ההליכים, רשאי לעצור מעצר ביניים הפחות בדרגתו".

לקביעה לוגית זו , מוסיף השופט אף הגיון של 'הבאה לאבסורד': "שכן, אילמלא האפשרות למעצר ביניים היה על בית המשפט לשחרר נאשמים שעניינם מצדיק את מעצרם עד תום ההליכים נגדם, אולם מסיבות כאלה ואחרות, בהן אקראיות – ומהן טכניות ומהן מהותיות – אי התייצבות סניגור, בקשות לעיון בחומר סודי.. . לא היתה אפשרות ליתן החלטה במועד... ומשאיפשר המחוקק מפורשות פגיעה בחרות הפרט בדרך של מעצר עד תום ההליכים... **קל וחומר** (הדגש שלי, ח.ג) שבידי בית המשפט להורות על מעצר ביניים הנגזר מכך...".

שלב ג' – הקבלה מליאה

"**...** ההגיון הפשוט שהנחה את הפסיקה לעניין מעצר ביניים, יפה כוחו גם כאשר ענייננו בהפקעה זמנית של שחרור אסור מכוח **חוק שחרור על-תנאי ממאסר :** דהיינו: סמכותו של בית המשפט להפקיע זמנית את שחרורו של אסיר פלוני, נגזרת מסמכותו לבטול שחרורו באופן מוחלט".

יותר מכך: "ההגיון האמור, חל ביתר שאת בכל הנוגע להפקעה זמנית. כך, כיוון שבשונה ממעצר רגיל המצוי בגדרי חזקת החפות, הורשע האסיר המשוחרר על תנאי כדין בביצוע המיוחס לו, ושחרורו אינו מוחלט ואינו מותנה בתנאים: מכאן, כי מעיקרא מוגבלת חרותו בתקופה זו, ואינה שקולה ערכית ומשפטית לזו הנתונה לנאשם אשר לו עומדת חזקת והוחלט לעוצרו במעצר ביניים או עד תום ההליכים".

יושם לב, השופט לא פסק בעניין 'שחרור זמני' בדרך של **היקש** ממעצר הביניים. בדרך זו, היה צורך להראות את צדדי ההיקש. במקום זאת הוא קבע כי "ההגיון הפשוט" שהנחה את השופטים בעניין אחד יפה כוחו גם בעניין שני. נמצאנו למדים כי מתודולוגית הוא העדיף את כוחו של הקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' על פני **ההיקש** ועל פני **הפרשנות!**

ו. סכום וממצאים לפרק שני

ו.1. כללי

(א) : לרוב, אין מערכת המשפט הישראלי מתייחסת אל חלקיו, הגיונו ומבנהו של הקל וחומר הפשוט, ובכלל. הכתיבה והניסוח לרוב אינטואיטיביים.

(ב) : רעיון **ההכללה האפריורית** כחלק הכרחי במבנה הקל וחומר הפשוט אינה מוזכרת כלל, ואף אותה ניתן להסיק, אם בכלל, רק באופן עקיף, מתוך אנליזה של דברי השופט.

(ג) : קשה לקבוע אם קיימת 'התפתחות במתודולוגיה של הקל וחומר הפשוט במשפט הישראלי, בשל חוסר התייחסות ל'עצם השיטה'. גבולות הטיעון המשפטי מסוג הקל וחומר אינם מתוחמים, וכמובן אינם מוגדרים.

(ד) : ניסוחי הלמד/מלמד מעורפלים ולא ברורים ובשל כך קשה לקבוע מהם יחסי הקולא/חומרא אותן מקיים הקל וחומר.

(ה) : בולטת התופעה של התלבטות בין הקל וחומר הפשוט לבין 'בכלל מאתיים מנה'.

(ו) : פעמים שיחסי הקולא/חומרא מושפעים מן הדיסציפלנות אותם הם מייצגים ולא

מן המקרים עצמם, ופעמים שנוצרים עוותים בשל כך, כמו הניסיון ליצור יחסי קולא/חומרא בין המשפט האזרחי לפלילי. החומרה הכללית של המשפט הפלילי משפיעה אינטואיטיבית על יחסי הגומלין בינה לבין המשפט האזרחי ובמישרין על הקל וחומר הבוחן אינטראקציה ביניהם.

(ז) : פעמים יש ניסיון לשוות לקל וחומר פשוט, מבנה וצורה של 'בכלל מאתיים מנה' כדי להוסיף תוקף למסקנתו.

(ח) : היקש ואנלוגיה הם מושגים רחבים המכילים 'תחת כנפיהם' סוגים שונים של כלי היסק לוגיים. השופטים אינם מצביעים באנלוגיות השיפוטיות על הכלים המדויקים שבהם הם עושים שימוש, וכאשר הם יוצרים קל וחומר כמידת היקש, הם אינם יורדים כאמור לעיל לסוגיו או למבנהו. הקל וחומר מהווה מעין 'מילת קסם' היוצרת ניסוחים משפטיים בעלי תוקף בעיניהם ומתוך תקווה גם בעיני הקורא.

(ט) : במרבית המקרים שנבחנו על ידי, הקל וחומר הוא כלי אחד מיני רבים המשתלב בתוך המתודולוגיה השיפוטית הכוללת גם כללים, ודוקטרינות לרוב.

(י) : המתודולוגיה והפורמליזציה של הקל וחומר נדחקים הצידה בפני פרטים משפטיים רבים. הניסיון של השופט ליצור ניסוחים מנומקים היטב לפסיקה 'מדלג' לפעמים על 'לב ליבו' של הטיעון הוא הקל וחומר. למתנגדים למהלך זה 'ידיים קשורות', בשל היותו של לב הטיעון 'מסתתר' בתוך שלל הטיעונים.

ו.2. מתודולוגיית שימוש

(א) : פעמים, מניח השופט בתחילת דיונו מבנה אנליטי לפתרון הבעיה המשפטית והוא יוצק לתוכה את תכניו. המבנה 'הקשיח' הזה, מאלץ את השופט לפעמים ליצור טיעונים מאולצים של קל וחומר 'לתפארת המליצה' בלבד.

עיון מדוקדק ברכיב המאולץ מעמיד את כל המבנה הלוגי המפואר על 'כרעי תרנגולת'.

(ב) : כדי ליצור קל וחומר, פעמים שהשופטים 'בונים' את הלמד והמלמד **בשלבים**. התובנות המשוקעות בשלבים אלו אינן נגזרים מתורת הקל וחומר אלא מחוקים, פרשנות, תקדימים או היסקים פרשניים.

(ג) : על אף חוסר המודעות לאפשרויות הפירכא של הקל וחומר, פעמים שהקל וחומר נדחה כבר בראשית ניסוחו, בשלבי 'בנייתו'.

(ד) : פעמים נוטה השופט **לצורניות ופורמליזם** מוגזמים שבאמצעותם הוא בונה מבנה לוגי, אבל ללא ביסוס לוגי תיאורטי מתאים. ההיסק במקרה זה הוא רק למראית עין, במיוחד כאשר הוא משבץ לתוכו את הקל וחומר.

ו.3. מונחים – התפתחות ומודעות

(א) : ההתפתחות במונחי הפנייה במשפט העברי, לא קיימת במשפט הישראלי.

(ב) : צורת הפנייה : "ואולי על דרך ההיקש/קל וחומר מעידים על התלבטות במתודולוגיית הקל וחומר ללא מודעות פורמלית.

(ג) : גם החוק וגם הפסיקה יוצרים מדרגים. מדרגים אלו מהווים 'סביבה טבעית' להיווצרות הקל וחומר. או אז נוצרים אופני היסק שעושים שימוש בניסוח הלוגי 'הכרחיות' על שלל הטיותיה.

(4) : הביטויים 'על דרך קל וחומר' או 'אף על דרך של קל וחומר', מעידים על רצון השופט ליתן תוקף יתר לפסיקתו.

(ד) : פעמים משווים השופטים את המקורות להיסקיהם במונחים הלקוחים מן המשפט העברי כמו : גזרה-שווה, היקש, בנין-אב, וכו', להיסק הנלמד בקל וחומר.

ו.4. קולא/חומרא, הכללה והכלה

(א) : יחסי הקולא/חומרא המשמשים כטריגר לביצוע פעולת הדין מנוסחים לרוב, כדי להוות מעין מבחן משפטי הנועד לברר את קיומו העקרוני של הקל וחומר ולא כדי לבחון את תוקפו.

(ב) : פעמים מנוסחים יחסי קולא/חומרא בין ישויות משפטיות כדי ליצור מדרג משפטי, 'המזמין' בתורו את הקל וחומר לבחינת האינטראקציה ביניהם.

(ג) : מושג **ההכללה**, על אף היותו רכיב חיוני להגדרת הקל וחומר הפשוט, אינו מומשג בפסיקות, ובחלק מן המקרים, ספק אם הוא קיים אפילו במישור התודעתי.

(ד) : מושג **ההכלה** המהווה רכיב חיוני בהגדרת הקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' הוא מושג אבסטרקטי ושנוי במחלוקת. עיקר הבעיה נמצאת ביכולת להבחין בין יחסי הכלה **שבמציאות** לבין יחסי הכלה שבהלכה, המהווים יחסים בין **מושגים.**

ו.5. סוגי הקל וחומר

(א) : רוב ככל הקלין וחמורין במשפט הישראלי הם מן הסוג – פשוט, מיעוטן מסוג 'בכלל מאתיים מנה', וקל וחומר מורכב לא קיים כלל באופן מפורש.

(ב) : ניתן למצוא ניצנים להתפתחות הקל וחומר המורכב במשפט הישראלי בסביבה השיפוטית שבה קיים יותר מנתון אחד בצירוף **הכללה.** במקרים בהם ניתן למצא שלושה

נתונים, מה שיכול להעיד על קל וחומר מורכב מתברר שקיימים בפועל לכל היותר שני נתונים.

(ג) : העקרון שלפיו לא ניתן לפרוך קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' אך ניתן לפרוך את ההנחה שזה אכן טיבו, מוכר בפסיקה הישראלית.

(ד) : השימוש במונח 'בכלל מאתיים מנה' נפוץ בהקשרים רבים, לאו דווקא ליצירת קל וחומר מסוג זה, ולרוב כתחליף לביטוי "השלם טומן בחובו את חלקיו".

(ה) : במשפט הישראלי, כאשר יחסי הכלה נובעים מהיבטים כמותיים, לשוניים, או איכותיים, הם לא יהיו בעלי תוקף כאשר הם 'יתנגשו' עם המציאות. ובניסוח אחר- 'צורה' אינה עומדת מול 'מהות'!

(ו) : שתי צורות יישומיות לכלל 'בכלל מאתיים מנה' ככלל פרשני במשפט הישראלי. האחת – פירוש החוק באמצעות הכלל, והשניה – הצבת הכלל כתשתית שיפוטית ראשונית ובסיסית בתוך המתודולוגיה השיפוטית.

(ז) : ברי לכל שופט במערכת המשפט הישראלי, כי קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' המבוסס על יחסי **הכלה** הינו בעל תוקף גדול יותר מקל וחומר פשוט. לפעמים יוצאים השופטים ידי חובת שני הסוגים, והם מצביעים גם על יחסי **קולא/חומרא** וגם על **יחסי הכלה**, בבחינת 'זו וגם זו'.

פרק שלישי- פירכות והגבלות על ה'קל וחומר' במשפט הישראלי

א. סוגי פירכות על המנגנון

א.1. מבוא

מנגנון הקל וחומר הפשוט כולל בתוכו את: **ההכללה האפריורית** היוצרת את המצע ליחסי **קולא/חומרא**. **מלמד** המבוסס על 'מקרה' אחד [465] / הלכה אחת, **ולמד** - היא תוצאת הקל וחומר. הקל וחומר **המורכב** כולל בתוכו את שתי ההלכות הראשונות היוצרות **את ההלכה האפוסטריורית**, **מלמד** המבוסס על מקרה אחד / הלכה אחת, **ולמד** - היא תוצאת הקל וחומר. קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' חסר הכללה מכל סוג וחלקיו מבטאים יחסי **הכלה** בלבד, כאשר **הלמד** מוכל **במלמד**. קיומן של יחסי הכלה אלו מאפשר את קיומה של פעולת הדין ואת תוצאת הקל וחומר.

פירכת הקל וחומר, קרי; דחיית תוצאתו אפשרית בצורות שונות. ההבדל בין צורות הפירכות הוא בשאלה את מה הן תוקפות. כל אחד מרכיבי המנגנון של כל קל וחומר 'חשוף' לפריכתו, ועובדה זו, כלומר: היותו נתון לפריכה מהווה מעין הצהרה על היותו של ההיסק הכולל אינדוקטיבי ולא דידוקטיבי. בפרק הקודם ראינו כי מצאנו פירכות של קל וחומר במשפט הישראלי על אף חוסר מודעות פורמלית לחלקי המנגנון הלוגי שלו. כדי ל'תקוף' קל וחומר צריך להכיר את חלקיו, הגיונו ומבנהו ולכוון את חיצי המתקפה לאחד מרכיביו. למרות זאת, אנו מוצאים ניסיונות של דחיית ההיסק של הקל וחומר בדרכים אינטואיטיביות, לא פורמליות ולא מובחנות. בפרק זה, אבחן סוגי 'פירכות' שונות תוך השוואה לפורמליזציה המצויה במשפט העברי. כפי שראינו בפרק הקודם, שופטים שואפים להציג היסקי קל וחומר כמתבססים על 'בכלל מאתיים מנה' בשל תוקפו הרב. אבחן גם סוגיא זו לעומקה כדי לענות על השאלה האם קל וחומר מסוג זה ניתן בכלל לפריכא, ואם כן, כיצד?

אבחן גם את הפירכות מול הרכיב המסוים אותו הם תוקפים, ולקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' אקדיש דיון נפרד בשל שונותו וייחודו. הגבלת כוחו של הקל וחומר בשל כללים הגיוניים/משפטיים או אילוצי מציאות 'קוראים אף הם תיגר' על כוחו של הקל וחומר. אדון איפה גם בהגבלת

[465] נתון עובדתי אחד, יהא מקורו אשר יהא, המכונה על ידי בעבודה 'מקרה'.

כוחו של הקל וחומר בשל כללים אלו, בעיקר בכלל: 'אין עונשין מן הדין' ו'דיו', אבל גם בהגבלות ייחודיות למשפט הישראלי.

א.2. על ההכללה

בערעור אזרחי 189/95[466] , יצר השופט חשין את הקל וחומר הבא: "אם זכותו של זוכה ראשון עדיפה, לכאורה, על זכותו של זוכה שני- מקום שזכותו של זוכה שני הוא זכות שעניינה התחייבות לעשות עיסקת קניין- (להלן: זכות קניין, ח.ג), זכותו של זוכה ראשון לא תהא עדיפה על זכותו של שני מקום שזכותו של שני אינה אלא זכות של עיקול"!

בלשוני: אם זכותו של ראשון עדיפה על זכותו של שני **בקניין**, היא לא תהא עדיפה על השני **בעיקול**!

קל וחומר זה נמצא בלב הדוקטרינה אותה הציע השופט חשין, הדוקטרינה שתעסוק בפתרון חילוקי הדעות בין זוכה ראשון לזוכה שני על בסיס סעיף 9 בחוק המקרקעין. טענתו בקצרה הינה כי חלקו הראשון (סעיף 9) של חוק המקרקעין היא היא הדוקטרינה לעיסקאות נוגדות. תחום פרישתה חל על כל העיסקאות הנוגדות, וכל המקרים ישפטו על פי דוקטרינה זו (בלשונו: "אין ספק קל בדעתנו כי הוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין בעניין של עיסקאות נוגדות- מבטאת דוקטרינה במשפט המקרקעין הישראלי"). ומהי הדוקטרינה? "זכותו של זוכה ראשון עדיפה, והחריג לעקרון: מקום שזוכה שני פעל בתום לב ובתמורה והעיסקה נרשמה לטובתו בעודו בתום לב- זכותו של שני עדיפה".[467]

בקל וחומר לעיל, אותו ניסה השופט חשין, נתון אחד בלבד; זכותו של זוכה ראשון בקניין עדיפה על זכותו של זוכה שני. כדי ליצור היסק הנוגע לעניין הנדון בתיק זה, יצר השופט וניסח הכללה אפריורית בלשון הבאה: "שהרי זכות העיקול בוודאי נחותה היא - על דרך העיקרון – מזכות

[466] ערעור אזרחי,189/95 בנק אוצר החייל נגד מזל אהרונוב, בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים. הנשיא א' ברק (ככינויו אז) ואיתו השופטים: ת' אור, מ' חשין, ט' שטרסברג – כהן, ד' דורנר, י' אונגלנדר.

[467] מתוך המקרה דנן העוסק בפתרון חילוקי הדעות בין זוכה ראשון לשני מבקש השופט מ' חשין ליצור דוקטרינה כוללת העוסקת בכל **סוגי העיסקאות הנוגדות**, כך שהמקרה דנן הוא אך מקרה פרטי מדוקטרינה זו. גם דוקטרינה זו אינה אלא ביטוי לדוקטרינה " כול כוללת במשפט הישראלי... והדוקטרינה היא: דוקטרינת דיני התחרות" (שם, סעיף 11).

שמקורה בהתחייבות לעיסקה", ובלשון פורמלית, קצרה ויבשה: זכות הקניין גוברת על זכות העיקול. האפריוריות של ההכללה, מצויה בלשון השופט במילים: " על דרך העיקרון".[468]

השופט חשין, בהמשך דבריו אף טוען כי הקל וחומר אותו הוא מציע היא מסוג 'בכלל מאתיים מנה', מה שמעניק לקל וחומר יותר תוקף.[469] באופן חריג, מנסח השופט פירכא לכאורה על הקל וחומר אותה הוא ניסח בהאי לישנא:

> "בעל דברנו ימשיך להציק לנו, וכך יאמר: גם אם אמרנו כי זכותו של המעקל נחותה מזכותו של זוכה שני- קרא: נחותה מזכותו של מי שבעל מקרקעין התחייב כלפיו להקנות לו זכות במקרקעין- אין טעם שלא נעדיפו על הזוכה הראשון בהתמלא התנאים הקבועים בסעיף 9 סיפה לחוק המקרקעין. וכך, כשם שזוכה שני (בגדרי סעיף 9) יכול שיגבר על זוכה ראשון- אם פעל בתום לב, ובתמורה והעיסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב- כך יהא דינו של המעקל, שאף זכותו שלו תגבר על זכותו של הזוכה הראשון אם אך פעל בתום לב ובתמורה ורישום העיקול נעשה בתום לב"?!

לענייננו מקום לשאלה, לאיזה חלק במנגנון הקל וחומר פירכא זו מתייחסת? את מה פורך השופט חשין בניסיון זה? השופט עצמו ניסח את ההכללה, שלפיה "על דרך העקרון" זכות הקניין **גוברת** על זכות **העיקול**![470] ברם, ניסוח הפירכא לכאורה של השופט, אינה מתייחסת כלל ליחסים שבין קניין לעיקול, אלא ליחסים שבין זוכה ראשון לשני בקניין, כלומר: הנתון היחיד הנגזר מלשון החוק, שלפיו זכות ראשון עדיפה על זכות שני בקניין אינו נכון, על פי פירכא זו. מדוע אינו נכון? משום שעל פי לשון החוק עצמו (סיפא של סעיף 9), אם העיסקה היתה בתום לב, בתמורה והיא נרשמה כחוק, אזי יש לזוכה שני עדיפות על זוכה ראשון. נמצאנו למדים כי הקביעה (= נתון יחיד של הקל וחומר הפשוט) שלפיה זוכה ראשון גובר על זוכה שני בקניין אינה נכונה תמיד, ופעמים, בהתקיים תנאי

---

[468] על אף שהשופט אינו מתנסח באופן פורמלי באמצעות הביטוי 'הכללה', נראה כי " על דרך העיקרון" היא מעין מוסכמה אפריורית, על אף שלא פורש מהו העיקרון. עובדה זו בלבד (מוסכמה אפריורית) תורמת להגדרת משפטו זה של השופט להיות – 'הכללה'.

[469] ובלשונו הציורית "הלא נאמר כי בכלל מאתיים מנה? אם הארז יכוף את ראשו, כיצד זה שהאזוב אשר בקיר ישמיע קול"?

[470] ראו בהערה 4 לעיל

הסיפא של סעיף 9, המצב המשפטי מתהפך! לו ביקש השופט חשין לפרוך את ההכללה של קל וחומר זה, הוא היה צריך להצביע על מקרה אחד, שממנו עולה כי זכות העיקול גוברת על זכות הקניין!

את הפירכא לכאורה זו, דוחה השופט כך: "שלושה יסודות אלה מבית מדרשה של הוראת סעיף 9 סיפה, משתלבים באורח טבעי במערכת של עיסקאות נוגדות, אך ישמיענו אנקות- חריקה בנסותנו לשלבו בעיקול מאוחר."[471] מנקודת המבט של מתודולוגיית הקל וחומר טוען השופט חשין, כי התנאים שלפיהם זוכה שני גובר על זוכה ראשון, האמורים בסיפא של סעיף 9 אין להם כל רלוונטיות לעיקול אלא לקניין בלבד. בשל כך, הנתון היחיד הקיים על פי לשון החוק, (המוצע להיות דוקטרינה), הוא הנתון שלפיו זוכה ראשון בקניין עדיף על זוכה שני בקניין בתנאים מסוימים. אין כאן ניסוח של הכללה שלפיו זוכה ראשון עדיף **תמיד** על זוכה שני בקניין משום שהכללה זו אינה נכונה מצד אחד, ומשום שההכללה בקל וחומר זה עוסקת ביחסים שבין קניין לעיקול ולא ליחסים בין הזוכים, מצד שני.

דיון זה רלוונטי רק כאשר אנו מניחים כי הקל וחומר הוא מסוג פשוט, שמנגנונו כולל הכללה אפריורית ונתון אחד. ברם, השופט חשין, בסופו של יום, סבור כי קל וחומר זה הוא מסוג 'בכלל מאתיים מנה' לאמור, יש יחסי **הכלה** ביו קניין לעיקול, באופן שעיקול הוא סוג של קניין, ובלשון לוגית יותר, הוא אחד מן המקרים בקבוצת הקניין. כיצד, אם בכלל, ישתלבו הפירכה לכאורה ודחייתה בדיון שהקל וחומר המצוי במרכזו הוא מסוג 'בכלל מאתיים מנה'?! מדוע לכאורה קיים כאן קושי משפטי? משום שההכלה יוצרת יחסים בין **עיקול לקניין** באופן שעיקול הוא סוג של קניין ומכיל מן הסתם חלק מתכונותיו. אם כך הם פני הדברים, כיצד טוען השופט כי תנאי הסיפא של סעיף 9 <u>לחוק המקרקעין</u> אינם רלוונטים לעיקול, הלא עיקול הוא סוג של קניין?! חובה אם כן לומר כי על אף שהעיקול כלול בקניין ולכן הם מקיימים ביניהם יחסי הכלה, התכונות המסוימות (תום לב, תמורה ועיסקה רשומה), אינן מן התכונות המשותפות לשניהם. תכונות אלו שייכות ורלוונטיות רק לקניין ולא לעיקול, ובכל זאת מהווה העיקול סוג של קניין (=הכלה) בהתבסס על תכונות אחרות!

[471] 'אנקת חריקה' הוא הביטוי הציורי לביטוי הפורמלי 'פירכת' הקל וחומר, כלומר דחיית ההיסק או התוצאה.

דיון רב שלבי זה, מבוסס כולו על תורת הקל וחומר במשפט העברי ואין דרך להבינו באופן פורמאלי (לא אינטואיטיבי) מבלי להיזקק לתורה זו. ההבחנות הדקות בין שני סוגי הקל וחומר, מנגנוניהם ופירכותיהם באים לידי ביטוי במקרה זה באופן בולט. השופט לא הכריע לבסוף האם לפנינו **הכלה** (המתאימה ל'בכלל מאתיים מנה') או **הכללה** (המתאימה לקל וחומר פשוט) אבל הוא פרש בפנינו את שתי האופציות כמו התפצלות לוגית ב'תרשים זרימה'. דיון זה מפורט, מפורש, ויושב על אדני תורת הקל וחומר, כל כך שונה מדיון בנושא אחר בעל חשיבות משפטית, שבו השופט מכניס למילים ערטילאיות וקצרות את כל פירכותיו בנדון. ברעפ 4142/04 (סמל מיל איתי מילשטיין נ' התובע הצבאי), השופט לוי סבר כי הפרשנות שאומצה על ידי בתי הדין הצבאיים (לסעיף 162 לחסד"פ) לפיה בהינתן כי שתיקת נאשם יכולה לספק את הדרישה לראייה מסייעת, קל וחומר שהיא יכולה להיות גם "דבר מה נוסף" להודאת הנאשם "אינה נקייה מספקות". על אף שלב הדיון הוא הקל וחומר, בחר השופט לוי לדחות את הקל וחומר במילים סתמיות וחסרות פשר היושבות מבחינת הצורה של הטיעון על יסוד הפירכה לקל וחומר[472].

במקרה הבא,[473] נבחן פירכא על ההכללה אפריורית לא מוצלחת. הליכים פליליים שנפתחו נגד העותר, נפסקו משנקבע כי אינו מסוגל, עקב מחלת נפש, לעמוד לדין פלילי. העותר ברח מבית החולים בו אושפז לאחר מתן צו, והוא הועמד לדין על עבירות שלפי החשד ביצע לאחר בריחתו. טענתו הינה כי לאחר שניתן צו אשפוז וכל עוד לא שוחרר מהמוסד לחולי נפש, אין לבדוק שנית את מסוגלותו להעמדה לדין. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה, צווה על בדיקת העותר על ידי פסיכיאטר ומכאן נגזרת העתירה.

טענת העותר תומכת יתדותיה בסעיף 17 (ב) <u>בחוק טיפול בחולי נפש</u> האומר כך: "אושפז נאשם בבית חולים, לאחר שבית המשפט מצא כי אין הוא מסוגל לעמוד בדין מחמת היותו חולה, והנאשם שוחרר מבית החולים לפי סעיף קטן (א), רשאי היועץ המשפטי לממשלה להורות כי יועמד לדין על העבירה בה הואשם לראשונה". באת כוח העותר לומדת מסעיף זה כך:

---

[472] ממשפטו זה של השופט לוי לא ברור כלל באילו תחומים נמצאים הספקות. אם ההיגיון המשפטי שלפיו לוז הטיעון נמצא בקל וחומר המנוסח, אזי יש לומר כי השופט אכן לא קיבל את טיעון הקל וחומר הנ"ל ועל כן ניתן להגדיר את ספקותיו כסוג של פירכה.

[473] בג"צ 541/81 (פ"ד לה (4) 807), סידני בן יהודה בוזיו נ' פרקליטות מחוז תל- אביב.

"... שכל עוד לא שוחרר הנאשם מבית החולים, אין להעמידו לדין על העבירות המיוחסות לו, ולא זו בלבד, אלא אף לאחר שחרורו לא יועמד לדין אלא על-פי הוראה מפורשת של היועץ המשפטי לממשלה. ומכאן אנו למדים במידת הגזרה השווה- ואולי אף משום קל וחומר יש כאן- שעל עבירות, שביצע בעת היותו מאושפז, ודאי שלא יעמוד לדין בטרם שוחרר מאשפוזו..."

במילים פשוטות טוענת באת כוח העותר כי אם על עבירות שעשה טרם אשפוזו, לא יועמד לדין טרם שחרורו קל וחומר שעל עבירות שעשה בעת אשפוזו לא יועמד לדין טרם שחרורו. זה קל וחומר פשוט בעל נתון אחד והכללה אפריורית. הנתון היחיד מן החוק הוא שאין להעמידו לדין על עבירות שעשה טרם אשפוזו בתוך תקופת האשפוז. העותר מבקש ללמוד מנתון זה בתוספת הכללה אפריורית כי גם על עבירות שעשה בתוך תקופת האשפוז אין להעמידו לדין טרם שחרורו.

ההכללה האפריורית טוענת ליחסי קולא/חומרא בין 'מצב לפני אשפוז לבין 'מצב בתוך אשפוז' באופן ש 'מצב לפני אשפוז' **חמור** יותר מ 'מצב בתוך אשפוז'. ואם יש קולא במצב החמור, כלומר: אין העמדה לדין, קל וחומר שהיא תהיה גם במצב הקל יותר. הכללה זו רחוקה מלהיות הגיונית ובוודאי לא אפריורית. השופט (מ' אלון) אכן דוחה הכללה זו. משך אשפוזו טוען השופט אינו קשור בשאלת המסוגלות לעמוד לדין, והוא מוכרע על פי שיקולים רפואיים. ייתכן, שכעבור זמן, הוא כבר יהיה מסוגל לעמוד לדין אבל יישאר מאושפז. בכך מנתק השופט את היחס בין 'מצב לפני אשפוז' לבין 'המצב בתוך אשפוז' לעניין העמדה לדין. המשתמע מדבריו הוא כי אין יחסי קולא/ חומרא בין עבירות שלפני האשפוז לעבירות שבתוך זמן האשפוז כפי שבאת העותר טענה. אפשר שבאת העותר 'הרגישה' בחסרון טיעונה ולכן הציעה גם את האפשרות **לגזירה שווה**, אולם היא לא טרחה להסביר מדוע, וכיצד יש כאן גזירה שווה![474]

[474] היא עושה שימוש בשתי מידות מרכזיות מתוך המשפט העברי, גזרה- שווה וקל וחומר, ואף מכנה זאת בשם 'מידה', אבל היא 'אינה טורחת' להצביע על מרכיבי הגזרה- שווה, אפילו באופן לא פורמלי. שיטות ההיסק הללו, הכל כך 'מפורמלים' במשפט העברי משמשים כמו במקרה זה מעין 'מטבעות לשון' שמשמעותן מקובלות על כל, ואין הדבר כן. כל הצדדים טורחים לרדת לעומקם של דברים בעניינים שוליים לפסיקה, אך אינם טורחים לעשות כן, בשיטת ההיסק שהיא לב ליבה של הפסיקה/ העתירה במקרה זה.

"עובדת אשפוזו" כותב השופט "יש בה רק כדי להצביע על כך שהנאשם עדיין לא סיים את הליכי הריפוי מבחינה רפואית, אך עצם האשפוז, כשלעצמו, אין בו משום מידת ההוכחה הדרושה לקביעה, שאין הנאשם מסוגל עתה לעמוד לדין על העבירה החדשה".

א.3. על תוצאת הקל וחומר

בפתח הדיון בעתירה הבאה[475], ביקשו העותרים להעביר את הדיון בה למותב אחר, וזאת על מנת שהמותב לא ייחשף לראיות שאינן קבילות בהליך העיקרי. בתגובה לסירוב בית המשפט ביקש בא כח המערערים, בעל פה, את פסילת המותב, ומשסורב הוגש הערעור שלפנינו.

הרכיב המרכזי בטענת המערערים, לפסילת המותב נוסח כך: "... ניתן להקיש לענייננו על דרך של קל וחומר, מהפרקטיקה לפיה המותב הדן בהליכי המעצר אינו המותב שדן בהליך העיקרי". הקל וחומר בלשוני הוא: אם שופט מעצרים נפסל מלשפוט בדין העקר קל וחומר ששופט הנחשף לחומר חסוי של הנאשם יהיה פסול מלשבת בדינו. הראיות החסויות עשויות לכאורה ליצור מצב של 'משוא פנים'. בשפה הלוגית של המשפט העברי: אם במקרה הקל (שופט מעצרים) יש חומרה (פסילתו לדון בדין העיקרי), קל וחומר שבחמור (שופט הנחשף לראיות חסויות) תהיה חומרה זו (פסילתו לדון בדין העיקרי). הקל וחומר הוא מסוג 'פשוט'. יש בו דין אחד הלקוח מן הפרקטיקה המשפטית ולפיו "המותב הדן בהליכי המעצר אינו המותב שדן בהליך העיקרי". ההכללה האפריורית אינה מנוסחת במפורש והיא נלמדת במובלע. בניסוחי- מידת החשש ל'משוא פנים' בשופט הנחשף לראיות חסויות **גדולה** יותר מזו של שופט מעצרים. הנשיאה (א' חיות) סברה כי דין הערעור להידחות. מתוך לשונה ניתן להבין כי היא לא קיבלה את הקל וחומר הנ"ל, ו/או את תוצאתו. נוכל אם כן לכנות את תגובתה כפירכא.

פירכא א'- "העובדה שהמותב נחשף לראיות בלתי קבילות- ובפרט לראיות חסויות במסגרת העתירה לגילויין- אין בה כשלעצמה ליצור עילת פסלות, ויש לבחון בכל מקרה לגופו אם המותב נחשף ל"מסה קריטית" של ראיות שיש בהן להצדיק את פסילתו"[476]. במונחי המשפט העברי

[475] ע"פ 4587/20 עז אלאדין חאמד נ' מדינת ישראל. בפני כבוד הנשיאה א' חיות.

[476] לפנינו ניסיון להגדרה **כמותית** של הכללה אפריורית. ניסיון זה הנתמך על ידי פסיקות נוספות (ע"פ 5113/19 זגורי נ' מדינת ישראל, פסקה ד') , ע"פ 8464/18 גבאי נ' מדינת ישראל, פסקה 5), מעיד כי אין לפנינו הכללה אפריורית, שהרי הכללה זו מעצם הגדרתה **נכונה תמיד** ואינה תלויה בהיבטים כמותיים.

השופטת דחתה כאן את האפריוריות של ההכללה. ההכלה על פי דבריה אינה נכונה תמיד והיא נבדקת אפוסטריורית, בכל מקרה לגופו, ורק כאשר הראיות החסויות יצטברו ל"מסה קריטית" ניתן יהיה לפסול מותב זה מלשבת בדין העיקרי.

פירכא ב'- "היחשפותו של המותב לראיה החסויה אינה מקימה כשלעצמה חשש ממשי למשוא פנים, וכי פרקטיקה זו נתמכת בלשון סעיף 45 (א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א-1971, ובעמדות שהובעו בפסיקה". מסעיף 45 (א) הנ"ל משמע שאין אדם חייב למסור ראייה חסויה אפילו אם שר תובע זאת במפורש, אלא אם הראייה עשויה להועיל לנאשם ותועלתה בכך גדולה מנזקה אם תתפרסם. בגילוי ראיות חסויות, אנו רואים כי החוק הוא לטובת הנאשם, ברם, כיצד טיעון זה פורך את הקל וחומר?

לדעתי, מתודולוגיית ההפרכה יצרה כאן חידוש מסוים. הקל וחומר עצמו, על פי פירכא זו **נשאר בתוקף!** אבל תוצאתו נדחית מפני הפרקטיקה המקובלת הנתמכת בלשון החוק. בפראפרזה: גם אם ההכללה הנ"ל נכונה, עדיין תוצאת הקל וחומר נוגדת את לשון החוק. מדוע ששופט יפסול עצמו לדין בדין העיקרי עקב היחשפותו לראייה חסויה אם הנאשם עצמו רשאי לא לחשוף ראייה זו? היוצא מכך, פרקטיקה הניזונה מתקדימים ומסתייעת מלשון החוק אפילו במשתמע, יכולה לגבור כמו במקרה שלנו על תוצאת קל- וחומר!

א.4. לא על אותו 'סרגל'

לרוב כאשר מי מן הצדדים דוחה את הקל וחומר ו/או את תוצאתו אין הוא עושה שימוש במונח פירכא במשמעות זו.[477] דחיית הקל וחומר מנוסח בדרך כלל באופן שהוא מצביע על 'השונות' בין שני המקורות המשווים והמנוסחים כהיקש. כך מצאנו לדוגמה: "אינן (המקורות, ח.ג) ניתנות להשוואה" (ע"א 27/60), "העונשים שונים זה מזה במהותם" (רע"פ 4142/04), "אין להקיש זה מזה משום שהתכלית ביסוד החוקים שונה" (רע"ב 5570/09), "הנדון אינו דומה לראייה וההיקש אינו היקש של אמת" (עא 189/95). כנ"ל, בסעיפים קודמים, קיימים שלושה סוגי פירכות לפחות על הקל וחומר הפשוט. זו התוקפת את ההכללה [478] באופן אמפירי, זו התוקפת את הכרחיותה של מסקנת

[477] המונח פירכה (פירכה על שלל הטיותיה קיימת במשפט הישראלי, אבל אף פעם לא במשמעות דחיית הקל וחומר אלא במובן של 'קושיא', ו'קושי'.

[478] בין אם היא אפריורית בקל וחומר הפשוט ובין אם היא נוצרת משתי ההלכות הראשונות בקל וחומר המורכב. היא מכונה במשפט העברי **פירכת יוכיח**.

הקל וחומר, פירכה זו מערערת על ההנחה אודות הרלוונטיות של תכונת הדמיון.[479] פירכה מסוג שלישי תוקפת את תוצאת הקל וחומר בשל סיבות חיצוניות שאינן חלק ממנגנון הקל וחומר כגון, הבאה לאבסורד או סתירה למקור אחר וכדומה.

נראה כי במשפט הישראלי, קיימות פירכות בעיקר מן הסוג השני והשלישי.[480] ההסבר לכך כפי שהראיתי לעיל, נעוץ בעובדה המחקרית שלפיה מרכיב 'ההכללה' שאותו תוקפת הפירכה מן הסוג הראשון לא מוכר באופן פורמלי על ידי שופטי ישראל ולכן גם אינו מותקף. כנ"ל, מן הפירכות הנפוצות יותר היא זו (מסוג שני) המערערת על ההנחה אודות הרלוונטיות של תכונת הדמיון. הקושי בסוג פירכה זו היא קביעת אי הרלוונטיות[481] כגורם פורך. אנתח בהמשך שני מקרים מייצגים להבהרת העניין.[482] המערער בתיק הבא[483] הינו נכה המלחמה בנאצים. המערער מובטל והוכיח להנחת דעתה של הרשות המוסמכת [484] כי עשה כל אשר ביכולתו כדי להשיג עבודה ולא השיגה. המערער ביקש להכיר בו כ"מחוסר הכנסה" ולהקציב לו את התגמול הנוסף המגיע לו בתור שכזה. בקשתו נדחתה בנימוק שיש לו הכנסה נוספת מעבודת אשתו. טענתו העיקרית הינה כי בקביעת מעמדו של נכה כ'מחוסר הכנסה' יש להתחשב אך ורק בהכנסה אישית שלו עצמו ולא בהכנסת בני משפחתו אף אם היא עוזרת לקיומו. וועדת הערעורים לא קיבלה דעה זו בלומדה **קל וחומר** מהוראת החוק ביחס ל"נכה נצרך" לנכה "מחוסר הכנסה".

"נכה נצרך" מוגדר (בסעיף 1 של החוק) כ"אדם שאינו מסוגל להשתכר למחייתו ואין לו הכנסה מספקת למחייתו". ב"נצרך" קובע החוק (בתקנה 2) שיש לכלול בהכנסתו את הכנסת התלויים בו כדי לקבוע אם יש לו הכנסה מספקת למחייתו. מכאן למדה וועדת הערעורים קל וחומר: אם **לנצרך** כך, לא כל שכן לגבי מחוסר פרנסה! "שאם לא כן נגיע למסקנה מופרכת שהמחוקק הפלה לרעה את

---

[479] **פירכת שכן**, בלשון 'בעלי הכללים'.

[480] לכך יוקדש הסעיף הבא: "פירכות בשל כללי משפט חיצוניים למנגנון הקל וחומר".

[481] זו הסיבה לשימוש במונחים רבים כגון: שונות, מהות שונה, השוואה מספקת, וכד' במקום מונח יחיד: חוסר רלוונטיות בפרמטר הדמיון.

[482] כאן המקום לציין כי המונח 'פרכינן בכל דהו' מן המשפט העברי כלומר: ערעור משני לאו דווקא על יחסי הקולא/חומרא, אינו רלוונטי לדיון זה, שכן הוא קיים רק ב'הדר דינא' כלומר, **בפירכות על פירכות**, או אז הלימוד מתקיים בשיטה המכונית "במה הצד" ולא בקל – וחומר.

[483] ע"א 77/60 ברוך רוז'נסקי נגד הרשות המוסמכת לפי חוק נכי המלחמה בנאצים.

[484] תקנה 3 לתקנות נכי המלחמה בנאצים (כללים להוכחת חוסר פרנסה) תשי"ח- 1957.

הנצרך הנכה שאינו מסוגל להשתכר, לגבי מחוסר פרנסה המסוגל להשתכר אלא שלא הצליח למצוא לעצמו פרנסה״.

בית המשפט העליון(בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים)[485] בראשות השופט ברנזון (בהסכמת חבריו) קבע כי: ״חושבני שאין כאן מקום ללמוד קל וחומר זה, כי שני המקרים אינם שווים ואינם ניתנים להשוואה מספקת״. מפאת קוצר המילים, אדון במקרה זה תוך השלמת חלקיו ככל שניתן.

זהו קל וחומר פשוט שבו המלמד הוא **הנצרך** והלמד הוא **מחוסר פרנסה** על פי הגדרתם לעיל. העובדה/המקרה/הדין היחיד הנתון לביצוע פעולת הדין הוא סעיף 4א לחוק נכי רדיפות הנאצים שבו מוגדרת ״הכנסה נוספת״ כך: ״הכנסתו של נכה מכל מקור שהוא חוץ מתגמולים לפי סעיף זה״. הנימוק לקל וחומר המוזכר לעיל, מוכיח את נחיצות הקל וחומר מן האבסורד העלול להיווצר בדחייתו.

יש להניח כי **הנצרך** הוא **הקל**, בשל העובדה שאינו יכול לעבוד בהשוואה למחוסר פרנסה. [486] תחת הנחה זו , נוכל לנסח את הקל וחומר באופן לוגי ושלם כך: ׳אם **בנצרך** (הקל) קיימת חומרה (הכוללת את כל הכנסותיו) קל וחומר ש**במחוסר פרנסה** (החמור) יש לכלול את כל הכנסותיו לצורך חישוב קצבתו׳.

כדי להשלים את הדיון במנגנון הקל וחומר הזה יש להשלים גם את ההכללה, יחסי קולא/חומרא, /סוג הפירכות נושא דיוננו. ׳**ההכללה**׳ שאינה כתובה ואינה נרמזת אבל היא הכרחית לביצוע הקל וחומר תטען כך: **לנצרך** יהיה תמיד יחס קל יותר על ידי השלטונות לקביעת הכנסתו יותר מאשר **למחוסר פרנסה**, זאת, בשל העובדה שהוא אינו יכול לעבוד גם אם ירצה בכך.

---

[485] לפני הנשיא (אולשן) והשופטים ברנזון ויתקון, בשני דיונים שנערכו בשנת 1960. ציון זמן הדיון חשוב להמשך, משום ששים שנה לאחר מכן, ״יערער״ השופט המר על מסקנת בית המשפט העליון כפי שנראה בהמשך הדיון.

[486] ניתן לערער על הנחה זו בדבר היותו של הנצרך במקרה הקל ולהניח שהוא דווקא החמור. אם נניח כך לא יתקבל כלל קל וחומר מכל סוג. הקולא בנצרך הוא ביחס השלטונות אליו, כלומר: ברי לכולם שבשל מצבו הקשה יותר הוא **מקרה קל** יותר מבחינת התנאים לקצבתו. היפוכו של הרעיון נמצא ב׳מחוסר פרנסה׳, ראו בגוף העבודה המשך פיתוח הרעיון.

ברמה התיאורטית, כיצד יהיה ניתן לפרוך קל וחומר זה? לו ביקש השופט ברנזון לפרוך קל וחומר זה בפירכה מסוג ראשון (אמפירית, על ההכללה), הוא היה צריך להצביע רק על מקרה אחד בו הרשויות הקפידו על **הנצרך** יותר מאשר עם מחוסר ההכנסה, ברם, הוא לא הצביע על מקרה זה אלא כתב בסתמא כי שני המקרים אינם שווים ואינם ניתנים להשוואה מספקת. הכרחי לומר, כי במילים אלו התכוון השופט לפרוך את הקל וחומר בסוג השני של הפירכות כלומר: פירכא אסוף דינא, פירכה אפריורית המראה שאין יחסי דמיון בין **נצרך למחוסר הכנסה**, לאי **רלוונטיות** או לאי **קיומו** של **סרגל אחד** לבחינת מצבם של המלמד ללמד זה ביחס לזה. יש לשים לב כי השופט ציין שתי 'עובדות' של אי רלוונטיות. האחד- "המקרין אינם שווים", השני- "אינם ניתנים להשוואה מספקת". ברם, הוא אינו מנמק בניסוח משפטי ברור את שתי קביעותיו. במקום זאת, הוא מנסח קטע ארוך ומסורבל [487] הבא כביכול להצביע על אי רלוונטיות בפרמטרים של הדמיון, מה שיגרום לשופט המר 60 שנה מאוחר יותר לדחות את קביעותיו כפי שנראה בהמשך דיון זה. זוהי הבעייתיות הכרוכה בהגדרת **רלוונטיות** המוזכרת לעיל. פסיקה זו תוזכר 60 שנה מאוחר יותר בתיק הבא.[488] במקרה דומה, מתייחס השופט המר לפסיקת העליון שנידונה עד כה במשפטים הבאים:

> "ההבחנה בין לאקונה להסדר שלילי הודגמה דווקא באותו פסק דין שצוטט על ידי וועדת הערעורים וע"י חברי,[489] גם שם ביקשה הרשות המוסמכת לפי חוק נכי המלחמה בנאצים, תשי"ד - 1954, ללמוד על דרך ההיקש או הקל וחומר "**מהוראות החוק ביחס לנכה נצרך בהשוואה לנכה מחוסר פרנסה**", (כל ההדגשות במקור, ח.ג). לגבי "**נצרך**" קבע אותו חוק שיש לכלול בהכנסתו את הכנסת התלויים בו, ומכאן למדה הרשות המוסמכת "**שאם לגבי נצרך כך, לא כל שכן לגבי מחוסר פרנסה**", שאם לא כן, סברה הרשות המוסמכת- נגיע למסקנה מופרכת שהמחוקק הפלה לרעה את "הנצרך" לעומת "מחוסר הפרנסה". בית המשפט דחה גישה זו וסבר שאין מקום להיקש או לקל וחומר, משום שמצא, על דרך פרשנות ההוראות הבחנה בין "**נצרך לבין מחוסר פרנסה**", ההבחנה די דחוקה לטעמי, ואין

---

[487] מפאת אריכות הקטע להלן רק תחילת דבריו "נכה הזכאי לתגמולים והוא נצרך מקבל לפי סעיף 14(א) לחוק תגמול מיוחד השווה למשכורת עובד מדינה בדרגה 11.. וכו'. קיצורו של עניין, הוא מצביע על הבדלים רבים בין הנצרך למחוסר פרנסה, כפי שהם מנוסחים בחוקים ובתקנות הרלוונטיות.

[488] ע"א (ת"א) 3406/98, יוכבד הלפרין נ' הרשות המוסמכת.

[489] ע"א 77/60 רוז'נסקי נ' הרשות המוסמכת, פ"ד יד 880.

בה יותר מאשר תיאור המצב העובדתי- משפטי השונה שלהם, אך די היה בה לדחות את ניסיון ההיקש או הקל וחומר בנימוק של חסר כביכול״.

עיקר הדיון בתיק זה אינו הקל- וחומר נושא דיוננו אלא שאלת החסר או ההסדר השלילי. לדידו של השופט המר אין כאן אלא הסדר שלילי ולכן הקל וחומר כלל לא היה צריך לבוא לעולם. התוצאה היא אותה תוצאה. פירכת הקל- וחומר של וועדת הערר שקולה לאי שימוש בקל וחומר מלכתחילה.

ברם, לענייננו, יושם לב לדברי השופט המר המתייחסים לנוסח הפירכא של שופט העליון ברנזון. לדידו, ההבחנה, חוסר הרלוונטיות בלשוני, די דחוקה לטעמו ואין בה יותר מאשר תיאור מצב עובדתי- משפטי שונה בין המלמד ללמד. הוא מכנה פירכה זו גם ״פרשנות ההוראות״. נמצאנו למדים כי גם פירכה של אי רלוונטיות בפרמטר הדמיון נמצאת במחלוקת בבית המשפט הישראלי. בעליון נקבע כי ההוראות השונות הכתובות בצרוף פרשנות להוראות אלו מעידה על חוסר דמיון בפרמטר ההשווה בין **נצרך למחוסר פרנסה**. במחוזי, מקבלים את הפסיקה של וועדת הערר אבל לא את הדרכים להגעתה. לדידו של השופט המר (מחוזי) רשימה טכנית זו היא הבחנה דחוקה.

דיון מעמיק בשאלה זו היה מחייב את השופט המר לדון סעיף אחר סעיף בהבחנות של השופט ברנזון ולהראות את מידת התרומה של כל סעיף ליחסי קולא/חומרא בין הלמד למלמד, אם הוא בכלל קיים. במילים אחרות: קביעה של רלוונטיות בפרמטר הדמיון או אי רלוונטיות, המשמשים כפירכה מסוג שני, מחייבים הוכחה/דיון מעמיקים יותר.[490]

במקרה הבא[491] פורכת השופטת את הקל וחומר תוך כדי שימוש במונח **תכלית החוק**. גם כאן כמו במקרה קודם שומה עלינו לברר את סוג הפירכה ולענות על השאלה האם לפנינו סוג פירכה ייחודי למשפט הישראלי? המבקש עתר לבית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו כנגד החלטת השב״ס שלא להתיר יציאתו לחופשות. בית המשפט קמא דחה את בקשת העותר עקב מסוכנתו המוגדרת כעבריין מין רצידיביסט. לאחר דחיית עתירתו, עתר המבקש פעם נוספת ושוב נדחה. המבקש טען שוב כי

[490] איני מבצע דיון זה כדי לא לחרוג מגבולות העבודה, די להצביע על המחלוקת בין השופטים כדי להוכיח את מידת הקושי בקביעת רלוונטיות/אי רלוונטיות.

[491] רע״ב 5570/09 גיורא אדינאייב נ׳ שירות בתי הסוהר, בבית המשפט העליון, בפני כבוד השופטת א׳ פרוקצ׳ה.

הוא מעלה שאלה בעלת חשיבות כללית והשלכה רחבה על כלל האסירים ולכן ביקש רשות ערעור בפני בית המשפט העליון. בית המשפט העליון דחה אף הוא את בקשתו אבל התייחס ענייניית גם לגופם של דברים, כדלקמן.

המבקש טען כי חובה על בית המשפט לבחון את כל החלופות האפשריות למתן היתר ליציאת אסירים לחופשות על מנת למצוא את החלופה המאיינת את מסוכנותם ומאפשרת את יציאתם לחופשה. שלושה נימוקים היו בפיו: זכותו הבסיסית לחירות מובטחת <u>בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו</u>, קל וחומר המתבסס על הסדר לשחרור על תנאי ממאסר וגזירה מעקרון של אי מעצר ועד תום ההליכים.

לענייננו חשוב הנימוק השני- הקל וחומר. השופטת פרוקצ'ה מסכמת טיעון זה בהאי לישנא: "הוא מוצא תימוכין לגישתו בהסדר ברוח זו בהקשר לשחרור על תנאי ממאסר אשר עוגן בסעיף 12(ב)[492] לחוק שחרור על תנאי ממאסר. לדבריו, יש להקיש מהסדר זה לעניין יציאה לחופשה על דרך קל וחומר". **המלמד** אם כן הינו שחרור ממאסר על תנאי ממאסר, **הלמד** הוא מתן אישור יציאה לחופש לאסיר כפוף לתנאים מסוימים **והמקרה** (העובדה) הוא כאמור לעיל סעיף 12(ב) לחוק שחרור על תנאי ממאסר המתיר יציאתו לחופשה בהתקיים תנאים מסוימים.

הקל וחומר בלשוני- 'אם במלמד (החמור) יש קולא (הסדרים קבועים לשחרור), קל וחומר שבקל (יציאה לחופשה של אסיר) יהיו הסדרים דומים'. **ההכללה** תנוסח כך: "בכל מקום דיני יציאה לחופשה קלים יותר מדיני שחרור על תנאי". **פירכת** הקל וחומר נוסחה כך על ידי השופטת: "ניסיונו של המבקש להבנות מההסדרים הקבועים ביחס לשחרור על תנאי ממאסר.. אינו יכול לסייע בעדו. התכליות העומדות ביסוד הסדרים אלה אינם דומות לתכלית שביסוד נושא היתר חופשה לאסירים ואין להקיש מהם לפתרון שאלה זו".

[492] וזו לשונו של סעיף 12(ב) הנ"ל: "לא הוגשה חוות דעת שקבעה כי האסיר מסוכן לציבור במידה כלשהי אך ניתן לשחררו בתנאי טיפול או בתנאי אחר, כפי שהומלץ בה, רשאית הוועדה על אף הוראת סעיף קטן (א) לשחרר אסיר כאמור באותו סעיף קטן, אם סברה מטעמים מיוחדים שירשמו, כי ניתן לשחררו בלא שייגרם בכך סיכון לציבור..."

מניסוח זה נראה על פניו כי אין מדובר על פירכה מסוג ראשון (על ההכללה), שאם כן הייתה השופטת מצביעה על מקרה אחד לפחות שבו אדרבא, דיני יציאה לחופשה **חמורים** יותר מדיני שחרור על תנאי. אם כך הם פני הדברים יש להניח כי במונחי המשפט העברי, תהא פירכה זו מסוג שני (=חוסר רלוונטיות) או מסוג שלישי (על תוצאת הקל וחומר). השופטת מצביעה על תכלית החוק ליציאה לחופשה: "חיזוק הקשר בין האסיר לבין משפחתו וקהילת מגוריו, הקלה זמנית במסגרת הנוקשה של המאסר ויצירת תמריץ להתנהגות טובה של האסיר בבית הסוהר". ברם, היא אינה נוהגת כן באשר לתכלית ההקלות של המלמד, שחרור ממאסר על תנאי. כאן אין היא מונה את התכלית על אף שאינטואיטיבית נראה כי גם בשחרור ממאסר על תנאי ההקלות נועדו להשיג לפחות חלק מאותן תכליות של יציאת אסיר לחופשה.[493]

כיצד ניתן להבין את פירכתה של השופטת לקל וחומר של המערער מן ההיבט המתודולוגי? באופן פשוט נראה כי לפנינו פירכה מסוג שני, שעניינה חוסר רלוונטיות בפרמטר הדמיון שבין הלמד למלמד, חוסר הרלוונטיות מוכח מתוך **פרשנות תכליתית** של החוקים, משל הייתה אומרת: 'הואיל **ותכליות** החוקים שונים, ממילא אין רלוונטיות כל שהיא לבצוע היקש כל שהוא ביניהם'.

יושם לב, אם כך הם פני הדברים הקל וחומר של המערער **נדחה** בפירכה זו ואין לו יותר זכות קיום. אפשרות שניה, פחות סבירה הינה לטעון כי תכליות החוק השונות אינן יכולות להכיל את תוצאת ההיקש על אף שהקל וחומר נשאר בתוקפו. זוהי פירכה מסוג שלישי שאינה תוקפת את מנגנון הקל וחומר אלא את תוצאתו על ידי טענה חיצונית שאינה קשורה למנגנון הקל וחומר. אם אכן זה המצב, לפנינו חידוש של המשפט הישראלי, תכלית החוק יכולה לעמוד מול תוצאת קל וחומר תקף ואף לגבור עליה.[494]

---

[493] אינני מבקש לכוון את הדיון לשאלת השווי/שוני בין התכליות משום שזה אינו הנושא. ברם, אם טענתי צודקת, לפנינו 'פירכה על פירכה' שאף היא נידונה במשפט העברי באופן מפורט למדי. דבריה יהיו מוקשים עוד יותר, אם נאמץ את דברי הנשיא אהרון ברק לעניין תכלית החקיקה והמקורות להתחקות אחריה (עמודים 149-144,148-355,353-356) מתוקף דבריו משמע כי תכליתו של דבר החקיקה היא המטרות והערכים שדבר החקיקה נועד להגשים, בטוחני שקיימים מטרות וערכים משותפים לשני המקרים הנידונים בגוף העבודה.

[494] זוהי הטרמה, לסעיף הבא שבו ידונו עוד 'כוחות משפטיים' ייחודיים למשפט הישראלי העומדים בעוז מול תוצאת הקל וחומר.

א.5. 'בכלל מאתיים מנה'

גם במשפט הישראלי משמש הכלל 'בכלל מאתיים מנה' לרוב ככלל פרשני. ברם, ענייננו הוא כאשר עושים שימוש בכלל זה ככינוי לסוג השלישי של הקל וחומר. קל וחומר מסוג זה כפי שהיא נדון בפרק הקודם הוא היסק לוגי תקף. תקפותו של היסק לוגי נובעת אך ורק מן העובדה שהנחותיו כוללות את המסקנה (=הנחת המבוקש). כיצד אם כן ניתן אם בכלל לפרוך קל וחומר מסוג זה שאפילו אינו עוסק ביחסי קולא/חומרא כיתר חבריו אלא ביסוד **ההכלה** בלבד? נראה כי יסוד חוזקו (אלמנט ההכלה, המהווה מרכיב מרכזי במנגנון שלו) הוא גם יסוד חולשתו. לפרוך קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' פירושו אחד משנים: הכלה לא נכונה או שההכלה נכונה אבל היא אינה מייצגת נאמנה את המציאות עליה דן הקל וחומר. עובדה זו, מרכזיותה, חוזקה וחולשתה של **ההכלה** מאפשרת את חקר מופעי הקל וחומר הזה במשפט הישראלי **גם ולא רק** בתפקידו ככלל פרשני.

כל דעה המתנגדת/ או פורכת את יסוד ההכלה של הכלל גם בהיותו כלל פרשני, מהווה סוג של פירכה גם במופעיו כקל וחומר, שהרי שבני המקרים היסוד המותקף הוא **ההכלה**! חקירת נושא זה לעומקו במשפט הישראלי חשפה את אחד מנושאי הקל וחומר שבהם הבלבול, חוסר הפורמליזציה, והאמירות חסרות התוקף מרובות וחמורות לאין ערוך מתחומים אחרים ב'תורת הקל וחומר'. הבעיה המרכזית נמצאת ביישומה של הצרנה לוגית על אירועים משפטיים מציאותיים. הצרנה לוגית קוסמת לרבים המחפשים 'אמת לוגית' אבל זהו תהליך מסוכן. ההצרנה מציגה טיעון פילוסופי בעל אופי כמו מתמטי שלא ייתכן כי תהיה בו טעות, ברם, בהרבה מן המקרים מדובר על מצג שווא. על אף שבהצרנה עצמה אין טעויות אבל ההנחות בבסיסה אפשר והן מוטעות ולכן כל המגדל הזה קורס.

זהו המצב בקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' במנגנונו ובפרכותיו. השופט הנדל, כפי שראינו בפרק הקודם, בפס"ד השופט פוזננסקי פרך קל וחומר מסוג זה תוך הבחנה בין שני רבדים. ביסוד **המתמטי** העברת שופט מתפקידו לתקופה קצובה כלול אמנם באפשרות להעברתו לצמיתות, שהרי השלם טומן בחובו את חלקו, ברם, בהסתמך על מחקרינו (מחקרי 'מידה טובה') קבע השופט כי ברובד השני עונשים אלו אינם זהים **במהותם** ולכן אין ליצור ביניהם יחס כלשהו.

נמצאנו למדים כי שלושה גורמים יוצרים את 'המבוכה' בניתוח הפירכות על קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'.

הראשון- קביעה האם לפנינו צורת יישום של קל וחומר או שימוש בכלל כאמצעי פרשני?

השני- האם לפנינו קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' או אולי קל וחומר מסוג אחר?

השלישי- את מה אם בכלל תוקפת הפירכה?

להלן, אבחן לעומקם מס' מקרים מייצגים כדי להדגים ולדייק תובנות בתחום הפירכות על קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. במסגרת הפרשה המכונה 'הליכודניקים החדשים'[495] דן בית הדין של תנועת הליכוד בחברי 'קבוצת הליכודניקים החדשים' והוא פסל מועמדות של חלק מהם והרחיק מן התנועה אחרים. בית המשפט המחוזי מצא שלא להתערב בפסק הדין ומכאן הם פנו לערעור לעליון (י' עמית, ג' קרא, ע' גרוסקופ). בית הדין של התנועה (בהסתמכו על סעיף 128 לחוקת תנועת הליכוד) בהתבסס על סמכותו להרחיק חבר תנועה או להדיחו קבע גם כי ניתן למנוע את מועמדותו לתפקיד. הנימוק בלשונו: "המרובה מחזיק את המעט". השופט עמית כותב בפסק דין כי נימוק בית הדין מבוסס על "הכלל הפרשני, בכלל מאתיים מנה". בלשונו, הניסוח מתחזה להיות אפילו ניסוח של קל וחומר: "אם מוסמך בית הדין להרחיק חבר משורות התנועה, קשה להלום שלא יוכל לנקוט בסנקציה מתונה ומידתית יותר כגון פסילת מועמדות בבחירות המקדימות". זהו תורף טיעוני המערערים בניסוחו של השופט י' עמית.

המערערים טענו כי הלכה למעשה, שלילת הזכות להיבחר בתוך המפלגה כמוה כשלילת הזכות להיבחר לכנסת. השופט אינו מקבל את טיעונם בהאי לישנא: "איני מקבל את טענת המערערים לפיה פסילת המועמדות אינה סנקציה "פחותה יותר, וטענתם לפיה הלכה למעשה העונש של פסילת מועמדות אינה כה שונה מהרחקה בתנועה, יכולה דווקא לתמוך בגישה הנוגדת".

[495] ע"א 2129/19 יניב טוירמן נ' הליכוד.

בלשון 'תורת המשפט' (שאולי ממנה נשאב תובנות לפתרון דילמה זו) בית הדין של התנועה פסק את פסיקתו בהתבסס על קל וחומר פשוט שזו הצעתי ללשונו : 'אם בית הדין רשאי להדיח/להרחיק (חומרא) ודאי שרשאי הוא למנוע מועמדות לתפקיד (קולא)' וזאת, עקב הכלל 'בכלל מאתיים מנה'. אבל, זוהי בפירוש מתודולוגיה שגויה! בית הדין תיאר את היחס בין **הדחה לפסילה** בשני אופנים שונים השייכים לשני סוגים שונים של קל וחומר. סנקציה פחותה/עונש קל הם ביטויים המתארים יחסי קולא/חומרא ולכן מדובר על קל וחומר פשוט. ברם, ציטוט הכלל 'בכלל מאתיים מנה' (כפי שהשופט הבין את טענתם) מעיד על יחסי הכלה, כלומר : **פסילה** כלולה **בהדחה**.

כיצד הגיבו המערערים על טיעון זה של בית הדין? הם טענו כי מהותית, **הדחה ופסילה** נמצאים באותה דרגה של עונש ואין ביניהם לא יחסי קולא/חומרא ולא יחסי **הכלה**! קביעה זו אם היא נכונה, אכן פורכת את שני סוגי הקל וחומר משום שהקל וחומר הפשוט מתבסס על יחסי קולא/חומרא ו'בכלל מאתיים מנה' מבוסס על יחסי הכלה, ושניהם נדחים בשל השוויון הנ"ל.

השופט עמית קבע בסתמא, וללא נימוק כלשהו כי הוא אינו מקבל את טענת המערערים לגבי השוויון בין הדחה לפסילה, ובכך הוא בעצם 'סתם את הגולל' על טענות המערערים שהרי במקרה דנן זהו לוז טיעונם. הנה כי כן, עינינו חוזות כי כאשר יש צורך להתאים/להבין יחסי הכלה הנובעים מן הכלל 'בכלל מאתיים מנה' אל מישור המציאות הפיזית ו/או המשפטית נחלקות הדעות בהתאם לאינטרס הצדדים. השופט מתרחק 'כמו מאש' מן הדיון הנ"ל אל מחוזות הסמכות והמידתיות המהווים אף הם רכיבים חשובים בפסיקה זו ובכלל, ובכך הוא מותיר את לוז הדיון של תורת הקל וחומר ללא מענה.

במקרה הבא, אנו פוגשים את שני מישורי הכלל באופן מפורש בפסיקתו של השופט י' עמית.[496] בהתאם לכתב האישום, א"א והמערער הכו אמריקאי בכיכר החתולות בירושלים בשל סירובו לתת להם סיגריה והמנוח מת מפצעיו. בית המשפט זיכה את המערער ואת א"א מעבירת הריגה והרשיע אותם (בצוותא חדא) בגרימת מוות ברשלנות לפי סעיף 304 לחוק העונשין. המערער טוען כנגד

[496] ע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל.

ההרשעה וכנגד חומרת העונש. במוקד הערעור עומדת השאלה האם ניתן להרשיע אדם בביצוע של עבירת רשלנות וכ״כ השאלה האם ניתן להרשיע שותפים בביצוע בצוותא בביצוע של עבירות שונות כאשר אחד השותפים מורשע בעבירה ש׳היסוד הנפשי׳ שלה הוא מחשבה פלילית והשני בעבירת רשלנות? בבית המשפט העליון (מ׳ נאור, א׳ שהם, י׳ עמית) קיבל את הערעור באופן חלקי. הדילמות בה הם נתקלו מן ההיבט המשפטים הם כדלקמן:

הראשונה- אין דרך לחייב על עבירת רשלנות בצוותא שכן לא ניתן לחשוב על מצב בו אדם אינו מודע לתוצאות הקטלניות של מעשיו אך כן מודע לכך שהוא מבצע עבירה פלילית שתוצאתה מוות ומכאן שלא ניתן לבצע בצוותא עבירת רשלנות. מכאן שלא ניתן היה להרשיע את המערער בביצוע **בצוותא** של עבירת גרם מוות ברשלנות.

השנייה- לא ניתן להרשיע את המערער בעבירה **עצמאית** של גרם מוות ברשלנות, שכן המערער לא נקט בעצמו כל פעולה המקימה את היסוד העובדתי של עבירת החבלה החמורה ובהיעדר יסוד עובדתי לא ניתן לסווגו כמבצע עיקרי של גרימת מוות ברשלנות. לאור זה, פסק השופט עמית כי המסגרת הנכונה להעמידם לדין תהיה ביצוע בצוותא של חבלה בנסיבות מחמירות. הבעיה בהחלטה זו הינה שהעבירה הנ״ל לא נטענה בכתב האישום ואף לא נידונה בפני בית המשפט המחוזי.

נוכח תוצאה זו לפיה יש להרשיע את המערער בעבירה של חבלה בנסיבות מחמירות התעוררו שאלות נוספות שאחת מהן רלוונטית לענייננו: ״האם ניתן להרשיע בעבירה של חבלה חמורה למרות שהתוצאה הסופית היא מוות״? על שאלה זו משיב השופט עמית כך: ״עניינו **בפיקציה משפטית** (הדגש שלי, ח.ג). במסגרתה אנו מתעלמים מהתוצאה הסופית כפי שהתרחשה במציאות, על מנת לייחס לנאשם תוצאה קלה יותר. אין מניעה לעשות כן, בבחינת ״בכלל מאתיים (המוות) מנה (החבלה)״. כל זאת מדוע? על מנת לייחס למערער גרימת חבלה, שהיא תוצאה **קלה** (הדגש שלי, ח.ג) מזו של מוות כפי שאירע במציאות, והיא מעלה את היסוד הנפשי של המערער מרשלנות למחשבה פלילית ובכך יועמדו שני הנאשמים (א״א הורשע לבסוף בהריגה) על מדרגה משותפת של מחשבה פלילית.

נדון בכך בכלים של תורת הקל וחומר. ניסוח טענת השופט כקל וחומר יכול להיות כך: "אם הנאשם הורשע על המוות קל וחומר שיורשע על החבלה', עקב ההכללה אותה ניסח השופט עמית בעצמו. ברם, זה אינו קל וחומר נכון משום שהנאשם לא הורשע על גרימת מוות. נראה אם כן כי השופט עושה שימוש בכלל (בכלל מאתיים מנה) ככלל פרשני. כאן בולט מאוד ההבדל בין מישור **המציאות** לבין המישור **המשפטי**. במציאות אכן ניתן כלשון השופט לראות בחבלה מעשה קל ממוות, אבל לא **כלול** בתוכו. ברם, במישור המשפטי אין כאן יסוד של **הכלה** והוא עצמו מגדיר זאת **כפיקציה**! מדוע? כי במישור המשפטי הוא כלל לא הואשם בגרם מוות! מדיון זה עולות המסקנות הבאות:

האחת- הכרה עמוקה של מנגנון פירכת הקל וחומר 'בכלל מאתיים מנה' משליכה באופן ישיר על הבנת מנגנון הפעולה של הקל וחומר עצמו.

השנייה- השופט שהכיר היטב את ההבחנה בין מישור המציאות ("התוצאה הסופית כפי שהתרחשה במציאות") לבין המישור המשפטי, עשה שימוש בכלל רק במישור אחד, בו יסוד **ההכלה**, ו/או יחסי **הקולא/חומרא** אכן קיימים. **הפיקציה** בלשונו, נועדה להעברת התוצאה ממישור אחד (המציאות) בו קיימים יחסי הכלה ו/או קולא חומרא אל מישור אחר (המשפטי) בו זה לא קיים. זוהי צורת שימוש 'לולייניתי', שבה מגדירים תחילה את המטרה כפי שהשופט ניסח אותה, ולאחר מכן הוא מצא את הכלי להשגתה. במקרה הבא נמצא פירכא **מפורשת** על הכלל. [497]

ועדה מקומית לתכנון ובניה חויבה בפיצוי המשיבה בשל פגיעה במקרקעיה ע"י תוכנית. הוועדה טענה לפטור, זאת, לפי סעיף 200 לחוק התכנון והבניה תשכ"ה- 1965, המקנה לרשות פטור מפיצוי מקום הפגיעה במקרקעין אם היא "אינה עוברת את התחום הסביר בנסיבות העניין". על דעת כל השופטים הוחלט לדחות את העתירה, אולם ענייננו בדעת השופט חשין, השופט דוחה אחת מן הטענות שהייתה יכולה להיטען בניסוח הבא: "יוסיף הטוען וכך יטען: כלל פרשנות ידוע הוא כי השלם כולל את החלק וכי "בכלל מאתיים מנה", נחיל עתה כלל פרשנות זה על הוראת סעיף 200 וכך נאמר: משניווכח כי נגרמה לקרקע פלונית פגיעה העוברת את "התחום הסביר בנסיבות העניין", נחלק פגיעה זו לשני חלקים: אחד, לתחום הסביר בנסיבות העניין, ושניים, לתחום שמעבר לסביר בנסיבות העניין. בעניינו של החלק הראשון תזכה הרשות לפטור ואילו בעניינו של החלק השני והיא על הרשות לפצות את הבעלים.."

[497] דנ"א 1332/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה, נגד יהודית הורוויץ.

השופט דוחה טיעון זה: "טענה זו אינה מקובלת עליי ולו מן הטעם שהפגיעה בקרקע- יש- ונכון- לראותה מעשה מיקשה שאינו ניתן לחלוקה. לשון אחר: כלל הפרשנות של "בכלל מאתיים מנה" אינו מוצא את מקומו בענייננו". השופט חשין לא פירש מדוע יש לראות בפגיעה בקרקע מקשה אחת. מן ההיבט המתודולוגי, על אף שלא ברור על מה מסתמך השופט, לפנינו פירכא על הכלל 'בכלל מאתיים מנה' ככלל פרשני. יושם לב, וזו המסקנה החשובה מנקודת ראותי. הוא אינו טוען כלפי נכונות הכלל אלא בהתאמת הכלל למציאות הנידונה. זהו תורף טענתי באשר לפירכות על ק"ו מסוג זה. אם לא ניתן, במיוחד כאשר מדובר על נתונים עובדתיים מן המציאות, לתקוף את נושא ההכלה, הדרך היחידה שנותרה לתקוף את הקל וחומר הינה בהצבעה על חוסר ההתאמה בין המקרה הנדון לכלל.

מה באשר לנימוק החסר בדברי השופט חשין? ננתח את דבריו. ניתן להחיל את הכלל בשלושה מישורים **שונים** .

האחד- במישור הקרקע עצמה, קרי: פיסת קרקע מסוימת בחלקה הנידונה הינה חלק מן החלקה כולה.

השני- **הפגיעה** בחלק מן הקרקע המוגדרת פגיעה סבירה, הינה חלק מן **הפגיעה** בחלקה כולה, שנטען לגביה כי אינה סבירה. אם המציאות המשפטית ברובד השני אפשרית, ממילא ייווצר **רובד שלישי**, רובד התשלום. היכולת להבחין בין שני סוגי הפגיעות ברובד השני יגרור בהכרח הבחנה בין תשלום פיצויים על הפגיעה הלא סבירה ופטור מתשלום על הפגיעה הסבירה.

הטוען אליבא דהשופט חשין, לא החיל את הכלל על הרובד הראשון. פשיטא שאכן, פיסת קרקע מחלקה נתונה הינה חלק מהחלקה. הטוען לפי זה התכוון להחיל את הכלל **רק** על הרובד השני, כלומר: על היחס בין שני סוגי הפגיעות בקרקע. יחס זה אם הוא יקיים את הכלל הפרשני "בכלל מאתיים מנה" יביא בהכרח לתשלום פיצויים בהתאם.

ודוק, על רובד זה בלבד טען השופט חשון כי הכלל לא חל. ובדבריו: "... ולו מן הטעם **שהפגיעה** (הדגש שלי, ח.ג) בקרקע-יש-ונכון-...". בעוד שברובד הראשון, המציאות לפיה פיסת קרקע הינה חלק מחלקה גדולה יותר, הרי, שברובד השני, הפגיעה, החלת הכלל אינה אפשרית. "יש" ו"נכון"

בלשון השופט. גם אם אין יכולת לנמק בפירוש את קביעת השופט,[498] בכל זאת יושם לב, שוב, להבחנה שבין שני הרבדים. **המציאות** (רובד ראשון) בו קיים הכלל בין הפגיעות, **והחלק המשפטי** (רובד שני) בו הכלל לא ניתן להחלה.

במקרה הבא[499] הניסוח של הטיעון הכולל את 'בכלל מאתיים מנה' יכול להתפרש בכמה אופנים המובילים למסקנות שונות. בג"צ דחה עתירה לביטול צווים שהוציאו אלוף פיקוד העורף ושר הפנים, המונעים מתושב רצועת עזה הנמצא בשטחי ישראל לשוב לביתו מטעמי ביטחון המדינה וביטחונו האישי. על פי צו איסור יציאה מן הארץ. תקנה 6 מסמיכה את שר הפנים "לאסור את יציאתו של אדם מישראל, אם קיים יסוד לחשש שיציאתו עלולה לפגוע בביטחון המדינה". לטענת המשיבים, עקב הכלל 'בכלל מאתיים מנה', הרי "שבכלל סמכותו של המפקד הצבאי לעצור אדם במעצר מנהלי כלולה סמכות שפגיעתה קלה יותר, לאסור עליו לצאת מן הארץ". כיצד ניתן להבין טיעון זה של המדינה?

אפ' א- הינה לפרש זאת כקל וחומר פשוט, 'אם למפקד הצבאי סמכות לעצור אדם במעצר מנהלי (חומרה) קל וחומר שתהא לו סמכות גם למנוע יציאת אדם מן הארץ (קולא)'. **ההכללה** בק"ו זה תטען כי מעצר מנהלי **חמור תמיד** ממניעת יציאה מן הארץ. יש יסוד להניח כי לכך התכוונו המשיבים בהתבסס על המילים "שפגיעתם קלה".[500]

אפ' ב'- הינה לפרש זאת כקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. בפרשנו כך, נצטרך להניח הנחת **הכלה**. הכלה זו תטען כי לסמכות היציאה מן הארץ אין יחסי קולא/חומרא עם סמכות המעצר המנהלי אלא שהיא כלולה בה. גם על הכלה זו ניתן 'להגן' במידת מה, אם נמדוד את שתי הסמכויות

---

[498] אני יכול רק לשער נימוקים שונים.

אפ' א'- משנפגע חלק מן הקרקע, אופייה של הקרקע כמקשה כבר אינו אותו הדבר. לדוגמה: אם שטח סטנדרטי לבנייה פרטית הוא 500 מ"ר ונגרע ממנו 200 מ"ר, השטח שנותר כבר אינו "שטח פרטי סטנדרטי לבנייה". זהו נימוק במישור **הכלכלי**

אפ' ב'- במישור **הפילוסופי**, ליחידת קרקע זו יש 'אופי' משלה המכונה 'מקשה' ופגיעה בו הופכת אותה לדבר אחר.

[499] בגץ 9329/16 פלוני נ' שר הביטחון.

[500] על אף שבהתבסס על אותם המילים ניתן לתאר גם יחסי הכלה. אבל הדעה נוטה כאן יותר ליחסי קולא/חומרא המבוססים על **הכללה**!

במידת חירותו של האדם. על פי זה חירות האדם בהיותו במעצר נפגעת יותר בשל חוסר יכולתו לנוע מאשר צמצום חירותו בשל מניעת יציאתו לחו״ל. כדי לשוות להכלה יסודות השוואתיים נשתמש בביטויים הסכמטיים חירות גדולה (מניעת יציאה מן הארץ) וחירות קטנה (מעצר מנהלי). נאמר עתה- החירות הקטנה כלולה בחירות הגדולה. המוטיבציה לפרש כך את פני הדברים מתבססת כמובן על הניסוח של המשיבים עצמם, ״בכלל מאתיים מנה״.

העותרים עצמם לא עשו שימוש ב׳תורת הקל וחומר׳ אלא הטילו את יהבם על טענה אחרת שלפיה מעמדו של תושב עזה הנמצא בהיתר בישראל הוא כמעמדו של תייר, שעל פי תקנה 12 הוא מוחרג מן ההיתר לאסור את יציאתו לחו״ל. טענה זו נדחתה על ידי השופט רובינשטיין. לו נקט העותר בטיעונים מ׳תורת הקל וחומר׳ הוא היה מחייב את המשיבים להתייחס לטענותיו. [501] ואולי התוצאה הייתה שונה. כיצד היה טוען? אם כוונת המשיבים הינה לאפ׳ א׳ לעיל, כלומר שהמשיבים ביססו את הסמכות לגרש על בסיס קל וחומר פשוט, אפשר היה לתקוף את **ההכללה** שלפיה ׳מעצר מנהלי׳ **חמור תמיד** מ׳מניעת יציאה׳. לפעמים, כמו במקרה זה מניעת יציאה יכולה להיחשב דווקא **כחמורה** יותר בשל אי היכולת שלו לפגוש במשפחתו ו/או בקרוביו. המקרה ׳הבודד׳ שאמור לסתור את ההכללה הזו היא המקרה הזה עצמו, שהרי הוא מודע לסכנה הנשקפת לו בחזרתו לתחום הרצועה ובכל זאת הוא מעדיף זאת, ו׳הסבל׳ שלו בשל כך גדול מן המעצר המנהלי.

גם את **ההכלה** באפ׳ ב׳ לעיל ניתן לפרוך. אפשר כי זהו ניסיון מאולץ בו אנו משתמשים במדד כמותי של חירות, כדי לאלץ את המניעה להיות חלק **כמותי** מן המעצר המנהלי ובכך לקיים את יסוד ההכלה ההכרחי לקל וחומר מסוג זה. שוב, ובדומה למקרים קודמים, היחסים בין ׳מניעת יציאה׳ ל ׳מעצר מנהלי׳ מתורגמים לביטוי חירות כמותיים כי רק כך, בשל ההצרנה של היחסים, מקבל הקל וחומר תוקף יתר כביכול.

הכלות על ציר הזמן, הן מן ההכלות ׳הבעייתיות׳ ו׳המבלבלות׳ ביותר. קיים פיתוי בפני משתמשי הכלל לראות בשני אירועים הכלולים אחד בתוך השני על ציר הזמן אירועים המקיימים את ׳בכלל

[501] אני מניח, מבלי ידיעה כל שהיא, אלא כהיסק מחקרי התואם מחקרים רבים נוספים, כי הוא לא עשה כן בשל טיב ורמת ידיעותיו ב׳תורת הקל וחומר׳ הישראלית.

מאתיים מנה׳, תוך התעלמות ו/או חוסר מודעות למהות האירוע לפחות מן ההיבט המשפטי שאינה מאפשרת את ההכלה. בשני המקרים הבאים נראה כי השופטים נוהגים באופן הפוך. במקרה אחד, כפי שיובא להלן **דוחה** השופט את ההכלה בזמן שאינה מתקיימת במציאות, ובמקרה השני אדרבה הוא מקבל זאת.

במקרה הבא,[502] השופט י׳ עמית פסק כי בית משפט השלום מוסמך להאריך מספר פעמים תוקפם של ערובה ותנאי שחרור בערובה של חשוד במסגרת התקופה הקבועה בחוק בסעיף 58(א) לחוק **סדר הדיון הפלילי** (סמכויות אסירה- מעצרים). החוק הנ״ל מבחין בין שלוש תקופות. הראשונה מכונית- תקופת הערובה הסטטוטורית של 180 יום. לדברי השופט- ״קריאה תכליתית של הסעיף מתמקדת **באורך** (הדגש במקור, ח.ג) התקופה בה רשאי בית המשפט להאריך את הערובה ואת תנאי השחרור ולא במספר ההארכות. הגיונם של דברים, על פי ״הכלל יש בכלל מאתיים מנה״, קרי, מי שהוסמך לפעול עד גבול השלם, מוסמך לפעול בחלקים מאותו שלם. ולכן, אם מוסמך בית המשפט להאריך את תקופת הערובה ב- 180 יום, הרי שהוא רשאי להאריכה גם למספר תקופות מצטברות שאינן עולות על 180 יום. למעשה יש כאן קל וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳. ומהי **ההכלה** בקל וחומר זה? הסמכות **להאריך** את תקופת הערובה ב- 180 יום, כוללת את הסמכות **להאריכה למספר תקופות מצטברות**.

לצורך ההגנה על טיעוני כי מדובר על טעות אשתמש בניסוח אחר ללמד- **פיצול** ההארכה למספר תקופות מצטברות. ההכלה לפי זה טוענת כי **פיצול** הערובה כלולה **בהארכתה**! ברור, כי מעבר למספר הימים המקיימים ביניהם יחסי הכלה, הפעולות עצמן של **פיצול והארכה** אינן כלולות אחת בשנייה. לכל אחת מפעולות אלו הגדרות אחרות, מהות אחרת ומטרות אחרות. העובדה שהן מופעלות על נושא משותף - ימים, אין בה כדי להצדיק את יחסי ההכלה שביניהן.

[502] בש״פ 2066/13 אברהם ישראל נ׳ מדינת ישראל.

שוב לפנינו, 'הבלבול' בין הצד הכמותי שיש בו יחסי הכלה, לבין הצד המהותי/משפטי שאין בו יחסים כנ"ל. למה הדבר דומה? לאדם התובע חברת משקאות המציבה מכשיר אוטומטי למכירת משקאות והיא מציינת כי המכונה מקבלת רק אמצעי תשלום של מטבעות בנות שקל כל אחת. יהיה אדם שיטען, ומה בכך? יש בידי 100 אגורות במטבעות של אגורה, ומדוע שיגרע חלקי מלקנות במכונה שלכם? הלא בסך הכל אני משלם את אותו הסכום בדיוק! 100 אגורות הלא הם שקל אחד! אדם זה טוען טענה שגויה. מן ההיבט המציאותי זוהי טענה שגויה שכן **פיצול** מטבע של שקל ל-100 מטבעות של אגורה היא מציאות אחרת. **פיצול** השקל למטבעות אגורה מקיים יחס הכלה **בערך** המטבעות אך לא **במציאות** הפיסיקלית.

השופט מן הסתם 'חש' בעצמו בחולשת טיעונו ועל כן הוא מציג לא פחות מארבע הוכחות נוספות לפסיקתו.[503] יושם לב, טענתי אינה נגד תוצאות הפסיקה עצמה אלא נגד הדרך הראשונה והמרכזית שבה נקט השופט המכובד, השימוש השגוי בכלל 'בכלל מאתיים מנה'.

במקרה השני[504] בית המשפט המחוזי הרשיע את המערער כמבצע בצוותא של מעשי רצח ושוד. לבקשת המערער צורפו להכרעת הדין שלושה אישומים נוספים שבהם הודה: החזקת סם ושני אישומים בעבירת גניבה. בית המשפט גזר עונש מאסר עולם בגין עבירת הרצח **ובמצטבר** לו שבע שנות מאסר בפועל בשל העברות האחרות. הערעור הוא על **צבירת** עונשי המאסר, שלפי טענת המערער היו ראויים להיפסק כעונש חופף למאסר העולם. השופט חשין (בנוסף לדורנר וטירקל), מתייחס תחילה לטענת המערער כטענה תמוהה. לדבריו, אם פירושו של מאסר עולם הוא עד שהמורשע מחזיר נשמתו לבוראו, "מה משמעות נודעת להצטברות עונש סתם למאסר עולם, והרי העונש הקל יובלע ממילא בעונש הכבד? אדם אינו חי יותר מפעם אחת, ומכבר ידענו שהחלק הוא בכלל השלם, וכי בכלל מאתיים מנה. ובלשון חז"ל: קם ליה בדרבה מיניה (גיטין, נב, ב)". מה זה משנה טוען השופט? "והרי אליבא דידך ממילא יהיו העונשים חופפים"! דברים כדורבנות! או אז

---

[503] **הראשונה**- מספרו של קדמי על סדר הדיון בפלילים, חלק ראשון, עמוד 380 (2008). "נראה כי שתי ההארכות- זו שעל פי סעיף 58(א) (סיפא) וזו שעל פי סעיף 58(ב)- ניתנות לפיצול.." גם קדמי אינו מוכיח זאת.

השנייה- מתוך פרשנות תכליתית של סעיף 58 בהחלטת השופט חשון בבש"פ 10532/03, רשל נ' מדינת ישראל.

השלישית- על דרך ההיקש מ- בע"פ 449/07 אסף בן דוד נ' מדינת ישראל.

הרביעית- על דרך ההיקש ושמא על דרך של קל וחומר מ- בש"פ 998/65 פפיסמודוב נ' מדינת ישראל.

[504] עפ 6535/01 דמיטרי קיזירוב נגד מדינת ישראל.

שולף השופט את 'השפן מן הכובע' ומגלה לנו כי ההסמכה עם המערער בעניין החפיפה בזמן הינה רק ממד אחד שבו ההכלה קיימת. אבל קיים ממד נוסף מהותי, שבו היא אינה קיימת. "אלא שכולנו ידענו מה טעם מעלה המערער טענה זו של חפיפה והצטברות. נוהג משכבר הימים הוא שנשיא המדינה קוצב עונשם של הנידונים למאסר עולם... ולעניין זה חשיבות לשאלה אם עונשים אחדים חופפים או מצטברים..." מן הסתם, גם המערער ידע קצבת עונשו או על ידי הנשיא תתאפשר אם בכלל רק אם מדובר על עונש חופף ולא מצטבר. לענייננו, במישור הזמן קיימת חפיפה בכל מקרה ובמישור המשפטי, כאשר העונשים מצטברים הם אינם נחפפים, ולכן השלכה כאמור לעיל. הזמן אותו זמן(=חפיפה) אבל הוא 'צבוע' משפטית באופן שונה. הנה כי כן, השופט עמית קיבל את החפיפה בזמן **וקיים** את יסוד ההכלה על אף קיומו של הבדל בין 'פיצול' ל'הארכה'. לעומתו, קיבל השופט חשין את החפיפה בזמן אך **דחה** את יסוד ההכלה בשל ההבדל המשפטי בין 'חפיפה' ל'הצטברות'.

ב. 'תורת' הפירכות במשפט הישראלי

ב.1. מבוא

בכותרת הנושא[505], אני מבקשה לטעון כי כשם שאין 'תורת' קל וחומר במשפט הישראלי כך גם אין תורת פירכות במשפט הישראלי. למרות זאת מצאתי מופעים לא מעטים של פירכות ישירות או עקיפות לקל וחומר מה שמחזק את התיזה לפיה ההיגיון היוצר את הקל וחומר הוא אותו ההיגיון הפורך אותו. מצאתי כמובן התייחסות לסוגי פירכות כפי שראינו בסעיף הקודם וכפי שראינו במנגנון הקל- וחומר. הבקיאים בתורת הקל וחומר במשפט העברי (והם מעטים ביותר) מעידים על ידיעותיהם בעיקר בשל השימוש במונחים המקוריים של תורת הק"ו במשפט העברי. אלו שאינם בקיאים או שלא נחשפו לתורה זו, מתאפיינים ביצירת תובנות המזכירות פירכות על הקל וחומר, פעמים תוך יציאת כללים משלהם מבלי לנמק או להצביע על מקור בר- תוקף.

הקל וחומר, פעמים שהוא נפרד (מותקף, נדחה) תוך שימוש במונחים מודרניים של המשפט הישראלי כגון: **'תכלית'**, מבלי להיות מודע לכך כי **'תכלית'** זו הפורכת את הקל וחומר ממלאת תפקיד של פירכה פורמלית ונכנסת לנעליו, על אף שמה המודרני. רוצה לומר, כל אימת שקל וחומר, ו/או תוצאתו נדחים בשל סיבה כלשהי, יש מקום לבחון את מידת התאמתה של סיבה זו לאחת מסוגי הפירכות, וכך אני עושה בסעיף זה בהמשך.

ניתוח מספר פסיקות של בית המשפט העליון מעיד על ממצא נוסף. שופטי העליון עשו מאמצים ליצור כללים/תובנות/דוקטרינות הממלאות תפקיד של פירכא על היקש/ קל וחומר, משל ביקשו 'להמציא' בעצמם 'תורת' פירכות לקל וחומר במשפט הישראלי. שופטי העליון נגעו מבלי לשים במרבית הסוגיות המתודולוגיות הקשורות לפירכות הקל וחומר כגון: פירכה בשל חשש ממינוף, 'סופיות' ההיסק של הקל וחומר, כללי פירכות לדין הפלילי, ועוד. במעט מאוד מקרים הם פנו לחוק: יסודות המשפט המחייב פנייה אל ההיקש במצב של 'חסר' כמניע מרכזי לבחינת תוקפו של ההיקש (=הקל וחומר). לרוב, נוצרו תובנות 'תורת' הפירכות הנ"ל, בשל 'מצוקה' משפטית מקומית. כאשר מי מן הצדדים יצר היקש/קל וחומר לתיקוף טיעונו ועמדה זו לא הייתה מקובלת על השופט, הוא נאלץ להתמודד 'חזיתית' עם הקל וחומר ו/או עם תוצאתו ובכך הוא יצר במו ידיו את 'תורת'

[505] כוונתי למונח 'תורת' המצוי בין גרשיים, כדי לטעון על היפוכו של המונח, כלומר: אין תורה כזו.

הפירכות במשפט הישראלי. בסעיפים הבאים אסקור ואדון במקרים שונים המייצגים כאמור את סעיפי 'תורת הפירכות הנעלמה'.

ב.2. ההבדל בין מקיש לניקש

להלן מספר משפטי מפתח מתוך עולם הפסיקה הקשורים לחקירת סעיף זה:

"וזה הוא העיקר: לא הרי התביעה האזרחית של תשלומי נזק, כהרי התביעה הפלילית... ואין ללמוד מזו על זו, לא על דרך ההיקש, ולא על דרך קל וחומר, לא לחייב ולא לפטור..."[506]

" כיצד יבוצע אותו היקש? כפי שנקבע בעבר על ידי בית משפט זה, ניתן להסתייע אמנם בדברי חקיקה אחרים אשר מטרתם התחיקתית דומה או זהה, אך "כלל גדול בפרשנות הוא שעליך לגלות משמעותו של דיבור, בראש ובראשונה, מאותו חיקוק עצמו, שכן 'דיבור שבחיקוק הוא[507] יצור החי בסביבתו הוא מקבל את דמיונו מהקשר הדברים' "

"שוני רב ומהותי קיים בין עולמו של החוזה המשפטי הפרטי לבין עולמו של ההסכם הפוליטי, במיוחד מאחר שאינו בעל אופי כלכלי, ותנאי ראשוני הוא בתורת ההיקש שניתן להקיש בין מקיש לניקש הדומים זה לזה, ולא בין מקיש וניקש השונים זה מזה"![508]

בשלושת הציטוטים לעיל מוחלת לכאורה הגבלה על ביצוע היקש(=קל וחומר) מתחום לתחום. המקור הראשון מנוסח נגטיבית, אין להקיש מתביעה אזרחית לפלילית וההיפך. בשני המקורות הנוספים מנוסחת ההגבלה באופן פוזיטיבי, היקש בדברי חקיקה יהיה תקף אם יתבצע מדברי חקיקה דומים. וכן, ניתן להקיש רק בין מקיש לניקש הדומים זה לזה. היוצא מכך, במקרים הנ"ל,

---

[506] ע"פ 35/32 שלום רוטשנטרייך נגד היועץ המשפטי.

[507] הציטוט כולו לקוח מרעא 4962/19 לוקי בניה ופיתוח בע"מ נ' דורי דוקנר. הציטוט בתוך הציטוט הוא של אהרון ברק, **פרשנות במשפט** חלק שני, פרשנות החקיקה, 306-308 (1993).

[508] בג"ץ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, מר יצחק שמיר.

לא רק שהקל וחומר יפרך, אם הוא ינוסח, אלא שיקבע לגביו כי הוא אינו בר-ביצוע מלכתחילה, רוצה לומר: זה אינו קל וחומר חוקי.

הגיון הכללים הללו הוא פשוט למדי. בתחומים שונים(אזרחי- פלילי, לדוגמה) קיימים מאפיינים מהותיים היוצרים קולות או חומרות שונות מתחום לתחום. בשל כך, ברמה העקרונית השוני המהותי בין התחומים עשוי לגרום בסופו של דבר לאי היתכנות ב'צורת קל וחומר' בין התחומים. מדוע? משום שקל וחומר זה עשוי להיפרך מאליו באמצעות אחת מסוגי הפירכות, תוך הצבעה על חומרה/ קולה הקיימת במי מן הצדדים, שתהווה סיבה לפירכת הקל וחומר(=מה ל...). הסבר זה מייתר למעשה את הכללים הנ"ל, שכן, והיה אם ייווצר קל וחומר בין התחומים אפשר יהיה לפורכו לא עקב 'הכלל' אלא עקב אחת מסוגי הפירכות שלא תתקשה למצוא קולה/חומרה פורכים כנ"ל. במילים אחרות, 'כללי הפירכות' הנ"ל מיושבים על אדני ההיגיון **הפרטני** והם ייבחנו, כל קל וחומר לגופו.

ברם, לדחות **כל** קל וחומר/היקש בין שני תחומים רק בשל היותם תחומים שונים זה מזה מהותית,[509] אינו מתיישב על אדני ההיגיון המשפטי ובכלל. בסופו של דבר ניתן למצוא קווי דמיון וקווי אי דמיון בין כל שני תחומים.[510] נדון בקביעה הנחרצת של השופט זילברג שלפיה אין ללמוד בדרך ההיקש מן התביעה האזרחית של תשלומי נזק אל התביעה הפלילית המיוחדת,[511] לא על דרך ההיקש ולא על דרך הקל וחומר. בתוך דברי השופט ניתן למצוא התייחסויות רבות לפריכת היקש זה, גם מבלי להזקק לכלל. כך לדוגמה הוא כותב: "הרשלנות הפלילית הדרושה להרשעה בעבירה על סעיף 218, צריכה להיות בעלת דרגה יותר גבוהה, ומכל שכן לא פחותה יותר, מן הרשלנות האזרחית הנדרשת לחיוב בתשלום נזיקין". זהו ניסוח כמעט פורמלי של פירכה, משל היה אומר: מה **ללמד** (רשלנות פלילית על פי סעיף 218) שכן הינה בעלת דרגה יותר גבוהה!

---

[509] גם זו הינה סוגיה נכבדה, מהו הבדל מהותי לעניין זה?

[510] אדרבא, במשפט העברי מתבצע היקש לדוגמה בין שני עבדים לקרקעות ועוד. כללי ההיקש במשפט העברי יותר פרקטיים ופחות כוללניים כמו: "אין משיבין על ההיקש", בשל תוקפו המקראי, או "אין היקש לחצאין" וכדומה.

[511] במקרה דנן סעיף 218 מפקודת החוק הפלילי 1936

במקום אחר באותה פסיקה: "כאשר המדובר הוא בתביעה אזרחית, פרטית, של נפגע המבקש למלא **חסרון כיס** (הדגש במקור, ח.ג), ולא כאשר התביעה היא פלילית **ציבורית** (הדגש במקור, ח.ג) של המדינה הבאה למנוע סכנת נפשות כי חייו של הפרט אינם קניינו הפרטי...". גם כאן לפנינו נוסח של פירכה, משל היה אומר: מה ללמד שכן יש בו יסוד של סכנת נפשות וכדומה!

במקום אחר מתייחס השופט זילברגר לפסיקתו של בית המשפט קמא (שביצע את ההיקש) בהאי לישנא: "דומה כי השופט המלומד גופו אין לבו שלם לגמרי עם ההיקש הנ"ל- ההיקש מדיני ממונות על דיני נפשות אף על פי שעשאו יסוד מוסד לפסק הדין שלו". אם היקש זה אינו אפשרי בשל הכלל הנוקשה אותו ניסח השופט זילברגר, הכיצד לא הכיר שופט המחוזי דנן בכלל כה נוקשה וכה מוחלט?

באשר לכלל השני המוזכר לעיל, הניסוח מעיד על עצמו כי זה "כלל גדול בפרשנות"! כלומר: הכלל הקובע מהו היקש נכון/תקף היא תוצאה פרשנית לגילוי משמעות של דיבור. קשה להבין כיצד כלל הגיוני שמטרתו הינה גילוי משמעותו של דיבור מוחל על אופן ביצוע של היקש!! כדי להבין את המוזרות שבכלל זה נבחן את הדוגמה המשמשת הוכחה לכלל זה, שאף היא הובאה במקרה דנן.[512]

"...אבל היקש כללי מחוקים אחרים גורם להטעיה. דרך משל, "בית המשפט" <u>בחוק בתי המשפט, תשי"ז- 1957</u>, פירושו בית משפט השלום, בית משפט מחוזי, או בית משפט העליון, ובפקודת הפרשנות, "כל בית משפט בן-סמך לשפוט בישראל", לפיכך פירוש הדיבור "בית משפט" (בתקנה 42 (א) לתקנות המועצה המשפטית, תשי"ג- 1953), ככולל בית דין צבאי... ואילו בתקנות סדר הדין האזרחי... בית משפט פירושו לא רק בית משפט השלום... אלא גם שופט דן יחיד...". אכן, פירוש הדיבור "בית משפט" ראוי וחייב להילמד מחוק דומה מאותו החיקוק עצמו, שהרי המחוקק התכוון למשמעות זהה של הדיבור 'בית המשפט' באותו החוק עצמו ואין להעלות על הדעת כי יתכוון לשתי הגדרות שונות לאותו דיבור באותו חיקוק. זהו כלל פרשני לגילוי משמעותו של דיבור. ברם, מה בין זה לבין היקש הגיוני שמטרתו להשלים חסר בחוק ממקורות תקפים אחרים? מדוע לא יהא ניתן

[512] ע"א 347/71 סנסור נ' הקונסוליה הכללית של יוון. פ"ד כו (2) 328.

להשלים את החסר באמצעות היקש הגיוני במשמעות של קל וחומר? כנ"ל, אם פרטי ההלכה הנלמדת מתחומים שונים יהיו עילה ליצירת פירכה, מה טוב, ולא, מדוע שלא ילמד היקש זה?

מן הדוגמה השלישית לעיל, אנו אכן למדים (מפי השופט מ' אלון) כי התנאי הראשון להיקש הוא שניתן להקיש בין ניקש להיקש. בדוגמה זו, השוני הוא בין הסעיפים שבחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) שבתחום המשפט הפרטי למקבילו הציבורי. השופט עצמו קובע כי קיימת כאן פירכא שאינה מאפשרת את ההיקש: "שהרי שוני רב ומהותי קיים בין עולמו של החוזה במשפט הפרטי לבין עולמו של ההסכם הפוליטי, במיוחד מאחר שאינו בעל אופי כלכלי". הניסוח כאן, הוא ניסוחה של טענה פשוטה מ'תורת הפירכות'. ההיקש תקף אם לא נמצאה לו פירכא. שלא כבדוגמה הקודמת אין כאן ניסיון להחיל את חוקי הפרשנות על אופיו ותוקפו של ההיקש, כפי שניסחו השופט אהרון ברק. אכן, לו התקיים היקש במקרה דנן, הוא היה מופרך באופן פשוט תוך הצבעה על החומרא/קולא של הלמד שאינה במלמד (=בעל אופי כלכלי).

לסיכום סעיף זה, הניסיונות של מערכת המשפט הישראלי ליצור תורת כללי פירכא ל'תורת הפירכות', אינו עולה יפה. בסופו של דבר, עם או בלי קיומם של הכללים הללו, כל קל- וחומר יעמוד למבחן תורת הפירכות כפי שהיא מנוסחת, מודגמת ומבוצעת בתורת הפירכות של המשפט העברי, וכפי שהיא נידונה לעיל בעבודה זו. פירכות אלו, אינן 'דרשה' חזלי"ת אלא הגיון צרוף ואוניברסלי.

ב.3. פירכות בשל 'תכלית'

"בית המשפט העליון פסק כי בהערכת מסוכנתו של המבקש, אסיר המרצה מאסר בן 20 שנה בעבירת אינוס, כגבוהה, כדי לבסס את סבירות החלטת שב"ס שאין להתיר את יציאתו לחופשה, נוכח הסכנה הנשקפת ממנו לביטחון הציבור".[513]

לטענת המבקש, הגיעה העת לחדול מהתייחסות לחופשות אסירים כפריבילגיה, ולהתייחס לאסיר כבעל ציפייה לגיטימית לצאת לחופשות בהתאם לנהלים שוויוניים וראויים. הוא מוצא תימוכין לגישתו בהסדר ברוח זו בהקשר **לשחרור על תנאי** ממאסר, אשר עוגן בסעיף 12(ב) לחוק שחרור על

[513] מיני רציו, ברעב 5570/09 גיורא אצינאייב נ' שירות בתי הסוהר.

<u>תנאי ממאסר, תשס"א- 2001.</u> "לדבריו יש **להקיש** מהסדר זה גם לעניין אישור יציאה לחופשה על דרך קל וחומר".[514] נדון בקל וחומר, במבנהו, חלקיו ומנגנוניו כדי שניתן יהיה להבין את משמעות הפירכה שתנוסח על ידי השופטת פרוקצ'ה.

המלמד- שחרור ממאסר על תנאי.

הלמד- אישור יציאת אסיר לחופש.

המקרה/ העובדה הנתונים- סעיף 12(ב) לחוק שחרור על תנאי. לפיו: "...אך ניתן לשחררו בתנאי שיקבל טיפול או בתנאי אחר, כפי שהומלץ בה, רשאית הוועדה, על אף הוראת סעיף קטן (א), לשחרר אסיר כאמור...".

הקל וחומר בלשוני- 'אם במלמד (החמור) קיימת קולא (הסדרים קבועים לשחרור), קל וחומר שבקל (יציאה לחופשה) יהיו הסדרים דומים'.

ההכללה הנגזרת מקל וחומר פשוט זה הינה: בכל מקום דיני יציאה לחופשה **קלים** יותר מדיני שחרור על תנאי. השופטת דחתה את ההיקש של המבקש ובכך 'פרכה' לכאורה את הקל- וחומר, בהאי לישנא:

> "ניסיונו של המבקש להיבנות מההסדרים הקבועים ביחס לשחרור על תנאי ממאסר וביחס למעצר עד תום ההליכים[515] כדי להקיש מהם ביחס לשיקולים ולאיזונים לעניין חופשות אסירים, אינו יכול לסייע בעדו. **התכליות** (הדגש שלי, ח.ג) ביסוד הסדרים אלה אינן דומות לתכליות שביסוד נושא היתר חופשה לאסירים, ואין להקיש מהן לפתרון שאלה זו".

ומהם תכליות אלו? "חיזוק הקשר בין האסיר לבין משפחתו וקהילת מגוריו, הקלה זמנית במסגרת הנוקשה של המאסר, ויצירת תמריץ להתנהגות טובה של האסיר בבית הסוהר." על פי זה, תכליות אלו לא קיימות בתנאי השחרור ממאסר.[516] כיצד אם כן ניתן להבין את פירכת הקל וחומר הנ"ל?

---

[514] מתוך דברי השופטת א' פרוקצ'ה, שישבה בדין בתיק זה.

[515] זהו ניסיון שני של המבקש ליצור קל וחומר נוסף מדיני מעצר על תנאי שאיני דן בו בעבודה, בשל אי תרומתו לדיון.

[516] אינני דן בשאלת קיומן או קיומן של תכליות אלו בתנאי השחרור ממאסר, שכן דיון זה חורג מנושא העבודה. אני מקבל את קיומן של תכליות אלו **כנתון**, לצורך המשך הדיון.

אפ׳ א- הקל וחומר תקף, ברם, כיוון **שתוצאתו** התקפה מחמת עצמה מנוגדת לתכלית החוק של המלמד, תדחה תוצאתו בפניה. **תכלית** החקיקה על פי אהרון ברק (פרשנות, עמ׳ 144-143) היא המטרות והערכים שדבר החקיקה נועד להגשים. הוא מכנה זאת גם כ״תכלית סובייקטיבית״. בסופו של דבר, התכלית, על פי זה הינה אמצעי פרשני אשר בעזרתו לומד הפרשן על תכלית החוק, ברק מציין, בהקשר זה כי ״ברוב רובם של המקרים, זהו האמצעי המרכזי״. לפי זה, אם נחיל את סעיף 12(ב) גם על יציאה של אסיר בחופשה, אפשר שתיווצר מעין סתירה בין התכליות של המלמד והלמד, שהרי הם אינן דומות. פירוט **התכליות** לשחרור ממאסר אכן פורטו על ידי השופטת, אולם היא לא הזכירה אפילו ברמז את תכליות השחרור על תנאי של אסיר. מתוך המבנה הלוגי של הפירכא אנו למדים כי תכליות השחרור על תנאי של אסיר **אינן כוללות את**: חיזוק הקשר בין האסיר ומשפחתו, הקלה זמנית במסגרת הנוקשה של המאסר ויצירת תמריץ להתנהגות טובה של האסיר. על פי אפשרות זו (אפ׳ א), ניתן להקיש מחוק לחוק רק אם התכליות של החוק דומות, זהו **חידוש** בתורת הקל וחומר הישראלי שאינו קיים במשפט העברי. תוצאת הקל וחומר, תקפה ככל שתהיה אינה עומדת בפני תכליות החוק של הלמד והמלמד.

אפ׳ ב- תכלית החוק, על פי אפשרות זו, נכנסת לנעליה של פירכת האי- רלוונטיות המוזכרת לעיל בדיון על סוגי הפירכות. השוני לפי זה בין הלמד למלמד אינו **בחומרה** אלא **בסוג**! התכליות השונות מבטאות את השוני בין הלמד למלמד היוצרים סוגים שונים שאינם מאפשרים את קיומו של הקל-וחומר. הקל וחומר על פי אפשרות זו **יפרך** ולא יישאר בתוקפו. **הנפקא- מינא** שבין שתי האפשרויות תהיה בדרך לפרוך את הפירכא. באפ׳ א, אין דרך כזו במשפט הישראלי כל עוד מתקבע הכלל שלפיו **תכלית** גוברת על תוצאת הקל וחומר תקף. באפ׳ ב, התכלית הינה פירכא ככל הפירכות ובשל כך ניתן לפורכא בעצמה באמצעות פירכא לפירכא.

ב.4. החשש ממינוף

האם המדינה מוסמכת לגבות חובות מס וביטוח לאומי באמצעות עיכוב החייבים במחסומי הדרכים שהוצבו לצרכים מבצעיים על ידי כוחות שיטור, ועיקול רכבו של חייב שאינו משלם את חובו על אתר? זוהי השאלה העומדת להכרעה בעתירה זו.[517]

[517] בג״צ 6824/07, עדאל מנאע ואחרים נ׳ רשות המיסים ואחרים.

לטענת המדינה (וכפי שעולה מפקודת המיסים (גביה) החלה מכוח סעיף 367(א) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה- 1995), אדם שלא שילם את המס המוטל עליו רשאיות רשויות הגבייה לדרוש ממנו תשלום מידי שאחרת יתפסו מטלטליו וימכרו. לשם הוצאתה לפועל של סמכות זו רשאי נציג רשויות הגבייה להיכנס לחדריו של הנישום שבהם מצויים מטלטליו או לחדרו של צד שלישי שבו מצויים מטלטלי הנישום, ולעקל את המיטלטלין ולמוכרם וכך להיפרע מן החוב. הרשות מבקשת ללמוד מהיקף סמכויות נרחב זה גם על קיומה של סמכות לעכל את רכבו של החייב באמצעות שימוש "נלווה" במחסומים המוצבים בכבישים בנקודות שונות ברחבי הארץ מטעמים ביטחוניים.

לדידה, סמכות זו נלמדת על **דרך קל וחומר**, והיא בבחינת "מרובה המחזיק את המעט", שכן, אם נתונה בידי רשויות הגבייה סמכות להיכנס לחדריו הפרטיים של החייב לשם עיקול מטלטליו, נתונה להם גם הסמכות לעשות זאת ברשות הרבים. השופטת ביניש, 'פורכת' את הקל וחומר בפירכה רגילה: "יש הבדל משמעותי בין עיקול מטלטליו של אדם בחדריו ובין עיקול רכבו בפרהסיה קבל עם ועדה. ישנו הבדל משמעותי בין כניסה לחדרים- המאפשר לאדם להתארגן בהתאם ולהתגונן- ובין עיקול רכבו ברשות הרבים באופן הפוגע משמעותית בחופש התנועה שלו". קרי: אין כאן יחסי קולא/חומרא שכן **עיקול ברשות** הרבים **אינו** קל מכניסה לחדרים, אלא אדרבא חמור יותר ובשל כך אין כאן קל וחומר תקף.

ברם, ענייננו הוא דווקא בעמדת השופט פוגלמן שכתב את הפסיקה והיא התקבלה על חבריו בהרכב. הוא כותב כך בפסיקתו: "סמכות זו כרוכה בפגיעה בזכויות יסוד ובאינטרסים שונים, שמן הראוי כי המחוקק ייתן עליהם את דעתו, ולא ניתן להסיק קיומה של סמכות באופן משתמע על דרך **ההיקש**! (ההדגשה שלי, ח.ג). וזאת מדוע? "אכן, פקודת המיסים (גביה) מעניקה סמכויות נרחבות לגובה המס ומתירה לו לבצע פעולות שונות שעלולות להיות כרוכות בפגיעה בזכויות יסוד. ואולם, דווקא בשל אופיין של סמכויות אלה, קיים החשש מפני "**פריצת הסכר**", (ההדגשה שלי, ח.ג)... ואין ללמוד סמכות משתמעת לבצע את הגביה באמצעי נושא העתירה, במחסומי דרכים ברשות הרבים".

האם מיתולוגית קיים הבדל בין פירכת השופטת ביניש לבין פירכתו של השופט פוגלמן? מבחינת התוצאה, הם הגיעו לאותה תוצאה, אבל הדרך שונה לחלוטין ובכך ענייננו. השופט פוגלמן לא

התייחס לתקפותו/אי תקפותו של הקל החומר אלא רק הביע חשש מפני "פריצת הסכר" כלשונו. רוצה לומר, אם תוצאת קל וחומר זו תתקבל מי לידינו יתקע, שסמכות זו הנתונה בפקודה לרשות הגבייה לא תשמש שוב למקרים נוספים **כמלמד**, ו'סופה מי יישורנו'! במונחי הקל וחומר של המשפט העברי, מתכוון השופט פוגלמן ל'מינוף' תוצאה הקל וחומר. הקולא/חומרא בקל וחומר, בהגדרה, אינם אלא רק ה'מניע' לביצוע ההיקש, לא לתוצאתו, התוצאה בסוף התהליך צריכה להיות 'משווה' ולא 'ממנפת', בדומה לגזרה- שווה, בה המניע הראשון הוא מילים דומות.

בכך, חידש השופט פוגלמן חידוש גדול בתורת הקל וחומר הישראלי. אם קיים 'חשש' למינוף תוצאת הקל החומר, אזי יש לבטל את תוצאת הקל וחומר הקיים, על אף שהוא אינו ממנף. אכן, יסוד 'המינוף' קיים במשפט העברי, והוא הסיבה להגבלת 'דיו' שהדיון בא יהיה בהמשך פרק זה. אולם, אין במשפט העברי ביטול קל וחומר קיים בשל חשש למינוף בקל החומר עתידי. כל קל וחומר נבדק לגופו, ואם יש בו יסוד 'מינוף' והוא נכון מתודולוגית יש ל'השוות' את תוצאתו ולא לבטל את הקל וחומר.[518] אפשר שהשופט התכוון לכך (אך לא הביע זאת במפורש) כי הקל וחומר הזה, **בעצמו** ממנף ולכן יש לדחות את תוצאתו. כך או כך, שונה דרך **פריכתו** של השופט פוגלמן מזו של השופטת ביניש. לדידה, אין כאן כלל קל וחומר ולכן הוא בטל מעיקרו. לדידו, הקל- וחומר קיים, אולם תוצאתו ממנפת ולכן יש לדחותה.

ב.5. 'סופיות התוצאה' של הקל וחומר

העורר, קטין, מערער על החלטת בית המשפט קמא לעצור את כל העוררים עד תום ההליכים המשפטיים נגדם בעקבות כתב אישום בעבירת רצח, ובכללם אותו כקטין.[519] המשנה לנשיא מ' אלון (כתוארו אז), קיבל את הערר לגבי הקטין. הדיון נסוב באשר להוראות 'נוגדות' לכאורה של שני סעיפים בחוק. על פי סעיף 21 א (א) (2), מרגע שהוגש כתב אישום על עבירות שונות ובכללן רצח, רשאי בית המשפט שלפניו הוגש לצוות על מעצרו של הנאשם. סעיף זה אינו מבחין בין קטין לבגיר. מאידך, סעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) קובע כי: "אדם שהיה קטין ביום

[518] דיון זה דומה באופן עקרוני לדיון בסוגיית בבא-קמא בעניין 'דיו דאיפריך', עמדה זו מייצגת את דעת רבי טרפון על פי הסתמא דתלמודא בסוגיה זו. ראו, סוגיית בבא-קמא, פרק א, סעיף 'דיו דאיפריך', עמ' 49.

[519] בש"פ 32,23/89 בן שמעון ואח' נגד מדינת ישראל.

ביצוע העבירה, לא יוטל עליו עונש מוות, ועל אף האמור בכל דין אין חובה להטיל עליו מאסר עולם, מאסר חובה או עונש מינימום״.

השופט אלון פסק כך:

> ״נראה לי כי ניתן להסיק בדרך ההיקש, שכשם שלעניין העונש על עבירת רצח שנעברה על ידי קטין אין מאסר עולם חובה אלא רשות, כך גם לעניין מעצר של נאשם ברצח אין הוא חובה, משמדובר בנאשם שהוא קטין, אלא רשות בלבד. והדברים קל וחומר. אם **לאחר** (הדגש במקור, ח.ג) ההרשעה קבע המחוקק, שעונש מאסר עולם על עבירת רצח, משמדובר בעבריין קטין אינו חובה, אלא רשות, קל וחומר שלעניין מעצר **שלפני** (הדגש במקור, ח.ג) ההרשעה, שהנאשם עדיין בחזקת כשרות וחף מפשע, דין הוא שמשום שמדובר בקטין אין המעצר חובה אלא רשות, אמנם כן הבחנה זו לא נאמרה במפורש בסעיף 34 ובסעיף 21 ב לחוק הסדר הפלילי [נוסח משולב] הקובעים מעצר חובה ״בשל עבירה **שדינה**... מאסר עולם חובה״ (ההדגשה שלי- מ׳ א׳). **אך היקש זה וקל וחומר זה שאין לו פירכא ומחויב ההיגיון**... (הדגש שלי, ח.ג).

נבחן תחילה את הקל וחומר ואת דרך פעולתו, כדי שניתן יהיה לפורכו אם בכלל.

המלמד: עבריין קטין, לאחר הרשעה ברצח (חמור)

הלמד: עבריין קטין, לפני הרשעה ברצח (קל)

הדין הקיים: אין חובת מאסר עולם על קטין שעבר עבירת רצח (קולא)

ההכללה האפריורית- מצב חפות (לפני הרשעה) קל יותר בדיניו ממצב (אחר הרשעה).

הקל וחומר בלשוני- אם לעבריין הקטין לאחר הרשעה ברצח (חומרא) אין חובת מאסר עולם (קולא), דין הוא כי בעבריין קטין שמואשם ברצח אך לא הורשע (קולא) לא תהיה חובת מעצר.

השופט, מ׳ אלון, האמון על טיבו של קל וחומר גם במשפט העברי קבע נחרצות: קל וחומר זה אין לו פירכא והוא מחויב בהיגיון, לאמור, אנו דנים ב׳סופיות׳ תוצאת הקל וחומר. מה יכולה הייתה להיות הפירכא? פירכא על ההכללה הייתה יכולה לטעון כי המצב חפות שלפני הרשעה **חמור** יותר ממצב אחר הרשעה. נראה כי זה לא יתכן, שהרי הנאשם הוא בחזקת חפות בשלב האשמה.

פירכת מסוג 'מה... ל', הייתה יכולה לטעון כי יש ייחודיות במאסר עולם של קטין לאחר שהורשע שאינה קיימת במעצרו טרם הרשעה. לדוגמה: מה לקטין לאחר הרשעה, שאין חובה לאוסרו במאסר עולם, כדי שלא יתרועע עם עבריינים, אבל במעצר שלפני הרשעה ניתן למנוע זאת, ולכן יש לעוצרו כמו בגיר! פירכא דמיונית זו ודומותיה בוחנת את תכלית החוקים הנ"ל והיא תטען לשוני. ברם, נראה כי תכלית החוקים הנ"ל לעניין קטין זהה ולכן הפירכא אינה אפשרית. יתר על כך, בחוק הנ"ל אין **חובת** פטור הקטין ממאסר עולם, אלא **רשות** לבית המשפט לנהוג כך. כך מצאנו בפסיקת בית המשפט העליון (2855/2741/14 פלונים נגד מדינת ישראל) את דברי השופט ג'ובראן: "אמנם סעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול) התשל"א- 1971, קובע כי 'אדם שהיה קטין בעת ביצוע העבירה, לא יוטל עליו עונש מוות, ועל אף האמור בכל דין אין חובה להטיל עליו עונש מאסר עולם...', עם זאת, כעולה מלשון הסעיף, אין באופן עקרוני מניעה מהשתת עונש של מאסר עולם על קטין שביצע רצח...".

נמצאנו למדים כי כאשר המלמד והלמד דנים **באפשרות** ולא **בחובה** אין דרך לפרוך את הקל וחומר באמצעות הצבעה על מקרה כזה או אחר שבו הקטין נשפט למאסר עולם, כי הקל וחומר דן ב'אי חובת' מאסר.

מידת תוקפו של קל וחומר זה, הגורמת ל'סופיות תוצאתו' נובעת גם מנקודת השוואה נוספת בין הלמד למלמד. המלמד מתייחס **למאסר עולם** ומאפשר את פטירתו של הקטין מכך. הלמד עוסק **במעצר**, פעולה שלכל הדעות קלה יותר ממאסר, כך שהקולא הנלמדת בלמד קלה עוד יותר שכשלעצמה מן הקולא שבמלמד. עם זאת, ולמרות הנאמר לעיל, יש לומר כי השופט התכוון ל'סופיות תוצאת' הקל וחומר במקרה דנן ורק במקרה דנן. קל וחומר מטבעו ומהגדרתו ניתן לפריכא ולכן אין לקבוע כללים בענייני קל- וחומר שלא ניתן לפריכא. ראינו כי גם קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' ניתן לפריכא ברמה העקרונית. חזקה עלינו, כי השופט מ' אלון, שקבע נחרצות את אי היכולת לפרוך קל וחומר זה, לא קבע בזה 'מסמרות' מכל סוג.

ג. הגבלת 'דיו'

ג.1. 'דיו', מקרה בוחן

הפסיקה בה אדון כמקרה בוחן הינה גם הפסיקה היחידה בבית המשפט השלום[520] בו הוזכר 'דיו' באופן מפורש, ככלל של משפט עברי הבא להגביל (ולפעמים לפרוך) את הקל וחומר. נאשמת 2 במקרה דנן, טוענת לקיומה של "הגנה מן הצדק" ומפנה לכשלים בניהול ההליך. לטענתה היא נחקרה בידי יחידה שאינה מוסמכת לחקור עבירות לפי **חוק העונשין** ללא אזהרה ומבלי שתהיה מודעת לחשדות המיוחסים לה. לטענת המדינה המסכת העובדתית המגבשת את יסוד העבירה מושא האישום הראשון נמשכה על פני תקופה עד לביצוע עבירה נוספת אשר השלימה את היסוד העובדתי הנדרש בעבירה התוצאתית מושא האשום הראשון. החקירה לדברי המדינה, שהיתה כחוק וכנדרש באישום השני קטעה את זמן ההתיישנות של העבירה הראשונה ולכן אין כאן עבירת התיישנות.

מנגד, טוענת הנאשמת כי החקירה בעבירה השנייה אינה מנתקת את רצף הזמן הכולל ויש כאן התיישנות על העבירה הראשונה. במה דברים אמורים? עפ"י הוראת סעיף 9(א)(2) לחסד"פ אין להעמיד אדם לדין בגין עבירת פשע אם חלפו עשר שנים מיום ביצועה:

9(א) באין הוראה אחרת לעניין זה בחוק אחר, אין להעמיד אדם לדין בשל עבירה אם עברו מיום ביצועה".

(2) בפשע אחר- עשר שנים;

ומה באשר להפסקת מרוץ ההתיישנות? אף כאן בסעיף 9(ג) לחסד"פ:

9(ג) בפשע או בעוון אשר תוך התקופות האמורות בסעיף קטן (א) נעברה לגביהם חקירה על פי חיקוק או הוגש כתב אישום או התקיים הליך מטעם בית המשפט, יתחיל מנין התקופות..

על פי הפסיקה,[521] על מנת שפעולת חקירה תבוא בגדרה של "חקירה על פי חיקוק" המהווה **אירוע מנתק** המפסיק את מרוץ ההתיישנות, עליה להוות **פעולה ממשית**, **הליך רשמי מהותי ועניינ**י. לטענת הנאשמת, חלפו למעלה מעשר שנים ממועד ביצוע העבירה מושא האישום הראשון ועד

---

[520] תפ (ת"א) 28084-10-17, מדינת ישראל נ' שלמה שורץ. שופטת השלום כתוארה אז, פנינה נויבירט. מס' המקרים בהם מוזכר 'דיו' במחוזי ובעליון גדול יותר.

[521] בע"פ 347/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם במאגרים, 18/11/2007) בעמ' 14 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

לביצוע פעולת חקירה ממשית בחשד לה- התיישנה העבירה. לדבריה אין לראות בפעולות החקירה שבוצעו על ידי חוקרי רשות המיסים משום "אירוע מנתק", המפסיק את מרוץ ההתיישנות של עבירה זו. זאת, מאחר שסמכויות החקירה של חוקרי רשות המיסים מוגבלות לביצוע חקירות לשם גילויין של עבירות על **פקודת מס הכנסה** ועל חוק מיסוי מקרקעין בלבד. חוקרי רשות המיסים כלל לא היו מוסמכים לחקר החשד לביצוע העבירה מושא האישום הראשון. לדבריה, יש לראות בפעולה של חוקרי רשות המיסים משום " חקירה על פי חיקוק" שנערכה לגבי העבירה מושא האישום הראשון, המהווה "אירוע מנתק" המפסיק את מרוץ ההתיישנות של עבירה זו.

לטענת המדינה, וכאן אנו מגיעים לעיקר עניינו, מן הראוי **להקיש** מן ההלכה הפסוקה המכירה בקבילותן של הודאות שניתנו במסגרת חקירות בידי חוקרים שהיו נעדרי סמכות לחקור את העבירות בגינן הואשמו הנאשמים.[522] במקרים אלו, אליה הפנתה המדינה, הודאות שמסרו נאשמים הוכרו כקבילות, אף שנגבו בידי חוקרים שלא היו מוסמכים לגבותן: "לטענת המאשימה, **קל וחומר** שיש לראות בפעולות חקירה בהיעדר סמכות משום "אירוע מנתק" לצורכי התיישנות העבירה מושא האישום הראשון בענייננו". זהו תוקף טיעונה של המדינה, אותו יש לנתח.

הקל וחומר בניסוח המדינה הינו כך: אם מקבלים הודאות נאשמים בחקירה בלתי מוסמכת, קל וחומר שיש לראות בפעולות חקירה אלו על אף היותן בהיעדר סמכות, משום "אירוע מנתק" לצורכי התיישנות. בלשון לוגית/משפטית- אם חקירה בלתי מוסמכת מכשירה **הודאת נאשמים** קל וחומר שתכשיר את עצם החקירה להיות " אירוע מנתק" לעניין התיישנות העבירה.

מנגנון הקל וחומר יהיה כך:

המלמד: הודאת נאשמים בחקירה בלתי מוסמכת.

הלמד: מעמדה של חקירה בלתי מוסמכת לעניין 'אירוע מנתק'.

הדין הקיים: ההלכה **מכירה** בהודאת נאשמים על אף היות החקירה בלתי מוסמכת.

[522] המדינה מפנה לתיקים: ת"פ 858/73 מדינת ישראל נ' מ' פרידמן ואחרים, פ"מ תשל"ה(1) 367 ; ת"פ 375/56 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' חיים בן משה יולזרי ואח', ועוד...

בלשון לוגית/תמציתית: אם הודאת נאשמים (חומרא) מוכרת (קולא), דין הוא כי 'אירוע מנתק' (קולא) יהיה מוכר אף הוא.

ההכללה האפריורית: 'הודאת נאשמים' חמורה מ'אירוע מנתק' בהקשר של חקירה ללא סמכות.

האם יש מקום לקיים קל וחומר זה ולהעמידו בתוקפו? על פניו נראה כי התשובה חיובית. אכן, כיוצא מן ההכללה האפריורית, נראה כי הכרה ב'הודאת נאשמים' בחקירה לא מוסמכת **חמורה** יותר מהכרה באירוע זה, האירוע שיש בו כדי לנתק את רציפות הזמן לעניין התיישנות. בסופו של דבר, הכרה בהודאת הנאשמים בחקירה לא מוסמכת נראית על פניה כהכרה בפעולה 'בלתי חוקית'. ואם ההלכה מכירה **בתוצאות החקירה** מדוע לא תכיר **בעצם קיומה** כאירוע שיש בו כדי לנתק את רצף הזמן להתיישנות?

זה כאמור לעיל, היה תורף טענתה של המדינה. ברם, השופטת בדין זה, פנינה נויבירט דחתה קל וחומר זה. לדבריה, ניסוח הקל וחומר על ידי המדינה (זה המוזכר לעיל) אינו מייצג כהלכה את המציאות המשפטית המורכבת של האירוע במקרה דנן. במציאות דידן, הקל וחומר לדבריה, מבקש להצדיק הכרה בחקירה **בסמכות** כ'אירוע מנתק' של התיישנות עבירה אחרת שלא היה סמכות לחוקרה. בלשונה: "איני מקבלת את טענת המאשימה, כי ניתן להקיש מההלכה הפסוקה המכירה בקבילות הודאות שנגבו בהיעדר סמכות כדי להצדיק הכרה בחקירת עבירה (**בסמכות**) (הדגש שלי, ח.ג) כ"אירוע מנתק" של התיישנות עבירה אחרת, שלא היה סמכות לחוקרה". מניתוח דברי השופטת הנכבדה נראה כי ניסוח הקל וחומר '**האמיתי**' המתאים למציאות המשפטית המורכבת בתיק זה, צריך להיות כך:

הקל וחומר: אם חקירה בלתי מוסמכת מכשירה הודאות נאשם, קל וחומר שחקירה מוסמכת, תוכר כ"אירוע מנתק" של התיישנות עבירה אחרת שנחקרה באופן לא מוסמך.

המנגנון כעת יהיה כך:

המלמד: הודאות נאשם בחקירה בלתי מוסמכת.

הלמד: 'אירוע מנתק' בחקירה מוסמכת, של התיישנות לעבירה אחרת שנחקרה באופן לא מוסמך.

הדין הקיים: ההלכה הפסוקה מכירה בהודאות נאשם בחקירה לא מוסמכת.

זהו קל וחומר שונה לחלוטין מקל וחומר ראשון, שנוסח על ידי המאשימה. קל וחומר זה הוא קל וחומר **ממנף** המחייב את דין 'דיו' להשוואת תוצאתו. פירוק מרכיביו מעלה כי הוא מבקש להשיג שתי מטרות,

האחת- הכרה בחקירה **בלתי מוסמכת** כ'אירוע מנתק'.

השנייה- הכרה **בחקירה מוסמכת** כ'אירוע מנתק' של התיישנות עבירה אחרת שלא היה סמכות לחוקרה.

הקל וחומר הראשון, אותו ניסחה המאשימה, הוא קל וחומר **משווה**. על שום מה? משום שהוא מבקש **להשוות** בתוצאתו את ההכרה בחקירה בלתי מוסמכת 'כאירוע מנתק' להכרה **ב'הודאות נאשם'** בחקירה בלתי מוסמכת. הקל וחומר השני הוא קל וחומר **ממנף**. הוא מבקש להכיר בחקירה בלתי מוסמכת כ'אירוע מנתק' דרך ובאמצעות חקירה מוסמכת. בלשון אחרת: החקירה **המוסמכת** מכשירה את **הלא מוסמכת** להיחשב כ'אירוע מנתק' לעניין התיישנות בעבירה אחרת וקודמת. יושם לב, השופטת דחתה את תוצאות הקל וחומר בכמה דרכים, האחרונה שבהם מדין 'דיו'. מתודולוגית הדחייה כללה את השלבים הבאים:

שלב א- השופטת הסתייגה, בהתבסס על המשפט העברי משימוש בסברות שכליות כדוגמת 'קל וחומר' בהקשרים עונשיים. בדבריה היא כיוונה לכלל החזל"י, שידון בסעיף הבא: "אין עונשין מן הדין". אליבא דהשופטת, תוצאה זו של הקל וחומר אותו ניסחה המאשימה יש בו יסוד של ענישה כלפי הנאשמת, והלא כלל הוא גם במשפט הישראלי ש'אין עונשין מן הדין'.[523] דחייה זו של תוצאת הקל וחומר אינה תוקפת את מנגנון הקל וחומר. הקל וחומר על פי גישה זו תקף אולם תוצאתו אינה עומדת בפני כלל 'חזק' ממנו.

שלב ב- אין כלל 'אירוע מנתק' על פי הגדרתו בפסיקה. הגדרה זו המחייבת ג' תנאים, אינם מתקיימים במקרה דידן. מובן כי טיעון זה פורך את הקל וחומר מיסודו, משום שמנסחו (המאשימה, מדינת ישראל) עשתה שימוש במונח ('אירוע מנתק') שלא על פי הגדרתו החוקית

[523] קשה לי לקבל את הנחת השופטת שלפיה, הכרה בחקירה בלתי מוסמכת כ'אירוע מנתק' הינה סוג של עונש כלפי הנאשמת הנלמד ממקום אחר. זו אינה הגדרה קלאסית של עונש בלשון המשפט העברי ולכל היותר ניתן לומר כי הקל וחומר מלמד על הסטטוס המשפטי של אירוע מסוים שהוא יכול בתנאים מסוימים להחמיר עם הנאשם ובאחרים להקל עמו. בשל כך אני מסתייג מהגדרת תוצאות קל וחומר זה כעונש.

הנגזרת מן ההלכה הפסוקה. גם אילו עמדה המאשימה בתנאי ההגדרה ל'אירוע מנתק', הקל וחומר היה מופרך בשל דין 'דיו' והוא השלב הבא.

שלב ג'- את השלב הזה מכנה השופטת "לגופם של דברים", כלומר, פנייה לתורת הקל וחומר במשפט העברי כדי לבחון את תוצאת הקל וחומר הנ"ל. את רעיון דין 'דיו' (= דין לבא מן הדין להיות כנדון) מתארת השופט במילים הבאות: "קבלת טענותיה של המאשימה לקל וחומר כאמור תביא לתוצאה שהיא מרחיקת לכת וחמורה מהדין המקורי ממנו מבקשת המאשימה להבנות.. תוצאה שכזאת אינה סבירה ואינה הגיונית, ומנוגדת לעקרונות המקובלים לשימוש במידת "הקל וחומר", כדרשת חז"ל: "דיו לבא מן הדין להיות כנדון".

ג.2. 'מינוף' ו'פריצת סכר' כתחליף ל'דיו'

השאלה הנדונה בתיק הבא[524] הינה: האם המדינה באמצעות שליחי ביטוח לאומי ומס הכנסה רשאית לגבות חובות מנישומים באמצעות עיכוב החייבים במחסומי דרכים שהוצבו לצרכים ביטחוניים? המדינה סברה כי יש לה סמכות לעשות זאת והיא למדה זאת בדרך של קל וחומר. שכן, אם נתונה בידי רשויות הגבייה סמכות להיכנס לחדריו הפרטיים של החייב לשם עיקול מטלטליו נתונה להם גם הסמכות לעשות זאת ברשות הרבים. השופט פוגלמן שפסיקתו התקבלה מסביר באופן מפורש את מתודולוגיית הפסיקה שלו שבקצה אחד שלה נמצאים השוואת תכליות אך לבסוף הוא פונה לתורת הקל וחומר. הוא מנסח סוג של פירכא לקל וחומר הנ"ל מבלי לדעת או להיות מודע לקיומו של הכלל "דיו לבא מן הדין להיות כנדון". להלן שלבי התהליך הפרשני:

שלב א: השופט היה מוכן להניח לטובת המשיבים כי קיים עיגון לשוני לשתי הפרשנויות המוצעות: זו הרואה בסמכות העיקול בחדרים (מפקודת המיסים) מקור סמכות לעיקול נכסים במחסומים וזו הגורסת כי מקור סמכות לנ"ל אינו קיים בפקודה. קרי: אכן קיים 'חסר' ולכן סמכות העיקול בחדרים אכן יכולה לשמש **כלמד** במקרה דנן.

שלב ב: הוא בחן את התכלית הסובייקטיבית של סמכות זו שבפקודה ומתוך ההיסטוריה החקיקתית הוא למד כי מטרת המחוקק הייתה להרחיב את סמכויות הגבייה במובנים מסוימים

[524] בג"צ 6824/07 ד"ר עדאל מנאע ואחרים נ' רשות המיסים ואחרים.

ולצמצם במובנים אחרים. כל זאת מבלי שתהיה התייחסות קונקרטית לנושא המחלוקת. קרי: בחינת ה'תכלית' מעלה כי בתנאים מסוימים ניתן ללמוד את ההלכה החסרה בדרכי פרשנות ואין בכך כדי לסתור את 'התכלית' של הפקודה.

שלב ג: בחינת התכלית האובייקטיבית של הפקודה העלתה ממצאים נוגדים. מן הצד האחד שאיפה להביא לגבייה אפקטיבית ומן הצד השני הרצון לשמור ולהגן על זכויות אדם שונות.

שלב ד: שלב ההכרעה, להציב את התכליות זו מול זו. השופט מגיע לבסוף להכרעה הפרשנית הבאה:

> "הגבולות ששרטט המחוקק הראשי מתווים את האיזון בין השאיפה לקיים גביית מס יעילה לבין השמירה על זכויות אדם. בגדר כך, מתאפשרת כניסה לחדריו של נישום שלא עמד בחובו בסייגים שנקבעו, מאידך גיסה, נמנע המחוקק מלהתיר ביצוע גבייה במחסומי דרכים..."

הנה כי כן, מגיע השופט פוגלמן למסקנה בהתבסס על ניתוח התכליות כי אין לפנינו 'חסר' אלא 'הסדר שלילי'. מתודולוגית, לאחר הגעה למסקנה זו, השופט נדרש לטפל בעיקר, כלומר: מה יהא על הקל וחומר אותו יצרה המדינה? האם בשל הפרשנות התכליתית יש להתעלם ממנו? האם המסקנה שלפנינו 'הסדר השלילי' פוטרת אותו מהתייחסות לקל וחומר **התקף** אותו יצרה המדינה?

אכן, השופט, נענה לאתגר והוא יוצא ב'התקפה חזיתית' על הקל וחומר מבלי להשתמש ולו פעם באחד מכללי הקל וחומר. כך כותב השופט:

> "לא זו בלבד שהמשיבים פוגעים פגיעה ממשית באגד של זכויות שעליהן עמדנו; אף זו- עצמת הפגיעה בזכויות הינה רבה וניכרת והיא שונה באופן מהותי מהפגיעה הנגרמת לפרט במקרה של עיקול בחדריו- הסמכות שממנה ניסו המשיבים לגזור את הסמכות להפעיל סמכויות גבייה בדרך של קל וחומר. להשקפתי, גם בנפרד מהדרישה לקיומה של סמכות מפורשת שעליה עמדנו, קשה לעמוד על הגיונה של טענת "הקל וחומר" מקום שבו הפגיעה בפרט במקרה של הפעלת הסמכות נושא העתירה, מצויים במישורים נוספים ובעוצמה **גבוהה יותר** (הדגש שלי, ח.ג) ביחס לסמכות שממנה מבקשים להקיש".

הנה כי כן, מבטא השופט במילים מעט רגשניות את חוסר שביעות רצונו מן הקל וחומר אותו יצרה המדינה. במונחי תורת המשפט העברי הוא מכוון לשני חלקים שגויים במנגנון הקל וחומר הנ"ל. **הראשון,** עליו דנתי כבר בסעיפים קודמים, זוהי פירכא מפורשת על הקל והחומר בשל יחסי קולא/חומרא שגויים לדעתו. אולם, לפירכא זו הוא מוסיף נדבך נוסף ("...בעוצמה גבוהה יותר") נדבך יסוד המינוף. הלמד מבקש **למנף** את הדין הנלמד בכך שהוא מתיר גם את עיכוב ועיקול רכבי החייבים בצמתי הדרכים. בקטע הבא מפרש השופט יותר את כוונתו:

> "...אכן פקודת המיסים (גביה) מעניקה סמכויות נרחבות לגובה המס ומתירה לו לבצע פעולות שונות שעלולות להיות כרוכות בפגיעה בזכויות יסוד. ואולם, דווקא בשל אופיין של סמכויות אלה, קיים חשש מפני "פריצת השכר". ריבוי הסמכויות בפקודה ואופיין הפוגעני מחייב עמידה דקדקנית על קיומם של תנאי הסמכות (אי חריגה ממנה). אין ללמוד, אפוא, משתיקת המחוקק בפקודה בנוגע לשאלה שלפנינו על מתן הרשאה לפגיעה גורפת לזכויות יסוד, זולת זו שהותרה באופן מפורש, ואין ללמוד סמכות משתמעת לבצע את הגבייה באמצעי נושא העתירה, במחסומי דרכים ברשות הרבים".

במונחי תורת הקל וחומר במשפט העברי, קיים חשש למינוף הקל וחומר מבלי שתהיה קיימת אינדיקציה כלשהי לעצירת המינוף. השופט מכנה את המינוף הפוטנציאל "פריצת השכר". לו נדרש השופט להביע את שלל רעיונותיו אלו במשפט אחד, צריך היה לומר בפירוש, 'דיו לבא מן הדין להיות כנדון'. בניסוחיו האינטואיטיביים הוא היטיב לתאר את רעיון 'המינוף' של הקל וחומר שבעטיו קיים כלל 'דיו'. יתיר על כך, ניסוחיו של השופט מתאימים למונח 'דיו דאיפריך' מונח תלמודי בסוגיית בבא-קמא המהווה אחד מן המקורות העיקריים ללימוד דין 'דיו'.

מסוגיא מורכבת זו, ניתן לומר כי קיימת האפשרות לראות ב'דיו' כלל הפורך את הקל וחומר ולא רק משווה את המלמד ללמד. אם הקל וחומר מבטל את 'עיקר' חידושו של הקל וחומר הרי הוא פורכו. אפשר, שלפנינו מקרה דומה. כל חידושה של המדינה ביצירת הקל וחומר היה ההיתר

בסמכות לעצור את רכבו של החייב במחסום דרכים ברשות הרבים. ודוק, לא ההיתר לחפש ברכבו או לתפוס את רכבו סתם, אלא ברשות הרבים דווקא. ההיתר לתפוס את רכושו כבר מפורש בפקודה ולשם כך אין צורך בקל וחומר. על פי פרשנות זו, הואיל וה'דיו' מבטל את עיקר חידושו של הקל וחומר הרי הוא כפורכו, וכאן, לדעתי, זהו המקרה. דיון זה מחזק את הסברה שלפיה 'דיו' הוא תובנה יסודית אוניברסלית ולא דרשה ייחודית פרטיקולרית של המשפט העברי.

ג.3. תובנת 'דיו' קדומה

בתיק זה[525] ערעור על החלטת רשם. בגדרה נדחתה השגת המערער על החלטת מזכירות בית המשפט ונקבע כי בצדק סווג ההליך שנקט בו המערער ערעור על החלטה הדוחה את בקשתו לעיון חוזר בהחלטה שדחתה את בקשתו לעיון בתיק פלילי מסוים. הבקשה הוגשה מכוח תקנה 4 לתקנות העיון (המסדירה את זכויות העיון של מי שאינו בעל דין בהליך)- כערעור ברשות, ולא בזכות. בשל כך יש לשנות את סוג ההליך מבש"פ (בקשות שונות פלילי) לרע"א (רשות ערעור אזרחי), וכן שבקשת המערער בסוגיית החיסיון תובא לפני השופט שידון בהליך רק לאחר תשלום אגרה והפקדת ערבון. לטענת המערער מכיוון שביקש להשיג על החלטה שניתנה במסגרת הליך פלילי, היה מקום לסווג גם את הליך ההשגה כהליך פלילי וכפועל יוצא לא היה מקום לחייבו בתשלום אגרה והפקדת ערבון. בית המשפט העליון (השופט ד' מינץ) דחה את הערעור. במתודולוגיית הפסיקה מסווג השופט את ההליך של מי שמערער על החלטה שדחתה את בקשתו לעיון בתיק, לסוגים שונים כדלקמן:

בסוג הראשון: כל בעל דין רשאי לעיין בתיק בין שמדובר בתיק פלילי ובין שמדובר בתיק אזרחי, אלא אם חל איסור בדין להתיר את העיון המבוקש. בהתאם לכך, רשאי אותו בעל דין להגיש ערעור אשר ידון אף הוא כהליך פלילי, משום שהאינטרס שלו אינו נובע מפומביות הדיון אלא אינטרס ממשי של צד בהליך.

הסוג השני: קיים צד שלישי אשר אינו בעל דין בהליך העיקרי אלא שיש לו זיקה מעורבת להליך, סווגם של מקרים אלה הוא כהליך אזרחי, בין אם בכוח החוק ובין אם בכוח הפסיקה.

[525] בשא 10092/17 יוסף צ'רניך נ' מדינת ישראל.

סוג שלישי: במצב בו אין לבקשה **כל זיקה** להליך הפלילי. במקרים מסוג זה, לא זו בלבד שיוזם ההליך הערעור אינו בעל דין בהליך הפלילי המקורי אלא שסוג האינטרס שלו בתיק באופן מובהק אינו פלילי ואף אינו בזיקה להליך זה.

בשלב הבא מסיק השופט כך:

> "על דרך קל וחומר: אם המקרים הנמנים על הקבוצה השנייה (קבוצת הזיקה המעורבת), מסווגים בדרך כלל כהליכים אזרחיים, על אף שהם עומדים בזיקה מסוימת להליך הפלילי ונגזרים ממנו; **אזי כך הדין** (הדגש שלי, ח.ג) באשר לסיווג ערעור על החלטה שדוחה בקשה לעיון, על מי שאינו צד להליך ואין לו כל זיקה אליו. האינטרס בגינו פונה המערער במקרים כגון אלה אינו אלא פומביות הדיון. לפיכך, ברור כי המסגרת הדיונית לדון בערעור זה הוא ההליך האזרחי, על כל המשתמע ממנו לרבות ההסדרים הנכללים בגדרו לעניין תשלום אגרה והפקדת ערבון".

זאת ועוד:

> "למעלה מכך, קיים אף ספק אם המערער משתייך לקבוצה השלישית שעניינה מבקשי עיון בתיק הנעדרים זיקה לאותו תיק... נראה כי המערער משתייך לקבוצת מקרים רביעית- מבקש עיון בתיק פלילי שהוא אינו צד בו; אין לו זיקה אליו מלבד העיקרון הכללי לפומביות הדיון, הלכה למעשה הוא קיבל את המבוקש על ידו; אלא שביקש לקבל דבר שספק אם יש לו כלל זכות לקבלו".

הקל וחומר אותו ניסח השופט מניח דין 'דיו' במובלע, מראש, ובאופן מפורש, מה שבא לידי ביטוי במילים "אזי כך הדין". מבלי להיכנס לשיקולי הקולא/חומרא בקל וחומר זה, ברי היה לשופט כי גם אם הקל וחומר תקף (ולשיטתו הוא תקף) לא יכולה תוצאתו למנף, כלומר: לקבוע כי הסוג השלישי ידון כערר פלילי בעוד שהסוג השני ידון כערר אזרחי. משל היה אומר: גם אם הקל וחומר נכון, קולת **הלמד** אינו יכולה להיות קלה יותר מקולת **המלמד**, משום שיש בכך פעולת מינוף, האסורה בקל וחומר. התפיסה האינטואיטיבית של השופט הניחה בצדק כי לכל היותר ישווה הקל וחומר את סווג ההליך השלישי לשני ולא יותר מכך.

יושם לב, בהמשך דבריו שצוטטו לעיל, סבר השופט כי המקרה דנן שייך לקבוצה רביעית המגדילה את הפער הבין המלמד ללמד, יותר מאשר היחס בין קבוצה שנייה לשלישית. יכול היה השופט לקבוע לפי זה, כי למערער דנן אין כלל זכות עיון על אף התקנה הקיימת בנדון בשל נסיבות המקרה. הוא לא עשה זאת, משום שהכלי בו הוא עשה שימוש להיסקו הוא **הקל וחומר**, וזה כידוע **משווה** את הדין בין המלמד ללמד. משפנה השופט לכלי זה (הקל וחומר) הוא 'חייב' לעשות שימוש במנגנונו ובכלים 'המקובלים' לפריכתו. הקביעה (שלא נפסקה) לשלילה מוחלטת לזכות העיון לא הייתה יכולה להתבסס על הקל וחומר אלא על כללי פרשנות.

נמצאנו למדים, כי תובנת 'דיו' קיימת גם בצורה לא פורמלית, כתובנה קדומה, אוניברסלית והגיונית. התפיסה הזו המהווה נדבך יסודי במשפט העברי מניחה מראש כי קל וחומר תקף צריך להיות מנוסח מראש כקל וחומר משווה או אז ה'דיו' יהיה מיותר, ה'דיו' יופעל כאשר תתבצע חריגה מצורת יישום זו בשל סיבות שונות.

ג.4. 'דיו' והיקש ומה שביניהם

בית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ[526] נעתר לבקשת מבקר המדינה ליתן צו איסור פרסום ביחס לכלל חומרי הבדיקה שהועברו לעותר ולמבוקרים אחרים לצורך גיבוש תגובתם לטיוטת דו"ח הביקורת בפרשת "**הרפז**". מסירת חומרי בדיקה של המבקר למבוקרים כלל אינה מוסדרת **בחוק מבקר המדינה**. הפסיקה היא שקבעה כי כאשר עלולה להיות בקביעה של מבקר המדינה משום פגיעה בכבודו של אדם, יש ליתן לנפגע הפוטנציאלי את זכות הטיעון ולמסור לו את החומרים הרלוונטיים שנאספו בבדיקה.

בין היתר התבססה קביעה זו על היקש שנעשה מסעיף 15 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט- 1968 וכן על עניין טרנר.[527] "**ההיקש שנעשה מסעיף זה אינו יכול להיות שלם ללא יתר חלקיו**", אלו הם דברי השופטת ארבל לעניין ההיקש- נשוא דיוננו. מהו היקש זה? סעיף 15 (ג) **לחוק ועדות חקירה** קובע כי

[526] בג"ץ 2759/12 אל"מ ארז וינר נ' מבקר המדינה.

[527] בג"צ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט (3) 771 (1995).

מי שהועמד לרשותו חומר בשל הפגיעה הצפויה לו במסגרת החקיקה "לא יפרסם דבר מתוך החומר, אלא באשור מוקדם מאת הוועדה" ומה נלמד ממקור זה לדעת השופטת? מבוקר שהועמד לרשותו חומר לצורך קבלת תגובתו לטיוטת דו"ח המבקר לא יפרסם את החומר אלא באישורו של מבקר המדינה. ההיקש אפשרי משום שיש בו **חסר** לדעת השופטת הנוגע למסירת חומרי חקירה למבוקרים. מכאן נראה כי ניתן לדעתה לפנות לדין המשלים ולבצע היקש, מחוק ועדות חקירה כמוזכר לעיל. יושם לב, השופטת למדה בהיקש זה שני דברים.

הראשון- ניתן להעמיד לרשות המבוקר חומרי בדיקה כפי שחומרים אלו עומדים לרשות הנחקר בוועדות חקירה.

השני- מבוקר שהועמד לרשותו חומרי בדיקה לא יפרסם את החומר אלא באשור מבקר המדינה, בדומה לאיסור החל על נחקר שקיבל חומרי חקירה "אלא באישור מוקדם של הועדה".

בכך, יישמה השופטת את ההיקש במלואו, ובלשונה כאמור לעיל: "ההיקש שנעשה מסעיף זה אינו יכול להיות שלם ללא יתר חלקיו". בכך מילאה השופטת אחר אחד מכללי ההיקש במשפט העברי "אין היקש לחצאין".[528]

השופט רובינשטיין שישב באותו הרכב, מקבל באופן עקרוני את פסיקתה של חברתו השופטת ארבל, אולם, הוא מנמק את שלמות ההיקש בדרך אחרת: "ואולם, "**דין לבא מן הדין להיות כנדון**", קרי, כשם שמי שקיבל לעיונו חומר לפי סעיף 15 (א) "לא יפרסם דבר מתוך החומר אלא באשור מוקדם מאת הועדה" (כלשון סעיף 15 (ג)), כך, גם המקבל לעיונו חומר ממבקר המדינה אינו רשאי לפרסמו ללא רשות המבקר".

בתוצאת ההיקש לא חלוקות הדעות של שני שופטים אלו. המחלוקת שלהם הינה באשר למקור המלמד את החלק השני של ההיקש, קרי, איסור הפרסום של החומר שהגיע כחוק לידי המבוקר. לדעת ארבל, פריט זה נלמד מאופיו של ההיקש, ובהתאם ל'כלל' אותו היא ניסחה. לדעת רובינשטיין, פריט זה נלמד מן הכלל המגביל את כוחו של הקל- וחומר המכונה 'דיו'.

[528] וראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך: היקש.

נראה לכאורה כי הצדק עם השופטת ארבל, לפחות מנקודת המבט של המשפט העברי. הכלל 'דיו' מן המשפט העברי **מיושם על קל וחומר ולא על היקש**! גם ארבל וגם רובינשטיין לא תיארו את ההיקש ממבקר המדינה לוועדת חקירה כקל- וחומר. כדי לעשות שימוש בכלל זה. במקרה דנן, צריך היה השופט רובינשטיין להצביע ולנסח קל וחומר בין המלמד וללמד באופן ש'דיו' היה מרסן את כוח הלמד. השופטת ארבל, בפשטות הצביעה על מתודולוגיית ההיקש הנכונה, קרי, לא ללמוד מן המלמד פרט אחד בלבד ולהותיר על כנו (או למצער, להפוך על פניו) את הפרט השני החיוני לענייננו. השופט רובינשטיין ודאי הכיר וידע כי כלל 'דיו' נוהג בקל וחומר, למה אם כן הוא עשה בו שימוש בהיקש? יתיר על כך, פעמים נלמדת הלכה מסוימת במשפט העברי בהיקש אף שאפשר ללומדה מקל וחומר, דווקא כדי שלא יעשה שימוש בכלל 'דיו' (ראו לדוגמה, זבחים סט ב, לר' מאיר, בהיקש עוף לבהמה)!

אפשר, כי השופט עשה שימוש בכלל 'דיו' **בהשאלה** מקל וחומר להיקש. בסופו של דבר תפקיד ה'דיו' לרסן את כוחו של הקל וחומר ובמקרה דנן לרסן את כוח ההיקש. השימוש ב'דיו' באופן מושאל מקל וחומר מעביר מסר משפטי ברור. המקבל לעיונו חומר ממבקר המדינה חוסה תחת זכות הטיעון שלו בפני המבקר. "**החומר לא הועבר לידי המבוקר לכל תכלית אחרת, וממילא פרסומו יהא שימוש לרעה החותר תחת האינטרס הציבורי בביקורת יעילה**" (הדגש שלי, ח.ג). החשש מפני אפשרות זו, גרם לשופט רובינשטיין לעשות שימוש בכלל 'דיו' שכל מהותו הינה ריסון כוחו של הלמד בקל וחומר, מה שאינו עולה מן הכלל 'אין היקש לחצאין'. נמצאנו למדים, כי שופטי ישראל עשויים לעשות שימוש מעשי בכלל הגבלה לכוחו הממנף של הקל וחומר גם במקרים אחרים שבהם מתודולוגית ההיסק אינה קל- וחומר. הכלל 'דיו' זכה להיות כלל עצמאי ובלתי תלוי (במשפט הישראלי) הבא לרסן את כוחו של הלמד, ותהא שיטת ההיסק אשר תהא.

ג.5. 'דיו' כתגובה לקל וחומר סמוי

בשלושה מקרים בולטים,[529] עושים השופטים שימוש בדין 'דיו' בצורת יישום ייחודית למשפט הישראלי. השופטים יוצרים למעשה היקש שטיבו הלוגי אינו ברור, ולצורך העברת פרט מן המלמד ללמד הם מסתמכים באופן מפורש על דין 'דיו'.

[529] שניים מבית המשפט המחוזי ואחד מן העליון.

במקרה **הראשון**[530], מבקש השופט רובינשטיין ליצור היקש בין המקרה הנדון לבין **פרשת סאסי** שהוצגה שם בתוך פסיקתו. תחילה קובע השופט כי אין זהות בין הפרשה הנדונה בתיק זה (״על פניו, אין הנדון זהה לראיה״) ולבסוף: ״מבלי להכריע במחלוקת... ״דיו לבא מן הדין להיות כנדון״, וסבורני כי היה על בית המשפט לאפשר למערערים- כבפרשת **סאסי**- לתקן את תביעתם ככל שימצא שיש צורך לעשות כן״. היחס לפרשת סאסי היא אמביוולנטי, המקרים אינם דומים עד כדי הגדרתם כזהים מצד אחד, אבל לימוד פרט הלכתי מסוים מפרשת **סאסי**, מן הצד השני. חזקה על השופט רובינשטיין כי הוא יודע את משמעות הדין ׳דיו׳ שעיקרו צמצום כוחו הממנף של **הקל וחומר**, כלומר: השוואת דין הלמד למלמד. ברם, אין כאן קל וחומר ואין כאן ניסיון ליצור או לרמוז על יחסי קולא/חומרא בין פרשת **סאסי** לפרשתנו.

על פניו נראה כי השופט הנכבד עושה שימוש בכלל ׳דיו׳ ככלל של היקש (או גזירה שווה) לצורך העברת פריט הלכתי מן המלמד ללמד גם כאשר אין ביניהם יחסי קולא/חומרא כמוזכר לעיל. ניתן אולי בדוחק לשער כי יחסי קולא/חומרא אלו קיימים בתודעתו של השופט על אף שהוא אינו רומז בפסיקתו לקיומם. זוהי צורת שימוש המעידה על קיומו של קל וחומר ׳סמוי׳ (כאמור, בתודעתו של השופט בלבד), ואנו חושפים את קיומו **רק** על בסיס השימוש בכלל ׳דיו׳.

במקרה **השני**[531] מודע השופט ש׳ פינקלמן לצורת שימוש חריגה זו ולכן הוא כותב: ״יש לומר בו **מעין** ״דיו... וכו״. במקרה דנן קובע השופט כי נציב מס הכנסה, על אף הכוח הרב שניתן לו מטעם המדינה, ״בדומה לפקיד השומה רשאי לעשות את מלאכתו בתוך פרקי זמן קצובים״. אם נבחן את ההיקש בין נציב מס הכנסה לבין פקיד שומה (בסעיף 147 לפקודת מס הכנסה) במונחי קולא/חומרא נגלה בנקל וגם מתוך ההגדרה כי כוחו של הנציב **גדול** מפקיד השומה. על פניו, זה יהיה לא לנכון ללמוד את מגבלת הזמן הקצוב לחקירת הנשום מן הפקיד לנציב, שהרי הלוגיקה עובדת כאן הפוך. אדרבה, המגבלה המוטלת על הפקיד **לא** תוטל על הנציב עקב כוחו. בשל כך המשפט הבא נשמע ׳מוזר׳: ״ובמקום שהנציב בא תחת פקידיו שלו, יש לומר בו **מעין** (הדגש שלי, ח.ג)״דיו לבא מן הדין להיות כנדון, מה פקיד השומה רשאי לעשות את מלאכתו בתוך פרקי זמן קצובים, אף הנציב כך,

[530] עא 5634/05 צוקית הכרמל נ׳ מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע״מ.

[531] עמה (י-ם) 12/85 נחמן סלומון ואח׳ נ׳ פקיד שומה, ירושלים.

בפרקי זמן נוספים״. כאן מקום לשאלה: אם לפנינו קל וחומר, מדוע ׳מעין׳ דין ׳דיו׳? בהשוואה למקרה קודם ניתן לומר כי תודעת קיומו של הקל וחומר בין הפקיד לנציב באה לידי ביטוי בניסוחים המזכירים מעט קל וחומר.

במקרה **השלישי** [532] מבקש השופט אלון אינפלד להשוות את גובה הערבות הכספית לשחרור של נאשם אחד למשנהו. כך הוא כותב: ״ יחד עם זאת הסנגורים פירטו את הקשיים הכלכליים אשר חווים בני המשפחה בשנה האחרונה עקב המעצר... בנסיבות אלו נראה כי לעניין גובה הערובה אין להטיל על המבקש 1 סכום שהוא מעבר לנאשם 4 שכבר שוחרר ויש לומר כי, ״דיו לבא מו הדין להיות כנדון״.

במקרה זה, ברור כי קיים היקש של קולא/חומרא בין נאשם 4 למבקש 1. היקש זה בצורת קל וחומר יכול היה להישמע כך: ׳ומה אם נאשם 4 שוחרר בערבות ושילם x קל וחומר למבקש 1 שאף הוא ישלם סכום זה״! קיומו של קל וחומר זה מניח את קיומן של יחסי קולא/חומרא בין המבקש 1 לנאשם 4, ולכן יש כאן מקום לדין ׳דיו׳ אפילו במפורש. ברם, עיון בפיסקה קודמת למשפט זה, כותב השופט: ״...בשים לב לכך שיש מעורב נוסף אשר שוחרר כבר בשלב הראשון ואשר נקבע כי מסוכנתו גבוהה יותר ומעורבותו נמוכה יותר, הרי שסכום הערובה שנקבע לגביו צריך לשמש כנקודת מוצא לקביעת הסכום המינימלי לאפשר שחרור״.

כיצד מתיישבים המילים ״**מסוכנתו גבוהה יותר ומעורבותו נמוכה יותר**״ עם הקל וחומר ה׳סמוי׳? מי חמור כאן ממי, הלא ביטוי זה הוא בבחינת תרתי דסתרי? זאת ועוד, אם דין ׳דיו׳ הוא הנימוק המשפטי להשוואת דמי הערובה בין הנאשם למבקש, מדוע יש צורך להתחשב במצבו הכלכלי? האם המצב הכלכלי אינו יכול לשמש לבד כנימוק?

לסיכום, בכל המקרים שנדונו בסעיף זה הקל וחומר אינו מוצג (וספק אם הוא קיים בכלל). זהו מעין קל וחומר ׳סמוי׳ המצוי בתודעת השופט, מה שגורם במקרה הטוב לעשות שימוש נכון בדין ׳דיו׳.

[532] מת (ב״ש) 6623-04-11 מדינת ישראל נ׳ יגאל חג׳אג׳

נראה כי כלל ההגבלה 'דיו' מן המשפט העברי 'מצמיח כנפיים' משלו להיות כלל עצמאי במשפט הישראלי. הוא אינו קשור לקל וחומר, אלא משמש ככלל המסביר העברת פרט הלכתי מן המלמד ללמד בצורות היקש שונות.

ג.6. עקרון השוויון ו'דיו'

אפשר כי בתיק הבא[533], זכה דין 'דיו' לכינוי משלו במשפט הישראלי, קרי: **עקרון השוויון**. בית המשפט המחוזי בבאר- שבע דחה בקשות של שלושה נאשמים לעיון מחדש בתנאי השחרור שלהם. הם ביקשו להעביר את מיקום מעצר הבית שלהם מן הצפון אל הדרום אך נדחו. טענתם המרכזית היא טענת אפליה. הסנגורים הפנו לכך כי אחרים בפרשה, בני הפלג היריב קיבלו הנחות שונות בתנאי השחרור. לשיטתם, חלקם של האחרים חמור יותר אך התנאים המגבילים שלהם קלים יותר. עיון בתשובתו המאלפת של השופט א' אינפלד, שופך אור על היחס במשפט הישראלי לקל וחומר בכלל, ול'דיו' בפרט. להלן תוקף תשובתו: "ודוק, תמיד ימצא נתון מסוים (במעשה בעבירה, בעבר הפלילי או בנסיבות האישיות) המאפשר ללמוד, בדרך של היקש, גזרה שווה או קל וחומר כי דין מבקש ההקלה "הבא מן הדין" כדין אחר- "הנדון", מתברר כי גם שלא תמיד, בעת התייחסות לעיקרון השוויון, מיושם הכלל החשוב "דיו לבא מן הדין להיות כנדון". אנתח את דבריו אלו בשלושה היבטים שונים:

א. לדבריו, הכלל 'דיו' חל על שלושה סוגי היסק: היקש, גזרה שווה או קל וחומר. אין במשפט העברי זכר לכך. כל שלושת סוגי ההיסק הללו מביאים לידי תוצאה המשוואה את הלמד למלמד, וההבדל ביניהם הוא רק ב'טריגר' הראשוני להשוואה. דין 'דיו' אינו 'טריגר' להשוואה אלא כלל המיועד לבלום את כוחו של הלמד בהיסק שיכול להיות בו יסוד של מינוף, קרי: קל וחומר בלבד. עניינית ותכנית, היקש וגזרה שווה אינם יכולים להיות ממנפים בתוצאתם ואם כן, היסקם נדחה. ברם, ההיסק נדחה לא בשל דין 'דיו' אלא בשל אופן שימוש במידה שלא על פי הגדרתה. או בשל כללים אחרים הקשורים למידות אלו.[534]

---

[533] מת (ב"ש) 10741-03-11 נעזאם אבו אלקילעאן נ' מדינת ישראל.

[534] כגון: 'דון מיניה ומיניה' או 'דון מיניה ואוקי כבתריה'. וכן 'אין היקש לחצאין', ועוד.

ב. לדברי השופט הנכבד, "תמיד ימצא נתון מסוים המאפשר ללמוד בדרך של היקש, גזרה שווה או קל וחומר"! מה משמעותה המשפטית של טענה זו? למיטב הבנתי, הנימה הנשמעת מתוך דבריו הינה נימה של '**זלזול**' ביחס לשיטות היסק אלו. זה אינו קושי גדול כל כך, כמשתמע מדבריו, לטעון טענת קל וחומר לדוגמה, תוך הסתמכות על נתונים מתוך מעשה העבירה, בעבר הפלילי או בנסיבות האישיות! ולכן? השופט הנכבד לא המשיך את טיעונו. המשך דבריו בפועל, המחייבים שוויון בין "הבא מן הדין" ל"נדון" אינם המשך טבעי. האם השוויון הנדרש בין הלמד למלמד הוא תוצאה של קלות ההיסק? תמהני! נראה יותר לומר, כי השופט הנכבד התכוון לומר כי יש לעשות שימוש מועט בשיטות היסק אלו עקב קלות ביצוען ו/או שיש לפתח ולעשות שימוש בשיטות משפטיות אחרות 'קשוחות' יותר מבחינת קלות ביצוען. יש לציין כי בתיק זה, ביקשו סנגורי הנאשמים לעשות שימוש בשיטות היסק אלו, אבל גם שופטי ישראל. עושים כך תדיר, די לציין את העובדה כי שופטי העליון עשו שימוש רב משמעותי רק במונח קל וחומר, לא פחות משעושים זאת הצדדים לדיון.[535]

ג. השופט יוצר זהות בין הכלל 'דיו' לבין **עקרון השוויון**. על עקרון השוויון כתב בשנת 1969 השופט לנדוי כך: "אצלנו אין סעיף מפורש כזה, לא בחוקה הכתובה ואף לא בסעיף 'משוריין' של חוק יסוד, ואף על פי כן רעיון זה שאינו כתוב על ספר הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו".[536] השופט ברק, לא סתר את דבריו בשנת 1989: "עקרון היסוד, המשמש מטרה חקיקתית וכל פעולות הגוף המחוקק, הוא העיקרון של שוויון הכל בפני החוק... על כן יש להניח ולפרש דברי חקיקה, כבאים להגשים מטרה זו ולא לסתור אותה".[537]

ובכן, לדברי השופט דנן, לעיקרון השוויון **יש ויש** מקור וכלל, הלא הוא דין 'דיו' מן המשפט העברי. ברור כי השופט אינפלד ביצע 'השאלה' 'כבדת משקל' ממשמעותו המשפטית של הכלל במשפט העברי אל משמעותו במשפט הישראלי. דברים אלו של השופט דנן, מחזקים את תוצאות הדיון מסעיפים קודמים לפיהם לבש הכלל 'דיו' משמעות פרשנית חדשה במשפט הישראלי.

---

[535] 4367 מופעי השימוש במונח קל וחומר, רק בבית המשפט העליון, על פי 'נבו' מעודכן לתאריך 8/23.

[536] בג"צ 98/69 אהרון א' ברגמן נ' שר האוצר, ניתן ב3/7/69.

[537] בג"צ 502/81 אהרון אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה, ניתן ב 20/11/81.

ד. 'אין עונשין מן הדין'

ד.1. מבוא:

השימוש בכלל 'אין עונשין מן הדין' במשפט הישראלי רווח בכל רמות השיפוט. זהו כלל תלמודי (סנהדרין נד, א, ועוד..) שעניינו כי אין ענישה מקל וחומר. בלשונו של השופט רובינשטיין :[538]"... אין ענישה בקל וחומר, כלומר אף אם יש הגיון של קל וחומר להחיל עונש המוטל במעשה עבירה על מעשה עבירה הנראה חמור ממנו, אין מחייבים בעונש על ידי לימוד מקל וחומר". באנציקלופדיה התלמודית[539] מובאים טעמים אחדים לכך. אחד מהם הוא "כיוון שהקל וחומר הוא היקש שכלי ואדם דן קל וחומר מעצמו, חוששים לעניין עונש, אולי יש איזו פירכא על הקל וחומר".[540]

משני מקורות אלו נראה כי המילה 'דין' בלשון המשפט העברי מכוונת למידת **הקל וחומר**. השופט רובינשטיין כותב זאת במפורש: "דין בלשון התלמוד הוא קל וחומר".[541] באותה הפסיקה (ע"פ 6070/04) מבהיר השופט רובינשטיין את העניין: "...לימדונו חכמים שבתחום הענישה נחוצה בהירות יותר מבתחומים של דיני ממונות, למשל". בפסיקה אחרת, חוזר שוב השופט רובינשטיין על הבחנות אלו: "החוק הפלילי מתפרש בצמצום, וגם כאמירה השגורה בעקבות חכמינו, כי אין עונשין אלא אם מזהירין תחילה".[542]

המלומדים יובל לוי ואליעזר לדרמן[543] מנסחים את הנ"ל בשפה משפטית עכשווית כך: "...בדרישה כי החקיקה תנוסח בלשון בהירה וחד- משמעית. ובכך שעל בית המשפט להימנע מקביעת איסורים "על דרך היקש, גזירה שווה, או מכוח קל וחומר (עמוד 67)".

---

[538] ע"פ 6070/04 שיח' נ' מדינת ישראל.

[539] אנצ' תלמודית (כרך א'), ערך "אין עונשין מן הדין" [ה], בעמ' תרפט-תרד.

[540] להרחבה ראו פרק א, סעיף ו, 'דיו' וכללי הגבלה נוספים.

[541] עפ 6070/04 שיח נ' מדינת ישראל, סעיף ט(1).

[542] לעניין 'אין מזהירין מן הדין' והקשר לכלל "אין עונשין מן הדין" יוקדש סעיף (5) בהמשך.

[543] יובל לוי, אליעזר לדרמן, '**עיקרים באחריות פלילית**' (תשמ"א- 1981), פרק ד', עמ' 62 ואילך. נכתב בטרם נחקק סעיף 34 כא לחוק העונשין.

במספר פסיקות, קיימת התייחסות פילולוגית למונח **עונש** המהווה חלק מן הכלל. בפסיקות אלו נבחנים מעשים מסוימים בשאלה האם הם מהווים **עונש**, או אז הם נכנסים לתחום הכלל "אין עונשין מן הדין" או שמא הם אינם מהווים **עונש** ועל כן אין הכלל חל עליהם. כך לדוגמה מצאנו דיון בשאלה המשפטית האם **הסגרה** מהווה עונש.[544] מדוגמאות אלו ומרבות נוספות נראה כי הכלל מן המשפט העברי "אין עונשין מן הדין" הפך להיות כלל יישומי בעל היקרויות רבות ומשמעותיות במשפט הישראלי. יישומיו הרבים הם בתחום הפלילי בעיקר, מסיבות שנראה בהמשך העבודה. השופט הנדל, התייחס לעניין זה באופן מפורש והוא כותב:[545] "דווקא בתחום זה (הפלילי, ח.ג) יש התאמה בין כללי על מסוימים במשפט העברי ובמשפט הישראלי.[546]

ממש בעניין זה, מוצא השופט רובינשטיין הבדל עקרוני בין המשפט הישראלי המדבר **רק** על **העונש** לעומת המשפט העברי המדבר על **הנורמה ועל העונש כאחד**! הוא מצדיק לחלוטין עיקרון זה של המשפט העברי במילים אלו:[547] "אילו הייתה העבירה מנוסחת בלשון המקובלת במשפט הישראלי (לדוגמה: "הגונב, דינו מאסר שלוש שנים") ניתן היה לומר, כי המעשה אינו אסור באופן מוחלט, אלא שיש בצידו תו- מחיר: "רעיון מקח וממכר, כלומר הרוצה לעשות דבר פלוני ייתן כך וכך ויעשהו" (כלשון ספר החינוך)".

בפסיקות רבות של העליון מוצגים ניסיונות ליצור התאמה/זהות בין 'אין עונשין מן הדין' לבין 'עקרון החוקיות' ובין 'אין מזהירין מן הדין' לסעיף 1 בחוק העונשין. כך הם דברי הנשיאה (בדימוס) הנדל: "...יש שרואים בכלל זה ("אין עונשין מן הדין", ח.ג), ביטוי לעיקרון החוקיות במשפט העברי" וכן: "...זהו פן חשוב של עקרון החוקיות בפלילים: אין עונש אלא אם כן מזהירין (ראו **סעיף 1 לחוק העונשין**, הדגש במקור). הדין חייב להזהיר, לא ברמז ולא רק באמצעות התכלית, אלא בראש

---

[544] ע"פ 205/73 סטיבן איבן רוס נ' מדינת ישראל. "ולא היא: אפילו תאמר שהליכי הסגרה הליכים פליליים הם, על כל פנים אין הליכי הסגרה באים להעניש: באים הם רק כדי "לכפות על הנאשם את קיום חובתו ליתן את הדין".

[545] ע"פ 8729/20 יוסף כהן נ' מדינת ישראל.

[546] בהמשך דבריו הוא מדבר על ההקבלה בין 'אין עונשין מן הדין', ובין 'אין מזהירים מן הדין' לבין 'עקרון החוקיות' וסעיף 34 כא לחוק העונשין, נושאים שאדון בהם, בהמשך סעיף זה.

[547] עפ 6420/10 קלא דיו סלסנסר נ' מדינת ישראל.

ובראשונה באמצעות הלשון".[548] ציטוט החוזר על עצמו במספר פסקי דין בתחום הפלילי הוא הציטוט של השופט (כתוארו אז) ח' כהן, לאמור: "כלל גדול הוא בדיני העונשין, 'אין עונשין מן הדין' (סנהדרין נ"ד ע"א, ועוד)- לא מקל וחומר, ולא מגזירה-שווה, ולא מכל היקש או אנלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד" (ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 365, 372".

מכל הנ"ל נראה כי כלל זה שהפך להיות "כלל גדול בדיני העונשין" לא מיושם במשפט הישראלי כהוראתו וכמשמעותו במשפט העברי. המילים הקצרות והמדויקות הפכו להיות פלטפורמה להעמסה של טענות, תובנות ואמירות משפטיות שלא בא זכרן במשפט העברי. מתת- כלל, שבא להגביל את כוחו של הקל וחומר בתחום הענישה הוא הפך להיות "כלל גדול" העוסק באיסור ללימוד **המעשה והעונש** בקל וחומר ויותר מכך, גם בכל **שיטת היסק אחרת** כדברי השופט כהן. זאת, כאשר הכלל במשפט העברי התייחס **לענישה ולקל וחומר** בלבד.

בסעיפים הבאים אדון בתהליך המסקרן, כיצד הפך כלל זה להיות 'אבן הראשה' של דיני העונשין בישראל. אדון תחילה **במתודולוגיה**, כלומר: בשאלה כיצד נוצרו ההקבלות השונות בין כללי ההגבלה של הקל וחומר במשפט העברי לבין כללי הענישה במשפט הישראלי. בהמשך אדון בשני סוגי 'הרחבות' לשימוש הכלל במשפט הישראלי- בהרחבת שיטות ההיסק הנאסרות בגינו וכן בהרחבת ההלכות (הדינים) הנלמדות מן הכלל. לבסוף, אדון ב'תורה' החדשה שהתגבשה במשפט הישראלי היוצרת זהות/התאמה בין הכללים "אין עונשין/ אין מזהירין מן הדין" לבין 'עקרון החוקיות' וסעיף 1, ו 34 (כא) לחוק העונשין.

ד.2. מבט סכמטי/מתודולוגי

בפסיקות השונות מזכירים השופטים את היחסים בין: '**אין עונשין אלא אם מזהירין**', '**אין מזהירין מן הדין**', '**אין עונשין מן הדין**', '**עקרון החוקיות**', **סעיפים 1,3 לחוק העונשין, סעיף 34 כא לחוק**

[548] ראו לדוגמה את דברי הנשיאה (כתוארה אז) נ' הנדל בעפ 8729/26 יוסף כהן נ' מדינת ישראל.

העונשין ו'חזקת התכלית' באופן סלקטיבי, ובהתאם לנצרך בפסיקה. בפסיקה אחת בלבד[549] עושה הנשיאה (כתוארה אז) ד. ביניש 'סדר' בין רוב הרכיבים הללו כדלקמן:

"כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם, הקבוע בסעיף **34 כא לחוק העונשין**, מבטא את הצורך להתחשב בפגיעה האינהרנטית בזכויות אדם הכרוכה בהפעלת הדין הפלילי והוא נגזר מעיקרון החוקיות בפלילים.[550]

עקרון החוקיות בפלילים קובע כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם בלא יסודות **העבירה והעונש** (דגש שלי, ח.ג) הצפוי בגינה נקבעו בחוק או על פיו.[551] עקרון החוקיות נגזר מהתפיסה, המתחייבת מעקרונות יסוד של צדק והגינות העומדים בבסיס שיטתנו המשפטית, לפיה "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", והוא מחייב קביעת קו גבול ברור ככל הניתן בין התנהגות המותרת להתנהגות האסורה על פי חוק, בד בבד עם הגדרה של עוצמת החומרה שמייחס המחוקק להתנהגות עבריינית מסוימת.

עיקרון החוקיות מעוגן כיום **בסעיף 1 לחוק העונשין**, הקובע כי אין ענישה אלא לפי חוק, **ובסעיף 3** לחוק העונשין, הקובע כי אין עונשין למפרע; אולם עקרון החוקיות הוכר בפסיקתו של בית המשפט זה עוד בטרם זכה לעיגון חקיקתי.[552]

כלל הפרשנות המקלה עם הנאשם הקבוע **בסעיף 34 כא לחוק העונשין** הינו כלל פרשני המבטא, כאמור, תפיסה הנגזרת מעיקרון החוקיות, לפיה יש לפרש את הדין הפלילי הן על פי לשונו והן על פי תכליתו. אולם, רק כאשר ההוראה העונשית ניתנת לכמה פירושים סבורים לפי תכליתה וכל אחת מהפירושים מגשים את תכלית הדין מופעלת התוצאה המקלה הקבועה בסעיף 34 כא.

---

[549] דנפ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן.

[550] ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל , פיסקה 7 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'ה.

[551] ראו נ .ש"ז פלר, **יסודות בדיני עונשין**, 5-4, (כרך א 1984).

[552] ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 365, 372 (1973).

[553] בנסיבות כאלה אין להשוות על אדם אחריות פלילית בגין מעשה מסוים כאשר בין הפירושים האפשריים ללשון הוראת החוק הרלוונטית קיים פירוש סביר, העולה בקנה אחד עם תכלית אותה הוראה, ולפיו ניתן שלא להטיל אחריות פלילית (או להטיל אחריות פלילית ברמה מופחתת) בגין אותו מעשה".

טרם הדיון להלן תמצות המקורות לנ"ל:

א. <u>חוק העונשין, תשל"ז 1977</u> (תיקון מספר 39) תענ"צ- 194

אין ענישה אלא לפי חוק

1. אין ענישה ואין עונש עליה אם כן נקבעו בחוק או על פיו.

אין עונש למפרע

3. (א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר.

(ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

ב. פרשנות (תיקון מס 39) תשנ"ד- 1994

34 כא ניתן דין לפירושים סבורים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

ג. **ציטוט דברי השופט כהן בפס"ד רוס**.[554]

"כלל גדול הוא בדיני עונשין, 'אין עונשין מן הדין'- לא מקל וחומר, ולא מגזירה- שווה, ולא מכל היקש או אנלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד."

---

[553] ראו דנ"פ 1058/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח (5) 547, 558, 2004.

[554] ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כזו 2 365, 372.

ד. **ניסוח 'עקרון החוקיות' טרם זכה לעיגון חקיקתי**[555]

העיקרון נוסח על ידי השופט משה זילברג:

"(1) אין המחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה;

(2) צמצום נוסף, מיוחד לדרכי הפרשנות של החוק הפלילי, והוא כי עד כמה שמדובר היא ב'יצירת' עבירות היינו בהכרזת מעשים מסוימים כמעשים אסורים, אין השופט רשאי לחרוג כמלא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה 'משלו' על סמך שיקולי הגיון. באשר לסעיף 34 כא, התגלעה מחלוקת משולשת באשר למילים הכתובת בחוק: "לפי תכליתו".

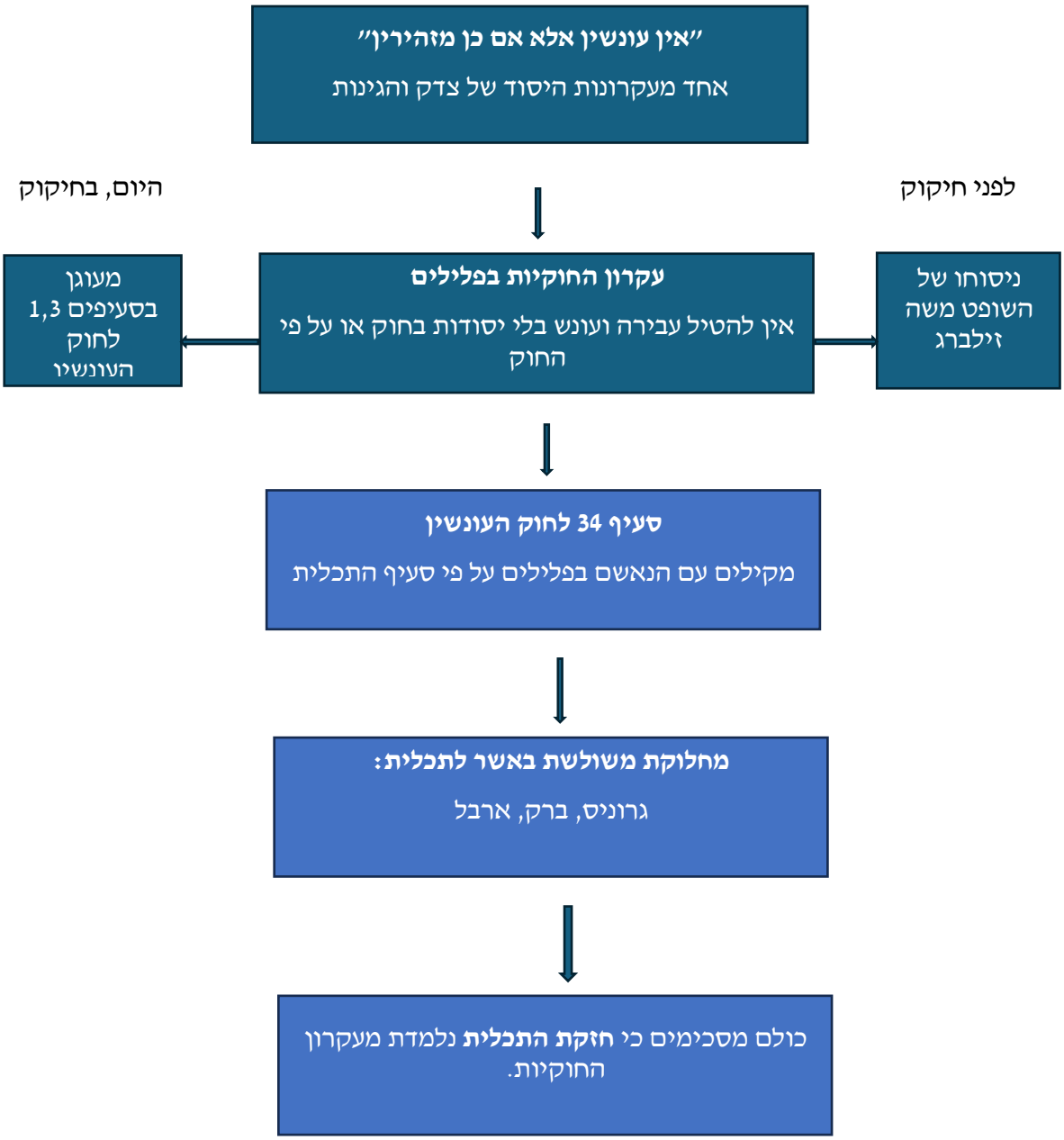
השופט גרוניס: "החוק לא יכול להטיל אחריות פלילית בלשון שאינה נהירה ושאינה עולה מן המובן הטבעי של מילותיו".

השופט ברק: "התכלית מעל הכל, בוחרים בפרשנות המגשימה ביותר תכלית החוק".

השופטת ארבל: "פעמים בשל הצורך להגן על הערך המוגן בבסיס החוק, אין מנוס ממתן פרשנות רחבה במעט מן המשמעות המילולית העולה מלשון החוק באופן מפורש".

[555] בע"פ 53/54 אש"צ, מרכז זמני לתחבורה נ' היועמ"ש.

סכימת המקורות לפי זה תיראה כך:



השופט רובינשטיין החתום אף הוא על פסק דין זה, והוא מסכים עם כל דברי השופטת ביניש המצוטטים לעיל. מוסיף עוד כמה רכיבים לדיון. לדבריו ל'עקרון החוקיות' יש שורשים עמוקים במסורת המשפט העברי בשני מישורים.

במישור הראשון- עיצוב הנורמה הפלילית (הדגש במקור, ח.ג), כלומר: "לא ענש הכתוב אלא אם כן הזהיר" (בבלי יומא פא, א) מאידך, 'אין מזהירין מן הדין', קרי: לעולם נקבע בדין הן 'איסור' (=עבירה) והן 'עונש'. אבל אין ללמוד את האיסור בדרך של קל וחומר.

השני- מישור **ענישת הפרט** (הדגש במקור, ח.ג). במשפט העברי, תנאי לענישה (במיתה ובמלקות) הוא התראה בעבריין עובר לביצוע העבירה.[556]

הסכימה במשפט העברי הוא אם כן: **אזהרה- התראה- עונש.** נמצאנו למדים כי שלושה כללים מן המשפט העברי עומדים בבסיס תורת העונשין במשפט הישראלי.

הראשון- 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין'

השני- 'אין מזהירין מן הדין'

השלישי- 'אין עונשין מן הדין'.

הכלל **הראשון**, כונה על ידי השופט בינישׁ בפס"ד זה- "אחד מעקרונות היסוד של צדק והגינות". כלל העל הזה מהווה מקור ל'עיקרון החוקיות' בפלילים. ו'עקרון החוקיות בפלילים' מהווה מקור לסעיף 34 כא בחוק העונשין.

מן **הכלל השני**- 'אין מזהירין מן הדין' למדים כי אין ללמוד 'איסור' 'מעשה' פליליים בדרך של קל וחומר.

הכלל השלישי- 'אין עונשין מן הדין' זכה להרחבה יתרה שאין זכרה במשפט העברי על ידי השופט ח' כהן. דבריו המוזכרים לעיל מצוטטים בפסקי דין רבים כ'תורה למשה מסיני'.

כפי שנראה בסעיפים הבאים, ההבחנה בין הכללים השונים ומתן הפירוש להם במשפט הישראלי אינו מחוור כל צורכו. עיקר ביקורתי נמצאת בשני תחומים: הרחבות רבות המיוחסות כביכול למשפט העברי (כדוגמת דברי השופט חשין) הן בתחולת האיסורים והן בתחולת העונשים, וכן, בתחום היישום. האומנם מיישמים שופטי העליון כללים אלו בפסיקותיהם?

[556] ראו לדוגמה, רמב"ם, פירוש המשניות, מכות ג,א.

ד.3. הרחבת שיטות ההיסק בהתבסס על הכלל

במקרה דנן, המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בעבירות של החזקת נשק (304 ו 144(א) לחוק העונשין), כאשר הוא גנב תיק והחזיק בתיק זה שהיה בתוכו אקדח. בית המשפט המחוזי התבסס בפסיקתו על סעיף 144 (ד) בחוק העונשין שלפיו רואים במחזיק המקום שבו נמצא הנשק כאילו הוא היה המחזיק בנשק. הצורך המשפטי לראות בו כמחזיק הנשק לצורך הרשעתו נובע מסעיף 144 (א) לחוק העונשין הקובע כי: "המחזיק נשק ואין בידו להוכיח רשות על פי דין להחזקתו, דינו- מאסר שבע שנים".

השופט ח' כהן שישב במותב הערעור קבע כי גם אם ניתן ליצור קל וחומר בין 'מחזיק המקום' ל'מחזיק הנרתיק', ידחה קל וחומר זה בשל 'אין עונשין מן הדין' וזו לשונו: "...ואם תמצי לומר, והרי הדברים קל וחומר, שאם במחזיק המקום שנמצא בו נשק כך, במחזיק הנרתיק שנמצא בו נשק לא כל שכן"! אכן, זהו קל וחומר תקין ומשכנע. שהרי מחזיק הנרתיק שבו האקדח **חמור** יותר ממחזיק המקום, ואם מחזיק המקום נקרא מחזיק בנשק, קל וחומר שמחזיק הנרתיק יקרא אף הוא כן. ברם, השופט הנכבד דחה את תוצאת הקל וחומר הנ"ל כך: "...אף אני אשיב, אין עונשין מן הדין: אין עונשין לא מאנאלוגיה ולא מגזירה שווה ולא מקל וחומר, כי אם על פי דיבורו המפורש של המחוקק בלבד; וכשדיבורו משתמע לשני פנים, מפרשים אותו לטובת הנאשם בפלילים".

בעמדת השופט הנכבד, שני קשיים:

ראשית, המלמד והלמד בקל וחומר זה לא עסקו, כלל בעונש (שבע שנים למחזיק) אלא בהגדרת 'מחזיק הנרתיק' כ'מחזיק המקום' ותו-לא. זו אינה היתממות לטעון כי הגדרתו כ'מחזיק' על פי לשון החוק היא למעשה הענשתו בשבע שנים, שכן, ייתכן כי הוא יוגדר כ'מחזיק' אך לא יחויב בעונש בשבע שנים ואולי לא יחויב בכלל. ההיסק בקל וחומר שהפך את המערער ל'מחזיק' אינו גורר בהכרח גם את העונש.

שנית, וזה העיקר בדוגמה זו, השופט דחה קל וחומר תקין באמצעות הכלל 'אין עונשין מן הדין' ובכך הוא אישר את הידוע מן המשפט העברי (וגם מוכח מדברי השופט רובינשטיין שצוטט לעיל) כי **דין** הוא קל וחומר במשפט העברי, לאמור, כלל זה **עוסק בקל וחומר בלבד**. כיצד, מדוע ומהיכן שאב השופט ח. כהן את קביעתו כי "אין עונשין מאנאלוגיה, ולא מגזירה- שווה ולא מקל וחומר". נכוואמנם כי הרמב"ם כפרשן **יחיד** קבע כי כלל זה עוסק בכל מידות הדרש, אבל כאמור, הוא דעת יחיד שדעתו לא התקבלה ואף מנוגדת לפשטו של הכלל בתלמוד. בכך, המשיך השופט ח. כהן לעשות

שימוש בהגדרת הכלל כפי שנקבעה בפסק דין **רוס** על ידו, הגדרה שהפכה להיות מצוטטת על ידי שופטי ישראל.

אין להתפלא אם כך, כאשר כב' השופטת נחמה נצר, כבר עושה שימוש במשפט הבא בפסיקתה:[557] "**כידוע** (הדגש שלי, ח.ג) לא עונשים אדם לא על דרך ההיקש, לא על דרך האנלוגיה ולא מקל וחומר"! הטיעון הבלתי נכון והבלתי מוכח כבר נהיה מקובל וידוע. השופטת נאור כותבת במפורש כי בתי המשפט **אימצו את הפרשנות הרחבה** של 'אין עונשין מן הדין' מבלי לציין מדוע, וכך היא כותבת: "כיוון שאין עונשין מן הדין, הקפידו בתי המשפט שלא להעניש על דרך האנלוגיה,[558] גם מקום שהיה נראה להם כי הסדר שנקבע בחוק לקוי הוא"[559] בתוך דברי השופט חשין המצוטטים,[560] אנו פוגשים במטבע לשון 'מוזרה' אף יותר: "נזכור עוד כי בדיני עונשין ענייננו, ומושכלות ראשונים הם שאין עונשין מן הדין (סנהדרין נד, א) ואין עונשין על דרך של קל- וחומר. וכלשונו של מחוקקנו בסעיף 1 לחוק העונשין: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו". המוזרות בדבריו של השופט חשין כפולה: בצטטו את הכלל התלמודי הוא מציין כי לו שני פירושים: "מן הדין", ו"על דרך של קל וחומר" כאילו היו דברים שונים. שנית, מתוך דבריו נראה כאילו שהכלל בניסוחו בחוק העונשין מלמד שאין ללמוד מן הדין גם עונש וגם עבירה! מה שהכלל לא התיימר ללמד אליבא דכולי עלמא!

אם כן, כבוד השופטים ח. כהן וחשין הרחיבו את משמעות הכלל במשפט הישראלי לכלל המגביל את הלימוד ב'דין', במשמעות **כל שיטות ההיסק האפשריות**. הרחבה נוספת הזוקקת חקירה היא ההרחבה המגבילה לא רק את כל שיטות ההיסק אלא גם לימוד מעשה העבירה עצמו ולא רק את העונש שבגינה. על פי מה שראינו בסעיף קודם, הרחבה זו של הגבלת לימוד מעשה העבירה עצמה נגזרת מ'אין מזהירין מן הדין' ולא מ 'אין עונשין מן הדין'.

---

[557] עמק (ב"ש) 1120/01 עיריית באר- שבע נ' נפרסטק אברהם.

[558] רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פסקה 34.

[559] שם.

[560] בע"פ 3215/96 דורבשי נ' מדינת ישראל [14].

ד.4. הרחבת הדינים הנלמדים מ'אין עונשין'

השופט פרופסור מ' זילברג[561] יוצר קשר ברור בין המשפט העברי לישראלי:

"מן המפורסמות היא, כי דרכי האינטרפרטציה של החוק הפלילי, שונות הן מדרכי האינטרפרטציה של כל חוק אחר... אסור להשתמש בקל וחומר או בכל שיקול הגיוני אחר, כדי ליצור עבירה אשר לא כתובה בחוק. כבר בתלמוד נאמר 'אין עונשין מן הדין'... והמכסימה הזאת נתקבלה גם ודווקא בשיטות המשפט החדישות ביותר NULLA POENA SINE LEGE או NULLUM CRIMEN SINE LEGE אומר הפתגם הקלאסי הידוע, והוא קנה לו שביתה בכל שיטות המשפט הנאורות, **אין עונש בלי חוק** או **אין עבירה בלי חוק** (הדגש שלי, ח.ג) והמילה 'חוק' פירושה כאן: חוק כתוב, חוק מפורש..."

שוב, לומד השופט גם את **העבירה** וגם את **העונש** מ'אין עונשין מן הדין'. בדוחק, ניתן אולי להסביר כי שופטי ישראל אלו האמונים על המשפט העברי, מצטטים את 'אין עונשין מן הדין' אולם מתכוונים ל 'אין מזהירין מן הדין'. גם במשפט העברי, משמש הכלל 'אין מזהירין מן הדין' רק בהקשר לעונש ולא כהוראה כללית שאין ללמוד את מעשה האיסור בדין, שהרי התלמוד מלא באיסורים הנלמדים בדין. עם זאת, שופטי ישראל, שלרוב לא עושים הבחנה בין 'אין עונשין' לבין 'אין מזהירין', הרחיבו את ההגבלות לנושאים ולתחומים נוספים כפי שנראה להלן:

השופט רובינשטיין:[562]

ד.4.א 'עונש על תנאי' מכונה אף הוא 'עונש'

"כפי שאל לתנאי להיות מעורפל- אין לפרשו בצורה רחבה עד כדי יצירת סוג של אי בהירות וחוסר ודאות... כלל העל המנחה בכגון דא הוא ש"אין 'עונשין אלא אם מזהירין'... כוחו של כלל זה יפה בכל מקרה של ענישה, אך נדמה כי הוא נכון ביתר שאת בעונש המותנה בשל מאפייניו. עונש על תנאי הינו במובן מסוים חוזה חד- צדדי

[561] 'כך דרכו של תלמוד' (תשכ"צ), 94-95.

[562] ע"פ 6420/10 קלאדיו סלסנר נ' מדינת ישראל.

בין בית המשפט לבין הנאשם" משמעותו ככלל המגביל כוחו של הקל- וחומר במשפט העברי (=אין עונשין מן הדין) או מהגבלת המקור לקביעת עבירה חדשה (=אין מזהירין מן הדין), הפכו כללים אלו לכללים **פרשניים** לקביעת נוסח **עונש על תנאי** במקרה זה".

ד.4.ב. מעשה הנחשב עבירה במדינה אחרת

השופט זוסמן:[563]

"כלל גדול הוא בדיני עונשין: "אין עונשין מן הדין"... ומאחר ויש אומרים שגם הסגרה מן ההליכים הפליליים היא,[564] הוא אמינא שגם לעניין ההסגרה מן הדין הוא להקפיד הקפדה יתרה שלא לראות במעשה פלוני משום עבירה בת עונש בישראל, אך משום שהמעשה נעשה לעבירה על פי חוקי מדינה אחרת, כל עוד לא עשה המחוקק הישראלי אותו המעשה גופו, בלשון ברורה ומפורשת, לעבירה פלילית גם בישראל".

במילים אחרות, "אין עונשין מן הדין" מקבל כאן משמעות חדשה: אין לקבוע מעשה כעבירה פלילית על פי דין אחר של מדינה אחרת!

במקרה אחר מתבטא השופט אנגלנדר[565] כך: "והרי כלל גדול הוא כי אין עונשין מן הדין ואין ללמוד דבר מעניין לא סביר". כך הוכנס נושא ה'סבירות' גם אל משמעותו של הכלל.

האם עמדו שופטי ישראל על יישומן של כללים אלו כל אימת שהיה צורך בכך, או שהשתמשו בכלים אלו רק אם הם שירתו את המתודולוגיה השיפוטית שלהם? בחינה מקרה אחד, של כב' השופט אהרן ברק תצביע בבירור על הכוון. כך כותב השופט ברק:[566]

"שוו בנפשכם: פלוני לא קיבל מערכת אב"כ המתאימה לו בשל היותו בעל זקן נקבע כי כבודו כאדם נפגע (**פרשת נוף**), כבודו של אדם נפגע אם אין מאפשרים כיתוב מתאים על מצבה של קרוב שלו שנפטר (**פרשת ויכסלבאום**, **עמוד 828**), אדם שנאלץ לפרוש בגיל

---

[563] ע"פ 205/73 סטיבן איבן רוס נ' מדינת ישראל.

[564] הוא מפנה ל- ע"פ 557/71 [1], בעמ' 247.

[565] דנ"פ 9384/01 מוחמד אל נסארה נגד לשכת עורכי הדין. סעיף ד, עמ' 653.

[566] בגץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת.

מוקדם מזה של חבריו, כבודו נפגע (בג"צ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה). האם לא נובע מכאן, בחינת קל וחומר, כי כבודו של מי שמתחייב בשירות צבאי תובעני וממושך, תוך סיכון חיים, נפגע כאשר אחר זוכה לדחיית השירות אך בשל היותו בחור ישיבה שתורתו אמונתו"?!

הלימוד של ההלכה החדשה, זו הרואה באי שירות צבאי של בחורי ישיבה פגיעה בכבוד האדם, נלמדת **מקל וחומר** מהלכות שכבר נקבע לגביהן כי הייתה בהן פגיעה בכבוד האדם. והלא 'אין עונשין מן הדין' ו'אין מזהירין מן הדין' כפשוטו?

ה. סכום וממצאים לפרק שלישי

ה.1. תורת הפרכות במשפט הישראלי.

(א): כפי שלא קיימת 'תורת' הקל וחומר במשפט הישראלי כך לא קיימת 'תורת' פירכות בקל וחומר הישראלי. ההיגיון המשמש את יצירת הקל וחומר הוא אותו היגיון המשמש את פירכתו. הוא אינו פורמלי כפי שזה קיים במשפט העברי אלא אוניברסלי, פרשני, אישי, תלוי מקרה, וכדומה.

(ב): הניסיונות ליצור מעין כללים ליצירת היקש, וכתוצאה מכך כללים לפירכות על הקל וחומר אינם 'מחזיקים מים'. על אף הנחרצות, הניסוחים המלוטשים, וכושר השכנוע הרב של שופטי העליון, בסופו של דבר 'כללים' אלו נכנסים לנעליהן של אחת מסוגי הפירכות הקיימות במשפט העברי גם מבלי לכנותן בשם כלל.

(ג): גם הניסיון להחיל כללי פרשנות על סוגי פירכות של הקל וחומר אינו מוצלח במיוחד, למעט יצירה חדשה ישראלית, פירכות המבוססות על ה'תכלית' של החוק. ניתן להתייחס לפירכות 'תכלית' בשני אופנים שונים. באפשרות הראשונה התכלית בעלת עוצמה משפטית הגוברת על תוצאת קל וחומר תקף. היא מותירה אותו בתקפותו אך מבטלת את תוצאתו. באפשרות השנייה, 'התכלית' נכנסת לנעליה של אחת מסוגי הפירכות במשפט העברי ומבטלת את תקפותו של הקל וחומר ולכן, אין משמעות לתוצאתו. הבחירה באחת מן האפשרויות תלויית מקרה, כל מקרה לגופו.

(ד): יסוד ה'מינוף' המהווה מניע מרכזי ליצירת 'דיו' במשפט העברי קיים גם במשפט הישראלי. אולם, בדוגמה שנחקרה מצאתי כי החשש מכוחו של המינוף הפוטנציאלי, מנע את קבלתו של קל וחומר קיים שלא עשה שימוש ביסוד המינוף. זהו חידוש בתורת הפירכות במשפט הישראלי- ביטול תוצאת קל וחומר תקף בשל החשש שהגיונו ישמש בעתיד ליצירת קל וחומר ממנף ש'סופו מי ישורנו'.

(ה): מצאתי כי יש שופטים, הסבורים שהקל וחומר אותו יצרו לא ניתן לפריכא בשל הגיונו הרב. בחינת המקרה הזה על ידי, בדרך של ניסיון להעמדת פירכות דמיוניות מסוגים שונים לא צלח, ואכן הקל וחומר עמד ב'סופיותו'. אולם, אין לקבוע כללים בנדון, שכן כל קל וחומר בהגדרה ניתן לפריכא אם היא תמצא. לכן, יש לשקול כל קל וחומר לגופו ואין לקבוע כאן מסמרות.

ה.2. הגבלת 'דיו'

(א) : צורת היישום של הכלל, הכי קרובה לצורת יישומו במשפט העברי, נמצאה רק פעם אחת, על ידי שופטת השלום (כתוארה אז), פנינה נויבירט.

(ב) : יש יסודות להניח כי הכלל 'דיו' נתפס בעיני שופטי ישראל כתובנה יסודית קמאית בעלת שורשים אוניברסליים ולא כדרשה פרטיקולרית מתוך המשפט העברי.

(ג) : יש יסודות להניח כי חלק משופטי ישראל הניחו גם את קיומו של המושג 'דיו דאיפריך', כלומר, קבלת דין 'דיו' פעמים שהיא פורכת את הקל וחומר.

(ד) : במרבית המקרים, נראה כי שופטי ישראל מניחים מראש כי היסק הקל וחומר חייב להיות משווה בתוצאתו ובכך מתייתר הצורך בשימוש בדין 'דיו'. תוצאה זו הינה כמעט המשך ישיר של מחקרי במשפט העברי בו נמצאו מקרים מעטים ביותר לשימוש בדין 'דיו' כמגביל את כוחו של הקל וחומר הממנף. ההסבר שנתתי לכך במשפט העברי הוא מעין הסבר 'היסטורי'. לאחר שהתברר כי דין 'דיו' גובר על תוצאת המינוף, לא נוצרו יותר קלין וחמורין ממנפים בשל החשש מפני כוחו המגביל של דין 'דיו'.

(ה) : החידוש הגדול ביותר בחקר סעיף זה מעלה כי במשפט הישראלי עושים שימוש בהגבלת 'דיו' גם כאשר מתודולוגיית ההיסק אינה קל- וחומר. השימוש המושאל ב'דיו' הרחיק אותו מצורת שימושו המקורית אבל הותיר על כנו את תוצאתו, כלומר : להשוות את הדין בין הלמד למלמד ויהא מקור ההיסק אשר יהא.

(ו) : צורת השימוש ב'דיו' ככלל משווה בין למד למלמד מתגלה במשפט הישראלי במקרים רבים, גם כאשר ההיסק עצמו, קרי : קל וחומר, אינו מנוסח ואפילו אינו נרמז. נראה כי הכלל המשווה את הדין בין הלמד למלמד חזק אף משיטת ההיסק עצמה היוצרת את הדין.

(ז) : נמצא ניסיון אחד בבית המשפט המחוזי ליצור זהות בין 'דיו' לבין עקרון השוויון!

ה.3. 'אין עונשין מן הדין'

(א) : השימוש בכללים : 'אין עונשין מן הדין', 'אין מזהירין מן הדין' ו'אין עונשין אלא אם מזהירין' רווח במשפט הישראלי, במשמעות שונה מאוד ממשמעותן במשפט העברי.

(ב) : הפרשנות לכללים אלו המצוטטים לרוב ממקורן במשפט העברי הורחבה מאוד והיא כוללת את האיסור ללמוד 'עונש' וגם 'עבירה' בכל שיטות ההיסק במשפט הפלילי.

(ג) : המילה 'דין' שבכלל 'אין עונשין' מפורשת (בדומה לשיטת הרמב"ם) ככלל שיטות ההיסק, כגון : אנאלוגיה, גזירה- שווה, היקש ועוד.

(ד) : קיימת התייחסות לפילולוגיה של המילה עונשין, בכך שמחילים את הכלל רק כאשר מדובר על עונש, מה שיוצר סוגיות משפטיות חדשות כגון : האם הסגרה נחשבת כעונש?

(ה) : השופטת ביניש 'עשתה סדר' בעניין הכללים הנ"ל ונגזרותיהם במשפט הישראלי באופן הבא : מן הכלל 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין' נלמד 'עקרון החוקיות' בפלילים ומעקרון זה נגזר ונוסח סעיף 34 כא לחוק העונשין, מה שמכונה 'כלל הפירוש המקל' עם הנאשם בתחום הפלילי.

(ו) : 'עקרון החוקיות' בפלילים נוצר בפסיקת העליון טרם עוגן בסעיפים 1,3 בחוק העונשין הישראלי.

(ז) : קיים 'בלבול' בין שופטי ישראל בין ציטוט הכלל 'אין עונשין' לבין 'אין מזהירין'. לרוב מצוטט הכל 'אין עונשין' על אף שהם מתכוונים ל'עקרון החוקיות' המזוהה עם 'אין מזהירין'.

(ח) : פסק הדין של השופט ח. כהן (רוס) כלל בתוכו התייחסות השופט לשימוש בכלל 'אין עונשין מן הדין' באופן רחב מאוד הכולל את כל שיטות ההיסק. ציטוט זה הפך להיות 'תורה למשה מסיני' בכל המקרים הרלוונטיים בפסיקה.

(ט) : במשפט הישראלי, תוך התבססות על לשון הכלל, ופירושיו הרחיב את תחולתו על שני 'מקרים' נוספים : עונש על תנאי (שאף הוא יקרא עונש), ומעשה הנחשב עבירה במדינה אחרת (שאינו יכול לשמש מקור מלמד).

(י) : על אף ש'חוק יסודות המשפט' מפנה במקרה של לאקונה גם אל היקש (=קל וחומר), בית המשפט מרשיע תמיד בהתבסס על סעיף מסעיפי חוק העונשין. כלומר : 'אין עונשין מן הדין' גובר על יסוד 'ההיקש' שבחוק יסודות המשפט.

פרק רביעי – הסביבה השיפוטית בה פועל הקל וחומר

א. חוק יסודות המשפט

א.1. מבוא

הקל וחומר כמתודה שיפוטית אינו פועל בחלל ריק. הוא נגזר מן החוק, פועל בתחומים מסוימים וקיימת אינטראקציה בינו לבין מתודות, תובנות, דוקטרינות ועקרונות שונים. הביטוי 'סביבה שיפוטית' שבכותרת כולל את כל הנ"ל [567]. בפרק זה אבקש לחקור את יחסה של מערכת המשפט ל'היקש' המוזכר בחוק: יסודות המשפט, התש"ם – 1980, ביטוי המצוי בחוק היחיד העוסק בקל וחומר כאחד מן הכלים בארגז הכלים השיפוטי. 'הסביבה השיפוטית' כוללת לדוגמה את ההבחנה בין התחום **האזרחי לפלילי**. האם כוחו של הקל וחומר שווה בשני תחומים אלו? האם מוטלות עליו סייגים באופן השימוש כפונקציה של התחום?[568] כאמור, 'חוק יסודות המשפט' בא לקבוע כיצד מחוייב בית המשפט הישראלי לפסוק בשאלה שלפניו, במידה והיא אינה ניתנת להכרעה על פי לשון החוק הקיים, וזו לשונו: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של **היקש** (הדגש שלי, ח.ג), יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

עם כינון השלטון הבריטי בארץ ישראל (לאחר מלחמת העולם הראשונה) פורסם **דבר המלך במועצה על ארץ ישראל**, דבר חקיקה מנדטורי שהיה בעל תוקף חוקתי. הוא כלל את סעיף 46 המפורסם המותיר את המשפט העות'מני (המג'לה) בתוקפו בהסתייגות הבאה: "התאמה לתנאי הארץ ולתושביה". במקרים שלא היו מוסדרים בחקיקה העות'מנית פסקו בתי המשפט על פי המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים. ב 19/5/48 הוכנסה לתוקף פקודת סדרי השלטון והמשפט (במקום **המנשר** של מועצת העם) שחוקקה על ידי המועצה הזמנית. בסעיף 11 לפקודה נכתב: "המשפט שהיה קיים בארץ ביום ה באייר תש"ח יעמוד בתוקפו", קביעה שהותירה בתוקפו את סעיף 46 הנ"ל.

---

[567] ביתר פירוט: הסדר שלילי, חסר, פרשנות ומילוי חסר, התכלית, הדין המשלים, ערכים ונורמות, הגדרות, כללים ועקרונות, מתודולוגיית השפיטה, פתוח דרכי המשפט.

[568] לנושא זה יוקדש פרק הסכום של העבודה: הקל וחומר בתחום הפלילי.

לאחר המהפך השלטוני בשנת 1977 הוחל בחקיקת **חוק יסודות המשפט** המצוטט לעיל שניסוחו דומה ללשון הכרזת העצמאות (... יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל).

בסעיף 2 לחוק, נקבעו 2 עקרונות נוספים:

*" (א) סימן 46 לדבר המלך במועצה לארץ ישראל 1922 – 1947 **בטל**".*

" (ב) אין בהוראת סעיף קטן (א) כדי לפגוע במשפט שנקלט לפני תחילת חוק זה".

לאחר החקיקה, במצב של 'לאקונה' זהו סדר הפנייה הקבוע בחוק: לשון החוק, תקדים, היקש, עקרונות החרות, הצדק והיושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל". עוד קודם לחקיקת החוק היו שופטים רבים בבית המשפט העליון שפנו אל המשפט העברי כמקור השראה או כמקור פרשני. שאלת הזהות בין 'מורשת ישראל' ל 'משפט העברי' (לפני התיקון) הפכה להיות מחלוקת פרשנית סבוכה שלא הוכרעה עד היום.[569]

חמש שנים לאחר קבלת החוק קובע א' קירשנבאום[570] כי לאמיתו של דבר, כל אימת שבית משפט בישראל מגיע לכלל הכרעה בדרך של הסתמכות על דבר חקיקה או על **היקש** (הדגש שלי, ח.ג), הוא פועל לפי החוק גם אם הוא אינו נותן לכך ביטוי מפורש. ההיקש (= קל וחומר) הוא נושא דיוננו זה.

השאלה החשובה בניסוחו של א' שוחטמן[571] הינה:

> "האם החוק מסמיך את בית המשפט לעשות שמוש בדרכי ההיקש (אנלוגיה) בהיזקקו ל 'מורשת ישראל' כאשר אין הוא מוצא תשובה מפורשת במקורותיה של מורשת זו, כמו הסכמתו לעשות כן ביחס למשפט הישראלי"?

---

[569] שלוש שאלות עיקריות עמדו בבסיס הפולמוס המפורסם בין השופטים מנחם אלון ואהרון ברק:

א. האם החוק תקף בכל מקרה של ספק או רק במקרה של לאקונה?
ב. האם העקרונות שבחוק זהים ל'משפט העברי'?
ג. האם החוק מעניק מעמד בכורה למשפט העברי?

השאלות זכו לדיון בשלשה פסקי דין ידועים: **הנדלס נ' בנק קופת עם** (ד"נ 13/80 פ"צ לה (2) 785, פסק דין הניג נ' כהן (ד"נ 40/80 , פ"צ לו (ד) 701. ופסק דין ז'רז'בסקי נ' ראש ממשלת ישראל (בג"ד 1635/90 , פ"צ מה (1)

[570] א' קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט – מציאות וציפיות", עיוני משפט יא (תשמ"ו) 117 124 ליד הערה 37.

[571] א' שוחטמן, "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העיברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם - 1980

התיקון בחוק משנת 2018, המוסיף את 'המשפט העברי' באופן מפורש, מותיר שאלה זו על כנה. גם אם נניח זהות בין 'מורשת ישראל' ל 'משפט עברי', האם כוונתו של המחוקק הישראלי היתה להסמיך את בית המשפט למצוא תשובה במסגרת מקורות המשפט העברי גם **בדרך של היקש** או שמא כל אשר התכוון המחוקק לא היה אלא לעשות שימוש בנורמות המפורשות שבמשפט העברי?

הואיל ותכליתו של החוק הינה להציע מקורות משפטיים, מה שנגזר גם משמו של החוק (="..יסודות המשפט") ברור כי כוונתו של המחוקק הינה לעשות שימוש **גם בעקרונות ובמתודות של המשפט העברי, כולל ובעיקר ההיקש שהוא מקור קודם וחשוב לפני הפנייה למשפט העברי!** מסקנה זו, הינה מסקנתו הדיונית המעמיקה של א' שוחטמן במאמרו הנ"ל.

א' שוחטמן היטיב לתאר את הבעייתיות הנובעת מכך באופן הבא:

> "אכן, גם אם מבחינה עיונית ניתן למצא ביסוס לסמכותו של בית המשפט להיזקק לדרכי ההיקש בבירור הלכה מסוימת במשפט העברי, ספק רב קיים ביחס ליכולתו של בית משפט להתמודד עם הקשיים הכרוכים בכך... הם מעמידים בספק את יכולתו של השופט החילוני להתמודד מבחינת כישוריו, עם הצורך לערוך היקשים בין מקורותיו של המשפט העברי".

בנקודה זו ממש אני מבקש להמשיך את טיעונו של שוחטמן בהצגת 'הבעייתיות' הקיימת בפסקי העליון העושים שימוש בקל וחומר. ניתוח לשון החוק מעלה כי המקורות אליהם הוא מפנה במקרה של לאקונה אינם עשויים 'מקשה אחת'. **חוק, והלכה פסוקה** הם **מקורות משפטיים** של ממש. **עקרונות היושר... וכו'** הם **עקרונות של ערכים** שהקשר בינם לבין היותם מקורות משפטיים לא נהיר דיו. **ההיקש** הוא **מתודה משפטית,** דרך היסק שאף הוא אינו מקור משפטי אלא כלי בלבד. ברם, איה היא הגדרתו של ההיקש? זאת ועוד, האם ההיקש עצמו יכול להיגזר מתורת ההיקש במשפט העברי?

החקירה של הנושא עד כה העלתה כי רוב שופטי ישראל עושים שימוש אינטואיטיבי בקל וחומר מבלי להכיר את הגיונו ומבנהו האוניברסליים וקל וחומר במשפט העברי. מיעוטם (המכונים דתיים

ובוגרי הישיבות) משתמשים במונחים, במבנה ובהגיון של המשפט העברי. כולם יכולים אמנם למצוא תימוכין בלשונו המעורפלת של החוק, אבל גם דיון כזה איננו מוצאים. ספק, אם הם מעלים על דעתם את קיומה של ספרות ענפה, מורכבת ועשירה ("ספרות הכללים") שחרשה בתלם זה מאות בשנים והגיעה למסקנות פרקטיות, שהיו יכולים להיות לה לעזר רב.

נמצאנו למדים כי השימוש במונח **היקש** יכול להתפרש בתרתי : **הראשון** – לעשות היקשים משפטיים **בתוך** מקורותיו ותכניו של המשפט העברי, ולכך התכוון שוחטמן במסקנתו, שלפיה, שופט חילוני אינו יכול להתמודד עם זה. **השני** – לעשות שימוש בהגדרות ובכללי ההיקש של המשפט העברי. המחקר מראה כי הפירוש הראשון כמעט ואינו מיושם. באשר לפירוש השני – קיים שימוש רב במידת הקל וחומר ובעיקר במגבלותיה ('אין עונשין מן הדין', 'אין מזהירין מן הדין', 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין') באחד משני האופנים : בהתעלמות בשל חוסר ידע בהגדרות, במנגנון ובכללים ו/או יציקת תוכן ישראלי **חדש** לכללי ההגבלה של הקל וחומר, תוך שמירה על הביטוי המקורי מן המשפט העברי. המחקר בפרק זה יכול אם כן להיחשב כמחקרה של המילה **היקש שבחוק יסודות המשפט.**

א.2. תחולת חוק : 'יסודות המשפט'

תמצית דיונו ופולמוסו של השופט א. ברק באשר לפרשנות '**חוק יסודות המשפט**' מנוסחת על ידו באופן מפורש[572] כך :

> "גישה זו (של השופט אלון, ח.ג) אינה מקובלת עלי. היא מבוססת על ההנחה כי ההפניה היא למשפט העברי – ולא היא, היא מבוססת על ההנחה כי ההפניה היא לפרטי הדינים של המשפט העברי - ולא היא, היא מבוססת על ההנחה כי ההפניה היא לכל העקרונות של המשפט העברי - ולא היא... אין היא מפנה לעקרונות נוספים. אין היא מפנה לדין המשלים של המשפט העברי. אין מקום, איפוא, לפנות להיקש מהוראות המשפט העברי... אין כל הפניה למתודולוגיה של המשפט העברי, הממלאת חסר במשפט העברי"

[572] א' שוחטמן, "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם – 1980",

איני מבקש לדון ברשימת 'הלאוים' הזו לאור השינוי בנוסח החוק המזכיר את 'המשפט העברי' במפורש. אני מבקש לדון רק ב'לאו' הקובע כי **אין לפנות להיקש מהוראות המשפט העברי.** בפשטות יש להניח כי כוונת השופט ברק אינה מכוונת לכלי עצמו המכונה **'היקש'** אלא למסקנות הלכתיות הנלמדות באמצעותו במשפט העברי. המשמעות הינה כי החוק מפנה למסקנות הלכתיות הנלמדות בהיקש בחוק ובתקדים אך לא להלכותיו של המשפט העברי. המילה היקש לפי זה מכוונת אך ורק למלים שקדמו לה: "... ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בהיקש ..". ומה באשר למתודולוגיית השימוש בכלי ההיקש עצמו? האם גם על מתודולוגיה זו מוטל 'לאו'? האם השימוש ב'תורת הקל וחומר' של המשפט העברי כלול ב'לאוים' של א. ברק? נדמה כי התשובה לשאלה זו נוסחה על ידו במלים הכלליות, העקרוניות והחד-משמעיות – "... אין כל הפניה **למתודולוגיה** (דגש שלי, ח.ג) של המשפט העברי".

אכן, בדבריו המעטים בעניין ההיקש כפי שיובאו להלן בסעיפים הבאים, מנסה השופט לנסח מעין 'כללי היקש' אוניברסליים מבלי להיזקק אפילו פעם אחת לתורת הקל וחומר במשפט העברי. החוק אליבא דאהרון ברק מחייב שימוש **בהיקש** במקרה של לאקונה. לתוך ה'לאקונה' הזו נכנסו שופטי ישראל והם עושים בה כטוב בעיניהם. גם הגדרותיו הכלליות של א. ברק (כפי שיוצגו בהמשך) אינם מביאים מזור ל 'רעה חולה זו'. ב'תורת הפרשנות' שלו, טוחן השופט עד דק כל מילה מ'חוק יסודות המשפט' כולל התייחסות להיקש והיבטיו השונים, אך אינו מתייחס כלל לקיומה של 'תורת היקש' 'חיה, בועטת' ורלוונטית במשפט העברי.[573]

א.3. ביטול סעיף 46 ועליית כוחו של הקל וחומר

תיאור המצב המשפטי בישראל לאחר ביטולו של סעיף 46 זוכה לתיאור סופרלטיבי על ידי השופט א. ברק (כתוארו אז):

> "חוק יסודות המשפט הביא לשינוי מהותי ביסודות המשפט הישראלי על פי הדין אשר שרר בישראל בטרם הוחק החוק... עם התגלותה של לאקונה בשיטתנו, היה על השופט

[573] אפשר, בשל חוסר ידע או תודעה.

למלא את החסר על ידי פניה ליסודות המשפט המקובל ולעיקרי היושר האנגליים. ... נמצא כי השינוי הוא כפול: ראשית, בעבר נמנע מהשופט השימוש בהיקשים מהדינים הקיימים.. . היה על השופט להימנע מהיקש והיה עליו לפנות למשפט האנגלי... שנית, הקשר עם המשפט האנגלי נותק. הושגה "עצמאות החוק"... "[574]

מתיאור זה עולה כי 'חוק יסודות המשפט' הישראלי חידש חידוש גדול, הוא 'התיר' לשופטי ישראל לעשות שימוש בכוח ההיקש מן החוק והתקדים במשפט הישראלי. בחינה של מערכות משפט אחרות[575] שמהם ינקה מערכת המשפט הישראלי טרם חוקק החוק מגלה כי: "ההיזדקקות לפירוש אנאלוגי של הנורמות החיוביות טבעית למשפטן אשר נתחנך על ידי ברכי השיטות הקונטיטנטליות, עד כי כל הוראה מפורשת של המחוקק בדבר היזקקות כזאת נראית לו מיותרת".[576]

'התיאור העובדתי' בניסוחו של א' ברק שונה לחלוטין מן התיאור של א. שוחטמן המדבר אף הוא על אותו מצב, טרם חוקק חוק יסודות המשפט. לדבריו,[577] "לפני חוק יסודות המשפט, **היו שסברו** (הדגש שלי, ח.ג) שלאור ההפניה בסעיף 46,.. אין השופט רשאי להיזקק לדרכי ההיקש... שוב אין ספק בשאלה זו".

ההבדל בין ברק לשוחטמן הוא בתרתי, מה שברק הציג **כוודאות** מוצג על ידי שוחטמן **כספק**. כ"כ, מדברי שוחטמן עולה כי הנושא אינו מקור ההלכות (= המשפט המקובל, על פי ברק) אלא השימוש במתודולוגיית ההיקש בכלל.

כך או כך, הדברים נראים תמוהים. מדוע שתיאסר השפיטה על פי ההיקש, אם שיטת היסק זה, בסיסית ומחוייבת הגיון על פי כל שיטת משפט!? כיצד ניתן בכלל לפסוק על פי המשפט האנגלי (זו

---

[574] א. ברק, 'חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל', שנתון המשפט העברי, יג (תשמ"ז), עמ' 265.

[575] השיטה הקונטיטנטאלית, המשפט האנגלי, בצרפת, בגרמניה, ועוד.

[576] בשם פרופ' טדסקי, מובא במאמרו הנ"ל של א. ברק. הערה 92, עמ' 515. וכן ראו ג' טדסקי, "בעיית הליקויים בחוק (לאקונה) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו", **מחקרים במשפט ארצנו** (ירושלים – תל אביב, תשי"ט, 132, 150 - 151)

[577] שם, עמ 307, הערה 2.

הוראה בהיקש שיטת היסק טבעית שאינה זוקקת הוראה מפורשת לעשות בה שימוש) ללא שימוש באנלוגיה? האם לכל מקרה שנדון בבית המשפט הישראלי היה תקדים מדויק וזהה במשפט האנגלי או במג'לה? אתמהה!

לדעתי, וכפי שאוכיח בהמשך **בסעיף התכלית**, ברק אינו מעניק מעמד בכורה לשיטת ההיקש בכלל ולקל וחומר בפרט בדומה למעמדה של מידה זו במשפט העברי. לשיטתו, ובהתבסס על הלשון החסרה של החוק, מתקבלת תמונה שלפיה ביטול סעיף 46 הביא במישרין למצב בו שופטי ישראל מחוייבים לעשות שימוש בהיקש!

שוחטמן, מנקודת מבט שונה מעט[578], מביע את אותה תמיהה. "אם נפרש שהמחוקק התכוון לשלול את השימוש בדרך ההיקש (בפניה למורשת ישראל, ח.ג), כי אז קובעים אנו שההסדר שהמחוקק קבע אינו שלם: שהרי בהכרח ייתכנו שאלות שלא נמצא להן פתרון מפורש גם במשפט העברי". זאת ועוד," ... בעיה זו היתה קיימת גם לפני כניסת חוק יסודות המשפט לתוקפו, דהיינו לפי סימן 46..."[579]

היוצא מכך, התמונה שלפיה הותר לשופטי ישראל לעשות שימוש בהגיונם (= שימוש בהיקש) רק לאחר כניסתו של 'חוק יסודות המשפט' לתוקפו אינה תמונה הגיונית למצער ואפשר שאף אינה נכונה עובדתית. במשפט העברי מובע רעיון זה במילים: "רבי יוסי בירבי בון בשם רבי בא בר ממל, אדם דן קל וחומר לעצמו ואין אדם דן גזרה – שווה לעצמו"[580]

[578] שם.

[579] מה שהביא את טדסקי (שם) להבחין בין "ליקויים אנגליים" ל "ליקויים ארץ ישראליים". הבחנה המעידה כי ההיקש היה בכל מקרה בשימוש עוד טרם חוקק חוק יסודות המשפט.

[580] תלמוד ירושלמי פסחים ו.א.

א.4. הגדרה וסוגי היקש במשפט הישראלי

היחיד שהציע הגדרת **היקש** למשפט הישראלי הוא אהרון ברק. וכך הוא מגדיר את ההיקש:[581]

"היקש קיים כאשר מנורמה משפטית, החלה על מערכת עובדות מסוימת, נגזרת נורמה חדשה המוחלת על מערכת עובדות אחרת, בשל הדמיון בין שתי מערכות העובדות".

ניתוח לשוני של הגדרה זו מעלה את התובנות הבאות:

א - ההיקש מחיל **נורמות** (ולא עובדות) ממערכת אחת לשניה.

ב – ממערכת **עובדות** קיימת יש לגזור את **הנורמה** ואז להחילה על **מערכת** עובדות אחרות .

ג – התנאי להחלת הנורמה ממערכת אחת לשניה, הוא עובדת היותן דומות.

ההיקש לפי זה לא יתבצע בין מערכות עובדות זהות משום שהנורמה תחול עליהן בכל מקרה בשל זהותן. מאידך, אליבא דאהרון ברק ההיקש לא יחול על מערכות **עובדות** שונות שאין ביניהם **דמיון**. כיצד יקבע האם המערכות דומות? על כך משיב ברק: "על פי מבחנים נורמטיביים". מעבר לביטוי 'נורמטיבי' אין ברק מפרט את הכלים / המבחנים לקביעת הדמיון הנדרש כתנאי לביצוע ההיקש. במקום זאת (בהערה 99, שם) הוא מציין כי חלוקות הדעות באשר לאופיו / תכונותיו / תנאיו של דמיון זה. דעה אחת מציינת צורך ב"דמיון מטריאלי", והשניה, "תכונות משותפות רלבנטיות". מונחים מופשטים אלו נתונים להכרעתם של השופטים ומן הסתם הם קבעו ויקבעו את חוקיות ההיקש בשל דמיון / אי דמיון בין מערכות העובדות. בעיות אלו לא נעלמו מעיניו של ברק והוא מוסיף משפט מפתח, אופייני לשיטתו הפרשנית: "אין מדובר בשאלה של הגיון, כי אם בשאלה ערכית, אין לנו עניין אך בלוגיקה, אלא גם בטלאולוגיה" (= תכלית החוק, ח.ג).

בדוגמה המובאת (הערה 100, שם) מובהרים דבריו:

> "המשפט הרומי מטיל אחריות בנזיקין על בעליה של חיה בעלת ארבע רגליים. מה דין בעל חיה בעלת שתי רגליים?... יש לבחון את תכליתה של ההוראה בדבר אחריות הבעלים. אם תכליתה של הוראה זו היא לביטול אחריות על בעל חיה העשויה

[581] "תורת הפרשנות" עמ' 516.

להזיק אם לא תשמר, הרי אותו הדין חל גם על חיה בת שתי רגליים העשויה להזיק, אם לא תשמר״.

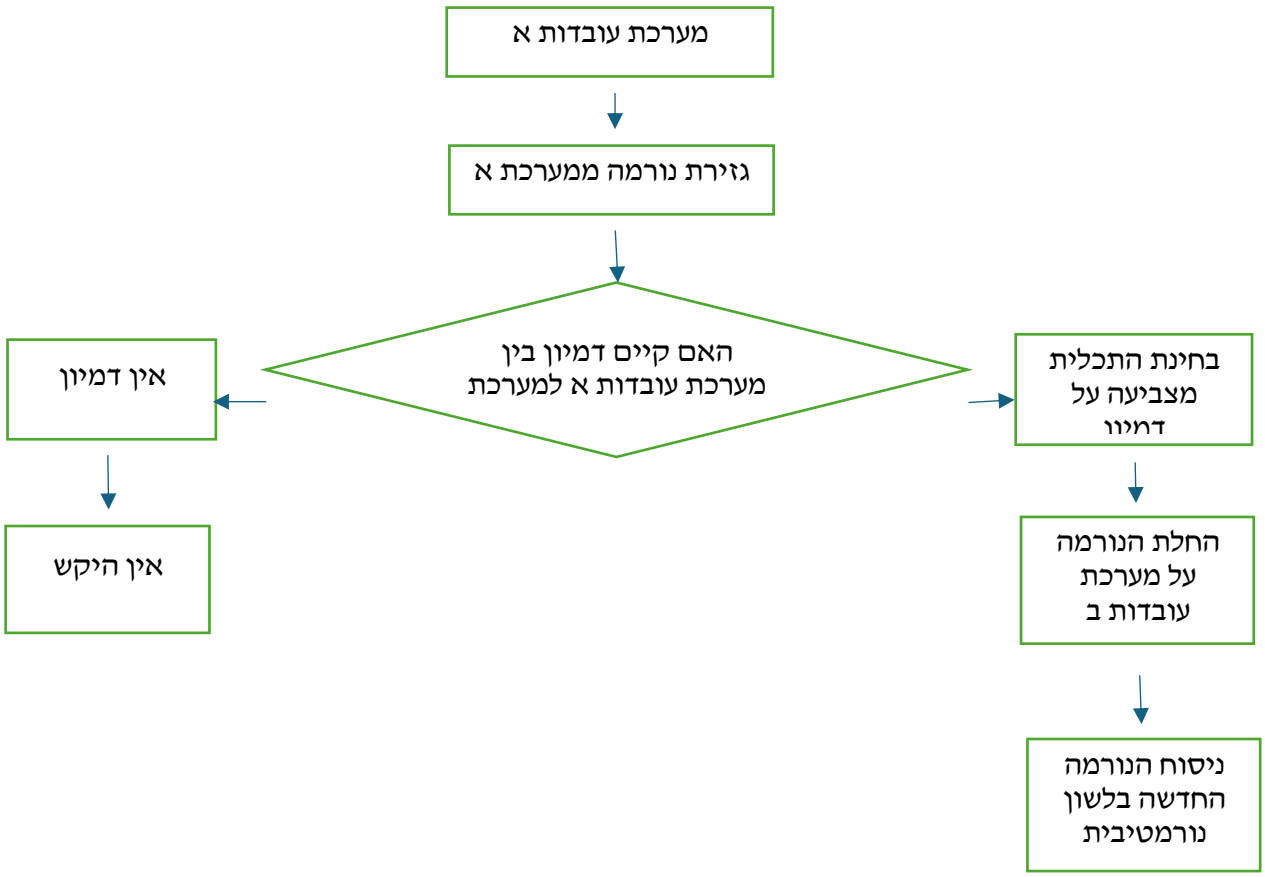
בכך נמצא הפתרון אליבא דשיטתו של ברק, ובלשונו המפורשת: ״הדמיון נקבע על פי תכליתה של הנורמה״. מובן לדבריו, כי ״על השופט לנסח את הנורמה החדשה בניסוח נורמטיבי״.

המהלך המורכב הזה שתיארתי בקצרה, יוצר נורמה חדשה המבוססת באמצעות ההיקש על התקדים המחייב ובכך היא תיהפך בעצמה לחלק מן המשפט המקובל של השיטה. בלשונו: ״הנורמה החדשה תחול, איפוא – מכוח עקרון התקדים המחייב – על כל המקרים הטיפוסיים האפשריים אשר נתפסים בתכליתה, ולא אך העובדות שהיוו בסיס לגזירתה. היא תיהפך לחלק מהמשפט המקובל של השיטה״.

ומה באשר לקל וחומר? **הקל וחומר** בשיטתו אינו אלא ״מקרה מיוחד וחריף של דמיון הוא, כאשר בין המצב המוסדר למצב הבלתי מוסדר לא רק שקיים דמיון, אלא שמקל וחומר a FORTIORI אם במקרה המוסדר הפתרון הוא פלוני, גם המקרה הבלתי מוסדר חייב לקבל פתרון דומה״. ברק מעמת זה מול זה את **ההגיון** (לוגיקה בלשונו) מול הערכים (התכלית בלשונו), ומה שקובע אינו הלוגיקה של ההיקש אלא **התכלית**.[582]

[582] נושא זה, מקומו ופעולתו של הקל וחומר בסביבת **התכלית** יצויין בהרחבה בהמשך.

האלגוריתם המגדיר היקש בשיטת ברק הינו כך:



'לוגיקת' ההיקש על פי סכמה זו, מורכבת וחורגת מן התיאור הטכני/פורמלי של שיטת היסק, אל מערכות שיקולים משפטיים, אבסטרקטיים, מורכבים, ומעוררי מחלוקת כמו: דמיון, נורמות, תכלית וערכים. כל זאת, כאמור, כפרשנות למילה **היקש** שבחוק יסודות המשפט.

שונה לחלוטין הינה עמדתו של א. שוחטמן הדן אף הוא בפירושה של מילה זו. משפט מפתח להבנת פירושו הוא: "המחוקק לא עשה שימוש במונח שמשמעותו הברורה היא הפניה לנורמות מסוימות המפורשות בדין העברי, אלא עשה שימוש במונח הרחב יותר של "עקרונות".[583] פרשנותו כפי שהוצע גם בסעיפים קודמים, אינה מצמצמת את מתודולוגיות ההיקש כפי שברק פירש. המערכת לדבריו אינה יכולה להכיל את כל הנורמות הדרושות להסדרת מערכת היחסים בין אדם לחברו. מהיכן

[583] שם.

לשיטתו ניקח את מתודולוגיות ההיקש? מן המשפט העברי המפותח.[584] היוצא מכך, ברק, בנסותו להתרחק ככל שניתן מהשפעתו של המשפט העברי, יצר 'תורת היקש' ישראלית, שבה ההיקש אינו אלא כלי אחד מיני רבים שאינו מסוגל לעמוד מול ערכים ותכלית.

באמירה נוספת קובע השופט ברק כי בנגוד לשיטה הקונטיננטלית המבחינה בין **היקש לחוק** לבין **היקש למשפט**, אין המשפט הישראלי מבחין בין שני סוגי היקש אלו. "בהשלימו את החסר, רשאי השופט בישראל להקיש הן מדברי חקיקה, הן מהמנהגים המחייבים בשיטה והן מהלכה הפסוקה".[585]

אין המצב כך במשפט העברי. המקבילה לחוק הינה פסוקי התורה, ובהם, ורק בהם נוצרות הלכות מחייבות בדרך ההיקש. קביעתו זו של א. ברק יוצרת מערכת הלכות חדשות מחייבות מכוח ההיקש, ויהא מקורן אשר יהא. כאן מקום לשאלה: מיהו ההיקש העדיף? לדבריו, ההיקש העדיף הוא ההיקש **מההוראה הדומה ביותר**. נמצאנו למדים שוב, כי פרמטר **הדמיון** המהווה תנאי להיקש חוקי במערכת המשפט הישראלי אליבא דאהרון ברק הוא הפרמטר החשוב ביותר. אולם פרמטר זה כולל בקרביו הסמויים גם את התכלית והערכים כמוזכר לעיל.

פרשנותו של ברק למילה '**היקש**' שבחוק יסודות המשפט הפכה להיות 'תורת ההיקש' של המשפט הישראלי. 'תורת היקש' זו, בפועל, מתיימרת להיות הרבה יותר מפרשנות למילה 'היקש' שבחוק יסודות המשפט. תורה זו מאפשרת ביצוע היקש כל אימת שנוצרים תנאי הדמיון לפחות המטריאלי, בין מערכות עובדות. הפרשנות המרחיבה הזו למונח היקש, כוללת למעשה, את כל 'מידות הדרש' של מערכת המשפט העברי. כידוע, במשפט העברי שיטות ההיסק מובחנות מאוד וכוללות **י"ג מידות דרש להלכה**.

---

[584] ראו סעיף **היקש** במשפט העברי בפרק א.

[585] שם, עמ' 520.

מתברר, כי זו אינה תוצאה מקרית המבוססת על פרשנותו של אהרון ברק אלא תפיסה מקובלת בבית המשפט העליון. היטיב לנסחה השופט ח' כהן: "היקש – כל המידות הרבות אשר הדין נדרש בהן במשמע... כנראה נקט המחוקק לשון "היקש" משום שראה בו מושג כולל את המידות כולן"[586]. השופט כהן בעצמו מודע לפרשנות זו, (בהערה 29, שם) הוא מציין כי במשפט העברי **יש הבחנה** בין ההיקש לבין מידות דרש אחרות. אולם, "דרכי ההיקש במשפט הישראלי, הם בסילוגיזם, בגזירה-שווה, בקל וחומר, בבנין אב או בכל דרך אחרת של הגיון.."[587] אין להתפלא איפוא, כאשר רוב שופטי ישראל 'שולפים מכל הבא ליד' שמות של מידות דרש מן המשפט העברי ומכניסים את כולן לתחולתה של 'תורת ההיקש' של אהרון ברק.

א.5. מעלות וחסרונות ההיקש

חוקרים, מלומדים ומשפטנים, טוענים כי הדרך הטבעית ביותר למילוי חסר הוא ההיקש.[588] אהרון ברק מונה שני יתרונות להיקש בשיטת המשפט הישראלי:[589]

> "**ראשית**, הוא נותן ביטוי לעקרון השוויון, שכן הוא מבוסס על התפיסה, כי מצבים עובדתיים שווים צריכים לקבל פתרון שווה, **שנית**, הוא מאפשר לשיטת המשפט להשלים את החסר בצורה שהיא קוהרנטית להוראותיה הקיימות... **לבסוף**, במקרים מסוימים ההיקש מגביר את הוודאות, שכן במקרים אלה ניתן לקבוע את תוכן הנורמה המשלימה מראש וברמת ודאות גבוהה".

באשר לעקרון השוויון: אכן, על פי כל ההגדרות ועל פי כל שיטות המשפט, זו מהותה של מתודולוגיית ההיקש. המונח 'בדרך של היקש' דומה או זהה למונח האנגלי BY ANALOGY [590]

---

[586] ח' כהן, "דין השיור", שנתון המשפט העברי, תשמ"ו, כרך יג, (תשמ"ז), עמ 285 – 306 . עמ' 290.

[587] השופט ח. כהן, הותיר את ההיגיון בתוקפו, בניגוד לאהרון ברק. שטען כי ההיקש אינו רק **היגיון** אלא גם טלאולוגיה.

[588] לרשימה מליאה של הטוענים כך, ראו ברק, תורת הפרשנות, עמ' 515 הערה 90.

[589] שם, עמ' 515

[590] COLLINS CO - BUILD ENGLISH LANGUAGE DICTIONARY: "AN ANAKOGY IS A COMPARSION OR SIMILARITY BETWEEN TWO THINGS THAT ARE ALIKE IN SOME WAY".

שני היתרונות הנוספים, **קוהרנטיות, והגברת וודאות** אינם נגזרים ממהותה של מידת ההיקש אלא מתורתו הפרשנית,[591] כפי שתוארה בסעיף הקודם. ברק מונה גם את חסרונותיו של ההיקש.[592]

> "**הראשון**, לעיתים ההיקש יוצר חוסר וודאות וזאת באותם מקרים בהם אין לדעת מראש אם מתקיימים התנאים להפעלתו". "**החיסרון השני** הוא שההיקש מחייב החלת דין דומה הקיים בשיטה, גם אם דין זה אינו ראוי לגופו. בסך הוא משלים הסדרים בלתי ראויים המצויים בשיטת המשפט אף מעבר לתחום תחולתם המקורי", "**והחיסרון השלישי** הוא, שאין בהיקש כדי למלא את החסר בכל המקרים. קיימים מצבים בהם החסר לא יתמלא על ידי ההיקש, שכן לא קיים דין שממנו ניתן להקיש".

החיסרון השני והשלישי מהווים חסרון רק בשל פרשנותו ל'חוק יסודות המשפט'. פרשנותו למילה 'היקש' המצמצמת את השימוש בה לחוק ולתקדים בלבד אכן יכולה לגרום להחלת דין אינו ראוי אם אלו מצויים בדין הקיים בשיטה, קרי: בתקדים ובחוק הישראלי.

לדידו קיימים רק שלושה מקורות נורמטיביים: **חוק ותקדים** באמצעות ההיקש, **ועקרונות מורשת ישראל** המנויים בחוק. אחרים, אינם סבורים כך. לדוגמה, א. שוחטמן כותב בספרו (עמ' 158) כי קיימים ארבעה מקורות נורמטיביים. זאת ועוד, החיסרון השלישי בדברי ברק, מתייחס בשיטתו רק לשני מקורות נורמטיביים. (חוק, ותקדים באמצעות היקש). משלא נמצאה תשובה באף אחד משני מקורות אלו סיים השופט את מלאכתו. "השופט אינו חופשי לומר, יגעתי ולא מצאתי, ועל כן הנני פונה ובורר לעצמי מקור אחר" כדברי שוחטמן.[593] אחרים [594] אינם רואים ברשימה זו רשימה סופית של מקורות, שברק אף צמצמה לשלושה מקורות. מדוע אין השופט מתייחס למקור הרביעי, למורשת ישראל, כדי לתת מענה לחסרון השלישי? התשובה אינה רק התעלמות גרידא מלשון החוק, אלא פרשנותו **הדווקאית** לעקרונות אלו. יתרונות וחסרונות ההיקש בניסוחו של ברק, משלימים את

---

[591] בתורה פרשנות זו, בהקשר ההיקש קיימות סתירות. על סתירות אלו ראו את ספרו של שוחטמן,... פרק ז, סעיף 6, עמ' 180.

[592] שם.

[593] שם.

[594] אחרים, ראו שם, הערה 3, עמ' 158.

תיאורה של 'תורת ההיקש' במשפט הישראלי, שלאורה התעצבו ומעוצבים פסקי הדין של רוב שופטי ישראל.

א.6. לוגיקה ופורמליזציה של ההיקש במשפט הישראלי

במסגרת 'תורת ההיקש' במשפט הישראלי אותה ניסח א. ברק נמצא גם הרקע הפורמלי / לוגי בשיטתו. כך הוא כותב:[595]

> "קיים חוק הקובע, כי בהתקיים תנאים א, ב ו- ג תתרחש תוצאה X. המסקנה **הפרשנית** (הדגש שלי, ח.ג) הינה, כי החוק חסר באשר למצב שבו מתקיימים תנאים א, ב, ו- ד. היקש מן החוק מתאפשר אם הפרשן יגיע למסקנה (הפרשנית) כי התנאים א ו- ב (המשותפים לנורמה הקיימת ולמצב החסר) הם העיקריים, ואילו התנאים ג (בנורמה הקיימת) ו-ד (במצב החסר) הינם טפלים. במצב דברים זה ניתן להקיש מהחוק ולקבוע כי אם מתקיימים תנאים א, ב ו-ד, התוצאה היא – X".

הפורמליזם ו'הלוגיקה' נראים על פניהם כתקינים ונכונים. ברם, למה הוא מתכוון בכותבו 'תנאים'? ויותר מכך, כיצד מתיישבת צורת הצגה זו של ההיקש עם הסכמה (= האלגוריתם) שהצגתי לעיל כתמצית 'תורת ההיקש'? התשובה ניתנה על ידו בהמשך דבריו, באמצעות דוגמה מטריאלית:

> "טול נורמה הקובעת הסדר בדבר ספרי תועבה. היש להקיש מנורמה זו נורמה חדשה שתחול על תקליט ובו דברי תועבה? התשובה לשאלה זו תיקבע על בסיס **תכליתה** (הדגש שלי, ח.ג) של אותה נורמה. אם עניינה של תכלית זו אינו תועבה אלא ספרים, אין מקום להיקש, שכן התועבה אינה האובייקט המטריאלי של הנורמה; אולם אם עניינה של תכלית זו הוא תועבה, יהא מקורה אשר יהיה, יש מקום להיקש"

מתוך דוגמה זו אנו למדים כי במילה תנאים הוא **מתכוון לתכלית החוק**, ובכך הוא שומר על קונסיסטנטיות של תורתו המוצגת בסעיפים קודמים. ברקע דברים אלו, עומדת השאלה, היכן

[595] שם. עמ' 517

נמצאת כאן הלוגיקה? מה ההיגיון במונחים לוגיים הנמצאים בבסיס פעולת ההיקש כפי שתוארה לעיל?

גם על שאלה זו משיב ברק, בהאי לישנא:

> "קיים, כמובן, דמיון בין חשיבה אנלוגית לחשיבה דדוקטיבית ואינדוקטיבית[596]. בחשיבה דדוקטיבית אנו עוברים מהכלל אל הפרט; בחשיבה אינדוקטיבית אנו עוברים מהפרט אל הכלל; ובחשיבה היקשית אנו עוברים מהפרט אל הפרט. עם זאת, כדי לבצע מעבר זה, יש לקיים פעולה מורכבת של אינדוקציה מהנורמה הקיימת – או מההסדר הנורמטיבי הקיים – לעבר ההכללה העומדת ביסודם, ושל דדוקציה מהכללה זו לעבר נורמה חדשה".

גזירת הנורמה החדשה למצב העובדתי הנמצא במצב של חסר משפטי אינה מתבצעת ישירות על ידי פעולת הדמיון בלבד. הגורם המתווך הוא פעולת **ההכללה**[597] . בדוגמה שהובאה בדבריו, לאחר קבלת הנתון שלפיו החוק קובע הסדר לגבי ספרי תועבה, יש לבצע **הכללה** (= אינדוקציה) שלפיה על **כל** אוביקט מטריאלי של תועבה ומכל סוג, יחול הסדר זה. הואיל ותכלית תועבה הוא אובייקט כזה, מכאן, ובאופן דידוקטיבי (= הכרחי) יחול גם עליו הסדר החוק כאמור לעיל.

נוסחה הנורמטיבי של **ההכללה** הוא נוסחה של הנורמה החדשה על פי תורתו של א. ברק**.** ברקע הדברים, נמצאת כמובן **התכלית** שבלעדיה לא ניתן היה לנסח את ההכללה מכוח התקדים. נמצאנו למדים, כי גם הביסוס הפורמלי / לוגי של תורת ההיקש של ברק תואם את עקרונותיה ומנגנון פעולתה כפי שהוגדרו בסעיף הקודם.

---

[596] באמצעות הסבר זה, ועל ידי פנייה לשלושת סוגי חשיבה האנושית (אידוקציה,דדוקציה, אנלוגיה), מספק ברק הסבר גם **לקל וחומר** (נשוא עבודה זו) המהווה בלשונו "סוג חריף של היקש". הניסיון להסביר מנגנון של פעולת היסק באמצעות כלים אוניברסליים אלו מוסיף מימד של הבנה, הסכמה ויישוב הדעת. ממש באופן דומה הסברתי את פעולת הקל וחומר בפרק א, במשפט העברי.

[597] מונח שהשתמשתי בו רבות בכל העבודה עד כה כדי להסביר את מנגנון הפעולה של הקל וחומר הפשוט והמורכב אך לא של "בכלל מאתיים מנה".

למען הסר כל ספק, כותב ברק דברים אלו באופן מפורש בהקשר של הקל וחומר:[598] "ההכרעה בשאלה מתי הטיעון מ "קל וחומר" תופס, אינה נעשית על פי שיקולים של תורת ההגיון, היא נעשית על פי שיקולים הקשורים בתכליתה של הנורמה". כלומר, ברק אינו מתייחס כלל ל'תורת הפירכות' של ההיקש / קל וחומר, שלו הקדשתי פרק שלם. לדידו, קיים פרמטר אחד בלבד, **התכלית**, שקיומה ותחום התפרסותה יקבעו באופן בלעדי את קבלת / דחיית הקל וחומר ו/או את תוצאתו.

בנקודה זו ממש נמצאת אחת הבעיות של 'תורת ההיקש' במשפט הישראלי. ל'תורה' זו שנוסחה על ידי אהרון ברק יש יסוד תיאורטי, ביסוס פורמלי ולוגי אך היא אינה שלימה. אין בדבריו **משפט פוזיטיבי** כלשהו המתייחס לאפשרות שבה יהיה ניתן ל'פרוך' היקש / קל וחומר לא תקין אפילו אליבא דתורתו[599]. מן ההיבט המחקרי ניתן לנסח זאת כך, אין 'תורת פירכות' ל 'תורת היקש' במשפט הישראלי, עובדה שנחשפנו אליה בפרק הקודם.

א.7. היקש ופלילים

בעבודה זו מושם דגש מיוחד על השימוש בקל וחומר בתחום הפלילי (עיקר הדיון יהיה בפרק חמישי). כאן המקום להקדים מעט את הדיון המחקרי הרחב יותר בכדי לעמוד ב'קציר האומר' על היחס בין היקש ופלילים. בתיק הבא[600] נלמדת ההלכה הבאה בהיקש. המדינה רשאית להודיע לנאשם על מועד דיון בבקשה למעצר עד תום ההליכים ממש כפי שהיא רשאית לזמנו לדיון בבקשה להארכת מעצרו. סעיף 16 (א) לחוק המעצרים קובע כי המשטרה רשאית להודיע לנאשם או לסניגורו על מועד הדיון בבקשה להארכת מעצרו. המחוקק 'שותק' בנוגע לסמכות לזמן נאשם לדיון בבקשה למעצרו עד תום ההליכים. השופטת חיות קבעה תחילה כי אין לפנינו **הסדר שלילי**, ומשכך ניתן להשלים חסר זה **שבחוק המעצרים** בדרך של היקש כמתואר לעיל. אבל כאן מתעוררת השאלה, האם היקש בפלילים מותר? על שאלה זו משיבה השופטת כך: "אכן, בהחילנו במקרה דנן את כלל הפרשנות באמצעות היקש יש לזכור כי כלל פרשני זה אינו מיושם בדין הפלילי ככל שיש בו ליצור

---

[598] שם. עמ' 518.

[599] ניתן אמנם בדוחק לומר, כי לפנינו מעין 'הסדר שלילי', כלומר, אם ההיקש עומד בתנאים שהוגדרו על ידו, הוא תקין, ולא- הוא אינו תקין. אבל כך אין יוצרים '**תורת היקש**' המהווה כלי כמעט מרכזי להשלמת חסר.

[600] בשפ 5872/16 יצחק (איציק) וזנה נ' מדינת ישראל. בפני כבוד השופטת חיות (כתוארה אז).

נורמה פלילית חדשה אשר החוק לא הגדיר מפורשות.[601] אך בענייננו אין מדובר בהטלת אחריות פלילית או בענישה אלא בסוגיה של סדר דין ובזימון נאשם לדיון בבקשה למעצר עד תום ההליכים".

לפנינו לכאורה סתירה בין שני חוקים. סעיף 1 לחוק העונשין קובע כי "אין ענישה אלא לפי חוק", כלומר: בלאקונה, אין ללמוד ענישה בדרכי היסק משפטיות כולל היקש. מאידך, חוק יסודות המשפט, המחייב השלמת לאקונה בהיקש אינו מסייג זאת לתחום האזרחי והמנהלי. סוגיה זו נידונה כבר על ידי שופטי העליון והם קבעו בה 'מסמרות'. השופט חיים כהן[602] קבע באופן נחרץ כי: "... ומימלא אמנם דיני העונשין יוצאים כולם מכלל תחולת חוק יסודות המשפט"[603].

ברק דן אף הוא בסוגיא זו והוא מותיר בה את רישומיו כדלקמן:

א. הניסוח שאין להקיש מהוראה פלילית חקוקה ובדרך זו לגזור נורמה פלילית חדשה אינה מדויק. הגישה הראויה הינה לקבוע כי במקרים אלו לא **קיים חסר** (המחייב שימוש בחוק יסודות המשפט, ח.ג) שכן ישנו **הסדר שלילי**. כאשר אין חסר, אין השלמה ואין מקום להיקש.

ב. על פי גישה זו, במקום שניתן לגלות חסר במשפט פלילי או בחריגים, **יש מקום** (דגש שלי, ח.ג) להשתמש בהיקש למילוי החסר.

ג. **היקש פרשני**[604] , אינו השלמת חסר בדין אלא מתן משמעות להוראה נורמטיבית בדין אחד מדין שני. בסוג זה של היקש ("ליתן משמעות שווה לאותו דיבור"), מותר על פי ברק להקיש ואף לטעון בקל וחומר גם בהוראה פלילית[605].

---

[601] השופטת מפנה למקורות הבאים כדי לתמוך בטיעונה: יורם רבין ויניב אקי **דיני עונשין** בעמ' 46-47 (2008), גבריאל הלוי , **תורת הדין הפלילי** בעמ' 411 – 438 (2011).

[602] ח כהן, "דין השיור", שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי, תשמ"ז, כרך יג, עמ' 293.

[603] הוא מבסס את דבריו על ש"ז הלר, "תחולת חוק יסודות המשפט בתחום דיני העונשין", ספר זוסמן (תשד"ם) 345 – 361.

[604] ברק, בעמ' 522 מפנה לשלזינגר, באדה, דמסקה והרצוג שעמדו על הבחנה זו.

[605] בדומה לפרשנות ש 'עונשין מן הדין' לצורכי פרשנות.

ד. "אכן, הבחנה זו בין **פירוש** לבין **היקש**, ובין **היקש פרשני** (כחלק מפרשנות) לבין **היקש להשלמת חסר** (כחלק ממילוי חסר בנורמה), היא חיונית להבנתו של חוק יסודות המשפט. חוק זה עוסק בהיקש כדין משלים ובהיקש זה בלבד, אין הוא עוסק כלל בהיקש פרשני".[606]

ניתן היה לכאורה לפתור את הסתירה בין שני החוקים (**עונשין**, ויסודות המשפט) בדרך כללית יותר, שלפיה כאשר קיימת הוראת חוק ספציפית והוראת חוק כללית – גוברת הוראת החוק הספציפית על הכללית (LEX SPECIALLS DEROGAT GENERALI). [607]

אנליזה של דברי שלושת השופטים הללו (כהן, ברק, חיות) מעלה כי פתרון זה, המנוסח באופן כללי אינו הולם במלואו לפתרון אותו הם הציעו. **ח. כהן** שכתב באופן נחרץ כי "דיני עונשין כולם יוצאים מתחום תחולתו של חוק יסודות המשפט" אינו חייב להיות בסתירה חלקית עם דברי חיות ו/או ברק שהרי הוא כתב 'דיני' עונשין, וספק אם פרטים טכניים ו/או פרשנות נכנסים לקטגוריית 'דין'. **ברק**, נאמן לשיטתו סבור כי לרוב, בהוראות הדין הפלילי אין לראות חסר, המחייב פנייה לחוק יסודות המשפט אלא 'הסדר שלילי'. אולם כאשר **החסר** מוגדר **כחסר פרשני**, מותר להקיש. מאידך, אין לעשות זאת מכוח חוק 'יסודות המשפט' משום שלשיטתו אין חוק זה עוסק בהיקש הפרשני אלא בהיקש כדין משלים. לדידו, תובנה זו "חיונית להבנתו של חוק יסודות המשפט".[608]

לעניין עבודה זו, קביעות אלו של בית המשפט העליון מחייבים את בחינת פסקי הדין בתחום הפלילי העושים שימוש בהיקש / קל וחומר, האם הם עומדים בכללים הללו שבית המשפט קבע בעצמו[609]

---

[606] שם.

[607] ח. כהן ניסח כלל זה בעברית לראשונה (המשפט, עמ' 218) ואהרון ברק אף פסק על פיו בע"פ 946/94 מדינת ישראל נ' עובד. פ"ד נח (6) 951, 959 (2004).

[608] מסקנה נגזרת אליבא דברק הינה מסקנה מעניינת. השימוש בהיקש פרשני, מותר בפלילים במצב של **חסר** על אף שזה אינו נגזר **מחוק יסודות המשפט** שהרי החוק עוסק **בדין המשלים**. המשמעות פשוטה ומתחייבת, אין צורך בהיתר ו/או בחוק כדי לעשות שימוש בהיקש (לצורכי פרשנות אמנם, גם בתחום הפלילי). בדומה למה שקבעו חז"ל כי 'אדם רשאי לדון קל וחומר מעצמו".

[609] פסקים אלו ידונו בפרק החמישי של העבודה, 'הקל וחומר בתחום הפלילי'

ב. תכלית והיקש

ב.1. הסדר שלילי, חסר, תכלית והיקש

על פי המשפט הישראלי, המבחן **לחסר** המחייב שימוש **בהיקש** שבחוק יסודות המשפט[610] הוא התכלית,[611] בשל כך יש לחקור את היחס ביניהם. **לתכלית** במשפט הישראלי תפקיד כפול. בתפקידה הראשון היא מהווה את הכוח המשפטי המרכזי העומד מול כוחו של ההיקש.[612] בתפקידה השני משמשת **התכלית** (כנ"ל) כמבחן הבלעדי לקביעה האם לפנינו הסדר שלילי או חסר. **התכלית** אם כן נמצאת מבחינת 'זמני הופעתה' גם **לפני** יצירת ההיקש, כתנאי להגדרת חסר הגורר היקש, וגם **לאחר** יצירת ההיקש, ככוח משפטי היכול לבטל את תוצאת הקל וחומר. אדון עתה בשלושה פסקי דין המתמודדים כולם בסוגיה מורכבת זו. בראשון[613] פוסק השופט עמית שאין לפנינו **חסר** ומשכך אין לעשות היקש להשלמת הדין. בשני[614] מגיעים שלושת שופטי העליון (עמית, מינץ, וילנר) למסקנה כי לפנינו מקרה של חסר המחייב היקש. במקרה השלישי[615] חלוקים שלושת שופטי המחוזי (גרוס, קובו, המר) האם לפנינו חסר או הסדר שלילי.[616] הבחינה בכל המקרים היא בחינת התכלית.

לפני הדיון בפסקי הדין, נבחן תחילה את מושג **החסר** משני היבטים.

הנשיא ברק (כתוארו אז) הצביע[617] על תשובות אפשריות למשמעות 'שתיקת החוק' (= חסר).[618]

אפ' א – "את שהחוק הסדיר במפורש, הוא הסדיר במפורש. את שלא הסדיר במפורש, הוא השאיר לאוטונומיה של רצון הפרט. על פי מובן זה, ההסדר של החוק הוא שלם, בחוק אין חסר".

---

[610] כפי שדנו בעניין לעומקו בסעיף א, בפרק זה.

[611] כפי שיוכח בדיון בהמשך.

[612] גם טיעון זה עומד לדיון בסעיף זה והוא יוכח בהמשך.

[613] בש"פ 1689/11 חיים שטנגר נ' מדינת ישראל.

[614] רעא 4962/19 לוקי בניה ופתוח בע"מ נ' דורי דנקנר.

[615] עא (ת"א) 3406/98 , יוכבד הלפרין נ' הרשות המוסמכת.

[616] הבחירה בשלושה פס"ד **שונים** מציגה תמונה מלאה ומלאת פרטים של סוגיא זו וחושפת את הקשרים המורכבים שבין חסר/הסדר שלילי, היקש ותכלית.

[617] ע"א 3622/96 א' חכם ואח' נ' קופת חולים "מכבי" פ"ד נב(2), תשנ"ח/תשנ"ט 1998, עמ' 639, סעיף א(2).

[618] כל הציטוטים הללו, מאותו מקור. ראו גם הערה קודמת.

אפ׳ ב׳ – ״את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש הוא הסדיר במשתמע. ההסדר המשתמע יכול שיהא חיובי (בבחינת ״קל וחומר״). ההסדר המשתמע יכול שיהא שלילי (בבחינת הסדר שלילי). בשני המקרים הללו, הסדר החוק הוא שלם, החוק אינו חסר״.

אפ׳ ג – ״את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש, אך הוא עשה כן באופן לא שלם. קיים חסר (לאקונה)״.

על פי הגישה הבאה קיימים ארבעה מקרים של חוסר הסדרה בחוק.

> A gap means that (1) the established law does not regulate a given case (an insufficiency gap); (2) the established law regulates the case in a logically inconsistent way (an inconsistency gap); (3) the established law regulates the case in a vague or ambiguous manner (an indeterminacy gap); or (4) the established law regulates the case in a morally unacceptable way (an axiological gap; cf. Wróblewski 1959, 299 ff.; Opalek and Wróblewski 1969, 108 ff.).

אפ׳ א – החוק הקיים אינו מסדיר מקרה נתון (אי ספיקה).

אפ׳ ב – הדין הקבוע מסדיר את המקרה באופן לא עקבי (אי עקביות).

אפ׳ ג – הסדרה מעורפלת (ערפול).

אפ׳ ד – הסדרה לא מקובלת מבחינה מוסרית (אקסיולוגיה).

את הפערים/חוסרים משלים השופט במערכת המשפט הישראלי בהסתמך על חוק יסודות המשפט, הקצר והמעורפל. בפס״ד ראשון הנ״ל, סעיף ההיקש שעליו נסוב הדיון הוא סעיף 13 לחוק חקירת חשודים האומר כך: ״המפרסם תיעוד חזותי או קולי של חקירה, כולו או חלקו, בלא רשות בית משפט, דינו מאסר שנה,..״.

הקלטת עליה נסוב הדיון אינה קלטת מן **החקירה** אלא קלטת שהוקלטה על ידי אדם פרטי אשר אינו קשור לגורמי החקירה והיא נכללת בחומרי החקירה. העורר בתיק זה ביקש כי יינתן צו איסור פרסום לקלטת זו והוא תמך את טענותיו בשלושה אדנים: (1) **סמכותו הטבועה** של בית המשפט,

(2) היקש מסעיף 13 (הנ"ל), (3) מן האיסור על פגיעה בהליך הפלילי ("סוב-יודיצה") הקבוע בסעיף 71 **לחוק בתי המשפט** (נוסח משולב) התשמ"ד 1984.

העורר אינו טוען לתחולתו הישירה של סעיף 13 הנ"ל בענייננו, משום שלשון החוק עוסקת בקלטת של **חקירה**. אבל, הוא מבקש ליצור **היקש** בין הוראת סעיף 13 לבין המצב בענייננו שעליו אין החוק מדבר. להלן מתודולוגיית הפסיקה של השופט י' עמית. תחילה קובע השופט כי "היקש הוא כלי אשר יש לעשות בו שימוש כאשר קיים **חסר חקיקתי.**[619] לאחר מכן עושה השופט שימוש בהגדרת **החסר** של אהרון ברק, הגדרה שכל השופטים במערכת המשפט הישראלי עושים בה שימוש: חסר חקיקתי (לאקונה) הוא "אי שלמות של ההסדר המשפטי הנוגד את תכליתו"[620]

"אי לכך, בטרם יפנה בית המשפט לדין המשלים ולהיקש מעניין למשנהו, עליו להשתכנע בשניים: האחד – שההסדר החקיקתי אינו נותן מענה לשאלה שלפניו, והשני – שאי שלמותו של ההסדר עומד בסתירה לתכליתה של הוראת החוק הנדונה".[621]

במקרה דנן, הפנייה אל ההיקש (כבקשת העותר) תתאפשר רק אם יוכח כי העובדה שהחוק אינו מדבר על קלטת פרטית הנמצאת בין חומרי החקירה הינה הסדר חקיקתי **שחסרונו** סותר את תכלית החוק. לכן, אז ורק אז, יוגדר עניין זה כחסר המחייב בהיקש. אבל, אין כאן כל פגיעה לדברי השופט בתכלית החוק, משום שכל תכליותיו של הסדר זה מכוונת אל קלטת חקירתית[622] . ההסדר החוקתי הקיים אינו עונה על ההגדרה שהיא "בלתי שלם, וזועק להשלמה"...[623].

---

[619] ראו אהרון ברק "החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט" (משפטים כ 234 , 304 (תשנ"א).

[620] שם, עמ' 251

[621] בש"פ 4972/07 פואז נ' מדינת ישראל.

[622] הרציונלים (=התכלית) שמנה השופט במקרה זה הם: הגנה על כבוד הנחקר, שמירה על יעילות הליכי החקירה וניהול המשפט בדרך עניינית.

[623] בש"פ 4972/07 פואז נ' מדינת ישראל.

הנה כי כן, ההיקש אותו ביקש העורר ליצור מסעיף 13 הנ"ל נדחה משום שחסרון ההסדר המוצע בלשון החוק אינו סותר את **תכליתו**.[624] **התכלית** לפי זה מנעה את ההיקש שהיה הופך להיות הכרחי לו הוגדר מצב זה כחסר.

מהי התכלית של סעיף 13 הנ"ל אליבא דהשופט עמית? איסור לפגיעה בכבוד הנחקרים, החשש לפגיעה ביעילות הליכי החקירה והאפשרות לנהל את הדיון בדרך ענייניות. "די להצביע על תכלית ההגנה על יעילותם של **הליכי חקירה**, כדי להמחיש את הקושי בנסיון להקיש בין הוראת סעיף 13 לבין המקרה דנן. משלא בענייני חקירה עסקינן".

יושם לב,[625] התכלית אותה בחן השופט היא תכלית סעיף 13 כלומר תכלית **המלמד**, התכלית של החוק ממנו מבקשים ללמוד את ההסדר החדש (= קלטת שאינה קלטת של החקירה). חסרונו של הסדר משפטי הדן בקלטת שאינה קלטת **חקירה** אינה נוגדת את תכלית ההסדר הנלמד מסעיף 13, משום שתכלית זו עוסקת בעיקר ביעילות הליכי החקירה, ואילו ההסדר החדש אינו עוסק בכך כלל. הביטוי **נוגד את תכליתו** שבהגדרת אהרון ברק אינו מדויק לתיאור מצב זה. הביטוי הנסוב על ההסדר החוקתי הקיים – "בלתי שלם וזועק להשלמה" הולם יותר לתיאור החסר. בניסוח פוזיטיבי ניתן לתאר את החסר באופן מובן יותר – ההסדר החוקתי הקיים, **שלם ואינו זועק להשלמה** בשל ההסדר החוקתי החדש המוצע. הואיל וכך, אין כאן מצב של חסר המחייב היקש. כך או כך, קביעה משפטית זו התאפשרה בשל מבחן **התכלית,** שבמהותה, לפחות במקרה זה, הינה פעולה פרשנית של השופט.

במקרה השני הנ"ל נדחתה בקשת המבקשים לסלק על הסף תביעה לצד ג' אשר הוגשה נגדם בגין סכום של 1.5 מ"ש. הדיון נסב אודות השאלה האם בית המשפט המחוזי מוסמך לדון **בהודעה לצד שלישי** אשר הסכום הנתבע במסגרתה נמצא בגדרי סמכותו העניינית של בימ"ש השלום. בית המשפט העליון, מפי השופטת וילנר ובהסכמת השופטים עמית ומינץ נתן רשות לערער ודחה את

---

[624] מובן כי כאן מתעוררת השאלה בדבר הדרך לדעת את תכליתו של החוק. בסופו של דבר, במקרה דנן, זהו מעשה פרשני הנגזר מלשונו של החוק. על היבט זה (פרשנות ותכלית) יערך דיון בהמשך.

[625] בעיקר לצורך הדיון במקרים הבאים.

הערעור. מתודולוגיית הפסיקה של השופטת וילנר היתה כדלקמן. המסגרת הנורמטיבית שבה מתקיים הדיון הם סעיפים 5(א)(2) ו 40(1) **לחוק בתי המשפט**, המגדירים את הסמכות העניינית של בית משפט השלום (2.5 מ״ש) ובית המשפט המחוזי (כל עניין שאינו בסמכות השלום) בהתאמה. לבית המשפט המחוזי נתונה סמכות שיורית על פי חוק בתי משפט, לדון בכל עניין אזרחי או פלילי אשר אינו מצוי בסמכותו העניינית של בית משפט השלום. ברם, המחוקק אינו מזכיר כלל את **הליך ההודעה לצד שלישי** וממילא אינו קובע מהי הערכאה לה נתונה הסמכות העניינית, ובמקרה דנן, כאשר התביעה העיקרית מצויה בסמכות בית המשפט המחוזי (מעל 2.5 מ״ש) ואילו שווי ההודעה לצד ג׳ (נמוך מ 2.5 מ״ש) נתונה לכאורה לסמכות בית משפט השלום.[626]

בשלב הבא, מציגה השופטת את העובדה כי שתיקתו של החוק בעניין **הודעה לצד ג׳** לא מתקיימת באשר להליך אחר – **תביעה שכנגד**. על הליך זה (תביעה שכנגד) מציין החוק, כי לבית המשפט[627] המחוזי סמכות לדון על אף שהיא נמצאת בסמכות בית משפט השלום. ׳שתיקת החוק׳ (=לאקונה) בעניין **הודעה לצד שלישי** הוא מקור המחלוקת בין הצדדים. המבקשים טוענים כי יש להבין שתיקה זו **כהסדר שלילי**, שלפיו ביקש המחוקק לקבוע את הסמכות העניינית לדון בהודעת צד ג על פי **שווי ההודעה** וללא קשר לערכאה בה מתבררת התביעה העיקרית. הנתבעים רואים בשתיקה זו **חסר** אותו יש להשלים כנאמר ב**חוק יסודות המשפט.**

השופטת קבעה כי לפנינו **חסר** ולא **הסדר שלילי**, וזאת ״לנוכח לשון התקנות המסדירות את הליך ההודעה לצד שלישי, והתכליות הדיוניות שביסודן, והן נוכח תכלית כללי הסמכות העניינית בחוק בתי המשפט״.[628]

על פי ניסוח זה השופטת נזקקת לשלושה נימוקים להוכחת החסר:

האחד – **לשון** התקנות המסדירות את הליך ההודעה לצד ג.

---

[626] השופטת וילנר כותבת בסעיף 12, כי ניתן היה להשיב על שאלה זו בפשטות לו ניתן היה להוכיח כי **הודעה לצד שלישי** אינה באה בגדר **תביעה**, כאמור בסעיף 51(א)(2) **לחוק בתי המשפט.** היא לא ראתה צורך להידרש לשאלת גדריה של **תביעה**, שכן בין כך ובין כך, גם אם **הודעה לצד שלישי** תוגדר **כתביעה** תוביל מסקנה זו לפסיקה כי הסמכות בעניינות לדון בהודעה זו תהא נתונה לסמכות הדנה בתביעה העיקרית, שזה נושא דיוננו זה.

[627] **חוק בתי המשפט** מחריג את הליך **התביעה שכנגד** בכמה סעיפים; סיפה של 40(1), סעיפים 51 (א) (2), 40(1).

[628] שם, סעיף 18.

השני – התכליות הדיוניות שביסודן.

השלישי – תכלית כללי הסמכות העניינית בחוק בתי המשפט.

כיוון שעל פי הגדרת א. ברק, שני הנימוקים הראשונים הם רק בבחינת 'תנא דמסייע', אתמקד בנימוק השלישי – "תכלית כללי הסמכות העניינית בחוק בתי המשפט'. **התכלית** לדעתה שבבסיס חוק בתי המשפט הינה – "פשטותם של כללי הסמכות העניינית, וביעילות הדיונית הנובעת מסיווג מהיר של כל תובענה ותובענה"[629]. לאחר דיון בסעיף זה, מגדירה השופטת את '**תכלית העל**' שביסוד ההודעה לצד שלישי כ-**יעילות דיונית**.[630]

היבטיה העיקריים של **יעילות דיונית** זו הם כדלקמן: "מתאפשרת הכרעה בעניינם של כלל הנוגעים למסכת עובדתית אחת",[631] "הליך ההודעה לצד שלישי תורם לחיסכון בעלויות הצדדים ובמשאבי המערכת השיפוטית"[632] וכן "פיצול דיוני... עלול להביא להכרעות סותרות בין ערכאות"[633]

עתה, לאחר שהוכנה התשתית לטיעון העיקרי, היא מנסחת אותו כך:

> "מן האמור עד כה אנו מוצאים כי **הן לשון** התקנות המסדירות את הליך ההודעה לצד שלישי והן **תכלית** היעילות הדיונית שביסודו, מלמדות על מהותה של ההודעה לצד שלישי כהליך נלווה לתביעה העיקרית ועל החשיבות לדון בהם במאוחד.[634] **תכלית חשיבה זו תאויין** (הדגש שלי, ח.ג), הלכה למעשה, אם הדיון בתביעה העיקרית ובהודעה לצד שלישי יפוצל בין ערכאות שונות ובכך תיפגע אף תכלית **היעילות הדיונית** (הדגש שלי, ח.ג) העומדת בבסיס כללי הסמכות העניינית הקבועים בחוק בתי המשפט.

---

[629] ראו את דברי השופט גרוניס בנדון בע"א 2846/03 אלדרמן נ' ארליך, פ"ד נט(3) 529, 535 -536 (2004).

[630] להוכחת מסקנה זו מפנה השופטת אל רע"א 5150/02 וינברג נ' ביילס, פ"ד נח (2) 205, 211 (2003), וכן למקורות נוספים.

[631] שם, סעיף 28,

[632] שם, סעיף 29

[633] שם, סעיף 30

[634] שם, סעיף 31

על כן אני סבורה כי לא נכון יהיה לפרש את שתיקתו של **חוק בתי המשפט** ביחס להליך ההודעה לצד שלישי כהסדר שלילי, וכי יש לראות בשתיקה האמורה **כחסר** אשר ניתן להשלמה באמצעות הכללים הקבועים לכך בחוק"[635]

לפני שנדון בהיקש עצמו, נדון עתה בתהליך שהוביל למסקנה כי לפנינו חסר.

בשלב א - נקבע כי התכלית בכללי הסמכות העניינית בחוק בתי המשפט הינה **תכלית יעילות דיונית.** זוהי תכלית החוק לו היא מייחסת חסר.

בשלב ב' – היא קובעת כי **'תכלית העל'** שביסוד הליך ההודעה לצד שלישי הינה אף היא **יעילות דיונית.**

בשלב ג' – היא מוכיחה מדוע **היעילות הדיונית** הינה **תכלית העל** שביסוד ההודעה לצד שלישי.

בשלב ד – היא קובעת כי **'תכלית העל'** (בהודעה לצד שלישי) **תאויין** (הדגש שלי, ח.ג) אם **ההודעה לצד שלישי והתביעה העיקרית** יידונו בערכאות שונות.

בשלב ה' – היא קובעת, כי אם שלב ד יתקיים, "תיפגע אף תכלית היעילות הדיונית העומדת בבסיס כללי הסמכות העניינית הקבועים **בחוק בתי המשפט".**

בשלב ו - היא קובעת: "... וכי יש לראות בשתיקה האמורה כחסר, אשר ניתן להשלמה באמצעות הכללים הקבועים לכך בחוק".

נמצאנו למדים כי:

א. היישום של הגדרת אהרון ברק להגדרת **חסר** המתקבלת לצורכי היקש, קרי: "אי שלמות של ההסדר המשפטי הנוגד את תכליתו", הינה הגדרה מורכבת ורבת שלבים. המורכבות נובעת בעיקר בשל המילה **תכליתו**.

ב. כדי ליצור מצב של חסר בעניין הרלוונטי **בחוק בתי המשפט**, בחנה השופטת לעומק את **התכלית של החוק וגם** את התכלית של **הודעה לצד שלישי** (=ההסדר החסר), ויצרה ביניהם יחס של חיבור משפטי חזק ביותר, באופן שאת האחד, דווקא את **תכלית** החוק החסר, היא כינתה בשם 'יעילות דיונית' בסתם, אולם את תכלית **ההודעה לצד שלישי** היא כינתה "**תכלית על**" (של יעילות דיונית).

---

[635] שם, סעיפים 32.31.

במקרה הראשון ראינו כי כדי לפסול את אפשרות החסר, די שנבחן את השאלה, האם ההסדר החדש משלים את תכלית החוק החסר, מבלי לבחון את תכליתו שלו. זוהי מסקנה משמעותית ברמת הפרקטיקה המשפטית. בקצרה, האם כדי לשלול חסר די בבחינת השאלה האם ההסדר החדש המוצע משלים את תכלית החוק החסר גם בלי לבחון את תכליתו. כדי לקבוע כי **לפנינו חסר**, יש לבחון גם את **תכלית** החוק החסר וגם את תכלית ההסדר **החסר** ולהיווכח כי היחס ביניהם הוא יחס חיובי של השלמה משפטית חזקה והכרחית.

ג. במקום הביטוי "סותר את תכליתו" שבהגדרת א. ברק לחסר, מתנסחת השופטת וילנר באופן יותר נחרץ: "תכלית זו **תאויין**, לא רק **ניגודיות** יש כאן אלא **איון** של ממש". אבל **האיון** לא של תכלית החוק הנדון.

השופטת יוצרת מעין, 'תגובת שרשרת' משפטית. אם הדיון **בתביעה העיקרית ובהודעה לצד שלישי** יפוצל בין ערכאות שונות, תכלית **ההודעה לצד שלישי תאויין**, וזו בתורה, **תיפגע** בתכלית **היעילות הדיונית** העומדת בבסיס כללי הסמכות העניינית **הקבועים בחוק בתי המשפט. הפגיעה** בתכלית החוק החסר בלשונה, היא **הסתירה** בלשונו של ברק.

במקרה השלישי כנ"ל, **חולקים** שני שופטים מחוזיים בשאלה האם לפנינו **חסר** או **הסדר משפטי.** השופט גרוס (כמן ועדת העררים) סבור כי בסעיף 4א לחוק **נכי רדיפת הנאצים תשי"ז-1957** , המילים **הכנסה נוספות**, מהוות **חסר** בשל חוסר בהגדרה מהי הכנסה נוספת. סעיף זה קובע כי "נכה נצרך שדרגת נכותו אינה פחותה מ 50% **ואין לו הכנסה נוספת**", ישולם לו תגמול בשיעור הקבוע בסעיף.

השופט מצדיק את הפנייה ל"חוק סוציאלי דומה אחר" **(תקנות הבטחת הכנסה, התשמ"ב – 1982)** על דרך ההיקש והאנלוגיה, כמתבקש מהגדרת המושג 'הכנסה נוספת' כחסר. השופט הנכבד מצטט כל ציטוט אפשרי מאהרון ברק ומן הפסיקה באשר למתודולוגיית הפסיקה במצב של חסר אבל אינו משיב על השאלה, מדוע לפנינו **חסר** בהסתמך על הגדרתו של א. ברק המצוטטת על ידו! יתר על כך, הוא מתייחס לעניין **התכלית** המוצגת בהגדרת החסר, במשפט אחד, קצר ותמוה! וכך הוא כותב!

"הדברים האמורים יפה כוחם לענייננו, בצדק רב מציינת הוועדה כי "לא יעלה על הדעת כי אדם שאין לו די לקיומו הוא, יעניק לבנו במתנה את כל חסכונותיו ולאחר מכן יטען – 'נצרך אנוכי'... ואכן, לאור תכלית זו של החוק ניגשה הוועדה לבחינת הסוגיא... בכך מצאה פתרון ראוי והולם, אשר מצד אחד מונע את התוצאה לפיה תהא התעלמות מהכנסה נוספת של נכה נצרך, אך ורק על שום שהעבירה לאחר, תוצאה שאינה עולה בקנה אחד עם תכלית ומטרת החוק..."

ממלים סתמיות אלו, לא ברור מהי התכלית ועוד יותר לא ברור, כיצד חסרונה של הגדרת 'הכנסה' מנוגדת לתכלית החוק!

בנגוד אליו, השופט המר (ובעקבותיו השופט קובו), 'תופס את השור בקרניו', כלומר: הוא דן במבחן העיקרי להגדרת חסר, וכך הוא כותב:

"האם ניתן לומר שהעדר הוראה הדנה בהעברת נכס ללא תמורה (=זה המקרה דנן, ח.ג), בזמן כלשהו בעבר, מהנכה לבן משפחה, מובילה למסקנה שההסדר המשפטי, החל על נכי רדיפות הנאצים "זועק להשלמה" או נוגד את תכליתו של ההסדר בעניינם? לדעתי, בודאי שלא".

יושם לב, גם השופט המר אינו מגדיר את **התכלית בחוק רדיפות הנאצים**, אבל הוא בטוח כי דין צדדי (העברת נכס ללא תמורה לבן משפחה) אינו יכול להיות "חסר הזועק להשלמה". יותר מכך, הוא 'קורא תיגר' על מתודולוגיית השפיטה של השופט גרוס:

"הפניה להסדר משפטי אחר על דרך ההיקש.. הוא השלב השני בטיפול בלאקונה. רק לאחר שבית המשפט הגיע למסקנה כי קיים חסר **הזועק להשלמה** משום שהחסר נוגד את תכליתו של ההסדר המשפטי, רק אז... , ואילו כאן, נראה לי, התהפכו היוצרות, תחילה ראתה המשיבה בהסדר המשפטי של הבטחת הכנסה (המקור המלמד, ח.ג), הוראה, שהיא סבורה שטובה וראויה היא להמצא גם בהסדר המשפטי של נכי רדיפות הנאצים – ולצורך אימוצה ענין לנו, כביכול, בלאקונה (עובדה: ההוראה הזו "חסרה" בהסדר המשפטי של נכי רדיפות הנאצים, משמע קיימת לאקונה)".

השופט, מפנה את חיציו המושחזים לעבר המשיבה, אבל ברור כי דבריו מכוונים בעיקר לשופט שקיבל והצדיק את טענות המשיבה. נמצאנו למדים כי מתודולוגיית הקביעה של 'חסר' ברמה הפרקטית אינה דבר של מה בכך. עיקר הבעייה שהצביע עליה השופט המר בביקורתו הנוקבת היתה התעלמות השופט גרוס מתכלית החוק, דהיינו בחינת הדין המצוי. השופט המר אף ציטט את אהרון ברק שחשש ממצב זה בכותבו "אי שלימותו של ההסדר אינה נקבעת על פי בחינתו של משפט **רצוי**: השאלה אינה מהו ההסדר הטוב שיש לשאוף אליו. אי שלימותו של ההסדר נקבעת על פי בחינתו של המשפט המצוי[636]

עד כה דנתי **בתכלית** כנתון מבלי להיכנס ל'עובי הקורה' בשאלות מקורותיה, סוגיה ועוצמתה של התכלית במשפט הישראלי. לאלו יוקדש הסעיף הבא.

ב.2. מורכבות 'סביבת' התכלית כמדד להיקש.

ההיקש לא נמצא רק בזיקה ישירה אל **התכלית** ו/או אל חסר/הסדר שלילי. המציאות המשפטית מורכבת בהרבה, וההיקש הוא רק אחת מחוליותיה.[637] מתודולוגיה משפטית שלימה העוסקת בהשלמת חסר, אפשר והיא תבחן שלבים רבים עד לפעולת ההיקש ובכללם דיון ב: הסמכה מפורשת של החוק, לשון החוק, השפעתם של חוקי יסוד, סוגי תכליות, ועוד...

אבחן דוגמה אחת למהלך כזה, תוך חלוקתו לשלבים[638] מתודולוגיים כדי שניתן יהיה לבחון את טיב הקשר בין שלב לשלב ובמיוחד את מקומו של ההיקש בין שלבים אלו. במקרה דנן[639] בג"צ בראשות כבוד הנשיאה ביניש דן בשאלה האם רשות המיסים ואחרים רשאים לגבות מס מחייבים באמצעות

---

[636] ברק, פרשנות, עמ' 461-462

[637] מפאת אופייה של עבודה זו, נבדקים האינטרקציות בין 'הישויות' המשפטיות הללו כמו במעבדה בה מבודדים משתנים לצורך חקירתם. אבל במציאות המשפטית של חיי היום יום העניין יותר מורכב כפי שיוצג בגוף העבודה.

[638] אפילו מעט מלאכותיים.

[639] בג"צ 6824/07 ד"ר עדאל מנע ואחרים נ' רשות המיסים ואחרים.

עיכוב החייבים במחסומי דרכים. לטענת המשיבים המקור העיקרי לגביית מס בדרך זו הינו פקודת המיסים (גביה) המעניקה סמכות מפורשת לעיקול מיטלטלין של חייב בכל מקום שבו הם מאותרים. לטענתם, את הסמכות לעקל מיטלטלין של החייב בשטח ציבורי ניתן להסיק על דרך של קל וחומר על פי הוראת סעיף 5(1) לפקודה. השופט פוגל שכתב את הפסק לו הסכימו חבריו, יוצר מתודולוגיה שיפוטית מורכבת כדלקמן:

שלב א – עיקרון חוקיות המנהל

בעוד שהפרט "חופשי לעשות ככל שתאבה נפשו, כל עוד לא נכבלו ידיו על ידי הדין (...), עיקרון הפוך חל על הרשות המנהלית, לגביה מה שלא הותר היא בבחינת איסור".[640] על ההסכמה במקרה דנן להיות **ברורה**, **מפורטת ומפורשת** בחקיקה.[641]

שלב ב' – האם היתה כאן חריגה מסמכות?

לטענת המשיבים הוראת סעיף 5 לפקודה באה להוסיף על סמכותם של גובי המס והיא לא"שוללת את הסמכות **הכללית** (הדגש במקור, ח.ג) של הרשות המינהלית לפעול ברשות הרבים". השופט קובע, כי טיעון זה אינו נכון. גבייה במחסום דרכים אינה יכולה להישען על "סמכות כללית" ובלא הסמכה ברורה, זה עומד בסתירה חזותית לעקרון חוקיות המינהל.

שלב ג' – היחס **לסמכות המפורשת** של המשיבים

המדינה (=המשיבים) טענה כי הסמכות המפורשת נלמדת מן הסמכות הכללית על דרך של קל וחומר והיא בבחינת "מרובה המחזיק את המעט". השופט אינו מתייחס כלל לתוכנו ו/או תקפותו של ההיקש. במקום זה הוא כותב: "נוכח דברינו שלעיל, כי לכלל הפסיקתי בדבר הסמכה ברורה ומפורשת, יש ליתן פרשנות גמישה ו"הקשרית".. . מידת דווקנותה של ההסמכה המפורשת תיגזר מן החשיבות היחסית של הזכות הנפגעת, מידת הפגיעה בה, תכלית החוק ומכלול הסיבות..".

---

[640] ברוך ברכה, **משפט מנהלי** 36 (כרך ראשון, 1997); בג"צ 36/51 תם נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד ה(2) 1553, 1557 (1951). עקרון זה אף מגשים תכלית דמוקרטית שכן הוא מחייב כי החלטות הנוגעות לסמכויות השלטון יהיו מבוססות על חוק שהתקבל ברשות מחוקקת נבחרת.

[641] הדרישה לסמכות מפורשת וברורה בחוק קדמה לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אך זכתה לביסוס נוסף עם חקיקתו. גם המונח "מפורשת" המתייחס לאופי ההסמכה זוכה לטיפול מפורט של השופט, ובקצרה , פגיעה אפשרית (הכתובה בחוק) תהיה באפשר רק **מכח הסכמה מפורשת.**

כדי לבחון, האם המהלך של המדינה יצר אומנם **סמכות מפורשת** הנדרשת על פי **עקרון החוקיות**, נוקט השופט במהלך **פרשני** ארוך באופן יחסי.[642]

שלב ד' – לשון ותכלית

השופט בוחן את לשון החוק כפרשן ומחיל על ניתוח לשוני זה את הכלל המוכר: "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון"[643] כלומר: למילות החוק ינתנו רק משמעויות ממתחם האפשרויות שהמלים יכולים לשאת מן הבחינה הלשונית. פרשנות הנעדרת כל עיגון לשוני אינה יכולה להתקיים. מן האפשרויות, תיבחר זו המגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה. אפשרות זו היא משמעותה המשפטית של הוראת החוק. הפרשן חייב ליתן דעתו להבחנה שבין תכליתו **הסובייקטיבית** של דבר החקיקה (מטרתו המקורית של המחוקק) לבין התכלית האובייקטיבית (כוונת השיטה המשפטית).[644] "לשון החוק בענייננו אינה כוללת כל התייחסות לאפשרות של עיקול מיטלטלין המצויין ברשות הרבים", כך קובע השופט פיגלמן.

שלב ה – האם קיים כאן הסדר שלילי או חסר?

"האם מהיעדר התייחסות לגבייה ברשות הרבים יש ללמוד על קיומו של הסדר שלילי?.. . האם היעדרה של התייחסות מפורשת מלמדנו כי ניתן ללמוד על קיומה של סמכות על דרך ההיקש, או בבחינת קל וחומר"? כדי להשיב על שאלה זו נזקק השופט (כמו כל שופטי ישראל הדנים במקרה דומה, ח.ג) לתורה הפרשנית של א. ברק הקובע כי: "ייתכן ומתוך תכלית החקיקה עולה בבירור כי היסק כזה אינו אפשרי". את המשמעויות של עמדות שני הצדדים מבקש השופט להכריע בבחינת **התכלית** שעמדה ביסוד חקיקת החוק.

שלו ו' – רכיב התכלית הסובייקטיבית

את התכלית הסובייקטיבית מזקק השופט מתוך דברי ההסבר להצעת החוק. הוא רואה בזאת, מקור מרכזי לגילוי התכלית הסובייקטיבית. הוא מגלה כי התכלית הזו הינה "הרחבת מתחם האפשרויות והאמצעים העומדים בפני גורמי הגבייה בבואם לממש את חוב המס". אשר על כן, הוא אינו מוצא כי האפשרות להוסיף לסמכות זו גם את גביית המס ברשות הרבים. מה שמשתמע מכך

---

[642] במעין מאמר מוסגר קובע השופט כי ההלכה אינה מבחינה היום בדרכי הפרשנות בין חוקי המס לחוקים אחרים. והוא מפנה לתקדימים תומכים.

[643] ראו ע"א 1900/96 טלמצ'יו נ' האפטרופוס הכללי.

[644] א. ברק, פרשנות תכליתית המשפט, 195

הוא כי אין לפנינו 'חסר הנוגד את תכלית החוק' ולכן, אין כאן מקום להיקש.[645] עם זאת, הוא כותב: "... מאידך גיסא, לא ניתן לזהות התייחסות קונקרטית נוגדת לנושא", ובשל כך, יש לפנות אל בחינת התכלית האובייקטיבית.

שלב ז' – בחינת התכלית האובייקטיבית

את התכליות האובייקטיביות גוזר השופט מתוך "כוונות השיטה המשפטית" המצויים לרוב בפסקי בג"צ השונים. כך הוא מוצא כי התכליות הם: צדק חברתי, צדק חלוקתי, שוויון מהותי, אופיה של מדינת רווחה, זכות האדם לכבוד, שלטון החוק ואכיפת החוק.[646] תכליות נוספות (הזכות לפרטיות, חופש התנועה, זכות טיעון, הליך הוגן וגישה לערכאות) נגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

שלב ח' – גיבוש התכלית הסופית

הטכניקה לדבריו הינה "איזון בין התכליות השונות". המסקנה הינה: "... המשיבים פוגעים פגיעה ממשית באגד של זכויות... עצמת הפגיעה בזכויות הינה רבה וניכרת והיא שונה באופן מהותי מהפגיעה הנגרמת לפרט במקרה של עיקול בחצריו – הסמכות שממנה ניסו המשיבים לגזור את הסמכות להפעיל סמכויות גבייה בדרך של קל וחומר... קשה לעמוד על הגיונה של טענת "הקל וחומר", מקום שהפגיעה בפרט במקרה של הפעלת הסמכות נושא העתירה מצויה במישורים נוספים והעוצמה גבוהה יותר ביחס לסמכות שממנה מבקשים להקיש".

שלב ט' – סוף דבר

"מצאנו כי הפעלת סמכויות של גבייה מנהלית במחסומי דרכים ... פוגעת בזכות לכבוד, בזכות לפרטיות, בחופש בתנועה ובזכות להליך הוגן ולגישה לערכאות".

תמצות השלבים הנ"ל הינו כך:

שלב א – הסמכות חייבת להיות מפורשת בהתבסס על עקרון 'חוקיות המנהל'.

שלב ב – גבייה במחסום דרכים אינה יכולה להישען על 'סמכות כללית'.

---

[645] זו מסקנתי והיא אינה מפורשת בדברי השופט, אם כי, משתמעת. ראו סעיף קודם בפרק זה.

[646] אגב דיון זה, השופט מבחין בין **חזקת התכלית** לבין **התכלית** עצמה, הבחנה שאיני רואה לנכון להביאה בגוף העבודה כי היא אינה תורמת לפרשנותי מאומה.

שלב ג׳ – היחס אל הסמכות המפורשת של המשיבה צריך להיבחן בדרך פרשנית.

שלב ד׳ – בחינת הלשון של החוק, האם היא ׳מכילה׳ את הטיעונים של שני הצדדים. התשובה – חיובית.

שלב ו – בחינת התכלית הסובייקטיבית, כמענה לשלב קודם. אין הכרעה בשלב זה.

שלב ז׳ – בחינת התכלית האובייקטיבית. בחינת **התכליות** הנגזרות מתקדימים ומחוקי יסוד.

שלב ח – גיבוש התכלית הסופית (= ״איזון״) וקביעה כי הפגיעה בזכויות (בעיקול ברשות הרבים) שונה באופן מהותי מן הפגיעה ברשות הפרט כך שלא יכולים להיווצר ביניהם יחסי קולא/חומרא.

שלב ט - סוף דבר, דחיית העתירה.

שלבים א – ג , הם שלבים מקדימים לפני ביצוע ההליך הפרשני. מטרתם הינה להכין את הקרקע לקראת הדיון **בתכלית** החוק. השלבים הללו מבהירים ומצדיקים את המתודולוגיה השפיטתית של השופט וממקדים את הדיון בשאלת הסמכות המפורשת.

שלבים ד – ח הינם עיקר הדיון, והם דנים בסוגי **התכלית** המצויים בבסיס החוק **ובאיזונם.**

ההיקש של המשיבים מתוך לשון החוק הדנה בחדרי הנושים לבין תפיסת רכבו ברשות הרבים, הוא **החוליה** המרכזית בטענת המשיבים. הקל וחומר אותו יצרו, יוצר את **הסמכות המפורשת** לטענתם מתוך לשון החוק. במהלך המורכב ובקביעת האיזונים של כל **התכליות** יצר השופט בסופו של דבר **פירכא** לקל וחומר[647] ובזה נמצא עיקר טיעונו.

בדוגמה הקלאסית הזו, **ההיקש** ׳מתחבא׳ בתוך שלל הכללים, המונחים, הזכויות והתכליות עד כדי האפשרות להתעלם מקיומו. אבל זו אינה מסקנה נכונה, האריכות של הדברים, הציטוטים הרבים והשיקולים הרבים נועדו בסופו של דבר לענות על השאלה המרכזית, האם בשיטת המשיבים קיימת או לא קיימת ׳הסמכה מפורשת׳? אין ספק כי על שאלה זו ענו המשיבים בחיוב בהסתמכם על **הקל וחומר** ורק על **הקל וחומר.** הוצאת טיעון **הקל וחומר** משלב הדיון, תאיין את כל הדיון הזה. זאת

[647] הוא כותב זאת במפורש בשלב ח: ״... כך שלא יכול להיווצר ביניהם יחסי קולא/חומרא״.

ועוד, מן הסעיף הקודם למדנו כי **התכלית** היא המדד לקביעת החסר המחייב היקש. מסעיף זה עולה, כי מדד זה לקביעת החסר, מורכב ומהווה את עיקר פסיקתו של השופט.

ב.3. תכלית והגדרות[648]

על תכלית דבר החקיקה ניתן ללמוד ממקורות שונים המוכרים במשפט הישראלי ככלי עזר לפרשנות החוק על פי דברי א. ברק[649]. על מקורות אלו נמנים בין היתר לשון דבר החקיקה, מיקומו בחוק, והשתלבותו בהוראות חקיקתיות אחרות הנוגעות לעניין, הקונטקסט וההיסטוריה החקיקתית. מקורות אלו בשיטת ברק יכולים ללמד על התכלית האובייקטיבית והסובייקטיבית של החוק.[650] ענייננו כמובן בלשון החוק אך בעיקר בסעיף ההגדרות.[651] על אף חשיבותו של נושא זה (=חקירת ההגדרות בחקיקה) הוא "כמעט לא זכה לדיון אקדמי נרחב במחקרים בישראל".[652]

לעתים, מצויות בחוק הגדרות אחדות למונח אחד, אבל הגדרה המופיעה בחוק יפה כוחה רק לאותו חוק. מונח זהה יכול להתפרש בצורות שונות בדברי חקיקה שונים.[653] "אין חזקה שמונחים זהים המופיעים בחוקים שונים מלמדים על משמעות זהה, אבל קיימת חזקה שמונחים זהים המופיעים בחוקים בעלי **תכלית** (הדגש שלי, ח.ג) זהה (IN PARI MATERIA) נושאים משמעות דומה (ברק, תשנ"ג: 601 – 603 , ראו גם בג"צ 95-7029)"[654] חזקה זו מציבה את **התכלית** כגורם המלמד על משמעות זהה על אף השוני במונחים.

---

[648] יושם לב, הדיון בסעיף זה אינו קשור במישרין ליחס בין **הגדרות והיקש**, נושא בו אדון בהמשך בסעיף ה. כיוון שבסעיף זה אני דן ביחס שבין **התכלית להיקש**, אני מרחיב את היריעה גם ליחסים שבין **תכלית להגדרות** (ובהמשך גם בין **תכלית לפרשנות**), כדי להציג תמונה מליאה וקוהרנטית.

[649] בג"צ 4169/90 זידאן נגד שר העבודה והרווחה, פ"ד מז (2) 147 , 160 – 161 (1993).

[650] ראו את האיור המפורסם של א. ברק בתורת הפרשנות, פרק רביעי, עמ' 151.

[651] אדון בלשון החוק בסעיף הבא, תכלית ופרשנות.

[652] יניב רזנאי, '**כשהמחוקק אומר "דג" – למה הוא מתכוון? על חשיבותן של ההגדרות בחקיקה**', עיונים בשפה וחברה (2-1)5 , 2012, עמ' 108. להלן רזנאי.

[653] ראו: ע"א 480/79 , א' טרגר נ' גובה המכס בירושלים, ירושלים, פ"ד לה(2) 303, 306. וכן, בג"צ 6032/94 רשת – חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד נא (2) 790, 808, 809 (1997).

[654] רזנאי, עמ' 109, סעיף 2.

בסדרת פסקים ומאמרים התקבעה האמירה כי כוחה של **התכלית** גוברת על כוחה של ההגדרה כאשר נוצר 'עימות' משפטי ביניהם, זאת, מבית מדרשו של א. ברק. כך אנו מוצאים, לדוגמה[655] בדיון אודות המונחים 'עובד ציבור' ו'עובדי הפרטה' את המדינה טוענת "כי ההבדלים בהגדרת המונח בענפי משפט שונים מתחייבים מן התכליות השונות העומדות ביסוד כל אחד מענפי המשפט".

המקור לכל הנ"ל הם דברי ברק בפסקיו ובספריו. להלן מקור מרכזי המבאר גם את המהות וגם את הפרקטיקה:[656]

> "מבין המשמעויות הלשוניות שדיבור בחוק סובל, יש לבחור באותה משמעות, המגשימה את **תכלית** (הדגש שלי, ח.ג) החקיקה..." דוגמה מבהירה את העניין נמצאת במאמרו הנ"ל של רזנאי.[657] החוקר דן בשאלה מהי הגדרתו של "דג"! הגדרה זו הכרחית לדוגמה במקרה והמחוקק אוסר מכסות דיג מסוימות בים. דייג המואשם בעבירה זו יטען להגנתו כי עסק בדיג לוויתנים והלוויתן אינו **דג** אלא **יונק**. פרשנות זו עשויה לכאורה להביא לזיכויו של הנאשם ללא הגדרה מדויקת של **דג.** "עם זאת, נניח שבעת חקיקת החוק היתה זו האמונה האוניברסלית וזו של המחוקקים עצמם, כי לוויתן הוא דג, **ותכלית החוק** (הדגש שלי, ח.ג) כפי שעולה ממסמכים שונים, היתה למנוע הכחדת זנים שונים של חיות מים, לרבות לוויתנים, הרי פרשנות בהתאם לכוונת המחוקק ולתכלית החוק תביא להרשעתו של הנאשם"[658]

אכן, דוגמה זו מבהירה את כוונתו של א. ברק בקובעו כי "ההגדרה החקיקתית היא כלל פרשנות מדומה".[659] זאת ועוד, רזנאי טוען כי [660]: "אם יישום מכני של הגדרה לאורך דבר החקיקה יוביל

---

[656] תורת הפרשנות, תכונות הפרשנות, עמ' 123, וכן בג"צ 267/88 רשת כוללי האירא נ' בית משפט לעניינים מקומיים.

[657] רזנאי, עמ' 112.

[658] שם.

[660] שם.

לחוסר הרמוניה בולט או לסיכול תכליתו הברורה של דבר החקיקה להוראת חוק מסוימת, רשאי בית המשפט לסטות מן ההגדרה בפרשנותו של המונח שבמחלוקת".

רזנאי, מציג במאמרו מס' פסיקות שמתוכם עולה כי בית המשפט מבצע שינוי בהגדרה מתוך ההקשר החקיקתי. "כיוצא בזה קבע בית המשפט העליון כי יש לפרש את ההגדרה של הקרקע כ"קרקע חקלאית" לצורכי פטור ממס, כדי שהפטור לא יחול על קרקע ששונה ייעודה לבנייה, הגם שזו עדיין מוכרזת "קרקע חקלאית", לאור **תכלית** (הדגש שלי, ח.ג) חוק מס רכוש"[661]

הנה כי כן, ההגדרות הכל כך נחוצות לשפיטה באשר היא, 'כורעות ברך' בפני **התכלית** של החוק המדובר או של חוק אחר רלוונטי לדיון כמו בדוגמה האחרונה. היוצא מכך, גם **ההיקש** שאינו מוגדר **בחוק הפרשנות,** וגם אם היה מוגדר, לא היה עומד לו הגיונו האוניברסלי מול תכליתו של החוק.

ב.4. תכלית ופרשנות לשון החוק

קצין ממונה או בית המשפט מוסמכים להטיל ערובה ולקבוע תנאי שחרור בערובה לחשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום. סעיף 58 **לחוק המעצרים** מסדיר את תוקפם של הערובות והתנאים שהוטל על החשוד, וזו לשונו:

(א) הערובה ותנאי השחרור בערובה יתבטלו אם לא יוגש כתב אישום נגד החשוד בתיק 180 יום, ואולם בית המשפט רשאי, בתוך תקופת הערובה, להאריך אותה ואת תנאיה, לתקופה נוספת שלא תעלה על 180 ימים, אם הוגשה בקשה באישור תובע.

(ב) בית המשפט רשאי להורות על הארכה נוספת של הערובה ותנאיה לתקופה שלא תעלה על 90 ימים, אם הוגשה בקשה לכך באישור היועץ המשפטי לממשלה.

במקרה דנן[662], השאלה שניצבה בפני השופט י' עמית הינה, האם בית המשפט מוסמך להאריך תוקפה של ערובה ותנאיה **מספר** פעמים ברצף, ובלבד שסך כל תקופות ההארכה על פי הסעיף הנ"ל לא יחרגו מן הכתוב בחוק? לעמדת המבקש, גם הארכה אחת ולו לימים ספורים ממצה את סמכות

[661] רע"א 3527/96 אקלברד ואח' נ' מנהל מס רכוש – איזור חדרה, פ"ד נב (5) 305, 411 (1998)

[662] בשפ 2066/13 אברהם ישראל נ' מדינת ישראל.

ההארכה לפי הסעיף הנ"ל. בשל כך, כל הארכה נוספת חייבת להיעשות באישור היועץ המשפטי לממשלה.[663] השופט עמית אף מציג פסקי דין של העליון התומכים בגישה זו.[664] ברם, זו אינה עמדתו של השופט עמית במקרה דנן. לדבריו: הגם שפרשנותו של המבקש מתיישבת עם לשון החוק כפשוטו, היא אינה עולה בקנה אחד עם תכלית החוק"!! ומהי תכלית זו לשיטתו?

> "קריאה תכליתית של הסעיף מתמקדת **באורך** התקופה בה רשאי בית המשפט להאריך את הערובה ואת תנאי השחרור **ולא במספר ההארכות** (הדגש שלי, ח.ג). הגיונם של דברים, ועל פי הכלל "יש בכלל מאתיים מנה" (סנהדין, דף לא, עמ' א), קרי, מי שהוסמך לפעול עד גבול השלם, מוסמך ממילא לפעול בחלקים מאותו שלם. אם מוסמך בית המשפט להאריך את תקופת הערובה ב-180 יום, הרי שהוא רשאי להאריכה גם למספר תקופות מצטברות שאינן עולות על -180 יום"[665]

השופט עמית מבסס את דבריו גם מזוית נוספת. ככל שתינתן לבית המשפט גמישות במספר הפעימות בהן הוא רשאי להאריך את תנאי הערובה, יש בכך כדי לחזק את פיקוח בתי המשפט תוך הבטחת זכויותיו של החשוד. דווקא השיטה **הדווקנית** של המבקש עשויה להביא לתוצאה שהיא לרעתו בכך שבית המשפט יאריך את תקופת הערובה ותנאיה לתקופה המקסימאלית האפשרית. עוד הוא מפנה לסעיף 34 כא **לחוק העונשין**,תשל"ז, (1997), שעניינו בפרשנות בדין המהותי, לפיו תועדף הפרשנות המקלה מקום בו "ניתן דין לפירושים סבורים אחדים לפי **תכליתו**".

על אף המקורות והפסיקות הנוגדות את פסיקתו דבק השופט עמית בעמדתו בשל **התכלית** של החוק אליבא דשיטתו. יושם לב, גם השופטת המחוזית דיסקין פסקה בהתבסס על **תכלית החוק**, גם היא

---

[663] השופטת דיסקין בב"ש (פ"ת) 1015/14 מדינת ישראל נ' קומיסריק, אכן פסקה כך. לדבריה, בית המשפט רשאי להאריך את הערובה ותנאיה **פעם אחת בלבד** (הדגש שלי, ח.ג) שלא תעלה על 180 יום, שאם ניתן היה להאריך יותר מפעם אחת, ניתן היה לצפות כי יכתב בס"ק (ב) כי בית המשפט רשאי להורות על הארכה נוספת "מעבר ל-180 יום". השופטת אף עמדה על נוסח סעיפים נוספים מחוק המעצרים תחת הצורך לשמור על זכויות החשוד ברוח **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.** לדבריה, פרשנות זו מטיבה עם החשוד בהקטינה את מספר ההארכות האפשריות של הערובה.

[664] בש"פ 962/01 רבינוביץ נ' מדינת ישראל (השופטת ביניש, כתוארה אז), בש"פ 4586/06 חלידו נ' מדינת ישראל (השופטת חיות, כתוארה אז), וכן בש"פ 1760/01 פלוני נ' מדינת ישראל (השופט חשין, כתוארו אז).

[665] מסקנה דומה, שאינה עושה שימוש בכלל הפרשני 'בכלל מאתיים מנה' נמצאת בספרו של קדמי על סדר הדין בפלילים (חלק ראשון) עמ' 380 (2008): "נראה כי שתי ההארכות – זו שעל פי סעיף 58 (א) סיפא וזו שעל פי סעיף 58(ב) – ניתנות לפיצול; ובלבד – שכל אחת מהן לא תעלה על התקופה המירבית הקבועה לה בחוק".

פרשנות **תכליתית** של סעיף זה נמצאת גם בבש"פ 962/01 יעקב רבינוביץ נ' מדינת ישראל.

סברה שיש להתחשב בנאשם ולא להאריך את תקופת הערובה יותר מפעם אחת, בטרם יעבור בית המשפט להוראת ס״ק(ב). בפשטות, גוזרת השופטת את **התכלית** (הגנה על הנאשם) מתוך **מס׳ ההארכות** ואילו השופט עמית גוזר את אותה **תכלית** מתוך מספר הימים המצטבר ולא ממספר התקופות. לא מיותר לציין, כי הפרשנות המוקדמת של בית המשפט המחוזי, וכפי שהשופט עמית עצמו כתב, מתיישבת עם לשון החוק כפשוטו, אך אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו.

ההיקשים אותם עשה השופט, וכן ההיזקקות לכלל ׳בכלל מאתיים מנה׳ אינם אלא הוכחות נוספות לדידו של השופט. מששוכנע כי **תכלית החוק גוברת על פרשנותו,** ומששוכנע כי תכליתו של החוק הינה התחשבות בימים המצטברים ולא במספר ההארכות, נפתחה הדרך לנימוקים נוספים. נימוקים אלו (ההיקשים והכלל ׳בכלל מאתיים מנה׳) אינם עומדים בפני עצמם ולא היו יכולים לשמש כטיעון מרכזי בפסיקתו ללא **הפרשנות התכליתית** שלו.

ג. מעגלי השפעה חיצוניים על ההיקש

ג.1. מבוא

במעגלים הפנימיים נמצא ההיקש (=ק״ו) בלב מתודולוגיית השלמת **החסר** על פי **חוק יסודות המשפט, ובתכלית,** כמבחן לקביעת החסר ואף לבחינת תוקפה של תוצאותו. במעגלים חיצוניים המייצגים את רוב מונחי היסוד/הכלים במערכת המשפט הישראלי, נמצא ההיקש ברמת מעורבות פחותה יותר. הוא משמש כ׳מטבע עובר לסוחר׳ לשלל מטרות כדלקמן. צורת השימוש בו (**היקש פרשני** או **היקש משלים**) מותרת/אסורה כפונקציה של התחום (אזרחי, פלילי). מונחים אחרים כמו **נורמות** עברו תהליך דומה של התפתחות אך ׳זכו׳ לטיפול אחר במערכת המשפטית, על אף ששני המונחים פועלים ונגזרים מן הטקסט של החוק או התקדים. מונחים אחרים כמו **ערכים,** יוצרים **חסר** מעצם מהותם אך הם אינם מושלמים בדרכי ההיקש במשפט הישראלי.

הקל וחומר לא זכה להיכנס לרשימת המונחים שזכו להגדרה ברשימה ׳האקסלוסיבית׳ **בחוק הפרשנות, תשמ״א (1981),** ובדומה **לעקרונות** שאף הם אינם מוגדרים בחוק זה, עושים בשני המונחים שימוש רב. לוגיקת **הקל וחומר** המכונה גם סילוגיזם, מזכירה את מתודולוגיית השפיטה, שם כמו כאן, מנסה השופט ל׳הראות׳, ל׳הוכיח׳, כי מסקנתו השיפוטית נובעת באופן ׳הגיוני׳ מתוך הנחותיו.

מקום טבעי המזמין את השימוש בהיקש הוא **המדרג** בתקדים/בחוק. **המדרג** כשמו כן הוא, מצביע על יחסי קולא/חומרא ברורים, ובחוק הם אף חקוקים. עובדה זו, ממש ׳מזמינה׳ את השימוש בקל וחומר במקרים הנמצאים בין שלבי **המדרג** בתקדים או בחוק. הנושאים הללו שבמעגל החיצוני (מדרג, נורמות, ערכים, הגדרות, עקרונות, וכו׳) מהווים בעייה פרשנית מסובכת ורבת מחלוקות גם בניסוחו הקצר של **חוק: יסודות המשפט**. גם שם כמו בתוך מערך הפסיקה, פענוח המונחים וטיב הקשר שביניהם מהווים את הדרך להבנת החוק וליישומו. בכל אלו אדון בסעיפים הבאים, בעיקר בהדגמה מתוך הפסיקה.

ג.2. פרשנות והיקש

במקרה דנן[666] מחלוקת בין שני הצדדים באשר לפרשנותה של הוראת סעיף 11 **לחוק ההתיישנות.** השאלה הנדונה הינה, האם אדם הלוקה בשכלו אך אינו סובל ממחלת נפש, יכול לחסות בצל הוראת

[666] ע״א 3622/96 א׳ חכם ואח׳ נ׳ קופת חולים ״מכבי״.

סעיף 11 לחוק[667]? טענת המערערים היא כי יש לפרש את המונח "חולה נפש" לא לפי משמעותו המילולית גרידא אלא לפי רוחו וכוונתו של החוק. המשיבה תומכת כמובן בפרשנות מילולית היוצאת מן החזקה כי "המחוקק לא השתית מילותיו לריק". הנשיא ברק (כתוארו אז) קובע תחילה כי לפנינו שאלה פרשנית, פעילות פרשנית במובן הצר, כלומר ליתן את המובן שיש ליתן ללשון החוק. בחוק ההתיישנות קיימת 'שתיקה' באשר למקרה של ליקוי שכלי. משמעות השתיקה הזו נבחנת באופן פרשני. הנשיא ברק מציג שלוש תשובות אפשריות לשאלה זו.

אפ' א' – את שהחוק הסדיר במפורש הוא הסדיר במפורש, ואת שלא הסדיר במפורש הוא השאיר לאוטונומיה של רצון הפרטי. בחוק אין חסר והוא יושלם מן הכוחות החברתיים.

אפ' ב' – את שהחוק הסדיר במפורש הוא הסדיר במפורש. ואת שלא הסדיר במפורש הוא הסדיר במשתמע. ההסדר יכול להיות חיובי (= קל וחומר) או שלילי (=הסדר שלילי).

אפ' ג' – את שהסדיר החוק במפורש הוא הסדיר במפורש אך הוא עשה זאת באופן לא שלם, וקיים חסר.

ההכרעה בין כל האפשרויות הינה הכרעה **פרשנית**!

הוא פוסל את אפ' א', כי זה לא מסוג הסוגיות שהפתרון להם יימצא בכוחות החברתיים. וגדר הספיקות הוא בין אפ' ב' (הסדר משתמע) לבין אפ' ג' (חסר). אין זה הגיוני כי לפנינו הסדר שלילי שפירושו הינו למנוע השעייה במקרה של ליקוי שכלי. כדי לקבוע כי לפנינו חסר, יש להוכיח כי לפנינו אי שלימות הנוגדת את תכלית החוק. המסקנה שאליה מגיע הנשיא ברק הינה כי לשון החוק לא מיצתה את התכלית המונחת ביסוד החוק, כי עיקר תכליתו של החוק הינה לעצור את מרוץ ההתיישנות במקום שקיימים נתונים אובייקטיביים הגורמים לכך כי התובע **אינו מסוגל** לדאוג לענייננו ולממש את זכותו. על פי תכלית זו, מה לי 'מחלת נפש' ומה לי 'ליקוי שכלי'! הואיל וכך מדובר על **חסר** שאותו יש להשלים בדרכי ההיקש מהוראת סעיף 11 **לחוק ההתיישנות**.

[667] סעיף 11 לחוק ההתיישנות קובע כי: "בחישוב תקופת ההתיישנות לא יבא בחשבון הזמן שבו היה התובע חולה נפש.."

אכן, מתודולוגיית הפסיקה במקרה דנן התבססה כולה על יסוד הפרשנות. זהו המוטו של א. ברק לספריו בתורת הפרשנות. כך הוא כותב בהקדמה לספריו –" פרשנות חיונית למשפט. להבין משמעו לפרש. לשפוט משמעו לפרש". בנקודה זו ממש, יוצר ברק את ההבחנה החשובה בין **'היקש פרשני'** לבין **'היקש משלים'**, הבחנה חשובה לענייננו. פירוש לחוד והיקש לחוד. בפירוש, הכולל את 'ההיקש הפרשני' "אנו נותנים משמעות ללשון הנורמה הקיימת, בהיקש משלים חסר אנו יוצאים מעבר לתחום הנורמה הקיימת ויוצרים נורמה חדשה".[668] 'ההיקש הפרשני' לפי זה יהיה מותר בכל ענפי המשפט, אולם 'ההיקש המשלים' יהיה אסור בתחום הפלילי (= 'אין עונשין מן הדין').

חוק: יסודות המשפט עוסק רק בסוג זה של היקש ('ההיקש המשלים') אליבא דאהרון ברק. תובנה זו הינה חלק מתובנה כללית יותר שלפיה יש להפעיל כללי פרשנות שונים בתחומי משפט שונים, הדבר אמור במיוחד על התחום הפלילי[669]. פנים רבות לו להיקש, על אף שדרך שימושו זהה. יושם לב: מדובר על **היקש פרשני** ולא על **פרשנות היקשית**, רוצה לומר, הכלי הוא אותו כלי. ודרכי השימוש בו זהים. ההבדלים הם באופי ההיסק, פרשנות או השלמת חסר, וכן בתחום השימוש, פלילי או שאר תחומי המשפט.

ג.3. נורמות, ערכים והיקש

המקור להשלמת חסר אינו רק מילים. בבסיס המילים נמצאים **נורמות** המייצגות ערכים. הואיל וטבעם של ערכים עמום, יש צורך לבארם או לפענח את צפונותיהם. השאלה מנקודת המבט של עבודה זו הינה, האם ערכים המבטאים מטבעם חסר יכולים להיות מושלמים בהיקש?

הנורמה כמונח, פחות ערטילאית **מערך**, ואף היא נגזרת מלשון החוק, מן התקדים ומן הפרשנות. למרות זאת, היא אינה הלשון עצמה, ובודאי שגזירתה מן הלשון אינה תהליך היסקי הגיוני בדומה להיקש. 'תכונה' זו עשויה להביא להתנגשות בינה לבין ההיקש השואב את כוחו מן הלשון הישירה של הטקסט ואינו תלוי ברוח הזמן והתקופה כדוגמת הנורמה.

---

[668] ברק, 'תורת הפרשנות', עמ' 522.

[669] ראו דנפ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן בדברי השופט גרוניס עמ' 747.

במרחב המשפטי מתבצעות הכרעות שיפוטיות בין ערכים מתנגשים. השופטים המחלצים 'ערכים' מתוך דברי החקיקה כמהים להשגת הרמוניה ערכית ולכן הם מבצעים 'איזונים'. המתודולוגיה החוקתית של שופטי העליון היא שפה עשירה ומושגיה מופשטים. רמות ההפשטה באות לידי ביטוי במדרג: ערכים, זכויות ואינטרסים.[670] ערכים ואינטרסים אינם מוגדרים בפסיקה ולכן הם זוקקים השלמה בדרכי הפרשנות השונות. "... המושגים המשמשים בשיח החוקתי מוגדרים כך שנוצרים ביניהם מדרג נורמטיבי: ערכים מצויים בראש, זכויות נגזרות מהם ואינטרסים מצויים בתחתית".[671] הדימויים בעולם האיזונים הערכי לקוחים מעולם המדעים המדויקים כדי להראות ששפת האיזונים הינה אמצעי אובייקטיבי.[672] מצג זה של פורמליות ערכית, מונחים מתימטיים ומשקלים עלול ליצור צורך בשימוש **בהיקש** ככלי פרשני/הכרעתי שהרי היחסים בין הערכים מתוארים כמעט באופן מתימטי. פרופ' פרידמן ואהרון ברק (ואחרים) מסכימים כולם, כי על אף שהביטויים הערכיים יוצרים חוסר וודאות אין בכך כדי ליצור **חסר** בחוק **יסודות המשפט**, ולכן ערכים **אינם מושלמים בדרכי היקש!**[673]

כיצד משתלבת **הנורמה** בתוך התהליך הפרשני?

> "תפקידם של כללי הפרשנות הוא לקבוע אמות מידה לפיהן נקבע מובנה של הלשון מבחינת המשפט. האוביקט של הפרשנות הוא הטקסט המעגן את הנורמה המשפטית. באמצעות לשון הנורמה נקלט בנו תוכנה של הנורמה המשפטית... **לכל פרשנות חייב להיות עיגון ולו מינימלי, בלשון הנורמה המשפטית** ",[674] (הדגש שלי, ח.ג).

---

[670] מ.ד. בירנהק, "הנדסה חוקתית: 'המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות', מחקרי משפט יט, תשס"ג – 2003 , עמ' 593. להלן: 'הנדסה חוקתית'.

[671] שם, עמ' 598

[672] בעולם הדימויים הנ"ל ביטויים כמו: "משקל סגולי", "סקלה", "אקסיומות", "הצרנה", "חוק טבע", ועוד.

[673] א. ברק, 'תורת הפרשנות הכללית', עמ' 500. יש להוסיף לכך את דעתו של א. ברק כי הפנייה אל מורשת ישראל מותרת רק כאמצעי פרשני.

[674] שם, עמ' 43. (תכונות הפרשנות)

היחס בין **הנורמה** לבין **העובדות** דומה במעט **לסילוגיזם המשפטי** המצדיק הכרעה שיפוטית. כך טוען לדוגמה ורובלסקי:

(Plunkett, D., Shapiro, S. J., Toh, K., & Duarte, L., Dimensions of Normativity. 15 On the Legal Syllogism. (2019)).

> Wróblewski, for example, refers to the judicial decision "as an application of a general legal norm (a statute) to the concrete facts of the case," and to the legal syllogism as "a suitable way of justifying [the] judicial decision."

הנורמות בנגוד **לערכים** מקיימות ביניהם 'יחסי גזירה לוגיים'[675] מה שעשוי אף הוא ליצור פיתוי של ביצוע היקש בין נורמות שאף הוא אסור, כי גם הגדרה של נורמה אינה נכנסת לקטגוריה של **חסר**.

---

[675] Giovanni Battista Ratti, *Norms, normative systems, and legal validity*, 8(1) Jurisprudence 166-176.

> I will first recall the fundamental claim, which the reader can find at several junctures of the volume, according to which normative systems are liable to a certain kind of logical indeterminacy that stems from the repeal of a logically derived norm. Briefly put, the problem is the following. When a norm, which is the logical consequence of a set of expressed norms, is repealed, it is not always the case that the system brought about by such an act of repeal is a determined one. It is in fact necessary to repeal at least one of the norms that imply the repealed norm, as well as those norms that are derived by means of that norm. In such a context, in order to repeal a certain norm, which is the logical consequence of two expressed norms, one can alternatively repeal one of the two norms (and it is not necessary to repeal both of them). Take for instance the normative system NS1 composed of the following two norms: N1 'The President of the Italian Republic ought to reside in the Capital of Italy' and N2 'The Capital of Italy is Rome'. The system NS1 implies the norm N3, according to which 'The President of the Italian Republic ought to live in Rome'. If, at a later stage, normative authorities introduce a new norm N4, according to which 'The President of Italy ought to reside in Florence', we certainly have to repeal N3. But this will not suffice, since N3 is logically derived from N1 and N2, so that we have to repeal one of them too. The problem is that we cannot determine, by logic alone, whether N1 is to be repealed, so that the President is now no longer subject to the obligation to reside in the Capital, or N2 is to be repealed, so that the Capital of Italy is no longer Rome but is now Florence. As a consequence, the system is logically indeterminate, since we have to repeal one of the explicit norms to restore consistency, but we do not have logical reasons to repeal one of them in particular, and we have no reason to repeal both

הנורמה כדוקטורינה משפטית זכתה לטיפול מחקרי [676] בנגוד להיקש כדי ליצור עבורה ראייה הוליסטית. נמצאנו למדים כי ערכים/נורמות אינם יכולים לשמש **כמלמד** בהיקש, כיוון שחוסר הגדרתם ומובנם האבסטרקטי אינו מוגדר כ **חסר** אליבא דאהרון ברק.

אופן פעולתן בתהליך השפיטה הוא מעין תהליך **דידוקטיבי** (לפחות למראית עין) שבו מחילים נורמה משפטית על עובדות קונקרטיות של מקרה מסוים. המידע שנוצר מן הערכים והנורמות הפכו להיות **שכבת ידע נוספת,** (לא באמת דידוקטיבית, כפי שהיא מוצגת בפסיקה).

ג.4. הגדרות, מונחים והיקש

ההגדרה הינה חלק מהותי מתהליך החקיקה ו/או הפסיקה. אין להעלות על הדעת דיון משפטי במונחים חסרי הגדרה. שלל הביטויים המוצמד למילה הגדרה בניסיון לאפיינה באופן מהותי ומדויק משפטית, מעיד על מידת האמורפיות של מילה זו. כך לדוגמה אנו מוצאים: "הגדרה

---

676 Vladimir Gavrilovich Rotan, Vladimir Nikolaevich Koval, Sergey Zenin, Ivan Mikhaylovich Yapryntsev, Yuliya Valentinovna Chertkova, *The doctrine of the rule of law in the light of the theory of legal interpretation*, 7(Extra-B) Laplage Em Revista 335-342 (2021).

The problems of legal norms have been the subject of research by many scholars (PAVLAKOS, 2019). The most significant influence on the development of the doctrine of legal norms (considering its reliance on rigidly authoritarian power) was exerted by A.Ya. Vyshinskii. Contribution to the development of the problem of legal norms was made by N.G. Aleksandrov, A. Ya. Berchenko, Yu.G. Tkachenko, P.E. Nedbailo, S.S. Alekseev, I.E. Farber, V.S. Osnovin, V.V. Lazarev. E.V. Vaskovskii studied legal norms precisely in connection with legal interpretation.

רחבה"[677], "הגדרה אריסטוטלית"[678], "הגדרה ראויה"[679], "הגדרה מדויקת"[680], "הגדרה בסיסית"[681], "הגדרה נכונה"[682], "הגדרה קבועה"[683], "הגדרה יחידה"[684], ועוד.

ההגדרה מבטאת את היחס בין מושאיה, והחיפוש אחר הגדרה מהותית הינה שאלת היסוד בלוגיקה האריסטוטלית. במובן המודרני של המילה, ההגדרה להגדרה הינה: "כל פסוק זהות או שקילות של ביטויים אשר צידו האחד מכונה "הביטוי המגדיר" והאחר "הביטוי המוגדר"..."[685]. 'ההנחיות' ל'הגדרה נכונה' מן ההיבט המהותי במישור הפילוסופי האריסטוטלי תקפות גם להגדרות בתחום המשפט[686]. פעמים הדיון סביב 'ההגדרה הנכונה' נמצא בלב הדיון המשפטי, כמו הדיון במונח '**עובד ציבור**' שבמקרה דנן[687] הוא יסוד מיסודות העבירה שמיוחסת לעותר. השלבים והתנאים להשלמת 'הגדרה חסרה', אינם מעוגנים בחוק כדוגמת **חוק: יסודות המשפט**, הואיל ו'הגדרה חסרה' אינה נכנסת לקטגוריה של: "שאלה משפטית הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה".

---

[677] ע"א 4534/02 רשת שוקן נ' אילון לני הרציקוביץ.

[678] בג"צ 4541-34 אליס מילר נ' משרד הבטחון.

[679] רע"א 686-97 מנורה חברה לבטוח נ' עיזבון המנוח משה תמר ז"ל.

[680] ע"א 3506-13 זאבי תקשורת אחזקות בע"מ נ' בנק הפועלים בע"מ.

[681] רע"א 7163-17 הפניקס חברה לבטוח נ' המוסד לבטוח לאומי.

[682] ע"א 6316-03 אילן זגגות רכב בע"מ נ' ברוך ובניו זגגות רכב בע"מ.

[683] ע"א 4534-02 רשת שוקן בע"מ נ' אילן לני הרציקוביץ.

[684] ע"א 273-89 ברזל דיר חנא נ' פקיד שומה נצרת.

[685] נמרוד בר-עם, הלוגיקה בין אפסיטמולוגיה למתודולוגיה, 'עיון, רבעון פילוסופי, תשרי, תשס"ג 375 – 388, עמ'375.

[686] שם, מונה בר-עם חמש הנחיות ליצירת הגדרה מהותית תקפה.

א. הימנעות ממעגליות ("אדם הוא אדם")

ב. הימנעות מרגרסיה לאין סוף (= שימוש במונחים שהם עצמם לא מוגדרים לצורך ההגדרה וכן הלאה עד אין סוף).

ג. הימנעות מחפיפה בין המונחים המגדירים.

ד. הימנעות מהגדרת מונח בעזרת מונחים עמומים ממנו.

ה. הימנעות מביטויים שמשמעותם כשל הביטוי "וכו"...

[687] דנפ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן.

בסופו של דבר בחירת הגדרה 'מתאימה' הינה שאלה פרשנית וכפופה לחוקי הפרשנות התקפים בשיטה ובעקרונות המשפט הישראלי. בשל כך, רבים השיטות, השלבים, הסייגים והתנאים לבחירת 'הגדרה חסרה'[688] במשפט הישראלי. אין בנמצא חוק להגדרה נכונה, ואפילו לא עקרונות מקובלים ל'תורת ההגדרות'.

כיצד אם כן מבררים 'הגדרה' חסרה במשפט הישראלי? להלן רשימת 'עשה' ו'לא תעשה' מתוך הפסיקה.

א. **פירוש מקל**[689]

במקרה דנן, בית המשפט העליון דן בשאלת הגדרת "חניון" לצורך חישוב ארנונה. השופטת ארבל בחנה את ההגדרה כפי שהיא מוגדרת בתקנות. (תקנון התכנון והבנייה (התקנת מקומות חניה תשמ"ג – 1983 , סע' 1) היא העלתה בחקירתה כי ייתכנו שתי פרשנויות להגדרה הקיימת, המקיימות שתיהן את תכלית החוק. בשל כך היא קבעה כי יש לבחור את הפירוש המקל עם הנושים. מסקנה זו באה לאחר בחינת ההיבט הלשוני והתכליתי של התקנות.

ב. **תוספת 'מבהירה'**

באותו המקרה לעיל ישבה גם השופטת נאור במותב. היא שמה דגש על עניין אחר. בצו הארנונה הוסיפה העירייה את המילים "פתוח לציבור הרחב". השופטת קובעת כי זהו שינוי אסור משום שהוא מקבע 'הגדרה' מסוג מסוים.

ג. **ההכרעה מייתרת הגדרה**

השופט ש' חשין שישב אף הוא בתיק הנ"ל, כלל לא נזקק לדיון על הגדרת 'חניון'. לדבריו, הואיל והיתה כבר הכרעת דין בפרשה דומה (מחוזי ת"א-2606/99) שלא הוגש עליה ערעור, הדיון אודות ההגדרה מתייתר. מן המקרה הנ"ל יש להקיש לענין הפסיקה, בלי שום קשר להגדרה שקדמה לכך.

---

[688] הדיון בסעיף זה יורחב בהמשך.

[689] רעא 10643/02 חבס ח.צ. פיתוח 1993 נ' עיריית אשדוד.

ד. **אין להיצמד להגדרה מילונית**

השופטת ע' ארבל, שישבה בראש המותב בתיק זה קבעה כי: "ולבסוף, וחשוב מכל, איני סבורה כי יש במקרה זה להיצמד להגדרה דווקנית של מילון כזה או אחר"[690] לדבריה יש לבחון **במציאות** (דגש שלי, ח.ג) את כל סוגי החניונים ולנסות למצוא עבורם הגדרה.

ה. **כתלות בתחום**

מסקנה נוספת של ש. ארבל:[691] "למסקנה דומה אפשר להגיע אף מבחינה של חקיקה נוספת העוסקת בחניונים, אמנם, המונח "חניון" יכול להתפרש בדרכים רבות בהתאם **למטרת החקיקה**". (דגש שלי, ח.ג)

ו. **היסטוריה לשונית**

בבית הדין המשמעתי הארצי של לשכת עורכי הדין[692] דנו בשאלת הגדרתו של המונח **"שידול"**. בית הדין התחקה אחר מקורו הפילולוגי של המונח שמקורו בשפה הארמית, דרך תרגום אונקלוס, מדרשי אגדה, רש"י, רמב"ן, ומילון אבן-שושן. מניתוח היסטורי/לשוני זה הוא מגיע להגדרה מחייבת במקרה דנן.

ז. **המשמעות אצל בני אדם**

במקרה דנן[693] דנה השופטת שטופמן בשאלת ההגדרה ל'בית מלון'. המשיב (עיריית ת"א) טענה כי: " קביעה זו... תואמת את ההלכה לפיה בהעדר הגדרה למונח מסוים בצו הארנונה יש לפרשו לפי המשמעות הרגילה שמייחסים לו בני אדם" **ולכן אין להקיש מתקנות ו/או מחוקים אחרים.** (הדגש שלי. ח.ג).

ח. **מלשון החוק**

---

[690] שם.

[691] שם.

[692] עמ' (ת"א)234476-0915 קריגר אהוד נ' מנהל הארנונה בעיריית ת"א-יפו.

[693] ברע (ארצי)08-39013*17 , חנה אופנהימר נ' מרכז לחינוך עצמאי לת"ת ולבתי ספר.

במקרה דנן[694] דן בית הדין בשאלת 'מחדל' של גוף ציבורי שאינו מחליט בעניין של אזרח וקובע כי "מחדל ממתן החלטה תוך זמן סביר, שקול להחלטה (ראו על דרך ההיקש הגדרת 'החלטה של רשות' כלרבות "העדר החלטה" **בחוק בתי משפט לענייינים מנהליים תש"ס – 2000).**

מניתוח המקרים הנ"ל ודומיהם עולה תמונה ברורה. אין בנמצא תורת 'הגדרות' במשפט הישראלי, למקרה שהמונח לא הוגדר בחוק ו/או הוא אינו כלול בחוק הפרשנות. ולענייננו המסקנה העיקרית היא שכאשר השופטים מבקשים לאמץ הגדרה מפסיקה/תקדים הם משתמשים תמיד במונח **היקש.**

להלן דוגמאות לטיעון זה:

א. בתיק הבא עסקינן בשאלה מהו 'מועד מסירת טובין'[695] . הרשמת הבכירה אונגר ביטון טוענת כי: "מועד מסירת הטובין הנו המועד שבו העוסק מעמיד את הטובין לרשות הצרכן, לעניין זה, ובהעדר הגדרה אחרת בתקנות, ניתן **להקיש** (דגש שלי, ח.ג) מהוראת סע' 8(א) **לחוק המכר** הקובע: " (א) מסירת הממכר תהא בהעמדת הממכר לרשות הקונה".

ב. בתיק הבא [696], קבע בית הדין: "כי בהיעדר הגדרה לשידול בחוק דנן ניתן יהיה **להקיש** (דגש שלי, ח.ג) מהאיסור הפלילי על שידול הקבוע **בסעיף 30 לחוק העונשין**...".

ג. בתיק אחר, קובע השופט הכט כי: "בהיעדר הגדרה למונח כלשהו בחיקוק, ניתן אמנם להקיש מחיקוקים אחרים או מפסיקה שפירשה אותם. אולם, זאת בתנאי, שניתן למצוא ביניהם נקודת השקה, שכן משמעותו של מונח זה או אחר משתנה בהתאם להקשר, לתחום עיסוקו ולמטרתו של החוק שבו הוא מוזכר. מובן, שהמצב הרצוי הוא, כי מונח מסוים, 'יזכה לפרשנות אחידה, אך אין זה כך בפועל".

ההיקש אם כן הוא הכלי המרכזי להשלמת הגדרה מן הפסיקה או מן החוק עצמו. מה טיבו של היקש זה כאמצעי להעברת ההגדרה מן המלמד ללמד? ניתוח המקרים הנ"ל (ועוד רבים) מעלה כי

---

[694] תק (נת') 52344*01*15 אורן דן נ' א.ר. יורוסטה בע"מ.

[695] בדא (ארצי) 14/01 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין.

[696] (י-ם) 11/95 חברת אמנון יושע בע"מ נ' מנהל הארנונה, עיריית ירושלים.

השימוש במונח **היקש** בהקשר זה הוא הרחוק ביותר ממשמעותו במשפט העברי ו/או הישראלי ככלי **היסקי.** בכל המקרים הנ"ל, אין השופטים מתייחסים כלל למתולוגיית ההיקש אלא לתוצאתו בלבד. הם מתכוונים להעברה, העתקה, שימוש דומה, וכדומה... אבל הם אינם מתייחסים כלל לשאלה **כיצד**? במשפט העברי, ההיקש מתבצע על ידי התורה בכך שהיא עצמה משווה בין שתי ישויות /מונחים/דיונים.

גם במשפט הישראלי, משמש המונח **להיסק משפטי** בדרכי ההגיון, אולם, להיקש מחוק/תקדים לצורך השלמת הגדרה אין ולא כלום עם משמעויות אלו. זוהי כוונתו של השופט הכט בכותבו כי בהיקש לצורך הגדרה יש למצוא "**נקודת השקה**". נקודת השקה זו שאובה מ'**תורת ההיקש**' הכללית כפי שהיא מיושמת במשפט הישראלי ולא מ'תורת ההגדרות'.

אימוץ כללי ההיקש, יכול היה למנוע ממילא העתקה/יישום של הגדרות לא מתאימות למקרים מסוימים. **ההיקש**, אילו פעלו על פי כלליו ומגבלותיו היה יכול להיות בעצמו המסננת להעברת ההגדרות מחוק/פסיקה לחוק/פסיקה אחרים.

ג.5. כללים, עקרונות והיקש

כבר במדרג שבחוק יסודות המשפט מצוי המונח **היקש** לפני המונח **עקרונות**, משל היה ההיקש מקור בפני עצמו להשלמת **ה'חסר'** בדומה לחוק ולתקדים[697]. מתוך הלשון העמומה של החוק קשה אפילו לדמיין את טיב ואיכות הקשר אם בכלל, בין **היקש לעקרונות**, בשל מידת האבסטרקטיות של שני המונחים ובשל חוסר ב'מסגרת מארגנת' בה ניתן לבחון את התפקיד של כל אחד מכלים אלו, ובעקבות כך את היחס ביניהם. ניסוח החוק עצמו, אינו מהווה 'מסגרת מארגנת' המסייעת להבנה זו. תובנות וממצאים בנדון, אפשריים רק ב'חרישה' של הפסיקה והמאמרים הדנים בעקיפין במונחים אלו.

[697] ראו בסעיף 'חוק יסודות המשפט', לעיל, סעיף א.

פסיקה לדוגמה שיכולה לשפוך אור על הנושא הינה פסיקתה של הרשמת בבית המשפט העליון (כתוארה אז) ליאת בנמלך בתיק **סלומון רדאי**[698]. המשיב (סלומון רדאי) הועמד לדין בביהמ"ש המחוזי בעבירות של רצח, ניסיון לרצח והצתה. המשיב העלה טענה מקדמית של הגנה מן הצדק בהתייחס לשני האישומים האחרונים (בשל "ניסיון בלתי צליח, לפי סעיף 20 לחוק העונשין), ובית המשפט קיבל את טענתו והאישומים הנ"ל נמחקו. על החלטה זו נסב הערעור של המדינה (= המערערת). בין היתר טענה המערערת כי מקומה של טענת "סוכן מדיח" הוא בשלב הטיעונים לעונש ולא היה מקום לקבלה כבר בשלב הטענות המקדמיות ולמחוק על בסיסה אישומים מכתב האישום.

המשיב מנגד, מדגיש כי החלטה זו הינה **החלטת ביניים** (דגש שלי. ח.ג), וככזו, ובהעדר הוראה אחרת בחוק, לא ניתן לערער עליה טרם הסתיים הדיון. בתגובה, טוענת המערערת, כי מדובר על החלטה המסיימת את ההליך באופן סופי (לגבי האישומים השני והשלישי) ולכן יש לראות בהחלטה זו "פסק דין חלקי" ולא החלטת ביניים. משכך, ובהיקש מן הדין האזרחי, ניתן להשיג עליה כבר כעת[699]. הרשמת, קובעת תחילה כך: "נתונה החלטת ביניים לערעור רק במסגרת ערעור על פסק הדין, אלא אם כן קיימת בחוק הוראה אחרת"[700].

את הפסק הזה מגדירה הרשמת ככלל "מוכר, מבוסס וברור"[701]. ומהו מקורו של הכלל הכה מוכר? הרשמת טוענת כי "כלל זה נובע מהוראות סעיפים 41 ו – 52 **לחוק בתי המשפט (נוסח משולב) תשמ"ד – 1984** , מהן עולה כי בכל סוגי ההליכים ניתן להגיש ערעור בזכות על פסק דין שניתן בערכאה ראשונה ולהגיש בקשת רשות לערעור על פסק דין שניתן בערכאת הערעור. ואילו **ב"עניין אזרחי"** (הדגש במקור), ניתן להגיש בקשת רשות ערעור גם על "החלטה אחרת".

---

[698] עפ 1549/15 מדינת ישראל נ' סלומון רדאי.

[699] למערערת עוד שני נימוקים הקשורים לחשיבות הנושא, שאיני דן בהם בגוף העבודה בשל חוסר רלוונטיות לדיון.

[700] ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש.

[701] הסופרלטיבים הללו לא 'הרשימו' את המדינה, שביקשה לחרוג מכלל זה, בדרך של היקש מן התחום האזרחי.

הרשמת 'מגינה' על כלל זה בשני אופנים: תחילה היא קובעת כי הוא נטוע בפסיקה, כ"כ התכליות שבבסיסו מפורטות אף הן בפסיקה ובספרי המלומדים[702]. כיצד אם כן מבססת המערערת את טענתה (למרות קיומו של הכלל הנ"ל) כי עומדת לה הזכות לערער במקרה זה?

בטעם הראשון, טוענת המערערת כי לגישתה אין לראות בהחלטה דנן משום "החלטת ביניים" אלא יש לסווגה כ"פסק דין חלקי" בהיקש מהוראת **תקנת 191 לתקנות סדר הדין האזרחי תשמ"ד – 1984.** תקנה זו קובעת כי לבית המשפט סמכות ליתן בתובענה "פסק דין חלקי".

את טענת ההיקש הזו, עליה מתבסס כל טיעונה של המערערת דוחה הרשמת כך: "אין עיגון (לפסק דין חלקי, ח.ג) בהוראות **חוק סדר הדין הפלילי,** כי "הכרעת הדין וגזר הדין מהווים יחד את פסק הדין". כב' השופט א' א' הלוי מסכם זאת בקצרה כך: "זכותו של אדם לערער על פסק דין בהליך פלילי קמה משעה שבית המשפט קם מכסאו"[703]

יושם לב, השופטת אינה דוחה את ההיקש בשל אי-תקינות מתודולוגית, היא קובעת כי תוצאת ההיקש אינה 'עולה בקנה אחד' עם הוראות חסד"פ הטוענות את ההיפך ממסקנת ההיקש. ברם, בהמשך היא עושה שימוש בכלי אחר לדחיית תוצאת ההיקש, בנחיצותו המשפטית. לדבריה, אין **בחוק בתי המשפט** או **בחסד"פ** לאקונה המחייבת ביצועו של היקש בשל **חוק יסודות המשפט!** תמהני, האם המדינה ביקשה לשנות כלל יסודי בדרך של היקש, ובית המשפט דחה ניסיון זה בשל אי נחיצותו!?

לענייננו, לא היתה כאן טענה המעמידה זה מול זה **היקש** מול **כלל יסודי**. אין כאן דיון או הכרעה בדבר כוחם היחסי. 'נצחון' הכלל על ההיקש במקרה דנן, נבע מסיבה אחת בלבד, אין כאן מקום

---

[702] בש"פ 8735/09 מרדינגר נ' מדינת ישראל, ובספרו של גבריאל הלוי **תורת הדיון הפלילי** 64 – 65 , כרך ד,2011.

[703] כע"פ 2288/06 סיאני נ' מדינת ישראל.

להיקש משום שאין כאן לאקונה![704] אפשר שאם היה כאן מקום להיקש היתה תוצאתו גוברת על הכלל היסודי הנ"ל.

האם ניתן להשליך ממקרה בודד זה על מקרים נוספים? האם ניתן ל'קבוע מסמרות' בדבר תפקידו של ההיקש כאשר הוא מעומת מול עקרונות וכללים? כדי לענות על שאלות אלו, אדון מעט תחילה במונחים עקרונות/ כללים ולאחר מכן, אבחן פסיקות בהן קיימת אינטראקציה ביניהם. השופט חיים כהן היטיב לתאר ולהגדיר את העקרונות כך:[705]

> "מה נשתנה עיקרון משפטי מן הנורמה החוקית ("דבר חקיקה"), שבדרך כלל זה אינו כתוב בחוק וזה כתוב וחקוק. בדרך כלל אין המחוקק מחוקק "עקרונות" – והא ראיה שהכרזת עקרונות, כמו הכרזת העצמאות שלנו. אף כשהיא באה מפי הרשות המחוקקת, אין לה תוקף של חוק... אין לערבב את "כוונת המחוקק" בחוקקו חוק פלוני עם העקרונות המונחים ביסודו ... "עקרונות" הם מקור השראה ומאור גם לפרשנות החוק, ואם כבר נמנו וגמרו על כוונת המחוקק שהיא למעשה בגדר פיקציה, על העקרונות המשפטיים ניתן לומר שהם בגדר מיתוס – מעין עיקרי אמונה של המשפט".

מן **העקרונות** נגזרים **הכללים** שהם ביטוי משפטי קונקרטי של העקרון. כך לדוגמה מעקרון החוקיות נגזרים הכללים הבאים: אין עבירה ואין עונש בלי שיהיו כתובים בחוק, על דיני העונשין לדבר בשפה ברורה, ובפרשנות יש לבחור בזה המקל על הנאשם[706] .

---

[704] זה שונה מן היחסים שנבחנו בסעיפים קודמים כגון: תכלית והיקש, הגדרות והיקש, וכו'.

[705] חיים ה הכהן, 'דין השיור', שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי, תשמ"ז כרך יג, 285- 306, עמ'295.

[706] מתוך דברי השופט גרוניס בדנפ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן.

זאת ועוד, "כיוון שברור כי כללי המשפט אינם מספקים תשובה חד-משמעית לכל בעיה משפטית, ממילא מתחייב כי התשובה מצויה בעקרונות המשפט"[707]. במשפט הישראלי גם רווח המונח הנפוץ מאוד "עקרונות היסוד של השיטה", הם העקרונות הקובעים את תכליתה של החקיקה.

כך לדוגמה, בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסיקות, קבע כי אחד מעקרונות היסוד של שיטתנו הוא "אינטרס ההסתמכות של הפרט". בפרשת **ילנה גונס** שנדונה בפני בית המשפט העליון כתב הנשיא א. ברק (כתוארו אז) כי: "כחוט השני עובר אינטרס ההסתמכות במשפט הישראלי. חלקים ניכרים של המשפט הפרטי מבוססים עליו"[708]. או לדוגמה אחרת. השופטת ארבל קבעה כי :"... לרשות מנהלית נתונה הסמכות לתקן את החלטתה המנהלית, אף בהיעדר מקור נורמטיבי ספציפי המקנה סמכות לעשות כן, וזאת מכח העקרונות הכלליים של דיני המנהל הציבורי".[709]

בחינה של היחס בין ההיקש לבין עקרונות וכללים מעלה כי במרבית ככל המקרים שבדקתי, **משמש ההיקש** להעברת **עקרונות/כללים** מתחום לתחום או מהלכה להלכה.

להלן מס' דוגמאות לכך:

- בתיק **ירון תלמי**[710] מוחל העקרון שלפיו משפט שהחל בפני שלושה שופטים ימשיך להתנהל כך עד תומו, גם על העבירות המוגדרות כתוספת ראשונה **לחוק בתי המשפט.** למדינה סמכות להורות לנאשם להתייצב לדיון בבקשה למעצרו עד תום ההליכים (על אף שסמכות זו אינה כתובה בחוק המעצרים) בהיקש מסעיף 16 הדן בבקשה להארכת מעצר. ההיקש אינו סותר את **הכלל** 'אין עונשין מן הדין' משום שהוא אינו יוצר נורמה פלילית חדשה אלא בעניינים טכניים של זימון נאשם לדיון.[711]

---

[707] יוסף רז, 'עקרונות משפטיים ושיקול דעת משפטי', מתוך הרצאתו של ד"ר שפירא לזכר משה זמורה ז"ל שניתנה ב 17/2/68 ופורסמה במשפטים, כרך א עמ' 292.

[708] א' ברק, חוק השליחות 180 (כרך א. 1996).

[709] עמ 1164/04 עיריית הרצליה נ' דניאל יצחקי.

[710] ע"פ 4912/91 ירון תלמי נ' מדינת ישראל.

[711] בש"פ 5872/16 יציק (איציק) וזנה נ' מדינת ישראל.

- המדינה **מקישה** מנושא הסדרי טיעון הנערכים בין התביעה לסנגוריה. כמו ששם אין בית המשפט קשור או מחוייב למה שהסכימו התביעה והסנגוריה, כך יש לקיים את **הכלל** שלפיו בכל אירוע פלילי, ההכרעה בשאלה אם פלוני הוא בר-עונשין, יחליט רק בית המשפט.[712]
-
- מתוך **עקרון** היסוד של החובה לנהל הליך פלילי הוגן, יש לאפשר למורשע לעיין בחומר הראיות גם במשפט חוזר. מתוך **היקש** לסעיף 74 לחסד"פ המתיר לנאשם וסנגורו לעיין בכל זמן סביר בחומר החקירה לאחר הגשת כתב האישום.[713]
-

נמצאנו למדים כי **ההיקש הוא הכלי העיקרי המאפשר את האינטראקציה המשפטית בין הלכות, עקרונות וכללים.** באף מקום לא טרחו השופטים לפרט את מנגנון הפעולה של היקש זה, אלא הסתפקו בשימוש במילה **היקש** בלבד, כבמילת קסמים.

ג.6. מדרג והיקש

חוק יסודות המשפט הוא הסביבה **הטבעית** החוקית של ההיקש בהיותו אחד מן 'המקורות' להשלמת חסר. **המדרג** הוא הסביבה הטבעית **הלוגית** של ההיקש. המדרג מצוי בחוק. בפסיקה ובפרשנות. מדרג של ערכים, זכויות, אינטרסים, מעשים פליליים, עונשים, וכו' יוצר באופן טבעי יחסי קולא/חומרא בין מרכיביו, יחסים המהווים תנאי ליצירת קל וחומר. שופטים מפרשים, מסתמכים על מדרגים ויוצרים אותם בכל תחומי המשפט כדי להשיג שלל מטרות. **השפה המשפטית לבחינת מקומו של ערך או נורמה בתוך שלבי המדרג הינה שפת ההיקש והקל וחומר.** מתודולוגיית המדרג הפסיקתי אף זכתה לכינוי 'הנדסה חקיקתית'[714] על ידי בירנהק בשל היותה ה'שלד הלוגי' המאפשר את שפת האיזונים החקיקתית. 'ההנדסה החוקתית' יוצרת לדעתו מצג כאילו שהשופט אינו מכריע והבעיה מוכרעת מראש מעצם מהותה הלוגית, כלומר: היותה מורכבת ממדרג.

---

[712] בש"פ 2305/00 פלוני נ' מדינת ישראל.

[713] עקרון בקשות שונות פלילי 1781/00 אדריאן שוורץ נגד מדינת ישראל.

[714] מ.ד. בירנהק, 'הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט בהכרעות ערכיות', מחקרי משפט יט, תשס"ג – 2003, עמ' 591-631. להלן: 'הנדסה חוקתית'.

המקור המפורסם ביותר למדרג הינו פרשת 'בנק מזרחי'. הנשיא לשעבר מ' שמגר ישב בערר זה[715] יחד עם הנשיא א' ברק והם דנו בעניין העקרוני של המגדר הנורמטיבי: חוק יסוד, חוק וחקיקת משנה. הוא בחן באופן אנליטי/משפטי את הזיקה שבין חוק לחוק, תקנה מול תקנה ותקנה מול חוק (= זכות הנובעת מן החוק). מן ההיבט האנליטי, המדרג החוקתי אינו חי בסביבה 'סטרילית' והוא בא באינטרקציה של כללים נוספים היוצרים סיבוכיות משפטית. הכללים הם: (א) חוק גובר על תקנה, (ב) "הוראה מיוחדת גוברת על הוראה כללית", (ג) "חיקוק מאוחר גובר על חיקוק מוקדם". השאלה שעמדה לדיון בפרשה זו הינה: "מה דין תקנה מאוחרת ומיוחדת העומדת בסתירה לחוק כללי ומוקדם לה"? ותשובתו: "על דרך קל וחומר, חיקוק מיוחד ומאוחר גובר כביכול על חיקוק מוקדם וכללי". לאחר שהוא הכין את התשתית הלוגית של **המדרג**, זה אך טבעי היה לפסוק במקרים של שילובים כגון במקרה דנן, באמצעות הקל וחומר[716].

המדרג מטבעו נחזה להיות פורמליסטי בעל מבנה קשיח. הוא אחד מן הכלים המאפשרים לשופטים להציג מבנה פורמליסטי קשיח כדי להגן על פסיקתם. השופט חשין לדוגמה מרבה לעשות שימוש בכלים אלו במתודולוגיה השיפוטית שלו, ראו לדוגמה בפרשת א.ש.'.ר[717] בה הוא עשה שימוש במונחים: 'מעגלי אוילר' ו'מרכז כבידה".

בירנהק טוען כי 'שפת האיזונים' שבפסיקות העליון אינה אלא **מדרג נורמטיבי** שהשפה יוצרת. גם כאן עושים השופטים שימוש בדימויים הלקוחים משפת המדע, כמו: "משוואות", "נוסחאות איזון", "יחסים אופקיים", "יחסים אנכיים", "יחס הפוך", "משקל סגולי", "שקילה" ועוד.. לטענתו "דימויים אלה אינה מקריים. הם מחזקים את הרושם שמדובר בכלי אובייקטיבי. נוסחה מתימטית נתפסת, לפחות בקרב הדיוטות, כהצרנה של עובדה בעולמנו". בסביבה משפטית זו, 'הסילוגיזם המשפטי' בכלל והקל וחומר בפרט, הוא כלי מועדף בשל תקפותו לפחות בעיני

---

[715] ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי.

[716] ראו ביתר פירוט לעיל, פרק שני, סעיף ב – מאפיינים מרכזיים, תת סעיף "הכנת תשתית לוגית בשלבים ליצירת קל וחומר ממנף", עמ' 20.

[717] רעא 5768/94, א.ש.'ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ ועמ' 327.

ההדיוטות, כלשונו של בירנהק.[718]הדברים תופסים ביתר שאת בתחום הפלילי. לעניין זה, להלן ציטוט ממאמרו של הדר אבירם:[719]

> "... הנחת המוצא של מערכת הענישה הפלילית היא שהתנהגות מעוצבת על סמך החשש מסנקציות, וכי על המשפט ליצור מערכת הקובעת למבצעי עבירה "מחיר שאינו משתלם",[720] בהשראת חשיבה תועלנית זו, שעיצבה הרבה מן הכתיבה הקלאסית של עידן ההארה, הניח צ'זארה בקריה, אבי המשפט הפלילי המודרני, את אבן הפינה למערכות הענישה הליברליות – מערביות. בספרו הקלאסי "על עבירות ועונשים"[721] הציע בקריה מערכת ענישה שתתבסס על **מדרג** ענישה פרופורציונלי לחומרת העבירה, **מדרג** שבו ישקף העונש את המחיר המינימלי לשם הרתעה".

צורת חשיבה זו העומדת בבסיס דברי חקיקה פליליים מודרניים בעולם המערבי נמצאת גם בבסיס חוק העונשין הישראלי. **חוק העונשין, התשל"ז-1977**, מייצר מדרג דומה מאוד למדרג הבקריאני הקלסי[722]. העבירות החמורות ביותר הן העבירות נגד השלטון (בפרק ז), אחריהן עבירות גרימת המוות, עבירות המין ועבירות האלימות ולבסוף עבירת הרכוש. מובן, כנ"ל, שמדרג זה מעודד שימוש בקל וחומר.[723]

---

[718] ראו את דברי בירנהק בעמ' 606, בו הוא משווה את מתודולוגיות השפיטה למסגרת סיפור מיתולוגי שתחילתו בנגוד וסופו בפתרון.

[719] הדר אבירם, האם המשפט משיג את מטרותיו? תשובות מעולם המחקר האמפירי

[720] Joel Feinberg, what, if Anything, Justifies Legal Punishment? The Clasic Debate, in Philosophy of Law 727 (Joel Feinberg & Jules Coleman eds GTH ED

[721] Cesare Beccaria, On Crimes and Punishments (David Young trans., Hackett Publishing Company 1986) (1764)

[722] שם, עמ' 32, הערה 18.

[723] ראו לדוגמה קל וחומר זה המבוסס על מדרג: 76(6) The Modern Law Review i–xvi (2013)

> Another example in which the relevant scale would not seem too hard to identify—perhaps a scale ranking actions by an employee in breach of his or her duty of confidentiality, according to how potentially harmful they are to the employer's business?—is the following argument from Roger Bullivant Ltd v Ellis:
>
> [I]t is obvious that, if it is a breach of the duty of good faith for the employee to make or copy a list of the employer's customers, the removal of a card index of the customers is an a fortiori case.

המדרג, משמש כאמצעי פרשני גם בידי רשויות החוק. ראו לדוגמה את דברי השופט גרוניס[724] הטוען כי דיני עונשין בנויים **כמדרג** על פי חומרת העונש, כדי ללמדנו כי "זכאי הוא הפרט לקבל אזהרה מתאימה גם באשר לעוצמת החומרה בה הוא רואה החוק את התנהגותו". במקרה אחר[725] דן הבג"צ (ברשות הנשיאה מ' נאור) בשאלת חוקתיות סעיף 30א ופרק **ד לחוק מניעת הסתננויות (עבירות ושיפוט) התשי"ד-1954**, והוא קובע כי בחוק זה קיים 'מדרג' שיצר המחוקק בעצמו ועל כן, לפני העברתו למשמורת יש לבחון תחילה **סנקציות פחותות יותר**, ואולי אפילו לא להעבירו למשמורת. זוהי פרשנות הנוגדת את מטרות החוק המוצע בהתבסס על **מדרג** שיצר המחוקק בעניין אחר. ולבסוף בית המשפט נאלץ ליצור מדרג של תכנים פורנוגרפיים, כדי לבחון את השאלה מי או מה מהם עולים כדי **איסור תועבה** בחוק העונשין.[726]

להלן מקרה בו המדרג החוקתי מעודד שימוש בקל וחומר. הנורמה מועברת מתחום לתחום רק בשל המדרג. כך כותב השופט ת' אור[727]:

> "... גמישות, במידה זו או אחרת, תכונה ראויה וטובה היא בנורמה, ולעתים לא תיכון ולא תחיה נורמה אלא אם גמישה היא ולו בשוליה. אם אלה הדברים יאמרו על מחוקק ראשי, קל וחומר בקביעתה של הלכה. אכן, דרך קביעתם של כללים נוקשים אינה דרכה של ההלכה, שמבחניה מבחנים גמישים הם – מבחנים העשויים להתאים עצמם לנסיבות המשתנות של החיים והטכנולוגיה. אם כך ביצירתה של הלכה על דרך הכלל, **קל וחומר** בהלכה הנסבה על יחסי עבודה...".

---

[724] עפ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל.

[725] בגצ 8665/14 טשומה נגה דסטה נ' מדינת ישראל.

[726] בג"צ 5432/03 ש.י.ן – לשיוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידור כבלים ולשידורי לווין.

[727] בג"צ 18111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ.

ד. סכום וממצאים לפרק רביעי

ד.1. חוק יסודות המשפט.

(א) : השופט ברק בפרשנותו למילה 'היקש' שבחוק יסודות המשפט קובע כי זה אינו מקור משפטי רביעי, בדומה לחוק, תקדים ועקרונות מורשת ישראל. לדידו, מדובר רק על שלושה מקורות. **ההיקש** הוא הכלי באמצעותו נלמדת ההלכה החדשה משני המקורות הראשונים.

(ב) : בשיטת אהרון ברק. מתודולוגיות ההיקש בעצמו, כלומר; מנגנון הפעולה, ההיגיון, צורת השימוש, וכו' אינם יכולים להילמד מן **'המשפט העברי'.**

(ג) : ברק. ש'טחן עד דק' כל מילה **בחוק יסודות המשפט**, לא הזכיר אפילו ברמז את קיומה של 'תורת היקש' במשפט העברי שהיתה עשויה להיות לעזר לשופטי ישראל. במקום זאת הוא יצר 'תורת היקש' חדשה, של המשפט הישראלי, שבה ה'כוכב' הראשי הוא **התכלית**.

(ד) : משתמע מדברי ברק כי הפרשנות שלפיה החוק הישראלי **התיר** לעשות שימוש בהיקש, מה שהיה אסור לשופטי ישראל טרם ביטול **של סעיף 46 לדבר המלך ומועצתו,** מקובלת על כל שופטי העליון.

(ה) : ב'תורת ההיקש' אותה ניסח ברק בקפידה, יש חובה **בדמיון** בין שתי מערכות עובדות כדי ליצור היקש, ובחינת הדמיון מתבצעת באמצעות מבחן **התכלית**. 'האלגוריתם' אותו יצר אינו מקובל על כל שופטי ישראל.

(ו) : ברק קובע, כי בשיטת המשפט הישראלי רשאים שופטי ישראל ליצור היקש מדין, הלכה פסוקה ואף ממנהג. ההיקש העדיף הוא ההיקש שיתקבל מן ההוראה הדומה ביותר.

(ז) : 'תורת ההיקש' אותה ניסח אהרון ברק, אינה מתיימרת להיות רק פרשנות למילה היקש **שבחוק יסודות** אלא 'תורה שלימה'.

(ח) : בשיטת המשפט הישראלי, **היקש** כולל את כל מידות הדרש שבמשפט העברי. המונח מהווה מעין מילת קוד, ללימוד דין אחד ממשנהו גם בתחום הפרשני. זו הסיבה שבהרבה פסיקות 'משורבבות' שמות של מידות דרש שונות כמו : גזרה-שווה, בנין אב, קל וחומר וכו, כולן תחת חסות **ההיקש**.

(ט) : ברק, מתעלם לחלוטין מן המקור הרביעי **בחוק יסודות המשפט** כלומר עקרונות במורשת ישראל, כמענה לחסרון השלישי, אותו הוא מנה (אם לא קיים דין שממנו ניתן להקיש).

(י): ברק, ניסח והדגים את הצד הפורמלי והלוגי של **ההיקש** בכלל ושל **הקל וחומר** בפרט, באמצעות כלי ההיסק האוניברסליים (אינדוקציה, דדוקציה ואנלוגיה). לב המנגנון דומה למנגנון שהגיונו אוניברסלי.

(יא): אחת מן הבעיות של 'תורת ההיקש' של אהרון ברק, הינה אי קיומו של ביסוס תיאורטי לפריכת ההיקש/קל-וחומר. אין 'תורת פירכות' להיקש במשפט הישראלי, מסקנה הנתמכת עד כה בבחינת עשרות פס"ד של העליון.

(יב): מקובל על כולם כי הוראות **חוק יסודות המשפט** אינן חלות על התחום הפלילי בהסתייגויות מסוימות. אנליזה של דברי שלושת שופטי העליון שדנו בעניין מעלה כי: היקש פרשני מותר בתחום הפלילי ומה שאסור הוא רק קביעת **נורמה** הלכתית חדשה שאינה כתובה בחוק. במקרה של חסר (דעת א. ברק) במשפט פלילי או בחריגים, **יש מקום** להשתמש בהיקש למילוי החסר. **חוק יסודות המשפט,** אינו עוסק בפלילים משום שבתחום הפלילי, לרוב, אין מדובר על **חסר** אלא על **הסדר שלילי** ומשכך, אין לפנות אליו כלל.

ד.2. תכלית והיקש

(א): במשפט הישראלי, **התכלית** עוטפת את ההיקש משני קצותיו בציר הזמן. היא משמשת כאחד מן המבחנים לקביעה האם לפנינו **חסר** או **הסדר שלישי** מצד אחד, והיא ניצבת מול תוצאת ההיקש גם אם הוא בוצע כהלכה, מן הצד השני. אין מחלוקת במשפט הישראלי בדבר כוחה של **התכלית** לדחות את תוצאת ההיקש, אבל קיימת מחלוקת באשר להיותה מן המבחנים במתן תשובה האם לפנינו **חסר** או **הסדר שלילי.**

(ב): הניסוח הנגטיבי של ברק לחסר המחייב השלמה, מעט אמורפי. עדיף על פניו ניסוח פוזיטיבי כגון: ההסדר החוקתי הקיים שלם ואינו זועק להשלמה בשל ההסדר החוקתי החדש המוצע.

(ג): להוכחת החסר עושים השופטים שימוש בשלל מקורות כגון: לשון החוק, התכלית הדיונית שביסודו, תכלית כללי סמכות, ועוד. כתוצאה מן הדיון הרב בנושא התכליות נוצרו אפילו מונחים יחסיים כמו: 'תכלית' בסתם, ו'תכלית על'.

(ד): יישום הכלל של א. ברק בעניין **החסר** לצורכי היקש, הינו יישום מורכב ורב שלבים.

(ה): פעמים, לצורך בחינת **התכלית** בוחנים את איכות הקשר המשפטי בית תכלית **המלמד** לתכלית **הלמד.** כדי **לשלול** חסר מספיק לבחון את תכלית המלמד תחת הגדרת החסר של א. ברק. אם רוצים

לבחון האם לפנינו חסר המחייב היקש צריך לבחון תכלית כפולה, של המלמד ושל הלמד ואת טיב הקשר המשפטי שביניהם.

(ו): פעמים, איזון תכליות רבות והגעה למסקנה בדבר התכלית המרכזית יוצרת הלכה למעשה פירכא על ההיקש הנמצא בבסיס הדיון.

(ז): מסקנות משפטיות הנובעות מהגדרות בחוק ו/או בפסיקה 'כורעות ברך' בפני **התכלית.**

(ח): גם חשיפת התכלית מן החוק בהתבסס על שלל האפשרויות לעשות זאת, נמצאת לפעמים בעצמה במחלוקת משפטית. הכרעה בין תכליות נוגדות זו לזו וקביעת התכלית הנכונה, קובעת את כוון הפסיקה למעשה.

ד.3. מעגלי השפעה חיצוניים על ההיקש

(א): חוק יסודות המשפט עוסק רק **בהיקש משלים** אליבא דאהרון ברק, והוא יהיה אסור בתחום הפלילי.

(ב): ערכים אינם מושלמים בדרכי היקש.

(ג): ערכים ונורמות אינם יכולים לשמש כ**מלמד** בהיקש, כיוון שחוסר הגדרתם ומובנם האבסטרקטי אינו מוגדר כחסר אליבא דאהרון ברק.

(ד): כאשר מבקשים השופטים לאמץ הגדרה מפסיקה אחרת הם משתמשים במונח היקש. ההיקש הוא הכלי המרכזי להשלמת הגדרות חסרות. צורת שימוש זה במונח רחוקה מאוד מן המשמעות המשפטית שלו.

(ה): בחינת היחס בין ההיקש לבין עקרונות/כללים מעלה כי במרבית ככל הפסיקות שבדקתי, משמש ההיקש להעברת עקרונות/כללים מתחום לתחום או מהלכה להלכה.

(ו): **המדרג** הוא הסביבה הטבעית הלוגית של ההיקש משום שחלקיו יוצרים בינם לבין עצמם יחסי קולא/חומרא המזמינים באופן טבעי שימוש בלוגיקת הקל וחומר.

(ז): השפה המשפטית לבחינת מקומו של ערך או נורמה בתוך המדרג הינה שפת ההיקש והקל וחומר.

פרק חמישי- הקל וחומר במשפט הפלילי.

א. מבוא

הקל וחומר נתפס ככלי המוסיף תקפות מצד אחד ובמשפט הפלילי נדרשת רמת תקפות גבוהה מצד שני. תובנה זו יוצרת מצב לכאורה שבו השימוש בקל וחומר במשפט הפלילי יהיה שכיח יותר מבתחומים אחרים. בפסיקות העליון ובמאמרי המלומדים, באה תיזה זו לידי ביטוי בפנים רבות. כך לדוגמה קובע השופט שמגר[728] (כתוארו אז): "מכל מקום שיטת משפטנו "גמישה" יותר בהיבט זה ומאפשרת הרשעה על פי ראיות נסיבתיות...אך זאת בתנאי שהראיות מאפשרות הסקת " מסקנה חד-משמעית, שהיא ההגיונית היחידה".

יותר מכך, הסמכות לפרש, כמעט נשללת מן השופטים במשפט הפלילי. שם, צריך השופט לבנות סילוגיזם מושלם לגבי כל תיק בפלילי:

> "Nor can the authority to interpret the laws devolve upon the criminal judges, for the same reason that they are not legislators . . . The judge should construct a perfect syllogism about every criminal case: the major premise should be the general law; the minor, the conformity or otherwise of the action with the law; and the conclusion, freedom or punishment. Whenever the judge is forced, or takes it upon himself, to construct even as few as two syllogisms, then the door is opened to uncertainty"[729].

הקל וחומר תופס מקום נכבד במשפט הפלילי בשל יכולתו לעקוף אילוצים שונים כמו היעדר ראיות שתומכות ישירות בטענה:

> This suggests, I think, that the characteristic point of deploying an a fortiori argument is that it allows us to sidestep certain types of constraints—constraints like one's lack of evidence that would directly support a claim

---

[728] ע"פ 1707/08 אלי אריש נ' מדינת ישראל, סעיף יט.

[729] PLUNKETT, D., SHAPIRO, S. J., TOH, K., & DUARTE, L., DIMENSIONS OF NORMATIVITY. 15 ON THE LEGAL SYLLOGISM. (2019).

like (2) above, or one's lack of knowledge of the relevant threshold—that render certain other kinds of inferences unavailable"[730].

מצד שני, קיימת 'רתיעה' מן השימוש בקל וחומר במשפט הפלילי והדרישה להיצמדות ללשון החוק אף היא נפוצה. בפס"ד המפורסם ביותר בשל עמימותו[731], קובע השופט זילברג בנחרצות: "רק המחוקק יכול לאסור, ובית המשפט אינו רשאי לחרוג ולו בטיפה מתחומי האיסור הכתוב בהישען על שיקולי היגיון או קל וחומר". במציאות הפסיקתית המצב שונה לחלוטין. עניינים 'הרי גורל' הוכרעו בדרך של קל וחומר. כך לדוגמה, החלתן של הלכות **דרעי ופנחסי** על ראש הממשלה דאז (בנימין נתניהו), התאפשרה אך ורק בשל קל וחומר שהוסק בשל היחס המשפטי שבין הפרשיות הללו, (על אף שאינן בתחום הפלילי הם יכולים לשמש עדות לחשיבות הקל וחומר). מאבק זה שבין שתי תפיסות אלו יבחן לעומקו באמצעות חקירתן של **כל פסקי העליון המבוססים על קל וחומר בתחום הפלילי**![732]

שתי אמירות בולטות ומייצגות של שופטי ישראל יעמדו ברקע החקירה.

האחת- דברי השופט ח. כהן הקובע נחרצות כי: "...ומימלא אמנם דיני העונשין יוצאים **כולם** (הדגש שלי, ח.ג) מכלל תחולת חוק יסודות המשפט"[733].

השניה- " ענישה מתוך היקש או מקל וחומר ולא על פי חוק המפורש אסורה במדינת שלטון חוק, והסכנה שעושה מעשה מרושע לא יוענש - קטנה מן הסכנה שבית המשפט יעניש שלא על פי חוק ובמפורש"[734].

אמירתו של השופט ח. כהן מדגישה את 'הסתירה' כביכול שבין חוק העונשין, דיני הראיות והחסד"פ לבין חוק יסודות המשפט. על אף ש'אין עונשין אלא על פי חוק', במצב של 'חסר' קובע

---

[730] THE MODERN LAW REVIEW, 76(6), I–XVI. (2013)

[731] ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועמ"ש.

[732] להלן **נספח-א**, 458 פסיקות העליון שנשלפו ממערכת 'נבו'. שדות המיון הם: (עליון), (קל וחומר), (פלילי).

[733] ח. כהן, "דין השיור", שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי, תשמ"ז, כרך יג, 285-306, עמ' 293.

[734] מתוך פרשת **ברנבלט** שיצא זכאי בעניינו (ע"פ 196/64 ברנבלט נ' היועץהמשפטי). ניסוח זה הינו של אסף הרדוף במאמרו: " פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 כא לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה". בתוך ספר 'אשר גרוניס'.

חוק יסודות המשפט את הדרכים להשלמת החסר, שבתוכם נמצא גם ההיקש. השופט מוציא לחלוטין את **כל דיני העונשין** מתחולת חוק יסודות המשפט ובכך לשיטתו, בוטלה 'הסתירה'! האמנם? ומה באשר ל 458 פסיקות העונשין שבהם עושה העליון שימוש בקל וחומר ?

הדרך לדון בסוגיא זו הינה להיכנס ל'עובי הקורה' המשפטית. בשל דברי השופט כהן הסותרים 'על פניהם' את המציאות המשפטית, **אמיין, אסווג ואחלק** את ההלכות הללו כדי לענות על השאלה האמנם 'כצעקתה'?

הפרשנות המהווה כלי מרכזי להתמודדות עם המציאות המשפטית המורכבת, עומדת אמנם לרשות השופטים גם בתחום הפלילי, אבל 'מקוצצת בכנפיה'. בתמצית קובע השופט ברק ואחרים[735] כי: " העקרון האוסר יצירת עבירות בדרך של פרשנות לוגית, אנלוגיה וסילוגיזם, היקש או גזרה-שווה, מכוון ליצירת **יש מאין** ולא לפרשנות מעוגנת בלשון החוק". המונח 'יש מאין' נשמע אמנם ברור אינטואיטיבית אך קשה ליישום משפטי בפועל. כיצד ניתן יהיה לעשות שימוש בפרשנות בתחום הפלילי אך להגביל את כוחה בפועל?

על שאלה זו משיב אסף הרדוף (שם, עמ' 168) כך: " ...ועדיין הנחת היסוד של המשפט הפלילי היא שהכל יודעים את החוק ואת פרשנותו. לאור הנחה קיימת זו, שתוצאותיה הן אחריות פלילית ועניש, גוברת חשיבותם של כללי הפרשנות **המיוחדים** (הדגש שלי, ח.ג) של המשפט הפלילי". לתוך 'הקלחת' הזו יש להוסיף גורמים רבי השפעה שכל אחד מהם מושך את עגלת המשפט הפלילי לכוונו.

" חוק העונשין עצמו מייצג מדרג הדומה מאוד למדרג הבקריאני הקלאסי: העבירות החמורות ביותר הן העבירות נגד השלטון (פרק ז), אחריהן עבירות גרימת המוות, עבירות המין ועבירות

[735] פלר, יסודות בדיני עונשין א' (1984), עמ' 19, וכן השופט ברק (כתוארו אז) בע"פ 53/54 אש"ד נ' היועמ"ש.

האלימות ולבסוף עבירות הרכוש״.[736] מיותר לציין כי מדרג **עבירות** ומדרג **עונשין** מזמינים את השימוש בקל וחומר משום שהבסיס לקיומו, קרי: יחסי קולא/חומרא מעוגנים בחוק עצמו.

׳עקרון החוקיות׳, סעיף 34 כא לחוק העונשין והכלל **׳אין עונשין מן הדין׳** משמשים כ׳שחקנים מרכזיים׳ לעיצוב הפסיקה בתחום הפלילי. בפרק זה אבחן את תרומת כל אחד משחקנים אלו לעיצובה של הפסיקה הפלילית ההיקשית. הדילמות המשפטיות שנוצרו בשל השפעתו של ׳עקרון החוקיות׳ על המשפט הפלילי הישראלי נפתרו בדרך רדיקאלית במשפט האמריקאי. שם, הוצאה תחולתו מן המשפט האזרחי ונותרה רק במשפט הפלילי.

> At the time of the adoption of the American Constitution, many people understood its ex post facto clauses to prohibit "all retrospective laws, or laws governing or controlling past transactions, whether . . . of a civil or a criminal nature." Yet soon after adoption, these clauses (on their face unlimited) were defined judicially to cover only cristatutes[737].

רכיב מרכזי בפסיקות העליון בפלילי שבהן רכיב הקל וחומר דומיננטי בפסיקה הוא הכלל ׳אין עונשין מן הדין׳, שנוסחו לקוח מן המשפט העברי. כלל זה אמור להיות ׳מעטה הגנה׳ נוסף להוצאת תחולתן של דיני העונשין מחוק יסודות המשפט. גם אם שופט ׳יתפתה׳ ויגלוש לשימוש בהיקש בתחום העונשין, כלל זה אמור לבלום את פסיקתו, שכן ׳אין עונשין מן הדין׳.

[736] הדר אבירם, ״ האם המשפט משיג את מטרותיו? תשובות מעולם המחקר האמפירי״.

[737] Gallant, K. S. Legality in Criminal Law, Its Purposes, and Its Competitors. In The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law (pp. 11–45). Cambridge University Press (2009).

חקירת עומק של הכלל, **פרשנותו, אופן יישומו, ומידת יישומו** בבית המשפט העליון תשיב על השאלה- האם מקיים הכלל את ייעודו?

בשל מספר הפסיקות הרב (458) בחרתי במתודולוגיית המחקר הבאה כדי לנסות ולהשיג תוצאה מחקרית אפקטיבית. חילקתי את פסיקות הפלילי בעליון הכוללות את הקל וחומר לשלוש קטיגוריות המייצגות את התחום הפלילי.

נספח-ב: פסיקות קל וחומר **בעונשין**.

נספח-ג: פסיקות קל וחומר **בדיני ראיות**.

נספח-ד: פסיקות קל וחומר **בחסד"פ**.

חלוקה זו אמורה להשיג מעצם טבעה תוצאה מחקרית הנובעת מן ההבדלים שבין תוכן הנספחים הנ"ל. זאת ועוד, כדי לצמצם את מספר הפסיקות הנחקרות לעומקן, מבלי לפגוע בתוקף החקירה, נבחנה כל פסיקה במספר פרמטרים. העיקרי שבהם הוא מידת החשיבות של הפסיקה למחקר זה (**גבוהה, בינונית, חלשה**). הדיון המחקרי יתמקד באופן טבעי בפסיקות בעלי חשיבות מחקרית **גבוהה**.

עקרון מתודולוגי נוסף הוא הדיון בקבוצות פסיקות ייחודיות שמספר מופעיהן רב באופן יחסי:

האחת: פסיקות המכונות פסיקות 'גלגול שלישי'.

השניה: 'איים', קבוצות פסיקה ייחודיות כגון: בתחום הסמים, הזנות, המעצרים ופגיעה בקטין.

השלישית: פסיקות 'אין עונשין מן הדין'.

אפתח את הדיון בחקירה סטטיסטית של כל הפסיקות (458) במבט מקרו (מבט על). סעיף זה בחקירה (היבטים סטטיסטיים בפסיקות העליון בפלילי הכוללות קל וחומר) יספק תחילה מבט כמותי הכרחי אך בד בבד יפתח חקירות עומק נוספות בשל ממצאיו.

ב. היבטים כמותיים/סטטיסטיים

ב.1. השיטה

בפרק זה אני דן בכל מופעי הקל וחומר בפסיקות בית המשפט העליון במשפט הפלילי[738]. זהו היקף עצום של מופעים החורג מתחומי עבודה זו. בשל כך, יצרתי מונחי **סווג ומיון**[739] שמטרתן להציג תמונה כוללת מצד אחד וברירת 'המוץ מן התבן' מצד שני. מלבד הצמצום הנדרש בכמות הרבה של המופעים, נועדו אמצעי הסווג והמיון לגילוי תוצאות מחקריות הנוגעות לאופיין המשפטי של מקורות הקל וחומר, כמו: מספר מופעי הקל וחומר בתחום הראיות, העונשין והחסד"פ[740]. בדיון על **כל מקור** בנספח א (= 'כל הקלין והחמורין בדין הפלילי' קבעתי בכל אחת מן הפסיקות שלוש קביעות.

האחת – האם הקל וחומר מפורש? (כן, לא)

השניה – לאיזה תחום יש לשייך קל וחומר זה (עונשין, חסד"פ, ראיות)

השלישית – מידת 'חשיבותו' של קל וחומר זה (גבוהה, בינונית, חלשה).

הקביעה **הראשונה** (האם הקל וחומר מפורש) הינה קביעה עובדתית שאינה יכולה להיות שנויה במחלוקת.

הקביעה **השניה** (שייכות לתחום מסוים) הינה הערכה מבוססת למדי בהתחשב במידע המצוי במקור ובמיוחד בפיסקה הרלוונטית. פסלתי מקרים מעטים באופן יחסי בהם ניתן לשייך קל וחומר מסוים ליותר מתחום אחד.[741]

הקביעה **השלישית**, מידת חשיבותו של קל וחומר מתבססת על הגדרות הקל וחומר ועל הממצאים של המחקר עד נקודה זמן זו במחקר.

---

[738] נמצאו 458 מופעים במאגר 'נבו', תחת מילות החיפוש: [בית משפט עליון], [קל וחומר], [דין פלילי].

כל הפסקאות בהן מופיע המונח 'קל וחומר' מוצגים להלן **בנספח א – כל הקלין וחמורין בדין הפלילי.**

המיספור שלהם 1-458 , הוא אותו המיספור המתקבל בתוצאת **החיפוש שבמאגר נבו.**

[739] מונחים אלו יוגדרו להלן בסעיף **'השיטה'.**

[740] שלושת המקורות הללו נבחרו כמייצגים נאמנה את מרבית התחום של הדין הפלילי.

[741] בנושא זה נעזרתי במידע הנוסף אותו מספקת מערכת 'נבו' בתחילת כל פסיקה. המידע מתייחס לנושאי המשנה מתוך החקיקה אליהם מתייחסת הפסיקה המסוימת. מידע זה ישמש אותי בשאר הנספחים ב, ג, ד תחת השדה בטבלה המכונה – 'קשור לנושאי משנה'. על נספחים ב, ג, ד ראו להלן בגוף העבודה.

מידת חשיבות **חלשה** ניתנה על ידי במקרים הבאים:

אפ' א כאשר הקל וחומר דן בעניין פרטני, שקשה להסיק ממנו תובנות למקרים נוספים בהיותו ממוקד בעניין ספציפי, כגון: פסיקה מס' **12** [742] – "... כי היא לא ראתה את מנעול ההגה בכלל, קל וחומר שלא ראתה אותו מונף".

אפ' ב - כאשר הקל וחומר נועד למטרה אחת בלבד לחזק את דברי אומרו אבל לא ליצירת הלכה חדשה, כגון: פסיקה מס' 49 [743] - "...אין בדו"ח ולו אמירה משתמעת, קל וחומר שלא אמירה מפורשת, לפיה יש לפסול את קבילותן של ראיות טביעות הנעל".

אפ' ג - דברים הגיוניים ומובנים מאליהם. השימוש במונח קל וחומר במקרים אלו אינו מתיימר ליצור הלכה חדשה אלא להדגיש לכאורה את המובן מאליו, כגון: פסיקה מס' 94 [744] - "...שיקולי גמול והרתעה מחייבים החמרה בעונשם של עברייני מין קל וחומר בעונשים של עברייני מין המבצעים עבירות בקטינים".

מובן כי העמקה בכל אחת מפסיקות אלו היתה חושפת תובנות והנחות יסוד בבסיס הקל וחומר שניתן לתהות על נכונותן, קיומן או מקורן. כך לדוגמה באפשרות ב לעיל, ניתן היה לדון בהבדל המשפטי שבין אמירה **משתמעת** לאמירה **מפורשת**. או בדוגמה שבאפ' ג, ניתן היה לדון לכאורה על התובנה שלפיה עונש בעבירות מין בקטינים חמור מעבירות מין שלא בקטינים. דיון כזה חורג הרבה מעבר להיקפה של עבודה זו על אף שיש לו מקום.

מידת חשיבות **בינונית**, ניתנה על ידי לקל וחומר שבדרך כלל מידת חידושו כללית ו/או אבסטרקטית מידי, כגון: פסיקה מס' 6 : "... מחובתו של בית המשפט לשמור על מידתיות בענישה, חובה שהוא פועל יוצא מהשפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הוראת דיני העונשין. כידוע חוקי היסוד מקרינים על כל ענפי המשפט... קל וחומר בבחינת הסדרים משפטיים שהתקבלו לאחר חקיקתם". ברור למדי כי החידוש בדבר השפעתו של חוק היסוד על הסדרים משפטיים שהתקבלו לאחר

[742] ע"פ 4784-13 ניר סומך נ' מדינת ישראל.

[743] ע"פ 1620-10 ניקולאי מצגורה נ' מדינת ישראל.

[744] ע"פ 1965-14 פלוני נ' מדינת ישראל.

חקיקתו כללי ואבסטרקטי מידי והשימוש במונח 'קל וחומר' אינו תורם רבות לקונקרטיזציה של החידוש.

מידת חשיבות **גבוהה** ניתנה על ידי לקל וחומר בפסיקות בהן השימוש במונח - פורמאלי, מחדש ומהווה מקור לטיעון משפטי רלוונטי, כגון: פסיקה 14 [745] : "... הימנעותו של נאשם להעיד להגנתו עשויה לחזק את ראיות התביעה ואף לשמש להן סיוע. משכך – ועל דרך קל וחומר – נקבע כי אין כל מניעה כי שתיקתו של הנאשם תהווה גם "דבר מה נוסף" להודאתו בחקירה". מנקודת המבט של מחקר זה, זהו קל וחומר פורמלי ומושלם. מוצגים בו שני חלקיו העיקריים: **המלמד** (סעיף 162 בחסד"פ) **והלמד** (הימנעות נאשם מלהעיד עשויה לשמש כ'דבר מה נוסף'), ומבנהו 'פשוט' (ואפשר 'בכלל מאתיים מנה' על פי השופטת ארבל).

הסווג והמיון הנ"ל אכן מותיר בידי 117 פסיקות[746] העונות להגדרה בעלי חשיבות **גבוהה.**[747] קביעה ראשונה בכל פסיקה כנ"ל הינה בשאלה האם הקל וחומר **מפורש**? (כן, לא). קל וחומר מפורש הוא קל וחומר שבו לא רק שניתן לזהות את המלמד והלמד, אלא אף את יחסי הקולא/חומרא הקיימים ביניהם.[748] קל וחומר לדוגמה נמצא בפסיקה מס' 32: [749] "...אם על מסמך פרטי ואישי שנערך על ידי הפרט על פי חובה שבדין, לא חל החיסיון **קל וחומר** שכך הוא לגבי מסמכים שנערכו על ידי הרשות והגיעו ממנה לפרט. במסמכים כאלה מחזיק הפרט באופן פיזי, אולם על פי מהותם, תוכנם ומקורם אין בהם למעט נייר הצילום עצמו, קניינו של המחזיק בהם, וזכותה של הרשות לקבל לידיה את המסמכים שהיא עצמה יצרה בחקירתה".

---

[745] רע"פ 4142-04 סמל (מיל) איתי מילשטיין נגד התובע הצבאי.

[746] הטיפול והחקירה של 117 פסיקות, מצמצם ומקל את עבודת המחקר באופן משמעותי. עם זאת ברור כי חשיבותן של שאר הפסיקות בהן מופעי הקל וחומר מוגדרים כחשיבות **בינונית וגבוהה** אינה נופלת מחשיבות הקבוצה של **חשיבות גבוהה**, אבל לא מן ההיבט של הקל וחומר והשפעתו על הדין הפלילי. יש מקום להמשיך ולחקור קבוצות אלו מנקודות מבט אחרות החורגות מחוץ לתחום עבודה זו. עוד יש לציין כי ההגדרות שנתתי על אף הגיונן אינן חסינות מביקורת ויש מקום לדון באחדות מהן, על אף שלעניות דעתי אינן רבות.

[747] **חשיבות גבוהה,** רק מנקודת המבט של הקל וחומר והשפעתו על הדין הפלילי.

[748] לא את **ההכללה**, שכן זו כפי שאראה בהמשך העבודה אינה מנוסחת באף מקרה.

[749] רע"פ 4574-99 מדינת ישראל נ' ציון לגזיאל.

הנה כי כן, **המלמד** הינו סעיף 47 בפקודת הראיות, **הלמד** משתמע בפרוש מהגיונו המשפטי של השופט: אין חיסיון על מסמכים שנערכו על ידי הרשות והגיעו ממנה לפרט. ויחסי **הקולא/חומרא** מפורשים – אלו נערכו על ידי הפרט ואלו נערכו על ידי הרשות והגיעו לפרט.

כאמור לעיל, הקביעה השניה לכל פסיקה הכוללת את המונח קל וחומר הינה התחום העיקרי אליו משויכת הפסיקה כלומר: **חסד"פ** או **עונשין** או **ראיות**.

על פי שיטת מחקר זו מתקבלים שלשה קבצי פסיקות בהתאם לשלושת התחומים, **כולם בעלי חשיבות גבוהה.**

להלן: **נספח ב** – פסיקות קל וחומר בעליון בתחום – **עונשין** (35 פסיקות העליון)

להלן: **נספח ד** – פסיקות קל וחומר בעליון בתחום – **חסד"פ** (51 פסיקות העליון)

להלן: **נספח ג** – פסיקות קל וחומר בעליון בתחום – **ראיות** (31 פסיקות העליון)

המידע בנספחים אלו (ב, ג, ד) הוא המצע המחקרי בו מתמקד פרק זה.[750] בנספחים אלו (ב, ג, ד), **כל** פסיקה מנותחת על פי שדות המידע הבאים:

-ההלכה הנלמדת בקל וחומר – ניסוח מחודש או העתקה של ההלכה הנלמדת (=למד)

המלמד וסביבתו המשפטית – הצבעה מפורשת על אופיו של המלמד (חוק, תקדים, או מקור אחר). בשדה מידע זה גם היסק מפורש בדבר יעד **'התמיכה'** של הקל וחומר, כלומר: האם הוא מחזק את עמדת המדינה שהיא המאשימה בדין הפלילי, ובקצרה **תמיכה במדינה**, או את הנאשם, ובקצרה - **תמיכה בנאשם**. פעמים שהקל וחומר תומך בבית המשפט קרי: מעניק כוח, זכות, כלי בידי השופטים לבצוע מלאכתם, ובקצרה **תמיכה בבית המשפט.**

[750] בהמשך יחקרו כל הפסיקות הנ"ל על פי החתכים הנ"ל, כל קבוצת מקורות לחוד וכולן יחד.

מאפייני הקל וחומר – האם הוא מסוג 'פשוט' או 'בכלל מאתיים מנה'?[751] מאפיין שני הוא **'ההכללה'** הנגזרת מניסוחו. לכל קל וחומר בנספחים אלו ניסחתי הכללה מפורשת שמאפשרת את הבנת הקל וחומר מצד אחד ואת אפשרות פריכתו מן הצד השני.

קשור לנושאי משנה – בסעיף זה, הלקוח ממאגר 'נבו' התייחסתי אל נושאי משנה בהם דן הקל וחומר כגון: דיון פלילי – הודאה ופסלותה, או ענישה – דרכי מעצר וכדומה.

העבודה הסיזיפית של ניתוח כל הפסיקות הנ"ל (117 פסיקות כמוזכר לעיל) על פי שדות המידע הללו מאפשרת ניתוחים כמותיים/ סטטיסטיים/ השוואתיים גם ברמת **המקרו** על מאפייני השימוש ו/או ההשפעה של הקל וחומר בדין הפלילי. ניתוחים אלו יוצגו להלן על פי נושאיהם. יותר מכך, שיטת מחקר זו ה'מפרקת' את הקלין וחמורין למרכיביהן, מסווגת וממיינת אותן על פי שדות מפתח, תחשוף בפנינו כפי שאראה בסעיפי הממצאים גם 'איים' ו'קבוצות' של פסיקות בעלי מאפיינים דומים בהקשר של הקל וחומר ומה שמשתמע מכך. בשיטת 'משפך' זו המחקר עובר מ-458 פסיקות ל-117 פסיקות מבלי לאבד מידע חיוני ברמת המקרו בשאלת המאפיינים וההשפעה של הקל וחומר במשפט הפלילי.

ב.2. ממצאים בדיני עונשין

ב.2.א. היחס המספרי בין המקורות המלמדים.

לשון חוק יסודות המשפט תש"ם – 1980: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, או בדרך של היקש, יכריע בה וכו.."

בחינת נספח – ב (הלכות קל וחומר מן הפסיקה בעליון בתחום **העונשין**) מעלה כי הפנייה אל המקורות הינה תחילה אל **החוק** (17 פסיקות), לאחריה אל **התקדים** (11 פסיקות) ולבסוף אל מקורות משפטיים '**אחרים**' (7 פסיקות) בכל המקורות הנ"ל הלימוד הוא בדרך של היקש, המונח

[751] ראינו כבר בפרקים קודמים כי אין במשפט הישראלי קל וחומר מסוג 'מורכב'.

המוזכר בחוק.[752] הפנייה אל המקורות 'האחרים' (שבעה במספר) מנוסחת כך: 'אין חולק',[753] 'הגיון'[754] 'כלל',[755] 'משפט עברי',[756] 'מושכלות ראשונים',[757] 'נוהג'.[758]

לפנינו אם כן, מקורות למלמד שחלקם אינם מקורות מובהקים הנכנסים תחת כנפי המונחים 'חקיקה' או 'הלכה פסוקה', כמתחייב מלשון חוק: יסודות המשפט. שופטי העליון אינם מדקדקים בזוטות מעין אלו, ואפשר שיש להוסיף ללשון החוק גם מונח חדש כגון: 'מקור מקובל' שיכניס תחת כנפיו לפחות [759] את: 'אין חולק, 'מושכלות ראשונים', ו 'נוהג'.

ב.2.ב. מי הנהנים מפסיקות הקל וחומר?

בנספח ב, סווגתי את הפסיקות גם לפי סעיף 'הנהנה', כלומר, את מי משרתת תוצאת הקל וחומר. כיוון שבמשפט הפלילי (אחריות, סמכות, ופרשנות עברות) הצד התובע הוא המדינה ניתן בנגוד למשפט האזרחי להבחין בין 'הנאשם' לבין 'המדינה'. מלבד שני 'הנהנים' הללו יש בפסיקות העליון גם פסיקות המסייעות ל'מדינה' ול'נאשם', 14 פסיקות מול 13 פסיקות בהתאמה. תוצאה זו על אף

---

[752] מכאן ההוכחה **שההיקש** אינו מקור בפני עצמו המקביל לחוק ולתקדים אלא המכשיר ללימוד ההלכה, ולמעשה, בצד זה של החוק קיימים שני מקורות בלבד החוק והתקדים בסדר זה.

[753] פסיקה 87 – "אין חולק כי העברתם לגורם אחר מהווה מסירת נשק מצידו".

[754] פסיקה 148 – "אין להתיר מצב בו אדם עושה דין לעצמו ונוקט באלימות כנגד אחרים על מנת לגמול להם על מעשיהם כלפיו".

[755] פסיקה 190 – "הכלל הוא ששחרור בערובה של אחד השותפים לעבירה בשל החלטת בית המשפט מצדיק בהעדר טעמים המצדיקים הבחנה בינו לבין האחרים – לשחרר גם את שותפיו".

[756] פסיקה 305 – "בצדק תשפוט עמיתך".

[757] פסיקה 289 – "מושכלות ראשונים בערכאה דיונית, בית המשפט יטה בדרך כלל לגזור את העונש בתחומי הסדר הטיעון..".

[758] פסיקה 203 – "כאשר מדובר במעשי רצח של מספר קורבנות **נוהגים** בתי המשפט ככלל להטיל עונשי מאסר עולם מצטברים כמספר הקורבנות".

פסיקה 290 – "בית המשפט העליון לא יתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין העונש, אם הוא מצוי בטווח אשר הוסכם עליו במסגרת הסדר טיעון".

[759] איני מפתח נושא זה מעבר למסקנתי בגוף העבודה, בשל חריגה מגבולות המחקר. ברור למדי כי שופטי העליון לא בוחנים את חוק: יסודות המשפט ואת משמעויותיו טרם שינסחו את ההיקש ליצירת הלכה חדשה.

היקפה המצומצם יכולה לתמוך בתפיסה שלפיה לא קיימת זהות בין פורמליזם (=היקש, קל וחומר) לבין הנכונות לפגוע בזכויות הפרט. התיזה הזו מנוסחת היטב על ידי אסף הרדוף:[760]

> "מעבר לכך, יצירת זהות בין הפורמליזם לבין נכונות לפגוע בזכויות אדם אינה נכונה, כשם שיצירת זהות בין אקטיביזם לבין נכונות להגן על זכויות הפרט על חשבון האינטרס הציבורי אינה נכונה. בענף חשוב של המשפט הציבורי המצב, פעמים רבות, הפוך; כוונתי כמובן, למשפט הפלילי בכלל ולדיני העונשין בפרט. במשפט הפלילי, האקטיביזם השיפוטי הופך לא אחת מאביר זכויות הפרט לחוד החנית נגדן, ואילו הפורמליזם השיפוטי הופך שריון ומגן".

להלן תמצית פסיקות **הקל וחומר** שנועדו לתמוך במערכת המשפטית, נבחן אותם מהיבטים שונים:

פסיקה 59 – נאשם שנמנע ממתן עצות אינו יכול להטיל ספק סביר בעניין היסוד הנפשי הנדרש לפי חוק.

פסיקה 85 – 'ספק סביר' בסעיף 34 כב לחוק העונשין, ולא ספק במידה רבה (="הספק הסובסטנטיבי")

פסיקה 158 – ערכאת הערעור אינה מנועה מלהתערב בעונש אשר נגזר על נאשם, במקרים שבהם ניתן עיכוב ביצוע לעבודות אלו.

פסיקה 225 – ערכאת ערעור לא תתערב בעונש המצוי בטווח מוסכם במסגרת הסדר טיעון אלא אם קיימת סטייה ניכרת ממדיניות הענישה.

פסיקה 289 – בערכאת ערעור יטה בדרך כלל בית המשפט לגזור את העונש במסגרת הסדר הטיעון.

פסיקה 290 – בית המשפט העליון לא יתערב בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בעניין העונש אם הוא מצוי בטווח אשר הוסכם עליו במסגרת הטיעון גם לאחר החמרה בו.

פסיקה 430 – אין מטילים חובה על עו"ד לדרוש ולחקור את לקוחו ולאמת כל הצהרה ודיבור שנמסרו על ידו.

פסיקות: 59, 85 עוסקות בנושא 'נפיץ' במיוחד 'ספק סביר'. הקל וחומר במקרים אלו משמש ככלי פרשני. פסיקות: 158, 225, 289, 290 עוסקות בערכאות ערעור. מתברר כי נושא זה שאף זוכה לשם

---

[760] אסף הרדוף, 'פרשנות תכליתית או מצומצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 כא לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה, 329124 = ABSTRACT/ HTTS SSRN.COM.

'גלגול שלישי' מועלה תדיר בפני ערכאות הערעור ועל אף הכללים שנקבעו בנדון, (בר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ) המערכת המשפטית מאותגרת באופן תמידי בשאלות הערעור בזכות או ברשות. ההחלטה ב**חניון חיפה** הינה ההחלטה המצוטטת ביותר בפסיקת בית המשפט העליון בכל שנותיו.[761] תוצאה זו בולטת במיוחד בנספח א – ("כל הקלין וחמורין בתחום הפלילי"), שבו לא פחות מ-56 פסיקות 'גלגול שלישי' המבוססים על קל וחומר, כגון (פסיקה 86): "... שאין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בהן – קל וחומר ב "גלגול שלישי". תוצאה זו שהתגלתה בחקירת ההיבט הכמותי תזכה בהמשך העבודה להתייחסות מיוחדת – "הגלגול השלישי". החקירה תתמקד בעיקר בתפקידו של הקל וחומר בקבוצת פסיקות זו.

ב.2.ג. סוגי הקל וחומר

כל הקלין וחמורין בפסיקות העונשין הם מסוג 'פשוט', תוצאה לא מפתיעה. ברם, מצאתי בתחום זה שלוש פסיקות מסוג 'בכלל מאתיים מנה".

פסיקה 55 – עבירה שנעברה **על** קטין (סעיף 14) כלולה בעבירה **שעשה** קטין (סעיף 354), לעניין פנייה ליועמ"ש.

פסיקה 59 – הכוונה היא חלק מן **ה'מחשבה הפלילית'**, כלומר: היסוד הנפשי הנדרש להפללה.

פסיקה 79 – 'שיקול דעת' כלול ב'אי שפיות דעת' לעניין ערעור.

המכנה המשותף לפסיקות אלו הינה עובדת היותן בתחום הפרשני המילולי. המונחים במלמדים: "קטין", 'מחשבה פלילית' ו-'שיקול דעת' מורחבים באמצעות קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' ל: 'נעשה קטין', 'כוונה' ו 'שפיות דעת' בהתאם, כדי לשוות לפסיקה תוקף משפטי התואם את לשון החוק.

הדיון בשאלה האם יש בהרחבה פרשנית זו משום אי קיום הכלל המקובל ש'אין עונשין מן הדין' תידון בנפרד בהמשך, בשל חשיבותה לכלל הפסיקות בפסיקות העונשין.

---

[761] יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמיט, "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי", **משפט וממשל ז.** 243 (תשס"ד) עמ' 253.

ב.2.ד . תחום העיסוק של פסיקות קל וחומר בעונשין.

בחינת נושאי המשנה בהם עוסקות פסיקות אלו מעלה תמונה מגוונת למדי: הודאות, הגנה מן הצדק, מעצר ושחרור, עבירות כלכליות, ערכאות ערעור, מדיניות ענישה, עבירות מין, מחשבה פלילית, הרשאה, שותפים לעבירה, זכות הוועצות והסדרי טיעון.

מס הפסיקות הגדול ביותר נמצא ב'מדיניות ענישה' [762]**, פסיקות שתחום עיסוקיהן מצוי רובו ככולו בפרק ו' לחוק העונשין – דרכי ענישה!** ריבוי הפסיקות בתחום דרכי הענישה באמצעות קל וחומר יכול אולי להעיד על מידת מאמציהם של שופטי העליון לשוות לפסיקותיהם בתחום כה רגיש תוקף משפטי גבוה.

ב.3. ממצאים בתחום הראיות

ב.3.א. היחס המספרי בין המקורות המלמדים

בחינת נספח – ג (הלכות קל וחומר מן הפסיקה בעליון בתחום – **ראיות**) מעלה כי הפנייה אל המקורות הינה במספר הגדול ביותר אל **הפסיקה** (16 פסיקות) לאחריה אל **החוק** (11 פסיקות) ולבסוף אל מקורות משפטיים '**אחרים**' (4 פסיקות). בכל המקורות הנ"ל הלימוד הוא בדרך של היקש, המונח המוזכר בחוק יסודות המשפט. אין לדעתי לייחס משמעות כל שהיא לעובדה שבתחום זה מקורות ההיקש מן הפסיקה מרובים מן המקורות הפונים אל החוק. הפנייה אל המקורות ה'אחרים' (ארבעה במספר) הינה באמצעות המונחים 'כידוע'[763], ו'נוהג'[764]

מנספח זה עולה כי החלוקה בין 'הנהנים' הינה כדלקמן: המדינה (11 פסיקות), הנאשם (11 פסיקות), בית המשפט (9 פסיקות). גם תוצאה זו מחזקת את התפיסה שלפיה לא קיימת זהות בין פורמליזם לבין הנכונות לפגוע בזכויות הפרט.[765]

---

[762] 12 פסיקות כלל הפסיקות בתחום העונשין על פי נספח ב'. אחריהן 'מרכיבות' פסיקות בתחום 'מעצר ושחרור', ערכאות ערעור'.

[763] הפנייה במונח 'כידוע' מזכיר מעט את 'אין חולק' (ראו הערה 26 לעיל) ו/או את 'מושכלות ראשונים' (ראו הערה 30 לעיל) גם בתחום הפלילי.

[764] לפי זה גם המנהג הופך למקור.

[765] ראו סעיף ב (ה) לעיל, וכן הערה 33 לעיל.

להלן תמצית הפסיקות בקל וחומר שנועדו לתמוך בעבודת המערכת המשפטית. נבחן אותם מהיבטים שונים:

פסיקה 78 – בית המשפט רשאי לקבוע כי הוא מקבל רק חלק מגרסתו של נאשם שמכחיש את אמרותיו במשטרה.

פסיקה 119 – ערכאת הערעור אינה נדרשת להתייחס לכל טיעון וטענה שהועלו על ידי הצדדים.

פסיקה 125 – בית המשפט דן רק בעובדות המתוארות בכתב אישום כאשר מדובר בכתב אישום שתוקן במסגרתו של הסדר טיעון.

פסיקה 136 – סמכות דיונית הנתונה לשופט אחד נתונה גם להרכב של שלושה שופטים של אותו בית משפט אלא אם המחוקק קובע אחרת.

פסיקה 260 – בית משפט מחוזי אינו חייב להכריע בטענות הקשורות לחוקיות ותקינות תסקיר שירות המבחן שנדונו בבית משפט השלום.

פסיקה 281 – בית המשפט העליון אינו מתערב בדיונים על עילות שבשלן נסגר תיק על ידי פרקליטות.

פסיקה 319 – אין כל מניעה שבית משפט שדן בערר, יעיין בחומר חקירה שהיה קיים עוד בשלב הדיון בערכאה דלמטה.

פסיקות: 119, 125, 260, 281 עוסקות כולן ב'פטור' שיש לבית המשפט מלדון בסיטואציות משפטיות שונות, מן הסתם, כדי להקל על העומס הרב.

פסיקות 136, ו-319 עוסקות ב'זכויות' של בית המשפט בנושאי פסיקה.

המכנה המשותף לכל הפסיקות הנ"ל היא עובדת היותן מסייעות ל'שפיטה' או בדרך של זכות הימנעות מלדון או בזכות ההפוכה.[766] לא מצאתי פסיקות של קל וחומר **ה'מאלצות'** את בית המשפט לדון בנושאים או בסיטואציות משפטיות כל שהן בתחום הראיות.[767]

ב.3.ב. סוגי הקל וחומר

כל הקלין וחמורין בפסיקות הראיות הם מסוג 'פשוט' תוצאה לא מפתיעה. מצאתי רק פסיקה אחת מסוג 'בכלל מאתיים מנה', פסיקה מס' 304: כידוע הוא, כי לשם הרשעתו של אדם בפלילים על סמך

---

[766] ודוק: **בזכות** ולא **בחובה.**

[767] נושא זה יידון **בכללותו** ברמת **המקרו** לגבי כל התחום הפלילי בסעיף הבא.

עדותו של קטין בפני חוקר ילדים, נדרשת תוספת ראייתית בדמות סיוע לאותה עדות. הצטברות ראיות יכולה לשמש כ'סיוע'.

'הצטברות' ראיות בלשון הפסיקה כוללת בתוכה גם את המונח 'מספר' ראיות ולכן היא יכולה לשמש כ'סיוע'. בפסיקה זו המונח למקור המלמד הוא **'כידוע'.** הנוסח המלא הינו כדלקמן:[768]

"כידוע הוא, כי לשם הרשעתו של אדם בפלילים על סמך עדותו של קטין בפני חוקרי ילדים, נדרשת תוספת ראייתית בדמות סיוע לאותה עדות. בעיינינו, מצא בית המשפט קמא, כי לעדותו במספר ראיות, **וקל וחומר** (הדגש שלי ח.ג) כאשר מדובר בהצטברותן של ראיות אלו".

קשה לי להגדיר היקש זה כקל וחומר בכלל, ועוד יותר כקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' בפרט. תחילה, תחת המונח **'כידוע'** נקבע כי דרושות 'מספר' ראיות ולאחר מכן מוגדר המצב בעניינו כ-'הצטברות' של ראיות מה שיוצר את הרושם (המוטעה לדעתי) כי לפנינו יחסי הכלה ו/או יחסי קולא חומרא. 'מספר' ראיות מבטא מצב של תחליף ל'סיוע' עקב קיומן של מספר ראיות נוספות. ברם, המונח 'הצטברות' מבטא פעולה תהליכית שבתוכה 'הגיעו' לבית המשפט עוד ועוד ראיות בזה אחר זה. המונח 'הצטברות' מתייחס למימד הזמן והמונח 'מספר' מתייחס למימד הכמות. בשל כך אין לנתח קל וחומר זה באופן פורמאלי בהיותו היקש שבה להצביע באופן מלאכותי על 'תוקף' ההיסק.

ב.3.ג. תחום העיסוק של פסיקות קל וחומר בתחום הראיות

בחינת נושאי המשנה בהם עוסקות פסיקות אלו מעלה תמונה מגוונת למדי: זכות שתיקה, מהימנות עדים, קבילות הודאות, סגירת תיקים וערעורים. **מס' הפסיקות הגדול ביותר נמצא** בתחומי המשנה **הודאות וראיות**, כולן מפרק ג בפקודת הראיות. אין בתוצאה זו ריבותא גדולה משום שנושאים אלו מהווים את חלק הארי בדיני הראיות.

ב.4 . ממצאים בחסד"פ

ב.4.א. היחס המספרי בין המקורות המלמדים.

[768] ע"פ 1818-16 פלוני נ' מדינת ישראל.

בחינת נספח ד – (הלכות קל וחומר מן הפסיקה בעליון בתחום – **חסד"פ**) מעלה כי הפנייה אל המקורות הינה במספר הגדול ביותר אל **הפסיקה** (18 פסיקות), לאחריה אל **החוק** (17 פסיקות) ולבסוף אל מקורות משפטיים '**אחרים**' (16 פסיקות). בכל המקורות הנ"ל הלימוד הוא בדרך של **היקש**, המונח המוזכר בחוק: יסודות המשפט. ההבדלים בין מספר הפניות למקורות השונים מינורי ולכן אין ללמוד מכך דבר.

הפנייה אל המקורות 'האחרים' (16 פסיקות) הינה מגוונת מאוד ביחס לתחום העונשין ולתחום הראיות והיא כוללת את: 'עקרון', 'משפט עברי', 'דוקטרינה', 'ברגיל', 'אין חולק', 'סמכות מוקנית', 'מניעות', 'מושכלות יסוד', 'יועמ"ש', 'נוהג', 'עקרון', 'פרקליטות'. לראשונה אנו פוגשים מקורות מלמדים חדשים שלא פגשנו בהם עד כה: 'דוקטרינה'[769], 'סמכות מוקנית'[770] ו-'יועמ"ש'[771].

ב.4.ב. מי הנהנים מפסיקות הקל וחומר?

מנספח ד עולה כי החלוקה בין 'הנהנים' הינה כדלקמן: המדינה (19 פסיקות), הנאשם (25 פסיקות) ובית המשפט (7 פסיקות). על פניו נראה כי לפחות בתחום החסד"פ פסיקות הקל וחומר נוטות יותר לצד הנאשם מאשר לצד המדינה המשמשת כתובעת. כאן נראה כי בתחום זה קיימת זיקה קלה בין השימוש בפורמאליזם לבין הנכונות לפגוע בזכויות הפרט.

להלן תמצית הפסיקות בקל וחומר שנועדו לתמוך בעבודת המערכת המשפטית.

פסיקה מס' 33 – אין לערער על פסיקותיו הרשמיות של אדם אשר כיהן כשופט דה-פקטו, רק משום שלא שימש כשופט דה-יורה. ההלכה הנובעת מן ההיקש טוענת כי סמכות שופט דה-פקטו המשמש בכהונה זו כדין, גדולה מסמכות שופט דה-פקטו שאינו משמש בכהונה זו כדין.

פסיקה מס' 118 – אין זכות להגשת ערר על החלטה של בית משפט מחוזי בערר של בית משפט שלום בנושא פרסום או אי פרסום.

---

[769] פסיקה 54, ע"פ 8974-07 הוצ'יאן ליין נ' מדינת ישראל.

[770] פסיקה 162- בש"פ 5586-06 ניסים חלידו נ' מדינת ישראל.

[771] פסיקה 391-בג"צ 541-81 סידני בן יהודה בוז'ו נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב, מר ח' דבורין. וכן פסיקה 429 - בש"פ 6897-12 מדינת ישראל נ' פלוני.

פסיקה מס' 205 – בית משפט עליון אינו ממיר את שיקול דעתן של רשויות התביעה בשיקול דעתו שלו, מקום שבו החלטת הפצ"ר בעניין העמדתו או אי העמדתו לדין של אדם נבחנה ואושרה על ידי היועמ"ש.

פסיקה מס' 207 – ערכאת הערעור תמעט להתערב בבקשת רשות לערער.

פסיקה מס' 269 – השופט רשאי לנצל עובדות שלא נטענו כלל, כדי ללמוד מהן על כוונתו של הנאשם ודרכי פעולתו לגבי עבירה אחרת.

פסיקה מס' 278 – חילופי דברים פנימיים בין גורמי אכיפת החוק נכנסים בגדר הסייג לעקרון הגילוי הרחב הנוהג על פי סעיף 74 לחסד"פ גם בהליכי הסגרה.

פסיקה מס' 221 – 'גלגול שלישי'

פסיקה מס' 33 בולטת בנושא התייחסותה – קרי פסילת שופט.

פסיקות 118, 205, 207, ו-221 עוסקות **בזכות הערעור** וכולן מתנקזות ל'גלגול שלישי'.

פסיקה 269 – מעניקה זכות פסיקתית חשובה בידי השופטים בתחום הכוונה הפלילית.

ופסיקה 278 – 'שומרת' על מקורות הידע של המערכת המשפטית.

ב.4.ג. תחום העיסוק של פסיקות הקל וחומר בתחום – חסד"פ

בחינת נושאי המשנה בהן עוסקות פסיקות אלו מעלה תמונה מגוונת למדי: הרשעות עפ"י עובדות, מדיניות ענישה, טענות מקדמיות, עדות מוקדמת, חיסיון, התיישנות, חזרה מהודאה, איסור פרסום, ערעור, כתב אישום, שחרור בערובה, חובות התביעה וחילוט.

כאן בולטת תוצאה מחקרית – מס' הפסיקות העוסקות במדיניות הענישה ובמיוחד בדיני מעצר גדולה באופן יחסי, **19 פסיקות מתוך סך כולל של – 51 פסיקות בתחום זה.**

תוצאה זו מקבילה ומחזקת את התוצאה המחקרית בדיני ענישה (לעיל סעיף 2) . שם מצאנו כי מספר הפסיקות הכוללות קל וחומר בתחום העונשין ונמצאות ב'מדיניות הענישה' הוא הגדול ביותר. חיבור שתי תוצאות אלו 'מדיניות ענישה' בתחום 'דיני עונשין' ובתחום החסד"פ, יכולה להעיד על מידת מאמציהן של שופטי העליון לשוות לפסיקותיהן בתחום כה רגיש תוקף משפטי גבוה.

ב.5. ממצאים ברמת המקרו (בפלילי)

להלן הממצאים הכוללים מתוך נספחים ב,ג,ד

תחום	מס' הפניות לחוק	מס' הפניות לפסיקה	'לטובת' הנאשם	'לטובת' המדינה	'לטובת' מערכת המשפט
עונשין	17(38%)	11(25%)	13(27%)	14(32%)	8(33%)
ראיות	11(24%)	16(35%)	11(23%)	11(25%)	9(37%)
חסד"פ	17(38%)	18(40%)	25(50%)	19(33%)	7(30%)
סה"כ	45	45	48	44	24

מעיון בתוצאות הכוללות על פי שלושת התחומים במשפט הפלילי לא מצאתי העדפה **מובהקת** כלשהי. שופטי העליון, שלא במודע[772], פנו לחוק ולפסיקה כמקורות לקל וחומר באותה המידה (45 פעמים).

(2): אותה התוצאה קיימת גם ביחס לשאלת המוטיבציה. מתברר כי השופטים עשו שימוש בקל וחומר באותה המידה ל'טובת' הנאשם כמו ל'טובת' המדינה.

(3): כמחצית ממספר הפניות (לטובת הנאשם או המדינה) נוצרו 'לטובת' המערכת המשפטית. עם זאת, לא נמצאה אפילו פסיקה אחת בה השופטים יצרו קל וחומר **המחייב** אותם לדון בנושאים או בסיטואציות משפטיות כל שהן. כל הפסיקות בתחום הנ"ל העניקו **'זכויות'** לשופטים להימנע מלדון או **בזכות** ההפוכה. ההסבר לכך לדעתי הוא רצונם לצמצם את מספר המקרים העוברים את סף 'הזכות לערעור' בשל העומס הרב המוטל עליהם.

(4): ה'מקורות' אליהם פנו השופטים שאינם מפורשים כחוק או כפסיקה הם: **עקרון, אין חולק, משפט עברי, דוקטרינה, ברגיל, סמכות מוקנית, מניעות, מושכלות יסוד, נוהג, יועמ"ש, כידוע, הגיון, כלל**. כאן מקום לדיון בשאלה האם המונחים הנ"ל נגזרים באופן ישיר מן החוק ו/או הפסיקה. אם התשובה לכך שלילית, אזי יש לקבוע כי השופטים לא פעלו על פי חוק: יסודות המשפט

[772] במובן זה שהם לא תכננו את התוצאה הסטטיסטית הזו.

המפנה אל החוק ואל התקדים. יש יסוד להניח כי חלק מן המונחים[773] אינם נגזרים באופן מפורש מפסיקה או מחוק שאם כן מדוע אין השופטים מציינים זאת במפורש כדרכם?[774]

ב.5.א. סוגי הקל – וחומר

רוב ככל הקלין וחמורים הם מסוג **פשוט** (מיעוטן מסוג **'בכלל מאתיים מנה'.** פסיקה מס' 304 בראיות, פסיקות 55, 59, 79 בתחום העונשין). ראינו לעיל (2-ג) כי המכנה המשותף לפסיקות אלו הינה עובדת היותן בתחום הפרשני המילולי. השופטים יצרו קל וחומר מסוג 'בכלל מנה מאתיים' כדי לשוות לנוסח הפסיקה תוקף משפטי התואם את לשון החוק. ניתן אם כן לקבוע כי הקל וחומר בתחום הפלילי מסוג 'בכלל מאתיים מנה' הוא קל וחומר **פרשני.**

בשתי פסיקות בלבד מצאתי נוסח קל וחומר מפורש (בפסיקה מס' 308 ובפסיקה מס' 32 בתחום העונשין). תוצאה זו מחזקת את התוצאה הכללית ש'צצה' מכל פרק בעבודה זו שלפיה המודעות של שופטי העליון לצדדים הפורמליים של קל וחומר נמוכה.

ב.5.ב. 'אין עונשין מן הדין'

רק בפסיקה אחת[775] בלבד נדחה הקל וחומר בשל 'אין עונשין מן הדין'!! הקל וחומר שנדחה בשל כלל 'אין עונשין מן הדין' טען כי עבירת 'הנסיון' נחשבת אף היא עבירת 'מקור' בחוק ל'איסור הלבנת הון'. ההכללה בקל וחומר זה קובעת כי עבירת 'נסיון' חמורה מעבירת 'מקור' בשל היותה סמוכה לליבת העבירה הראשית כמו בעבירת הנסיון. כאן מציין השופט במפורש; "אין להקיש מעבירת הקשר המופיעה בתוספת הראשונה, ולו מן הטעם שבדין הפלילי 'אין עונשין מן הדין' לא על דרך ההיקש ולא בקל וחומר".

[773] הכוונה בעיקר למונחים: עקרון, דוקטרינה, סמכות מוקנית, נוהג וכללים.

[774] איני מרחיב את החקירה בכוון זה, בשל חריגה רבה מתוכן ומהיקף המחקר.

[775] פסיקה מס' 64 בתחום העונשין.

תוצאה סטטיסטית זו (=מקרה אחד בלבד) מעלה 'מחשבות נוגות' בדבר הקפדה על קיומו של כלל חשוב זה בתחום הפלילי.[776] לתוצאה זו יש להוסיף את הממצא התקף ברוב ככל פסיקות הקל וחומר שלפיו אין ניסיונות פירכא על תוצאת הקל וחומר ו/או על מבנהו וחלקיו, מה שמעיד על הבנה חלשה במנגנון הפעולה של הקל וחומר.

ב.5.ג. "דיני עונשין כולם, יוצאים מתחום תחולתו של חוק יסודות המשפט"[777]

הציטוט הנ"ל שבכותרת מפיו של השופט ח. כהן אינו תואם בלשון המעטה את הממצא בנספח-א, שלפיו קיימות 458 פסיקות עונשין לפחות, בהן פסק העליון בהתבסס על **ההיקש**, מושאו של חוק יסודות המשפט !!

בכך אימץ השופט כהן את דעתו של ש.ז פלר במאמרו הנ"ל. הביטוי 'דיני עונשין כולם' הוא ביטוי אבסטרקטי במובן מסוים בשל הגדרת המונח 'דין', אולם המילה **כולם** יוצרת מצג שווא של **כוללות**. פלר עצמו[778] כולל בכלל 'אין עונשין מן הדין' גם את הצד האיסורי של הנורמה הפלילית וגם את הצד העונשי. לדבריו, בתי המשפט בישראל מודעים לאיסור חריצת דין בשל שיקולי הגיון:

> "... תשובת בתי המשפט בישראל לשאלות כגון אלה (לימוד עבירה פלילית בקל וחומר, ח.ג) היא כי נבצר מן השופט לחרוץ את הדין מכוח שיקולי הגיון וללא גיבוי בחוק, (עקרון החוקיות, ח.ג)... עקרונות אלה עוברים כחוט השני בפסיקת בתי המשפט בישראל ובאים לידי ביטוי במטבעות לשון שונים, אך ברורים ובעלי משמעויות ענייניות אחת. בפסק דין אחר קבע בית המשפט העליון: "כלל גדול הוא בדיני העונשין: 'אין עונשין מן הדין' (סנהדרין נ"ד, ע"א ועוד) – לא מקל וחומר, ולא מגזרה-שווה ולא מכל היקש או אנאלוגיה אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד, החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על **מרכיביו** (הדגש שלי, ח.ג) המוגדרים לעבירה פלילית, ומה שלא עשה החוק בלשון, ברורה ומפורשת אין שום פרשנות ואנאלוגיה והגיון יכולים לעשות".

---

[777] חיים כהן, **'דין השיור'**, שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי, תשמ"ו, כרך יג (תשמ"ז) עמ' 285 - 306 , עמ' 293. השופט ח. כהן מצטט בזה את ש"ז פלר, "תחולת חוק יסודות המשפט בתחום דיני העונשין", ספר זוסמן (תשד"מ) 345 – 361.

[778] ש.ז פלר, 'דיני עונשין'. פרק א עמ 12 – 14.

לאמירות אלו אין אחיזה במציאות המשפטית בפסיקות העליון, וקל וחומר, בערכאות דמטה. לו טרחו השופט והחוקר הנ"ל לבצע בדיקה סטטיסטית פשוטה (כמודגם בנספח-א) היו מגלים למצער כי שופטי העליון אינם מוציאים מתחולת חוקי יסודות המשפט את התחום הפלילי על כל **מרכיביו**. עקב חשיבות הנושא אקדיש בהמשך סעיף מיוחד ומפורט יותר לדיון בשאלה: האם **אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה?**

הניסיון להצדיק במידת מה את דברי השופט ח' כהן ואת המלומד פלר בטענה שלפיה הם מתכוונים רק ל**עונש** עצמו או **לנורמה הפלילית** ולא לשאר רכיבי הפסיקה מתנפץ אל מול המציאות ואל מול ניסוחיהם. ח. כהן מדבר על דיני העונשין **כולם** וש.ז פלר מדבר על **כל מרכיבי המעשה.** עיון קצר בפסיקות הקל וחומר מעלה כאמור, כי גם **המעשה** וגם **העונש** וגם **רכיביהם** נלמדים בדרכי ההיקש בתחום הפלילי! די אם אזכיר את שתי הדוגמאות הבאות:

(1): אין בכבישת עדות מצד נפגעי תקיפה מינית בהיותם **קטינים** כדי לפגוע במהימנותה של העדות. הפסיקה עצמה ממנה נלמדת הלכה זו (בע"פ 1904/11 פלוני נ' מדינת ישראל) מדברת על נפגע מין **לא קטין.** הקל וחומר שיצרה הפסיקה מתבסס על ההכללה שלפיה עדות קטין חמורה מעדות בגיר. בלי קשר לשאלת תקפותה של ההכללה, ובהנחה שהיא נכונה, ההלכה הזו נלמדת בדרכי הגיון, **בקל וחומר!**

(2): לעניין מעצר שלפני הרשעה, כאשר נאשם קטין עדיין בחזקת כשרות וחף מפשע אין המעצר חובה אלא רשות. המלמד הוא החוק שקבע כי **מאסר עולם** על עבירת רצח של קטין אינו חובה אלא רשות. בפסק דין זה נלמד קל וחומר 'הגיוני' שלפיו מאסר חמור ממעצר ולכן עניין הרשות יחול גם על מאסר, על אף שהדבר לא נכתב בחוק. כאן אנו למדים **עונש** מעצר מ**עונש** מאסר. זהו מהלך משפטי מנוגד לחלוטין (על אף ההגיון הטמון בו או דווקא בשל ההגיון הטמון בו) לאמירותיהם הכוללניות לעיל של ח. כהן וש.ז פלר.

ב.5.ד. אופיין של הפסיקות בעליון ש'לטובת' מערכת המשפט.

מיון תכני של פסיקות העליון בתחום הפלילי שהם 'לטובת' מערכת המשפט מעלה כי הם מתחלקים לשלושה נושאים.

נושא א – פסיקות המסייעות לשפיטה, בהוסיפן כלים נוספים בידי השופט (8 פסיקות).

נושא ב – פסקות התומכות בכוחה של המערכת המשפטית בהיבט הפרסונלי (2 פסיקות).

נושא ג – פסיקות 'הימנעות' או 'אי הימנעות' (14 פסיקות). בפסיקות אלו נמנעים השופטים מלדון בנושאים שונים, במיוחד בערכאות ערעור. אמנה כאן את עיקריהן ב'קציר האומר':

(1): ערכאת ערעור אינה חייבת להתייחס לכל טענה של הצדדים.

(2): בית משפט עליון לא מתערב בעילת סגירת תיקים.

(3): ערכאת ערעור יכולה להתערב בעונש גם אם ניתן צו עיכוב ביצוע.

(4): ערכאת ערעור לא תתערב בעונש המצוי בטווח המוסכם במסגרת הסדר טיעון. (כמה וכמה פסיקות בניסוחים שונים)

(5): אין זכות ערעור על פסיקת מחוזי בנושא פרסום.

(6): העליון לא יתערב בהחלטת פצ"ר שאושרה על ידי יועמ"ש.

אפשר כי כדי לחסוך בזמן השיפוט היקר של בית המשפט העליון יצרו שופטיו הלכות חדשות בדרכי ההיקש כדי להימנע מלדון בעיקר בהחלטות הערכאות שמתחתן.

ב.6. 'איים ו'קבוצות'

עיון בממצאי הפסיקות בעליון הכוללות קל וחומר בתחום הפלילי, מעלה כי קיימים 'איים ו'קבוצות של קלין וחמורין בעלי מכנה משותף המחייבים דיון נפרד ועמוק יותר בשל ריבוי מופעיהן. מכאן נגזר המשך המחקר בסעיפים הבאים:

(1): 'גלגול שלישי'

(2): היחס בין הדין הפלילי לדין האזרחי.

(3): הלכות 'בכלל מאתיים מנה'.

(4): מאפייני הקל וחומר בתחומים: אונס, מעצר, סמים ופגיעה בקטין.

(5): הלכות קל וחומר המושפעות מחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לנושאים אלו יש להוסיף נושא המשלים את התמונה הכוללת בתחום הפלילי.

(1): האם 'אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה?

ג. 'גלגול שלישי'

ג.1. מבוא: הלכת 'חניון חיפה'

בנספח א. בולטת קבוצה גדולה של פסיקות (56 פסיקות!!) בהן נדון עניין 'גלגול שלישי' לרוב ברע"פ. משפט לדוגמה החוזר על עצמו הינו: "... שאין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בהן – קל וחומר ב"גלגול שלישי" ".[779] התעלמות מחקרית ממספר כה גדול של פסיקות קל וחומר של בית המשפט העליון בתחום הפלילי, **בעלי מאפיין משותף**, יהיה מעשה לא נבון. חקירת הנושא מהיבטים שונים עשויה להניב תוצאה מחקרית שתשפוך אור נוסף על יחסם ואופן שימושם של שופטי העליון במונח כה מרכזי וחשוב לשפיטה – מושג הקל וחומר.

המושג 'גלגול שלישי' שעליו נסוב נושא הקל וחומר 'קשור בטבורו' ובמופעיו בפסיקה להלכת **חניון חיפה.**[780] בשנת 1982 ניתנה בבית המשפט העליון החלטת בר"ע זו אשר הגדירה לראשונה את הכללים המנחים למתן רשות ערעור ב"גלגול שלישי" על פסקי דין של בית המשפט המחוזי, בערעורים על בית משפט השלום. הלכת **חניון חיפה** הפכה ברבות השנים להחלטה המצוטטת ביותר בבית המשפט העליון בכל שנותיו.[781] זכות הערעור בהליך משפטי הינה אבן ויסוד בשיטת המשפט בישראל.[782] יש אפילו שראו בזכות הערעור זכות מהותית בעלת מעמד חוקתי.[783] כידוע, על פי החקיקה הישראלית ערעור ראשון הוא **בזכות** וערעור 'בגלגול שלישי' הוא **ברשות**.

בית המשפט העליון (מ"מ הנשיא מאיר שמגר, כתוארו אז) העלה שני טעמים עיקריים מדוע אין להעניק רשות ערעור "בגלגול שלישי": מגבלות מערכת המשפט, מגבלות כ"א וזמן, ועשיית הצדק אינה מחייבת בירור מקיף ומעמיק של כל עניין ועניין. טעמים אלו מייצגים את הצורך הקיים בכל

---

[779] רע"פ 1024-21 פלוני נ' מדינת ישראל (פסיקה מס' 86 בנספח – א)

[780] בר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו (3) 123 (1982).

[781] יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמיט "מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי", **משפט וממשל** ב' 243 (תשס"ד) עם 253.

[782] חמי בן-נון וטל חבקין מסבירים בספרם: **הערעור האזרחי** (2012) בע"מ 57 כי לערעור מספר תפקידים: תקון טעויות, פיתוח המשפט וסיוע בקבלת הדין. כל אחת ממטרות אלו מציבה תנאים אחרים לקבלת רשות לערעור, כפי שנראה בהמשך העבודה.

[783] ראו לדוגמה פסק דינה של השופטת דורנר ברע"פ 9572/01 **דדון נ' וייסברג**, פ"ד נו (6) 918 (2000) ועוד...

משפט לאזן בין יסודות ההעמקה לבין הצורך להכריע בזמן סביר. בית המשפט העליון קבע כי יש לשקול שיקולי רוחב ולא לדון בשאלות הנוגעות למחלוקת הקונקרטית. לדוגמה: שאלות בעלי חשיבות חוקתית, שאלה משפטית שטרם נפסקה בה הלכה מחייבת, פסיקות סותרות, חשיבות ציבורית, ועוד... בניסוח קצר, הלכת חניון חיפה מעדיפה שיקולים מערכתיים על פני צדק פרטני ומכאן חשיבותה הרבה.[784]

כלל שופטי המשפט העליון נשענים על הלכת חניון חיפה באופן תדיר, במשפט האזרחי והפלילי כאחד ואף בהקשרים מסוימים במשפט המנהלי.[785] הלכת חניון חיפה חדרה אף לפרקליטות אשר קבעה כי יש לנהוג בצמצום רב בהגשת בקשות לרשות ערעור על קולת העונש.[786] ההלכה אף קיבלה עיגון סטטוטורי.[787]

שמגר עצמו כתב כי "לא ניתן להגדיר באופן ממצה מראש את סוגי המקרים בהם תוענק רשות לערער מפאת חשיבותם.. וכו"[788] השופט נעם סולברג כתב: "הקריטריונים שהלכת **חניון חיפה** מונה דומים, ומטבע הדברים לא במפתיע, לקריטריונים שמנה המחוקק בעילות לקיומו של דיון נוסף".[789]

כדי לדון בקל וחומר, הביטוי השגור בהחלטות "גלגל שלישי" נעבור תחילה על ההיבטים הכמותיים של התופעה, שיכולים להצביע על אופן וסיבות היווצרותה.

---

[784] השופט שמגר פסק את הלכת **חניון חיפה** עת נשא בתפקיד מ"מ הנשיא. ארבע שנים לאחר מכן, עת מונה לנשיאות בית המשפט העליון הוא פסק בעניין חיים לואיס וייל (רע"ב 7/86 וייל נ' מדינת ישראל). שם הוא קבע כי רשות ערעור על החלטה בעתירת אסיר ניתנת רק במקרים חריגים, כאשר העתירה מעלה בעיה משפטית חשובה או שיש לה השלכות רוחב כלליות.

[785] ראו בר"ם 2273/11 הוועדה המקומית לתכנון ובנייה "שורקות" נ' גרמנוב.

[786] הנחיות פרקליט המדינה, הנחייה מס11.1 – **השיקולים לעניין בקשה לקבלת רשות ערעור פלילי, כאשר הבקשה מוגשת כדי לערער על גובה העונש.**

[787] במסגרת תיקון לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט 2018. במסגרת זו נוספה תקנה 148 א הקובעת את התנאים לדחיית בקשת רשות ערעור.

[788] בר"ע 126/81

[789] נעם סולברג, "בקשת ערעור – הלכה ואין מורין כן" משפטים יח, תשמ"ט, עמ' 453.

ג.2. נתונים כמותיים

א. מספר הפסיקות (מתוך נספח א) של 'גלגול שלישי' בצירוף הביטוי 'קל וחומר' הוא 56. פסיקות אלו הן פסיקות העליון בתחום הפלילי. בהתחשב בעובדה שסך הפסיקות של הקל וחומר בעליון בתחום הפלילי הינו 458, 56 פסיקות הוא מספר גבוה (כ-12%).

ב. שופטי העליון נוהגים לדחות את בקשות הדיון ב'גלגול שלישי' משום שהן מבקשות לדון בעניינים של **מהימנות ועובדות** או בתחום הענישה. משפט לדוגמה הינו: "כידוע בית משפט יתערב בממצאי עובדה ומהימנות של הערכאה הדיונית רק במקרים חריגים ביותר, קל וחומר בבקשה ב'גלגול שלישי'".[790]

כמחצית מן המקרים נדחים בשל ענייני מהימנות ועובדות וכמחצית בשל רצון המערערים לדון בעונש. הצידוק לאי דיון בענייני מהימנות ועובדות שנדונו בערכאה הדיונית מוסבר בכך שבית משפט השלום דן בעניין באופן מפורט ובלתי אמצעי. כלומר, ערכאות הערעור אינן תופסות את תפקידן כערכאות דיוניות. **הסבר זה אינו תופס לגבי הצידוק לאי דיון בשל עונש.**

ג. בפעם הראשונה שהוזכר הביטוי 'גלגול שלישי' על פי מערכת נבו הינה בתיק: ב"ש 479/79 רוכי חסן אל עוקבי נ' מדינת ישראל בתאריך 9/11/79 על ידי השופט ד כהן. הביטוי לא הוזכר בהקשר לערעור אלא כציון עובדתי שפרשה זו התגלגלה לפתחו של השופט שלוש פעמים. הביטוי 'גלגול שלישי' לא נוצר אם כן בהקשר של ערעור והוא אף קודם בזמן להלכת **חניון חיפה.**

ד. בפעם הראשונה שהשילוב 'גלגול שלישי' ו'קל וחומר' מוזכרים על פי מערכת נבו הינה בתיק: **רע"פ 1309/05 מוסא מירחור נ' מדינת ישראל.** ב 9/2/05. השופטת אז היתה א' חיות, על כן ניתן לזקוף ל'זכותה' את הביטוי השגור הזה בהקשר של ערעור.

בתיק זה הפנתה השופטת חיות (כתוארה אז) לתיק אחר (רע"פ 1671/04 דיין נ' מדינת ישראל) כדי לדון בענין 'גלגול שלישי'. גם בתיק זה שפטה השופטת חיות אולם בפסיקה זו מופיע הביטוי 'גלגול שלישי' ללא **'קל וחומר'**. המסקנה העולה מכך הינה שהשופטת חיות הצמידה לראשונה את הביטוי **קל וחומר** ל 'גלגול שלישי' בתיק המוזכר לעיל (מוסה מירחור).

גם בתיק זה (דיין) היא שוב מפנה אל פסיקה קודמת בעניין רע"פ (רע"פ 2377/04 פלוני נ' מדינת ישראל), אבל כאן לא נמצא הביטוי 'גלגול שלישי' כלל. השופטת חיות חתומה אם כן גם על הביטוי 'גלגול שלישי' בהקשר של בר"ע או רע"פ וגם על הצמדתו ל 'קל וחומר'. מכאן והלאה מוזכרים ביטויים אלו כמעין מנטרה, ברבים מפסיקות העליון בדין הפלילי.

---

[790] רע"פ 6951-20 סלאימה נ' מדינת ישראל.

ה. כדי לקבל תמונה משפטית מליאה בדקתי שלושה מונחים החוזרים על עצמם גם בהבחנה בין הערכאות השונות כדלקמן:

ו.

ג.3. טבלה – ממצאי שכיחות מונחים בערכאות השונות – מספר פסיקות

ערכאה מונח	שלום	מחוזי	עליון	סה"כ
חניון חיפה	860	446	8273	9133
'גלגול שלישי'	192	481	8050	8979
קל וחומר ו'גלגול שלישי'	0	8	217	225

הממצאים מדברים בעד עצמם:

(1) : המונח המצוי ביותר הוא 'חניון חיפה' רובו המכריע בעליון.

(2) : המונח 'גלגול שלישי' קרוב במספר מופעיו ל'חניון חיפה' אף הוא בעליון, אין תימה בכך שהרי לידתו והורתו של 'גלגול שלישי' הוא מהלכת **חניון חיפה.**

(3) : מופעיו של המונח נשוא דיוננו – 'קל וחומר בגלגול השלישי' מרוכזים רובם ככולם בבית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור. מתוך 217 המופעים המצמידים את **קל וחומר** לגלגול שלישי, המספר בתחום הפלילי הוא כאמור לעיל – 56 מופעים.

(4) המופעים בתחום האזרחי הינם לרוב בתיקי רע"א ובפלילי בתיקי רע"פ. גם בתוצאה זו אין לראות תמיהה.

ד. סוגי פסיקות שונות ב'גלגול שלישי'

"שאין דרכה של הערכאה הערעורית להידרש להם, קל וחומר בגלגול השלישי". כאשר משפט זה בא בסתם, ללא הרחבות, ללא נימוקים ובאופן לאקוני, עולה באופן טבעי התמיהה, על איזה קל וחומר מדובר. על אף שהשימוש במונח קל וחומר ללא פירוט תכניו, מבנהו והגיונו מצוי בכל תחומי המשפט באופן נרחב, המקרה שבפנינו שונה. מדובר על קבוצת פסיקות עליון גדולה באופן יחסי (58 פסיקות) העושה שימוש ב'מנטרה' דלעיל מבלי שניתן יהיה ל'שחזר' או 'ליצור' את הקל וחומר מתוך הקונטקסט. בנוסף לסוג זה של ניסוחים קיימים גם סוגי אחרים של ניסוחים בענייני 'גלגול שלישי'.

ד.1. סוג ראשון – ללא שימוש בקל וחומר

העליון פסק בדעת רוב כי החלטת המחוזי שהורתה על מתן צווי חדירה לטלפונים הניידים של המבקשים. שנחקרו בחשד לבצוע עבירה על הטרדת עד המדינה שלמה פילבר (בתיק 4000) תוותר על כנה. השופט אלרון עשה שימוש בתיק זה[791] בהצדקה או באי הצדקת 'גלגול שלישי' פעמים אחדות מבלי להזכיר אפילו פעם אחת את המונח קל – וחומר. פעמים, כמו במקרה הבא,[792] מבאר השופט (סולברג, במקרה זה) את הנימוק למתן רשות ערעור בנימוקים החורגים אפילו מכללי 'חניון חיפה'. כך בפסיקה זו כותב השופט סולברג: "רשות ערעור על החלטות בית המשפט המחוזי בענייני בוררות הריהי חריג שיש למעט בו, היות ותכלית המוסד הזה דורשת ריסון משפטי והדרת הבקורת הערעורית". כלומר: ענייני בוררות מעצם טבעם, הם חריגים שיש למעט במתן רשות ערעור בהם.

ד.2. סוג שני – ללא שימוש ב'גלגול שלישי' וללא שימוש ב'קל וחומר'.

כך הוא לדוגמה המקרה הבא:[793] "מן המפורסמות שערכאת ערעור אינה מתערבת בשיקול דעתה של הערכאה הראשונה בכל הנוגע למתן סעד זמני למעט מקרים חריגים". על אף שהשופט כותב כי: "די בטעם זה לדחות את הבקשה", "עם זאת, נוכח רגישות הנושא, מצאנו לקיים דיון בפני הרכב

---

[791] בש"פ 1758/20 יונתן אוריך ואחרים נ' מדינת ישראל.

[792] רע"א 5526/18 זוהר יפה ואחרים נ' דורית דיאמנט ואחרים.

[793] רע"א 1578/20 הוסטל כרמיאל נ' משרד הבריאות ואחרים.

שלושה ולבחון את הדברים לגופם, בין היתר, בשל החשש שמא דיירי ההוסטל ימצאו את עצמם ללא חלופה״.

הצורך הזה לדחות את הרע״א בנימוק הפורמאלי הקיים (אי עמידה בכללי ׳חניון חיפה׳) ומאידך להיכנס בכל זאת לדיון הוא מעין ׳תרתי דסתרי׳. רחשי הלב וליבם הרחום של שופטי ישראל מוצא לנכון לדחות את הבקשות ל׳גלגול שלישי׳ בידן האחת, אך לדון בהם בכל זאת בידן השניה.

ד.3. סוג שלישי – עם קל וחומר מפורש.

סוג זה של התייחסות כמעט ואינו קיים בפסיקות העליון, ומן המעט שמצאתי, ניתן יהיה אולי לחלץ תשובה לשאלה מהו הקל וחומר עליו מדברים שופטי העליון בדונם ב׳גלגול שלישי׳. במקרה דנן,[794] ביהמ״ש המחוזי קבע כי הסכמתו של פלוני לפשרה – היתה הסכמה שלמה. המערערים בקשו רשות ב׳גלגול שלישי׳ ונדחו על ידי השופט סולברג, וכך הוא כותב: ״הנה כי כן, לא שאלה עקרונית עומדת על הפרק, אלא שאלה קונקרטית ביותר, הגדורה לנסיבותיו הפרטניות של פלוני... משכך, עניין לנו בערעור על קביעות פרטניות של הערכה הדיונית, ואין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בכגון דא, קל וחומר, שעה שעסקינן בבקשת רשות לשוב ולערער, זו הפעם השניה.. . בסיבות המפורטות, כלל לא מתעוררת הסוגיא העקרונית הנטענת, באופן שמצדיק דיון בגלגול שלישי״.

הנה כי כן. אנו מוצאים קל וחומר מפורש שבו **המלמד** הינו: **התערבות העליון בשאלות פרטיות**, **והלמד** הינו: **מתן רשות לערעור בגלגול שלישי.**[795] בקצרה, **התערבות** מול **מתן רשות ערעור.** אפשר שפסיקה זו תשמש כמצע לדיון בשאלת טיבו של הקל וחומר הנעלם ב׳גלגול השלישי׳.

ד.4. בקורת

הבקורת על ׳גלגול שלישי׳ וקל וחומר מתחלקת לשניים.

---

[794] רע״א 6831/23 פלוני נ׳ האפוטרופוס הכללי.

[795] בסעיף הבא אדון בתקפותו של קל וחומר זה. לעת עתה, יש להסתפק בעובדה שנמצא קל וחומר מפורש בעניין ׳גלגול שלישי׳. גם לעובדה שהשופט במקרה זה הינו נ. סולברג יש משמעות כפי שאראה בהמשך העבודה, בשל היותו מבקר חריף של הלכת ׳חניון חיפה׳.

בחלק א', הבקורת הינה על הלכת 'חניון חיפה' שאינה מענייני עבודה זו, אולם היא מהווה מעין רקע לבקורת בחלק ב'. בשל כך אתייחס אליה ב'קצור האומר'. המבקר העיקרי של הלכה זו הינו שופט בית המשפט העליון נעם סולברג.[796]

בחלק ב', בקורת על 'גלגול שלישי' ובמיוחד על הפסיקות הכוללות את המונח קל – וחומר.

ד.4.א. בקורת, חלק א

(1) : "הלכת חניון חיפה היא דומה להעדפת השיקולים המערכתיים הרחבים על פני עשיית הצדק במקרה הפרטני"[797]

(2) :"בית המשפט העליון בעצמו לא הלך בדרכה"[798]

(3) : אם בעל דין לא הגיש ערעור ראשון, אזי המושג 'גלגול שלישי' אינו נכון.[799]

(4) : "יש להבחין בין מקרה בו הערעור הוא על עניינם שבעובדה ובין מקרה בו הערעור הוא על עניינים שבמשפט. בעל דין שנכשל לראשונה בערכאת הערעור, תוך התערבות בעניינים עובדתיים, יהיה ראוי שבקשתו למתן רשות ערעור תתקבל בנכונות יתר מבקשת בעל דין שנכשל בערכאת הערעור בעקבות התערבות בעניינים משפטיים"[800]

(5) : בר"ע נדון פורמלית כבקשה, אך מהותית היא נדונה כערעור עצמו. הנימוקים המפורטים בדברי השופטים הדנים ב'גלגול שלישי', לרוב עוסקים בערעור עצמו.[801]

(6) : הרוב הגדול של בר"ע נדחות למעשה כ**ערעור** על אף שנאמר בהם כי הבר"ע נדחתה.[802]

---

[796] נעם סולברג, בקשת רשות ערעור – הלכה ואין מורין כן, משפטים יח 447 (תשמ"ט) עמ' 447-457. להלן: **סולברג.** המאמר פורסם בהיותו שופט עליון, ב 21/02/18 .

[797] משה וילנגר, הלכת חניון חיפה: בית המשפט העליון קובע לראשונה כי ידון בערעורים ב"גלגול שלישי" בתיקים בעלי חשיבות משפטית או ציבורית, שורשים במשפט שבעים שנות משפט, משרד המשפטים, 1982, עמ' 3. להלן: וילנגר.

[798] שם, וילנגר עמ' 4. הטיעון הזה הוזכר בשם השופט נעם סולברג מתוך מאמרו הנ"ל. בהקשר זה ניתן להצביע על שורה של החלטות שניתנו על ידי בית המשפט העליון, ובתוכן החלטות של השופט שמגר שנתנו לאחר הלכת **חניון חיפה,** בהן בחן בית המשפט הכרעות מחוזי ושלום גם במקרים בהם לא התקיימו שיקולי רוחב כפי שנקבע בהלכת **חניון חיפה!**

[799] נסים שלם, גלגול שלישי – גבולות הלכת חניון חיפה PSAK DIN 7/12/09. ראו בע"פ 4793/05 נבון נ' עצמון (פורסם בנבו, 6.2.07 בפס' 11. להלן: **נסים שלם.**

[800] וילנגר, שם, עמ' 6.

[801] סולברג, שם, עמ' 448.

[802] שם, סולברג, עמ' 449.

השופט סולברג במאמרו הנ״ל טוען כי קיים הסבר לתופעה זו (המבוקרת בסעיפים לעיל) אך לא **צידוק.** לדבריו, השופט מרגיש צורך להיכנס לעובי הקורה באופן שיבוא לידי תשובה ניצחת לבעל דין. הסבר זה, אפשר שהוא יוכל גם לשמשני במתן הסבר לתופעת ׳גלגול שלישי בקל וחומר׳ כפי שאפרט להלן:

ד.4.ב. בקורת, חלק ב׳

(1) : ״בקורת בתחום הטיות קוגנטיביות העלתה כי העובדה שהלכת **חניון חיפה** מוזכרת ומצוטטת בהחלטות רבות מביאה לכך שידם של השופטים ״קלה על המקלדת״, עת הם באים להכריע בבקשת רשות ערעור בגלגול שלישי״.[803]

(2) : ״פסקי הדין זרועים אסמכתאות הנמצאות כדי לשכנע, ולעתים כדי לייפות היגדים או לבסס ערכים. לעתים הן מלוות גם ציטוטים.[804]

(3) : ״נעשית במקרים רבים מידי, באופן גורף מידי ובנוקשות רבה מידי״[805]

מתוך הפסקים הרבים הדנים ב׳גלגול שלישי׳ ולאור הבקורת הרבה המושמעת כלפיהם אני מבקש לדון במס׳ מקרים טיפוסיים כדי לעמוד בעיקר על צירוף המונח **קל וחומר** ל׳גלגול שלישי׳.

בפסיקות רבות, מתקיימים שני דיונים כמוזכר לעיל בסעיף הבקורת (חלק א). בדיון הראשון הסבר לדחיית בקשת הרשות על פי הלכת **חניון חיפה,** ובדיון השני דחיית הבר״ע במשפט לאקוני החוזר על עצמו. מקרה אחד טיפוסי הוא המקרה הבא.[806] השופט רובינשטיין דוחה את בקשת הרשות בלשון הבאה: ״אף לגופם של דברים לא ראיתי מקום להיעתר לבקשה. בידוע הוא כי לא בנקל תתערב ערכת ערעור בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו בערכה הדיונית, קל וחומר כאשר עסקינן במתן רשות ערעור בגלגול שלישי״.[807]

---

[803] וילנגר, שם, עמ׳ 5.

[804] יורם שחר, מירון גרוס, חנן גולדשמיט, מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי׳, משפטים כז (תשנ״ו) 119. עמ׳ 244.

[805] נסים שלם, שם, עמ׳ 1.

[806] רע״א 7924/06 אהרון אביטן נגד חיה אורן וחנן גזית, בפי כב׳ השופט רובינשטיין.

[807] כן הוא במקרים: 232, 321 מתוך נספח א. ורע״פ 1974/05 יניב טל נ׳ מדינת ישראל.

בפסיקות אחרות לא מתקיימת הפרדה בין נימוקי הדחייה בשל הלכת חניון חיפה ובין הקל וחומר, מה שיוצר אי-הבנה של הטיעון. כך לדוגמה מתנסח השופט אלרון בפסיקה הבאה:[808]

"בענייננו, המבקש מנסה לעצב את תחומי עילת הזכאות השנייה באופן המקנה לענייננו היבט משפטי עקרוני. אולם עסקינן באופן **יישומה** על עניינו הפרטי – הא ותו-לא. מיכוון שאך ביישום עסקינן – איני מוצא עילה להתערב בהכרעות הקודמות, קל וחומר ב'גלגול שלישי'".

כך או כך נראה כי מבנה הקל וחומר עליו מדברים שופטי העליון הוא כדלקמן:

המלמד הינו: התערבות בהכרעת ערכאות קודמות.

הלמד הינו: פתיחת דיון מחודש ב'גלגול שלישי' בעליון.

בלשון פשוטה: אם בית המשפט העליון אינו **מתערב** בהכרעות קודמות קל וחומר שהוא אינו פותח דיון מחודש.

ההכללה לפי זה תהיה כך: התערבות בערכאות קודמות **קלה** מדיון מחודש בעליון.

קשה מאוד לקבל את תקפותו של קל וחומר זה בשל הנימוקים הבאים:

א. האם ההכללה נכונה? האם התערבות בערכאות קודמות **קלה** יותר מדיון מחודש בעליון? מאיזו בחינה (= פרמטר ההשוואה) היא קלה יותר? בזמן המוקדש? ביכולת השיפוטית? בסמכות? לא מצאתי תשובה מספקת לשאלה זו, ובאין הכללה **אפריורית** שנכונותה קודמת לבצוע הקל וחומר, ותקפותה אינה מוטלת בספק, גם הקל וחומר אינו תקף!

ב. לחילופין, גם אם נניח שהתערבות בערכאות קודמות **קלה** יותר מדיון מחודש בעליון, סרגל ההשוואה עליו נדונות שתי הפעולות הוא אותו סרגל. במלים אחרות, גם דיון מחודש הוא סוג של **התערבות**, ולכן אין כלל הבחנה מעשית בין הלמד למלמד.

ג. גם אם נניח שיחסי הקולא/חומרא הנחוצים לביצוע הקל וחומר מצויים על סרגל הזמן, כלומר: התערבות מאוחרת חמורה יותר מהתערבות מוקדמת,[809] גם אז ידחה הקל וחומר בשל **פירכא**

---

[808] מקרה 146, מתוך נספח א'. במקרים דומים, עוסקות הפסיקות **בשאלה משפטית**, אי **כשירות**, ועוד, כחלק מן הקל וחומר בגלגול שלישי.

[809] יושם לב כאן הלמד והמלמד הינם בית המשפט העליון בשבתו כרשות ערעור וההבדל הוא רק בזמן שבתו. זו הכללה שונה מהכללה קודמת המוזכרת בגוף העבודה העושה הבחנה בין המסגרות השיפוטיות ולא בציר הזמן.

הלקוחה מן המציאות המשפטית. אין כאן הכללה אפריורית הנכונה תמיד, שהרי בית המשפט העליון **יושב** במקרים מסוימים כרשות ערעור ב׳גלגול שלישי׳.[810] ההכללה אינה נכונה תמיד!

היוצא מכך, שופטי ישראל כיוצא מביקורתו של שופט העליון נ. סולברג, זורעים אסמכתאות כדי לשכנע או כדי לייפות היגדים. לו קל וחומר זה היה תקף, כיצד נסביר את העובדה שהצדדים ממשיכים פעם אחר פעם לבקש רשות לערער ב׳גלגול שלישי׳? בכל הניסיונות (שרובן כאמור נדחו), אף פעם לא ניסו לפרוך את הקל וחומר כדי לזכות ברשות לערעור! הם טענו וממשיכים לטעון כי הם מייצגים מקרה המאפשר קבלת רשות ערעור משום שהם **עונים** על תנאי הלכת חניון חיפה, הא ותו-לא! השימוש בקל וחומר אינו ׳עושה רושם׳ על הצדדים ולכן הוא מיותר. זאת ועוד, לא מצאתי מכנה משותף כלשהו לקבוצת הפסיקות (58) בהם נעשה שימוש בקל וחומר במנטרה של ׳גלגול שלישי׳. לו נמצא מכנה משותף כזה. אפשר אולי היה להסיק מתוכו את מבנה הקל וחומר ואת תקפותו.

[810] כאשר מתקיימים התנאים לבר״ע על פי הלכת **חניון חיפה.**

ה. 'איים' – קבוצות פסיקות קל וחומר ייחודיות בפלילי.

ה.1. מבוא

בנוסף לקבוצת הפסיקות הגדולה – 'קל וחומר בגלגול שלישי' (58 פסיקות מתוך 458 פסיקות העליון בתחום הפלילי), ישנן גם קבוצות קטנות יותר. לקבוצות אלו ייחודיות מסוימת כדלקמן:

א. **דין אזרחי ופלילי**

בקבוצה זו נוצרו פסיקות קל וחומר בשל תובנה אפריורית שלפיה הדין האזרחי 'קל' מן הפלילי. תובנה זו כשלעצמה יוצרת מצב טבעי ליצירת קל וחומר בדומה ל'מדרג' בחוק העונשין או בכלל.

ב. **עבירות אונס, סמים, מעצר ופגיעה בקטין**

עבירות אלו הן מן העבירות הקשות והנפוצות בחברה הישראלית. להלן תבחן השאלה, האם יש לכך השפעה על הכלים להכרעה בשאלות משפטיות שבתחומים אלו, ובייחוד השימוש בקל וחומר. הצורך לבחון תיזה זו נוצר בשל מס' הקלין וחמורין בתחום הפלילי שבתחומים אלו.

ג. **הלכות קל וחומר שחוקקו לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**

בדומה לתיזה שבסעיף ב לעיל, אבחן את השאלה האם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו השפעה כל שהיא על אופיין של הפסיקות ו/או העונשים ו/או העבירות בתחום הפלילי?

ד. **הלכות 'בכלל מאתיים מנה' בתחום הפלילי**

הצורך בסעיף זה נובע מייחודיותו של הקל וחומר מסוג זה. לכאורה, מידת ההקפדה על פסיקות בפלילי צריכה לעודד שימוש בכלי זה המוסיף תוקף לפסיקה.

ה.2. הדין האזרחי כ'מלמד' בדין הפלילי

יחסי הקולא/חומרא הקיימים אפריורית בין הדין האזרחי לפלילי יוצרים מצב 'טבעי' לשמוש בקל וחומר בדומה ל'מדרג' בחוק העונשין. מצאתי 11 פסיקות[811] בתחום הפלילי בהן המלמד משמש הלכה כל שהיא בתקדימים האזרחיים. בפסיקות אלו התגלתה עובדה מתקרית חדשה. הדין האזרחי מהווה מלמד של הקל וחומר לא רק להלכות חדשות בתחום הפלילי אלא גם **לאמירות עקרוניות ותובנות כלליות!** להלן אציג שתי דוגמאות לשני סוגי לימוד אלו, כלומר: להלכות חדשות כמקובל, ולעקרונות ותובנות חדשות. תחילה להלכות חדשות.

[811] המקרים מתוך נספח א הם: 16, 18, 22, 54, 85, 119, 211, 245, 333, 363, 430.

פסיקה 18 [812]

בקצרה: עדים שטיפלו במתלוננת בתוקף מומחיותם אינם יכולים להיחשב כמומחים מטעם התביעה. "בדין האזרחי, רופא או פסיכולוג שטיפלו בפציינט אינם יכולים להתמנות כמומחים מטעם בית המשפט לאור תקנה 126 לתקנות סדר הדין האזרחי"[813]

בפסיקה זו נכתב במפורש כי הלכה זו נוצרה "... **על דרך של קל וחומר מהדין האזרחי**". השופטים לא טרחו אפילו לנסח את ההכללה האפריורית שלפיה 'הדין האזרחי' **קל** מן 'הדין הפלילי'. אם קיימת **חומרה** בדין האזרחי הקל (= עד שטיפל אינו יכול לשמש מומחה מטעם התביעה) קל וחומר שהיא תהיה בדין החמור יותר, בדין הפלילי.[814] אי ניסוחה של ההכללה במקרה זו ובאחרים מעידה על היותה אפריורית ובלתי זקוקה לנימוק והוכחה בעיני יוצריה.

פסיקה 333 [815]

> "כאמור בפסיקת הערכאות הדיוניות נקבע כי החובה לאפשר עיון בחומר שבידי הקובל היא חובה מוגברת, מאחר שהנאשם נמצא בעמדה נחותה לעומת נאשם שכנגדו הוגש כתב אישום. קשה להלום כי מעמדו של נאשם בקובלנה פלילית יהיה נחות אפילו מזה של נתבע בתובענה אזרחית. לכן, מדרך של **קל וחומר** (הדגש שלי, ח.ג) מהוראות הגילוי והעיון על פי תקנות הסדר האזרחי, אני סבור כי יש לחייב את הקובל לפחות באותן החובות החלות על המאשימה במשפט פלילי, ויש להכיר בזכותו של הנאשם לעיין במסמכיו של הקובל".[816]

לפלא הוא בעיני, כיצד נמנע המחוקק מלנסח זכות זו בחסד"פ בדומה לניסוחה בסדר הדין האזרחי. מכל מקום, השופטים למדו הלכה חשובה זו בהתבססם על קל וחומר מן הדין האזרחי. כמו בדוגמה הקודמת, ההכללה שלפיה הדין הפלילי 'חמור' מן האזרחי אף בפסיקה זו נראית כהכללה אפריורית.

---

[812] ע"פ 5582-09 פלוני נ' מדינת ישראל.

[813] "מומחה שיעץ עצה או חיווה דעתו לאדם בענין שבתחום מומחיותו, לא יוזמן מטעם בית המשפט כמומחה באותו עניין כשאותו אדם צד בו".

[814] הלכה זו ודומותיה מעלה שאלה אחרת – 'אין עונשין מן הדין'. אם הלכה זו תוגדר כ'עונש' אזי אין לה תוקף בשל כלל זה המקובל במשפט הישראלי. הרחבה על כל המקרים הנ"ל תוצג להלן בסעיף ה – "האם 'אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה בשפיטה"?

[815] בג"צ 1322-22 דיאנה כהן נ' מר שמואל מלמד.

[816] להרחבה בנושא תחולת סעיף 74 לחסד"פ בהליכי **קובלנה פלילית**, ראו יצחק עמית, 'חסיונות ואינטרסים מוגנים, הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי 206 – 208 (2021).

פסיקה 85 [817]

בימ"ש העליון זיכה את המערער מחמת הספק מהרשעתו בבצוע עבירות מין שונות בקטין שטרם מלאו לו ארבע עשרה. נפסק כי סבירותו של הספק איתנה ומשכך לא הרימה התביעה את הנטל להרשעת המערער בדין. במרכז הפסיקה נמצאים דבריו של השופט הנדל:

> "מוכן אני להניח כי במקרים בהם מופיע המונח הספק הסובסטנטיבי, נבחנת בפועל אשמתו של הנאשם לפי סטנדרט הספק הסביר. אולם בראייה עתידית, מוטב שהמונח 'ספק סובסטנטיבי' (המצוי בפסיקה, ח.ג) לא יקלט בשיטתנו, שכן יש בו כדי להטעות. ברי בעיני כי הספק הסובסטנטיבי הינו ספק חזק יותר לעומת הספק הסביר. הדברים מקבלים משנה תוקף לאור חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992, כמו גם סעיף 34 כב שהוסיף בשנת 1994 לחוק העונשין התשל"ז 1977, לפיו "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אלא אם כן הוכחה של קונסטיטוציונליזציה מכוח חוק יסוד האדם וחירותו **קל וחומר** (הדגש שלי, ח.ג) שזהו המצב במשפט הפלילי בכלל ובמרכז הכובד של הכרעת האשמה – הוא עקרון הספק הסביר".

למעשה, השופט הנדל מתבטא באופן דומה לאהרון ברק במאמרו הדן בנושא זה.[818] על אף שקיימת השלכה מעשית לקל וחומר זה בפסיקה הנוכחית, אני מבקש להפנות את זרקור המחקר דווקא לעניין העקרוני. משפט המפתח בטענתו העקרונית של השופט הנדל הינו: "... אם מקובל שדיני הקניין וסדרי הדין האזרחיים עוברים תהליך של קונסטיטוציונליזציה מכח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, קל וחומר שזהו המצב במשפט הפלילי". השופט מדבר **על העתקת תהליך שלם מתחום לתחום בשל קיום יחסי קל וחומר ביניהם.** לדבריו, השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הדין האזרחי חייבת להיות דומה על הדין הפלילי מכח קל וחומר. זוהי אמירה **עקרונית, מקיפה, וחשובה** השואבת את תוקפה מקיומה של הכללה אפריורית בדבר היחס שבין הדין האזרחי לפלילי. חשיבותה אף גדולה יותר בשל יישומה המעשי על "מרכז הכובד של הכרעת האשמה – הוא עקרון הספק הסביר – בפרט".

---

[817] ע"פ 9809-08 ארנלדו לזרובסקי נ' מדינת ישראל.

[818] א. ברק, הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי – היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני), מחקרי משפט יג, תשנ"ו 1996, עמ' 5 – 26 .

פסיקה 211 [819]

"... והרי אין להעלות על הדעת שמהירות הבירור וההכרעה תבוא על חשבון מיצוי האמת והצדק (ראה גם ע"א 189/66 עזיז ששון נ' קדמה בע"מ, [5], שבו מדובר בענין משפט אזרחי, והדברים יפים מכח קל וחומר למשפט הפלילי)".

שוב אני מתעלם מן הקונקרטיזציה של פסיקה זו ומתמקד באמירה העקרונית שלפיה אין להקריב את מיצוי האמת והצדק על חשבון מהירות הבירור וההכרעה. השופט עציוני אינו מציג אמירה זו כעניין עקרוני העומד בפני עצמו אלא 'מסיק' אותו מתוך דיון במשפט האזרחי, כל זאת כדי ליצור בין המקרים יחסי קולא/חומרא. משל היה אומר: 'אם בדיון אזרחי עמד השופט על מיצוי האמת והצדק קל וחומר שיש לעשות זאת (כמו במקרה דנן) גם בדין הפלילי'.

ההכללה האפריורית, כמו במקרים קודמים נמצאת ברקע הדברים. ברם, במקרה זה השימוש בקל וחומר מיותר לחלוטין שהרי "מיצוי האמת והצדק" אינו עניין לתחום משפטי מסוים יותר מאשר לתחום אחר. אין מנוס מלקבוע כי השימוש בקל וחומר במקרה זה הינו ל'תפארת המליצה' בלבד.

ה.3. מאפייני הקל וחומר בפסיקות בנושאים: סמים, מעצר ופגיעה בקטין

מידת שכיחותן של פסיקות בנושאי סמים, מעצר ופגיעה בקטין, ביחס לפסיקות העליון בשאר הנושאים אינו נושא הדיון בעבודה זו. תשומת הלב המחקרית מופנית לנושאים אלו בשל היותן פסיקות **קל וחומר** ומידת שכיחותן ביחס לכל פסיקות הקל וחומר בתחום הפלילי גבוה באופן יחסי. מספר הפסיקות הכוללות קל וחומר לפי הנושא הינו כך: סמים – 11 פסיקות, מעצר – 20 פסיקות, ופגיעה בקטין – 8 פסיקות. כדי לנסות ולהשיב לשאלה מדוע נמצא הקל-וחומר בלב הפסיקות בנושאים אלו, נבחן בקצרה את תכולת ההלכות/התובנות שנוצרו בשל הקל וחומר בכל אחד מן הנושאים.

[819] ע"פ 77-188 משה ורטהיים נ' מדינת ישראל

פסיקות בנושא סמים הנלמדים בקל וחומר

מס הפסיקה	אופי	תוכן	הקלה/החמרה
89	תובנה כללית	בית המשפט מחמיר יותר במי שמעורב בעסקי סמים עם עבר פלילי.	החמרה
151	הלכה	שיחה בין שניים בנוגע לעיסקת סמים יכולה להיות ראייה כאשר המשטרה מיירטת את משלוח הסם.	החמרה
161	תובנה	בית המשפט מפעיל מדיניות ענישה חמורה יותר כאשר מדובר על **סמים סינתטיים.**	החמרה
210	הלכה	בעבירות סמים אין מקום לחלופת מעצר כאשר מדובר על **קוקאין.**	החמרה
252	הלכה	מי שנוהג ברכב כאשר הוא נתון להשפעת אלכוהול וסמים, מתקיים בו היסוד הנפשי של פזיזות.	החמרה
287	הלכה	בעברות סמים אין חלופת מעצר ויש לעצור את הנאשם עד תום ההליכים כאשר הוא מואשם באחזקת **הירואין.**	החמרה
327	הלכה	מי שמעורב בעבירות סמים והוא עם עבר פלילי דינו מעצר עד תום ההליכים.	החמרה
340	הלכה	כמו 327	החמרה
372	הלכה	כמו 287	החמרה
380	הלכה (?)	הקנביס הוא סם מסוכן קל וחומר שאין להתייחס אליו באופן מקל.	לא ברור

ניתוח הנ"ל מעלה את הממצא שלפיו קיימת מגמת **החמרה** בפסיקות בנושא סמים. לא נמצאה אפילו פסיקה אחת שבה הקל וחומר שימש כדי להקל בדינו של המחזיק או המשתמש בסם. אפשר שהשימוש בקל-וחומר במקרים אלו בא להוסיף **תוקף** למגמת החמרה זו, ולא לשמש ככלי היקשי ללימוד הלכות חדשות. עדות לתיזה זו נמצאת **בתובנה** הנלמדת מפסיקה מס' 89. תמצות כל ההלכות מעלה כי מגמת ההחמרה באה לידי ביטוי בשלילת חלופת מעצר ובמעצר עד תום ההליכים.

ניתן להדגים זאת בפסיקה מס' 252:

"לא אחת נפסק כי מי שנוהג ברכב כשהוא שיכור מחמת השפעת אלכוהול או מחמת השפעתם של סמים מסוכנים – **קל וחומר** מחמת השפעת אלכוהול וסמים גם יחד – וגורם אגב נהיגתו למותו של אדם, מוחזק כמי שהתקיים בו יסוד נפשי מסוג פזיזות".

ברור כי אין לפנינו קל-וחומר פורמלי שבו נלמדת הלכה חדשה מן המלמד, שהרי לפי הפסיקה כל אחד משני הגורמים המשפיעים (אלכוהול או סמים) מקיים יסוד נפשי של פזיזות. מה הרבותא לומר שיסוד זה יתקיים כאשר שני הגורמים יצורפו זה לזה? היוצא מכך, לפנינו צורת יישום במונח קל-וחומר שמטרתה **לתמוך באווירת ההחמרה** אותה מנסה בית המשפט העליון ל'שדר' באמצעות פסיקותיו.

ה.4. פסיקות בנושאי מעצר הכוללות קל וחומר.

מס הפסיקה	אופי	תוכן	הקלה/החמרה
1	תובנה	יש להקל בשימוש במעצר לאחר החלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.	הקלה
10	תובנה	יש לנהוג בזהירות מירבית בשלילת חירותו של אדם גם במקרה של מעצר טרום משפט.	הקלה
45	תובנה	עקרון אחדות הענישה תופס בקל וחומר גם במקרה של מעצר טרום משפט.	הקלה
110	הלכה	אם המחוקק הגביל הגשת ערר בזכות בנושא המעצרים קל וחומר בנושא פרסום או אי פרסום.	הקלה בשל דיני המעצר כמלמד.
121	הלכה	אין לקבל מצב שבו אדם עצור עד תום ההליכים ולא מתקיימת בעניינו שמיעת הוכחות במשך 10 חודשים בקל וחומר ממעצר ללא משפט.	הקלה בשל דיני המעצר כמלמד.
150	הלכה	אין להלום בקשה לעיון חוזר מקץ ימים ספורים כאשר מדובר בהקלת תנאי המעצר ולא בשחרור.	הקלה
162	הלכה	מן הסמכות המוקנית לבית המשפט להורות על 'מעצר ביניים' יש ללמוד בקל וחומר לעניין ערובות ותנאי שחרור.	הקלה בשל דיני המעצר כמלמד.
172	הלכה	מעצר קטין לפני הרשעה הוא רשות קל וחומר לאחר הרשעה.	הקלה
235	תובנה	אין בחלופת מעצר שנקבעה על ידי בית משפט קמא כדי לאיין חשש מהימלטות של המשיב מן הדין	הקלה

237	תובנה	בענייו 'הארכת מעצר', יש לתת למשקל הזמן החולף משקל גדול יותר ככל שחולף הזמן מעבר לתשעה חודשים.	הקלה
263	הלכה	השיקולים להארכת מעצר מעבר ל-9 חודשים, אינם תופסים בק"ו ממי שבית המשפט זיכה אותו מאשמתו.	הקלה
264	הלכה	פגיעה בחירות חשוד באמצעות מעצרו עוצמתית יותר מהפגיעה בשלילת רשיונו.	הקלה
277	תובנה	החלטה על מעצרו של אדם עד תום ההליכים אינה החלטה קלה, ק"ו כאשר האדם חולה.	הקלה
296	תובנה	שופט מחליט על מעצר אם החלופה אינה אפשרית, ק"ו לשחרורו בחלופת מעצר.	הקלה
298	הלכה	אם אין מעבירים נאשם למעצר בפקוח אלקטרוני ק"ו לשחרורו בחלופת מעצר.	הקלה
299	תובנה	יש לבחון בזהירות חלופת מעצר באלימות משפחה, ק"ו מקום בו שירות המבחן ממליץ להשאיר במעצר.	**החמרה**
313	הלכה	אם הראיות אינן עומדות ברף הנדרש למעצר בהליך הסגרה, קל וחומר להליך העיקרי.	הקלה בשל דיני המעצר כמלמד.
404	הלכה	אם עורכי דין מעורבים בפרשה שוחררו למעצר בית, ק"ו לעורכת דין שהיתה רק בלדרית.	הקלה
428	הלכה	אם ראיות מצדיקות 'מעצר ביניים' ק"ו שהן מבססות גם חלופות מעצר בתנאים של מעצר בית.	הקלה
452	הלכה	אם בוחנים את מערך האיזונים במעצר בתוך 6 חודשים, ק"ו שיש לעשות זאת בתוך 9 חודשי מעצר.	הקלה

ניתוח הקלין וחמורין בפסיקות העליון בנושא **מעצר** מעלה את הממצאים הבאים:

א. בשמונה פסיקות משמש הקל וחומר ליצירת תובנה כללית ועקרונית. בכל שמונה הפסיקות, הקל וחומר מסייע ליצירת תובנות **המקלות** עם הנאשם בנושאי מעצר. ההקלות על פי תובנות אלו מתפרטות לנושאים הבאים: לאחר החלת חוק: יסוד האדם וחירות, זהירות בשלילת חירות טרום משפט, עקרון אחדות הענישה, חלופת מעצר, חוליו של הנאשם, מצב לא ברור מבחינה משפטית.

ב. רק בפסיקה אחת (299), משמש הקל וחומר **להחמרת** מצב הנאשם בנושאי מעצר, בשל היותו מעורב באלימות משפחה.

ג. **בשש** פסיקות נוצרות הלכות בנושאי **מעצר, בכולן הקלה** עם הנאשם:

ד. **בחמש** הלכות, משמש המעצר גורם מלמד להלכות אחרות. המעצר בפסיקות אלו נמצא תמיד בצד החומרה שיש בה הקלה כלשהי. הקל וחומר מבקש להעביר קולא זו מדיני המעצר לדינים אחרים.

כיצד ניתן להסביר ממצאים אלו בהקשר הקל וחומר ודיני המעצר? נדמה כי התובנות הראשונות (1, 10) מספקות ההסבר לכל 20 הפסיקות! בתובנות משפטיות אלו מובע הרעיון שיש לנהוג בזהירות בשלילת חירותו של אדם (מעצר) טרם משפט, וביתר שאת לאחר החלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. החלטות למעצר אדם טרם משפטו הן החלטות קשות וחמורות עבור שופטי ישראל.

משהתקבעה תפיסה משפטית זו, נוצר מעין 'מדרג' עונשי בין הלכות **המעצר** להלכות אחרות שנמצאות בזיקה עם הלכות המעצר. כל 'קולא' שנמצאת במקרה **החמור** לדידם (מעצר טרום משפט) ראוי שתועבר מדין קל וחומר למקרים קלים יותר. **'המעצר'** הפך להיות, בשל תפיסה משפטית זו למקרה החמור המשמש **מלמד** לדינים אחרים. 'המדרג' העונשי שיצרו שופטי העליון, הוא כר 'טבעי' עבור הקל וחומר בדיוק כמו מדרג העונשים שבחוק העונשין שאף הוא מהווה כר טבעי ליצירת קל וחומר בין העונשים השונים. רק בפסיקה אחת (מס' 299) משמש הקל וחומר להחמרת מצב הנאשם בנושאי מעצר בשל היותו מעורב באלימות משפחה, נושא הגובר בחומרתו על ההקלות בדיני מעצר.

ה.5. פסיקות בנושא קטין הכוללות קל וחומר

מס הפסיקה	אופי	תוכן	הקלה/החמרה
55	הלכה	מעשה מגונה הנעשה בפני קטין קל יותר ממעשה מגונה הנעשב בקטין.	הקלה
57	הלכה	אין להתרגש מסתירות בעדות קטין (בעבירות מין) שנמסרה שנתיים לאחר התרחשותה.	הקלה
133	הלכה	קטין אינו מחוסן מפני ענישה ראויה קל וחומר אם הוא קטין בוגר.	הקלה
147	הלכה	כבישת עדות על ידי קטין שנפל קרבן לעבירת מין אינה פוגעת במהימנות עדות הקרבן.	הקלה

172 א	הלכה	אם בית משפט חייב לעיין בתסקיר קצין מבחן קודם הרשעה וטרם ענישה קל וחומר טרם הרשעה.	הקלה
172 ב	הלכה	בעבירת רצח שבו הואשם קטין, המעצר הינו רשות, ק"ו מדין מאסר עולם לאחר הרשעה שהוא רשות.	הקלה
180	הלכה	אם נותנים הזדמנות לבגירים לחזור למוטב באמצעות שיקום, ק"ו לקטינים ממש.	הקלה
355	הלכה	כמו פסיקה 55	הקלה

השמוש בקל וחומר בנושאי **קטינים** בפסיקות העליון הוא 'תמונת ראי' לשימוש בנושאי **סמים.** כל הפסיקות למעט אחת (133) באו להקל בדיני הקטין. ברם, הקלין וחמורין בנושאי הקטין לא באו **לתמוך במגמת ההקלה בדיני קטין, והם אינם לתפארת המליצה בלבד**!!! אלו הם קלין וחמורין של **ממש** עם למד ומלמד ומנגנון כהלכתו. בקל וחומר לדוגמה (172 ב') קובעת הפסיקה שמעצר קטין בדין רצח הוא **רשות** ולא חובה. זאת בקל וחומר מן הדין הקיים במאסר עולם שאף שם המאסר הוא רשות.

ה.7. פסיקות קל וחומר לאחר חיקוק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

בקבוצה קטנה זו ארבע פסיקות.[820] המכנה המשותף לכולן הינו השימוש בקל וחומר בהקשר לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הקלין וחמורים בהתאמה הם:

פסיקה 1:

"מעצרו של נאשם מהווה אמצעי חמור. לכן אין להשתמש בו אלא במקרים בהם הוא נחוץ. כך היה לפני תחילתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וכך הוא – בבחינת **קל וחומר** (הדגש שלי, ח.ג) מאז תחילתו" (השופט מצא).

פסיקה 6:

"... ואמנם קביעת חריג מסוג זה נגזרת מחובתו של בית המשפט לשמור על מידתיות בענישה. חובה שהיא פועל יוצא מהשפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הוראות דיני העונשין. כידוע, חוקי היסוד וזכויות האדם שעוגנו בהם מקרינים על כל ענפי המשפט ומשפיעים על תפיסות היסוד הנהוגות במסגרתם, **קל וחומר** (הדגש של, ח.ג) בבחינת הסדרים משפטיים שהתקבלו

[820] פסיקות 1, 6, 85 ו-96 בנספח א.

לאחר חקיקתם. הדברים חשובים במיוחד בתחום המשפט הפלילי אשר "יותר מכל ענף משפטי אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט".[821] (השופט ג'ובראן).

פסיקה 85 :

"... הדברים מקבלים משנה תוקף לאור חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992, כמו גם סעיף 34 כב שהוסיף בשנת 1994 לחוק העונשין התשל"ז, 1977, לפיו "לא יישא אדם באחריות פלילית לעבירה אם כן היא הוכחה מעבר לספק סביר. להשקפתי אם מקובל שדיני הקניין וסדרי הדין האזרחיים עוברים תהליך של קונסטיטוציונליזציה מכח חוק יסוד כבוד האדם וחירותו **קל וחומר** (הדגש שלי, ח.ג) שזהו המצב במשפט הפלילי בכלל ובמרכז הכובד של הכרעת האשמה – הוא עקרון **הספק הסביר** (הדגש שלי, ח.ג) בפרט". (השופט הנדל).

פסיקה 96 :

"... חוששני כי נטל זה הינו כבד מנשוא עבור נאשם, ואינו עולה בקנה אחד עם **חזקת החפות** (דגש שלי, ח.ג) – המטילה את חובת ההוכחה על המאשימה לצורך ביסוס הרשעה. זוהי אבן יסוד בשיטתנו המשפטית, **קל וחומר** (הדגש שלי, ח.ג) משזכתה למעמד חוקתי לאחר חקיקת השופט לוי. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב, 1992".[822]

בכל הפסיקות הנ"ל, הקל וחומר אינו פורמלי ואינו מלמד הלכה או תובנה חדש בהיקש. הקל וחומר במקרים אלו הוא תמיד מעין מטבע לשון שנועד להוסיף תוקף לפסיקה בזמן כתיבתה עקב היותה בעידן שבו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מככב.

הנושאים מן הענף הפלילי אליהם נקשר הקל וחומר בהיקש אל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הם: **מעצר, מידתיות, ספק סביר וחזקת החפות.** נושאים אלו מצויים בלב ליבו הפועם של הדין הפלילי. המסר המועבר בפסיקות אלו עקב השימוש בקל וחומר ברור ואקסיומטי – השינוי במצב

---

[821] ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל.

[822] ההפנייה בפסיקה כביסוס לטענה הינה למקורות הבאים: א' ברק " הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג, 455, 479 (1995) , ע' ארבל, "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם לבין זכויות קורבנותיו", ספר שמגר – מאמרים חלק ב 255, 259 (2003) , ע"פ 7220/05 נימר נ' מדינת ישראל, פסקה 26.

החוקתי, עקב חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוסיף תוקף למצב המשפטי בנושאים אלו ביחס למצב שקדם לחיקוק חוק היסוד.

האמנם? עיון בספרות המחקרית בנדון מעלה מצב מורכב ואולי אפילו הפוך מן העולה בפסיקות אלו. במאמרה לדוגמה של רות קנאי[823] היא מגיעה למסקנה מחקרית שלפיה הוראות חוקתיות אינן מבטיחות שמירה על מידתיות בענישה. לדבריה, הגנה אמיתית טעונה שילוב של הוראות חוקתיות ושל הוראות בחקירה הפלילית.

בנושאי ענישה לדוגמה, אין בישראל כל הוראה חוקית הנוגעת למטרות הענישה ולשיקולי הענישה ולומדים זאת רק מתוך הפסיקה. כך תופס בית המשפט העליון את תפקידו.[824] בהוראות חוקתיות (חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), החריגה ממידתיות נובעת משמירה על זכויות האדם. ברם, היא אינה מוחלטת ואפשר לחרוג ממנה רק עם **הצדקה.** זוהי סיבה לדוגמה ליצירת קל וחומר.

חוקרת אחרת, מרים גור-אריה[825], סבורה שלא די בהצעת חוק יסוד חדש (= זכויות בהליך הפלילי, הוצעה על ידי גדעון סער בהיותו שר משפטים) כדי להבטיח את הלגיטימיות של ההליך הפלילי אלא שיש מקום גם להגנה חוקתית על עקרונות יסוד המאגדים בתוכם זכויות יסוד, כדוגמת העקרונות המוסדרים בהצעת החוק הנ"ל והנוגעים בעקרון **החוקיות בהליך הוגן ובחזקת החפות.** ומדוע אין להסתפק במה שקיים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו? עקב **המידתיות** הנדרשת על פי החוק.

היא מבקשת לעגן זכויות אלו בלי מידתיות כלל. על פי דבריה, המשפט הפלילי כולל הסדרים המוכנים להכפיף את האמת **ללגיטימיות של ההליך הפלילי**. הנושא הבולט ביותר הוא חזקת החפות, ממידת ההוכחה הנדרשת כדי לסתור אותה מעבר לכל ספק סביר. הואיל וחזקת החפות נפגעת לדבריה אם מעבירים את נטל השכנוע לנאשם, יש להפוך אותה לזכות **חוקתית מוחלטת**, כולל בשלב המעצר טרום משפט.

---

[823] רות קנאי, שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית, משפטים לה, תשס"ה עמ' 147 – 204.

[824] ראו לדוגמה את ע"פ 150/87 מדינת ישראל נ' צייקובסקי.

[825] מרים גור-אריה הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות היסוד שבהצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, מהדורת "משפטים על אתר", עמ'

נמצאנו למדים כי השופטים המשבחים את המצב החדש לאחר חיקוק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מביעים עמדה מסוימת באופן דווקאי בעשותם שימוש בקל-וחומר.זה אינו קל וחומר 'תמים' למראה, אלא הבעת עמדה נוקשה בנושא בו קיימת מחלוקת.

חיזוק לתפיסה זו מצאתי בהעמקת חקר בפסיקה מס' 1 לעיל. מתברר כי במותב זה ישבו, עקב חשיבותו העקרונית לא פחות משבעה שופטים! (שמגר, ברק, גולדברג, מצא, חשין, שטרסברג ודורנר). בפסיקה זו נדון לראשונה נושא השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על החוק הקיים. להלן תמצית דעות השופטים מהם נשפך אור חדש על השימוש במונח קל וחומר.

השופט מצא

א. חוק יסוד כבוד האדם משפיע על הפרשנות של הדין הקיים.

ב. 'עילת מעצר' לדוגמה, צריכה להיבחן מעתה באופן שהיא תתיישב עם חוק היסוד.

ג. 'מכת מדינה' (ביטוי שהמאשימה השתמשה בה במקרה זה, כדי להצדיק מעצר טרום משפט), אינה מהווה עילת מעצר העומדת על רגליה.

ד. מעצרו של נאשם מהווה אמצעי חמור ולכן אין להשתמש בו אלא במקרים בהם הוא נחוץ כך היה לפני תחילתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכך הוא – בבחינת **קל וחומר** מאז תחילתו.

השופט שמגר

א. חוק יסוד כבוד האדם נושא עמו בשורה חוקתית לכל פרט בחברה.

ב. שני חוקי היסוד החדשים לא חידשו זכויות יסוד אלא העניקו להם מעמד סטטוטורי מיוחד, מוגן ומיוחס.

ג. אין לשנות פרשנות של חסד"פ לאור חקיקתו של חוק היסוד. ההקפדה על חירות הפרט היתה ונשארה אותו דבר.

ד. לא מתחייב מכך, כתוצאה, שינוי גישה בעניין דיני המעצר.

ה. 'מכת מדינה' יכולה להיות עילה למעצר טרום משפטי.

השופט גולדברג

א. לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ניתן היה להעמיד את עילת המעצר שבחסד"פ על תכליתו **ההרתעתית**, עתה זה כבר לא אפשרי.

ב. הפרשנות לעילות תשתנה מעתה.

ג. מרחב הבחירה הפרשנית מצטמצם מעתה מכח חוק יסוד זה.

השופט שטרסברג

א. חוק היסוד הוא נורמה **על חוקתית**, לאורו כך צריך לפרש כל חוק קיים.

ב. זכות האדם לחירות (סעיף 5 בחוק) גובר על סמכות בית המשפט. הזכות לחירות גוברת על האינטרס הציבורי.

השופט חשין

א. מטרות המעצר היו ונשארו כפי שהוגדרו בחסד"פ

ב. "שמירת דינים" כמופיע בחוק פירושה שהדין ימשיך להיות כימים ימימה.

ג. יש עדיפות ברורה וחד-משמעית לאינטרס הציבורי על חירות הנאשם.

השופט ברק

א. 'מכת מדינה' אינה עילה למעצר טרום משפטי. זה יתקיים רק במקרים חריגים כיוצא מסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ב. נדרש שינוי של השוטר והשופט בגישה לכבוד האדם וחירותו לאור חקיקת חוק היסוד.

ג. החירות היא הכלל והמעצר ללא המשפט הוא החריג.

הנה כי כן, השופט מצא בכותבו "בבחינת קל וחומר" בפסיקתו, עשה שימוש בביטוי זה לא כדי ללמוד הלכה או תובנה חדשה. הוא מייצב את עצמו יחד עם השופטים הסבורים כי העידן שלאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הוא עידן חדש המשפיע, על מרחב הפרשנות של החוקים הקיימים (ובכללם, הרכיבים המרכזיים של הדין הפלילי כפי שהוצגו בתחילת הפיסקה). השופטים שבקשו לצמצם השפעה זו נותרו במיעוט בפסיקה זו.

לסכום, השימוש בקל וחומר בקבוצת פסיקות אלו, לא נועד ליצירת היקש במצב של לאקונה, אלא להדגיש עמדה משפטית מסוימת.

ו . האם 'אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה בשפיטה?

ו.1. מבוא

נושא זה נדון 'בקציר האומר' לעיל (פרק ג, סעיף ד). הדיון שם התרכז בכלל 'אין עונשין מן הדין' **כמגביל** את תוצאת הקל וחומר. בסעיף זה אדון ביישומי הכלל בתחום הפלילי, והמסקנות בשני הדיונים יושוו בהמשך סעיף זה. ש"ז פלר ובעקבותיו השופט ח. כהן מתנסחים בהקשר זה באופן מוחלט וחסר ספיקות. להלן מבחר מייצג מדבריהם, המדברים בעד עצמם, תחילה לדברי ש"ז פלר:[826]

עמ' 349 : "האם העדר איסור וענישה בדיני עונשין, המצווים על התנהגות נתונה, הוא בגדר חסר נורמאטיבי המחייב או אף המסמיך הפעלת הוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט?... לעניין איסור וענישה בפלילים, אין לאקונה בחוק, שתיקתו היא לעולם בבחינת הסדר שלילי".

עמ' 351 : "נדמה כי ההנחה המוסדרת על ידי הוראת סעיף 1 לחוק יסודות המשפט היא, על כל היבטיה זרה לתחום דיני העונשין".

עמ' 356 : "לכן אם בחר המחוקק במטבעות לשון המצויים גם במקורות המשפט העברי, אין זאת אומרת כי יש בכך כדי להצדיק, ולא כל שכן לחייב, פירוש הנורמה כמשמעות אותם מטבעות לשון במשפט העברי דווקא".

הנה כי כן, קובע פלר שתי קביעות בעלות משמעות לענייננו.

האחת – תחום דיני העונשין זר להסדרים שבחוק יסודות המשפט.

השניה – אין לפרש במשפט הישראלי את 'אין עונשין מן הדין' כפירושו במשפט העברי.

גם בהינתן הצדקה לדבריו אלו, מהיכן ישאב השופט בישראל את הוראות 'אין עונשין מן הדין'? איה תורה זו מצויה? בשל קושי זה, 'פיתחו' שופטי ישראל את 'תורת' 'אין עונשין מן הדין' במשפט הישראלי בתוך פסיקותיהם על כל המשתמע מכך.[827]

---

[826] ש"ז פלר, "תחולת חוק יסודות המשפט בתחום דיני העונשין", בתוך: ספר זוסמן, לזכרו של יואל הכהן זוסמן נשיא בית המשפט העליון, ירושלים, תשד"ם.

[827] כולל סתירות, מחלוקת בהגדרות, חוסר עקביות, ועוד. בסעיף זה אני מנסה ל'גבש' תורה נעלמה זו באמצעות נתוח פסקי השופטים בעליון הכוללים את היישום של 'אין עונשין מן הדין'.

החרה אחריו, השופט כהן בקובעו קביעה נחרצת:[828] "... ומימלא אמנם דיני העונשין יוצאים **כולם** (הדגש שלי, ח.ג) מכלל תחולת חוק 'יסודות המשפט'".

אמירה זו אינה עולה בקנה אחד עם העובדה כי קיימים לפחות 458 פסיקות עליון (נספח - א) העושות שימוש בקל וחומר בדין הפלילי, ללא שימוש בכלל 'אין עונשין מן הדין'!!![829] הקשיים הנובעים מדברי פלר לעיל, ניתנים להסבר מה בכך שפלר מתכוון ל'אין עונשין מן הדין' במובן של המשפט הישראלי ולא העברי, כפי שהוא עצמו כתב. ברם, לסתירה העולה מדברי ח. כהן שבין פסיקות העליון, ('הקל וחומר בפלילי') לבין אמירתו הנחרצת, אין פתרון סביר.

זאת ועוד, בפס"ד רוס[830] כותב השופט כהן במפורש: "אין עונשין מן הדין" – לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד". ניסוח זה ל'אין עונשין מן הדין' הפך ברבות הימים ל'מנטרה' של שופטי ישראל רק בפסיקות **מעטות** באופן יחסי, בהן נעשה שימוש בקל וחומר ו/או בהיקש בדין הפלילי. אולם, כאמור לעיל, במרבית הפסיקות של **הקל וחומר בתחום הפלילי** (458 פסיקות) לא בא זכרם.

בסביבה משפטית זו, 'מככבים' עוד שני גורמים 'רבי השפעה', **'עקרון החוקיות בפלילים'** ו **סעיף 34 כא לחוק העונשין.** לפי 'עקרון החוקיות בפלילים',[831] אין להטיל עבירה ועונש בלי יסודות בחוק או על פי החוק. לכאורה, **לעונש ועבירה** הנלמדים בהיקש אין יסודות בחוק ולא על פי חוק[832] שהרי **חוק יסודות המשפט** הוחרג מנושא זה! בשל כך, משמשות מלים אלו מעין הגדרה של המשפט הישראלי ל'אין עונשין מן הדין'. תובנה זו אכן קיימת בפסיקה הישראלית אולם היא שגויה. 'עקרון

---

[828] ח. כהן, "דין השיור", שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי נ' תשמ"ז, כרך יג. 285 – 306, עמ' 293.

[829] המוצגים כולם בנספח א, זאת מלבד פסיקות נוספות העושות שימוש במונח **היקש** ולא בקל-וחומר, אותם לא מניתי כלל.

[830] ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל.

[831] ראו סכמה מבהירה של השופטת ארבל, לעיל, פרק ג' סעיף ד – 'אין עונשין מן הדין'.

[832] מתוך הגדרתה של השופטת ארבל, ראו פרק ג, סעיף ד, לעיל.

החוקיות׳ נגזר מ׳**אין עונשין אלא אם כן מזהירין**׳.[833] כלל זה מתייחס לחובת אמירה מפורשת של המחוקק, כדי להעניש והוא אינו מתייחס **לדרך** הלימוד עצמה. ׳אין עונשין מן הדין׳ מתייחס כפי שראינו לעיל בדברי השופט כהן **לדרכי הלמידה עצמה.**

גם הכלל הפרשני הקבוע בסעיף 34 כא לחוק העונשין[834] קשור לענייננו. הכלל הזה מעלה את השאלה, האם ׳אין עונשין מן הדין׳ אבל מקילין עם הדין בשל סעיף 34 כא לחוק העונשין? במלים אחרות, האם **החמרה והענשה** אסורין מן הדין, קרי בהיקש ו/או בקל וחומר, אבל **הקלה** בדינו של הנאשם תהא מותרת ואף מחויבת בשל סעיף זה?[835] במישור העובדתי, המציאות מוסיפה ׳מבוכה על מבוכה׳. על פי אסף הרדוף,[836] ״גישת הרוב אינה נותנת משקל ראוי לעקרון החוקיות ומאיינת את סעיף 34 כא... העמימות התכליתית ולצידה עמימות הפגיעה מקנות לבית המשפט גמישות פרשנית עצומה, וכך הופך סעיף 34 כא ממכשיר זיכוי בפוטנציה למכשיר הרשעה״! אם אכן, כך הם פני הדברים. האם השימוש בסעיף 34 כא, אינו סותר את ׳עונשין מן הדין׳ שהרי ההחמרה בדין כדברי הרדוף נובעת מסעיף זה, קרי מלשון החוק עצמה?!

הכלל ׳אין עונשין מן הדין׳ נמצא ב-82 פסיקות של בית המשפט (שלום – 26, מחוזי – 27 ועליון – 29) אולם בעבודה זו אדון רק במופעים שבפסקי העליון, המוצגים כולם בנספח - ה. השאלות שנדונו עד כה בסעיף זה, ידונו הן ודומיהן בניתוח פסקי הדין בעליון בהם נעשה שימוש בכלל ׳אין עונשין׳ (29 מופעים כנ״ל). מתודולוגיית המחקר הינה כדלקמן. ניתוח של פסיקות העליון הכוללות את ״אין עונשין מן הדין״ עשויה להניב את תורת ׳אין עונשין׳ בתחום הפלילי, הנעלמה מאיתנו. בקבוצה זו,

---

[833] אף הוא כלל חז״לי, מן המשפט העברי.

[834] כאשר ״ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות לפי אותו דין״.

[835] אין לדחות שאלה זו בקביעה לפיה כל החמרה בצד אחד הינה הקלה בצד שני, שכן מדובר על הדין הפלילי ולא בדיני ממונות. בדיני ממונות (אזרחי) אכן קיימים שני צדדים, אולם, בדין הפלילי רק צד אחד יכול **להיענש** כי הצד השני הוא המדינה.

[836] אסף הרדוף, ״פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 כא לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה״. כתב העת הדיגיטלי: RELATED EJOURNALS HRN; HEBREW LEGAL RESEACH EJOURNAL

נעשה שימוש בכלל 'אין עונשין' כדי **לדחות** את ההלכה הנלמדת בדרכי ההיקש בתחום הפלילי. כדי לחשוף את כללי השימוש בכלל 'אין עונשין' יש לנתח את הרכיבים הבאים:

א. **המקורות המלמדים** וההלכה הנלמדת בדרכי ההיקש שנדחתה בשל השימוש בכלל. בסעיף זה אדון בשאלה, האם יש משמעות **למקור המלמד** בהקשר זה? במלים אחרות, האם רק ההלכות הנלמדות **מן הפסיקה** בדרכי היקש בתחום הפלילי נדחו בשל הכלל?[837]

ב. **פסיקות עליון ייחודיות שעליהן חל הכלל.** בסעיף זה אנסה לחשוף את הייחודיות של השימוש כדי לקבוע את 'גבולות הגזרה' הקיימים בפסיקה בעניין זה.

ג. **דיון פרקטי** ברשימת ההלכות עצמן שלא התקבלו עקב השימוש בכלל.

ד. **עבירה או עונש?** האם הכלל מסתייג **רק** מלימוד עונש ("אין **עונשין**") או גם מלימוד **העבירה** עצמה?

ה. **אופני ההיסק בהיקשים שנדחו**. האם הכלל חל רק על לימוד בהיקש, ואולי גם בשיטות היסק אחרות?

ו. **ניתוחי הקל וחומר בנספח - ב** (הלכות 'קל וחומר' מן הפסיקה בעליון – עונשין). זהו הסעיף המרכזי בדיון זה.

כזכור, בנספח זה, עשרות הלכות שנלמדו בקל וחומר **שלא נדחו** בשל 'אין עונשין מן הדין' על אף היותן הלכות בדיני עונשין בתחום הפלילי. (למעט מקרה 64, עבירת 'הנסיון' הנחשבת אף היא עבירת 'מקור' בחוק 'איסור הלבנת הון'). כללי השימוש ב'אין עונשין מן הדין' שילמדו מכל הסעיפים הקודמים, ובהתבסס על נספח - ה (הלכות שנדחו בשל 'אין עונשין'), יאפשרו את ניתוח הפסיקות בנספח - ב, תחת השאלה: מדוע לא נדחו הלכות אלו בשל הכלל 'אין עונשין מן הדין'. המסקנות מן הדיון בסעיף זה יושוו למסקנות שכבר הוסקו בעניין זה בפרק ג לעיל. כמקרה בוחן משמעותי אדון ב'תיזת הצבירה'[838] המייצגת יותר מכל את דעות בית המשפט העליון בעניין 'אין עונשין מן הדין'.

[837] מקורות אחרים יכולים להיות: חוק, תקנות, צוים של מועצות, חוק לא ישראלי, ועוד.

[838] ראו פסיקה מס' 27 בנספח ה.

2.ו. המקורות המשתתפים עליהם חל הכלל 'אין עונשין מן הדין'

בפסיקה מס׳ 15 בתוך נספח - ה, כותב השופט רובינשטיין ״אין עונשין מן הדין, שעניינו אין ענישה מקל-וחומר״. הוראת המילה ׳מן הדין׳ אינה ממקור הנקרא ׳דין׳ אלא בדרך המכונה ׳דין׳. במלים אחרות, הכלל אינו דן על **המקור** ללימוד העונש אלא על הכלי ללימוד העונש. כלומר; אליבא דהשופט רובינשטיין – הקל וחומר. הלשון של הכלל אינה מורה כן, שהרי ׳מן הדין׳ פירושו מן **המקור** המכונה דין. הניסוח ׳הנכון׳ בעברית על פי הפירוש לעיל היה צריך להיות לכאורה ׳אין עונשין **ב**דין׳.

תובנה זו, ׳מן הדין׳ במשמעות בדרך המכונה ׳דין׳ נבחנה על ידי בפסקים שבנספח - ה. בפסקים אלו לא נמצאה אף פסיקה שנפסלה בשל מקורה. ההלכות שנפסלו בשל ׳אין עונשין מן הדין׳ נלמדו **מפסיקה** (פסיקות: 15, 17, 19 בנספח - ה), **מחוק** (פסיקות: 4, 7, 10, 11, 12, 13), **מצו מועצות מ קומיות** (פסיקה: 6), **מתקנה** (פסיקה: 24), **מחוק לא ישראלי** (פסיקה: 29).

המקורות המגוונים מהם היה ניסיון ללמוד את ההלכה החדשה, מעידים כי גם לתפיסת יוצרי ההיקשים הללו, כוונת המלים ׳מן הדין׳ אינה למקור המלמד אלא לכלי המלמד. אכן, הבנה זו קיימת גם במשפט העברי, אף שקיימת מחלוקת לגבי הכלי המלמד כפי שיוצג בהמשך.

גם בפסיקה מס׳ 29, ההלכה לא נפסלה בשל מקורה (חוקי מדינה אחרת) אלא בשל הדרך ללומדה. כך כותבים השופטים:

> ״ומאחר ויש אומרים שגם הסגרה מן ההליכים הפליליים הוא (ראה ע״פ 557/71 בעמוד 247), הוה אמינא שגם לעניין ההסגרה **מן הדין** (דגש שלי, ח.ג) הוא להקפיד הקפדה יתירה שלא לראות במעשה פלוני משום עבירה בת-עונש בישראל, אך משום שהמעשה נעשה לעבירה על פי חוקי מדינה אחרת, כל עוד לא עשה המחוקק הישראלי את אותו המעשה גופו, בלשון החוק בלשון ברורה ומפורשת, לעבירה פלילית גם בישראל... ומה

שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנאלוגיה והגיון יכולים לעשות״.[839]

מדוגמה זו אנו למדים כי השופטים לא פסלו את האנאלוגיה רק בשל העובדה כי העבירה הנ״ל לא כתובה בספר החוקים הישראלי, אלא בשל היותה **אנאלוגיה**. הכלל הוא אם כן - אין לפסול הלכה הנלמדת בהיקש בשל מקורה אלא בשל דרך היסיקה.

ו.3. פסיקות עליון ייחודיות הכוללות את הכלל 'אין עונשין מן הדין

פסיקה מס׳ 3: הגדרה היוצרת איסור בעקיפין

בית המשפט העליון לא קיבל את דעת בית המשפט המחוזי בעניין הפרשנות הגמישה למונח **׳מועמד׳**, משום שהיא אינה עומדת במבחנו של עקרון החוקיות. לו התקבלה הפרשנות הגמישה של בית המשפט המחוזי למונח ׳מועמד׳ היה הנאשם נפגע מכך. כיצד דחה בית המשפט העליון את פירושו של בית המשפט המחוזי? לדבריו, ההגדרה למונח מועמד נלמדת בדרכי ההגיון והיא קבעה גבולות חדשים לאיסור הפלילי כתוצאה מכך. אולם – ״כלל גדול הוא בדיני עונשין: ׳אין עונשין מן הדין׳ – לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה ולא מכל היקש או אנאלוגיה״, אלא מן החוק הכתוב והחקוק בלבד...״, (ע״פ 205/73 רוס נ׳ מדינת ישראל).

זאת ועוד, סעיף 34 כא מורה לנו כי בהינתן פירושים סבירים יש לבחור את הפירוש המקל יותר. ניתוח הפסיקה מעלה כי בית המשפט ביקש להחמיר עם הנאשם (אריה דרעי) באמצעות הגדרה רחבה למונח ׳מועמד׳ באופן המחמיר עם הנאשם. הייחודיות של פסיקה זו מתבטאת בתרתי:

האחד – הכלל ׳אין עונשין מן הדין׳ לא הופעל **ישירות** נגד ההחמרה בדין של הנאשם, אלא נגד אימוץ ההגדרה הרחבה למונח ׳מועמד׳ שעשוי להביא לידי החמרה בדין הנאשם.

השני – השופטים לא הסתפקו בדחיית תוצאת ההיסק הפרשני בשל הכלל ׳אין עונשין מין הדין׳, אלא צירפו נימוק נוסף להכרעתם – סעיף 34 כא, שהיה אמור להקל עם הנאשם ולא להחמיר עמו, כיוצא מן האנלוגיה של בית המשפט המחוזי. הצורך לתמוך את יתידותיהם גם בסעיף 34 כא נובע מן העובדה שלא היה כאן לימוד מעשה מרשיע או עונש באנלוגיה, אלא הגדרה מרחיבה בלבד.

---

[839] התיזה הזו אמנם נדחתה בהמשך, משום שלדעת השופטים ׳הליכי הסגרה׳ ״אינם באים להענישי״ הם באים רק ״כדי לכפות על הנאשם את קיום חבותו ליתן את הדין״..

הכלל הנובע מכך הוא, שאין להרחיב באנאלוגיה משמעויות של מונחים בתחום הפלילי באופן שיחמירו עם הנאשם בשל 'אין עונשין מן הדין'.

פסיקה מס' 14 – אין עונשין מן הדין' ופרשנות תכליתית.

"כאשר מדובר בפרשנות חוק פלילי, הגם שהשאיפה להגשים את תכלית החוק נותרת בעינה, דומה כי יש מקום לאיזון שונה מבחינת המשקל אותו יש להעניק ללשון החוק", דברי השופט א' גרוניס בפרשת כהן.[840] רשויות האכיפה בתיק זה ביקשו באמצעות פרשנות תכליתית לקבוע כי המילה 'דוד', אשר מופיעה בסעיף 351(ה) לחוק העונשין, תתפרש ותחול גם על נאשם שלא היה בקשרי דם או בקשרי חיתון עם קרבן מעשיו בזמן ביצועם. השופט בתיק זה פסל פרשנות זו על אף 'הגיונה' בצטטו את המנטרה הידועה מפרשת **רוס.**

נמצאנו למדים כי הכלל אינו שולל רק הלכה חדשה בדין הפלילי הנלמדת בדרכי ההגיון, אלא אף פרשנות תכליתית למונח, העשויה להחמיר עם הנאשם.

פסיקה מס 20 – שלילת פרשנות דווקאית, בשל 'אין עונשין מן הדין'.

השופט כהן קורא כך את סעיף 3(2) לפקודת המבחן: "מי שהורשע, יוטל עליו עונש (ולא ישוחרר במבחן) והעונש יהיה מאסר (ולא עונש אחר)". על פירוש דווקאי זה כותב עמיתו: "נראה לי עם כל הכבוד, כי זהו "לימוד" דבר מתוך דבר, והלא "אין עונשין מן הדין". קריאה זו של השופט כהן, יש בה מן הפרשנות, וכנגד הפרשנות הדווקאית הזו, שאינה מטיבה עם הנאשם, עומד הכלל 'אין עונשין מן הדין' ".

נמצאנו למדים כי הכלל שולל אף קריאה דווקאית של החוק, אם אינה מטיבה עם הנאשם, בשל הכלל 'אין עונשין מן הדין'.

פסיקה מס' 26 – 'אין עונשין מן הדין' אינו רלוונטי.

[840] בע"פ 766/06 כהן נ' מדינת ישראל.

השאלה הנדונה בפסיקה זו הינה האם רצח של 'אשה הרה' הוא רצח באכזריות מיוחדת העונה להגדרה 'בנסיבות מחמירות'. לכאורה כותב השופט, לא ניתן היה ללמוד זאת מלשון החוק בדרכי הגיון פרשני בשל הכלל 'אין עונשין מן הדין'! טיעון זה נדחה על ידי השופט כך:

"ודוק, לא נעלם מעיני כי אין זה נכון, או מעשי, לדרוש מן המחוקק, עת הוא מבקש להגשים אינטרס או להגן על ערך מסוים, לנקוב בכל אחד ואחד ממגוון המצבים בהם עשוי הערך המוגן ללבוש צורה, או לבוא לידי ביטוי. שהרי, משכך מסתפק המחוקק בקביעתה של נורמה על דרך ניסוח הוראה כללית, ומותיר לבית המשפט את מלאכת פרשנותה, תוך התאמה לסיטואציה פלונית או אלמונית".

פסיקה זו על אף שהיא עוסקת בפרשנות לשון החוק בדרכי הגיון, דווקא **שוללת** את השימוש 'באין עונשין מן הדין'. בלשון אחרת: **כן עונשין** מן הדין, בדרך פרשנית משום שאין לצפות לכך שהמחוקק יפרט את כל המקרים הכלולים ב'רצח בנסיבות מחמירות' והוא מותיר את המלאכה בידי בית המשפט. הכלל הנובע מפסיקה זו שונה מקודמיו בתוצאתו. במקרים קודמים בית המשפט עשה שימוש ב'אין עונשין מן הדין' כדי לשלול את:

א – ההגדרות היוצרת איסור בעקיפין.

ב – פרשנות תכליתית העשויה להחמיר עם הנאשם.

ג – קריאה דווקאית של החוק שאינה מטיבה עם הנאשם.

פסיקה זו, שבה 'עונשין' מן הדין', שונה מחברותיה משום שהיא עוסקת ב'תכולה' של המונח הכללי המנוסח כך בחוק. אין ספק כי המחוקק התכוון למקרים רבים הכוללים 'ברצח בנסיבות מחמירות' והוא אינו מונה אותם, כי זה אינו נכון ואינו מעשי. שליפת 'רצח אשה הרה' מתוך המקרים הרבים הכלולים ב'רצח בנסיבות מחמירות' אינה מעשה פרשני טהור, כדוגמת הפסיקות הקודמות. אין כאן מקום לקריאה **דווקאית**, משום ש'רצח בנסיבות מחמירות' מנוסח מלכתחילה באופן כללי, המזמין את השופט לבחון כל מקרה לגופו, האם הוא כלול או לא כלול בניסוח של החוק.

נוכל אם כן לנסח את הכלל הנובע מפסיקה זו בדרך הבאה: 'שליפת' מקרה ספציפי מתוך לשון החוק הכללית אינה מעשה פרשני המפעיל את 'אין עונשין מן הדין'.

ו.4. עבירה או עונש? ואופני ההיסק בהיקשים שנדחו.

פעמים מוזכר הכלל 'אין עונשין מן הדין' בהקשר של **עונש** ופעמים בהקשר של **עבירה**. ניתוח הפסיקות בנספח ה, מעלה את הממצאים הבאים:

- 5 היקשים שנדחו ב'אין עונשין מן הדין' בשל לימוד **העונש.** (פסיקות: 1, 4, 10, 15, 20)
- 23 היקשים נדחו ב'אין עונשין מן הדין' בשל לימוד **העבירה.** (שאר הפסיקות).

לתוצאה מחקרית זו, יפים דבריו של הרדוף:[841] "לעניין איסור ענישה וסייג לאחריות, בתחום דיני העונשין, כל שתיקה היא בגדר הסדר שלילי, מכח עקרון החוקיות המתנה בהקפדה כל **עבירה,** כל **עונש** וכל סייג לאחריות הפלילית בהוראה מפורשת של החוק: לכן אין תחולה כלל ועיקר להוראות המחייבות של סעיף 1 לחוק יסודות המשפט בתחום דיני העונשין".

באשר לדרכי הלימוד (אופני ההיסק) בפסיקות אלו, נראה כי לרוב הם נלמדו בלשון **היקש.** במקרים אחרים הוזכרו ביטויים אחרים כדלקמן:

פסיקה 6 – "אין לו זיקה ישירה".

פסיקה 10 – "מהגיון של החמרה".

פסיקה 19 – " "מענין לא סביר".

פסוק 22 –"בגזירה שווה".

היוצא מכך: **במשפט הישראלי, מופעל הכלל 'אין עונשין מן הדין' כדי לדחות לימוד של עבירות ו/או עונשים בדרכי ההיקש השונות, כולל הגיון בסתם, עניינים לא סבירים, וגזרה – שווה.**

זוהי הרחבה ניכרת של הכלל בהשוואה למשפט העברי המתמקד לדעת רוב הפרשנים, בעונש (כתוצאת הלימוד) ובקל וחומר (כדרך הלימוד).

---

[841] שם.

ו.5. 'תזת הצבירה' כמקרה בוחן'

פסיקה בולטת מבחינות רבות הינה פסיקה מס' 27.[842] בית המשפט העליון אימץ ברוב דעות (הנדל ווילנר נגד אלרון) את 'תזת הצבירה' במשפט הפלילי הישראלי. בקצרה – מעשה שאינו עובר את הרף הפלילי כאשר הוא מצטרף למעשה נוסף שאינו פלילי או למספר מעשים כאלו יוצר 'עבירה פלילית' חדשה. הדוקטרינה הזו כונתה לראשונה על ידי בית המשפט השלום שדן בעניין **ניסו שחם** – 'תזת הצבירה'. היא נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי ואומצה מחדש על ידי בית המשפט העליון.

במהלך משפטו של **שחם** נוצר קושי משפטי להרשעתו. על אף שהתמונה הכללית מהתנהלותו היתה פסולה, בית המשפט בכל הערכאות קבע כי אף אחת מן הפעולות כשלעצמן לא חצתה את הרף הפלילי. העליון, בדעת הרוב, קבע בחידוש משפטי כי יש לאמץ את 'תזת הצבירה'. ביסודה עומדת התפיסה המשפטית שלפיה: "נדרשת **הסתכלות כוללת**, להבדיל מפירוק ההתנהלות לרכיבים וניתוח כל רכיב כשלעצמו".

ל'תזת הצבירה' קדמו תובנות ומונחים דומים שלא זכו לעדנה. כך לדוגמה, במסגרת עתירה לבג"צ שעסקה בתיקונים החוקתיים שחוקקו ב"**ממשלת החילופים**" (בג"צ 2905/20). העותרת טענה בפרשה זו כי כאשר בוחנים מכלול של הסדרים חקיקתיים ואת השפעתם על המשטר החוקתי, הרי שגם אם כל הסדר חקיקתי יכול לעמוד בפני עצמו, צבר הסדרים חקיקתיים 'בעייתיים' יוצר אפקט מצטבר חקיקתי.

'**דוקטרינת האפקט המצטבר**' , '**כמות שהופכת להיות איכות**' הם ביטויים נוספים לתופעה המשפטית החדשה הזו. למעשה, היתה זו טענתו של המחוזי בפרשת ניסו שחם.[843] המחוזי טען כי גם בתחומי משפט אחרים הוכרה האפשרות העקרונית לצבירה, כך שלא ניתן לטעון כי '**תזת הצבירה**' הינה דוקטרינה חדשנית. השופט אלרון (דעת מיעוט) דחה טענה זו כפי שאציג בהמשך.

בחינת הבקורת והנימוקים שהועלו נגד דוקטרינה זו מעלה את הנימוקים הבאים:

---

[842] רע"פ 6477-20 ניסו שחם נ' מדינת ישראל.

[843] ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פיסקה 30. לבקורת על דוקטרינה זו ראו: זמר בלונהיים ונדיב מרדכי, "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר, אגרגציה בביקורות שיפוטית חוקתית', משפטים מד 569, 571-578 .

א. - זו תפיסה גמישה ועמומה שלא ניתן לאמצה בתחום הפלילי.[844]

ב. – ״ואולם הקושי הוא בזיהוי נקודת שווי המשקל שבה השינוי עושה כמות לאיכות״.[845]

ג. – גם אם זה אפשרי בתחומים אחרים, זה לא אפשרי בפלילי.[846]

ד. – זוהי דוקטרינה חדשה שאין לה אחיזה בהלכה הפסוקה.[847]

ה. – ״לנוכח הנחת מוצא זו, ברור כי יש קושי ממשי לאמץ את תזת הצבירה, שכן על פיה מספר פעולות שביצע אדם, שאינם אסורים על פי דין, עלולות להתברר בדיעבד ביום מן הימים כמעשה פלילי״.[848]

ו. ״הקושי העיקרי טמון בכך שאימוצה של תזה זו עומדת בסתירה חזיתית **לעקרון החוקיות**, שהיא מעמודי התווך של הדין הפלילי״[849]

לאחר שהשופט אלרון, מדגיש בפסיקה זו את הסתירה החזיתית בין 'תזת הצבירה' לבין 'עקרון החוקתיות' הוא מצטט כמו בפסיקות רבות את הציטוטים המקובלים, קרי: **סעיף 1 בחוק העונשין, פסק רוס, ודברי ש״ז פלר.**

בחינת הנימוקים נגד 'תזת הצבירה' מעלה כי הטיעון המשפטי היחידי נגדה הוא זה המופיע לעיל בסעיף ו, כלומר: הסתירה לעקרון החוקיות במעגל החיצוני ול'אין עונשין מן הדין' במעגל הפנימי. שאר הנימוקים עוסקים באמירות כלליות, באי יכולת ישום ובהשלכות עתידיות.

אני מבקש לדון בעיקר בטיעון המשפטי, וביתר פירוט, כיצד סותרת התזה הזו את 'עונשין מן הדין', לאור תוצאות המחקר עד כה. תחילה לשאלה האם התזה הזו יוצרת עונש או עבירה? על פי פסיקה זו (ניסו שחם), מדובר על יצירת **עבירה חדשה** בתחום הפלילי.

---

[844] יניב יאקי, 'שהכמות' עושה איכות– על ״תיזת הצבירה״ במשפט הפלילי, פוסט באינטרנט.

[845] שם.

[846] השופט אלרון, בפסיקה הנדונה

[847] שם.

[848] שם.

[849] שם.

אף **שעבירה** זו תגרום **לעונש** אם תתקבל, חייבים לומר שהתזה יוצרת עבירה ולא עונש! וזאת מדוע? משום שיישומה של תזה זו,

> "קיבלה לאחרונה תפנית מפתיעה בפסיקה חדשה של השופט ע' מאור[850]... נטען כי ראוי לאמץ את תורת הצבירה גם במקרה של טענות הגנה מן הצדק... ביטול כתב אישום כנגד נאשם ייבחן לאור מצבור מחדלים של הרשויות. כך, גם אם כל מחדל כשלעצמו איננו חוצה את רף הפגיעה בעקרון הצדק וההגינות, צירוף כלל המחדלים עשוי להיות מצבור אשר חוצה את הפגיעה המהותית בעקרון הצדק... יישומה של "תזת הצבירה" גם במקרה של טענות מן הצדק מהווה **הקלה משמעותית** (הדגש שלי, ח.ג) בנטל המוטל על הנאשם".

הנה כי כן, לא נוכל ליישם את הכלל 'אין עונשין מן הדין' כנגד 'תזת הצבירה' בנימוק של החמרה בעונשו של הנאשם, שהרי עינינו רואות כי היא עשויה גם להטיב עמו. פסילת התיזה (כפסיקת דעת היחיד השופט אלרון) בשל 'אין עונשין מן הדין' תתאפשר רק בשל הטענה המשפטית שהיא **יוצרת עבירה חדשה**.

זוהי תוצאה מחקרית אותה הסקתי לעיל בניתוח הפסיקות בנספח – ה. הנכונות של בית המשפט השלום ודעת הרוב בעליון לקבל את 'תזת הצבירה' בתחום הפלילי למרות היותה סותרת באופן מוחלט את 'אין עונשין מן הדין' מעלה תהיות רבות באשר לנכונות ליישם את הכלל גם במקרים של 'מצוקה משפטית'. זוהי התפתחות הפוכה למה שעולה מן הפסיקה עד כה. ראינו לעיל כי בתי המשפט **מרחיבים** את מעגל המקרים עליהם חל הכלל, אולם בפסיקה זו נכרת מגמה הפוכה, התעלמות אפילו מצורת יישומו הבסיסית.

---

[850] אצל יניב ואקי, ראו לעיל.

ומה באשר **לדרך לימוד** ההלכה החדשה? האם היתה כאן אנאלוגיה? היקש? גזרה-שווה? התשובה הינה: **הגיון משפטי** (או הכרח משפטי) של דעת שני שופטי העליון, מבלי להצביע על מקור לימוד כל שהוא. למעשה, ניתן לכנות פסיקה זו בשם 'פסיקה חקיקתית' והשופטים החליפו בה את המחוקק. ממקרה בוחן זה אנו למדים כי מילים לחוד ופסיקות לחוד. על אף שהמערכת המשפטית מדגישה בכל הזדמנות את חשיבותו של 'עקרון החוקיות' בכלל ואת 'אין עונשין בפרט' היא לא עמדה ב'לחץ המשפטי' במקרה **ניסו שחם**, והיא 'דרסה' את הכלל 'אין עונשין מן הדין' בפסיקה תקדימית, חדשה ומסוכנת.

ו.6. ניתוחי פסיקות 'אין עונשין מן הדין' בנספח -ה

תובנות ו'כללי' 'אין עונשין מן הדין' נדונים פעמיים בעבודה זו. בפרק ג (סעיף ד) לעיל, דנתי בכלל זה ברמת המקרו מתוך נקודת מבט עיקרית – הגבלת כוחו ותוצאתו של הקל וחומר.[851] בסעיף זה מעין 'כללים' שנוצרו בפסיקות העליון שבהן נדחו הלכות שנלמדו בדרכי ההיקש בשל 'אין עונשין מן הדין'. בסעיף זה הדיון יהיה בכוון ההפוך. על בסיס קיומם של 'כללים' אלו, אבחן את השאלה – האם היה מקום לעשות שימוש בכללים אלו במאות הפסיקות של הקל וחומר בתחום הפלילי (נספח – א)? מתודולוגיית החקירה הזו פשוטה למדי. מקובץ הפסיקות בעליון שבהן נעשה שימוש בכלל 'אין עונשין' (נספח - ה) יצרתי את כללי השימוש בכלל 'אין עונשין', וכעת יש לבחון את יישומן של כללים אלו על קובץ כל הפסיקות של הקל וחומר בתחום הפלילי (נספח – א) שברובן ככולן לא נעשה שימוש בכלל 'אין עונשין מן הדין'.[852]

תמצית ה'כללים' שהוסקו מפסיקות העליון בסעיף זה, הינה כדלקמן:

א. אין לפסול הלכה הנלמדת בהיקש, עקב הכלל 'אין עונשין מן הדין', בשל מקורה אלא אך ורק בשל דרך היסקה (= מן הדין).

ב. אין להרחיב בדרכי היקש משמעויות של מונחים בתחום הפלילי באופן שיחמירו עם הנאשם, בשל הכלל 'אין עונשין מן הדין'.

---

[851] אין סתירה בין הממצאים הללו לבין הממצאים של סעיף זה.

[852] על פי קביעותיהם הנחרצות של **ח. כהן** ושל **פלר**, פסיקות אלו לא היו צריכות בכלל לבוא לעולם, בשל השימוש בהיקש בתחום הפלילי, מה שמוציא אותם לחלוטין מתחולתו של חוק יסודות המשפט. בסעיף זה, מתווספת טענה נוספת. רוב ההלכות הנלמדות בדרכי ההיקש היו צריכות להידחות על הסף בשל 'אין עונשין מן הדין', מה שלא התרחש, למעט בפסיקה אחת (פסיקה 64).

ג. הכלל 'אין עונשין מן הדין' אינו שולל רק הלכה חדשה בתחום הפלילי הנלמדת בדרכי ההיקש, אלא אף פרשנות תכליתית לחוק ו/או מונח העשויה להחמיר עם הנאשם.

ד. הכלל 'אין עונשין' שולל קריאה דווקאית של החוק בתחום הפלילי, אם אינה מטיבה עם הנאשם.

ה. השימוש בכלל אין 'עונשין מן הדין' בתחום הפלילי שולל שימוש בדרכי הגיון בסתם, בגזרה שווה, ומעניינים לא סבירים.

שני הכללים הבאים **דוחים** את השימוש בכלל 'אין עונשין מן הדין' ואף 'גוברות' עליו:

א. 'שליפת' מקרה ספציפי מתוך לשון החוק הכללית אינה מעשה פרשני המפעיל את 'עונשין מן הדין'.

ב. 'תזת הצבירה' גוברת על 'אין עונשין מן הדין'.

מפאת החומר הרב, אתמקד לצורך הדיון הזה רק בפסיקות העוסקות בתחום העונשין (נספח - ב) ומתוכן רק ב-10 פסיקות העוסקות ביצירת **עבירות חדשות ובהחמרת הענישה**, שני נושאים מובהקים עליהם חל הכלל 'אין עונשין מן הדין' במשפט הישראלי.[853]

פסיקה 32 [854]

סעיף 47(א) לפקודת הראיות קובע כי: "אין אדם חייב למסור ראיה אם יש בה הודיה בעובדה שהיא יסוד מיסודותיה של עבירה שהוא מואשם בה או עשוי להיות מואשם בה".

במקרה דנן מדובר על מסירת מסמך העשוי להיות מפליל שנמצא בידי הנאשם. מדובר על מסמך שנערך על ידי הרשויות והגיע לידי הנאשם. מתודולוגיית הפסיקה היתה כך.

שלב א – קביעה שלפיה סעיף 47 הנ"ל חל גם על מסירת מסמכים המוחזקים בידי אדם. (= "ראיה")

שלב ב' – קביעה משפטית שלפיה "קיימת הבחנה ברורה בין מסמכים אישיים פרטיים, כגון אלה שאדם כתב לעצמו... לבין מסמכים שנערכו על ידי אדם על פי חובה שבדין.

---

[853] שאר הנושאים בנספח ב, עוסקים **בפרוצדורות מנהליות** שעשויה להיות להם השפעה על חומרת הענישה באופן עקיף (9 פסיקות) ובפסיקות העוסקות בזכות הנאשם (11 פסיקות), שאינן נכנסות לדיון 'אין עונשין מן הדין' מלכתחילה.

[854] רע"פ 4574-99 מדינת ישראל נ' ציון לגזיאל.

שלב ג' – "אם על מסמך פרטי ואישי שנערך על ידי הפרט על פי חובה שבדין, לא חל החיסיון, **קל וחומר** שכך הוא לגבי מסמכים שנערכו על ידי הרשויות והגיעו ממנה לפרט".

ניתוח מנגנון הקל וחומר הוא כך:

המלמד – מסמך פרטי שנערך כחובה שבדין.

הלמד – מסמך שנערך על ידי הרשויות והגיע לידי הנאשם.

הקל וחומר – אם על המלמד (הקל) יש החמרה (אין חובת חיסיון), ק"ו, ללמד (החמור) שתהיה בו אותה החומרה (לא תהיה בו חובת חיסיון).

ההכללה – מסמך שנערך על ידי **הרשות קל** תמיד ממסמך שנערך על ידי אדם פרטי לענין חיסיון.

שלב א, שלפיו יש להתייחס למסמך כאל **ראיה**, בהתבסס על לשון החוק תקין משפטית. לית מאן דפליג כי המונח **ראיה**, כולל את כל סוגי הראיות העלולות להפליל את הנאשם. ברם, ההבחנה בין **מסמך פרטי** למסמך של **הרשות**, אינה נובעת מלשון החוק. ההגיון ביסוד הבחנה זו הכרחי מנקודת המבט של בית המשפט כדי ליצור את הקל -וחומר. שכן, בפועל החזיק הנאשם בידו מסמך של הרשות ולא מסמך פרטי. הקושי אינו במנגנון הקל וחומר אלא בהבחנה בין שני סוגי המסמכים המחריגה את המסמך של הרשות שנמצא בידי הנאשם מתחולתו של סעיף 47(א). האפשרות היחידה לבטל תוצאתו של קל וחומר זה הינה באמצעות הכלל 'אין עונשין מן הדין'.

ההבחנה אותה יצר השופט בין שני סוגי המסמכים אינה אלא **פרשנות תכליתית** למונח **ראיה** שבלשון החוק. פרשנות זו מחייבת **את יישומו של הכלל 'אין עונשין מן הדין' על פי כלל ג' לעיל'!**

ברור שהגשת מסמך זה לידי הרשות השופטת יש בה משום פוטנציאל ל'ענישה' ול'הפללה' של הנאשם. אפשר היה לכאורה להציע כאן פרשנות תכליתית הפוכה. תכלית החוק הינה זכותו של הנאשם לא להפליל עצמו. ומה לי מסמך שלו או מסמך של הרשות שאינו בידי הרשות אלא בידיו! הלא במסירתו של המסמך הוא עלול להפליל עצמו! בית המשפט טעה לדעתי בתרתי. **הראשונה**, בהבחנה שלא לצורך בין מסמך אישי למסמך של הרשות, **השנייה**, בכך שהתעלם מ'אין עונשין מן הדין' והכשיר בכך את הקל וחומר שהוא עצמו יצר על בסיס הנחה שגויה

פסיקה 37 [855]

[855] ע"פ 99-111 אנולד שוורץ נ' מדינת ישראל.

כך כותב השופט בעניין ביצוע מיידי של **מאסר:** "אין ספק כי **הכלל** (דגש שלי, ח.ג) הרחב בדבר ביצוע מיידי של עונש המאסר נשען על האינטרס הציבורי באכיפה אפקטיבית של החוק... נדמה כי היבטים אלה של האינטרס הציבורי באכיפה מיידית אינם שנויים במחלוקת. הם נלמדים מדרך **קל וחומר** מדיני המעצר עד תום ההליכים, המאפשרים לשלול את חירותו של אדם הנהנה מחזקת החפות..."

סעיף 44 לחוק העונשין קובע כי: "הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא לצוות שהעונש יתחיל מן התאריך שקבע". **'הכלל'** (בלשון השופט) שנוצר מורה על ביצוע מיידי של המאסר. מדוע? "בשל האינטרס הציבורי באכיפה אפקטיבית". מה אם כן נלמד **בקל וחומר** מדיני מעצר עד תום ההליכים? על פי הניסוח בפסיקה, התשובה הינה: "היבטים אלה של האינטרס הציבורי **באכיפה מיידית**" (הדגש של, ח.ג). כלומר, **מיידיות** האכיפה בעונש **מאסר** נלמדת בקל וחומר מדיני **מעצר** עד תום ההליכים, בשל האינטרס הציבורי הכרוך בכך.

מהו הקל וחומר הנעלם אותו לא ניסח השופט?

אפ' אחת הינה לטעון, כי אם בדיני **מעצר** קיימת אכיפה מיידית, קל וחומר שהיא תתקיים בדיני מאסר! קל וחומר זה שגוי מעיקרו! המלמד (דיני מעצר) חמור מן הלמד (דיני מאסר) בשל העובדה שהנאשם עדיין מחזיק בחזקת חפות. החומרה (מיידיות המעצר) בחמור אינה יכולה להיות מועברת למקרה הקל (מאסר). הנוסחה הנכונה של הקל וחומר הינה: אם קיימת חומרה בקל, ודאי שהיא תהיה בחמור, אולם בקל וחומר זה החומרה הינה בחמור ולא בקל!

במה אם כן דן הקל וחומר הנעלם? האם מתכוון השופט ללמוד רק את עניין **'האינטרס הציבורי'** מדיני מעצר ולא את **'מיידיות האכיפה'?** האם מתכוון השופט לטעון כי אם קיים 'אינטרס ציבורי' במיידיות האכיפה במעצר אזי מקל וחומר הוא יהיה קיים גם במאסר? אפשרות זו קשה יותר מקודמתה, שכן, רכיב זה אינו עניין לקל וחומר אלא ליסוד עובדתי! זאת ועוד, כיצד אפשרות זו תומכת בניסוחו של השופט בדבר הימצאותו של "כלל רחב, בדבר ביצוע מיידי של מאסר"?

הואיל ואין לי דרך לעמוד על כוונת השופט בדבריו אלו, הבה נניח כי המאסר הוא **הלמד** והמעצר הוא **המלמד,** ורכיב משפטי כל שהוא מועבר מן המלמד ללמד בדרך של היקש. היסק זה אמור

להיפסל מדין 'אין עונשין מן הדין'. בפשטות אין ללמוד דבר מדיני מעצר לדיני מאסר, לא בגזרה – שווה, ולא בקל וחומר! היסק זה גם יוצר **הלכה חדשה**, המכונה 'כלל רחב" בפי השופט וגם **החמרה** בעונשו של הנאשם, שאמור להיאסר מיידית בשל כלל זה. לדעתי, זהו מקרה קלאסי של 'אין עונשין מן הדין' משום שאין להסיק מאומה מדיני מעצר לדיני מאסר וכל הניסוחים בסעיפים הרלוונטיים הם בגדר 'הסדר שלילי'!

פסיקה 41 [856]

בדיון על ניירות ערך מוזכרים שני מונחים: **מכירת** נייר ערך מבלי לגלות את שוויו האקטואלי והצגת **מצג שווא** באופן פעיל בדבר מחיר נייר הערך. בפסיקה זו ההנחה היא כי מכירת נייר ערך בתנאים הנ"ל אסורה על פי חוק ויש בה יסוד פלילי, אך לא ברור מה תהיה ההלכה במקרה של מצג שווא. בפסיקה נוצר קל וחומר בין שני המונחים כדלקמן: "... במה דברים אמורים? במכירת נייר ערך בלא לגלות מהו שוויו האקטואלי, ומקל וחומר ניתן ללמוד את האיסור ליצור באופן פעיל מצג שווא בדבר מחיר ניירות הערך".

מעבר לשיקולי חומרא/קולא ומעבר למנגנון החסר בקל וחומר זה, בפשטות, בדיני מניות נלמדת עבירה פלילית של **מצג שווא** מעבירה פלילית אחרת (מכירת מניות בתרמית אי – גילוי מחיר) בדרך של היסק. ההבדל בין שתי 'העבירות' כה שונה עד שאין צורך להיזקק ל'אין עונשין מן הדין' כדי לדחות היסק זה. התרמית **במצג שוא** הינה ברמה התיאורטית (שקר/רמאות) כאשר אין זה בטוח כלל שהיא תמומש. **במכירה** לעומת זאת אין כאן עניין **תיאורטי.** די להבדל זה כדי להטיל ספק בשאלה מי מן העבירות קלה/חמורה יותר, כלומר: האם קיימים כאן יחסי קולא/חומרא בכלל?

כאמור, זה אינו מקומו של דיון זה, ודי לנו בעובדה שמבקשים ליצור **עבירה פלילית חדשה** על בסיס היסק 'הגיוני' **מעבירה פלילית קיימת.** בשל הכלל 'אין עונשין מן הדין' בכל משמעות, יצירת הלכה חדשה זו אינה באפשר.

[856] ע"פ 17-220 נוחי דנקנר נ' מדינת ישראל.

פסיקה 55 [857]

בתיקון מס׳ 14 תשס״ח – 2008 לחוק הנוער נכתב: ״אין להעמיד לדין בשל עבירה שביצע בהיותו קטין אם עברה שנה מיום ביצועה אלא בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה״.

כמעט באותו הנושא, בסעיף 354(ג)(1) לחוק העונשין נכתב: ״בעברות המנויות בסעיף קטן זה, שנעברו בקטין... אם חלפה מיום ביצוע העבירה, התקופה הנקובה לגביה כאמור בסעיף קטן (א) – לא יוגש כתב אישום אלא באישור היועמ״ש״.

על היחס בין שני סעיפים אלו נכתב בפסיקה זו כך: ״הוראת סעיף 14 לחוק הנוער מכילה בחובה, בנסיבות שלפנינו, את הדרישה שבסעיף 354 (ג) (1) לחוק העונשין על דרך של קל וחומר, שכן הוראת סעיף 14 הנ״ל מחייבת ממילא קבלת הסכמה של היועמ״ש להעמדה לדין של אדם בשל עבירה שביצע בהיותו קטין...״.

על אף שהוראת סעיף 14 מדברת על **אי העמדה לדין** בלי אישור היועמ״ש והוראת סעיף 354(ג) (1) מדברת על הגשת כתב אישום, ממילא אי הגשת כתב אישום כלול באי העמדה לדין (= ״מכילה בחובה). המדובר על קל – וחומר מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳ שהוא בעל תוקף רב ביחס לסוגי הקל וחומר האחרים.למרות זאת, אין כאן מקום ליישום ׳אין עונשין מן הדין׳ בשל שתי סיבות:

האחת – תוצאת ההיסק הנ״ל מקלה עם הנאשם ולא מחמירה עמו ומימלא אין מקום לשימוש בכלל ׳אין עונשין מן הדין.

השניה – ׳אין עונשין מן הדין׳ אינו יכול לעמוד מול הגיון ׳ההכלה׳, בסיס התוקף של ׳בכלל מאתיים מנה׳.

[857] ע״פ 7211-13 פלוני נ׳ מדינת ישראל

פסיקה 64 [858]

זוהי הפסיקה היחידה מפסיקות קל וחומר בתחום העונשין (נספח ב׳) שבא מיישם בית המשפט את הכלל ׳אין עונשין מן הדין׳ בפועל. המדינה טוענת כי **ניסיון** לבצע עבירת מקור **בהלבנת הון** כמוהו כעבירת המקור עצמה. שתי דרכים הציעה המדינה ללמוד הלכה חדשה זו.

אפ׳ א – מניסוחו של סעיף 3,4ד לחוק העונשין (כל דין החל על העבירה המושלמת חל גם על הניסיון)

אפ׳ ב – בקל וחומר מפריט 20 לתוספת הראשונה בחוק הלבנת הון, הקובע כי גם קשר לעבור את אחת העבירות המפורטות בתוספת יחשב לעבירת מקור. וזאת מדוע? ״הרציונל בגינו החיל המחוקק את חוק איסור הלבנת הון גם על עבירות קשירת הקשר, שמטבען הן עבירות מרוחקות יחסית מהעבירה הראשית, חל ביתר שאת כאשר מדובר בעבירה הסמוכה לליבת העבירה הראשית כמו עבירת ניסיון.[859]

המערערים דוחים את אפ׳ א לעיל. לדידם, עבירת הניסיון אינה יכולה להיחשב עבירת מקור, משום שאינה מוזכרת בתוספת הראשונה לחוק המונה את עבירות המקור. מכאן שלשיטתם, אדרבא, מדובר כאן על ׳הסדר שלילי׳.

לענייננו, חשובה הדחייה של אפ׳ ב, שאותה קיבל השופט. אין אפשרות ללמוד בהיקש עבירת ניסיון (שאינה כתובה בתוספת) מעבירת קשר (הכתובה בחוק), כי יש בכך כדי ליצור הלכה חדשה הנוגדת את ׳אין עונשין מן הדין׳. איני נזקק לפתוח הדיון אודות הקל וחומר המוצע, משום שבמשפט הישראלי דוחים גם היקש במשמעות של אנאלוגיה (כלל- ה לעיל). הניסוח בפסיקה אף אומר זאת בפירוש: ״... שבדין הפלילי, אין עונשין מן הדין, לא על דרך ההיקש ולא בקל וחומר״.

---

[858] ע״פ 8312-17 ברהמי בנימין נ׳ מדינת ישראל.

[859] זהו ניסיון ברור, לקבוע את יחסי הקולא/חומרא המאפשרים את הקל וחומר, בין **עבירת הניסיון לעבירת המקור.** הניסיון אינו מוצלח במיוחד על אף המילים ׳ביתר שאת׳. אין כאן הצבעה מפורשת על קולא/חומרא של מי מן הצדדים אלא הצבעה על רציונל משותף למלמד וללמד, כאשר על אחד מהם הוא חל **׳ביתר שאת׳.**

ודוק, על **עבירת הניסיון** על פי סעיף 34 ד לחוק העונשין, חל כל דין החל על ביצוע **העבירה הראשית.** כלומר: בדיני עונשין, לעבירות אלו מעמד שווה הנובע מלשון החוק עצמו. היחס הזה, אינו קיים במפורש בחוק הלבנת הון, בין עבירת הקשר לעבירת המקור. המחוקק, ברצותו (בדיני עונשין) משווה בין **עבירת ניסיון לעבירה ראשית**, וברצותו, מתעלם (בחוק הלבנת הון) בין **עבירת הקשר**, הדומה באופייה לעבירת ניסיון, לבין עבירת המקור (הדומה באופייה לעבירה ראשית).

השופט אינו מקבל את טענת המשיבה (המדינה) ומתעלם מן הדמיון הרב הקיים בין **חוק העונשין לחוק הלבנת הון.** לדידו, בחוק הלבנת הון קיים 'הסדר שלילי' ומשכך, גם לימוד בהיקש אינו באפשר בשל 'אין עונשין מן הדין'. לפנינו שילוב קלאסי של שימוש ב'הסדר שלילי' ובכוחו המרסן של ההיקש בדין הפלילי באמצעות 'אין עונשין מן הדין'. צורת היישום של 'אין עונשין מן הדין' בפסיקה זו, ממש טוענת להיווצרותה של **הלכה חדשה**, על אף הדמיון הרב הקיים לדיני עונשין. זוהי צורת היישום העיקרית של הכלל 'אין עונשין מן הדין' בתחום הפלילי.

פסיקה 87 [860]

מדובר על העברת נשק אסורה המלווה בפיקוח מרחוק של הנאשם. סעיף 144 (ב2) לחוק העונשין, הוא הרחבה של סעיף סחר אסור בנשק. על פי סעיף זה כלולים גם את: "... מייצר, מייבא, או מייצא נשק, או הסוחר בו או עושה בו כל עסקה אחרת שיש עמה **מסירת החזקת נשק** (הדגש של ח.ג) לזולתו בין בתמורה בין שלא בתמורה..".

מלשון השופט: "... אין חולק כי העברתם לגורם אחר מהווה מסירת נשק מצידו, קל וחומר כאשר הוא מפקח מרחוק בקרבת מגוריו על הפעולה". לפנינו מקרה בו היסוד העובדתי, מסירת מטעני חבלה, לא הוכח! לדעת השופט, למרות זאת, יש עדיין מקום לעבירה. אמנם לא הוכח כי הנאשם נצפה מוסר מטעני חבלה בעצמו, אבל מספיקה העובדה כי הוא המחזיק והשולט ברכב (יונדאי) ובמטעני החבלה. העברתם לגורם אחר מהווה מסירת נשק מצידו, קל וחומר כאשר הוא מפקח מרחוק על ההעברה. שני יסודות הופכים אותו לאחראי על 'מסירת החזקת הנשק' בלשון החוק.

[860] ע"פ 8959/14 דניאל בן סימון נ' מדינת ישראל.

ראשית, הוא בעל הרכב, שנית, הפקוח מרחוק על המסירה. שני יסודות אלו, הופכים אותו בצוותא **למוסר חזקה**. נראה כי הבעלות לבד על הרכב במקרה דנן, אינה מספיקה לחייבו, שמה רכבו הושאל או נגנב והשימוש בו לא היה על דעתו. בשל כך, נראה כי היסוד השני- **הפקוח מרחוק** על העברת המטענים הוא הפירוש למילות החוק 'מסירת חזקה', ובשלו הוא התחייב בעבירה זו.

מבלי להיזקק לקל וחומר, טיבו ומנגנונו, ברור כי לפנינו מעין 'הלכה חדשה' המחמירה עם הנאשם, שכן 'פקוח מרחוק' אינו חלק מלשון החוק המרחיבה. השופט אינו 'שולף' מקרה נוסף על פי כלל ו' לעיל שאינו מחייב שימוש 'באין עונשין מן הדין'. 'פקוח מרחוק' אינו נכנס לאף אחת מן הקטיגוריות: מייצר, מייבא, מייצא, סוחר, עושה בו כל עסקה, מסירה, ועוד.. זוהי קטיגוריה מובחנת, ובשל כך, בחר השופט לסווגה כעבירה בשל היקש ויהא טיבו אשר יהא. ברם, כאן מקום לשאלה: כיצד נעלם מעיני השופט הכלל 'אין עונשין מן הדין'? גם אם נניח כי 'הפקוח' נכנס למשמעות המונח **'מסירה'**, עדיין הוא מפר בכך את כלל ג' האוסר 'פרשנות תכליתית'! נדמה כי הנאשם במקרה דנן 'לא לכלך' את ידיו בהעברת נשק זו בכוונת מכוון בהכירו את לשון החוק.

פסיקה 89 [861]

כה כתב השופט בפסיקתו:

"גם מי שלא היה מעורב בעסקי סמים צריך לדעת כי בית המשפט לא יטה לו חסד משנתפס לראשונה בעבירה מסוג זה. להיפך, כדי להרתיע אנשים שלא יסתבכו ברשת הסמים, עליהם לדעת מראש מה כבד המחיר שיושת על מי שנסחף ונתפס ברשת זאת, קל וחומר כך לגבי המשיבים 2 ו – 3 אף כי אין להם עבר פלילי בעבירות סם, יש לכל אחד מהם עבר פלילי מכביד."

השופט יוצר הבדל בין שני נאשמים בעבירות סם. האחד – עם עבר פלילי (לא בנושאי סם), והשני ללא עבר פלילי. לדעתו, יש **להחמיר בעונש** של עובר עבירת סם אם יש לו עבר פלילי. ומדוע? בשל קל וחומר!! מבלי להזדקק למבנה ומנגנון הקל וחומר מדובר על החמרה בעונש בשל היקש. מה יכול

[861] בש"פ 3899-95 מדינת ישראל נ' רחאל ג'מאל.

להיות 'ההגיון' בהחמרה זו, שלפיו עברו של אדם מתחום א, שאינו קשור במישרין לתחום ב, ישפיע עליו בתחום ב!!!?

אפשר אולי כתשובה להציע גישה פרשנית מרחיבה כגון: עדות על מסוכנות הנאשם, פוטנציאל החוזה מעבר בעתיד לעבירות סם חמורות יותר, 'צירוף עבירות', ועוד.. תהא הפרשנות אשר תהא, ויהא 'ההיגיון' ההיקשי אשר יהא, מדובר על '**הלכה חדשה**' המחמירה בעונשו של אדם בעבירת סם בשל עברו הפלילי, מה שמנוגד לחלוטין ל'אין עונשין מן הדין. 'הלכה חדשה' זו, יכולה להשפיע על 'מדרג הענישה'. יותר מכך על עונש שונה לשני נאשמים שעברו עבירה זהה אבל לאחד יש עבר פלילי ובשל כך הוא יענש בחומרת יתר!!

פסיקה 148 [862]

בפסיקה זו קבע השופט כי:

> "... אין להתיר מצב בו אדם עושה דין לעצמו ונוקט באלימות כנגד אחרים על מנת לגמול להם על מעשיהם כלפיו, קל וחומר אין לאפשר מצב בו אדם נוקט באלימות קשה ביותר כנגד אנשים אותם הוא כלל לא מכיר ואשר לא עשו לו כל רע".

ההכללה בקל וחומר זה תקבע כי אלימות נגד אדם לא מוכר חמורה מאלימות נגד אדם מוכר. הכללה זו אינה רק מקוממת ערכית אלא היא מעלה תהיות באשר לביסוסה המשפטי. עובדה שבבית משפט קמא טען הנאשם (וחזר בו) טענה הפוכה. די לעובדה זו כדי ל'הוכיח' כי אין כאן 'היגיון' משפטי מחייב המאפשר את קיומו של הקל וחומר הנ"ל. לקביעה זו של השופט יש משמעות משפטית רבה, שכן הוא עשוי להשפיע על 'מדרג העונש'. המלמד בקל וחומר זה באופן סכמטי הוא כל פרטי חוק העונשין העוסקים בענישה בסעיפי הרצח. 'הלכה' חדשה באה לעולם – 'אם הרוצח הכיר את הנרצח, יוחמר עונשו!!! כאן מקום לפוגג 'הלכה חדשה' זו בשל כלל 'אין עונשין מן הדין'

[862] ע"פ 15-485 אלוני נ' מדינת ישראל.

ובהתבסס על הכלל החמישי: שימוש ב'הגיון כלשהו' לצורך היקש בפלילים אסור מדין 'אין עונשין מן הדין'.

פסיקה 203 [863]

ברצח אם את בנותיה "נדרש בית משפט קמא לשאלה, האם על המערערת לרצות את מאסרי העולם באופן חופף או מצטבר? בית המשפט הטעים כי כאשר מדובר במעשי רצח של מספר קרבנות, נוטים בתי המשפט, ככלל, להטיל עונשי מאסר עולם מצטברים כמספר הקרבנות, קל וחומר כאשר עסקינן באמא אשר קיפדה במו ידיה את חייהן של בנותיה, לפיכך השית בית משפט קמא על המערערת שני עונשי מאסר עולם מצטברים".

העליון, הסכים לפסק דינו זה של בית משפט קמא. הקל וחומר המפורש במקרה דנן ובלשון עממית קצרה יטען כך: אם ברצח רגיל מוטלים עונשי מאסר מצטברים כמספר הקרבנות קל וחומר ברצח אם את בנותיה.

המלמד- רצח רגיל.

הלמד – רצח אם את בנותיה.

ההכללה – רצח אם את בנותיה 'חמור' יותר מרצח רגיל.

הקל וחומר בלשון משפטית: אם במקרה הקל (רצח רגיל) קיימת חומרה (מאסר עולם מצטבר) קל וחומר שבחמור (רצח אם את בנותיה) יושתו עונשי מאסר עולם מצטברים.

בית משפט קמא, קבע תחילה כי "לאור הקשר ההדוק בין העבירות אשר נעשו כחלק ממסכת עבריינית אחת, יש לראות בעבירות שביצעה המערערת כאירוע אחד". כלומר: לולא הקל וחומר היתה הנאשמת מרצה עונש מאסר אחד בלבד (חופף) בשל העובדה כי מדובר כאן על 'מסכת עובדתית של מעשה אחד'. הקל-וחומר החמיר בעונשה, וכאן מקום לשאלה האם הקל וחומר תקף מצד עצמו, ומדוע לא נאמר כאן 'אין עונשין מן הדין?

[863] ע"פ 88-84 מדינת ישראל נ' יעקב בן שלום אברג'ל.

באשר לתקפותו של הקל וחומר, ספק אם **ההכללה** הנמצאת בבסיס הגיונו, אכן נכונה תמיד, משום שכל מעשה רצח הוא מעשה העומד בפני עצמו ו'אין עומדים על הדם'. ברם, גם אם הקל וחומר תקף, מדוע לא נפסלה תוצאתו בשל 'אין עונשין מן הדין'? האם ניתן לומר כי מעתה הפסיקה תקבע, שאם הרוצחת את בנותיה יושתו עליה מאסרי עולם מצטברים כמספר הבנות שרצחה? נדמה כי הקל וחומר מיותר והוא לא היה צריך לבוא לעולם, שכן ממילא הכלל הוא שיש להתייחס "לכל המתה כאל מעשה עוולה נפרד, איום ונורא כשלעצמו" (פס' 15 לגזר הדין).

פסיקה 234 [864]

בפסיקה זו דן השופט לנדוי במשמעות התאריכית של סעיף ד לחוק העונשין: "אין עונשין למפרע". המשמעות הרלוונטית לדיוננו – אין ליצור עבירה לפני פרסומה בדין. השאלה הנדונה בפסיקה זו הינה: האם קשירת קשר לעבור עבירה מושלמת שהיא עבירה פלילית יחשב אף הוא לתחילת עבירה ("יום תחילתו" בלשון החוק)?

הטוענת משיבה בחיוב על שאלה זו בלומדה קל וחומר **ממעשה הכנה.** אם **מעשה הכנה** שאינו בר-עונשין מהווה משום **תחילת עבירה** לענין סעיף ד דלעיל, קל וחומר **שקשירת קשר** לעבור עבירה מושלמת שהיא עבירה פלילית תחשב אף היא **לתחילת עבירה.**

אכן, יש כאן קל וחומר 'בר-תוקף', משום ש**מעשה הכנה** הוא **המקרה הקל** (אינו בר-עונשין) **וקשירת הקשר** הוא המקרה החמור. ואם יש חומרא בקל (התייחסות למעשה הכנה כתחילת העבירה) דין הוא שהיא תהיה גם בחמור (בקשירת קשר).[865] כאן מקום לשאלה, מה מידת הדמיון המשפטי שבין **קשירת קשר למעשה הכנה?** לו היתה קיימת זהות מושגית, לא היה צורך בקל וחומר. ברור כי לדעת כולם אין זהות בין המושגים. לפנינו אם כן יצירת **הלכה חדשה** בתחום הפלילי הנלמדת בהיקש. בדיוק לעניין זה נוצר הכלל 'אין עונשין מן הדין' ולכן אין מקום לקל וחומר

[864] הקל וחומר נדחה בשל סיבות אחרות שאינם עניינה של עבודה זו.

[865] מדובר על מדגם מייצג, שכן פסיקות אלו לקוחות מנספח-ב, פסיקות קל וחומר בעונשין. במאגר הגדול (נספח-א) עוד כ-450 פסיקות קל וחומר בפלילי, שבדיקת כולם חורגת מהיקף עבודה זו.

זה. השופט לנדוי שדחה את תוצאת הקל וחומר 'ויתר' על השמוש בכלל 'אין עונשין מן הדין' לטובת בירור עובדתי של המקרה.

ו.7. סכום סעיף ו

סעיף זה. בהתבסס על מעט הפסיקות שבהם יושם הכלל 'אין עונשין מן הדין' בעליון, יצרתי את 'הכללים' לשימוש בכלל. את הכללים הללו ואת אחיהם מפרק ג כיניתי 'תורת אין עונשין מן הדין' במשפט הישראלי. הכללים הללו הרחיבו מאוד את אפשרויות השימוש בכוחו של הכלל במשפט הפלילי. 'דין' לעניין זה כולל את כל שיטות ההיסק, וב'עונשין' לעניין זה נכללים עבירה וענישה, אפילו במעגל ההיסקי המשני הכולל: **קריאה דווקאית, פרשנות תכליתית והרחבת משמעות של מונחים,** אם יש בכך כדי להחמיר עם הנאשם.

מצויד במידע זה חקרתי 10 פסיקות עונשין בתחום הפלילי שבהן נוצרו הלכות בקל וחומר. ברובן המכריע (9 מ -10) לא נעשה שימוש בכלל 'אין עונשין מן הדין' על אף שהן עומדות בכללי תורת 'אין עונשין מן הדין' שנוצרה על ידי שופטי העליון!!!

ז. סכום וממצאים לפרק חמישי.

ז.1. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בדיני עונשין.

ז.1.א. בפסיקות העונשין הכוללים קל וחומר (נספח – ב):

17 פסיקות הפונות אל **החוק** כמקור מלמד.

17 פסיקות הפונות אל **התקדים** כמקור מלמד.

7 פסיקות הפונות אל **'מקורות אחרים'** כמקור מלמד.

ז.1.ב. במקורות הנ"ל, הלימוד הוא בדרך כלל בדרך של **היקש**.

ז.1.ג. נוסח הפניה אל מקורות 'אחרים' בנספח - ב אינה בדרך של היקש אלא בשלל מונחים המרחיבים את תחולת המונח היקש.

ז.1.ד. המערכת המשפטית מאותגרת באופן תמידי בשאלת הערעור בזכות או ברשות והדבר בא לידי ביטוי משמעותי בפסיקות הרבות מסוג 'גלגול שלישי'.

ז.1.ה. כל הקלין וחמורין בפסיקות העונשין הם מסוג 'פשוט' ושלושה בלבד הם מסוג 'בכלל מאתיים מנה'.

ז.1.ו. מספר הפסיקות הגדול ביותר בתחום זה נמצא ב'מדיניות ענישה' שיסודותיה החוקיים נמצאים רובם ככולם בפרק ו לחוק העושין – **'דרכי ענישה'**.

ז.2. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בדיני ראיות.

ז.2.א. בפסיקות אלו (נספח – ג):

16 פסיקות הפונות אל **החוק** כמקור מלמד.

11 פסיקות הפונות אל **התקדים** כמקור מלמד.

4 פסיקות הפונות אל **'מקורות אחרים'** כמקור מלמד.

ז.2.ב. המשותף לכל הפסיקות הללו היא עובדת היותן מסייעות ל'שפיטה' או בדרך של זכות הימנעות מלדון או בזכות ההפוכה.

ז.2.ג. לא מצאתי פסיקות של קל וחומר ה'מאלצות' את בית המשפט לדון בסיטואציות משפטיות או בנושאים כל שהם בתחום דיני הראיות.

ז.2.ד. כל הקלין וחמורין בנספח זה, הם מסוג 'פשוט' למעט מקרה אחד ('בכלל מאתיים מנה').

ז.2.ה. מספר הפסיקות הגדול ביותר בנספח זה מצוי בתחום **הודאות וראיות**, כולן מתבססות על פרק ג בפקודת הראיות.

ז.3. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בחסד"פ.

ז.3.א. בפסיקות אלו (נספח – ד):

18 פסיקות הפונות אל **החוק** כמקור מלמד.

17 פסיקות הפונות אל **התקדים** כמקור מלמד.

16 פסיקות הפונות אל **'מקורות אחרים'** כמקור מלמד.

ז.3.ב. החלוקה בין 'הנהנים' הינה כדלקמן:

המדינה 10 פסיקות.

הנאשם 25 פסיקות.

בית המשפט 7 פסיקות.

ז.3.ג. מספר הפסיקות (בנספח – ג) העוסקות במדיניות ענישה- **בדיני מעצר**, גדול באופן יחסי (19 פסיקות מתוך 53 בקטוגריה זו).

ז.4. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים ברמת המקרו.

ז.4.א. באשר למקורות המלמדים בכלל הנספחים, לא נמצאה העדפה מובהקת כלשהי. שופטי העליון פונים **לחוק ולתקדים** באותה מידה.

ז.4.ב. גם באשר לשאלת 'המוטיבציה', השופטים בעליון עשו שימוש בקל וחומר באותה מידה ל'טובת' הנאשם כמו 'לטובת המדינה'.

ז.4.ד. המקורות 'האחרים' אליהם פנו השופטים בפסיקות הקל וחומר בעונשין הם: עקרון, אין חולק, משפט עברי, דוקטרינה, ברגיל, סמכות מוקנית, מניעות, מושכלות יסוד, נוהג, יועמ"ש, כידוע, הגון, כלל.

ז.4.ה. רוב ככל הקלין וחמורין מסוג 'פשוט' ומיעוטם מסוג 'בכלל מאתיים מנה'.

ז.4.ו. המכנה המשותף לפסיקות 'בכלל מאתיים מנה' מתחום העונשין הוא עובדת היותם בתחום **הפרשני- מילולי.**

ז.4.ז. רק בפסיקה אחת בלבד מתוך כל פסיקות הפלילי נדחה קל וחומר בשל 'אין עונשין מן הדין'. תוצאה סטטיסטית זו מעלה 'מחשבות נוגות' בדבר ההקפדה על קיום ויישום כלל חשוב זה בתחום הפלילי.

ז.5. הלכות ה'גלגול השלישי'.

ז.5.א. מספר הפסיקות מתוך נספח – א של 'גלגול שלישי' בצרוף קל וחומר הוא 56!!

ז.5.ב. שופטי העליון נוהגים לדחות את בקשות הדיון ב'גלגול שלישי' משום שהם מבקשים לדון בעניינים של **מהימנות ועובדות** או בענייני **ענישה**.

ז.5.ג. המונחים מצויים ביותר בתחום זה הינם: הלכת 'חניון חיפה' ו'גלגול שלישי' רובן בבית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור.

ז.5.ד. בפסיקות 'הגלגול השלישי' שופטי העליון זורעים אסמכתאות כדי לשכנע או כדי לייפות היגדים. בכל הניסיונות לזכות ערעור נוספת שרובם נדחו, אף פעם הם לא ניסו לפרוך את הקל וחומר החוזר כמנטרה. השימוש בכל המקרים הללו בקל וחומר מיותר!!!

ז.6. 'איים' – קבוצות פסיקות קל וחומר ייחודיות בתחום הפלילי.

ז.6.א. להלן רשימת הקבוצות הייחודיות שבהן מוצג הקל וחומר. מתברר כי לקבוצות אלו ייחודיות מסוימת.

(1): פסיקות שנוצרו בשל תובנה אפריורית שלפיה הדין האזרחי 'קל' מן הדין הפלילי.

(2): עבירות: אונס, סמים, מעצר ופגיעה בקטין.

(3): פסיקות שנפסקו לאחר חיקוק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(4): פסיקות 'בכלל מאתיים מנה'.

ז.6.ב. בתחום הפלילי, הדין האזרחי מהווה מלמד של הקל וחומר לא רק להלכות חדשות אלא גם לאמירות ולתובנות עקרוניות חדשות.

ז.6.ג. קיימת מגמת החמרה בפסיקות קל וחומר בנושאי סמים שבהן הקל וחומר הוא השושבין הראשי. לא נמצאה אפילו פסיקה אחת שבה הקל וחומר שימש כדי להקל בדינו של המחזיק או המשתמש בסם אסור. אופי השימוש בקל וחומר בפסיקות אלו לא נועד ללימוד הלכה חדשה בהיקש אלא הוא בא להוספת תוקף למגמת ההחמרה.

ז.6.ד. בכל הפסיקות בנושא מעצר הכוללות קל וחומר, הקל וחומר מסייע ליצירת תובנות המקלות עם הנאשם. רק בפסיקה אחת (מס' 299), משמש הקל וחומר להחמרת מצבו של הנאשם בנושא מעצר.

ז.6.ה. העולה מניתוח פסיקות אלו הוא רצונם של השופטים לנהוג זהירות רבה בשלילת חירותו של אדם (מעצר) טרם משפט וביתר שאת לאחר החלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משהתקבעה תפיסה משפטית זו נוצר מעין 'מדרג' עונשי בין הלכות מעצר לבין הלכות אחרות הנמצאות בזיקה עם הלכות המעצר. בשל כך, כל 'קולא' הנמצאת במקרה החמור, קרי: בדיני מעצר טרום משפט, ראוי שתועבר מדין קל וחומר למקרים 'קלים' יותר.

ז.6.ו. השימוש בקל וחומר בנושא 'קטינים' הוא 'תמונת ראי' לשימוש בנושא 'סמים'. כל הפסיקות למעט אחת (מס' 133), באו **להקל** את עונשו של הקטין והם אינם לתפארת המליצה בלבד. אלו הן קלין וחמורין של ממש הכוללות מנגנון, למד ומלמד.

ז.7. סכום ממצאי סעיף ט.

(1): בפסיקות העליון בנושא **סמים**, משמש הקל וחומר ל'תפארת המליצה' בלבד וכל מטרתו הינה לעודד את מגמת ההחמרה בנושא.

(2): בפסיקות העליון בנושא **מעצר**, נוצר הקל וחומר בשל 'המדרג העונשי' אותו יצרו השופטים בפסיקותיהם. המדרג נוצר בשל חששם הכבד של השופטים ממעצרי שווא טרום משפט. בקבוצה זו תובנות עקרוניות והלכות הנלמדים כולם בקל וחומר.

(3) : בפסיקות העליון בנושא **קטינים**, הקלין וחמורין אינם ל'תפארת המליצה' (כמו בסמים) והם נוצרו בשל הזהירות הרבה בה נוהגים השופטים בדיני הקטין. הם לא באו לתמוך במגמת **הקלה**, בדומה למגמת ההחמרה בפסיקות הסמים, משום שהזהירות הנדרשת בדיני קטין אינה עניין אופנתי או חדש.

ז.8. פסיקות קל וחומר לאחר חיקוק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ז.8.א. בכל הפסיקות הללו, הקל וחומר אינו פורמלי ואינו מלמד הלכה או תובנה חדשה בהיקש. הקל וחומר במפסיקות אלו הוא תמיד מעין מטבע לשון שנועדה להוסיף תוקף לפסיקה בזמן כתיבתה, עקב היותה בעידן שבו חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו מככב.

ז.8.ב. הנושאים מן התחום הפלילי אליהם נקשר הקל וחומר בהיקש אל חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, הם : **מעצר, מידתיות, ספק סביר וחזקת החפות.** נושאים אלו מצויים בליבו הפועם של הדין הפלילי.

ז.8.ג. המסר המועבר בפסיקות אלו עקב השימוש בקל וחומר ברור ואקסיומטי. השינוי במצב החוקתי עקב חקיקת חוק יסוד כבוד האדם מוסיף תוקף לדעת השופטים למצב המשפטי בנושאים אלו ביחס למצב שקדם לפני חקיקת החוק. הכוון המשפטי כנ"ל הוא תמיד הקלה נוספת לנאשם. ברם, עיון בספרות המחקרית בנדון, מעלה טענה שלפיה המצב מורכב ואולי הפוך מן העולה בפסיקות. השופטים המשבחים את המצב החדש לאחר חיקוק החוק, מביעים עמדה דווקאית בעשותם שימוש בקל וחומר. הקלין וחמורין הללו הינם 'תמימים' למראה אבל מביעים בפועל עמדה נוקשה ותקפה בנושאים בהם קיימת מחלוקת.

ז.8.ד. לדעת חלק מן השופטים, 'העידן החדש' הוא עידן בו קיימת השפעה גם על מרחב הפרשנות של **החוקים הקיימים ובכללם הרכיבים המרכזיים של הדין הפלילי.**

ז.8.ה. השימוש בקל וחומר בקבוצת פסיקות אלו ('העידן החדש') לא נועד ליצור היקש במצב של לאקונה אלא להדגיש עמדה משפטית בלבד.

ז.9. האם 'אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה?

ז.9.א. מניתוח פסיקות 'אין עונשין מן הדין' עולים הכללים הבאים :

(1): אין לפסול הלכה (מדין 'אין עונשין מן הדין') הנלמדת בהיקש בשל מקורה אלא רק בשל דרך היסיקה.

(2): אין להרחיב באנאלוגיה משמעויות של מונחים בתחום הפלילי באופן שיחמירו עם הנאשם בשל 'אין עונשין מן הדין'.

(3): הכלל 'אין עונשין מן הדין' אינו שולל רק הלכה חדשה בדין הפלילי הנלמדת בדרכי ההיגיון ההיקשי אלא אף **פרשנות תכליתית** למונח, העשויה להחמיר עם הנאשם.

(4): הכלל 'אין עונשין מן הדין' שולל גם קריאה דווקאית של החוק אם אינה מטיבה עם הנאשם.

(5): 'שליפת' מקרה ספציפי מתוך לשון החוק הכללית, אינה מעשה פרשני המפעיל את הכלל 'אין עונשין מן הדין'.

ז.ג.ב. היקשים נדחים בשל 'אין עונשין מן הדין', גם בשל לימוד העונש וגם בשל לימוד העבירה בדרכי ההיקש.

ז.ג.ג. הכלל 'אין עונשין מן הדין' דוחה היסקים היקשיים גם בשל: סתם 'היגיון', 'עניינים לא סבירים' ו'גזרה-שווה'.

ז.ג.ד. על אף שהמערכת המשפטית מדגישה בכל הזדמנות את 'עקרון החוקיות' בכלל ואת 'אין עונשין מן הדין' בפרט, היא לא עמדה בלחץ בפרשת **ניסו שחם** והיא 'דרסה' את הכלל 'אין עונשין מן הדין' בפסיקה תקדימית ומסוכנת המתבססת על דוקטרינה חדשה 'תזת הצבירה'. 'תזת הצבירה' גוברת על 'אין עונשין מן הדין'.

ז.ג.ה. בהתבסס על כללי 'אין עונשין מן הדין' שנוצרו על ידי שופטי העליון בפסיקותיהם עולה כי לא **נעשה שימוש בכלל** דווקא בתחום הפלילי. ברובן המכריע של הפסיקות שנבחנו כמייצגים (9 מתוך 10 פסיקות) היה הכרח משפטי לעשות שימוש בכללים אלו.

פרק שישי - תקציר ממצאי המחקר.

א. סכום וממצאים עיקריים לפרק ראשון-הקל וחומר במשפט העברי.

הקל וחומר במשפט העברי זכה להתייחסות רבה הן בספרות חז״ל והן ב׳ספרות הכללים׳. מחקרים אלו עוסקים במבנהו, בהגיונו, במנגנון פעולתו, ובכללי הגבלה לתוצאתו. בעולם המחקר קיימת הסכמה כמעט מקיר לקיר בהתנגדות לניסיונו של החוקר א. שווארץ לשוות לקל וחומר החזל״י אופי של סילוגיזם אריסטוטאלי מסוג Barbara. אכן, ניתן להראות ללא קושי רב את הייחודיות של הקל וחומר החזל״י בהשוואה לזה האריסטוטאלי, על אף שרכיבים מסוימים, כגון, יסוד ההכללה דומים . ניתן לקבוע אם כן כי קיימת ׳תורת קל וחומר׳ במשפט העברי.

׳תורת הקל וחומר׳ שבמשפט העברי מספקת הגדרות מילוניות מדויקות לקל וחומר, חלקן ארכאיות וקשות להבנה וחלקן מתימטיות ולוגיות פרי המחקר של השנים האחרונות. הקל וחומר שבמשפט העברי עבר שלבי התפתחות הכוללים המשגה ופורמאליזיה. במחקרים האחרונים מנסים חוקרים לעמוד אפילו על רכיביו המיקרוסקופיים כדי לפצח את צפונותיו עד תום. חכמי ישראל בכל הדורות ידעו, הכירו ועשו שימוש מושכל ופורמאלי מאוד בתורה זו. מי שאינו בקיא בתורה זו, במושגיה ובכלליה יתקשה עד מאוד לעמוד על הבנתם של מחלוקות יסוד הכוללות את הקל וחומר כרכיב מרכזי בדיון ההלכתי.

במשפט העברי שלושה סוגים של קל וחומר : הפשוט, המורכב ו׳בכלל מאתיים מנה׳. רוב ככל הקלין וחמורין הם מסוג ׳פשוט׳. סוגי הקל וחומר נבדלים זה מזה בעיקר במנגנון פעולתם, בדרך להשגת ההכללה או ההכלה הנדרשים ליצירת הקל וחומר. מקובל כי הקל וחומר בעל התוקף הגדול ביותר הוא זה מסוג ׳בכלל מאתיים מנה׳. סוגיות נידה ובבא קמא עוסקות בעיקר בקל וחומר המורכב ובהגבלת ׳דיו׳.

קיימת הסכמה מחקרית שלפיה המנגנון של הקל וחומר הפשוט מכיל: הכללה אפריורית, יחסי קולא/חומרא והיסק. זרימת המידע בדרך להיווצרות הקל וחומר מבטאת את מנגנונו. מקובל על

דעת כל המעורבים בתורת הקל וחומר במשפט העברי כי הקל וחומר הפשוט ביסודו אינדוקטיבי בשל החוליה הראשונה שלו במנגנון המבוססת על הכללה אינדוקטיבית בקל וחומר הפשוט, או בשל שתי הקדמותיו בקל וחומר המורכב. עובדת היותו אינדוקטיבי היא זו המאפשרת את פריכתו. רכיביו המוסכמים על כל של הקל וחומר במשפט העברי מקיימים את תנאי הלוגיקה הבסיסית האריסטוטאלית על אף שמהותו הכוללת אינה סילוגיזם אריסטוטאלי כאמור לעיל.

גם 'תורת הפירכות' על הקל וחומר זכתה לעדנה משלה. הפורמאליזציה וההמשגה בתורת הפירכות מעידה על התפתחות והבנת עומק של מנגנון הקל וחומר. הפירכות הקיימות על כל סוגי הקל וחומר נבדלים זה מזה **בנושא** אותו הם פורכים. הפירכות המכונים בשמות שונים יכולים לפרוך כל אחד מחלקיו של הקל וחומר, את תוצאתו, ואפילו את מקורו. קיימת הבחנה בין **כללי פירכה** התוקפים את מנגנון הקל וחומר באופן שהקל וחומר יהיה לא תקף לאחר פריכתו לבין **כללי הגבלה** שאינם תוקפים את מנגנון הקל וחומר אלא את **תוצאתו**.

כלל ההגבלה העיקרי בספרות חז"ל הוא דין 'דיו' שקיבע למעשה את הקל וחומר כהיסק **המשווה** בין הלמד למלמד. המסקנה הנגזרת מכך הינה חשובה - יחסי הקולא / חומרא שבין הלמד למלמד **אינם אלא הסיבה ליצירת היסק משווה ולא ממנף.** ניתן לפרוך גם את **תוצאתו** של קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' בהצבעה על כך שהקל וחומר אינו מייצג את המקרה עליו הוא חל ולא בשל ביטול יסוד **ההכלה** שהוא דידוקטיבי ואינו ניתן להיפרך. כלומר, מצד עצמו, הקל וחומר מסוג זה הינו דידוקטיבי ובשל כך אינו ניתן לפריכה. אולם, הוא בכל זאת ניתן לפריכה אם יוכח כי הוא אינו מייצג את המציאות המשפטית אותה הוא מייצג.

כללי ההגבלה העיקריים עוסקים במקור הדין המלמד. במשפט העברי, ברובד התנאי, הדין המלמד אינו יכול להיות: 'דברי סופרים', הלכה למשה מסיני' ו'מן הדין'. בלשון פוזיטיבית- המקור המלמד יכול להיות רק הלכה מפורשת בתורה או נגזרת ממנה באופן ישיר שלא בשיטות היסק. המצע ליצירת הלכות מחייבות בדין קל וחומר הוא רק פסוקי המקרא. לכלל 'אין מזהירין מן הדין' הוראה שונה. הוראתו היא שאין ללמוד את **העבירה** מן הדין. היוצא מכך, גם **העונש וגם העבירה** אינם יכולים להילמד מן הדין כלומר בקל וחומר. בשיטת הרמב"ם, איסור אזהרה מן הדין כולל גם את

האיסור (=העבירה) וגם את העונש. בשיטת רוב הפרשנים, האזהרה מן הדין אינה קבילה אלא לעניין העניש בלבד.

ב. סכום וממצאים עיקריים לפרק שני-_כיצד זה עובד? ה'קל וחומר' במופעיו במשפט הישראלי – ניסוח, מנגנון, צורות יישום ומאפיינים.

ב.1. כללי

לא קיימת 'תורת קל וחומר' במשפט הישראלי. מערכת המשפט עושה שימוש רב בהיקש ובקל וחומר אך לא קיימת עדות שלפיה היא מודעת למנגנון פעולתו, לחלקיו, ולמבנהו של הקל וחומר. צורת היישום הינה לרוב אינטואיטיבית, מבלי לציין אפילו מיהו הלמד ומיהו המלמד. רעיון ההכללה האפריורית הנמצא בבסיס המנגנון של הקל וחומר אינו מוזכר כלל ואפשר במאמצים מסוימים להסיק מהי ההכללה מתוך אנליזה של דברי השופט. היעדרותה של הפורמאליזציה וההמשגה משימושי הקל וחומר במשפט הישראלי מקשה על פריכתו של הקל וחומר. יותר מכך, המתודולוגיה של הקל וחומר נדחקת הצידה פעמים רבות מפני פרטים משפטיים רבים. ניסיון השופט ליצור פסיקות מנומקות היטב מדלג על לב ליבו של הטיעון קל וחומר, כאשר טיעון זה הוא המרכיב המשפטי המרכזי במתולוגיית הפסיקה של המקרה הנדון. לא מצאתי אפילו מקרה אחד בו מפנה השופט את תשומת לב הקורא למרכזיותו של הקל וחומר בפסיקתו, והוא נבלע בשלל הדוקטרינות, התובנות והכללים. זאת, על אף שהוא מהווה מקור מלמד מרכזי (בנוסף לחוק ולתקדים) על פי חוק יסודות המשפט.

יחסי הקולא / חומרא ההכרחיים ליצירת קל וחומר אינם מוגדרים ברוב ככל היישומים. יחסים אלו נגזרים באופן אינטואיטיבי או מתוך השוואת הדיסציפלינות עליהן מדובר. כך לדוגמה נוצרו קלין וחמורין בין התחום האזרחי לפלילי בשל ההנחה שדיני האזרחי קלים יותר מן הפלילי. המצע בדוגמה זו יצר מדרג הלכתי המזמין את שימושי הקל וחומר, בדומה למדרג העבירות והעונשין בחוק העונשין שאף הוא מהווה טריגר ראשוני ליצירת הקל וחומר. השימוש בהיקש או בקל וחומר אינו סיסטמטי ופעמים הכוונה בהיקש היא לקל וחומר, כוונה המתגלית רק בניתוח הלשוני של ההיסק. בשל כך, התייחסתי בעבודה זו רק לפסיקות בהן מוזכר **הקל וחומר** באופן מפורש.

ב.2. מתודולוגיית השימוש

שתי מתודולוגיות ראויות לציון קיימות בפסיקות העליון העושות שימוש בקל וחומר. **בראשונה** - מניח השופט בתחילת דיונו מבנה אנליטי לפתרון הבעיה המשפטית והוא יוצק לתוכה את תכניו. המבנה 'הקשיח' הזה, מאלץ את השופט לפעמים ליצור טיעונים מאולצים של קל וחומר 'לתפארת המליצה'

בלבד. **בשניה**- השופטים 'בונים' את הלמד והמלמד **בשלבים**. שלא כמו במשפט העברי, מקור המידע המצוי בתוך מנגנון הקל וחומר המהווה את המצע להיסקו כמעט אינו מוגבל והוא יכול להיות: חוקים, תקדימים, פרשנות, או היסק פרשני. בשתי תצורות שימוש אלו שאינן רבות, קיימת מודעות לא מפורשת למרכזיותו של הקל וחומר כרכיב מרכזי לפסיקה והשופט רותם לטובת ההיסק את כל כוחו האנליטי והפרשני. פעמים נוטה השופט **לצורניות ופורמליזם** מוגזמים שבאמצעותם הוא בונה מבנה לוגי, אבל ללא ביסוס לוגי תיאורטי מתאים. ההיסק במקרה זה הוא רק למראית עין, במיוחד כאשר הוא משבץ לתוכו את הקל וחומר. המכנה המשותף לשתי תצורות שימוש אלו הוא הכוונה לשוות לצורת ההיסק צורת **משפך** או **סילוגיזם** המביאים לידי תוצאה הכרחית.

ב.3. מונחים – התפתחות ומודעות.

במשפט העברי ניתן להניח התפתחות ואף לתחום אותה בזמן באמצעות אנליזה לשונית של מונחי הפנייה לקל וחומר . מצב זה אינו קיים במשפט הישראלי. ניתן אולי להניח מודעות מסוימת בשל התלבטות באשר למקור המלמד כאשר שופט כותב לדוגמה: "ואולי על דרך ההיקש / קל וחומר". ברם, זו מודעות אינטואיטיבית חסרת יסודות פורמאליים. לרוב, הביטויים "על דרך קל וחומר" או "אף על דרך של קל וחומר", מעידים על רצון השופט ליתן תוקף לאמירתו / פסיקתו. במקרים פחות מוצלחים השופטים עושים שימוש במונחים היסקיים הלקוחים מן המשפט העברי כמו: גזרה -שווה, היקש ובניין אב, מבלי לציין או להסביר מדוע נבחר מונח זה דווקא. עיקר החילופים מתבצע בין גזרה-שווה לבין היקש, מונחים כל כך שונים במשפט העברי. עם זאת, כאשר השופט כותב "על דרך של קל וחומר" תמיד הוא יתכוון להיסק אמיתי ותקף (בעיניו) ולא למליצה בעלמא.

ב.4. קולא / חומרא, הכללה והכלה.

יחסי הקולא/חומרא המשמשים כטריגר לביצוע פעולת הדין מנוסחים לרוב, כדי להוות מעין מבחן משפטי הנועד לברר את קיומו העקרוני של הקל וחומר ולא כדי לבחון את תוקפו. פעמים מנוסחים יחסי קולא/חומרא בין ישויות משפטיות כדי ליצור מדרג משפטי, 'המזמין' בתורו את הקל וחומר לבחינת האינטראקציה ביניהם. שתי צורות שימוש אלו באות להצדיק את קיומו של הקל וחומר אולם אין בהן די כדי שניתן יהיה לפורכו על פיהן.

באשר לרכיבים המתולוגיים **הכלה והכללה** קיימת התייחסות שונה בפסיקה. מושג **ההכללה**, על אף היותו רכיב חיוני להגדרת הקל וחומר הפשוט, אינו מומשג בפסיקות, ובחלק מן המקרים, ספק אם הוא קיים אפילו במישור התודעתי. מציאות זו אילצה אותי ליצור ולנסח בעצמי הכללות למרבית הפסיקות שנדונו בעבודה זו כדי שניתן יהיה להתייחס לרמת תקפותו של הקל וחומר הנדון. מובן, שניסוחיי אינם אלא השערה לכוונת השופטים בהעדר מידע נוסף בפסיקות.

מושג **ההכלה** המהווה רכיב חיוני בהגדרת הקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' הוא מושג אבסטרקטי ושנוי במחלוקת. השימוש במונח 'בכלל מאתיים מנה' כקל וחומר דידוקטיבי יוצר במשתמע **למד הכלול במלמד**. למשמעות זו קיימת מודעות אצל מעט השופטים שהשתמשו בסוג זה של קל וחומר וניתן אף לזהות מתוך דבריהן מה כלול במה. עם זאת, נמצאו שני ממצאים בהקשר זה. **האחד**- קיים בלבול בין יחסי הכלה **שבמציאות** לבין יחסי הכלה ש**בהלכה**, המהווים יחסים בין **מושגים. השניה**- שימוש במונח 'בכלל מאתיים מנה' לא בהקשר של קל וחומר אלא במשמעות של 'השלם כולל את חלקיו'. זוהי תופעה רווחת גם בהקשר של מונחים אחרים מן המשפט העברי שמוצאים עצמם בתפקיד 'חדש' במשפט הישראלי.

ב.5. סוגי הקל וחומר.

רוב ככל הקלין וחמורין במשפט הישראלי הם מן הסוג – פשוט, מיעוטן מסוג 'בכלל מאתיים מנה', וקל וחומר מורכב לא קיים כלל באופן מפורש. ניתן למצוא 'ניצנים' להתפתחות הקל וחומר המורכב במשפט הישראלי במקרים בהם ניתן למצא שלושה נתונים, מה שיכול להעיד על קל וחומר מורכב. ברם, אנאליזה של קלין וחמורין אלו העלתה כי נתון אחד מיותר ולמעשה מדובר על קל וחומר פשוט. התובנה מן המשפט העברי שלפיה ניתן ליצור את ההכללה בהתבסס על שתי הלכות קיימות לא חדרה עדיין למשפט הישראלי. ברי לכל שופט במערכת המשפט הישראלי, כי קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' המבוסס על יחסי **הכלה** הינו בעל תוקף גדול יותר מקל וחומר פשוט. לפעמים יוצאים השופטים ידי חובת שני הסוגים, והם מצביעים גם על יחסי **קולא/חומרא** וגם על **יחסי הכלה**, בבחינת 'זו וגם זו'.

השימוש במונח 'בכלל מאתיים מנה' נפוץ בהקשרים רבים, לאו דווקא ליצירת קל וחומר מסוג זה, ולרוב כתחליף לביטוי "השלם טומן בחובו את חלקיו". התובנה שלפיה לא ניתן לפרוך קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' אך ניתן לפרוך את ההנחה שזה אכן טיבו, מוכרת בפסיקה הישראלית. אכן, מצאתי בפסיקת

העליון פירכא על קל וחומר מסוג זה (המתבססת על מחקרי הקודם). תובנת הפירכא על קל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה' 'טוענת' כך: כאשר יחסי הכלה נובעים מהיבטים כמותיים, לשוניים, או איכותיים, הם לא יהיו בעלי תוקף כאשר הם 'יתנגשו' עם המציאות, ובניסוח אחר- 'צורה' אינה עומדת מול 'מהות'!

מצאתי כי במשפט הישראלי משמש הביטוי 'בכלל מאתיים מנה' מעבר למשמעותו כקל וחומר, גם **ככלל פרשני**, באחד משתי התצורות הבאות: **האחת** – פירוש החוק באמצעות הכלל, כלומר: זיהוי סעיפי חוק משניים כנובעים מתוך סעיפים ראשיים על כל המשתמע מכך לצורך הפסיקה. זאת, על אף שהמחוקק אינו כותב ואינו רומז לכך. **השניה** – הצבת הביטוי כתשתית שיפוטית ראשונית ובסיסית בתוך המתודולוגיה השיפוטית. זהו רעיון משלים לרעיון 'המשפך' או הסילוגיזם. הביטוי 'בכלל מאתיים מנה' יוצר את המבנה הפסיקתי ולתוכו משבצים חלקים נוספים היוצרים שלמות פסיקתית בעלת תוקף.

ג. סכום וממצאים עיקריים לפרק שלישי - פירכות והגבלות על ה'קל וחומר' במשפט הישראלי.

ג.1. תורת הפרכות במשפט הישראלי.

כפי שלא קיימת 'תורת' קל וחומר במשפט הישראלי כך לא קיימת 'תורת' פירכות בקל וחומר הישראלי. ההיגיון המשמש את יצירת הקל וחומר הוא אותו היגיון המשמש את פירכתו. הוא אינו פורמלי כפי שזה קיים במשפט העברי אלא אוניברסלי, פרשני, אישי, תלוי מקרה, וכדומה. מספרית, ניסיונות פירכא על קל וחומר אפילו לא בדרך הפורמאלית מועטים ביותר.

מצאתי פסיקה אחת שבה השופט, כתב כי הקל וחומר אותו יצר לא ניתן לפריכא בשל הגיונו הרב. בחינת המקרה הזה על ידי, בדרך של ניסיון להעמדת פירכות דמיוניות מסוגים שונים לא צלח, ואכן הקל וחומר עמד ב'סופיותו'. אולם, אין לקבוע כללים בנדון, שכן כל קל וחומר בהגדרה ניתן לפריכא אם היא תמצא, וכאמור לעיל אפילו בקל וחומר מסוג 'בכלל מאתיים מנה'.

בתורת הפירכות שבמשפט העברי ראינו כי קיימים סוגי פירכות שונות הקוראות תיגר על המנגנון ו/או על התוצאה. ההבדל שבין סוגי הפירכות הקיים במשפט העברי מעיד על הבנה עמוקה של מנגנון הפעולה, וכינויי הפירכות בכינויים מתאימים אף מחזק את 'תורת הפירכות'. דבר מכל אלו לא קיים במשפט הישראלי, ולכל היותר מי מן הצדדים יכול לומר בלשון לאקונית כי הוא אינו מקבל את הקל וחומר בשל הגיונו הלקוי.

גם הניסיונות ליצור מעין כללים ליצירת היקש תקף מסוג קל וחומר , וכתוצאה מכך כללים לפירכות על הקל וחומר אינם 'מחזיקים מים'. על אף הנחרצות, הניסוחים המלוטשים, וכושר השכנוע הרב של שופטי העליון, בסופו של דבר 'כללים' אלו נכנסים לנעליהן של אחת מסוגי הפירכות הקיימות במשפט העברי גם מבלי לכנותן בשם כלל. ברם, במשפט הישראלי, יצירה חדשה, פירכה המבוססת על ה'תכלית' של החוק. ניתן להתייחס לפירכת 'תכלית' בשני אופנים שונים. באפשרות הראשונה התכלית בעלת עוצמה משפטית הגוברת על תוצאת קל וחומר תקף, אולם היא מותירה אותו בתקפותו ומבטלת את תוצאתו. באפשרות השנייה, 'התכלית' נכנסת לנעליה של אחת מסוגי הפירכות במשפט העברי ומבטלת את תקפותו של הקל וחומר ולכן, אין משמעות לתוצאתו. הבחירה באחת מן האפשרויות תלויית מקרה, כל מקרה לגופו.

יסוד ה'מינוף' המהווה מניע מרכזי ליצירת 'דיו' במשפט העברי קיים גם במשפט הישראלי. בדוגמה שנחקרה מצאתי כי החשש מכוחו של המינוף הפוטנציאלי- העתידי, מנע את קבלתו של קל וחומר קיים שלא עשה שימוש ביסוד המינוף. זהו חידוש ב'תורת הפירכות' במשפט הישראלי - ביטול תוצאת קל וחומר תקף בשל החשש שהגיונו ישמש בעתיד ליצירת קל וחומר ממנף ש'סופו מי ישורנו'. יסוד המינוף במשפט העברי, נבלם על ידי 'דיו', אולם ה'דיו' לא נכנס כלל לפעולה אם הקל וחומר משווה.

ג.2. הגבלת 'דיו'

צורת היישום של הכלל המגביל את תוצאת הקל וחומר המכונה במשפט העברי 'דיו', נמצאה רק פעם אחת, בפסיקת שופטת השלום (כתוארה אז), פנינה נויבירט. יש יסוד להניח כי הכלל 'דיו' נתפס בעיני שופטי ישראל כתובנה יסודית קמאית בעלת שורשים אוניברסליים ולא כדרשה פרטיקולרית מתוך המשפט העברי. טיעון דומה הושמע על ידי חוקר הקל וחומר א. שוורץ ביחס לקל וחומר החזל"י. זאת ועוד, יש להניח כי חלק משופטי ישראל המודעים לקל וחומר ול'דיו', הניחו גם את קיומו של המושג 'דיו דאיפריד', כלומר, קבלת דין 'דיו' פעמים שהיא פורכת את הקל וחומר.

במרבית המקרים, נראה כי שופטי ישראל מניחים מראש כי היסק הקל וחומר חייב להיות משווה בתוצאתו ובכך מתייתר הצורך בשימוש בדין 'דיו'. תוצאה זו הינה כמעט המשך ישיר של מחקרי במשפט העברי בו נמצאו מקרים מעטים ביותר לשימוש בדין 'דיו' כמגביל את כוחו של הקל וחומר הממנף. ההסבר שנתתי לכך במשפט העברי הוא מעין הסבר 'היסטורי'. לאחר שהתברר כי דין 'דיו' גובר על תוצאת המינוף, לא נוצרו יותר קלין וחמורין ממנפים בשל החשש מפני כוחו המגביל של דין 'דיו'. אפשר שתובנה היסטורית זו קיבעה את ההבנה שלפיה הקל וחומר בסופו של דבר אינו אלא היסק משווה ויסודות הקולא / חומרא אינם אלא הטריגר ליצירת ההיסק המשווה.

החידוש הגדול ביותר בחקר סעיף זה מעלה כי במשפט הישראלי עושים שימוש בהגבלת 'דיו' גם כאשר מתודולוגיית ההיסק אינה קל- וחומר. השימוש המושאל ב'דיו' הרחיק אותו מצורת שימושו

המקורית אבל הותיר על כנו את תוצאתו, כלומר: להשוות את הדין בין הלמד למלמד ויהא מקור ההיסק אשר יהא. צורת השימוש ב'דיו' ככלל משווה בין למד למלמד מתגלה במשפט הישראלי במקרים רבים, גם כאשר ההיסק עצמו, קרי: קל וחומר, אינו מנוסח ואפילו אינו נרמז. נראה כי הכלל המשווה את הדין בין הלמד למלמד חזק אף משיטת ההיסק עצמה היוצרת את הדין. יותר מכך, נמצא ניסיון אחד בבית המשפט המחוזי ליצור זהות בין 'דיו' לבין עקרון השוויון!

ג.3. 'עקרון החוקיות' ואין עונשין / מזהירין מן הדין.

השימוש בכללים: 'אין עונשין מן הדין', 'אין מזהירין מן הדין' ו'אין עונשין אלא אם מזהירין' רווח במשפט הישראלי, במשמעות שונה מאוד ממשמעותן במשפט העברי. הפרשנות לכללים אלו המצוטטים לרוב ממקורן במשפט העברי הורחבה מאוד והיא כוללת את האיסור ללמוד 'עונש' וגם 'עבירה' בכל שיטות ההיסק במשפט הפלילי. המילה 'דין' שבכלל 'אין עונשין' מפורשת (בדומה לשיטת הרמב"ם) ככלל שיטות ההיסק, כגון: אנאלוגיה, גזירה- שווה, היקש ועוד. קיימת התייחסות גם לפילולוגיה של המילה עונשין, בכך שמחילים את הכלל רק כאשר מדובר על עונש, מה שיוצר סוגיות משפטיות חדשות כגון: האם הסגרה נחשבת כעונש?

השופטת ביניש 'עשתה סדר' בעניין הכללים הנ"ל ונגזרותיהם במשפט הישראלי באופן הבא: מן הכלל 'אין עונשין אלא אם כן מזהירין' נלמד 'עקרון החוקיות' בפלילים ומעקרון זה נגזר ונוסח סעיף 34 כא לחוק העונשין, מה שמכונה 'כלל הפירוש המקל' עם הנאשם בתחום הפלילי. 'עקרון החוקיות' בפלילים נוצר בפסיקת העליון טרם עוגן בסעיפים 1,3 בחוק העונשין הישראלי.

קיים 'בלבול' בין שופטי ישראל בין ציטוט הכלל 'אין עונשין' לבין 'אין מזהירין'. לרוב מצוטט הכלל 'אין עונשין' על אף שהם מתכוונים ל'עקרון החוקיות' המזוהה עם 'אין מזהירין'. פסק הדין של השופט ח. כהן (רוס) כלל בתוכו התייחסות לשימוש בכלל 'אין עונשין מן הדין' באופן רחב מאוד הכולל את כל שיטות ההיסק. הציטוט מפסק דין **רוס** הפך להיות 'תורה למשה מסיני' בכל המקרים הרלוונטיים בפסיקה. פסיקות 'אין עונשין מן הדין' מהוות נדבך חשוב לפסיקות בתחום הפלילי ובשל כך הרחבתי את החקירה אודותיהם ותוצאותיה תוצג בהמשך בסעיף נפרד בחקירת הקל וחומר בתחום הפלילי.

בית המשפט הישראלי, תוך התבססות על לשון הכלל ופירושיו הרחיב את תחולתו על שני 'מקרים' נוספים: עונש על תנאי (שאף הוא יקרא עונש), ומעשה הנחשב עבירה במדינה אחרת (שאינו יכול לשמש מקור מלמד). זאת ועוד, על אף ש'חוק יסודות המשפט' מפנה במקרה של לאקונה גם אל היקש (=קל וחומר), בית המשפט מרשיע תמיד בהתבסס על סעיף מסעיפי חוק העונשין. כלומר: 'אין עונשין מן הדין' גובר על יסוד 'ההיקש' שבחוק יסודות המשפט.

ד. סכום וממצאים עיקריים לפרק רביעי - הסביבה השיפוטית בה פועל הקל וחומר

ד.1. חוק יסודות המשפט.

השופט ברק בפרשנותו למילה 'היקש' שבחוק יסודות המשפט קובע כי זה אינו מקור משפטי רביעי, בדומה לחוק, תקדים ועקרונות מורשת ישראל. לדידו, מדובר רק על שלושה מקורות. **ההיקש** הוא הכלי באמצעותו נלמדת ההלכה החדשה משני המקורות הראשונים. לשיטתו, מתודולוגיות ההיקש בעצמו, כלומר; מנגנון הפעולה, ההיגיון, צורת השימוש, וכו' אינם יכולים להילמד מן '**המשפט העברי'. מסקנה זו לאור תוצאות המחקר גם שגויה וגם מצערת.** ראינו לאורך כל פרקי המחקר כי 'תורת הקל וחומר 'במשפט העברי יכולה להיות לעזר רב לאחותה שטרם נוצרה במשפט הישראלי. גם אם הלימוד יהיה סלקטיבי בשל סיבות התפתחותיות או אחרות, עדיין יש מקום לינוק מן השורשים של חוכמת עם ישראל שאין בינה ובין עניינים 'דתיים' דבר וחצי דבר.

ברק, ש'טחן עד דק' כל מילה **בחוק יסודות המשפט**, לא הזכיר אפילו ברמז את קיומה של 'תורת היקש' במשפט העברי שהיתה עשויה להיות לעזר לשופטי ישראל. במקום זאת הוא יצר 'תורת היקש' חדשה, של המשפט הישראלי, שבה ה'כוכב' הראשי הוא **התכלית**. משתמע מדברי ברק כי הפרשנות שלפיה החוק הישראלי **התיר** לעשות שימוש בהיקש, מה שהיה **אסור** לשופטי ישראל טרם ביטול **של סעיף 46 לדבר המלך ומועצתו,** מקובלת על כל שופטי העליון. אכן, דברים מוזרים ומקוממים, משל היה אומר כי הותר לשופטי ישראל לעשות שימוש בשכלם רק לאחר ביטול סעיף 46 לדבר המלך ומועצתו.

ב'תורת ההיקש' אותה ניסח ברק בקפידה, יש חובה **בדמיון** בין שתי מערכות עובדות כדי ליצור היקש, ובחינת הדמיון מתבצעת באמצעות מבחן **התכלית**. 'האלגוריתם' אותו יצר אינו מקובל על כל שופטי ישראל. הוא קבע, כי בשיטת המשפט הישראלי רשאים שופטי ישראל ליצור היקש מדין, הלכה פסוקה ואף ממנהג. ההיקש העדיף הוא ההיקש שיתקבל מן ההוראה הדומה ביותר. 'תורת ההיקש' אותה ניסח אהרון ברק, אינה מתיימרת להיות רק פרשנות למילה היקש **שבחוק יסודות** אלא 'תורה שלימה'.

בשיטת המשפט הישראלי, **היקש** כולל את כל מידות הדרש שבמשפט העברי. המונח מהווה מעין מילת קוד, ללימוד דין אחד ממשנהו גם בתחום הפרשני. זו הסיבה שבהרבה פסיקות 'משורבבות' שמות של מידות דרש שונות כמו: גזרה-שווה, בנין אב, קל וחומר וכו, כולן תחת חסות **ההיקש**. ברק, מתעלם לחלוטין מן המקור הרביעי **בחוק יסודות המשפט** כלומר עקרונות במורשת ישראל, כמענה לחסרון השלישי, אותו הוא מנה (אם לא קיים דין שממנו ניתן להקיש).

ברק, ניסח והדגים את הצד הפורמלי והלוגי של **ההיקש** בכלל ושל **הקל וחומר** בפרט, באמצעות כלי היסק האוניברסליים (אינדוקציה, דדוקציה ואנלוגיה). לב המנגנון דומה למנגנון שהגיונו אוניברסלי. גם אם נקבל את 'תורת ההיקש' שלו, עדיין אין בתורה זו ביסוס תיאורטי לפריכת ההיקש/קל-וחומר. אין 'תורת פירכות' להיקש במשפט הישראלי, מסקנה הנתמכת עד כה בבחינת עשרות פס"ד של העליון.

מקובל על שופטי העליון כי הוראות **חוק יסודות המשפט** אינן חלות על התחום הפלילי בהסתייגויות מסוימות. אנליזה של דברי שלושת שופטי העליון שדנו בעניין מעלה כי: היקש פרשני מותר בתחום הפלילי ומה שאסור הוא רק קביעת **נורמה** הלכתית חדשה שאינה כתובה בחוק. במקרה של חסר (דעת א. ברק) במשפט פלילי או בחריגים, **יש מקום** להשתמש בהיקש למילוי החסר. **חוק יסודות המשפט,** אינו עוסק בפלילים משום שבתחום הפלילי, לרוב, אין מדובר על **חסר** אלא על **הסדר שלילי** ומשכך, אין לפנות אליו כלל. המציאות כפי שתוצג בחקר הקל וחומר במשפט הפלילי נוגדת לחלוטין דעה מקובלת זו.

ד.2. תכלית והיקש

במשפט הישראלי, **התכלית** עוטפת את ההיקש משני קצותיו בציר הזמן. היא משמשת כאחד מן המבחנים לקביעה האם לפנינו **חסר** או **הסדר שלישי** מצד אחד, והיא ניצבת מול תוצאת ההיקש גם אם הוא בוצע כהלכה, מן הצד השני. אין מחלוקת בין שופטי ישראל בדבר כוחה של **התכלית** לדחות את תוצאת ההיקש, אבל קיימת מחלוקת באשר להיותה מן המבחנים במתן תשובה האם לפנינו **חסר** או **הסדר שלילי.** תוצאה זו הינה מהשפעותיו הרבות של א. ברק על מערכת המשפט הישראלית.

הניסוח הנגטיבי של ברק לחסר המחייב השלמה, מעט אמורפי. עדיף על פניו ניסוח פוזיטיבי כגון: ההסדר החוקתי הקיים שלם ואינו זועק להשלמה בשל ההסדר החוקתי החדש המוצע. להוכחת החסר עושים השופטים שימוש בשלל מקורות כגון: לשון החוק, התכלית הדיונית שביסודו, תכלית כללי סמכות, ועוד. כתוצאה מן הדיון הרב בנושא התכליות נוצרו אפילו מונחים יחסיים כמו: 'תכלית' בסתם, ו'תכלית על'.

יישום הכלל של א. ברק בעניין **החסר** לצורכי היקש, הינו יישום מורכב ורב שלבים. פעמים, לצורך בחינת **התכלית** בוחנים את איכות הקשר המשפטי בית תכלית **המלמד** לתכלית **הלמד.** כדי **לשלול** חסר, מספיק לבחון את תכלית המלמד תחת הגדרת החסר של א. ברק. אם רוצים לבחון האם לפנינו חסר המחייב היקש צריך לבחון תכלית כפולה, של המלמד ושל הלמד ואת טיב הקשר המשפטי שביניהם. פעמים, איזון תכליות רבות והגעה למסקנה בדבר התכלית המרכזית יוצר הלכה למעשה פירכא על ההיקש הנמצא בבסיס הדיון. מסקנות משפטיות הנובעות מהגדרות בחוק ו/או בפסיקה 'כורעות ברך' בפני **התכלית.** אולם, גם חשיפת התכלית מן החוק בהתבסס על שלל האפשרויות לעשות זאת, נמצאת לפעמים בעצמה במחלוקת משפטית. הכרעה בין תכליות נוגדות זו לזו וקביעת התכלית הנכונה, קובעת את כוון הפסיקה למעשה.

ד.3. מעגלי השפעה חיצוניים על ההיקש

חוק יסודות המשפט עוסק רק **בהיקש משלים** אליבא דאהרון ברק, והוא יהיה אסור בתחום הפלילי. בשל כך, ערכים ונורמות אינם מושלמים בדרכי היקש והם אינם יכולים לשמש כ**מלמד** בהיקש, כיוון שחוסר הגדרתם ומובנם האבסטרקטי אינו מוגדר כחסר אליבא דאהרון ברק.

תופעה משפטית נוספת שהתגלתה במחקר זה הינה שכאשר מבקשים השופטים לאמץ הגדרה מפסיקה אחרת הם משתמשים במונח היקש. ההיקש הוא הכלי המרכזי להשלמת הגדרות חסרות. צורת שימוש זה במונח רחוקה מאוד מן המשמעות המשפטית שלו. זאת ועוד, בחינת היחס בין ההיקש לבין עקרונות/כללים מעלה כי במרבית ככל הפסיקות שבדקתי, משמש מונח ההיקש להעברת עקרונות/כללים מתחום לתחום או מהלכה להלכה. המונח היקש הפך להיות המונח המרכזי שבאמצעותו מאמצים השופטים הגדרות, עקרונות וכללים מתחום לתחום.

המדרג הוא הסביבה הטבעית הלוגית של ההיקש משום שחלקיו יוצרים בינם לבין עצמם יחסי קולא/חומרא המזמינים באופן טבעי שימוש בלוגיקת הקל וחומר. השפה המשפטית לבחינת מקומו של ערך או נורמה בתוך המדרג הינה אף היא שפת ההיקש והקל וחומר. צורות יישום אלו של המונח היקש אינן חייבות ואינן מצביעות על מידת הדמיון שבין הצדדים המוקשים כדרישת א. ברק.

ה. סכום וממצאים לפרק חמישי – הקל וחומר במשפט הפלילי.

ה.1. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בדיני עונשין.

בפסיקות העונשין הכוללים קל וחומר (נספח – ב): 17 פסיקות הפונות אל **החוק** כמקור מלמד. 17 פסיקות הפונות אל **התקדים** כמקור מלמד. 7 פסיקות הפונות אל **'מקורות אחרים'** כמקור מלמד. במקורות הנ"ל, הלימוד הוא בדרך כלל בדרך של **היקש**. נוסח הפניה אל מקורות 'אחרים' בנספח - ב אינה בדרך של היקש אלא בשלל מונחים המרחיבים את תחולת המונח היקש. המערכת המשפטית מאותגרת באופן תמידי בשאלת הערעור בזכות או ברשות והדבר בא לידי ביטוי משמעותי בפסיקות הרבות מסוג 'גלגול שלישי'.

כל הקלין וחמורין בפסיקות העונשין הם מסוג 'פשוט' ושלושה בלבד הם מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. מספר הפסיקות הגדול ביותר בתחום זה נמצא ב'מדיניות ענישה' שיסודותיה החוקיים נמצאים רובם ככולם בפרק ו לחוק העושין – **דרכי ענישה**.

ה.2. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בדיני ראיות.

בפסיקות אלו (נספח – ג): 16 פסיקות הפונות אל **החוק** כמקור מלמד. 11 פסיקות הפונות אל **התקדים** כמקור מלמד. 4 פסיקות הפונות אל **'מקורות אחרים'** כמקור מלמד. המשותף לכל הפסיקות הללו היא עובדת היותן מסייעות ל'שפיטה' או בדרך של זכות הימנעות מלדון או בזכות ההפוכה. לא מצאתי פסיקות של קל וחומר ה'מאלצות' את בית המשפט לדון בסיטואציות משפטיות או בנושאים כל שהם בתחום דיני הראיות.

כל הקלין וחמורין בנספח זה, הם מסוג 'פשוט' למעט מקרה אחד ('בכלל מאתיים מנה'). מספר הפסיקות הגדול ביותר בנספח זה מצוי בתחום **הודאות וראיות**, כולן מתבססות על פרק ג בפקודת הראיות.

ה.3. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים בחסד"פ.

בפסיקות אלו (נספח – ד): 18 פסיקות הפונות אל **החוק** כמקור מלמד. 17 פסיקות הפונות אל **התקדים** כמקור מלמד. 16 פסיקות הפונות אל **'מקורות אחרים'** כמקור מלמד. החלוקה בין 'הנהנים' הינה כדלקמן: המדינה 10 פסיקות. הנאשם 25 פסיקות. בית המשפט 7 פסיקות. מספר הפסיקות (בנספח – ג) העוסקות במדיניות ענישה- **בדיני מעצר**, גדול באופן יחסי (19 פסיקות מתוך 53 בקטוגריה זו).

ה.4. היבטים כמותיים / סטטיסטיים- ממצאים ברמת המקרו.

באשר למקורות המלמדים בכלל הנספחים, לא נמצאה העדפה מובהקת כלשהי. שופטי העליון פונים **לחוק ולתקדים** באותה מידה. גם באשר לשאלת 'המוטיבציה', השופטים בעליון עשו שימוש בקל וחומר באותה מידה ל'טובת' הנאשם כמו 'לטובת המדינה'. המקורות 'האחרים' אליהם פנו השופטים בפסיקות הקל וחומר בעונשין הם: עקרון, אין חולק, משפט עברי, דוקטרינה, ברגיל, סמכות מוקנית, מניעות, מושכלות יסוד, נוהג, יועמ"ש, כידוע, הגון, כלל.

רוב ככל הקלין וחמורין גם בתחום הפלילי הם מסוג 'פשוט' ומיעוטם מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. המכנה המשותף לפסיקות 'בכלל מאתיים מנה' מתחום העונשין הוא עובדת היותם בתחום **הפרשני- מילולי**. רק בפסיקה אחת בלבד מתוך כל פסיקות הפלילי נדחה קל וחומר בשל 'אין עונשין מן הדין'. תוצאה סטטיסטית זו מעלה 'מחשבות נוגות' בדבר ההקפדה על קיום ויישום כלל חשוב זה בתחום הפלילי.

ה.5. הלכות ה'גלגול השלישי'.

מספר הפסיקות מתוך נספח – א של 'גלגול שלישי' בצרוף קל וחומר הוא 56!! שופטי העליון נוהגים לדחות את בקשות הדיון ב'גלגול שלישי' משום שהם מבקשים להימנע מלדון בעניינים של **מהימנות ועובדות** או בענייני **ענישה**. המונחים המצויים ביותר בתחום זה הינם: הלכת 'חניון חיפה' ו'גלגול שלישי' רובן בבית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור.

בפסיקות 'הגלגול השלישי' שופטי העליון זורעים אסמכתאות כדי לשכנע או כדי לייפות היגדים. בכל הניסיונות לזכות ערעור נוספת שרובם נדחו, אף פעם הם לא ניסו לפרוך את הקל וחומר החוזר כמנטרה. **השימוש בכל המקרים הללו בקל וחומר מיותר!!!**

ה.6. 'איים' – קבוצות פסיקות קל וחומר ייחודיות בתחום הפלילי.

להלן רשימת הקבוצות הייחודיות שבהן מוצג הקל וחומר. מתברר כי לקבוצות אלו ייחודיות מסוימת. (1): פסיקות שנוצרו בשל תובנה אפריורית שלפיה הדין האזרחי 'קל' מן הדין הפלילי. (2): עבירות: אונס, סמים, מעצר ופגיעה בקטין. (3): פסיקות שנפסקו לאחר חיקוק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. (4): פסיקות 'בכלל מאתיים מנה'.

בתחום הפלילי, הדין האזרחי מהווה מלמד של הקל וחומר לא רק להלכות חדשות אלא גם לאמירות ולתובנות עקרוניות חדשות.

קיימת מגמת החמרה בפסיקות קל וחומר בנושאי סמים שבהן הקל וחומר הוא השושבין הראשי. לא נמצאה אפילו פסיקה אחת שבה הקל וחומר שימש כדי להקל בדינו של המחזיק או המשתמש בסם אסור. **אופי השימוש בקל וחומר בפסיקות אלו לא נועד ללימוד הלכה חדשה בהיקש אלא הוא בא להוספת תוקף למגמת ההחמרה.**

בכל הפסיקות בנושא מעצר הכוללות קל וחומר, הקל וחומר מסייע ליצירת תובנות **המקלות** עם הנאשם. רק בפסיקה אחת (מס' 299), משמש הקל וחומר להחמרת מצבו של הנאשם בנושא מעצר.

העולה מניתוח פסיקות אלו הוא רצונם של השופטים לנהוג זהירות רבה בשלילת חירותו של אדם (מעצר) טרם משפט וביתר שאת לאחר החלת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. משהתקבעה תפיסה משפטית זו נוצר מעין 'מדרג' עונשי בין הלכות מעצר לבין הלכות אחרות הנמצאות בזיקה עם הלכות המעצר. בשל כך, כל 'קולא' הנמצאת במקרה החמור, קרי: בדיני מעצר טרום משפט, ראוי שתועבר מדין קל וחומר למקרים 'קלים' יותר.

השימוש בקל וחומר בנושא 'קטינים' הוא 'תמונת ראי' לשימוש בנושא 'סמים'. כל הפסיקות למעט אחת (מס' 133), באו **להקל** את עונשו של הקטין והם אינם לתפארת המליצה בלבד. **אלו הן קלין וחמורין של ממש הכוללות מנגנון, למד ומלמד.**

ה.7. סכום הממצאים של קבוצות 'איים'.

(1): בפסיקות העליון בנושא **סמים**, משמש הקל וחומר ל'תפארת המליצה' בלבד וכל מטרתו הינה לעודד את מגמת ההחמרה בנושא.

(2): בפסיקות העליון בנושא **מעצר**, נוצר הקל וחומר בשל 'המדרג העונשי' אותו יצרו השופטים בפסיקותיהם. המדרג נוצר בשל חששם הכבד של השופטים ממעצרי שווא טרום משפט. בקבוצה זו תובנות עקרוניות והלכות הנלמדים כולם בקל וחומר.

(3): בפסיקות העליון בנושא **קטינים**, הקלין וחמורין אינם ל'תפארת המליצה' (כמו בסמים) והם נוצרו בשל הזהירות הרבה בה נוהגים השופטים בדיני הקטין. הם לא באו לתמוך במגמת **הקלה**, בדומה למגמת ההחמרה בפסיקות הסמים, משום שהזהירות הנדרשת בדיני קטין אינה עניין אופנתי או חדש.

ה.8. פסיקות קל וחומר לאחר חיקוק חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בכל הפסיקות הללו, הקל וחומר אינו פורמלי ואינו מלמד הלכה או תובנה חדשה בהיקש. הקל וחומר בפסיקות אלו הוא תמיד מעין מטבע לשון שנועדה להוסיף תוקף לפסיקה בזמן כתיבתה, עקב היותה בעידן שבו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מככב. הנושאים מן התחום הפלילי אליהם נקשר הקל וחומר בהיקש אל חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הם: **מעצר, מידתיות, ספק סביר וחזקת החפות.** נושאים אלו מצויים בליבו הפועם של הדין הפלילי.

המסר המועבר בפסיקות אלו עקב השימוש בקל וחומר ברור ואקסיומטי. השינוי במצב החוקתי עקב חקיקת חוק יסוד כבוד האדם מוסיף תוקף לדעת השופטים למצב המשפטי בנושאים אלו ביחס למצב שקדם לפני חקיקת החוק. הכוון המשפטי כנ"ל הוא תמיד הקלה נוספת לנאשם. ברם, עיון בספרות המחקרית בנדון, מעלה טענה שלפיה המצב מורכב ואולי הפוך מן העולה בפסיקות. השופטים המשבחים את המצב החדש לאחר חיקוק החוק, מביעים עמדה דווקאית בעשותם שימוש

בקל וחומר. הקלין וחמורין הללו הינם 'תמימים' למראה אבל מביעים בפועל עמדה נוקשה ותקפה בנושאים בהם קיימת מחלוקת.

לדעת חלק מן השופטים, 'העידן החדש' הוא עידן בו קיימת השפעה גם על מרחב הפרשנות של **החוקים הקיימים ובכללם הרכיבים המרכזיים של הדין הפלילי.** השימוש בקל וחומר בקבוצת פסיקות אלו ('העידן החדש') לא נועד ליצור היקש במצב של לאקונה אלא להדגיש עמדה משפטית בלבד.

ה.9. האם 'אין עונשין מן הדין' מתקיים הלכה למעשה?

מניתוח פסיקות 'אין עונשין מן הדין' עולים הכללים הבאים:

(1) אין לפסול הלכה (מדין 'אין עונשין מן הדין') הנלמדת בהיקש בשל מקורה אלא רק בשל דרך היסיקה.

(2) אין להרחיב באנאלוגיה משמעויות של מונחים בתחום הפלילי באופן שיחמירו עם הנאשם בשל 'אין עונשין מן הדין'.

(3) הכלל 'אין עונשין מן הדין' אינו שולל רק הלכה חדשה בדין הפלילי הנלמדת בדרכי ההיגיון ההיקשי אלא אף **פרשנות תכליתית** למונח, העשויה להחמיר עם הנאשם.

(4) הכלל 'אין עונשין מן הדין' שולל גם קריאה דווקאית של החוק אם אינה מטיבה עם הנאשם.

(5) 'שליפת' מקרה ספציפי מתוך לשון החוק הכללית, אינה מעשה פרשני המפעיל את הכלל 'אין עונשין מן הדין'.

(6) היקשים נדחים בשל 'אין עונשין מן הדין', גם בשל לימוד העונש וגם בשל לימוד העבירה בדרכי ההיקש.

(7) הכלל 'אין עונשין מן הדין' דוחה היסקים היקשיים גם בשל: סתם 'היגיון', 'עניינים לא סבירים' ו'גזרה-שווה'.

על אף שהמערכת המשפטית מדגישה בכל הזדמנות את 'עקרון החוקיות' בכלל ואת 'אין עונשין מן הדין' בפרט, היא לא עמדה בלחץ בפרשת **ניסו שחם** והיא 'דרסה' את הכלל 'אין עונשין מן הדין'

בפסיקה תקדימית ומסוכנת המתבססת על דוקטרינה חדשה 'תזת הצבירה'. 'תזת הצבירה' גוברת על 'אין עונשין מן הדין'.

בהתבסס על כללי 'אין עונשין מן הדין' שנוצרו על ידי שופטי העליון בפסיקותיהם עולה כי לא **נעשה שימוש בכלל** דווקא בתחום הפלילי. ברובן המכריע של הפסיקות שנבחנו כמייצגים (9 מתוך 10 פסיקות) היה הכרח משפטי לעשות שימוש בכללים אלו.

סכום – עיקרי הממצאים של המחקר

ממצאים עיקריים של המחקר הם כדלקמן:

א. לא קיימת 'תורת קל וחומר' במשפט הישראלי על אף שהשופטים עושים שימוש רב בהיקש ובקל וחומר. לא נמצאה עדות למודעות רוב שופטי העליון למנגנון הפעולה, לחלקיו ולמבנהו של הקל וחומר. השימוש הוא לרוב אינטואיטיבי ולא פורמאלי.

ב. בהעדר מודעות, המשגה ופורמאליות לקל וחומר ולחלקיו כמעט ולא קיימות פירכות לקל וחומר במשפט הישראלי. גם הפירכות (דחיות) המעטות הקיימות אינן נובעות מהגיונו הלקוי אלא מ'סתירה' בין תוצאתו עם מושגים משפטיים 'חזקים' ממנו כמו **התכלית.**

ג. לא מצאתי ניצני התפתחות ל'תורת הקל וחומר' במשפט הישראלי. אין דיונים מחקריים או משפטיים באשר לכלי רב עוצמה זה הדנים בו, במהותו או בכוחו המתפתחים על ציר הזמן.

ד. רוב ככל הקלין וחמורין במשפט הישראלי הם מסוג 'פשוט' ומיעוטם מסוג 'בכלל מאתיים מנה'. נראה כי השימוש בסוג זה של קל וחומר אינטואיטיבי ולכאורה בו אין בו קשיים לוגיים.

ה. המינוח 'בכלל מאתיים מנה' הלקוח מן המשפט העברי משמש במשפט הישראלי במקרים מועטים בלבד כסוג של קל וחומר ובמקרים רבים יותר ככלל פרשני במשמעות של 'השלם כולל את חלקיו'. זוהי תופעה מצויה בה מושאל ביטוי מן המשפט העברי לטובת המשפט הישראלי בצורת יישום שונה מן המקור.

ו. כפי שלא קיימת 'תורת קל וחומר' במשפט הישראלי כך גם לא קיימת 'תורת פירכות'. התנאי לקיומה של 'תורת פירכות' הוא קיומה של תורת קל וחומר המצביעה בירור על מבנה , לוגיקה וצורות יישום תקינים. בהיעדרותן של אלו, אזי גם לא ניתן לפרוך ו/או להגביל את כוחו של הקל וחומר באופן פורמאלי.

ז. רוב ככל הקלין וחמורין במשפט הישראלי אינם ממנפים כלומר הם משווים. תוצאה זו דומה לתמונה העולה מחקירתם של מאות הקלין וחמורין במשפט העברי. האחראיות המשפטית לתוצאה זו במשפט העברי נופלת על הכלל 'דיו' ("דיו לבא מן הדין להיות כנדון"), שלא בא זכרו במשפט הישראלי למעט בפסיקה אחת בבית המשפט השלום. נראה כי לפחות תובנה זו, כלומר, היות הקל וחומר משווה את הדין בין המלמד ללמד ולא ממנף, הינה מסקנה אינטואיטיבית מתבקשת ולא תוצאה של לימוד פורמאלי של הנושא.

ח. השימוש בכללים 'אין עונשין מן הדין' ו'אין מזהירין מן הדין' רווח במשפט הישראלי במשמעות שונה מזו שבמשפט העברי. מן הכלל 'אין מזהירין מן הדין' נלמד 'עקרון החוקיות בפלילים' ומעקרון זה נגזר סעיף 34 כא לחוק העונשין המכונה 'כלל הפירוש המקל'. מערכת השפיטה הישראלית בנתה מבנה מתודולוגי (שנוי במחלוקת) המשלב את הכללים הללו זה בזה תוך שימוש במונחי המשפט העברי יחד עם מונחי המשפט הישראלי.

ט. מקובל על שופטי ישראל ועל עולם המחקר המשפטי כי הוראות חוק יסודות המשפט אינן חלות על התחום הפלילי, מה שאינו עומד במבחן המציאות לאור פסיקותיהם!!

י. בקבוצות פסיקות רבות כגון ב'גלגול השלישי', הקל וחומר ככלי היסקי מיותר והוא משמש לקישוט ושכנוע רטורי בלבד. צורת שימוש זו, שימוש בכלי היסקי חזק ככלי רטורי גרידא הינה תופעה רווחת גם בקבוצות פסיקה אחרות.

יא. מפסיקות בית המשפט העליון ניסחתי את תורת 'אין עונשין מן הדין' במשפט הישראלי. המחקר מוכיח כי דווקא בתחום הפלילי לא נעשה שימוש בכללים אלו על אף שהיה הכרח משפטי לעשות כך.

יב. בהתייחס אל חוק יסודות המשפט, המחקר מצביע על כך כי שופטי העליון פנו באותה מידה לתקדים ולחוק כדי להשלים את ה'חסר'.

מקורות

א. ביבליוגרפיה ל׳ספרות הכללים׳

א׳ יעללינעק	קונטרס הכללים	ווינא, תרל״ח.
אבן מוסא	דרכי הק״ו	לר׳ אברהם בן דון שלמה עקרה. בתוך –׳מהררי נמרים׳, ויניציאה, שנ״ט.
אברהם בן דוד	פירוש לי״ג מידות דר״י	ליוורנו, תקמ״א.
אברהם עקרה	כללי הגמרא לר׳ ע׳ הספרדי הגמרא,	נדפס מחדש בקובץ דרכי וכללי בתוך ספר מהררי נמרים, הוצאת המוסד לעידוד לימוד התורה, ירושלים, תשנ״ח.
אהרון אבן חיים	מידות אהרון	ירושלים, מכון בני יששכר, תשנ״ב.
אליהו גאליפפה	פירוש הק״ו ידי אליהו	קושטא, תפ״ח.
דוד נטו	מטה דן וכוזרי שני	ירושלים תשי״ח.
זרחיה בן יצחק הלוי	ספר הצבא	שקלאו, תקס״ג.
חיים בכרך	אסיפת הכללים	קונטרס על כללי הגמרא בתוך שו״ת חוות יאיר, רמת-גן, תשנ״ז.
יוסף אבן כספי	טירת כסף	פרעסבורג, תרצ״ה.
יוסף בן מאיר תאומים	גינת ורדים	לבוב, תקצ״ה.
יוסף קארו	כללי הגמרא	בתוך הליכות עולם, שאלוניקי שנ״ח[1];מהד׳ אחרונה, ירושלים, התשס״ה.
יעקב חאגיז	דרכי המשנה וכללותיה	2 כר׳, ליוורנו, תי״ג.
יעקב חאגיז	תחילת חכמה	בתוך ספר כריתות, וירונה, ת״ז.
יצחק קנפטון	דרכי הגמרא (מהדורת א. וויס)	ישראל, תשנ״ב
יצחק קנפטון	דרכי התלמוד (מהדורת ש. לנגה)	ירושלים, תשמ״א.
ישועה בן יוסף השני	הליכות עולם	ליוורנו, תקנ״ב[1]; מהד׳ אחרונה, ירושלים, תשנ״ו.

ישעיה הלוי הורוביץ	כללי הגמרא	בתוך ספר 'שני לוחות הברית', פלדהיים, ירושלים, תשמ"ט.
ישעיהו הלוי הורוביץ	פירוש לי"ג מידות דר"י	בתוך ספר 'שני לוחות הברית', פלדהיים, ירושלים , תשמ"ט.
לוי בן גרשם	'שערי צדק'	י. ואלף, ירושלים, תרמ"ד.
מלאכי בן יעקב הכהן	יד מלאכי	ליוורנו, תקכ"ז.
משה חאגיז	לקט הקמח על המשנה	ונדסבק תפ"ו[1]; בני-ברק, תשמ"ג.
משה חיים לוצאטו	דרך תבונות	לבוב, תקצ"ג.
שלמה אלגאזי שצ"ט[1];	יבין שמועה	באור על 'הליכות עולם', ויניציאה, מהד' אחרונה, ירושלים, התש"ס.
שלמה אלגאזי ירושלים	הליכות אלי	איזמיר, תר"ג[1], מהד' אחרונה, תשנ"ח.
שמואל אבן סירילו תשל"ב.	כללי שמואל	מהדורת שב"ד סופר, ירושלים,
שמואל אלבלנסי נמרים'	דרכי הק"ו	ויניציאה, שנ"ט, בתוך –'מהררי לר' אברהם בן דון שלמה עקרה.
שמואל אלבאנסי	פירוש ק"ו	נדפס על ידי אברהם בן שלמה עקרה, בספר מהררי נמרים, ויניציאה, שנ"ט.
שמשון בן יצחק מקינון	ספר הכריתות	מהדורת סופר, תל-אביב, תשכ"ז.

ב. ביבליוגרפיה לספרות מחקר – ספרים

אבלי א׳ זית רענן – **פירוש על הילקוט**, ויניציאה, תשט״ז.

אברהם מ׳ **את אשר ישנו ואשר איננו**, ירושלים, תשס״ו.

אברהם מ׳ **שתי עגלות וכדור פורח**, ירושלים, תשס״ב.

אברהם מיכאל וחזות גבריאל **מידה טובה- פרשת השבוע לאור י״ג מידות הדרש** א-ד (כפר חסידים : עמותת מידה טובה 2005-2008).

אדלר י׳ **עיון בלומדות**, ניו-יורק, תשמ״ט.

אהרון ברק, **פרשנות במשפט**, חלק ראשון – תורת הפרשנות הכללית 518 (1993).

אוילוירה ש.ד **בים דרכך**, ירושלים, תשס״ד.

אוסטורובסקי מ׳ **המידות שהתורה נדרשת בהן**, ירושלים, תרפ״ד.

אורבך א״א **בעלי התוספות**, 2 כר׳, ירושלים, תש״ם.

אורבך א״א **ההלכה, מקורותיה והתפתחותה**, גבעתיים, תשמ״ד.

אורבך א״א **מעולמם של חכמים**, ירושלים, תשמ״ח.

אזולאי דוד בן יצחק **יעיר אוזן**, חלק ראשון, בולגרייא, תרצ״ו.

אטינגר ש׳ **תולדות עם ישראל בעת החדשה**, תל-אביב, תשכ״ט.

אטלס שמואל **נתיבים במשפט העברי** (ניו-יורק : האקדמיה האמריקאית למדעי היהדות, 1978).

אלבק א׳ **פירוש למשנה**, ירושלים, תשי״ט.

אלבק ח׳ **מבוא לתלמודים**, תל-אביב, 1987.

אלגזי י׳ **ארע״א דרבנן**, ניו-יורק – ירושלים, תשכ״ג.

אלון מ׳ **המשפט העברי**, מהדורה שלישית, ירושלים, תשנ״ח.

אנגל י׳ **אתוון דאוריתא**, ירושלים, 1970,

אנציקלופדיה תלמודית, בעריכת מאיר ברלין ושלמה יוסף זוין, ירושלים, תשי״ב-תשס״ז, 27 כרכים.

אפרת י׳ **הפילוסופיה היהודית בימי הביינים: מונחים ומושגים**, תל אביב, תשכ״ט.

אפשטיין י״נ **מבואות לספרות האמוראים**, ירושלים, תשכ״ז.

אריסטו, **אתיקה ניקומאכית**, מהודרת י״ג ליבס, תל-אביב, תשמ״ה.

אריסטו, **רטוריקה**, מהדורת ג׳ צורן, תל-אביב, 2002.

אשכנזי ר״ב **כללי התלמוד**, ספר היובל לד״צ הופמן, ברלין, תרע״ד.

בויארין ד׳ **העיון הספרדי לפרשנות של מגורשי ספרד**, ירושלים תשמ״ט.

בכרך י׳ **מר קשישא**, ירושלים, תשנ״ג.

בן צמח שמעון **ספר התשבץ**, לעמבערג, תרנ״א.

ברגמן ש״ה **מבוא לתורת ההגיון**, ירושלים, תשכ״ד.

ברוך ברכה, **משפט מנהלי** 36 (כרך ראשון, 1997)

ברנדס י׳ **ראשיתם של כללי הפסיקה**: משמעותם, הווצרותם והתפתחותם של כללי הפסיקה המתייחסים לתנאים וספרותם, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית, תשס״ב.

ברקוביץ א׳ **תורת ההגיון בהלכה**, ירושלים, תשמ״ז.

בשייצי א׳ **פירוש י״ג מידות**, בתוך ״ספר העתקת התורה וחלוקת הרבנין והקראין ואופני ההקש ומצות עשה ולא תעשה להחכם כה״ר משה בשייצי זלל״ה״, כת״י סנט פטרסבורג, המכון ללימודים מזרחיים, A 217 (סרט 52785), דף 18ב-23א.

גביזון רות, קרמינצר מרדכי ודותן יואב **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג״צ בחברה הישראלית** (ירושלים: מאגנס, 2000).

גבריאל הלוי , **תורת הדין הפלילי** בעמ׳ 411 – 438 (2011).

גבריאל הלוי **תורת הדיון הפלילי** 64 – 65 , כרך ד,2011

גוטמן י״מ **בחינת המצוות ובחינת קיום במצוות**, ברסלאו, תרפ״ח.

גוטמן יצחק יוליוס **הפילוסופיה של היהדות** (ירושלים: מוסד ביאליק, 1999).

גולאק אשר **יסודי המשפט העברי - סדר דיני ממונות בישראל עפ״י מקורות התלמוד והפוסקים** (ירושלים : דביר, 1923).

גולדברג א׳ **פירוש מבני ואנליטי לתוספתא**, למסכת בבא-קמא, ירושלים, תשס״א.

גילת י״ד **ספר זכרון ל ב. צ. פריס**, תל-אביב-ירושלים, תשכ״ט.

גילת י״ד **פרקים בהשתלשלות ההלכה**, רמת גן, תשנ״ד.

גירונדי ר׳ **פירוש על ב״ב**, מוסד הרב קוק, ירושלים, ללא שנת הוצאה.

גלאמב ד׳ **ספר התורה והתלמוד**, ברלין, תרפ״צ.

גפני י׳ **היצירה הרוחנית ספרותית**, ארץ ישראל מחורבן בית שני ועד הכיבוש המוסלמי, א, ירושלים, תשמ״ב.

דה פריס ב׳ **מחקרים בספרות התלמוד**, ירושלים, תשכ״ז.

דה פריס ב׳ **תולדות ההלכה התלמודית**, תל אביב, תשכ״ב.

הארט ה.ל.א. **חוק, חירות ומוסר** (תרגום אליה גילדין, תל-אביב: למשכל, 2006).

ההלכתית בימי הביניים: עבודת דוקטור, אוניברסיטה עברית, תשס״ה.

הופמן ד״צ **מסלות לתורת התנאים**, תל-אביב, תרפ״ח.

הורוביץ א׳ **פירוש למסכת נדה לרבנו חננאל מגניזת קהיר**, ניו-יורק, תשמ״ו.

הירשענזאן ח׳ **ברורי המידות**, ירושלים, תרפ״ט.

הלבני ז׳ **מקורות ומסורות**, 7 כר׳, תל אביב-טורונטו-ירושלים, תשכ״ט- תשס״ח.

הלברטל משה **מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה** (ירושלים : מאגנס, 1997).

הלוי ז׳ **ספר הצבא**, בתוך כתבי הגאון ר״ע אלטשולר, בני-ברק,תשנ״ז.

הלוי י״א **דורות הראשונים**, חלק א, ברלין, תרפ״ג.

הלוי י״ז **חידושים וביאורים לזבחים**, חלק א, בני-ברק, תשנ״ג.

המפל ק׳ **פילוסופיה של המדע**, תל-אביב : אוניברסיטה פתוחה, תשל״ט.

הנשקה ד׳ **משנה ראשונה בתלמודם של תנאים אחרונים**, רמת-גן, תשנ״ז.

הרטמן ד׳ **הרמב״ם הלכה ופילוסופיה**, תל-אביב, תש״ם.

השל א״י **תורה מן השמים באספקלריה של הדורות**, 3 כר׳, לונדון-ניו יורק-ירושלים, תשכ״ב-תש״ן.

וואלף ב״ר ישראל ז׳ **פירוש לברייתת ל״ב מידות**, ווילנא, תרפ״ה.

ווייס א׳ **דיונים וברורים בב״ק**, ירושלים, תשכ״ז.

ווייס א׳ **היצירה של הסבוראים**, ירושלים, תשי״ג.

ווייס א׳ **התהוות התלמוד בשלימותו** , ניו-יורק, תש״ג.

ווייס א׳ **לחקר התלמוד**, ניו-יורק, תשט״ו.

ווייס א׳ **לקורות התהוות הבבלי**, ירושלים, תש״ל.

ווייס א׳ **מחקרים בתלמוד**, ירושלים, תשנ״ה.

ווייס א׳ **סדר הדיון: מחקרים במשפט התלמוד**, ניו-יורק, תשי״ח.

ווייס א׳ **על היצירה הספרותית של האמוראים**, ניו-יארק, תשכ״ב.

וייס א״ה **דור דור ודורשיו**, 3 כר׳, ניוארק, תרפ״ד[1], הוצ׳ אחרונה, ירושלים, תל אביב, תשכ״ד.

ונטורה מ׳ **מבוא למחשבת ישראל**, תל-אביב, תשי״ט.

זילברג מ׳ **כתבי משה זילברג**, ירושלים, תשנ״ח,

זסלנסקי א״י **פחד יצחק**, ירושלים, תש״ט.

זרחיה בן שאלתיאל, **תקות אנוש**, מהדורת י׳ שווארץ, ברלין, תרכ״ח.

חאגיז י׳ **תחלת חכמה**, ווארשה, 1885.

חמי בן-נון , טל חבקין, **הערעור האזרחי**, (2012)

טיילור ר׳ **מטאפיסיקה**, תרגום יעל כהן, ירושלים, 1983.

י׳ פרנקל ז׳ **דרכי האגדה והמדרש**, 2 כר׳, תל-אביב, 1996.

יאליש י״ד **מלא הרועים**, ווארשה (הודפס מחדש בניו יארק) ללא שנת הוצאה.

יובל לוי, אליעזר לדרמן, **׳עיקרים באחריות פלילית׳** (תשמ״א- 1981)

יורם רבין ויניב אקי **דיני עונשין** בעמ' 46-47 (2008),

יצחק אייזיק יהודה יחיאל, **פרוש לתורת כהנים**, לעמרעג, ללא שנת הוצאה. ירושלים, תש"ס

כהן חיים **המשפט** (ירושלים : מוסד ביאליק, 1991)

כשר מ"מ **מפענח צפונות**, ירושלים, תשל"ו.

לוי א' **יסודות ההלכה**, מחקר על השתלשלות ההלכה מימי קדם עד זמן התלמוד, תל-אביב, תש"ך.

לוי ז' **הרמנויטיקה**, תל-אביב, תשמ"ז.

לוין י' **יהדות ויוונות בעת העתיקה** : עימות או מיזוג, ירושלים, תש"ס.

לוין י' **יסודות תורת ההגיון**, ירושלים, תש"ס.

ליברמ ש' , **יוונית ויוונות בארץ ישראל**, ירושלים, תשמ"ד.

ליברמן ש' **ספרי זוטא (מדרשה של לוד) תלמודה של קיסרין**, ניוארק, תשכ"ח.

ליברמן ש' **תוספת ראשונים**, א-ד, ירושלים, תרצ"ז-תרצ"ט.

ליברמן ש' **תוספתא כפשוטה** (10 כרכים), ניוארק, תשט"ו-תשמ"ח.

ליברמן ש' **מחקרים בתורת ארץ ישראל**, (עורך דוד רוזנטל), ירושלים, תשנ"א.

מדרש ל"ב מידות, ניו-יורק, תרצ"ד. הודפס מחדש בירושלים, תשי"ל.

משה בן מימון, **מלות ההגיון**, מהדורת ח"י רות, ירושלים, תשכ"ה.

נאה ש' **לשון התנאים בספרא על-פי כתב יד וטיקאן 66**, חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, בר-אילן, תשמ"ט.

נויבאור י"י **הרמב"ם על דברי סופרים**, ירושלים, תשי"ז.

סטיוארט א' **המספרים של הטבע**, אור יהודה, 1999.

סלימן י' **קול גדול ולא יסף: תורת ישראל בין שלמות להשתלמות**, ירושלים, תשנ"ט.

ספר מצוות גדול לרבינו משה יעקב מקוצי, ללא מקום, תשנ"א.

ע' ארבל, "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם לבין זכויות קורבנותיו", **ספר שמגר – מאמרים** חלק ב 255, 259 (2003)

עייאש י' **ארע"א דארע"א**, פירוש לספרו של ישראל יעקב אלגזי, ארע"א דרבנן, ניו-יורק, ירושלים, תשכ"ג.

עמיאל מ"א **המידות לחקר ההלכה**, ירושלים, תרצ"ט.

ענגיל י' **לקח טוב**, וואַרשה, תרנ"ג.

פינקלשטיין א"א **ספרא דבי רב**, 3 כר', ניו-יורק, תשנ"א-תשנ"ו.

פירוש קדמון לבבא-בתרא, ירושלים, תשל"א.

פירוש רבינו גרשום השלם על מסכת ב"ב, ירושלים, תשנ"ט.

פיש מ' **לדעת חכמה**, קיבוץ מאוחד ומכון וואן ליר, 1979.

פלונגיאן מב״ש **תל-פיות**,וילנא,תר״ט.

פלק זאב **ערכי משפט ויהדות – לקראת פילוסופיה של ההלכה** (ירושלים : מאגנס : 1980).

פרידמן (עורך) ש״י **חמש סוגיות מן התלמוד הבבלי**, האיגוד לפרשנות התלמוד, ירושלים, תשס״ב.

פרנק צ״ב **הר צבי**, ירושלים, תשמ״ט.

פרנקל י׳ **דרכו של רש״י בפרושו לתלמוד הבבלי**, ירושלים, תשל״ה.

פרנקל ש׳ **ספר המפתח לבבא-קמא**, כ״ב, תשנ״ו.

פרנקל, דרכי המשנה, ווארשה, תרפ״ג.

צ׳רניק מ׳ **גזירה שוה**, לוד, תשנ״ד.

צ׳רניק מ׳ **לחקר המידות ״כלל ופרט וכלל״ ו״ריבוי ומיעוט״ במדרשים ובתלמודים**, לוד, תשמ״ד

קופי א״מ **מבוא ללוגיקה**, תל אביב, תשל״ז.

קופרמן י׳ **פשוטו של מקרא**, ירושלים, תשל״ד.

קלוגר ש׳ **מי נדה – פירוש למסכת נדה**, ירושלים, תשנ״ז.

קלונימוס י׳ **ערכי תנאים ואמוראים**, מהדורת מ״י הכהן

קמחי י׳ **ספר הברית**, מהד׳ א. תלמג׳, ירושלים, תשל״ד.

קפלן א׳ **מיתולוגיה של מדעי ההתנהגות**, ירושלים, תשל״ט.

קצוף ר׳ **תורה לשמה**, מחקרים במדעי היהדות לכבוד פרופ׳ שמא פרידמן, ירושלים, תשס״ח.

רביצקי א׳ **השפעת הלוגיקה האריסטוטלית על הבנת דרכי הדרשה**

רוזנברג ש׳ **׳לוגיקה ואותולוגיה בפילוסופיה היהודית במאה הי״ד׳**, עבודת דוקטור, האוניברסיטה העברית ירושלים, תשל״ד.

רוט י״ד, **שערי המדות**, ניו-יורק, תשכ״א.

רוטנשטרייך י׳ **המחשבה היהודית בעת החדשה**, תל-אביב, תשמ״ז.

רמב״ם, פירוש המשניות, מכות ג,א.

רפל ר׳ **הויכוח על הפלפול**, ירושלים, 1979.

הכהן זוסמן נשיא בית המשפט העליון, ירושלים, תשד״ם.

ש״ז פלר, ״תחולת חוק יסודות המשפט בתחום דיני העונשין״, **ספר זוסמן** (תשד״מ) 345 – 361.

ש״ז פלר, **יסודות בדיני עונשין**, 5-4, (כרך א 1984).

שבייד א **דמוקרטיה והלכה**, ירושלים,תשנ״ז.

שגיא א׳ **אלו ואלו: משמעותו של השיח ההלכתי**, תל-אביב, 1966.

שוואַרץ א׳ **הגזירה השוה**, קראקה, תרנ״ח.

שוואַרץ א׳ **קל וחומר בספרות התלמודית**, קראקה, 1905.

שיין חיים **הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי** (הוד השרון : שערי משפט, 2008).

שילה י׳ **כללי התלמוד לר׳ עמנואל הספרדי**, עבודת מסטר, אוניברסיטת בר-אילן, תשנ״א.
שפירא ע׳ **תורת המשפט: פרקי מבוא** (קרית-אונו : הקריה האקדמית אונו, 2007).

שקאפ ש״י הכהן **שערי ישר**, ניו-יורק, 1950.

תאומים י״מ **שושנת העמקים**, ירושלים, תשי״א.

תאומים י״מ **גינת וורדים**,ירושלים,תשי״א.

תא-שמע י״מ **הספרות הפרשנית לתלמוד באירופה ובצפון אפריקה**,

תא-שמע י״מ **שיקולים פילוסופיים בהכרעת ההלכה**, ירושלים, תשנ״ו.

תוספות ישנים לבבא-בתרא, פירוש על ב״ב, מוסד הרב קוק, ירושלים, ללא שנת הוצאה.

תורת כהנים, מהודרת פריעדמאן, ירושלים, תשס״ב.

ג. ביבליוגרפיה לספרות מחקר - מאמרים

א' גולדברג, "דרכו של ר' יהודה הנשיא בסידור המשנה", **תרביץ**, כח (תשי"ט), עמ' 260-269.

א' גולדברג, "התורה שבכתב והתורה שבע"פ", **מחניים**, נז (תשכ"א), עמ' 80-81.

א' גולדברג, "להתפתחות הסוגיא בתלמוד הבבלי ומקורותיה", **תרביץ**, לב (תשכ"ג), עמ' 143-152.

א' גרוס, "קוים לתולדות הישיבה בקסטיליה במאה הט"ו", **פעמים**, 31 (1987), עמ' 3-19.

א' וסטריך, "דין שן ברשות הרבים-מגמות בתורת התנאים", **דיני ישראל** כג (תשס"ח).

א' מרכס, "כללי התלמוד לר' בצלאל אשכנזי", בתוך: **ספר לדוד צבי (האפפמאנן)**, החלק העברי, ברלין, תרע"ד, עמ' 179-217.

א' פינטוך, "המונח 'דאורייתא' והמדות שהתורה נדרשת בהן: עיון חוזר בשורש השני", **סיני**, קיט (תשנ"ז), עמ' קנ-קס.

א' פריימן, "פירוש רבינו הלל על ברייתא דרבי ישמע"אל", בתוך: **ספר זכרון לכבוד ש"א פוזונסקי**, ורשה, תרפ"ז, עמ' קע-קפ.

א' ציפרנוביטש, "בנין אב", **השלח**, כ"ב (תר"ע), עמ' 431-438.

א' קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט – מציאות וציפיות", **עיוני משפט** יא (תשמ"ו)

א' רביצקי, "ההיקשים ההלכתיים כהיקשים דיאלקטיים במשנת הרמב"ם והמידות שהתורה נדרשת בהן כ - TOPOI אריסטוטליים", **תרביץ**, עג (תשס"ד), עמ' 197-224.

א' שוחטמן, "חובת ההנמקה במשפט העברי", שנתון המשפט העברי, ו-ז (תשל"ט-תש"ם), עמ' 319.

א' שוחטמן, "כללי התלמוד לר' בצלאל אשכנזי", שנתון המשפט העברי, ח (תשמ"א), עמ' 247-308.

א' שוחטמן, "על ההיקש כדרך פסיקה במשפט העיברי ובזיקה לחוק יסודות המשפט, תש"ם – 1980

א"א אורבך, "הדרשה כיסוד ההלכה ובעית הסופרים", **תרביץ**, כז (תשי"ח), עמ' 166-182.

א"א אורבך, "מסורת והלכה", **תרביץ**, נ (תשמ"א), עמ' 136-163.

א"א פינקלשטיין, "ושוב על מו"מ בין הלל ובני בתירא", בתוך: **ספר היובל לצבי וולפסון**, ירושלים, תשכ"ה, עמ' רג-רכד.

א"א פינקלשטיין, "מדותיו של הלל במשאו ובמתנו עם זקני בתירא", **הדואר**, מב (תשכ"ג-תשכ"ד), עמ' 384-385.

א"א פינקלשטיין, "מדרש, הלכות והגדות", בתוך: **ספר היובל ליצחק בער**, ירושלים, תשכ"א, עמ' 28-47.

א"א פינקלשטיין, מתורתו של ר' נחוניא בן הקנה, בתוך: **ספר היובל לרבי חנוך אלבק**, ירושלים,

תשכ״ג, עמ׳ 352- 377.

א״ר זיני, ״לוגיקה ומטפיזיקה בדרשות חז״ל״, בתוך: **ספר הגיון**, מחקרים בדרכי החשיבה של חז״ל, מ׳ קופל וע׳ מרצבך (עורכים), ישראל, תשנ״ה, עמ׳ 65-78.

א. ברק, הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי – היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני), **מחקרי משפט** יג, תשנ״ו 1996, עמ׳ 5 – 26 .

א. ברק, ׳חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל׳, **שנתון המשפט העברי**, יג (תשמ״ז), עמ׳ 265.

אהרון ברק ״החסר (לאקונה) במשפט וחוק יסודות המשפט״, **משפטים** 234 , 304 (תשנ״א).

אסף הרדוף, ״ פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 כא לחוק העונשין ועמימותן של הלשון, התכלית והפגיעה״. בתוך ספר **׳אשר גרוניס׳.**

ב׳ דה-פריס, ״המושגים ׳מדאורייתא׳ ו׳מדרבנן׳ בהתפתחותם״, **סורא**, ד (תשכ״ד), עמ׳ 137-155.

ב׳ דה-פריס, ״לצורת ההלכות בתקופת התנאים״, **סיני**, נו (תשכ״ה), עמ׳ ריב- רכה.

ב׳ מינקין, ״הספר שערי צדק ויחסו לרלב״ג״, **עלי ספר**, יד (תשמ״ז), עמ׳ 55-58.

ג׳ ארליך, ״אלו ואלו״, בתוך: **הגיון** - מחקרים בדרכי החשיבה של חז״ל, משה קופל ועלי מרצבך, ישראל, תשנ״ה, עמ׳ 143-152.

ג׳ טדסקי, ״בעיית הליקויים בחוק (לאקונה) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו״, **מחקרים במשפט ארצנו** (ירושלים – תל אביב, תשי״ט, 132, 150 -151)

ד׳ אופנהים, ״הערות והארות על י״ג מדות הדרש של רבי ישמע״אל ועל הפירוש המיוחס לרש״י ז״ל״, **ישרון**, ח (תרכ״ח), עמ׳ 201-205.

ד׳ גולומב, ״פרדוכס, בהמדות שהתורה נדרשת בהן״, **אוצר החיים**, ט (תרצ״ג), עמ׳ 14-18.

ד׳ כהן, ״מידות שהתורה נדרשת בהן״, **שמעתין**, 121 (תשנ״ה), עמ׳ 106-115.

ד׳ כהן, ׳ל״ו מידות׳, תרביץ, ב (תרצ״א), עמ׳ 249.

ד׳ סינקלר, ״חשיבה משפטית במשנתם של הרמב״ם והרמב״ן״, א׳ ורהפטיג (עורך), מנחה לאי״ש: **ספר היובל לר׳ אברהם ישעיה דולגין**, ירושלים, תשנ״א, עמ׳ 349-355.

ד׳ קפלן, ״מדות ההיקש״, **הפרדס**, חוברת ח (תרצ״ג), עמ׳ 10-12.

ד׳ רוזנוסר, ״אין מוקדם ומאוחר בתורה״, **שמעתין**, 150 (תשס״ג), עמ׳ 41-62. .

ד׳ שוורץ, ״הגיון עברי יחודי על פי משנת הרב הנזיר״, בתוך: ספר **הגיון**, מחקרים בדרכי חשיבה של חז״ל, משה קופל ועלי מרצבך, רמת-גן, תשנ״ה, עמ׳ 23-33.

ד׳ שוורץ, ״הייתכן הגיון עברי מיוחד כהגיון לאומי?״, **דעת** 27 (תשנ״א), עמ׳ 87-109.

הדר אבירם, האם המשפט משיג את מטרותיו? תשובות מעולם המחקר האמפירי

ז׳ ויטמן, ״על היחס בין הפשט לדרש״, **המעיין**, יח (תשל״ז-תשל״ח), עמ׳ 26-50.

זמר בלונהיים ונדיב מרדכי, ״לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר, אגרגציה בביקורות שיפוטית חוקתית׳, **משפטים** מד 569, 571-578 .

ח׳ אופנהיים, ״דברי סופרים״, **ישרון**, ה (תרכ״ה) עמ׳ יז-ל.

ח׳ אלבק, ״ההלכות והדרשות״, בתוך : **ספר היובל לא׳ מרכס**, ניו-יורק, תש״י,עמ׳ א-ח.

ח׳ בן מנחם, ״יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין״, **שנתון המשפט העברי**, ח (תשמ״א), עמ׳ 113-134.

ח׳ כהן, ״דין השיור״, **שנתון המשפט העברי**, תשמ״ו, כרך יג, (תשמ״ז), עמ 285 – 306 .

ח״ז דימיטרובסקי, ״על דרך הפלפול״ בתוך : **ספר היובל לש׳ בארון**, ירושלים,

ח״ז הירשברג, ״הבאורים התדירים על המקרא אשר נמסרו בצורת כללים״, בתוך : **מנחת בכורים לכבוד אריה שוואַרץ**, וינא, תרפ״ו, עמ׳ 10-29.

ח״י לוין, ״על היחס בין ההלכות והדרשות״, בתוך : **ספר היובל לא׳ וייס**, ניו- יורק, תשכ״ד, עמ׳ לא-לה.

חיים. ד. הכהן, ׳דין השיור׳, **שנתון המשפט העברי של המכון לחקר המשפט העברי**, תשמ״ז כרך יג, 285- 306, עמ׳295.

י׳ אייזנברג, ״שלוש עשרה מדות שהתורה נדרשת בהן״, **שמעתין**, ד (תשכ״ז), עמ׳ 47-53.

י׳ בלידשטיין, ״מסורת וסמכות מוסדית: לרעיון תורה שבע״פ במשנת הרמב״ם **דעת**, 16 (תשמ״ו), עמ׳ 11-27.

י׳ ברגמן, ״גזרה-שוה מהי?״ **סיני**, ע״א (תשל״ב), עמ׳ קלב-קלט.

י׳ ווינברג, ׳לחקר המשנה׳, בתוך : **ספר יובל לכבוד שמואל קלמן מירסקי**, שמעון ברנשטיין וגרשון א. חורגין (עורכים), ניו-יורק, תשי״ח, עמ׳ 222-223.

י׳ טולידאנו, ״לק״ו לבן מוסא״, **תרביץ**, יד (תש״ג), עמ׳ 142.

י׳ סופר, ״ביאור ענינא דרבי אליעזר שמותי הוא״, **האהל**, א (תשט״ז), עמ׳ קכ-קכד.

י׳ פאוער, ״ ׳דאוריתא׳ ׳דרבנן׳ ׳ודינים מופלאים׳ ״, **סיני**, סז (תש״ל), עמ׳ כ-לה.

י׳ שטרן, ״התחביר הלוגי כמפתח לסוד במורה הנבוכים״, עיון, לח (תשמ״ט), עמ׳ 137-166.

י״א בלוי, ״השוואות בין המשפט העברי להלניסטי-מצרי״, **המשפט העברי**, ה (תרצ״ו), עמ׳ 13-31.

י״ה שור, ״מלות יונית שנסחו רבותינו ז״ל, לכתבן בתואר מלות עבריות״, החלוץ, י (תרל״ח), עמ׳ 46-60.

י״ח חרל״פ, ״מקורות נוספים באשר לתוקפן של המידות שהתורה נדרשת בהן ובעניין הכלל ׳דאין אדם דן גזרה שווה מעצמו׳״, **אסופות**, יד (תשס״ב), עמ׳ סט-פא.

י״י יעקב, ״הלכה ומדרש הלכה״, **סיני**, כב (תש״ח), עמ׳ מט-פ.

י״י קובק, ״פירוש על מדרש רבי ישמע״אל בי״ג מדות שהתורה נדרשת בהן להי״ר שלמה יצחקי ז״ל״, **ישרון**, י (תרכ״ח), עמ׳ 38-44.

י״מ גוטמן, ״תורה בתלמוד״, בתוך: **ספר היובל לכבוד אדולף שוואַרץ**, ברלין- ווינא, 1917, עמ׳ 1-8

י״מ לוינגר, ״שלוש-עשרה המידות שהתורה נדרשת בהן: דרך חדשה להצגתן״, בתוך: **בד״ד** - בכל דרכיך דעהו, 16 (תשנ״ז), עמ׳ 81-100.

י״נ אפשטיין, ״למשנת רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי״, **תרביץ**, ד (תרצ״ג), עמ׳ 343-353.

יוסף רז, ׳עקרונות משפטיים ושיקול דעת משפטי׳, מתוך הרצאתו של ד״ר שפירא לזכר משה זמורה ז״ל שניתנה ב 68/2/17 ופורסמה ב**משפטים**, כרך א עמ׳ 292.

יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמיט ״מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי״, **משפט וממשל** ב׳ 243 (תשס״ד) עם 253.

יורם שחר, מירון גרוס וחנן גולדשמיט, ״מאה התקדימים המובילים בפסיקת בית המשפט העליון – ניתוח כמותי״, **משפט וממשל ז.** 243 (תשס״ד) עמ׳ 253.

יניב יאקי, ׳שהכמות׳ עושה איכות– על ״תיזת הצבירה״ במשפט הפלילי, פוסט באינטרנט.

יניב רזנאי, ׳כשהמחוקק אומר ״דג״ – למה הוא מתכוון? על חשיבותן של ההגדרות בחקיקה׳, **עיונים בשפה וחברה** (1-2)5 , 2012, עמ׳ 108.

יצחק עמית, ׳חסיונות ואינטרסים מוגנים, **הליכי גילוי ועיון במשפט האזרחי והפלילי** 206 – 208 (2021).

יששכר רוזן צבי, טליה פישר ״מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין״, משפטים כרך לח (תשס״ח – תשס״ט).

מ׳ אברהם, ״אנלוגיה ואינדוקציה בהלכה״, בתוך: **צהר**, טו (תשס״ב), עמ׳ 23-34.

מ׳ אברהם, ״בין מחקר לעיון, הרמנויטיקה של טקסטים קאנוניים״, בתוך: **אקדמות**, 6 (תש״ס), עמ׳ 161-180.

מ׳ אברהם, ״הקל וחומר כסילוגיזם מודל אריתמטי״, בתוך: **הגיון**, מחקרים בדרכי חשיבה של חז״ל, ב (תשנ״ג), עמ׳ 29-46.

מ׳ אברהם,״מעמדן הלוגי של דרכי הדרש״, **צהר**, יב (תשנ״ט), עמ׳ 9-22.

מ׳ ברויאר, ״מנעו בניכם מן ההגיון״, בתוך: **מכתם לדוד**, י״ד גילת, א׳ שטרן (עורכים), רמת-גן, תשל״ח, עמ׳ 242-261.

מ׳ ברכפלד, ״הפשטה מתימטית של הק״ו״, על פי ספר הליכות עולם, בתוך: **ספר הגיון**, מחקרים בדרכי חשיבה של חז״ל, משה קופל ועלי מרצבך, רמת-גן, תשנ״ה, עמ׳ 11-21.

מ' דרורי, "שגגה במשפט העברי, טעות בדין וטעות בעובדה" בתוך: **שנתון המשפט העברי**, א (תשל"ד), 1974, עמ' 72.

מ' היגער, "פירוש ר' משה אבן מוסא על הי"ג מדות של ר' ישמע"אל", בתוך: **א' מרכס (עורך), ספר היובל ללוי גינצבורג (החלק העברי)**, ניו-יורק תש"ו, עמ' צג- קכז.

מ' הלברטל, "ספר המצוות לרמב"ם, הארכיטקטורה של ההלכה והתיאוריה הפרשנית שלה", **תרביץ**, נט (תש"ן), עמ' 457-480.

מ' ווייס, "שרידי שקלא וטריא מן התקופה שקדמה לבית שמאי ובית הלל", **סידרא** ד (תשמ"ח), עמ' 53-66.

מ' כהנא, "קווים לתולדות התפתחותה של מידת 'כלל ופרט' בתקופת התנאים", בתוך: **ספר זכרון לתרצה ליפשיץ**, משה בר אשר, יהושוע לוינסון וברכיהו ליפשיץ (עורכים), ירושלים, תשס"ה, עמ' 172-216.

מ.ד. בירנהק, "הנדסה חוקתית: 'המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות'", **מחקרי משפט** יט, תשס"ג – 2003 , עמ' 593.

מיכאל אברהם וגבריאל חזות **מידה טובה,** אמור (התשס"ט), בכתובת:
WWW.bIV.IL/TORAMADA/PARASHA/230_EMOR.PDF

מרים גור-אריה הגנה חוקתית מוחלטת לעקרונות היסוד שבהצעת חוק יסוד: זכויות בהליך הפלילי, מהדורת "**משפטים על אתר**".

משה וילנגר, הלכת חניון חיפה: בית המשפט העליון קובע לראשונה כי ידון בערעורים ב"גלגול שלישי" בתיקים בעלי חשיבות משפטית או ציבורית, שורשים במשפט שבעים שנות משפט, משרד המשפטים, 1982, עמ' 3.

נ' אליקים, " 'גורעין ומוסיפין ודורשין', כמידה פרשנית בהלכה", בתוך: **שמעתין**, 151 (תשס"ד), עמ' 60-70.

נ' רבינוביץ, "על דברי סופרים", בתוך: **ספר הגיון**, גוש עציון, 1995, עמ' 87-98.

נמרוד בר-עם, הלוגיקה בין אפסיטמולוגיה למתודולוגיה, **'עיון'**, רבעון פילוסופי, תשרי, תשס"ג 375 – 388, עמ'375 .

נסים שלם, גלגול שלישי – גבולות הלכת חניון חיפה PSAK DIN 09/12/7. ראו בע"פ 05/4793 נבון נ' עצמון (פורסם בנבו, 6.2.07 בפס' 11.

נעם סולברג, "בקשת ערעור – הלכה ואין מורין כן" **משפטים** יח, תשמ"ט, עמ' 453.

ע' שטיינזלץ, "האם ישנה לוגיקה תלמודית", בתוך: ספר הגיון, מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל, משה קופל ועלי מרצבך, רמת-גן, תשנ"ה, עמ' 13-21.

ק' כהנא, "סיכומי האחרונים ליחס המדרש להלכה", **חקר ועיון**, א (תש"ך),תל-אביב, עמ' נח-סד.

ק' רבינוביץ, "פרדוקסים ופשרם בהגיונה של ההלכה", בתוך: **מחקרים בדרכי חשיבה של חז"ל**,

משה קופל ועלי מרצבך, רמת-גן, תשנ"ה, עמ' 77-109.

רות קנאי, שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית, **משפטים** לה, תשס"ה עמ' 147 – 204.

ש' מירסקי, "הדרשה בתקופת המשנה והתלמוד", **חורב**, ז (תש"ג), עמ' 75-91.

ש' רוזנברג, "אפשרי ומצוי בלוגיקה הבניימית", **עיון**, כח (תשל"ח), עמ' 56-72.

ש' רוזנברג, "הגיון, שפה ופרשנות", בתוך: **דת ושפה**, מ' חלמיש, א' כשר (עורכים), תשמ"ב, עמ' 105-113.

ש' רוזנברג, "פירוש י"ג מידות לר' דוד בן יום טוב אבן ביליה", **עלי ספר**, י"ח (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' 59-69.

ש"ז הלר, "תחולת חוק יסודות המשפט בתחום דיני העונשין", **ספר זוסמן** (תשד"ם) 345 – 361.

ש"ח קוק, "בענין שבע מדות של הלל הזקן", **הצפה לחכמת ישראל**, יג (תרפט), עמ' 90-91.

ש"י פרידמן, "הברייתות בתלמוד הבבלי ויחסן למקבילותיהן שבתוספתא", בתוך: **עטרה לחיים**, תש"ס, עמ' 163-201.

ש"י פרידמן, "הוספות וקטעי 'סבראי' בפרק החובל (ב"ק פ"ח)", **תרביץ**, מ (תשל"א), עמ' 443-418.

ש"י פרידמן, "כיצד מדקדקין? עיון בשינויי הגרסות של התלמוד הבבלי לרגל הופעת י"ג כרכים של 'דקדוקי סופרים השלם'", **תרביץ**, סח (תשנ"ט), עמ' 129-161.

ש"י פרידמן, "כתבי היד של התלמוד הבבלי – טיפולוגיה של כתיב", מ' בר-אשר (עורך), **מחקרים בלשון העברית ובלשונות היהודים**, מוגשים לשלמה מורג, ירושלים, תשנ"ו, עמ' 163-190.

ש"י פרידמן, "לאגדה ההסטורית בתלמוד הבבלי", בתוך: **ספר הזכרון לשאול ליברמן**, ירושלים, תשמ"ט, עמ' 1-46.

ש"י פרידמן, "להתהוות שינוי הגירסאות בתלמוד הבבלי", **סידרא**, ז (תשנ"א), עמ' 67-102.

ש"י פרידמן, "קבוצותיהם של כתבי-היד מן התלמוד הבבלי על פי כתיב ולשון", **לשוננו**, נז (תשנ"ד), 12-114.

ש"י פרידמן, "תוספתא עתיקתא: ליחס מקבילות המשנה והתוספתא": (א) "כל כתבי הקודש" (שבת טז, א), **תרביץ**, סב (תשנ"ג), עמ' 313-338.

ש"י שפרכר, "אין ריבוי אחר ריבוי אלא למעט ואין מיעוט אחר מיעוט אלא לרבות", בתוך: **הגיון**, תשנ"ג, עמ' 56-65. תשל"ה, עמ' קיא-קפא.

ד. שותי״ם מתוך פרויקט השו״ת בר-אילן גירסה 13

שו״ת אבני נזר, חלק אה״ע, סימן צה.

שו״ת באר יצחק, אה״ע, א, סימן ה.

שו״ת היכל יצחק, אה״ע, א, סימן ל.

תשובות חכמי פרובינצא, סימן סז.

שו״ת חתם סופר, חלק ז, סימן לג.

שו״ת יביע אומר, חלק ה, אה״ע, סימן ב.

שו״ת מהר״ם חלאווה, סימן קלה.

שו״ת משיב דבר, חלק ד, סימן ע״ו.

שו״ת מהרי״ק החדשים, סימן כה.

שו״ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, אה״ע, סימן לג.

פסקי דין רבניים, חלק ו.

ראבי״ה, תשובות ובאורי סוגיות, תתקצ״א.

Aristotle, *Topica,* The Loeb Classical Library, Great Britain 1960.

A. Freimann, *"Die Hebräischen Kommentare zu den 13 Middot des Rabbi Ismael",* S. Krauss (ed.) *Festschrift Adolf Schwarz,* Berlin und Wien, 1917, pp. 109-119.

A. Kunst, *"An Overlooked Type of Inference",* Bulletin of the School of Oriental and Africam Studies, (University of London*),* . 976-993 pp. (1940-42)X

Biblical, A. Sion, *Judaic Logic: A Formal Analysis of Talmudic and Rabbinic Logic*, Geneva, Switterland, 2002

D. L. Black, *Logic and Aristotle's Rhetoric and PoeticsMedieval Arabic Philosophy*, Leiden–New-York–Kobenhavn Koln, 1990.

E. Kapp *, Syllogistic*, in J. Barnes et al. (ed), *Articles on Aristotle*, London, 1975.

I. Efros, *"'Maimonides' Treatise on Logic"*, *PAAJA*, 34 (1966), pp 155-160.

R. Brunschvig, *"Logic and Law in Classical Islam"*, G. E. von Grunebaum (ed.), *Logic in Classical Islamic Cultur*e, Wiesbaden 1970, pp. 9-20.

I. M. Copi, *Symbolic Logic*, New-York, 1973.

I.M. Bochenski, *A History of Formal Logic*, University of Notre Dame, 1961.

L.Ginzberg, Eine Unbekannte, *The Old Rabbinic. Doctrine Of* L. Jacobs, *Studies in Talmudic Logic and Methodology*, London, 1961.

J.M. Harris, *How do we know this? Midrash and the Fragmentation of modern Judaism,* New York, 1956.

M. Fox, *"On the Rational Commandments in Saadia's Philosophy: A Reexamination"*, in M. Fox (ed.), *Modern Jewish Ethics*, Ohio 1975, pp. 174-186.

M. Mahdi, "Logic and Language in Classical Islam", in G. E von Grunebaum (ed.), *Logic in Classical Islamic Culture*, Wiesbaden 1970.

R. L. Weiss, *"On the Scope of Maimonides Logic, Or, What Joseph Knew"*, R. Link-Salinger (at al) ed., *A Straight Path*, *Studies in Medieval Philosophy and Culture, Essays in Honor of Arthur Hyman*, Washington 1988, pp. 255-265.

R. Smith, *"Logic*", in J. Barnes (ed.), "*The Cambridge Companion to Aristotle*", Cambridge 1995, pp. 27-65.

S. Lieberman, Texts and Studies, New York, 1974.

W. Kneale & M. Kneale, *The Development of Logic*, Oxford, 1962.

P. Slomkowski, *Aristotle's Topics*, (Brill) Leiden-New-York- Koln, 1997.

S. Feldman, The Wars of the Lord, I, Philadelphia, 1984.

W. Z. Harvey, *"Rabbinic Attitudes Toward Philosophy" Open Thou Mine Eyes*, Hoboken, New Jersey 1992, pp. 83-101.

COLLINS CO - BUILD ENGLISH LANGUAGE DICTIONARY : "AN ANAKOGY IS A COMPARSION OR SIMILARITY BETWEEN TWO THINGS THAT ARE ALIKE IN SOME WAY".

Giovanni Battista Ratti, *Norms, normative systems, and legal validity*, 8(1) Jurisprudence 166-176.

Vladimir Gavrilovich Rotan, Vladimir Nikolaevich Koval, Sergey Zenin, Ivan Mikhaylovich Yapryntsev, Yuliya Valentinovna Chertkova, *The doctrine of the rule of law in the light of the theory of legal interpretation*, 7(Extra-B) Laplage Em Revista 335-342 (2021).

Joel Feinberg, what, if Anything, Justifies Legal Punishment? The Clasic Debate, in Philosophy of Law 727 (Joel Feinberg & Jules Coleman eds GTH ED

Cesare Beccaria, On Crimes and Punishments (David Young trans., Hackett Publishing Company 1986) (1764)

The Modern Law Review, 76(6), i–xvi. (2013)PLUNKETT, D., SHAPIRO, S. J., TOH, K., & DUARTE, L., DIMENSIONS OF NORMATIVITY. 15 ON THE LEGAL SYLLOGISM. (2019).

Gallant, K. S. Legality in Criminal Law, Its Purposes, and Its Competitors. In The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law (pp. 11–45). Cambridge University Press (2009).

ו. פסיקה: (לא כולל פסיקות שבנספחים א-ה)

(י-ם) 11/95 חברת אמנון יושע בע"מ נ' מנהל הארנונה, עיריית ירושלים.

(תל-אביב יפו) 71-1170 ח' אלישע נ' ח' ומזרחי חיים, פ"מ תשל"ה (1)046.

ב"ש (ירושלים) 09-8485 , פלונית נ' אלמוני

בג"צ 10171/02 אברהם פריד נ' משטרת ישראל מחוז ירושלים.

בג"צ 22-1322 דיאנה כהן נ' מר שמואל מלמד.

בג"צ 1635/90 יוסף ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה

בג"צ 18111/96 הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ.

בג"צ 2205/97 מאסלה נ' שר החינוך והתרבות פ"ד נא(1) 223 (1997).

בג"צ 68-235 ר' ב' נ' הרב הראשי לישראל, הראשון לציון הרב ניסים. רג (1)462.

בג"צ 2454/08 פורום משפטי למען ארץ ישראל נגד פרופ' יולי תמיר – שרת החינוך.

בג"צ 2592/20 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה

בג"צ 2652/15 אלוף מיל' אביחי מנדלבליט נ' היועץ המשפטי לממשלה.

בג"צ 267/88 רשת כוללי האירא נ' בית משפט לעניינים מקומיים

בג"צ 2759/12 אל"מ ארז וינר נ' מבקר המדינה.

בג"צ 36/51 תם נ' מועצת עיריית חיפה, פ"ד ה(2) 1553, 1557

בג"צ 4169/90 זידאן נגד שר העבודה והרווחה, פ"צ מז (2) 147 , 160 – 161 (1993).

בג"צ 34-4541 אליס מילר נ' משרד הבטחון.

בג"צ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"צ מס (3) 771 (1995).

בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה

בג"צ 5016/96, 5025, 5090, 5434 חורב ואחרים נגד שר התחבורה ואחרים.

בג"צ 502/81 אהרון אבו חצירא נ' היועץ המשפטי לממשלה

בג"צ 541/81 (פ"ד לה (4) 807), סידני בן יהודה בוז'ו נ' פרקליטות מחוז תל- אביב.

בג"צ 81-541 סידני בן יהודה בוז'ו נ' שופט בית המשפט המחוזי בתל-אביב, מר ח' דבורין.

בש"פ 12-6897 מדינת ישראל נ' פלוני.

בג"צ 5432/03 ש.י.ן – לשיוויון ייצוג נשים נ' המועצה לשידור כבלים ולשידורי לווין.

בג"צ 6032/94 רשת – חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד נא (2) 790, 808, 809 (1997).

בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת

בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' כנסת ישראל.

בג"צ 6824/07 ד"ר עדאל מנאע ואחרים נ' רשות המיסים ואח'

בג"צ 6824/07 ד"ר עדאל מנע ואחרים נ' רשות המיסים ואחרים.

בג"צ 8665/14 טשומה נגה דסטה נ' מדינת ישראל

בג"צ 98/69 אהרון א' ברגמן נ' שר האוצר

בד"א (ארצי) 14/01 פלוני נ' הועד המחוזי של לשכת עורכי הדין.

בע"א 2643/97 גנז נגד בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 305 (2003).

בע"פ 2288/06 סיאני נ' מדינת ישראל.

בע"פ 3215/96 דורבשי נ' מדינת ישראל

בע"פ 347/07 פלוני נ' מדינת ישראל

בע"פ 449/07 אסף בן דוד נ' מדינת ישראל.

בע"פ 53/54 אש"צ, מרכז זמני לתחבורה נ' היועמ"ש.

בע"פ 6095/10 אכרמי חאג'י יהיה נ' מדינת ישראל.

בע"פ 946/94 מדינת ישראל נ' עובד. פ"ד נח (6) 951, 959 (2004).

בקשות שונות פלילי מס' 1986/94 מדינת ישראל נגד אלברט(בבר) בן דוד עמר.

בר"ע (ארצי)08-39013*17 , חנה אופנהימר נ' מרכז לחינוך עצמאי לת"ת ולבתי ספר.

בר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו (3) 123 (1982).

בש 1/87 פד מא(2) 281 אברהם דנגאשווילי נ' מדינת ישראל.

בש"א 10092/17 יוסף צ'רניך נ' מדינת ישראל.

בש"א 10092/17 יוסף צ'רניך נ' מדינת ישראל.

בש"פ 5872/16 יצחק (איציק) וזנה נ' מדינת ישראל

בש"פ 10900/08 באהלין נ' מדינת ישראל.

בש"פ 1659/11 חיים שטנגר נ' מדינת ישראל.

בש"פ 1689/11 חיים שטנגר נ' מדינת ישראל.

בש"פ 1758/20 יונתן אוריך ואחרים נ' מדינת ישראל.

בש"פ 1760/01 פלוני נ' מדינת ישראל

בש"פ 1986/94 מדינת ישראל נ' אלברט דוד בן עמר.

בש"פ 2066/13 אברהם ישראל נ' מדינת ישראל.

בש"פ 2066/13 אברהם ישראל נ' מדינת ישראל.

בש"פ 32,23/89 בן שמעון ואח' נגד מדינת ישראל.

בש"פ 4586/06 חלידו נ' מדינת ישראל

בש"פ 4972/07 פואז נ' מדינת ישראל.

בש"פ 5586-06 ניסים חלידו נ' מדינת ישראל.

בש"פ 6190/98 מדינת ישראל נ' שושני.

בש"פ 8735/09 מרדינגר נ' מדינת ישראל

בש"פ 877/06 גנסר נ' מדינת ישראל

בש"פ 8896/08 בוסקילה נ' מדינת ישראל

בש"פ 962/01 יעקב רבינוביץ נ' מדינת ישראל

בש"פ 962/01 רבינוביץ נ' מדינת ישראל

בש"פ 998/65 פפיסמודוב נ' מדינת ישראל.

דיון נוסף אזרחי 1333/02 הועדה המקומית לבנייה נגד יהודית הורוויץ.

דנ"א 1332/02 הוועדה המקומית לתכנון ובניה, רעננה, נגד יהודית הורוויץ.

דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית

דנ"פ 1058/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח (5) 547, 558, 2004.

דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן

דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן.

דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן.

דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן.

דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן.

דנ"פ 9384/01 מוחמד אל נסארה נגד לשכת עורכי הדין.

ה"פ (י-ם) 3108/04 סינימה (שמחה כהן) נגד יעקב כהן ואחרים.

מ״ת (ב״ש) 10741-03-11 נעזאם אבו אלקילע״אן נ׳ מדינת ישראל.

מ״ת (ב״ש) 6623-04-11 מדינת ישראל נ׳ יגאל חג׳אג׳

ע״א (ת״א) 3406/98 , יוכבד הלפרין נ׳ הרשות המוסמכת.

ע״א (ת״א) 3406/98, יוכבד הלפרין נ׳ הרשות המוסמכת.

ע״א 189/95 בנק אוצר החייל נ׳ מזל אהרונוב.

ע״א 1900/96 טלמצ׳יו נ׳ האפטרופוס הכללי.

ע״א 2129/19 יניב טוירמן נ׳ הליכוד תנועה לאומית ליברלית.

ע״א 2129/19 יניב טוירמן נ׳ הליכוד.

ע״א 273-89 ברזל דיר חנא נ׳ פקיד שומה נצרת.

ע״א 2846/03 אלדרמן נ׳ ארליך, פ״ד נט(3) 529, 535 -536 (2004).

ע״א 3042/19 אביחי ורדי **נגד** אלימלך רייכמן.

ע״א 347/71 סנסור נ׳ הקונסוליה הכללית של יוון. פ״ד כו (2) 328.

ע״א 3506-13 זאבי תקשורת אחזקות בע״מ נ׳ בנק הפועלים בע״מ.

ע״א 3622/96 א׳ חכם ואח׳ נ׳ קופת חולים ״מכבי״ פ״ד נב(2)

ע״א 3622/96 א׳ חכם ואח׳ נ׳ קופת חולים ״מכבי״.

ע״א 3900/14 ליד נגד המרכז הרפואי הלל יפה ומשרד הבריאות.

ע״א 4534/02 רשת שוקן נ׳ אילון לני הרציקוביץ.

ע״א 4534-02 רשת שוקן בע״מ נ׳ אילן לני הרציקוביץ.

ע״א 4726-01 . ג.א.ל בע״מ נ׳ הומנותא בע״מ

ע״א 480/79 , א׳ טרגר נ׳ גובה המכס בירושלים, ירושלים, פ״ד לה(2) 303, 306.

ע״א 5634/05 צוקית הכרמל נ׳ מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע״מ.

ע״א 5634/05 צוקית הכרמל נ׳ מיכה צח חברה לקבלנות כללית בע״מ.

ע״א 6316-03 אילן זגגות רכב בע״מ נ׳ ברוך ובניו זגגות רכב בע״מ.

ע״א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ׳ מגדל כפר שיתופי.

ע״א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ׳ מגדל כפר שיתופי.

ע״א 77/60 ברוך רוז׳נסקי נגד הרשות המוסמכת לפי חוק נכי המלחמה בנאצים.

ע״א 77/60 רוז׳נסקי נ׳ הרשות המוסמכת, פ״ד יד 880.

ע"א 9057-07 דוד אפל נ' מדינת ישראל

ע"א,189/95 בנק אוצר החייל נגד מזל אהרונוב

ע"מ (ב"ש) 1120/01 עיריית באר- שבע נ' נפרסטק אברהם.

ע"מ (י-ם) 12/85 נחמן סלומון ואח' נ' פקיד שומה, ירושלים.

ע"מ 1549/15 מדינת ישראל נ' סלומון רדאי.

ע"מ(ת"א)234476-0915 קריגר אהוד נ' מנהל הארנונה בעיריית ת"א-יפו.

ע"פ 121/88 מדינת ישראל נ' דרוויש.

ע"פ 150/87 מדינת ישראל נ' צייקובסקי.

ע"פ 1620-10 ניקולאי מצגורה נ' מדינת ישראל.

ע"פ 1707/08 אלי אריש נ' מדינת ישראל, סעיף יט.

ע"פ 178/65 אושא נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט(ד) 154. 156 (1965).

ע"פ 1818-16 פלוני נ' מדינת ישראל.

ע"פ 188-77 משה ורטהיים נ' מדינת ישראל

ע"פ 1965-14 פלוני נ' מדינת ישראל.

ע"פ 205/73 סטיבן איבן רוס נ' מדינת ישראל.

ע"פ 220-17 נוחי דנקנר נ' מדינת ישראל.

ע"פ 2247/10 שלום ימיני נ' מדינת ישראל

ע"פ 2597/04 רויטמן נ' מדינת ישראל

ע"פ 282/75 קרקי נ' מדינת ישראל.

ע"פ 295/10 פלוני נ' מדינת ישראל.

ע"פ 3/49 אנדלרסקי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"צ ב 589, 592 – 593 (1949).

ע"פ 35/32 שלום רוטשנטרייך נגד היועץ המשפטי.

ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל.

ע"פ 3728/04 סולימאן דווירי נ' מדינת ישראל

ע"פ 399/72 מנחם נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 17/12/72 דף לפרקלית 112)

ע"פ 4039/19 דניאל נחמני נגד מדינת ישראל.

ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל.

ע"פ 450/82 טרופי נ' מדינת ישראל, פ"ד ו ז(2) 589, 597, (1983).

ע"פ 4587/20 עז אלאדין חאמד נ' מדינת ישראל.

ע"פ 4784-13 ניר סומך נ' מדינת ישראל.

ע"פ 485-15 אלוני נ' מדינת ישראל.

ע"פ 49/80 עמוס מסילתי ואח' נ' מדינת ישראל

ע"פ 4912/91 ירון תלמי נ' מדינת ישראל

ע"פ 5113/19 זגורי נ' מדינת ישראל

ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועמ"ש.

ע"פ 5582/09 פלוני נ' מדינת ישראל.

ע"פ 5582-09 פלוני נ' מדינת ישראל.

ע"פ 6070/04 שיח' נ' מדינת ישראל.

ע"פ 6365/12 פלוני נ' מדינת ישראל

ע"פ 6420/10 קלא דיו סלסנסר נ' מדינת ישראל.

ע"פ 6535/01 דמיטרי קיזירוב נגד מדינת ישראל.

ע"פ 7176/04 ירון תלמי נ' מדינת ישראל

ע"פ 7211-13 פלוני נ' מדינת ישראל

ע"פ 8312*17 ברהמי בנימין נ' מדינת ישראל

ע"פ 8312-17 ברהמי בנימין נ' מדינת ישראל.

ע"פ 84-88 מדינת ישראל נ' יעקב בן שלום אברג'ל.

ע"פ 8729/20 יוסף כהן נ' מדינת ישראל

ע"פ 8959/14 דניאל בן סימון נ' מדינת ישראל.

ע"פ 8974-07 הוצ'יאן ליין נ' מדינת ישראל.

עמ 1164/04 עיריית הרצליה נ' דניאל יצחקי.

רע"א 10643/02 חבס ח.צ. פיתוח 1993 נ' עיריית אשדוד.

רע"א 1578/20 הוסטל כרמיאל נ' משרד הבריאות ואחרים.

רע"א 3527/96 אקלברד ואח' נ' מנהל מס רכוש – איזור חדרה, פ"צ נב (5) 305, 411 (1998)

רע"א 4962/19 לוקי בניה ופתוח בע"מ נ' דורי דנקנר.

רע"א 4962/19 לוקי בניה ופתוח בע"מ נ' דורי דנקנר.

רע"א 5150/02 וינברג נ' ביילס, פ"ד נח (2) 205, 211 (2003)

רע"א 5526/18 זוהר יפה ואחרים נ' דורית דיאמנט ואחרים.

רע"א 5768/94 ,א.ש.י,ר יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ

רע"א 686-97 מנורה חברה לבטוח נ' עיזבון המנוח משה תמר ז"ל.

רע"א 7037-00 עיריית ראשון לציון נ' עו"ד ישראל וינבוים, נו (4)856.

רע"א 7163-17 הפניקס חברה לבטוח נ' המוסד לבטוח לאומי.

רע"א 7924/06 אהרון אביטן נגד חיה אורן וחנן גזית

רע"ב 5570/09 גיורא אדינאייב נ' שירות בתי הסוהר

רע"פ 1024-21 פלוני נ' מדינת ישראל

רע"פ 2741/96 גלנטי נ' מדינת ישראל.

רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל

רע"פ 4142-04 סמל (מיל) איתי מילשטיין נגד התובע הצבאי.

רע"פ 4574-99 מדינת ישראל נ' ציון לגזיאל.

רע"פ 6951-20 סלאימה נ' מדינת ישראל.

רע"פ 9572/01 דדון נ' וייסברג, פ"ד נו (6) 918 (2000)

רע"פ מס' 1127/93, מדינת ישראל נגד יוסי קלין.

ת"א (חי') 21975-12-13 מאיר פדרמן נגד אשעד אמארה.

ת"א 2334/06 משק כרמי בע"מ נ' יעדים לשווק

ת"א 5417-09-12 עזבון המנוח דוד שלמוביץ גולה נ' עיריית תל-אביב.

ת"פ (חיפה) 5027-06 מדינת ישראל נ' טימור קוביאקוב

ת"פ (ת"א) 28084-10-17, מדינת ישראל נ' שלמה שורץ

ת"פ 326-03-11 41 מדינת ישראל נגד פלדמן (עציר)

ת"פ 375/56 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' חיים בן משה יולזרי ואח'

ת"פ 375/56 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' חיים בן משה יולזרי ואח'

ת"פ 858/73 מדינת ישראל נ' מ' פרידמן ואחרים פ"מ תשל"ה(1) 367

ת"ק (נת') 52344*01*15 אורן דן נ' א.ר. יורוסטה בע"מ.

The development of the 'a fortiori doctrine' in Israeli law and its historical influence on its formulation and application methods in the criminal law field.

Gabriel Hazut

Abstract:

According to the 'Nevo' system, the term "*a fortiori*" ("Kol VaHomer") is mentioned in Israeli court rulings a staggering 37,065 times!!! With such a high usage, one might have expected the development of the "a fortiori" principle within the Israeli legal system, but that is not the case. Israeli judges frequently employ the concept without a formal regulatory framework dictating its proper use, validity, or scope. The legal term "*a fortiori*" has become a borrowed expression, representing a logically compelling argument that is not subject to appeal. For example, Lord Kerr presented *a fortiori* argument supporting his opinion that Article 3p1 of the European Convention on Human Rights also applies to the self-determination of the people of Scotland. He writes: "It is incumbent upon states to hold elections under conditions ensuring free expression, etc." He justifies the people's right to self-determination by stating: "If voting for the legislature is considered important enough to be guaranteed to everyone, why should voting for the form of governance be considered less important? "[866] While this formulation is far from *"a fortiori*" within the formal Hebrew legal style, it expresses basic human reasoning through wonderment.

On the other hand, the argument of *"a fortiori"* has undergone extensive development in Hebrew law, where a comprehensive "*a fortiori doctrine*" exists. In my previous research ("A Fortiori and ("Dayyo") in Rabbinic Literature,"z doctoral dissertation under Professor Shmuel Friedman, Bar-Ilan University, 2012), I contributed my share to the many studies on the importance of this concept. I see a direct and natural

[866] The Modern Law Review, 76(6), i–xvi. (2013)."If voting for a representative in a legislature is deemed sufficiently important that it should be guaranteed to all, why would voting for the form of government be deemed less important?"

continuation of the aforemeoned study in this research. Most Israeli judges use the term and understand its logic and limitations without being aware of the existence of a formalized "theory" that could greatly assist them in their rulings.

The purpose of this research, as its name suggests, is to examine the place and applications of *a fortiori* argument in Israeli law in general and criminal law in particular. This research is not a classic comparative study due to the lack of a common basis for comparison. While *a fortiori* argument in Hebrew law will stand in the background of the investigation based on Supreme Court rulings grounded in *a fortiori*, it will not be the sole measure for examining these rulings. The research will examine the nuances of *a fortiori* argument rulings based on relevant laws, principles, rules, and interpretations that have emerged in the Israeli legal system since its inception. In this research, I incorporate these influencing factors under the umbrella term "the judicial framework of *a fortiori*."

The predominant elements of this judicial environment include the Foundations of Law Act, 5740-1980, the Principle of Equality, the Principle of Legality, the abolition of Section 46 of the King's ruling and his council, definitions, and types of legal analogies according to the theory of A. Barak, Section 34(21) of the Penal Law, "no punishment out of law," "no warning out of law," and more.

The research methodology consists of the following steps: First, a concise examination of "*a fortiori doctrine*" in Hebrew law based on previous research and additional studies. The discussion at this stage is also intended to create "milestones" for further research, namely, dividing the general topic into subtopics. These subtopics will be the subjects of further research in studying *a fortiori* arguments in Israeli law. In this way, a preliminary foundation for comparing existing and evolving theories is established. The formal terms, principles, fundamental insights, and development of *fortiori* arguments in Hebrew law have been placed against the backdrop of the investigation of their counterparts in Israeli law.

Subsequently, after the basic tools and insights have been formulated and prepared, I will approach the second important part of the work: the examination of the applications of *a fortiori* in criminal law. *A fortiori* argument is perceived as a tool that adds validity on the one hand, while a high level of validity is required in criminal law on the other hand. This insight creates a situation where using *a fortiori* argument in criminal law

appears to be more common than in other areas. This notion is expressed in numerous Supreme Court rulings and academic articles. For example, Judge Shamgar[867] (as he was then titled) states: "In any case, our legal method is more 'flexible' in this regard and allows conviction based on circumstantial evidence... but only if the evidence allows for a 'single unambiguous conclusion, which is the only logical one.'"

Moreover, judges in criminal law are almost stripped of the authority to interpret. There, the judge must construct a perfect syllogism for each case.

> "Nor can the authority to interpret the laws devolve upon the criminal judges, for the same reason that they are not legislators . . . The judge should construct a perfect syllogism about every criminal case: the major premise should be the general law; the minor, the conformity or otherwise of the action with the law; and the conclusion, freedom or punishment. Whenever the judge is forced, or takes it upon himself, to construct even as few as two syllogisms, then the door is opened to uncertainty"[868].

A fortiori arguments are prominent in criminal law due to their ability to circumvent various constraints, such as the absence of direct supporting evidence for a claim.

> "This suggests, I think, that the characteristic point of deploying an a fortiori argument is that it allows us to sidestep certain types of constraints—constraints like one's lack of evidence that would directly support a claim like (2) above, or one's lack of knowledge of the relevant threshold—that render certain other kinds of inferences unavailable"[869].

On the other hand, there is 'reluctance' to use *a fortiori* arguments in criminal law, and a demand for adherence to the letter of the law is also common. In the most ambiguous verdict[870], Judge Zilberg asserted firmly: "Only the legislator can prohibit, and the court is not authorized to deviate even slightly from the areas of prohibition written with reference to logical considerations or *a fortiori* argument."

However, in judicial reality, the situation is entirely different. Fateful matters have been decided in the manner of *a fortiori*. For example, the application of the laws **of Deri**

---

[867] Criminal appeal 1707/08 Eli Arish vs. the State of Israel, Section 19

[868] PLUNKETT, D., SHAPIRO, S. J., TOH, K., & DUARTE, L., DIMENSIONS OF NORMATIVITY. 15 ON THE LEGAL SYLLOGISM. (2019).

[869] THE MODERN LAW REVIEW, 76(6), I–XVI. (2013)

[870] Criminal Appeal 53/54 Ashad (Eged), Temporary Center for Transportation vs. the Legal Advisor to the Government.

and Pinchasy on the Prime Minister at the time (Benjamin Netanyahu) was permitted solely due to *a fortiori* argument that arose from the legal relationship between these provisions. The conflict between these two perceptions was thoroughly examined through an investigation of **all Supreme Court rulings based on *a fortiori* in the criminal field**![871]

The methodology of the research created a kind of "funnel" that converges on the investigation in the criminal field. The **first chapter**'s investigation found that the sub-topics to be addressed for the continuation of the research are: the mechanism of applying *a fortiori* argument on all its parts, types of *a fortiori* arguments, the logical framework of *a fortiori* argument, types of exceptions (deferrals) of *a fortiori* and the limitations on the formation or outcome of *a fortiori*. The subsequent chapters, chapters 2-5, were all dedicated to the manifestations of *a fortiori* arguments in Israeli law. In the **second chapter**, I examined the operation of *a fortiori* in Israeli law through the following components: the mechanism, modes of reference to it, its central characteristics, and types of *a fortiori* arguments. The **third chapter** was devoted to researching the exceptions and limitations of *a fortiori*. The **fourth chapter** aimed to expand the view of the place of *a fortiori* in the judicial environment in which it operates. Many Supreme Court rulings in which *a fortiori* interacts have been examined: the Foundations of Law Act, the objectives and the rationale, values and norms, definitions, and terms were examined. It is apparent that *a fortiori* has an important and consistent role when it comes into contact with each of these.

In **the fifth and final chapter**, I examined the applications in all Supreme Court rulings involving *a fortiori* (458 rulings!!) in criminal law[872]. This is a huge scope of occurrences that go beyond this field of work. Therefore, I created **classification and sorting terms**[873] to present a comprehensive picture on the one hand and to select the

[871] Below is **Appendix-A**, 458 Supreme Court decisions extracted from the 'Nevo' system. The sorting fields are: (Supreme Court), (A Fortiori), (Criminal).

[872] 458 instances were found in the Nevo database under the search terms [Supreme Court], [a fortiori], and [criminal law]. All the paragraphs where the term' a fortiori' appears are listed below in Appendix A—All the "a fortiori" in Criminal Law. Their numbering is 1-458, which is the same numbering received in the search results in the Nevo database.

[873] These terms will be defined below in the **'Methodology'** section.

"cream of the crop" on the other. Aside from the required reduction in the number of occurrences, the classification and sorting methods were intended to reveal research results regarding the legal nature of *a fortiori* sources, such as the number of *a fortiori* occurrences in the Evidence field, in Punishment, and in Criminal Procedure Law[874]. In the discussion of **each source** in Appendix A, 'All the minor and major in criminal law'), I established three determinations in each of the rulings. The **first one** – Is the *a fortiori* argument explicit? (Yes, no), **the second** – Which field should this *a fortiori* argument be classified under? (Punishment, Criminal Procedure, or Evidence), the **third** – The level of 'importance' of this *a fortiori* argument (High, Medium, Low).

The findings in this chapter present a comprehensive **quantitative** picture of the forms of application and all their derivatives, unique *a fortiori* groups, such as the "third cycle," verdicts that include *a fortiori* in the era of the Fundamental Law: Human Dignity and Liberty, and more importantly, an in-depth investigation into the question: Does "no punishment out of law" practically apply? And the answer is no! It does not apply in practice despite its theoretical centrality.

Key findings of the research are as follows:

a. Israeli law does not use the "*a fortiori doctrine*" despite its extensive use of precedent and *a fortiori*. There is no evidence that the majority of Supreme Court judges are aware of the mechanism, its components, and the structure of *a fortiori* arguments. The use is mostly intuitive and not formal.

b. Israeli law has almost no fortiori exemptions because there is no awareness, understanding, or formality regarding a fortiori and its components. Even the few applications that exist do not stem from their defective logic but rather from their collision with "strong" legal concepts like ***The Objective***.

c. I did not find traces of the development of *"a fortiori doctrine*" in Israeli law.

d. Most, if not all, 'The minor and major' in Israeli law are of the 'simple' type, and only a few are of the type of 'the whole implicitly contains its part'.

[874] These three sources were chosen as they faithfully represent the majority of the field of criminal law.

e. The concept 'the whole implicitly contains its part", taken from Hebrew law, also serves as an interpretive rule in Israeli law.

f. Just as there is no "*a fortiori doctrine*" in Israeli law, there is also no "*Contradiction doctrine*."

g. Most, if not all, 'The minor and major' in Israeli law do not utilize comparison. This outcome resembles the situation in hundreds of instances of *a fortiori* in Hebrew law. The "Dayyo" principle, which is hardly mentioned in Israeli law except in one ruling in the Shalom Court, is responsible for this outcome.

h. The use of the principles of "no punishment out of law" and "no warning out of law" has gained a different meaning in Israeli law compared to Hebrew law. From the principle of "no warning out of the law," we learn the "principle of legality in criminal law," and from this principle, Section 34 (21) of the Penal Law, known as the "Rule of Interpretation in Favor," is derived.

i. It is accepted among Israeli judges that the Foundations of Law Act does not apply to criminal law, which does not withstand reality in light of their rulings.

j. In many groups of rulings, such as the "third cycle," *a fortiori* as an inferential tool is unnecessary and serves only for decoration and rhetorical persuasion.

k. From the rulings of the Supreme Court, I formulated the theory of "no punishment out of law" for Israeli law. It turns out that specifically in the criminal field, these principles are not applied even though there was a legal necessity to do so.

l. Regarding the Foundations of Law Act, it is apparent that the Supreme Court justices turned to the legislature and the law to complete the "missing."

The results of this research, unique in its kind, open the door to further research such as:

a. Attempting to find whether there is a positive correlation between users of *a fortiori* arguments in the judicial system and possible influencing factors such as education, religious education, legal areas, judicial hierarchy, and the like.

b. Is there room to incorporate *a fortiori* into the Interpretation Act?

c. Is there room for further amendment to the Foundations of Law Act to establish the position of *a fortiori*?

d. Creation and formulation of "*a fortiori doctrine* in Israeli law."

e. Comparative research on the applications of *a fortiori* in different legal methods.

The development of the 'a fortiori doctrine' in Israeli law and its historical influence on its formulation and application methods in the criminal law field.

Gabriel Hazut

A THESIS SUBMITTED FOR THE DEGREE

"DOCTOR OF PHILOSOPHY"

Monograph

Vol.1

University of Haifa

The Graduate Studies Authority

The Committee for Doctoral Studies

June 2024

The development of the 'a fortiori doctrine' in Israeli law and its historical influence on its formulation and application methods in the criminal law field

By: Gabriel Hazut

Supervised by:Prof. Doron Menashe

Prof. Itzhak Brand

A THESIS SUBMITTED FOR THE DEGREE

"DOCTOR OF PHILOSOPHY"

Monograph

Vol.1

University of Haifa

The Graduate Studies Authority

The Committee for Doctoral Studies

June 2024