

אור השפט

מאמרים ופסקים
בענייני הלכה ורפואה



לזכרו של יאיר כ"ץ ז"ל

מאת
הרב דניאל כ"ץ
דיין בבית הדין הרבני

ירושלים תשע"ח

© כל הזכויות שמורות למחבר
בהוצאת מכון "ישועות ישראל" לתורה ולמחקר
כתובת לפניות: katz.da@gmail.com

עכתב ברכה פערן הגאון רבי זלמן נחמיה גולדברג שליט"א

RABBI Z. N. GOLDBERG

Abbad Bies Horaa'h "Hayashar Vehatov"
Member Of Supreme Rabbinical Court

הרב זלמן נחמיה גולדברג

אב"ד בבית דוראה לדיני ממונות "הישר והטוב"
חבר בית הדין הרבני הגדול

ב"ה, יום א' אלול תשנ"ז

הנני דנה לעד דלכחו על תלמידי חבד אסלג מלג
הרו חוה הרה"ק ר' פנא"ל ב"ר שליוו
ב"ן ~~דג~~ דגית רבד' ונצח נמנ
לפנין דגית ב"ן רב
והי"א חסדו געז דמיוחפ בן דדיומ
בלגה ופן די"עוה דכל ח"ן חזען מעט
זכריו לחן מלג מעפטים ונהפיו
דיביג מעלעל פאמאזא זכריו
לחמא דדפכ
בלגה נחמיה גולדברג

זלמן נחמיה גולדברג
דין

מכתב ברכה עמך הראשון לציון הגאון הרב יצחק יוסף שליט"א

Yitzchak Yosef
The Rishon Lezion Chief Rabbi Of Israel
President of The Great Rabbinical Court



יצחק יוסף
הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול

בס"ד, כ"ט אב תשע"ז, 4-1629/צ"ז

דברי ברכה

הובא לפני גליזנות ספר **"אור המשפט"** בענייני הלכה ורפואה, מעשה ידי להתפאר, של הרב הגדול, מעוז ומגדול, הדיין המצויין, מוכה הרבים, תהלתו בקהל תסידים, יושב על מדין, שמו מפארים, הרה"ג רבי **דניאל כץ שליט"א**, דיין בבית הדין הרבני אשקלון ת"ו.

עיניי בספרו כמסת הפנאי, וכמעשהו בראשונה, כך עשה בחלק זה, דן בשאלות אקטואליות בענייני הרפואה, וכביר מצאה ידו בעיני ישר ונכון, ביתר שאת ויותר עוז, ומכור היטב כל ענין על פי דברי רבוחינו הפוסקים ראשונים ואחרונים, תרשים גם ישנים, וערך הכל בטוב טעם ודעת, דבר דבור על אופניו, תפוחי זהב במשכית כסף, נפש עמל עמלה לו, איישר חיליה לאורייתא.

וראיתי את אשר דן בעניין בישול כימי בשבת, הנה כיוצא בזה יש לדרך לגבי בישול במיקרו גל בשבת, דכפי שידוע אין הבישול במיקרו גל נעשה על ידי גוף חימום, אלא תהליך הבישול נעשה על ידי גלים אלקטרו מגנטיים המכים במהירות רבה על המוצר שבתנור, והם שגורמים לבישולו. כי כנודע כל מוצר מורכב מאלקטרונים ומולקולות, וכאשר האלקטרונים מתחילים לנוע במהירות הדבר גורם או להבערת אש או לבישול המוצר. וזה המצוי בורם החשמל, וכן במכשיר המיקרו גל על ידי גלים קצרים, המכים במהירות רבה על המוצר שבתנור, וגורמים להנעת החלקים האלקטרוניים שבמוצר והזחתם במהירות רבה, ועל ידי כך המוצר מתבשל. ועיין בגמרא כריתות ו: מסייע ליה לרבי יוחנן דאמר, כשם שהדיבור רע לין כך הדיבור יפה לבישמים, ובגמרא בבא בתרא כ: מרחיקים את הריחיים ג' מן השכב וכו' אלא משום קלא. ע"ש.

והנה מלאכת בישול כמשכן היתה על ידי גוף חימום, כמו גחלים ואש המתחממת מהם, ותולדת האור היינו דבר הבא מכח האש ודוגמתו. אבל לא מצינו במשכן בישול בדבר שאינו על ידי גוף חימום. ולכאורה כיון שלא מצינו כן במשכן, לא יהיה איסור מן התורה בבישול במיקרו גל. וכגון שנכיר פתח את המיקרו גל לצורך עצמו, והישראל רוצה להניח שם דבר מאכל כדי לבשלו. אי נמי שהכינו את המיקרו גל מערב שבת על ידי שעון שבת, ונותנים את המאכל לתוכו קודם שהמיקרו גל הופעל על ידי השעון, והמאכל מתבשל מאליו. ונודע שאין לבשל בכיור"ב על ידי שעון שבת. ואמנם בעת שהמיקרו גל פועל, אין אפשרות לפותחו ולסגורו מבלי להפעיל מעגל חשמלי, ואף שהקרינה עשויה להדליק אש ואז אין הכי נמי הדלקה זו תיחשב להבערה, דלא גרע מריכוז קרני השמש על ידי זכוכית מגדלת והבערת אש על ידי כך, דחשיב כהבערה גמורה, מכל מקום אם הבישול נעשה רק על ידי הקרינה, יש לדרך אין הוא איסור תורה, ואמנם אם יש במיקרו גל גם גופי חימום רגילים, בודאי דהוי כאש גמורה. אך אגן אידין במיקרו גל שאין הגופי חימום מופעלים, או שאין בו גופי חימום אלה. ועיין בכיוצא בזה בשו"ת הלכות קטנות חלק א' סימן קפט גבי המבשל באש שלהבת היוצא בין החרים, שהוא הר געש, אם יש בו משום בישול, וכתב, שניצין מן השמש נבער ממוצא הגפרית ומשם יוצאת האש, ואפשר שחום הגפרית הוא, ואינו אש ממש, והמבשל שם אינו חייב משום בישול שתולדת חמה הוא. וכ"ש במבשל במיקרוגל שאין האש נראית כלל שאין דינו כאש, שעצם החום לא בא ע"י אש אלא ע"י כח אחר לגמרי, ולא מקרי אפי' תולדת אש, ואפי' בכח



חשמל כתבו כמה פוסקים שלא כל כח חשמלי דינו כאש, ולכן הרבה פוסקים סוברים שבהדלקת אור פלורסנט אין בו משום הבערה או כישול מן התורה, ואף שהעיקר שהוא אסור מן התורה, מ"מ באופן שאין אש אלא קרינה בעלמא, י"ל דאין בזה איסור תורה.

ועיין בקרית ספר (פרק ט' מהלכות שבת) שכתב, דכישול לא הוא אלא באור ותולדותיו "דהכי נמי הוא בסממני המשכן". [נראה מה שכתב בדעתו בשו"ת אגרות משה חלק ג' אורח חיים סימן נב].

גם החתם סופר כתב כיו"ב בספרו תורת משה (ניקחל ד"ח אלה), דו"ל: והנה בשבת המבשל ב(אור ו)תולדות חמה פטור, מפני שלא היה כן במשכן כי אם כישול סממנים באור ושמן דוקא בתולדות האור, אבל בחמה לא בשלו במשכן דלפני מלך בשור דם אין עושים כן לפני הקב"ה לא כ"ש. ואף שבדואי כשהיו משועבדים במצרים כישלו ואפו בחמה, מכל מקום אמר הקדוש ברוך הוא אלה הרברים, ל"ט מלאכות תעשו למשכן, אע"פ שבמצרים עשו ארבעים מלאכות, היינו גם אפיה וכישול בחמה, מ"מ למשכן לא תעשו אלא ל"ט מלאכות, וגם בשבת לא יתחייב אלא מה שהיה במשכן, והיינו אבות מלאכות ארבעים חסר אחת, חסר מן הארבעים שעבדו בעבודת פרך שבמצרים. ע"כ.

ולפי זה גם במיקרוגל לכאורה כיון דלא מצינו כישול כה"ג במשכן, לא יהיה בזה עכ"פ חיוב מה"ח משום מבשל. ואע"פ שמכשיר זה מופעל ע"י זרם חשמלי, מ"מ אינו גורם לשום גוף חימום, ונודע שיש אחרונים הסוברים, שכזרם כשלעצמו, אם אינו גורם להדלקת מנורה או גוף חימום וכדומה, אין בו איסור בשבת מדין הבערה, דמה שניתנים ניצוצות ע"י הגברת כח הזרם, הוא איסור דרבנן, כמו שנתבאר שם. וכבר כתב הפמ"ג (סי' חקב משו"ן סק"א) שמד"ב רבינו עובדיה מברטנורא (ביצה פ"ק ד' משנה ו') על המשנה שאין מוציאין אש מן האבנים ביו"ט משום דדמי למלאכה שבוירא ומוליד את האש ביו"ט, משמע דהוי מדרבנן. ולא חשיב מלאכה גמורה וכו'. וכתב בשו"ת רב פעלים ח"ב (סימן נג), שגם בשבת אם לא הודלק מהניצוצות כלום אין בזה אלא איסור דרבנן דדמי למלאכה, לדעת הרע"ב הנ"ל. וכ"כ החזון איש (סימן ג' אות ט') בד"ה ולענין, שאף שניצוצות ניתזין זה אחר זה בתמידות מחוט החשמל, ובפרט בשעת הפעלתו, אין בזה משום איסור מבעיר מה"ח, אלא יש בו משום איסור שבות שאין מוציאין אש מן האבנים וכו'. וע"ע בזה בשו"ת יביע אומר ח"ה (אורח סימן כ' אות ו'), ובשו"ת בית אבי ח"א (סימן ס') בד"ה וכן, ובשו"ת מנחת יצחק ח"ב (סימן ח' אות ג'), וח"ג (סימן כט בד"ה וכל זה). ומעתה, כיון שכונ"ד אין כאן כל כוונה להוציא ניצוצות בחיבור הזרם, הו"ל פסיק רישיה בדרבנן דלא איכפת ליה דמשרא שרי, וכמו שכתבו התוס' (שבת ק"ג. ויזמא לה). והרשב"א (תפוחות ג'), ורבים מהאחרונים שהובאו בשו"ת יביע אומר חלק ה' (חלק אורח חיים סימן כ' אות ד', ובמילואים שם). ע"ש. [וגם לענין כיבוי ניצוצות מבואר בכמה פוסקים שאין בזה איסור תורה, כמו שכתב בשו"ת בשמים ראש (סימן קצ"ה) בשם הרא"ה, בזה"ל: פעם אחת במסיבת חכמים נפל ניצוץ אש על השלחן, ואחד נתן אצבעו עליו וכבה, וצווחו עליו שבת שבת, ונצטער, ואמר חכם אחד, מה בכך, ניצוצות אין בהם ממש, ואחיכו עליה וכו', ומנודי דו"ל נתיישב בדבר, ואמר, דשפיר קאמר אותו חכם, שהרי בין לרבי יהודה בין לרבי שמעון איסור כיבוי משום עשיית פחמים הוא, והניצוצות אין בהם ממש כלל וכו'. והובא בשו"ת פני מבין (א"ח סימן נג), ובשו"ת מלמד להועיל (סימן ס').]. ומטעם זה התיר ביביע אומר שם (במילואים) להשתמש במעלית חשמלית אוטומטית בשבת, אף שכובד גופו גורם לניצוצות.

גם בשו"ת מנחת שלמה (סימן י' אות ו', עמוד פז) כתב, דכל כהאי גוונא אין לחוש להוצאת ניצוצות, כיון שכדרך כלל בכל להיצת כפתור חשמלי, הן לחבר והן להפסיק את הזרם יוצא ניצוץ, אלא שתמיד נעשה כן בדרך אגב גררא, ולא במתכוין, הילכך לא נחשב דבר זה כדרכו, אלא כלאחר יד, וחשיב פסיק רישיה דלא ניתא



ליה בדרבנן דמשרא שרי. ועיין עוד שם עמוד פז. ואף שהגאון החזון איש (חלק אורח חיים סימן כ' אות טז) כתב שיש לחוש לאיסור בונה או סותר בעת חיבור הזרם והפעלתו, שביצירת המעגל החשמלי חשיב כבונה, וכן בכיבוש החשמל יש לחוש משום סותר. וקירוב הדבר שזה בונה מן התורה כעושה כלי. ע"ש. מכל מקום יש לדון בדב"ק כמ"ש בשו"ת מנחת שלמה (סימן טז). וכן הוא דעת מרן אאמ"ר שאין לחוש כזה משום בונה וסותר, שאין זה דרך בניה. ואמר כן גם בשם מופה"ד הגאון רבי עזרא עטייה זצ"ל, ראש ישיבת פורת יוסף.

ומעתה, יש לדון במכשיר המיקרוגל, דכיון שהמוצר מחבשל שלא על ידי גוף חימום ואש, לכאורה לא יהא אלא איסור דרבנן. ולפי זה נוכל להחזיר השימוש במיקרוגל לצורך חולה שאין בו סכנה, על פי המבואר בשולחן ערוך (סימן שס"ח סעיף יז), ובלבד שיחברו את זרם החשמל למיקרו גל מער"ש, כדי שלא ידליקו את המנוורה שנתעדה להוכיח על הפעלת המכשיר. או שיפעילוהו על ידי שעון שבת.

ועיין בגמרא שבת (טז.) דכו"ע לא פליגי דהמבשל בחמה שרי. ופירשו רש"י והר"ן, שאין דרך בישול בכך, וחמה באור לא מחלפא דלינור הא אטו הא. ובשו"ת אג"מ ח"ג (אורח סימן כב) דייק מזה שלפי זה אסור מה"ת לבשל במיקרוגל, שהרי דרך בישול הוא, שטוב לבשל בו כמו באש ממש, ואילו שיש להם תנור כזה, משתמשים בו יותר מבישול באש, ומה שלא נתפשטו תנורים אלו, משום שעדיין לא מצויים כאלה כל כך, וכשיהיו מצויים הרבה, בודאי ישתמשו בהם, שהרי הוא יותר טוב מתנור גיל. ובדאי שיש ללמוד מבישול של אש שהיה במשכן בחשיבות תולדה שהוא לכל הדינים כאב דבישול ע"י האור לאיסור ולחיוב טקילה ותטאת. ע"כ. ועיין באגלי טל (מלאכת האופה סיף יז, סיף מד) שפירש ברש"י שהטעם דבחמה עצמה מותר, משום שאין דרך בישול בכך. אלא שהעיר שהרי בדבר הנעשה שלא כדרכו בשבת, אסור עכ"פ מדרבנן. וע"ש מ"ש להסביר, שהרי בבישול באש יש שבת עצים בפת, והוא שינה לבשל בחמה ששבת חמה בפת, הרי יש שינוי בהבישול הנעשה. ואין כאן שבת עצים בפת. ע"ש. ובשו"ת אג"מ הג"ל גם כן העיר דהא דבר הנעשה שלא כדרכו בשבת אסור מיהא מדרבנן, וכתב דא"א לומר כנו', דהא יש דברים בתולדות חמה שהוא דרך בישול, ולכן כתב דכיון שעכ"פ אין מבשלים רק כשאין לו עצים, אין ללמודו ממלאכת המשכן להחשיבו כתולדה. ע"ש. ולכאורה לדברי האגלי טל י"ל בדעת רש"י, דבישול במיקרוגל שהדרך הוא בכך, ליהוי איסורו מן התורה. אולם עדיין יש לפקפק בכל זה, דקשה לפרש דברי רש"י כפשוטן, שהרי גם גבי קרבן פסח אשכחן חילוק כזה בגמרא פסחים (מ"א ר) מאי שנא שבת דלא, דתולדת אש בעינן וליכא, פסח נמי לאו תולדת אש הוא וכו', וכפסח אין שייך כלל אם דרכו בכך אם לאו, אלא אם הדבר נעשה מבושל או לא, וע"כ רחמנא לא חשיב בישול אלא ע"י האור ותולדותיו. וכן העיר במנחת שלמה הג"ל ע"י האג"מ הג"ל. וגם חזו"ן דהפ"ח יליף מעישון בשבת לענין עישון בב"ב, הובא בבאורי הגר"א (י"ד סימן פז סיף ג), ואי משום דאין דרך לבשל לא שייך ללמוד לבב"ת, וע"כ דס"ל דמה שהותר בשבת הוא משום דלא חשיב בישול, וליף מינה לבב"ת. אולם עדיין יש לדון בזה ע"פ מה שביאר באגלי טל הג"ל (סיף מד), דיש הבדל לרינא בין העושה פעולה כשינוי, כגון כלאחר יד, דמצינו בזה גזירת חז"ל, ובין אם יש שינוי בנפעל עצמו, בדוח לא גזור חז"ל. ובישול בחמה שונה במהותו מבישול באש, וטעמו שונה במקצת, ושבת עצים בפת אינו כשבת חמה בפת, ולכן אין כאן גדר של מלאכה בכלל. ומטעם זה לא גזור חמה אטו אור. ולדברי יש לדון לכאורה דהמבשל בקרינה דמי למבשל בחמה, שהרי



Yitzhak Yosef
The Rishon LeZion Chief Rabbi Of Israel
President of The Great Rabbinical Court

יצחק יוסף
הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול

האנרגיה הנבלעת במוצר אינה דומה לאש הפועלת במוצר, והבישול שונה במהותו בין בישול באש לבישול ע"י קרינה. וא"כ אף אם הדרך לבשל במיקרוגל הרי עכ"פ הנעשה אין בו שבח עצים בפת. וי"ל.

וראיתי בשו"ת מנחת שלמה הנ"ל (סימן ע"ב) שכתב בכיו"ב, בדין הרחתת מים ע"י מזלג חשמלי, ששני קצותיו מרוחקים זה מזה, והמעגל נוצר רק ע"י התנגשות האלקטרודות במים, והמים מתחממים מאליהם, והמזלג לכשעצמו אינו חם כלל, ואם רואים בסוף הבישול שהמזלג חם, הרי זה מכת המים החמים שהמזלג היה בתוכם. אבל המזלג עצמו אינו חם כלל. והגרש"ז אייערבאך נטה לומר שאין בזה איסור תורה, שכיון שזרם חשמל אינו אש, ממילא הו"ל כתולדת חמה שפטור מחטאת. [ורצונו לומר, בדרך בישול שהיה במשכן הוא ע"י גוף חימום וגחלת, ובחמה שריץ לבשל משום שאין דרך לבשל בחמה, וכדפירש רש"י בשבת לט. ד"ה דשרי. ובתולדת חמה גזרין אטו תולדת האור, והה"צ בנ"ד דחשיב כתולדת חמה ואסור עכ"פ מדרבנן]. והגרש"ז אייערבאך הציע הרברים בפני החזון איש, שלדעתו רצוי לפרסם דבר זה לבתי חולים וכדומה. והשיב החזון איש שלדעתו הוא איסור תורה, דכמו שהמבשל במים חמים שהם תולדה של אש חייב חטאת, כך גם המבשל בורם החשמל, הואיל ובדרך כלל החשמל הוא תהליך היצר אש, הוה ליה כעין עיבור של אש וכו'. ובמנחת שלמה הנ"ל כתב על זה: ומאד התפלאתי לשמוע דבר זה, וילדות היתה כי לומר שרק הראשונים היו יכולים לומר חידוש גדול כזה. אך הוא חזר והשיב שלדעתו הוא פשוט ואין צריכים כלל להיות רשבי"א כדי לומר דבר זה. אולם גם היום הדבר תמוה מאד בעיני וכו', ע"כ. ואמנם יש לסייע את דברי החזון איש, ממה שכתב המאירי בשבת (לט א) [ותובא בכה"ח אות מין וז"ל: "הסיד, אף על פי שהוא דבר המוסיף הבל, לא נאסר להטמין בו צונן. אבל אם הוא רותח הרי הוא תולדת האור וכו'." וסיד זה יש לפרשו בעוד שהוא רותח מכת האור. אבל אם נצטנן וחזר ונרתח במים שכבה, יש מקילים. ואינו כלום, שהרי אף משנצטנן מרתחו את מקומו, ולא זה ממנו רתיחה שמכת האור, אלא שהיא מתוספת בשעת הכיבוי". ע"כ. והיינו, שאם הרתיח את הסיד על האש בודאי דהוא תולדת האור, אבל אם הרתיחו את הסיד על האש, ואח"כ נצטנן, וחזרו והרתיחו את הסיד ע"י שיצקו עליו מים צוננים נשטבע הסיד לעלות רתיחה ע"י יציקת מים עליו, בזה לא זה ממנו רתיחה שמכת האור. ואסר בזה בשבת אף שאין הרתיחה נגרמת ע"י גוף חימום של גחלת או שלהבת וכדומה. וצ"ל שהטעם לזה כמ"ש החזו"א שטמון כאן אפשרות להגיע לחימום ההרתיחה, ויש כאן עיבור של אש, והוא ממש כדברי החזו"א. ולפ"ז י"ל דשאני תמה דשרינן בה משום שאין בישול בחמה, וכמבואר ענין זה באגלי טל הנ"ל (עמוד קכט).

ונמצא שיש פנים מסבירות לדברי הגרש"ז אייערבאך, ובפרט אחר שהמאירי הזכיר בדבריו שיש מקילין, אף שכתב על דבריהם ואינו כלום. וראיתי בשביתת השבת (סימן מד) שכתב, דאף להמקילים שהביא המאירי היינו לענין חיוב ופטור ולא שיהיה מותר לגמרי. ע"ש. וראה בשו"ת לב חיים ח"ג (סימן ע"ד) שכתב, דסיד הוי תולדת אש, והמטיל מים לתוכו ונרתחים חייב משום מבשל. אך בשו"ת אבן יקרה ח"א (סימן י"ב) כתב, דאי אפשר לחייב משום מבשל בתום סיד, דאינו אלא תולדות חמה דפטור אבל אסור כדין חמי טבריא. ומה שאמרו בחולין (ה) נכחו בסיד בגפרית ובכל דבר הוא מתמת האור הרי זה מכוה וכו', היינו שהרתיח את הסיד על האש. וכדמות ראייה הביא קושית התוס' (פסחים ע"ה) ד"ה נכוה, שהקשו, מה בין גפסים רותח וסיד, לחרסו של תנור דאמרין לעיל דטעמא דכתב רתמנא צלי אש ב' פעמים, הלא"ה צלי אש קרינא ביה, והכא איצטרך סיד וגפסים רותח ויבויא אבל מאש לא הוה ידענא. ע"כ. משמע דאיידי בסידי שהרתיחוהו על האש. וע"ע ביבי"א ח"ג דף סג אות ד', שדחה ד' הלב חיים.



Yitzchak Yosef

The Rishon LeZion Chief Rabbi Of Israel
President of The Great Rabbinical Court

יצחק יוסף

הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול

ולכאורה נידון המיקרוגל דמי לנידון שדנו בו החזון איש והגרש"ז, דגם כאן על - ידי כח זרם חשמלי באה קרינה הגורמת לכישול, ולדברי החזון איש דיש כאן עיבור של אש וחייב משום מבשל, הוא הדין בנידון דידן. ועדיין יש מקום לחלק, דעך כאן לא קאמר החזון איש אלא במבשל בזרם חשמלי, וכמו במזלג הנ"ל, דאף שאין בו גוף חימום, אבל הבישול נעשה מכח זרם חשמלי וחשיב כעיבור של אש, שהרי אם יעבירוהו בחוט יעשה אש. אבל בנידון דידן שהוא בקרינה שהיא תוצאה מזרם חשמלי, ואם יעבירו קרינה זו בחוט של נורות וכדומה מסתבר שלא יהיה אש כלל, וממילא אין להחשיבו כעיבור אש. ולכאורה עלמא הוי תמה גמורה. ודו"ק.

והנה בירושלמי (פרק ג' דשבת ה"ד) מבאר שאין בישול ברור אלא כשהאור מהלך תחתיו. ומשמע שאין חיוב מה"ת בתולדות האור. אלא שמהתלמוד דידן לא משמע כן, ומטע"ז גזרו תולדות תמה אטו תולדות האור, וע"כ בתולדות האור הוי איסורו מה"ת ככל תולדות דשבת, ומש"ה לא הוי גזירה לגזירה. ונמצא, שלדברי הירושלמי הבישול במיקרוגל הוי דרבנן, אף אי נימא דיש בו עיבור של אש, מ"מ לא גרע מכל תולדה דהוי מדרבנן. וי"ל. אבל לתלמוד דידן ע"פ מה שביארנו אין זה ברור דהבישול במיקרוגל [נהפועל מער"ש ע"י שיעון], הוי מה"ת, ויש מקום לומר דהוי איסור דרבנן וממילא יהא שרי לצורך חולה שאין בו סכנה. ועדיין צ"ע, דשם הוי בכלל בישול גמור האסור מה"ת.

שוב ראיתי בספר ישיב משה (פוסק, עמוד שט) שכתב שאינו רואה סיבה לאסור בישול בשבת בתנור של גלי מיקרו המופעל ע"י שיעון חשמלי, לולי דמסתפינא מדברי האג"מ [הנ"ל]. ובפרט לדברי האגלי טל (מלאכת אומה טעף יט) שכתב שיש חילוק טבעי בין תולדות חמה לתולדות האש בתוצאה הנפעלת בלחם, ואם כן קל וחומר בתנור המיקרוגל שהפעולה והנפעל שונים לגמרי מבתולדות האור, כגון התייבשות ומה שנעשים כגומי ועוד דברים שאין לתנור המיקרוגל שייכות עם תולדות האש. ושם תלה ד"ז כמה שנתלקו הקדמונים מה היא מהות השמש, אם הוא כמו אש הגשמי הנמצא בכדור הארץ, או שהוא דבר רוחני, ועיין להרמב"ם (פרק ג' מהלכות יסודי תעודה הלכה ב') שכתב, כל הגלגלים אינן לא קלים ולא כבדים, ואין להם לא עין אדום ולא עין שחור ולא שאר עינות וכו', וכן אין לא טעם ולא ריח לפי שאין אלו המאורעין מצויין אלא בגופות שלמטה מהן. ע"כ. ופירשו שם, דכן נתבאר מדברי הפילוסופים, שגולם השמים אינו כגולם ארבעה היסודות, ולא המחובר מהם, ואמיתת גולם השמים לא נודע להם, לפיכך לא יאמר בהם שהם לא קלים ולא כבדים ולא טעם ולא ריח, "מפני שכל אלו המקרים הם כמה שלמטה מגלגל הירח". וכן משמע מדברי הרמב"ן (בראשית א' פסוק יד), והגופים האלה [השמש והירח] מקבלי אור מזהירים כגון האספקליות ואבני השוהם, ולכן יקראם מאורות ולא אורים. ע"כ. ומשמע דהשמש אינה מיסודי האש, אלא כמו אבן טובה המקבלת אור מזהיר. וכן הוא בספר הברית ח"א (מאמר ב' חג השמיים) : וענינו על אמיתתו שהוא בעבור כי האש או המים וכל אשר בשמים ממעל ברא הקב"ה מחומר וצורה עליונים ונכבדים וכו', ואין איכותם ואין טבעם כטבע האש ומים ושאר דברים של מטה, אף לא ישתווה במהותם כי אם בשם לבד. ע"ש. ועוד הביאו משם הויסיפון (בפרק כב דף ס"ב), דרבים יחשבו אשר הכוכבים בשמים אש, והם אינם אש ולא מאש, וחלילה לקוניהם מעשות זה, כי האש ואור יסתפקו בו השפלים האפלים. ע"כ.

ורבינו סעדיה באמונות ודיעות (מאמר ראשון דף סא) כתב, וכאשר משיבין עליהם בחוש השמש מדמים שאין גופו חם, ומה שהאור מתחמם הוא מעוצם סיבוכו, ומשום כך מגיע אלינו כשהוא חם וכו', טעה טעות



Yitzchak Yosef

The Rishon LeZion Chief Rabbi Of Israel
President of The Great Rabbinical Court

יצחק יוסף

הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול

גלויה. ע"ש. וכחובת הלבבות (שער היתור פרק ו') כתב, דבכעלי חיים וצמחים נמצאים ארבע יסודות, אש, רוח, מים, ועפר. וכבר חשבו קצת הפילוסופים כי הגלגלים והכוכבים והאישים העליונים הם מתולדת האש, ודומה לזה מה שאמר דוד (תהלים קד, ד): עושה מלאכיו רוחות משרתיו אש לוהט, ובוה ראה על המחשבה הזאת, ואיננה תולדה חמישית [דבר רוחני שאינו מארבעה יסודות] כאשר חשב אריסטו, וכיון שהנמצאות הוות הן היסודות ומחוכרות מהם, וידענו כי לא נמזגו מאלהין ולא נתחברו בטבען, מפני המחלוקת שביניהן וכו'. ע"ש. והנפ"מ בזה לכאורה, דאי נימא שהשמש היא כדור אש, מה שגזר על תולדות חמה הוא בגלל דגשו לאש התחתון, ולפ"ו מיקרוגל שהוא תולדות מגנטיות אין סיבה לגזור, ואין אנו גוזרים גזירות חדשות מדעתנו. אבל אי נימא דהחמה איננה בעצם חמה כאש שלנו, ועכ"ז גזר על תולדות חמה, למה לא נגזור על המיקרוגל, שהרי שניהם מהממים דרך הקרנה. ולכאורה הוי בכלל גזרת תולדות חמה. אולם אפשר לומר דאין נפ"מ בזה, דמה שגזר חכמים על תולדות חמה הוא בגלל שבני אדם טועים להחיר איסור הדומה בעיניהם להיתר, ואם כן מה איכפת לן אם השמש באמת חמה או לא.

ולכאורה יש לתלות ד"ז במחלוקת המהרש"ל והמג"א בדין בישול על גבי גג רותח, דלא מילחף בתולדות האור, שאין מי שיטעה לחשוב שהציתו אש תחת הגג, שדעת המהרש"ל דשרי לבשל על גבי גג רותח, אך דעת המג"א לאסור. ואם כן ה"ה בג"ד שהמיקרוגל צונן כמו שהמומחים מעידים, לא חיישינן שיבואו להחיר גם בחום ממש. אך יש לדחות, דמאחר וצורת תנור המיקרוגל דומה לתנור רגיל איה"צ יש לחוש ולגזור כמו שגזר בתולדות חמה אטו תולדות האור. אך עדיין יש לומר דעל המיקרוגל לא חלה גזרת חז"ל שלא דיברו על כיו"ב. וראיתי להרב זאב לב בקובץ תחומין כתב, דיש מקום לומר שבישול במיקרוגל אסור בשבת רק מדרבנן, דכמו שגזר שמא יחליף תולדות חמה בתולדות האור, כן יש לנו לומר כשרגילים לעשות את רוב הבישולים בתנור חשמלי, ובמקביל בתנור מיקרוגל, איזי יחליפו ביניהם ויאמרו שיותר לבשל בתנור רגיל. ואם כי אין בכוחנו לגזור גזירות חדשות מדעתנו, יתכן שזה נכנס במסגרת אותה גזרה ותולדות חמה אטו תולדות האור, שהרי כל סיבת הגזרה היא כמ"ש הרמב"ם כדי למנוע טעות, וסיבה זו קיימת גם כאן. [אלא דמ"ש שם בביאור דברי רש"י הג"ל, הנה לפי מה שביארנו אין לזה הכרח כלל. וע"ש מה שהעיר ע"ד האג"מ הג"ל].

ולא נצרכה אלא לכרעה להגאון המחבר שליט"א שיהי רצון ותפץ ה' בידו יצלח, לברך על המוגמר בקרב הימים, וימשיך לזכות את הרבים בתיכורים טובים ומועילים, ירום ונישא וגבה מאוד.

בברכת התורה,

יצחק יוסף

הראשון לציון הרב הראשי לישראל
ונשיא בית הדין הרבני הגדול





לעילוי נשמת

ד"ר נעם חרץ ז"ל

רופא דגול ומסור למטופליו
שכשמו כן הוא, נעים היה לכל אדם
זכרו הטוב יהיה נצור בליבנו



לעילוי נשמת

בת דודתי האשה הצדקת

חיה שושנה דיקנוף ע"ה

בת ר' נפתלי ומרים לין ז"ל
דעותה הקרינה אור ועדינות
פסורה הייתה לתורה ולמצוות עד מאד
ובעיוחד הדגישה את טהרת הדיבור
והקיפה עשפחה לתפארת

תוכן העניינים

הקדמה

א. טבילת נכים בכלים וטבילת נכים בכסא מיוחד –

1	תשובת אמו"ר הרב אהרן כ"ץ שליט"א.....
10	ב. בשער הדברים – עיוני אמונה ורפואה.....
22	ג. בריאות ושמחה.....
36	ד. הליכה לרופאים.....
53	ה. החיסון לאור ההלכה.....
66	ו. כישוף ואסטרולוגיה.....
76	ז. מהלכות הסנהדרין – הכשרת הדיינים.....
82	ח. הסתמכות על רופאים.....
114	ט. בדיקות מדעיות ומהימנותן.....
118	י. מחלוקת בין מומחים.....
141	יא. לא תענה על רב.....
154	יב. הבדיקות בהריון.....
177	יג. טיפול רפואי – גברים ונשים.....
189	יד. גידול חזירים לצורך ניסויים.....
196	טו. גן הכהונה.....

א. יסודות הלכות קביעת כהונה

ב. מעמדם של כהני זמנינו בפוסקים

ג. משולחן בית הדין

ד. מסקנות

טז. אם פונדקאית –

243.....	תשובת אמו"ר הרב אהרן כ"ץ שליט"א
253.....	יז. בנק הזרע בהלכה
261.....	יח. הזרעה מלאכותית לאחר מיתה
273.....	יט. בישול כימי בשבת
298.....	כ. פצוע דכא – פסול הגוף
330.....	כא. מעמד העובר בקניינים, ירושה ובקידושין
361.....	כב. רופא או מומחה שטעה
369.....	כג. אחריות על רשלנות
372.....	כד. שכר רופאים
380.....	כה. שכר עדים ודיינים
402.....	כו. שכר עבודה שלא צלחה – רופא שלא הצליח לרפא
419.....	כז. קרינה ונוקיה
487.....	כח. גידול עזים בזמן הזה
494.....	כט. שאלה של תורנות
496.....	ל. זכרון לאחרונים
507	זכרון ליאיר
509.....	דוד יאיר – ברוריה כ"ץ
511.....	הספד – הרב שלמה זאב פיק
515.....	דברים לזכרו – הרב ד"ר אברהם ליפשיץ

נספח

518.....	מכתב הערות מהרה"ג אריה כץ שליט"א
----------	----------------------------------

תוכן עניינים מפורט

א. טבילת נכים בכלים וטבילת נכים בכסא מיוחד – תשובת אאמו"ר הרב אהרן כ"ץ שליט"א – א. טבילה על גבי כלים/ ב. שיטת הרשב"א/ ג. בירור שיטת הראב"ד/ ד. יישוב הקשיים – היתר טבילה עם כלים/ ה. השקה למים שבכלים/ ו. הלכה למעשה

ב. בשער הדברים – עיוני אמונה ורפואה – "רפא נא לה" / המחלה – כפרת עוונות/ ההבראה – התחדשות האדם. ההבראה – נס/ להודיע צערו לרבים/ תפילת החולה/ כיצד מתפלל על חברו/ תפילה שלא יחלה/ וידוי החולה/ אל ימנע עצמו מן הרחמים/ ילך אצל חכם/ שינוי השם

ג. בריאות ושמחה – וגילו ברעדה/ שיטת רבי זירא/ יראה ושמחה/ ולשמחה מה זו עושה?/ שמחה של מצוה לעומת שמחת עולם הזה/ השמחה כחלק מעבודת ה'/ שמחה מבריא/ שמחה וביטחון/ בני העולם הבא

ד. הליכה לרופאים המקרה/ לא דרש את ה'/ גנו ספר רפואות/ לא הערוד ממית/ אלא שנהגו/ רמב"ן – מה לרופאים בבית עבד ה'?/ ריב"ש – כמה ספיקות יפלו בניסיון ההוא?/ הרפואה בזמן העתיק/ טיפול במגיפה/ היגיינה/ תוחלת החיים/ אוכלוסיית העולם/ סיכום הנתונים/ עיון מחודש/ פוסקי זמננו
נספח – פעילות גופנית לאור ההלכה

ה. החיסון לאור ההלכה מבוא/ א. המגיפה השחורה/ תולדות החיסונים/ הסוגים העיקריים של חיסון/ מדוע הורים לא מחסנים?/ ב. הדיון ההלכתי/ ג. הסתכנות לצורך הצלה/ ד. טובת הכלל/ מסקנות

ו. כישוף ואסטרולוגיה אין עוד מלבדו/ שיטת רש"י/ שיטת רבינו חננאל/ שיטת הרמב"ם/ תמים תהיה/ הרחבה בשיטת הרמב"ן/ תלמידי הרמב"ן/ הגר"א/ בקיאות הדיינים/ מסקנות

ז. מהלכות הסנהדרין – הכשרת הדיינים לדבר ולשמוע/ שיטת הרמב"ם/ ביאור הר"ן/
יישוב שיטת רש"י/ יישוב שיטת הרמב"ם/ ידע כללי/

ח. הסתמכות על רופאים 1. גמרא/ 2. שיטות הראשונים/ ריצב"א: הסתמכות ודאית/
מהרי"ק: הסתמכות מלאה/ ספר התרומה: ספק/ רמב"ם: חובת הסנהדרין לבדוק
אחר דברי הרופאים/ ר"ן: הסתמכות רק כשיש רגלים לדבר/ ספק הרא"ש
והכרעת הרשב"א/ דעת הריב"ש/ סיכום שיטות הראשונים/ 3. ראשית הפסיקה/
בית יוסף: הסתמכות מלאה על הרופאים/ ב"ח: הסתמכות על רופאים כשיש לה
ניסיון מוכח/ 4. פסיקת האחרונים/ מהר"ם מלובלין ואחרים – יש לסמוך על
הרופאים/ שבות יעקב וחכמים נוספים באותה הגישה/ דיון בשיטת הרמב"ם/
מהרש"ם/ ערוך השולחן/ תורת נתנאל/ שו"ת פנים מאירות: אין לסמוך כלל על
רופאים/ סיכום/ מכה פנימית/ רבי יהונתן אייבשיץ/ פרשת מרדכי/ 5. שיטת חתם
סופר: הסתמכות רק בכלל ולא בפרט/ הגרי"א הרצוג/ שבט הלוי/ 6. שיטת הראי"ה
קוק: אין להסתמך על חכמת הרפואה/ 7. אבחנה בין חכמת הרפואה לבין ראייה בחושים
– שיטת הצמח צדק/ שם אריה/ מהרש"ם/ באר משה/ הראי"ה קוק/ נאמנות של
שני רופאים זה שלא בפני זה/ צוות מעבדה/ 8. סיכום

ט. בדיקות מדעיות ומהימנות

י. מחלוקת בין מומחים סוגיית הגמרא/ מחלוקת הראשונים/ שיטת הרמב"ן/ מחלוקת
בין חכמי התורה/ בירור שיטת הרמב"ן לאור דברי תלמידיו/ הכרעה במחלוקת
בין שני חכמים/ הגדרת "מנין"/ הגדרת מומחה/ סיכום שיטות הראשונים/ פסיקת
השולחן ערוך ונושאי כליו/ פסיקת האחרונים/ הכרעות בקהילה על פי רוב?
ר"מ שטרנבוך/

יא. לא תענה על רב המקור בתורה/ שיטת רש"י – אסור לחלוק על הגדול/ שיטת
הרמב"ם – אסור לסמוך על הגדול/ שיטת הרמב"ן ובית מדרשו/ האם מותר
להסתמך על הגדול בדיני ממונות?/ פירושים נוספים/ שיטת האחרונים/ האם
מותר לחלוק על גדול בזמן הזה?/ סיכום

יב. בדיקות בהריון א. השוללים בדיקות/ אגרות משה/ "שבט הלוי"/ "משנה הלכות"/ "תשובות והנהגות"/ רבי יצחק זילברשטיין (רי"ז)/ סיכום דעת רי"ז/ דיון בשיטת רי"ז/ חרדת החולה/ הסתמכות על נס/ ראייה א – האם יש חסרון בגילוי העתיד?/ ראייה ב – גילוי מחלה לרבים – האם רצוי?/ ראייה ג – ברכה על דבר הסמוי מן העין/ רבי בצלאל שטרן/ הרב יגאל שפרן – דיון בשיטת הר"ב שטרן/ ב. המתירים בדיקות/ ציץ אליעזר/ הרב שאול ישראלי/ ר"ש דיכובסקי / סיכום

יג. טיפול רפואי – גברים ונשים איסור מגע בין גבר לאישה/ רמב"ם – כל מגע בכלל "לא תקרבו"/ רמב"ן – מגע אסור אבל אינו בכלל "לא תקרבו"/ יסוד המחלוקת/ 1. ספרא/ 2. הסוגיה במסכת שבת/ רשב"א – רופא לא יבדוק את אשתו הנידה/ מהר"ם מרוטנבורג ורא"ש – מותר לסייע לאשתו נידה/ מחלוקת שו"ע ורמ"א/ הכרעת הש"ך/ פסיקת האחרונים/ שיקולים נוספים להיתר:/ 1. עוסק במלאכתו/ 2. היתר במגע/ 3. מגע בהפסק בגד/ 4. מלאכת שירות/ עדיפות לגוי/ סיכום

יד. גידול חזירים לצורך ניסויים א. סחורה בבעלי חיים אסורים/ ב. גידול בעלי חיים אסורים/ ג. שיטת התוספות – היתר גידול שלא לאכילה/ ד. שיטת הרשב"א – איסור בבעלי חיים הנאכלים/ ה. שיטת הרמב"ם/ ו. סיכום השיטות/ ז. צדדים לקולא

טו. גן הכהונה הקדמה

א. יסודות הלכות קביעת כהונה סוגיית הגמרא/ שיטת הרמב"ם/ נאמנות עד אחד בתרומה/ שיטת רבינו תם/ עדות קרוב/ השלכות מעשיות/ עלייה לתורה/ נשיאות כפיים

ב. מעמדם של כהני זמנינו בפוסקים ריב"ש/ רשב"ש/ יכין ובוועז/ אחרונים/ מהרשד"ם/ ערעור על הכהונה בונציה/ מהרח"ש/ חכמי ווינציה/ מבי"ט/ מהרי"ט/ חוט השני/ כנסת הגדולה/ מהרש"ל: ערעור נוסף על מעמד הכהונה/

מגן אברהם/ שבות יעקב/ כנסת יחזקאל/ זכרון יוסף/ יעב"ץ/ הגר"א/ בית אפרים/ כרתי ופלתי/ חתם סופר/ יהודה יעלה/ חכמת שלמה/ מנחת חינוך/ דברי חיים/ ערוך השולחן/ שאילת דוד/ הרי"א הרצוג/ מנחת יצחק/ אגרות משה/ רי"ש אלישיב/ שבט הלוי/ יביע אומר/ הגר"ש משאש/ פסקי דין/ סיכום ג. משולחן בית הדין

ד. מסקנות האם ניתן ליצור כהונה על סמך בדיקות?/ האם ניתן לבטל כהונה על ידי בדיקות מדעיות?/

טז. אם פונדקאית – יחוס הבן לאם הביולוגית או לאם היולדת תשובת אבי מורי ורבי הרב אהרן כ"ץ שליט"א מבוא/ א. קביעת הייחוס – בהפרייה או בלידה?/ ב. חידוש הגרנ"ט – קדושת ישראל/ ג. גר שנתגייר כקטן שנולד דמי/ בשולי הדברים – מהעורך/ משנת הגרז"נ גולדברג בסוגיית "שני אחין"/ החידוש במאמר דנן/ תאומים בדווקא?/ הלכה למעשה

יז. בנק הזרע בהלכה ספק ממזר?/ הליכה אחר רוב כשרים כשידוע כשלא היה במקום הבעל/ תרי רובי/ מה היא הגדרת "תרי רובי"?/ רוב אחד/ אסופי ושתוקי/ יש ממזר קבוע/ דרך יצירת הממזרות/ כהונה/ גזירה שמא ישא אחותו/ סיכום יח. הזרעה מלאכותית לאחר מיתה שאלה/ תשובה/

א. הנפטר/ א. הנאה מן המת/ 1. נהרג/ 2. הנאה מיידית/ 3. גרם הנאה/ 4. שלא כדרך הנאתן/ 5. הגדרת הנאה/ 6. חצי שיעור דלא חזי לאיצטרופי/ 7. איבר שחזר לחיים/ ב. חובת קבורה/ ג. ניוול המת/ מחילה מחיים ב. הילד/ 1. פרו ורבו/ 2–3. יבום וירושה/ סיכום ומסקנות

יט. בישול כימי בשבת 1. בישול/ איסורי בישול מהתורה ומדרבנן/ "אור" ו"חמה"/ א. כלאחר יד/ ב. אינו במשכן/ ג. דבר שאין דרך לבשל בו/ ד. חיסרון במעשה בישול/ ה. אין יצירתו לצורך בישול/ שיטת הרי"ד והמאירי/ מסקנות – בישול כימי כ"חמה" או כ"אור"?/ מקור חימום כימי – מה הוא?/ שלהבת שיוצא בין

ההרים/ אופני העגלות/ חשמל/ סיכום/ תולדות חמה – תולדות האור/ 2. מוליד/
3. מכה בפטיש/ גזירה חדשה

כ. פצוע דכא – פסול הגוף פתיחה/ א. היתר פסולי קהל זה בזה/ ב. נישואי ממזר
ושפחה – שיטת התוספות/ ג. שיטת הרמב"ן/ ד. היתר גרים בפסולי קהל/ ה.
היתר פצוע דכא בגיורת ובפסולי קהל/ ו. פסיקת הרמב"ם/ ז. ביאור דברי הטור/
ח. שיטת הרמב"ם בהגדרת פצוע דכא/ ט. תירוצ המגיד משנה/ י. שיטת
הירושלמי בהיתר פ"ד בפסולי קהל/ יא. הזיקה בין הירושלמי לרמב"ם/ יב.
סיכום ביניים/ יג. מנין הקהלים/ יד. סיכום/ טו. פצוע בידי שמים/ טז. למהותו
של איסור פ"ד/ יז. ספק פצוע דכא/ יח. סיכום

כא. מעמד העובר בקניינים, ירושה ובקידושין א. פתיחה/

ב. מכירת עובר בהמה/ 1. מחלוקת אחרונים בדעת הירושלמי/ 2. מחלוקת
רשב"ם ור"י/ 3. דעת רבינו תם ורא"ש שלא ניתן להקנות עובר/ 4. שיטת
הרמב"ם/ 5. שו"ר בעובר/ 6. שו"ר בעובר לענין מכירת גנב/ 7. שחרור עובר/
8. הערה נוספת לגבי שו"ר בעובר/

ג. זכיית עובר במתנה ובירושה/ 1. הסוגיות – זכייה לעובר/ 2. הסוגיות –
ירושה בעובר/

ד. שיטת רבינו האי גאון – עובר לא בא לעולם/

ה. רי"ף ורמב"ן – עובר לא בא לעולם ואינו זוכה/ יורש, ראב"ד ורא"ש חולקים/
ו. שיטת הרמב"ם – עובר לא בא לעולם ויש לו דיני ירושה ובירור נוסף בשיטת
הרי"ף/ 1. שיטת הרמב"ם בפירוש המשנה/ 2. שיטת הרי"ף כשיטת הרמב"ם
בפירוש המשנה/ 3. שיטת הרמב"ם במשנה תורה/ 4. באור הגר"ח ברמב"ם שיש
חילוק בין ירושה לשאר הקניינים/ 5. הרמב"ן וסיעתו לא הפרידו בין ירושה
לשאר דיני הקניינים/ 6. אפשרות לביאור המחלוקת הגדרת קניין הירושה/
ז. שיטת הרמב"ם בקידושי עובר/ 1. הסוגיא בקידושין/ 2. שיטת הרמב"ם
בפירוש המשנה להחמיר בקידושי עובר/ 3. שיטת הרמב"ם במשנה תורה/

ח. הקדש בעוברים/ 1. מהסוגיות בתמורה עולה שניתן להקדיש עובר/ 2. מהסוגיא בנדרים עולה שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם/ 3. סתירה ברמב"ם/ 4. תירוצ' הב"י שבקדושת הגוף אין חיסרון דשלבל"ע ודיון האחרונים בדבריו/

ט. סיכום/ 1. שיטות הראשונים/ 2. שיטת הפוסקים
כב. רופא או מומחה שטעה שולחני שטעה/ רופא שטעה/ תוספתא/ תלמוד בבלי/ חבל יותר מן הראוי/ סוג הרופא/ דיון בשיטת התשב"ץ/ טעות בטיפול/ סיכום
כג. אחריות על רשלנות

כד. שכר רופאים קביעת שכר מתוך הכרח/ סיכום ביניים/ שיטת המרדכי/ אין מומחה כמותו/ סיכום

כה. שכר עדים ודיינים א. נוטל שכר לדון ולהעיד – דיניו ועדותו בטלין/ 1. טעם הדין/ ב. היתרים לנטילת שכר על עדות/ 1. שכר בטלה/ א) עדים ודיינים בטלים באופן קבוע/ ב) שכר 'בטלה דמוכח' של עדים ג) מי משלם את שכר הבטלה? 2. שכר טרחה/ מי משלם? 3. נטילת שכר לבוא לראות עדות/ א) היקף השכר/ ב) שיטת הרמב"ם/ ג) מי משלם? 4. עדות בשכר בדיעבד/ 5. תשלום על הפסד/ 6. שכירות בהבלעה/ 7. שכר לאחר העדות והדין/ 8. עדים פסולים/ 9. שכר על כתיבת השטר/ 10. שכר דיינים – מכח תקנת הקהל/ 11. שכר פשרה/ 12. שכר על כתיבת הגט/ ג. יישומים מעשיים/ 1. חוקרים פרטיים/ 2. עדים המבקשים שכר טרחה

כו. שכר עבודה שלא צלחה רופא שלא הצליח לרפא פתיחה/ א. פועל שלא הצליח באשמתו, אינו זכאי לשכר/ ב. מקרים בהם יש מתן שכר טרחה על מלאכה שלא נעשתה/ 1. הפועל הפסיד/ 2. למעסיק יש הנאה מכך שלא שכר אדם אחר/ 3. המעסיק התחייב לשלם לעובד/ 4. שכירות הפועל היא גם על ספק הצלחה/ סיכום/ ג. הגדרת "נעשתה המלאכה" עליה זכאי הפועל לשכר/ מלאכה שלא נעשתה כלל/ "לא עביד שליחותיה"/ פסקי הראשונים/ מסקנות/ דוגמאות מעשיות ודיון/ חיוב לפנים משורת הדין

כו. קרינה ונזקיה מבוא/ שאלות לדיון בהלכה – קרינה ונזקיה

א. זכות ההתנגדות למפגעים סביבתיים חובת ההרחקה/ חיוב השכן בהרחקת נזק/ נזקי רעש וריח/ סילוק מפגעים אקולוגיים/ נזקי רוח/ נזק שאינו קבוע/ נזק קטן/ נזק לרבים/ נזק שאינו עיקר היישוב/ נזק הנובע משימוש טבעי/ איסטניס/ סייג 1: שגרת החיים/ סייג 2: רוב בני אדם מצטערים/ סייג 3: מזיק קודם/ סכנת חיים/ גרימת נזק שנחוץ לפרנסת התושבים/ סיכום

מסקנות בשאלת התקנת ממסר אתרים סלולריים ושימוש במכשירים סלולריים בסביבה מיושבת התקנת אתרים סלולריים/ שימוש במכשירים סלולריים

ב. תשלום פיצויים תשלום על נזקי התנור/ נמנע מלהרחיק והזיק/ חיוב לצאת ידי שמים/ חיוב על הציבור או על חברות גדולות/ סיכום

ג. צורכי הפרט מול צורכי החברה

ד. נטילת סיכונים

ה. מסירת מידע לציבור ושקיפות

סיכום ומסקנות

נספח – נזקי קרינה סלולרית בהלכה (מאמר מקוצר) א. חובת ההרחקה/ 1. הגדרת הנזק/ 2. נזקי שכנים/ 3. דרכיה דרכי נועם/ 4. נזק קטן/ 5. נזק לרבים/ 6. נזק הנובע משימוש טבעי/ ב. איסטניס/ 1. חובת ההתחשבות באיסטניס/ 2. שגרת החיים/ 3. דבר שרוב בני האדם מצטערים בו/ 4. כשהמזיק קודם/ ג. סכנת חיים/ ד. פחד לא מבוסס/ ה. נזק שנחוץ לפרנסת התושבים/ ו. סיכום ביניים/ 1. סיכום/ 2. מסקנות/ ז. פיצויים על נזק מקרינה סלולרית/ ח. צרכי הכלל מול צרכי הפרט/ ט. סיכום

כח. גידול עזים בזמן הזה פתיחה/ טעם האיסור/ 1. ישוב הארץ/ 2. סניף לגזול/ האיסור בחוץ לארץ/ ארץ ישראל בזמן הטור/ ארץ ישראל בזמן הזה/ מקום שמור/ מנהג/ הציבור מוחלים על הגזירה/ סיכום

כט. שאלה של תורנות א. נסיעה וחזרה בשבת לתורנות וממנה/ ב. הרדמה
בהפלות ובהשתלות/ ג. הדלקת נר שבת
ל. זכרון לאחרונים א. הגרי"ש אלישיב זצ"ל/ ב. הגאון רבי יעקב ישעיה בלויא
זצ"ל/ ג. הראשון לציון הגאון הרב עובדיה יוסף זצ"ל
נספח – מכתב הערות – מהרה"ג אריה כץ שליט"א

הקדמה

ה' שפתי תפתח ופי יגיד תהילתך!

זיכני ה' במתנת חינוך ולקט ולצרף כמה ענייני הלכה וקצת דברי אגדה, בתחום המופלא והמתחדש של הלכה ורפואה והמסתעף לדיני משפחה. הריני מודה על העבר, ואני תפילה על העתיד להמשיך ולזכות לחסד ה' כל היום.

לספר צירפתי, כפי שנעשה גם בחלק הקודם על חושן משפט, מדור זכרון לאחי הגדול יאיר ז"ל, על שמו נקרא החיבור "אור המשפט" ובו דברים נאים שקיבלתי מרבו ומידידו שהואילו בטובם לכתוב ולשלוח לי, ולהם התודה והברכה. כמו כן צירפתי לחיבור מתשובותיו של אבי מורי, מאמרים שפורסמו בעבר ונערכו שוב על ידי לחיבור זה לע"נ אחי.

העושה והמעשה העומד מאחורי חלקים רבים בכרך זה הוא הרה"ג הרב יגאל בצלאל שפרן שליט"א אשר במסגרת מוסדות "מרחבים" נתחברו הרבה מהדברים. אדגיש שאיני נושא באחריות רפואית על החלקים הרפואיים המצויים בספר, כל הנזקק לייעוץ רפואי יפנה לרופא הנדרש.

אקווה שהדברים יהיו לתועלת המעינים, ומאידך יראתי בפצותי שיח ומיראי הוראה אנוכי, ועל כן אבקש שהמעין יוסיף לשקול וללמוד את הסוגיות ולא יטיל כל יהבו עלי.

יסודו של החיבור הוא מהמעט שזכיתי ללמוד מרבותי, ובמיוחד ממו"ר הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א.

אחר הכנת רובו ככולו של הספר, זכיתי להתמנות לכהונת דיין בבית הדין הרבני באשקלון. שם אני זוכה ללמוד ולשמש את מו"ר הדיינים הדגולים: הרה"ג אברהם אהרן כ"ץ שליט"א, דיין ביה"ד הגדול, ואב"ד אשקלון לשעבר, הרה"ג דוד דב לבנון שליט"א, אב"ד אשקלון ומרבני גבעת שאול ירושלים, הרה"ג ישי

בוכריס שליט"א, יושב ראש ההרכב וראש כולל הדיינות בכרם דיבנה, וחברי להרכב ידידינו הרה"ג שמעון לביא שליט"א.

אברך את הורי ורבותי הרה"ג אהרן כ"ץ ואסתר שליט"א והורי רעייתי רבי שלמה ואבלין בן הרא"ש שליט"א, שמכוחם הגענו עד הלום וכל הנכתב כאן הוא מפירותיהם.

"שלי ושלכם שלה הוא", רעייתי ד"ר מרים השליכה אחר גווה תענוגות העולם עבור התורה, ועוסקת בחסד במעשה הרפואה, וגם סייעה לי רבות בענייני הרפואה הכלולים בספר. תפילתי שנוכה לגדל יחד את ילדינו היקרים והחביבים, ולהכניסם לחופה, ולראות מהם שמחה ונחת כל הימים.

דניאל כ"ץ

אור העשפט

פאטריס ופסקים
בענייני הלכה ורפואה



א. טבילת נכים בכלים וטבילת נכים בכסא גיג'ר

תשובת אבי מורי ורבי הרב אהרן כ"ץ שליט"א¹

א. טבילה על גבי כלים

במשנת מקוואות (פ"ה מ"א) נאמר: "מעין שהעבירו על גבי השוקת פסול". מדובר בשוקת שהיא כלי והמעין עובר בתוכה. הטעם לפסול מבואר ברמב"ם: "הרי אותן המים הנמצאין בתוך השוקת אינן כמי מעין, וכל מים היוצאין מן השוקת אף על פי שעיקרן מעין הרי הן פסולין". דהיינו זהו פסול מעיקר הדין היות ובטל ממנו שם מעין. ממשיכה המשנה ומביאה מקרה נוסף ובו מחלוקת (פ"ה מ"ב): "העבירו על גבי כלים או על גבי ספסל, רבי יהודה אומר הרי הוא כמו שהיה, רבי יוסי אומר הרי הוא כמקוה ובלבד שלא יטבול על הספסל". לדעת הרמב"ם והרא"ש, בפירושם למשנה, מדובר במשנתנו במעין שהעבירו על גבי דפני הכלים מבחוץ או על גבי ספסל שאין לו בית קיבול (בהלכות מקוואות ט, כותב הרמב"ם שהכלים כספסל הם, כאלו שאין להם בית קיבול), לדעת רבי יהודה אין הכלים או הספסל מבטלים אותו מתורת מעין ומטהר בזוחלין ובכל שהוא. ואילו לדעת רבי יוסי לאחר שהמעין עבר על גבי הכלים או על גבי הספסל הוא יורד דרגה ודינו כמקוה לטהר במ' סאין ובאשבורן. לגבי האיסור שקבע רבי יוסי בסוף דבריו להטביל על גבי הספסל, הר"ש משאנץ (בפירושו למשנה) מפרש שהמשנה הראשונה עוסקת מדובר במי שהעביר המעין על גבי כלים קבועים וגזרו עליהם שמא לא יעשו בהם נקב כשפופרת הנוד ויטבילו בהם בכך הוא מסביר, בשונה מהרמב"ם, גם את האיסור לטבול

¹ התשובה נדפסה בקובץ מגל יא (תשנ"ה) עמ' 79 ואילך, עשיתי שינויים בעריכה. עיין גם מה שכתב בנושא זה הרב יחיאל מיכל שטרן, "טבילת נשים נכות ומשוקות גפיים", עמק הלכה אסיא א (תשמ"ה) עמ' 157 ואילך.

בשוקת וגם את האיסור לטבול על גבי הספסל שבו נחלקו הדעות היות ואין לו בית קיבול. לדבריו במעיין העובר על גבי כלים תלושים כלל אין איסור להטביל. הרא"ש (פירוש למשנה) גם הוא תולה את הדין של מעיין בשוקת בגזירה אך לדעתו הגזירה היא פשוטה יותר ובכל הכלים (גם התלושים) – ראה בית יוסף יו"ד קצח) גזרו שמא יבואו להטביל בכלים של ארבעים סאה שאין להם חיבור למעיין. הדין של טבילה בספסל תלוי במחלוקת של רבי יהודה ורבי יוסי היא האם גזרו גם בכלים ללא בית קיבול.

אך עדיין יש להוסיף ולבאר מה היא נקודת המחלוקת שבין רבי יהודה לרבי יוסי².

הר"ש גורן זצ"ל בספרו תורת הטהרה, הוסיף לחדד את המחלוקת לשיטתם של התנאים אלו עצמם, דכיון דבפ"ה מ"ה הובאה עדותו של רבי צדוק על "הזוחלים שרבו על הנוטפין שהם כשרים, והנוטפים שעשאן זוחלים, סומך אפילו מקל אפילו קנה ואפילו זב וזבה יורדין וטובלין בהם". ולדעת רבי יוסי "כל דבר המקבל טומאה אין מזחילין בו". לפירוש הרמב"ם באותה משנה מזחילין ע"י דבר המקבל טומאה ומשום הכי כאשר העבירו את המעיין על גבי הכלים הרי הוא כמו שהיה ואין פוסק ממנו שם מעיין, אבל לדעת רבי יוסי דבעי מעיין דוקא הוויתו על ידי טהרה, מה שאין כן במקוה דלא בעי הוויתו על ידי טהרה דווקא. משום הכי במקום שהזחילו את המעיין על גבי כלים הרי הוא כמקוה,

² ר"ח אלבק ז"ל הציע לבאר, שדין הספסל עוסק במי שהעביר את המעיין על כלים המטלטלים, ואין הכלים או הספסל שהמעיין עובר על גביהם חשובים לבטל אותו מתורת מעיין, גם לאחר שעבר עליהם, ואין הוא כשוקת המחוברת שהיא כלי קבוע, שכלים אינם מבטלים את כח המעיין, ודינו כאילו העבירו על גבי שפת השוקת שכשר. לפי הצעתו מובנת היטב מחלוקת רבי יהודה ורבי יוסי, שרבי יהודה חידש שמי שהעביר מי המעיין ונכנסו המים גם לתוך הכלים המטלטלים אינו כמעבירן בשוקת, ונשאר דינו כמעיין, ואילו לרבי יוסי דין המים שעברו בתוך הכלים לרדת ממעלת המעיין ולהיות כמקוה הואיל והכלים מפסיקים הילוכו [הערת עורך] – כמובן הדברים אמורים לשיטת הרמב"ם שהדיון בשוקת הוא לפסול את המעיין מטבילה ולא כגזירה בעלמא, מהרמב"ם עצמו נראה שהחידוש בספסל הוא משום שזהו כלי ללא בית קיבול ועל כן אינו פוסל אלא משום גזירה, על שיטת אלבק יש לשאול מדוע העובדה שהכלי תלוש מורידה מהפסול של המעיין לדעת רבי יהודה].

ובלבד שלא יטבול על גבי הספסל, דבעינן שהטבילה תהיה במחובר לקרקע כמעין, ומכיון שהספסל והכלים תלושים הם.

בזה נתיישרה תמיהת הכסף משנה (מקוואות א,יא), מה בא רבא, בדברי הגמרא נדה סו ע"ב להשיענו: "אמר רבא לא תעמוד על גבי כלי חרס וטבול", והלא למדנו כאן הדבר ממשנה מפורשת: "לא יטבול על גבי ספסל". ועוד ששינוי שם: "אמר רב כהנא למימר טעמא מאי משום גזירת מרחצאות, הא על גבי סילתא (בקעת עבה) שפיר דמי, א"ל רב חנן מנהרדעא התם משום דבעית, סילתא נמי בעיתא". ועל זה הקשה הכסף משנה הרי בכלים ליכא ביעתותא, ואף על פי כן כתוב דלא יטביל כלים.

וביאר הכסף משנה שיש שתי הלכות נפרדות אחת הנוגעת ליצירת המקווה ואחת בדרך הטבילה. כשנותן כלי בתוך המקווה והטבילה היא בתוך הכלי. צריך לבאר שאין לראות את הכלי כחלק מן המקווה, ועל כן אין לאסור אלא במקום שבעמידתו בתוך הכלי היא מירתת – זאת מהות ההלכה של "לא תעמוד על גבי כלי חרס וטבול". לעומת זאת בהלכה שלנו עוסקת המשנה בדרך הווית המקווה, ובה למדנו שמי שמעביר את המעין דרך הכלים, והם הכלים בקביעותם הם עומדים, אם טובל מחוץ לכלים הרי הוא כטובל לדעת רבי יהודה במעין, ולדעת רבי יוסי במקווה, אך אין לטבול במים בעודם באותם הכלים.

ב. שיטת הרשב"א

יסוד זה שנתבאר לעיל מוכח גם מתשובות הרשב"א. הטור (יו"ד סימן קצ"ח) מכריע: "שינוי לא תעמוד על גבי כלי או חתיכת עץ וטבול שמא תירא מפני שמתהפך תחתיה ולא תטבול יפה, ולפי זה אם בדיעבד עברה וטבלה, עלתה לה טבילה... הראב"ד כתב שאם עמדה על גבי כלי עץ שמקבל טומאה וטבלה לא עלתה טבילה. עמדה על גבי כלי חרס שאינו מקבל

טומאה, או על גבי חתיכת עץ, עלתה לה טבילה". דברי הראב"ד הובאו כמבואר בבית יוסף על אתר, והוא מהר"ן בשבועות (ו,ב בדפי הרי"ף). הוסיף הראב"ד ודייק לה: "מדתנן במסכת מקוואות שמעיין שהעבירו על גבי כלים או על גבי ספסל הרי הוא כמו שהיה, דברי רבי יהודה, ורבי יוסי אומר הרי הוא כמקווה, ובלבד שלא יטבול על גבי ספסל. אלמא כל שהוא ראוי למדרס כספסל, וכן נמי שאר כלים שמקבלים טומאה, לא מהניא בהם טבילה משום גזירת מרחצאות. דליכא למימר דטעמא משום ביעותא, דהא לאו באדם עסקינן אלא בכלים".

הרא"ש חלק על הראב"ד, ובלשון הטור: "ואבי אדוני לא חילק בזה". הרשב"א בתשובותיו (ח"א סי' תתכ"ח) נשאל אודות מקוה מים חיים שיורדים בו דרך שליבות של סולם של עץ, האם מותר לטבול על שליבות העץ הנ"ל. והשיב: "הא דאמר רבא אשה לא תעמוד על גבי כלי חרש וטבול סבר רב כהנא למימר משום גזירת מרחצאות, אם אתה מתיר לה כן תבוא לטבול במרחץ בכלים, וא"ל רב חנן מנהרדעא דהתם לא משום גזירת מרחצאות, אלא משום פחדה (שלא תטבול יפה). והראב"ד חילק בין כלי חרס או בקעת של עץ, אף על פי שלא תטבול לכתחילה, אם טבלה עלתה לה טבילה, משום דכלי חרס אין בהם משום גזירת מרחצאות, אבל גבי כלי עץ יש בהם משום גזירת מרחצאות, לפי שמטמא אפילו מגבה במדרסות. וכדתנן במסכת מקוואות מעין שהעבירו על גבי כלים אפילו קבעוהו בכתלי המקווה, שהכלים אינם יוצאים משמם, מחמת קביעותן".

עולה שדעת הרשב"א כדעת הראב"ד, שהטבילה בכלי עץ יש בה גזירת מרחצאות. וכן הוא בדבריו בספר תורת הבית בדיני הטבילה: "ופשוטי כלי עץ כיון דחזי למדרס אית בהו משום גזירת מרחצאות, ואפילו עברה וטבלה על אגביהם לא עלתה לה טבילה".

ובתשובת הרשב"א (ח"ג, רכ"ח) גבי מעיין נובע שמימיו הולכים בצנור ומתקבצין בחפירה אחת, ובחפירה כלי שם מתקבצין המים ומשם יפרד לכמה דרכים, ודרך

אחת הולכת אל המקוה, ותשובת הרשב"א לרבי משה בן זבדי, מהעיר פאס, היתה שבין שהכלי שבתוך החפירה מחזיק ארבעים סאה או לא, כל שהמים מחוברים למעין כל שהוא חוץ לכלי, טובלין בו ומטבילין בו, אדם בארבעים סאה וכלים בכל שהוא. אף על פי שנפלו המים לתוך הכלי, אינם נפסלים, שהם מחוברים למעין. והוסיף הרשב"א שמותר לטבול גם בתוך הכלי עצמו שבתוך החפירה, כאשר היו ארבעים סאה, ומטבילין בו אף על פי שאין בו מ' סאה, לפי שהכל כמעין לטהר כלים בכל שהוא, ואף על פי שנפלו לתוך הכלי אין נפסלין, שהרי עדיין מחוברים הם למעין. וקשה, כיצד התיר הרשב"א במקום שיש מ' סאה מן המעין לכלי לטבול תוך הכלי, והרי לדעת הרשב"א ודאי אין לטבול בכלים?

ג. בירור בשיטת הראב"ד

הראב"ד בספר בעלי הנפש, שער הטבילה, כותב: "מסתברא דאי טבלה אסילתא או על גבי כלי חרס טבילתה טבילה. ודוקא כלי חרס דלאו בר קבולי טומאה מגבו הוא ומשום הכי דמי לסילתא וטבילתה טבילה, אבל כלי עץ כיון דבר קבולי טומאה מגבו הוא אי טבלה נמי לאו כלום הוא, מאי טעמא משום גזרת מרחצאות שהם כלים." וממשנת מקוואות למד הראב"ד שבכלי עץ אפילו בפשוטים שבהם יש משום גזירת מרחצאות. ויש להקשות על זה מהא דאמרו בגמרא (חגיגה כב, א) דמטבילין כלי בתוך כלי כאשר פיו רחב כשפופרת הנוד.

ד. יישוב הקשיים – היתר טבילה עם כלים

לענ"ד, לאור מה שנתבאר באות א', יש מקום לומר דלא שייך איסור גזירת מרחצאות אלא כשאדם בא לטבול את גופו או כלי אחר על גבי כלי שהיה מונח במקוה והיה חלק ממנו, בזה נראה האדם כמו שטובל בכלי, ואין לו לאדם

להביא את עצמו או כליו לטבילה בכלים. אבל אדם הטובל שני כלים האחד בתוך השני, או שהוא עצמו מכניס את עצמו על גבי כלי, לא שייך בזה איסור וגזירה של מרחצאות, ועל כן אומרת הגמרא במסכת חגיגה שמותר להטביל כלי בתוך כלי דאין לומר שהוא טובל את הכלי בתוך הכלי אלא שהוא מכניס שני כלים בבת אחת לתוך המקווה.

סברא זו מוכחת לענ"ד גם מדברי הר"ש במשנת מקוואות פ"ה מ"ב: "העבירו על גבי כלים או על גבי ספסל ר' יהודה אומר הרי הוא כמו שהיה ר' יוסי אומר הרי הוא כמקוה ובלבד שלא יטביל על גבי הספסל." – והוא משום הגזירה של טבילה בכלים.

והביא הר"ש מדברי התוספתא: "מעייין היוצא לתלמי ומן התלמי לבריכה, ראשונים ראשונים הרי אלו פסולין, מפני שהן נשאבין, כיצד הוא עושה נוקבן מעין זקנו כל שהן ונמצאו מים מועטין מטהרין את המרובין." פירוש מים מועטין שמן המעיין לבריכה מטהרין את מי הבריכה המרובים הנשאבים אם הם לא נפסלים על ידי הכלי. והקשה הר"ש משאנך בפירושו למשנה שגם בלא נקיבה יוכשרו המים, שהרי מחוברים הם למעין, שהרי המעיין ריבה עליו מים, והביא ראיה מהא דתנן במסכת חגיגה דף כ"ב שמתבילין כלי בתוך כלי כשיש בפיו כשפופרת הנוד.

ואפשר היה לבאר ולחק בין הדינים, שמה שבתוך כלי עצמו אין לטבול משום שהמים הבאים בתוך הכלים הופכים להיות שאובים, אף על פי שהם מחוברים מלמעלה בחיבור כשפופרת הנוד אם לא שעושים נקב בכלי, אך בטבילת כלי בתוך כלי דמהני, כמבואר בגמרא חגיגה הוא משום שהכלי שהוכנס למקוה המים שנכנסו בו, לא הופכים להיות שאובין.

כך גם מבואר במשנה פ"ב מ"ח: "הסייד ששכח עציץ בבור ונתמלא מים אם היו המים צפים על גביו כל שהו ישבר ואם לאו לא ישבר דברי ר' אליעזר ורבי יהושע אומר בין כך ובין כך ישבר (=העציץ)." שמימיו כשרים, ודינם כמים שבאו לתוך הבור. במקרה זה יש לראות את העציץ כחלק מן הבור והוייתם

של המים נחשבים בהוויתם בטהרה. (לעומת המקרה שבו אין המים שבכלי צפין, ואז יש לראות את המים כבאים לכלי לדעת, והרי הם כמים שאין הוויתם בטהרה, לדעת רבי אליעזר, ואילו לדעת רבי יהושע מים אלו נחשבים כמי שהוויתם בטהרה). לעומת זאת כאשר הוכנס כלי למקווה לאחר יצירתו, וכשהוא מלא מים ונתמלא הכלי במימי המקווה, חוזרים אותם המים להיות מים שאובים, ואז אין לטבול באותם המים.

יש להוסיף בהסבר סברא זאת. המים הבאים לכלי הופכים להיות מים שאובים, משום שהכלי עושה את השימוש בהם למים שתפיסת יד האדם היא המאפשרת את השימוש בהם, ואילו במקווה אמרה תורה: "אך מעיין ובור יהיה טהור". אך כשהמים באו לבור מעצמם ולא על ידי הכלי, אין הכלי הזה מעלה ומוריד להכשרו ולפסולו של המקווה.

כך יש להסביר גם את המשנה במסכת מקוואות פ"ז מ"ו: "הטביל בו את הסגוס והעלהו מקצתו נוגע במים טהור הכר והכסת של עור כיון שהגביה שפתותיהם מן המים המים שבתוכן שאובין כיצד יעשה מטבילין ומעלה אותם דרך שוליהם." כאשר הוכנס הכלי למים, אף שיש בתוכו מים, לא באו המים לכלי בדרך של שאיבה. הכלי הוכנס לתוך המים ולא המים לתוך הכלי, על כן ודאי שאין לראות את המים האלה כמים שאובים ואין לפוסלם. אך כאשר הוא מעלה את הכלי ואז נכנסים לתוכו המים בדרך של שאיבה, נפסלו המים שבתוכו להשלים שיעור מקווה. על כן אם מראש היו במקווה ארבעים סאה מכוונות, לא יהיו יותר במקווה ארבעים סאה כשרים. אך אם מעלה את הכר או הכסת דרך שוליהם, לא יקבלו מים בתוכם דרך עליה ועל כל פנים אין זה דרך של שאיבת מים לכלי, ועל כן לא תיפסל המקווה.

אמנם מרן בעל החזון איש זצ"ל כתב בביאור המשנה, בביאורו להלכות מקוואות סימן ג סוף ס"ק ד בהערה: "ועיין פ"ב מ"ח, היו המים צפין על גביו – מבואר דלא נעשו שאובין כל זמן שלא נתלשו אף שאין מ' סאין במקוה". ומשמע

שהחזון איש ביאר את משנת פ"ב משום דלא נתלשו המים לא נעשו שאובין, אך בדבריו באותו עניין במהדורא תנינא כתב: "אבל אם באו לתוכו ממקווה כיון שבאו למקווה ועדיין הם מחוברים למי המקווה אף שאין מ' סאין אינם נעשין שאובין וכדתנן פ"ב מ"ה, היו המים צפין". ומשמע מדבריו כמו שביארנו לעיל, שכיוון שהויתם של המים הייתה בטהרה והם באו לכלי תוך כדי הוית המקווה, הכלי מתבטל כלפי כל המקווה, והויתו בטהרה מיקרי.

ה. השקה למים שבכלים

לאור האמור לעיל, י"ל דמים הנמצאים בכלים אשר יש לטהרם ע"י השקה, לא תועיל השקה למים שבכלי. יסוד זה ניתן להוכחה מדברי הרמב"ם בפ"ו מהלכות מקוואות משנה ח, שם קבע הרמב"ם: "כבר בארנו שאין הסילון פוסל את המקוה ואין המים העוברין בו נעשין מים שאובין מפני שאינו מקבל, וכן אף אם היה מקבל כמו שקדם הרי לא נעשה לקבלה." הלכה זאת נפסקה בספר היד בפ"ח ממקוואות ה"ז: "מטהרין את המקוואות העליון מן התחתון והרחוק מן הקרוב, כיצד מביאין סילון של חרס או של אבר וכיוצא בהן שאין הסילונות פוסלין את המקוה" – עיי"ש.

וקשה, ומה לי אם היו המים שבסילון נפסלים, הרי בסופו של דבר מתחברים המים הללו למקווה הכשרה, ויוכשרו המים הללו, גם אם היה להם דין שאובין, כמו כל חיבור למקווה, כשפופרת הנוד. אך, לפי מה שנתבאר לעיל, אם הסילונות היו נעשים לקבלה, והיה להם דין כלי, לא הייתה יכולה ההשקה למים הכשרים להכשירם, שאין ההשקה מכשרת למים הנמצאים בכלים, שהרי כל דין ההשקה בא לבטלם מדין שאובים שהיה להם קודם לכן. אך אלו הנמצאים בתוך הכלי והרי הם שאובים לפנינו, כיצד נוכל לטהר על ידי ההשקה, אלא אם כן נאמר שאין כיון דין שאובין, משום שכלים אלו לא נעשו לקבלה, והוא שלמדנו מדברי הרמב"ם שאין ההשקה מועילה למים אשר הם בכלים.

ו. הלכה למעשה

שולחן ערוך (סימן קצח סעי' לא), פסק להלכה: "אין טובלין בכלים. לפיכך אם היה טיט במקום שטובלת, לא תעמוד על גבי כלי עץ שמקבלין טומאה מגבן... וכן לא תעמוד על גבי כלי חרס ולא על גבי בקעת ותטבול; ואף על פי שאין כלי חרס מטמא מגבו ולא ראוי למדרס חשש חכמים הוא שמא תפחד שלא תפול ולא תטבול כראוי. עברה וטבלה על גבי אלו, עלתה לה טבילה."

ובתשובת הנודע ביהודה (תנינא חלק יו"ד סימן קלח), שהובאו דבריו בפתחי תשובה (יו"ד קצח, יט), דיבר במקוה שהייתה עמוקה והנשים פחדו לירד שם לטבול, לקחו כסא והעמידו לתוך המקוה וקשרוהו בחבלים כדי שיעמדו על הכסא בשעה שטובלת וכתב שם שיפה עשה השואל שגער בהם, ואף שהיה מקום למצא היתר ע"פ סברא אחת שכתב הבית יוסף לפרש דעת הרמב"ם, דווקא אם המים עוברים על הספסל וגזרו או לפעמים יעמידו הספסל במקום מוצא המים, ועל סברא זו נסמך הט"ז בהיתר הנסרים, מ"מ אין להוסיף על היתר הנסרים הנזכר בט"ז, ודאי לא בספסל שהוא מפורש במשנה מקוואות בפ"ה, לאיסור שלא לעמוד על גביו ולטבול.

ומ"מ ברור שאם יתקינו ספסל מיוחד, המחובר למעלון שבו יושבו מי שאינם יכול לירד בעצמו למקווה, והכסא ירד יחד עם הנכה לתוך המקווה, אין שום סברא לאסור. שהרי לאור כל מה שביארנו לעיל אין לאסור ספסל אלא במקום שהוא חלק מן המקווה, והרי זה נראה כחלק מהווית טהרתו, אך במקום שהטובל נכנס עם הספסל או הכסא המיוחד, הרי זה כטובל שני כלים, או אדם וכלי – שעלתה להם טבילה.

ובנוסף, הסיבה שלא התירו על ספסל הוא משום דמירתתי ולא תטבול יפה, והכא, אדרבא בלא הכסא מירתתי ולא יוכלו לטבול יפה.

על כן נראה לנו שבטבילת נכים בכסא המיוחד אין חשש לטבילה בכלל.

ב. בשר הדברים – עיוני אמונה ורפואה

בפתחו של חיבור זה העוסק בחלקו הגדול ברפואה, יש לעמוד על ייעודה של המחלה בעינים אמוניות. אנו מתפללים "רפאנו ה' ונרפא" ומקווים שה' יסיר מאיתנו כל מחלה, אך יש צורך להתעמק ולהפיק את התועלת ואת ההתעלות גם מהמציאות הלא נעימה הכרוכה במחלה. אעלה כאן מספר כיוונים בקצירת האומר:

א. ענווה – כשאדם נחשף למגבלותיו ולארעיותו הוא קונה בקלות רבה יותר את מידת הענווה. האדם מוצא שהישגיו אינם אלא בזכות הקב"ה שהוא המעניק את הכח לעשות, ולעתים גם מונע את העשייה ואז באמת לא ניתן לעשות דבר.

ב. אמונה – התחושה שהאדם לא באמת שולט במצבו, והמציאות מוכתבת לו מגבוה, לאו דווקא על פי רצונו, מחזקת בקרב האדם את הקשר אל מי שמנהיג את הדברים.

ג. בטחון – הידיעה שכל מה שעושה ה' לטובה עושה, מתבררת ביותר בשלבים שבהם הדברים אינם נראים כל כך לטובה, אבל הם בוודאי רצון ה'. ואילו רצון האדם הוא מוגבל ותפיסתו החלקית אינה מאפשרת לו להרים מבטו ולראות את התמונה מליאה. כאן נכנס מימד הבטחון והתחושה שיש על מי לסמוך והוא מכוון את הדברים למקום הנכון.

ד. תפילה – אין תפילה היוצאת מן הלב כתפילה בעת הצרה והמחלה, כמה רגש מרגיש אז המתפלל וכל מילה ומילה מקבלת משמעות והדברים חיים בפיו ובנשמתו. ישמע אדם ויוסף לקח לכל יום ויום.

ה. סבלנות – קוצר הרוח הקבוע של החיים, המרדף הבלתי פוסק אחר ההבלים החולפים מתחלף לו בנחת רוח ואורך זמן, בחיבור עם חיי נצח הקודמים לחיי שעה.

ו. מתינות – הכעסים והדיבורים הפורצים לעתים מתוך חיפזון וחוסר מחשבה נעלמים. בעת שהיקר מתברר כיקר באמת, והזול מתברר כחסר ערך, הלב והפה מביעים אהבה ומדברים כבוד, ושלטון הנשמה גובר על ממשלת הגוף.

ז. הסתפקות במועט – כשיש לאדם מיטה לשכב עליה בעת חוליו, צרור בגדים ומעט לאכול הוא מגלה שדי לו בזה כדי לחיות, ושאיפותיו לרחבות גשמית קטנות.

ח. חשבון נפש ותשובה – אלו עולים על ליבו של החולה ומתקן את דרכו לפני בוראו.

אנו תפילה שיזכנו הקב"ה להתעורר לקנות מידות טובות אלו, ואחרות שלא פורטו כאן, בלא מחלה, אלא מתוך אריכות חיים ובריאות. "יסר יסרני י-ה ולמות לא נתנני" מי שזכה להינצל ממחלה מבין טוב יותר את חובתו לפעול למען תיקון העולם ולפתוח שער לה' שצדיקים ראויים לבוא בו.

נוסיף מעט ביאורים לפסוקים ומאמרי חז"ל בענייני מחלה ורפואה:

"רפא נא לה"

תפילת משה על אחותו מרים (במדבר יב, יג): "א-ל נא רפא נא לה" היא התפילה הקצרה והתמציתית ביותר שאדם התפלל על חולה. ובכלל הובאה בחז"ל כדוגמא לתפילה קצרה וכך היה אומר רבי אליעזר לתלמידיו (מכילתא דרבי ישמעאל פרשת בשלח, ברכות לד, א) שהעירו על מי שקיצר בתפילתו שהוא בוודאי אינו מקצר יותר ממש רבינו, בספרי (במדבר פרשת בהעלותך) ביאר רבי אליעזר שמשא לעתים מאריך ולעתים מקצר. קיצורה של תפילה זו הביא לכך שמתפילה זו למדו חכמים (רב חסדא, ברכות שם) שאין צורך כלל להזכיר

את שם החולה בתפילה (ראה שו"ת יביע אומר ב, או"ח יא). בספרי (שם) הוסיפו חכמים הסבר מדוע משה לא האריך וזאת כדי שלא יבואו לומר שהוא מאריך על אחותו, והרי לנו הרגשה עדינה של חכמים בדבר הצורך בטהרת התפילה ובנקיות שלא לערב שום שיקול אישי ואף לא שיקול של קרבת משפחה אלא להתפלל לצורך גבוה. עוד הוסיפו חכמים וביארו שמשה לא היה צריך להאריך אלא די בכך שייגזור והקב"ה מקיים.

אם כך תפילה זו ייחודית באורכה, מה אפוא עניינה של תפילה קצרה זו? ומדוע דווקא בהקשר זה נתחדש מושג זה של תפילה קצרה? גם עניין הגזירה דורש ביאור, אם גזירה גזור משה רבינו מה היא תפילה? ואם זו תפילה מדוע נקראת גזירה בפי חכמים?

ניתן לבאר שהשימוש בעניין התפילה בהקשר הריפוי ממחלות הוא אינו דבר פשוט כלל וכלל. מעלתה של תפילה כה גבוהה ורוממה, היא מהווה קשר ישיר בין האדם לבוראו, ברגעים נשגבים שכאלו שהם מעל המקום והזמן גם מתעמעמת חשיבותו של הגוף והוא הופך להיות טפל לעיקר, הנשמה ממריאה אל צור מחצבתה והאדם מתגלה במלוא תפארתו הרוחנית. בשלב שכזה מצוי בוודאי משה רבינו שכל כולו רוח וכל כולו תורה ויראה. ובכל אופן התפילה חוזרת לעסוק בענייני עולם הזה וזאת מתי? כשמצוקת הזולת עומדת לנגד עיניו וכשייסוריה של אחותו מרים מטרידים אותו, ענייניו של האחר הופכים להיות בשביל משה עניין רוחני לא פחות נשגב ובעל ערך. בתפילה זו מתחדשת הערבות האישית של אדם לרעהו כעניין רוחני ונעלה. בהקשר לכך עולה מעלתה של "תפילה קצרה" שהיא מבטאת את עומק החיוב לצער הזולת – כל מילה מדודה ודי במסר הקצר הזה שמבטא את החלטתו האיתנה והבלתי מתפשרת של משה להעמיד את עניינה של מרים כעניינו האישי. ממילא בהשתתפות הזו מובטחת הישועה למרים שכן היא מתכללת יחד עם משה רבינו ועומדת תחת גורל אחד עמו. אין גם צורך להוסיף על כך דבר שכן הסכמתו של משה לשיתוף הגורל הזה היא הצעד היחידי הנדרש בזה.

נמצא שבתפילת החולה הזו נתחדש מושג של שיתוף הדדי וערבות הדדית כמושג רוחני.

בכך יש ליישב גם את המונח גזירה, שכן ברגע שנעשה הצעד של ההתכללות יחד מוכרע גורל החולה כעין גזירה והכרח שכל מה שיעלה בגורל משה רבינו עולה גם בגורל החולה ואחד הם.

המחלה – כפרת עוונות

תלמוד בבלי נדרים (מא,א):

אמר ר' אלכסנדר א"ר חייא בר אבא: אין החולה עומד מחליו עד שמוחלין לו על כל עונותיו, שנאמר: הסולח לכל עוונתי הרופא לכל תחלואיכי. רב המנונא אמר: חוזר לימי עלומיו, שנאמר: רוטפש בשרו מנוער ישוב לימי עלומיו.

תהליך הריפוי הגופני משקף תמורה נפשית ורוחנית שעובר החולה המעמידה אותו בעמדה חדשה שבה נמחק עברו הקודם והוא פותח דף חדש. ולא עוד אלא שהוא מסוגל לחדש כוחות כבימי עלומיו. עולה השאלה האם ההחלמה עצמה מהווה תוצאה של השלמת השינוי ושכר על מעשי החולה או שההחלמה מבטאת מחיקת העוונות עקב הייסורים וכעת מוטל על המחלים להתבונן במצבו המחודש ולהיערך למסע חדש. קשה להשיב על כך ומסתבר שכל חולה לפי עניינו. הגמרא ממשיכה שלעיתים מדובר בשינוי מוחלט של האדם אותו חווה רב יוסף על עצמו:

כל משכבו הפכת בחליו – אמר רב יוסף: לומר, דמשכח למודו. רב יוסף חלש, איעקר ליה למודיה, אהדריה אביי קמיה. היינו דבכל דוכתא אמרינן, אמר רב יוסף: לא שמיע לי הדא שמעתא, א"ל אביי: את אמריתה ניהלן, ומהא מתניתא אמריתה ניהלן.

רב יוסף אמר שהחולה שוכח לימודו. סופו של רב יוסף שחלה ושכח בעצמו את לימודו, והיה תלמידו אביי יושב לפניו ומזכיר לו את מה שלמד ממנו. הרי שיש כאן מימד של התחדשות ותיקון לא רק מבחינה גופנית אלא אף מבחינה רוחנית פנימית, כשהאדם שוכח תורתו וכל בניינו הרוחני נמחק לחלוטין, מה הטעם בחייו? לשם מה עמל כל שנותיו? אך רב יוסף לא מאבד תקווה אלא מחדש את עולמו הרוחני שוב, וכשתלמידיו של אדם הם אלו שמזכירים לפניו הרי שהוא זוכה לאכול פירות מעשיו בחייו. המחלה וההחלמה הופכות להיות מעין לידה מחדש והזדמנות נוספת לאדם לבחון את דרכו ולבחור בדרך הנכונה מתוך חירות וחופש של מחיקת העבר.

ההבראה – התחדשות האדם

הגמרא ממשיכה ברבי יהודה הנשיא ששכח ותלמידו רבי חייא בעזרת הכובס החזיר את הנשכח:

כי הוה גמיר ר' תלת עשרי אפי הילכתא, אגמריה לרבי חייא שבעה מנהון. לסוף חלש רבי, אהדר ר' חייא קמיה הנהו שבעה אפי דאגמריה, שיתא אודו. הוה ההוא קצרא הוה שמיע ליה לרבי כדהוה גריס להו, אזל ר' חייא וגמר יתהון קמי קצרא, ואתא ואהדר יתהון קמי רבי. כד הוה חזי ליה רבי לההוא קצרא, א"ל רבי: אתה עשית אותי ואת חייא. איכא דאמרי, הכי קאמר ליה: אתה עשית את חייא, וחייא עשה אותי.

תמצית הסיפור היא שרבי יהודה הנשיא היה לומד 13 דרכים בהלכה, הוא לימד 7 מתוכן לרבי חייא, וכשחלה ושכח תורתו הזכיר לו רבי חייא את הדרכים שלימדו אך 6 שרבי חייא לא למד נשכחו, אך היה כובס אחד ששמע גם את שש הדרכים הללו והזכיר אותן לרבי, ובזכות כך אמר עליו רבי יהודה הנשיא שהכובס הוא זה "עשה" את רבי יהודה נשיא. דווקא הכובס הפשוט ששמע חלק מהדברים הוא זה שהצליח להחזיר לרבי יהודה הנשיא תורה שאף תלמידיו הגדולים לא הצליחו. רבי יהודה הנשיא פונה לכובס ומשבח אותו באופן מיוחד

וקובע שהכובס הוא זה ש"עשה" את רבי יהודה הנשיא! הדבר בא ללמד שמצב המחלה מביא אנשים גדולים במעלה להזדקק לקשר עם אנשים שבדרך הטבע לא היו נמצאים בקשר איתם ומתוך המציאות המורכבת והכאובה, מתגלים בכל רובדי המציאות הצדדים החיוביים והכוחות שיש בכל אדם אפילו הפשוט ביותר, ומלאכת הכובס מוגדרת כאחת המלאכות הפחותות. מתוך כך מתברר כיצד כל הבריאה כולה על חלקיה היא חיוניות ותורמת להתגלות מעשה ה' בעולם. ושמא משום כך נבחר דוקא הכובס, שמלאכתו היא ניקוי הכתמים וגילוי הדברים המסתתרים מתחת לזוהמה וללכלוך, להיות המגלה כאן את האורות הגדולים הגנוזים, עד שגם ענק שבענקים כרבי יהודה הנשיא נזקק לו, ומגלה בזכותו ששלימותו הרוחנית תלויה בכך שיהיה מסוגל ללמוד מכל אדם את הדברים המופלאים שה' נטע בו, ועל ידי כך הוא "נעשה" אדם שלם באמת. יש לציין שמעשי כובסים נוספים נקשרים ברבי ואין כאן המקום לפורטם.

ההבראה – נס

ממשיכה הגמרא:

וא"ר אלכסנדר א"ר חייא בר אבא: גדול נס שנעשה לחולה יותר מן הנס שנעשה לחנניה מישאל ועזריה, של חנניה מישאל ועזריה – אש של הדיוט והכל יכולים לכבותה, וזו של חולה – של שמים היא, ומי יכול לכבותה!

לכאורה מצב המחלה הוא החריג, אך מהגמרא עולה שההבראה היא החריגה, ונס הוא שאדם יוצא מאש של שמים שהיא יותר חזקה מאשר אש שהדליק האדם. אכן הדבר מתבאר לפי הנאמר לעיל שמצב המחלה מבטא שינוי מהותי במצבו באדם והוא כבר אינו אותו אדם שהיה קודם. אין זה רק מצב ארעי חולף ומקרי בחיי האדם, וכשם שהאדם המבריא מהמחלה נעשה כאדם חדש כך תהליך ההבראה כולו והחזרה לחיים הוא בבחינת נס גמור.

תפילת החולה

בגמרא ניתנת הדרכה לתפילת החולה (בבא קמא צב,ב):

אמר לו רבא לרבה בר מרי, מנא הא מילתא דאמור רבנן: כל המבקש רחמים על חבריו והוא צריך לאותו דבר, הוא נענה תחילה? אמר לו, דכתיב: "וה' שב את שבות איוב בהתפללו בעד רעהו". אמר ליה: את אמרת מהתם, ואנא אמינא מהכא: "ויתפלל אברהם אל האלהים וירפא אלהים את אבימלך ואת אשתו ואמהותיו [וגו']", וכתיב: "וה' פקד את שרה כאשר אמר וגו', כאשר אמר אברהם אל אבימלך".

הרי ששוב אנו נמצאים בסודה של תפילה, האם חיבור שמים וארץ נעשה לצורכו של אדם או לשמה, המבחן של התפילה הוא בכך שהיא נקייה מגגיעות ויש בה טהרה, כשהאדם מתפלל על חבריו הרי שהוא מעיד בכך שהוא קודש לה' שאינו מנצל את העולם לצרכיו האישיים וממילא הוא עצמו זכאי לישועה. כמקור לדין זה מציעים האמוראים שתי אפשרויות. האחת מאיוב שבצדקותו מחל לרעיו ובזכות כך ה' בירכו וחידש ימיו. והשנייה מאברהם שהתפלל על אבימלך ואז נפקד בענייניו הוא. יש לציין שבשני מקרים אלו מדובר במחילה של המתפללים על פגיעה בהם והתפילה אינה סתם על אדם במצוקה אלא על מצוקה שבאה כעונש על הפגיעה. ויש יתרון במקור של אברהם שאילו אצל איוב הם רק ניצלו מהעונש שהוטל עליהם עקב תפילתו ואצל אברהם הם נפקדו ואף קיבלו מעלה יתירה יותר ממה שהיה להם לפני כן, ועקב כך אצל איוב הרי שהצליחו דבריו אך אצל אברהם נעשה לו נס ונשתנה עבורו טבע העולם לחלוטין הרי ככל שמעלת המתפלל מתעלה הוא נעשה כללי יותר וחסר פניות אישיות, הוא מתגבר על כוחות הטבע ומסוגל להגיע לדברים שאינם טבעיים.

כיצד מתפלל על חבריו

הבחנה זו במהות התפילה עולה גם מגמרא נוספת (ברכות יב,ב):

ואמר רבה בר חיננא סבא משמיה דרב: כל שאפשר לו לבקש רחמים על חבריו ואינו מבקש – נקרא חוטא. שנאמר: גם אנכי חלילה לי מחטא לה' מחדל להתפלל בעדכם.

אמר רבא: אם תלמיד חכם הוא צריך שיחלה עצמו עליו... אלא, מהכא: ואני בחלותם לבושי וגו'.

הרי שהבנת מהות התפילה היא שהיא "תפילה על אחר", מי שלא מבין זאת לא רק שהוא שוגה באיזה דבר מן התורה, כי אם הוא נקרא חוטא. ומה העבירה? בכך שאינו חלק מהכלל, בכך שאין ענייני הזולת נוגעים אלו והוא כגוף לעצמו בעולם. זו ההחטאה החמורה של המציאות. ובפרט הדברים אמורים כאשר אינו מבין ערכו של תלמיד חכם ומעלת ערכה ואורה של תורה שהיא המביאה שפע ברכה לעולם.

להודיע צערו לרבים

הגמרא (שבת סז,א ועוד) קובעת:

וטמא טמא יקרא – צריך להודיע צערו לרבים, ורבים יבקשו עליו רחמים.

דהיינו מי שאינו חש בטוב עליו להודיע לאחרים על מצבו ואזי אלו יתפללו עבורו. כאמור לעיל התפילה על החולה היא חלק מהותי מעבודת ה'. ברור לגמרא שעדכון על המצב יביא רק לדבר אחד והוא תפילה. יש לציין לדברי המאירי (חולין עז,ב) שמוסיף טעם לשבח שמכח ידיעת הרבים גם יגיע לחזרה בתשובה: "וכן נמשך מן הענין שמוכיחין אותו ומפשפש במעשיו וישוב אל י"י וירחמהו ואל אלהינו כי ירבה לסלוח". אולם אין הדברים יוצאים מפשטם שעצם תפילת הרבים תפעל פעולתה למענו.

תפילה שלא יחלה

הגמרא (שבת לב, ב) קובעת:

אמר רב יצחק בריה דרב יהודה: לעולם יבקש אדם רחמים שלא יחלה, שאם יחלה – אומרים לו: הבא זכות והפטר. אמר מר עוקבא: מאי קראה – כי יפל הנפל ממנו – ממנו להביא ראייה.

כאמור לעיל החולה יוצא מחייו הטבעיים ועובר למסלול אחר, חזרת החולה לבריאותו אינה כמו חזרת דבר למסלולו הטבעי, כי אם כבריאה חדשה וכמי שמבקש זכות שעבודה הוא נדרש לשלם ולהוכיח את זכאותו לכך. וזהו המדויק בפסוק "כי יפול הנופל" כאשר אדם מצוי במצב נפילה הרי שבאותו הוא קרוי "הנופל" כביכול נפילתו התקיימה כבר והיא חלק מזהותו. והדברים חוזרים למה שפתחנו שאף שמעלת המחלה לאדם היא גדולה הרי שאדם צריך להתפלל לזכות למדריגות הללו מתוך בריאות, כך שאין זו תפילה בלבד כי אם התבוננות והתעמקות בנפש האדם ובעבודת ה'.

ידי החולה

בהקשר לכך ממשיכה הגמרא ועומדת על עניין הוידוי (שם):

תנו רבנן: מי שחלה ונטה למות אומרים לו: התודה, שכן כל המומתין מתודין. אדם יוצא לשוק – יהי דומה בעיניו כמי שנמסר לסרדיוט, חש בראשו – יהי דומה בעיניו כמי שנתנוהו בקולר, עלה למטה ונפל – יהי דומה בעיניו כמו שהעלוהו לגרדום לידון; שכל העולה לגרדום לידון, אם יש לו פרקליטין גדולים – ניצול, ואם לאו – אינו ניצול. ואלו הן פרקליטין של אדם – תשובה ומעשים טובים. ואפילו תשע מאות ותשעים ותשעה מלמדים עליו חובה, ואחד מלמד עליו זכות – ניצול, שנאמר אם יש עליו מלאך מליץ אחד מני אלף להגיד לאדם ישרו ויחננו ויאמר פדעו מרדת שחת וגו'. רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר:

אפילו תשע מאות ותשעים ותשעה באותו מלאך לחובה ואחד לזכות – ניצול, שנאמר מליץ אחד מני אלף.

הרי שבמצב המחלה האדם כבר נמצא בתהליך היציאה מן העולם, ועליו להתוודות.

הוא צריך לדמות את מצבו כמי שנתפס בידי שוטרי המלך וכבר הוא בדרכו למיתה.

אולם בצד זאת עליו לזכור שה' מלך חפץ חסד ומשפיע טוב, ואף במעט מזעיר של זכות ניתן להיאחז ודרכה לתפוס קשר מחודש לעולם החיים, כמה מתייקר בעיניו באותו הרגע כל דיבור טוב ומעשה טוב בחייו. כמה הוא כמה באותו הרגע לנצל שוב את חייו לצדקה וחסד תורה ומעשים טובים. את הכמיהה הזאת יש לחזק ועל ידה לבוא בבקשה ובתחינה כלפי הקב"ה לישועה.

אל ימנע עצמו מן הרחמים

הגמרא (ברכות י, א) קובעת שכוחה של התפילה גדול עד כדי כך שניתן לבטל כל גזירה על ידה:

בימים ההם חלה חזקיהו למות ויבא אליו ישעיהו בן אמוץ הנביא ויאמר אליו: כה אמר ה' (צבאות) צו לביתך כי מת אתה ולא תחיה וגו'... אמר ליה [ישעיהו לחזקיהו]: כבר נגזרה עליך גזירה. אמר ליה [חזקיהו לישעיהו]: בן אמוץ, כלה נבואתך וצא! כך מקובלני מבית אבי אבא – אפילו חרב מונחת על צוארו של אדם אל ימנע עצמו מן הרחמים. אתמר נמי, רבי יוחנן ורבי אלעזר דאמרי תרוייהו: אפילו חרב מונחת על צוארו של אדם אל ימנע עצמו מן הרחמים, שנאמר: "הן יקטלני לו איחל". אמר רבי חנן: אפילו בעל החלומות אומר לו לאדם למחר הוא מת – אל ימנע עצמו מן הרחמים, שנאמר: "כי ברב חלמות והבלים ודברים הרבה כי את האלהים ירא".

מיד: "ויסב חזקיהו פניו אל הקיר ויתפלל אל ה' ". מאי קיר? אמר רבי שמעון בן לקיש: מקירות לבו, שנאמר: "מעז מעז אוחילה קירות לבי" וגו'. רבי לוי אמר: על עסקי הקיר; אמר לפניו: רבונו של עולם, ומה שונמית שלא עשתה אלא קיר אחת קטנה – החיית את בנה, אבי אבא שחפה את ההיכל כולו בכסף ובזהב – על אחת כמה וכמה. זכר – נא את אשר התהלכתי לפניך באמת ובלב שלם והטוב בעיניך עשיתי – מאי והטוב בעיניך עשיתי? אמר רב יהודה אמר רב: שסמך גאולה לתפלה. רבי לוי אמר: שגנוז ספר רפואות.

הרי שהחרב כבר מוטלת על הצואר, ננעלו השערים, התקוה לישועה בדרך הטובה כבר חלפה לה, ועם זאת יש עדיין מקום למידת הרחמים לחול. ואיך מגיעים אל מידה זו? בפנייה עמוקה מקירות הלב. ומה הזכויות העומדות לו לאדם ברגע נורא זה? זכות אחת היא הסמיכה של גאולה לתפילה, וזו האמונה שעל ידי פנייה אל הקב"ה ניתן להגיע לגאולה שלימה, ובידיו להושיע. וזכות שנייה היא גניזת ספר הרפואות (וראה להלן הרחבת דברים בעניין זה) שמשמעותה לפי השיטות השונות היא הסתמכות מליאה על הקב"ה וההבנה שכל החיים ממנו ולמענו ועל כן גם בעת ש"יקטלני", לו איחול!

ילך אצל חכם

הגמרא (בבא קטז,א) קובעת:

דרש ר' פנחס בר חמא: כל שיש לו חולה בתוך ביתו, ילך אצל חכם ויבקש עליו רחמים, שנא': חמת מלך מלאכי מות ואיש חכם יכפרנה. המאירי מבאר שמטרת ההליכה אל החכם היא כדי שילמדנו דרכי תפילה, והוא כפי המתבאר לעיל שהחכם מלמדו שיש להאמין בכוחה של תפילה ובמעלתה ובתועלתה.

כיוון נוסף עולה בשו"ת אגרות משה (יו"ד ד,נא צו"ן בדף על דף ב"ב שם) המאריך במעלת התפילה על החולה ומבאר מדוע הוא מברך חולים ושאר סובלים

ומתפלל עבורים ובין היתר מבאר כוונת הגמרא דנן: "דלכל חכם חש השי"ת לתפילתו יותר מלסתם אינשי, וגם הוא בחזקה שיקבל השי"ת תפילתו". דהיינו ההליכה אצל חכם היא כדי שהחכם יתפלל ויש מעלה מיוחדת בתפילת החכם. כיוון זה עולה גם מדברי הרמב"ן (שמות יח, ט ראה שו"ת ציץ אליעזר ה, רמת רחל יז):

כי יבא אלי העם לדרוש אלהים להתפלל על חוליהם ולהודיעם מה שיאבד להם, כי זה יקרא "דרישת אלהים", וכן יעשו עם הנביאים כמו שאמר (ש"א ט ט) לפנים בישראל כה אמר האיש בלכתו לדרוש אלהים לכו ונלכה עד הרואה, וכן ודרשת את ה' מאותו לאמר האחיה מחלי זה (מ"ב ח ח), שיתפלל עליו ויודיענו אם נשמעה תפלתו...

וכן נפסק ברמ"א (יו"ד שלה, י) שנהוג לפנות אל החכם לתפילה על החולה וציין הגר"א מקורו בגמרא שציטטנו.

שינוי השם

בגמרא (ראש השנה טז, ב):

ואמר רבי יצחק: ארבעה דברים מקרעין גזר דינו של אדם, אלו הן:

צדקה, צעקה, שינוי השם, ושינוי מעשה... ויש אומרים אף שינוי מקום.

בעקבות כך נהגו הקדמונים לשנות את שם החולה (ראה נוסח התפילה למשל

אצל רבינו ירוחם תולדות אדם וחוה כח, א ובארחות חיים סט).

והוא כפי שנתבאר שהמחלה גורמת לאדם לאבד את כוחות החיים שלו ובכדי

להבריא הוא צריך להתחדש ולהפוך להיות כאדם חדש ממש ועל כן הוא נדרש

לעיתים אף להחליף את שמו כחלק מתהליך החזרה לחיים.

ג. בריאות ושפחה

בחרנו לעסוק בחיבור זה בעניין השמחה ביהדות. חשיבותו של מצב הרוח ובפרט מעלת השמחה לבריאות האדם מתגלה היום בעולם הרפואה כבעל השפעה רבה על בריאות האדם, מחקרים מעידים על יכולת התאוששות טובה יותר של חולים כאשר הם שמחים ומאידך על תופעת העצבות כגורם להדרדרות בריאותית ולהיווצרות מחלות. יעיד על כך גם מקצוע ה"ליצנות הרפואית" המתפתח. מגיפה חמורה הפושטת בעולם המערבי, במיוחד, ומכונה כיום בעולם הרפואה "מכה עולמית", היא מחלת הדיכאון.

מה עמדת היהדות לגבי השמחה? האם לאדם מותר להיות בשמחה כל הזמן? האם רצוי לשמוח? האם יש בשמחה פגמים או תנאים שונים. סוגיה זו כסוגיות אחרות בתחום ההלכה ורפואה דורשת עיון במקורות מגוונים מהספרות התורנית, ואינה רק שאלה הלכתית טהורה שהתשובה לה תימצא בסעיפי השולחן ערוך, אך היא בוודאי דורשת עיון, מחשבה והגדרה מדויקת ככל האפשר. ננסה להתוות כאן דרכי עיון בנושא משמעותי זה.

כבר בפסוקי התנ"ך יש התייחסות רבה לשמחה, אך כידוע הפסוקים ניתנים להידרש לכיוונים רבים. ננסה להתמקד בהתייחסות לחכמי הגמרא והראשונים ולהבין כיצד הם יישמו את העולה מפסוקים ומתוך פרשנותם נעלה את ההדרכות המעשיות.

וגילו ברעדה (תהלים ב, יא)

כך קובעת הגמרא בברכות (ל, ב) בהתייחסות לשמחה וכפרשנות לפסוק: "עבדו את ה' ביראה וגילו ברעדה":

מאי "וגילו ברעדה?" אמר רב אדא בר מתנא אמר רבה במקום גילה שם תהא רעדה. אביי הוה יתיב קמיה דרבה, חזייה דהוה קא בדח טובא, אמר: וגילו ברעדה כתיב! אמר ליה: אנא תפילין מנחנא. רבי ירמיה הוה יתיב

קמיה דרבי זירא, חזייה דהוה קא בדה טובא, אמר ליה, (משלי יד) בכל עצב יהיה מותר, כתיב! – אמר ליה: אנא תפילין מנחנא.

הגמרא מציעה שילוב של שמחה ורעדה כשילוב רצוי. בהמשך הקטע רבה ורבי זירא מעירים לתלמידיהם אביי ורבי ירמיה על שמחה יתירה ללא "רעדה" והם עונים שהם מניחים תפילין. מוסיפה הגמרא ומתארת את שילובי הרעדה והגילה בשמחת הנישואין:

מר בריה דרבינא עבד הלולא לבריה, חזנהו לרבנן דהוו קבדחי טובא, אייתי כסא דמוקרא, בת ארבע מאה זוזי, ותבר קמייהו, ואעציבו. רב אשי עבד הלולא לבריה, חזנהו לרבנן דהוו קא בדחי טובא, אייתי כסא דזוגיתא חזרתא ותבר קמייהו, ואעציבו. אמרו ליה רבנן לרב המנונא זוטי בהלולא דמר בריה דרבינא: לישרי לן מר! – אמר להו: ווי לן דמיתנן, ווי לן דמיתנן! אמרי ליה: אנן מה נעני בתרך? – אמר להו: הי תורה והי מצוה דמגנו עלן?

ההדרכה היא דווקא בעת השמחה לשבור דברים יקרים ולשיר שירים שמזכירים את סופם של החיים. עוד קובעת הגמרא הגבלה חמורה על השמחה:

אמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יוחאי: אסור לאדם שימלא שחוק פיו בעולם הזה, שנאמר: (תהלים קכו) אז ימלא שחוק פיני ולשוננו רנה, אימתי – בזמן שיאמרו בגוים הגדיל ה' לעשות עם אלה. אמרו עליו על ריש לקיש, שמימיו לא מלא שחוק פיו בעולם הזה מכי שמעה מרבי יוחנן רביה.

הרי שמהגמרא עולה הצורך לסייג את השמחה ברעדה ובדוק של רצינות ושאף יש איסור של ממש להתמלא בשחוק.

שיטת רבי זירא

אלא שלכאורה בגמרא שפתחנו יש וויכוח בנושא בין התלמיד רבי ירמיה לרבו רבי זירא. בהקשר לכך עולה גם המסופר בגמרא (נידה כג,א):

בעא מיניה רבי ירמיה מר' זירא: לרבי מאיר דאמר בהמה במעי אשה ולד מעליא הוא קבל בה אביה קידושין מהו? למאי נפקא מינה – לאיתסורי באחותה. למימרא דחיי? והאמר רב יהודה אמר רב: לא אמרה רבי מאיר אלא הואיל ובמינו מתקיים! אמר רב אחא בר יעקב: עד כאן הביאו רבי ירמיה לר' זירא לידי גיחוך ולא גחך.

דהיינו רבי ירמיה שואל שאלה המביאה מקרה קיצוני ומבדח בכדי להצחיק את רבי זירא. רש"י מבאר את מטרת ההצחקה ואת הימנעותו של רבי זירא מלצחוק: בכל תחבולות הללו עסק ר' ירמיה להביא ר' זירא לידי שחוק ולא שחק דאסור לאדם שימלא פיו שחוק, ור' זירא מחמיר טפי.

לדבריו יש חילוקי דעות בדבר רמת השמחה המותרת בעולם, רבי זירא החמיר מאד שלא למלא פיו שחוק ואילו רבי ירמיה סבר שיש מקום לצחוק ולשמחה. הריטב"א על אתר מחדד את הוויכוח לאור העובדה שיש "מילי דבדיחותא" אצל החכמים:

ומיהו לאו למימרא דבכי הא דבדיחותא אסור, דהא רגילי בהו רבנן כדאיתא בכמה דוכתי, ור' ירמיה לא הוה מחזר להביאו לידי איסור, אלא חומרא וקדושה שהיה נוהג בו ר' זירא בעצמו שלא לשחוק כלל שמא יבא לידי שחוק אסור.

דהיינו אין מדובר באיסור מעיקר הדין כפי שלכאורה משמע מרש"י, שהרי רבנן רגילים לשלב שמחה בלימודם, כי אם בחומרא של רבי זירא ועל כך ניסה רבי ירמיה לערער ולהחזירו לתלם המקובל. הריטב"א במקום נוסף (יומא ד,ב) מבאר לאור הוויכוח הזה את המשא ומתן בסוגיה בברכות המובאת לעיל:

דהתם נמי אבוי בתורה הוה בדה דהוה צילא ליה שמעתא, דהא אסור לאדם שימלא שחוק פיו בעולם הזה, ולהכי אמר ליה רבא דהא וגילו ברעדה כתיב, ואמר ליה תפילין מנחנא.

דהיינו יש הגבלה של השמחה במקום של לימוד תורה המחייב רצינות, והריטב"א מדגיש שדווקא במקום לימוד תורה שייכת השמחה שכן אם אין פה שמחת התורה מה מקום לשמחה כלל? הרי אסור לאדם למלא שחוק פיו בעולם הזה. ועל כן ישנו מתח בין הרצינות לבין שמחת התורה.

החתם סופר מבאר את הימנעותו של רבי זירא כגדר בפני הידרדרות לשחוק של עבירה:

נראה משום גדר ערוה נגע ביה דשחוק וקלות ראש מרגילין לערוה והוה בתר הך דקטינא חריך שקי ונראה לפי חסידותו של רבי זירא כל המביאו לידי גיחוך היה בעיניו כאלו הרגילו לערוה ח"ו (ואולי לזה כווננו חז"ל במתק לשונם פ"ק דמגילה רבה ורבי זירא עבדו סעודת פורים בהדדי אבסום קם רבה שחטיה לרבי זירא פי' שהביאו לידי גיחוך...):

הערוך לנר מוסיף ומבאר שרבי ירמיה סבר שההתנגדות לחומרא של רבי זירא לא הייתה רק כביקורת על כך שוויתר על דבר שמותר לעשותו, אלא מתוך ההערכה שלו שבחומרא זו הוא פגע בתנאי חשוב בעבודת ה' והוא עבודה מתוך שמחה, ואם כך זו חומרא המביאה להפסד.

בשו"ת הרב"ז (א,לט) מבאר שהרצון של רבי ירמיה להצחיק את רבי זירא נבע מהחשש לבריאותו של רבי זירא שנטה לעצבות באופן שכבר היווה עבורו סכנה בריאותית.

הראי"ה קוק (בחיבורו עין איה על ברכות שם) מצביע על הוויכוח בין האמוראים וטוען ששורשו עמוק יותר:

מתוך שהשכל האנושי הוא מאוחד עם ההרגשות הגופניות מפני שגם הוא כח בגוף. על כן צריך זהירות, שאפילו בהיות השכל שולט, אם תהיה

מדת השמחה שולטת בכל תקפה אולי יפנה השכל מתעודתו, ותחת השמחה הנפשית תתגנב שמחה בהמית שתסיר האדם משלימותו. אמנם זאת היא סגולת התפילין, שהם כנגד כלי הרעיון והמחשבה, להורות שיש שליטה שכלית מצד התורה האלהית על האדם באופן שאין לה יחש עם כוחות הגוף ותשוקות החומר לא יטוה מפני שהיא נבדלת מהם. על כן בהיות התפילין על האדם פועלים עליו פעולתם זאת, שלא ישתנה שכלו מנטיות הגוף על ידי המזג והטבע הגופני. על כן בהיות התפילין עליו ראוי להתיר הרחבת השמחה, "ולא יאונה לצדיק כל אוון"... מפני שבאמת השמחה היא שלימות לנפש ומביאה לכל מדה טובה וצמצומה היא חסרון בעצם. אלא שהדבר הכרחי מפני יצר לב האדם שלא תזוה דעתו עליו, אבל כיון שהתפילין כבר הם שמירה מעולה, לגבולי ההריסה האפשרית ע"י השמחה לבא, במדות טובות ומוסריות בכלל, א"כ שוב אין ראוי לגרע חק השמחה שמוסיפה שלימות אל השלימים העוסקים תמיד בחכמה ועבודה, שכל שיהיה לבם יותר רחב משמחה יטיבו יותר לעצמם וזולתם.

כלומר הדיון בין רבי ירמיה לרבי זירא היה בדיוק בשאלת היחס לשמחה, כשרבי זירא חושש מהשמחה ורבי ירמיה משיב שיש לו אפשרות לשלוט על השמחה, לרסנה ולכוונה אל הכיוון הטוב לאדם. למסקנת הסוגיה השמחה היא המידה המעולה אלא שנדרשת לה שמירה שכן השמחה עלולה להעיב על השליטה השכלית של האדם ולהביא אותו לכלל טעות ולכלל חטא.

יראה ושמחה

למעשה יסוד דברי הראי"ה הוא בדברים קצרים המופיעים בספרי גדולי בעלי המחשבה והם הכוזרי (בג) וספר העיקרים (ג,לג) שעוסקים במערכת היחסים שבין היראה לבין השמחה ומצביעים על כך שיש חשיבות לשמירה על איזון,

מדברי העיקרים גם עולה שיש שמחה הנובעת מן הזכות שיש לו לאדם הירא את ה'.

ולשמחה מה זו עושה?

בספר קהלת נאמרו ביטויים סותרים ביחס לשמחה. בגמרא (שבת ל,ב) הוצעה דרך ליישוב הסתירה:

כתיב (קהלת ז) טוב כעס משחוק, וכתיב (קהלת ב) לשחוק אמרתי מהולל?

כתיב (קהלת ח) ושבחתי אני את השמחה, וכתיב (קהלת ב) ולשמחה מה זה עשה?

לא קשיא טוב כעס משחוק – טוב כעס שכועס הקדוש ברוך הוא על הצדיקים בעולם הזה, משחוק שמשחק הקדוש ברוך הוא על הרשעים בעולם הזה. ולשחוק אמרתי מהולל – זה שחוק שמשחק הקדוש ברוך הוא עם הצדיקים בעולם הבא.

ושבחתי אני את השמחה – שמחה של מצוה, ולשמחה מה זה עשה – זו שמחה שאינה של מצוה.

ללמדך שאין שכינה שורה לא מתוך עצבות ולא מתוך עצלות ולא מתוך שחוק ולא מתוך קלות ראש ולא מתוך שיחה ולא מתוך דברים בטלים, אלא מתוך דבר שמחה של מצוה, שנאמר (מלכים ב' ג) ועתה קחו לי מנגן והיה כנגן המנגן ותהי עליו יד ה'...

כי הא דרבה, מקמי דפתח להו לרבנן אמר מילתא דבדיחותא, ובדחי רבנן. לסוף יתיב באימתא ופתח בשמעטא.

מסוגיה זו עולה שהשמחה משובחת היא השמחה של מצווה. ושמחה זו היא התנאי לקיומה של השראת שכינה ועל כן רבה היה פותח את לימודו במילי דבדיחותא.

המאירי (ברכות ל,ב) מגדיר את הדברים ומקשר אותם לתשובת התלמידים, המובאת לפני כן בגמרא, שהם שמחים עקב התפילין:

שמחה שבני אדם שמחים לאיזו דבר שמחה שבאה לידם, ראוי להם שלא להשתקע בה ושלא להרבות בה יותר מדאי. ואם הרבו בכך ראוי ליחידים שבהם להוכיחם והותר להם לעשות איזה דבר שלא בראוי כדי למנוע רוב שמחתם שלא להשתקע בה יותר מדאי כגון שבירת כלים נאים וכיוצא בהם מדברים המעציבים כלל גדול אמרו במקום גילה שם תהא רעדה שמה מתוך רוב השמחה הוא בא לידי קלות ראש. ואם היה שמח לקיום מצוה שבאה לידו אין בכך כלום ולא עוד אלא שיפה הוא עושה. והוא שאמרו כאן "תפילין קא מנחנא" ויש מפרשים תפילין קא מנחנא כלומר ואיני מתירא להשתקע בשום דבר מגונה, ויש מפרשים בה שנתרפא מחולי מעים שהיה פטור מן התפילין וכשחזר לקיום המצוה היה שמח.

ומכל מקום אחר חורבן צריך שלא להרבות בשמחה אף לדבר מצוה. והוא שאמרו אסור לאדם שימלא שחוק פיו בעולם הזה רצה לומר עד שיבא זמן המשיח רמז לדבר אם לא אעלה את ירושלים על ראש שמחתי.

המאירי מדבר איפוא על התמודדות מקרית עם שמחה שבאה ליד האדם, כיצד להגביל אותה, לדעתו גם שמחה של מצוה ראוי שיהיו לה מגבלות, ולדבריו האיסור על שחוק מרובה הוא גם בשמחה של מצווה, אם כי ההסבר לכך הוא לא חיסרון מהותי בעצם השמחה כי חלק מהצורך להתאבל חורבן בית המקדש שמחייב צמצום בשמחה.

ראה גם דברי המאירי (שבת ל,ב) הממקדים את השמחה בהרחבת הנפש לצורך הרחבת הדעת:

אף על פי שראוי לאדם לעמוד נכנע ושפל רוח ראוי לו להעמיד עצמו בשמחה לקיים מצותיו ולמה שיגיעו מן השלמות שאין השכינה שורה מתוך עצבות שהעצבון מטמטם את הלב וסותם שבילי ההכנה ולא מתוך

עצלות שקידה והתבוננות אלא מתוך שמחת הלב ליושר המזגים ואף דרך החכמים היה בישיבתם לפתוח במילי דבדיחותא.

שמחה של מצוה לעומת שמחת העולם הזה

רבינו בחיי, תלמיד הרשב"א, מציג משנה סדורה לפיה עיקר השמחה האמיתית היא על שמחת קיום מצוות. כך הוא כותב על הפסוק "והיית אך שמח" (דברים טז, טו):

שראוי לו למעט בשמחת העולם הזה... ועל כן יזכיר הכתוב הזה בחג הסוכות: והיית אך שמח, כדי למעט השמחה, שהרי כל אכין ורקין מעוטין, ולמדך הכתוב שיתנהג האדם בשמחת העולם הזה בדרך בינוני. ואף בזמן עשית המצות ראוי לו שישמח וירעד, וכענין שדרשו רז"ל (ברכות ל ב): "עבדו את ה' ביראה וגילו ברעדה", במקום גילה שם תהא רעדה, לפי שבעוה"ז יש בו יצה"ר שהוא נמשך אחר השמחה, ואין הצדיקים בטוחים בעצמם, אבל עיקר השמחה ושלמותה הוא לעוה"ב בראית פני שכינה, בשפע שאין לה הפסק, ובתוספת השגה ותענוג שאין לו תכלית, וכן אמר ישעיה ע"ה: (ישעיה כט, יט) "ויספו ענוים בה' שמחה ואביוני אדם בקדוש ישראל יגילו".

עוד ראה בספרו "שולחן של ארבע" (שער א) שהאריך, ובין היתר כותב שם את המשפט הבא:

השמחה והעצבון אחים סמוכים זה לזה כסמיכות היום והלילה, וכשם שאדם בטוח ביום שתבוא הלילה אחריו וכן בטוח בלילה שיבוא היום אחריו כן הוא בטוח שתבא השמחה אחר העצבון וכן העצבון אחר השמחה... נמצאת למד כי שמחת העוה"ז אין לה שלמות כלל אמנם כל טובו ושלותו הבל ורעות רוח וכל כבודו לכלימה וציץ נובל צבי תפארתו,

שהרי בשעה שתקותו של אדם חזקה בשמחתו הרי פוסקת עוממת והולכת...

ומוסיף בספרו כד הקמח (ערך "שמחה"):

"עבדו את ה' בשמחה באו לפניו ברננה דעו כי ה' הוא אלהים הוא עשנו ולו אנחנו עמו וצאן מרעיתו" (תהלים ק). אין השמחה ראויה בעולם הזה כי אם בעבודת השם יתברך ולא תמצא בכל ספרי הקדש שישבח השמחה אלא בענין העבודה וההשגה בהקב"ה. הוא שכתוב (תהלים לג) רננו צדיקים בה', וכתוב (שם לב) שמחו בה' וגילו צדיקים והרנינו כל ישרי לב. וכתוב (שם קיט) שש אנכי על אמרתך... השמחה הזאת היא מצוה מן התורה נצטוו אדם עליה כי היא עבודה גמורה לשי"ת חשובה יותר מן המצוה.

אמנם מצינו שמחה אסורה מדין התורה והיא השמחה בתענוגי הגוף ובתאוותיו אשר האדם רגיל לחטוא בהנה... שאין השמחה ממתנת לו לאדם בעה"ז, לא כל מי שישמח היום ישמח למחר ולא כל מי שמיצר היום מיצר למחר, זה שאמר שלמה (קהלת ב) לשחוק אמרתי מהולל ולשמחה מה זו עושה...

ומצינו רבינו הקדוש שהיה מגדולי ישראל תורה וגדולה במקום אחד שהיה שוכר לבר קפרא ונותן לו ממון הרבה שלא יגרום לו שמחה ושחוק... ונראה כי בר קפרא היה רגיל בכך שהיה משמח לרבינו הקדוש בדברים והיתה כונת בר קפרא לשמים כדי שישמח רבינו הקדוש שהיה גדול וחשוב כמו מלך ומתוך השמחה תבנה ותכונן תורתו ויהיו הדברים שמחים, וכענין שמחת כלי הניגון בנביאים, אך רבינו הקדוש שהעיד על עצמו בשעת פטירתו שלא נהנה מעולם בעשר אצבעותיו ואפי' באצבע קטנה רצה בזה כי היה גדול בכל המדות אף כי במדת השמחה והשחוק והיה כל תנועותיו נמשכות אחר השכל ושקולות במאזני החכמה עד שאילו נטה לבו יום אחד לשמחת העה"ז או לשחוק היה זה עונש לבני הדור...

אי אפשר לו לאדם שישמח שמחת הנפש עד שיעציב את הגוף, וכן נמצא בספרי המוסר כי הנפש והגוף בדמיון שתי נשים צרות כשתכעוס האחת תשמח האחרת...

נמצא שרבינו בחיי מחייב את השמחה ורואה בקיומה דבר שיש לו חשיבות אפילו יותר מן המצווה! הוא מציב תנאים מחמירים מאד לשמחה שלא תגלוש לדבר עבירה ומזהיר שלא להפוך את שמחת הנפש לשמחת הגוף שהיא לדעתו מתנגדת לתורה ומתנגדת לעולם הרוח.

השמחה כחלק מאהבת ה'

הרמח"ל בחיבורו מסילת ישרים מגדיר את השמחה כחלק מאהבת ה' (פרק יט):
והוא עיקר גדול בעבודה, והוא מה שדוד מזהיר, ואומר (תהלים ק'): עבדו את ה' בשמחה בואו לפניו ברננה. ואומר (שם ס"ח): וצדיקים ישמחו יעלצו לפני אלהים וישישו בשמחה, וארז"ל (שבת ל'): אין השכינה שורה אלא מתוך שמחה של מצוה, ועל הפסוק שזכרנו למעלה עבדו את ה' בשמחה, אמרו במדרש (מדרש שוחר טוב): א"ר כשתהיה עומד לפני להתפלל יהא לבך שמח עליך שאתה מתפלל לאלהים שאין כיוצא בו, כי זאת היא השמחה האמתית שיהיה לבו של אדם עלו, על שהוא זוכה לעבוד לפני אדון יתברך שאין כמוהו, ולעסוק בתורתו ובמצותיו שהם השלימות האמתית והיקר הנצחי, ואמר שלמה במשל החכמה (שה"ש א'): משכני אחריך נרוצה הביאני המלך חדריו נגילה ונשמחה בך, כי כל מה שזוכה האדם ליכנס יותר לפנים בחדרי ידיעת גדולתו יתברך יותר תגדל בו השמחה, ויהיה לבו שש בקרבו. ואומר (תהלים קמ"ט): ישמח ישראל בעושיו בני ציון יגילו במלכם.

ודוד שכבר הגיע אל המעלה הזאת שיעור גדול, אמר (שם ק"ד): יערב עליו שיחי אנכי אשמח בה'. ואמר (שם מ"ג): ואבואה אל מובח אלהים אל

אל שמחת גילי ואודך בכנור אלהים אלהי. ואמר (שם ע"א): תרננה שפתי כי אזמרה לך ונפשי אשר פדית. והיינו כי כל כך היתה מתגברת בקרבו השמחה, שכבר השפתים היו מתנענעות מאליהם ומרננות בהיותו עוסק בתהלותיו ית', וכל זה מגודל התלהטות נפשו שהיתה מתלהטת בשמחתה לפניו, הוא מה שסיים ונפשי אשר פדית. ומצינו שנתרעם הקדוש ברוך הוא על ישראל מפני שחיסרו תנאי זה בעבודתם, הוא שנאמר (דברים כח): תחת אשר לא עבדת את ה' אלהיך בשמחה ובטוב לבב, ודוד לפי שראה את ישראל בעת התנדבם על בנין הבית שכבר הגיעו למעלה הזאת, התפלל עליהם שתתקיים המדה הטובה בהם ולא תסור, הוא מה שכתוב (ד"ה א, כט): ועתה עמך הנמצאו פה ראיתי בשמחה להתנדב לך ה' אלהי אברהם יצחק וישראל אבותינו שמרה זאת לעולם ליצר מחשבות לבב עמך והכן לבבם אליך.

הרי שלדבריו עובד ה' שמח בעבודתו וזהו מבחן לאיכות העבודה ולרמתה ודוד המלך עובד ה' הגדול השתבח בעצמו שהגיע למעלה זו וגם התפלל על כך שזו תהיה מידתם של עם ישראל.

שמחה לעומת שחוק

לעיל הבאנו את האיסור למלא שחוק בעולם הזה, המאירי קושר את האיסור עם החורבן כפי שציינו. יש לציין גם לדברי המשנה באבות (ו,ה) המונה מיעוט שחוק כאחד מקנייני התורה (ראה גם שבת ל,ב שהשחוק מפריע ללימוד). מהרמב"ם עולה שההרחקה משחוק מובנה הכוונה למידה ממוצעת של שמחה (דעות ב,ז):

לא יהא אדם בעל שחוק ומהתלות ולא עצב ואונן אלא שמח, כך אמרו חכמים שחוק וקלות ראש מרגילין את האדם לערוה, וצוו שלא יהא אדם פרוץ בצחוק ולא עצב ומתאבל אלא מקבל את כל האדם בסבר פנים יפות... כללו של דבר ילך במדה הבינונית שבכל דעה ודעה עד שיהיו

כל דעותיו מכוונות באמצעות, והוא ששלמה אמר פלס מעגל רגליך וכל דרכיך יכוננו.

הרי שהשמחה בחלקו של אדם היא מן המידות הראויות לשלימותו של האדם ובתנאי שיהיה ממוצע בשמחתו.

במקום אחר הרמב"ם (מגילה וחנוכה ב,יז) מכוון את האדם לשמחה אמיתית בדבר ה':

מוטב לאדם להרבות במתנות אביונים מלהרבות בסעודתו ובשלוח מנות לרעיו שאין שם שמחה גדולה ומפוארה אלא לשמח לב עניים ויתומים ואלמנות וגרים שהמשמח לב האמללים האלו דומה לשכינה שנאמר להחיות רוח שפלים ולהחיות לב נדכאים.

שמחה מבריא

תלמידי רבינו יונה (ברכות כא,א בדפי הרי"ף) מעוררים על הליקוי הבריאותי הקיים בעצבות ועל הצורך בשמחה מאוזנת:

בכל עצב שהאדם עצב יש יתרון כדי שלא ישמח ימשך אחר תענוגי עולם הזה. ואינו רוצה לומר שישתדל האדם שיהיה עצב שהעיצבון חולי הגוף וכשאדם חולה אינו יכול לעבוד הבורא יתברך כראוי אלא שלא יהיה שמח ולא עצב כי אם על האמצעי...

שמחה וביטחון

יש מן הראשונים שהדגישו את מקומה של השמחה כתוצאת לוואי מתחיבת ממידת הביטחון. כך מבאר בעל אורחות הצדיקים (מהראשונים, לא ידוע מחברו) ב"שער השמחה":

כי המאמין בלב שלם והבוטח בעזר הצור, הוא שמח לעולם, והוא סובל כל דבר, כמו החולה שאוכל סמים המרים בשביל הרפואה. והסובל הוא

חפשי מדאגת העולם. גם הסובל מסתפק במעט שיש לו, כי יאמר: די לי במה שגזר לי הבורא! ועתה הבט וראה, כי השמחה כוללת הכל, כי כל אדם הדואג על העולם הזה, אין לו מנוחה, ותמיד הוא מחשב להרויח ממון, ולא יסתפק במה שחלק לו האל. לכן השמח בחלקו הוא עשיר, אף אם הוא עני, כי ישמח בהם שהוא חלקו ונחלתו. וכן כתוב (תהלים קיט נז): "חלקי ה' אמרתי", וכן הוא אומר (תהלים קח ג): "ישמח לב מבקשי ה'". והמידה הזאת בנפשות הצדיקים, שהם בנועם שלם בענין עבודתם ובשמחה גדולה בפרישותם, כמו שנאמר (תהלים לב יא): "שמחו בה' וגילו צדיקים והרנינו כל ישרי לב", וכן הוא אומר (תהלים צו יא): "אור זרוע לצדיק ולישרי לב שמחה".

גם הוא לאחר אריכות גדולה במעלת השמחה מסיים בהסתייגות הנובעת מן הגמרות דלעיל:

ולא ישמח ולא ימלא פיו שחוק (ברכות לא א), כי עכשיו ערבה כל שמחה, כי ביום שהיה שוחק בו רבינו הקדוש היתה באה פורענות לעולם. וכן (נדה כג א): עד כאן הביא רבי ירמיה לרבי זירא לידי גיחוך ולא גחיק. ומתי יש לשמוח ולשחוק? בעת אשר תחזור השכינה לציון, שהיא שמחה גדולה, כדכתיב (תהלים קכו ב): "אז ימלא שחוק פינו ולשוננו רנה אז יאמרו בגוים הגדיל ה' לעשות עם אלה".

אין למלא את הפה בשמחה בעת הזו לאחר החורבן, צרת הכלל מעיבה על שמחת הפרט.

בני עולם הבא

נסיים בדברי הגמרא (תענית כב, א) המרוממת מעמד משמחי הבריות. כשרבי ברוקא מחפש בשוק אנשים שהם בני עולם הבא, אליהו הנביא מראה לו שניים שלכאורה אינם עושים שום דבר מיוחד:

אמר להו: מאי עובדיכו? – אמרו ליה: אינשי בדוחי אנן, מבדחינן עציבי. אי נמי, כי חזינן בי תרי דאית להו תיגרא בהדיהו – טרחינן ועבדינן להו שלמא.

רבי ברוקא מברר מה מעשיהם של אותם אנשים ומתברר שהם בדחנים וכהסברו של רבינו חננאל: "יש לנו חן שפה ודברים המסירים עצב מן הלב" והרי הם משמחים כל עצוב ומפסיקים מחלוקות בין אנשים. לכאורה הדבר מעורר תמיהה. אכן ראינו את מעלת השמחה וערכה אבל עד כדי כך שהמשמח יזכה להיות בן עולם הבא? נראה שאכן זו הגדלות אותה חיפש רבי ברוקא דווקא ב"שוק", בעולם המעשה, בתוך המיית החיים וטירדתם. הוא חיפש את אותם אנשים המסוגלים להרים את עיניהם מן החולף והמזדמן, מן הרעש הגדול והמהומה האופפת את השוק ואת חיי המסחר והכלכלה, הטרדות המקיפות משתרגות על צוארם של בני האדם, הסכסוכים המתהווים מתוך שקיעה מוחלטת לעולם התווה הזה. והם משמחים ומאירים את החיים מתוך השקפת עולם בריאה יותר ורחבה המאירה את הרגע באורו של נצח. אנשים אלו הם בני עולם הבא.

ובשולי הדברים (תהלים יט, ט): פקודי ה' ישרים משמחי לב וביאר הרד"ק: משמחי לב, כי החכם ישמח על שכלו. וכאשר יגבר על הגוף וינהגו בדרכי השכל, אין שמחה בעולם כשמחה ההיא, והיא שמחת הנפש. לפיכך אמר: משמחי לב, ולא אמר משמחי האדם, כי האדם ישמח לתאות העולם, אבל השכל, והוא הלב, לא ישמח כי אם בדרכי שכל. וכן אמר (מזמור קיט, קיא): כי ששון לבי המה.

(תהלים צו, יא): אור נרע לצדיק ולישרי לב שמחה.

ד. הליכה לרופאים

המקרה

ילדה בת 5 שנים הגיע למיון בשל כאבי בטן והקאות לאחר בדיקה אובחנה דלקת בתוספתן הרופאים הורו על ניתוח דחוף. ההורים מתלבטים ומנסים להשיג את הרב להתייעצות לפני הסכמה לניתוח. כיצד יש להתייחס לכך מבחינה הלכתית ותורנית?

אכן ההתנגדות לעצות הרפואיות משלבת בתוכה שני מרכיבים, האחד הוא חוסר אמון ברופאים, נעמוד על כך להלן בהרחבה בפרק נפרד. השני הוא עצם ההזדקקות למעשה אדם במקום תפילה ופנייה לה' המעוררת שאלה אצל המאמין. לכאורה גישה זו נתמכת בדברי חז"ל ובמקורות ונפרטם³:

לא דרש את ה'

כך נאמר בדברי הימים (ב, טז, יב):

וַיִּחְלָא אָסָא... וְגַם בְּחַלְיוֹ לֹא דָרַשׁ אֶת ה' כִּי בְּרָפָאִים.

מדוע הפסוק מכתיר את עווננו של אסא בתואר "וגם"? לאיזה חטא הוא מצטרף? לפני כן נאמר (פסוק ז):

וּבָעֵת הַהִיא בָּא חֲנַנִי הָרָאָה אֶל אָסָא מֶלֶךְ יְהוּדָה וַיֹּאמֶר אֵלָיו בְּהִשָּׁעֲנֶךָ עַל

מֶלֶךְ אֲרָם וְלֹא נִשְׁעַנְתָּ עַל ה' אֱלֹהֶיךָ עַל כֵּן נִמְלַט חֵיל מֶלֶךְ אֲרָם מִיָּדְךָ.

נמצא שחטאו הקודם היה חוסר בהסתמכות על ה' ושכירת לוחמים, ועל כך נענש שהפסיד במלחמה, וגם כאן זהו בדיוק אותו החטא החלפת רופא כל בשר

³ אציין לחיבורים שהוקדשו לנושא הביטחון, ובהם פרקים בנושא דנן: בטחון איש, הרב אברהם יעקב גולדברג, ירושלים תשס"ב, פרקים יד-טו וספר הבוטח בה, הרב דוד פלק, ירושלים תש"ע, פרק ג. ראה עוד במאמריהם של הרב משה רוזיאל, תחומין ב עמ' 325 והרב משה וינברגר, עמק הלכה אסיא, עמ' 124 וכן בספר חיי ישראל (יו"ד ל) לרב ישראל רייזמן זצ"ל כתב דברים יפים בעניין זה.

ברופא בן אנוש. הרי שלכאורה פשוטו של כתוב מוביל למסקנה חד משמעית שדרישת הרופאים במקום דרישת ה' היא חטא חמור.

"גנו ספר רפואות"

כך גם עולה מפשטות המשנה (פסחים ד,ט):

ששה דברים עשה חזקיה המלך... כיתת נחש הנחשת והודו לו גנו ספר רפואות והודו לו...

ומבאר רש"י (פסחים נו,א): "לפי שלא היה לבם נכנע על חולים אלא מתרפאין מיד."

למרות המשתמע כי ספר הרפואות אכן היטיב עם החולים, טוב שנגנו היות ומטרת המחלות היא פניה לה' והעיסוק ברפואה הסיח את הדעת מן העיקר. כך גם כותב הרשב"א בתשובה (א,תיג):

אלא שהחכם בחכמתו עשה ספרו בענינים המועילים הרבה בטבעים הנגלים בין בטבעים המסוגלים. עד שהיו העולם סומכים עליהם בחליים ובחליים לא היו דורשים את השם על כן גנוהו והודו לו. וכענין שכתוב "גם בחליו לא דרש אלהים כי ברופאים".

הרי שלשיטתם הרפואות הטבעיות יש בהם חיסרון גדול שהן מסיחות את הדעת מן העיקר והוא תיקון האדם מול ה', שבכך תלוי התיקון הגשמי שלו.

"לא הערוד ממית"

מסופר בגמרא (ברכות לג,א):

תנו רבנן: מעשה במקום אחד שהיה ערוד והיה מזיק את הבריות, באו והודיעו לו לרבי חנינא בן דוסא. אמר להם: הראו לי את חורו! הראוהו את חורו, נתן עקבו על פי החור, יצא ונשכו ומת אותו ערוד. נטלו על כתפו והביאו לבית המדרש. אמר להם: ראו בני, אין ערוד ממית אלא

החטא ממית. באותה שעה אמרו: אוי לו לאדם שפגע בו ערוד ואוי לו לערוד שפגע בו רבי חנינא בן דוסא.

הרי שדברי רבי חנינא בן דוסא הברורים מנחים אותנו למסקנה המתבקשת שהחטא הוא הממית ולא הבעייה הרפואית, ממילא פתרון הבעיה אינו נמצא במישור הרפואי כי אם במישור הניסי.

אלא שנהגו

בגמרא (ברכות ס,א) נאמר:

אמר רב אחא: הנכנס להקזו דם אומר: יהי רצון מלפניך ה' אלהי שיהא עסק זה לי לרפואה ותרפאני, כי אל רופא נאמן אתה ורפואתך אמת, לפי שאין דרכן של בני אדם לרפאות אלא שנהגו. אמר אביי: לא לימא אינש הכי, דתני דבי רבי ישמעאל: ורפא ירפא – מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאות.

רש"י מבאר את עמדת רב אחא: "כלומר: לא היה להם לעסוק ברפואות אלא לבקש רחמים." ואם כך לרב אחא העיסוק ברפואות הוא בדיעבד, אמנם לכאורה אביי חולק וסובר שיש רשות לרפא ואין זה רק מנהג לא רצוי. אלא שמדברי הרמב"ן המובאים להלן עולה שהוא רומז לשיטת רב אחא מספר פעמים ומתייחס אל הרפואה כאל מציאות של "כך נהגו" (וראיתי בתשובת אבי האבני נזר המובאת בשו"ת אבני נזר חו"מ קצג שהקשה על שיטת הרמב"ן מגמרא זו ולענ"ד מדיוק דברי הרמב"ן נראה שפוסק כרב אחא).

רמב"ן – מה לרופאים בבית עבד ה'?

מסקנה כזו עולה מדברי הרמב"ן (ויקרא כו,יא):

והכלל כי בהיות ישראל שלמים והם רבים, לא יתנהג ענינם בטבע כלל, לא בגופם, ולא בארצם, לא בכללם, ולא ביחיד מהם, כי יברך השם לחמם ומימם, ויסיר מחלה מקרבם, עד שלא יצטרכו לרופא ולהשתמר

בדרך מדרכי הרפואות כלל, כמו שאמר (שמות טו כו) כי אני ה' רופאך. וכן היו הצדיקים עושים בזמן הנבואה, גם כי יקרה עון שיחלו לא ידרשו ברופאים רק בנביאים, כענין חזקיהו בחלותו (מ"ב כב, ג). ואמר הכתוב (דהי"ב טז, יב) גם בחליו לא דרש את ה' כי ברופאים, ואילו היה דבר הרופאים נהוג בהם, מה טעם שיזכיר הרופאים, אין האשם רק בעבור שלא דרש השם. אבל הוא כאשר יאמר אדם, לא אכל פלוני מזה בחג המצות כי אם חמץ.

לדברי הרמב"ן במצב האידאלי בזמן חולי צריך לפנות לתיקון רוחני בלבד פניה לרופא היא חטא כשלעצמו. מוסיף הרמב"ן וקובע דברים נחרצים: אבל הם נהגו ברפואות והשם הניחם למקרי הטבעים.

דהיינו מאחר ואנשים נהגו לא כשורה ופנו לעזרת הרופאים – הקב"ה הענישם והמחלה נמשכה כדרך הטבע (במרבית המקרים מוות או נכות). פתח לעבודה הרפואית משאיר הרמב"ן על בסיס הטענה שהאיסור חל על החולה בלבד:

וזו היא כונתם באמרם (שם) ורפא ירפא מכאן שנתנה רשות לרופא לרפאות, לא אמרו שנתנה רשות לחולה להתרפאות, אלא כיון שחלה החולה ובא להתרפאות כי נהג ברפואות והוא לא היה מעדת השם שחלקם בחיים. אין לרופא לאסור עצמו מרפואתו, לא מפני חשש שמא ימות בידו, אחרי שהוא בקי במלאכה ההיא, ולא בעבור שיאמר כי השם לבדו הוא רופא כל בשר, שכבר נהגו. ועל כן האנשים הנצים שהכו זה את זה באבן או באגרוף (שמות כא יח). יש על המכה תשלומי הרפואה, כי התורה לא תסמוך דיניה על הנסים, כאשר אמרה (דברים טו יא) כי לא יחדל אביון מקרב הארץ, מדעתו שכן יהיה. אבל ברצות השם דרכי איש אין לו עסק ברופאים.

מותר לאדם לעסוק ברפואה ולהגיש עזרה לפונים אליו למרות שהמעלה הגבוהה היא לפנות לקב"ה בזמן חולי, התורה מכירה בחולשה האנושית ומחייבת פיצוי על הטיפול הרפואי.

ריב"ש – כמה ספיקות יפלו בניסיון ההוא?

חיוזק לשיטת הרמב"ן עולה מדברי הריב"ש בתשובותיו (תמז):

ואעפ"י שהיה הרמב"ם חכם בחכמת הרפואה, והטבע, ובקי בנתוח; כי לא מפי הטבע והרפואה, אנו חיינ! ואנחנו על חכמינו ז"ל, נסמוך. אפילו יאמרו לנו על ימין: שהוא שמאל. שהם קבלו האמת, ופירושי המצוה; איש מפי איש, עד משה רבינו, ע"ה. לא נאמין אל חכמי היונים, והישמעאלים; שלא דברו רק מסברתם, ועל פי אי זה נסיון, מבלי שישגיחו: על כמה ספיקות, יפלו בנסיון ההוא.

נמצא שלדבריו הרופאים אינם מוסרים מידע אמין ואין ליהודי מאמין לפנות אליהם.

הרפואה בזמן העתיק

בהקשר לכך יש לומר שהשיטות המדעיות והרפואיות המקובלות בזמן הריב"ש היו פגומות ואכן לפי המקובל במדע של היום לא היה אפשרי כלל להסתמך עליהן. אם לדוגמא נבחן מה סיכויי ההחלמה של מי שלקה בדלקת התוספתן בימי היפוקרטס (400 לפני הספירה), מה עלה בגורלו של אותו חולה בימיו של מגלן (700 שנה לאחר מכן) ולמעשה עד לשנת 1860 מה היה קורה לחולה זה? התשובה היא שלא הרבה. הרופאים בתקופות אלו ידעו לקבע שברים, לפתוח מורסה ובעיקר ידעו לנבא שימי החולה ספורים... וכן היו נוהגים לומר לחולה שאין מה לעשות ומומלץ להתפלל ולהקריב מנחות. אדם בעל אמצעים בתקופה זו היה מקבל את מיטב הטיפול הרפואי: חוקן אדיר, שטיפות מעי עם תמיסות

שלהן הוסיפו רעלים שונים. אם החולה היה בהלם ואיבד את רוב נוזלי הגוף – הקזת דם הייתה מומלצת. למעשה הרופאים בעיקר קיצרו את חייו של אותו חולה.

לדוגמא אישה שהתקשתה בלידה והוחלט בסוף לנתחה ודאי שהיא תמות וסיכוי גבוה שגם הולד, רק מתקל"ו (1876) נשים שרדו לאחר הניתוח עצמו.

טיפול במגיפה

במגיפה השחורה שהפשטה באירופה הרופאים קבעו שהגורם למגפה הוא התחברות המשולשת של שבתאי צדק ומאדים במעלה ה-40 של מזל דלי שהתחוללה לטענתם ב-20 למרץ 1345. הם גם העלו תאוריות מקוריות נוספות כגון אויר מעופש קרפדות רעילות ועוד

ככלל ניתן לומר שבימי הביניים הרפואה הייתה מושתתת על אמונות, רעיונות למקור המחלות המבוססות על השקפת עולם שבהם היה תפקיד מרכזי לגורל, חטא והשפעות אסטרולוגיות במשקל זהה לגורמים גופניים. לדעת הרופאים יעילות המרפא קשורה לאמונותיהם של החולה ושל הרופא תהליך הריפוי הגופני היה לעיתים תכופות משני להתערבות רוחנית.

היגיינה

בימי הביניים – באירופה ובמרבית העולם – אנשים חיו בתנאי תברואה ירודים ביותר הרחובות היו מוצפים בביוב מקובל היה להשליך פסולת מהבית לרחוב כולל סירי לילה חיות משק הסתובבו ברחובות אנשים לא התרחצו היות והדבר היה נחשב מסוכן ולא מהוגן.

נציין לדוגמא מעניינת מאותם הימים:

Dr. Semmel weiss (1818–1865), השווה 2 מחלקות יולדות זהות בגודלן באותו בית חולים, באחת תמותת יולדות היתה 600/3500 בשנייה 60/3500, ממה נבע ההבדל?

לאחר בירור עלה שבמחלקה אחת החולות טופלו ע"י מיילדות ובשנייה ע"י רופאים וסטודנטים לרפואה, התמותה גבוהה הייתה אצל הרופאים והנמוכה אצל המיילדות, ומדוע?

התברר שהרופאים והסטודנטים הגיעו לבדיקת הנשים פעמים רבות לאחר אוטופסיות (ניתוחי מתים) ולמעשה הדביקו את החולות, זו תמונת מצב המידע הרפואי לפני לא הרבה זמן.

תוחלת החיים

ביוון העתיקה חיו 20–30 שנה, באנגליה בימי הביניים הממוצע היה 25–30 שנה. בתחילת המאה ה-20 חיו בממוצע 30–40 שנה.

כיום הממוצע העולמי הוא 66 שנים, וגם דבר זה נובע נובע מכך שיש מקומות כמו אפריקה בהם הממוצע הוא 45 שנה, לעומת זאת בארה"ב הממוצע הוא 77 שנה לערך.

אוכלוסיית העולם

מהנתונים עולה ששינוי המשמעותי חל רק באמצע המאה ה-19 – זאת כנראה בעקבות גילוי הקשר בין מחלות לבין החיידקים שהוביל לנקיטת צעדים בכדי לשפר את בריאות הציבור מודעות להיגיינה וחיטוי.

לואי פסטר (1822–1895) הוא זה קישר בין החיידקים למחלות והוא הראשון שפיתח חיסון לכלבת ואנטרקס חלוצ בתחום העיקור (ומכונה על שמו – פסטור).

במקביל המהפכה התעשייתית העלתה את רמת החיים – שכר גבוה יותר, שיפור בתזונה, סבון זמין וזול. ופרט נוסף קטן אך בעל משמעות רבה – החל ייצור

בגדי כותנה זולים. בניגוד לבגדי הצמר שהיו נהוגים לפני כן, את הכותנה קל לכבס – דבר המאפשר להפטר מקרציות והביא גם לעצירת מגפת הטיפוס. שלב נוסף בהתפתחות הרפואה והעלאת תוחלת החיים אירע כשאלכסנדר פלמינג מצא את האנטיביוטיקה, ו-1941 הוחל ביצור מסחרי של אנטיביוטיקה.

סיכום הנתונים

הרי שהעובדות מוכיחות שהרפואה העתיקה אכן הייתה חסרת תועלת ודברי הביקורת כנגדה הם נכונים והגיוניים. מאידך עולה בבירור שהתפתחות הרפואה תרמה לעליית אורך החיים ולאיכותם בצורה חד משמעית. כיצד ניתן להבין איפא את המקורות התורניים האומרים שאין לרפואה כל משמעות מבחינה השקפתית ואמונית?

עיון מחדש

על כן עלינו לשוב ולהעמיק במקורות על מנת לחדד את הבנתנו ולפרשם כראוי. ראשית נציין לדבריו היסודיים של החכם רבינו בחיי אבן פקודה מראשוני ההוגים והכותבים בתקופת הראשונים, בחיבורו "חובת הלבבות" (שער ד):

נאמר בענין הבריאות והחולי, כי על האדם לבטח בבורא בזה ולהשתדל בהתמדת הבריאות בסיבות אשר מטבעם זה ולדחות המחלה במה שנהגו לדחותו, כמו שצוה הבורא יתעלה: ורפא ירפא, מבלי שיבטח על סיבות הבריאות והחולי, שהן מועילות או מזיקות אלא ברשות הבורא, וכאשר יבטח בבורא, ירפאהו מחליו בסבה ובלתי סבה, כמ"ש: ישלח דברו וירפאם... ואפשר שירפאהו בדבר המזיק הרבה, כמו מענין אלישע במים הרעים, שכתוב: והמים רעים והארץ משכלת, שריפא היוזם במלח, וכמוהו: ישאו דבלת תאנים וימרחו על השחין ויחי, וכבר ידעת מה שהיה

מענין אסא, כשבטח על הרופאים והניח בטחונו באלהים בחליו, מהמוסר והתוכחה לו, ואמר הכתוב: כי הוא יכאיב ויחבש וגו'.

רבינו בחיי קורא לכל אדם לטפל בעצמו באופן הטבעי וללוות זאת באמונת אומן שהסיבה האמיתית להצלחת הרפואה היא רצון ה'. הוא מבאר שהטעות של אסא היא שהוא סמך רק על הרופאים "והניח בטחונו בה", הדרך הנכונה היא לשלב טיפול רפואי עם ביטחון ועבודת ה'.

נחזור גם למשנה בה פתחנו (פסחים ד, ט) ונעיין בה שוב: "גנו ספר רפואות והודו לו..."

הרמב"ם בפירושו למשנה מציע הסבר בהיר לגניזת ספר הרפואות:

ספר רפואות, היה ספר שהיה בו סדר רפואות במה שאין מן הדין להתרפות בו, כגון מה שמדמין בעלי "הטלסמאת" שאם עושין "טלסם" בסדר מסוים מועיל לחולי פלוני וכיוצא בזה מדברים האסורים, ומחברו לא חברו אלא על דרך הלימוד בטבעי המציאות לא כדי להשתמש במשהו ממה שנכלל בו, וזה מותר... וכאשר קלקלו בני אדם ונתרפאו בו גנזו! ולא הארכתי לדבר בענין זה אלא מפני ששמעתי וגם פירשו לי ששלמה חבר ספר רפואות שאם חלה אדם באיזו מחלה שהיא פנה אליו ועשה כמו שהוא אומר ומתרפא, וראה חזקיה שלא היו בני אדם בוטחים בה' במחלותיהם אלא על ספר הרפואות, עמד וגנזו. ומלבד אפסות דבר זה ומה שיש בו מן ההזיות, הנה ייחסו לחזקיה ולסיעתו שהודו לו סכלות שאין ליחס דוגמתה אלא לגרועים שבהמון. ולפי דמיונם המשובש והמטופש אם רעב אדם ופנה אל הלחם ואכלו שמתרפא מאותו הצער הגדול בלי ספק, האם נאמר שהסיר בטחונו מה', והוי שוטים יאמר להם, כי כמו שאני מודה לה' בעת האוכל שהמציא לי דבר להסיר רעבוני ולהחיותני ולקיימני, כך נודה לו על שהמציא רפואה המרפאה את מחלתי כששתמש בה. ולא הייתי צריך לסתור פירוש זה הגרוע לולי פרסומו.

הרי שהרמב"ם מוזכר פירוש שחזקיה גנז ספר רפואות אמיתי ודוחה זאת בחרפות. לדבריו הפנייה אל הרפואה הטבעית היא הכרחית והיא עבודת ה' ממש וזאת כאשר הדבר נעשה מתוך הודאה לה' שהמציא לנו את החכמה הזו. הרמב"ם רואה בפניה לרופאים מהלך נכון ותקין, אלא שיש לעשות זאת במקביל לעבודת ה' וכחלק ממנה.

בעניין דברי הגמרא שהעסק ברפואות הוא משום ש"כך נהגו", לכאורה משמע שזהו דבר שנוגד את התורה ואין להתפלל עליו, מבאר הט"ז (יו"ד שלו, א) באופן שונה:

דרב אחא הצריך לומר האי לישנא שכן אין דרכן של בני אדם בנוסח התפלה שאומר המקיז דם דהיינו שהוא מתנצל למה מבקש רפואה על ידי ההקזה שהוא לפי הטבע אף שאינו מן הראוי לעשות כן אלא לבקש רחמים להנצל ע"י רחמים של מעלה מ"מ מאחר שכבר נהגו לעשות רפואה ע"י הטבע גם אני עושה כן ועל כל פנים אני מודה שהכל בא על ידך כי אל רופא נאמן אתה. ועל זה חולק אב"י דלא לימא שכן נהגו דגם התורה הסכימה על זה שיהא רפואה ע"פ הטבע כי ירדה תורה לסוף דעת האדם שלא יהיה זכאי כל כך שתבא רפואתו ע"י נס מן השמים וע"כ אין שייך לומר דהאי קרא דרפא ירפא קמ"ל מצוה דאלו האדם זכאי אינו צריך לכך ואדרבה היה צריך דוקא רפואה ע"י שמים אלא דלפי דרכו של אדם רשות הוא לו וע"כ הוה האידנא חיוב בדבר ומצוה היא כיון דלפי מעשה האדם חיותו תלוי בכך כן נ"ל נכון.

הרי שלפי דברי הט"ז גם לדעת רב אחא אין מניעה בעצם מעשה הרפואה כי אם אין ראוי לקבוע בנוסח התפילה שתהיה עזרת ה' על מעשה הרפואה היות ואם כבר ראוי להתפלל על הצלת החולה ללא מעשה הרפואה, אולם לגופו של עניין מעשה הרפואה אין בו פגם.

בייחס לדברי הרמב"ן שאין לעבד ה' צורך לגשת לרופאים קובע רבי יצחק עראמה בעל העקידת יצחק (שער כו):

כי מי ישמע אליו על הדבר הזה והלא כל אדם חייב להראות עצמו מהבינונים אשר השתדלותם תועיל להם... מלבד שלא יסבול שום דעת שיהא הרופא רשאי לרפאות והחולה אסור להתרפאות.

דהיינו לדבריו מדובר בהדרכה למי שיכול להגדיר עצמו "עבד ה'" ומי יכול לומר כך על עצמו?

גם הרמב"ן עצמו עסק ברפואה וכפי שכותב החיד"א בספרו "שם הגדולים" בערכו: רמב"ן מלבד תוקף גדולת חכמתו בתלמוד וע"ד האמת עוד היה חכם בחכמת המחקר ורופא מובהק...

למעשה נראה מכתביו של הרמב"ן שאין זה רק היתר בעלמא להיות רופא לצורך אותם חסרי אמונה שפונים אליו. כך הוא כותב בספר תורת האדם (שער המיחוש):

ומסתברא דהא דאמרינן נתנה תורה רשות לרופא לרפאות אבל האי רשות רשות דמצוה הוא דמצוה לרפאות ובכלל פקוח נפש ופקוח נפש מצוה רבה היא, הזריז בחכמה זו משובח והנשאל מגונה והשואל שופך דמים, וכל שכן המתאש ואינו עושה. ומכאן לומדים כל רופא שיודע בחכמה ומלאכה זו חייב הוא לרפאות, ואם מנע עצמו הרי זה שופך דמים. וזו שאמרו (במשנה קידושין) טוב שברופאים לגיהנום, לגנות דרכן של רופאים בפשיעות וזדונות שלהם נאמר, אבל לא שיהא חשש איסור בדבר.

דהיינו יש מצוה לרפא על פי הרמב"ן והביקורת על הרופאים היא בעיקר על חוסר המקצועיות של הרופאים, והדברים מובנים לאור הנתונים שהבאנו לעיל. ראו גם דברי הב"ח (יו"ד שלו):

אבל אם בטח בה' שישלח לו רפואה על ידי הרופא מותר לדרוש ברופאים אפילו במכה הבאה בידי שמים וכך נהגו בכל גבול ישראל.

ראה דברי החיד"א בברכי יוסף יו"ד שלו שהציע ביאור נוסף בדעת הרמב"ן:

והמסתכל בדבריו ז"ל בספר תורת האדם בעיניו יראה שכל דבריו שכתב שיש מצוה ופקוח נפש וכו', הוא בחלק הרופא. ובביאורו על התורה גלה סודו, דאעיקרא מנהג הרופאים שלא כדת. דהיינו הרופא מותר לרפא ועל החולה מוטל האיסור ללכת לרופא.

פוסקי זמננו

בדור הקודם הרחיב בעניין רבי זאב נחום מביאלא אביו של בעל האבני נזר (שו"ת אבני נזר חו"מ קצג) שקבע בתשובה לבנו, משנת תרל"ג, שמותר לו להחמיר ולהימנע משתיית תרופה שיש בה איסור, בהסתמך על שיטת הרמב"ן שלאדם צדיק אין צורך ברופאים. ובתוספת שיטת האבן עזרא ש"רפא ירפא" הוא רשות לרופאים לרפא חולאים חיצוניים בלבד, ועל כן הוא מסכם שכעיקרון מותר לכל אדם להימנע מטיפול רפואי ולהיחשב כצדיק:

כיון שנראה בחוש שהרופאים מועדין לקלקל יוכל לבטוח בהש"י כדי שלא להכניס עצמו לסכנת נפשות במעשה. וגם שלענין זה מקרי צדיק שבוטח בהש"י. וגם כי מפשט דברי הרמב"ן נראה שכל אדם שאינו עוסק ברפואות ובוטח בהש"י מקרי צדיק לענין זה. ולכל אדם יש רשות ומצוה לעשות כן.

אמנם גדולי הפוסקים בדורינו הכריעו דלא כשיטתו. כבר הרחיב מרן הראשון לציון הרב עובדיה יוסף זצ"ל בשו"ת "יביע אומר" (ד, חו"מ ו) לדחות את דבריו והכריע בבירור שחובה על החולה לעסוק ברפואתו על פי דרך הטבע. כך גם כותב בעל ציץ אליעזר (יז,ב):

שאלה מרופא: במקרה והחולה הוא בעל מדריגה באמונה, האם מותר לשכנע אותו לקבל טיפול רפואי למרות שהוא באמונתו עומד? תשובה: מותר ומותר לשכנע אותו לקבל טיפול רפואי, ולא עוד אלא להסביר לו כי חסידות של שטות היא, לא לקבל הרפואה הדרושה...

וביאר שם שכל דברי הרמב"ן על הצדיקים נאמרו בזמן שהייתה הנבואה והיה אפשר לשאול את הנביא על פשר המחלה. פוסקים אלו מסתמכים גם על הכרעתו הברורה של החיד"א (ברכי יוסף יו"ד שלו):

ונראה דהאידנא אין לסמוך על הנס, וחייב החולה להתנהג בדרך העולם לקרות רופא שירפאנו, ולא כל כמיניה לשנות סוגיין דעלמא ולומר כי הוא גדול מכמה חסידי הדורות שנתרפאו על ידי רופאים, וכמעט איסור יש בדבר, אי משום יוהרא, ואי משום לסמוך אניסא במקום סכנה ולהזכיר עונותיו בשעת חוליו, אמנם ינהוג כדרכן של בני אדם וארח כל ארעא להתרפאות על ידי רופא ולבו בל עמו, רק ידבק בקונו למתקף ברחמי בכל לב ובו יבטח דוקא.

כך מצאתי גם בכתבי ש"ב הרב יהודה זרחיה סגל זצ"ל (שו"ת צמח יהודה א, פז-פח) שהאריך לבסס את החיוב ללכת לרופאים בסברות ברורות ובדברים נכוחים.

לאור המתבאר בדברינו דלעיל מבחינה מציאותית ובפרט התקדמות הרפואה משנת תרל"ג (1873) ועד היום, יש גם לומר שגם אביו של ה"אבני נזר" כתב את דבריו מתוך הכרה בכוחם המוגבל של הרופאים בזמנו, וכפי שמודגש בדבריו כמה פעמים וביניהם בקטע המצוטט לעיל, וניתן לשער שהיום בוודאי היה מכיר ביכולות הרבות הקיימות בעולם הרפואה, והיה מייחס משמעות גדולה יותר לטיפולים הרפואיים.

מאידך לאחר שהעלינו לעיקר את הגישה המחייבת הליכה לרופאים, יש לשוב ולזכור שאין בהליכה לרופאים משום תחליף לתשובה ולתפילה ולתיקון המידות וחשבון הנפש. מי שמאמין אך ורק במענה הרופאים ואינו מלווה את הטיפול הרפואי בתיקון רוחני אמיתי, לכל השיטות עשוי להיקרא מי ש"לא דרש את ה'..."

יש להעיר עוד שמוסכם על הכל חשיבות הנהגת אורח חיים בריא וכבר קבע הרמב"ם הלכות דעות בחיבורו ובהם כללים מקובלים בעתו ובזמנו, ומאז נוספו ידיעות חדשות ומועילות ואין חולק בכך שחובה לאדם להישמר על נפשו וממילא יש בוודאי צורך להימנע מעישון ומריבוי שתייה חריפה וכן לשמור על פעילות גופנית במידה מתאימה ושאר ההמלצות המוסכמות ומקובלות.

נספח - פעילות גופנית לאור ההלכה

כהשלמה לדברים דלעיל נציין את אחד מהגורמים עליהם העמיד הרמב"ם את משנתו הבריאותית, והדברים מקבלים משנה תוקף בימינו אלה. נציין שישנו תחום נוסף של תזונה בריאה שגם אותו מדגיש הרמב"ם, ובו לא נעסוק במסגרת זו. הדברים דלהלן הם פשוטים וקצרים, ואף על פי כן ראיתי צורך להביאם כאן עקב חשיבות הנושא.

הרמב"ם קובע (דעות ד, יד-טו):

ועוד כלל אחר אמרו בבריאות הגוף, כל זמן שאדם מתעמל ויגע הרבה ואינו שבע ומעיו רפין אין חולי בא עליו וכחו מתחזק, ואפילו אוכל מאכלות הרעים.

וכל מי שהוא יושב לבטח ואינו מתעמל, או מי שמשא נקביו, או מי שמעיו קשין, אפילו אכל מאכלות טובים ושמר עצמו על פי הרפואה, כל ימיו יהיו מכאובים וכחו תשש...

הרי שהרמב"ם מחייב פעילות גופנית כדבר בסיסי בבריאות האדם. ולפי דברי הרמב"ם בראש הפרק (הלכה א) יש חשיבות גדולה בהקפדה על כך על פי ההלכה:

הואיל והיות הגוף בריא ושלם מדרכי השם הוא, שהרי אי אפשר שיבין או ידע דבר מידיעת הבורא והוא חולה, לפיכך צריך להרחיק אדם עצמו מדברים המאבדין את הגוף, ולהנהיג עצמו בדברים המברין והמחלימים... והנה דברי הרמב"ם נמצאים כיום מדויקים להפליא. נצטט ממאמרם של הרופאים והמומחים: גל דובנוב-רז, אליוט בארי, עופר שמר ונעמה קונסטנטיני ("מי יטפל במטפל? המלצות אורח חיים בריא לרופאים", חוברת הרפואה יולי 2011). המחברים קובעים בבירור שלפי כל הממצאים והמחקרים אדם שעוסק באופן קבוע בפעילות גופנית כלשהיא, סיכוייו להאריך ימים עולים משמעותית. במאמרם הם מצטטים את המלצות המימשל בארה"ב:

בשלהי 2008 פרסמה ממשלת ארה"ב המלצות מפורטות לפעילות גופנית לכלל האוכלוסיה, המלצות אלו הן פרי של איסוף מידע מהמחקרים האיכותיים ביותר, ומאששות מחקרית את המומלץ מזה מספר שנים, פעילות אירובית הנמשכת לפחות 30 דקות ביום, חמישה ימים בשבוע או יותר, צריכה להיות מנת חלקו של כל אדם. בנוסף, לאנשים העוסקים בעבודה בעלת אופי נייח, כמו רופאי מרפאה, נדרשות 60 דקות של פעילות גופנית בעצימות בינונית מדי יום (כגון הליכה בהתנשפות קלה) לשם מניעת עלייה במשקל במרוצת השנים... בעשור החולף, הלך והתברר תפקידו של הכושר הגופני הירוד כגורם סיכון משמעותי למחלות לב וכלי דם, ולתמותה באופן כללי.

באחד המחקרים המשמעותיים שפורסמו בנושא, בוצע מעקב אחר 32,000 נבדקים, ונמצא כי כושר גופני ירוד הגביר את סיכון התמותה ממחלות לב ב- 70% לעומת נבדקים בעלי כושר טוב. למעשה, הכושר הירוד הגביר את התמותה אף יותר מאשר עישון, יתר לחץ דם, כולסטרול גבוה או השמנה. גם בנוכחות גורמי הסיכון האחרים הללו, האדם בעל הכושר הטוב תמיד היה מוגן בצורה משמעותית מתמותה. על מנת לאתגר את מערכות הגוף לשיפור הכושר, תמיד כדאי לשאוף שהמאמץ יהיה קשה במקצת, ולהגביר את קצב ההליכה, הריצה, הרכיבה או השחייה, עם השיפור בכושר.

המחברים מצרפים המלצות מעשיות לשיפור הפעילות שעיקרן שתוספת פעילות אפילו המצומצמת ביותר, היכולה להטות את הכף ולשפר את בריאותו של האדם.

הרי שמאמר מסכם זה המביא מסקנות מחקרים מהתקופה האחרונה ממש, מוכיח את צדקת דברי הרמב"ם שהקדים את זמנו בהבנת יסודות הבריאות, וממילא דברים אלו מחזקים את החובה ההלכתית העולה מדבריו של הרמב"ם, להקדיש

זמן לצורכי פעילות גופנית או לפחות להשתדל לעשות פעילות כזו כחלק מחובתו של כל אדם בישראל לקיים את מצוות התורה ורצון בוראו.

ה. החיסון לאור ההלכה

מבוא

אפתח במספר נתונים על התפתחות החיסון⁴:

המגיפה השחורה

מגיפה שהכתה באסיה ובאירופה במשך 5 שנים 1347–1351 קטלה לפי הערכה 35 מליון איש בסין ובין 20–25 מליון איש באירופה. ההערכה היא שבין רבע לחצי מאוכלוסיית היבשת. מקור המגפה עדין לא נתברר באופן מוחלט (דבר או וירוס).

כבר הזכרנו בפרק על ההליכה אחר הרופאים שהטיפול הרפואי דאז נקבע לפי נתוני המחקר לא רגילים: הגורם למגפה לדעת הרופאים היה התחברות המשולשת של הכוכבים שבתאי צדק ומאדים במעלה ה-40 של מזל דלי שהתחוללה לטענתם ב-20 למרץ 1345, כמו כן עלו תיאוריות נוספות: אור מעופש קרפדות רעילות ועוד.

היו גם שמועות שהיהודים מרעילים את בארות המים והם הגורמים לפרוץ הדבר. למרות מאמצי הכנסייה שלא לטפול על היהודים את האשמה – היו פרעות ורדיפות ולבסוף גרוש יהודים ובסוף המאה ה-14 מערב אירופה התרוקנה מיהודים.

כיצד טיפלו בפועל בחולים? התרופות שנרשמו למחלה במאה ה-14 היו עצות משונות מעשי קסמים וכישוף מגוון, שיקויים שונים ומשונים.

בכדי לצמצם התפשטות המגיפה נאסרו מצעדים, נשרפו בגדי החולים והוטל איסור מעבר מעיר לעיר, כל כלי שיט המתין 40 יום לפני כניסה לנמל, לפני

⁴ החומר הרפואי בפרק זה ובקודם לו נכתב על ידי רעייתי. ניתן למצא נתונים עדכניים ומפורטים באתר "חיסונים – כל מה שחשוב לדעת" של בית החולים וולפסון, נעזרנו בחומרים גם מאתר זה בהכנת הדברים.

שהותר לספינה לעגון בנמל רופא היה עולה לסיפון לוודא שאין חולים על הסיפון. למעשה המחלה הייתה ללא טיפול של ממש ועל כן הפילה חללים רבים.

תולדות החיסונים

הסינים בסביבות השנים 1499–1582 ראו שאם לוקחים את הנוזל שבשלפוחיות אדם חולה ושמים זאת על יד נחיר של אדם בריא אותו אדם יפתח מחלה קלה יותר ולאחר מכן יהיה חסין לה. התמותה בשיטת חיסון זו 0.5%–2.0% (הרבה פחות מ-20%–30% מהמחלה עצמה...)

אשת הדיפלומט הבריטי lady Mary Woortley Montagu הבחינה בנוהג בטורקיה לבצע סריטה בעור ולשים עליה הפרשות של שלפוחית מחולה אבעבועות, הנוהג בוצע בילדיה שלה הם חלו במחלה קלה והבריאו, היא זאת שהביאה את הבשורה לבריטניה.

ב-1721 היתה מגפה בבריטניה – משפחת המלוכה חששה ובדקה את התיאוריה על אסירים כאשר ראו שהאסירים הבריאו, הדבר יושם על בני המלוכה.

אדוארד ג'נר הבחין ב-1796 שרפתנים שנחשפו למחלת בקר המכונה אבעבועות הבקר, לא נדבקו באבעבועות שחורות. כאשר נקרתה לדרכו רפתנית עם אבעבועות הבקר הוא נטל מהפרשותיה ומרח זאת לבנו של הגנן בן ה-8 על סריטה, הילד חלה במחלה קלה 6 שבועות, לאחר מכן הרופא הניח על סריטה נוזל של אבעבועות שחורות הילד לא נדבק. ב-1980 המחלה הוכחדה בעולם.

הסיבה להצלחת ההכחדה: זיהוי מהיר של המחלה מתן חיסון סביבתי, איתור כל אדם החשוד שנחשף למחלה ומתן חיסון בהקדם מניעה של הפצת המחלה בעולם תודות לעובדה שבקלות ומהירות מאבחנים אותה וזמן ההופעה מהחשיפה הוא קצר המקרה האחרון שאותר היה ב-1977 בסומליה.

סיבות נוספות להכחדת המחלה:

המחלה עוברת רק מאדם לאדם והחיות אינן מהוות מאגר שלה, אנשים ששרדו פיתחו חסינות לכל החיים, פיתוח תרכיב חיסון יעיל וזול.

החיסונים מפחיתים באופן משמעותי את הסיכון להידבקות, וזאת על-ידי שימוש במקורות ההגנה הטבעיים של הגוף על-מנת לפתח חסינות למחלה. כאשר חיידקים או נגיפים פולשים לגופנו הם מתרבים ותוקפים את הגוף. פלישה זו נקראת "זיהום", הזיהום הוא הגורם למחלה. מערכת החיסון משתמשת במספר אמצעים על מנת ללחום בזיהום.

הדם מכיל: תאי דם אדומים, הנושאים חמצן לרקמות ולאיברים, תאי דם לבנים או חיסוניים, הנלחמים בזיהום. תאי הדם הלבנים כוללים בעיקר תאי B, תאי T ומקרופאגים.

מקרופאגים הם תאי דם לבנים אשר בולעים ומעכלים את החיידקים. המקרופאגים מותירים מאחור חלקיקים של החיידקים הפולשים הנקראים "אנטיגנים". הגוף מזהה את האנטיגנים כמסוכנים ומעורר את הגוף לתקוף אותם.

הנוגדנים תוקפים את האנטיגנים שהשאירו המקרופאגים. הנוגדנים מיוצרים על ידי תאי דם לבנים הגנטיים הנקראים תאי B .

תאי T הם סוג אחר של תאי דם לבנים הגנטיים. הם תוקפים את התאים בגוף אשר נדבקו בזיהום.

בפעם הראשונה שהגוף נתקל בחיידק או נגיף הגורם לזיהום, לוקח לו מספר ימים עד לייצור הכלים הנחוצים לו להילחם בחיידק או בנגיף ולהשתמש בהם על-מנת להתגבר על הזיהום. לאחר הזיהום, מערכת החיסון "זוכרת" את כל הכלים שנעשה בהם שימוש כדי להגן על הגוף מפני מחלה מסוימת. הגוף שומר מספר תאי T, הנקראים תאי זיכרון, אשר נכנסים לפעולה במהירות בכל פעם שהגוף פוגש באותו חיידק או נגיף בשנית. כאשר מתגלים האנטיגנים (זיהום)

המוכרים, תאי הזיכרון מפעילים את תאי ה-B המייצרים את הנוגדנים המתאימים להשמדתם.

חצבת ((Measles): מחלה נגרמת על ידי נגיף ה-Measles. המחלה מדבקת ביותר – שיעור התחלואה בלא מחוסנים מגיע ל 100%. המחלה מתבטאת בחום, דלקת עיניים ופריחה.

סיבוכים: דלקת אוזניים, שלשול, הסיכון לדלקת ריאות הוא 6 ל-100, לדלקת רקמת המוח 1 ל-1000, מוות – 2 מקרים לכל 1000 חולים, SSPE – מופיעה באחד ל-1000 חולים. המופיע מספר שנים מאוחר יותר הוא : SSPE-דלקת-רקמת-מוח תת-חריפה טרשתית כוללת Subacute sclerosing panencephalitis – מחלה ניוונית של המוח, המתבטאת בהרס תאי המוח, עד למוות.

חזרת ((Mumps): נגרמת על ידי נגיף ה-Mumps. הנגיף גורם לדלקת בבלוטת הרוק.

סיבוכים אפשריים: דלקת רקמת המוח, אובדן שמיעה (בדרך כלל חד צדדי) (בעבר הסיבה השכיחה ביותר לחירשות חד צדדית בילדים) דלקת באשך עלול לגרום לעקרות, דלקת בלבלב (פנקריאטיטיס). שיעור דלקת רקמת המוח – 5 לאלף מקרים. דלקת באשכים – 10-20% מהחולים.

אדמת: נגרמת על ידי נגיף השייך למשפחת Togavirus סימני המחלה: נפיחות בבלוטות הלימפה, חום, פריחה ורודה בעור המתחילה בפנים ומתפשטת לכל הגוף, דלקת עיניים, כאב ונפיחות בפרקים, כאב ונפיחות באשכים.

סיבוכים : דלקת המוח, שכיח יותר במבוגרים, אירועי דימום עקב ירידה בכמות הטסיות – שכיח בעיקר בילדים. פגיעה בעובר במהלך ההיריון / תסמונת אדמת מולדת: בקרב נשים בחודשי ההיריון הראשונים עלולה האדמת לפגוע בעובר

המתפתח, ולגרום למומים מולדים קשים כגון: מומי לב, חירשות, עיוורון פיגור שכלי, הפלה, מוות תוך רחמי של העובר או ללידה מוקדמת.

פגיעה בעובר במהלך ההיריון / תסמונת אדמת מולדת

חומרת הנזק הנגרם לעובר תלויה בשלב ההיריון בו חלתה האם. ככל שההיריון צעיר יותר כך חומרת הנזק גדולה יותר. קיים סיכון של 85% שתינוקות שאינם חלתה בשלושת החודשים הראשונים להיריון, יסבלו מתסמונת אדמת מולדת. לעומת זאת, כשהדבקת האם נעשתה אחרי השבוע ה- 20 להיריון, הסיכון לנזקים נמוך יותר.

כיצד פועל החיסון? החיסון עוזר לפתח חסינות על-ידי הדמיה של הזיהום. סוג זה של זיהום אמנם איננו גורם למחלה, אך הוא גורם למערכת החיסון לייצר תאי T ונוגדנים. לעתים, לאחר קבלת החיסון, הזיהום המדומה עלול לגרום להופעתם של תסמינים קלים, כגון חום. תסמינים קלים אלה הם תופעה רגילה ויש לצפות להם בעת שהגוף בונה חסינות.

ברגע שהזיהום המדומה נעלם, הגוף נותר עם מלאי של תאי T, תאי זיכרון, אשר יזכרו כיצד להילחם במחלה בעתיד. (עם זאת, לגוף לוקח בדרך כלל מספר שבועות לייצר תאי T ותאי B לאחר החיסון. לכן, קיימת אפשרות שאדם אשר נדבק במחלה בסמוך לקבלת החיסון או מיד לאחר מכן יפתח תסמינים ויידבק במחלה משום שלא היה לחיסון די זמן לספק הגנה)

הסוגים העיקריים של חיסון

חיסון חי מוחלש – מכילים זן של נגיף חי אשר הוחלש על מנת שלא יגרום למחלה בקרב אנשים בעלי מערכת חיסון בריאה. מאחר שחיסון חי מוחלש דומה ביותר לזיהום טבעי, הם משמשים מורים טובים למערכת החיסון.

דוגמאות לחיסון חי מוחלש: החיסונים נגד חצבת, חזרת, אדמת (חיסון MMR), אבעבועות רוח.

חיסון מומת – חיסון זה מיוצר על-ידי נטרול הנגיף בעת תהליך הרכבת החיסון. לדוגמא החיסון המומת נגד פוליו.

חיסונים מומתים יוצרים תגובות חיסוניות בדרכים השונות מאלה של החיסון החי המוחלש. לעתים קרובות, יש צורך לתת את החיסון מספר פעמים על-מנת ליצור את החסינות או לשמור על קיומה.

חיסון טוקסואיד – מונע מחלות הנגרמות על-ידי חיידק המייצר רעלנים בגוף. בתהליך הרכבת חיסון מסוג זה הרעלנים מוחלשים על-מנת שלא יוכלו לגרום למחלה. רעלנים מוחלשים נקראים טוקסואידים. כאשר מערכת החיסון מקבלת חיסון המכיל טוקסואיד, היא לומדת כיצד להילחם ברעלנים הטבעיים. לדוגמא דיפתריה טטנוס

חיסון תת-יחידתי (subunit) – מכיל חלקים של הנגיף או של החיידק או תת-יחידות ולא את החיידק כולו. מאחר שחיסונים אלה מכילים רק את האנטיגנים הנחוצים ולא את כל שאר החלקים המרכיבים את החיידק, קיומן של תופעות הלואי נדיר יותר. דוגמא: רכיב השעלת (הפרטוסיס) הנמצא בחיסון DTaP.

חיסון מצומד (conjugate) – החיסון נלחם בסוג אחר של חיידק. בחיידק זה קיימים אנטיגנים המכוסים בשכבה חיצונית של שרשראות של סוכרים הנקראים פוליסכרידים (רב-סוכרים). שכבה זו מסווה את האנטיגן ומקשה על מערכת החיסון הלא-מפותחת של ילד צעיר לזהות אותו ולהגיב לו. חיסונים מצומדים יעילים נגד חיידקים מסוג זה משום שהם מחברים (או מצמידים) את הפוליסכרידים לאנטיגנים שמערכת החיסון מגיבה להם היטב. חיבור זה מסייע למערכת החיסון הלא-מפותחת להגיב לשכבה ולפתח תגובה חיסונית. דוגמא לסוג זה של חיסון הוא חיסון נגד חיידקי פנוימוקוקים.

MMR

חיסון כנגד חצבת אדמת וחזרת חיסון חי מוחלש ניתן בארץ בגיל שנה ומנת דחף בגיל 6–5 שנים.

יעילות: 95% יעיל במניעת חזרת חצבת 83–88% יעילות במתן 2 מנות.

סיבוכי החיסון: אודם וכאב מקומי פריחה קלה חום – התכווצויות חום דלקת קרום המוח לא זיהומית – אנצפליטיס פחות מ 1 למיליון (לעומת 1/1000 בחצבת) ירידה חדה במספר הטסיות ITP כאבי פרקים – שכיח יותר לאחר אדמת, דלקת באשכים ובערמונית.

לא נמצא קשר בין החיסון לבין: אוטזום, לויקמיה, סכרת נעורים, מחלת קרון, מחלות עצבים הפרעות הליכה, זיהומים וחיידקים וויראלים.

מדוע חורים לא מחסנים?

1. סיבות דתיות. 2. סיבות פילוסופיות ואידיאולוגיות הכוללות אמונה ברפואה משלימה ותפיסת "ההורות הטובה". 3. סיבות מוסריות. 4. קונפליקט בין טובת הפרט לטובת החברה, בדגש על מרכיב "חסינות העדר". 5. חוסר אמון במערכת הרפואית הממסדית, ותפיסת המידע הרפואי כלא אמיין. 6. חוסר אמון בבטיחות החיסונים.

בישראל, נרשמה התפרצות חצבת מאוגוסט 2007 עד יולי 2008 שהקיפה 1,450 ילדים ומבוגרים, מתוכם 935 (65 אחוז) היו מתחת גיל 14 חודשים, 558 (38 אחוז) היו בגילאי אפס עד ארבעה חודשים, ו-12 מעל גיל 55 שנה. מקור ההדבקה היה בשני מבוגרים ותינוקות מלונדון שהשתתפו בשמחה בירושלים. החצבת התפשטה לאזורים נוספים כולל הדבקה של עובדי בריאות. ייתכן ש-1,450 מקרים אלה היו נמנעים אם אוכלוסיה זו היתה מחוסנת!

ב. הדיון ההלכתי

א. האם מותר לחשוף אדם ביודעין לסיבוכים גם אם הם נדירים או לסמוך

על כך שמרבית הציבור מתחסן?

- ב. האם מותר לאדם להיכנס לסיכון קל כעת בכדי למנוע סיכון עתידי?
 ג. האם מותר לאדם לבצע פעולות בכדי למנוע סיכונים עתידיים או שצריך לבטוח בה' בלבד?
 ד. האם מותר לסכן ילד לטובתו?

למעשה כשנמקד את הדיון נדמה שהשאלה העיקרית העולה כאן היא סיכון קל של הפרט מול טובת הכלל שכן חיסונם של רבים מונע את המחלה וכל אדם שבוחר ללכת כפרט ולהימנע מהסיכון של החיסון מגדיל את סיכונם של הרבים וחושף אותם לסיכוני המחלה.

בסוגיית ההסתכנות של הפרט עבור האחרים ובפרט עבור הכלל הארכתי כבר בחלק הקודם של חיבורי אור המשפט (סי' כח). אביא כאן את עיקרי הדברים הנוגעים להלכה לשאלה זו ואת התייחסות הפוסקים הלכה למעשה.

ג. הסתכנות לצורך הצלה

התורה כבר קבעה את החובה להציל בפסוק (ויקרא יט, טז): "לא תעמוד על דם רעך". חכמים בתורת כהנים למדו מכאן: "מניין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטין באין עליו שהוא חייב להצילו? תלמוד לומר: לא תעמד על דם רעך".

מכאן שחובה מהתורה לנקוט בכל האמצעים אף כנגד חיה רעה וים זועף להצלת הזולת.

הרמב"ם בספר המצוות (ל"ת רצז) מתאר את היקף החובה ומוסיף הדגשה: שהזהירנו מהתרשל בהצלת נפש אחד מישראל כשנראהו בסכנת מות או ההפסד ויהיה לנו יכולת להצילו. כמו שיהיה טובע במים ואנחנו נדע לשחות ונוכל להצילו. או יהיה גוי משתדל להרגו ואנחנו נוכל לבטל מחשבתו או לדחות ממנו נזקו...

הרי שהתנאי הבסיסי הוא שיש למציל את היכולת להציל. אלא שמדברי הגהות מיימוניות (מובא בבית יוסף חו"מ תכו) עולה שייתכן שאפילו אין למציל יכולת

ברורה חייב להציל וכך הוא כותב: "בירושלמי מסיק אפילו להכניס עצמו בספק סכנה". הרי שלדבריו על המציל לקחת עלצמו סיכונים של ממש בכדי להציל ואם כן ייתכן שמחוייב לנסות ולהציל אף שהוא עצמו ייפגע וימות וממילא גם לא יצליח בהצלתו.

כפי שנתברר בספרנו הנ"ל הירושלמי עליו מסתמך ההגהות מיימוניות אינו לפנינו ואולי כוונתו לספר מחכמי אשכנז שאבד, אך גם לו היה אלו דברי ההגהות עצמו יש בזה דעת אחד מגדולי הפוסקים. גם הריקנאטי (תע) כותב: אם אמר השלטון לישראל הנח לי לקצוץ לך איבר אחד שאינך מת ממנו או אמית ישראל חברך. יש אומרים שחייב להניח לקצוץ לו האיבר הואיל ואינו מת.

מאידך בספר איסור והיתר (המיוחס לרבינו יונה) כותב:

ומיהו אם בודאי היה גם כן הוא מסוכן עמו אין לו לסכן גופן מאחר שהוא חוץ מן הסכנה אף על פי שרואה במיתת חברו כדדרשינן וחי אחיך עמך ולא מצינו חילוק בין סכנה למיתה ודאית.

כך גם המאירי (סנהדרין עג,א): "מי שראה חברו טובע בנהר... חייב להשתדל בהצלתו... אם הוא יכול בלא סכנה..."

הרדב"ז (ג,תרכז) שנדרש להכריע בשאלה האם לקטוע איבר עבור הצלת חברו כותב את הדברים הבאים:

ותו דכתיב דרכיה דרכי נועם וצריך שמשפטי תורתנו יהיו מסכימים אל השכל והסברא ואיך יעלה על דעתנו שיניח אדם לסמא את עינו או לחתוך את ידו או רגלו כדי שלא ימיתו את חברו? הלכך איני רואה טעם לדין זה אלא מדת חסידות ואשרי חלקן מי שיוכל לעמוד בזה. ואם יש ספק סכנת נפשות הרי זה חסיד שוטה דספיקא דידיה עדיף מוודאי דחבריה.

מאידך בתשובה אחרת (ה,ריח) הוא כותב:

מי שיכול להציל להדיא בלא שיסתכן המציל כלל כגון שהיה ישן תחת כותל רעוע שהיה יכול להעירו משנתו ולא העירו או כגון שידוע לו עדות להצילו עבר על לא תעמוד על דם רעך. ולא זו בלבד אלא אפילו יש בו קצת ספק סכנה כגון ראה אותו טובע בים או לסטים באים עליו או חיה רעה שיש בכל אלו ספק סכנה אפילו הכי חייב להציל... אפילו במקום דאיכא ספק סכנה חייב להציל והכי איתא בירושלמי. ומכל מקום אם הספק נוטה אל הודאי אינו חייב למסור עצמו להציל את חברו. ואפילו בספק מוכרע אינו חייב למסור נפשו דמאי חזית דדמא דידך סומק טפי דילמא דמא ידידיה סומק טפי. אבל אם הספק אינו מוכרע אלא נוטה אל ההצלה והוא לא יסתכן ולא הציל עבר על לא תעמוד על דם רעך. נראה שכאן הוא קובע את החילוק הברור שבין ספק הנוטה אל הודאי שאליו הוא כנראה התייחס קודם לבין ספק הנוטה אל ההצלה שאותו מחוייבים לעשות במסגרת המצווה.

הגישה המאוזנת הזו עולה מדברי ערוך השולחן (חו"מ תכ"ד):

הפוסקים הביאו בשם ירושלמי דחייב אדם להכניס את עצמו לספק סכנה כדי להציל את חברו. והראשונים השמיטו זה מפני שבש"ס שלנו מוכח שאינו חייב להכניס את עצמו. ומיהו הכל לפי הענין ויש לשקול הענין בפלס ולא לשמור את עצמו יותר מדי ובזה נאמר "ושם אראנו בישע אלוקים – זהו ששם אורחותיו" וכל המקיים נפש בישראל כאילו קיים עולם מלא.

ד. טובת הכלל

בעניין דנן לא רק טובת הפרט עומדת מול עינינו אלא טובת הכלל כולו שכן חיסונו של הרבים מועת את התפשטות המחלה בעניין זה עולה בפוסקים עדיפות מיוחדת. כך כותב האור שמח (על הרמב"ם הל' רוצח ושמירת הנפש ז,ח):

הרמב"ם כותב: "הגולה אינו יוצא מעיר מקלטו לעולם... אפילו כל ישראל צריכין לתשועתו אינו יוצא משם לעולם..." ומבאר האור שמח:

הוסיף רבינו טעם למה אינו יוצא, הלא פקוח נפש דוחה כל מצות שבתורה, ומכל שכן פקוח נפש דכל ישראל, ואסתר תוכיח. רק דנגד הטבע אין לנו להוסיף אחרי מצות יוצר הטבע, חוקר כליות ולב, הוא אמר כי אם יחם לבב הגואל להרגו אין לו משפט מות, תו אין יכולים בית דין להמיתו, וכיון שהותר דמו לגואל הדם אין לו להכניס עצמו בספק סכנה עבור הצלת חבריו מסכנה ודאית, כן נראה...

כך הוא גם כותב בספרו על התורה (משך חכמה שמות ד, יט) על הפסוק: "ויאמר ה' אל משה במדין לך שוב מצרימה, כי מתו כל האנשים המבקשים את נפשך":

מוכת דאם היו חיים המבקשים את נפשו לא היה צריך לילך להוציא בני ישראל ממצרים, אף על פי שכל ישראל צריכים אליו, אינו צריך להכניס עצמו בסכנה...

הרי שלדעת האור שמח אין לאדם לסכן עצמו עבור הכלל.

מאידך בעל הכלי חמדה (פרשת פנחס) כותב:

במחילת כבוד תורתו לא דיבר נכונה, שהדבר ברור שחובה להכניס עצמו

בסכנה להצלת ישראל... והאור שמח עצמו הוכיח מאסתר להיפך, ואף פנחס

סיכן עצמו בהריגת זמרי להצלת כלל ישראל, וזה ברור.

וכן מכריע מרן הראשון לציון הרב עובדיה יוסף זצ"ל בשו"ת יביע אומר (ט), חו"מ יב):

שלהצלת כל ישראל פשיטא שהיתה צריכה לסכן עצמה בשבילם, ואפילו

בודאי סכנה מצוה איכא... כל שכן להצלת כל ישראל ממש, ובתוכם

גדולי הדור, חגי זכריה ומלאכי עזרא נחמיה דניאל חמ"ו ומרדכי וסיעתם.

וכבר אמרו חז"ל (בבא בתרא י, ב) הרוגי לוד אין כל בריה יכולה לעמוד

במחיצתם, ופירש רש"י, הרוגי לוד פפוס ולוליינוס אחים שהרגם טוריינוס הרשע ע"י גזרה שנגזרה על ישראל להשמיד, על שנמצאת בת המלך הרוגה, וחשדו את ישראל עליה, ועמדו אחים אלו ואמרו מה לכם על ישראל אנו הרגנוה.

וכן הכריע בשו"ת ציץ אליעזר שנשאל בעניין מלחמה (יב,נז):

ונשאלתי מה יהא הדין בזה במלחמה, אם חייל מחויב או רשאי להכניס את עצמו בספק סכנה כדי להציל את חבריו החייל מסכנה ודאית, כגון שמוטל פצוע בשטח מסוכן וחשוף לאויב ואם לא ימהר ויחיש להוציא אותו מהשטח ימות בודאי מפצעיו, וכל הדומה לזה...

ושוב במקום אחר (יג,ק):

הגדרה אחרת מגדיר בזה בספר משפט כהן (סי' קמ"ג בסוף הסימן) והוא כי עניני הכלל במלחמות יוצאים הם מהכלל ד"וחי בהם" שהרי גם מלחמת רשות מותרת היא ואיך מצינו היתר להכניס נפשות רבות בסכנה בשביל הרוחה? אלא דמלחמה והלכות ציבור שאני וכו' ואי אפשר ללמוד מזה למקום אחר עיין שם. יוצא לנו מדבריהם של הגאונים האמורים, כי לפנינו שתי הגדרות והסברות על הדינים המיוחדים שישנם בזה במלחמה, והמה: (א) מפני שכך ועל יסוד זה נוסד העולם. (ב) מפני דהלכות צבור והנהגת המדינה שאני, זאת אומרת שזהו משום תקנת והבטחת העם והמדינה.

וכן בעניין רופא המסתכן (ט,יז):

מכיון שזהו גדרו של עולם ומנהגו שהרופא המכיר במחלות ובנגעי בני אדם מגיש להם להעזרה הדרושה... על כגון דא מכיון שנוהג כמנהגו של עולם ותיקונו אין בסיכונו זה כדי לרפאות החולים בכדי להחשיבו כמכניס את עצמו באיסור בסכנה בכדי להציל חבריו.

מסקנות

ההנהגה הציבורית שונה מההנהגה הפרטית. הפרט מחוייב לסכן עצמו לצורך ההנהגה של המדינה. כאשר שיקולי המדינה הם טובת הציבור הם גוברים על טובת הפרט.

לאור האמור: תוכנית החיסונים שמונהגת ע"י משרד הבריאות מחייבת את הפרטים, למרות שקיים סיכון של סיבוכים, לטובת כלל הציבור! חובה זו מחייבת גם חיסנם של ילדים, ואף יותר מכך החובה מוטלת על החברה כולה לדאוג לחיסונם, כך שאין זה רק עניינם של ההורים.

1. כישוף ואסטרולוגיה

כנספח לשאלת היחס לרפואה יש לעמוד על יחס התורה לתופעות הכישוף והאסטרולוגיה.

בתורה נאמר איסור מפורש על הכישוף (שמות כב, יז). ראשית יש לברר מה היחס של חז"ל וחכמינו לכישוף האם מדובר לדעתם בתופעת אמת שיש לאוסרה עקב ציווי התורה או שמדובר בסוג של תרמית שהתורה מחנכת אותנו להתרחק ממנה. שאלה זו משמעותית הן ברמה העקרונית של הבנת המסר העולה מן המצווה והן בשאלות מעשיות העולות בעקבות איסור הכישוף. בהקשר לכך יש לדון גם במעמדה של חכמת האסטרולוגיה או האצטגנינות כפי שנקראת בלשון חז"ל.

אין עוד מלבדו

שאלת הכישוף כדבר אמיתי או כזיוף, עולה בחדות סביב סוגיית הגמרא (סנהדרין סז, ב) בה מסופר:

אמר רבי יוחנן: למה נקרא שמן כשפים – שמכחישין פמליא של מעלה.
 "אין עוד מלבדו" (דברים ד, לה) – אמר רבי חנינא: אפילו לדבר כשפים.
 ההיא איתתא דהות קא מהדרא למשקל עפרא מתותי כרעיה דרבי חנינא.
 אמר לה: אי מסתייעת – זילי עבידי, אין עוד מלבדו כתיב. איני, והאמר
 רבי יוחנן: למה נקרא שמן מכשפים – שמכחישין פמליא של מעלה! –
 שאני רבי חנינא דנפיש זכותיה.

רבי יוחנן מגדיר את הכשפים כדבר ש"מכחיש" את הקב"ה, מהמשך הגמרא מבוארת כוונתו שכן מסופר על רבי חנינא שהתמודד עם אישה שניסתה לבצע כישוף והוא לא פחד ממנה והסתמך על הכתוב "אין עוד מלבדו" המורה שאין לחשוש מדבר מלבד הקב"ה, על כך שואלת הגמרא מדוע לא חשש לפי דברי

רבי יוחנן שיש לכשפים כח? והשיבה שיש לרבי חנינא זכויות רבות ועליהם הסתמך. מכאן שהגמרא הבינה בפשטות שהכשפים אכן בעלי כח אמיתי.

שיטת רש"י

כך עולה מדברי רש"י על אתר: "כשפים – נוטריקון כחש פמליא של מעלה, שעל מי שנגזר לחיות ממיתין... דנפיש זכותיה – ומסרי נפשיה משמיא לאצוליה". הרי שהכשפים "ממיתין" מבטאים כוחות קיימים שרק גזירת ה' עולה עליהם ומבטלת אותם.

שיטת רבינו חננאל

בניגוד לכך מפרש רבינו חננאל (מובא ברבינו בחיי שמות כב, יז, הודפס לראשונה מכ"י על ידי הרב יעקב הלוי ליפשיץ בחוברת מוריה קצט (תשנ"א) עמ' טז):

מכחישין – נראין כאלו מכחישין, ואמר כי אין לכשפים פעולה כי אם מה שיגזור ה' יתברך, וכענין שאמר ר' חנינא לאותה אשה: (דברים ד, לה) "אין עוד מלבדו" כתיב, ואף על גב דמשני התם: שאני ר' חנינא דנפיש זכותיה, שנויא הוא ולא סמכין עליה ואדרבי חנינא אתי תברן.

דהיינו גם רבי יוחנן לא סבר מעולם שיש לכשפים כח אמיתי אלא רק נדמה שהם בעלי כח. ואף שממהלך הגמרא נראה שהבינו בדברי רבי יוחנן שיש להם כח ועל כן הקשו על נוהגו של רבי חנינא ותירצו שרבי חנינא הוא בעל זכויות רבות, רבינו חננאל כותב שזהו רק "שינויא" כלומר תירוץ שאינו מבטא את עמדתם האמיתית של חכמים, ולמעשה אין להתייחס אליו כאל דעה של ממש אלא להיצמד לפשט דברי רבי חנינא ש"אין עוד מלבדו" הוא העיקר והכשפים בטלים ומבוטלים.

שיטת הרמב"ם

כיווני מחשבה אלו ממשיכים לעלות במשנתם של ראשונים. כך כותב הרמב"ם (עבודת כוכבים יא,טז) בעקבות רבינו חננאל:

ודברים האלו כולן דברי שקר וכזב הן והם שהטעו בהן עובדי כוכבים הקדמונים לגויי הארצות כדי שינהגו אחריהן, ואין ראוי לישראל שהם חכמים מחוכמים להמשך בהבלים אלו ולא להעלות על לב שיש תועלת בהן, שנאמר כי לא נחש ביעקב ולא קסם בישראל, ונאמר כי הגוים האלה אשר אתה יורש אותם אל מעוננים ואל קוסמים ישמעו ואתה לא כן וגו', כל המאמין בדברים האלו וכיוצא בהן ומחשב בלבו שהן אמת ודבר חכמה אבל התורה אסרתן אינן אלא מן הסכלים ומחסרי הדעת ובכלל הנשים והקטנים שאין דעתן שלימה, אבל בעלי החכמה ותמימי הדעת ידעו בראיות ברורות שכל אלו הדברים שאסרה תורה אינם דברי חכמה אלא תהו והבל שנמשכו בהן חסרי הדעת ונטשו כל דרכי האמת בגללן, ומפני זה אמרה תורה כשהזהירה על כל אלו ההבלים תמים תהיה עם ה' אלהיך.

הרי שהרמב"ם מדגיש שבעקבות הפסוק "תמים תהיה עם ה' אלוֹקֶיךָ" יש לפרש את האיסורים כמוונים להרחקה משקרים כשכל הדברים האסורים אינם רק איסור בלבד כי אם מציאות מדומה ושקרית. לאור תפיסה עולה מדברי הרמב"ם איסור כללי על ביצוע מעשים המטעים את הדעת וכך הוא כותב בספר המצוות (ל"ת לב) בעניין איסור "מעונן" והוא האומר "עונה זו יפה לדבר זה" וכדומה:

...ובכלל אזהרה זו גם כן איסור פועל החרטומים. ולשון חכמים (סנהדרין סה,ב וספרי): "מעונן זה האוחז את העינים". והוא מין גדול מן התחבולה מחובר אליו קלות התנועה ביד עד שיתדמה לאנשים שיעשה ענינים אין אמיתות להם. כמו שנראה אותם יעשו תמיד שיקח חבל וישים אותו בכנף בגדו לפני העם ויוציאהו נחש. וישליך טבעת לאויר ואחר כך יוציאהו מפי אדם אחד מן העומדים לפניו. ומה שדומה להם מפעולות החרטומים המפורסמים אצל ההמון. כל פועל מהם אסור. ומי שעושה זה יקרא אוחז

את העינים. והוא מין מן הכשוף. ומפני זה לוקה. והוא עם זה גונב דעת הבריות. וההפסד המגיע מזה גדול מאד. כי ציור העינים הנמנעים תכלית המניעה אפשריים אצל הסכלים והנשים והקטנים רע מאד ויפסיד שכלם וישיבם להאמין הנמנע והיותו איפשר שיהיה. והבין זה. הרי שהתורה חוששת מיצירת תשתית להבנה מוטעית של המציאות ועל כן היא אוסרת כל ביצוע מעשי קסם שיגרום להטעיית ההמון ולמחשבה שאינה מבוססת על חשיבה שכלית טהורה.

תמים תהיה

יש לציין בהקשר לכך גם לדברי הגמרא היסודיים (פסחים קיג,ב):
אמר רבה בר בר חנה אמר רבי שמואל בר מרתא אמר רב משום רבי יוסי איש הוצל: מניין שאין שואלין בכלדיים – שנאמר תמים תהיה עם ה' אלהיך.

בעוד רש"י על אתר מבאר שהאיסור הוא לשאול בבעלי אוב, הערוך, הרשב"ם ובעלי התוספות מבארים שמדובר באיסור אחר ובלשון הרשב"ם: "ואני שמעתי חוזים בכוכבים וכן עיקר".

הרחבה בשיטת הרמב"ן

בניגוד לתפיסה זו אנו מוצאים בשיטת הרמב"ן דברים ברורים ומשנה סדורה המבוססת על פרשנות רש"י, וכך הוא כותב בתשובה (שו"ת המיוחסות רפג, נוסח מתוקן של התשובה הודפס על ידי הרב יעקב ליפשיץ בצפונות ד עמ' ו ואילך בתוספת הערות חשובות, המהדיר משער שהתשובה נכתבה לרבינו יונה) התשובה פותחת בכך שיש מנהגים שהם לסימן טוב ואינם בגדר ניחוש האסור, ולאחר מכן מביא הרמב"ן הוכחות רבות מהש"ס לכך שיש להתייחס לאסטרולוגיה כאל אמת מוצקה ולחשוש לדברי העוסקים בה:

מה שנוהגין, שאין נושאים נשים עד מלוי הלבנה, באלו הארצות, אינו נוחש. אלא כשם שמושחין המלכים על המעיין, דתמשך מלכותו, כן עושין במלוי ולא בחסרון. וסימנא טבא הוא, כדרך שמושכין יין בצינורות לפני חתנים, ואין בו משום דרכי האמורי.

ומה שאמרו: אין שואלים בכלדיים; דבר ברור הוא, משמעתא דפרק מי שהחשיך: שהם בעלי המזלות, החוזים בכוכבים, כדברי בעל הערוך. והלשון עצמו ידוע, שהם הכשדיים הקדמונים, הנקראים צלדיב"ש, בלשון חכמי הגוים, והם שהתעסקו תחלה במזלות, ושכתבו באותה חכמה, ספרים. ובודאי משמע, שאין האצטגנינות בכלל נוחש... ומהיאי שמעתא, דפרק מי שהחשיך, נמי משמע: דמותר לשמוע להם, ולהאמין דבריהם. מאברהם, שאמר: נסתכלתי באצטגנינות. ומדר' עקיבא, דהוה דאיג אמלתא דברתיה טובא. ולאחר שנצלה, דרש משום צדקה, נצלה ממיתה, ממש. שמע: מינה מאמין היה בהם. ומעובדא דרב נחמן בר יצחק, נמי (שבת קנו, ב). אלא שפעמים הקב"ה עושה נס ליראיו, לבטל מהם גזירת הכוכבים. והם מן הנסים הנסתרים, שהם בדרך תשמישו של עולם, שכל התורה תלויה בהם. לפיכך, "אין שואלים בהם", אלא מהלך בתמימות, שנאמר: "תמים תהיה עם ה' אלהיך". ואם ראה בהן דבר, שלא כרצונו, עושה מצות ומרבה בתפלה. אבל אם ראה באצטגנינות, יום שאין טוב למלאכתו, נשמר ממנו ואינו סומך על הנס. וכסבור אני, שאסור לבא כנגד המזלות על הנס. ובירושלמי, דפ' במה אשה (שבת ו, ט): "ר' חונא הוה משתעי, הדין עובדא. חד גיור הוה אסטרלוגוס, והוה מתעסק בסחורה של רדידים. חד זמן, בעא מיפק. אמר: כדון נפקין. חזר ואמר: כלום אדבקית להדא אומתא קדישתא, אלא בגין מיפרש מן אלין מליא. נפק, על שמא דרחמנא. כיון דמטא למכסח, יהב ליה חמריה, ואכליה. שבקה למדינתא. מאן גרם דיפול, דהרהר. מן גרם ליה דאשתזיב, דאתרחיץ בברייה". וגם זה, בענין כך הוא, לפי דעתי. שאם היה לו לשאול, ולעיין באסטרלוגיא

שלו. ולפיכך נתחסד, ויצא, ולא חשש לסחורה, ונעשה לו נס, ונצול מן המכסח, כיון שעשה לשם שמים, ולגדור עצמו מן העבירה. אבל שאר בני אדם, כיון ששמעו, חוששין.

דהיינו הרמב"ן מפריד בין פנייה לגורמים כאלו שאינה רואיה משום הצורך להתלך בתמימות לבין חשש לדבריהם במקום שנודע לו במקרה מה הם אומרים. מוסיף הרמב"ן לדון במנהגים נוספים:

ואותם שאין מתחילין בב"ד (=פי' ביום ב' וביום ד'), מפני שאין מזל לבנה קל, ואין מלאכה נגמרת בו כהוגן. ובגמרא נמי, סבר הכי. מאן דבלבנה, יהא סתר ובני. ובר מזל מאדים נמי קשה, הוא כמאן דאמר: מזל יום גורם, שהוא צומח. מ"מ, אין דברים אלו מדוקדקים, אפילו כפי אותה חכמה: שלא מזל יום, ולא מזל שעה, גורמים, אלא במבטי כוכבים של שנאה ושל אהבה. וכ"ש, שאינו משנת חסידים.

דהיינו הימנעות מהתחלת דבר ביום מסויים אינו מקובל לפי הרמב"ן היות ולדעתו גם לפי חוכמת האסטרולוגיה אין בכך משמעות אמיתית והוא קובע שאינה "משנת חסידים". הרמב"ן וממשיך ומתעמת עם הרמב"ם:

והרמב"ם ז"ל כתב... ושמעתא כולה, ליתא הכי. ועוד, דאפילו בניחוש נמי, לא משמע הכי, מעובדא דרב עיליש (גטין מה). ובב"ר אמרו: כי עוף השמים יוליך את הקול. זה העורב וכו'. ואלו דברים צריכים עיון, ופירוש רב. מ"מ, אל תדקדק עם בני אדם יותר מדאי...

הרי שהרמב"ן מציג שיטה מורכבת המקבלת את דברי האסטרולוגיה כאמת ועל כן מי שנודע לו דבר מחכמתם עליו להישמר ואף הוא מסיק מדברי הירושלמי שמי שנודע לו דבר מעין זה ולא נשמר מתחייב בנפשו (וראה בחידושי הר"ן סנהדרין סה,ב שמציין שבנקודה זו חולק רבי דוד על הרמב"ן וסובר שזה רק בתנאי שיש בכך טעם שכלי). אמנם הוא מסייג שמן הראוי שלא לפנות אליהם ולקיים בעצמו "תמים תהיה עם ה' אלוֹקֶיךָ" הרי שיש לאדם חובה להימנע

מהתייעצות אף עם דברי שיכולים להביא לו תועלת מדעית של ממש משום חובת האמונה וקבלת דין שמים. הוא גם משיג על שיטת הרמב"ם בעניין. וראה גם באריכות דבריו בהוספות לספר המצוות לרמב"ם (עשין שהרמב"ם השמיט עשה ח).

תלמידי הרמב"ן

כיוצא בכך עולה שיטת תלמידי הרמב"ן מדברי ספר החינוך (סב) שאף מבאר את דרך פעולת הכישוף:

וענין הכישוף הוא לפי דעתי כן, שהשם ברוך הוא שם בתחילת הבריאה לכל דבר ודבר מדברי העולם טבע לפעול פעולתו טובה וישרה לטובת בני העולם אשר ברא, וציוה כל אחד לפעול פעלו למינהו... וגם על כל אחד ואחד המשיל כח מלמעלה להכריחו על מעשהו... ומלבד פעולתן שעושה כל אחד ואחד בטבעו, יש להם פעולה אחרת בהתערבם מין מהן עם מין אחר, ובמלאכת התערובות יש בה צדדין שלא הורשו בני אדם להשתמש בהן, כי יודע אלהים שסוף המעשה היוצא לבני אדם באותן צדדין רע להן ומפני זה מנעם מהם...

ועוד יש באותן צדדי התערובות והתחבולות האסורות לעשות ענין אחר שנאסרו בעבורו, לפי שכח אותו התערובת עולה כל כך שמבטל מפעולתו לפי שעה כח המזל הממונה על שני המינין, והמשל על זה, כמו שאתה רואה שהמרכיב מין בשאינו מינו יחדשו לברוא מין שלישי, נמצא שביטלה ההרכבה כח שניהם. ועל כן נמנענו מהעלות על רוחנו אף כי נעשה בידינו דבר שמראה בנו רצון להחליף דבר במעשי האל השלמות. ואפשר שיעלה בידינו מזה רמז משרשי כלאי זרעים ובהמה ושעטנז...

בעל החינוך מציג בפנינו משנה סדורה המבארת כיצד פועל הכישוף בדומה פעולת הכלאים – פעולת מציאותית שאסורה היות והיא מנסה להחליף את השלימות של הבורא בשלימות מעשה ידי אנוש.

הגר"א

בהקשר לכך יש להזכיר את דברי הגר"א המפורסמים, שיש שייחסוהו לתלמידיו, והדברים מוסבים על דברי הרמב"ם (ע"ז יא,יא) המובאים בשולחן ערוך (יו"ד קעט, ו):

מי שנשכו עקרב מותר ללחוש עליו, ואפילו בשבת, ואף על פי שאין הדבר מועיל כלום הואיל ומסוכן הוא התירו, כדי שלא תטרף דעתו עליו.

כותב הגר"א:

הרמב"ם וכ"כ בפי' המשנה לפ"ד דעבודת כוכבים. אבל כל הבאים אחריו חלקו עליו שהרי הרבה לחשים נאמרו בגמרא. והוא נמשך אחר הפלוסופיא ולכן כתב שכשפים ושמות ולחשים ושדים וקמיעות הכל הוא שקר. אבל כבר הכו אותן על קדקדו שהרי מצינו הרבה מעשיות בגמ' ע"פ שמות וכשפים... והרבה כיוצא ואמרו "למה נקרא שמן כשפים" כו' והתורה העידה ויהיו תנינים וע' זוהר שם וכן קמיעין בהרבה מקומות ולחשים רבו מלספר. והפילוסופיא הטתו ברוב לקחה לפרש הגמרא הכל בדרך הלציי ולעקור אותם מפשטן וח"ו איני מאמין בהם ולא מהם ולא מהמונם אלא כל הדברים הם כפשטן אלא שיש בהם פנימיות לא פנימיות של בעלי הפלוסופיא שהם חצוניות אלא של בעלי האמת.

בקיאות הדיינים

ביטוי מעניין למחלוקת זו המגלה מה היא השקפתו של רש"י בעניין, עולה ביחס למינוי דיינים. בעוד הרמב"ם מבאר את הצורך בהבנת חכמת הכישוף (סנהדרין ב,א):

אין מעמידין בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים, מופלגין בחכמת התורה בעלי דיעה מרובה, יודעים קצת משאר חכמות כגון רפואות וחשבון ותקופות ומזלות ואיצטגנינות ודרכי המעוננים

והקוסמים והמכשפים והבלי ע"ז וכיוצא באלו כדי שיהיו יודעים לדון אותם...

הרי שרש"י (סנהדרין יז,א) מבאר טעם אחר (הבאנו את הנוסח הלא המצונזר): להמית מכשפים הבוטחים בכשפיהם להנצל מידי בית דין, ולגלות על המכשפין המסיתין ומדיחין בכשפיהן, כגון המצרים כגון ישו הנוצרי. וכן מוסיף במקום אחר (מנחות סה,ב): שאם יהא הנדון מכשף והאור לא ישלוט בו יעשו הן מכשפות וימיתוהו בכל מיתה שיוכלו.

הרי שלדעת רש"י כח הכישוף נדרש לחכמים בכדי לנהל מאבק עם עולם הכישוף שהוא עולם קיים ומציאותי וגם הדיינים בעלי כוחות אמת בתחום.

מסקנות

ניתן עוד להאריך בבביאורי הראשונים בעניין "מזל לישראל"⁵, אך לענייננו נסכם שהגישה לחכמות שאינן מובנות לנו בשכל ואינן מוסברות על ידי המדע שנויה במחלוקת תהומית בין הרמב"ם לשאר ראשונים. כשמסקנה מעניינת העולה מדברי הרמב"ם היא שמותר להשתמש גם בתרופות שאינן מועילות כלל, ורק לדעת המשתמשים בהם יש להם תועלת, משום חשש לחיי החולה שמאמין בהם, וחרדות החולה מהוות גורם רפואי כבד משקל. מאידך לדעת הרמב"ן וסיעתו עולה שיש תרופות אמת שאינן ראויות לשימוש, כשם שהכישוף אמיתי אך פסול. הגבול שבין פנייה לכישוף לבין פנייה לטיפול רפואי לשיטה זו יכול להימצא במרחב האמוני, ועל רקע זה עולה שיטת הרמב"ן עצמו לנושא הרפואה, שדנו בה בהרחבה לעיל, ייתכן שגם הדבר תלוי במנהגו של עולם, והנראה ביותר שיש להגדיר בצורה מדויקת מה אסור במפורש על ידי התורה וממילא

⁵ ראה מה שכתב בזה הרב פרופסור ב"ז בנדיקט, מרכז התורה בפרובאנס עם 143 ואילך, ויש עוד תחת ידי לקט מחכמי פרובאנס בעניין, ולא עת היאסף המקנה.

השאר מותר וכבר הארכנו בסברות ההיתר להתרפא לעיל בדיוננו בשיטת הרמב"ן.

נציין כהערה אחרונה שנושא האסטרולוגיה מחייב גם התייחסות לתחום זה כיום, כדוגמא פורסם בכלי תקשורת שאסטרולוגים רבים לא הצליחו לחזות את תוצאות הבחירות של שנת תשע"ה, וזו כמובן רק דוגמא המעידה על כך שכבר אין מדובר כלל בשיטה כי באוסף של ניחושים אקראיים שאין לסמוך עליו כלל. ואף הרמב"ן שהורה לחשוש בדיעבד לדבריהם (ואסר לכתחילה לפנות אליהם משום "תמים תהיה"!) מן הסתם לא היה חושש לאלו שאינם יודעים כלל את מעשיהם.

ז. מהלכות הסנהדרין – הכשרת הדיינים

היות והוזכר בפרק הקודם נושא הכשרת הדיינים, נרחיב מעט בנושא הידע הנדרש מהדיינים ונימוקיו. כשהפעם נעסוק גם בגישת הדיינים לרפואה, ללימוד לשונות ועוד.

לדבר ולשמוע

נאמר בגמרא (סנהדרין יז,ב):

אמר רב יהודה אמר רב: כל עיר שאין בה שנים לדבר ואחד לשמוע – אין מושיבין בה סנהדרין. ובביתר הווי שלשה, וביבנה ארבעה: רבי אליעזר, ורבי יהושע, ורבי עקיבא, ושמעון התימני דן לפניהם בקרקע. מיתבי: שלישית – חכמה. רביעית – אין למעלה הימנה! – הוא דאמר כי האי תנא, דתניא: שניה – חכמה, שלישית – אין למעלה הימנה.

רש"י ביאר שנושא הדיון בגמרא הוא הידע בתחום השפות הזרות:

שנים לדבר – בשבעים לשון, ואחד לשמוע, שיהא מבין בשבעים לשון אף על פי שאינו יודע להשיב.

הרי שנדרשים בסנהדרין מספר אנשים הבקיאים בשפות. לדבריו צריך לפחות שלושה כששנים יכולים גם לדבר ולא רק להבין, הדבר מובן לרגל הצורך בקבלת עדים בשפות זרות וכדומה.

שיטת הרמב"ם

לעומת זאת הרמב"ם (סנהדרין א,ה-ו) קובע שהלכה זו עוסקת בנושא אחר והוא הידע התורני הנדרש מהחכמים כששני חכמים מופלגים הם המינימום הנדרש, וארבעה ומעלה זהו כבר שבה, לפי הרמב"ם גם בידע תורני יש מושג של "לדבר" ויש מי שמסוגל רק "לשמוע":

כל עיר שאין בה שני חכמים גדולים אחד ראוי ללמד ולהורות בכל התורה כולה ואחד יודע לשמוע ויודע לשאול ולהשיב אין מושיבין בה סנהדרין אע"פ שיש בה אלפים מישראל. סנהדרין שיש בה שנים אלו – אחד ראוי לשמוע ואחד ראוי לדבר, הרי זו סנהדרין. היו בה שלשה הרי זו בינונית היו בה ארבעה יודעים לדבר הרי זו סנהדרי חכמה.

הראב"ד משיג על החלוקה שעושה הרמב"ם לשלוש דרגות 2-3-4 וטוען שיש שתי דרגות בלבד:

אמר אברהם: כן צריך להגיה שנים ראויים לדבר הרי זו ראויה לסנהדרין היו בה שנים בין הכל הרי זו בינונית היו בה שלשה הרי זו שאין למעלה ממנה וראויה לדבר.

אמנם הרמ"ך מלוניל מחזק את שיטת רש"י, ושואל מגין עולה הסברה שיש היכולת לוותר לדיינים על הידע התורני כפי ששמע מדברי הרמב"ם:

לא נהיר... ועוד אם אין בכל הסנהדרין כי אם שנים שידעו בכל התורה כולה היאך יהיו שם עדה שופטת ועדה מצלת ומי שהוא עם הארץ אינו יודע לא לשפוט ולא להציל ... ופר"ש הוא העיקר.

לגבי הידע בלשונות של חכמי הסנהדרין, הרמב"ם עצמו מתייחס במקום אחר וקובע (שם ב,ו) כללים גמישים יותר:

כשם שבית דין מנוקין בצדק כך צריכין להיות מנוקין מכל מומי הגוף, וצריך להשתדל ולבדוק ולחפש שיהיו כולן בעלי שיבה בעלי קומה, בעלי מראה, נבוני לחש, ושידעו ברוב הלשונות כדי שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן.

יסוד דברי הרמב"ם בהלכה זו הוא בגמרא (מנחות סה,ב דברי רבי יוחנן גם בסנהדרין יז,א):

והיינו דתנן: פתחיה על הקנין – זה מרדכי, למה נקרא שמו פתחיה? שפותח דברים ודורשן, ויודע בשבעים לשון. כולו סנהדרין נמי ידעי

שבעים לשון! דאמר רבי יוחנן: אין מושיבים בסנהדרין אלא בעלי חכמה, בעלי מראה, בעלי קומה, בעלי זקנה, בעלי כשפים, ויודעים שבעים לשון, שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן! אלא דהוה בייל לישני ודריש, והיינו דכתיב במדכא (נחמיה ז) בלשן.

מגמרא זו עולה שאכן מדובר בידע בשבעים לשון וידע זה נדרש ל"כולהו סנהדרין" ואדרבא לכאורה מסוגיה זו קשה על רש"י שהסתפק רק בשלושה דוברי שפות זרות.

ביאור הר"ן

בספר חידושי הר"ן (סנהדרין יז,א) מבאר את המחלוקת, ולדעתו אכן הרמב"ם מחמיר יותר מרש"י:

כל עיר שאין בה שנים לדבר ואחד לשמוע אין מושיבין בה סנהדרין פי' רש"י שנים לדבר בשבעים לשון וכו' ואחד שומע כדי שאלו השלשה יקבלו עדות וכו' ולפי פירושו דבית דין של שלשה יכולין לקבל עדות דיני נפשות. ואינו במשמע דודאי כל הבית דין הצריכין בגמר דין צריכין בקבלת עדות. הילכך משמע דכל כהאי גוונא צריכים שידעו בשבעים לשון ושכולן יקבלו עדות מדיני נפשות וכן דעת הרמב"ם פ"ב מהל' סנהדרין (ה"ו).

דהיינו הר"ן טוען שברור שלצורך קבלת עדים בשפה זרה חייבים להיות כל הסנהדרין מסוגלים להבינו. על כן הוא מקשה על שיטת רש"י שרק ג' חכמים מסוגלים לשמוע את העד (אכן יש לציין שקבלת עדות בג' אפשרית לשיטת הרמב"ן) ומכאן הוא סבור יש להכריע כשיטת הרמב"ם שכל הסנהדרין יודעים את השפות הזרות. ממשיך הר"ן ומבאר את שיטת הרמב"ם בעניין הידע התורני של הדיינים:

לפיכך פירשו שיהיו בעיר חוץ מן הסנהדרין באותן ג' שורות ב' חכמים גדולים הראויין ללמוד ולהורות בכל התורה כולה ואחד יודע לשמוע

וידוע לשאול ולהשיב וזהו שאמרו שהיו ביבנה ארבע שאותן לא היו בכלל הסנהדרין בימי ר' יוחנן בן זכאי שהלך ליבנה אלא כולם היו תלמידיו והם היו יודעים לדבר לפניו ולשמוע מה שהוא אומר וכן פי' הרמב"ם פ"ק דסנהדרין.

הר"ן מציע לפרש בכוונת הרמב"ם שאין מדובר כלל בחכמי הסנהדרים עצמם, כי אם בשורות התלמידים שיושבים לפניו ובכך הוא מיישב את השגת הרמ"ך על רמת החכמים בהרכב הסנהדרין שבוודאי כולם בקיאים בתורה.

יישוב שיטת רש"י

ליישוב שיטת רש"י, שאינו מחייב שכל חכמי הסנהדרין יהיו יודעים שבעים לשון, מסוגיית הגמרא במנחות, ממנה עולה שזהו תנאי לכל החכמים, יש לציין לדברי התוספות (מנחות שם):

וידועים בשבעים לשון – בסוף אחד דיני ממונות משמע דסגי בשנים, אחד לדבר ואחד לשמוע, ואמר רביעית אין למעלה הימנה. ו"כולהו סנהדרין" לאו כולהו ממש ואין מושיבין בסנהדרין לאו אכולהו קאי. אי נמי התם לדיני ממונות והכא לדיני נפשות...

דהיינו תוספות מציע שלשון הגמרא "כל הסנהדרין" אינה בדווקא אלא די בשלושה חכמים. אפשרות שנייה היא לחלק בין דיני ממונות בהם מספיקים שלושה לבין דיני נפשות בהם צריך את כל החכמים (בכך מיושבת הערת הר"ן כיצד יקבלו עדות – והתשובה שאכן בדיני נפשות צריך שכולם יבינו, ובלא להסתמך על שיטת הרמב"ן שדי בשלושה לקבלת עדות).

יישוב שיטת הרמב"ם

לגבי יישוב שיטת הרמב"ם גם לפי פירושו הפשוט שמדובר בחכמים הישועים בסנהדרים עצמה, יש לציין גם לדברי הלחם משנה שמציע לחלק בין הדרגה הגבוהה ביותר בחכמה שאכן בודדים מגיעים אליה לבין דרגה בסיסית בלימוד: אבל הא דקאמר אחד לדבר ואחד לשמוע הוא שיהיו חכמים גדולים ביותר וזהו שכתב רבינו שני חכמים גדולים ובתרי סגי. אבל מכל מקום בעינן שיהיו כלם חכמים, אף על פי שלא יהיו כל כך גדולים כמו השנים. אלא שאין משמע כן מדברי רבינו שכשהזכיר בסמוך בריש פרק ב' מימרא דרבי יוחנן כתב מופלגין בחכמת התורה ובעלי דעה וכו', משמע שכלם צריכים להיות חכמים ביותר.

הלחם משנה מקשה על הסבר זה מדברי הרמב"ם שדורש מחברי הסנהדרין להיות מופלגים בחכמת התורה (ב,א) [ויש כתבי היד שגורסים: "מופלאין"]:

אין מעמידין בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים, מופלגין בחכמת התורה בעלי דיעה מרובה, יודעים קצת משאר חכמות כגון רפואות וחשבון ותקופות ומזלות ואיצטגנינות ודרכי המעוננים והקוסמים והמכשפים והבלי ע"ז וכיוצא באלו כדי שיהיו יודעים לדון אותם, ואין מעמידין בסנהדרין אלא כהנים לויים וישראלים המיוחדים הראויים להשיא לכהונה, שנאמר והתיצבו שם עמך בדומין לך בחכמה וביראה וביחס.

אמנם הלחם משנה עצמו על אתר כבר מבדיל בין הפלגה בחכמת התורה לבין "יודעין" כל התורה, ייתכן מופלג בתורה שאינו יודע את כל התורה.

ידע כללי

מהלכה זו ממשיכים ועולים נתונים נוספים על ידיעותיהם של חכמי הסנהדרין, עליהם יש לעמוד ולהבין מה ההיקף הנדרש ומה מטרת הידע הזה.

הרמ"ך מלונל כבר מקשה על מספר פרטים: "לא ידעתי מאין הוציא זה ותימה הוא מה צורך לדיינין שידעו רפואות וחשבונות וחכמת המזלות וצ"ע".

הרמ"ך שואל הן על המקור של הדין והן על ייעודו. הרדב"ז משיב:

לדעת הדברים המרפאים בטבע שנתנה השבת לדחות בשבילם אבל לא

בדברים המרפאים בסגולה, ולדעת מי שהשקה את חבירו סם מן הסמים

ומת אם ראוי אותו הסם להמית או לא וכיוצא בזה.

דהיינו יש השלכות הלכתיות ליידע הרפואי למשל להלכות שבת או להלכות

רוצח. יש לזכור שהסנהדרין אינה רק בית דין הפוסק בסכסוכים כי אם מוסד

הפסיקה של עם ישראל כולו בכל עניין, וכמבואר ברמב"ם (הלכות ממרים).

נוסיף עוד יישובו של הכסף משנה בעניין חכמת המזלות: "דודאי צריכין לידע

כדי שידעו לעבר שנים וחדשים".

בעניין הכישוף הרמב"ם עצמו מבאר שהדיינים אינם יכולים להסתמך על ייעוץ

אלא צריכים להכיר את הכישוף בעצמם בכדי לדון בעניינו, וכבר הזכרנו את

שיטת רש"י שהחכמים צריכים להיות מסוגלים להשתמש בכוחות הכישוף בכדי

להביא את המכשף לדין.

סיכום

פתחנו במחלוקת רש"י ורמב"ם בשאלה האם ידיעת כל הלשונות היא תנאי

בסיסי למינוי לסנהדרין, מתוך הדברים התבררו אפשרויות שונות בדעת הרמב"ם

בעניין הרמה הנדרשת בלימוד תורה לחכמי הסנהדרין. כמו דנו בחכמות נוספות

הנדרשות לחכמי הסנהדרין.

ח. הסתמכות על רופאים

דיונים רבים התנהלו בפוסקים סביב ההישענות על רופאים, נאמנותם ויכולתם לספק מידע מוצק שישפיע על שאלות הנוגעות להלכה. נושא זה נידון בארוכה בפוסקים, סיכום הדעות נעשה לאחרונה בידי שני המאספים הגדולים בעניין רפואה והלכה, "נשמת אברהם" (אבן העזר סימן ד ועוד מקומות) ו"אנציקלופדיה הלכתית רפואית" (ערך "נאמנות רופאים"). השאלות העיקריות הנידונות:

1. הסתמכות על מומחה ועל הערכות מדעיות ומקצועיות בכלל.
 2. נאמנות המומחה וחשש שישקר מסיבות שונות, במיוחד הדברים אמורים בנושא המחקר בו עומדים לדיון אינטרסים כספיים רבי משקל.
- נביא את עיקר דברי הפוסקים, תוך כדי הדברים יוצגו הראיות העיקריות עליהם הם הסתמכו אך צריך לומר שמדובר בנושא בו הדיונים הם "הררים התלויים בשערה", מקרא מועט והלכות מרובות, ועל כן עיקר הדיון הוא בספרות הפוסקים המאוחרים יותר.

1. גמרא

הסתמכות של ממש על עצות רפואיות בדבר הנוגע להלכה מצויה בברייתא המובאת במסכת נידה (כב,ב):

א"ר אלעזר בר' צדוק, שני מעשים העלה אבא מטבעין ליבנה: מעשה באשה שהיתה מפלת כמין קליפות אדומות, ובאו ושאלו את אבא, ואבא שאל לחכמים, וחכמים שאלו לרופאים, ואמרו להם: אשה זו מכה יש לה בתוך מעיה שממנה מפלת כמין קליפות, תטיל למים, אם נמוחו – טמאה. ושוב מעשה באשה שהיתה מפלת כמין שערות אדומות, ובאה ושאלה את אבא, ואבא שאל לחכמים, וחכמים לרופאים, ואמרו להם: שומא יש לה בתוך מעיה, שממנה מפלת כמין שערות אדומות, תטיל למים, אם נמוחו – טמאה.

דהיינו חכמים נעזרו ברופאים לצורך קביעת מהותו של דימום של אישה, להלן נעמיק חקר בביאור גמרא זו והעולה ממנה להלכה.

2. שיטת הראשונים

ריצב"א: הסתמכות ודאית

בתשובות מיימוניות (איסורי ביאה ג) מובאת תשובת הריצב"א, מגדולי בעלי התוספות, לגבי אישה שנאסרה מחמת ראיית דם תוך כדי תשמיש, במקרה כזה שהתשמיש הופך להיות גורם לראיית נידה האישה נאסרת על בעלה אלא אם כן התופעה תחלוף, הריצב"א דן על אפשרות הריפוי של תופעה זו כשלמעשה לא ניתן לדעת שהיא חלפה בוודאות לפני תשמיש נוסף ותשמיש זה אסור על כן נדרשת הסתמכות על דברי הרופא בדבר הנוגע לאיסור נידה שהוא איסור כרת:

וגם אם תמצא רפואה תוכל לשמש ולבדוק עצמה אם נתרפאת. ועוד אפשר שאפילו רואה כשיעור אותיום ובקשה רופא ועשה לה רפואה ואמר לה שנתרפאת שמשמשת על סמך דבורו אם הוא ישראלי, כדאיתא בירושלמי דבמה אשה (ה"ב) ר' אבהו בשם ר' יוחנן נאמן הרופא לומר קמיע זה מומחה ורפאתי בו ושניתי ושלשתי. ואף על פי שיש לדחות דהתם מיירי שידענו שכבר ריפא פעם אחת אלא שאין אנו יודעים בשילוש, מכל מקום דעתי נוטה להתיר בכל ענין. אבל אין בידי להתיר על פי דבור גוי אפילו ברופא דלא מרע אנפשיה דקרינא ביה אשר פיהם דבר שוא. ומיהו אם תראה האשה שפסק דם וסתם וראייתה על פי הרפואות וניכר שהועילו לה נראין הדברים שיש לסמוך אף על פי גוי שהרי הדבר הזה רפואה יש לו כי ההיא (גדה סו א) דאפילה חררת דם ואמר רב נתרפאת זו.

כלומר, ריצב"א מתיר לסמוך על קביעת הרופא, ואפילו על רופא גוי במקרה שהניסיון מוכיח כדבריו, ולהתיר תשמיש על סמך קביעת הרופא שהבעיה נפתרה.

מהרי"ק: הסתמכות מלאה

כך מסכם המהרי"ק (שורש קנט) את העמדה המאפשרת הסתמכות מליאה על הרופאים:

ובכל מקום מצינו שסמכו חכמים על דברי הרופאים כדאמר בנדה פרק המפלת (כב,א)... משמע שסמכו על דברי הרופאים ואפילו בחששא דכרת... דאדרבה שכן הוא דאפילו התם שהיה שור שחוט לפניך דהיינו שערות וקליפות אדומות וגם שהיה ספק כרת אפילו הכי סמכו... וגם מצינו לענין אכילת חולה ביום הכיפורים ששומעין לרופא ואפילו חולה אומר אינו צריך ואי לאו דברי הרופאים היה אסור להאכילו ומעשים בכל יום שאנו סומכין על דברי רופאים גוים להאכילם... המהרי"ק מצביע על שני תחומים בהם יש הסתמכות על רופאים אפילו בחשש כרת:

1. נידה – רופאים אבחנו קליפות אדומות שאינן דם וחכמים הסתמכו עליהם להלכה.

2. אכילת חולה ביום הכיפורים לפי הוראת רופא.

ספר התרומה: ספק

מאידך, מדברי ספר התרומה, תלמידו של ר"י הזקן (קז מובא בסמ"ג לאוין קיא, טור יו"ד קפז, סמ"ק רצג) עולה שלא בכל מקרה ניתן לסמוך על דברי הרופאים. גם הוא עוסק בבעיית אישה "רואה מחמת תשמיש" שנאסרת לבעלה מחמת הבעיה הרפואית הגורמת לה תמיד להפוך לנידה בזמן תשמיש:

ואם יש רופא שסבור לרפאותה לעצור הדם מלבא בתשמיש, טוב הדבר לנסות הרפואה לאחר פעם ראשונה או שנייה קודם שהוחזקה, אבל לאחר פעם שלישית שכבר הוחזקה צריך עיון אם תוכל לסמוך על הרפואה אפילו הוא רופא מומחה בדבר זה ולשמש אחרי כן פעם רביעית. כלומר, אין מקום לסמוך על הרפואה לאחר שכבר נוצר האיסור. הטור מבאר את דבריו ומחדד את ההבחנה בין טיפול רפואי לפני האיסור לבין טיפול רפואי לאחר האיסור:

שאם תרצה להתרפאות צריכה שתתרא קודם שתתחזק, אבל לאחר שתתחזק צריך עיון אם תוכל לסמוך על רפואה לשמש אח"כ אפילו אם הוא רופא מומחה...

דהיינו אישה שהוחזקה בראיה מחמת תשמיש וכבר נאסרה על בעלה, ספק אם יהיה ניתן להתירה לבעלה על סמך דברי הרופאים שנתרפאה.

רמב"ם: חובת הסנהדרין לבדוק אחר דברי הרופאים

הרמב"ם (סנהדרין ב,א) פוסק בעניין הדרישות הנצרכות מחברי הסנהדרין: אין מעמידין בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים, מופלגין בחכמת התורה בעלי דיעה מרובה, יודעים קצת משאר חכמות כגון רפואות וחשבון ותקופות ומזלות ואיצטגנינות ודרכי המעוננים והקוסמים והמכשפים והבלי ע"ז וכיוצא באלו כדי שיהיו יודעים לדון אותם.

לפי דבריו בית הדין נדרשים לבקיאות בחכמת הרפואה כדי להכיר בעצמם בעובדות הרפואיות. החכם הפרובנסלי, הרמ"ך, משיג על הרמב"ם, וכתב שאין צורך שהסנהדרין יהיו בקיאים בחכמת הרפואה. הרדב"ז בביאורו לרמב"ם מיישב את הקושי ומבאר מה הצורך בידע רפואי של חכמי הסנהדרין:

לדעת הדברים המרפאים בטבע שנתנה השבת לדחות בשבילם אבל לא בדברים המרפאים בסגולה, ולדעת מי שהשקה את חבריו סם מן הסמים ומת אם ראוי אותו הסם להמית או לא וכיוצא בזה.

משמעות דברי הרדב"ז היא, שהסנהדרין צריכים לברר בעצמם האם התרופות אכן מרפאות לגבי הלכות שבת, והאם הרעלים הם מסוגלים להרוג וממילא לחייב במיתה את ההורג, ואינם יכולים להסתמך על נאמנות הרופאים והמומחים (וכן נקטו נושאי כלים נוספים כגון מרכבת המשנה ועוד). ראה גם בשו"ת פסקי עוזיאל בסוף הספר קונטרס "הפוסק בישראל" ס"ק ב (השמטתי מקורות שציין להם):

עפר אני תחת כפות רגליהם של רבותינו אלה, אבל לקוצר השגתי לא הבנתי תמיהתם, כי הלא ידיעת הרפואה דרושה לסנהדרין לדיני נפשות כדי לדון בהורג את הטרפה או אמדוהו למיתה והקל חוליו ומת. וכדי לדון בה הלכות טרפות ולדעת כל הדברים שאין כמוה חיה להטריפה, ולענין היתר עגונה ולענין אסורי נדה. וכל שאלות אלה שקשורות בדעת חכמת הרפואה אין הסנהדרין שהם עיקר תורה שבע"פ רשאים לסמוך על הרופאים בעינים עורות, אלא צריכים לדעת לכל הפחות יסודות חכמה זו כדי שידעו להורות בה מתוך הכרתם ולא מפני עדות רופאים.

גם מהרי"א אסאד (שו"ת יו"ד קצג) מסביר שלשיטת הרמב"ם בפיקוח נפש אין סומכים בכל מקרה על הרופאים כי אם כשיש רגלים לדבר. לדעתו מכאן יש להסיק שהרמב"ם סובר כשיטה שאין לסמוך לגמרי על הרופאים ועל כן בית הדין צריך בעצמו לבדוק את דבריהם ולראות האם אכן חוות הדעת שנמסרה על ידם נכונה.

גם בספר מעשה רוקח (על משנה סנהדרין עמ' ער במהדורה חדשה) מיישב שהיות ומצאנו צורך ב"רשות בית דין" לרופא (ראו הרחבה בפרק "רופא שטעה"), הרי שבוודאי בית דין צריכים להבין ברפואה. גם כיוון זה מחייב שהרב יהיה אחראי על הרפואה מכח עצמו ולא רק בהסתמכות על רופאים.

ר"ן: הסתמכות רק כשיש רגלים לדבר

הר"ן בתשובה (מט, מובאת בבית יוסף יו"ד קצא) דן בשאלת כתמים שמוצאם, לדברי הרופאים, בבעיה רפואית:

נדון שלפנינו הרי הוא בנמצא בתוך הספל ועל שפת הספל שהרי אותו חצץ אדום נמצא עם מי רגליה... כאן שאינו יוצא אלא כמין חצץ אדום שהוא מפורסם לרופאים שרגיל להולד בכליות ובשעת וסתה היא רואה דם כשאר נשים היאך נאמר דכי הדרי מי רגלים למקור מפקי דם כי האי ובשעה אחרת אינו יוצא ממנה כעין אותו דם כלל הא ודאי מיעוטא דלא שכיח הוא... אין היתר זה מצד המראה אלא מצד עצמי הדברים שהם מובדלים ונחלקים.

הכרעת הר"ן היא להקל על סמך הידע הרפואי המפורסם, אך בתוספת שיקולים נוספים המפורטים בתשובה. יש לציין ששיטה זו נתקבלה על ידי הרדב"ז (תי מובא בפת"ש יו"ד קצא).

ספק הרא"ש והכרעת הרשב"א

הרא"ש עסק בסוגיית נאמנות רופאים והפנה שאלה לרשב"א (שו"ת הרא"ש ב, יח):

עוד יאר רבינו עיני לבאר ההיא דפ' המפלת (נדה כב, ב): מעשה באשה אחת שהיתה מפלת כעין קליפות אדומות, ובאו ושאלו את אבא שאול, ואבא שאול לחכמים, וחכמים שאלו לרופאים, ואמרו: אשה זו מכה יש לה במעיה וממנה מפלת כמין קליפות אדומות, תטיל למים, אם נימוחו, טמאה. וקשיא לי: כיון שבא מחמת מכה, אמאי טמאה? ...

כלומר, הרא"ש מתקשה בגמרא, בה פתחנו, המחייבת בדיקה לאותם גופים היוצאים מגוף האישה בכדי לוודא שאינם דם נידה לדעת הרופאים, אך הוא

שואל אם יש מכה, כפי שאומרים הרופאים, מדוע צריך בדיקה נוספת שהגופים הללו אינם דם הרי גם אם זה ממש דם ניתן לתלות בדם מכה שאינו מטמא? משאלה זו משמע שהרא"ש מבין שלמסקנת הגמרא אין נאמנות ברורה לרופאים שכן יש לבדוק אחריהם.

תשובת הרשב"א על שאלת הרא"ש אינה מצויה בידינו (ראה להלן שיש מי שזייף את תשובת הרשב"א). אולם ניתן ללמוד על שיטת הרשב"א ביחס לנאמנות הרופאים, מדבריו בתשובה אחרת (מכת"י פח):

ובאמת כי אני הייתי מן המתירין כמו שאתה רואה בחבורי ספר תורת הבית ומן הטעמים והראיות שכתבתי שם, אבל המקרים והסבות בסתם חכמה יודיעונו, כי מקרוב ראיתי נשים ששופעות דם שלא בשעת וסתן והאם שלהן נופח הרבה ושופעת דם, ורבים היו אומרים שזו מכה ותולין בה, ויראתי להורות בה עד ששאלתי לרופאים, ומקצתן אומרים שדם מכה הוא ורצו להתיר, ומקצת מן הבקיאין שבהם אמרו שאי אפשר כן, שאילו קבלה האם שלה קלקול גדול כזה אי אפשר לה לחיות בשום צד זמן מרובה, ובקרוב ימים היה חולי זה מביאה לידי מיתה. ועל כן נמנעתי מלהורות בה היתר ומשכתי את ידי ממנה. ועל זה אמרתי שאין אנו בקיאין במכות אלו, ואין תולין בהן להקל.

מתוך דברי הרשב"א עולה, ששאלה לרופאים הייתה יכולה להועיל, ורק העובדה שיש מחלוקת בין הרופאים ואף נטייה לטובת המחמירים כיוון שהם הבקיאים יותר, גרמה לרשב"א להימנע מלהקל.

דעת הריב"ש

עמדה מורכבת מציע הריב"ש, בתשובה אחת (תמז) הוא תוקף את המידע הרפואי והמדעי ומעמיד את המידע העולה מן התורה בדרגה אחת מעל מסקנות רופאי זמנו:

אין לנו, לדון בדיני תורתנו ומצותיה, על פי חכמי הטבע והרפואה. שאם נאמין לדבריהם, אין תורה מן השמים, חלילה! כי כן הניחו הם, במופתיהם הכוזבים. ואם תדין בדיני הטרפות, על פי חכמי הרפואה; שכר הרבה תטול מן הקצבים! כי באמת, יהפכו רובם: ממות לחיים, ומחיים למות; ויחליפו חי' במת. כי אין ספק בנטלה הכבד, ונשאר בה כזית; שאנחנו מכשירים; הם יאמרו: שימות לשעתו. והן בחרותה בידי שמים, ואחרים. וכמה וכמה אחרים, שאנחנו אוסרים, כמו: כל הסרכות, וכל המראות הפוסלות בריאה. וכן בדיני הדריסה. ואחרים שאין ספק, שהם מלעיגים בנו: עליהם יוצק זהב רותח, לתוך פיהם. והרמב"ם ז"ל כששנה מעט, ואמר: שצומת הגידין, הם בעצם התחתון; בעופות: לא הודו לו! אחרי שלפי סוגית הגמרא, נראה: שהוא בעצם האמצעי. ולא נזכר בתלמוד, חלוק: בין בהמה, לעופות. ואעפ"י שהיה הרב ז"ל חכם בחכמת הרפואה, והטבע, ובקי בנתוח; כי לא מפי הטבע והרפואה, אנו חיין! ואנחנו על חכמינו ז"ל, נסמוך. אפילו יאמרו לנו על ימין: שהוא שמאל. שהם קבלו האמת, ופירושי המצוה; איש מפי איש, עד משה רבינו, ע"ה. לא נאמין אל חכמי היונים, והישמעאלים; שלא דברו רק מסברתם, ועל פי אי זה נסיון, מבלי שישגיחו: על כמה ספקות, יפלו בנסיון ההוא. כמו שהיו עושין חכמינו ז"ל, כמוזכר בפרק המפלת (ל,ב): אני מביא ראייה מן התורה, ואתם מביאים ראייה מן השוטים? ובכמה ענינים, בסוד היצירה, הם חולקים על דברי רז"ל. כמו צורת יצירת הולד לארבעים יום; וקודם לכן, מיא בעלמא הוא. וכגון אביו מזריע לובן, שממנו עצמות וגידין וכו'. והם סוברים: שהכל מן האם; וזרע האב, פעולתו: להקפיא, ולהעמיד זרע האשה; כפעל הקיבה, להעמיד החלב. וכגון אשה מזרעת תחלה, יולדת זכר וכו'. והם, דעתם בהפך.

מדבריו עולה שלילה מוחלטת של חכמת הרפואה והמדע, במקום בו אלו סותרים את תיאור המציאות כפי שהוא עולה מן התורה. אך עדיין יש לשאול: מה תהיה דעת הריב"ש בייחס לנאמנות רופאים? במקום נוסף (רנא) הוא מתייחס לקביעת הרופאים על אדם שמיתתו לא הייתה כתוצאה ממכות:

גם בעדות הרופאים, שסתמו דבריהם, ואמרו שלא מת מחמת ההכאות, רק מחמת חולי אחר שנתחדש בו, אם דעתם לומר שלא היו בהכאות כדי להמית, אם ההכאות היו מכת חרב חדה, כמו שנראה, אעפ"י שלא הוזכר כן בדבריו בבאור. הנה הרופאים האלה התורה מכחישתם, שהעידה על הברזל שממית בכל שהו... אלא אם כן מעידין שאמדוהו לחיים מחמת שהקל, והחולה פשע בעצמו, ועבר על דברי רופא, בדברים הנכרים לעין שהם ממיתין מעצמן; שאם לא כן, תולין במכה, שרגלים לדבר.

משמע מדבריו, שאם הרופאים מוסרים מידע שניתן להכירו בעין השומע, ניתן לסמוך עליהם. בכך הריב"ש מתייחס אפוא לדברי הרופאים בחשדנות, אך עם זאת נותן להם נאמנות בדברים הנראים לעין.

סיכום שיטות הראשונים

ריצב"א, רשב"א ומהרי"ק סוברים שיש לסמוך על המידע הרפואי. ספר התרומה מסתפק. הרמב"ם הר"ן והרא"ש סוברים שיש לקבל דברי הרופאים אולם יש לבדוק אחר הדברים ולאמת אותם. הריב"ש תוקף מחד את המידע הרפואי ומאידך מסתמך עליו במקום בו המידע נראה אמין לעיניו.

3. ראשית הפסיקה

בית יוסף: הסתמכות מלאה על הרופאים

הבית יוסף (יו"ד קפז) שעוסק בחשש דם שיש חוות דעת רפואית שאינו דם, מוסיף על דברי הר"ן שלכאורה אין צורך לטעמים רבים כי אם די בהסתמכות על הרפואה זאת על פי הגמרא בנדה בה פתחנו, וממנה מסיק הבית יוסף: ולי נראה דבלאו הני טעמי שריא איתתא דבהדיא תניא... בהא נמי כיון שידוע לרופאים שאין דרך חציץ אדום להולד בחדר אלא בכליות תולין בהם ואין חוששין לה.

לדברי הבית יוסף, על פי הגמרא יש אפשרות להסתמך על חוות דעת רפואית ולהתיר הפרשות דמיות על סמך הוראה רפואית שאכן מדובר בדם מכה. הרמ"א (דרכי משה שם) תמה על הבית יוסף, וכתב שמהגמרא עולה שצריך גם בדיקה שאין מדובר בדם, דהיינו, אין להסתמך על הרופאים. אמנם הרב בית יוסף הוסיף את הצורך בבדיקה זו בהוספותיו לבית יוסף הנקראות "בדק הבית" (כידוע, הרמ"א לא ראה חיבור זה) ולמרות זאת לא חזר בו מן הטענה העקרונית שאפשר להסתמך על הרופאים.

ב"ח: הסתמכות על רופאים כשיש לה ניסיון מוכח

הב"ח (יו"ד שם) מחדש, שגם לסוברים שאין לסמוך על הרופאים יש מקום להתיר במקרים מסויימים בהם הניסיון הוכיח שהם בקיאים במלאכתם, וכך הוא כותב:

מיהו נראה דאם רופא זה עשה רפואה זו לאשה אחת קודם שהתחזקה ונתרפאה יכולה אשה אחרת לסמוך עליו אף לאחר שהתחזקה בשלש פעמים ולשמש פעם רביעית לאחר הרפואה.

דהיינו, לדבריו החשש מלהסתמך על הרופאים נובע מכך שאין וודאות בידע הרפואי, והניסיון מעיד על כך שיש וודאות. הש"ך (שם כח) הביא דבריו ומשמע שהסכים להם והובאו הדברים בתורת השלמים ובחוות דעת על אתר.

בשולחן ערוך (יו"ד קפז,ח) הביא את המחלוקת בראשונים ולא הכריע: אם תרצה להתרפאות, צריך שיהיה קודם שתתחזק. אבל לאחר שתתחזק, יש מסתפקים אם מותר לסמוך על הרפואה לשמש אח"כ. ויש מי שמתיר אם אמר לה רופא ישראל: נתרפאת. ואם תראה האשה שפסק דם וסתה וראייתה על ידי הרפואות, וניכר שהועילו, יש לסמוך אף על עו"ג. כמו כן בדבריו מודגש שיש לסמוך רק על רופא ישראל ואילו הסתמכות על רופא גוי נדרשת לחיזוק על ידי סימנים ניכרים. נסכם את העולה מדברי האחרונים שהובאו לעיל:

- הכרעת בית יוסף שיש נאמנות לרופאים, אם כי יש עניינים שבהם נחלקו הדעות ולגביהם הבית יוסף אינו נותן הכרעה ברורה בשולחן ערוך.
- הרמ"א בחיבורו דרכי משה לכאורה הסתייג מנאמנות כזו.
- הב"ח מורה לסמוך על רופאים כשיש להם ניסיון מוכח.
- הרה"צ מורה לסמוך על רופאים במקום שיש רגלים לדבר שדבריהם נכונים וכן מעלה מהרי"א אסאד על פי דברי הרמב"ם.

בעקבות העלאת נושא הבדיקה של דם הנידה גם לאחר חוות הדעת הרפואית שאכן לא מדובר בדם, מתבררים גם חילוקי דיעות בתקופת האחרונים. בדרך הילוכנו נתקלנו כבר בדברי האחרונים, נביא כעת את תמצית הדברים ונמשיך בסקירת ספרות השו"ת וההלכה באופן שיטתי במשך הדורות.

4. פסיקת האחרונים

מהר"ם מלובלין ואחרים – יש לסמוך על הרופאים

מהר"ם מלובלין בתשובותיו (קיא) קובע שניתן לסמוך על חוות דעת רפואית. הוא דן בסוגיית הגמרא שנידונה לעיל על ידי הרא"ש ובה נדרשה בדיקה למרות קביעת הרופאים שאין זה דם נידה, לדבריו הצורך בבדיקה נבע מהוראת הרופאים עצמם לברר על ידי בדיקה זו את סיבת הדימום. על כן, לדבריו, במקום שהרופאים יודעים גם ללא הבדיקה את המציאות ברור שניתן לסמוך על הרופאים:

אבל אין הכי נמי אם אשה רואה אפי' דם גמור ואומרים הרופאים שידוע להם בבירור שיש לה מכה בתוך הרחם שהוא המקור שממנה הדם יוצא... טהורה...

כמה מגדולי האחרונים קיבלו את דבריו, ביניהם שו"ת כנסת יחזקאל (לב), שו"ת רבי חיים כהן (לה) ושו"ת שבות יעקב (א,סה ראה להלן עוד עיון בשיטתו). יש לציין שכיום יש בידינו תוספות רא"ש על מסכת נידה ושם מופיע תירוץ כעין זה, כפי שהעירו על כך האחרונים (מהרש"ם א,יג). בהקשר זה יש לציין גם לשו"ת בשמים רא"ש (סי' קו) שם מופיעה "תשובת הרשב"א" על שאלת הרא"ש ובה מוצע מהלך דומה כתירוץ לקושיה. אמנם דבר מוסכם שספר זה לא חובר על ידי הרא"ש⁶ ועל כן אף שדעתו נחשבת כאחד מן האחרונים, שכן מחברו רבי שאול ברלין היה ידוע כתלמיד חכם, אין זו כמובן תשובת הרשב"א האמיתית.

בשו"ת עבודת הגרשוני (כב) הציע לבאר לשיטת הבית יוסף את הצורך בבדיקה לאחר דברי הרופאים משום שבדבר שניתן לברר – צריך לברר ואין להסתמך רק על ההערכה. כמו כן הוא מציע את האפשרות שהעלה המהר"ם.

⁶ האריכו בכך רבים, ראה בהרחבה בשו"ת יביע אומר ב, יו"ד כד.

מתשובות אלו עולה שלדעת סיעת אחרונים חשובה ניתן להסתמך על רופאים באופן וודאי.

שבות יעקב

גישה כעין זו, הנותנת אמון ברופאים, ביסס באריכות בעל השבות יעקב (א,סה):
 אכן כאשר ירדתי היטב אל העיון ראיתי דיש מקום לסמוך בזה על הרופאים.
 וראיה ברורה לזה... הרי שלך לפניך דבשני מעשים אלו סמכו חכמים
 בנדון כזה על הרופאים... ואפילו רופא מומחה שאינו מישראל היה נראה
 לי דראוי לסמוך עליו כיון שאינו יודע שהאיסור והיתר תלוי בזה הוי
 כמסיח לפי תומו... מכל מקום נראה בנדון דידן לסמוך עליו דמסתמא לא
 מרע לאומנתיה ובפרטות אם נותנין לו שכר... אך הריצב"א כתב בפירוש
 דאין לסמוך אלא על רופא ישראל... אלא נראה לי דהיינו טעמא דאין
 סומכין עליו בזה כיון שהיא מכה וכאב שתוך חלל הגוף חיישינן לבדדמי...
 ונראה לי דמהאי טעמא מדקדק הש"ס שם וקאמר "ושאלו לרופאים"
 מיעוט רופאים שנים דבתרי לא חיישינן... וגם נראה שצריך להיות אצל
 שאלת הרופא א' מהחכמים מורה הוראה לשאול ולחקור היטב איך ומה
 הוא הדבר וכלשון הש"ס "ושאלו חכמים לרופאים". כל זה היה נ"ל ברור
 ופשוט מכה הראיות שכתבתי.

בעל ה"שבות יעקב" מחדש, שניתן לסמוך על רופאים אפילו אם מדובר
 באינם יהודים. זאת מכוח החזקה ש"אומן לא מרע אומנותיה". אמנם הוא מביא
 את הפוסקים שחששו לסמוך על רופא ומבאר שבהלכות נידה יש חשש טעות,
 "בדדמי", ועל כן צריך שני רופאים (אפילו אחד יהודי ואחד גוי). כמו כן, הוא
 מזהיר שהחכם יחקור היטב את הרופא ולא יסתמך על דבריו בלא בירור (וראה
 עוד דבריו שם, סו ושוב ב,עו שחולק על הפנים המאירות דלקמן). הדרישה
 לשני רופאים עולה שוב על ידי השבות יעקב בספרו עיון יעקב (סנהדרין עה).

יש לציין שגם לדעת שו"ת חכם צבי (מו וראה גם עג) שהחמיר בנושאים אלו, משמע מדבריו שהרופאים נאמנים באופן עקרוני אלא שטען שגם לדבריהם צריך להחמיר מסיבות שונות כמפורט בדבריו (וראה בשו"ת צמח צדק שניאורסון יו"ד א, קיב שהבין כך בדבריו).

גם לדעת שו"ת שואל ומשיב (א, ג, קיד) יש לסמוך על דברי הרופאים:

מה שאמר החכם צבי בסי' ע"ג שכן דרך הפוסקים שכשמביאין צדדים הרבה אין לסמוך אכל צד בפני עצמו שלא הביאו כי אם לסניף בעלמא הנה אמת נכון הדבר אבל זה במ"ש בראיות ובסברות תלמודיות אבל אם הוא עפ"י החוש והנסיון שהרופאים אומרים כן בזה יש לסמוך עליהם והרי אף באיסור אכילת חולה ביוה"כ סומכין עליהם והרי הורגין הרוצח עפ"י הגדת הרופאים כמ"ש הרמב"ם בהלכות רוצח.

דיון בשיטת הרמב"ם

בעל השואל ומשיב מסתמך על מקור חשוב והוא דברי הרמב"ם לגבי דיני רוצח, וכך הם דבריו (רוצח ב, ח):

ההורג את הטריפה אף על פי שאוכל ושותה ומהלך בשוק הרי זה פטור מדיני אדם, וכל אדם בחזקת שלם הוא וההורגו נהרג עד שידוע בודאי שזה טריפה ויאמרו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה באדם ובה ימות אם לא ימיתנו דבר אחר.

וכן כתב מהרש"ם (א, יג) וראה במאמרו של הרב מרדכי אילן (תורה שבעל פה יח, עמ' עח) שהסתמך גם הוא על הלכה זו.

אמנם ראה בספר יד המלך (שם) שטוען שאין הוכחה מדברים אלו:

אין כוונת רבינו (=הרמב"ם) באמירה זו של הרופאים דסמכין על הרופאים באומד דעתם להרוג את אדם על ידם, דודאי זה ליתא, דמקרא מלא דיבר הכתוב (דברים יט, טו) עפ"י שנים עדים יקום דבר. וכל הגדה

אשר איננה כפי חוקי ומשפטי התורה הנאמר בעדים הוא כמאן דליתא, ובפרט לסמוך בדיני נפש עפ"י הגדה כזו. רק כוונת רבינו על טריפה המסורה לנו שהוא טריפה בבהמה, דבאמת חזינן דקים להו להגמרא דהטריפות בבהמה ובאדם אחד הוא... ולפיכך שפיר פסק רבינו דבהרג אדם טריפה אשר כמוה אינה חיה בבהמה אינו נהרג, דסמכינן על חוק התורה המסורה לנו דטריפה כזה אינה חיה באדם ובבהמה. לפי דבריו מדובר בזיהוי האדם כ"טריפה" שעל פי המקובל בהלכה אינה חיה. אמנם תימה על פירושו מה אם כן הצורך בדברי הרופאים. המנחת חינוך (לד, א) כותב:

ודאי זה ברור דאם הרופאים אמרו שיש לו תעלה ורפואה לא הוה חתוכי סימנים כלל אף על גב דלענין טרפות לאכילה לא מהני אם יש לה רפואה כמבואר בה' שחיטה פ"י ולא תלי ברופאים, מכל מקום כאן לענין רציחה סובר הר"מ דאם הרופאים אומרים שיתרפא הוה ליה כחי אף שבש"ס דילן אינו מוזכר זה סובר הר"מ כן מסברא או שמצא כן באיזה מקום.

לפי דבריו, הרופאים יכולים להקל על הרוצח שאף אם גרם לחברו להיחשב כ"טריפה", אם לדבריהם יש רפואה למכתו – אזי אין להרוג אותו.

מהרש"ם

מהרש"ם (א, יג) סוקר כדרכו בקודש את כל דברי הפוסקים בעניין ומכריע שיש לסמוך על הרופאים במקום שיש רגלים לדבר שהם צודקים (ראה עוד דבריו שם, כד וכה).

ערוך השולחן

לאחר דיון מקיף מכריע ערוך השולחן בבירור כפסיקת הבית יוסף (יו"ד קפח, עא):

ועל כל פנים מהרשב"א לשיטתו ומהרא"ש לשיטתו יש לנו ללמוד דברירא להו האי דינא שסומכין על הרופאים במה שיאמרו וכסברת רבינו הבית יוסף דלא כדעת החולקים, וכן עיקר לדינא.

וראה עוד דבריו בעניין נאמנות הרופאים בנושא ריפוייה של "רואה מחמת תשמיש" (קפו,סח) שם הוא נוטה לקבל גם רופא אינו יהודי ואף במי שהוחזקה לראות (אם כי מסיים בסוגריים שלמעשה צריך עוד להתיישב בדבר).

תורת נתנאל

שו"ת תורת נתנאל (לרבי נתנאל וויל מחבר "קרבן נתנאל" על הרא"ש, ד) כותב:

עולה מזה שבוודאי יש לסמוך על הרופאים, ועל דבר זה אני אומר כדברי רבי יהודה בן בבא (יבמות קכא) לא כל האדם ולא כל השעות ולא כל המקומות שווים, דחכם צריך לשאול הרופאים ולא כל אדם שווין בזה. וכן לאו כל הרופאים שווים בזה, מה שנקראו בפני אדם "רופאים" כמו אצל עמי הארצים כולם נקרא בשם "רבי" בלימוד התורה, אף שאינו יודע צורתא דשמעתא, רק אם הוא חכם נקרא אצל לומדים ובעלי דעת אשר יאמר עליו כי הוא זה ובר סמכא הוא, כמו כן צריך להיות הרופא מומחה לרבים ויש לו דעת ישרה, ויש לו שם בחכמת הניתוח. כמו כן החכמה אם היא מלומדת אצלו מומחת יותר מרופא, כיון שיכולה למשמש ולראות בדיקת אשה ואינו בושה לראות, גם אין כל השעות שוות, אם רואת דם ממש צריך מתינות גדול להצטרף דעת רופא.

רבי נתנאל מורה להסתמך על דברי הרופאים אך מזהיר מהסתמכות על רופאים שאינם מומחים באמת.

שו"ת פנים מאירות: אין לסמוך כלל על רופאים

כנגד תפיסות אלו כותב בשו"ת פנים מאירות (א,יב) שאין לסמוך על הרופאים: אלא ברור הדבר שחכמים אמרו זה לבחון דברי הרופאים אם הם אמת ולא מצינו בשום מקום לסמוך אדברי רופא באיסור תורה אלא בענין פיקוח נפש להאכיל על פיו ביו כיפורים או לחלל שבת משום דאף דאינו ברור לן כדברי הרופא מ"מ לא יהיה אלא ספק וספק פיקוח נפש דוחה שבת. אבל בשאר איסורין לא סמכינן אדברי הרופא שאומר ע"פ הבנתו, ד"הוא עד או ראה וידע" כתיב ולא אשכחינן ידיעה שלא בראיה אלא כמו שאמרו חכמים ולא בענין זה... בנדון דידן ברואת דם גמור לטהר הדם ע"י רופאים זה לא מצינו בשום איסור תורה לסמוך עליהם וכמו שהבין הגאון מהרמ"א דחכמים לא סמכו על הרופאים אלא הצריכו בדיקה דלא כדעת מהר"ם מלובלין...

מצד אחד, בעל ה"פנים מאירות" קובע שהרופאים אינם יכולים לקבוע דבר בוודאות אלא לעורר ספק בלבד, שכן אין להם כח של עדות כי אם חכמה בעלמא. אמנם מהמשך דבריו עולה תמונה מורכבת יותר, לפיה במקרה שיש סימנים נוספים המוכיחים את דברי הרופאים הרי שהם פועלים מכח "גילוי מילתא" ויש לדבריהם משקל של וודאות. לכן ניתן לסמוך עליהם במקרה שיש כאב או שיש גלד דם שאינו דם מובהק או במקרה שההסבר שהם נותנים לתופעה הוא הגיוני ומסתבר. עיקר וויכוחו עם המהר"ם מלובלין הוא בנקודה בה המהר"ם סבר שרופא יכול להצביע על דם ולקבוע שאינו דם נידה ויהיה נאמן. כאן חולק עליו ה"פנים מאירות", וקובע שאין לקבל את דבריו של הרופא אלא אם כן יש לכך סימנים נוספים המוכיחים את דבריו.

גם לדעת שו"ת מעיל צדקה (לד) אין לקבל את דברי הרופאים אלא אם כן יש לדבריהם הוכחות של ממש.

סיכום

סיעה גדולה של אחרונים מכריעה שיש נאמנות לרופאים אם כי חלק מהפוסקים דורשים שתהיה הסתמכות על שני רופאים וכן יש שהזהירו מהסתמכות על מתחזים ועל רופאים שאינם מקצועיים.

בעל הפנים מאירות מוביל כיוון ששולל הסתמכות על רופאים אם כי גם הוא מודה שאם יש רגלים לדבר ניתן להסתמך על חוות דעת רפואית. כעת נבחן מספר מקרים יוצאי דופן בהם דנו הפוסקים.

מכה פנימית

יש מהפוסקים שערערו עקרונית על האפשרות של רופאים להביע עמדה בחלקי הגוף שאינם נראים לעין.

רבי יהונתן אייבשיץ

כך כותב רבי יהונתן אייבשיץ בחיבורו "כרתי ופלטתי" על הלכות נידה (קפח,ה) באחד מהסבריו לסוגיית שאלת הרופאים בנידה:

דרופאים בעצמן לא החליטו הדבר היותו מכה בבירור במעי האשה, כנודע בכל מחקרי הרופאים אין בהם דבר ברור והחלטי אשר יאמר עליו כי הוא זה ברור בלי ספק, רק לפי שכלם ומראה עין ישפטו (ולכך אמרו חז"ל (קדושין פב ע"א) טוב שברופאים לגיהנם, אף [ש]נאמר בתורה (שמות כא, יט) ורפא ירפא מלמד שנתנה רשות לרופא [לרפאות] (ברכות ס ע"א, ב"ק פה ע"א), אבל התורה דברה ממכות חוץ, באבר, שבר יד או פצע וחבורה, שזה מוחש והרופא יורד עד תכליתו ובהן כמעט מופת חתוך כמופת הנדסה, משא"כ בחולי באברים פנימים שאין עין רופא שולט בו, בזה ידונו כפי שכלם וכמדומה ובספק שקול וכדומה, עד כי רבים חללים הפילו ועצומים כל הרוגיהם, כי לדברים כאלה צריך ישוב הדעת ומתוך וכהנה תנאים רבים לבל ישגה ח"ו, ונפש הוא חובל).

העולה מדבריו הוא, שיש הסתייגות עקרונית מהיכולת הרפואית לאבחן ולהגדיר דברים הסמויים מן העין.

פרשת מרדכי

כך גם רבי מרדכי בנט שולל הסתמכות על דברי רופא הקובע כי יש לאישה מכה פנימית (שו"ת פרשת מרדכי יו"ד י, מובא בדרכי תשובה קפז, צח):

ודברי הרופאים בזה שאומרים שיש לה מכה הן כדברי נבואות ואין להאמינם כלל דדוקא ברופא שאומר במה להתרפאות או שהעיד שעסק לה ברפואות ונתרפאת אבל רופא שאומר שיש לה מכה מבלי ראייה ומופת מניין הוא יודע באברים הפנימיים וכ"ש ברופא גוי כהאי גוונא דברי הרופאים הם אומדנא ולא דבר ברור.

הרי שהוא מחלק בין טיפול רפואי שהוכח כמועיל לבין אבחנה פנימית כשאין לרופא כלים של ממש להסתמך עליהם בעת האבחנה.

5. שיטת חתם סופר: הסתמכות רק בכלל ולא בפרט

החתם סופר מציע שיטה מתווכת בין השיטות שעומדות לפניו. הוא מפריד בין "חכמת הרפואה" לה הוא מייחס אמינות, ומקבל את דבריה כידע שיש בו אמת, לבין נאמנות הרופאים החשודים לעתים להטות לאבחנה מסויימת מסיבות לא ענייניות. על כן, לדבריו ניתן לקבל את דברי הרופאים באופן כללי אך לא באבחנה של המקרה הפרטי העומד לפניהם. כך הוא כותב (יו"ד קעה):

דהיות כל דברי הרופאים אינו אלא אומד הדעת וכמ"ש מעיל צדקה שם שהם עצמם אומרים כי חכמתם הוא רק עיונית על כן המה נאמנים על הכלל ולא על הפרט. רצוני שהם נאמנים לומר יש בטבע הכליות להוליד חצץ אדום אבל אינם נאמנים על הפרט על גוף זה שיש בכליותיה חצץ כי אולי מחשבותם הטעם לשפוט על גוף זה משפט שקר. ועתה אשה זו שהפילה כמין קליפות ושערות ואילו נמי היה נותנים בפורשים ולא נימוחו בכל זאת לא היינו מחדשים דבר חדש שיש לה שומא אלא היינו תולים בדם יבש ואלו היו אומרים הרופאים גוף זה יש לו שומא נמי לא היינו מאמינים על גוף פרטי אך האמינו להם עכ"פ שיש במציאות בעולם שיהי' לאשה שומא שממנה תפיל שערות וקליפות ובדקו חז"ל ולא נימוחו עי"ז הי' להם ראי' שאשה זו יש לה שומא שהעידו הרופאים שיש מציאות בעולם כן נלע"ד ישוב קו' הרא"ש עלי נכון בעזה"ת.

החתם סופר חוזר על יסוד זה בעוד מקומות רבים (שם קנג, קנה, קעג, קעו).

הגרי"א הרצוג

רי"א הרצוג (שו"ת היכל יצחק ב,פה) מעיר על חוסר ההתאמה של שיטת החתם סופר למדע זמננו:

אבל עיקר טעמו הוא שהם דנים רק עפ"י הסברא, וחכמתם רק עיונית וכו', אבל דעת לנבון נקל שהיום שהתקדם כ"כ המדע וכו'.

לאחר מכן הוא עומד על כך שבמקרה של ראיית העינים יש בוודאי נאמנות: ובנידון דידן גם ממש ראו בעיניהם כשבאו לנתחה והסירו ממנה את אברי הלילה.

(יא) ועדיין יש להסתפק שמא רופאים נכרים אינם נאמנים. אך יש לצרף לסניף שיטת ראשונים ז"ל שעכו"ם נאמנים מדאורייתא... רופאים מומחים גדולים אינם עלולים לשקר במקצוע שלהם, שהוא כבודם ופרנסתם, ועכ"פ אין עדותם פסולה מן התורה...

(יג) ועוד שהחת"ס ז"ל לבסוף מודה שנכרי אומן מהימן אפילו לענין איסור כרת במידי דאומנתיה, ואפילו היכא דיוכל להתנצל...

דהיינו רי"א הרצוג עומד על השינוי שחל בתחום במדעים, ועל כך שכיום החכמה מתבססת על ראייה חושית. כמו כן, הוא מכניס את השיקול של נאמנות הרופאים, אפילו שאינם יהודים, כמי שמשדלים לעשות את מלאכתם באופן שכבודם יישמר. דברים חריפים יותר נמסרים באיגרת הבאה (פורסמה לראשונה אצל ד' פרימר באסיא ה', עמ' 185 ולאחר מכן בשו"ת הגרי"א הרצוג מהדורת מוסד הרב קוק):

לא אכחד כי כמעט בושתי ונכלמתי מדברי כבוד גדלו... ביחס של ביטול כלפי בדיקת הדם מהבחינה השלילית, כלומר מבחינת האפשרות שיש לה לברר שאין זה בנו של זה. מה שייך לדבר על נאמנות הרופאים בדבר שנתקבל לברור מכל גדולי המדע הרפואי בכל העולם כולו?... ואיזה הבדל גדול בין המדע הרפואי שבימיהם ושבימינו, ובין הקשר שיש בין כל חלקי העולם, כאילו עיר אחת למה שהיה בימיהם? ... המפורסמות אין צריכין ראייה... חבל שבעוד שהמדע הולך וכובש עולמות ומגלה סודי סודות, אם כי גם הוא טועה לפרקים, אנו בקשר לעניני מדע הנוגעים לתורה הקדושה משקעים ראשינו בחול כהעוף הידוע, ותו לא מידי. הכרחי שנעמיד מתוך הישיבות הקדושות, מהעילויים שבהם, אנשי מדע

בכל מקצוע כזה ולא נהי' זקוקים לאחרים בעניני פיזיולוגיה, כימיה, חשמל ובכל הנוגע לתוה"ק.

דהיינו השינוי הגדול שעבר עולם המדע מחייב גם שינוי יחס מטעם עולם ההלכה לתפיסת המדע. ממילא דברי החתם סופר אינם ניתנים להיאמר במציאות הנוכחית.

שבט הלוי

ביקורת על גישת החתם סופר עולה מדברי הרב שמואל הלוי וואזנר (שו"ת שבט הלוי ה, קכו) שקובע שדברי החתם סופר הם נגד שיטת הראשונים:

דמתוס' הרא"ש בנדה שם מוכח להדיא דאם היו אומרים גם על גוף פרטי בזה שהוא בא מחמת מכה היו נאמנים, וגם אם נמוח אח"כ היתה טהורה, אלא דהפי' בגמ' דהרופאים עצמם אמרו כן דוקא דרך השערה וספק, וע"כ אמרו חכמים שהברור אם נמוח יכריע ספק זה, וזה מפורש דלא כמרן ח"ס ז"ל... ומכ"ש בזמנינו שמבררים זה ע"י שקופים, או ברורים אחרים שנתאמת אמיתתם ודו"ק.

דהיינו גם ברובד הפרשני בהבנת הרא"ש יש להתייחס לדברי התוספות רא"ש כעיקר, וגם ברובד המציאותי האמצעים היום מאפשרים לראות דברים נסתרים, לאבחן ולאשר אותם ללא ספק.

6. שיטת הראי"ה קוק: אין להסתמך על חכמת הרפואה

ראוי להקדיש דיון מפורט גם לשיטתו של הראי"ה קוק וצ"ל שפילס דרך לעצמו בסוגיה זו. הראי"ה כתב תשובה ארוכה (שו"ת דעת כהן קמ) העוסקת ביחס שבין חכמת הרפואה, לפיה יש סכנה במציצה, לבין התורה המחייבת מציצה ודווקא מסיבות בריאותיות, מדבריו עולה גם גישה הפוסלת הסתמכות על חכמת הרפואה אלא אם כן מדובר בדברים הנראים בחוש:

באמת נראה שדבריהם בכלל אנו מחזיקים רק לספק, שגם בעצמם אי אפשר שיחזיקו דבריהם בתורת ודאי, שלפעמים יש שאחד וגם רבים מניחים יסוד מוסד בחכמת הרפואה, (והוא הדין בכל החכמות), ורבים מחליטים הדבר לדבר אמת, ואח"כ בא דור אחר וחקרה, שכל דבריהם מהבל המה, ומה שזה בונה זה סותר, ואין דבריהם כי אם באסמכתא ואומדנא. א"כ יש לכל דבריהם דין ספק...

וא"כ בנ"ד, שחז"ל אמרו דבהעדר המציצה הוא סכנה, הרי הדבר עומד לנו בחזקת סכנה, ואפילו אם כל הרופאים אומרים שאינה סכנה אי אפשר להם להוציא הדבר מכלל ספק סכנה, וכיון שכל עיקר סמיכתנו על דבריהם אינה כ"א מטעם ספק אינו מועיל זה כ"א להקל באיסורים מטעם ספק נפשות, ולא להקל ע"פ דבריהם בסכנה. ע"כ אף על פי שיש חילול שבת במציצה, הדבר פשוט שאנו חייבים בה, שספק נפשות היא לעולם וכל ספק נפשות דוחה את השבת.

טענתו העקרונית של הראי"ה קוק היא, שבסיסה של חכמת הרפואה אינו ודאי. החכמה מתפתחת ומשתנה ועל כן היא יכולה לכל היותר לעורר ספק, בתחומים בהם הספק משפיע, דבריהם מתקבלים כדי ליצור ספק פיקוח נפש, אך לא כדבר ודאי. הוא ממשיך ומבסס את טענתו, זאת לאחר הקדמה בה הוא טוען שהרפאים עצמם אינם קובעים את דבריהם בוודאות על כן אין סיבה שאנו נקבל את דבריהם יותר מאשר הם בעצמם:

והנה להביא ראיות שאין דברי הרופאים כי אם בגדר ספק, כמעט למותר הוא, באשר חכמיהם בעצמם אומרים כן, ועלובה עיסה שנחתומה מעיד עליה, בכל זאת נביא איזו ראיות.

הרב ממשיך ומוכיח את סברתו ממקורות בהלכה. ההוכחה הראשונה של הראי"ה היא על בסיס דין "לב יודע מרת נפשו" שלדברי הראי"ה מעיד שאם לחולה יש כח להאכיל את עצמו אף נגד דברי הרופאים הרי שדברי הרופאים אינם וודאות. לכאורה יש מקום לחלק ולומר שזהו דין מיוחד המסתנף מדיני פיקוח נפש, ואין המקום להאריך בעניין זה במסגרת דנן. הראי"ה ממשיך בראיה נוספת:

וביו"ד סי' קפ"ז ברואה מחמת תשמיש, שהוא איסור דרבנן לרוב הפוסקים, שאינו כי אם חשש וסתות, מ"מ כמה טרחו רבותינו הראשונים אם יש לסמוך על הרופאים. ואפי' אם נאמר שנסמוך שם על הרופאים... חכמת הרפואה שהיא מיוסדת על עומק חכמת יצירת גוף האדם, שלאמתו אינו ידוע כי אם ליצרו ברוך הוא, ופשוט דס"ל דאפי' רובא אין כאן.

לדבריו, גם הוויכוח בקרב הפוסקים בדיני גידה מעיד על חולשת דברי הרופאים. כמו כן, אין להתייחס לדבריהם אפילו כרוב, שכן כדי ליצור רוב צריך לדעת את המציאות וידיעת המציאות אצל הרופאים בהכרח לקוייה, מכוח הטענה כי רק הקב"ה בעצמו יכול לדעת כיצד באמת פועל גוף האדם. ממשיך הראי"ה:

ופשטם של דברי חז"ל (ב"ק פ"ה), ורפא ירפא מכאן שנתנה תורה רשות לרופא לרפאות, מורה כן, שעיקר הרפואה מצד חכמתה מסופקת היא, שאם הי' דבר ברור איך יעלה על הדעת שלא יהיה מחויב לרפאות, וכי אין עובר על "לא תעמוד על דם ריעך" על כל צרה שבאה עליו אפילו מן השמים, ואריה בידי שמים הוא (כדאי' כתובות ד' ל') ומ"מ הרי אנו מצווים להצילו, ואין חשש רחמנא מחי וכו', וה"נ דכותה. אלא שעיקר

היסוד מפני שכל עיקרי הרפואה אינם מבוררים כ"כ ואין יודע בבירור אם אין הנחותיהם מסופקות, ע"כ הוצרך לנתינת רשות, שמ"מ אין דרך אחרת לפני בנ"א...

לדעתו, עצם הצורך ברשות לרופא מוכיחה שמצד האמת אין לרופא יכולת לרפא ועל כן רק מכח ההכרח ניתנה לרופא רשות לגעת למרות חוסר ידיעתו המוחלטת. ממשיך הראי"ה ומשליך חזרה לעניין חובת המציצה במילה כנגד דברי הרופאים:

על כל פנים ליותר מרוב, הם עצמם אין מחזיקים את דבריהם, וכולם מודים שהטעות מצויה בהם, א"כ אין זה מועיל כי אם באיסורין דאזלינן בתר רובא. אבל בפיקוח נפש הלא חיישינן גם כן למיעוטא (כיומא ד' פ"ד)... א"כ ק"ו אבי אביו של ק"ו במקום שחז"ל אומרים צריך, שהדבר עומד בחזקת ריעותא, וכ"ז שלא ידענו ברור שנשתנו הטבעים, בפרט זה, וזה אי אפשר לנו לידע בבירור, כיון שדברי הרופאים אינם כי אם ספק, ח"ו לסמוך על דבריהם להקל ראש בספק סכנה, ולנגוע בשפיכת דמים ח"ו...

הראי"ה מוכיח מכך שכאשר יש שני רופאים – שומעים להם אפילו כנגד מאה, ומאכילים את החולה. זאת, מפני שכל דברי הרופאים אינם אלא ספק ועל כן חוששים בפיקוח נפש גם למיעוט. מכאן הוא חוזר לדברי חז"ל שהם ודאיים ואם לדעת חז"ל יש סכנה במילה ללא מציצה, קל וחומר שלא נשמע לרופא שמבטל דברים אלו.

הוכחה הנוספת לחולשת דברי הרופאים מביא הראי"ה משיטת הרדב"ז (ד, סו). שם דן הרדב"ז על אודות חולה שרוצה לאכול – דבריו מתקבלים גם נגד דברי רופא שטוען שהמאכל יזיק לו.

עוד טוען הראי"ה, שהמחלוקת בין הפוסקים האם רופא נאמן לומר שאישה בריאה מראייה מחמת תשמיש, אינה מחלוקת ממשית. לדעתו, מי שהתיר להסתמך על רופאים עשה זאת במקרה של רפואה שהוכחה כפועלת. ואילו מי

שהסתפק האם לסמוך על דברי הרופאים עוסק במציאות של רפואה שלא הוכחה פעולתה כי אם על פי חכמת הרפואה מתברר שיש לרפואה זו תועלת. מוסיף הראי"ה סברא נוספת בייחס לצמצום כוחה של הרפואה:

לא שייך לומר, שמועילה נאמנות הרופאים אפי' באיסורים, כי אם בדבר שיש בו קום עשה, כגון שאמרו סם פלוני מועיל לחולי פלוני או דבר זה מזיק לחולי זה, שיש לומר שלבד שיקול הדעת נתברר על פי נסיון ודמי לקמיע, אבל בענין שב ואל תעשה, כגונא דמציצה, שאומרים שאין מניעת המציצה מזקת, שדבר זה ודאי אי אפשר לברר ע"י שום נסיון, שהרי לא קבעו חז"ל דבר זה לומר שמניעת המציצה מזקת לכל תינוק, גם לא התנו שהסכנה תבא מיד, ואפילו אם ראו בחכמתם הקדושה ברוח אלקים אשר עליהם, שע"י מניעת המציצה יכול לבא לידי סכנה בכמה שנים אח"כ, ג"כ בכלל סכנה הוא, א"כ איך יתכן לומר שיודעים רופאי זמנינו ע"י נסיון, שאין סכנה בביטול מציצה. וכי מפני שיש ילדים שלא נמצאו והם קיימים, מי לידינו יתקע שלא יבאו לידי סכנה לימים הבאים, ומי יודע כמה מהם מתו ממחלות שהיתה עיקר סיבתם מניעת המציצה, אלא שהרופאים נתנו להם סיבות אחרות לפי הדומה. וכיון שדבר זה א"א לבררו ע"פ הנסיון א"כ אין זה מועיל אפי' להקל בענין איסור, ק"ו להקל ראש בסכנת נפשות, ומי ישמע להם להנהיג מנהג הפקר בדמם של ילדי ישראל, חלילה לעם ד'.

הראי"ה מעלה סברה מחודשת שדעת הרופאים יכולה להועיל רק ביחס להוראות "קום ועשה", אך איננה יכולה לספק מידע אמין על ההשלכות של חוסר עשייה שכן מי יודע מה נגרם בדיוק מהימנעות מדברים מסויימים. הראי"ה מציג איפוא עמדה ששוללת את יכולתם של הרופאים להכיר את המציאות ולנתחה.

אך בסופו של דבר, עולה מדבריו שאם קיים ניסיון רפואי בפעולה מסויימת, הרופאים נאמנים לגבי אותה פעולה והשלכותיה. הדברים נכונים לגבי הכרעות מעשיות כיצד להתנהג להבא. אולם לגבי הימנעות מפעולה והשלכותיה להבא – כאן לדעתו הרופאים אינם נאמנים, ואין להם את היכולת לדעת בדיוק את כל התוצאות.

משנה זו של הראי"ה חוזרת ומתחדדת בתשובה מאוחרת יותר שנתפרסמה בקובץ שערי ציון (א-ב, תרפ"א, סימנים א וח ושוב בספר אוצרות הראי"ה ג, עמ' 172). בתשובה זו הוא סוקר את נושא נאמנות הרופאים וקובע בזה כללים ברורים. בתחילה הוא מבסס את נאמנותם בדבר שנראה בחוש, כגון בתוספתא (אהלות פ"ד ה"ב) בה תודוס הרופא מעיד על עצמות המת כשנפקותא היא לגבי דיני טומאה וטהרה. כמו כן, לדבריו הסוגיה בניה בה שאלו לרופאים על הדם גם היא נשענת על ראייה חושית. אך על חכמה לשלעצמה אינם נאמנים, וראה להלן בפרק הבא בו נוסיף עוד להביא מדבריו.

7. אבחנה בין חכמת הרפואה לבין ראייה בחושים – שיטת הצמח צדק

בשו"ת צמח צדק (שניאורסון יו"ד קמח) מסיק שניתן לסמוך על רופאים רק כשאומרים בדרך ודאי, ומוסיף ומחדש יסוד משמעותי להלכה שהתקבל על ידי פוסקים רבים. לדבריו, כשהם מעידים על דבר שהם רואים בחוש יש לכך יותר משקל:

כן אף למאן דאמר שאין סומכין על הרופאים זהו כשאומרים כן על פי חכמתם ושקול דעתם על זה סבירא להו שאין זה ודאי. אבל מה שראו בחוש פשיטא שאין שייך זה.

דהיינו במקרה שהרופא אינו מסתמך על חכמתו אלא יש לו "ראייה בחוש", הוא דן מצד דין עד אחד הנאמן באיסורין, והוא מעלה חשש לגבי רופא גוי שישקר. במסקנתו הוא מקבל גם דברי רופאים גויים כשהם שלושה ובצירוף שמדובר באיסור דרבנן ויש רוב להתיר.⁷

שם אריה

רבי אריה בולוחובר מגדולי הפוסקים בשו"ת שם אריה (אה"ע קיב) קובע שאין לסמוך על הרופאים במה שקובעים שדם שיצא מהרחם הוא דם מכה מפני שזה נעשה על פי השערה מסויימת שמתנגדת לפסיקה ההלכתית המטמאת כל דם מהרחם. אך לדבריו יש מקרים בהם ניתן יהיה להתיר על פי דבריהם:

אבל עצתי בזה לייעץ לאשה זאת שתסע לאיזה רופא או אקישערקע אשר יש להם כלי מחזה למראה האם (שקורין מוטער שפינל) אשר דרך הכלי הזאת רואים באספקלריא המאירה את האם וכל אשר בפנים ואם יש לה מכה באם כדבריהם יראו דרך כלי מחזה זאת ואז יהיה כל דמי טהורים כי הוא דם מכה אם ראוי להוציא דם... כי אף שאין סומכין על

⁷ ראה עוד: פת"ש יו"ד קפז, ל, יד יוסף (שטרסברג) יו"ד סח מהרי"ש נתנזאהן, ישועות מלכו יו"ד ל וז, דרכי תשובה קפז, צח, טוטו"ד א, נו, שו"ת מהרש"ם א, יג כד וב, קפב, אג"מ יו"ד ד, יז אות יז. וראיה נוספת לחילוק זה ראה במנחת יצחק א, קכה אות ו ועיי"ש ט, קלו.

הרופאים זה רק במה שאומרים מאומד דעתם וחכמתם אבל במה שעינים רואות בודאי... מילתא דעבידא לאיגלווי להראות לרופא אמר שראה אם כדבריו כן הוא וזה דבר קל מאד ואצלנו יש אצל כל רופא מומחה כלי מחזה ומראה הזאת ויש מקומות שישנם נשים מילדות עבריות שיכולי לראות במראה הזאת ועל עדותם ודאי דיש לסמוך.

כלומר, בדבר הנראה לעיניים אין חולק שהרופאים יכולים להיות נאמנים. הוא חוזר על סברה זו במקום נוסף (שו"ת שעם ערוגות הבושם מו וראה גם נא) בהיתרה של אישה שראתה דם מחמת תשיש והנשים ראו על ידי מכשיר שיש לה פצע מדמם ברחם ולאחר זמן ראו שהפצע התרפא, הוא מתיר בהחלט ומבאר מדוע אין הדבר דומה לשאלת נאמנות רפואית מכח העובדה שהדבר נראה לעין. אך מלבד זאת מוסיף השם אריה שיקול נוסף:

מטעם אחר נראה להאמינם במה שאומרים שרואים במראה שיש לה מכה באותו מקום דזה הוי מילתא דעבידא לגלווי עיי אנשים הבקיאם לראות במראה, וכדאיתא כה"ג בכמה דוכתי דבמילתא דעבידא לגלווי מהימן עד אחד ואפי' בעדות אשה מהימן.

כלומר יש גם אפשרות לביקורת על המסקנה של הבדיקה – "מילתא דעבידא לאיגלווי". יסוד זה שניתן לסמוך על דבר הנראה לעינים חוזר אצל פוסקים נוספים (ראה בדרכי תשובה יו"ד קפו, צח).

מהרש"ם

כך כותב גם המהרש"ם (א, כד וראה עוד ב, עב):

נראה דכפי מה שנתחדשו כלי ההבטה לתוך הרחם, ורואים את כל הרחם כאלו עומד מבחוץ, א"כ יש להאמינם במה שאומרים שיש שם מכה.

באר משה

בהתכתבות בין שני תלמידי חכמים נוספים עולה סברה זו של ראייה בחוש כמכרעת. כך כותב הרב יקותיאל זלמן רב בעיר מעדוועדקי (שו"ת באר משה קונטרס כליל תפארת א,יד), והמשיב רבי משה נחום ירושלמיסקי מסכים עמו (שו"ת באר משה טו):

אבל במה שענינים רואות (ע"י כלי הבטה שנתחדש בדורנו) פשיטא דנאמנים הם...

הראי"ה קוק

כך גם כותב הראי"ה (שו"ת דעת כהן קמ):

אמנם הדין דין אמת כשהרופא מעיד שלא הכניס בפנים המקור, ולא יהא אלא ספק העמידנה אחזקת טהרה...

דהיינו, במקום שבו הרופא מעיד על מה שראה במו עיניו יש לזה משקל רב יותר מאשר אומדן דעת שלו על פי חכמה. כך הוא גם כותב בדבריו על נאמנות רופאים (צוין לעיל), שאם הדברים נובעים מתוך ראייה חושית או אף מתוך חכמה שנצברה עקב התנסות חושית, יש לרופאים נאמנות. הוא מרחיב את הדברים גם בנוגע לענייני חכמה ומחקר נוספים, כדוגמת נושא החקלאות, שלפי הגמרא (שבת פה,א) ניתן לסמוך על חכמת "בני החורי" יושבי הארץ שמוסרים מידע בעניין דרכי גידול הצמחים באופן שיש לו השלכה על דיני כלאים.

נאמנות של שני רופאים זה שלא בפני זה

יש לציין שבשו"ת באר משה (יד-טו) עולה יסוד נוסף והוא נאמנות של רופאים שמכוונים לדבר אחד כשהם מעידים זה שלא בפני זה.

צוות מעבדה

וראה עוד מה שכתב בזה הרב אריאל אליהו אדרי בפסק דין 1014621/1 בעניין נאמנות ממעבדה רפואית:

אולם נראה שבצוות של רופאים, אחיות ואנשי מעבדה המטפלים בהפריה יש לומר בפשטות שחזקה לא מרעי אנפשיהו ובפרט שכל צעד מתועד וחתום על ידי הרופא המטפל נראה ברור שאין לחוש ולא מרעי אנפשיהו. "והוי מילתא דעבידא לאיגלויי". וכעין זה כתב בשו"ת אגרות משה אה"ע ח"א סימן קס"ב.

והוסיף:

יתר על כן כתב בטהרת הבית (א,ה,יב) שבזמן הזה שניתן לברר את דברי הרופאים יש לסמוך עליהם והביא כך בשם כמה פוסקים ונדון דידן עדיף טפי שלא מדובר ברופא אחד בלבד אלא בצוות שלם הכותבים את דבריהם לצורך פנימי ונראה שנידונים כמסיחים לפי תומם. כל זה נעשה לאורך תקופה ממושכת כאשר המידע גלוי לאנשי רפואה רבים. עי' גיליון מהרש"א שם שהתיר בשני רופאים ובשו"ת צמח צדק חיו"ד סימן קמ"ח הצריך שלושה מומחים ומסל"ת.

8. סיכום

מן המקובץ עולה שמן הגמרא ועד לאחרוני זמננו נשמר המתח שבין קבלת דעת הרופאי לבין החשש שמא דבריהם אינם מדויקים, בנוסף שמא הרופא אינו דובר אמת הן בייחס לאבחנה המציאותית והן בייחס למידע הרפואי. ניתן לזהות כבר מימי הראשונים סיעת פוסקים משמעותית שרואה בידיע הרפואי מקור טוב וכן מקבלת את נאמנות הרופאים. אמנם בפועל נטו הפוסקים לדרוש דרישות נוספות לצורך קבלת המידע אם בשאלת שני רופאים אם בניסיון לזהות "רגלים לדבר" או סימנים מוכיחים נוספים לאבחנות הרפואיות.

כמו כן יש מהפוסקים שחששו למידע המבוסס על דברים שאינם נראים לעין כגון מכות פנימיות או לחילופין חששו לידע פרטני של הרופאים דהיינו היישום של הידע הכללי במקרה המיוחד שעומד לפני הרופא ברגע זה. נדמה שבימינו חלק מהחששות הללו הוסרו היות ואמצעים טכנולוגיים חושפים גם מכות פנימיות ומראים אותן גלויות לעין כל. גם מערכות הבקרה והענישה על הטעיה רפואית הן משמעותיות ומסכנות את עתידו ופרנסתו של רופא שלא יפעל לפי הכללים המקובלים. לנוכח זאת נראה שיש לייחס משקל גדול יותר לנתונים רפואיים, כאשר יש לבדוק בכל עניין לפי עניינו ולפי רמת הראיה הנדרשת.

ט. בדיקות מדעיות ומהימנותן

בפוסקים עלתה שאלת הנאמנות המדעית גם ביחס לבדיקות אבהות המתפתחות ובאות מזה למעלה מ-50 שנים. כמובן שאיכות הבדיקות עולה עם התפתחות המדע אך יש לבחון את ההתייחסות ההלכתית העקרונית לבדיקות אלו. גישה שלילית לבדיקת רקמות עולה מדברי הראשון לציון הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל (שערי עוזיאל שער מ א, יח):

כל מקום שאין שורת הדין מחייבת האב למזונות ילד זנונים, אין סומכים על בדיקה מדעית של דם הילד בדמיונו לזה של האב, שכן קבלה מרז"ל שלשה שותפים באדם הקדוש ברוך הוא ואביו ואמו, אביו מזריע הלובן וכו', אמו מזרעת אודם וכו', והקב"ה נותן בו רוח ונשמה. וכל בדיקה מדעית מתבטלת נגד קבלתם הנאמנה של רז"ל שכל דבריהם נאמרו ברוח הקודש, ברוך שבחר בהם ובמשנתם.

וכן הסכים בשו"ת ציץ אליעזר (יג, קד):

סניף נוסף לכל האמור יש להוסיף גם זאת, דנראה שהקביעה המדעית בזה ע"י בדיקת סוגי הדם איננה יוצאת עכ"פ מגדר השערה של באשר הוא שם. כפי שאנו רואים בהרבה מקרים שמה שהמדע קובע לוודאות כהיום, כעבור זמן מה קובעת בעצמה אחרת ומבטלת מה שקבעה בודאות תמול, וזאת לפי ההתפתחות והגילויים החדשים שמגלה לאחר מיכן. והא הרי ידוע דעת גדולי הפוסקים שאין להסתמך ולא לקבוע הלכה על אומדנות הרופאים. וברור שאין זה דומה למה שהרופא קובע ע"י צילום או ראי שסברי רבנן שבזה כן נותנים לו נאמנות.

כך גם עלה מדברי פוסקים נוספים, כשו"ת דברי ישראל (אבן העזר ח), שו"ת דבר יהושע (ג, אבן העזר ה), הגרש"ז אוירבך (נשמת אברהם אבן העזר ד), שו"ת משנה הלכות (ד, קסג-קסד).

כך היא גם הכרעת כמה מבתי הדין הרבניים מראשית בתי דין אלו. בפד"ר (ב, עמ' 124) קובעים בי"ד בחיפה, בשנת תשי"ז, בהרכב הרבנים רוזנטל, הדאיה ורקובר:

אולם דעתנו היא שמטעם אחר אין לסמוך על בדיקות מדעיות של הדם בנוגע לקביעת אבהותו של הילד. המדע הולך ומתפתח מיום ליום. יתכן שמה שהמדע קובע כעת אינה קביעות סופית והחלטית, ואולי בהתפתחות המדע ימצאו דברים משותפין בין ב' סוגי הדם, ואין לקבוע באופן משפטי אבהותו של ילד על יסודות דרכי המדע המשתנה מתקופה לתקופה.

בפסק בי"ד בתל אביב (פד"ר ה, עמ' 352), משנת תשכ"ה בהרכב הרבנים שלזינגר, וילנסקי וסורוצקין, נקבע שהבדיקות מסופקות וקשה להכריע.

כך היא גם הכרעת מרן הרב עובדיה יוסף (שו"ת יביע אומר י, אבן העזר ט) שאין די בבדיקות להוציא מחזקת אבהות.

ראה עוד דברי הרב משאש (פד"ר ירושלים ה, עמ' קפז ושו"ת שמש ומגן ג, יז) שלא קיבל את תוקף הבדיקות אך זאת משום שהן שנויות במחלוקת ולפי הבנתו אינן שוללות אבהות בוודאות. אך במקום אחר חזר וחזק דבריו ומשמע ששולל באופן מוחלט הסתמכות על המדע בעניינים אלו (פד"ר ירושלים ו, עמ' קצד):

וכבר כתבתי בתשובה בדין רקמות משם הרבה פוסקים... שכולם כתבו שאין לנו בדיני התורה ע"פ הטבע והרפואה, שאם נאמין לדבריהם אין תורה מן השמים חלילה. והביאו שם כמה דברים אשר חכמי הטבע והרפואה קבעו נגד חז"ל, ובכמה ענינים בסוד היצירה חולקים על חז"ל, ואיך אנן ניקום ונסמוך על דבריהם בדבר מוחלט ומובהק מבלי שיהיה לנו ראייה מחז"ל לדבריהם וכו' ע"ש שכל אחד מהם האריך להוכיח כן.

בפד"ר יג (עמ' 51 וכן באסיא ה עמ' 163), משנת תשמ"ב, בהרכב ביה"ד באשדוד נקבע על ידי הרב דיכובסקי שיש מקום להסתמך על הבדיקות אך בהתאם למה שהן. כלומר, בדיקה תיחשב כרוב ולא יותר מכך. ועל כן לעניין

ממון יש קושי להוציא ממון מהאב היות ויש הוכחה של ממש שאין זה בנו, מאידך לעניין ממזרות לא ניתן לקבוע ממזרות כל עוד יש סיכוי אפילו קלוש שהולד הוא כשר. הבאנו לעיל גם את דברי רי"א הרצוג שנתן משקל גדול למהימנות הבדיקות מבחינה מדעית.

בהיתר עגונה יש שהסתייגו והזהירו מהסתמכות גורפת על בדיקת ד.נ.א, ואלו דברי הרב וואזנר כפי שהובאו בכמה קבצים תורניים (תחומין כא, עמ' 116, ישורון יב, עמ' תקלג, נשמת אברהם אבן העזר ד) ויש שהקלו באופן ברור לסמוך על זה כטביעת אצבעות וכדומה והם רי"ש אלישיב (מובא בנשמת אברהם שם) רז"נ גולדברג (תחומין כג, עמ' 126, ישורון יב עמ' תקו, ונשמת אברהם שם).

יש לציין לסיכום המקיף שערך הרב מרדכי הלפרין (בספרו רפואה מציאות והלכה סימן לג, עמ' 405) ובו הוא קורא להסתמכות מלאה על בדיקות מדעיות לעניין עגונה ושלילת אבהות. מה שאין כן לקביעת אבהות, בהן בדיקות אלו אינן מביאות לתוצאות מוחלטות אלא נחשבות כרוב בלבד⁸.

אציין לחיבורנו הקודם (אור המשפט חו"מ) סימן ג שהארכנו בגדרי הכרעת הדין באומדנא וודאית ובדברים המוגדרים כ"דיעה", המועילה לדעת ראשונים רבים ופוסקים חשובים אף לדיני נפשות וממילא אף לחיובים ממוניים.

⁸ ראה עוד: ד פרימר, קביעת אבהות ע"י בדיקת דם במשפט העברי ובמשפט הישראלי, שנתון למשפט עברי ה (תשל"ח) עמ' 219–242, הרב שלמה אבינר, "קביעת ממזרות על פי בדיקת רקמות", אסיא (יז), עמ' 99–100, הרב ד לבנון, "בדיקת רקמות להכרת אבהות", שורת הדין ה, עמ' ע-צד.

סיכום – נאמנות רופאים ובדיקות מדעיות

נושא נאמנות המומחים כולל בתוכו שני נושאי משנה: הראשון, קבלת דברי המומחים כעובדה עליה ניתן לסמוך. השני, נאמנות המומחים שאכן הם מוסרים את הדברים כפי שהם בלא לשנות.

בהלכה אנו מוצאים מחלוקות הנוגעות לשני התחומים הללו. כבר בתקופת הראשונים נחלקו הדעות האם ניתן לסמוך על הידע הרפואי והיו מהפוסקים שהזהירו מרמת הידע המקצועי.

בהמשך זיהינו שהחששות הולכים ופוחתים והאמינות המדעית גוברת. סברות שהועלו בעבר ביחס ל"מכות פנימיות" ולחששות אחרים כבר לא מוזכרים אצל פוסקי זמנינו. אך עדיין נותר מרחב ספק מסויים ואנו מוזהרים שלא לקבל את דברי המומחים כתורה מסיני.

בהקשר לכך גם נבחן נושא הנאמנות. פתרונות שונים שהוצעו בעבר כגון שאילת מספר רופאים נכונים גם כיום. כמו כן מצטרפים לכך חשש הרופאים לשקר הן מצד אומנותם והן מצד יעילות המערכות.

בפועל הנטייה כיום היא לקבל את דברי המומחים ולהאמין לדבריהם וזאת בתנאי שאכן מדובר במומחים, ושהפרסומים המדעיים שלהם אכן עומדים בדרישות המחמירות של עולם המדע.

לעניין חיובים ממוניים נדרשת ודאות, ועל כן הדגשנו שאכן ניתן היום להסיק גם עובדות ודאיות מדברי המומחים כאשר אלו אכן מראים שדבריהם נעשו באופן המעולה ביותר ותוך הקפדה על כללי הביקורת המדעית המחמירה.

1. מחלוקת בין מומחים

לאחר שסקרנו את יכולתם של המומחים לקבוע את העובדות, על פי ההלכה יש צורך לבחון כיצד היא דרך ההכרעה במקרה שהמומחים נחלקים ביניהם. נושא זה נידון בהרחבה ביחס להכרעה בדינו של חולה ביום הכיפורים.

סוגיית הגמרא

כך נאמר בגמרא ביומא (פג,ב) על המשנה שקובעת האכלת החולה על פי המומחים:

חולה מאכילין אותו על פי בקיאיין... פשיטא! ספק נפשות הוא וספק נפשות להקל! לא צריכא דאיכא תרי אחריני בהדיה, דאמרי: לא צריך. ואף על גב דאמר רב ספרא: תרי כמאה, ומאה כתרי – הני מילי לענין עדות, אבל לענין אומדנא – בתר דעות אזלינן. והני מילי לענין אומדנא דמומנא, אבל הכא – ספק נפשות הוא.

בתחילת הסוגיה סברו חכמים שהולכים אחרי הרוב לענין ההכרעה הרפואית בשאלה האם החולה זקוק לאכילה לצורך פיקוח נפש, ולמסקנה נקבע שבספק נפשות הולכים גם אחר המיעוט שקובע שהחולה צריך לאכול.

מחלוקת הראשונים

להלכה נחלקו הראשונים כיצד לפסוק. הרי"ף (ד,א בדפי הרי"ף) הוסיף ביאור בסוגיה:

אי אמר איהו ואחרינא בהדיה לא צריכנא, ואמרי תרי אחריני צריך, מאכילין אותו על פיהן, [אף על גב] דכי אמרינן תרי כמאה ומאה כתרי, הני מילי לענין עדות, אבל גבי אומדנא בתר רוב דעות אזלינן, והני מילי בממונא, אבל הכא ספק נפשות להקל. ואי אמר איהו צריכנא ואף

על גב דאמרי מאה לא צריך מאכילין אותו על פי עצמו, מאי טעמא לב יודע מרת נפשו.

לדבריו, המשמעות של אי הליכה אחר הרוב משום "ספק נפשות להקל" היא כשמצד אחד החולה ורופא אחד סבורים שאינו צריך לאכול ומצד שני עומדים שני רופאים הסבורים שצריך לאכול, מאכילין אותו למרות שאין רוב המחייב שיאכל. אמנם מהדוגמא שהביא משמע שדווקא אם שנים אומרים לא צריך ושנים צריך מקלים, אבל אם יש רוב שאינו צריך לאכול הולכים אחרי הרוב ואין מאכילין אותו למרות שספק נפשות להקל⁹. ובתנאי שהחולה אומר "איני צריך", שכן אם החולה אומר "צריך" יש דין מיוחד שהולכים אחריו גם נגד רוב משום "לב יודע מרת נפשו". כדעת הרי"ף עולה במפורש מדברי קודמו בעל השאלות (לח):

וודיי חד רופא אומר צריך ושנים אומרים אינו צריך, אין דבריו של אחד במקום שנים וכן שנים במקום שלשה וכן שלשה במקום ארבעה. וכן ההלכות גדולות (הלכות יום הכיפורים) כותב:

היכא דאמר חד רופא צריך ושנים אומרים אינו צריך, אין דבריו של אחד במקום שנים, וכן שנים וכן שלשה במקום ארבעה. ודאי חד רופא אמר צריך וחד אמר אינו צריך, מחללינן עליה שבתא ומוכלינן לה ביומא דכיפורי, מפני שהוא ספק נפשות וספק נפשות דוחה את השבת, שנאמר (ויקרא יח, ה) אשר יעשה אותם האדם וחי בהם ולא שימות בהם.

דהיינו ספק נפשות מכריע לטובת האכלת החולה במחלוקת שקולה אבל אם יש מחלוקת לא שקולה, יש להכריע כדעת רוב גם אם התוצאה תהיה נגד האכלת החולה. כך גם מדדיקים הראשונים מדברי רש"י (יומא פד, ב ד"ה אבל). הרמב"ם (הל' שביתת עשור פ"ב ה"ח) כותב:

⁹ אמנם צ"ע שהרי"ף העתיק את הגמרא שלא הולכים אחר רוב בנפשות, הרמב"ן בתורת האדם המובא להלן ביאר שלשיטת ההולכים רוב דעות, משפט זה נדחה מההלכה אבל בדעת הרי"ף לא ניתן לומר זאת.

רופא אחד אומר צריך ואחד אומר אינו צריך מאכילין אותו, מקצת הרופאין אומרים צריך ומקצתן אומרים אינו צריך הולכין אחר הרוב או אחר הבקיאים...

המגיד משנה (שם) מבאר ששיטתו כשיטת הרי"ף וכן עולה מהשגת הרמ"ך מלוניל. אמנם ראה בר"ן (יומא שם) וברבינו ירוחם (תולדות אדם וחווה נתיב ז חלק ב) שכתבו שדעת הרמב"ם אינה כרי"ף.

בעל המאור משיג על הרי"ף וכותב שבמקרה של צדדים שקולים אין חידוש בהכרעה שיאכל משום ספק נפשות להקל כי אם:

אי איכא בתרי דאמרי צריך אף על גב דחולה אמר אינו צריך ואיכא נמי בתרי בהדיה דאמרי לא צריך אמרינן תרי כמאה ומאה כתרי, ולא אזלינן בכי האי אומדנא בתר רוב דעות משום דספק נפשות להקל.

דהיינו הכרעה היא גם לפי המיעוט (אך נראה מדבריו שנדרשים לפחות שנים המחייבים האכלה) כנגד הרוב מחשש פיקוח נפש במקרה שלפי המיעוט יש חשש כזה. כך הכריעו רי"ץ גיאות (הל' יום הכיפורים), ר"י מלוניל, רמ"ך מלוניל (על הרמב"ם שם) ספר ההשלמה (יומא שם), ספר המאורות (יומא שם), מאירי (יומא פב,א ובחיבור התשובה מאמר ב פרק י), רא"ש (יומא ה,ג) רבינו ירוחם (תולדות אדם וחווה ז,ב).

שיטת הרמב"ן

הרמב"ן (ספר תורת האדם עניין הסכנה) מביא את המחלוקת ונוטה גם הוא לשיטה שאין הולכים אחר הרוב מחשש פיקוח נפש. אמנם יש בדבריו תוספת חשובה. ראשית, הוא מבהיר את הסיבה מדוע לא הולכים אחר הרוב בין רופאים למרות שהולכים אחר אומדנא ואחר הרוב לגבי דיני נפשות בבית הדין:

ובודאי אשכחן (ב"ק צ,ב) לענין דיני נפשות דאית בהו אומדני כגון שיש בו כדי להמית, על ציפר נפשו הכהו או על שוקו הכהו, ואפילו הכי בתר רובא אזלינן בהו, דבתר רובא אזלינן בכל מילי דסנהדרין. והא מלתא

מסייע להך סברא דאמרן, אלא מכל מקום כיון דבגמרא אתמר דגבי אומדנא דחולה לא אזלינן בתר רובא לא דחינן סוגיא מפורשת ותפסינן סברא בעלמא.

וסנהדרין איכא למימר שאני התם דכולהו דיינין נינהו אבל הכא כיון דאיכא תרי דאמרי צריך ואינך לא צריכי לן לאומדנא כלל כמאן דליתנהו דמי. וסנהדרין נמי בהטיה לחיוב לאו בתר כל רובא אזלינן אלא על פי שנים (סנהדרין לב,א), אלמא דינא אחרינא הוא בסנהדרין אבל בספק נפשות לאו בתר רובא אזלינן באומדנות, והכי פסקי רבואתא ובעלי הלכות.

לדידו, השיקול המרכזי כאן הוא ההליכה אחר הסוגיה המפורשת, הקובעת שלענין פיקוח נפש ביום הכיפורים אין הולכים אחר הרוב, לגבי סנהדרין הוא קובע שיש דין מיוחד שהרוב קובע גם אם יש אומדנא שלא כרוב וזה מוכח מכך שלא מספיק רוב רגיל אלא צריך רוב שנים בכדי לחייב. מלבד ההסבר של הדין הוא מוסיף דיון מקורי ויסודי ביחס לשאלת הבקיות והחכמה כשיקול בהכרעה:

ואיכא מאן דאמר מדקתני "על פי בקיאי" שמע מינה יחיד מומחה ומוחזק בבקיות, ורופאים שאינן חכמים ומומחין כל כך, שהולכים אחר בקיות. כלומר, הרמב"ן מביא דעה ייחודית, שעדיפות בבקיות ובחכמה גוברת על עדיפות המספרית של רוב. אמנם הרמב"ן חולק על כך:

ואינו נראה, שלא שמענו בסנהדרין שנלך אחר רוב חכמה אלא אחר רוב מנין. ובודאי אשכחן לענין הנשאל לחכמים כדאמרין (עבודה זרה ז,א): "היו שנים אחד מטמא ואחד מטהר אחד מתיר ואחד אוסר אם היה אחד מהן גדול בחכמה ובמנין הלך אחריו", הלכך במנין שוה ברופאים הולכין אחר חכמה ובקיות, ואף על גב דליתא הכי בדין סנהדרין, התם דיינין הם וכולם צריכים לאותו הדין, ומדינא לא היה ראוי להיות דין עד

שיסכימו כל הצריכין לדעת אחת אלא דרחמנא אמר אחרי רבים להטות. אבל הכא שומעין לחכם, והשני אינו ראוי להיות נשאל בפני מי שגדול ממנו בחכמה ובטל הוא, מיהו אחד במקום שנים כיון שכולן רופאים ויודעים במלאכה זו אין דבריו של יחיד במקום שנים, מכל מקום במופלג מהם בחכמה חוששין לדבריו להחמיר אפילו במקום רבים, אבל להקל כדין היחיד, דאשכחן לענין מחלוקת בית שמאי ובית הלל דאתמר (יבמות יד,א): "כי אזלינן בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו אבל הכא בית שמאי מחדדי טפי" הילכך חוששין לרוב חכמה ובקיאות להחמיר, ומאי חומרא דהכא לנהוג בספק נפשות להקל ולהתעסק בחולה כל צרכו.

לדעת הרמב"ן המומחה אינו מכריע כנגד רוב אך יש לחוש לדבריו לחומרא גם כנגד הרוב. הוא קובע גם שבבית דין יש הלכה מיוחדת שהרוב קובע לכל דבר אף נגד המומחה הגדול, אך אם אין מדובר בבית דין אלא בבירור הלכתי כגון שאלת חכם או בירור מציאותי כגון שאלת רופא, החכמה מהווה גורם מכריע, אך זאת בתנאי שאין רוב שמכריע אותה.

הר"ן (יומא ד,ב בדפי הרי"ף) קיבל את הדעה, עליה הרמב"ן חולק, להלכה: ומדקתני "על פי בקיאים" שמע מינה שהולכין על פי בקיאים, והלכך יחיד מומחה שנחלק עם שנים אחרים שאינן מומחין אין הולכין אחר השנים, כדאשכחן לענין הנשאל לחכם דאמרי' היו שנים אחד מטמא ואחד מטהר אחד אוסר ואחד מתיר אם היה אחד מהם גדול בחכמה ובמנין הלך אחריו דאלמא בעינן תרתי חכמה ומנין. ולענין מחלוקת ב"ש וב"ה אמרינן בפרק קמא דיבמות (יד,א) כי אמרינן אזלינן בתר רובא הני מילי דכי הדדי נינהו אבל הכא בית שמאי מחדדי טפי. ולפיכך אם הדבר ברור אצלנו שבקיאותו מכריע רוב המנין של אחרים הולכין אחריו בין להקל בין להחמיר ואם הדבר ספק מאכילין אותו דספק נפשות להקל זהו מה שנ"ל בזה. והרמב"ן ז"ל לא כתב כך בספר תורת האדם.

לדעת הר"ן, בתחום הרפואה ניתן ללכת אחר החכם גם להקל אף כנגד רוב.

מהר"ם שיק (על מנין המצוות, מצוה עו) הבין שלדעת הר"ן גם בסנהדרין או במחלוקת החכמים רוב חכמה מכריע. אמנם אין הדבר כן בהכרח; יתכן שהר"ן סובר שבמחלוקת בין חכמים בתוך בית דין הרוב מכריע ואילו במחלוקת בין חכמים באופן כללי החכם המופלג יותר הוא המכריע.

מחלוקת בין חכמי התורה

שיטת הרמב"ן מתבררת לאור דבריו במסכת סנהדרין (חי' הרמב"ן סנהדרין לב,א):

מצאתי בין תשובותיו של רבינו האי גאון ז"ל: ואם נחלקו בית דין שהם שלשה, אחד אומר כך ושנים אומרים כך, אם שוין בחכמה מניחין דברי יחיד ועושין דברי שנים, ואם האחד עדיף מן השנים הולכין אחר מי שנתן טעם לדבריו ע"כ. ולא נתחוויר לי ממתניתין דסנהדרין וגמרא וצ"ע. מיהו בפרק קמא דיבמות (יד,א) גבי מחלוקת דבית שמאי ובית הלל אמרינן כגון דבית הלל רובא, מאן דאמר לא עשו בית שמאי כדבריהם דהא בית הלל רובא, ומאן דאמר עשו כי אזלינן בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו הכא בית שמאי מחדדי טפי. וקיימא לן התם כמאן דאמר עשו, אלמא אם אחד מהם חכם גדול מכל חבריו אין דבריו בטלים? ויש לומר התם לא יושבין בדין הם והשואל עושה כרצון עצמו לפי שלבו נוטה אחר חכמה, אבל סנהדרין כולן צריכין לדון וראוי היה שיסכימו כולן לאותו דעת אלא דרחמנא אמר אחרי רבים להטות הלכך בשלשה דיינין נמי הולכין אחר הרוב.

ועדיין קשה לי הך דיבמות מדר' אליעזר בן הורקנוס (בבא מציעא נט,ב) דבטלו דבריו, ומדר' מאיר (עירובין יג,ב) שגלוי וידוע שאין בדורן כמותן, ואם תאמר הן עצמן רשאים לעשות כדבריהם דאינהו קים להו בנפשייהו ידיעי טפי אבל אחריני לא, והתניא (עירובין ו,ב) הרוצה

לעשות כדברי בית שמאי עושה כדברי בית הלל עושה אלמא כל אדם עושין כן, ושמא יש לומר ר' אליעזר ור"מ יחיד במקום רבים ואין דבריו של אחד במקום שנים, אבל רבים ורבים אין הולכין אחר רוב מנין אלא אם רצו הולכין אחר רוב חכמה, מכל מקום זה סיוע קצת לדברי הגאון ז"ל שאין דברי החכם בטילין מיד אלא שואלין עליהם למקום הוועד שהרי יש לחוש להן לברר כיון דמחודד וגמיר טפי, אבל אם אי אפשר לברר עושין כדברי המרובין כמו שעשו במחלוקתן של ר' אליעזר ור' מאיר כדפרישית.

הרמב"ן מביא את שיטת רב האי גאון, הסבור שחכם הגדול מאחרים שיושב בבית דין מכריע את האחרים והלכה כמותו. הרמב"ן חולק עליו, כיוון שלדבריו שיטתו היא נגד "כל מסכת סנהדרין".

אמנם הרמב"ן מעלה סתירה במקורות חז"ל. מחד נאמר על בית שמאי שלמרות שהיו המיעוט לא נהגו כדעת הרוב מכיוון שהיו מחודדים יותר מבית הלל ומכאן שהרוב אינו מכריע את החכם המופלג. מאידך נאמר על רבי אליעזר בן הורקנוס שחכמים נידו אותו מכיוון שלא ביטל את דעתו כנגד דעת הרוב, וכן נאמר על רבי מאיר שלמרות שהיה חכם גדול יותר מחכמי דורו לא נתקבלו דבריו.

על כן הרמב"ן מציע הסבר עקרוני: לדבריו, אם יש חכם אחד מול רבים – דבריו בטלים אפילו כשהוא גדול מהם, אך אם יש רבים מול רבים אזי חכמים יותר גדולים יכולים ללכת על פי פסיקתם ואינם חייבים ללכת אחרי פסיקת הרבים, על כן בית שמאי יכלו כקבוצה ללכת אחר פסיקתם ובכך הם שונים מרבי אליעזר בן הורקנוס ומרבי מאיר.

עולה אפוא, שלשיטת הרמב"ן במקום שאין הכרעה של בית דין, חכם יחיד בטל מול רוב אך כת חכמים אף שהיא מועטת בכמותה ביחס לרוב חכמים אחרים אינה בטילה אם הם חכמים יותר גדולים.

כשיטה זו עולה גם מדברי רבי אברהם מן ההר הקובע על הגמרא ביבמות (יד,א) שבית שמאי "מחדדי טפי" ועל כן נהגו לפי שיטתם ולא כבית הלל: שמע מינה בהדיא דלא אזלינן בתר רובא אלא היכא דהווי כהדדי בחכמה ובפלפול.

אם כי לא נתבאר בדבריו האם הם יהיו שקולים וכל אחד יעשה כמנהגו או שהחכם יותר מכריע כפי שכותב רב האי גאון. כך גם נוקט המאירי (שם): כל שנחלקו רבים באי זה דבר ויצאו עליו למנין ורבו בני המנין האחד על שכנגדו אם הם שוים הולכין אחר הרוב ומכל מקום אם המועטין מפולפלים ומופלגים בסברא יותר אין מכריעין בדבר והרי הם כשנים אף במנין. ויראה כן ממה שאמרו בסוגיא זו מאן דאמר עשו כי אזלינן בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו הכא בית שמאי מחדדי טפי.

גם בדברי התוספות יש מקום להסתפק מה כוונתם. כך הם כותבים בכמה מקומות (פסחים קיד,א ד"ה אין, יבמות יד,א ד"ה רבי יהושע ועוד) ביחס לשאלת ההכרעה כבית הלל על פי בת קול ובניגוד לכלל "אין משגיחין בבית קול":

ואם תאמר ומאי שנא דלא קיימא לן כבת קול דרבי אליעזר אלא אמרינן בכל דוכתי דשמותי הוא ואין הלכה כמותו, וכבת קול דבית הלל קיימא לן דהלכה כבית הלל?

ויש לומר משום דבת קול דרבי אליעזר לא יצאה אלא לכבודו שאמר מן השמים יוכיחו כדאמר התם. אי נמי בההיא בת קול שהיתה כנגד רבים, דרבנן הווי רובא, דודאי אין הלכה, אבל כבת קול דבית הלל קיימא לן משום דהווי בית הלל רובא אלא דבית שמאי מחדדי טפי.

תוספות שואלים מדוע בת קול הכריעה כבית הלל ולא הכריעה הלכה כרבי אליעזר. ומשיבים שתי תשובות, האחת שבת הקול של רבי אליעזר יצאה רק

לכבודו, והשנייה שהבת קול הכריעה בשאלה האם ללכת אחר רוב חכמה או אחר רוב רוב מנין, ולפי הת קול יצא שרוב מנין גובר.

מחד נראה מדבריהם שלולא הבת קול היה נותר מצב ללא הכרעה שכן יש רוב מול חכמה, אך מאידך יתכן שכוונת בעלי התוספות בתירוצם השני שבת קול מכריעה כרבים וכנגד המחודדים והחריפים, ומכאן ואילך הלכה תמיד כרבים כנגד רוב חכמה.

ניתן גם לומר שזהו המקרה החריג שבו בת קול הכריעה כרוב והועילה משום שבצירוף עם רוב יש לה תוקף אך בדרך כלל החכמה מכריעה את רוב מנין או לפחות שקולה כנגדה.

יש לציין ששיטת הרמב"ן החולק על רב האי גאון מצוייה כבר בדברי ראב"י אב"ד (שו"ת סי' עו) שמוכיח שבבית דין הולכים אחר הרוב כנגד החכם אלא אם כן הוא רבם של האחרים.

מאידך ראוי לציין לחכם מהראשונים, שלמרות היותו ממשפחת הרמב"ן (ראה סדר הייחוס אצל בנו בשו"ת רשב"ש רצא), חלק עליו למעשה וסבר שהלכה כחכם אפילו בבית הדין, ואף לא הזכיר את שיטת הרמב"ן, הוא התשב"ץ (מגן אבות ד,ה, ראה חיד"א ב"שם הגדולים" ערך רבי יעקב החסיד):

ואל תאמר קבלו דעתי... רבינו משה ז"ל פירש, וכן נראה, שאם צרפת עמך אחרים והם חלקו עליך ואתה יחידי והם מרובים, אל תאמר להם קבלו דעתי כי מפני ענותנותי צירפתי אתכם עמי, ועל כל פנים יחתך הדין על דעתי, כי הם רשאים ולא אתה, כיון שנצטרפו עמך בטל דעתך מפני דעתם. וזה לפי דעתי הוא מדרכי החסידות, כי מן הדין אין הולכין אחר הרוב אלא כשהם שוין וכמו שאמרו בראשון מיבמות (יד,א), כי אזלינן בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו ושאני בית שמאי דמחדדי טפי, אבל מדרכי חסידות הוא שלא יאמר קבלו דעתי ויהא קולר תלוי בצוארם. וכן אירע לנו פעמים הרבה.

בשו"ת יהודה יעלה (א, יו"ד קלד) מחדש אסמכתא מקורית לגישה זו בדברי הכתוב:

ונראה לי דקרא גופא מוכח הכי והיינו מדלא כתיב "אחרי רוב להטות" דהוי משמע רוב בחכמה וכתיב "אחרי רבים" אגברא קאי רבים בדיעות במנין אנשים.

בניגוד לכל החכמים הללו, כותב האור זרוע (ע"ז קד, מובא בהגהות אשר"י ע"ז א, ג) בשם רשב"ם, שלדעתו רוב מכריע את החכמה אף שלא בבית דין, וראה עוד הרחבה בעניין להלן.

בירור שיטת הרמב"ן לאור דברי תלמידיו

מסתבר אפוא שלפי הרמב"ן יש ערך להכרעת הרוב כדרך לבירור האמת גם כשזו עומדת בניגוד לרוב חוכמה. הסבר לכך ניתן למצא בדברי ספר החינוך, מחכמי בית מדרשם של תלמידי הרמב"ן. ראשית, יש לראות דבריו ביחס למצוה (עח) "אחרי רבים להטות":

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

ומשרשי מצוה זו, שנצטוינו בזה לחזק קיום דתינו, שאילו נצטוינו קיימו התורה כאשר תוכלו להשיג כוונת אמיתתה, כל אחד ואחד מישראל יאמר דעתי נותנת שאמיתת ענין פלוני כן הוא, ואפילו כל העולם יאמרו בהפכו לא יהיה לו רשות לעשות הענין בהפך האמת לפי דעתו, ויצא מזה חורבן שתעשה התורה ככמה תורות, כי כל אחד ידין כפי עניות דעתו. אבל עכשיו שבפירוש נצטוינו לקבל בה דעת רוב החכמים, יש תורה אחת לכולנו והוא קיומנו גדול בה, ואין לנו לזוז מדעתם ויהי מה, ובכן בעשותינו מצוותם אנו משלימין מצות האל, ואפילו אם לפעמים לא יכוונו החכמים אל האמת, חלילה, עליהם יהיה החטאת ולא עלינו.

הוא חוזר על החלוקה בין רוב בבית דין, שמכריע רק על פי הפרש כמותי ובין מחלוקת בהלכה שלא בבית דין, שבה גם החכמה היא גורם משמעותי. כך הוא מוסיף וכותב (מצוה תצו) על המצוה לשמוע לבית הדין הגדול:

לפי שדעות בני האדם חלוקין זה מזה לא ישתוו לעולם הרבה דעות בדברים, ויודע אדון הכל ברוך הוא שאילו תהיה כוונת כתובי התורה מסורה ביד כל אחד ואחד מבני אדם איש איש כפי שכלו, יפרש כל אחד מהם דברי התורה כפי סברתו וירבה המחלוקת בישראל במשמעות המצוות, ותעשה התורה ככמה תורות... על כן אלוקינו שהוא אדון כל החכמות השלים תורתנו תורת אמת עם המצוה הזאת שצונו להתנהג בה על פי הפירוש האמתי המקובל לחכמינו הקדמונים עליהם השלום. ובכל דור ודור גם כן שנשמע אל החכמים הנמצאים שקבלו דבריהם ושתו מים מספריהם ויגעו כמה יגיעות בימים ובלילות להבין עומק מליהם ופליאות דעותיהם, ועם ההסכמה הזאת נכוין אל דרך האמת בידיעת התורה, וזולת זה אם נתפתה אחר מחשבותינו ועניות דעתנו לא נצלח לכל... וטוב לסבול טעות אחד ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו שבזה יהיה חורבן הדת וחלוק לב העם והפסד האומה לגמרי...

ועל דרך ענין זה שעוררתיך בני עליו אפרש לך אגדה אחת שהיא בבבא מציעא בסוף פרק הוהב (נט,ב)... ומה שאמר "נצחוני בני", חלילה להיות נצחון לפניו ברוך הוא, אבל פירוש הדבר הוא על ענין זה. שבמחלוקת הוה שהיה לרבי אליעזר עם חבריו האמת היה כרבי אליעזר וכדברי הבת קול שהכריעה כמותו, ואף על פי שהיה האמת אתו בזה, ביתרון פלפולו על חבריו לא ירדו לסוף דעתו ולא רצו להודות לדבריו אפילו אחר בת קול, והביאו ראיה מן הדין הקבוע בתורה שציותנו ללכת אחרי הרבים לעולם בין יאמרו אמת או אפילו טועים, ועל זה השיב הבורא ברוך הוא נצחוני בני, כלומר אחר שהם נוטים מדרך האמת שרבי אליעזר הוא היה מכוין בזה את האמת ולא הם, והם באים עליו מכח מצות התורה שצויתם לשמוע אל הרוב לעולם, אם כן על כל פנים יש להודות בפעם הזאת כדבריהם שתהיה האמת נעדרת, והרי זה כאילו בעל האמת נצות.

מדברי ספר החינוך עולה, שהרוב אכן קולעים אל האמת יותר מהמיעוט, אפילו אם קיים במיעוט יותר חכמים. ואף שלפעמים אכן החכם צודק יותר מהרוב, שכן הוא מכוון את האמת של התורה מכח חכמתו, הרי שבדיני תורה צריך ללכת תמיד אחר הרוב אפילו במחיר של טעות. שאם לא כן, כל אחד יילך על פי שיטתו והתורה תהפוך להיות כמה תורות.

לסיכום, מדבריו של ספר החינוך אנו למדים, שלדעתו הערך בהליכה אחר הרוב הוא כפול הן בגלל העובדה שהרוב מכוון אל האמת והן בגלל שההליכה אחר הרוב מהווה בסיס לאחדות התורה.

יש לציין שדברי בעל החינוך על כך שיש ערך לדברי הרוב כבירור האמת הקדימו את זמנם ורק כמה מאות שנים לאחר מכן מצאו מקום במדע המודני דהיום תחת השם "חכמת ההמון" ולפיו נתברר שיש מקרים בהם צירוף דעתם של אנשים רבים מביא לפתרון של בעיות שמומחים גדולים התקשו לפתור.

מדברי הר"ן בדרשותיו (דרוש יא) עולה, שההליכה אחר הרוב ביחס למצוות התורה היא לא רק בגלל ההיגיון שבדבר, או עקב עיקרון אחדות התורה הגובר על עיקרון ההליכה אחר האמת, אלא משום שינוי המציאות הממשית בעקבות החלטת הרוב:

כשיסכימו החכמים בדבר אחד טמא שהוא טהור, מה יהיה, הלא הדבר ההוא יזיק אותנו ויפעל מה שבטבעו לפעול, ואף על פי שהסכימו בו החכמים שהוא טהור! ואילו יסכימו הרופאים על סם אחד שהוא שוה, והוא על דרך משל חום במעלה רביעית, שאין ספק שלא תמשך פעולת החום בגוף כפי מה שיסכימו בו הרופאים, אבל כפי טבעו בעצמו. כן הדבר שאסרה לנו התורה מצד שהוא מזיק בנפש, איך ישתנה טבע הדבר ההוא מצד שהסכימו החכמים שהוא מותר, זה אי אפשר, רק על צד הפלא. והיה ראוי אם כן יותר שנמשך בזה על פי מה שתתברר לנו מצד נביא או בת קול, שעל דרך זה נתברר לנו אמיתת הדבר בעצמו...

הר"ן מתקשה בשאלה: כיצד פסק דין של בית-דין יכול למנוע את הנזק שיגרום האיסור לגוף האדם (וזאת על פי תפיסתו שאיסורי התורה גורמים נזק בפועל, ואינם רק עבירה על רצון ה' גרידא). על כך הוא משיב שתי תשובות, נתמצת את דבריו בעניין:

1. התורה מעדיפה נזק קטן לגוף האדם במקרים מסוימים על מנת שהמערכת כולה תעבוד באופן תקין.

2. המערכת הטבעית מסוגלת לגרום לכך שדבר רע לעתים אינו מזיק לגוף, גם במערכת המשפטית הלכתית התועלת של שמיעת דברי רוב החכמים תמנע את הנזק האפשרי מהדבר האסור.

יש לציין שלפי הגישה של הר"ן, נראה שמושג 'הליכה אחר הרוב' בתחום התורני והפסיקתי הוא יוצא דופן, ואין להסיק ממנו לתחומים אחרים שבהם המציאות אינה משתנה בעקבות הרוב וגם אין צורך בקביעת מדיניות אחידה כי אם בבירור האמת.

הכרעה במחלוקת בין שני חכמים

מלבד הדיון שעסקנו בו בהרחבה על אודות מחלוקת בין הרוב למיעוט, כשהמיעוט הוא גדול בחכמה, יש גם דיון נוסף לגבי מחלוקת בין שני חכמים האם הולכים אחר הגדול בחכמה.

בגמרא (עבודה זרה ז,א) מובאת שיטה אחת הקובעת שהולכים אחר הגדול "בחכמה ובמנין" ושיטה שנייה שהולכים בדברי תורה אחר המחמיר ובדברבן אחר המקל.

הרמב"ן שהבאנו לעיל סובר ששני הדברים נפסקו להלכה. דהיינו, אם יש גדול הולכים אחר הגדול ואם אין גדול בחכמה ושני החכמים שווים הולכים אחר המחמיר או המקל לפי רמת האיסור. ראה גם בדברי הרמב"ן בהקדמה לחיבורו "מלחמות ה'", שלדעתו ראוי לסמוך על הרי"ף בכל מחלוקת בהיותו הגדול בחכמה ובמנין. תלמידיו של הרמב"ן קיבלו את דעתו, כפי שכותבים הרשב"א (חי' ע"ז ז,א ובתשובה א,רנג), וספר החינוך שהוזכר לעיל, וכן עולה מדברי רבינו ירוחם (תולדות אדם וחווה ב,ה) והר"ן (דרשות, דרשה יב)¹⁰.

כפי הנראה, שיטה זו יסודה בחכמי פרובנס שכן כך עולה מתשובת ראב"י אב"ד (עו), הרמ"ך (הגהות לרמב"ם ממרים א,ה) הראב"ד (בחי' ע"ז ז,א ובתשובה קצו) והמאירי (ע"ז שם).

כמו כן, זו דעת חכמים מצרפת ומאשכנז, כמו גם דעת רשב"ם המובאת באור זרוע (ע"ז סי' קד):

אמר ר' יוסי הלכה כר' יהושע פי' רבינו שמואל זצ"ל אם היה אחד מהם גדול בחכמה או במנין תלמידים הרבה אי נמי רוב התלמידים אומרים כמותו. אבל זה גדול בחכמה וזה גדול במנין הלך אחר המנין דאחרי

¹⁰ ראה גם שיטת הרא"ה המובאת בריטב"א (יבמות יד,א ד"ה ב"ש) לפיו החידוד הופך את שני הצדדים לשקולים, המיעוט המחודד והרוב הפחות מחודד, ולכן מותר לכל אחד להורות כשיטתו. בדורות הבאים שלאחר מכן קובע הכלל שבדברי תורה הולכים אחר המחמיר ובדברי סופרים אחר המקל.

רבים להטות. ואם לאו דשניהם שוים ר' יהושע בן קרחה [אומר] בשל תורה הלך אחר המחמיר אם שניהם שוין.

מכאן שלדעת הרשב"ם, החכמה היא המכריעה במחלוקת אלא אם יש רוב תלמידים נגד החכם (כפי שציינו קודם בכך הוא חולק על הרמב"ם). וכך בעקבותיו בהגהות אשר"י (ע"ז א, ג) ובפסקי ר"מ קלוזנר (שם) וכן היא דעת מהרי"ק (שו"ת חדשים מט).

כשיטה זו פסקו הרמ"א (ח"מ כה, ב) והש"ך (פלפול בהנהגת או"ה יו"ד סוף רמב ובש"ך על הרמ"א ח"מ שם) וראה עוד בשו"ת יהודה יעלה (יו"ד קלד), ברכי יוסף (ח"מ ז) שנקטו כך להלכה.

בניגוד אליהם, שונה היא דעת הרמב"ם (ראה ממרים א, ה ונו"כ שם) המשמיט את השיקול של החכמה, ולדעתו אין להתחשב בחכמה ובמנין אף במחלוקת בין שני חכמים, הוא מביא רק את הכלל שבפסיקה בשל תורה הלך אחר המחמיר ובשל סופרים אחר המקל (ראה ש"ך פלפול בהנהגת איסור והיתר יו"ד רמב שהביא כת מפרשים הסוברים כך בדעת הרמב"ם). אמנם יש מהחכמים שרצו להשוות את הרמב"ם עם הראשונים האחרים וכתבו שדבריו אמורים רק במקום שאין הכרעה על פי ההלכה, כלומר לא היה רוב ברור (ראה שו"ת שער אפרים י וברכי יוסף שם).

הגדרת "מנין"

בשולי הדברים יש לעמוד על השאלה מהו 'מנין', שהגדול בו מכריע את האחרים. הראב"ד (פירוש על עדויות א, ה, חי' על ע"ז ז, א מובא גם בחי' רא"ה שם) מבאר שזהו מנין השנים. שאר ראשונים מבארים שזהו מנין התלמידים או מנין החכמים המסכימים לדעתו. ראה בש"ך (פלפול בהנהגת איסור והיתר יו"ד רמב) ששיטת הראב"ד יחידאית ואין לחוש לה.

הגדרת מומחה

הראשונים שהבאנו מחלקים בין מומחה למי שאינו מומחה. רבינו ירוחם (תולדות אדם וחוה ז,ב מובא בב"י או"ח תריח) כותב:

ונראה לי שכל רופא שיאמר דאינו מכיר אותו חולי שאינו מעלה ולא מוריד בכל מה שכתבנו לא להאכיל ולא שלא להאכיל ואינו נקרא רופא כלל בזה החולי כי הכרת החולי עיקר כי מה שכתבתי על שאינם בקיאים כ"כ מיירי שהרופא בעצמו אומר שמכיר החולי אבל אנו יודעין שאינו רופא מומחה כל כך אבל אם הרופא בעצמו אומר שאינו מכיר החולי מחולה זה הרי הוא כאדם דעלמא.

מכאן שחייב להיות אדם שמבין במה מדובר, וגם רופא שאינו עוסק במחלה זו אינו יכול להחשב כמומחה בתחום. כך גם כותב מהרי"ל (הלכות יום הכיפורים ג מובא בד"מ או"ח תריח,ג):

ואמר מהר"ש דוקא שרופא מומחה אומר צריך, אבל שאין מומחה או נשים לא מהימנא להו. אכן גבי יולדת מהימנא להו משום דאינהו בקיאות בהן. בספר איסור והיתר (נט,ז מובא בדרכי משה שם) מצינו את שיטתו בעניין, המבוססת על תשובת רבי יצחק ב"ר שניאור, אחד מהאחים המפורסמים המכונים "חכמי איברא":

ורופאים שאומרים אפילו כנענים הרגילים לרפאות בעיר לכל אדם אותן שמחזיקין מומחה להתרפאות מהם חולי שיש בו סכנה. ובענייני יולדת אומר מהר"ש שמאמינים אפי' לנשים דבקיאות הן בזה. וכן כתב בסמ"ק רופא אחד אומר צריך ורופא א' אומר אין צריך מותר לכבות ולהדליק את הנר בשבילו ושוחטין ואופין ומבשלין לו כדאי' פ' בתרא דיומא. והשיב רבי יצחק בר שניאור שכל בני אדם חשובין כבקיאים במקצת וספק נפשות להקל עכ"ל והיינו דוקא סתם ישראל ולא סתם כנעני.

לדבריו, בעניינים הנוגעים לפיקוח נפש כל אדם עשוי להיחשב כמומחה. בעל האיסור והיתר מסייג שיטה זו דווקא ליהודי, וזאת בניגוד לרופאים שבהם אין הבדל בין יהודי ובין גוי כפי שהוא פותח בתחילת דבריו. הדרכי משה הכריע כשיטה זו.

סיכום שיטות הראשונים

נמצא שביחס לפסיקת הלכה בבית דין, יש הלכות מיוחדות שמעמידות את הרוב מעל החכמה, עקב הצורך בהכרעה אחידה. למרות כללים אלו, עולה בבירור החובה להתחשב בחכמה, לדעת הרבה ראשונים כהכרעה במחלוקת שקולה במנין החולקים, ולדעת חלק מהראשונים אף במחלוקת שאינה שקולה כשיש כמה חולקים מכל צד, ולדעת מיעוט מהראשונים אף במחלוקת בבית דין וביחיד מול רבים. לגבי חכמה בנושאים אחרים הרי שלא קיימת גזירת הכתוב המחייבת הליכה אחר הרוב ועל כן הדבר נתון לשיקול דעת הפוסקים. הרמב"ן מציע לפי דרכו לחוש למומחה גדול אחד לחומרא גם נגד רבים. הוא מביא דעה יותר קיצונית שמומחה גדול אחד מכריע את הרבים גם לקולא. בענייני רפואה מצינו שיטת אחד מהראשונים, הוא בעל ה"איסור והיתר", שאין הבדל בין רופא יהודי לרופא גוי. ה"איסור והיתר" מוסיף ומחדש, שראוי לחוש גם לאמירתו של סתם אדם שיש פיקוח נפש אף שאינו ידוע כמומחה אך שם הוא מסייג זאת דווקא ביהודי.

פסיקת השולחן ערוך ונושאי כליו

לגבי פסיקת הלכה מביא הרמ"א (חו"מ כה,ב) את דברי הרשב"א: ואם הוא בהוראת איסור והיתר, והוא דבר איסור דאורייתא, ילך לחומרא; ואי דבר דרבנן, ילך אחר המיקל. ודוקא אם ב' החולקים הם שוין, אבל אין סומכין על דברי קטן נגד דברי גדול ממנו בחכמה ובמנין, אפילו

בשעת הדחק, אלא אם כן היה גם כן הפסד מרובה. וכן אם היה יחיד נגד רבים, הולכים אחר רבים בכל מקום (רשב"א סימן רנ"ג).

מדברי הרמ"א נראה, שתיתכן הכרעה כשיטת הקטן בחכמה בשעת הדחק ובהפסד מרובה. הב"ח חולק על כך, והש"ך (פלפול בהנהגת איסור והיתר יו"ד רמב) מצדיק את דברי הרמ"א.

הש"ך מציין לדעת כל הראשונים הפוסקים את העניין של גדול בחכמה הגובר בין חכמים שקולים ועוד הוסיף לציין לשו"ת מהר"ם אלשקר (כו ונג) שמכריע כרשב"א.

לגבי הכרעות במחלוקות רפואיות עולה הפסיקה מדברי הרמ"א ומשנה ברורה בשני מקומות, בהלכות שבת ובהלכות יום הכיפורים.

הלכות שבת – לגבי חולה (שכת, י):

כל חולי שהרופאים אומרים שהוא סכנה, אף על פי שהוא על הבשר מבחויץ, מחללין עליו את השבת; ואם רופא אחד אומר: צריך, ורופא אחד אומר: אינו צריך, מחללין.

על כך כותב הביאור הלכה:

והסכימו כמה אחרונים [המ"א בשם הב"ח וא"ר ע"ש] דהיינו דוקא אם שניהם שוים אבל אם אחד מהם מופלג בחכמה שומעין לדבריו בין להקל בין להחמיר דכיון דבמנינם שוים הם אזלינן בתר רוב חכמה:

אמנם בהמשך מתברר לכאורה שזהו דווקא לשיטת האחרונים אך הרמ"א חולק על כך.

הלכות יום הכיפורים – לגבי קביעת חולה (תריח, ב):

רופא אחד אומר: צריך, ורופא אחד אומר: אינו צריך, מאכילין אותו.

מוסיף המשנה ברורה (י):

ואם הרופא ההוא הוא מופלג בחכמה יותר מאחרים חוששין לדבריו להאכילו אף שהם רבים נגדו אבל אם המופלג אומר א"צ ושנים שאין מופלגים אומרים צריך הולכין אחר רוב מנין ומאכילים אותו:

הרמ"א מעיר על דברי השו"ע:

הגה: והוא הדין לשנים נגד שנים, ואפילו קצתן יותר בקיאים מקצתן כנ"ל.

המשנה ברורה (יא) כותב לחלוק:

שאותן שנים שאמרו א"צ הם יותר בקיאים ומופלגין בחכמה זו אפ"ה אין הולכין אחריהם להחמיר בספק נפשות כיון שגם האחרים האומרים שצריך לאכול הם ג"כ בקיאים בחכמה זו. ועיין במ"א ובא"ר שדעתם להורות כהפוסקים שסוברין דכשהן שוין במנין הולכין אחרי הבקיאים ומופלגין בחכמה זו יותר דלא כהרמ"א. אכן אם אותן האומרים שצריך הם מרובין אזלינן בתר ידיהו להקל אף שאינן חכמים ובקיאים כ"כ:

פסיקת האחרונים

בשו"ת משפטים ישרים (א,רפד) העלה לדיון את השאלה האם הכרעת ההלכה היא על פי רוב מנין או רוב חכמה, הוא מוכיח מהסוגיה ביבמות (יד,ב) על בית שמאי ש"מחדדי טפי" ומדברי התוספות שם, שהלכה הייתה כמו בית שמאי בגלל חכמתם, לולא בת קול שהכריעה כבית הלל, ומסכם:

אלא ודאי כשלא יהיו שוים אין מחויב לילך אחרי רבים. ואחר החפוש מצאתי להרב הגדול הרא"ה ז"ל בס' החנוך... ז"ל. שפתים ישק משיב דברים נכוחים. ולקוצר דעתי נראה שהדין הזה שעשה הרב הזה ממש דברי התוספות אף שלא זכרם, סוד ה' ליראיו. שוב ראיתי שהוא גמרא ערוכה יבמות י"ד ועל כן עשו דאזלינן בתר רובא היכא דכי הדדי נינהו והכא בית שמאי מחדדי טפי. ותימא על הרב בס' החנוך שכתב דבר זה מעצמו ולא ראה הגמ' וס"ס סוד ה' ליראיו. והוא לדעתי שורש שהתורה

כולה תלויה בו שא"כ נאמר ח"ו כמ"ש אותו המין שאומות העולם הם מאה כפלים על ישראל האם נאמר חלילה אחרי רבים להטות? ועוד אם אמרת כן יבאו כת בורים ויחלוקו גם על הש"ס ויתלו עצמם לומר אחרי רבים ולא הנחת גדר וסיג לתורה וחכמיה הא' והאחרונים ותמיד אנחנו לוחכים כפות רגליהם ואפילו לא נעמוד על סוף דעתם אנו כופפים ראשינו להכרעתם ולדעתם ואפי' יהיו כ' ושלשים בסברא א' ויבוא א' ויגיד להם "כך כתב הרא"ש" "כך כתב הרשב"א" וכולם חוזרים בהם ועושים כדברי הגדול ההוא יען שידענו שחכמתו גברה על חכמתנו ואין בזה כלל אחרי רבים להטות... כללא דמלתא שדברי הרא"ה ז"ל יסוד מוסד אשר אין לנטות מהם ימין ושמאל ותו לא מיד.

בעל "משפטים ישרים" מסתמך אפוא על ספר החינוך, שאם הכתות אינם שוות בחכמה יש ללכת אחר החכמים, ומחזק את דבריו. הוא כותב שדברי החינוך כבר מפורשים בגמרא לגבי מחלוקת בית שמאי ובית הלל. יש להעיר עליו, שספר החינוך עוסק במחלוקת בין כת בורים לבין כת חכמים ואילו הגמרא עוסקת במחלוקת בין חכמים, ממילא גם ראייתו על כך שהבורים אינם מכריעים כשם שהגויים אינם מכריעים את האמונה היהודית, אינה מוכיחה לגבי שאלת הוויכוח בין חכמים. יש לציין שלא היו לנגד עיניו דברי הרמב"ן ורב האי גאון.

בשו"ת שבות יעקב (א,קלז) דן במקרה שבבית דין ישבו ת"ח עם שנים שאינם ת"ח הם חלקו עליו, הוא כותב שהולכים אחרי הרוב גם אם הרוב אינם גדולים בחכמה.

בספר שער משפט (יח,א) דן בשאלה זו ומציין לדברי הרמב"ן, שההכרעה בבית דין היא על פי רוב גם כנגד החכם מבין השלושה. אמנם לדבריו אין לקבל זאת במקרה של השבות יעקב היות ונדרש שגם האחרים יהיו חכמים. אך אם אינם חכמים כלל הולכים אחר החכם.

ראה עוד בשו"ת מר ואהלות (חו"מ ב) שמבאר כי לפי מסקנת הסוגיה הלכה כבית הלל, חרף היותם פחות מחודדים, אך בכל זאת היות והם הרוב הם מכוונים לאמת:

עוד דטעם התורה שאמרה אחרי רבים להטות משום דמסתמא הרוב זוכים לאמת וחכימי טפי ואם כן נהי דב"ש מחדדי טפי מ"מ ב"ה שהם הרוב ודאי זוכים לאמת ותמצא עכשיו שהם רוב וזוכים לאמת הם ודאי גדולים בחכמה מב"ש דדבר ה' בפיהם אמת אף על גב דב"ש מחדדי טפי מ"מ לענין היושר והאמת יותר ב"ה גדולים מב"ש.

הכרעות בקהילה על פי רוב?

נושא נוסף שעלה במסגרת זו הוא בייחס להכרעות הנוגעות לחיי הקהילה. בשו"ת מהרשד"ם (א,לז) דן בשאלה מי הוא המכריע בין בני העיר בשאלות הנוגעות לעיר, מיעוט העשירים או רוב העיר העניים. וכך הוא כותב:

איברא דלכאורה נראה בסתם אמרה תורה אחרי רבים עד שנראה שאין לחלק בין עשירים ועניים שכלם שוים להמנות ומיעוטא לגבי רובא בטיל וכן נראה מפשוטן של דברים מתשוב' הרא"ש... אבל רואה אני שמה שאמרה תורה אחרי רבים אין הפירוש כפי הנשמע לבני אדם... דלא אמרה תורה אחרי רבים אלא כאשר הם שוים החולקי' אז הוי מעלת הרוב מכרעת אבל כשיש הבדל בין שתי הכתות אפשר שאיש א' יעלה לאלף והיכן כתוב בתורה אלא שיש לנו לומר שמה שאמרה תורה אחרי רבים אחרי רוב מנין או אחרי רוב בנין – כשהם שוים רוב מנין בלתי שוים רוב בנין...
...

סוף דבר להלוך אחר הרוב כמו שעולה בדעת המון העם שאין לנטות ימין ושמאל ממה שיעלה בדעת הרוב אי זה רוב שיהיה חס וחלילה שאם כן ילקה מדת הדין יעמדו בעיר א' או קהל א' ק' בני אדם י' מהם נכבדי ארץ חשובים ועשירי' והתשעים אנשי' דלת העם וירצו התשעים להקים עליה' רועה

ראוי להם יהיו מוכרחים העשרה חשובים כפופים לאותו רועה יהיה מי שיהיה חלילה אין זה דרכי נועם... א"כ מה שאמרנו שיש לילך אחר הרוב היינו בשוים ברוב מנין ורוב בנין ועוד אמרו כי שפתי כהן ישמרו דעת כו' אם דומה תלמיד חכם למלאך ה' תורה יבקשו מפיהו אם לאו לא. ואם כן אם לעיני קצת מהצבור יראה בעיניהם שאיש פלוני אין ראוי ללמוד תורה מפיו יכריחו הרוב למיעוט? זה לא יתכן...

נראה מדבריו, שהרוב מוגדר קודם כול על ידי חכמה, ורק לאחר מכן על ידי מנין. אמנם הדברים עומדים בניגוד לשיטתם של ראשונים רבים בעניין בית דין, וכפי שהעיר על כך בשו"ת ציץ אליעזר (ג, כט, א), אך כפי שהסברנו יש לחלק בין חכמת התורה ופסיקת ההלכה ובין תחומים אחרים שבהם אכן החכמה היא המכריעה.

גם אלו החולקים על המהרשד"ם מעלים הסברים שונים לגבי הסיבה שיש ללכת אחרי הרוב, ואינם בדווקא בגלל שהרוב הוא המכריע מבחינת האמת שבדבר. כך כותב הרא"ם (שו"ת סי' נג) על פי דברי הרא"ש בתשובה, שהציבור הוא כבית דין על עצמם, ושגם בענייני הקדשות הולכים אחר הרוב מפני האומדנא שזו דעת המקדישים, דבריו הובאו גם בשו"ת דברי ריבות (רכד). וראה בשו"ת דברי מלכיאל (א, לה) שהרחיב בזה ועסק בהרחבה בדיני ההכרעה על פי הרוב כשהוא מדגיש את החשיבות שהמחליטים בנושא יהיו אלו המומחים בו ולא כל אחד שמביע את דעתו.

ר"מ שטרנבוך

בשו"ת תשובות והנהגות (ב, תשלט) הר"מ שטרנבוך, ראב"ד העדה החרדית, דן כיצד להכריע במחלוקת הרופאים. תמצית דבריו היא שהגדרת דעה היא על ידי שני רופאים לפחות. ושמומחיות רופא נקבעת הן לפי ידיעותיו ונסיונו. והן לפי השאלה עד כמה יש לו חוש האחריות להתייעץ עם אחרים ואף לחזור בו

ולהודות על האמת כשרואה שטעה. כמו כן לדבריו יש מעלה בהכרעה מתוך דיון ורק אז אלו שאינם מומחים גוברים על המומחה, שאם לא כן המומחה הוא הקובע אך הוא מזהיר לקבוע מומחה על פי ידע וניסיון לא על פי פרסום. הוא גם מדגיש את האמון של החולה ברופא כשיקול משמעותי.

יא. לא תענה על רב

שאלת יסוד העולה בדיון בין מומחים היא האם יש חובה על המומחה הקטן לבטל דעתו בפני הגדול או להיפך חובה עליו להביע דעתו. נושא זה עולה בנושא הדיינים בבית דין, ואף שאין מצוה או האיסור הנאמרים שם חלים גם על וויכוח בין מומחים או רופאים הרי שבוודאי ניתן ללמוד מעקרונות התורה לכל תחום.

המקור בתורה

כך נאמר בתורה (שמות כג, ב): **לֹא תִהְיֶה אַחֲרֵי רַבִּים לְרָעַת וְלֹא תַעֲנֶה עַל רַב לְנֹטֶת אַחֲרֵי רַבִּים לְהַטֹּת:**

שיטת רש"י – אסור לחלוק על הגדול

בגמרא (סנהדרין יח, א) נאמר:

אין מושיבין מלך בסנהדרין, ולא מלך וכהן גדול בעיבור שנה. מלך בסנהדרין – דכתיב לא תענה על רב – לא תענה על רב. ושוב בעניין ההבדל בין דיני נפשות לממונות (סנהדרין לב, א): דיני ממונות, הטמאות והטהרות – מתחילין מן הגדול, דיני נפשות – מתחילין מן הצד.

ובגמרא (לו, א) מובא: **"מנא הני מילי? אמר רבי אחא בר פפא: אמר קרא לא תענה על רב – לא תענה על רב."**

בפירושו לגמרא רש"י חוזר במספר מקומות על כך שיש איסור לחלוק על הגדול או המלך (סנהדרין יח, ב):

לא תענה על רב – אינך רשאי לסתור את דברי מופלא שבדיינין, ואי אמר מלך חובה, תו לא מצי אינך למחזי ליה זכותא.

(שם לו,ב): לא תענה על רב – כתיב בלא יו"ד, משמע לא תחלוק על מופלא של בית דין, הלכך לא מתחילין מיניה דלמא חזא ליה חובה ולא פלגינא עילויה, ומתחילין מן הצד שלא ישמע אחד דברי אחד מן המזכים ויסכים עמו.

מאידך ראה רש"י (סנהדרין לב,א): "שמא יחייבנו הגדול ולא ירצו לחלוק על דבריו משום לא תענה על ריב" ומשמע לכאורה שבהם תלוי הדבר ואינם רוצים וראה בברכי יוסף (חו"מ יח) שהאריך ביישובו והגיה ברש"י. אך נראה דאין להגיה ויש ליישב בפשטות שלא ירצו מחמת האיסור בדבר. ומוכרחים לפרש כך שהרי אם לא נפרש כפירוש זה אלא כפירוש השני שיש חובה לענות ולחלוק והאיסור הוא לפתוח בקטן, אם רש"י היה מכוון לכתוב פירוש זה היה עליו לכתוב שפותחין מן הצד משום לא תענה על ריב ולהמשיך לבאר – שמא יחייבנו ולא ירצו לחלוק שזה נימוק למה חייבים להתחיל בקטן. מכך שסיים שהסיבה שלא ירצו לחלוק היא משום האיסור של "לא תענה על ריב" נראה שבוודאי כוונתו לפי פירושו העקבי בתלמוד שהאיסור הוא לחלוק על הגדול, וזו הסיבה שלא יחלקו כי יקפידו על קיום איסור זה.

ראה גם הנאמר בגמרא (גיטין נט,ב, סנהדרין לו,א) שבבית דינו של רבי היו מתחילים גם בדיני ממונות מן הצד ומבאר רש"י (גיטין שם) שאף שבמשנה נאמר שמתחילין בממונות מן הגדול ורק בנפשות מתחילין מן הצד משום שלא תענה על ריב נאמר רק בנפשות: "ובדיני נפשות מוקמינן להאי קרא... אבל רבי סבר: ולא מוקמי ליה לרישא דקרא בדיני נפשות." דהיינו חכמים סברו שאין כלל חשש במחלוקת בדיני ממונות ורבי סבר שיש איסור לחלוק גם בדיני ממונות. תוספות (שם) חולקים וסוברים שרבי הודה שאין איסור בדיני ממונות לחלוק על הרב, ובכל אופן החלו מהצד אצלו מדרך ענווה. כך גם נוקט רש"י עצמו בסנהדרין.

במקום נוסף תוספות (סנהדרין לו,ב ד"ה דיני) מציעים שגם לדעת חכמים האיסור לא תענה על רב נאמר גם על דיני ממונות ובכל אופן לא חששו גם

בדיני ממונות לכך שהקטן לא יחלוק על הגדול: "אבל בדיני ממונות לא חיישינן ומכל מקום דרך שאלה יכולין לענות..." תוספות ממשיך ומציע אפשרות שנייה שהאיסור נאמר רק בדיני נפשות ובדיני ממונות מותר לחלוק.

כך כותב רש"י בפירושו לתורה :

יש במקרא זה מדרשי חכמי ישראל, אבל אין לשון המקרא מיושב בהן על אופניו... ואמצע המקרא דרשו ולא תענה על ריב, על רב, שאין חולקין על מופלא שבבית דין, לפיכך מתחילין בדיני נפשות מן הצד, לקטנים שבהן שואלין תחלה, שיאמרו את דעתם...

ואני אומר ליישבו על אופניו כפשוטו, כך פתרונו: לא תהיה אחרי רבים לרעת – אם ראית רשעים מטין משפט, לא תאמר הואיל ורבים הם, הנני נוטה אחריהם: ולא תענה על ריב לנטת וגו' – ואם ישאל הנדון על אותו המשפט אל תעננו על הריב דבר הנוטה אחרי אותן רבים להטות את המשפט מאמתו אלא אמור את המשפט כאשר הוא, וקולר יהא תלוי בצואר הרבים.

הרי שרש"י מבין בתחילה לפי מדרש חז"ל שאסור לחלוק על הגדול ולכן החלו לשאול את הקטן לדעתו. מאידך הוא מפרש את הפסוק לפי פשוטו שהציווי הוא שלא להיגרר אחר הרבים אלא לומר את דעתו גם אם היא יחידאית אם כי בפירושו מודגש שמדובר דווקא ביחס לרשעים המטים משפט (אם כי צ"ע כיצד קרה שהדיין הישר יושב בדין עם רשעים?)

אמנם ראה בפירוש רשב"ם לתורה שכבר אינו מסייג את הדבר לרשעים בדווקא וכדברי הרמב"ם דלהלן.

לסיכום לגבי דיני ממונות יש מחלוקת ראשונים האם נאמר האיסור לפי רש"י ותוספות בגיטין ואפשרות אחת בסנהדרין האיסור לדעת חכמים נאמר רק בדיני נפשות ורבי שנהג בדיני ממונות או שחלק על כך או שעשה זאת מענווה. לפי

אפשרות ב בתוספת סנהדרין האיסור נאמר בדיני ממונות גם כן ובכל אופן לא גרם לשינוי סדר הדין.

יסודו של רש"י כבר בפרשנים הקדמונים, רבינו חננאל (סנהדרין לו,ב) מבאר: מאי טעמא אין מתחילין מן הגדול שנאמר לא תענה על רב כלומר כיון שיתחיל הגדול ויאמר זכות או חובה אין לאחר לחלוק על דבריו. פשטות דברי ר"ח הם שאחר אסור לו לחלוק אלא אם כן נפרש שאחר יחשוש לחלוק.

יד רמ"ה (סנהדרין לו,ב) מזכיר את שתי האפשרויות כשהוא מחדד לפי האפשרות שאסור לענות על הגדול מדוע חששו לכך רק בדיני נפשות ומתחילים רק שם מהקטן:

כלומר לא תשיב על דברי גדול שבדיינין לפיכך מתחילין מן הקטן שאם אתה מתחיל מן הגדול אפשר שיאמר טעם לחובה ואין אתה יכול להשיב על דבריו ונמצאת מחייב את זה שלא כדון, אבל כי מתחילין מן הקטן ואמרי הנך טעם לזכות אפשר דמסתבר טעמייהו גבי האי דגדול ולא מפליג עלייהו ואי נמי קאי בדידיה מכל מקום כיון דאמור הנך סברא דידיה מעיקרא הא איכא מנינא לזכות ותו דאפי' משום לא תענה נמי ליכא דמאי דאמור אמור.

הרי שלדעתו החשש בנפשות הוא מרב שיחייב וממילא אחרים לא יחלקו עליו ונמצא הנידון נהרג. ולאידך גיסא אם הקטן יפתח הגדול עשוי לשמוע דבריו ולשנות דעתו או לפחות להישאר כדעת מיעוט.

גם הכרעת המאירי שאסור לחלוק על הגדול (סנהדרין יח,ב):

אין מושיבין מלך בסנהדרין... מפני שאסור לחלוק עליהם שנאמר לא תענה על ריב לא תענה על רב.

גם בסמ"ג מצינו שזהו איסור גמור לחלוק על הגדול (לאוין קצה):

שאם ידבר מופלא שבדיינין בדיני נפשות [תחלה] שאסור לנטות מדבריו, לפיכך מתחילין בדיני נפשות מן הצד...

שיטת הרמב"ם – אסור לסמוך על הגדול

מדברי הרמב"ם בספר המצוות (ל"ת רפג) עולה שלא מדובר בייחס לרשעים כי אם אמירה עקרונית לכל דיין היושב בדין:

הזהיר הדיין מהטות לדעת דיין אחד על צד ההשען עליו בחיוב החייב או זכות הזכאי מבלתי שיהיה הדבר מובן אצלו לפי היקשו ושכלו מהקדמות התורה והוא אמרו לא תענה על ריב לנטות.

וכך מובאים הדברים הלכה למעשה בהלכותיו (סנהדרין י,א):

אחד מן הדיינים בדיני נפשות שהיה מן המזכין או מן המחייבין לא מפני שאמר דבר הנראה לו בדעתו אלא נטה אחר דברי חבירו הרי זה עובר בלא תעשה, ועל זה נאמר ולא תענה על ריב לנטות, מפני השמועה למדו שלא תאמר בשעת מנין די שאהיה כאיש פלוני אלא אמור מה שלפניך.

לאור זאת יש לבחון הלכה נוספת ברמב"ם (שם ו-ז) שמהווה הסתעפו מההלכה הקודמת:

ומפי השמועה למדו שאין מתחילין בדיני נפשות מן הגדול שמא יסמכו השאר על דעתו ולא יראו עצמן כדאין לחלוק עליו, אלא יאמר כל אחד דבר הנראה לו בדעתו.

כלומר האיסור הוא דווקא להסתמך על דברי הדיין האחר, וממילא נובע האיסור לפתוח בגדול בדיני נפשות נובע מכך שיש צורך למנוע מקטנים להסתמך על הגדולים ולא מהאיסור לחלוק על הגדולים, שכן אין איסור כזה אלא להיפך יש חובה להביע דעה עצמאית ואסור להסתמך על הגדולים.

יסוד דברי הרמב"ם במדרשי ההלכה במכילתא דרשב"י נאמר: "שלא תאמר דיי שאהיה כרבי פלוני אלא אמור מה שלפניך. [יכול אף דיני ממונות כן ת"ל אחרי רבים להטות]."

וכן בתוספתא (סנהדרין ג, ז-ח):

ר' יוסי הגלילי אומ' לא תענה על ריב לנטות עשה לך בית דין נטוי.
דבר אחר לא תענה על ריב לנטות הוסיף עליהן הכתוב עוד אחד לנטות
אחרי רבים להטות שלא תאמר בשעת הדין דיי שאראה כרבי אלא אמור
מה שבדעתך.

דהיינו חובת הדיין להביע דעתו ולא לבטל דבריו בפני אחר גדול ממנו (וצריך
עיון האם לפי הסיומת הנוספת בסוגריים במכילתא דרשב"י יש אפשרות שבדיני
ממונות הדיין יבטל דעתו ומצאתי שהעיר על כך המנחת חינוך עזא).

שיטת הרמב"ן ובית מדרשו

הריטב"א (גיטין נט, ב) מבאר את מנהגו של רבי על פי שיטת הרמב"ם שהקטן
חייב לענות על הגדול:

ופירש ר' פנחס הלוי אחיו של רבינו גר"ו דליכא איסור בדבר דאדרבה
מחויב הוא לענות על רב אם ראה לו זכות וכדאמרינן התם בסנהדרין
(ו, ב ושבועות לא, א): "מנין לתלמיד היושב לפני רבו וראה חובה לאחד
וזכות לאחר מנין שלא ישתוק תלמוד לומר מדבר שקר תרחק", אלא
התורה צותה שיעשה הדבר בענין שלא יהא צריך לענות על רב, והיינו
שמתחיל מן הקטן, ודוקא בדיני נפשות משום דחששה התורה שלא יכניס
דבריו בפני מי שגדול ממנו, אבל בדיני ממונות לא חששה להכי, ואמרינן
דשאני מנינא דרבי דכולהו מניניהו מן הצד הווי מתחלי ואפילו בדיני
ממונות מפני שרבי גדול היה מאד וכדאמרינן מימות משה ועד רבי לא
מצינו תורה וגדולה במקום [אחד] ואין לך אדם שלא יכניס דבריו בפניו
והלכך אפילו בדיני ממונות חששו להכי, וזה נכון.

כן הוא בחידושי הר"ן (סנהדרין לו, א) בשם רבינו דוד תלמיד הרמב"ן, ובנימוקי
יוסף (סנהדרין יג, א בדפי הרי"ף). הרי שהם הולכים על פי השיטה של הרמב"ם
שחובה על הקטן להביע דעתו ומבארים שהדיון הוא עד כמה לחשוש
להשתתקותו של הקטן בפני הגדול ולדבריהם אצל רבי היה חשש אמיתי של

שתיקה מוחלטת גם בדיני ממונות. אכן ראייתו של רבי פנחס מהתלמיד היושב לפני רבו שמחוייב לחלוק כמבואר בגמרא (שבועות לא,א וסנהדרין ו,ב) היא לכאורה קושיה על שיטת רש"י וצריך אולי לחלק בין דיין בתוך ההרכב לבין תלמיד מחוץ להרכב וצ"ע.

כך גם דעת רבינו יונה (חידושים המיוחסים לו על סנהדרין שם) שכותב:
 לי נראה דהאי לא תענה על רב, אין פירושו שאסור לחלוק עליו, אלא פירושו, שלא יאמר המופלא דעתו תחלה ואח"כ אתה, וחשש הכתוב כדי שלא יהא משוא פנים בדבר, ולא יירא אחד מהם לגלות דעתו.
 עולה מדבריו שדעתו כפירוש הרמב"ם לעיל והוא מוצא את הדין בפשט הכתוב שלא יגיע למצב שיצטרך לענות על רב. לפי שיטה זו לכאורה אין הבדל בין דיני ממונות לדיני נפשות בעצם האיסור להישען על דעת אחרים כי אם בסדר הדין עד כמה לחשוש שהקטן יחלוק על הגדול ועל כן לפתוח בדברי הקטן.
 על כן להלכה מביא הרמ"א בהלכות דיינים (יח,א): "יש אומרים דטוב להתחיל מן הקטן. (נימוקי יוסף פרק אד"מ)".

האם מותר להסתמך על הגדול בדיני ממונות?

אלא שמדברי החינוך עולה הבדל בעניין וכך הוא כותב (עז):
 שלא ילך אחד מן הדיינים אחר דעת דיין אחד גדול, או אפילו אחר דעת הרוב, על צד שיאמינהו לחיוב או לזיכוי מבלי שיהיה הדבר מובן אצלו בשכלו, ואם הוא דין התלוי בגזירת הכתוב או מצד גזירה שוה או היקש שיהא יודע אותו הוא, ולא יסמוך ויבטח על אחד מן הדיינים, ולא על הרוב, שנאמר [שמות כ"ג, ב'] ולא תענה על ריב לנטות, רוצה לומר, לא תאמר על הריב דבר לנטות. כלומר מצד הנטיה לבד, אחר דברי דיין אחד גדול או אחר הרוב ולא מצד הבנתך, או שתמצא להחריש ממה שבלבך על הדין ולהטות אחר דבריהם, לא תעשה כן.

הוא מוסיף ביאור בשרשי המצווה:

הטעם מפני שאפשר שמתוך כך יבא הדין כולו לפעמים על דעת אחד מהם, הבן הדבר כי כן הוא, ולא רצה השם יתברך למסור דין נפש לדעת אחד, אבל בדין ממון שניתן להשבון אין חוששין לכל זה, ואפילו לשלשה מוסרין אותו לכתחילה על סמך דאי אפשר דליכא בהו חד דגמיר. בדבריו יש חידוש היות ואילו מדברי החינוך עולה שלא חשש לכך כלל בדיני ממונות וגם יישב את הקושי כיצד יש שלושה דיינים שרק אחד "גמיר" בזה שלא חוששים שהשניים יסמכו על האחד. ומצינו באחד האחרונים שפירש לפי דרך זו הבדל במידת ההישענות על דעת אחר גם בדיני ממונות והוא ערוך השולחן (חו"מ יח,ט):

ומשמע מדבריו דבדיני ממונות יכול להתלות בחבירו או בהגדול ממנו. והנה זה וודאי דכשאינו שומע ומבין טעם חבירו אלא שאומר אני מסכים כפי שאומר פלוני גם בדיני ממונות אסור דאינו דין כלל בזה אלא דהכי פירשו דבדיני ממונות כששומע טעמי חבירו וישר בעיניו אינו מחויב לחקור בעצמו עומקו של דין. ובדיני נפשות מחויב בתחלה לחקור ולהעמיד בעצמו בכל פרטי הדין ואחר כך כששומע טעמי חבירו או יבטל דעתו לחבירו מפני שטעמי חבירו נראין לו יותר מטעמי עצמו או יתווכח עמו. וכן משמע בתוספתא פ"ג [הל' ד'] דסנהדרין שאומר שם שלא תאמר בשעת הדין דיו לעבד שיהא כרבו אמור מה שבדעתך עכ"ל הרי דמשום ביטול דעתו הוא אבל בדיני ממונות רשאי לבטל דעתו כששומע טעמי רבו וחבירו ואין צריך לחקור עוד בעצמו.

נמצא שלפי דרכו יש בדיני ממונות אפשרות מסויימת להישען על חבירו. ובאמת מצינו לאידך גיסא שפרשנו הגדול של החינוך, בעל המנחת חינוך (שם א), תמה מאד על העולה מן החינוך ואולי בדברי ערוך השולחן הללו יש מעט יישוב לדבריו:

ולדעתי דבר זה תמוה מאוד לומר דבדיני ממונות יכולים הדיינים לסמוך על אחד אף שהוא אינו מבין מצד הסברא. ודאי הוי הטיית דין והוא רשע וגס רוח! דאם יאמר האמת יוסיפו דיינים כמבואר בר"מ וש"ע... היאך יעלה על הדעת דכולם יסמכו על אחד והם אינם מבינים כלל? דבר זה לא יוכל השכל כלל לצייר... על כרחך צריך לומר דודאי זה אסור בדני ממונות גם כן והוי בכלל מטה דין.

אך בדני נפשות כתבה התורה לאו זה גם כן שעובר עוד נוסף על לאו הזה ובדני ממונות אינו עובר על לאו הזה כי מחמת חומר דיני נפשות הרבה התורה באזהרות. אבל באמת לענין הדין אסור בדני ממונות גם כן והוי מטה דין ושוטה רשע וגס רוח...

הרי שהוא תמה מאד על העולה מהחינוך וייתכן גם ליישב במעט שבסתמכות על גדול ממנו אין בזה הטיית דין וצ"ע.

פירושים נוספים

במדרשי ההלכה יש כמה כיוונים לפירוש הפסוק בו פתחנו בדרכים נוספות. במכילתא דרבי ישמעאל דרשו זאת לצורך בהטייה של שניים. כך בתלמוד ירושלמי (סנהדרין ד,ז):

רבי אומר לא תענה על ריב רב כתיב שלא תענה אחר הרב אלא קודם לרב.

ר' יוסי בן חנינה אמר לא תענה על ריב רב כתיב שלא תענה קודם לרב אלא אחר הרב. רב אמר לא תענה אפילו אחר מאה דברי ר' פינחס.

במכילתא דרבי ישמעאל הובא פירוש נוסף:

"אזהרה לדיין שלא יטה אלא לכף זכות, שנאמר "לא תענה על רב"..."

בעל ה"משך חכמה" מבאר:

פשוטו דהוא אזהרה שלא יהיה מצדד תמיד רק לכף זכות כנגד המכוון האמיתי, וזהו דקאמר 'שלא יטה אלא לכף זכות', פירוש, דלהטות דווקא לכף זכות לא יעשה כן...

הרי שהמשך חכמה מבאר לפי דברי המכילתא שיש איסור להכניס מגמה בפסיקה לכיוון אחד כגון מטרה של הקלה בדווקא. על הפוסק להיות מעוניין אך בבירור האמת ואף אם תהיה תוצאה לחומרא, מה בכך.

מספר יראים (קפד) עולה גם פרשנות האוסרת לחלוק על הגדול כשיטת רש"י. אם כי הוא מדגיש גם את פשט הכתוב בדרך מחודשת, לדבריו אסור לדיין לנהל משא ומתן שלא בתום לב ולנסות להביא דיין אחר לדעה מסויימת אפילו שהוא עצמו סובר שהיא לא נכונה, יש בכך חידוש גדול שכן היינו סבורים שדעתו של דיין היא באחריותו הבלעדית, ומכאן עולה שאם אדם אחר גרם באמצעים שונים לשכנוע לא ראוי של דיין יש בכך איסור תורה:

פשטיה דקרא במאי דכתיב הזהיר הכתוב שלא יחלוק אדם להקניט את חברו לנטות משפט וסבור בלבו דאין כאן גזל כי לבסוף יודה לו לפסוק הדין ע"פ המשפט והמתמיד בעדותו לחלוק עובר בלאו... אין מקרא יוצא מידי פשוטו להזהיר החולק על ריב ודין להטות משפט אפי' לא יהיה שם גזל.

שיטת האחרונים

הרדב"ז נשאל על פירוש רש"י (שו"ת רדב"ז א, שח):

וקשיא טובא וכי אחד מן הסנהדרין שראה את המופלא טועה בדין ומזכה או מחייב לא יוכל לחלוק עליו ולא עוד אלא שאם חלק עליו עובר בלאו והא כתיב מדבר שקר תרחק?

הרי שהרדב"ז דוחה באפשרות קיומו של פירוש מעין זה, אלא שהרדב"ז מתעלם מכך שאכן פרשנים רבים סוברים כך ומודיע לשואל את הפירוש השני כעיקר הדין בתוספת הסבר לגבי ההבדל בין דיני נפשות לדיני ממונות:

תשובה אין אזהרה זו על הקטן שלא יחלוק על הגדול בדין אלא עיקר האזהרה היא על הגדול שלא יתחיל ויאמר דעתו תחלה... מיהו אם רצה הקטן לחלוק ולענות על הרב הרשות בידו. ושיעור הכתוב כך הוא לא תתחיל לדבר כי שמא לא יענה על רב ונמצא מתחייב שלא כדין והאזהרה היא על הגדול ודוק ותשכח. וכן כתבו בשם רבינו דוד ז"ל תלמידו של הרמב"ן ז"ל: וא"ת דהא תנן בדיני ממונות מתחילין מן הגדול... וי"ל... הך דרשא דלא תענה על רב לא איירי אלא בדיני נפשות משום דבעינן ושפטו העדה והצילו העדה. א"נ דכתיב על רב וקרינן על ריב וסתם ריב הוי דיני נפשות.

דהיינו לדבריו יש להבין את חוסר ההקפדה לפתוח בקטן בדיני ממונות מכך שאכן אין איסור כזה אלא בנפשות שבהם יש "והצילו העדה" או שסתם ריב הוא בנפשות.

האם מותר לחלוק על גדול בזמן הזה?

בשו"ת אגרות משה (או"ח א,קט) כתב לרב מגשה קליין בעל משנה הלכות שהתווכח איתו בהלכה שאין לו לירא מלהביע את דעתו:

מה שמתנצל כתר"ה במה שחולק עלי בדבר הלכה הוא למותר כי כן דרך התורה שצריך לברר האמת וחס וחלילה מלשתוק מי שסובר שאינו כן בין לקולא בין לחומרא. ומצד לא תענה על רב עיין בנמ"י סנהדרין דף ל"ו בשם המפרשים דאדרבה אסור לו לשתוק...

הרב פיינשטיין מציין עוד מספר סייגים לאיסור לחלוק:

ולבד זה אין דין זה אלא בעמידה למנין ולא באמר הגדול הדין דרך לימודו או אף דרך תשובה ולא היה בצירוף למנין.

וגם מסתבר שאין בזמן הזה דין גדול ומופלג לגבי דין זה שלא לחלוק עליו. ואף שהרמ"א ח"מ סי' י"ח כתב דטוב להתחיל מן הקטן הוא משום

דלכתחלה יש על כל פנים להחמיר גם בזמן הזה שליכא דין גדול ומופלא לכן אף אם יחשוב אותי כתר"ה לגדול רשאי לחלוק וממילא מחויב לומר דעתו ואין הצורך להתנצל.

הרי שלדעתו האיסור נאמר רק בבית דין וכן האיסור אינו קיים הזמן הזה. הרב מנשה קליין עצמו מוסיף במקום אחר סייגים לאיסור (שו"ת משנה הלכות ח, קלו): וביניהם:

לא תענה על רב ליכא אלא בב"ד העומדין למנין אבל לא באמר הגדול הלכה דרך לימודו או שכתב תשובה ולא היה בצירוף למנין. החולק על הב"ד לאחר שפסקו ההלכה אינו עובר על לא תענה על רב. הרי שלדבריו יש חובה להמשיך ולהתווכח ולהביע דעות חולקות כשהדבר לשם בירור האמת ולא מתוך הידיינות שנמצאת תחת מגבלות של סדרי הדין.

סיכום

עניינו של "לא תענה לך ריב" הוא בהלכות סדר הדין של בית דין אך הוא אב ועיקר ללמד דרך בבירור דברים באסיפת מומחים.

שיטת רש"י וההולכים בעקבותיו מציבה בפנינו רף של אמת בלתי מתפשרת, הגדול צודק ואין לערער על כך, למרות זאת מן הראוי דווקא להתחיל בקטן בכדי להעשיר את המחשבה ורבי יהודה הנשיא שהיה עניו במיוחד הקפיד על כך תמיד. גם לשיטת הרמב"ם שהקטן חייב לומר דעתו אף כנגד הגדול הרי שההלכה מקפידה על סדר כזה שיאפשר לקטן להתבטא ללא חשש ולמעשה מכוונת את הגדול להיות קשוב לקטנים.

מכאן ניתן להסיק מספר מסקנות חשובות וכלליות גם כלפי ישיבות רופאים וכמובן גם בשאר תחומים: ראוי הוא שהמומחים הצעירים יפתחו קודם בדבריהם שלא ייראו מלומר דעתם, ושלא ישכנעו בדבריהם את הגדולים מהם. לדעת הרמב"ם שהתקבלה על האחרונים חובה על כל מומחה ורופא לומר את אשר על ליבו ולא להתבטל בפני הבכירים ממנו גם אם הקדימו לומר את דעתם לפניו.

מפירושו של המשך חכמה עולה אין רשות לערב בהחלטה מקצועית שום שיקול דעת אחר מלבד טובת העניין או החולה.

מדברי ספר היראים למדנו שאין ליצור דיונים מדומים אלא לדון רק לגופו של עניין.

הרי אלו עיקרים גדולים הלכה למעשה, "ישמע חכם ויוסף לקח".

יב. בדיקות בהריון

במהלך ההריון נערכות בדיקות שונות ליולדת ולעובר. לבדיקות אלו יש שתי מטרות מרכזיות:

1. גילוי מומים בעובר, מתוך מטרה לאפשר הפלה בכדי למנוע הולדת ילד בעל מום.

2. גילוי בעיות המחייבות היערכות מוקדמת לפני הלידה, במקרה של עובר לא בריא.

בחלק מהבדיקות אף קיים סיכון מסוים להפלה ועל כן יש צורך לשקול היטב את הצורך בעשייתן.

שאלת היחס לבדיקות על פי ההלכה תלוייה בשתי שאלות בסיסיות:

1. האם יש אפשרות על פי ההלכה לעשות הפלה במקרה של מום בעובר? שאלה זו נוגעת כמובן בעיקר למטרה 1 של חלק מהבדיקות והיא גילוי מומים אפשריים בעובר.

2. האם בגילוי דברים שאינם ידועים למראית עין יש התערבות במעשה הבורא וחסרון בביטחון בה'?

שאלה זו נוגעת לשתי המטרות שכן, לשיטה זו, יתכן שעלינו להימנע מלדעת דברים שאינם ידועים לנו במראה עין.

שאלה זו קשורה גם לשאלות אחרות בתחום הרפואה וההלכה, "אמירת אמת לחולה", "בדיקות גנטיות לפני נישואין" ועוד¹¹.

נסקור את דברי פוסקי דורנו בעניין ונתעמק ביסודות שיטתם, בסוף הדברים נציג סיכום ומסקנות. הפוסקים בהם נעסוק מוכרים כראשי המדברים בהלכה בדורנו וחלקם התמחו במיוחד בתחומי הלכה ורפואה.

¹¹ ראה מאמרו של פרופסור יחיאל בר אילן אסיא פה-פו עמ' 12-30.

התפלגות הדעות כפי שהיא מתבררת להלן נעה בין איסור מוחלט לבין היתר אף המלצה לעשות את הבדיקות.

הנושאים העולים לדיון אצל הפוסקים נוגעים בתשתית של יחסי הלכה ורפואה ועל כן יש עניין רב בשאלה זו מעבר לתשובה הנקודתית לשאלה עצמה.

א. השוללים בדיקות

אגרות משה

ר"מ פיינשטיין (תרנ"ה – תשמ"ו 1895–1986) בעל שו"ת "אגרות משה", מגדולי הפוסקים, אוסר הפלה וממילא אוסר לעשות בדיקות במהלך ההריון. להלן עיקרי תשובתו בעניין בדיקות לגילוי מחלת טיי זקס בעובר (שו"ת אגרות משה חו"מ ב, עא):

הנה פשוט לע"ד שאסור כי להרוג עובר הוא ג"כ באיסור רציחה גם לישראל... ובכלל צריך לידע שבדיקה דהרופאים שידונו מבדיקתם שהוא ולד כזה הוא רק אומדנא והשערה בעלמא שלא היה שייך לסמוך על דבריהם בזה, אך שאינו נוגע זה לדינא משום דאף אם הוא ולד כזה אסור כדלעיל. ובכלל יש לידע כי הכל הוא מן השמים ולא שייך להתחכם להמלט מעונשין ח"ו בדברים שמשיתם הרופאים כי הרבה שלוחים למקום שלכן צריך לקבל באהבה כל מה שעושה השי"ת ואז בזכות זה והבטחון בו ובבקשה ממנו יברך את האשה שתלד ולד קיים בריא ושלם לאורך ימים ושנים.

משמע מדבריו שבדיקה שמטרתה הפלה אסורה, הן מבחינת מעשה ההפלה שלדעתו אסור באיסור חמור וכפי שהאריך בעניין זה בתשובותיו. והן מבחינת חיסרון בביטחון בה'.

מאידך ראה תשובתו (אה"ע ד, י) להתיר לצעירים להיבדק מלפני הנישואין בבדיקות גנטיות בכדי למנוע מחלה זו.

”שבת הלוי”

רבי שמואל הלוי וואזנר, רבה של זכרון מאיר בבני ברק ומגדולי הפוסקים אינו מתייחס ישירות לנושא הבדיקות באולטרא סאונד אך הוא מתנגד להפלות מסיבות של מום בעובר או חשש רחוק של נזק לאם, וכן הוא רומז על החיסרון בבדיקת אולטרא סאונד, שאינה תמיד מדויקת, כך הוא כותב בתשובה (ז,רח) בעניין תינוק שנמצא עם מומים קשים בליבו:

ולענין נאמנות הרופאים הלא ידוע מש”כ מרן הח”ס דאין עושים בדעתם רק ספק פקוח נפש... אבל כבר כתבתי... שחלילה לנו למהר בזה כפי הרגילות שיש לי בזה למדתי שרופאים מגזימים הרבה פעמים לקבוע ספק נפשות במקום דליכא ספק כלל... וגם ידוע לי מכמה מקרים שקביעות האולטרא סאונד הי’ בטעות...

וראה בתשובותיו (ה,קצג) שמצדד להקל הפלה במקרה של סכנה לאם, ואף מעיד שדן על כך עם החזון איש, אלא שמזהיר שהדבר יהיה מוסכם על כל הרופאים שאכן יש סכנה.

וכן במקום אחר (ט,רסו) לגבי הפלה עובר שיש לו מום מוחי משמעותי: ובמקרה דידן עדיף מכל הנ”ל כיון דעיבור ודאי טריפה גמור ע”י נזק המוח וקרומיו, וברור דבכזה לא אמרו ראשונים דאיכא איסור תורה, וע”כ פשוט דבצירוף חשש סכנה אצל האם בודאי מותר, ובמקום צער גדול היות כי הולד אינו בר קיימא כלל ואיכא כמה צדדים להקל אין ולא ורפיא בידי, וכ”ז שאין אנו מכניסים את האם ע”י הפלה לנתוח או סכנה אחרת יותר מלידה רגילה.

במקום נוסף חוזרות ועולות החששות מבדיקה לא אמינה (י,רצג). לסיכום דעת הרב וואזנר שניתן במצבים מסוימים להגיע להפלה אך זאת בתנאי שיש סכנה לאם ותוך זהירות מהסתמכות על בדיקות שאינן אמינות בוודאות. לא ניתן למצא בדבריו שלילה על עצם הבדיקות, כי אם על ההסתמכות העיוורת עליהן.

”משנה הלכות”

רבי מנשה קליין זצ”ל, מגדולי הפוסקים בארה”ב, אדמו”ר ורב קהילת אונגוואר, מתנגד בתשובותיו לבדיקת אולטרא סאונד. כך הוא כותב בתשובה (שו”ת משנה הלכות טז, קיד) בשנת תש”ס:

לכאורה הוא דבר זר מאד, וגם חסרון הוא בבטחון שצריכים להאמין שביד הקדוש ברוך הוא לשנות... דיש לקיים תמים תהי' עם ה' אלקיך ולא להלוך אחר העתידות, ומה תועלת יש בידיעות כאלו, ואדרבה כמה פעמים יזיק בענין שלום בית וכיוצא בו וח”ו יכול להביא אפילו לידי שפיכות דמים שירצו להפיל הולד ובפרט באנשים קלי דעת, כי באמת זה הוא המטרה שלהם שרוצים לראות אם הולד יהי' ברי ולפי רצונם, ואם יש לו איזה מחלאות או שיהי' טומטום או כיוצא בו ח”ו, ואפי' בין זכר ונקבה יש חלושי דעת, ובפרט לפמ”ש ז”ל א”א לעולם בלא זכרים ובלא נקבות אשרי למי שבניו זכרים ואוי לו למי שבניו נקבות, ולפעמים מחמת בושה שהאם לא תוכל לסבול אז יעשו הפלה ח”ו, ולפעמים יזיק להולד והאם יחדיו...

הרב קליין מעלה התנגדות עקרונית להתערבות בדברים שאינם ידועים וכן מהעלאת חששות שעלולות לגרום להפלות אסורות. כעיקרון דבריו מבוססים על תפיסה של ביטחון בה' שמחייב לא לבצע בדיקות רפואיות שאין בסיס לחשש כלשהוא.

תשובה זו משתלבת גם עם דבריו בייחס להתנגדות לעמותת סוד ישרים (יב,סה) משנת תשנ”ב:

גרסינן בגמ' (מו”ק י”ח ע”ב) אמר רב משום רבי ראובן בן אוצטורובילי מן התורה ומן הנביאים ומן הכתובים מה' אשה לאיש... והנה מבואר דמה' אשה משכלת ואין חכמה ואין עצה נגד ה' ח”ו ואם ע”י סיבה יקדמנו אחר באיזה אופן אפילו בתפילה וכל שכן בדרכי טבע אחרים סופן של הדברים

שממילא יחזור הדבר לרצון הבורא אלא שח"ו עוד יגרום שימות אחד או יתגרש וכיוצא בו כיון שנשא מה שאינו שלו...

נידון הבדיקות פשוט שדבר זה הוא בכלל בהדי כבשי דרחמנא למה לך ואין בידינו לעשות פעולות ולהתערב בדרכי ה' כי אין חכמה ואין עצה נגד ה' ואם ישמור התורה ממילא ישתנה הדבר והקב"ה יתן לו בנים ברוכים ואם ח"ו לא יהיה ראוי ממילא ענוש יענש וגם על זה שעשה הטעסט שלא קיים בעצמו תמים תהי' את ה' אלקיך... ומי יודע כמה שידוכין מתבטלים ע"י הבדיקות מה שהיו מיועדים מאת השם כי מה' אשה משכלת וברחמי שמים שהכל ע"פ נס ולא טבע היו מולידים זרע כשר ובנים בריאים ורק לפי שסומכין על דרך הטבע קלקלו את הכל...

ולפ"ז אומר אני בדידן נמי בשלמא אם הבדיקה היתה מבררת כל הספקות וכל הפסולים והמחלואות שנמצאים באיש או אשה זו ולא השאיר אחריו ספק... ואדרבה עיקר חסר מהבדיקה ואם צריכים לסמוך על הרוב או לבדוק בכל שאר פסולים דשכחו וגם על להבא עכ"פ צריכין אנו לסמוך על הרוב על הבריות ועל לידת הבנים ועל המשפחה וכיוצא בו א"כ אין על הבדיקה זו שום דין אפשר לברר ולא שייך בירור...

טענתו העיקרית היא "בהדי כבשי דרחמנא למה לך". כשהוא מחזק אותה במקורות נוספים ובטענה שבדיקה חלקית אינה פותרת את כל הבעיות ויש עוד הרבה דברים שראוי לבדוק בבריות הצדדים בליבם ובשאר אבריהם ואין בודקים ואין יודעים, ועל כן עדיף לנקוט בשיטה של חוסר בדיקה בכלל.

נציין שעמותה זו הזוכה לתמיכה מגדולי ישראל מבטאת את הפסיקה המקובלת האומרת שכל טיפול רפואי שמקובל לעשות ויכול למנוע במשהו את הבעיות הרפואיות הנוראיות הכרוכות במחלות גנטיות או לחילופין בלידה שאין הכנה ראויה עבורה, נחשבת כהשתדלות סבירה ומקובלת לפי דרך העולם ואין בה חיסרון בביטחון בה'.

"תשובות והנהגות"

רבי משה שטרנבוך, מציג בתשובותיו "תשובות והנהגות" עמדה מורכבת בעניין המשלבת יסודות שונים. מחד הרב שטרנבוך סובר שאין לעשות בדיקות בזמן ההיריון מפני שיש איסור להפיל. הוא מוסיף ומביא בשם רי"י קניבסקי שאפשר להינצל מהצרה אם עדיין לא ידוע בוודאות שיש בעיה. מאידך הוא מדגיש שכדאי לעשות בדיקות התאמה לפני הנישואין ואף שיש שהתנגדו לכך משום שגם אם יש רק לאחד מהצדדים את הגן זה יגרום לעצבנות מיותרת ועדיין לדעתו אין מקום לחשוש לכך ועדיף למנוע בבדיקה קלה, בעיות חמורות (ב,תשלו):

אכן מאחר ולדין יש איסור הפלה, ידועה עצת הרופאים לכל זוג לבדוק לפני הנישואין ואם יש לשניהם סוג דם עם נטייה למחלה זאת, (או לערך עשרים וחמשה אחוז מולדות במחלה זאת) שלא ינשאו זה לזו, והיינו רק אם לשניהם כן, אבל אם מצאו לאחד אין חשש כלל.

ויש טוענים שלא כדאי לעשות הבדיקה כיון שאף באחד אם ידע מצבו שיש לו נטיה למחלה הזאת, אפילו אם לבן הזוג השני אין נטיה כזו, מ"מ עי"ז יהיה עצבני ביותר, וכיון שאינו אלא מיעוט שאינו מצוי יש לסמוך שלא לבדוק ששומר פתאים ה', אבל האמת שבקל אפשר לבדוק ולהוציא עצמם מצער ח"ו לעתיד ונראה שכדאי לאשכנזים (ובפרט כשהוריהם מליטא) לעבור בדיקה זו ויינצלו משום חשש צער לעתיד, ובחנם טענות המערערים על כך.

יש לציין שלמרות שהוא רואה בסברת הגרי"י קניבסקי, "סברה מחודשת", הוא מביא אותה להלכה בתשובה ובתשובה דלהלן ורואה בה בסיס לדחיית נושא הבדיקות כליל. בדרך שדרכו בה גם חכמי נוספים כר"ח קניבסקי ור"י זילברשטיין שדבריהם הובאו בהרחבה לעיל.

עוד עולה מדבריו שדווקא איסור ההפלה משום המומים שבעובר מחזק את הצורך בדיקות לפני הנישואין.

בסימן שלאחר מכן (תשלז) ממשיך ר"מ שטרנבוך ומחזק את נושא איסור ההפלה למעט מקרים בהם ברור שהאם בסכנה, בתשובה נוספת (תשלד) הוא מתיר הפלה לאישה שעלולה להתאבד לאחר לידת הילד מחמת בעיה נפשית שהיא סובלת ממנה (וכן ב- א,תתפ). בתשובה נוספת הוא דן בהפלת עובר משום חשש מום כתוצאה ממחלת אדמת של האם (ב,תשלא) ואוסר הפלה משום חשש מום לעובר. נמצא שר"מ שטרנבוך מתיר בדיקות לפני הנישואין למניעת בעיות ואינו רואה בזה חיסרון בביטחון בה', אך מתנגד לבדיקות במהלך ההריון משום החשש להפלה.

רבי יצחק זילברשטיין (רי"ז)

מי שעסק רבות בשאלות אלו הוא הרב יצחק זילברשטיין, רבה של רמת אלחנן בבני ברק, העוסק רבות בענייני רפואה והלכה ומשמש כרב פוסק של בית חולים "מעייני הישועה".

בחיבור הראשון שלו "תורת היולדת" (תשמ"ו), רי"ז דן (עמ' תח-ט) בנושא ההיתר להפיל עובר בכדי למנוע מאימו "סכנת אבר" שאינה פיקוח נפש. הוא מביא את דעת החזון איש, ר"ח גריינמן ("חידושים וביאורים" ערכין ז), ורח"פ שיינברג השוללים הפלה במקרה כזה, ואילו רי"ש אלישיב נוטה להתיר ולסמוך על פסיקת המהרי"ט (יו"ד צט) בעניין. רי"ש אלישיב מחזק את מהימנותה של תשובה זו, אף שיצאו עליה עוררין (על ידי בעל האגרות משה) ומסתמך עליה להלכה.

בספרו "שושנת העמקים" (תשנ"ט, עמ' לג) גילה רי"ז את דעתו לראשונה בעניין בדיקות אולטרא סאונד. מדבריו שם עולים מספר נקודות עקרוניות. הוא מביא בשם רי"ש אלישיב שבמקום שיש שכיחות של בעיות (כ-20%) צריך לעשות אולטרא סאונד בכדי להיות מוכנים לבעיות ולטפל בהן. אך אם אין חשש כזה,

מכיוון שיש איסור להפיל את העובר, והבשורה המרה על בעיות שיש לעובר יכולה לפגוע מאד באישה המעוברת ולגרום לה ל"מפח נפש", אסור לעשות אולטרא סאונד. רי"ש אלישיב מוסיף שבמקרה של אישה שעלולה להפיל עובד שיתגלה כבעל מום, אסור לעשות בדיקה כלל.

רי"ז מוסיף נימוק נוסף ומקורי מדוע עדיף להימנע מבדיקה. לדבריו דבר שאינו ידוע יכול להשתנות על ידי נס. לרעיון זה הוא מביא שני מקורות:

1. גמרא בהוריות (יב,א):

אמר רבי אמי... האי מאן דבעי למיפק [לאורחא], ובעי למידע אי חזר ואתי לביתא אי לא, ניקום בביתא דחברא, אי חזי בבואה דבבואה לידע דהדר ואתי לביתא. ולא מלתא היא, דלמא חלשא דעתיה ומיתרע מזליה. מבאר רי"ז שגילוי דברים עתידיים, כמתואר בגמרא, שיש סימן לפיו ניתן לדעת האם אדם יחזור מהדרך, עלול לפגוע באפשרות לשנותם וכך הוא מבאר את סיום הגמרא שאדם לא יעשה את הבדיקה שמא הוא יראה שהסימן אינו לטובתו ויתייאש מלשנות אותו, מכך הוא מסיק שאילו לא היה יודע מהסימן היה יכול לשנות למרות שהייתה עליו גזירה.

2. גמרא בנדרים (מ,א):

רבא, יומא קדמאה דחליש אמר להון: לא תיגלו לאיניש, דלא לתרע מזליה...

רי"ז מבאר שגילוי המחלה מקשה על ריפויה ועל כן עדיף שלא להפוך את הבעיה נסתרת לבעיה נגלית ונודעת.

במקום נוסף (בית הלל ח (תשס"א), עמ' נה) הרב זילברשטיין מציג התנגדות ברורה לבדיקות והעדפה להסתמכות על האפשרות על נס בזכות תפילה וברכת ת"ח וצדיק.

בחיבור נוסף (חשוקי חמד על בבא מציעא, תשס"ט, עמ' קצח) רי"ז ממשיך ומפתח את נושא הברכה ומביא את שיטת ר"ח קניבסקי שלא להולכות לחכם

להתברך עדיף שלא לדעת על בעיות קיימות שכן על ידי כך הן יכולות להתרפא, ואילו לאחר הבדיקה כבר נדרש "נס גלוי". בתשובה זו מודגש שאישה הבוחרת לכת לבדיקה ולא ללכת לחכם להתברך, יכולה לעשות את הבדיקה. אך הוא חוזר ומזהיר שגם אישה כזו עליה לקחת בחשבון שאסור להפיל בעת מחלת העובר וכן שהבדיקות אינן מדויקות לחלוטין. על כן הוא ממליץ לכל אישה להימנע מבדיקות אלו ולהישאר בחוסר הידיעה כפי שהוא.

במקור זה מוסיף רי"ז דיון על דברי הכלל הידוע המופיע במסכת בבא מציעא (מב,א): "אין הברכה שורה אלא על דבר הסמוי מן העין" ומביא את פירושו של "תורת חיים" על אתר שיותר קל להפוך על ידי נס ותפילה את המציאות הנסתרת מאשר את המציאות הנגלית. על כן גילוי הנסתרות מחליש את אפשרות הברכה והנס.

בנושא ההפלות בעקבות גילוי מומים בעובר, רי"ז נחרץ מאד בהתנגדותו. לאחרונה התפרסמה תשובתו בעניין זה, בעלון "בסוד שיח" (תשע"א, גיליון 133) תשובה בה הוא אוסר להפיל עובר שאובחן כסובל מבעיות נוירולוגיות קשות.

סיכום דעת רי"ז

רי"ז סבור שאין מקום אפילו לעשיית בדיקות אולטרא סאונד. הסיבות להתנגדות:

1. חרדה שתיגרם לאישה שאינה יכולה לעשות דבר לתיקון המצב, שכן יש איסור גמור להפיל. אין חשש לדעתו שתתגלה בעיה שדורשת היערכות לפני הלידה שכן אלו אינן מצויות.
 2. נזק שייגרם לאישה, שלא יכול להיעשות לה נס לאחר שהתבררה הבעיה ונתגלתה ואזי שינוי המצב ייחשב "נס גלוי" שהוא קשה יותר לביצוע.
- כמו כן הוא מתנגד להפלות משום איזו בעיה שתהיה בעובר ומביא מחלוקת הפוסקים לגבי הפלה משום סכנת איבר של האם.

דיון בשיטת רי"ז

חרדת החולה

לגבי הנושא הראשון, האם תהיה חרדה לחולה, ומה התועלת הרפואית שתצמח מהבדיקה. הדבר תלוי כמובן הן בפסיקה המקובלת למעשה בנושא ההפלות, וכן בחשיבות שמייחסת המערכת הרפואית להיערכות חדר לידה לקראת הלידה הבעייתית. גם רי"ז עצמו מזכיר מקרה שאירע בבית חולים לאישה שלא נערכו כראוי ללידתה הקשה ובעקבות כך הוולד נפטר.

לגבי נושא זה הבירור הוא מציאותי והשאלה האם לדחות טיפול רפואי מציל חיים מפני חרדה נפשית הוא שיקול שצריך עיון רב (וראה גם מה שדנתי בשיטת הרי"ז בפרק על קרינה סלולארית).

הסתמכות על נס

לגבי הנושא השני של העדפת ברכת צדיק, והסתמכות על הנס מאשר היערכות רפואית יש לרי"ז מקורות, וראוי לדון בהם בכדי לברר את הדברים הלכה למעשה.

רי"ז מביא מקורות לדבריו מגמרא, אך עיון מקיף יותר במקורות ובפירושים מעמיד בספק עד כמה ניתן להסתמך עליהם. וראה להלן גם דיון נוסף על מקורות אלו ומשמעותם ביחס לסוגיית "אמירת אמת לחולה", ויש השקה בין התחומים.

ראיה א – האם יש חסרון בגילוי העתיד?

בגמרא (הוריות יב,א וכריתות ה,ב) נאמר שאדם לא יברר לפני היציאה לדרך על ידי ניחוש האם יצליח בדרכו, בכדי שלא יירע מזלו.

מכאן מסיק רי"ז שעדיף שלא לגלות את העתיד. יש לציין שמלבד הניחוש המובא שם לגבי ההצלחה בדרך, מופיעים גם מספר אמצעים נוספים של גילוי

העתיד, כגון בירור האם העסק יצליח והאם השנה תהיה טובה באמצעים שונים. מסקנת הסוגיה היא: "ולאו מילתא היא" נחלקו הדעות האם דחייה זו נאמרה על כל הניחושים או רק לניחוש הנוגע לדרך, כפי שיבואר להלן. אמנם עיון במפרשים מגלה סיבות אחרות מדוע לא לגלות את העתיד, סיבות שונות בתכלית מזו שהציע רי"ז, ואף הפוכות מדבריו.

1. בירור מסופק – רש"י בהוריות מבאר:

דזימנא דאף על גב דלית ליה בבואה דבבואה הדר אתי ואפי' הכי לא ליעבד הכי דדלמא לא חזי בבואה דבבואה, חלשה דעתיה ומתרע מזליה, ולא הדר אתי [משום דמיתרע מזליה דאי לא הוה עביד הכי לא הוה מיתרע מזליה והדר אתי] הלכך לא ליעבד. כלומר מכיוון שמדובר בבדיקה לא אמינה, הרי שהטעות עלולה לגרום לו לחלישות הדעת. מכאן שבדיקה אמינה וודאית, שונה מהותית מעניין זה ואין שייכות בכלל בינה לבין הסגולה העממית המופיעה בגמרא.

2. בירור בדרך ניחוש אסור – המאירי על אתר כותב את הדברים הבאים:

הרבה דברים הותרו לפעמים שהם דומים לנחש ולא מדרך נחש חלילה אלא דרך סימן לעורר בו לבבו להנהגה טובה והוא שאמרו ליתן על שלחנו בליל ראש השנה קרכס"ת קרא רוביא כרתי סלקא תמרי שהם ענינים מהם שגדלים מהר ומהם שגדלתם עולה הרבה וכדי שלא ליכשל בהם לעשות דרך נחש תקנו לומר עליהם דברים המעוררים לתשובה, והוא שאומרים בקרא יקראו זכויותינו וברוביא ירבו צדקותינו, ובכרתי יכרתו שונאינו רצה לומר שונאי הנפש והם העונות, ובסלקא יסתלקו עונינו, ובתמרי יתמו חטאינו, וכיוצא באלו... וידוע שכל זה אינו אלא הערה, שאין הדבר תלוי באמירה לבד רק בתשובה ומעשים טובים. אבל הדברים שנעשים בדרך נחש חלילה אין פקפוק באיסורם, והוא שאמר הנה על קצת בני אדם שכשמתחילין בסחורה מגדלין תרנגול על שם אותה סחורה ואם הוא נעשה יפה בוטחים על הצלחתם ושאר דברים הדומים לאלו שהוזכרו

הנה, אמר על כלם ולא מילתא היא כלומר ואין ראוי לבטוח על אלו ההבלים ועשייתם אסורה על הדרך שביארנו בסנהדרין והבוטח בי"י חסד יסובבנו. דהיינו למסקנת הסוגיה דברים אלו אסורים משום שהם על דרך הניחוש, אין בהם שום תועלת. היסוד לשיטתו של המאירי הוא הרמב"ם (עבודה זרה יא,טז). ואכן מדברי רמב"ם עצמו (עבודה זרה יא,ה) נראה שמותר לתת סימן רק בתנאים הבאים:

מי שאמר דירה זו שבניתי סימן טוב היתה עלי, אשה זו שנשאתי ובהמה זו שקניתי מבורכת היתה, מעת שקניתי עשרתי, וכן השואל לתינוק אי זה פסוק אתה לומד, אם אמר לו פסוק מן הברכות, ישמח ויאמר זה סימן טוב. כל אלו וכיוצא בהן מותר, הואיל ולא כיון מעשיו ולא נמנע מלעשות אלא עשה זה סימן לעצמו לדבר שכבר היה הרי זה מותר.

מהרמב"ם עולים שני תנאים להיתר עשיית סימנים:

1. אין השפעה של הסימן על מעשי האדם.
 2. מדובר בסימן לדבר שכבר היה בעבר ואין לו השפעה על העתיד.
- אף שהרמב"ם אינו מתייחס ישירות לסוגיה שלנו הרי שנראה שהמאירי ממשיך בדבריו את שיטת הרמב"ם. כמובן שלפי המאירי בדיקה רפואית החושפת את מצבו הרפואי הנסתר של החולה, ברגע הבדיקה, אינה בכלל ניחוש. אמנם יש הבדל גדול בין המאירי שלדבריו מסקנת הגמרא "ולאו מילתא היא" מוסבת על כל הסימנים המובאים שם וכולם אסורים משום ניחוש לבין שיטת רש"י בהוריות, שמדבריו עולה הסתייגות אך ורק מן הסימן האחרון שקשור להליכה בדרך. יש לציין שבלשון רש"י בכריתות (ו,א ד"ה ולא) ניתן לדייק שהגמרא חוזרת ואוסרת את כל סוגי בירור העתיד וכדברי המאירי.

3. בירור העתיד מרע את מצבו של מי שנמצא במקום מסוכן – כשיטת רש"י בהוריות עולה במפורש גם מדברי ראבי"ה (ראש השנה תקמז, מרדכי יומא תשכג, צוין בבאר שבע הוריות שם):

והא דאמרינן לעיל מיניה: "ולאו מילתא הוא דילמא חלש דעתיה ומיתרע מזליה", לא קאי אלא אמאי דקאמר האי מאן דבעי למיפק לאורחא ובעי למידע אי הדר לביתיה אי לאו וכו', משום שהשטן מקטרג בשעת הסכנה, כגון בדרך, וגרסינן בירושלמי ברכות כל הדרכים בחזקת סכנה וכן כל החולים בחזקת סכנה, ובדבר קטן חלש דעתיה ומיתרע מזליה. לדבריו הגמרא הכריעה שלא לעשות את הפעולה לפני היציאה לדרך מכיוון שהחיסרון בפעולה זו הוא בכך שהיא אכן מחלישה את מזלו לפני הדרך ואז יש קטרוג עקב היציאה ממקומו. אין לדברים אלו קשר לבדיקה המציגה את המצב הנוכחי של העובר.

4. סימן לדבר רע אסור משום "לא תנחשו" – המהרש"א בחידושי אגדות להוריות מסביר מה מיוחד דווקא בסימן לפני ההליכה לדרך שהגמרא פוסלת אותו (לשיטת רש"י בהוריות):

מהידוע כי הטוב הוא בא ממנו יתברך ברוך הוא, אבל הרע אינו יורד מן השמים אבל עונו של אדם הוא מסלק מדת טובו יתברך ברוך הוא מעצמו, כמו שנאמר "כי עונותיכם הבדילו ביני לביניכם". ולזה הטוב הבא ממנו יתברך ברוך הוא בהחלט כמו שנאמר "לא יצאה מדה טובה מפי הקדוש ברוך הוא וחזרה" וכו', אבל הרע אינו בא בהחלט כי אפשר שישתנה כמו שנאמר ברבי חנינא שלא היה יכול המכשף להזיקו משום דנפיש זכותיה, שנאמר "אין עוד מלבדו". ולזה הנותן לעצמו סימן בדבר מה לטובה אין זה ניחוש אלא סימן טוב שיבא לו ממנו ית' ב"ה אבל הנותן לעצמו סימן בדבר מה בהפך זה ולרע לו הרי זה ניחוש שתולה שיבא הדבר בהחלט ואינו כן דברחמי שמיא אפשר שישתנה. וכל הני דנקט בהך ברייתא דפרק ד' מיתות דהוי ניחוש כגון פתי נפלה מפי וכו' הן ניחוש לרעה לו...

דהיינו סימן לרעה נוגד את ההלכה ויש בו משום "לא תנחשו" שכן הרע אינו מובטח, ויש לאדם יכולת להתפלל, לחזור בתשובה ולשנות אותו. על כן מי שעושה סימן לבדוק האם יהיה לו רע עובר על איסור.

כמובן שהדברים אינם נוגעים לבדיקה רפואית של העובר, שגם בודקת את מצבו העכשווי וגם אינה מציגה את הרע בלבד.

5. מניעת בירור עתידות משום "תמים תהיה" – בנוסף לכך יש לציין לתשובת הרמב"ן (המיוחסות א,רפג) ממנה עולה שגם בבירור אמיתי של העתיד יש עדיפות להליכה בתמימות, הרמב"ן הוא אחד מראשי החולקים על שיטת הרמב"ם שהובאה לעיל ולדעתו אסטרולוגיה ואף ניחוש עשויים להיות במקרים מסוימים דברים אמינים, אך אף על פי כן ראוי להימנע מהם, וכבר צוטטה לעיל בפרק ההליכה אחר הרופאים.

הדוגמא שהרמב"ן מביא מהמקרה המתואר בירושלמי על גר שידע על פי אסטרולוגיה את עתידו ולדברי הירושלמי היה עדיף היה שלא יברר מלכתחילה מה יהיה בעתיד. אך לאחר שבירר לדעת הרמב"ן אסור לאדם שהגיע למסקנה שהעתיד אינו צופן טוב ללכת לאותה דרך ואותו גר שהלך בכל אופן עשה זאת "לגדור מן העבירה" נעשה לו נס וניצל אבל לאדם רגיל אם יברר מה העתיד לו אין לו לצפות לנס.

מכאן שלדעת הרמב"ן אין לאדם לברר את עתידו אפילו בדברים מדויקים ואמינים אלא להטיל יתרו על הקב"ה שיעזור לו בזכות מעשיו הטובים. אך כל זה אמור דווקא בדברים עתידיים, בירור המצב הרפואי כעת, בוודאי אינו בכלל זה.

ראיה ב – גילוי מחלה לרבים – האם רצוי?

נדרים (מ,א) – רבא הוהיר שלא לגלות את מחלתו בכדי שלא "ליתרע מזליה". רי"ז מסביר שכוונת הגמרא שאדם לא יגלה את המחלה בכדי להקל על ריפוייה.

מעיון במפרשים עולים הסברים אחרים להלכה זו.

1. חשש משונאים – בתוספות רבי אליעזר ממין (בעל ספר היראים) המובאות בשיטה מקובצת הסביר:

דלא ליתרע מזליה. דאין לך אדם שאין לו שונאים ויאמרו בדין יש לבא עליו חולי שכך וכך עשה ומזכירין עונותיו ויש לחוש שמא למעלה ידינוהו על פי דבריהם כמו שמצינו לעולם ידין אדם חברו לכף זכות שכך דנין אותו למעלה...

דהיינו עצם הדיבור לרעתו על ידי שונאיו של החולה יכול להזיק לו כלפי שמיא.

פירוש דומה עולה גם מדברי הרא"ש בפירושו:

דלא ליתרע מזליה. דנפל תורא חדדו סכיני (שבת לב,א) ואולי בבקשה מועטת שיבקש שונאו רעתו יתוסף חליו.

לפי זה הבעיה היא בהעלאת הנושא בפרהסיא ולא בבדיקה שהחולה עורך אצל הרופא, בוודאי לא בבדיקה שגרתית ומקובלת, על כן אין לזה שייכות כלל לבדיקות ההריון.

2. הפחדת חולה מעבר למצבו – המאירי מבאר את הדין ביחס למצוות ביקור חולים בה עוסקת הסוגיה לפני כן:

ומכל מקום ביום ראשון של חולי אין ראוי לבקר שמא מקרה הוא ואין ראוי להחרידו עד שיחזיקוהו בחולה...

דהיינו ביקור חולים ביום הראשון יכול לגרום לחולה חרדה שמצבו קשה מעבר למה שהוא באמת וזו תזיק לבריאותו.

ממילא אין זה שייך כלל לבדיקה בהריון, ומסירת התוצאה כפי שהיא אינה אמורה להיות בעייתית.

3. דיבור על המחלה מעורר קטרוגים – אכן המהרש"א כותב שעצם האמירה על פלוני שהוא חולה יש בה גריעותא:

לא ליתרע מזליה כו'. כענין שאמרו במועד קטן "ברית כרותה לשפתים" ואל יפתח אדם פיו לשטן לומר שהוא חולה וק"ל.

לדבריו, הבעיה היא בדרך ההתנסחות והאמירה על אדם שהיא "חולה" כבר מביאה להרעת מצבו.

ממילא אין הדברים אמורים כלל ביחס לבדיקת המחלה והטיפול בה.

ראיה ג – ברכה על דבר הסמוי מן העין

הגמרא (בבא מציעא מב,א ותענית ח,ב) קובעת: "אין הברכה שורה אלא בדבר הסמוי מן העין". הרי"ז מסיק שיש עדיפות להסתרת המחלה לצורך החלת הברכה והנס עליה.

לגבי ההסתמכות על הכלל הזה אף שבעל ה"תורת חיים" (בבא מציעא שם) וה"שפת אמת" (תענית ח,ב) כותבים שאכן סיכוי גדול יותר שייעשה נס נסתר מאשר נס גלוי. הרי שעיין ברבינו בחיי (שמות ל,יב פתיחה לפרשת כי תשא), אליו רומז הרי"ז מלמדנו שהמדובר על תפיסת עולם ביחס להנהגת הבריאה כולה בידי הקב"ה:

והענין הזה הוא יסוד התורה כלה, שאין לאדם חלק בתורת משה רבינו ע"ה עד שיאמין שכל דברינו ומקרינו כלם נסים נסתרים, אין להם טבע ומנהגו של עולם לא ליחידים ולא לרבים, אבל בעשותו המצוה יצליחנו שכרו, ובעשותו העברה יכריחנו עונשו, וזהו ענין יעוד התורה בברכות וקללות שאין לך כל יחיד ויחיד בישראל שלא יארעו לו בכל יום נסים נסתרים והוא אינו יודע, וכן דרשו רז"ל: (נדה לא א) אין בעל הנס מכיר בנסו. וכדי להורות שהנסים הנסתרים הם עם האדם בכל יום... כוונת חכמים לומר בזה שהנסים הנסתרים הם בכל יום ויום, ושהוא בדבר שאינו מנוי ומדוד, כי אם היתה הברכה חלה במנוי לא היה נס נסתר אלא מפורסם ואין כל אדם זוכה לנס מפורסם... ומטעם זה צותה התורה שלא ימנו ישראל לגלגלותם אלא בשקלים כדי שתהיה הברכה חלה עליהם

ברבוי זרעם בנס נסתר, ושלא ישלוט בהם עין הרע השולטת בעצם הדבר המנוי, ומתוך שכל אחד ואחד מישראל יתן כופר נפשו מחצית השקל יודע מנינם בחשבון חצאי השקלים.

דהיינו הנס הנסתר הוא למעשה ה"טבע" שהוא הנהגת הקב"ה את העולם לפי מעשי האדם, מצוות או עבירות. "דבר הסמוי מן העין" הוא הבסיס להנהגת העולם לפי מעשי האדם.

השאלה העולה היא האם דברים אלו מחייבים אדם להימנע מלחקור ולבדוק מחלות המקננות בו ולעשות השתדלות לטפל בהן ולהיערך בהן, וכמדומה שיש להרהר אחר מסקנת הרי"ז.

רבי בצלאל שטרן

תנא דמסייע לרי"ז הוא רבי בצלאל שטרן (תרע"א – תשמ"ט 1911–1989) רבה של מלבורן ומחבר ספר השו"ת הידוע "בצל החכמה". הוא עוסק בסוגית "אמירת אמת לחולה" ודן בשאלה האם לגלות לחולה סרטן שמצבו חשוך מרפא.

הוא מגיע למסקנות דומות לאלו של רי"ז על פי אותם מקורות (שו"ת בצל החכמה ב,נה), יש להדגיש שהוא אינו עוסק בבדיקות בהריון אבל מקורותיו לסוגיה בה הוא עוסק זהים, נעתיק מעט מדבריו:

מובן מזה, כי בכגון דא, לא נכון כלל להטעות את החולה להגיד לו, שאין מחלתו אנושה וכי בעוד זמן קצר יחלים ויתרפא, ועוד דברים כאלה שרגילים לדבר על לב החולה להרגיעו ולהניח את דעתו. כי מאחר ובאמת אין למחלה זו תעלה בדרך הטבע, מי יודע אם יזכה להנצל, על כן אם כי יש להעלים מן החולה הידיעה שאין למחלתו תעלה בדרך הטבע אין להטעותו במה שיודע שמחלתו רצינית, שעי"כ יתאמץ יותר בתפלתו, יעשה את חשבון עולמו ויחשב עם קוניהו מקירות הלב. ואז גם אם לא יזכה ח"ו להחלים ולהתרפאות ימות זכאי ואל ימות חייב ח"ו – עיו"ד סי' של"ח (סעי' א').

דהיינו יש להסתיר ממנו את המצב ה"אמיתי" ולתאר לו מצב של מחלה קשה זאת מתוך תקווה שיקרה נס והמצב ישתנה.

הרב יגאל שפרן – דיון בשיטת הר"ב שטרן

הרב יגאל שפרן במאמר ("אמירת האמת לחולה על מצבו", אסיא מב-מג, תשמ"ז, עמ' 16-23), השיג על דברי "בצל החכמה", ובכלל דבריו דבריו:

האחת היא ממה שאיתא במסכת הוריות י"ב, א'... והנה זהו נימוק תמוה שכן מלבד שאין לדמות את הנאמר בש"ס בעיניני סגולות (כבהוריות הנ"ל) לעניני הרפואה של היום, אין זה נכון שכל חולה סובר שאין תעלה למחלת הסרטן, כי אין ספק שכמה וכמה יודעים שבשלבים ראשוניים של המחלה יש ויש לה תעלה, ולו לפחות תעלה חלקית. וגם אי אפשר לבסס הלכה לרופאים בענין זה על כך שזימנא דטעי הרופאים, שכן אף שזה נכון, מכל מקום הדבר צריך להיות מסור לחולה שיחליט איך להתירם לדברי הרופא אחר שישמע מה שהרופא אומר לו, אבל לא שעל רופא לכן למנוע עצמו מלבטא דעתו כשהוא נדרש לזה...

מהא דאיתא בנדרים... הנה ראינו זו קשה טובא. כי מה שחוששים כאן שלא יהא יאוש מן הרחמים הוא יאוש של המבקר, ולא יאוש של החולה כלל...

וכשאני לעצמי איני יכול להמנע מלומר חשש שאם יוודע לחולים שהלכה רווחת היא בין תופסי התורה להורות לרופאים ולקרובי המשפחה ירה"ש, תמיד להסתיר את האמת על המצב מפני החולה, דווקא כך ישבר ליבם ולא יהא להם שום אמון במערכת הרפואה לא לטב ולא למוטב, ח"ו...

הרב בסוף דבריו מעלה חשש גדול שאם ההוראה תהיה לרמות את החולים לא יהיה אמון כלל בין חולם לרופאים, ודבריו של הרב דבריו נכוחים וברורים.

ב. המתירים בדיקות:

"ציץ אליעזר"

רבי אליעזר יהודה וולדנברג (תרע"ו-תשס"ז 1911-2007), אב"ד ירושלים ומגדולי הפוסקים בדור האחרון, חיבר את סדרת הספרים הידועה בשם "ציץ אליעזר". הוא היה מראשי המגינים על האפשרות להפיל את העובר אף מצורך של מחלת העובר מתוך הבנה שמחלה זו תשפיע באופן משמעותי על חיי ההורים. בתשובה מפורטת (יד, קא) הוא דן בשאלה האם לעשות בדיקה במהלך ההריון, ובמהלכה הוא מעלה הסתייגויות מבדיקה כזו, אף שלדעתו אין מניעה להפיל בצורך גדול. הוא גם מעלה את השאלה המחשבתית של התערבות במעשה הקב"ה ומציע את דעתו בעניין:

נראה דאין לקבוע בזה הוראת היתר כללי מפורש לביצוע הפסק – הריון בהתגלות מקרה של מונגולודיסום, אלא בהודע תוצאות הבדיקה צריך הרופא לשלוח את האשה... אל רב מורה הוראה עם נתינת נתונים על תוצאות הבדיקה, והרב מורה ההוראה יתחקה היטב על המצב הנפשי של הזוג בקשר לכך, ויחליט בשיקוליו ההלכתיים אם להתיר הפסקת הריון, ורק עם קבלת היתר – חכם מוסמך תיאות הנהלת בית החולים לבצע זאת בין כתליו...

יש מקום די רחב לדון להיתר לפי אותן המקורות והנימוקים גם במקרה של התגלות מונגולודיסום אצל העובר, דסוף סוף כפי שמפרט כבו' במכתבו היא ג"כ מחלה מאד לא רצויה המלווה בשינוים פיזיים ופגור שכלי הטעון, לפעמים, טפול מוסדי והקשור לקצור תוחלת החיים ויש בזה די מספיק בהרבה פעמים בכדי לגרום עי"כ להרס מצבה הנפשי של האשה ושל הבעל גם יחד, וגם לרבות, בכדי לגרום להם ליפול באיזה מחלה רצינית או לא רצינית, וגם להרוס את תקינות החיים המשפחתיים של הזוג...

הרב מוסיף הסבר מחשבתי לכך שאין מניעה "להתערב" במעשה הקב"ה ולמנוע הבאת נשמות כאלו לעולם וכנגד הטענה שזו התכמות כנגד רצון הקב"ה הוא מבאר שעצם העובדה שהחכמה הזו התגלתה, היא עדות על רצון ה' שישתמשו בחכמה הזו בכדי להקל על בני האדם ולמנוע מהם את אותן המחלות שהיו מגיעות לולא הבדיקות החדשות הללו.

בתשובה נוספת (יד, קב) חוזר ומבהיר הציץ אליעזר בקצרה את דבריו בעניין זוג מבוגר שחששו ממחלות קשות, הוא מעיר שזה חשש רחוק של שני אחוזים ועל כן:

אין לחוש לעצת הרופאים בזה ואין לערוך בדיקת – שפיר אלא לקיים להיות תמים עם ד' ולהמשיך להתנהג כפי שנהגו אבותינו עד כה וד' לא ימנע הטוב למיחלים לחסדו, ככתוב: יהי חסדך ד' עלינו כאשר יחלנו לך. ורק במקרה שכבר נולד אצל זוג ל"ע ילד מונגולי ומיעצים להם לערוך בהריון נוסף בדיקת – שפיר, או כאשר אשה למעלה מגיל הנ"ל נתקפת בהתקף עצבים בשמעה עצת הרופאים ונימוקם לכך (ועוד בהגזמה) ואינה מוצאת מנוחה לנפשה בימים ובלילות אם לא יתירו לה לערוך הבדיקה כדי שתהא בטוחה במאה אחוז שאין כל מקרה של מונגוליזם אצל העובר על כגון זה העלתי וביררתי להתיר את עריכות בדיקת המי שפיר, [ובקפדנות לכוון שלא תפגע חלילה בעובר], ובמקרה שהבדיקה מראה במאה אחוז כי אכן העובר נגוע במונגולודיזם בררתי באיזה צורה מותרת ביצוע הפסקת ההריון, [ואם ישנה כבר אפשרות מציאותית (כפי הנראה כן מלשון מכתבו) יש לחזור לבצע את הבדיקה, וכן הפסקת ההריון במקרה הצורך, לפני תום שלשת חדשי ההריון].

הרי שהרב היה סבור אף להקל בהפלה במצבים מסויימים ועם כל זאת הזהיר מביצוע בדיקות שיש בהם סיכון להפלה, ועודד אנשים שאינם מוכרחים לכך להימנע מבדיקות מיותרות.

הרב שאול ישראלי

הרב שאול ישראלי (תרס"ט–תשנ"ה 1909–1995), ראש ישיבת מרכז הרב וחבר ביה"ד הגדול, עוסק בשאלת ההפלות בספרו עמוד הימיני (לב) מסכם לאחר דיון ארוך, שיש אפשרות של הפלת העובר במקום הצורך אף כשיש מום בעובר בלבד:

מסקנא דמילתא: אין לעובר תורת נפש, ואיסור הריגתו הוא משום חבלה או בל תשחית...

ויש להסתפק אם גם הצער של העובר עצמו לכשיוולד, ובנידון דשאלתנו, שבהיותו בעל מום גדול, לא עלינו, שכל חייו יהיו שרשרת ארוכה של סבל וצער, האם גם בזה מותרת הריגתו... ומכאן שגם לגבי העובר כיון שיוולד בעל מום גדול רחמנא ליצילן, יש מצוה להצילו מזה, ולא נאמרה החשיבות של שמירת שבתות הרבה אלא במקום שאין זה כרוך בצער מרובה.

ויש להוסיף על זה שראוי להתחשב גם עם צער ההורים שיראו פרי בטנם מתייסר ביסורים וחייו אינם חיים... ובגונא שהרוב שיוולד חסר דעה ל"ע, אם כי בזה מחמת צער ידידה אולי לא שייך כי אין שוטה נפגע (שבת י"ג:). ... וגם כאן יש להוסיף צער ההורים ובני המשפחה, שבה במדה שהוא עצמו אינו מרגיש, באותה מדה ופי כמה יותר מזה, גדול צערם של הקרובים. מכל זה נראה שתהא מותרת ההפלה במקרים אלה ר"ל, כל שלדעת הרופאים המומחים רוב הולדות הם בעלי מומים גדולים או חסרי דעה, ה' ישמרנו.

וכתבתי כ"ז כפי הנלענ"ד להלכה, ולמעשה צריך לשמוע חות דעת הגדולים.

בעקבות כך בשו"ת במראה הבזק (א,פז) שיצא בחתימתו ובאחריותו של הרב ישראלי נכתבו הדברים הבאים, יש לציין שנושא הביטחון בה' וההשתדלות לא הועלה כלל לדיון:

לזוג נשוי, בגיל הקרוב לארבעים, אשר האישה לא עברה בדיקת מי שפיר מפני סיבות דתיות – ואשר לא היו מבצעים הפלה מלאכותית מסיבות אלו – נולד תינוק עם תסמונת דאון. במקרה והאם תכנס שוב להריון, האם נכון יהיה לבצע בדיקת מי שפיר? תשובה: מותר לערוך בדיקת מי שפיר או בדיקה אחרת, כשיש חשש של תסמונת דאון. ובמיוחד באישה זו, שכבר נולד לה ילד הסובל מתסמונת זו.

ר"ש דיכובסקי

הרב שלמה דיכובסקי, אב"ד בית הדין הגדול, מתיר בדיקות לצורך הרגעה נפשית. כך הוא כותב במאמרו בתחומין (כג עמ' 237) לאחר שהוא מוכיח מהלכות שבת (או"ח של"א) ומהלכות יום הכיפורים (או"ח תריז"ב) שהרגעת היולדת מהווה נימוק לחילול שבת: "מאותה סיבה ומאותו טעם, יש להתיר לאשה בהריון לעבור בדיקות רפואיות – כגון בדיקת מי שפיר – כדי לוודא העדר מום בעובר, אם הדבר נחוץ לצורך הרגעתה הנפשית." אמנם "הסיכוי למציאת מום או מחלה בעובר בעקבות בדיקת מי שפיר היא נמוכה, שהרי רק ב-3% מההריונות יש מומים משמעותיים בעובר..." אבל בכל זאת השיקול הראשון בעד בדיקה כזאת הוא: "אם האשה סובלת ממתח נפשי רב מחשש שהעובר פגוע", שאז "סביר שהבדיקה תרגיע אותה" (שם). השיקולים האחרים המובאים שם הינם: גילוי של "מום שלכל הדעות מותר להפיל (כגון אנאנצפלוס), או גילוי בעיה רצינית לחיי העובר, אשר אמנם לא תצדיק את הפלתו לשיטת האוסרים הפלה בכל מקרה, אך יהווה שיקול רציני להמנע מסיכון יתר של האשה בעת לידה, כגון להמנע מניתוח קיסרי... כמו כן, יש שגילוי מצב מסוים של העובר טרם לידתו, יכול להדריך ולכוון את המיילדים באיזה עיתוי ליילדו ובאיזו שיטה לבחור כדי לילדו בצורה הטובה ביותר. יתר על כן, בעתיד כשיתגברו האפשרויות לטיפולים תוך רחמיים, יהא לאיבחונים

טרום לידתיים מקום ברור לצורך טיפול בעובר. גם אם הבדיקה הינה משמעותית רק לגבי מיעוט של 3% (וממילא, בשל הרוב הברור של 97% לא מחייבים כל אשה יולדת לעבור בדיקה כזו), מכל מקום התועלת הנפשית שבבדיקה זו מצטרפת לשאר השיקולים כדי להתיר את הבדיקה. הרי שהרב מחייב בבדיקות שיש בהם תועלת הן בגילוי מומים שאליבא דרוב הפוסקים מותרים בהפלה והן בהיערכות הצוות ללידות שיש בהם סיבוך ובהיעכרות מוקדמת יהיה טיפול טוב יותר לאם ולרך הנולד.

סיכום

נחלקו הפוסקים מקצה אל הקצה כאשר יש השוללים הפלה בכל מצב (מלבד סיכון האם) ויש המתירים במצבים מסויימים בשילוב של מצב מסובך של הוולד ומצב נפשי של האם או של ההורים. בין הגישות המחייבות אמונה מוחלטת אנו מוצאים אף התנגדות לבירור לפני החתונה האם יש בעיות גנטיות שיגרמו למומים.

נראה שדעת רוב הפוסקים היא שיש לבדוק בדיקות כאלו לפני הנישואין אשר אינן גורמות לשום חשש של הפלה ולהיפך מונעות שאלה של הפלות לאחר מכן.

לגבי הבדיקות במהלך ההריון נראה שלדעת פוסקים רבים יש לבחון האם הבדיקות תורמות לטיפול בלידה שאז לכל הדיעות ראוי לעשותן שכן גם אם אין ההפלה עומדת על הפרק יש בכך חשיבות מרובה שבית החולים ייערך לטיפול נאות ביולדת. כמו כן אם יש חשש מיוחד לאור הנתונים של היולדת שעשויה להיות שאלת הפלה העומדת על הפרק יש מקום לבחון העמקה של הבדיקות ואף ביצוע בדיקות בהן יש סיכון מסויים לוולד.

יג. טיפול רפואי - גברים ונשים

שאלת טיפולים רפואיים על ידי גבר לאישה ולהיפך מהווה שאלה משמעותית ומעשית כיום. לצערנו שאלה זו עולה בחדות במקרה של פצועים קשים הנזקקים לשיקום פיזיותרפי, וכפי שנוכחנו לדעת גם לאחרונה במבצע "צוק איתן" וכן בתאונות דרכים וכדומה. השיקום במקרים אלו הוא משמעותי וחיוני, ועל כן חשוב לדעת את המותר והאסור מן הדין, כאשר היעדר טיפול עשוי לגרום לפגיעה קשה בשיקומם של אותם חולים.

איסור מגע בין גבר לאישה

רמב"ם – כל מגע בכלל "לא תקרבו"

לדעת הרמב"ם (ספר המצוות ל"ת שנג) יש איסור תורה של מגע בין גבר לאישה:

הזהירנו מקרוב לאחת מכל אלו העריות ואפילו בלא ביאה. כגון חבוק ונשיקה והדומה להם מפעולות הזנות... וביארנו שלוקין עליהן.

בעקבות כך הוא גם פוסק במשנה תורה (הלכות איסורי ביאה כא,א-ב):

כל הבא על ערוה מן העריות דרך איברים או שחבק ונשק דרך תאוה ונהנה בקרוב בשר הרי זה לוקה מן התורה, שנאמר לבלתי עשות מחקות התועבות וגו' ונאמר לא תקרבו לגלות ערוה, כלומר לא תקרבו לדברים המביאין לידי גילוי ערוה... ואסור לאדם לקרוץ בידי וברגליו או לרמוז בעיניו לאחת מן העריות או לשחוק עמה או להקל ראש ואפילו להריח בשמים שעליה או להביט ביפיה אסור, ומכין למתכוין לדבר זה מכת מרדות...

בפירוש המשנה (סנהדרין ז,ד) קובע הרמב"ם את גדרי הלאו של "לא תקרבו":

...וכן המצחק עם אחת העריות, והשחוק עמה והקריצה בעין לשם תענוג כל זה אסור והעושה אותם חייב עליהם מלקות, והם כולם כלולים בתוך שני לאוין האמורים בתורה האחד הוא אמרו יתעלה לא תקרבו לגלות ערוה, כאלו אמר התרחקו מדברים המקרבים והמרגילים לגילוי ערוה וכך פירשוהו עליהם השלום לא תקרבו ולא לגלות ערוה. והשני אמרו לבלתי עשות מחקות התועבות, ואלו שאמרנו ודומיהן נקראין חקות התועבות.

וכן כתב במנין המצוות שבראשית חיבור משנה תורה (ל"ת שנג):
לא לקרב לעריות בדברים המביאים לידי גילוי ערוה כגון חיבוק ונישוק ורמיזה וקפיצה שנ' אל כל שאר בשרו לא תקרבו לגלות ערוה, מפי השמועה למדו שזו אזהרה לקריבה המביאה לידי גילוי ערוה.
לכאורה שני המקורות האחרונים סותרים את דברי הרמב"ם במשנה תורה, שכן מהם עולה שגם רמיזה וקפיצה אסורים מהתורה, ואילו במשנה תורה משמע שעל דברים כאלו יש רק מכת מדרות מדרבנן.
ראה בשו"ת אגרות משה אה"ע ד,ס שהציע לפרש בדעת הרמב"ם שהכל אסור מהתורה והסיבה שיש מלקות רק מדרבנן היא משום שאין בדברים אלו מעשה.

סיכום

במשנה תורה הרמב"ם קובע שיש איסור תורה על מעשים שהם "דרך תאוה ונהנה" ו"קרוב בשר" עם אישה האסורה עליו, והוא כלול באיסור "לא תקרבו". בפירוש המשנה ובמנין המצוות נאמר שגם "רמיזה וקפיצה" לערוה הן בכלל איסור תורה משום שהן "קירבה המביאה לידי גילוי ערוה".
נציין ששיטת הרמב"ם נתקבלה על ידי מספר תלמידי חכמים מבית מדרשו של הרמב"ן, כגון בעל ספר החינוך (מצוה קפח), ריטב"א (שבת יג,א ד"ה ופליגא) ור"ן (על הרי"ף פסחים ו,א ד"ה חוץ מעצי ועבודה זרה ט,א ד"ה חוץ מעצי), סמ"ג (לאוין קכו), כפי שהעיר על כך הש"ך (יו"ד קנז,י גם ציין לנימוקי יוסף סנהדרין פרק בן סורר ומורה וראה בשו"ת אגרות משה אה"ע ד,ס שביאר

כוונתו) וכן היא דעת רבינו יונה (אגרת התשובה יום ב, שערי תשובה ג, קלח, העיר על כך מקור הלכה ב,יז).

רמב"ן – מגע אסור אבל אינו בכלל "לא תקרבו"

הרמב"ן משיג על שיטת הרמב"ם (השגות לספר המצוות שם) וגם עמד על הסתירה בין תיאור המצווה במנין המצוות ובספר המצוות לבין דברי הרמב"ם במשנה תורה להלכה:

...אבל כפי העיון בתלמוד אין הדבר כן שיהיה בקריבה שאין בה גלוי ערוה כגון חבוק ונשוק לאו ומלקות... נבין מהם כי אצלם זה האיסור מדרבנן, או יהיה מן התורה דכל דמתהני מאיסורא איסורא הוא כענין בחצי שיעור, אבל אין זה עיקר מדרש בלאו הזה אלא קרא אסמכתא בעלמא... כלומר שהדבר ידוע שבאשת רעהו אסור הוא לעשות כן, אפילו ההסתכלות בה אסור וקולה ערוה (ברכות כד,א) והכתוב מזהיר ממנה (משלי ה) "הרחק מעליה דרכך ואל תקרב אל פתח ביתה" שאפילו בלא ייחוד שאינן באין עתה לידי עברה מנעונו הכתובים מזה...וראיתי לרב בחבורו הגדול שכתב בספר המדע (במנין בקצר)... הוסיף עליו שם רמיזה וקפיצה שיהיו בכלל הלאו הזה ואם כן אף עליהם הוא לוקה... והם באמת דברים בטלים... ואילו היה בקריבה לאו גמור מן התורה לא הותרה לחסידים לחכמים העושים מעשיהם לשום שמים. אבל הכל גדר וסייג ומותר בקרובות למי שמוחזק שאינו חשוד לעשות כיעור ונמנע משאר הנשים... והעולה מכל זה שלא נמנה ענין הקריבה לאו בפני עצמו. אלא קריבה שלגילוי ערוה אסר הכתוב...

וכן הוא חוזר על כך בחידושו למסכת שבת (יג,א ד"ה הא). הרמב"ן קובע שהקריבה האסורה מהתורה היא רק מעשה ביאה, ואילו שאר הדברים אסורים מהתורה משום "חצי שיעור" או מדרבנן בלבד. כבסיס לאיסור הוא מציין את

הנאמר בכתובים על אשת רעהו (משלי ה,ח): "הרחק מעליה דרכך". אמנם לא נתברר מה תוקפו של איסור זה שנובע מהכתובים ולא מהתורה עצמה. אך הוא בוודאי חמור.

יסוד המחלוקת

שתי נקודות עיקריות עומדות בבסיס המחלוקת:

1. ספרא

האם דרשת הספרא המרחיבה את דין "לא תקרבו" לכל קריבה היא דרשה גמורה או אסמכתא. הרמב"ם רואה בה מקור מפורש ומחייב, והרמב"ן רואה בה אסמכתא.

2. הסוגיה במסכת שבת

הסוגיה העיקרית העוסקת במפורש בנושא "לא תקרבו" היא הסוגיה במסכת שבת (יג,א) בה נידונה האפשרות של בעל ואשתו הנידה לישון במיטה אחת כשהם לבושים, הגמרא מסיקה:

...אף אשתו נדה – הוא בבגדו והיא בבגדה אסור. שמע מינה. ופליגא דרבי פדת, דאמר רבי פדת: לא אסרה תורה אלא קורבה של גלוי עריות בלבד, שנאמר (ויקרא יח,ו) איש איש אל כל שאר בשרו לא תקרבו לגלות ערוה. עולא כי הוי אתי מבי רב הוה מנשק להו לאחיותיה אבי חדייהו, ואמרי לה אבי ידיהו. ופליגא ידיה אדידיה, דאמר עולא: אפילו שום קורבה אסור, משום לך לך אמרי נזירא סחור סחור, לכרמא לא תקרב.

כלומר האוסר דבר זה סובר שאסורה כל קרובה, ואילו רבי פדת סובר שאסורה רק קרובה של גילוי עריות ממש. מלבד זאת מופיעה בגמרא דעת עולא שנישק את אחיותיו ומאידך אסר זאת מדרבנן משום סייג וגדר.

הרמב"ם פוסק כדעה ראשונה שכל קורבה אסורה מהתורה. מדבריו בפירוש המשנה עולה שהוא מעמיד את דברי עולא בקרובים שלגביהם יש רק איסור מדרבנן מכיון שאין יצר הרע כלפיהם.

ואילו הרמב"ן כותב שגם החולקים על רבי פדת מודים לו בכך ש"לא תקרבו" אינו כולל את כל סוגי הקריבה והם סוברים שיש דין מיוחד באשת איש ושאישה נידה הוקשה לדין זה ומשמעותו היא שבהם צריך להחמיר במיוחד. מפשטות דברי רש"י משמע שהפירוש בסוגיה תואם לדברי הרמב"ם. יש לציין שבעלי התוספות במקום מבארים את מעשה עולא על פי העיקרון שבצדיקים שאינם חוששים להרהור.

רשב"א – רופא לא יבדוק את אשתו הנידה

הרשב"א דן בשאלה האם מותר לרופא לבדוק את אשתו כשהיא נידה. התשובה מופיעה בתשובות הרשב"א המיוחסות לרמב"ן (קכז), ועל כן יוחסה בטעות לרמב"ן עצמו על ידי פוסקים רבים כגון הבית יוסף (יו"ד קצה):

שאלה: בעל המבין ברפואות, ואשתו נדה וחולה, ויש בעיר רופאים מוחזקין שמביינין כמותו, או יותר: היוכל הבעל למשש בדפק שלה, ביחוד ושלא ביחוד? ואפשר בשביל ההזמנה יועיל לה, שהאחרים אינם יכולים לראותה תמיד. מי אמרינן: כיון דנגיעה בעלמא, אינה אלא משום שבות, ושבות הותרה בחולי שאין בו סכנה; הא נמי דכוותה? או דלמא שאני הכא, דיצרו תקפו. ולך; אמרין נזירא: סחור סחור לכרמא, לא תקרב?

תשובה: מסתברא שאסור. חדא, דאפשר דכל קריבה דאורייתא... [תוספת עפ"י כת"י במהדורת מכון ירושלים: ועוד דאפילו לכשתמצא לומר דהלכה כר' פדת וכדעולא...] אפילו הכי איסור דרבנן, איסור הוא. דכיון דהוא חולי שאין בו סכנה, לא נתיר בו איסור דרבנן. שלא כל השבותים שוין: בין ביום טוב, בין בשבת, בין בחולי. דהרבה שבותים התירו בשבת

וביו"ט, משום מצוה בעלמא... ופעמים, שמעמידים דבריהם במקום כרת. ועל כרחק, אין אנו למדים להתיר שבות משבות, אלא במקום שאמרו להתיר, מתירין; ובמקום שלא אמרו, אין מתירין. ועוד, שהתירו בשבת, לעשות כל צרכי חולה על ידי נכרי, אף על פי שאמירה לנכרי שבות. ואפ"ה, לא מסתברא שנתיר לו סתם יינם, ושמנו של גיד, וגבינה של נכרים, ושאר איסורים דרבנן. ועוד, שהרי יש בעיר כמותו, ואפשר על ידי אותו אחר...

בתשובה זו הרשב"א מציג את האפשרות שקריבה שאינה ביאה היא איסור תורה, אך במקום אחר (שו"ת הרשב"א א, אלף קפח) הוא נוטה להכריע ("אפשר") שכל איסורי הקריבה אינם אלא מדרבנן:

אלא מיהו בכולהו אפשר דאינן אסורות בקריבה שאינה של גלוי עריות אלא מדרבנן ומשום הרגל עבירה...

למרות שזהו איסור מדרבנן הכרעת הרשב"א היא שרופא לא יבדוק את אשתו הנידה אם היא אינה מסוכנת ובפרט שיש רופאים אחרים שיכולים לעשות זאת.

מהר"ם מרוטנבורג ורא"ש – מותר לסייע לאשתו נידה

הרא"ש מתיר (בתשובה כט, ג, מובאת ברבינו ירוחם כו, ד ובבית יוסף יו"ד קצה) סיוע לאשתו נידה כשהיא חולה אם אין מישהו אחר שיעשה זאת מלבד רחיצת פניו ידיו ורגליו.

בספר שלטי גיבורים (שבת סט, ב אות ה מובא בדרכי משה יו"ד קצה, ו) מובאת דעתו של מהר"ם מרוטנבורג, רבו של הרא"ש:

כתב הר"ם אותן שנוהרין מליגע בנשותיהן נדות כשהן חולות שזהו חסידות של שטות מפי הר"ר טוביה מבראנה.

מחלוקת שו"ע ורמ"א

הבית יוסף נוטה להכריע על פי שיטת הרמב"ם שאין להקל בשני המקרים הללו, סיוע ובדיקה רפואית. משמע מדבריו שאפילו במקום פיקוח נפש הדבר אסור

משום גילוי עריות הדוחה פיקוח נפש. ובעקבות כך הכריע לאיסור בשולחן ערוך (יו"ד קצה, טז-יז).

לעומתו הרמ"א כותב להקל בשני המקרים, לגבי סיוע לאישה בשני תנאים: 1. אין לה מי שישמשנה. 2. במקום צורך גדול. וכן לגבי רופא נוקט להקל בתנאי שאין רופא אחר ויש סכנה בחליה.

יש מי שכתב שגם השו"ע מודה במקום סכנה (כך עולה מדברי ערוך השולחן יו"ד קצה, כז שו"ת זרע אמת יו"ד ג, קטז הובא על ידי שו"ת ציץ אליעזר יז, לב).

הכרעת הש"ך

הש"ך (יו"ד קנז, י וקצה, כ) משיג על הבנת הבית יוסף בדעת הרמב"ם. לדעתו גם הרמב"ם שאסר נגיעה לא אסר אלא מגע של חיבה. והוא מדגיש:

המנהג פשוט שרופאים ישראלים ממששים הדפק של אשה אפילו אשת איש או עובדת כוכבים אף על פי שיש רופאים אחרים עובדי כוכבים וכן עושים שאר מיני משמושים ע"פ דרכי הרפואה...

אמנם גם הוא כותב להחמיר בבדיקת אשתו נידה במקרה שאין סכנה לאישה.

פסיקת האחרונים

בספר תורת השלמים (קצה, טו) כותב שדברי הש"ך אינם מוכרחים שכן גם בתשובת הרשב"א עצמו משמע שלפי הרמב"ם יש להחמיר מכיוון שהנגיעה עלולה להביא לידי איסור דאורייתא. אמנם משמע מדבריו שהוא נוטה להקל באישה אחרת על פי שיטת הרמב"ן וסיעתו, ובעיקר מחמיר למעשה בבדיקת אשתו של הרופא כשהיא נידה.

בספר בית שמואל (אה"ע כ,א צוין בפת"ש יו"ד קצה, טז) השיג על שיטת הש"ך ולדעתו אף אם הנגיעה אינה דרך חיבה היא אסורה מהתורה לדעת הרמב"ם.

מאידיך הכרתי ופלתי (קצה, כ) והסדרי טהרה (קצה, כד) הסכימו עם דברי הש"ך וכך כותב הרב ב"י זילבר (שו"ת אז נדברו י, לג) שמותר לקבל טיפול רפואי אפילו אם אין סכנה לחולה, כגון טיפול שיניים או צילום או סיוע של אחות לחולה וכדומה וזאת על פי היתרו של הש"ך אם כי הוא ממליץ להחמיר במקרים שאין בהם סכנה עד כמה שניתן.

כך כותב גם בעל שבט הלוי הן בשיעוריו על הלכות נידה (על קצה, יז) והן בתשובותיו (ב, קמג) לגבי בדיקת דם על ידי אחות. אם כי במספר מקומות הזהיר על הליכה מעבר לנדרש (שיעורים שם, שו"ת שבט הלוי ג, קפו וד, קסז).

שיקולים נוספים להיתר:

1. עוסק במלאכתו

היתר משמעותי עולה מדברי אחד מהראשונים והוא רבי אשתורי הפרחי בחיבורו "כפתור ופרח" (פרק נח):

וכדאמרינן פרק השוכר את הפועלים (ב"מ צא, א) מותר להכניס מין ושאינו מינו לדיר אבל לא כמכחול בשפופרת. מין במינו מותר אפילו כמכחול בשפופרת, וליכא משום פריצותא, וליכא נמי משום ונשמרת מכל דבר רע שלא יסתכל בשעה שנזקקין זה לזה, וכדאיתא מסכת ע"ז פ"ק (כ, ב), וטעמא דמילתא דאומן בעבדתיה טריד. מזה הטעם התירו לרופא ישראל למשש בדופק אשה ואפילו היא נשואה וליכא משום יד ליד לא ינקה רע. או אשתו גדה והיא חולה חולי שאין בו סכנה ואין אצלה רופא בשר ודם אלא הוא או שיש זולתו אלא שהוא יותר בקי, מותר. דהא נגיעה מידו לידה לאו דאורייתא, דלא אסרה תורה אלא קריבה המביאה לידי גלוי ערוה שנאמר לא תקרבו לגלות ערוה וכדר' פדת. אבל עולא

אומר (שבת יג, א) אפילו שום קריבה בעלמא אסור משום לך לך. והר"מ הלכות איסורי ביאה פרק כא (ה"א) פסק ההיא דר' פדת. וכבר התירו שבות לחולה שאין בו סכנה כאמירה לגוי וכיוצא בו.

על אף שאין דבריו ברורים במלואם, ובמיוחד לא נתברר פירושו בדעת הרמב"ם, הרי שהרדב"ז בתשובותיו (ד,ב) סומך על דבריו להתיר טיפול של רופא באשתו החולה אף בחולי שאין בו סכנה וכן מתיר לבעל לטפל באשתו החולה אף בחולי שאין בו סכנה.

הרדב"ז עצמו הגביל את ההיתר בתשובה נוספת (ג,תקנד):

שאלה על ענין חולה מעים שהיתה אשת איש משמשת אותו ומכנסת ידה במקום סתריו. תשובה דבר זה איסור גמור הוא ויש בו משום לא תקרבו לגלות ערוה ואפי' לשמשו לבד אסור דתניא באבל רבתי האיש כורך ומקשר את האיש אבל לא את האשה כורכת ומקשרת את האיש ואת האשה. האיש משמש את האיש בחולי מעים ע"כ. הרי לך בהדיא דלא התירו לאשה אלא לכרוך ולקשר אבל לא תשמיש אחר שהוא דבר של צניעות ומהאי טעמא בחולי מעים אין משמשת אשה את האיש וכ"ש ליתן ידה במקום סתריו ואפי' תשש כוחו של חולה אין ראוי להתיר דבר זה. וראה כמה הרחיקו ז"ל דאפילו לכרוך ולקשר לא התירו לאיש את האשה להרחיק את האדם מהרהורי עבירה ודבר פשוט הוא. והנראה לע"ד כתבתי:

משמע מדבריו שצריך לאסור זאת למרות שמדובר בטיפול רפואי.

לעומת זאת מדברי הכרתי ופלתי (קצה,כ) שהוסיף על היתרו של הש"ך שהרופאים יכולים להסתכל אפילו במקום תורפה שזה בוודאי בגדר גילוי עריות משום שטרודים במלאכתם, נראה שאין מגבלה כזו על ההיתר.

כך נראה גם מדברי ספר "דרכי תשובה" (יו"ד קנז,ח מובא בנשמת אברהם יו"ד קצה):

שכמה גדולי הפוסקים הראשונים והאחרונים האריכו ברואה דם מחמת תשמיש אם יש לסמוך על בדיקת הרופאים שאומרים שיש לה מכה בצדדי הבטן, ולא עלה על דעת שום פוסק או אחד מגדולי המחברים שהאשה אסורה לשאול לרופא ולעמוד לפניו שיכניס אצבע באותו מקום לבדוק, משום גילוי עריות. וכן מה שכתב הנו"ב על אשה שהרופא מכניס לה טבעת בתוך הרחם, ולא כתב כלל שיש איסור בדבר שיכניס הרופא איש יהודי או אינו יהודי הטבעת באותו מקום וכו'. ובע"כ כיון שאין הרופא והאשה מכוונים לשם תאוה וזנות רק לצורך רפואה, והרופא באומנותו עוסק, אין בזה שום חשש גילוי עריות, וכן מעשים בכל יום ובכל המקומות שהנשים שיש להן איזה מיחוש על עסקי נשים הולכות לרופא והוא בודק אותה בהכנסת אצבעו באותו מקום ומרגיש מיחוושה ונותן לה סממנים, ולפעמים הוא מכניס שפופרת באותו מקום ורואה בעיניו מקור ערותה, ולית דחש לה משום גילוי עריות. וכה ראיתי בשו"ת בנין ציון ח"א סי' עה...

אמנם הרב ב"י זילבר (שו"ת אז נדברו י, לג) טוען שהיתר "בעבדייהו טריד" לא נאמר במגע ממש, וצ"ע דבריו שהם כנגד הפוסקים שהזכרנו.

2. היתר במגע

בשו"ת פני יהושע (מרבי יהושע מקראקא, רבו של הש"ך וזקנו של בעל הפני יהושע על הש"ס, ב, מד) חידש שלדעת הרמב"ם אין איסור כלל בנגיעה שאינה לשם חיבה, אף לא איסור מדרבנן. ורק לגבי נידה נאמר איסור נגיעה וזהו משום החשש המיוחד שיש בנידה מעבר לנשים רגילות.

גם בשו"ת בני בנים (א, לז-מ, ד, יז) הרחיב בהיתר זה וטען שאף שרבינו יונה החמיר במפורש במגע הרי שזו דעתו בלבד ומשום חסידות ואין כן דעת שאר ראשונים.

מאידך הרב ב"י זילבר בספריו האריך לבסס את איסור המגע גם בלחיצת יד כחלק מאיסור "לא תקרבו" לרמב"ם או האיסור מדרבנן לרמב"ן (מקור הלכה ב, יז ושו"ת אז נדברו ב, עג ועוד).

3. מגע בהפסק בגד

לאור דברי הרמב"ם האוסר גם קפיצה ורמיזה, אולי אף מהתורה, יש שכתבו בבירור לאסור גם אם יש הפסק בגד וכן מכריע בשו"ת בית שערים (או"ח רצד). מאידך פוסקים רבים נוטים להקל בכגון דא ובפרט שאין זה מגע בכוונת חיבה כך מעיד בעל מקור חיים (קצה, נח נדפס בתקנ"ח, מובא בפת"ש קצה, יז) שראה מורי הוראה מקלים בזה. וכן הסכים בשו"ת חלקת יעקב (יו"ד צט), וראה עוד בשו"ת באר משה (ד, ו) שהקל לאישה להניח תפילין לבעלה החולה באמצעות הפסק בגד.

4. מלאכת שירות

היתר מחודש מופיע במרדכי (כתובות כתובות קפב):

וה"ר שמואל בר' ברוך אומר אף על פי שאין משתמשין באשה, דרך שפחות שרי כדרך שאמרה אביגיל "לרחוץ רגלי עבדי אדוני". והא דמשמע בירושלמי דאסור היינו דברים של יחוד במקום יחוד אבל במרחץ כיון שרוב בני אדם מצויין מותרת מכאן לגויות ושפחות דמותרות לרחוץ אותנו במרחץ.

הבית יוסף (אה"ע כא) דחה דברים אלו בתוקף:

אני אומר נשתקע הדבר ולא נאמר ודבר זה אסור להעלותו על לב ואין ספק אצלי שאיזה תלמיד טועה כתב כן מעצמו ותלה הדבר ברבו. אמנם הדרכי משה (שם ג) השיב על כך: "אבל ראיתי נוהגין כדברי המרדכי ואין מוחה בידם." אף שבהגהותיו למרדכי הוא מוסיף "והנמנע יתברך" הרי שבהגהותיו לשו"ע הוא מביא את דברי המרדכי להלכה.

למעשה כמובן ראוי שלא להשתמש בהיתר זה וראה בדבריו החריפים של שו"ת ציץ אליעזר (יז, מט) שגם העיד על הרצ"פ פרנק זצ"ל שמחה נמרצות בידי מי שהסתמך על ההיתר. אך ניתן לצרפו להיתרים אחרים בעת הצורך.

עדיפות לגוי

האם יש עדיפות לטיפול על ידי גוי? מצד דיני עריות לכאורה האיסור הוא גם על הנשים (ראה שיעורי שבט הלוי שם שעמד על כך), אך יתכן שמצד "לפני עיוור" אין הכשלה לגוי במקרה שהיהודי עלול להיכשל בהרהור וכדומה.

סיכום

לכתחילה יש להקפיד על טיפול של גברים לגברים ונשים לנשים. אולם במקום הצורך כשבעל המקצוע המתאים לעניין והנחוץ ביותר הוא דווקא מהמין השני, הרי שיש מקום להקל בטיפול רפואי נחוץ ואף לחולה שאין בו סכנה, ואף להתיר מגע של ממש בין מטפל למטופלת ולהיפך, אולם זאת בעדיפות למגע על ידי הפסק בגד.

יד. גידול חזירים לצורך ניסויים

באחד מבתי החולים בארץ מגדלים חזירים לצורך מחקר רפואי. המחקר נעשה דווקא בחזירים משום דימיונם הרב של מערכות הגוף של החזיר לאדם. עלתה השאלה האם מותר לגדל חזירים לצורך ניסויים בהם מפתחים מוצרים רפואיים מצילי חיים? נציין שבתום הניסויים הם מושמדים ואיש לא נהנה מהם.

א. סחורה בבעלי חיים אסורים

בבעלי חיים האסורים באכילה יש איסור נוסף גם לסחור בהם. איסור זה נתפרש במשנה (שביעית ז,ג): "שאיין עושים סחורה בפירות שביעית ולא בבכורות ולא בתרומות ולא בנבלות ולא בטרפות ולא בשקצים ולא ברמשים."

בירושלמי הסמיכו זאת על הפסוק: "טמאים הם מה ת"ל וטמאים יהיו לכם אלא אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה כל דבר שאיסורו דבר תורה אסור לעשות בו סחורה" אך סייגו את האיסור רק לבעלי חיים העומדים לאכילה. ובבבלי (פסחים כג,א): העלו מקור אחר מהפסוק "שקץ יהיו לכם".

אמנם הראשונים נחלקו האם האיסור מהתורה או רק מדרבנן. דעת ר"ש משאנץ (על המשנה שם), וכן בתוספותיו (פסחים כג,א ד"ה אמר), תוספות (פסחים כג,א ד"ה אמר), רא"ש (בבא קמא ז,יג), רבינו דוד (פסחים כג,א ד"ה יהיו) מהר"ם חלאווה (פסחים כג,א ד"ה צידי), גימקי יוסף (ב"ק כט,ב בדפי הרי"ף), אור זרוע (א,של) ותשב"ץ (ג,רצב) עולה שזהו איסור תורה. ואילו לדעת הראב"ד (פי' לתו"כ שמיני סוף פרשה ב), רשב"א (שו"ת ג, רכג, אמנם בחי' לב"ק פב,ב ד"ה לא משמע שזהו איסור תורה), תרומת הדשן (א, ר) על פי גיליון תוספות עולה שזהו איסור דרבנן והפסוקים הם אסמכתא בעלמא, וכן ניתן לדייק גם מדברי ראבי"ה (סי' תתקעד).

הרמב"ם שפוסק הלכה זו (מאכלות אסורות ח, טז-יח) אינו מפרט האם זהו איסור תורה או דרבנן. משנה למלך (שם) הבין בדבריו שזהו איסור תורה (על פי סיום ההלכה בעניין ספק) וכן הפרי חדש (יו"ד קיז, א), וראה תוספות יום טוב (על המשנה שם) שנותר בספק ודעת הנודע ביהודה (ב, יו"ד סב) שהאיסור הוא מדרבנן לדעת הרמב"ם.

ראה בהשלמות לכף החיים מהגר"ע יוסף וצ"ל (ק"ז אות יט) שציין לשיטות הפוסקים וכן בשו"ת יביע אומר (ח, יו"ד יג) וראה שהאריך שם לחזק את האפשרות לצרף דעת הראשונים הסוברים שהאיסור מדרבנן, ובניגוד לפוסקים שסברו שדעה זו דחוייה לחלוטין.

ב. גידול בעלי חיים אסורים

עולה השאלה האם ניתן לגדל בעלי חיים אסורים שלא על מנת למכרם. המשנה (בבא קמא ז, ז) קובעת: "אין מגדלין חזירים בכל מקום." וכן ממשיכה ומזהירה על גידול כלב רע. עלינו לברר מה הנימוק לאיסור גידול חזירים, ומדוע מיוחד באיסור זה לאחר שנאסרו כל בעלי החיים בסחורה. בתלמוד בבלי (בבא קמא פב, ב) הובאה הברייתא הבאה:

תנו רבנן: כשצרו בית חשמונאי זה על זה, היה הורקנוס מבפנים ואריסטובלוס מבחוץ. ובכל יום היו משלשים להם בקופה דינרין, והיו מעלים להם תמידין. היה שם זקן אחד שהיה מכיר בחכמת יוונית, אמר להם: כל זמן שעוסקין בעבודה אין נמסרים בידכם. למחר שילשלו דינרין בקופה, והעלו להם חזיר. כיון שהגיע לחצי החומה נעץ צפרניו בחומה, ונודעזה ארץ ישראל ארבע מאות פרסה על ארבע מאות פרסה. באותה שעה אמרו: ארור האיש שיגדל חזירים...

מכאן שגזירה זו מקורה באותה תקרית מימי בית שני. בתלמוד ירושלמי נידון בהקשר למשנה זו איסור סחורה בבעלי חיים טמאים.

ג. שיטת התוספות – היתר גידול שלא לאכילה

בעלי התוספות (פסחים שם וב"ק שם) שואלים על דברי הבבלי מה הצורך בגזירה על גידול חזירים לאחר שכבר נאסרה סחורה בכל בעלי חיים טמאים (ולשיטתם האיסור מהתורה), ועונים שלוש תשובות:

1. נפקא מינה למיקם בארור – יש תוספת קללה למגדל חזירים (מובא בעוד ראשונים).

2. הא דאסור מדאורייתא היינו להשתכר ולמכור לנכרי לאכול, אבל להשתכר בשומנן או בעורן לא, או שמגדל שלא למכור אלא למשוח ולהדליק אפילו הכי בחזירים אסור – דהיינו אין איסור בגידול לצורך שאינו אכילה או במסחר לצורך שאינו אכילה ואינו קרוי מסחר, אלא רק בחזירים (תירוץ זה מובא בתוספות ב"ק בשם ר"ת, בתוספות שאנץ על פסחים בשם ר"י, בנימוקי יוסף ב"ק כט, ב בשם הרא"ש והרא"ה וכן מובא ברבינו דוד על פסחים שם).

3. בנודמנו לו כגון שנפלו בירושה אין לגדלן – איסור סחורה הותר במקרה שבעל חיים טמא נודמן בדרך מקרה לידי אדם, ואילו בחזיר גם סחורה כזו נאסרה (תירוץ זה מובא במהר"ם חלאווה).

מדברי התוספות בשני התירוצים האחרונים עולה שיש נסיבות בהן מותר לגדל בעלי חיים טמאים כגון לצורך חלבן ועורן וכדומה או כשנודמנו במקרה וחזירים הם מיוחדים בחומרתם שגם היתרים אלו נשללו מהם.

ד. שיטת הרשב"א – איסור בבעלי חיים הנאכלים

הרשב"א בתשובה (ג,רכג) נשאל על דברי התוספות הללו בתירוצם השני:

עוד ראיתי במה שכתבת דבר שאינו נראה לי; ואף כי אמרת שמצאת כן בתוספות בפרק מרובה, והוא שכתבת: שאם אינו סוחר בדברים להעמידן ולמכרן לצורך אכילה, אלא כדי לתקן בהם עורות, וכיוצא בזה, הרי אלו

מותרין בסחורה כזו; וראיה מפורשת, ממה שתירצו בירושלמי: בחמור וגמל, דלמלאכתן הן עומדין.
הרשב"א תוקף בחריפות מסקנה זו:

וזה נראה לי כשיבוש, שכל שהוא מן הדברים שמגדל אותם אדם לאכילה, כחזיר ושאר המינין האסורין בבהמה ובעוף, שדרך בני אדם לגדלן כדי לאוכלן, ושאינן רובן עומדין לתשמישן, אסור לעשות בהן סחורה, גזרה שמא יבוא לאכול מהם, כיון דמינן לאכילה הוא עומד; יצאו חמור וגמל, שאין אדם מגדלן רובן לאכלן, אלא למלאכתן. ותדע, שאם אין אתה אומר כן, צדי חיה עופות ודגים, למה לא יצוד מהן לכתחלה לעשות מהן סחורה ולמכרן לעכו"ם שלא לאכילה? אלא שאין הדבר תלוי אלא במה שאין של דרכן של בני אדם, ואפילו העכו"ם, לגדל רובן לאכילה, אלא למלאכה, כחמור וגמל, אבל המתגדלין ברובן לאכילה, לא. ותמה אני אם התירו התוספות בענין זה שאמרת, אלא אולי בכענין שנפסד לאכילה, ושאינו ראוי, אפילו לעכו"ם, אלא לעבד בהן העורות, דכל שנפסד כל כך, אין לחוש ולגזור משום אכילה; ואם אולי אמרו, אפשר שכך אמרו.

השגתו היא על העולה מדברי התוספות בתירוצ' 2 שגם מין בעלי חיים אסור באכילה ושדרך רוב העולם לגדלו לצורך אכילה, יהיה מותר בגידול לצורך שאינו אכילה. כנגד כך הוא טוען שאם אסור לסחור גם אסור לגדל. דהיינו לדעתו איסור סחורה מחייב איסור גידול של בעלי חיים שדרך לאוכלם לכל מטרה שהיא (ובחידושויו לב"ק הוא אכן מביא רק את תירוצ' 3 לשאלת התוספות). מכאן שלדעת הרשב"א אכן אסור לגדל חזירים מן הדין אף שלא למטרות אכילה היות והם חיות הנאכלות.

ראה בש"ך (ק"ז, א) שדייק בדברי השו"ע (שם) בתחילה שסובר כרשב"א אולם נטה לפרש את השו"ע למעשה כתוספות, ולהקל בגידול שלא למטרות אכילה, והביא שזו דעת עוד הרבה ראשונים. הפרי חדש (ק"ז, א) כותב שראוי לחוש לדברי הרשב"א (ראה עוד בכף החיים יו"ד ק"ז, א, ה).

ה. שיטת הרמב"ם

רבי משולם ראטה (שו"ת קול מבשר א, לג) מעיר על פירוש אחר לאיסור גידול חזירים וחיות אסורות בכלל, שעולה מדברי הרמב"ם בפירושו למשנה (ב"ק שם): ואמרו לא יגדל חזירים, וכן שאר כל האסורין באכילה, ודיבר בחזירים בהוה לפי שהם אשר אפשר לגדלם כצאן ובקר.

דהיינו לפי דבריו האיסור שהוטל על גידול חזירים אינו דבר ייחודי להם אלא כולל גידולם של כל בעלי חיים אסורים באכילה. לעומת זאת כך הוא מנסח את הפסיקה בהלכותיו (נזקי ממון ה, ט): "אמרו חכמים ארור מגדל כלבים וחזירים מפני שהזיקן מרובה ומצוי." מכאן עולה שאין איסור זה מכוון אלא לבעלי חיים שגורמים נזקים.

יתכן שהרמב"ם מיישב בכך את שאלת התוספות, איסור סחורה אינו מחייב שיש איסור לגדל בעלי חיים כאלו, רק לאחר מכן נגזרה גזירה על גידולם של בעלי חיים שהזיקן מצוי. אמנם צ"ע מדוע נטה הרמב"ם מדברי הבבלי שהדגיש איסור בחזירים בלבד, ויתכן שבכך הלך אחר הירושלמי שלא הביא את המעשה המובא בבבלי אלא רק את הפסיקה האוסרת סחורה בדברים אסורים באכילה.

כך גם הארחות חיים (הל' איסורי מאכלות אות מה, מובא בב"י יו"ד קיז) כותב: אסרו ז"ל לגדל חזירים בכל מקום לפי שהן מזיקים, וכן אוסרים הפוסקים ליקח אותן בחובו. אבל עופות טמאים נראה שמותר לגדל אותם כגון עופות המדברים, ובלבד שלא יגדל אותן להשתכר.

מדבריו עולה שהאיסור לגדל חזירים הוא אכן כמו שכתב הרמב"ם משום הנזקים שהם גורמים ואסור אפילו לקחת אותם לצורך חובו, אך מותר לגדל חיות אחרות שאינן מזיקות אף שאסורות באכילה. וכן נוקט כרמב"ם גם רבינו ירוחם (מישרים נתיב לא חלק א).

לגבי חיות אחרות, הארחות חיים מגביל את גידולן בתנאי שאין לו כוונה להשתכר בהן, הבית יוסף (שם) משיג עליו: "אינו נראה דמאי שנא מגמל וחמור

דמשום דלמלאכה קיימי שרי, בירושלמי ומשמע דאפילו להשתכר כיון דלא מפליג בהכי".

ו. סיכום השיטות

נראה שלדעת רוב הראשונים מותר לגדל חיות אסורות, שלא למטרות סחורה בבשרם, מלבד הרשב"א שאוסר בעלי חיים שהרוב נוהגים לגדלם לאכילה ויש מהפוסקים שהורו לחוש לדבריו. לדעת הרמב"ם המועתק בארחות חיים וברבינו ירוחם האיסור הוא בחיות שהיזקן מצוי.

אלא שלגבי חזירים גם לדעת רוב הראשונים הללו יש גזירת חכמים מיוחדת שאסור לגדל אותם אפילו למטרות אחרות והמגדלן הוא בבחינת "ארור מגדל חזירים".

ז. צדדים לקולא

אמנם לשיטת הרמב"ם וההולכים בעקבותיו יש מקום לומר שיסוד הדין הוא בנזק הנגרם מהחזירים, אך אם הם מוחזקים לצורך תועלת ואדרבא הם חיוניים ונצרכים לצורך האדם באופן שאין לו תחליף אחר, יש מקום להקל.

גם לראשונים האחרים יש מקום לצדד לקולא. שהרי בברייתא (ב"ק פ"א) נאמר: "וכן גר שנפלו לו כלבים וחזירים בירושתו, אין מחייבין אותו למכור מיד, אלא מוכר על יד על יד." הגר"ע יוסף (כף החיים יו"ד קיז אות לג) מדייק מדברי הרשב"א, המהר"ם חלאווה והטור (חו"מ תט) שמוכרם "מעט מעט" ואינו חייב להפסיד. וראה עוד (שם ס"ק לו) לגבי גבייה בחובו (ראה גם ערוך השולחן על אתר שהאריך בהיתרים שונים הנובעים מהפסד מרובה).

ניתן להסיק מכך שהחומרה כלפי חזירים אינה קיימת במקום הפסד מרובה. ואם כך הוא בהפסד ממון שאין חייב להפסיד ולא גזרו עליו, ק"ו שיש מקום להקל לצורך ניסויים רפואיים שמונעים הפסד הגוף ונראה לומר שלא גזרו על דבר כזה.

מלבד זאת יש מקום לצדד לדעת אלו המתירים ניתוחי מתים על שום פיקוח נפש עתידי (משפטי עוזיאל יו"ד כט ועוד), יש לשקול שיקול זה גם לעניין גידול חזירים.

ענין עוד בראבי"ה (תתקעד) כמה סברות להיתרא שלא נפרטם כאן, ושמא ניתן לצרף, וצ"ע.

עוד יש לדון האם האיסור נאמר דווקא על אדם פרטי, אך במוסד ציבורי שמגדל חזירים שמא יש מקום להקל בזה. אמנם הגרי"א הרצוג בתשובה (פסקים וכתבים יו"ד לט) לא הקל מצד זה.

נמצא שיש מספר צדדים להקל:

1. הקלו גידול חזירים בהפסד ממון, ק"ו ברפואה.
2. לשיטת הרמב"ם (מובא בארחות חיים וברבינו ירוחם) רק משום היזקו מצוי החמירו ואם כן לצורך תיקון וריפוי בוודאי לא גזרו.
3. פיקוח נפש – לשיטות המקלות בניתוחי מתים משום פיקו"נ עתידי, יש מקום להקל גם בזה.
- שתי סברות נוספות שיש לדון בהם להתיירא:
4. כותב הרדב"ז בתשובה (ג,תעא): "ותו דאין עיקרן של אלו לאכילה אלא לתרופה ולא גזרי בהו רבנן" (שמעתי מהגרז"נ מקור זה).
5. בעלות בית חולדים ציבורי אינה בעלות פרטית.

טו. גן הכהונה

הקדמה

בשנים האחרונות אנו עדים למחקרים חדשים המבשרים על כך שיש לרוב הכהנים גן משותף המעיד על אב אחד ואף ניתן להעריך את התחלת השושלת. כך סוכמו הדברים בויקיפדיה (ערך כהן) בתוספת ציון דעות חולקות: בשנות התשעים של המאה העשרים, עם התפתחות הביולוגיה המולקולרית החל המחקר התורשתי של הכהנים, על ידי בדיקת כרומוזום ה-Y של כהנים. בניגוד לכרומוזומים אחרים, רצף כרומוזום ה-Y אינו מופרע בשחלוף, אלא רק במוטציות, ומשום שמוטציות הן נדירות, רצף כרומוזום ה-Y עובר בשלמותו מאב לבן ומאפשר לערוך מעקב אחר שושלות זכריות במחקרים בגנטיקה אבולוציונית.

בשנת 1997 התפרסם מאמר של פרופסור קרל סקורצקי ועמיתיו מהטכניון בכתב העת Nature שכותרתו "כרומוזומי Y של כהני דת יהודיים". במאמר דיווחו החוקרים על מאפיין תורשתי השכיח יותר בכרומוזום Y של כהנים מאשר באוכלוסיות אנושיות אחרות. בריאיון עם פרופ' סקורצקי למגזין מכון ויצמן למדע נטען כי "ניתוח הרצף הגנטי של כרומוזומי Y הראה כי לגברים היהודים שנושאים מסורת של שייכות לכהונה היה כנראה אב קדמון משותף אשר חי לפני 2,000 או 3,000 שנה". במחקר המשך שהתפרסם בשנת 2000 נטען כי מאפיין תורשתי זה שכיח גם בקרב בני קבוצת הלמבה, החיים בדרומה של יבשת אפריקה וטוענים שמוצאם יהודי.

מחקרים נגדיים טענו כי המאפיין התורשתי "הכהוני" עליו דיווחה קבוצתו של סקורצקי שכיח גם בקרב אוכלוסיות לא-יהודיות במזרח התיכון, ומוצאו באב קדמון משותף שחי לפני 18.5 ± 3.5 אלפי שנים. כך למשל נמצא המאפיין התורשתי הלז בקרב כשליש מהנבדקים מתימן, כרבע מהנבדקים מעומאן וכחמישית מהנבדקים מהנגב, מעיראק ומכורדיסטן, כולם לא יהודיים. ממצאים אלה מעידים כי המאפיין התורשתי "הכהוני" קדום באלפי שנים מהעם היהודי

עצמו, והימצאו או היעדרו אינם מעידים כשלעצמם על מוצאו הכהני של הנבדק, או אפילו על מוצאו היהודי.

בשנת 2003 טענה קבוצתו של פרופ' סקורצקי כי מצאה סמן תורשתי משותף ללויים אשכנזים, אך חוקר אחר חלק על טענה זו בשנת 2006. ככלל, שאלת הזיקה התורשתית בין תפוצות העם היהודי מעוררת עניין בשיח הציבורי בישראל ובתפוצות. במקרה של בני שבט הלמבה וקהילת בני ישראל בהודו, השפיעה קיומה של אסמכתא מדעית לדמיון תורשתי בינם לבין עם ישראל על גיבוש זהותם והגדרתם העצמית למול שכניהם.

על הדברים האמורים למעלה יש להוסיף נתון חשוב.

נתוני המחקר העידו על מציאות הגן רק בחלק מהמוחזקים ככהנים 45% מהכהנים האשכנזים, 56% מהכהנים הספרדים. מאידך, המחקר מצא גן כזה גם בכאלו שאינם מוחזקים ככהנים ואף לא כיהודים: 13% מהישראלים האשכנזים, 10% מהישראלים הספרדים 5%-3 מהאוכלוסיה הלא יהודית. ובהמשך אף נמצא אצל שבטים אפריקאים, אם כי אלו אכן טוענים לקשר עם היהדות ואי אפשר לדעת בוודאות שאין קשר כזה.

השאלה העומדת בפנינו במחקר זה היא האם ניתן יהיה להתחשב בנתונים אלו לצורך קביעת או שלילת ייחוס כהונה.

סדר הבירור כדלהלן:

- א. יסודות הלכות קביעת כהונה
- ב. הגדרת מעמדם של כהני זמנינו בפוסקים
- ג. מסקנות

א. יסודות הלכות קביעת כהונה

סוגיית הגמרא

הגמרא דנה בהרחבה בסוגיית כתובות (כג,ב-כו,ב) כיצד לערוך בירור כהונה¹². שאלת יסוד שעולה מסוגיה זו היא מה הוא הבירור הנדרש בכדי לקבוע האם אדם הוא כהן.

בגמרא עולים מספר עקרונות ומחלוקות בעניין קביעת הכהונה. במשנה (כג,ב) נקבע שאין אדם נאמן להעיד על עצמו שהוא כהן, ונחלקו הדעות האם מעלין לכהונה על פי עד אחד, בגמרא (כד,ב) נחלקו דעות האמוראים האם ניתן להעלות לכהונה מעדים שהעידו על שטר שנכתב בו פרטי אחד הצדדים "כהן".

הגמרא (שם) מסתפקת האם ניתן להעלות מנשיאות כפים לכהונה. בגמרא מובאים כמה אמוראים שהעלו לכהונה על סמך עלייה לתורה. כמו כן מובאת מחלוקת רבי ורבי חייא האם ניתן להעלות בן על פי אביו או אה על פי אחיו. לדעת רבי יהודה הנשיא ניתן להאכיל בתרומה, ולדעת רבי חייא לא ניתן.

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם (איסורי ביאה פ"כ ה"א-ב) מסכם את העולה מדברי הגמרא: כל כהנים בזמן הזה בחזקה הם כהנים ואין אוכלין אלא בקדשי הגבול, והוא שתהיה תרומה של דבריהם אבל תרומה של תורה וחלה של תורה אין אוכל אותה אלא כהן מיוחס. אי זהו כהן מיוחס כל שהעידו לו שני עדים שהוא כהן בן פלוני הכהן ופלוני בן פלוני הכהן עד איש שאינו צריך בדיקה והוא הכהן ששימש על גבי המזבח, שאילו לא בדקו בית דין הגדול אחריו לא היו מניחין אותו

¹² לגבי כל העניין ראה בספרים: ברכת שלמה (מהגר"ש טנא זצ"ל) אה"ע ג ובכורי גושן א,ו, כמו כן ראה בירור נרחב בשו"ת להורות נתן ד,צו.

לעבוד, לפיכך אין בודקין מהמזבח ומעלה ולא מן הסנהדרין ומעלה שאין ממניין בסנהדרין אלא כהנים לויים וישראלים מיוחסין.

הרמב"ם קובע שהדרגה העליונה ביותר היא דרגת "כהן מיוחס". הייחוס המלא ניתן להיקבע רק על סמך עדות שני עדים כשרים על קשר ישיר בין הכהן לבין אבותיו שעבדו בבית המקדש ועברו את הבדיקות שעובר כל כהן שעובד בבית המקדש.

על כן, קובע הרמב"ם, שכיום אין כהן בדרגת ייחוס מעין זו אלא רק כהנים המבוססים על חזקה וממילא אינם יכולים אלא לאכול בתרומה מדרבנן בלשון הרמב"ם נקראים כהנים אלו "כהני חזקה".

בעקבות כך קובע הרמב"ם את מעמדם של הכהנים בימיו ובימינו (שם ה"ט-יג): אבל לחזקה שיהיה כהן ככהני זמן זה ויאכל תרומה וחלה של דברי סופרים ובשאר קדשי הגבול מעלין מן השטרות ועל פי עד אחד ומנשיאות כפים ומקריאה בתורה ראשון. וכן כל כהן שאמר בני זה כהן נאמן להאכילו בתרומה ולהיותו בחזקת כהן ואינו צריך להביא ראיה לא על הבנים ולא על האשה...

דהיינו, על מנת שכהן ייחשב 'כהן מוחזק' הוא נדרש לעד אחד שיעיד על כך שהוא בנו של כהן מוחזק אחר. הרמב"ם גם פסק כרבי יהודה הנשיא שאב נאמן על בנו.

מי שבא בזמן הזה ואמר כהן אני אינו נאמן ואין מעלין אותו לכהונה על פי עצמו ולא יקרא בתורה ראשון ולא ישא את כפיו ולא יאכל בקדשי הגבול עד שיהיה לו עד אחד, אבל אוסר עצמו בגרושה וזונה וחללה ואינו מטמא למתים ואם נשא או נטמא לוקה, והנבעלת לו ספק חללה. דרגה שלישית ואחרונה היא אמירת אדם על עצמו. זו אינה נותנת לו כלל מעמד של כהן מלבד עניינים של חומרא כגון לאסור עצמו בנשים האסורות לכהן, לאסור לו להיטמא למתים. הרמב"ם מוסיף, שאם עובר על האיסורים

שיצר הוא לעצמו, הוא לוקה, ואם הביא ילד לעולם מאישה פסולה לכהונה יש לילד מעמד של ספק חלל. כבר האריכו המפרשים בהסברת שתי הלכות קשות אלו, לא נעסוק בהן כאן.

נציין שהמשנה והגמרא בקידושין דנות בשיטת בדיקת הייחוס של ארבע אמהות, הרמב"ם קובע הלכה זו כהלכה כללית ביוחסין במקרה של ערעור על משפחה (איסורי ביאה יט, יח).

לסיכום: לדעת הרמב"ם ניתן להעלות על סמך עד אחד לכהונה בעניינים הנוגעים לדינים דרבנן, אך אין אפשרות לייחס לכהונה כלל לעניינים הנוגעים לאיסורי תורה ואין כהנים מיוחדים בזמן הזה.

יסוד לדברי הרמב"ם מצוי במדרש ההלכה "ספרי" (דברים פסקא קפח) שמגדיר את התחומים בהם נדרשים שני עדים:

"לא יקום עד אחד באיש", אין לי אלא לדיני נפשות... להעלות לכהונה ולהוריד מן הכהונה מנין, תלמוד לומר "לכל עון ולכל חטאת".

זו דרשה מפורשת הקובעת שיש צורך בשני עדים בכדי לקבוע כהונה. בשו"ת שאילת דוד (מאמר "דרישת ציון וירושלים" מאמר שני ס"ק א) ביאר את טעם הדבר:

הרי מבואר דענין להעלות לכהונה אינו שוה לשאר האיסורים וכן הדעת נותנת שהרי ע"י עדותו זה מחייבו ג"כ לאוסרו בגרושה ובטומאת מתים... דהיינו, מכיוון שזו עדות המחייבת את הכהן בעניינים הנוגעים לנישואין מעבר לאיסור רגיל אין אפשרות לחייבו אלא על ידי שני עדים המבשרים את המציאות.

יש גם לדון האם שייך דין דבר שבערוה בקביעת הכהונה, נטיית האחרונים שאין זה דבר שבערוה אלא אם כן הדיון הוא על פסול הבן (ראה מחנה אפרים עדות יג, שב שמעתתא ו,טו, משובב נתיבות לח,ב ושו"ת רבי עקיבא איגר א,קכד-ה).

נאמנות עד אחד בתרומה

המגיד משנה (שם ה"א) מציין לשיטת החולקים ומתירים גם העלאה על ידי עד אחד לעניין של כהונה מהתורה, דהיינו לאכילת תרומה, ומציע ביאור לשיטת הרמב"ם:

אבל יש מפרשים ז"ל שכתבו שעל פי עד אחד הוי מוחזק בתרומה דאורייתא, דעד אחד נאמן באיסורין וכל שכן במילתא דעבידא לאיגלווי. ומכל מקום אין מעלין אותו ליוחסין אלא בתרי... אלו דבריהם. ואפשר שמפני שרבינו סובר שמעלין מתרומה דאורייתא ליוחסין כמו שכתב למטה: "מי שהעידו לו עדים שהיה אוכל בתרומה של תורה הרי זה מיוחס" כתב כאן שאינו אוכל בתרומה וחלה של תורה אלא כהן מיוחס ואינו מתייחס אלא בב' כמו שנכתוב בסמוך.

המגיד משנה מציין שיש פוסקים החולקים על הרמב"ם, וסוברים שדי בעד אחד בשביל לקבוע ייחוס של כהן ככהן חזקה גם לגבי אכילת תרומה מהתורה, היות שהוא עניין של איסורין בלבד. לדבריו הרמב"ם החמיר בעניין תרומה, כיוון שסבר שתרומה מהווה מדרגה לקביעת היוחסין בתחום הנישואין, ועל כן אין כאן רק עניין של איסור כי אם גם קביעת ייחוס. העמדה החולקת על הרמב"ם מובאת גם אצל הר"ן (כתובות י, ב בדפי הרי"ף) והוא עצמו סובר כך:

ולענין הלכה משמע לי דאין מעלין מתרומה ליוחסין, הילכך נהי דליוחסין בעינן ב' עדים, בתרומה בעד א' סגי... והיינו טעמא משום דעד אחד נאמן באיסורין וכל שכן במילתא דעבידא לאיגלווי הילכך אפילו בתרומה דאורייתא עד אחד נאמן זהו שנראה לי מפשט הסוגיא. אבל הרמב"ם ז"ל כתב... ונראה שהוא סובר דסוגיין דפשיטא לן דלתרומה בעד א' סגי היינו דוקא בתרומה דרבנן ולא ידעתי מי הוסיקו לכך... אלא ודאי אפילו לתרומה

דאורייתא בעד אחד סגי לרבנן דאמרי אין מעלין מתרומה ליוחסין. ולפיכך לא נתחווירו לי דברי הרמב"ם ז"ל בכאן. מדבריהם עולה אפוא שהמחלוקת היא בייחס לתרומה דאורייתא האם להשוותה ליוחסין או שהיא ככל דיני איסורין עליהם נאמן עד אחד. כשיטת הר"ן עולה מדברי מהר"ם מרוטנבורג (מובא ברא"ש גיטין פרק ה סימן יב ובמרדכי יבמות עג) שאין אדם נאמן על כהונתו אף בכדי לאכול בתרומה משום נגיעה:

אינו נאמן לומר כהן אני להאכילו בתרומה... והיינו טעמא משום דהוי שבח כהונה וריוח מתנות כהונה לו ולזרעו לדורותיו. כלומר, היות ויש לשאלה זו השלכה ממונית, הוא עצמו נוגע בדבר ואינו נאמן על כך. אמנם עד אחד, כשאין לו נגיעה, נאמן ככל איסורין ולכאורה אף בתרומה דאורייתא.

שיטת רבינו תם

רבינו תם חולק על שיטת הרמב"ם וסבור שעד אחד נאמן להחזיק אדם לכהן אף לעניין יוחסין, ולמעט עניין עבודת בית המקדש בלבד. כך הוא כותב בספר הישר (חלק החידושים סי' ל, הובאו דבריו בחיבורי התוספות בכתובות וקידושין ובשאר ראשונים) בביאור הסוגיה בכתובות הדנה בהכשרת הכהן ליוחסין:

נראה לי ד"להשיאו אשה" ויוחסין דכל הני שמעתא היינו כשמעידין עליו שהוא כהן בדוק, כדתנן בעשרה יוחסין הנושא אשה כהנת צריך לבדוק אחריה ד' אמהות, דאף על גב דידעינן דכהן הוא בודקין את אמו ואם אמו. וכיון שמעידין עליו שהוא בדוק, משיאין אותו אשה בדוקה מד' אמהות ואין צריך לבדוק אחר בתו ומותרת לכהן המשמש על גבי המזבח בלא בדיקה.

כלומר יש דין מיוחד הנוגע לעבודה על המזבח שלגביו נדרשת בדיקת ארבע אמהות, לגבי שאר ענייני כהונה, די בעדות עד אחד ואף קרוב כשר לכך.

הטור (אה"ע ב) כרך שיטת רבינו תם והרמב"ם יחדיו:

ורבינו תם פירש שאין בדיקה אלא לכהונה, ודקתני: "הנושא צריך שיבדוק בד' אמותיה" פירוש שאין בנו כשר לשמש על המזבח ואין בתו כשרה לכהן המשמש על המזבח אלא א"כ ישא אשה... ע"כ. ומשמע מדבריו דליוחסין כהונה בעי בדיקה. וכן כתב הרמב"ם ז"ל... ע"כ.

כלומר לצורך כשרות לכהונה יש לבדוק את הייחוס של המשפחה. הבית יוסף מבאר שהטור מרחיב את הצורך בבירור הייחוס לכל ענייני הכהונה על פי סיום דברי רבינו תם כפי שהובאו בתוספות (כתובות כד, א ד"ה אבל): "אבל ליוחסין שאין בו צד כהונה לא בעי בדיקה". עוד מוסיף הבית יוסף שאפשר שרבינו תם והרמב"ם חולקים בעניין הצורך בבדיקת כהונה לתרומה דרבנן ורבינו תם מחמיר אף יותר מהרמב"ם ומצריך בדיקה אף לתרומה דרבנן. אמנם הים של שלמה (קידושין ד, ה) כבר מעיר שלא עמדו לנגד עיני הטור והבית יוסף דברי ר"ת בספר הישר ושם מבואר שכוונתו רק להעלאה למזבח, ולהיפך רבינו תם מקל יותר מהרמב"ם ולדעתו אין צורך בבדיקה אף לתרומה דאורייתא.

הטור ממשיך ומשיג על הרמב"ם ועל רבינו תם ושואל מדוע יש צורך בבדיקה אף למזבח כשיש חזקת כשרות, אם כי בסוף דבריו משמע שחזר ויהודה להם:

ונראה דאפילו ליוחסין כהונה אין צריך בדיקה, דהא מסיק על ההיא משנה דהנושא אשה צריך לבדוק בד' אמותיה אמר רב יהודה אמר רב זו דברי ר' מאיר אבל חכמים אומרים כל המשפחות בחזקת כשרות הן ואמר רב אחא בר גוריא אמר רב אם קרא עליו ערער צריך לבדוק אחריו, אלמא דמסתמא אין צריך שום בדיקה.

ומיהו אפשר אף על גב דלחכמים אין צריך בדיקה, הלכה כסתם משנה שצריך בדיקה לכהונה באשה.

הרי שהטור קובע שלפי דעת חכמים שיש ללכת אחר חזקת כשרות של המשפחות, היה ראוי לסמוך על כך גם לכהונה, אם כי הוא מציע בסוף דבריו

שבמקרה זה אין הלכה כחכמים אלא כסתם משנה, וכפי הנראה כוונתו שלעניין כהונה החמירו.

הבית יוסף כותב שיש ליישב את קושיית הטור על רבינו תם מהדין של חזקת כשרות, שכן ייתכן שלכהונה החמירו גם כנגד חזקת כשרות, וכך היא גם שיטת הרמב"ן בלשון "אפשר" (חי' קידושין עו,א הובאה בר"ן קידושין לא,ב). אף שלכאורה בסוף דבריו כותב הטור שיש צורך בבדיקה, גם על כך הבית יוסף מוסיף ומקשה, שכן הגמרא קבעה במפורש שמשנה זו היא נגד דעת חכמים שלדעתם הולכים אחר חזקת כשרות ואין צורך בבדיקה כלל.

אמנם צריך ביאור בשיטת הבית יוסף שלדבריו הסיבה לבדיקה לשיטת רמב"ם ור"ת היא משום שהחמירו חכמים בכהונה, הרי הוא עצמו כותב שהגמרא תלתה החמרה זו המופיעה במשנה בשיטת החולקים על חכמים, ואם כך לחכמים הסוברים שיש משקל לחזקת כשרות, מה מקור לחומרה זו? על כן נראה שדברי הבית יוסף נסמכים על מסקנת הטור. שכן הטור מבאר שדברי הגמרא שהמשנה תלויה בשיטת חכמים הם אליבא דשיטה שאין הלכה כסתם משנה, ואילו לשיטת הסוברים שהלכה כסתם משנה, שהלכה כמותם, יש לומר שהמשנה היא גם אליבא דחכמים, וגם לדעת חכמים יש צורך לבדוק כנגד חזקת כשרות היות וכהונה חמורה יותר.

הב"ח מציע מהלך אחר בהבנת השיטות. לדבריו הרמב"ם ור"ת סוברים שאין צורך בבדיקה אלא לגבי שימוש על המזבח. והטור שהשיג עליהם סבר שהחזקה מועילה אף לעניין זה, ובסוף דבריו של הטור שכתב שייתכן שיש מקור לשיטת הרמב"ם ור"ת, ויש צורך בבדיקה אליבא דסתם משנה, וכוונתו לבדיקה רק לעניין מזבח, ואילו לשאר ענייני כהונה בוודאי מועילה חזקת כשרות.

לפי שיטה זו יש להסתמך על חזקת כהונה כפי שמסתמכים על חזקת כשרות של כל יוחסין, למעט לעניין הגדרת הכהן כמי שראוי לשמש על המזבח.

כך פירש גם המהרש"ל (ים של שלמה קידושין פרק ד סעיף ה ובעיקר בסעיף יב) ולפי שיטתו ביאר שבדיקת ד' אמהות היא לעניין מזבח בלבד ובכך יישב קושיית הבית יוסף מדוע לא הובאה בדיקה זו בפוסקים, ומסיק המהרש"ל: ולענין הלכה, נראה דקיימא לן כהאי מתניתין, כדפירש ר"ת, לענין שימוש מזבח, ואף דר' יהודא מוקי לה בשם רב כר' מאיר, ולא אליבא דהלכתא. אפשר דאנן קי"ל דבסוגיא בכתובות בפ"ב (פ"ד ע"א) דנאמן להאכילו בתרומה, ואינו נאמן להשיאו אשה, ובעל כרחך איירי לענין להשיאו אשה בדוקה, כדפירש ר"ת, ואם כן הכי קי"ל. ראה גם מה שכתב בים של שלמה בכתובות (פרק ב סימן מב).

עדות קרוב

עוד מצינו בשו"ת המבי"ט (ב,מ) שדן במי שהעיד עליו אדם ששמע מאביו שהוא כהן, והכריע לסמוך על עד אחד ואף על עדות של עד מפי עד "וא"כ מחזיקין לזה בכהן לישא כפיו ולקרוא בתורה"¹³.

השלכות מעשיות

הפוסקים דנים בפרטות בשאלות מעשיות עולות בעניין קביעת מעמד הכהנים לעניין ברכת כהנים ועלייה לתורה.

עלייה לתורה

הרמב"ם כאמור לעיל, קובע שאי להאמין לאדם שאומר על עצמו שהוא כהן ולהעלותו לתורה.

הרמ"ך (השגות על איסורי ביאה כ,יג) השיג על הרמב"ם:

¹³ אמנם צ"ע הסבר הדין שכתב: "שעל פי עצמו גמי מעלין אם הוא מסיח לפי תומו".

תמה דמנהגנו להאמינו לקרא בתורה ראשון, וכן הדין נותן דלא איכפת לן אם יקרא ראשון מאי אמרת שמא יעלו אותו מקריאת התורה לתרומה כולי האי לא חיישינן בתרומה דרבנן.

כלומר, הוא מעיד שהמנהג הוא שלא כדברי הרמב"ם בייחס להעלאת כהן לתורה אף ללא עדים כלל. הוא מסביר שלא חששו שמא יעלו אותו לתרומה שכן בלאו הכי תרומה רק מדרבנן.

המגיד משנה (שם) משיב על דברי הרמ"ך:

ואני אומר אין מביאין ראיה ממנהג בטעות. ומכל מקום אפשר לומר שמפני שאין אנו נוהגין כלל בארצותינו בתרומה לא חששו להאמינו בקריאה בתורה ואף על פי כן אין ראוי לעשות כן.

דהיינו, יתכן והמנהג בטעות יסודו, ואכן ראוי לבטלו כפי שהוא מסיים. כמו כן, יש להליץ בעד הנוהגים כך שאין תרומה מצויה בינינו כלל. הר"ן (כתובות י, ב בדפי הרי"ף ד"ה וגרסי' תו) מיישב את דברי הרמב"ם באותו כיוון:

ואפשר שמנהגנו הוא עכשיו לפי שאין תרומה מצויה עכשיו בינינו ואף על פי כן דברי הרמב"ם עיקר.

מדברי הריטב"א (כתובות כה, ב ד"ה שמעת) עולה שהסכים לדעת הרמב"ם. בתוספות רא"ש בקידושין (פ, א ד"ה לא שנו, בסוף הדיבור) משמע קצת שאין צורך כלל בעדות.

נשיאות כפיים

הדיון שהבאנו נסב בעיקר על שאלת העלייה לתורה. אך הרמ"א (ג, א) שהביא את דעת הרמ"ך שנהגו להעלות לתורה, הוסיף שגם נהגו לאפשר לכהן לישא כפיים, לפי דבריו שהוא כהן אף אם אין לו עד שיכול להעיד על כהונתו. והוסיף שכך הוא המנהג "וליצא למיחש למידי".

החלקת מחוקק (ג, א) תמה על ההרחבה שעשה הרמ"א:

הרמ"ך בעל דעה זו לא כתב רק לקרות בתורה ראשון ונתן טעם לדבר דלא אכפת לן אם יקרא בתורה ראשון כלומר דאין בזה צד איסור רק מפני דרכי שלום (כדאיתא במשנה בהניזקין גיטין נט,א) אבל נשיאות כפים דאיכא איסור עשה כמבואר בגמרא (כתובות דף כד,ב) בזה אין מקילין אף לדעת הרמ"ך.

הבית שמואל (ג,ב) מיישב את דברי הרמ"א:

אלא ודאי כל דבר שאין לו הנאה לא חיישינן שיעשה איסור ואין לו הנאה מזה. משום הכי לא חיישינן לשום דבר אלא שמא יאכל בתרומה, אבל אין חשש משום נשיאות כפים או שיעלה לתורה ובארץ ישראל דנוהגים תרומה... אינו נאמן אפילו בזמן הזה.

הבית שמואל מחדש, שכל החששות שנאמרו לגבי תרומה אינן נוגעות לנשיאת כפים מפני שהוא דבר שאין בו הנאה. רק לגבי תרומה שיש בה הנאה ממזונית החמירו להצריך עד אחד בתרומה, ואם מעלים ממנה ליוחסין צריך אף שני עדים. הוא גם מוסיף שבארץ ישראל אכן אין להעלותו לתורה או לנשיאות כפים מפני שנוהגים בתרומה. הסתייגות זו מופיעה גם בחלקת מחוקק (ג,ב).

סברה מחודשת העלה המהרי"ט (חלק א סימן קמט), הובאה גם בפני יהושע (כתובות כד,ב ד"ה אבל) ובישועות יעקב (ג,א הובא בפתחי תשובה ג,א):

ולפיכך צריך לומר דאין האיסור אלא בזמן המקדש שהיו אומרים את השם ככתבו, אבל לאחר חרבן... ליכא האי איסורא.

כלומר, יש מקום לדון על כך שאף אם מעלין רק לדברים דרבנן, נשיאות כפים בזמן הזה היא מדרבנן מכיון שאינה כוללת את השם המפורש כפי שהיה במקדש.

ב. מעמדם של כהני זמנינו בפוסקים

כפי שכבר ציינו בפרק הקודם, מעמדם של הכהנים לאחר חורבן בית המקדש ואובדן המסורת הברורה על כהנים שעבדו בפועל בבית המקדש לאחר שקיבלו אישור על ייחוסם מבית דין, גרמו לכך שיש פחות במעמד הכהנים שבזמננו. בפרק זה נסקור את ההתייחסות של הפוסקים לכהנים בני זמננו כפי שזו עלתה ביחס לשאלות רבות בהן נדרש כהן.

ישנה התייחסות ראשונית מועטה לנושא בתקופת הראשונים, למעט הריב"ש שעסק בנושא ואסמכתא מסויימת הנמצאת בכתבי הרשב"ש ובניו (ראה גם להלן בתשובת שבט הלוי המצטט מהמאירי).

ריב"ש

הריב"ש (נפטר בשנת ה' קס"ח 1408 כיהן כרב בספרד ובאלגיר) עסק בנושא בשתי תשובות. בתשובה אחת הוא מערער על ייחוס הכהנים (צד), השואל נתקל באדם שקילל כהן והציבור תבע ממנו להענישו באופן מיוחד כיוון שקללת כהן חמורה יותר, והוא פונה אל הריב"ש בשאלה מה לעשות במקלל:

הנה, שלדברי הכל היא מצוה בתורה לכבד הכהן יותר משאר ישראל, וכבר מנאה הרמב"ם ז"ל בחשבון המצוות... ובספר המצוות שלו כתב... גם הר"ם מקוצי ז"ל מנה המצוה הזאת בספר המצוות שלו. וכן נמנית מצוה זו בס' עמודי גולה... ואחר שהיא מצוות עשה מן התורה לכבד הכהן, ולהדרו על שאר העם, הדבר ברור שהמחרף אותו ראוי ליענש יותר משאם חרף א' משאר העם... ומכל מקום, אף אם נותנין לו מתנות כשאינן שם כהן חכם, אין מחמירין הרבה על המביישו בדברים, כיון שאינו מתחזק בתורת ה' כמו שראוי לזרעו של אהרן ע"ה, שנאמר עליהם: יורו משפטיך ליעקב וכו'... הנה, שלא היו אלו החכמים נוהגין מלקלל הכהנים, אף אם היו נודעים ביחוסם, כל שלא היו נוהגין כשורה, או שלא היו בני תורה. כ"ש

כהנים שבדורנו, שאין להם כתב היחס, אלא מפני חזקתן נהגו היום לקרוא ראשון בתורת כהן, ואפי' הוא ע"ה לפני חכם גדול שבישראל. כמש"כ זה לר"ם ז"ל (בפי"ב מה' תפלה). אף על פי שמן הדין היה זה אסור, ואותו חכם חייב מיתה, שקורא לפניו אפי' כהן גדול עם הארץ, כמו שכתבתי למעלה; אלא שנהגו כן מפני המחלוקת.

מדבריו עולה, שאף אם היה מקום לקנוס המקלל כהן יותר ממי שקילל ישראל אך אם הכהן אינו תלמיד חכם, ובמיוחד בכהני זמננו שאינם אלא כהני חזקה, אין להקפיד בכך. עולה אפוא שהריב"ש ראה בכהני זמנינו כאלו שאינם כהנים לכל דבר ועניין. מאידך בתשובה אחרת (שמח) עולה שיש להקפיד בכל חומרת הדין על קדושת הכהונה גם בזמננו:

שאלתם על איש אחד שבא לפניכם ורצה להחזיר גרושתו, ולא ידעתם בו שהוא כהן, ונשא אותה לקוחין שניים. ועתה נתברר לכם שהוא כהן, ונסתפק לכם, אחרי שכבר נשאה, אם כופין אותו להוציא, מאחר שאינה מגורשת מאיש אחר, אלא שהוא החזיר גרושתו... ואם תמצי לומר שכופין אותו להוציא, איזו כפיה תעשו על זה.

תשובה: זו גרושה גמורה היא, הפסולה לכהן מן התורה; כי אין חלוק בן גרושת איש אחר, לגרושת עצמו... ומ"מ, בין שתהיה מן התורה, או מדבריהם, כופין אותו להוציא שהרי אפילו השניות, שהם מדרבנן, כופין להוציא... אין צריך לומר באיסורי כהונה, שכופין להוציא, אפילו לא היה האסור אלא מדרבנן... ומ"מ, בנדון שלפנינו, שהיא גרושה גמורה, ואסורה לו מן התורה, אין צריך לומר שכופין אותו להוציא, וגם מיסרין אותו על מה שעבר...

מכאן שהריב"ש הורה כדבר פשוט לכפות ולהוציא כהן שנשא אישה האסורה לו מהתורה או מדרבנן. במקרה זה לא עלתה כלל הטענה על חולשת הייחוס בזמננו. אף שהיה אפשר לומר שהדבר נובע מכך שהכהן "שוויא אנפשיה חתיכה

דאיסורא", כלומר, חייב את עצמו בכך שהגדיר את עצמו ככהן, הרי שמלשון התשובה משמע שהבסיס לחיוב הוא מדיני הכהונה ולא דוקא מדין פרטי של אותו אדם שהפך עצמו לכהן.

דברי הריב"ש הראשונים, המערערים על הכהונה, והשניים המחזקים אותה – שימשו מקור ובסיס לדיונים רבים שהתקיימו לאחר מכן בתקופת האחרונים.

רשב"ש

בתשובה המובאת בבית יוסף (אבן העזר ג ואינה בשו"ת הרשב"ש) קובע הרשב"ש דברים ברורים בעניין הנאמנות על הכהונה אפילו במצבים בעייתיים: כתב ה"ר שלמה בן הרשב"ץ אם יעיד אחד מהאנוסים שאחד מהם מוחזק בכהונה מעלין אותו לקרות בתורה ואין חוששין שמא אמו גויה שכל האנוסים נזהרים מלהתחתן בגוים ולא חיישינן למיעוטה דכל דפריש מרובא פריש עכ"ל.

יכין ובוטז

בקו הזה ממשיכים בניו של הרשב"ש רבי צמח ורבי שמעון בספרם שו"ת יכין ובוטז (ב,ג):

ולענין מי שבא בזמן הזה מארץ אחרת ואין אנו יודעים בו אם הוא כהן או לא והוא טוען שהוא כהן אם יש להאמינו לקרות בתורה ראשון או לא. מ"מ בכל המקומות שמתנהגים ע"פ ספרי הרמב"ם ז"ל ראוי להחמיר ולחוש לדבריו ואין להעלות כהן לקרות בתורה ראשון ע"פ עצמו אלא ע"פ עד אחד, ואין צריך שיעיד שהוא כהן אלא מכיון שהעיד שראהו במקום א' שעלה לס"ת ראשון ועלה אחריו לוי די בזה...

ומאחר שנתבאר זה יש לעיין בבעלי תשובה אלו שאנוסי הזמן שבאין קצת מהם וטוענים שהם מאותם שהם מוחזקין בכהונה ורוצים לקרות בתורה ראשון אם יש לנו להעלותם לקרות בתורה ראשון או לא.

ואני אומר שאין למונעם לקרות בתורה ראשון... אף הכהנים שבהם כהנים הם ואין השמדות פוסלת בכהונתם... ולפיכך מי שבא מאלו האנוסים וטוען שהוא כהן ויעיד לו עד אחד שהוא מאותן המוחזקים בכהונה או ב' עדים שיעידו על אביו שהוא מהמוחזקין בכהונה עולה וקורא ראשון בתורה ואין לחוש לשום דבר ואין צריך שיעידו שהוא כהן מיוחס אלא שהוא מהמוחזקין שהם כהנים...

ולפיכך אלו הבעלי תשובה מי שיטעון מהם שהוא כהן ויעיד לו עד אחד שהוא אצלם בחזקת כהן הרי אנו מחזיקין אותו בכהן לפי שכל האנוסים בקיאים קצתם בקצתם ומכירים כל א' משפחתו ויחסו ואומרים זה ממשפחה פלונית וזה ממשפחה פ' וגם יודעים ומכירים לאותם שהם מתיחסים אל הכהונה והם אצלם בחזקת כהנים ולפיכך אין לעכב על יד מי שיבא מהם מלקרות בתורה ראשון כשיעשה תשובה. וגם אין לחוש לכהן זה שמא אין אמו מישראל אם אין העד או העדים מעידים באמו שהיא מישראל ואומרים שאין מכירין אם היא מישראל או לא. לפי שחזקת כל האנוסים אינם נושאים גויות, ודבר זה מפורסם לנו שהם מתנהגים בכך וכיון שנודע לנו והם מעידים זה לזה שבזה הם מתנהגים דור אחר דור מזמן הגזרה עד היום הזה, הויה חזקה זו חזקה לדון על פיה. שכל אנוס הבא לעשות תשובה כשם שמחזיקין אותו שאביו מישראל כך מחזיקין אותו שאמו מישראל ואינה עכו"ם. ומצינו בתלמוד בהרבה מקומות דנין על פי חזקה ואפילו באיסור דאורייתא...

נמצא ששמועת האב מאושרת על ידי בניו. אמנם לעניין מי שבא ואמר "כהן אני" מחמירים הבנים כשיטת הרמב"ם.

אחרונים

בתקופת האחרונים אנו מזהים שתי מגמות. מחד יש המחזיקים בחזקת הכהונה ללא כל פקפוק ובמיוחד במקום בו הייתה חזקה של ממש. מאידך יש מהפוסקים שערערו על חזקת הכהונה כשהמייצגים העיקריים של שיטה זו הם המהרשד"ם, מהרש"ל, שבות יעקב והיעב"ץ. נסקור את הפוסקים שעסקו בעניין זה לפי סדרם ההיסטורי וכך נוכל גם לעמוד על חילופי התגובות שבין הפוסקים, במיוחד הדבר בולט במספר מקרים עוסקים באותו המקרה כאשר כמה מהמקרים הפכו להיות נושא לדיון בין גדולי הפוסקים בדורם.

מהרשד"ם

המהרשד"ם (רבה של שאלוניקי נ' שמ"ט 1589) נזקק לדון בענין ספק שהתעורר ביחס ל"שבויה" האסורה לכהן:

אלא שאני אומר שאני סומך בזה על מה שאמר הריב"ש... הרי שכתנים בזמננו אינם כהנים ודאי... ואם כן אחר שאיסור זה דשבויה אינו אלא איסור דרבנן וכמ"ש הרמב"ם א"כ די לנו להחמיר במה שהוא אסור ודאי אבל בענין ספק כזה ראוי לנו לומר ספק דרבנן לקולא...

המהרשד"ם כותב בתשובה זו, שמעמד הכהן הוא מעמד של ספק והוא מסתמך על הריב"ש. על כן, במקרה של ספק איסור לכהונה יש כאן דין ספק ספיקא ובאיסור דרבנן ספק דרבנן לקולא. דברי המהרשד"ם עוררו ביקורת רבה.

למשל רבי שמואל אבוהב (ראש ישיבה בונציה נפטר תנ"ד 1694) בשו"ת דבר שמואל (קט) מסביר שהמהרשד"ם לא כיוון להתיר אלא במקרה מיוחד של שבויה שלא היה ברור כלל מעמדה כשבויה. ראה להלן שהחכמים שהבינו בדברי המהרשד"ם ערעור של ממש על הכהונה לא קיבלו דבריו להלכה. ראה להלן דברי מה שהשיגו עליו בהבנת הריב"ש יש שהזכירו שמו במפורש כמהרש"ש ויש שרמזו לו כ"כנסת הגדולה" שביקר את הסתמכותו של המהרשד"ם על הריב"ש.

ערעור על הכהונה בונציה

אירוע משמעותי שאירע בסביבות ת"ק (המאה ה-16) בעיר ונציה אילץ את הפוסקים לנקוט עמדה ברורה בסוגיה זו¹⁴. נביא את סיפור האירוע כפי שנכתב בשו"ת מהרי"ט (א,קמט) כיון שהוא גרם לדיונים הלכתיים חשובים בסוגיית ייחוס הכהונה:

ומעשה שהיה כך היה ר' יעקב כהן שלום בחור בן כה"ר אברהם כהן שלם זה ט"ו שנים שמש עם אביו ואחיו בכהונה היינו עלו לספר לקרוא ראשון ונשאו את כפיהם וחתמו אגרותיהם בשם כהן בכל מקום שהיו עומדים שם מהיום הנזכר. והנה הבחור ר' יעקב כהן הנזכר, קידש גרושה זקנה עשירה בצינעא אחרי שהגד לאביו שהיא גרושה ואינו יכול לקדשה ולישא אותה, ואחר שקדשה ונאמרו לו שאינו יכול לקיימה אמר שאינו כהן ורוצה להחזיקה. ונשאלה שאלה מה יהא בדינו של הבחור ר' יעקב כהן הלז? האם יחוייב לגרשה וכופין אותו להוציא כמו שכופין למקדשי פסולות ומהן גרושה לכהן או יהיה כח בידו מדין תורה לומר אינו כהן הגם ששמש כמה שנים בכהונה?

מהרח"ש

רבי חיים שבתי המכונה המהרח"ש (רבה של שאלוניקי, נ' ת"ז 1647) עסק במקרה הנ"ל כשבפתח הדברים (שו"ת מהרח"ש ג,נג-נד) מובאת תשובת רבי יוסף סאמיגה המתיר לאותו אדם לישא גרושה, וכותב שמלכתחילה לא היה ברור

¹⁴ ר"י יודלוב סקר במאמרו (סיני פד, עמ' קסו ואילך) את תולדות הסכסוך והמעורבים בו, מסקנתו היא שהסכסוך התחיל במחלוקת בין האב"ד של ונציה, רבי לייב סראוול וחבריו להרכב שחייבו את האדם להמשיך להחזיק בדיני כהונה ולפרוש מהגרושה לבין רבי יוסף סאמיגה שתמך בטענה שאינו כהן ומותר בגרושה, הוא גם מוסיף עוד מקורות בהם הובאה המחלוקת וציננתם בפנים.

ייחוסה של המשפחה, בעיקר על פי האפשרות לחזור באמתלא. תשובה זו עוררה את התגובות הרבות.

המהר"ש דוחה בחריפות את ההיתר, ובין היתר הוא דן בשאלת מעמד הכהנים בכלל, כשהוא סותר אפשרות של הסתמכות על המהרשד"ם, אף שזו לא הועלתה בידי הפוסק המתיר:

חדא דאף מהרשד"ם לא כתב אלא באותו נדון שהיא שבויה שהיא מדרבנן... אבל הכא דאיסור גרושה לכהן דאורייתא אף אם נאמר דהוי ספק כהן הוה ליה ספיקא דאורייתא ולחומרא, וכופין אותו להוציא וכמו שיבא בעז"ה.

ועוד לי הדיוט איני מבין מדברי הריב"ש כדברי הרב ז"ל, שהריב"ש לא כתב בכהנים שבדורינו אלא לסניף בעלמא ולא כתב בזה מנהג אלא לענין להקדים כהן עם הארץ בפני חכם גדול שבישראל... אבל לענין הנשים הפסולות לכהונה אין בזה מנהג, ואף בזמן הזה יש לדין התלמוד דכל כהן אסור בגרושה וכיוצא, וראיה מדברי הריב"ש עצמו בסימן שמ"ח... הרי שכתב סתם שכופין אפילו באיסור מדבריהם, ואם איתא הוה ליה לפרש דבזמן הזה ליתא כיון דספק כהן הוא וספיקא דרבנן לקולא כמו ספק חלוצה וכו'...

אמנם לענין הכפיה כתב הריב"ש בסימן הנזכר דכופין אותו בשוטים עד שיאמר רוצה אני, וכן כתב הרב מהרא"ם בתשובות סימן צ"ח. וכתב עוד הריב"ש וז"ל, אמנם אם אין יכולת בידכם להכותו ולכופו בדרך הזה וגם לא ע"י גויים עשו לו כפיה אחרת אם לאסרו במאסר צר או לנדותו ולעשות לו הרדפה יע"ש. ואחר ימים ושנים שכתבתי בזה הראוני בספר הלבוש בסוף הלכות סוטה פסק מגדול אחד שפסק בזה להחמיר, וכנראה מדבריו שגם פסקו חכמי ויניציא שכופין אותו לגרשה.

כלומר, לדברי המהר"ש גם המהרשד"ם לא הקל ביחס לאיסורי תורה. מלבד זאת הוא טוען שההסתמכות של המהרשד"ם על הריב"ש אינה מוצדקת שכן

הריב"ש בסך הכל כיוון לומר שהקדמת כהן עם הארץ לתלמיד חכם נובעת מכח המנהג, מה שאין כן דיני הכהנים הנוגעים לאיסורי כהונה בתחום הנישואין הם מעיקר הדין ולא מכח המנהג. הוא מביא ראייה להבנתו בשיטת הריב"ש מדברי הריב"ש שפסק לכפות גירושין על כהן שנשא אישה שפסולה מדרבנן לכהונה. המהרח"ש גם מוכיח שהפסיקה המחייבת כפיה של גירושין על כהן שנשא פסולה היא גם נחלת חכמים נוספים בני דורו של הריב"ש כמגיד משנה והטור.

חכמי ויניציאה

תשובת חכמי וניציה עצמם, מופיעה בשו"ת מהרי"ט (א, קמז) הם מדגישים שהריב"ש אסר למעשה לכהן בזמנו לישא גרושה ומוסיפים ביחס לדברי המהרשד"ם:

חזינן דהתיר מכח דשבויה הוי ספק דרבנן... ונדון דידן גרושה לכהן ודאי אסורה מדאורייתא... וקל להבין, מלבד דנוסף על שהדין כך גם השעה צריכה לכך ולא אכשיר דרי ופרוץ מרובה על העומד ואם ח"ו המורים בכל מקום שהם יצ"ו יניחו עצמן ומתרחלים בדבר זה כל כהן בפרט מאלו אנשי הזמן בראותו גרושה יפה ועשירה ימלא את ידו שלא לכהן ויאמר אין אני כהן, ולמה אגרע מהבחור יעקב כהן שלום דנסיב גרושה זקנה ועשירה, ועל פני כל אחיו ישכון אתה בהיותו עמה. והנה נמצא תורתנו הקדושה ושם שמים מתחלל בפרהסיא ואין אומר השב ואזל לה כהונה, אוי לעינים שכך רואות אשר לזה כל בר בי רב, תלמיד חכם תופס התורה ומורה, חל עליו חובת ביעור כיעור המעשה המכוער הזה. כי כל עת וכל רגע וכל שעה הבחור יעקב כהן שלום הלז חוטא לאלהי מרום ונכון להיות גזור עליו בכל עוז ובכל תוקף שיגרשנה...

דבריהם של חכמי ויניציא ברורים ומחזקים את מעמד הכהונה. כאמור עקב המחלוקת שבין החכמים נשלחו דבריהם למקומות שונים.

מבי"ט

לפני שנביא את דברי המהרי"ט נפתח בדעתו של אביו רבי משה מיטראני (רבה של צפת בשנת נפטר בשנת ש"מ (1580). המבי"ט בחיבורו "קריית ספר" על הרמב"ם (איסורי ביאה פרק כ) קובע דברים ברורים בעניין הייחוס לכהונה בזמן הזה:

מן התורה כל שהוא מוחזק לכהן הוא כהן לכל הדברים, ואוכל תרומה וחלה של תורה ומשמש על גבי המזבח, דהא סוקלים ושורפים על החזקות, דחזקה דאורייתא אפילו בזמן הזה. כל מי שהוחזקה משפחתו בכהונה ולא קרא עליו ערער הוא כהן לכל הדברים, דמהניא ליה חזקתו מן התורה, והנהו כהנים דבימי עזרא לא אהניא להו חזקתם אלא לתרומה דרבנן ולא לתרומה דאורייתא, היינו משום דריע חזקתייהו, שהיו מייחסים אותם אחר בני ברזילי שהיה ישראל (וכן כתב תוס' בכתובות כד, ב, ד"ה שאני בפירוש א), אבל כל דלא ריע חזקתייהו מהניא להו חזקתייהו אפי' למידי דאורייתא, דהא סמכינן עליהו בפדיון הבן דהוה מן התורה, ורבנן הוא דאצרוך בדיקה עד כהן ששימש ע"ג המזבח, ולכן בתרומה וחלה של תורה דאית בהו חיוב מיתה לזר חשו רבנן טפי לאצרוכי בדיקה.

לדבריו, החזקה היא ברורה ומועילה לכל דבר, אלא שבעבודת המקדש ובדברים שיש בהם חיוב מיתה חכמים חשו והצריכו בדיקה נוספת. וראה עוד להלן במה שציטט בנו מתשובות אביו.

מהרי"ט

כך מגיב רבי יוסף מיטראני, המהרי"ט (רבה של תורכיה, נ' שצ"ט 1639) על מקרה זה (א,קמט) אחרי שהוא מחזק את ידי הרבנים הנוזפים בכהן הסורר, המהרי"ט מאריך בתשובה בענייני חזרה מכהונה על ידי אמתלא וממשיך ומתייחס לטענה שאין כהונה בזמן הזה:

ואותם זחוחי הלב התוקעים עצמם בדבר הלכה וינאמו נאם שהכהנים שבזמנינו אין להם חזקה, והביאו ממה שכתב הריב"ש ז"ל סימן צ"ד. וחלילה לרב ז"ל שבא להפקיע חזקת כהונתם במה שהחזיקום עד עתה בכהנים דהא אפילו במשפחות שבישראל מהני בהו חזקה דהא איפסקא הלכתא בעשרה יוחסין דכל המשפחות בחזקת כשרות עומדות וסתמן כפירושן וכל שכן כהנים שנוהגים מנהג כהונה דמדמחזקינן להו בסתמן בכהנים וראיתי שכתב הטור (אהע"ז סי' ב') בשם הרמ"ה דהא דאמרן כל המשפחות בחזקת כשרות היינו מאן דאית ליה חזקת כשרות אין צריך לבדוק אחריו אבל מאן דלית ליה חזקת כשרות כגון שאין משפחתו ידוע צריך ראייה ליוחסין שמא עבד הוא וכתב עליו הטור ולי נראה דלישנא דכל המשפחות בחזקת כשרות אינו משמע כדבריו עד כאן... ולי נראה שלא הצריך הרמ"ה ז"ל לבדוק משפחות דודאי כל משפחה שאנו מכירין בה ואבותיה בחזקת כשרות עומדת אלא לא בא אלא לאפוקי אדם אחד שבא לפנייהם שאין משפחתו ידועה שיש לחוש שמא עבד הוא ואין לו משפחה ולא חייס...

כלומר, המהרי"ט מחזק את ייחוס הכהנים על פי חזקת הכשרות וזאת בתנאי שאכן המשפחה מוכרת כבר בקהילתה ובמקומה כמשפחת כהנים. מוסיף המהרי"ט ודן בדברי הרמב"ם שאליהו יברר לעתיד לבוא את יחוסי הכהונה. לדבריו, מדובר דווקא במשפחות שנשמכות על הכהונה רק מכח החזקה אבל לא שיבררו משפחות המוחזקות מדורות ככהנים:

...אבל משפחה שהיא בחזקת כשרות אין נזקקין לפוסלם דמשפחה שנשמעה נטמעה אף בכהונה והיינו דכתיב מגישי מנחה בצדקה. ומיהו מלשון הרמב"ם ז"ל משמע דמוקי משפחה שנשמעה נטמעה בישראל וקרא דוישב מצרף בכהנים ואין זה במשמע השמועה מכל מקום למדנו שכל שהוחזקו אבותיו במשפחת כהנים הרי הוא בחזקת כהן ועל זה אמרו גדולה חזקה והרי הם בחזקה זו עד עמוד הכהן לאורים ותומים.

ועוד הרי שאנו רואים שלכל קדשי הגבול אנו מחזיקין אותם בחזקת כהנים כגון לתרומות ומעשרות... ואין בהם משום גזל... ומדסמינן נמי אחזקה לנשיאות כפים וברוכי נמי מברכי בחזקתייהו קיימי...

ובר מן דין אפילו תימא שאינו מוחזק בברי לכהן אצל אחרים מכל מקום לעצמו מוחזק הוא דשוי נפשיה חתיכה דאיסורא אצל נשים הפוסלות בכהונה... ולפיכך מה שכתב הריב"ש שאין הכהן עכשיו בכתב יחס אלא בחזקה לבד לא נפקא ליה מיניה אלא לגבי אחרים כגון שזולו בו שעל זה היתה השאלה שם ולגבי אחרים לא ענשינן על פיו...

ומה שהרב מהור"ר שמואל די מדינה ז"ל נסתייע מדברי הריב"ש לא אמר כן אלא לענין שבוייה... דרבנן דספיקא לקולא וכל שכן בספק ספקא אבל בגרושה דמדאורייתא גרושה ודאית פשיטא דכייפינן ליה להוציא ועוד אפי' תימא דספיקא הוי מי לא מפקינן מספק באיסור כהונה...

הרי שהמהרי"ט מחזק את כח החזקה וסובר שאין להקל בה כלל הן מגוף העניין והן מצד "שויא אנפשיה" המחייב את האדם לפחות כלפי עצמו. ומוסיף ומביא סיפור חשוב מתורתו של המבי"ט שממנו גם ניתן להסיק מתי אין להחיל דיני כהונה על המוחזק ככהן:

והרב אבא מארי זלה"ה (=המבי"ט) בתשובותיו חלק ראשון סימן רי"ט התיר לראובן שאמרו לו שהיה ממשפחה אחת שהיה נושאים כפיהם ושהיו כהנים ואמר לו רב אחד שינהוג חומרי כהנים לענין טומאת מת וכן היה נוהג וגם בנו הבא אחריו פעמים היה נוהג שנוהר מטומאה ופעמים לא היה נזהר ובסוף נשא אשה גרושה והתיר לו אבא מארי זלה"ה שלא לגרש דמעיקרא חומרא בעלמא רצה לנהוג וכל שכן שהבן היה מזלזל בדבר ומה שאמר לו הרב לא אמר מן הדין אלא חומרא בעלמא. והתם לא אתחזק שהרי לא נשא את כפיו ולא היה עולה ראשון לספר תורה וזו ודאי ריעותא היא כההיא דאמרינן שאני התם דריע חזקתייהו אבל זה שהוחזק

לישא את כפיו ולקראה ראשון בס"ת לאו כל כמיניה להוציא עצמו מחזקת כהן.

הרי שחזקה שכהן לקח על עצמו כחומרא בעלמא ורק לתחומים מסויימים אינה מחייבת אותו והוא יכול לחזור ממנה. מוסיף המהרי"ט להביא פוסקים גדולים שהחמירו בדין כהונה שבזמנינו:

והנה הרב הרא"מ ז"ל בתשובת צ"ד כתב על כהן שבזמנו שנשא גרושה שכופים אותו בשוטים עד שיגרש אף על פי שלא היה כהן מוחזק. ובסימן ס"ח בתשובת כתובה וחתומה בסופה הרשב"א ולמי מקדושים אלו שתהיה התשובה טופחת על פני המקילים באסורים וגבה לבו בהוראה. ולו חכמו השכילו זאת, שהריב"ש שהביאו ראייה מדבריו שכתב בזמנינו אין לו כתב יחס אלא בחזקה דקורא ראשון, הוא עצמו בסי' שע"א כתב על אותו הכהן שרצה להחזיר את גרושתו שכופין אותו להוציא וכיפינן ליה בשוטין וקיימא לן דמעשין לפסולות והיינו בשוטין דבדברים לא יוסר עבד ואם אין בנו כח לייסר בשוטין צריך לנדותם ולהחרימם בכל גבול ישראל ולהבדל מהם...

נסכם את דבריו: המהרי"ט מסתמך בדבריו על פסיקת ההלכה ש"כל משפחות בחזקת כשרות הן עומדות". לדבריו, פסיקה זו, המכשירה את ישראל הבא לפנינו לישא אישה בלא לחשוש לממזרות, גם מכשירה את הכהן הבא לפנינו לנהוג ככהן לכל דבר ובלא לחשוש שהוא אינו כהן. הוא מביא את שיטת הרמ"ה המצמצם את הדין רק לאלו שיש להם חזקת כשרות, ומבאר שאין כוונתו אלא ביחס לאדם שבא ממקום אחר ואין מכירין אותו. אך אם הוא ומשפחתו לפנינו מדורות קודמים – אין צורך לחשוש גם לשיטתו לפסול כהונה. כך הוא גם מוכיח מדברי הרמב"ם בהלכות מלכים.

מלבד זאת המהרי"ט מוכיח שהחזקה לכהונה מועילה לקבלת מתנות כהונה. לדעתו, זו הסיבה שהתנא רבי יוסי לא עלה לדוכן על אף שאין איסור לזר

לעלות ולברך ברכת כהנים בלא ברכה על המצוות, וזאת משום החשש שמא יעלו אותו לכהונה.

במקרה זה גם נוסף מעמדו של הכהן משום "שויא אנפשיה". וזו גם הסיבה שלא לבטל את כהונתו.

הוא אמנם מביא מקרה בו אביו, רבי משה מטרנאני, המבי"ט (א,ריט), התיר לאדם שהוחזק ככהן מחמת חומרא לישא גרושה, אך הוא מבאר שבאותו מקרה מלכתחילה היה ניהוג לחומרא של כהונה רק מחמת שמועה ולא הייתה חזקת כהונה גמורה (ראה בשו"ת יחל ישראל סי' צ שתמה על שיטת המבי"ט שסותר דבריו לדבריו בחיבור קרית ספר המובא לעיל, ולא שת ליבו לדברי המהרי"ט שיישב קושי זה).

ראה גם דברי המהרי"ט בייחס לנתינת מתנות כהונה לכהנים בזמנינו (שו"ת א,פה):

מרגלא בפי ההמון שאומרים לכהן הבא ראייה שאתה כהן וטול וכן ללוי. וזה טעות שהכהן והלוי בחזקתן הן עומדים כדאמרי' בפרק שני דכתובות גדולה חזקה... שכל המשפחות בחזקתן הן עומדות והכהן והלוי בחזקתו הוא עומד. ותימא על עצמם היאך הם נותנים חמש סלעים לכהן בפדיון הבן והיאך נותנים המתנות הזרוע והלחיים והקבה לכהן ואין אנו מצריכין אותו להביא ראייה על יחוסו אלא הך מילתא בורכא היא.

חוט השני

המקרה המדובר הגיע גם לפראג, ורבי אברהם שמואל בכרך בחיבורו שו"ת חוט השני (יז) עונה באריכות את דעתו כשבסוף דבר הוא מתייחס לטענת חזקת הכהונה בזמן הזה וקובע בבירור שאין לערער עליה:

ואין חילוק בין זמן הזה לדורות הראשוני' שהיה להם כתב יחוש רק לענין להתיר דבר שאסור לזרים אבל לענין שאוסר להם דבר אין חילוק ואדרבה כיון שכל הכהנים הן בזמן הזה מחמת חזקה אי"כ הכהן הזה הוא כמו שאר

כהנים משא"כ בדורות הראשונים שכל הכהנים היו מיוחסין בכתב יחוס ואין קדושת המוחזק בכהונה בלתי כתב יחוס דומה לו. ומ"ש בכתב יד החכם סראול נר"ו בגליון הפסק הנדפס מדברי תשובת ראש מדינה (=מהרשד"ם) הן דברים תמוהים בעיני לחלק בין כהנים בזמן הזה לכהנים שהיו בימי הראשונים והספר ההיא אינה בידי לעיין בו וכבר כתב החכם הנזכר שאין דבריו עניין לנדון דידן.

כנסת הגדולה

רבי חיים בנבישתי (תלמיד המהרי"ט נפטר תל"ג 1673) כותב בייחס לדברי הריב"ש (שמה) בחיבורו "כנסת הגדולה" (אה"ע ו, הגהות הב"י אות יב):
אמר המאסף. שם כתב דאפילו בגרושה דרבנן כופין אותו להוציא. וכתב מהר"ר יפה בספר יפה מראה...: אין לשום כהן להקל בשום ספק איסור הכהונה דמאחר דהוא מחזיק עצמו לכהן יש לו לנהוג כל דיני חומר כהונה דאזלינן בתר חזקתו לחומרא. והוצרכתי לכתוב זה מפני שראיתי מי שרצה ללמוד מדברי הריב"ש סימן ש"י להקל לכהן בספק איסור וליתא שהרי הריב"ש ז"ל החמיר בסימן שמ"ח אפי' בגרושה דרבנן בכהן להוציא ואי חשיב ליה ספק כהן לא היה לו להצריכה להוציא דה"ל ספיקא דרבנן. ראה גם בדבריו (סי' ג הגהות ב"י אות ב) על דברי הרשב"ש שהובאו לעיל והוסיף לחזקו מעוד פוסקים שכהנים בחזקתם לכל דבר.

מהרש"ל: ערעור נוסף על מעמד הכהונה

ערעור נוסף על מעמד הכהונה עולה מדברי מהרש"ל (ים של שלמה בבא קמא פרק ה סימן לה) בעניין הטיפול בחרמים המותרים לכהן בלבד:
ועוד נראה, שראוי להחמיר ולאסור חרמים בזמן הזה, אפי' פירש לכהן, והכהן כבר קיבל. מאחר שבעו"ה אין לנו היחוס, כמו שהיה בזמן הבית.

או אפילו אחר החורבן, בימי התנאים והאמוראים. שהיו עדיין נזהרים בתרומות ובטהרות, והיה קרוב מימי הבית. ועדיין היה יחוסיהם בידיהם. ובעונותינו מרוב אריכות הגלות וגזירות וגירושים נתבלבלו. והלואי שלא יהא נתבלבל זרע קדש בחול. אבל זרע כהנים ולוים קרוב לודאי שנתבלבלו. ואם לא כולו, הרוב נתבלבל, כמעשה דאליהו ז"ל עם הלויים, הידוע בדברי רז"ל. ואם לא הרוב, בודאי קרוב למחצה נתבלבלו. וא"כ נייתי לידי תקלה, שמא יתן לכהן שאינו כהן. ויהיה עדיין כהקדש ממש, ומשום הכי ג"כ נהגו האידנא שלא ליתן החלה אף לכהן קטן, או לכהן שטבל לקירוי. משום דלא מחזיקנן בזמן הזה לכהן ודאי. וכן כתב זקן מורה הנוראה מהררי"ו.

עוד הוסיף במקום אחר (ים של שלמה חולין פרק ח סימן ד) לגבי חלת חו"ל: שאין אנו נוהגין ליתנה אפילו לכהן קטן, וכ"ש לגדול שטבל לקריו, דאין לנו היחס, ואין אנו יודעים אם הוא כהן אמיתי.

לדבריו, ראוי לחוש לבעיית היחס ולמנוע מכהנים לקחת חרמות והקדשות עקב החשש שאינם כהנים והם עוברים על איסור. בכך הוא מבאר את המנהג שלא לתת את חלת חו"ל לכהן קטן. אמנם ראה לעיל בפרק הקודם שציינו מדבריו בקידושין ובכתובות לעניין נאמנות לכהונה שיש ללכת אחר חזקה וצ"ע.

מגן אברהם

מגדולי נושאי כלי השולחן ערוך, רבי אברהם גומבינר (רב בקאליש נ' תמ"ג 1682) דן בחיבורו "מגן אברהם" (או"ח רא, ד) בשאלה מדוע לא מקפידים להקדים כהנים ומשער שהדבר נובע מאיסוד חזקת הכהונה: צ"ע למה אין נזהרין עכשיו להקדים הכהן לכל הנך מילי, ויש להזהר בהם מאחר שהם מדאורייתא, ואפשר דאין אנחנו בקיאין ביחסי הכהונה וכמ"ש ס"ס תנ"ו.

במקום נוסף (תנז, ט) הוא דן בשאלה האם כהן קטן יכול כיום לאכול חלת חו"ל, הרמ"א (או"ח תנז, ב) מביא את דעת מהר"י וויל (שו"ת קצג): "ויש אומרים שאין מאכילין חלה בזמן הזה לשום כהן (מהרי"ו)".

ומבאר המגן אברהם:

שאין מחזיקים אותו ככהן ודאי דדילמא נתחללה א' מאמותיו וכ"פ רש"ל ומהרי"ל.

עולה מדבריו שהוא סומך על חשש הפסול שבכהנים למספר עניינים. יש להעיר שמהר"י וויל עצמו (שו"ת קפט) מורה לעשות פדיון הבן בברכה ואינו חושש לחזקת הכהונה.

שבות יעקב

רבי יעקב ריישר (רבה של מיץ נ' תצ"ג 1733) עוסק בתשובותיו (שבות יעקב א, צג) במקרה של כהן שנשא בטעות חלוצה. הוא מסתמך על שיטת מהרשד"ם ומחזק את דבריו כנגד החולקים לפחות לעניין איסורים דרבנן:

והלכתא כוותיה דשמואל מדינה כי עיקר שורש ועיקר מטריין שלהם בהשגתם מהא דאמרינן גדולה חזקה... וא"כ ה"ה בנדון דידן בכהני זמן הזה שאין להם כתבים המתחסים איתרע חזקתייהו והוי רק ספק ובדרבנן להקל...

והשורש השני שכתב שם מהרי"ט בתשובה... מ"מ בנדון דידן נראה ברור דלא משוי נפשיה חתיכה דאסירא כיון שהוא עצמו לא קים ליה שהיה כהן על פי כתב יחוסי רק מכח חזקתו וחזקת אביו הרעוע ג"כ בלי כתב יחוס רק מספיקא ככהני זמן הזה על כן לא משוי אנפשיה חתיכה דאסורא במידי דרבנן...

כלל העולה דודאי אם רוצה לגרש זכור לטוב ואף כופין אותו בדברים וגוערין בו כיון שעל כל פנים בניו נדחים מן הכהונה מכח במה נפשך

אם הוא כהן בניו חללים מדבריהם ואם הוא אינו כהן א"כ פשיטא שבניו אינם כהנים.

אבל לענין כפיה בשוטים חרמות להוציא נגד דעת מהר"ש די מדינה וסייעתו ובפרטות בארצות לועזי שנמשכין אחר דבריהם לא נראה לי. ואף גם מהרי"ט ותשובת חוט השני שרוצה להחמיר היינו במעשה שבא לפניהם בגרושה דאורייתא מה שאין כן דרבנן מסתמא לא היו עושין מעשה בפשיטות נגד דברי מהרש"ד[ם] וסייעתו, אף דאיסור כהונה חמיר, מכל מקום קשה גירושין שהרי התירו ליחד ולא התירו לגרש, וכל שכן גט בכפיה, אך כיון הוא מילתא חדתי ומיראי הוראה אני לא אסמוך עלי למעשה עד שיסכימו איזה גדולי חקרי לב.

מדבריו עולה שניתן לסמוך על שיטת מהרשד"ם להקל על כהן שנשא חלוצה שלא יגרש. ואף אין במנהגו ככהן "שויה אנפשיה" שהרי בסך הכל המשיך מנהג אבותיו שהוחזקו בחזקה רעועה. לדעתו, במקרה של חלוצה שהוא איסור דרבנן יודו גם הפוסקים החולקים על המהרשד"ם.

כנסת יחזקאל

רבי יחזקאל קצנלבוין (רבה של אה"ו, נ' תק"ט 1749) עוסק במקרה של פנויה שהרתה, ועלתה השאלה האם ניתן להתירה לכהונה. הוא מזכיר את הטענה שיש ריעותא ביחוס הכהנים וכותב:

עוד ראיתי וגם שמעתי כמה רבנים רוצים להקל מחמת כהנים בזה"ז ספק כהונה. וחס לי לומר כן כי כבר מחו לה במאה עוכלי דבי רב גוברין יהודאין להתשובות שהזכירו דבר זה ונשתקע הדבר ולא נאמר להוציא לעז על יחסי כהונה, ושיהיו ח"ו כל בכורי ישראל מבלי פדיון כדת ושאר דברים אל יהיה חלקי עמהם להיות ח"ו סניף לדעתם.

זכרון יוסף

רבי יוסף שטיינהרט אב"ד פיורדא (נ' תקל"ו 1776), נשאל גם הוא על כהן שנשא חלוצה בשוגג (ושמא זהו אותו מקרה עצמו של השבות יעקב?), בתשובותיו (זכרון יוסף אה"ע ג) כותב רבי יוסף דברים ברורים בעניין תוקף חזקת הכהונה:

אלא ודאי ס"ל כמ"ש בשו"ת מהרי"ט... וסיעתם דלאו ספק כהנים ניהו כלל, דודאי מוקמינן להו אחזקת כהנים לחומרא ורק מעלה בעלמא עשו חכמים ביוחסין ותרומה דאורייתא ודכוותי' דמסקי' מינייהו ליוחסין... דלא לאוקימננהו בחזקת כהנים למישתרי להו דבר האסור לזרים, אבל מדינא כהנים גמורים הם לכל דבר שבקדושה ולנשיאות כפים ולפדיון בכורים דגדולה חזקה כו' כדאיתא בש"ס...

הוא מאריך לסתור את כל דברי השבות יעקב, ובין היתר הוא גם מחדש שהעובדה שאין כתב יחס לכהנים כיום אינה פוגעת בייחוסם:

זאת ועוד אחרת נלפענ"ד הרזה והדלה השפלה והקלה כתלמיד הדין לפני רבותיו על גבי קרקע דלא אמרינן ריע חזקיהו מפאת העדר כתב יחוסם אלא היכא דלשארי הכהנים יש להם כתב יחוס כמו בימי עזרא ונחמיה, משא"כ בזמן הזה שאין לשום כהן במדינותינו כתב יחוס אין זה ריעותא כלל...

על כן הוא מסכם ומדגיש שהדברים אמורים גם לגבי כהן שאינו מוחזק אצלנו מקודם:

ואחרי הודיענו ה' את כל זאת... נתבאר לנו כשמש בצהרים דכופין את הכהן הזה שנשא חלוצה להוציאה מתחתיו ואי לא צאית כייפינן ליה בשוטי ומחינן ל' באלתא ובסילוא דלא מבע דמא עד שישמע לדברי חז"ל ויאמר רוצה אני לגרשה בגט פטורין וספר תרוכין וידור הנאה מן הנשים הפסולות לכהונה. ואף אם ירצה עכשיו לפשוט אדרתו ממנו ולפרוק

מעליו עבותות עול הכהונה לבלתי התנהג בקדושתה מהיום והלאה לא שבקינן ליה, ולא מיבעיא כהן דאית ליה חזקת אבות אשר הולידוהו בארצינו, אלא אפילו בא איש אחד מקצוי ארץ וים רחוקים והחזיק את עצמו זמן מה לכהן לפנינו לאו כל כמיניה למיהדר ביה השתא ולמימר אינני כהן אפילו באמתלא גמורה... והעיקור מהא דאמרי' בקידושין דף פ' ע"א] מלקין סוקלין ושורפין על החזקות...

דהיינו לדבריו דין ההליכה אחר החזקה מחייבת כל אדם שמחזיק עצמו ככהן אף בלי נימוק של ממש בכל דיני כהונה ויש לכפות אותו על כך.

יעב"ץ

רבי יעקב עמדין (נפ' תקל"ו 1776) העלה את הספק של הכהונה לעניין פדיון הבן (שו"ת שאילת יעבץ א, קנה):

ראיתי להזכיר בענין מה שנוהגים הרבה כהנים להחזיר הפדיון שנכון הוא בעיני. וטוב וישר לנהוג כן תמיד, אף על פי שכתבו ז"ל שלא יהא הכהן רגיל בכך הני מילי בכהנים מיוחסים דידהו. אבל בכהני חזקה בעלמא כי האידנא. אף על גב דלחומרא אזלינן בהו לכל מילי ופרקינן בכורים על ידיהו, משום דלא אפשר באחריני מיהא להקל לא, דהיינו להוציא ממון האב מספק, נראה שאין כהן יפה להפקיע ממון בחזקתן הגרועה. וכמעט שאני אומר דמדינא צריכין להחזיר, ולפחות כל כהן יחוש לעצמו לפרוש מספק גזול שמא אינו כהן... גם נ"ל שלצאת ידי כל ספק האפשרי יש ג"כ על הרב לפדות בכורו מכל כהנים שיוכל למצוא דילמא מתרמי ליה כהן מיוחס ודאי (דוגמא וזכר לדבר חליצה פסולה צריכה לחזור על כל האחין) ומהאי טעמא נמי בן הכהנת ולויה יש לפדותו עכשיו מספק, דמאי שנא מכל ספקא דאורייתא, דכל מאי דאפשר לתקוני מתקנינן לצאת ידי ספק בכל טצדקי דאיכא למעבד, (אבל בן הכהן נ"ל שאינו נפדה גם בזה"ז).

שלא יבוא להקל בקדושתו ולהתירו בגרושה ולטמא למת ודוק) יעבץ ס"ט.

היעב"ץ טוען שאין לסמוך על כהני זמננו לעניין פדיון הבן, וממילא צריך לפדות מכמה כהנים ועל הכהנים להחזיר את כסף הפדיון לאב. לדבריו גם ראוי להחמיר לפדות מכמה כהנים וכן ראוי לפדות את בן הכהנת והלויים לחומרא אך לא את בן הכהנים שלא יבואו להקל בהם.

הגר"א

הגר"א מתייחס לדברי המגן אברהם שתולה את האפשרות לתת חלה בחו"ל לכהן בזמן הזה, לדבריו אין הצדקה לביטול המנהג (או"ח תנז, יז) ולפחות לדינים דרבנן יש חזקת כהונה: "וצ"ע דהא בתרומה דרבנן סמכינן אחזקה...".

בית אפרים

רבי אפרים זלמן מרגליות (מחכמי ברודי נ' תקפ"ח 1728) עוסק בתשובתו (בית אפרים או"ח ו) בהרחבה בשאלה מדוע אין הכהנים בחו"ל נושאים כפים בכל יום. הוא תולה את זה בחולשת החזקה וכשיטת מהרשד"ם:

ולפי זה כיון דהני כהני ספיקא הוי, על כל פנים להרבה פוסקים איך נאכיל אותם דבר האסור להם ונצוה אותם לישא כפיהם דהא זר הנושא כפיו עובר בעשה דכה תברכו אותם ולא זרים?

אמנם רבי אפרים מתחבט מדוע אם כך כהנים בני ארץ ישראל נוהגים לברך בכל יום? הוא בתחילה תולה את הדבר בחזקה שהוחזקו לברך ו"גדולה חזקה" אך לאחר מכן מוסיף גם טעם מחודש בהבדל בין יהדות המזרח ליהדות אירופה:

דודאי כהני זמנינו הם גרועים מכהני חזקה כמבואר בש"ס... ובזה נחה שקטה דעתי בחילוק שבין בני ארץ ישראל ומלכות מצרים לבין בני גולה שבמדינות אילו משום דבני ארץ ישראל ומלכות מצרים שביתתם במקומם

כמאז כן עתה ולא היה עליהם טלטול הגירושין ובגולה לא הלכו רק כל הגלים והמשברים שעברו עליהם היו בקביעותם במקומם ושפיר הם כהני חזקה אף על פי שאין כתב יחוסם בידם מה שאין כן אנן בני מדינות אלו ומדינות אשכנז שהורקנו מכלי אל כלי ומגולה אל גולה בגירוש צרפת... ובוה ודאי יש לחוש שנתבלבלו כמו שכתב רש"ל... ובפרט כהני ההמון שאינם יודעים מקור מחצבם כלל רק באמירה בעלמא קנו לקדושת כהונה והידיעה לאמיתתה הוא רפופה בידם כאשר אירע כמה פעמים אנשים שמחזיקים עצמם בחזקת כהונה ולבסוף נודע על ידי ארחי ופרחי ששקר בימינם או ששגו וטעו בשמועתם ועיין בשו"ת יד אליהו וכן מתרמי בזמנינו זה לפרקים שיש באין ממקומות שאין מכירין אותם ומחזיקין עצמם בכהנים או לויים ואחר כך נודעים שהוא שקר וכיון שאם אין קורין לעלות ליכא איסורא כלל ולהיפך איכא ספיקא דתלתא איסורי פשיטא שאין לפרוץ הגדר לקרות אותם לדוכן בחול רק מה שהתירו להם דהיינו ביום טוב ותו לא.

בסיכום הדברים מתריע הבית אפרים ביחס לאותם שאינם יודעים בבירור שהם כהנים ומזהיר מלהעלות אדם שאינו מוכר מקודם בתור כהן.

כרתי ופלתי

רבי יהונתן אייבשיץ (נפטר תקכ"ד 1764) בחיבורו כרתי ופלתי (פלתי סי' סא סק"ו) הסתפק שמא חסרון הכהנים המיוחסים הוא הסיבה מדוע אין מדקדקים לתת מתנות כהונה לכהן. וכן ביאר בחיבורו "אורים ותומים" (טו,ג) מדוע אין מקדימים כהן כיום בדיון תורה.

חתם סופר

רבי משה סופר (נ' ת"ר 1840) עוסק הרבה בדיני ייחוס הכהנים. בתשובה לחותנו רבי עקיבא איגר הוא עוסק בייחוס הכהנים לענין עבודה במקדש (יו"ד רלו), החתם סופר מביא את שיטת הכפתור ופרח שניתן להקריב כיום ומבאר שאף שהמהר"י וויל חשש לגבי חלה וכן מהרש"ל, מגן אברהם ויעב"ץ, החלישו חזקת הכהונה, למרות זאת לדבריו בהקרבה יש קולא מיוחדת שגם קרבנות החללים כשרים. הוא מדגיש שגם לחוששים לייחוס הכהונה היינו דוקא לחשש חללות ולא לחשש שהכהנים אינם יהודים וכדומה.

במקומות נוספים החתם סופר מחזק אף יותר את מעמד הכהונה. הוא גם דוחה את חשש היעב"ץ (יו"ד רצא). ובחידושו (כתובות כה, ב) נתפרטו הדברים:

אבל באמת תמה אני מאין לנו זה הספק... וצ"ל דכל החשש הוא משום שנתערבו בו עתה אותם הכהנים מבני ברזילי בין כהנים המיוחסים ואין אנו יודעים להפריש... ומדינא כהנים גמורים הם וה"ה לפדות בכורים ראויים הם והכל כהלכה בלי פקפוק... דדווקא משפחה של כהנים המפורסמת בעירה ומסתמא כך השתלשלה מאז עד זמן עזרא שנתיחסו דכל משפחות בחזקתן משא"כ אדם א' שבא לפנינו דחיישינן ל' כמ"ש לעיל. ואפי' בעכו"ם ממזר מספקין ל' ומכ"ש באינו כהן. ואם נניח אותו לישא כפיו ולעלות לתורה ראשון יתנו לו לפדות בכורים שהיו ראויים לפדות ע"י כהנים ממשפחה המפורסמת ע"כ ראוי לחוש להרמב"ם וכן אירע כבר מעשה:

כלומר, החתם סופר סומך על החזקה אך דורש שתהיה חזקה מבוססת בעיר ולא באדם שמגיע ממקום שאינו מוכר וטוען שהוא כהן. כך הוא גם כותב בתשובה (קובץ תשובות ס, עליה הוא רומז כנראה בסוף דבריו בחידושים):

בקהלתנו פה נמצא איש א' בשמו פלוני בן מה' פלוני הכהן מזאמושט, ומיום בואי הנה לא ידעתי מה טיבו ומהותו, והוא עלה ראשון ונושא כפיו באין מכלים דבר, וזה ימים לא כבירים הי' א' ממשפחת אשתו רוצה

לפדות בנו הבכור וכבדו לזה במתנת כהונה דמי הפדיון, ויהי אחרי זה לעזה כל העיר על המעשה באמרם שהם מסתפקים בעיקור כהונתו של זה...

אבל באמת הדבר צלע"ג, הרי קיימא לן כרבנן דר' מאיר פרק עשרה יוחסין ע"ו ע"ב, דסבירא להו כל המשפחות בחזקת כשרות הם עומדות... ואם כן תמי' טובא מהיכי תיתי ניהוש לכל הנ"ל ולפסול ייחוס כהנינו כולם.

אבל הדבר ברור לפע"ד, דודאי מחורבן בית שני ואילך אין כאן שום חשש שלא נתערב בהם שום דבר, ולא גרעי מהאנוסים, ואם הי' ח"ו שגוי מאנס לבת ישראל, מסתמא לא הי' נישאת לכהן ואוקמיה בחזקת צדקת וכשרות דלא תעביד איסורא...

נמצא תקנת הכלל הוא קלקלת היחיד, דהרי סבירא לי' להרמב"ם דוקא כל המשפחה בחזקת כשרות הם, אבל אדם פרטי יחידי שבא לפנינו, אין לו שום חזקה לשום דבר...

ואם כן מי שבא לפנינו ואמר כהן הוא, איכא למיחש שיפדו בכורים על ידו... איברא דדברי בית שמואל (ג,ב) גראים נכונים, דכיון דלא מרויח מידי בזמן הזה בכהונתו מה לו לשקר, אדרבא מושך עליו כל חומרת הכהנים... ומשום כן נוהגין להאמין לכל הבא למלאות ידו לאמור כהן אני ומעלין ליה לתורה.

ועדיין לבי נוקף בהני ארחי ופרחי במדינה זו איכא אכתי טובא, דלא שכיחי כהני, ונוהגין להשכיר כהן על יום טוב לברך על הדוכן ומכבדין האורח בשביל זה, וכבר נתברר לנו כמה מכשולים בזה שכזבו האורחים ונתפסו והודו, על כן יש לעיין בכהאי גוונא...

נמצא, שהחתם סופר מחזק מחד את חזקת הכהנים לכל העניינים שבזמנו ומאידך מציין שלדעתו החשש הוא התערבות של הכהנים עם בני ברזילי, ועל כן לדברים שלא הוחזקו בהם יהיה קושי לסמוך על החזקה.

יהודה יעלה

רבי יהודה אסאד (רב בהונגריה נ' 1866) נשאל לגבי היתר כהן בחלוצה (שו"ת יהודה יעלה ב,קמ) ומשיב שכבר נקבעה הלכה פסוקה שכהנים בזמן הזה כהנים גמורים הם ואין להתיר בשום פנים ואופן.

חכמת שלמה

רבי שלמה קלוגר (רבה של בראד, נ' תרכ"ט 1869) דן בשאלה האם מקדימין כהנים בדין. לדבריו ראוי להקדים את הכהן מדין "וקדשתו" (וכן מפורש בריטב"א מו"ק כח,ב), אמנם הפוסקים השמיטו דין זה והוא סובר שכך ראוי לדינא. אמנם בסוף דבריו הוא מעלה שהסיבה להשמטת הפוסקים היא משום שחששו לייחוס אך הוא נשאר בצריך עיון ונראה שדעתו שאין לחוש לטעם זה.

מנחת חינוך

המנחת חינוך (מצוה שנז) כותב עצה שהרוצה לקיים מצות פדיון בשלמות יתן לאחר שיזכה עבור כהן, ואף שאין כהנים מיוחסים בזמן הזה, ואף אחד מהכהנים לא יוכל להוציא מידו. וכן כתב (מצוה רסג) בענין נוסף שזהו דין ספק.

דברי חיים

רבי חיים הלברשטם (מצאנז נ' תרל"ו 1876) עוסק בתשובותיו (דברי חיים אה"ע א,י) באדם שטען שייחוסו ככהן היה פגום מלכתחילה ורצה לישא גרושה הוא אוסר עליו ומסיים:

ומטעם דאין כהני זמנינו רק מטעם חזקה אין להרחיב הדיבור כי ח"ו לומר כן ומבואר בשו"ע (יו"ד שעב,ג) שחייב להקיץ כהן בהאהל אם הוא אהל מן התורה, ואמאי? הא כהן אינו רק חזקה ובדרבנן אינו חייב

להודיעו? אלא ודאי דדבר זה ליתא כלל. וכן כמדומה לי ששמעתי ממו"ח ז"ל שראוי להזניח טעם זה ולכן ברור שכופין אותו להוציא. וכן הוא מביא בשם חותנו רבי ברוך לייפניק בעל "ברוך טעם" רב בגליציה (נ' תקפ"ח 1728) מגדולי הפוסקים בדורו שאין להסתמך על שיטה זו.

ערוך השולחן

רבי יחיאל מיכל הלוי אפשטיין (רבה של נוברדהוק נפטר תרס"ח 1908) חוזר בכמה מקומות על כח החזקה, בחיבורו ערוך השולחן (אבן העזר ג, כב):
 ויש טועים ואומרים דכהני זמן הזה לאו כהנים גמורים הם מפני שאין להם יחסי כהונה עד אהרן הכהן וח"ו לומר כן דמדינא אין צריך כלל לזה... ורק למעלה בעלמא עשו הבדיקה וכיון דמשפחתם מוחזקת לכהנים הם כהנים גמורים לעד לעולם.

ובמקום נוסף (ערוך השולחן העתיד זרעים עא, טז):

ורע עלי המעשה שראיתי לאיזה גדולים שכתבו בספריהם דכהני זמן הזה אינם כהנים ברורים וסומכים על דברי הרמב"ם אלו. וחלילה לומר כן ועל ידי זה יש קלקולים רבים שמקילים בטומאת כהן ובנשואין. ולא ניחא למרייהו דאמרת עלייהו כן.

עוד הוסיף בעניין פדיון הבן (יו"ד שה, נה):

ראיתי מי שכתב בזמן הזה כיון שאין לנו יחסי כהונה ראוי לכל כהן לחוש שמא אינו כהן ויחזיר המעות וכן הוא חייב בפדיון ויפריש לעצמו ולדעתי אסור לשמוע דברים כאלו להקטין עתה מעלת הכהונה... וחלילה חלילה לעשות בזה איזה ספק או ספק ספיקא או לצרף זה אפילו לצירוף כל שהוא.

שאלת דוד

רבי דוד פרידמן מקארלין (נפטר תרע"ז 1917) בשו"ת שאילת דוד (קונטרס דרישת ציון וירושלים), דן בפרק מיוחד על כהנים בזמן הזה האם רשאים להקריב קרבנות ומכריע שבדאי אין כהן הראוי להקריב בזמן הזה לפי ייחוסו ולדברי גם הדין של "כל המשפחות בחזקת כשרות" אינו עניין לנ"ד שכן מי החזיק את המשפחות הללו של הכהנים למה שהן? האם הדבר נעשה כראוי על ידי שני עדים?

חזון איש

החזון איש (פו"ר ג) כותב כדבר פשוט שחזקת הכהונה תוקפה מהתורה ושכל עניין הזהירות בעניינים שונים הוא מעלה בלבד ודלא כמהרש"ל.

רי"א הרצוג

הרי"א הרצוג, הרב הראשי לישראל, בפסקיו לעתים מצרף (א, יז-יח) סברת ספק כהונה, ולעתים (א, יט) כותב שלא לצרף סברה זו.

מנחת יצחק

בשו"ת מנחת יצחק מהרב יצחק יעקב וויס (ראב"ד העדה החרדית בירושלים נפטר תשמ"ט 1989)

בתשובה מוקדמת מאד (תר"צ) הוא דן בצורך להחמיר על כהני זמנינו בפדיון הבן (ב, ל), ומדבריו עולה שהחזקה מספיקה עבור העניין של פדיון הבן ודלא כחשש שהעלה היעב"ץ.

במקום אחר הוא דן בהיתר ספק כהן בחלוצה (ב, נח) ומדגיש שאין לצרף את שיטת המהרשד"ם אפילו לא כספק:

ע"ד בחור א'... עיינו בפנקס שבלשכת הרב, ששם נרשמו כל הקידושין שנעשו, ונחתם בחתימת הרב, מצאו שם שנכתב על אביו שהוא כהן, ועכשיו בא אביו שאינו שומר דת כלל, והוא מן הפוחזים וריקים, ואינו הולך לבית הכנסת גם ביום כפור, והוא דר בשכונת עכו"ם, ואומר שהוא אינו כהן, ומה שנרשם בפנקס עליו שהוא כהן נסתבב ע"י שחותנו סידר לו הכל אצל מזכיר הרב, וחותנו שהי' ג"כ איש פשוט מאד ולא ידע הבדל בין כהן לישראל, אמר למזכיר עליו שהוא כהן, וחותנו כבר הלך לעולמו, ועכשיו השאלה אם נאמן בזה לומר שאין בנו כהן.

(א) כיון שהאב ומשפחתו דרים בשכונה, שאין נמצאים שם יהודים כלל, גם אינו מהולכי בית הכנסת, ולא הוחזק לקריאה בתורה בכהן כלל, ואין כאן שום הוכחה וראיה שהוא כהן, אלא ממה שכתוב בפנקס של הרב עליו, שהוא כהן... אמנם עדיין יש לדון, כיון דעל כל פנים הפנקס הנ"ל דאינו חתום עליו אלא הרב, לא עדיף מעדות עד אחד...

שוב היה אפשר לצדד, על פי מה שכתב המהרשד"ם... (ד) אולם להלכה... הרבה גדולי הפוסקים חולקים על המהרשד"ם והשבות יעקב הנ"ל, וממילא אי אפשר לצרף זאת לספק ספיקא.

וגם בנוגע לנאמנות הפנקס הנ"ל, נראה דעדיף מעד אחד בשטר... וגם נראה בבירור דאז בשעתו בודאי היה מילתא דעבידא לגלויי, דגם אם משפחתו היה ממדינה אחרת, דשערי התבל פתוחים היו לפני כל, ובקל היה אפשר להודע... מכל מקום אנו דנין על שעת החתימה ואז היה מילתא דעבידא לגלויי ומהימן... באופן דלענ"ד דין פנקס הנ"ל יש לו דין שטר לענין כהונה.

עולה אפוא שלעניין ההחמרה בדין הכהן יש לדעת המנחת יצחק צורך להחמיר אף על סמך פנקס רישום נישואין שנעשה על ידי רב. הוא מכריע בבירור שאין לסמוך על קולת המהרשד"ם בעניין ספק איסור לכהני חזקה של זמננו. ומחדש שחתימת הרב בפנקס הקהילה יש לה מעמד של עדות מחייבת לכהונה.

אגרות משה

הגר"מ פיינשטיין דן פעמים רבות בתשובותיו בשאלות של ייחוס כהונה אך אינו מעלה את הגריעותא של כהני זמנינו באופן כללי, אלא במקרים מסויימים בהם השאלה הגיעה ממקום שבו ניכר לעין שחדלה שמירת המסורת מזה כמה דורות ואנשים לא הקפידו כלל על שמירת קדושת הכהונה ואזי הסתמך על הגריעותא שיש במקום מסויים זה.

רי"ש אלישיב

בתשובותיו (א,קלז) דן במי שנקבע על ידי רושם הנישואין של תל אביב שהוא כהן אף שלא היה מקור מידע אחר על עניין זה ואפילו בגט של הוריו לא נכתב עניין הכהונה, למרות היותם אשכנזים בהם נהוג לכתוב את הכהונה, והכריע לחשוש לדברי הרב רושם הנישואין, אמנם כל זאת לעניין של ספק איסור ולא נתבררה דעתו להעלות אדם זה לכהונה לעניינים חיוביים של כהן.

שבט הלוי

הרב שמואל הלוי וואזנר בשו"ת שבט הלוי (ג,קס) עורך בירור נרחב בשאלת כהני זמנינו לאחר סקירת השיטות הוא מחדש:

והאיר ה' עיני ומצאתי בספרי פ' קרח ע"פ ואתה ובניך אתך תשמרו את כהונתכם ולמבית לפרכת מכאן אמרו מקום הי' אחורי בית הכפורת ששם בודקין יחסי כהונה וכ' רבינו הלל אתה ובניך תשמרו כהונתכם משמע תשמרו את כהונתכם ליחוס, וא"כ מפורש דיש דין שימור ביחוס הכהונה... אמנם זה דוקא בעבודת המקדש דאיכא גזירת הכתוב דשמירת יחוס, אבל בשאר דיני דכהונה כמו פדיון הבן ומתנות ונשיאת כפים אזלינן בתר שאר יסודי התורה דחזקה ורוב וכל שעל פי יסודם הוא כהן, הוא כהן מעיקר דין תורה כיון דלא בעינן בהו דיני יחוס...

דהיינו לדבריו יש גזירת הכתוב מיוחדת לגבי עבודה במקדש (וההיפך מדברי החתם סופר שיש להקל במובן מסויים בעבודה במקדש). אמנם להלכה הוא מכריע:

ולענין הלכה בזמן הזה ובפרט אם יש חילוק בחזקת כהונה בין כהני א"י לכהני חו"ל... מ"מ יראה דמהרי"ט ודעמיה וכן החתם סופר והרבה מהגדולים שכתבו שהכהנים בזמן הזה כהנים גמורים ודאי הם לית להו הא דמהרש"ל, וצ"ע דהמגן אברהם העתיק לה לדינא וה' יאיר עינינו.

נראה שדעתו להלכה העיקר כדעת רוב הפוסקים שהחזקה מועילה. מאידך ראה דבריו במקום נוסף (י,רכד) שבאלו הבאים ממקומות המבולבלים לגמרי בייחוסם והתרחקו מאד יש להחמיר עליהם שלא לנהוג בהם מנהגי לווייה וכהונה ולחייבם בפדיון הבן ולא להעלותם לתורה. ועוד הוסיף (שם רכה) אפילו להסתמך לקולא על ערעור חזקת הכהונה ולהתיר אישה אסורה לכהן במקרה מסויים שבו האדם לא ידע על כהונתו באופן ברור: "שגם בעצמו אינו יודע כלום ומעולם לא נהג כהונה לא הוא ולא אביו, רק ראו על מצבה ישנה שזה משפחת כהנים" ולכך הוסיף לצרף את הריעותא של כהני זמנינו. וראה גם בדבריו בדבר המקרה העגום של מי שבא ושם משפחתו כהן אך לדברי אביו (שנשוי ליהודיה) כבר סבו נשא גויה ועל כן חוללה הכהונה וכותב (ט,רנג) שלא להחזיקו ככהן ובהסתמך גם על אלו הבאים ממקומות שהכהונה והייחוס נחלש בהם מאד.

יביע אומר

הגר"ע יוסף זצ"ל חזר פעמים רבות בתשובותיו לצרף ספק הכהונה כעוד ספק לקולא וראה דוגמא לכך בהמשך ספרנו זה.

הגר"ש משאש

רבה של ירושלים הלך בעקבות בעל היביע אומר וצירף סברה זו לקולא (שמש ומגן ג, אה"ע מט).

פסקי דין

נראה שיש מגמות סותרות אצל הדיינים בבתי הדין הרבנים:

בפסק דין של הרב דוד כהן, אב"ד חיפה, בעניין גט להתיר נישואין אורחיים האם אוסר לכהן, (שורת הדין ז עמ' רנט ואילך) הוא מכריע שאין לצרף שיטות שאין כהנים בזמן הזה.

בפס"ד בבי"ד בתל אביב (פד"ר יד עמ' 363 בהרכב האב"ד הרב מ"י ניסנבוים והדיינים הר"פ הכהן רבין והר"י גולדברג) דנו במי שנכתב ברישום הנישואין שהוא כהן ומאידך העידו עדים שאינו כהן וכן סודר לו גט אשכנזי ללא ציון כהונתו, הוכרע בדעת הרוב שהוא אינו כהן (מפרטי המקרה נראה שזהו המקרה עליו השיב הרי"ש אלישיב לעיל להחמיר וכך נקט האב"ד, למרות זאת הרוב הקלו כנגדו).

בפס"ד בבי"ד נתניה (פד"ר טז, עמ' 111) כותב הרמ"מ פרבשטיין לאסור על בנו של אדם שהוחזק מעצמו ככהן ונרשם כך לנישואין, לישא גרושה (עמו בהרכב: רח"ש רוזנטל ור"צ בוארון). הענין חזר ונידון בבית הדין הגדול (שם עמ' 126) ובו קבע הר"ש דיכובסקי שהיות והאב היה חולה נפש מוכר לא ניתן לסמוך על המוחזקות שיצר וממילא אין לסמוך על קביעת רושם הנישואין שכפי נראה סמך על האב והצטרף אליו לדעת הרוב הר"מ אליהו, ר"י נדב חלק בדעת מיעוט.

בביה"ד הגדול בירושלים (פד"ר יח, עמ' 187) מכריע הרי"מ לאו שאין להסתמך על השם "כגן" כהוכחה לכהונה, והצטרפו אליו הר"ש דיכובסקי והר"י נדב. מאידך בפסקי דין נוספים במיוחד מהעת האחרונה מוזכרת לעתים שיטת המהרשד"ם כצירוף לקולא במקרה של חששות בכהונה.

וראה בשו"ת דברות אליהו מראב"ד ירושלים, הגר"א אברג'יל, דוגמאות רבות לכך (חלק ט סימנים קה, קו, קכא-ג ועוד).
 וכן נקט בשו"ת הראשון לציון מכבוד הראשון לציון הגר"י יוסף שליט"א וכך נקט בהוצאתו לבכנס הדיינים (תשע"ז), וכן ראיתי בזה הזמן כמה דיינים חשובים שנוקטים לצרף פוסקים אלו ובדרכו של הרב יביע אומר זצ"ל.

סיכום

נחלקו הפוסקים במשך כל הדורות בעניינה של כוהני הזמן שלאחר חורבן בית המקדש, יש הסומכים על חזקת הכהונה ויש החוששים לכל כוהני זמננו. הראינו לדעת שהייתה סיעה נכבדת מהפוסקים (מהרשד"ם, מהרש"ל, בית אפרים) שלדעתם שבזמננו ובמיוחד ביהדות אשכנז אין להתייחס לכוהנים כמוחזקים בכהונתם, אך נטיית הפוסקים שלא להסתמך על דבריהם, ויש שאפילו נמנעים מצירופם לספק, למעט מרן הרב עובדיה יוסף זצ"ל בתשובותיו, ובעקבותיו חבל פוסקים ודיינים.

אמנם נראית מגמה עיקרית בפוסקים שחזקת הכהונה מכרעת, ובוודאי לעניין איסורים שאדם מטיל על עצמו מכח כהונתו ("שוויה אנפשיה חתיכה דאיסורא"), על כן נראה שהעמדה הבסיסית כלפי אדם שבא ממשפחה ברורה של כהנים היא שאין מקום להקל בענינו באיסורי כהונה.

מאידך כשאדם בא לפנינו ואין ייחוס הכהונה של ברור, יש מקום לברר את הייחוס ומקורו ואז לכל הדעות יש מקום לצרף גם את הספקות שיש בכהונת זמננו.

ג. משולחן בית הדין

נסיים פרק זה בשני מקרים שעלו בבית הדין הרבני במהלך בירור שמות לגט. היות והנפקותא היא רק לאזכור הכהונה בגט, וכפי שהוא מנהג האשכנזים היוצאים ביד רמ"א, הרי שטרם עלה עניין זה לשולחן מלכים לעניין נישואי אנשים אלו לגרושה אך יש בהם בכדי ללמד על המציאות כיום:

1. אדם נשאל האם הוא כהן והשיב בשלילה, אם כי לדבריו אבי אביו, שמוצאו מבוכרה, היה נקרא בשם "כהן", לאחר מכן העיד אחיו בביה"ד, ואמר בבירור "אנו כהנים".

2. אדם נשאל נשאל בבית הדין האם הוא כהן והוא ענה שאין לו מידע ברור בעניין אלא שאביו טוען כך. לאחר מכן האב העיד ולדבריו הוא לא ראה הנהגת כהונה אצל אבותיו עקב אי שמירת דת וכדומה, ואף הוא אינו שומר מצוות, אך היות ושם משפחתו "קפלן" הרי שנאמר לו שבעלי שם משפחה זה הם כהנים ולפיכך הוא החליט שהוא כהן, ואכן בגט קודם של בן אחר בעקבות דברי האב, נרשם "הכהן".

אדון מעט בהשלכות העולות במקרים אלו לעניין הכהונה. לכאורה יש לחלק בין המקרים וחילוק זה עולה משו"ת המבי"ט.

בתשובה אחת (ב,מ) קובע המבי"ט בבירור: "ונרא' דמי שבא ואמר כהן אני ועד א' מעיד לאו דוקא שהוא אומר שהוא כהן אלא סתמא דמלתא שהוא אומר כן אבל בלאו הכי אם הוא לא היה יודע שהיה כהן ועד א' מעיד עליו שהוא כהן נאמן דהא אמרי' דמעלין ע"פ א' בסתם בין שהוא אומר שלא היה יודע והן כגומלין כל א' מעיד על חבריו ולא על עצמו". הרי שאם אדם מעיד על מישהו שהוא כהן אף שהאדם עליו העידו אינו יודע האם הוא כהן, אין הדבר גורע מכהונתו, והמעיד עליו נאמן.

לעומת זאת במקרה אחר כותב המבי"ט (א,ריט) הובא לעיל בפרק על שיטת בנו המהרי"ט) בעניין השאלה: "ראובן נאמר לו שמשפח' אחת שהיתה

כינוייה ככינויו שהיו כהנים ושהוא גם כן יהיה כהן ואחר ימים בא לפני רב א' וספר לו הדבר ואמר לו שינהוג חומרי כהנים ועל דברי הרב סמך בנו של ראובן שהיה בעל תורה והיה נוהג להפריש עצמו מטומאת מת דרך חומרא ובנו היה מקל בחומרת אביו כי לפעמים היה נזהר מטומאת מת ולפעמים לא היה נזהר לימים מתה אשתו וארס אשה גרושה והתרו בו שלא ישאנה וקפץ וכנס אותה יודיענו רבינו אם יתחייב בדין להוציאה או לא." וכותב המהרי"ט שיש להקל בזה ומנמק: "ואם כן בן ראובן היה יכול לחזור בו ממה שהיה מחמיר על עצמו אם היה לו אי זה טעם להכחיש למי שאמר לו שהיה אביו ממשפחת שכיני שלחם היה ככינויו והיו כהנים דחומרא כזו שהוא על ספק בעלמא דהוי כדבר שאינו יודע בו שמותר וטוע' בו באיסור דנשאל ומתירין לו".

בעקבות כך כותב גם בעל שבט הלוי (י,רכה): "אבל כשגם בעצמו אינו יודע כלום ומעולם לא נהג כהונה לא הוא ולא אביו, רק ראו על מצבה ישנה שזה משפחת כהנים, שאין כאן חזקה ואין כאן עדות..." וכן כתב בשו"ת אגרות משה (אה"ע ד,יא): "בדבר אחד שהחזיק עצמו לכהן ונתברר שכל ידיעתו היא מאביו שבעת שקראו אותו לשמחת הבר מצוה אמר שהוא כהן אבל אביו אינו שומר תורה כלל וגם שברח מבית אביו בילדותו מצד מרדו באביו שלפי הדעת לא היה לו לידע כל כך דבר כזה שלכן אין לו שום נאמנות לזה שהוא כהן, וגם אשה אחת שהיתה בת אחי אבי אבא שהיא שני בשני עם אביו הנזכר אמרה איך אפשר שאתה כהן מאחר שאבי שהוא אחי אביך אינו כהן שלכן אין לחוש למה שאמר אביו, ומצד אמירתו לאוסרו בפסולי כהונה מדין שויה אנפשיה חתיכה דאיסורא אין לאוסרו מכיון שהחזקת עצמו לכהן הוא ע"פ אמירת אביו שאין לו נאמנות לכן אינו צריך לגרש את אשתו הגיורת שהיא גיורת בצדק וזהירה בכל דיני התורה ורשאי לחיות עמה כמו כל ישראל בגיורת כי איננו כהן."

הרי שכהונה שנובעת על יסוד רעוע והשערה, אין לה תוקף כהונה. ואם כך יש כאן יסוד לחלק בין המקרים, האח המעיד על אחיו על כהונה גמורה ומוחזקת בחו"ל מסתבר שנאמן הוא, ואילו האב שמשער שהוא כהן על סמך שם משפחה בלבד ללא כל אסמכתא של ממש לכך, וגם אינו נוהג כלל מנהגי כהונה, מסתבר שדבריו אינם מהווים עילה ליצור כהונה. יעויין עוד בספר עיונים במשפט (אה"ע ב,סה) לרח"ש שאנן זצ"ל אב"ד ת"א שעסק במקרה דומה ואלו מסקנותיו.

ד. מסקנות

האם ניתן ליצור כהונה על סמך בדיקות?

בוודאי שלא, כהונה חייבת להיות מתוך הקפדה על נישואי כהן לאישה הכשרה לכהונה דבר שכרגע לא ניתן להיבדק בשום בדיקה שהיא.

האם ניתן לבטל כהונה על ידי בדיקות מדעיות?

כאמור לעיל מעמד הכהנים בימינו הוא מן הדברים בהם נחלקו הדעות. נטיית הפוסקים היא להתייחס לכהנים לכל דבר ועניין ככהנים גמורים. בוודאי הדברים אמורים כשאדם החזיק עצמו לכהן הוא מחוייב בכל חומרות הכהנים. אמנם במקרה שאדם בא לפנינו ואין לו חזקה ברורה ומתעוררות ספקות שונים באשר לתוקף כהונתו, לכאורה ניתן גם לצרף את תוצאות הבדיקות המעוררות ספק גם כן (גם לאידך גיסא לכאורה הבדיקות היום לא "תקלקלנה" למי שרוצה לצאת מן הכהונה שכן הן עומדות על החציון ואין בהן הכרעה ברורה).

טז. אם פונדקאית

יחוס הבן לאם הביולוגית או לאם היולדת
תשובת אבי מורי הרב הרב אהרן כ"ץ שליט"א

מבוא¹⁵

הפונדקאות כאמצעי לפתרון בעיות עקרות נשים אשר אין רחמן מסוגל לקיים הריון מלא ולהעמיד צאצאים, עלוזה זה מכבר על שולחנן של גדולי הפוסקים בדורינו, ומספר ניכר של מאמרים הלכתיים נתפרסם בנושא זה. הנפקות המשפטית ההלכתית בנושא זה נוגעת לעניינים שונים. ענייני הייחוס, והכשרות הייחוסית של הוולד (במקרה שאחת הנשים, בעלת הביצית, או בעל הרחם אינה כשרה), ענייני הירושה, ענייני עדות וכדומה. יש כמובן גם לדון בעניין ההיתר לבצע את התהליך הנ"ל אם האישה הפונדקאית היא אשת איש או נכריה. נושאו של מאמר זה הינו שאלת ייחוסו של היילוד, האם הינו מתייחס לאם פונדקאית או לאמו הגנטית. ברבים מן המאמרים הדנים בשאלה למי מתייחס התינוק שנולד, האם לבעלת הביצית שהופרתה בזרע האב (בדרך כלל הבעל), או לבעלת הרחם, הוכרע להלכה שהאם הפונדקאית היא הנחשבת אמו לעניין הנפקויות המשפטיות השונות.¹⁶

¹⁵ המאמר נדפס במגל (ח-ט), נדפס כאן בעריכה נוספת, ההערות מאבי מורי אלא אם צויין אחרת.

¹⁶ כך הכריעו: הרב זלמן נחמיה גולדברג, תחומין ה', הרב אברהם יצחק הלוי כלאב שם, הרב יהושע בן מאיר אסיא מא, הרב משה סולובייציק אור המזרח גיליון המאה. לעומתם בשו"ת ציץ אליעזר טו,מה והרב יהודה גרשוני באור המזרח צב, הכריעו שאין לייחס אף אחת מן האמהות [ראה עוד ציונים לחומר רב שנכתב מאז כתיבת מאמר זה אצל ר"א שטיינברג, תחומין לב וראה

א. קביעת הייחוס – בהפרייה או בלידה?

הדיעה שהלידה קובעת נסמכת בדרך כלל על דברי הגמרא במסכת יבמות (צז ע"ב):

שני אחים תאומים גרים, וכן משוחררים – לא חולצין ולא מייבמין, ואין חייבין משום אשת אח; היתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה – לא חולצין ולא מייבמין, אבל חייבין משום אשת אח; היתה הורתן ולידתן בקדושה – הרי הן כישראלים לכל דבריהן.

ופירש רש"י: "לא חולצין ולא מייבמין – דצד ייבום מן האב הוא והני אין להם אב דזרע מצרי כבהמה. אבל חייבין – כרת משום אשת אח מן האם שהרי היא כישראלית שילדה בנים."

מוכח מכאן, שהלידה לאם יהודיה, במקרה זה הגיורת, עשתה אותם כאחים, רצה לומר שהייחוס שלהם נקבע לפי מצבם בעת לידתם. ואם כך לכאורה יש מקום לפשוט מכאן את ספיקם של הפוסקים בעניין קביעת האמהות וניתן ללמוד מכאן שהאם היולדת היא האם על פי ההלכה.

אלא שכאן יש להקשות קושיא גדולה, אם אכן לידתם היא הקובעת את יחוסם ההלכתי, אזי ברור שכל שנולד לאם יהודיה הרי הוא יהודי ואינו צריך גיור, ומדוע אם כן בעניין מאמרו של רבא "נכרית מעוברת שנתגיירה בנה אין צריך טבילה" דנה הגמרא (יבמות עח, ב): אמאי אין צריך טבילה? וכי תימא משום דרבי יצחק, דאמר רבי יצחק: דבר תורה, רובו ומקפיד עליו – חוצץ, רובו שאינו מקפיד עליו – אינו חוצץ, והא אמר רב כהנא לא שנו אלא רובו אבל כולו חוצץ. והגמרא מתרצת "שאני עובר דהיינו רביתיה" (ולאו חציצה הוא). ומשמע שהטבילה של האם הועילה לו והיא זו שהפכה אותו ליהודי, ולכאורה

גם פסק דינו של הרב ציון לוז שליט"א, חבר ביה"ד הרבני הגדול, ביושבו כאב"ד באר שבע תיק 1014227/2. וראה גם מה שכתב בזה הראשון לציון הגר"י יוסף בספרו שו"ת הראשון לציון.

העובדה שהתינוק נולד לאם יהודיה קובעת כבר בשעת הלידה את יחוסו כיהודי. לשם מה כל הדיון הזה?

מנין שזהו תהליך גיור כלפי התינוק הנמצא ברחם אמו? על פי הגמרא בסנהדרין (סח ע"ב) שדנה בדרשת חז"ל: "אם אין לאיש גואל, איש אתה חייב לחזור אחריו, וקטן אין אתה רשאי לחזור אחריו", מדרשה זו עולה שיש מציאות של גר קטן שאין לו יורשים שגירותו תקיפה מהתורה, מכאן מסיקים תוספות בכתובות (יא ע"א ד"ה מטבילין) כיצד יש מציאות כזו: "דמשכחת לה גר קטן מן התורה במעוברת שנתגיירה כדאמרינן בפרק הערל".

הרי שהתינוק דנן מוגדר כגר, והרי נולד לאם יהודיה, צריך היה לכן להיחשב כיהודי?

ב. חידוש הגרנ"ט – קדושת ישראל

התוספות בכתובות (שם) כותבים שגירות קטן חלה רק מדרבנן, כיוון שאין שליחות לקטן ועל כן לא נמצא גר קטן מהתורה אלא במעוברת שנתגיירה. על כך מקשה הגאון רבי עקיבא איגר, מדוע העובר הוא גר מהתורה, הרי למאן דאמר "עובר לאו ירך אמו" צריך העובר גירות בפני עצמו, ושוב אם אין זכיה לקטן איך יכול הוא להיות גר מן התורה?¹⁷

הגאון רבי נפתלי טרופ זצ"ל כתב בביאור דברי התוספות חידוש גדול (כתובות כו):

דאף שגוי הבא על בת ישראל צריך הולד גירות, אין זה משום שהוא גוי גמור, אלא באמת ישראל הוא, אלא דאכתי לא הוי בכלל קדושת ישראל, דיחוס הקדושה תלוי באבות, כדכתיב "למשפחותם לבית אבותם". וכמו שקדושת הכהונה תלויה באבות, כמו כן קדושת ישראל תלויה היא באבות ולא סגי במה שמתייחס אחריה, ולכן צריך גירות כדי לקבל עליו קדושת

¹⁷ בספר הפלאה הוסיף להדגיש שבוודאי לעובר אין זכייה וגרע מקטן.

ישראל. ונראה דלגירות כזה אין צריכים כלל לדעתו, מפני שמחוייב הוא להיכנס תחת כנפי השכינה.

דהיינו יש שני מושגים המגדירים יהדות, הלידה לאם יהודיה וקדושת ישראל. לפי הגרנ"ט ייתכן אדם שיוולד כיהודי ויזדקק עדיין לגיור לצורך קבלת הקדושה, וגיור כזה ניתן לעשות גם לקטן. בזה תירץ הגרנ"ט קושיית הגאון רבי עקיבא איגר שאם אמו נתגיירה בעודה מעוברת גם העובר הוא ישראל גמור מצד לידתו לאם יהודיה, אלא שצריך גירות אחרת להכניסו תחת כנפי השכינה, ולזה אין אנו זקוקים לדעתו כלל.

יש בדבריו של הגרנ"ט חידוש לפיו אדם יכול להיות ישראל מבחינת ייחוסו ואף על פי כן אין בו קדושת ישראל.

מכאן שהוולד הנולד מאם יהודיה אכן עובר גיור אך לעניין הייחוס הוא נותר מיוחס אחרי אמו גם ללא התהליך.

[לאור הדברים ניתן כבר לקבוע שהלידה על ידי האם הישראלית אכן יצרה את הייחוס המשותף ועדיין נותר שלב גיור שמגדיר את הקטן כגר, אך האם ניתן להוכיח מכאן מהו השלב הקובע, הלידה או הקשר הטבעי עם האם? בכך יש לדון כדלהלן].

ג. גר שנתגייר כקטן שנולד דמי

הלכה משמעותית לענייננו היא זו הקובעת שגר הוא כקטן ואין לו ייחוס. כיצד אפוא הקטן שנולד לאמו הגיורת והוא גם מוגדר כגר נותר בכל אופן מיוחס אליה?

מקורה של הלכה זו בדברי הגמרא ביבמות (כב,א): "אמר רב נחמן: גרים, הואיל ואתו לידן, נימא בהו מלתא: אחין מן האם – לא יעידו, ואם העידו – עדותן עדות, אחין מן האב – מעידין לכתחלה. אמימר אמר: אפילו אחין מן האם נמי מעידין לכתחלה. ומאי שנא מעריות? ערוה – לכל מסורה, עדות – לבית דין מסורה, וגר שנתגייר – כקטן שנולד דמי." דהיינו פעולת הגיור אותה עבר כל

אחד מהאחים ניתקה אותו ממשפחתו, ועל כן שוב אין הוא מתייחס להוריו ומשפחתו, ויכול הוא להעיד על קרוביו. מאותה סיבה צריך היה להיות מותר בקרוביו הישנים, אלא ששונה עדות מעריות, שכן ערוה לכל מסורה ועדות מסורה לבית דין. בדברים המסורים לבית דין אין לחוש לתקלות ואילו בדברים המסורים לכל יש לחוש לתקלות. מכל מקום ברור למשמעות המושג גר כקטן שנולד דמי, שפעולת הגרות מנתקת את הגר ממשפחתו ומייחסו הקודם.

יש מקום לדון האם גם לגבי עובר אמרינן "גר שנתגייר כקטן שנולד דמי"? במסכת בכורות (מו, א) למדנו: "מי שלא היו לו בנים, ונשא אשה שכבר ילדה... עודה נכרית ונתגיירה, משבאת לישראל ילדה – בכור לנחלה ואין בכור לכהן... מי שהיו לו בנים ונשא אשה שלא ילדה, נתגיירה מעוברת... בכור לכהן ואינו בכור לנחלה" (=שהרי פטר רחם הוא).

ובקונטרס שם פירש דכיון דהורתו שלא בקדושה לאו בר נחלה הוא. והעירו בעלי התוספות (ד"ה נתגיירה) שלא היה צורך לפירוש זה, שודאי שאין הוא בר נחלה, משום דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי ואינו חשוב אביו. ונראה ליישב שיטתו, שקרוב לודאי שרש"י כתב את הטעם של "כיון שהורתו שלא בקדושה" דבלאו הכי באמת היה יורש, משום "דגר כקטן שנולד דמי לא היה מפקיעו מירושה".

גם התוספות עצמם הוכיחו סברא זאת, שהרי בהמשך דנו במה שמבואר בגמרא יבמות (צח, א), בהא דאמור רבנן אין אב למצרי, לא משום דשטופין בזימה ולא ידוע מי אביו, שהרי בשני אחים תאומים, לא חולצין ולא מייבמין, והגמרא מסיקה דשאני התם דרחמנא אפקריה לזרעיה דמצרי, והקשו תוספות מדוע לא נסתפק בטעם הפשוט דגר כקטן שנולד דמי, וכתבו על זה התוספות שהוא דבר תימה.

לענ"ד סבור היה רש"י שכל הניתוק של הגר מייחוסו הקודם הוא על ידי חלות הגרות, שהרי כל גרות הינה ניתוק מדתו הקודמת, ממשפחתו מעמו, וממולדתו של האדם. אין הניתוק הזה תוצאה של הגרות אלא חלק ממהותו של הגיור.

והנה בנכרי שבא על בת ישראל הולד כשר ומכל מקום רבו הפוסקים הסוברים שולד זה צריך גיור. וכן מבואר בשיטת רש"י בקידושין (סח, א ד"ה לימא) דלמ"ד הולד כשר היינו אחר גירות. אמנם המהרש"א לקידושין (עו) טוען שדברי רש"י סותרים לדבריו בסוף מסכת קידושין, המדברים בעניין עבד ומבואר שם שאינו צריך גירות. ובשו"ת חמדת שלמה (אה"ע ב-ג מובא בפת"ש אה"ע ד, א) ביאר דברי רש"י בטוב טעם והוכיח ששיטת רש"י נובעת מש"ס ערוך (קידושין סט, א) דגרסינן שם: "ר' טרפון אומר: יכולין ממזרין ליטהר, כיצד? ממזר שנשא שפחה – הולד עבד, שיחררו – נמצא הבן בן חורין." ושאלה הגמרא: "ממזרת נמי תינסב עבד" ותירצה: "עבד אי לו חייס". ופירש רש"י שאינו מתייחס אחר אביו, וביבמות (סב, א) אמרו נכרי אית ליה חייס בגיותו. לפי זה הוא מיישב שדברי רש"י בסוף המסכת נאמרו על עבד, ועבד אין לו חייס והולד אינו מתייחס אחריו, ולכן אינו צריך גירות, אבל ברש"י הראשון מדובר בנכרי שהולד מתייחס אחר אביו וצריך גירות.

מכל מקום ברור לשיטת רש"י, אף שהילד נולד לבת ישראל, פעולת הגיור מועילה לו לניתוק היחס שלו. כל זה בגר שמתגייר לאחר הלידה. מה לגבי עובר?

הגר"מ סולוביצ'יק במאמרו (ראה הערה בראש המאמר) מבאר את החיוב של האחים באשת אח גם לאחר גיור בזמן ההריון, בכך שעובר שנתגייר על ידי גירות אמו, מתייחס אחר אמו כל עוד הוא במעי אמו, ואם כן הגרות פועלת שאינו מתייחס אחר אמו כשהייתה נכרית, ואחר כך חוזר ומתייחס אחר אמו הישראלית, מה שאין כן ייחוס האב הנקבע בזמן קליטת הזרע של אב, אשר על כן אין אפשרות לקבוע לבן ייחוס אחר כלפי אביו.

אלא שבפשטות יש לומר שאכן מתייחס הוולד אחר אביו או אמו הביולוגיים. אמנם בדרך כלל פעולת הגיור מהותה היא ניתוק היחס, אך הגיור של העובר במעי אמו אין בו משום ניתוק היחס, שהרי העובר אינו ישות משפטית המסוגלת לפעול פעולה שיש בה משום ניתוק היחס הקודם שלו, ולכן ממשיך הוא להתייחס אחר אביו ואחר אמו ועל כן אחים תאומים שהייתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה חייבים הם משום אשת אח, שהרי לא היה דבר שניתק את יחוסם כאחים.

היות וכך, פתחנו בכך שיש המוכיחים מהחיוב של האחים בדין "אשת אח" שהלידה קובעת ועל כן נוצר חיוב כזה למרות הגירות שניתקה את הייחוס הקודם, אך ניתן להסביר שהגירות אינה מפקיעה את הייחוס של העובר אשר על כן החיוב באשת אח נותר מעצם היותם אחים מבחינה ביולוגית.

מכאן ניתן להסיק אף להיפך שלא ניתן לעקור קשר ביולוגי על ידי החלת גירות הלכתית על עוברים (מה שאין כן בנולדים).

לאור זאת לגבי השאלה בתינוק הנמצא בבטנה של אם פונדקאית, מי מהאמהות היא אמו, האם הגנטית או האישה שברחמה גדלו, נראה לומר שהוא הדין והוא הטעם שודאי לא אירע דבר המנתק את יחסו הראשון לאמו הגנטית ולכן ממשיך הוא להתייחס למי שהייתה אמו הגנטית, והעובדה שהעובר התפתח ברחמה של אישה זרה אין בכוחה בשום פנים ואופן להקנות לו יחוס חדש, שהרי אין הוא יכול להיות בן של שתי אמהות.

כלומר, בכוחה של גרות לנתקו מיחוס קודם, אך העובדה שהעובר גדל ברחמה של אישה זרה אין בה כדי להפוך אותו לבנה של אותה אישה.

בשולי הדברים – מהעורך

אפתח בתמצית דברי אבי מורי: על בסיס הגמרא ביבמות (צז,א), הקובעת ששני אחים שנולדו מאם אחת שהתגיירה בזמן ההריון חייבים על אשת אחיהם

מהתורה, ניתן להוכיח שההורות הביולוגית היא המכריעה וקובעת כנגד הורות האישה היולדת, שכן הגיור מנתק את הייחוס ההלכתי, ולמרות זאת הקשר הביולוגי נותר על כנו. מתוך כך הסיק אבי מורי שגם באם פונדקאית יש להעדיף את הקשר הביולוגי קודם להורות האם היולדת. בעניין זה הוא דן גם בתהליך גיור העובר ומשמעותו ונקט שהיות והעובר אינו בר דעת אין תהליך הדיור מנתק אותו מייחוסו ואין מתקיים בן דין "קטן שנולד". והדבר מחזק את התפיסה ששורש הייחוס הוא בהפרייה.

משנת הגרז"נ גולדברג בסוגיית "שני אחין"

מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א במאמרו היסודי בנושא אם פונדקאית (תחומין ה, עמ' 252) קובע שסוגית "שני אחין" אשר נידונה כאן היא דווקא המקור לכך שהאם היולדת היא האם: "ומזה נראה מוכרח שדי בלידה שיתחשב אמו שהרי הורתן היתה שלא בקדושה ומתבטל יחוס האם בגירות, שנעשו קטנים שנולדו ונעשית אמו על ידי לידה הרי שלידה הוא העושה אם". לאחר מכן תלה זאת הרב בשאלה האם אומרים "עובר ירך אמו", לדבריו לדעה שעובר ירך אמו, מעוברת שנתגיירה וילדתו בקדושה הרי זה כילדה ולד שלה כיון שהעובר הוא כאיבר מאיבריה ואם כן אין ראייה מכאן למקרה ליולדת עובר מאשה אחרת שתחשב כאמו, כיון שילדה ולד שאינה שלה. לעומת זאת לדעה ש"אין עובר ירך אמו" ומעוברת שנתגיירה אין בנה צריך טבילה מטעם שאין כאן חציצה ואף על פי כן נחשבת כאמו, זו ראייה שהלידה קובעת, גם כשאין הולד שלה – שהרי מה שעוברתו בטל ובאה הגירות ועשאתו כקטן שנולד גורמת שיתחשב כאמו וחייב על אשת אחיו. מכאן מוכח שדי בלידה לחוד. ומסכם שאם לדעה אחת ברור שהלידה קובעת מן הסתם אין חולק על כך.

מוסיף הרב ומציין לחידוש הגרנ"ט, המחלק בין גיור לייחוס וגיור לקדושת ישראל ומסיק: "ולסברת הגרנ"ט נתחזקה ראיתנו שלידה לחוד גורמת לא רק שיתחס הולד אחר אמו שהולידה אותו אלא אף אם הולד לא נתגייר ואינו חייב במצוות מכל מקום מתחס אחר אמו."

כלומר לדעת הרב לפי חידוש הגרנ"ט דווקא מובנת יותר הסברה שהלידה גורמת את הייחוס, ומוסיף הרב שחידוש נתיבות המשפט לפי שיטת רש"י שהוולד הנולד מגוי ובת ישראל צריך גיור, עומד בסתירה לסברת הגרנ"ט, שכן הגרנ"ט בא ליישב את שאלת רבי עקיבא איגר על התוספות, מדוע אם עובר אינו ירך אמו הגיור של מעוברת שנתגיירה חל מהתורה, ולשיטת הנתיבות ניתן ליישב את הקושי בתוספות כיצד במעוברת שנתגיירה הוולד הוא גר מהתורה שכן לפני גיורו כבר נשמר לו הייחוס של אביו וממילא לאחר גיורו חוזר ומתייחס אחר הוולד אחר אמו היהודיה.

לפי תפיסת הרב בוודאי ברור שהגיור ביטל את הייחוס הקודם וממילא הייחוס החדש של אחווה נוצר על ידי הלידה.

החידוש במאמר דנן

בניגוד לכך מציע אבי מורי במאמרו לטעון שגיור עובר אינו יכול לבטל את הייחוס הקודם, ובפרט לפי שיטת רש"י כפי שביארה בעל נתיבות המשפט, שוולד הנולד מישראלית וגוי צריך גיור, ומכאן שקביעת הייחוס המשפחתי נוצרת בדווקא על ידי העיבור, על אף שקדושת ישראל חלה לאחר הלידה. אמנם לכאורה גם לפי תפיסה זו ניתן לומר שלמעשה אין הכרעה מה השלב הקובע, שכן ייתכן שהלידה גם גרמה קרבת משפחה, אך אבי מורי טוען שהיות והוולד לא עבר שינוי מאם לאם, ואותה האם היא הייתה בזמן העיבור הרי שזמן היצירה הוא בוודאי הגורם לאמהות.

תאומים בדווקא?

יש לציין לדעת הש"ך (יו"ד רסט,ו) שהחיוב הוא באשת אח הוא באחים תאומים בדווקא ולא נאמר לגבי אח שנולד כשגם הורתו בקדושה, אמנם הוא חולק בזה על קודמיו וראה באחרונים שלאחריו שלא סברו כמותו (קרן אורה יבמות צח,א).

הלכה למעשה

כידוע עקב מורכבות הנושא ומחלוקת הפוסקים וחולשת הראיות לכאן ולכאן, נהוג בבתי הדין לנקוט לחומרא לפחות בעניינים הנוגעים לאיסור תורה (ראה בפק הדין המצויין בריש הדברים שדן באיסור מינקת ובפונדקאית והמתבאר שם).

יז. בנק הזרע בהלכה

כחלק מההתפתחות הרפואית המודרנית ניתנה דרך נוספת לאישה להיות אם גם אם אין לה בעל או שבעלה אינו מסוגל להוליד, והיא האפשרות לקבל תרומת זרע מבנק הזרע. במקרה זה לא ידוע מי הוא האב היות וחוקי המדינה מגנים על סודיות התורמים. הילדים הנולדים מהפריות אלו באים להינשא, ועולה שאלת מעמדם מבחינת דיני יוחסין, שהרי לא ידוע מי אביהם. מבחינת הגדרתם כיהודים אין ספק שהרי האם עומדת בפני בית הדין והיא יהודייה. אך מבחינת האב יש חשש שהוא פסול יוחסין ואז הילד פסול לבוא בקהל או גוי ואז אם מדובר בבת היא פסולה לכתחילה לכהונה.

סיכמתי ראשי פרקים בקיצור בסוגיה נכבדה זו לתועלת הרבנים והלומדים¹⁸. יש להעיר שעצם הפנייה לבנק הזרע לכתחילה בעייתית ולא דנו כאן אלא בדיעבד כאשר בא הילד לישא אישה ומה דינו.

ספק ממזר?

שאלת הספיקות הייתה יכולה להיות מוכרעת על ידי הקביעה שהולכים אחר הרוב שהם כשרים, אלא שחכמים עשו מעלה ביוחסין וקבעו שהיות ויש מקרים בהם לא הולכים אחר הרוב, ואלו מקרים בהם חל דין "קבוע" דהיינו שהפסול היה במקומו והאישה באה אליו שאז חל דין "כל קבוע כמחצה על מחצה". כל

¹⁸ סוגיה זו עלתה בפני רבנן ותלמידיהון שנדרשו אליה הלכה למעשה, עמדו לפני תשובת הגאון רב אשר וויס (לא פורסמה) אותה הפנה למרן הרב עובדיה יוסף זצ"ל ועליה השיב הרב זצ"ל את תשובתו המודפסת בשו"ת יביע אומר (י, אה"ע י), פסקו של הגאון הרב ש"מ עמאר (שו"ת שמע שלמה ב, אה"ע ב), פסק דינו של הגאון הרב דוד לבנון, אב"ד אשקלון, (בהרכב יחד עם הרבנים איגרא ודרשביץ) תיק 902150/1, מאמריהם של הגר"מ רלב"ג (תחומין כד עמ 139) והגאון הרב דוד לאו (תחומין לד). כמו כן נהניתי ממאמרו המקיף של ידידי הרב אמוץ כהן (יוצרות ב עמ 17 ואילך), וכן ראה סקירתו של הרב ד"ר מיכאל ויגודה בדף השבועי תזריע מצורע תשס"ז. עם הכנת הספר לדפוס יצא גם שו"ת פועה בעריכת ידידי הרב אריה כץ ובו התייחסויות נוספות לסוגיה זו.

מבואר בסוגיית הגמרא (כתובות טו,א) בעקבות כך קובע הרמב"ם (איסורי ביאה טו, יא-יב) שאם האישה אינה אומרת שהבועל היה כשר, הילד יהיה פסול יוחסין מדרבנן כספק ממזר:

פנויה שנתעברה מזנות אמרו לה מהו העובר הזה או הילוד הזה אם אמרה בן כשר הוא ולישראל נבעלתי הרי זו נאמנת והבן כשר, ואף ע"פ שרוב העיר שזנתה בה פסולים.

ואם לא נבדקה אמו עד שמתה או שהיתה חרשת או אלמת או שוטה... הרי זה הילוד ספק ממזר, כשם שזינתה עם זה שהודה לה כך זינתה עם אחר וזה הוא הנקרא שתוקי שמכיר את אמו ואינו מכיר את אביו ודאי. וכך פוסק השולחן ערוך (אה"ע ד,כו). במקרה דנן האם היא כאילמת שאינה יודעת ממי הילד והאם האב הוא אדם כשר מבחינת ייחוסו. על כן עולה השאלה האם להחשיבו כספק ממזר.

הליכה אחר רוב כשרים כשידוע כשלא היה במקום הבעל ראשית יש לדון שידוע שהאישה הלכה לבנק הזרע שאינו מקום הבעל הקבוע והוא יצא ממקומו ומביתו לצורך תרומת הזרע. לפי דברי הגמרא עולה שהחשש בגללו גזרו חכמים וחייבו "תרי רובי" הוא משום שיש ספק אם האישה הלכה אל הגבר ואז יש דין קבוע, עולה השאלה מה יהיה הדין אם ברור שהגבר יצא ממקום קביעותו ויש רוב כשרים, האם הולכים אחר הרוב והולד כשר מהתורה ורבנן גם יתירו אותו? דעת הרשב"א, רא"ה, ריטב"א (בחידושיהם לכתובות טו,א) שגם במקרה כזה האישה אסורה.

כך גם כותב הטור (אה"ע סי' ו) שהולד כשר אך רק בתנאי שיש תרי רובי: "ונראה דאפילו נתעברה בעיר אם הלך הבועל אליה תנשא לכתחילה כיון דאיכא רוב העיר ורוב סיעות כשרים אא"כ הלכה היא אליו וסתמא נמי שאין ידוע מי

הלך למי נראה דתנשא לכתחילה. "דברי הטור הובאו בשו"ע (ו,יח) בשם "יש מי שאומר".

הב"ש (ו,לד) והגר"א (ו,נז) שביארו שלדעת הטור אפשר להקל ב"תרי רובי" גם בתוך העיר, וכך מדויק בדבריו "כיון שאיכא רוב ורוב..." הרי שגם במקרה שידוע שבא אליה צריך תרי רובי. והמדיק בלשון המאירי (כתובות טו,א) יראה שכך כתב במפורש: "כל שיש שם תרי רובי לא סוף דבר כשלא נודע לנו מאי זה רוב פירש אלא אף כשנודע לנו שמרוב העיר פירש אף על פי שאין לתלותו אלא בחד רובא מכשירין אותה שמכל מקום בתרי רובי לא גזור". משמע מדבריו שגם אם יצא מרב העיר והלך אליה צריך תרי רובי.

הריטב"א מציין בדבריו שהוא דוחה "מאן דמפרש" שכל היכן שידוע שבני העיר הולכים אליה אין צורך בתרי רובי, אמנם לא מצאנו במפורש מי הוא בעל דעה זו.

הבית מאיר (ד,כו) וערוך השולחן (ד,לד) ציינו למחלוקת בעניין, אך ערוך השולחן סיים שפשטות הגמרא אינה כך.

יש מהפוסקים שצינו כדבר פשוט לסמוך על שיטה זו, אמנם היות והדבר שנוי במחלוקת ראשונים ולחלק מהאחרונים אף אין בזה מחלוקת, נראה שצריך לצרף סברות נוספות להקל.

תרי רובי

במקרה של אישה שנבעלה ואין ידוע ממני, וגם היא אינה יכולה לומר ממי הילד, נפסק להלכה שאם יש "תרי רובי" היא כשרה אפילו לכהונה (רמב"ם איסורי ביאה יח, טז שו"ע ו,יח).

לפי דברי המגיד משנה (רמב"ם שם טו) והמאירי (כתובות טו,א) דין הילד דומה לדין האישה ובמקום שהיא כשירה גם הוא כשר¹⁹.

אשר על כן ברור שיועילו תרי רובי להכשיר את הוולד.

הנודע ביהודה (אבן העזר א,ז יובא להלן) אף כתב כדבר פשוט שכל הדיון בסוגיה הוא רק לגבי כשרות לכהונה ולא לגבי כשרות יוחסין, אך כבר הבית מאיר העיר שפשטות הסוגיה והראשונים היא גם על כשרות יוחסין בכלל (ראה פת"ש ד,מא).

מה היא הגדרת "תרי רובי"?

נחלקו הראשונים בשאלה כיצד להגדיר תרי רובי. לדעת הרמב"ם (שם): "פרשת דרכים או בקרנות שבשדות שהכל עוברין שם, והיו רוב העוברים שם כשרים, ורוב העיר שפרשו אלו העוברים ממנה כשרים." ראה גם לשון הרמב"ם בפירוש המשנה (כתובות א,ו): "מעשה זה היה חוץ לעיר שרובה כשרים ויצאו מאותה העיר סיעה רובה כשרים ג"כ, ופרש אחד מאותה סיעה ואנסה, שהרי יש כאן תרי רובי רוב העיר ורוב סיעה של מקום שנאנסה בו". הרי שהאישה צריכה להיות במקום חיצוני לעיר ואז יש היתר על סמך רוב העיר ורוב הסיעה. יש לציין לדברי התוספות יום טוב (כתובות א,י) שדייק בשני המקורות שהשיירה פרשה מהעיר, לכאורה רוב מתוך רוב, ובוודאי הרמב"ם לפי דרך זו מחד מחמיר בכך שהאירוע יהיה מחוץ לעיר בדווקא, מאידך מקל שאפשר להסתמך על רוב מתוך רוב. ואין נראה שכוונתו לחייב רוב מתוך רוב, כך שאם יהיו שני רוב שונים מעיר אחת ומסיעה אחרת לכאורה יודה שניתן לסמוך עליהם²⁰.

¹⁹ ראיתי לאחד מהאחרונים בסוגיה דנן שציין לדברי הכסף משנה שהבין ברמב"ם שתרי רובי לא מועילים לכתחילה, אך לא הבינותי דבריו בהקשר למעמד הילד, שהרי המגיד משנה כבר הגדיר שדין הוולד הוא "דיעבד" שהרי אם פסול הוא אין לו מוצא, ומניין שהכסף משנה חולק על כך.

²⁰ החזון איש (אה"ע ז,א) כותב שלדעת הטור במקרה שנבעלה חוץ לעיר והיה רוב סיעה שבאה מן העיר תהיה אסורה, וכתב שהאחרונים לא פירשו דבר זה אמנם מפורש הוא בתוספות יום טוב וכך נראה גם מדברי המאירי בסוגיה.

ואילו לדעת רש"י מדובר גם בתוך העיר עצמה (כתובות טו, א ד"ה בקרונות):
 "ביום השוק שסיעות ושיירות ממקום אחר באות שם... השתא איכא רוב סיעה
 ורוב העיר." וכן לדעת הטור (אה"ע ו) "רוב העיר כשרים ורוב שיירא של
 כשרים הבאה ממקום אחר עוברים שם".

דהיינו לדעת הרמב"ם צריך מקום שבו יהיו שיירות שבהן רב כשרים וכן העיר
 שפרשו ממנה באי המקום יהיו רוב כשרים. ואילו לדעת רש"י והטור גם אם
 הדבר קורה בתוך העיר עצמה, כגון ביום השוק שיש סיעות הבאות מבחוץ זוהי
 מציאות של תרי רובי.

נקוט בידי הפוסקים (ש"ש ד, כג, חזון איש אה"ע ז, ו) שהלכה כדעת רש"י והטור
 ושכך היא דעת רוב הראשונים וכן מצינו כשיטה זו בדברי הריטב"א, הר"ן
 והמאירי (כתובות שם).

לאור זאת יש לעיין מה הגדרתו של הרוב בבנק הזרע. הפוסקים דנו שיש לומר
 שיש כאן תרי רובי, רוב העיר בה נמצא הבנק ורוב התורמים לבנק שאינם
 בדווקא מאנשי העיר (ואף אין צורך להיזקק לחידוש הרמב"ם המאפשר להסתמך
 על רוב מתוך רוב). אף שבנק הזרע נמצא בתוך העיר והרי לשיטת הרמב"ם לא
 ניתן לסמוך על תרי רובי בתוך העיר, הרי שכאמור סומכים בזה על שיטת רוב
 הראשונים.

רוב אחד

עוד העלו הפוסקים שני צדדים להקל גם ברוב אחד. ראשית יש שיטה
 בראשונים הסוברת שדי ברוב אחד למסקנת הסוגיה. והיא שיטת רש"י בסוגיה
 שכל הסוגיה המחייבת תרי רובי היא אליבא דרבי יהושע, ואילו לרבן גמליאל
 אין צורך בתרי רובי ואפילו באינה טוענת ברי די ברוב אחד. כך היא גם דעת
 בעל המאור על אתר ולדעת השב שמעתתא (ד, כב) שיטה זו ראוייה להצטרף
 להיתרא.

אסופי ושתוקי

הדרך הנוספת לאפשר היתר על פי רוב אחד, הוא על בסיס חידוש הנודע ביהודה (אבן העזר א,ז) שביאר בדרך מחודשת מדוע תינוק שיצא מכלל אסופי אינו שתוקי אלא מותר גמור על פי רוב כשרים. הנודע ביהודה ביאר שהחילוק בין שתוקי לבין אסופי כשר הוא בשאלה על מי דנים, אם דנים על כשרות האם ומתוך כך על כשרות הוולד יש לוולד דין שתוקי. אך אם דנים על הוולד לכשלעצמו, כשאין שאלה על כשרות האם, הוולד יכול להיות אסופי או כשר. הגדרת אסופי היא תינוק שנזרק ברחוב ואילו תינוק שאינו זרוק אלא נראה מטופל הוא כשר משום שאז הולכים אחר הרוב וכל דפריש מרובא פריש. גישתו של הנודע ביהודה אינה מוסכמת והאריכו בדבריו רבים (ראה ש"ש שמעתא ד פרק יז ואילך וכן בפת"ש ד,מא) אך הוא אילן גדול להיתלות בו²¹.

עוד ציינו הפוסקים (פת"ש ד,מא) למהלך אחר באחרונים (בית מאיר ד,לו) המחלק בין אסופי לשתוקי ולדבריהם הדבר תלוי בחזקת כשרות של האם. גם לפי דרך זו אם שלקחה תרומה בבנק הזרע לא איבדה חזקת כשרות שלה ועל כן יש להכשיר את הולד לאחר שהתברר שגם אינו אסופי.

יש ממזר קבוע

בנוסף חידשו האחרונים להקל שצריך ממזר וודאי ידוע במקום, וכפי שכותב הב"ש (ד,לט), וללא פסול וודאי אין חשש קבוע ואין צורך בתרי רובי. אם כי יש שערערו על כך שצריך ידיעה וודאית שאין ממזר במקום, ולא מספיקה אי היכרות עם הממזר.

²¹ אף שפשטות דברי הרמב"ם המצוטט לעיל היא שמתה אמו ובכל אופן פסול, ולדברי הנו"ב היה עליו להיות כשר במקרה כזה, ראה בדברי הרב אמוץ כהן (עמ' 22) שאחרונים שיישבו דברי הרמב"ם והעמידום לשיטה זו דווקא במקום של רוב פסולים כפי שמתואר בדבריו בהלכה לפני כן.

דרך יצירת המזורות

חידוש נוסף שדנו בו האחרונים הוא לפי דרכו של האגרות משה (אה"ע א, עא, ג, יא) הקובע שאין דרך יצירת מזורות כלל ואף לא פסול כהונה באופן שאין ביאת איסור²².

כהונה

עולה השאלה האם כל הצדדים הללו יהיו תקפים גם להתיר בת להינשא לכהן. בשו"ת יביע אומר קובע בבירור שההיתר תקף גם לכהונה היות וגם אם יש חשש שהאב הוא גוי יש מקום להסתפק שמא הלכה כדעות שגוי הבא על בת ישראל הוולד כשר לכהונה (ולכאורה היתר זה תקף גם במקום של רוב גויים, ראיתי מי שהעיר שלא כך, וצ"ע וראה להלן). וכן יש מי שצירף דעת הפוסקים שלא נוצר פסול כהונה בדרך כזו וכשם שלא נוצרת מזורות בדרך שאינה של ביאה (וכעת ראיתי בקובץ כללי הגיור של הראש"ל צ הרב יצחק יוסף שהביא תשובת הרב משאש להתיר בנות שנולדו מזרע כהן שהופרה אצל גרושה בדרך של הפרייה מלאכותית). עוד צירף הרב יביע אומר דעת הפוסקים המחלישים חזקת הכהונה וכבר הארכנו בזה במקומו בחיבור זה שזו שיטתו לצרף שאלה זו לספקות.

גזירה שמא ישא אחותו

יש שדנו האם לחשוש לגזירה שמא ישא אחותו או אחיו, בכל מקרה בדיעבד יש להקל בזה.

²² עוד יש לציין לחידושו של הרב אשר וויס שעל דעת מציאות כזו של הזרעה לא גזרו חכמים דין שתוקי. חידוש גדול זה צריך עוד ליבון שכן בדרך כלל "לא פלוג" חכמים בגזירתם אך ראוי הוא להצטרף לשאר הצדדים.

סיכום

כפי שפירטנו יש צדדים שונים להיתר נישואין לישראל ואף לכהונה. כאמור שאלה זו מסורה לגדולי ההוראה ומצאנו תשובתם הרמתה להיתרא לישראל (וחלק מהם התירו אף לכהונה) כפי שהובאו בתחומין תשובתם של הרב משאש זצ"ל וילח"א מו"ר הרז"נ גולדבג להתיר וכן היא מסקנת הר"ע יוסף זצ"ל וילח"א הרש"מ עמאר בפסקיהם, וכן העלו בבי"ד הרבני בפסק דינם המובא בריש הדברים וכן היא דעת הרב אשר וויס.

מאידך ראה שו"ת תשובות והנהגות (ה,שכט) שלדעתו ראוי להחמיר בדין הוולד כשתוקי.

מנהג יפה נוהג הרב אריאל אליהו אדרי שליט"א, דיין בביה"ד הרבני, לציין שההיתר מותנה בכך שבמקרה של נישואי שני ילדים הנולדים מבנק הזרע, צריך לבדוק בדיקת רקמות, היות והחשש לכך שיהיו שני ילדים מאותו תורם הוא חשש גדול. יש לומר גם שבנישואי שני אחים יש היבט בריאותי מלבד החשש ההלכתי ו"חמירא סכנתא מאיסורא", ועל כן יש לחשוש גם לאירועים שעשויים להיות נדירים למדי.

יח. הזרעה פלאכותית לאחר פיתח

שאלה

האם ניתן ליטול זרע מאדם שנפטר בכדי להפרות את אלמנתו?

תשובה

המקורות דלהלן נכתבו כחוות דעת לעיון פוסקים שעסקו בשאלה זו ולבקשתם, שאלה זו טעונה ועמוקה, ומסורה לגדולי הפוסקים שכן כרוכים בה עניינים הדורשים שיקול דעת, תבונה ניסיון ופסיקה רחבת כתפיים. הדברים הנכתבים להלן נועדו ללבן לכל המעוניין בהבנה מעמיקה יותר, את השאלות העולות בנושא זה, ולהבהיר את דעות הפוסקים בעניין. אין בכוונתנו להורות הלכה למעשה בעניין חמור זה.

שאלה זו מתחלקת לשני חלקים:

- א. העיסוק בגופת הנפטר, דהיינו האם מותר לקחת ממנו את הזרע.
- ב. מעמד הילד, דהיינו מה היחס בין הילד לאדם ממנו ניטל הזרע.

א. הנפטר

בנושא זה יש לדון בכמה סוגיות:

א. הנאה מן המת.

ב. חובת קבורה.

ג. ניוול המת.

ד. מחילה מחיים

כמובן שכל הנושאים הללו נידונים באריכות באחרונים, הן מצד עצמם והן בנוגע לשאלה דנן. נביא את תמצית הדברים הנוגעים לענייננו.

א. הנאה מן המת

הגמרא במסכת עבודה זרה (כט, ב) קובעת שמת אסור בהנאה ומקור הדין בעגלה ערופה:

ומת גופיה מנלן? אתיא שם שם מעגלה ערופה, כתיב הכא: (במדבר כ) ותמת שם מרים, וכתיב התם: (דברים כא) וערפו שם את העגלה בנחל, מה להלן אסור בהנאה, אף כאן נמי אסור בהנאה.
 כך פוסק הרמב"ם (אבל יד, כא) "המת אסור בהנאה כולו..."
 אמנם יש כמה צדדים לדון בהם במקרה דנן:

1. נהרג

בשו"ת מחנה חיים (ב, ס וג, יו"ד סה) חידש שדוקא מת בידי שמים אסור בהנאה אך אם נהרג מותר בהנאה²³.

2. הנאה מיידית

הרי"א הרצוג (פסקים וכתבים יו"ד קנז) חידש שרק הנאה דומיא דאכילה נאסרה אך לא הנאה דלאחר זמן שהיא אסורה רק מדרבנן.

3. גרם הנאה

הרי"א הרצוג (שם) כותב שמהתורה אסורה הנאה מהדבר עצמו ולא גרם הנאה ממנו²⁴, הוא דן בקרנית שלדעתו נחשבת גרם הנאה וראה גם בשו"ת בית אב"י (א, עמ' רצט) שדן בסברה דומה והביא את דברי הריטב"א (סוכה לא, ב ד"ה והאמר):

לא חשיב איסור באיסורי הנאה אלא כשנהנה בגופו של איסור אבל כל שאין ההנאה מגופו אלא שגורם לו הנאה וריוח ממקום אחר אינו הנאה מן האיסור, וכדרך שאמרו (ר"ה כח, א) בנודר הנאה ממעין שטובל בו בימות

²³ באוצרות יוסף (ר"י ענגיל, כלל א סימן ח) כותב סברה הפוכה לגבי מת עכו"ם שגם לשיטות שאין בו איסור הנאה, אם נתחייב מיתה בב"ד יש בו איסור הנאה.

²⁴ ראה בשיטה לא נודע למי (קידושין נו, ב ד"ה בערלה) בשם הר"מ שיותר למכור איסורי הנאה לכתחילה "שאין הנאה אלא דבר הנהנה מגופו כגון צביעה והדלקה וסיכה וכיוצא בזה" השיטה עצמו מקשה על הר"מ ודוחה את דבריו.

הגשמים שאינו נהנה בגוף המים ואע"פ שגורמת לו טבילה זו לעלות מטומאה לטהרה ומכשירתו לכמה דברים לית לן בה, וכן הא דאמר רבא התם בסנדל של ע"ז לא תחלוץ ואם חלצה חליצתה כשרה דמצות לאו ליהנות ניתנו, ואע"ג דמרווחא טובא בההיא חליצה לא חשיבא הנאה באיסור, והא ברירנא לה בדוכתא אחרינא.

הריטב"א הוסיף על כך הסבר במקום אחר (יבמות קג, ב ד"ה וסנדל): אבל הנכון דלא חשיבא הנאה באיסורי הנאה אלא כשנהנה בגופו אבל התירה לשוק וזכייתה בכתובה אין זה מגופה של סנדל ואין החליצה אלא כגרמא בעלמא, הא למה זה דומה למודר הנאה ממעיין שטובל בו בימות הגשמים (ר"ה שם) ואע"פ שבטבילה זו הוא נטהר מטומאתו לכמה דברים. כלומר תוצאות עקיפות של הדבר אינן נחשבות הנאה. דיונו של ההר צבי הוא לגבי קרנית, בשו"ת במראה הבזק (ה, קג) מדמים לזה גם הנאה מזרע.

4. שלא כדרך הנאתו

ההר צבי (יו"ד רעז) הסתמך על כך שהשתלת קרנית של מת בחי אינה דרך הנאה (אם כי קצת משמע מלשונו שהסתפק בכך, והסביר נכדו הר"י כהן בהגהות הרר"י בשדה שהספק הוא שמא זו דרך הנאה שאנשים משתמשים בקרנית לראייה כשהם חיים). כך כותב גם האגרות משה (יו"ד א, רכט) ביחס לשימוש בחלקי המת לרפואה: "שלחברו בבשר אדם חי הוא שלא כדרך הנאה של המת". בהגהות הרר"י בשדה (על ההר צבי שם) ציין לשיטות החולקות בענין. המתירים שימוש במת שלא כדרך הנאתו הם רדב"ז (ג, תקמז), שו"ת שיבת ציון (סב), מי נדה (מר' שלמה קלוגר, דף נב) משנה למלך (אבל יד, כא). ואילו שו"ת גנת ורדים (א, ו הובא בחדושי רעק"א יורה דעה שמט) חולק וסובר שמת אסור שלא כדרך הנאתו ולדעתו הוא דומה לכלאי הכרם שאסורים שלא כדרך הנאתם וכן הכריע האגרות משה (יו"ד א, רכט).

גם לאלו הסוברים שאיסור הנאה ממת דומה לשאר איסורי הנאה צריך לציין שהראשונים נחלקו מה דינם של איסורי הנאה שלא כדרך הנאתם, ראבי"ה (פסחים תנו מובא במרדכי פסחים תקמה) מתיר לכתחילה וכן משמע מתוספות קידושין (נו, ב ד"ה המקדש ראה משנה למלך יסודי התורה ה, ח אות כג), ואילו מדברי תוספות שבועות (כב, ב ד"ה אהיתרא) רמב"ן (תורת האדם) רשב"א, ריטב"א (קידושין נו, ב ד"ה המקדש), רא"ה (עבודה זרה כז, א), רבינו דוד (פסחים כו, א ד"ה שאני) ומהר"ם חלאווה (פסחים כה, א ד"ה מה וראה בהערות עליו הערה י דיון נוסף בשיטת התוספות) נראה שיש איסור דרבנן בהנאה שלא כדרך. בדעת הרמב"ם (יסודי התורה ה, ח; מאכלות אסורות יד, י) לומד המגיד משנה (מאכלות אסורות ח, טז) שיש איסור תורה כחצי שיעור אף שלא כדרך הנאתן (וראה בדיונו של המשנה למלך בשיטה זו).

5. הגדרת הנאה

מו"ר הגרז"נ גולדברג טוען שאין זו הנאה כלל (ראה דיון הראשונים והאחרונים לגבי הנאה מצל – רבינו דוד פסחים כו, א ד"ה שאני סובר שהנאת צל אינה הנאה ועיין בהערות עליו שזו שיטת ראב"ד המובאת בטור יו"ד קמב אך עיין גם שער המלך יסודי התורה ה, ח שטוען שהנאת צל נחשבת הנאה). מאידך ראה דברי שו"ת ישמח לבב (יו"ד מה מובאים בציץ אליזר יג, צא שהסכים להם):

שאינ לך הנאת מת גדולה מזה, ואע"פ שיש לצדד ולומר דהואיל ונזרקה חיות בעינים אלו ונעשית בהם תחית המתים תו לא חשיב הנאת מת כי חיות הנה, מ"מ כיון שמגופו של מת באו לא גריעי מתשמישיו של מת שגם הם אסורים בהנאה...

וראה גם בדיונו של הרב"צ אבא שאול (תשובתו מובאת ביביע אומר ג, יו"ד כ):

ולכאורה היה נראה לומר שאין איסור מה"ת להרכיב קרום עין המת בסומא, שכל ההנאה שיהא לסומא הוא שע"י זה יוכל לראות. וקי"ל קול

מראה וריח אין בהם משום מעילה. (פסחים כו). אולם לפעד"נ שיש לחלק בזה, דדוקא אדם פקח הנהנה מנוי המקדש, או אשה הבוררת חטים לאור בית השואבה, אין בו מעילה, שההנאה היא אין בה ממש. אבל בסומא שנפקחו עיניו עי"ז והיה כאחד ממנו לדעת טוב ורע, שעד עכשיו היה חשוב כמת ועתה נהפך להיות כבריה חדשה, אין לך הנאה גדולה מזו. וע"ע בשו"ת הרדב"ז בחדשות (סי' רצז) שכ' וז"ל, שאם הריח תפוח או ורד של הקדש מעל כיון שנהנה מגוף ההקדש. ומה שאמרו אין מועלים בהם, היינו כששומע קול כלי שיר או שמריח ריח קטורת או שהיה נר של הקדש דלוק והלך לאורו. אבל אם לקח כלי שיר של הקדש וניגן בו או הקטורת והריח בה, או הדליק מנר של הקדש, וכיו"ב שנהנה מגוף ההקדש יש בו דין מעילה. ע"ש. וכ"ה בשעה"מ (פ"ה מה' יו"ט הי"ו). ודון מינה ואוקי באתרין.

לפי דבריו יתכן שהשימוש בדבר עצמו אפילו עבור הנאה שאין בה ממש אסור.

6. חצי שיעור דלא חזי לאיצטרופי

ההר צבי (יו"ד רעז) הוסיף וטען שבמקום שנהנים מחצי שיעור ואין חשש שיוסיפו עליו הדבר מותר לכתחילה. דבריו נאמרו ביחס לקרנית אך הם נכונים כמובן גם לגבי זרע. ההר צבי הביא את מחלוקת האחרונים האם שיעור איסור ההנאה הוא בכזית או בשווה פרוטה. הדבר תלוי בשני גורמים: א. האם נאמרה לשון אכילה באיסור הנאה במת. ב. האם מדמים איסור זה לשיעור הטומאה. לאחר דיון בשיטות האחרונים הוא מוסיף ומציין לדברי הר"ן (חולין קכב, ב, ד"ה שמא) שהביא דעה כזו בשם יש אומרים.

7. איבר שחזר לחיים

ראה להלן סברת האחרונים ביחס לקבורה והוא הדין לגבי איסור הנאה מן המת.

ב. חובת קבורה

הרמב"ם (אבל יב, א) קובע שיש מצוות קבורה למת (אמנם בספר המצוות רלא כותב זאת דווקא ביחס להרוגי בית דין ועיין במפרשים באריכות). בירושלמי (נזיר ז, א) נאמר שמצווה זו כוללת גם איברים בודדים:

תקברנו, כולו ולא מקצתו, תקברנו, מכאן שאם שייר ממנו לא עשה כלום. כי קבור תקברנו, מכאן שאינו נעשה מת מצוה עד שיהא ראשו ורובו. תני ר' ייסא קומי ר' יוחנן, כשם שאדם מטמא למת מצוה כך אדם מיטמא על אבר מת מצוה. א"ל ריו"ח ויש כן? תפתר בחזור.

הרמב"ן בס' תורת האדם (ענין הכהנים), הביא דברי הירוש' הנ"ל, ופירש, ופירש שאם מצא ראשו ורובו וקברו, חוזר אפי' על אבר אחד ממנו וקברו עמו. וכן כתב הרא"ש בהלכות קטנות (ה' טומאה ג). וכן פסק הטור ושו"ע (יו"ד שעד, ב):

אינו נקרא מת מצוה לענין זה אא"כ מצא ראשו ורובו, ואם מצא רובו ורובו חוץ מאבר א' חוזר ליטמא בשביל אותו אבר.

במקרה דנן הועלתה על ידי מספר פוסקים סברה חדשה (שנאמרה ביחס לקרנית העין אך נכונה גם לדידן) וכך כותב בשו"ת יביע אומר (ג, יו"ד כב):

איך שיהיה נתבאר לנו מכל זה שיש חיוב קבורה על כל אבר מאיברי המת, גם לאחר שנקבר ראשו ורובו, וכ"כ כמה מאחרוני זמנינו, בדין הניתוח של המתים, שאף במקום שהותר לנתח את המת לצורך פיקוח נפש, אסור להשאיר שום אבר מאיבריו בלי קבורה. והגאון מהר"ם שפירא בשו"ת אור המאיר (סי' עד אות ה), כארי ישאג על זה... וכן צווה ככרוכיא ע"ז בשו"ת דובב מישרים (סי' נח). וכן העלה בשו"ת משפטי עוזיאל (חיו"ד ס"ס כח). ע"ש... אולם יש מקום לדחות ולומר שמכיון שלא נשאר הקרום של העין כאבן שאין לו הופכין, אלא חוזר לתחיה לפעול פעולת הראיה בעינו של הסומא, שוב לא נשארה עליו חיוב קבורה... גם הלום ראיתי להרב הראשי דת"א – יפו הגרא"י אונטרמן

שליט"א בסה"ב שבט מיהודה (עמוד שיד), שסמך סמיכה בכל כחו על סברא זו, שכל ששב לתחיה ע"י פעולת הנתוח פלסטי דנ"ד, פקע ממנו דין איסור הנאה מן המת, כי מת אסרה תורה ולא חי, וכשם שאם אדם אחד עשה נתוח כזה שחיבר לגופו חלק מגוף מת ישראל אחר, בודאי שאינו מטמא באהל, ומותר לכהן להכנס אליו לביתו. וכדברי ר' יהושע: מת מטמא ולא חי, כן מסתבר לומר סברא זו גם בנוגע לדין איסור הנאה מן המת, דחד טעמא הוא.

ג. ניוול המת

איסור זה עולה מכמה מקומות בגמרא (ב"ב קנד, ערכין ז וחולין יא) והוזכר ברמב"ם (מכירה כט, טז) וברמ"א (חו"מ רלה, יג), האגרות משה (יו"ד א, רמב) כתב שגם בעל השולחן ערוך בוודאי מודה לזה, וכן נראה בפשטות מדברי הנודע ביהודה (מהדורא תנינא יו"ד רי) שאוסר ניתוחי מתים משום ניוול המת. אמנם האחרונים דנו בגדר האיסור ומהם עולים מקרים שאינם ניוול, כך כותב הבנין ציון (א, קע) ביחס לקריעת הבטן של אישה הרה שנפטרה בכדי להוציא את העובר:

ניוול המת לא יקרא רק מה שמשקץ ומתעב המת בעיני רואיו ובפרט מה שנקרא ניוול גם גבי החי אבל להוציא העובר ע"י חתיכת בטנה מאן לימא לן דזה ניוול יקרא אחרי שידוע שע"פ דרכי הרפואה גם בחי' לפעמים נעשה כן והרבה פעמים מצאנו בדברי רז"ל יוצא דופן הרי שהי' ידוע דרך רפואה זו אצלם ואין זה ניוול משא"כ לפתוח בטן המת ולנתח בני מעיו כאשר צריך לעשות מי שרוצה ללמוד ענין החולי זה ודאי ניוול יקרא.

כלומר פעולה שנעשית גם אצל החיים אינה מנוולת את המת. לפי זה גם הוצאת זרע שנעשית אצל החיים יכולה להיחשב כדבר שאינו ניוול המת. וראה גם בדברי האגרות משה (יו"ד ב, קנא):

אבל נראה לע"ד דאם לא יחתכו האברים ולא יפתחו צוארו ובטנו, רק רוצים לתחוב נידעל (=מחט) להוציא ממנו איזה לחלוחית להודע מזה איזו דברים הנוגעים להמחלה שזה אין להחשיב לניוול שהרי דבר כזה מצוי טובא בזמננו שעושים כן גם לחיים ויש להתיר בפשיטות, וכן להוציא מעט דם לבדוק וכדומה ע"י נידעל אינו ניוול ויש להתיר. ואף שלא מצאתי זה בפירוש נראה זה לע"ד ברור. ולכן מה ששמעת שאפשר לראות ע"י נידעל בעלעקטערי כשיתחבו בגופו של המת כל חולי שבו מה שצריך לרופאים לידע אם אמת הדבר נראה שאין לאסור זה משום שאין בזה שום ניוול.

עוד סברה חשובה נאמרה בעניין על ידי בעל השואל ומשיב (א, א, רלא, הובאה גם בציץ אליעזר ד, יד, ח וראה גם יד, פג לגבי הוצאת קוצב לב מנפטר) בענין פתיחת קבר לצורך זיהוי הנפטר בכדי להתיר את העגונה:

אמנם ביאור הדבר דבאמת ניוול המת לא שייך רק אם עושין בחנם שלא לצורך ומכוון לנוולו אבל כאן אין עושין כדי לנוולו רק בשביל המעות ואין זה מיקרי ניוול וגם כאן האנשים הפותחין בשביל להתיר מכבל העיגון אין זה מתכוון לנוול רק כי אם לצורך דבר גדול וגם בעלה ניחא ליה בשביל שתיתר האשה מכבל העיגון.

וראה בשו"ת יביע אומר (ג, יו"ד כג, כז) שהביא סיעת פוסקים שלימה שסוברת כדעת השואל ומשיב. הרי שמכמה טעמים יש לדון להתיר במקרה דנן, הן משום שאין זה ניוול כלל והן משום שלצורך מותר לעשות פעולות כאלו.

מחילה מחיים

גם אם נסבור שיש עדיין איסורים של הנאה וניווול המת, יש לדון האם מועילה מחילה מחיים לאיסורים הללו. מדברי הבנין ציון (קע-קעא) עולה שניתן למחול מחיים וכך הוא כותב ביחס לפתיחת הבטן להוצאת העובר:

לפ"ז ביושבת על המשבר בסכנת מות בהקשותה בלדתה מסתמא עולה על דעתה שאם תמות יפתחו בטנה להציל לולד בפרט שזה ידוע בדיני רפואה כנ"ל וא"כ שייך בזה כמו בהך דשקלים דמסתמא מוחלת מחיים זילותא לגבי יורשים ומה גם אצל פרי בטנה אשר נפשה קשורה בנפשו וכי יש דמיון לזה שנאמר דאדם מוחל זילותי' גם לגבי אחר במקום שלא עלה על דעתו מחיים שיבא לידי כך.

המהר"ם שיק (יו"ד שמז) השיג על כך והסתמך על דברי החתם סופר (יו"ד שלו) שלמד מדברי הרמב"ן (דברים כא, כב) שאין אפשרות לאדם למחול על מה שנוגע לכבוד המת מכיוון שזהו בזיון להקב"ה. המהר"ם שיק הוסיף וביסס את הדברים על כך שגם לגבי קבורה אין שומעים לו אם הדבר אסור משום בזיון המת (ראה במנחת יצחק ה, ט דיון ארוך על מחלוקת זו).

ראה גם מה שהאריך בעניין הראי"ה קוק בשו"ת דעת כהן (רה):

ובעיקר איסור הפינוי של המתים, הלא יש בזה שני טעמים. שהטעם הנגלה הוא משום ניוול המת, וזהו הטעם הפשוט... ועל ניוול יש לומר דאפילו מחילת המת או המשפחה לא תועיל ע"ז, וכמו דקיימא לן הרב שמחל על כבודו כבודו מחול ומ"מ בזיון לא יוכל למחול, וכמבואר בהג"ה דסי' ר"מ ס"ז, וה"נ י"ל דלא יוכל המת למחול על בזיונו, מאחר שיש חיוב בכבוד המתים... די"ל דלא מהניא אומדנא לומר דניח"ל למתים, משום דסו"ס י"ל דאיכא משום חשש ניוול...

לדבריו ברור שלא ניתן למחול על בזיון המת הנובע משום ניוול.

הוא גם מכריע שאיסורים אלו מהתורה וגם אם יש אפשרות למחל על הבזיון הכרוך בכך:

והנה זה פשוט, שכבוד המתים, וק"ו איסור ניוול המתים, הוא דאורייתא. חדא, מעצם דין הקבורה, שהרי קי"ל כסוגיא דסנהדרין מ"ו ב' דמשום בזיונא היא, א"כ הקפידה תורה על בזיון המת. ובזה י"ל, לענין אם יש בידו של המת למחול על בזיונו, מדברי רש"י שם ד"ה לאו משמע, דאם לא הי' בזיון לקרוביו יש בידו למחול גם על בזיונו. שהרי בדיוק כתב שם דבזיון הוא לקרוביו, וכן מד' התוס' שם ד"ה קבורה משמע, דס"ל בפשיטות דיכול למחול על בזיונו, ובשביל כך כתבו דהכא לאו בזיונא דמת קאמר אלא בזיון דמשפחתו, דאם בזיונא דידיה אמאי קאמר לאו כל כמיני'... ואי אפשר להקל כל כך בזה כי אם בדברים המפורשים ע"פ חז"ל.

ראה גם בדברי הרב"צ אבא שאול (מובאים ביביע אומר ג, יו"ד כ) שחשש לחומרא בעניין הנאה מן המת שלא לסמוך על מחילה. מאידך בשו"ת יביע אומר (ג, יו"ד כג, כח) סובר שניתן לסמוך על המקלים במחילה בצירוף סברות נוספות שהוזכרו לעיל בענין הנאה מן המת וניוול המת.

ב. הילד

השאלה היא גם לאחר ביצוע תהליך שכזה מה יהיה מעמדו של הילד. לשאלה זו יש כמה נפקותות עיקריות:

א. פרו ורבו

ב. ייבום

ג. ירושה

גם נושאים אלו נידונו בארוכה בפוסקים ונביא את תמצית הדברים תוך דגש מיוחד בנושא של ילד שכל תהליך יצירתו החל לאחר פטירת אביו. נציין

למאמרו המקיף של הרב מרדכי הלפרין (בתוך ספרו "רפואה מציאות והלכה") שנהנינו מדבריו בסוגיא זו.

1. פרו ורבו

נושא קיום מצוות פרו ורבו על ידי הזרעה מלאכותית החל למעשה זמן רב לפני שהטכניקה הזו נודעה לעולם הרפואי. דיונם של הפוסקים בעניין היה סביב המקרה של "נתעברה באמבטי".

החלקת מחוקק (א, ח) העלה ספק האם יש קיום של פריה ורביה במקרה כזה. הבית שמואל (א, י) הכריע שיש קיום מצוה במצב כזה. הרב פרופסור אברהם שטיינברג (אנציקלופדיה הלכתית רפואית ערך הזרעה מלאכותית) והרב פרופסור אברהם סופר אברהם (נשמת אבן העזר סימן א) ציינו שפוסקים רבים נוספים השאירו את השאלה בספק או נטו להכרעה לאחד הצדדים. חשוב לציין להכרעתו של גדול פוסקי הדור האחרון, הגרש"ז אירבך זצ"ל:

ומסתבר שהולד מתיחס לבעל הזרע וחשיב כבנו לכל דבר והוא בנו ודאי ולא ספק אם נעשה על ידי רופא נאמן.

וכן להכרעת היביע אומר (ב, אה"ע א):

העיקר בזה כדעת האחרונים החלקת מחוקק והבית שמואל והמשנה למלך ומהר"י זיין שהוכיחו מזה דחשיב בנו לגמרי. וכן דעת הטורי אבן הנ"ל.

וכ"פ בשו"ת בית יעקב. ויתד היא שלא תימוט

אמנם השאלה היא האם גם לאחר מיתת הבעל מתקיימת מצוות פרו ורבו. היו מאחרוני זמננו שטענו שלא יתכן שמת יקיים מצוות, מאידך מצאנו שלזכותו של אדם נזקפים מעשים טובים שעשה בחייו וגם לאחר פטירתו יש להם פירות וצ"ע בזה.

2-3. יבום וירושא

הנודע ביהודה (מהדורא קמא אבן העזר סט) חידש שאם הזרע לא נקלט לפני מיתת הבעל אין הוולד פוטר מייבום. קרן אורה (יבמות פו, א) הקשה עליו שלא

יתכן שהוולד יירש ואמו תהיה חייבת בייבום. הגר"ש ישראלי (חוות בנימין ג, קז) קיבל את השגת הקרן אורה וביאר שאכן דברי הנודע ביהודה אינם מתקבלים במקרה שלו, אך ברור שאם הורע לא היה בכלל בגוף האישה אין לוולד הנולד ייחוס כלל. הכרעתו היא שבמצב כזה הוולד אינו מיוחס לשום תחום.

אמנם יש מהאחרונים שהשיגו על דבריו ראה למשל הרב א"י הלוי כלאב שחלק במאמרו ("למי שייכת ביצית מופרית", שורת הדין יג עמ' קצו ואילך) על דברי הגר"ש ישראלי וחילק בין נושא הייבום לשאר תחומי ההלכה לדבריו יתכן שהאם תהיה מופקעת מדין היבום אך הילד ייחשב כבנו לכל דבר²⁵.

סיכום ומסקנות

מו"ר הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג (אסיא סה-סו (תשנ"ט) עמ' 47) נשאל האם מותר לשאוב זרע מכיס האשכים של גבר מת, על מנת להפרות את אשתו ולהשאיר לו זכר בעולם? ותשובתו הייתה:

ללא הסכמת הנפטר, כמובן שהדבר אסור. אך אם קיימת הסכמה מפורשת או אפילו אומדן שזה רצונו, אז אין בכך איסור. נציין שעל פי ההלכה צריך סיבה כדי לאסור, וללא סיבה כזו המצב הטבעי הוא היתר. לענין זה נוגעת גם העובדה שהתורה החשיבה מאד את הרצון האנושי להשארת שם וזכר בעולם, כפי שניתן ללמוד מפרשת יבום.

בפרקים דלעיל הראינו שאכן יש מקום לדחות את כל החששות בעניין, גם בשיחה בעל פה הרב חזר על שיטתו דאז. אמנם הרב יגאל שפרן במאמרו בתחומין (כ, עמ' 347 ואילך) חושש לאיסור. וכן הרב לוי יצחק הלפרין (קובץ "הברכה" א) חושש לאיסור.

²⁵ לא עסקנו בתשובה זו בנושא הבעלות על הזרע, נושא שנידון על ידי הגר"ש ישראלי באריכות (חוות בנימין ג, קז) הרב כלאב במאמרו הנ"ל, הרב אביגדור נבנצל (תחומין יז) ועוד.

על כן הרב הפוסק צריך לשקול היטב את השיקולים השונים ולראות האם אכן נחוץ להתיר דבר כזה או שמא טוב יותר לאפשר לאלמנה להקים משפחה חדשה ולא לכבול אותה לבעלה הקודם. אין ספק שלפסיקה בתחום יש משמעויות רחבות הרבה מעבר לדיון ההלכתי בשאלות הקבורה וההנאה מן המת ועל כן ראוי הוא ששאלה זו תובא לפני הרבנות הראשית ולפני גדולי הדור ולא תישאר מסורה כפי ראות עיניו של רב מקומי בלבד.

יט. בישול כימי בשבת

קיימת דרך ליצירת חום על ידי מגע בין חומרים אשר יוצרים על ידי ריאקציה כימית אדים חמים המסוגלים לחמם את המאכל ולהתקינו לאכילה. סוגיית הבישול הכימי בשבת מעוררת מספר שאלות הלכתיות ונוגעת בשלושה נושאים מרכזיים באופן עקרוני: 1. בישול. 2. מוליד. 3. מכה בפטיש. כמו כן עלתה השאלה האם ניתן לגזור גזירה חדשה על הציבור. עלולות לעלות שאלות נוספות הנוגעות להתקנת המאכל כגון "הטמנה" או "קורע", אך אין אלו שאלות הכרחיות בכל מקרה של בישול כימי ועל כן נתרכז בשאלות היסוד.

1. בישול

איסורי בישול מהתורה ומדרבנן

במשנה (שבת לח, ב) נאמר:

אין נותנין ביצה בצד המיחם בשביל שתתגלגל ולא יפקיענה בסודרין, ורבי יוסי מתייר. ולא יטמיננה בחול ובאבק דרכים בשביל שתצלה.

בגמרא (שם לט, א) הוסברה המחלוקת בין התנאים:

אמר רב נחמן: בחמה – דכוליה עלמא לא פליגי דשרי, בתולדות האור – כוליה עלמא לא פליגי דאסיר, כי פליגי – בתולדות החמה; מר סבר: גזרינן תולדות החמה אטו תולדות האור, ומר סבר: לא גזרינן.

דהיינו דיני הבישול בשבת מתחלקים ל-3 חלקים.

א. בישול באור ובתולדותיו – אסור מהתורה.

ב. בישול בתולדות חמה – מחלוקת רבי יוסי וחכמים האם אסור מדרבנן, הלכה כחכמים שאסור.

ג. בישול בחמה – מותר.

כך נפסק בשולחן ערוך (או"ח שיה, ג):

כשם שאסור לבשל באור כך אסור לבשל בתולדת האור, כגון: ליתן ביצה בצד קדרה או לשברה על סודר שהוחם באור כדי שתצלה; ואפילו בתולדת חמה, כגון: בסודר שהוחם בחמה, אסור גזירה אטו תולדת האור, וכן אסור להטמינה בחול או באבק דרכים שהוחמו מכח חמה; אבל בחמה עצמה, כגון: ליתן ביצה בחמה או ליתן מים בחמה כדי שיוחמו, מותר.

"אור" ו"חמה"

בכדי להגדיר את ההבדל בין "אור" ל"חמה", עלינו להבין מדוע בישול בחמה שונה מבישול באור.

הגמרא עצמה אינה מנמקת את ההבדל, בראשונים ובאחרונים עלו מספר הסברים נביא את ההסברים השונים:

רש"י (ד"ה דשרי) ביאר – "אין דרך בישולו בכך". דבריו מועתקים בר"ן (יח,א בדפי הרי"ף ד"ה בחמה) ובאור זרוע (שבת סב)²⁶.

יש לציין גם לדברי רש"י בעניין בישול קרבן פסח בחמי טבריה:

דלאו תולדות אש היא – הלכך לאו בישול הוא, דליהוי חייב משום אב מלאכה.

בביאור שיטת רש"י נאמרו מספר אפשרויות, החלוקה כדלהלן אינה מוחלטת ויתכן גם לאחד חלק מהאפשרויות תחת שם אחד:

²⁶ בשניהם הנוסח שלפנינו בדפוסים: "אין דרך בישול בכך", אין לנו מספיק מידע לגבי נוסחו מדויק של רש"י והאם זהו ציטוט מרש"י או שראשונים אלו שינו בכוונה את לשונו. אדרבא מרש"י בפסחים המצוטט להלן משמע קצת שזהו גם הנוסח ברש"י. על כן לא ניתן לקבל את הדיון בנוסח שנערך בשו"ת במראה הבזק ו, עמ' 121. הניסיון ליצור מחלוקת בין רש"י לאור זרוע על סמך דיוק מעין זה בשינוי הנוסח שבין רש"י שלפנינו ("בישול") לאור זרוע ("בישול"), ללא העלאת האפשרות שהאור זרוע מצטט מרש"י כפי שעמד לפניו, נראה מופרך מעיקרו וחסר בסיס של ממש. זאת מלבד העובדה שגם בר"ן הנוסח הוא כמו באור זרוע, האם לדבריהם גם הר"ן כיוון לחלוק, על ידי השמטת הו, על רש"י?

א. כלאחר יד

בשו"ת אבני נזר (או"ח קנט, כא-כב) כותב בהקשר לשיטת רש"י לגבי ייבוש בגדים בשמש:

מדברי רש"י ביצה (ט, א ד"ה שוטחן) שוטחן בחמה והן נגובין מאליהן. מבואר שאם ה' מנגבן בידים ה' אסור. ועל כורחין דחשיב הניגוב מלאכה. והיינו כעין סחיטה. ובאמת שדברי רש"י צריכין ביאור. דלמה לא יחשב מעשה. והרי בסנהדרין (עז, א) כפתו בחמה ומת חייב. וכן מלאכת בישול שמתבשל מאליו. והנראה לי בזה. על פי דברי רש"י ביצה (יב, ב) דמלילה הוי מלאכה כלאחר יד. וביאר הרב בקונטרס אחרון (תקי אות א) דאם לוקח החטין מהשבולת ממש הוי דש דמה לי ביד או בכלי. רק משום שמולל השבולת והזרע יוצא מאליו אינו כדרך מלאכה שעושה הדישה בידים ממש עיין שם. וכן הם דברי הש"ס שבת (עג, ב) האי מאן דשדא פיסא לדיקלא ואתר תמרי אין דרך פריקה בכך ועיין שם ברש"י. והיינו שכיון שדרך המלאכה בגופו חשיב על ידי כחו כלאחר יד. והכא נמי כיון שכל סחיטה בידיו. אם כן כשרק גורם שמניחן בחמה והם מתייבשים מאליהם חשיב כלאחר יד... ואין להקשות דמכל מקום יהיה אסור מדרבנן כמו כל מלאכה כלאחר יד. לא קשיא. שהרי במבשל בחמה דמותר אפילו לכתחילה פרש"י (לט, א) משום דאין דרך בישולו בכך. וקשה כנ"ל, וצריך לומר כיון שמתבשל מאליו אחר כך שלא על ידי מעשיו לא גזרו בכלאחר יד וכהאי גוונא כחו בכרמלית לא גזרו.

מבואר בדבריו שיש היתר "כלאחר יד" שהוא מהווה שינוי כל כך משמעותי שגם מדרבנן לא אסרו אותו.²⁷

כך נוקט גם שו"ת ציץ אליעזר (ב, כט):

²⁷ מדבריו באגלי טל המובאים להלן עולה הסבר שונה, ויתכן שכוונתו כאן רק להסביר מדוע אין איסור דרבנן.

דלא רק מפני שלא היה במשכן, אלא מפני שבכלל אין דרך בישולו בכך, והוי כמין לאחר יד, ולהכי פטור.

לכאורה החיסרון בהסבר זה הוא שהוא עונה רק על השאלה מדוע בשבת אין זה בישול, אך בהלכה מצינו שבישול בחמה אינו בישול גם לגבי קרבן פסח. אמנם קובץ שיעורים (כתובות אותיות רב-רג) כותב שהסבר זה של "כלאחר יד" עונה על השאלה העקרונית מדוע בישול בחמה אינו בישול בכל התורה כולה:

נראה דהא דפטור בשבת בעושה כלאחר יד אינו דין מיוחד באיסורי שבת כמו מקלקל ומלאכה שאצל"ג, אלא כן הוא בכל דיני התורה, שלא נאמרו אלא כפי דרך הרגיל, ומהאי טעמא פטור באכילת והנאת איסור שלא כדרך אכילה והנאה דכיון דכתב קרא אכילה סתם לא איירי אלא בכדרכה, ותנא דבי רבי ישמעאל ריש פרק העור והרוטב על כל זרע זרוע כדרך שבנ"א מוציין לזריעה, וראיה לזה, דפסח שבישלו בחמי טבריא דפטור כמו בשבת, דתולדת חמה אינו בישול, וטעמא דפטור בשבת משום דאין דרך בישול בכך, כמו שפירש"י שבת ל"ט, ונראה דהוא הדין לענין מבשל בשר בחלב בחמה דגם כן פטור משום דאין דרך בישול בכך.

אמנם מפירושו עולה חידוש גדול להלכה:

בפירוש ר"ח חגיגה ט"ז מבואר, דהמתעברת באמבטי אינה טמאה לידה, והיינו דסתם לידה הכתובה בתורה איירי בלידה כדרך הרגילה, כמ"ש למעלה דכל דיני התורה נאמרו כפי הרגיל ולא שלא כדרכן, אבל דבר פשוט, דזה תלוי הכל לפי הזמן ולפי המקום, כגון במלאכת שבת, דהמוציא במרפקו פטור מפני שאינו כדרך הוצאה בחול אילו נשתנה מנהג העולם בחול שהכל מוציין במרפקן ודאי היה חייב גם בשבת, ולא נאמר כיון שניתנה הלכה דמוציא במרפקו פטור איך ישתנה הדין עכשיו לחיובו, זה אינו, שלא היתה הלכה לפטור הוצאה במרפק, אלא ההלכה היתה, המוציא

שלא כדרך המוציאין בחול וההלכה הזאת קיימת, אלא שנשתנה דרך המוציאין בחול, וע"ז לא נתנה הלכה איך יהא דרך הוצאה בחול, והנה בהרכבת אילנות אומרים שעכשיו נשתנה המנהג, שאין מרכיבין יחור באילן כבשנים קדמוניות אלא ששופכין מיץ הזרע, ורב אחד כתב בירחון שערי ציון דאין עוברין באופן זה בלא תעשה דהרכבת אילן כיון שהוא שלא כדרך הרכבה, ולפי המבואר אינו כן דאפילו נימא דבשנים קדמוניות אילו עשה כן לא היה מתחייב משום דאז היה אופן זה שלא כדרך המרכיבין, אבל עכשיו שהכל עושין כן אם כן כך היא דרך הרכבתן.

דהיינו המונח "כלאחר יד" מבטא את הפעולה הנעשית שלא בדרך הרגילה לפי המציאות המקובלת. על כן אם כיום הדרך לבשל בחמה, שוב הופך הדבר להיות איסור גמור. לכאורה לפי דבריו יהיה מקום לאסור בישול בדברים שדרך לבשל בהם גם אינם "אור" ותולדותיו.

הקובץ שיעורים (פסחים אות קג) מדגיש שההיתר של בישול בחמה לפי הסברו של רש"י הוא גם אם בישול בחמה היה מביא לאותן תוצאות כמו בישול רגיל (אם כי מסקנת דבריו שם היא שבישול בחמה אינו מביא לאותן תוצאות) על כן בדיקת ההרגל היא על פי המקובל בדרך השימוש ולא על פי תוצאות שונות בבישול.

האגרות משה (או"ח ג,נב) סותר תפיסה זו. לדבריו ההיתר לבשל בחמה הוא גם אם דרך לבשל בה. לטענתו הדבר מוכח, שאם לא כן לא היה רבי יוסי מחייב בבישול בחמי טבריה, ואף על פי כן חכמים פוטרם ואין מסתבר הם חולקים האם דרך לבשל כי אם על גדר החיוב בכלל:

דהא חזינן שבתולדות החמה איכא גם אלו שדרך לבשל בהם ממש כמו בתולדות האור, דהרי המבשל בחמי טבריא תליא דלר' יוסי דסובר דתולדות אור הם דחלפי אפתחא דגיהנם חייב ולרבנן דתולדות חמה נינהו פטור כדארבי חנינא בשבת בדף מ', ואם אין דרך מלאכה בכך מאי טעמא יתחייב כשהוא תולדות האור... אלא ודאי שהוא דרך מלאכה מאחר שהם

חמים טובא שיכולין לבשל, ומכל מקום לרבנן שחמי טבריא הם תולדות חמה פטור, וכן בסודר שהוחם באור הוא חייב בגלגל ביצה בהסודר תולדות האור הם כאור שחייב ובהוחם הסודר בחמה באותו החום וגלגל ביצה פטור.

ב. אינו במשכן

המבי"ט בחיבורו "קרית ספר" על הרמב"ם (שבת ט,ג) כותב שהמקור להיתר בישול בחמה הוא משום שאין בישול כזה במשכן:

דבישול לא הוי אלא באור ותולדותיו דהכי נמי הוה בסממני המשכן וכן המדיח בחמין דג מליח ישן וכיוצא בו חייב שהדחתו זהו גמר בישולו וכן המבשל בחמי טבריה לא מחייב מדאורייתא דאין בישול מדאורייתא אלא האור ותולדותיו כדאמרי. ובבישול בשר וחלב משמע דבישול חמי טבריה היא ספקה דאורייתא אי הוי בישול או לאו.

לפי דרך זו זהו דין מיוחד בהלכות שבת. הרב ל"י הלפרין (כשרות ושבת במטבח המודרני ב,ט) מוכיח שאכן לדעת קרית ספר לפי הרמב"ם אין הכרעה ברורה לגבי דיני בישול בחמה בשאר דיני תורה.

יש שדייקו זאת גם מדברי שער המלך (חמץ ומצה ה,כד):

הרי מבואר דמבשל בחמי טבריה פטור אע"ג דמבשל גמור הוא משום דבעינן תולדות האש.

מדבריו עולה שאין מקום להשוואה בין דיני תורה אחרים לדיני שבת שבהם בישול מוגדר רק לפי מה שבא מכח האש. אף שלא נתבאר מדבריו מה המיוחד באש, מסתבר שהדבר תלוי בכך שמקור מלאכת הבישול הוא במשכן. כך כותב גם החתם סופר (על התורה פרשת ויקהל, מובא בתורת המלאכות אופה ס"ק כא):

והנה בשבת המבשל בתולדות חמה פטור, מפני שלא היה כן במשכן כי אם בישול סממנים באור ושמן רוקח בתולדות האור, אבל בחמה לא

בישלו במשכן דלפני מלך בשר ודם אין עושים כן לפני הקב"ה לא כל שכן. ואף שבודאי כשהיו משועבדים במצרים בישלו ואפו בחמה, מכל מקום אמר הקב"ה אלה הדברים, ל"ט מלאכות תעשו למשכן, אע"פ שבמצרים עשו ארבעים מלאכות, היינו גם אפייה ובישול בחמה, מכל מקום למשכן לא תעשו אלא ל"ט מלאכות, וגם בשבת לא יתחייב אלא מה שהיה במשכן, והיינו אבות מלאכות ארבעים חסר אחת, חסר מן הארבעים שעבדו בעבודת פרך שבמצרים.

ג. דבר שאין דרך לבשל בו

הגר"מ פיינשטיין (שו"ת אגרות משה או"ח ג,נב) מבאר שכל מלאכה שמביאה לתוצאה דומה למלאכות המשכן אסורה. הלימוד ממלאכת המשכן אינו בהעתקת צורת המלאכה וכפי שמשמע מדברי הקרית ספר כי אם בהעתקת מלאכה המביאה לידי אותה תוצאה בדרך המקובלת לעשיית המלאכה. לדבריו מכיוון שאין דרך לבשל בחמה היא אינה דומה למשכן:

כיון שעל כל פנים אין מבשלין בחמה אלא כשאין לו עצים אין למילף אותו מבשול על ידי האור שהיתה במשכן להחשיבו תולדה מאחר שאינו דומה להבשול שהיה במשכן.

לפי זה הוא ממשיך לדון מדוע תולדות חמה אינן אסורות כתולדות האש, שהרי הן דומות לתולדות האש ואינן כבישול בחמה שהוא שונה מהותית מבישול באש. הוא מציע שני הסברים:

1. תולדות של דבר שאינו דומה למשכן –

מאחר דהבשול דחמה אינה מכלל המלאכה משום דלא דמו למבשל שהיה במשכן אין למילף שוב את התולדות...

2. מקור החימום שלהן הוא החמה ולא האש –

תולדות החמה וגם תולדות האור אין הדרך כל כך לבשל בהם... וכל החיוב בתולדות האור הוא מצד שהוא נחשב בשול בחימום האש שזה הא

ליכא בתולדות החמה, שאם נחשוב כן הרי מתבשל בחמימות דחמה שאין בו חשיבות מלאכה. וטעם זה הוא יותר מסתבר.

דהיינו בשביל ליצור תולדה של המלאכה במשכן שאסורה מהתורה צריך להיות בדרך שימוש מקובלת ורגילה כמו הדרך שהייתה במשכן ולאסור מדרבנן צריך לפחות שיהיה שימוש באותו חומר עצמו.

על כן הוא מסיק שדבר שדרך לחמם בו כמו מיקרוגל יהיה אסור משום תולדת מבשל אף אם אין הבישול נעשה בדבר שהוא תולדה של האש עצמה כי אם על ידי חומר מחמם אחר שכן הוא נלמד מבישול:

וא"כ בהמייקר – וייו אווען /תנור מיקרוגל/ שטוב לבשל בו כמו באש ממש ואלו שיש להם תנור כזה משתמשים בו יותר מבשול דבאש ומה שלא נתפשטו תנורים אלו עדיין הוא משום דלא מצוי עדיין הרבה תנורים וכשיהיו מצויין ודאי ישתמשו בהם כולי עלמא דהא הוא יותר טוב, ודאי יש למילף מבשול דאור דהיה במשכן בחשיבות תולדה שהוא לכל הדינים כהאב דבשול על ידי האור לאיסור ולחיוב סקילה וחטאת...

כך גם נקט למעשה רי"ש אלישיב (מובא בשבות יצחק ו,טו). כשיטה זו ניתן לדייק גם מדברי שו"ת נודע ביהודה (יו"ד ב,מג, ראה שבת ומועד בצה"ל עמ' קכ, שו"ת במראה הבזק עמ' 121) הכותב:

הא דפטור בחמי טבריא אין הטעם משום דלא הוי בישול שאינו דומיא דמשכן רק הטעם משום שאינו דרך לבשל בו מה שאינו תולדת האור. כלומר אם היה דבר שדרך לבשל בו היה חייב עליו משום בישול בכל הדברים, וגם בשבת היה אסור והיו לומדים אותו מן המשכן, אך מכיוון שאין זו דרך המלאכה היא אינה אסורה בשבת.

כך גם הכריע בשו"ת שבט הלוי (י,סב):

דודאי מקרוגל נקרא בשול ע"י האש, ואעפ"י שאין כולם משתמשים בזה מטעמם הם, אבל אין לדמותו לבשול בחמה משום זה לבד שאין דומה

למציאות בשול באש רגיל ויש כאלו שינוי בהנפעל במתבשל... וכך רגילים לפרשה דאין זה דרך בשול כפשוטו ושוב אין ללמדה מבשול סתם לענין מלאכה, וראו חז"ל דאין לגזור דלא מיחלף באש. אבל בשול המיקרו לא זו דמיחלף בבשול סתם, אלא דלענ"ד לא גרע מתולדת אור דחייב מה"ת ונקרא לענין מציאותו דרכו בכך.

ד. חיסרון במעשה בישול

האגלי טל (אופה ס"ק מד) מבאר את דברי רש"י, לאור העובדה שבישול בחמה אינו בישול גם ביחס לקרבן פסח: יש חילוק בין אם יש שינוי בהנעשה או השינוי רק בהעושה... ששבח החמה בתבשיל הרי יש שינוי בבישול הנעשה... ועל כן המבשל בחמה כיון שיש שינוי בנפעל מותר לכתחילה.

וכן דעת רש"י אורבך (שו"ת מנחת שלמה א,יב):

על כרחק דכוונת רש"י בדברים אלה לומר דאין זה קרוי בישול... ולפי זה גם בישול החוט ע"י זרם ג"כ חשיב כמבשל בחמה, וכמו כן יש לדון לענין בישול בשר בחלב בחשמל שיהא פטור. וגם אפשר דיש לדון לפי"ז גם לענין חיוב חלה ואפיית מצה והגעלה וכדומה מהדברים שצריכים דוקא אש ותולדותיה ולא חמה דמסתבר שה"ה בתולדת חמה דלא מהני ולהנ"ל ה"נ בחשמל.

כך גם נוקט הרב ל"י הלפרין (כשרות ושבת במטבח המודרני ב,ט) בהבנת דברי רש"י.

גם אצל ר"מ פיינשטיין עצמו נמצא כיוון כזה (שו"ת אגרות משה או"ח ד,צח): אבל צריך לפרש שהבשול דע"י חמה ותולדותיו אינו עושה המעלה שיש לאדם כשרוצה לאכול מבושל ויש לו רק מעלת החמום לבד שזה אינו מענין מלאכה דבשול... וממש כעין זה הוא במבושל בחמה ותולדותיו שמעלת הבשול לא נעשה אף שנראה כנתבשל ואין להאדם בו אלא

החמום לבד ולכן מתיר ר' יוסי דאין להחשיב הבשול מזה בגדר מלאכה אף לאסור מדרבנן מאחר שלא נעשה בבשול זה אלא מעלת חמום שאינו ענין מלאכה.

לכאורה אין זה מובן לפי פירוש זה האם הוא חוזר בו מהכרעתו בעניין המיקרוגל, אך מצינו שכך גם נוקט הר"מ שטרנבוך (שו"ת תשובות והנהגות ג, קו):

שלא נקרא מבושל כיון שאין דרכו כן, ומיקרי מחומם, ולא מבושל, הואיל ואין אנשים מבשלים כן, אין בזה איסור תורה דמבושל שמקובל ביד חז"ל שחמה לא מבשל.

לדבריו זהו דין מיוחד בחמה שיש קבלה ביד חז"ל שאין אפשרות לבשל על ידה בישול של ממש. אך יתכן שדברים אחרים יגיעו לאותה תוצאה כמו בישול באור, ומילא גם לדרך זו יתכן לאסור בישול במיקרוגל או בדרכים אחרות, כאיסור מהתורה לכל דבר.

הרב אשר וויס ("בישול בתנור מיקרוגל לענין שבת ובשר בחלב", אורייתא יח עמ' קנט-קסג) נוקט בדרך דומה תוך שהוא מכנה את ההיתר בזה הן משום "כלאחר יד" ומצרף לכך את העובדה משום שאינו ממקור האש המקובל. כמו כן לטענתו אין התוצאה המתקבלת מחימום במיקרוגל זהה לתוצאה המתקבלת מחימום בתנור, המוצר המתקבל מחימום במיקרוגל אינו שווה ערך באיכותו. ובתשובה (מתוך ספרו שו"ת מנחת אשר) הוסיף וקבע:

דלעולם אין ולא תהיה מלאכת בישול מה"ת אלא באור ותולדותיו, ושאני "אין דרך בישול" של המבשל בחמה, ממה שאמרו בכל מקום דכלאח"י וכל דבר שאין דרכו בכך אין בו איסור דאורייתא, דשינוי במעשה האדם תלוי בעצם טבעו לפי המקום והזמן, אבל שינוי במקור החום שעל ידו מבשלים, נקבע ע"י חז"ל ואינו תלוי לפי רוח המקום והזמן. וזה כונת המאירי שכתב שם דאין "תורת בישול" בבישול בחמה. ונראה ראייה דאין

דין "אין דרך בישול" לגבי בישול בחמה כדין שינוי וכלאח"י במלאכות, שהרי לעולם יש איסור דרבנן בכל כלאח"י ובישול בחמה מותר לכתחלה, הרי לן דבחמה אין תורת בישול כלל משא"כ בשינוי שאינו אלא במעשה האדם.

כן היא גם דעת רח"פ שיינברג (אורייתא יח עמ' קמז). יש לציין להוכחת האחרונים משיטת ראשונים בעניין שימוש בחמה או בחמי טבריה לצורך הגעלת כלים. דעת הריטב"א (פסחים מא,א) והמיוחס לר"ן (שבת לט,א) שלא ניתן להגעיל כלים בחמי טבריה. וכן פוסק הארחות חיים ונפסק להלכה בשלחן ערוך (או"ח תנב,ה). מכאן שלדעתם החימום של חמי טבריה שמקורו להלכה בחמה, אינו כחום רגיל היוצא מן האש.

ה. אין יצירתו לצורך בישול

הר"ש ישראלי (עמוד הימיני כז) דן בגדרי בישול בחמה מול בישול בחשמל ומציע את הבנתו בעניין:

ואם כן לפי זה זה שייך רק על חמה ותולדותיה כגון הסודר, שאין דרך בישול בכך. מה שאין כן בישול בכוח החשמל שדרך בישולו טוב, ועולה גם על של אש רגילה, אי אפשר לומר שאין על זה דין בישול מצד שאין זה דרך בישול. (ואף על פי שודאי מסתבר שגם אם ימציאו המצאה טכנית לנצל כה השמש לבישול מוחלט, וכגון הא דדודי שמש כיום, גם כן לא יצא מכלל הדין שאין בישול בחמה ותולדותיה, נראה דאין זה דומה כי עיקר כוח החמה אינו מיועד לבישול ומה שמנצלים אותה על ידי המצאה שהיא לגבי בישול, אכתי באופן כללי יש לומר שאין זה מפקיע מהחמה את ההגדרה שאין דרך בישול בכך. ויותר נראה לי שזהו הפירוש האמיתי של דברי רש"י ש"אין דרך בשול בכך", היינו שאור החמה אינו מיועד מעיקר בריאתו לבישול. מה שאין כן בכוח החשמל שצורת ריכוזו

והפקתו ע"י האדם מיועדת לשימוש לצרכיו, ובכלל זה הבישול לצורותיו השונות, אין מקום להשוותו לחמה ותולדותיה. כן נ"ל.)
כלומר לצורך הגדרת בישול צריך להיות דבר המיועד ביצירתו בכדי לבשל.
ביאור דומה העלה גם ר"נ קרליץ (חוט השני שבת כט):

דאין כוונת רש"י דההיתר לבשל בחמה בשבת משום דהוי שינוי משום שאין דרך בני אדם לבשל כך, וככל דמי מלאכה שעושה בשינוי בשבת פטור, דאם כן ליהוי לכל הפחות איסור מדרבנן לבשל בחמה ככל מלאכה שעשהו בשינוי. אלא כוונתו דסתם בישול הוא בישול באש משום שאין דרך בישול מאכלים הטבעית אלא באש ובתולדותיה, ולא אסדה תורה בישול בשבת אלא כשמבשל באש, והיינו דבישול בגדרי התורה נקרא תיקון המאכל וכדומה על ידי הדברים העומדים לכך בטבעם והם אש ותולדותיה משא"כ חמה שאין טבעה לכך אף אם ניצל את חומה לבשל בה לא מיקרי בישול... ואף אם כל העולם יבשלו מאכליהם על ידי חמה ולא על ידי האור מכל מקום אין בזה איסור שבת, כיון שאין זה הדרך הטבעית לבשל מאכלים, ולא אסרה תורה אלא בישול בדרך הטבעית שמבשלים. ולא רק לענין מלאכת בישול בשבת אמרינן...

משמע מדבריו שהיסוד להגדרת בישול באש הוא העובדה שמטרתה של האש היא לצורכי הבישול ואינה "ניצול" דבר שאין טבעו לכך.

שיטת הרי"ד והמאירי

שני ראשונים נוספים עוסקים בשאלת ההיתר בחמה:
רי"ד בפסקיו לשבת (לח,ב): "ובישול דחמה לא חשיב בישול".

המאירי בשבת (לח,ב) כותב: "אין תורת בישול בחמה" ובפסחים (מא,א): "והמבשל בשבת בחמי טבריא או בחמה פטור אבל אסור"²⁸ מפני שאין בישול מחייב אלא בתולדת האור".

לשונם קצרה וניתנת לפרשנויות שונות. האחרונים שדנו בסוגיה וציינו לדבריהם נוטים לקבוע שפירושי ראשונים אלו מתיישבים יותר עם המהלך הרביעי בהבנת רש"י.

מסקנות – בישול כימי כ"חמה" או כ"אור"?

לפי כל הטעמים הללו יש לדון בבישול בחומרים כימיים, מתוך הנחה שהם אינם אש או תולדותיה, האם יתכן שיהיו אסורים מהתורה, כמו בישול באור ותולדותיו. הדבר תלוי אפוא בנימוקים מדוע שונה ה"חמה" מה"אור". נפרטם אחד לאחד:

א. כלאחר יד – אם בישול כימי אינו מקובל כבישול אין מקום לאסור אותו. אם הוא מקובל, אזי הוא יכול להיחשב כמלאכה כפי שמתבאר בקובץ שיעורים. אמנם בהגדרת בישול מקובל ראה דברי שו"ת אז נדברו (א,לד) שצריך להיות דבר שימושי לפחות כמו הדברים האחרים המקובלים היום.

ב. אינו במשכן – בוודאי בישול כימי מותר שהרי לא היה כמותו במשכן. ג. דבר שאין דרך לבשל בו – כפי שמגדיר האגרות משה צריך לבחון האם אדם שיש לו תנור יבחר לבשל גם בדרך זו. על כן צריך בדיקה האם דרך לבשל בבישול כימי לכתחילה גם במקום שבו יש תנור. מסתבר שבישול כימי אינו מהשכיחים ומן הסתם כל אדם יעדיף לבשל בתנור מאשר בדרך בישול כימי.

ד. חיסרון במעשה הבישול – בדרך בישול שאינו נעשה בדרך המקובלת ואינו מביא לתוצאה המקובלת בבישול. לפי זה יש לבדוק האם בישול

²⁸ מסתבר שהאיסור מוסב רק על חמי טבריה, לא מצינו איסור בבישול בחמה.

כימי מביא לתוצאת בישול. הר"מ שטרנבוך סבור שיתכן שמביא לתוצאה כזו ועל כן הוא אוסר. הרב אשר וויס סבור שאינו מביא לאותה תוצאה ועל כן הוא סבור שמטעם זה אין לאסור (כי אם מטעם אחר כדלהלן).

ה. אין יצירתו לצורך בישול – בישול כימי שנוצר לצורך בישול יהיה אסור. למעשה קשה להכריע בין הטעמים כי אם יש לצרף את הנימוקים העולים לקולא במקום שבו יש צורך מצוה או חולי ואזי השימוש בבישול כימי עשוי להיות קל יותר מבחינה הלכתית לחלק מהפוסקים.

מקור חימום כימי – מה הוא?

בחלק הקודם עסקנו בשאלה האם יש מקום לאסור בישול כימי מדין תולדת האור או אף כאור בעצמה מצד היותו דבר היוצר תהליך בישול. בפרק זה נעלה את השאלה האם ייתכן שבבישול כימי ייחשב כאש כעצמו עקב היותו תהליך יוצר חום.

סיד

המאירי (שבת לט,א) מחדש שתהליך יצירת חום הבא מסיד ייחשב כאש לכל דבר:

הסיד אף על פי שהוא דבר המוסיף הבל לא נאסר להטמין בו צונן כמו שביארנו אבל אם הוא רותח הרי הוא תולדת האור ואסור לגלגל בו ביצה בשבת אבל מגלגלין אותו על גג רותח שרתחחו חמה. וסיד זה יש לפרשו בעוד שהוא רותח מכח האור אבל אם נצטנן וחזר ונרתח במים שכבהו יש מקילין ואינו כלום שהרי אף משנצטנן מרתית את מקומו ולא זזה ממנו רתיחה שמכח האור אלא שהיא מתוספת בשעת הכיבוי:

מדבריו עולה שבבישול על ידי סיד שהתחמם לפני כן על ידי אש נחשב כאש גם לאחר שהסיד התקרר.

בשו"ת לב חיים (ג,עד) אסר בישול בסיד ויש שדייקו מדבריו (שבת ומועד בצה"ל עמ' קיח) שאף אם כבר נצטנן וחזר ורתח אסור וכשיטת המאירי.

מאידך בשו"ת אבן יקרה (א,יב) נקט כדבר פשוט שאין בישול בסיד קרוי בישול באור ודייק זאת מדברי התוספות בפסחים. הגמרא בפסחים (עז,א) קובעת:

מי אמר רבי גחלים אש נינהו. ורמינהו "מכות אש" אין לי אלא שנכוה באש, נכוה בגחלת ברמץ בסיד רותח בגפסיס רותח וכל דבר הבא מן האור לאתויי חמי האור מנין תלמוד לומר מכוה מכוה ריבה, טעמא דרבי רחמנא מכוה מכוה הא לא רבי רחמנא מכוה מכוה גחלים לאו אש נינהו.

תוס' (ד"ה נכוה ומקורם בתוספות רשב"א משאנץ) שואלים:

תימה מה בין גפסיס רותח וסיד לחרסו של תנור דאמרינן לעיל טעמא דכתב רחמנא צלי אש שני פעמים הא לאו הכי צלי אש קרינא ביה והכא איצטריך סיד וגפסיס רותח ריבויא אבל מאש לא הוה ידענא.

מכאן מוכח שלדעתם חום על ידי סיד שהתקרר אינו תולדה של אש שכן אז הפסוק היה מכוון לרבות גם חום כזה.

בספר שבות יצחק (ו, עמ' כג) ציין גם לדברי רבינו גרשם (חולין ח,א) שמבאר שמכוות סיד היא מכוות אש משום שהסיד חם כמה ימים לאחר עשייתו ומשמע שאם מתקרר כבר אינו נקרא מכות סיד.

הרב אשר וויס בתשובתו טוען שאין ראייה מדברי התוספות משני טעמים: 1. הלימוד בפסוק הוא גם על מלח, רמץ ועוד. 2. דברי המאירי אמורים מסברא וממילא אין צורך בלימוד מפסוק גם לחום סיד שהתקרר. שבות יצחק טוען שאין ראייה ממקורות אלו שכן לעניין נגעים צריך קשר ברור יותר לאש שהרי נאמר במפורש "מכות אש".

הרב וויס מוסיף:

וכיון שלא מצינו בראשונים מי שחולק להדיא על דברי המאירי צריכים אנו לחוש לדבריו. אף שדברי המאירי לכאורה נראין כתמוהין, גם מסברא, וגם מצד מציאות הדברים...

וכן מציין שדבריו הובאו בידי הפוסקים "כף החיים" (שיח, מזו) ו"פתחי עולם". בעניין יש מקום להסתייג מפסיקה בעקבותיהם שכן הם אינם בהכרח באים להכריע, כי אם הם מהווים לקט שיטות ודיעות. יש להוסיף שגם "שביתת שבת" (מבשל אות מד) מביא את דברי המאירי והוא בוודאי במגמה להכריע הלכה.

שבות יצחק מדייק מדברי המנחת חינוך (מצות לב מוסך השבת מלאכת אופה אות יא) שהוא סובר כדעת המאירי, בלא להכירו שכן הוא לאחר שהוא מכריע כשיטה שאין חיוב על מולח בשבת משום מבשל הוא מוסיף את החילוק הבא:

לכאורה אפשר לומר דמלח ממשרפות המים שהוא מן החמה ערש"י פכ"ג גבי האי מאן דכניף וכו' או מלח שחופרין מן הקרקע בודאי לאו תולדות האור הוא אך מלח שמבשלין המים ונעשה מלח דקודם הבישול אינו מלוח כמו אחר הבישול וה"ל תולדות אור כי מבשלין באור אפשר דשייך בישול וצ"ע.

כלומר לדבריו במלח שבא מכח בישול באור יש את הכח של תולדות האור כשהוא גורם לאחר מכן לפעולת המליחה. יסוד זה דומה לדברי המאירי.

הרב וויס דוחה את דבריו ולטענתו ברור שגם המאירי שסבר שהחום המופק מהסיד יסודו באור שחימם אותו, יודה שבמלח שעיבודו על ידי אור אין פעולתו נגרמת מהאור שיצר אותו.

רי"ש אלישיב מכריע כשיטת המאירי ולדעתו בישול כימי הוא איסור תורה כבישול באור (מובא בשמו בשבות יצחק ו, כא בהערה).

מאידך ר"א אבידן בספרו "שבת ומועד בצה"ל" (עמ' קיח) נוקט כדבר פשוט שבישול כימי שאין זיקה לאש מלכתחילה בוודאי לא נאמרו דברי המאירי ואין להסיק מהם לאיסור בכגון דא.

שלהבת שיוצא בין ההרים

רבי יעקב חאגיז דן בשו"ת הלכות קטנות (א, קפט) בשאלה הבאה (כידוע גם השאלות נכתבו על ידו וכמבואר בהקדמתו לספר):

האש שלהבת שיוצא בין ההרים מה טיבו: תשובה אומרים הטבעיים שניצוץ מן השמש נבער במוצא הגפרית ומשם האש יוצא. וקשה על זה שלמה אינו הולך ומבעיר עד התהום. יש לומר שהגפרית רבה ומאכילו כדי שובעו כשמן המספיק לפתילה גם המים החמים בחמי טבריא עוברים דרך שם ומתחממים. ורז"ל אמרו (שבת ל"ט) דחלפי אפתחא דגהינם והיא היא דגפרית ומלח שרפה כל ארצה. אבל מה שקשה בזה הוא למה המבשל בחמי טבריה פטור דהא תולדת האור של גהינם הם. תשובה אפשר דחום הגפרית הוא ואינו אש ממש ולפי מה שכתבתי שניצוץ מן השמש נבער בגפרית אפשר שהמבשל שם לא מחייב דתולדת חמה הוא ואין לך אש שחייבים עליו אלא על האש הטבעי היסודי הדבק למטה ע"י יסוד האויר שמתלהב אשר על כן האש שמתהווה מן האבן מכח ההכאה שהוא קליטת האויר המקיף זה אש יסודי הוא וכל תולדותיו להתחייב עליו. אבל המתהווה ע"י הזכוכית שמתעגל ניצוץ השמש ונבער הוא תולדת חמה וכן היוצא מן העששית להפטר המבשל בו בשבת...

ההלכות קטנות קובע אפוא שאש היא רק זו היוצאת כתוצאה מן האבן המכה זה לזה ומקליטת האויר המקיף היא האש היסודית שעליה מתחייבים. אמנם ראה לקמן בדברי משפטי עוזיאל שדווקא הרחיב את הגדרת האש מכח דברי ההלכות קטנות.

כמו כן על חידושו של ההלכות קטנות שאש המתהווה מכח הזכוכית שממקדת את השמש נחשבת רק כתולדות חמה נחלקו שו"ת לב חיים (ג,סח) ועוד וסברו שהוא תולדות האור (רח"פ שיינברג, אורייתא יח עמ' קמג בשם ארחות חיים או"ח רנה)²⁹.

אמנם כל זה כשבסוף יש לפנינו אש ממש.

²⁹ נציין לדברי רש"י ביצה לג,א: מן המים – נותנים מים בכלי זכוכית לבנה, ונותנו בחמה, כשהשמש חם מאד, והזכוכית מוציאה שלהבת, ומביאין נעורת ומגיעים בזכוכית והיא בוערת, כך שמעתי בפיוט יוצר שיסד אחד מגאוני לומברדיא"ה.

אופני העגלות

חידוש ייחודי מצוי בדברי תפארת ישראל על המשנה בשבת "ולא יטמיננה בחול ובאבק דרכים". תפארת ישראל מבאר:

בחול – שנתחמם בחמה, ובאבק דרכים – שנתחמם על ידי אופני העגלות.

בספר שביתת השבת, (מלאכת מבשל אות יז) קיבל את דבריו וקבע שחום הנולד על ידי חיכוך עצים או מתכות זה בזה דינו כתולדות חמה. וציין מקורו (ס"ק מ"ה):

כן ראיתי למפרש אחד (כמדומה לחד מקמאי) דמה שאמרו ולא יטמיננה באבק דרכים היינו שהוחם על ידי חיכוך העגלות.

לפי זה יש מקור חום שהוא מעצמו ואינו חמה ומותר מהתורה, ואסור מדרבנן משום תולדות חמה. וראה הערת הר"י רוזן (תחומין יז עמ' 21):

ברם, אי מהא לא איריא, שכן אמרו שם בגמרא ש"לא יטמיננה בחול" אפילו לרבי יוסי דלא גזר תולדות חמה אטו תולדות האור, והטעם "שמא יטמון ברמץ" או "שמא יזיז עפר ממקומו". טעמים אלו שייכים גם באבק דרכים שהוחם ע"י חיכוך העגלות, ואין להוכיח מכאן דיש לאסור כמו תולדות חמה, מצד זיקה ל"בישול".

אמנם פירוש זה הוא מיוחד ולא מצאנו לו מקור קדום יותר מעבר לתפארת ישראל.

חשמל

הדיון על יצירת חום על ידי חשמל כשאין אש בפועל מתקשר גם הוא לענייננו. הרש"ז אוירבך זצ"ל האריך בעניין ובתוך הדברים הביא גם עדות מחמירה מהחזון איש (שו"ת מנחת שלמה יב) הרואה בחשמל תולדת אש כיוון שהחשמל מהווה מקור לאש, ומשמעות דעתו שאין זה אלא כחמה:

אפשר שבהדלקת חשמל שפיר חייבין לכו"ע משום מבעיר... שהרי פשוט הוא דזרם איננו אש ונמצא שהוא דומה לחימום מתכת בקרני השמש ע"י

זכוכית מגדלת דחשיב רק תולדת חמה ופטור... ומעתה אם נאמר דאף שיש להחוט מראה אש מ"מ אינו קרוי אש יהי' דינו של מבשל בחשמל כמבשל בתולדת חמה דפטור /הערת המחבר/ +מוצא אני לנכון להודיע שבהיותי פעם אצל מרן בעל החזו"א זצ"ל... השיב לי בפשיטות דכמו שהמבשל במים חמים שהם "תולדה" מאש חייב חטאת, כך גם המבשל בזרם של חשמל הואיל ובדרך כלל הוא תהליך היוצר אש הו"ל כעין "עיבור" של אש, וכמו שחייבין על תולדה כך גם על עיבור הואיל ובדרך כלל הוא עתיד להיות אש אף על גב שלמעשה רק חימם מים ולא נוצר שום אש... אולם גם היום זה תמוה מאד בעיני, ובפרט שהזרם עצמו רק במרוצתו משפשף ומחמם את החוט שמתנגד לו עד שהוא נהפך לאור ושוורף ונקרא אש, אבל לגבי הזרם עצמו לא שייך כלל לומר שהוא אש לא בתחלה ולא בסוף...

כדעת החזון איש מצאנו גם דעת הרב"צ עוזיאל (שו"ת משפטי עוזיאל א, השמטות ב):

נראה לומר שאור החשמל אינו דומה לחמי טבריה לפי שאלה יש להם רק חום טבעי כמו שיש לצמר או גפרית ולא אש עצמו, אבל הוא דומה לאור החמה שהוא מוליד ע"י רעידתו אור וחום. אמנם אחרי העיון נראה שאור חשמל הוא אור אש יסודי שנולד על ידי נקישת שני גופים וממנו נתזים נצוצות אש האצורים בתוכם דומיא דאש יסודי שנתגלה לאדם ע"י הקשת רעפים זה בזה... לענין הבערה ובשול הרי הוא חייב מדאורייתא כמבעיר ומבשל באור אש יסודי עצמו.

וכן הסתפק בזה בשו"ת ישכיל עבדי (ב, קונטרס אחרון או"ח ד):

האמנם מה שיש להסתפק בזה, הוא בעיקר התולדה דאפשר דאור זה של הליקטריק אינו תולדת אש כלל... ואם כנים אנו בזה שאינו תולדת אש

אפשר דאין מקום לגזור לשמא יטה. האמנם מאחר דלא ברירא לן מלתא...

מאידך כדברי הרש"ז אורבך נקט הר"ש גורן (בשם גורונצ'ק סיני כסלו ושבט-אדר תש"ט):

יש לדון באריכות אם המבשל בשבת על תנור חשמלי חייב על זה מדאורייתא משום מבשל; או רק מדרבנן אסור, מאחר שאין זה אפילו תולדות האש, מאחר שלא הועבר חומו לתוכו מאש אחר אלא מכח עוצמת התנגדותו של החוט לזרם החשמלי, על כל פנים מדרבנן ודאי אסור כל זה.

בשו"ת דבר יהושע (ו,ג) תוקף בחריפות את דבריו (סעיף 8):

אבל א"כ בטלת מלאכת הבערה ובישול לפי שלא נמצא אש בעולם אלא מה שנוצר מעצמו ע"י חיכוך שני גפרורים כמו שנוצר החשמל ע"י חיכוך הזרמים ומעולם לא נברא אש אחר אלא בכה"ג כמ"ש אדם הראשון ואם זה אינו אש אף הנדלק ממנו איך נקרא. ועוד דקיי"ל היוצא מן העצים ואבנים מברכים עליו בורא מאורי האש. אבל האמת שדוקא החמה אינו אש הואיל ואינו אש הטבעי היסודי עיין תשובת הלכות קטנות ח"א סי' קפ"ט, ואינו תלוי אם נוצר מעצמו או לא. וכל שהוא אש יסודי חייבים עליו.

סיכום

ממקורות רבים נראה שיצירת חום שאינו בא כתוצאה מאש מובהקת עשוי להיות אסור:

סיד מורתח- לדעת המאירי יש לאסור מכיוון שאצור בו חום מהאש, יש מהפוסקים שראו בכך יסוד לאיסור בישול כימי, ויש שטענו שאינו יכול להוות מקור במיוחד לאור העובדה שבישול כימי אין מקורו באש.

שלהבת היוצאת מן ההרים – בשו"ת הלכות קטנות מחמיר בזה כתולדות חמה. ויש מחמירים אף יותר מכך.

אופני העגלות – חום היוצא מעצמו הוא חום שאינו נחשב כאור וכתולדתיו, כך עולה מדברי תפארת ישראל אך לא נמצא לו חבר.

חשמל – יש מהפוסקים שסברו שחשמל אינו נחשב כאור ותולדותיו. מאידך יש מהפוסקים שסברו שחשמל אף שאין מקורו מאש ממש נחשב כאור לכל דבר, ולפחות הדבר ספק. כמובן שדעות אלו משפיעות על דין בישול כימי שהוא גם עומד ותלוי במחלוקת זו.

תולדות חמה – תולדות האור

יש מהפוסקים שציינו שאף אם לא נחשיב את הבישול כימי כאש יש לאוסרו משום תולדות חמה או אף תולדות האור.

כך כותב בספר "שבת ומועד בצה"ל" (עמ' קיח):

אפשר שגדר "חמה" הוא חום טבעי שלא נוצר ע"י אדם כלל, וכל חום שנוצר ע"י פעולת אדם הריהו בגדר "תולדת חמה". לפי זה בישול בדבר שהוא עצמו מקור החום המבשל יחשב גם הוא לבישול בתולדת חמה אם נוצר ע"י אדם. וה"ה בנידון דידן כך משמע משו"ת אבן יקרה שכתב שסיד לאחר שנצטנן שאין דינו כתולדת האור אלא כתולדת חמה. וכן שמעתי מהגריש"א שליט"א, שכל מה שלא הוחם בחמה ממש הוי תולדת חמה.

כך מכריע הרב אשר וויס:

מ"מ לא יצאנו בזה מידי איסור דרבנן, דלכאורה פשוט דכאשר אסרו חכמים תולדת חמה, כללו באיסור זה כל דרכי הבישול מלבד בישול חמה...

כן היא דעת רמ"ז זארגער (אור ישראל לב, עמ' מג) שראוי לאסור כתולדות חמה.

2. מוליד

אחד מן האיסורים הנידונים בפוסקים בסוגיה זו הוא איסור מוליד.

בכמה מקרים נאמר איסור מוליד בשבת וביום טוב:

1. שבת נא, ב: "ואין מרזקין לא את השלג ולא את הברד בשבת בשביל

שיזובו מימיו. אבל נותן הוא לתוך הכוס או לתוך הקערה ואינו חושש."

ומבאר רש"י: "משום דקא מוליד בשבת, ודמי למלאכה, שבורא המים

האלו." וביארו הראשונים (רמב"ן רשב"א ועוד) שהוא סרך מלאכה

ובספר התרומה (רלה מובא בראשונים הנ"ל) ביאר שזהו איסור מדין

"נולד" (ונחלקן בביאורו אחרונים, האם זהו איסור מוקצה או סרך

מלאכה גם כן, ראה שו"ת חלקת יעקב או"ח קכח) וברשב"א (הובא גם

בר"ן על הרי"ף) נקט טעם נוסף שהוא גזירה שמא יסחוט, ורבינו פרחיה

ביאר שזה דומה לסוחט ומשום דש (משמע כך מדברי הרמב"ם שבת

כא, ג שסמך דין זה בתוך דיני דש) או לכורה ומשום בונה.

2. ביצה כב, ב: איבעיא להו: מהו לעשן? ... ורבה אמר: על גבי חרס נמי

אסור, משום דקא מוליד ריחא. רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו: סחופי

כסא אשיראי ביומא טבא – אסור. מאי טעמא – משום דקמוליד ריחא...

ומבאר רש"י: "ואסור מדרבנן, שהמוליד דבר חדש קרוב הוא לעושה

מלאכה חדשה." נפסק להלכה ברמ"א (תקיא, ד).

3. ביצה לג, א: אין מוציאין את האור לא מן העצים ולא מן האבנים ולא

מן העפר, ולא מן הרעפים ולא מן המים. ומבאר רש"י: "משום

דמוליד." וכן הוא להלכה (שו"ע או"ח תקב, א).

אחרונים (שו"ת במראה הבוקר ו, מג והרב יוסף יפה חוברת אור ישראל לב, עמ'

כט) צידדו להקל מכמה נימוקים:

1. זהו רק גרם הולדה – (שו"ת "ציץ אליעזר" א, כ, רצ"פ פראנק "קול

תורה" תרצ"ד, א-ב לפחות לעניין יום טוב).

2. יש המקלים בכלל בגרמא באיסור דרבנן (שו"ת "מנחת שלמה" א, י).
 3. נולד שאינו מתקיים (שו"ת "גינת ורדים" ג, יד וטז, שו"ת ארץ צבי א, צו קצות השולחן ו, עמ' רעב). שו"ת "רב פעלים" (או"ח ב, נא) מחמיר וראה מה שהשיב עליו בשו"ת יביע אומר ו, או"ח לו, ז.
 4. נולד שאין בו ממש – (גליונות ברוך טעם על מחצית השקל תקב, ב).
 5. הולדה אינה מיידית ובדומה להפשרת הקרח בכוס מעצמה (שו"ע או"ח שכא, ט) ואף המחמירים (רמ"א שיח, טז) כתבו להקל במקום הצורך ובצירוף עוד טעמים.
- רנ"א רבינוביץ (תחומין יג עמ' 145) מסיק שאין מקום לחשוש לדין מוליד מפעולה כימית:
- אלא מוכח שאין איסור להוליד חום חדש, אף שיש איסור לצבור חום. הטעם הוא מפני שצבירת חום, שהוא תולדת אש, נאסר אטו אש, אבל אפילו להוליד חום חדש אינו אסור, כל שאינו תולדת אש.
- כך גם נוקט הרב אשר וויס בתשובתו:
- אפשר דאין בזה איסור אלא באש שרואים אותו, ובריה שמריחים אותו ולא בחום שאינו נראה ומורגש בריח או שמא יש בזה טעם אחר, אך מ"מ מהא דמותר לבשל בחמה מוכח דאין איסור מוליד בחום.
- מאידך בספר, שבת ומועד בצה"ל" (עמ' קיז) קובע:
- ושמעתי מהגריש"א שליט"א דלענין שבת הדבר פשוט שאסור להשתמש בחימום משום מוליד ולענין יו"ט הדבר צ"ע.

3. מכה בפטיש

יש שדנו בשאלה האם יש מכה בפטיש ביצירת האוכל על ידי הריאקציה הכימית.

נחלקו האחרונים בשאלת מכה בפטיש באוכלין. אמנם הכרעת המשנה ברורה (שיח ד"ה והדחתן) שאין מכה בפטיש באוכלין. על כן פוסקים רבים לא דנו בעניין זה כלל.

מאידך ר"מ פינשטיין (או"ח ג,נב) נקט שזהו ספיקא דדינא ויש לחוש.

גזירה חדשה

בשו"ת תשובות והנהגות (ג,קן) נוקט שיש להיזהר מהיתרים חדשים ויש לאסור דבר חדש כזה גם אם אין לכך טעם של ממש בהלכה:

ואני חושש הרבה לכל קולא בשבת בפרט בזמננו שמחדשים הרבה הערמות ויש המון עם רב שאינם בני תורה ויבואו לפרוץ ולהקל בעיקר איסור בישול בשבת וידמו מילתא למילתא בכל סוגי מכשירים חשמליים ולהקל במקום האסור. ולכן אף שבדבריו יסוד להתיר לפעמים, מוטב להימנע בכך, שאיסור שבת חמור טובא ואין להקל בדורנו שרבו בו המתחדשים והקלוקלים בדברים שנתחדשו...

מאידך ראה דברי רנ"א רבינוביץ (תחומין יג, עמ' 145):

מאז חתימת הגמרא אין לנו רשות לגזור גזירות חדשות מדעתנו (רא"ש

שבת פ"ב סי' טו), ולכאורה אין כאן גזירה להיתלות בה.

ויש לצרף לדיון זה את הנאמר בעניין מטריה בשבת, שהנוהג הוא לאוסרה למרות שאין בדבר טעם ברור.

כ. פצוע דכא - פסול הגוף

פתיחה³⁰

בפרשת כי תצא (דברים כג,ב) התורה מונה את רשימת האנשים שנאמר עליהם "לא יבא בקהל" הראשונים ברשימה הם ישראלים שנפצעו באיברי ההולדה שלהם³¹: "לא יבא פצוע דכא וכוות שפכה בקהל ה'".

שונה הוא פסול זה משאר הפסולים המופיעים באותה פרשה. הפסולים האחרים שהם ממזר, עמוני, מואבי מצרי ואדומי פגומים בייחוס שלהם ואילו הפ"ד (=פצוע דכא מכאן ולהלן בר"ת) הוא בן למשפחה כשרה בישראל אלא שכתוצאה מפגיעה חיצונית בגופו מאבד את כשרותו לבוא בקהל. בעקבות כך הוא נקרא בתלמוד הירושלמי פסול הגוף דהיינו כשר בייחוסו אך פסול בכל אופן בגלל גופו. מטרתנו במאמר להראות את ההשפעה של השוני בין הפ"ד לשאר הפסולים בכמה מישורים. המישור האחד הוא הקשר בין הפסולים. הלכה פסוקה היא שהפסולים מותרים זה בזה. אך הפ"ד אינו נכלל לדעת הירושלמי בפסולים וגם לדעת הרמב"ם יש שוני בינו לאחרים. המישור השני הוא בנושא הלימוד מפסוקים בו גם עולה השאלה האם לצרף לימוד מפסוקי הפ"ד אל שאר הפסולים, הירושלמי נאמן לשיטתו להפריד בין הפ"ד לפסולים אחרים ובראשונים על הבבלי ישנה מחלוקת בענין. לאור השוני הזה נבדוק גם את הקשר שיוצרת הגמרא בין פ"ד לממזר ביחס להלכה שפ"ד שנפצע בידי שמים כשר בקהל.

השלכה הלכתית שעולה מהדיון הזה היא הכרעת ההלכה במקרה של ספק פ"ד. בשאר פסולי קהל ספיקות מותרים מהתורה ואסורים מדרבנן. האם להשוות פ"ד

³⁰ מאמר זה נדפס בחוברת חמדת הארץ ג (תשס"ד) תודה לעורכים והעורכת הלשונית על סיועם בהבאה לדפוס.

³¹ בפסוק נמנות שתי סוגי פגיעות: פצוע דכא וכוות שפכה. הראשונים אף נחלקו האם למנות את פצוע דכא וכוות שפכה כפסול קהל אחד או שניים במניין המצוות (יעויין ספר החינוך מצווה תקנט, במנחת חינוך ובהערות על ספר החינוך במהדורת מכון ירושלים). אך מוסכם על כולם שהפסול בשני המקרים קשור לאותה בעיה של פגיעה באיברי ההולדה של אדם מישראל.

לשאר הפסולים לגבי ההיתר מהתורה וגם לגבי האיסור מדרבנן או רק לחלק מהדברים. בכך נעסוק בחלק האחרון.

א. היתר פסולי קהל זה בזה

המשנה (מסכת קידושין ד, א ד, ג) קובעת שכל פסולי קהל מותרים לבוא זה בזה: עשרה יוחסין עלו מבבל כהני לויי ישראלי חללי גירי וחרורי ממזרי נתיני שתוקי ואסופי...

כל האסורים לבא בקהל מותרים לבא זה...

צריך לברר מהו המקור להיתרם של פסולי הקהל זה בזה ובהתאם לכך האם כל פסולי הקהל נכללים בהיתר זה. הבנת דבר זה תהווה בסיס להבנת מעמד הפ"ד בין פסולי הקהל האחרים.

הראשון שעוסק בצורה ברורה בשאלת המקור למשנה הוא הפני יהושע (סט, א ד"ה "שם ממזרים"), שטוען שהמקור לכל ההיתר הוא מפשט הכתוב:

דכתיב בכולהו פסולי קהל "לא יבא בקהל ה' ..." הא מי שאינו קהל ה' הם מותרים.

הפנ"י מדגיש, שהלימוד הוא מהתוספת של המילה ה' להגדרת הקהל, בו אסור לפסולים לבוא, תוספת זו מצמצמת את הקהל רק לכשרים שבישראל מכיון שרק הם נקראים קהל ה'³².

לכשנעייין בדבר נראה שאף שהראשונים לא עסקו באופן ישיר בשאלת הפנ"י, ויש צורך להבין מדוע לא עסקו בזה, אפשר ללמוד מדבריהם מהי דעתם ביחס לשאלת המקור למשנה.

³²הוא מוסיף שעפ"י דבריו מיושבים דברי הטור, נביא את הסברו לטור בהמשך.

ב. נישואי ממזר ושפחה – שיטת התוספות

שיטות הראשונים עולות מתוך ניסיונם לברר מהם הסיבות למקרה יוצא מהכלל שבו פסולי קהל נאסרו זה בזה. מצאנו שאסור לפסולי קהל לישא שפחה, לדעת רוב הראשונים³³ האיסור לישא שפחה הוא מהתורה "לא יהיה קדש". יוצא דופן הוא הממזר שמותר לו לישא שפחה כפי שמפורש במשנה בקידושין (סט,א). הראשונים עוסקים בשאלה מהו החילוק בין הממזר לבין שאר הפסולים. כמו כן הראשונים עוסקים בשאלה נוספת לגבי ההיתר של נתין שהאיסור שלו לבא בקהל נובע מהפסוק "לא תתחתן בהם" (דברים ז,ג) ואעפ"כ מותר בשאר פסולי קהל וכן מותר בגרים למרות שהאיסור שלו יותר כוללני מאשר האיסור שנאמר בשאר הפסולים "לא יבא בקהל ה".

התוספות (מסכת יבמות עט,ב ד"ה "ונתינים") כותבים³⁴:

וא"ת וכיון דנתיני אסירי מדאורייתא מלא תתחתן מאי שנא דמשוחרר מותר בהן ובשפחה אסור משום לא יהיה קדש וי"ל דלאו דלא תתחתן איכא למילף משאר פסולי קהל כגון ממזר עמוני ומואבי דשרו בקהל גרים אבל לאו דלא יהיה קדש לא שייך למילף דהא לא תפסי קדושין בשפחה ולא הוי דומיא דשאר פסולים ואם תאמר ומ"ש דממזר מותר בשפחה... ואמר ר"ת דלא שייך לא יהיה קדש בממזר דעיקרו בא מקדישות מאיסור דלא תפסי בו קידושין...

כלומר, התוספות קובעים שיש לימוד מממזר ומעמוני לשאר פסולי קהל. וכשם שלגרים מותר לישא ממזר כך מותר להם לישא פסולי קהל נוספים כמו נתין למרות שהלאו שלהם מנוסח בצורה שונה והאיסור של נתין נובע מהפסוק "לא תתחתן בהם" שבו לא מוזכר קהל. שונה מהם הלאו "לא יהיה קדש" של שפחה אשר כרוך גם בחוסר יכולת ליצור קידושין. דבר זה מפריד אותו באופן מהותי

³³ כפי שמציין הגר"א בסימן ד ס"ק יט שכן היא דעת כל הפוסקים מלבד הרמב"ם [ויש להוסיף גם מלבד הראב"ד].

³⁴ וכן עיין בתוספות מקביל במסכת בבא בתרא יג ד"ה כופין.

משאר הפסולים ועל כן אין לגרים ולפסולי קהל מקור להיתר לישא שפחה. לגבי ההיתר המיוחד של ממזר בשפחה מחדש ר"ת שהדבר נובע מפשט הכתוב. הניסוח של "לא יהיה קדש" אינו כולל באיסורו כאלו שכבר נקראים קדש מקודם לכן.

ג. שיטת הרמב"ן

בחידושי הרמב"ן מסכת קידושין (סט, א ד"ה "גירי") דן הרמב"ן בנושא הלאו של "לא תתחתן" שהותר לפסולי קהל ולגרים:

ואיכא למימר בכל לאוי דפסול יוחסין לא מחייבי, כי היכי דלא מחייבי בלאו דלא יבא ממזר דלא מיקרו קהל ולא חשש הכתוב לייחס הפסולים. והא דאסירי בגוים ועבדים משום דכתיב בתך לא תתן לבנו וגו' כי יסיר את בנך מאחרי, והני נמי בכלל ישראל נינהו ואסור שמא יסיר לבו לע"ז. ובלאו דלא יהיה קדש נמי מחייבי, דכיון שאינן חייבים בכל המצות סורן רע ואית בהו משום שמא יסיר, ומצינו שהשוה הכתוב כנעני ועבד בכל מקום של יוחסין שהרי אינן בתורת קדושין וגירושין ומשום הכי ליתנהו בחיתון.

הרמב"ן אינו מסתפק בקביעה של התוספות שהוקשו האיסורים זה לזה ולכן מותרים הגרים ושאר פסולי קהל, שלא נקראו קהל, בפסולים. אלא הוא גם מסביר את ההיגיון של הדברים, "לא חשש הכתוב לייחס הפסולים" וכוונתו לכאורה לכל פסולי היוחסין. מתוך כך הוא מתקשה מדוע התורה אוסרת את הפסולים והגרים בגויים ובעבדים. ומיישב שמה שנוגע ליסוד היהדות דהיינו נישואין לאדם גוי שיש לו תרבות של עם אחר או עבד שקשור גם לתרבות זאת, בודאי שיש להרחיק ממנו גם את הפסולים והגרים שהם חלק מעם ישראל. אך בין

הפסולים ששייכים לעם ישראל ויש להם רק בעיית ייחוס אין צורך לאסור זה לזה מכיוון שהם בלאו הכי פסולים³⁵.

נמצא שלשיטת הרמב"ן, שבנויה על שיטת התוספות, כשמצאנו בפסול יוחסין של ממזר היתר לישא פסולי יוחסין מכיוון שנאמר בו לא יבא בקהל ה' והפסולים אינם קהל אנו מעתיקים אותו לשאר הפסולים ומכניסים את כל מי שנפסל לקהל לחבורה אחת. הרמב"ן אף מסביר שהתורה לא חששה לייחס פסולים. סברא זו נתגלתה על ידי כך שהתורה ניסחה את לשון הפסול במילים "לא יבא בקהל", שמשמעו שמי שאינו קהל דהיינו פסול או אפילו גר, מותר לו ליצור קשר נישואין עם פסול. דברים אלו דומים לדברי הפנ"י אך ללא הצורך להיכנס לדרשות מקוריות כפי שמציע הפנ"י לדרוש את התוספת ה' למילה קהל. אלא זהו בעצם לימודו של פשט הכתוב שהאיסור הוא רק ביאה בקהל. הגדרת קהל הוא קהל הכשרים המיוחסים. זו הסיבה שהראשונים אינם עוסקים כמו הפנ"י בשאלת המקור למשנה שהרי המשנה מסתמכת על פשט הכתובים. עדיין עלינו לשאול האם יש לראשונים מקור מהגמרא ללימוד זה שהם עושים מפשט הפסוק. ברצוננו להוכיח שהם למדו זאת מסוגיית הגמרא ויתכן שאף ממשנה מפורשת.

ד. היתר גרים בפסולי קהל

הגמרא בקידושין (עב:-עג.): דנה האם מותר לגרים לישא פסולי קהל: ת"ר: גר נושא ממזרת, דברי ר' יוסי, ר' יהודה אומר: גר לא ישא ממזרת; אחד גר, אחד עבד משוחרר, וחלל – מותרים בכוהנת. מ"ט דרבי יוסי? חמשה קהלי כתיבי: חד לכהנים, וחד ללוים, וחד לישראלים, וחד

³⁵ דברי הרמב"ן הובאו בתמצות בר"ן (על הרי"ף קידושין ל. ד"ה "אבל לוי") ועל דברים אלו השיג הפנ"י (באותו דיבור שהבאנו למעלה) מפני שהבין שדברי הר"ן אינם נובעים מדרשה ומקורו הוא מסברה בלבד. אך צירוף דברי הר"ן למקורם ברמב"ן ולתוספות מוכיח שמקור דברי הר"ן הוא בפשט הכתוב והסברה רק באה להטעים את ההיגיון שעומד מאחורי הפסוקים.

למישרי ממזר בשתוקי, וחד למישרי שתוקי בישראל, קהל גרים לא איקרי קהל. ורבי יהודה? כהנים ולוים מחד קהל נפקי, אייתר ליה לקהל גרים... הגמרא מביאה מחלוקת תנאים. לדעת רבי יוסי מותר לגר לישא ממזרים וכן שאר פסולים. ולדעת רבי יהודה שווה מעמדו לישראל רגיל שאסורים לו פסולי קהל. מקור הדברים בשאלה כיצד לומדים את המשמעות של חזרת המילה "קהל" חמש פעמים בפרשיית הפסולים. לרבי יוסי שמתיר גר בפסולי קהל, שלושה קהלים מגדירים את כלל ישראל ושניים נוספים נועדו לדרשות אחרות.

היסוד של הסוגיה הזאת, הוא, שעל מנת להגדיר מהו הקהל בו חל האיסור לישא פסולים יש למצוא לימוד לכל חלק וחלק מעם ישראל, ולולא ריבוי הקהלים היינו יכולים לאסור את פסולי קהל רק על כהנים. כלומר המילה קהל אינה מוגדרת מצד עצמה ללא הייתור שלה. ואם כך גם לאחר שהרחבנו את הגדרת קהל לכל חלקי עם ישראל עדיין לא נכללים בקהל הפסולים שכן כדי לכלול גם אותם צריך ריבוי נוסף שאותו התורה לא עשתה. מכאן יש מקור לגישת הראשונים שהפסולים מותרים זה בזה מפני שאינם קהל.

נקודה חשובה בסוגיה זו היא מה הם הקהלים שהסוגיה מונה. דבר זה נוגע גם למה שהזכרנו קודם שיתכן ודברי הראשונים גם נובעים ממשנה על כן נקדים לדון בעניין זה.

ה. היתר פצוץ דכא בגיורת ובפסולי קהל

במשנה ביבמות (פרק שמיני דף עג,ב) נאמר:

פצוץ דכא וכרות שפכה מותרין בגיורת ומשוחררת ואינן אסורין אלא

מלבא בקהל שנאמר "לא יבא פצוץ דכא וכרות שפכה בקהל ה'".

המשנה קובעת שמותר לפ"ד מותר לישא גיורת [כשיטת רבי יוסי שגיורת אינה קהל] אך לא מפרטת את דין הפ"ד ביחס לשאר פסולי קהל. כמו כן המשנה

מביאה פסוק לבסס את הדין המופיע בה אך ללא תוספת ביאור מה הדרשה הנלמדת מהפסוק.

הגמרא (יבמות עו,א) מסתפקת האם כהנים, שאסורים בגיורת בהיותם בריאים, יהיו מותרים בגיורת במקרה והם נעשים פ"ד:

בעו מיניה מרב ששת פ"ד כהן מהו בגיורת ומשוחררת בקדושתה קאי ואסיר או דלמא לאו בקדושתה קאי ושרי? א"ל רב ששת תניתוה פ"ד ישראל מותר בנתינה. ואי סלקא דעתך בקדושתה קאי אקרי כאן לא תתחתן בם. אמר רבא: אטו התם משום קדושה ולא קדושה הוא? דלמא מוליד בן ואזיל פלח לעבודת כוכבים; וה"מ בהיותן עובדי כוכבים, כי מגיירי בישראל שרו, ורבנן הוא דגזרו בהו... כי גזור רבנן – בכשרים, בפסולים לא גזור רבנן. הדר אמר רבא: לאו מילתא היא, בהיותן עובדי כוכבים לית להו חתנות, נתגיירו אית להו חתנות.

כלומר, רב ששת משה את הדיון בשאלת ההיתר של כהן פ"ד לגיורת לשאלת ההיתר של ישראל פ"ד לפסולי הקהל שאסורים לישראל. הוא מוכיח מההיתר שמופיע בברייתא של פ"ד ישראל בנתינה, שגם פ"ד כהן מותר בגיורת. על כך משיב רבא בשתי אפשרויות: בלשון הראשונה טוען רבא שהאיסור של נתינה לישראל לאחר גיורה הוא רק מדרבנן ולכן היא מותרת לישראל פ"ד שלא גזרו בו כי הוא פסול יוחסין. משא"כ גיורת שאסורה מהתורה לכהן תהיה אסורה גם לכהן פ"ד. לאחר מכן חוזר בו רבא ומסכים לדברי רב ששת שאיסור הנתינה לישראל הוא מדאורייתא אף לאחר גיורה ומכך שהיא מותרת לפ"ד ניתן גם להוכיח שכהן פ"ד מותר בגיורת.

לכאורה עולה מהסוגיה שהיתרם של פסולי קהל שאסורים מהתורה בפ"ד, בין אם מדובר בפ"ד כהן ובין אם הוא ישראל, תלויה בשתי האפשרויות שרבא העלה האם איסור נתינה הוא מהתורה, מפני שלגבי נתינה מצאנו ברייתא מפורשת שמתירה אותה לישראל פ"ד. אך מעיון ברמב"ם נגלה שהוא התעלם ממסקנה זו.

הרמב"ם פוסק שאיסור נתינה מדרבנן (איסורי ביאה יב, כב) דהיינו כלשון הראשונה של רבא. עפי"ז היה אמור לאסור כהן פ"ד בגיורת שהרי גיורת אסורה לכהן מהתורה (איסו"ב יח, ג) אך בכל זאת הרמב"ם פוסק לגבי כהן פ"ד שמותר בגיורת דהיינו כלשון השניה של רבא. ושוב הוא אוסר ישראל פ"ד בממזרת מפני שהיא אסור תורה וזה כלשון הראשונה של רבא (איסו"ב טז, א-ב):

פצוע דכא וכרות שפכה ... מותרין לישא גיורת ומשוחררת ואפי' כהן שהוא פצוע דכא מותר לישא גיורת ומשוחררת לפי שאינו בקדושתו, ואפילו נתינה או אחד מן הספיקות מותרת לו. הואיל ופצוע דכא אסור לבוא בקהל לא גזרו בו על הנתינים ולא על הספיקות, אבל פצוע דכא וכרות שפכה אסור בממזרת ודאית שהרי אסורה מן התורה. ואכן הראב"ד השיג על הרמב"ם:

וברייתא זו הביאהו לומר כך פצוע דכא מותר בנתינה ולא אמר בממזרת, אלמא אסור בממזרת. והאי סברא לא נהירא, חדא דמתני' קתני ואינן אסורים אלא מלבא בקהל וממזרת לאו קהל הוא. ועוד פצוע דכא כהן שמותר בגיורת דרב ששת הכי פשט להו והלא גיורת לכהן אסורה מדאורייתא היא ושריא ליה דלאו בקדושתיה קאי וה"ה לישראל פסול בממזרת...

כלומר, הראב"ד הניח שהמקור של הרמב"ם לאסור ישראל פ"ד בממזרת הוא הברייתא שנוקטת רק את ההיתר של פ"ד בנתינה שהיא איסור דרבנן ללשון הראשונה. ועל כך הוא מקשה מלשון המשנה שהאיסור של פ"ד הוא לבא בקהל, ומשמע שבממזרים ופסולים הוא מותר³⁶. עוד מקשה הראב"ד מכך שהרמב"ם

³⁶ המגדל עז הקשה על הראב"ד שהסוגיה עצמה ביררה שלא ניתן להוכיח מהמשנה לעניין היתר איסורים. ונראה שהראב"ד רק רצה לומר שאמנם הגמרא מראה שלא ניתן להוכיח מהמשנה את הדין של הברייתא ועל כן הגמרא הייתה חייבת להביא את הברייתא כדי לפשוט את ספיקו של רב ששת, אך למסקנת הגמרא ברור שהמשנה אינה חולקת על הברייתא ואם פ"ד מותר באיסורים דאורייתא אזי המשנה מתפרשת כפשוטה למעט כל מי שאינו קהל מהאיסור. עוד מקשה המ"ע על

קיבל את ההיתר של גיורת לכהן למרות שהיא איסור דאורייתא ואם כך עליו גם לקבל את היתר הממזרת לישראל פ"ד. חשוב להדגיש שהראב"ד למד מהמשנה ביבמות להתיר פסולי קהל דאורייתא לפ"ד. הוא פירש את סיום המשנה באופן רחב יותר מאשר תחילתה. כלומר המשנה פתחה בכך שמותר לפ"ד לישא גיורת והביאה את הפסוק של "לא יבא פ"ד בקהל ה' " ומהסיום למד הראב"ד להתיר לפ"ד לישא את כל מי שאינו בקהל ה'.

גם הרשב"א השיג על הרמב"ם (חידושי הרשב"א יבמות עו: ד"ה "אמר ליה"): ולא ירדתי לסוף דעתו שהוא ז"ל נראה שסבור לומר שאין איסור הנתינים דבר תורה ... וזו כסברא ראשונה דרבא ... וכיון שכן מנא ליה להתיר גיורת לפ"ד כהן, ומנא ליה דפ"ד לאו בקדושתיה קאי, דהא רבא לסברא קמא הוה ס"ד למימר דבקדושתיה קאי ופ"ד כהן אסור בגיורת. ועוד קשיא לי דהא משמע דגיורת אסורה לכהן דבר תורה... הרשב"א מקשה גם הוא ממהלך הסוגיה וכן מהדין של גיורת בכהן. הטור (אה"ע ה) גם כתב להשיג על הרמב"ם:

והרמב"ם כתב שאינו מותר אלא בנתינה ובספקות אבל אסור בממזרת שהוא דאורייתא. ואינו נראה, דהא דשרי בנתינה דריש לה מקרא לא יבא ממזר בקהל ה' דהיינו בישראל לא יבא אבל באחרוני שרי ואין חילוק. כלומר, הטור משיג על הרמב"ם שאוסר ישראל פ"ד בממזרת מכך שיש דרשה מהפסוק "לא יבא ממזר בקהל ה' " ופ"ד שאינו חלק מהקהל מותר לישא ממזרת. משמע מהטור שזהו גם המקור להיתר הנתינה בפ"ד.

הראב"ד מה עניין נתינה שאיסורה מדרבנן ופסול הגוף, לממזרת שאסורה מהתורה ופסול משפחה. ולא הבנתי קושייתו על הראב"ד הרי אדרבא היה צריך למנות גם את המקרים החמורים יותר בברייתא.

ז. ביאור דברי הטור

הב"י (שם) השיב על דברי הטור:

לא מצאתי בגמרא שידרשו כן מפסוק זה. ואולי מפני שהוא סובר דנתינים אסורים מדאורייתא עלה על דעתו שאי אפשר להתיר פצוע דכא בנתינה אלא מדרשא דהאי קרא וכבר נתבאר בסימן שקודם זה (יא). דיבור ראשון) שהרמב"ם סובר דנתינים אינם אסורים אלא מדרבנן ואם כן אין נתינה מותרת מטעם דרשת הפסוק אלא מפני שלא גזרו עליה וכן כתב הוא עצמו ז"ל בהדיא...

כלומר, הב"י מדייק מדברי הטור שהוא הבין ברמב"ם שנתינה מותרת לפ"ד למרות שהיא איסור תורה ולכן הטור מציין שהמקור לכך הוא מדרשה. אך הב"י מעיר עליו ששיטת הרמב"ם היא שאיסור נתינה מדרבנן. על כן אין הכרח לדעתו שיש דרשה כזו. מלבד זאת הוא מערער על הדרשה שהטור הביא מכיוון שאינה מוכרת לנו משום מקור אחר.

הרש"ל (בהגהתו לטור שהובאה בב"ח) והמהרש"א (יבמות עו) הגיהו את לשון הטור ובמקום "לא יבא ממזר" כתבו "לא יבא פ"ד". עפ"י הגהה זו התכוון הטור למשנה ביבמות. לדעתם פירושו למשנה וזה לפירושו של הראב"ד, שלמד שהמשנה באה להתיר גם פסולים מכוח הדרשה.

הפנ"י כתב שניתן ליישב את דברי הטור ללא הגהה. הוא סובר שהטור למד מהפסוקים שהאיסור של הפ"ד הוא לבא בקהל ה', אך כל מי שאינו קהל מותרים לבא זה בזה. ומכיוון שהפסולים הותרו זה בזה גם פ"ד שהוא אחד מהפסולים האלו הותר בשאר הפסולים ואין צורך בדרשה מיוחדת בפ"ד לצורך היתר זה אלא גם הפסוק שמופיע בממזר יכול לשמש לנו כמקור לכך שכל הפסולים מותרים זה בזה וביניהם הפ"ד.

עפ"י הסבר זה מיושבת גם הקושיה הראשונה של הב"י על הטור. לא נעלמה מדברי הטור שיטת הרמב"ם שאיסור נתינה מדרבנן, אלא הוא מביא את שיטת

הראשונים שהבאנו בפרק הראשון לגבי היתר נתינה בשאר פסולי קהל. ומכוח העיקרון שהם העלו בעניין הנתינה, הטור מקשה על הרמב"ם מדוע הוא מחלק בין הקהל של ממזר לבין הקהל של פ"ד.

אנו יכולים לקבל את הסברו של הפנ"י אף שראינו בפרק הקודם שהראשונים לא נזקקו לדרשה שחידש הפנ"י מהמילה ה' אך ראינו שהם הסכימו איתו באופן בסיסי שפשט הכתוב הוא לאסור את פסולי הקהל רק בקהל, ולהתיר אותם זה בזה. וכן ראינו שמממזר אפשר ללמוד לשאר הפסולים.

בכך למעשה הושלמה היריעה של שיטת החולקים על הרמב"ם, לדעתם המשנה היא המקור להיתר הפסולים והפסוק שהמשנה הביאה הוא הדרשה שממנה אנו לומדים להתיר את הפ"ד בשאר הפסולים שהם אינם קהל.

מצאנו אם כן מקור לשיטת הראשונים שיש להתיר את פסולי הקהל זה בזה מתוך פשט הכתוב. וזוהי המשנה ביבמות. מתוך כך גם למדנו שדעת רוב הראשונים לכלול את הפ"ד יחד עם שאר פסולי הקהל כחבורה אחת.

ה. שיטת הרמב"ם בהגדרת פצוץ דכא

ראינו בפרק הקודם שהרמב"ם אוסר לפ"ד לישא ממזרת אך מתיר לפ"ד כהן לישא גיורת.

נסכם את הקשיים העיקריים שהעלו הראשונים על שיטתו:

א. סוגיית הגמרא (יבמות עו) שמשווה את היתר פסולי קהל דאורייתא לישראל פ"ד, להיתר גיורת לכהן פ"ד. בעוד שלדעת הרמב"ם יש חילוק ביניהם.

ב. מפשט המשנה ביבמות משמע שהפסוק "לא יבא בקהל" שנאמר לגבי פ"ד מצמצם את איסורו של הפ"ד רק לקהל וממילא מתיר אותו בכל פסולי הקהל.

ג. בממזר מצאנו לימוד להתיר את כל פסולי הקהל זה בזה, ופ"ד הוא אחד מפסולי הקהל.

ט. תירוץ המגיד משנה

המגיד משנה (איסור"ב טז,א) כתב ביישוב דברי הרמב"ם:

פשטא דמתניתין הכי הוא, דקתני מותרים בגיורת סתם לא שנא כהן ולא שנא ישראל, זה דעת רבינו. אבל בממזרת סבור רבינו שהוא אסור, דאי לא אדתני מתניתין מותרין בגיורת ליתני מותרין בממזרת דהויא רבותא טפי, אלא מתניתין לא תני אלא גיורת דקהל גרים לא איקרי קהל אבל לעניין ממזרת בקדושתיה קאי. ואע"ג דכהן לאו בקדושתיה קאי, לא ילפינן ממזרת שהוא לאו השוה בכל מגיורת לכהן דלא מפרש לאויה בקרא ואין איסורו שווה בכל, ואין לנו להתיר אלא מה שמנו חכמים.

המגיד משנה טוען שהמשנה היא המקור לדברי הרמב"ם. שכן המשנה כותבת שרק גיורת ומשוחררת מותרים בפ"ד. המשותף לשתי הנשים האלה הוא שהם אינם פסולי קהל אלא ישראליות גמורות שנמצאות בדרגת ייחוס נמוכה יותר המאפשרת להם להתחתן גם עם פסולי קהל. הפסוק שהמשנה מביאה כמקור אינו בא להתיר את הפ"ד בכל פסולי הקהל אלא רק להתיר אותו באלו שאינם קהל גמור כגרים שמותרים בפסולי קהל. נמצא שלדעת המגיד משנה מיושבת הקושיה השנייה מפשט המשנה. מכיוון שלדעתו לא רק שאין קושיה מהמשנה אלא היא המקור לדעת הרמב"ם.

המהרש"ל (ים של שלמה יבמות פרק ח סימן יח) הקשה על המגיד משנה כמה קושיות:

א. הקושיה הראשונה של הראשונים עדיין אינה מיושבת. שהרי הגמרא תלתא את שאלת ההיתר של הפ"ד בפסולי קהל בשאלת האיסור של הנתונה ומכיוון שנתונה אסורה מדרבנן מהיכי תיתי להתיר גיורת לכהן פ"ד. ב. איך יתכן שהמשנה היא המקור לרמב"ם הרי מכך שהגמרא לא הביאה ראייה מפשט המשנה כשהסתפקה בעניין זה מוכח שהמשנה אינה חד משמעית ואיך יכול הרמב"ם להסתמך על המשנה כשהגמרא עצמה לא עושה זאת. ג. המשנה לא כתבה את

ההיתר של פ"ד בממזרת מפני שזה מובן מדין הפ"ד וגירות. על הקושיה השלישית יש להעיר שהחילוק בין היתר לגירות להיתר לממזרת הוא חילוק מהותי מפני שהגר אינו פסול קהל אלא הוא ישראל גמור שאינו נקרא קהל ועל כן הותר בפסולי קהל.

המהרש"ל מביא את דברי המגדל עז שהפנה לשיטת הירושלמי בעניין זה וטוען שהרמב"ם הסתמך עליה אך הוא משיג עליו. גם הרשב"א ועוד ראשונים השיגו על הרמב"ם מדברי הירושלמי. על כן בטרם נבאר את דברי המ"מ אנו נדרשים לברר את דעת הירושלמי בעניין זה.

י. שיטת הירושלמי בהיתר פ"ד בפסולי קהל

הירושלמי (יבמות פרק ח הלכה ב) קובע באופן ברור ביחס למשנה שמתירה גירות לפ"ד:

רבי חלקיה רבי סימון בשם ר' יהושע בן לוי לא שנו אלא פצוע דכא ישראל אבל פצוע דכא כהן לא.

כלומר בניגוד לבבלי שמסתפק בדין היתר כהן פ"ד לגירות, לירושלמי ברור שאין להתיר לכהן פ"ד גירות.

עוד מוסיף הירושלמי [קידושין פרק ד הלכה ג ויבמות שם] על המשנה בקידושין:

כל האסורין לבוא בקהל מותרין לבוא זה בזה. רבי ירמיה אמר כללא פצוע דכא ישראל מותר לו לישא ממזרת אמר רבי יוסי בלבד פסול משפחה הא פסול גוף לא. בדא חייליה דרבי יוסי מן הדא דאמר רבי חלקיה רבי סימון בשם רבי יהושע בן לוי לא שנו אלא פצוע דכא ישראל אבל פצוע דכא כהן כמא דאת אמר תמן אם כהן ברור הוא פסול [נ"א אסור] לו לישא גירות אף הכא ישראל ברור אסור [לו] לישא ממזרת.

רבי ירמיה פותח במשפט שאפשר להבין אותו כקביעה שהכלל של המשנה "כל האסורים" כולל גם את הפ"ד שגם הוא מותר בכל הפסולים³⁷. לאחר מכן מופיעים דברי רבי יוסי שפסול גוף דהיינו פ"ד אינו נכלל במשנה, והיא כוללת רק פסולי משפחה. הירושלמי מסייע לרבי יוסי מדברי ריב"ל שאמר שפ"ד כהן אסור בגיורת ומשוחררת, דבר שמוכיח לדעתו, שאין להתיר פ"ד בפסולי קהל דאורייתא. בנקודה זו הירושלמי אכן אינו כרמב"ם שמחלק בין פסולי כהונה לפסולי יוחסין אחרים וכפי שכתבו הרשב"א והמהרש"ל. יש לציין שהדין של ריב"ל מובא בירושלמי ללא מחלוקת וגם דברי רבי יוסי נראים כמענה ולא כמחלוקת רגילה [אמר רבי יוסי לעומת רבי ירמיה אמר] כך שנראה שזוהי מסקנת הירושלמי להוציא את הפ"ד מחוץ למעגל פסולי קהל ולאסור אותו בפסולי קהל דאורייתא³⁸.

כמו כן עולה מהירושלמי ביאורה של המשנה בקידושין. שהרי מסקנתו היא שאין המשנה המתירה פסולי קהל זה בזה כוללת את פסול הגוף, דהיינו פ"ד, אפשרות אותה הזכרנו בתחילת דברינו. מהו לדעת הירושלמי המקור של המשנה שמתירה לאיסורים לבא זה בזה? נראה שהמקור הוא מדרשת המילה קהל, כמו הבבלי, כפי שגם נביא בהמשך ירושלמי מפורש שמונה את הקהלים השונים שממזר אסור בהם, ומכיוון שפסולי יוחסין אינם קהל, הם מותרים זה בזה. הפ"ד לפי שיטה זו כן משתייך לקהל שהפסולים אסורים לבא אליו וזאת מכיוון שהוא רק פסול הגוף.

³⁷ אפשר גם להבין אותו כשאלה האם באמת כל האסורין לבא בקהל מותרין לבא זה בזה וגם פ"ד מותר בממזרת דבר שבשבילו נשמע חידוש ואולי הוא גם ברור לו שפ"ד אסור בממזרת.

³⁸ יש לציין שהירושלמי אינו מזכיר וממילא כמובן אינו דן בברייתא שהביא הבבלי שמותר לפ"ד לישא נתינה. הדבר מובן לאור דעת הירושלמי בעניין נתינים מופיעה בירושלמי כתובות [ג,א] מימרה של רבי יוסי שלא חשו להם אלא משום פסולי משפחה, [ולא פסולי עבדות ולכן בהם יש קנס] וכן באריכות בריש פרק רביעי בקידושין. על כן גם אם הירושלמי יודע מהברייתא הוה היא לא סותרת את הכלל שקבע שלא מתירים לו איסורים דאורייתא.

עפ"י זה הירושלמי אינו יכול ללמוד את הפסוק "לא יבא בקהל" שנאמר בפ"ד כפי שהוא לומד את הפסוק הזה בשאר פסולי קהל שהרי הפ"ד משתייך לקהל ביחס לשאר הפסולים ועל כן הם אסורים עליו. השימוש בניסוח לא יבא בקהל שממנו משתמע שהפ"ד מותר באלו שאינם קהל חייב להיות מצומצם לאלו שאינם קהל אך גם אינם פסולים, ואלו הגיורת והמשוחררת. זו כוונת המשנה ביבמות שמתירה פ"ד בגיורת ומשוחררת ומביאה את הפסוק "לא יבא בקהל" כראיה להיתר. דהיינו אין אפשרות לדרוש מהפסוק את ההיתר הגורף לכל פסולי קהל כי אם רק לאלו שאינם פסולי קהל אך גם אינם נקראים קהל בעצמם.

יא. הזיקה בין הירושלמי לרמב"ם

אחרי שהבאנו את שיטת הירושלמי הרי שאנו רואים מקור ברור לדעת הרמב"ם לאסור פ"ד בממזרת ולהכריע כלשון הראשונה של רבא שאיסור הנתינה מדרבנן³⁹. אך הראשונים והמהרש"ל הקשו על הרמב"ם מכך שהירושלמי עצמו מקשר בין הדינים של ממזרת לפ"ד ובין גיורת לפ"ד כהן ולשיטת הירושלמי יש איסור גם לפ"ד כהן לישא גיורת ואילו הרמב"ם התיר נישואין כאלו. אמנם לכשנעייין בסוגיה נראה שיש מקום לבאר בדעת הבבלי שאין בהכרח קשר בין היתר גיורת לפ"ד כהן להיתר פסולי קהל דאורייתא בפ"ד. הגמרא הביאה בתחילה את שאלת בני הישיבה לרב ששת מהו דין כהן פ"ד בגיורת, ורב ששת פשט את ספיקם מהיתר נתינה לפ"ד. יש לשאול מה הייתה דעת בני הישיבה ביחס לפ"ד בפסולי קהל דאורייתא. יתכן וזהו אותו ספק, וגיורת לכהן פ"ד היא דוגמא לפסול קהל דאורייתא, אך אז קשה מדוע נבחרה דוקא דוגמא זו. ניתן ליישב בדוחק שמכיוון שהוזכרה במשנה גיורת לפ"ד הסתפקו האם היתר זה כולל גם כהן פ"ד. אך יותר מסתבר לומר שלדעתם של בני הישיבה היה ברור שפסולי קהל דאורייתא אסורים בפ"ד. שהרי זהו פשט

³⁹ זאת בלי להיכנס למקורות שמסייעים לגישה זאת במקומות אחרים בתלמוד הבבלי יעויין בביאור הגר"א על הרמב"ם (מהדורת פרנקל איסור"ב טז,א).

המשנה שרק גיורת ומשוחררת מותרים בפ"ד. אך למרות זאת הסתפקו בכהן פ"ד מכיוון שאיסור הגיורת בכהן אינו בהכרח פסול יוחסין רגיל אלא פסול הנובע ממעמדו המיוחד של הכהן וברגע שהכהן נפסל מלבוא בקהל יתכן ואינו שייך עוד באותו מעמד שאוסר אותו באיסורים מיוחדים, לפחות לא באותו התחום בו הוא הורד ממעמדו. כשרב ששת מביא ברייתא שפורכת את הנחת היסוד של בני הישיבה, ברור שאם פ"ד ישראל מותר בנתינה והוא חלק מפסולי הקהל הרגילים לא יתכן לאסור כהן פ"ד בגיורת. אך כשרבא בלשון הראשונה דוחה את דברי רב ששת וטוען שאיסור הנתינה מדרבנן, אין הכרח שיש לפשוט גם את הספק של בני הישיבה לגבי כהן פ"ד שאסור בגיורת. אמנם הראשונים נקטו שהא בהא תליא אבל יתכן שהרמב"ם למד שאין בזה הכרח. ומכיוון שהוא פוסק כלשון הראשונה ופשט המשנה מורה שאין לחלק בין הפ"ד הישראל לכהן הרי שהוא תופס להלכה שיש להתיר כפי שהיה נראה לבני הישיבה מסברה להתיר וכפי פשט המשנה שהצביע עליה המגיד משנה. אם כך עולה שאף שהירושלמי הכריע בצורה ברורה שאין שום שינוי במעמד היוחסין של פ"ד. הרי שהרמב"ם ביחס לכהן פ"ד אימץ את המסקנה העולה לדברינו מסוגיית הבבלי להתיר לכהן פ"ד גיורת.

לאחר שמצאנו מקור לרמב"ם יש לברר במישור הסברה מדוע דווקא לכהן פ"ד מותר איסור דאורייתא. הצבענו כבר על חוסר ההיגיון באיסור הנובע ממעלת יוחסין של כהונה לאדם שפסול לבוא בקהל. אפשר גם לטעון טענה יותר רחבה שברגע שאדם נפסל בקהל הוא הופך להיות שייך לקבוצה שניתן לקרוא לה "שבט הפסולים" וממילא מאבד את שייכותו לשבט הכהונה על כל המשמעויות של שייכות זו. אך בדעת הרמב"ם שמצמצם את הגדר של פ"ד ואוסר ישראל פ"ד בממזרת נראה לומר את הטענה בצורה יותר מצומצמת שרק בנושא היוחסין

נפגע מעמדו של כהן פ"ד אך הוא אינו מאבד את כל הזכויות האחרות שלו ודינו ככהן בעל מום רגיל⁴⁰.

יב. סיכום ביניים

ביררנו את המקור להיתר פסולי קהל זה בזה בדעת הראשונים. ראינו שדין זה נובע לדעתם מפשט הכתוב "לא יבא בקהל" שמגדיר את איסור הנישואים כאיסור ביאה בקהל כלומר בקבוצת אנשים מוגדרת שהיא הקהל והם הכשרים שבישראל. הרמב"ן והר"ן גם הסבירו את הסברה בדין זה שלא חשש הכתוב לייחס את הפסולים. ביססנו את שיטתם ממשנה ומגמרא ובהמשך נביא גם ראייה לשיטתם ממדרש תנאים. לאחר מכן בדקנו מהו היחס בין פסולו של הפ"ד לבין שאר פסולי קהל. ראינו שהמשנה ביבמות והמשנה בקידושין אינן כותבות את ההיתר של פ"ד בשאר פסולים. בתלמוד בבלי הסתפקו האמוראים בשאלת היתר פ"ד כהן בגיורת שאסורה לו מהתורה. רוב הראשונים למדו ששאלת היתר פ"ד בשאר הפסולים והיתר הגיורת לכהן פ"ד תלויות בשתי הלשונות בגמרא ולדעתם הלכה כלשון השנייה ויש להתיר פ"ד לפסולי קהל אחרים וגיורת לכהן פ"ד. לעומתם הרמב"ם הכריע כלשון הראשונה ואסר פ"ד לפסולי קהל ולעומת זאת התיר גיורת לכהן פ"ד. הראשונים הקשו עליו הייתה משני כיוונים א. מדוע הכריע כלשון הזאת ב. כיצד הפריד בין שני נושאים שנראים תלויים זה בזה. עמדנו על מקורו של הרמב"ם בסוגיית הירושלמי. שיטת הירושלמי היא שיש ללמוד את המשניות כפשוטן ולאסור פ"ד בפסולי קהל דאורייתא. כמו כן שיטת הירושלמי שיש לאסור גם גיורת לכהן פ"ד. הרמב"ם אימץ את שיטת הירושלמי שמפריד בין פ"ד לפסולי קהל אחרים ואוסר אותם זה בזה. אמנם ביחס להיתר

⁴⁰ דעת הח"מ (סימן ה ס"ק א) שכהן פ"ד מופקע מכל הלכות כהונה אם כי התקשה מדוע כהן פ"ד אוכל בקדשים. הב"ש (שם ס"ק א) הביא את דעת המ"מ (איס"ב טז, א) שרק גיורת מותרת לכהן מפני שאינה מפורשת בכתוב. דעת הב"מ (סימן ה סעיף א) שהכהן הפ"ד מופקע מכל דיני קדושת האישות של כהן.

הגירות לכהן פ"ד, הרמב"ם, כפי הנראה לא למד כשאר הראשונים את סוגיית הבבלי וסבר שיש אפשרות להפריד בין שתי השאלות האלה. הצענו גם הסבר לכך שאם מעמד היוחסין של הכהן נפגע בגלל היותו פ"ד לא יתכן והוא יישאר במגבלות של ייחוס כהונה. ישנה גם שיטה נוספת בראשונים שפוסקים כמו הרמב"ם ביחס לפסול הנתינים שהוא רק בהיותם גוים, ובעקבות כך דעתם שהפ"ד אסור בממזרת ואם הוא כהן אסור בגירות. והם בעל המאור (יבמות כד: בדפי הרי"ף) וריא"ז (שלט"ג יבמות כד. בדפי הרי"ף).

מתוך דברים אלו עולה ששיטת הירושלמי היא להפריד לחלוטין את דין הפ"ד משאר פסולי קהל. וזאת מכיוון שהפ"ד הוא פסול הגוף ולא פסול יוחסין. וכן היא שיטת בעה"מ וריא"ז. שיטת הרמב"ם היא שיש להפריד באופן חלקי את הפ"ד משאר הפסולים כנראה בעקבות הירושלמי. ולעומתם שיטת הבבלי ורוב הראשונים להתייחס לפ"ד כפסול יוחסין רגיל.

ברצוננו לעסוק בעניין נוסף שנוגע למחלוקת זאת והוא ההשפעה שיש לכך שהפ"ד הוא פסול שונה באופן מהותי משאר הפסולים על דרכי הלימוד של הפסוקים.

יג. מנין הקהלים

במסכת קידושין (עב:) מובאת מחלוקת התנאים ביחס למעמד הגר האם יש להתירו בממזר או שהוא נכלל בקהל ה' ביחס לאיסור הממזר של "לא יבא ממזר בקהל ה' ". דעת רבי יהודה היא שגר אסור בממזרת ככל ישראל ואילו רבי יוסי חולק וסובר שגר מותר בממזרת. נברר מהו מקור השיטות בשאלה זו. בספרי [דברים פיסקה רמז] על הפסוק "לא יבא פ"ד בקהל ה' " מופיעה הדרשה באופן הזה:

בקהל ה', רבי יהודה אומר ארבע קהילות הן קהל כהנים קהל לויים קהל ישראל קהל גרים וחכמים אומרים שלש.

כלומר, לדעת רבי יהודה נכתבה המילה קהל ארבע פעמים באופן מיוחד כדי לכלול את הגרים בתוך קהל ישראל ולאסור את פסולי הקהל בקהל הגרים. במדרש תנאים לדברים פרק כג מופיעה דרשה שאינה מוכרת לנו ממקורות אחרים⁴¹. הדרשה חוזרת שלוש פעמים באותם מילים על הפסוק של פ"ד, של ממזר ושל עמוני ואינה חוזרת במצרי. בתחילה בפ"ד: בקהל ה', בקהל ה' אינו בא אבל בא הוא במינו: בקהל ה', בקהל ה' אינו בא אבל בא הוא בקהל גרים שאין קהל גרים קרוי קהל ה' שוב בממזר: בקהל ה', בקהל ה' אינו בא בא הוא במינו: בקהל ה' אינו בא בא הוא בקהל גרים ושוב בעמוני: בקהל ה', בקהל ה' אינו בא בא הוא במינו: בקהל ה' אינו בא בא הוא בקהל גרים ושוב בעמוני: בקהל ה', בקהל ה' אינו בא בא הוא בקהל גרים. בגרים.

אין ספק שדרשה זו היא מבית מדרשם של חכמים החולקים על רבי יהודה, דהיינו רבי יוסי ומתירים גר בממזרת. בדרשה ישנם שני חלקים: האחד היתר לפסול הקהל במינו שאינו משתייך לקהל ה' ובכך אנו מוצאים מקור נוסף לראשונים שלמדו מפשט הכתוב את היתר הפסולים זה בזה, שהרי אחרת אין משמעות להיתר פ"ד במינו, הרי אין פ"ד נקיבות ומינו הכוונה לשאר הפסולים⁴². החלק השני הוא מיעוט שחוזר שוב ושוב של הגרים מקהל ה' והיתרם בפסולים השונים. דרשה זו שונה מהדרשה בספרי שמתוך שאינה מונה את הגרים כקהל מתירה אותם בפסולים ואילו בדרשה זו יש לימוד מיוחד להתיר גרים לפסולים.

הגמרא בקידושין (עב-עג) מפתחת את הדרשה בכיוון דומה לספרי:

מ"ט דרבי יוסי? חמשה קהלי כתיבי: חד לכהנים, וחד ללוים, וחד לישראלים, וחד למישרי ממזר בשתוקי, וחד למישרי שתוקי בישראל, קהל

⁴¹ מדרש תנאים הוא ליקוט ממדרש הגדול שנעשה ע"י רד"צ הופמן.

⁴² כמו כן מוכח שבהיתר ל"מינו" הכוונה לכל הפסולים, שכן אם מינו היה מצומצם רק לאותו פסול עצמו ויש לדרשן אפשרות לרבות עוד אנשים שיהיו מותרים בפסולי קהל בודאי שהיו מעדיפים ללמוד קודם היתר לפסולי קהל אחרים לפני שמתירים לגרים שהם ישראלים גמורים. לישא פסולי קהל.

גרים לא איקרי קהל. ורבי יהודה? כהנים ולוים מחד קהל נפקי, אייתר ליה לקהל גרים...

כלומר, הבבלי מונה חמש פעמים בהם הופיעה המילה קהל. והמחלוקת היא מה לומדים מהקהלים הללו.

הירושלמי מביא את דרשת הספרי (קידושין ד,א יבמות ח,ג):

א"ר חנינה מתניתא דלא כר' יודה דר' יודה אמר ארבע קהילות הן קהל כהנים קהל לויים קהל ישר' קהל גרים. מתיבין לרבי יהודה: והכתיב לא יבוא פצוע דכא וכרות שפכה בקהל יי'. פסולי גוף אינון. והכתיב בנים אשר יוולדו להם דור שלישי יבא להם בקהל יי'. בעשה אינון. ורבנן אמרין שלשה קהילות הן קהל כהנים קהל לויים קהל ישראל לא יבא לא יבא לא יבא.

הירושלמי מסביר כיצד הגיעו למניין הקהלים שהרי ניתן למנות ו' קהלים בפסוקים. לדעתו לא מנו את הקהל שמופיע בפסוק של פ"ד בגלל היותו פסול הגוף וכן לא מנו את הקהל של עמוני ומואבי שמופיעים בתורה כעשה⁴³. בבבלי הובאו ה' קהלים, קהל אחד לא נמנה, הראשונים ניסו למצוא מהו ומדוע הושמט.

רש"י (ד"ה "חמישה קהלי") כתב: וקהל דפצוע דכא לא חשיב דלאו מן פסולי יוחסין קמשתעי. זהו בעצם טעם זהה לזה שהובא בירושלמי.

גם התוספות מביאים את טעמו של רש"י ומוסיפים: ועוד אומר ר"י משום דלא שייך ביה קהל. לדבריו של ר"י ניתנו כמה הסברים במה השוני של הקהל שמופיע בפ"ד משאר הקהלים: המהרש"א מבאר שהקהל בו אסור הפ"ד לבוא הוא

⁴³ חכמים שמונים רק ג קהלים נדרשים להסביר מדוע השמיטו קהל נוסף. כהסבר לכך מוסיף הירושלמי בדעת חכמים תוספת שאינה מופיעה בספרי ואלו המילים "לא יבא" ג פעמים. משמע שהם מונים את הקהלים הנסמכים על תחילת הפסוקים שמתחילים בלא יבא ולכן יש להם רק ג קהלים. יש להעיר שעפ"י התוספת הזו לדעת חכמים מונים את הפ"ד יחד עם שאר הפסולים למרות שהוא פסול הגוף.

קהל הנשים דווקא, בעוד שאר הקהלים כוללים גם גברים. העצמות יוסף כתב שפ"ד אינם מולידים ולא יעשו קהל⁴⁴.

יש לדון בכל הפירושים הנ"ל: בדברי המהרש"א שקהל אנשים מוגדר במציאות נשים בתוכם צ"ע הא מנא ליה⁴⁵. בדברי העצמות יוסף שתולה קהל ביכולת להוליד גם כן אין לזה לכאורה מקור.

לכאורה היה נראה להסביר את דברי התוספות באופן אחר. נראה שהגדרת קהל הוא קבוצת אנשים שיש להם מאפיין משותף בתחום שקשור לייחוס. כמו קהל ישראל, לויים וכהנים בכשרים. פסולי קהל שעליהם אומרת התורה "לא יבא בקהל" הינם למעשה קהל חיצוני לקהל הכשרים. הכתוב מוציא אותם מתוך הקהל אל קבוצה נפרדת שאינה יכולה להיכנס תחת השם קהל שכולל את הכשרים שבישראל. אך גם הם נכנסים כקבוצה אחת שנקראת קהל. כאילו עומדים לפני התורה שתי קבוצות האחת פסולה והאחת כשרה והכתוב ממייך ומחלק את האנשים מי יבוא לקהל הכשרים ומי לא יבוא לקהל הכשרים אלא ילך לקהל הפסולים. עפ"י פצועי דכא שהם פסולים שאינם נובעים מייחוס, הכתוב אינו בא להוציאם אל קהל הפסולים, הם אסורים לישא נשים מקהל ישראל אך הם משתייכים אליו ואינם מוגדרים כחלק מקהל הפסולים. עולה מכך שהתוספות מבארים את עומק דברי הירושלמי שהובאו ברש"י שפ"ד זהו פסול הגוף ולכן גם הקהל שנאמר ביחס אליהם אינו מוגדר בגדרי קהל הרגילים שהרי אינם קהל בעצמם⁴⁶. ניתן א"כ לשאול מה הגבול של הקהל הזה שפ"ד אסורים בו והרי בכל אופן התורה הגדירה אותם תחת ההגדרה של "לא יבא בקהל" יחד עם שאר פסולי קהל. בנושא זה הרחבנו בפרק הקודם בביאור דרשת המשנה

⁴⁴ הפנ"י ביאר גם הוא התוספות עפ"י שיטתו שהבאנו בתחילה ואכמ"ל.

⁴⁵ וכי עמונים לא נקראו קהל אף שנקבותיהם מותרות. אם כי יש לחלק שהנקיבות הם עמוניות משא"כ פ"ד שלא שייך מציאות של נקבות.

⁴⁶ עפ"י ההסבר הזה בתוספות הרווחנו גם יישוב לשאלה מדוע לדעת רש"י ולדעתם יש להעדיף את ההסבר הזה בירושלמי יותר מאשר את ההסבר השני שהירושלמי נותן ביחס לעמוני ומואבי, ברור עפ"י דברי התוספות שכאן יש שוני מהותי בין פ"ד לשאר הפסולים שמונע מאיתנו למנות אותו יחד איתם.

שיתכן וזו הסיבה לדעת הרמב"ם והירושלמי שמתירים פ"ד אך ורק בגיורת ומשוחררת ולא בפסולי קהל דאורייתא.

פירוש נוסף למניין הקהלים הוא פירוש של הראב"ד המובא בראשונים⁴⁷ הוא מונה בקהלים גם את הפ"ד ואינו מונה את המצרי ואדומי מפני שהם עשה. דהיינו כמו הנימוק השני בירושלמי.

יד. סיכום

שיטת הירושלמי, שגם זכתה לאימוץ על ידי רש"י ותוספות, היא שיש לחלק בין הפ"ד לשאר פסולי קהל ואין למנות את הפ"ד יחד איתם מכיוון שהוא פסול הגוף. לעומת זאת לדעת הראב"ד הפ"ד משתייך לקבוצת הפסולים.

טו. פצוע בידי שמים

לאחר שהרחבנו בבירור שיטת הירושלמי בעניין השוני המהותי שבין פ"ד לשאר הפסולים. ראוי לעמוד על נקודה נוספת שנוגעת למשותף שבין פ"ד לממזר. ברצוננו להוכיח שהקשר שעולה לכאורה ביניהם אינו על בסיס של השואת הדינים שלהם אלא לימוד שנוגע אך ורק לעניין אחד שקיים בשניהם. לצורך כך עלינו לברר מהו בדיוק הדין שנלמד מממזר.

הגמרא מחלקת בדין פ"ד, בין פ"ד שנפצע בידי אדם לפ"ד שנעשה פצוע בידי שמים. (יבמות עה:):

אמר רב יהודה אמר שמואל: פצוע דכא בידי שמים – כשר. אמר רבא: היינו דקרינן פצוע ולא קרינן הפצוע. במתניתא תנא: נאמר: לא יבא פצוע, ונאמר: לא יבא ממזר, מה להלן בידי אדם, אף כאן בידי אדם.

⁴⁷ ריטב"א, שיטה לא נודע למי, וכן מהדיר הריטב"א ציין לחוברת הדרום מד שם נמצא פירוש כזה בכת"י המיוחס לר"ח.

שני לימודים מופיעים בגמרא אחד בדבריו של רבא מלשון הפסוק עצמו והשני מברייתא, שכמובן קודמת לדברי בעל המימרא שהוא שמואל, בברייתא יש היקש בין פ"ד לממזר⁴⁸. מההיקש לומדת הברייתא שכשם שממזר הוא מעשה אדם כך פ"ד הוא פסול שנוצר בידי אדם.

הברייתא הזו נידונה יותר בהרחבה בירושלמי (יבמות פרק ח הלכה ב): פצוע אית תניי תני בידי אדם פסול בידי שמים כשר אית תניי תני בין בידי אדם בין בידי שמים פסול. מאן דאמר בידי אדם פסול בידי שמים כשר יליף לה מממזר לא יבא ממזר לא יבוא פצוע דכא מה ממזר בידי אדם אף פצוע דכא בידי אדם מאן דאמר בין בידי אדם בין בידי שמים פסול מנן ליה אמר רבי מנא מהכא לא יבוא פצוע דכא לעולם אמר רבי יוסי בי רבי בון עוד הוא יליף לה מממזר לא יבא ממזר לא יבוא פצוע דכא מה ממזר בידי שמים אף פצוע דכא בידי שמים וממזר בידי שמים? יצירתו בידי שמים.

הירושלמי מביא מחלוקת ברייתות האם פצוע דכא בידי שמים פסול. הוא מבאר את המקור של הברייתא המכשירה משום היקש לממזר כמו הברייתא שמופיעה בבבלי ואת המקור לברייתא הפוסלת הוא מבאר בשני אופנים: או משום הפסוק עצמו, לא יבוא לעולם. או משום ההיקש לממזר שיצירתו בידי שמים והוא פסול הוא הדין פ"ד בידי שמים פסול. לאחר מכן מנסה הירושלמי לתלות את המחלוקת בין הברייתות במחלוקת התנאים שהובאה לפני כן:

תני רבי ישמעאל בנו של רבי יוחנן בן ברוקה אומר שמעתי בכרם ביבנה כל שאין לו אלא ביצה אחת אינו מוליד והוא סריס חמה. אמר רבי יוסי שמעתי הלכה כרבי יוחנן בן ברוקה ולית אנא ידע מן מה שמעית א"ר אימי לא הוה רבי יוסי שמע לה מן בר נש זעיר. שמואל אמ' אם יבוא לפני בעל ביצה אחת אני מכשירו ר' חונה אמר דו סבר כר'

⁴⁸ צ"ע מדוע צריך רבא לימוד מפסוק לאחר שהברייתא כבר מגלה מה הוא מקור הדין. וכן צ"ע מה הוסיף שמואל על דין הברייתא. יעויין במה שדן בזה הגר"א הרצוג בהוספה לאוצר הפוסקים כרך א.

ישמעאל בנו של ר' יוחנן. אמר ר' יודן בר חנין ובלבד של ימין. אתא עובדא קומי רבי אימי אמר לה אין ברתי דאת שרייה ליה אלא הוי ידעה דלא מוליד. והוה רבי זעירא מקלס לה דו משי' מילתא על בררא.

כלומר, דעת ר"י בן ר"י בן ברוקה להתיר בעל ביצה אחת שאינו מוליד משום שהוא סריס חמה דהיינו פ"ד בידי שמים. הירושלמי רוצה לטעון שחכמים חולקים עליו ופוסלים פצוע כזה מכיוון שאינו מוליד אף שנעשה בידי שמים. בסופו של דבר הירושלמי מסיק שגם הברייתא שפוסלת בידי שמים כוונתה לאדם שהיה חולה בידי שמים ופצע את עצמו כדי להתרפא.

אך מתוך מהלך דברי הירושלמי בהוא אמינא שלו, אנו נתקלים בקושי. הן הבבלי והן הירושלמי למדו להכשיר פ"ד בידי שמים מממזר. והרי הירושלמי קובע בתחילת דבריו שממזר יכול להיקרא בידי שמים עפ"י יצירתו ויכול גם להיקרא בידי אדם. אם כן כיצד קבעו חכמים מה הם לומדים מממזר אם שתי האפשרויות הללו קיימות בו. דבר זה ניתן לשאול גם על הממזר עצמו מה הוא באמת, בידי אדם או בידי שמים.

קושי נוסף שעולה בסוגיה זאת הוא ביאור שיטת ר"י בן ריב"ב, שהובאה גם בבבלי (יבמות עה,א), שמכשיר פ"ד בעל ביצה אחת. הראשונים (שם) נתחבטו בשיטה זו רבות. דיון אחד הוא בשאלת הייחודיות של חיסרון ביצה אחת. ר"ת (תוד"ה "שאין לו") חידש שאף בעל ביצה אחת שניטלה בידי אדם כשר מפני שחיסרון של ביצה, עדיף מביצה שישנה אך היא פצועה, וכן מעשים בכל יום שבעלי ביצה אחת מולידים. ראשונים רבים אחרים חלקו עליו וטענו שריב"ב מדבר בחיסרון שנעשה בידי שמים וכן שאין הבדל בין ביצה אחת לחיסרון שתי הביצים בידי שמים, אבל אם נעשה בידי אדם אפילו חיסרון ביצה אחת הוי פ"ד.

על דעת ר"ת יש להקשות. נחזור על לשונו של ריב"ב: "בעל ביצה אחת ... וזהו סריס חמה" משמע שהוא חסר בידי שמים! אמנם הבבלי הסביר את דברי

ריב"ב שזהו כסריס חמה. אך עדיין לא ברור גם עפ"י הסבר זה מה באה ללמדנו ההשוואה לסריס חמה, יכול היה לכתוב שהוא כשר לבוא בקהל והיה הדין ברור דיו.

התוספות (שם) מביא את הירושלמי כראיה לר"ת שהלכה כריב"ב אך מדגיש שיש בירושלמי הגבלה לגבי ההיתר בקהל. בהגבלה זו יש שתי גרסאות האחת דורשת שלא תהיה פציעה בביצה לפני שהיא ניטלת והגרסה השנייה מדגישה שדווקא אם הביצה הימנית נותרה הוא אינו פ"ד אך אם הימנית ניטלה הוא נעשה פ"ד.

לדעת הראשונים שריב"ב מדבר על ניטלה בידי שמים וכפי שעולה מפשט לשון הירושלמי. צריך להיות ביאור דברי הירושלמי עפ"י האפשרות שיש שוני בין הביצים הימנית והשמאלית. מסתבר שלשיטתם הגרסה הנכונה היא שלא יהיה פ"ד לפני שניטלת הביצה בידי שמים שכן אז הוא נשאר פסול למרות שהביצה הפצועה ניטלה.

עוד מתחבטים הראשונים בשאלת הגדרת בידי שמים. הרא"ש כותב:

בידי שמים: פי' רש"י ע"י רעמים וברד או לקוי ממעי אמו אבל אם אירע בו חולי ונסתרס פסול וכן משמע בירושלמי דליקוי שעל ידי חולי חשיב בידי אדם.

הרא"ש מדייק מרש"י שחולי הוא בגדר בידי אדם⁴⁹.

הרמב"ם חולק על שיטה זו וכותב (איסור"ב טז, ט):

כל פסול שאמרנו בענין זה כשלא היו בידי שמים כגון שכרתו אדם או כלב או הכהו קוץ וכיוצא בדברים אלו, אבל אם נולד כרות שפכה או פצוע דכא או שנולד בלא ביצים או שחלה מחמת גופו ובטלו ממנו אברים אלו או שנולד בהם שחין והמסה אותן או כרתן ה"ז כשר לבא בקהל שכל אלו בידי שמים.

⁴⁹ . ומוסיף שכן משמע בירושלמי. כוונת דבריו אינה ברורה וכבר האריכו האחרונים בניסיון לברר מניין הוא מוצא ראיה בירושלמי לשיטת רש"י והאם זו באמת שיטת רש"י [עיין בקרבן נתנאל על הרא"ש, יש"ש יבמות פרק ח סימן ט, שו"ת חוט המשולש חלק א סימן יא ועוד].

לכאורה שיטת רש"י והרא"ש שחולי מוגדר בידי אדם צריכה ביאור אם לומדים מממזר את הדין של בידי שמים מה ההבדל בין חולי לבין רעמים וברד שמוגדרים בידי שמים.

טז. למהותו של איסור פ"ד

על מנת לבאר את העניינים הללו. נציע הסבר להגדרת המושג בידי שמים. ונתחיל בביאור דין הממזר. יש מקום לשאול מהו הגורם להגדרת הממזר כפסול יוחסין. האם מציאותו בעקבות מעשה העבירה היא הסיבה להיותו ממזר או שמא עצם העובדה שהוא פגום בייחוסו היא הגורמת להיותו ממזר. ניתן להגדיר את הצד של מעשה העבירה גורם, כמעשה ידי אדם. ולעומתו את עובדת יצירתו של הוולד הפגום כמעשה ידי שמים, שכן הממזרות נובעת מעצם לידת הילד מתוך מעשה פגום. דהיינו שני הצדדים קיימים בממזר גם הקשר בין הוריו וגם הכוח שנתן הקב"ה ליצור אדם חדש [בבחינת ג' שותפים באדם] והשאלה היא מהו הגורם העיקרי מבין שני הצדדים הללו לממזרות. גם בפ"ד יש אפשרות לשני צדדים אלא שבפ"ד שני הצדדים אינם קיימים באותו מקרה אלא בשני מקרים שונים, יש פ"ד שנעשה כך בידי אדם ויש פ"ד שנעשה פ"ד בידי שמים. אם הפ"ד הוא פסול עצמי הנובע מהיותו פ"ד מובן שאין לחלק בין הדרכים בהם הוא נעשה פ"ד. אך אם הפ"ד הוא עונש או משהו שנובע בגלל מעשה האדם, אזי ברור שכשנעשה פ"ד בידי שמים הוא כשר.

עפ"י זה נראה שהגדרת בידי שמים תהיה על פי סוג הפציעה. כלומר, האם הפציעה נעשתה על ידי פעולה או שהפציעה נעשתה ממילא ללא מעשה.

נחזור לבאר את הבעיות שהזכרנו בדברי הראשונים: ראשית שאלנו בדעת ר"ת מהו הדמיון בין בעל ביצה אחת בידי שמים לסריס חמה ומה תורם הדימוי הזה להבנת הדין של בעל ביצה אחת. לאור ההסבר שהצענו למושג "בידי שמים" עולה שרק אנשים שהם פצועים בדרך מסוימת נפסלים ולא כל אדם שבא לפנינו

והוא פ"ד נפסל. אם כך יש צורך לברר מה הוא הגבול של מעשה פציעה שפוסל. ר"ת שמגדיר שבעל ביצה אחת אינו מסורס לגמרי, ואף מוליד, הוא כשר בקהל. דהיינו כריתת ביצה אחת אינה נקראת מעשה פציעה כמו שאדם שנפצע בידי שמים אינו נפסל למרות היותו מסורס. דהיינו בעקבות הצמצום של היקף הפסול של הפ"ד רק לאנשים שעברו תהליך של פציעה בידי אדם, ניתן להוסיף ולצמצם את הפסול גם בתוך אלו ולהכשיר אנשים שניטלה ביצה אחת שלהם. זוהי כוונת הברייתא בדימוי של ניטלה ביצה אחת להכשר של פ"ד בידי שמים⁵⁰.

כמו כן יש מקום להבין את החילוק בין ימין לשמאל בדעת ר"ת שכן הגדרת האדם כפצוע נעשית עפ"י החיסרון של הביצה היותר חשובה. אפשר גם להבין את השיטה שאם אדם נעשה פצוע ולאחר מכן ניטלה הביצה בידי שמים הוא עדיין נשאר פ"ד מכיוון שלא הפצע הוא הגורם לפסול אלא מעשה הפציעה, אם הוא מוגדר כמעשה של פציעה, הוא הפוסל. [ועיין במנ"ח תקנט שהסתפק בעניין זה]

לגבי החילוק של רש"י בין חולי והרא"ש בין חולי לשאר הדברים. ראוי קודם לעמוד על שיטת הרמב"ם שבין הדברים שהוא מגדיר כבידי אדם ישנו גם כרת כלב את הביצים ולכאורה הרי זה מעשה שלא נעשה בידי אדם. אך יתכן שמכיוון שמדובר במעשה של סירוס אעפ"י שהוא נעשה שלא בידי אדם הוא הופך את האדם לפ"ד [יעויין בחלקת יואב אבן העזר סימן ג]. אם כך יש גם פתח להבין את דברי רש"י שחולי מוגדר בידי אדם שהרי החולי הוא גם פעולה שמשפיעה על הביצים ואין זה דומה לאדם שאיבד את כוח הגברא בעקבות רעמים וברד אלא בעקבות החולי השתנו איברי ההולדה שלו ואם כך ניתן להתייחס לחולי כאל מעשה סירוס [בשו"ת עין יצחק (חלק א אה"ע סימן ט ענף

⁵⁰ ניתן גם להטעים את הרעיון הזה ע"י דברי ספר החינוך [מצוה תקנט] שטוען שמטרת האיסור להפסיק תופעה של סריסות שהייתה מקובלת אצל הגויים ואם כך ברור שהאיסור מתייחס בעיקר לפציעה ע"י אדם.

א) פיתח את הכיוון של חולי שנגרם בידי אדם ותלה במחלוקת מה גורם לחולאים את השאלה האם חולי מוגדר בידי אדם אך נראה שניתן להסביר ללא קשר למחלוקת זו כמו כן יעויין שם בענף ב שהציע הסבר חדש עפ"י הלבוש למחלוקת הרא"ש והרמב"ם. [אם כך הרמב"ם מצריך מעשה ממש אפילו על ידי כלב והרא"ש גם מצריך פעולת סירוס באיברי ההולדה ואפילו אם המעשה אינו נעשה על ידי יצור חי הוא מוגדר כמעשה.

דברים אלו משלימים את הנושא שעסקנו בו בשני חלקי המאמר הקודמים שכן העובדה שהפ"ד הוא פסול הגוף אינה משתנה בעקבות ההיקש לממזר אלא מקבלת את ההגדרה שלה מתוך ההיקש לממזר באופן שמצמצם את הפ"ד לפסול הנובע מתוך פציעה ולא כל פצוע נפסל מלבא בקהל בגלל היותו פצוע.

יז. ספק פצוע דכא

שאלה נוספת שעולה בפוסקים ויש לה זיקה לכלל הסוגיות שהזכרנו עד עכשיו היא שאלת דינו של אדם שיש ספק לגביו האם הוא פ"ד.

נפתח בסקירה קצרה על ספק ממזר. בתלמוד בבלי וכן בתלמוד הירושלמי מופיע לימוד מפסוקים להתיר ספק ממזר.

הגמרא בקידושין קובעת בצורה ברורה את היתרו מהתורה של ספק ממזר (עג,א) :

אמר רבא: דבר תורה שתוקי כשר ... והתורה אמרה: לא יבא ממזר – ממזר ודאי הוא דלא יבא, הא ממזר ספק יבא, בקהל ודאי הוא דלא יבא, הא בקהל ספק יבא. ומה טעם אמרו שתוקי פסול? ... מעלה עשו ביוחסין.

בדרשה זו יש שני חלקים, האחד להתיר ספק ממזר בקהל והשני להתיר ספק ממזר בממזר.

נראה מדברי הגמרא שהן ההיתר מהתורה והן הן האיסור מדרבנן לישראל ולממזרים הם דברים פשוטים שאין עליהם חולק. האיסור לישראל מפורש במשנה הראשונה בפרק ד' בקידושין שמונה את השתוקי כאחד מהפסולים. לגבי האיסור של השתוקי בממזרים במשנה אמנם מופיעה רב (קידושין עה.) כנגד שמואל שפסק כחכמים והלכה כרב באיסורי.

יש לדון ביחס של היתר ספק ממזר לדינם של ספקות דאורייתא. כידוע נחלקו הראשונים האם ספק דאורייתא מהתורה מותר ורק מדרבנן הוא אסור או שספק דאורייתא אסור מהתורה. אחד המקורות החשובים לעניין זה הוא היתר הספק ממזר.

הרשב"א בחידושיו (קידושין עג. ד"ה "ממזר ודאי") כותב שזהו המקור לדעת הרמב"ם שספק דאורייתא מהתורה מותר והרשב"א חולק עליו וסובר שזהו מקרה מיוחד ובדרך כלל ספק דאורייתא מהתורה לחומרא.

האחרונים דנו בשיטת הרמב"ם כיצד ספק ממזר מותר גם לישראל וגם לממזרים. המהרי"ט (שו"ת מהרי"ט יו"ד סימן א) טען שספק ממזר הוא מקרה מיוחד גם עפ"י הרמב"ם ולכן נצרכה גזירת הכתוב מיוחדת. כלומר עפ"י הסברו של המהרי"ט צריך לחלק את ההיתר של ספק ממזר לשני חלקים חלק אחד הוא ההיתר לקהל שנובע מתוך הדין הכללי של ספק דאורייתא לקולא וההיתר השני הוא היתר גם לממזר שהוא חידוש מיוחד ובעקבות החידוש המיוחד הזה משתנה מעמדו של ספק ממזר והוא הופך היות דומה לגר שמותר גם בישראל וגם בממזר. אמנם יש מהאחרונים שהשיגו על המהרי"ט (כפות תמרים קונטרס סד"א ובש"ש שמעתא א פרקים א וב) אך נראה שדבריו לגבי ההיתר הכפול שישנו בממזר מוסכמים על כולם.

לשיטות הראשונים שספק דאורייתא מהתורה לחומרא, בודאי שנכונה ההגדרה של המהרי"ט שיש כאן מציאות חדשה של יחסין של ספק ממזר שמותר גם בממזרים וגם בישראל.

עפ"י צריך לבדוק מהו מעמדם של הספקות בשאר פסולי יוחסין וביניהם פ"ד המופיעים באותה פרשה.

בשער המלך (איס"ב טז, כא) הביא בשם ספר סדר אליהו רבא [לרבי אליהו אלפנדרי] שטען שדווקא ספק ממזר מותר. שעה"מ דחה את דבריו שהרי חמשת הקהלים מופיעים בכל הפסולים ומדוע דווקא בחרו חז"ל להתיר ספק ממזר אלא מסתבר שה"ה לכל הספיקות ונקטו אחד מהפסולים. גם דרשת הירושלמי מהמילים בקהל ה' ניתנת להידרש בכל הפסולים.

אם ננקוט כפשטות דברי שעה"מ שכל הנמנים בקהלים מותרים בספיקם לקהל וספק קהל מותר בהם תהיה שאלת הספק פ"ד תלויה בשאלה מי נמנה בה' הקהלים כשלדעת הרבה ראשונים נראה שאין למנות פ"ד במנין הקהלים ואם כך יש לאסור ספק פ"ד.

מצאנו גם באחד הראשונים דברים מפורשים כשיטת שער המלך. בשיטה לא נודע למי על מסכת קידושין (עב: ד"ה "חמישה"), הוא מביא את פירוש הראב"ד וכותב: "ולחאי פירושא כרות שפכה בקהל ודאי הוא דאסור ולא בקהל (ושתוקי) [שתוקי] וגרים."

לכאורה כונתו שכיון שהראב"ד מונה את הפ"ד בתוך הקהלים הרי שהדרשה בקהל ה' לא יבא אבל יבא בקהל גרים [לרבי יוסי] או בספק קהל נאמרת גם עליו. אבל אם הפ"ד אינו נמנה בקהלים הוא אסור בגרים ובספק. דלא כמו שאר האיסורים שנמנים בקהלים ומותרים לבא בקהל ספק דהיינו שספק ממזר מותר להם.

כשיטת שער המלך נקטו גם הרבה אחרונים המצויינים באוצר הפוסקים (סימן ה סעיף א ס"ק י).

היו מהאחרונים שרצו ללמוד מההיקש לממזר שיש להתיר ספיקות כמו בממזר ביניהם שו"ת אבנ"ז (אה"ע יז) ועוד המובאים באוצה"פ. אך על דרך זו יש לדון עפ"י מה שהארכנו לעיל בהבנת הקשר בין ממזר לפ"ד שאין הפ"ד הופך להיות

חלק מפסולי הקהל אלא לומדים מממזר את ההגבלה של בידי אדם מפני שזו הגבלה שנובעת מהמהות של הפסול של פ"ד ואין באים להשוות לגמרי בין ממזר לפ"ד.

המקור העיקרי שמביאים האחרונים המקילים ראייה מדעת הראשונים הוא מדברי הרמב"ם שכותב לגבי פ"ד (איסו"ב טז,ב) שלא גזרו בו על הספיקות. רואים מדבריו שהפ"ד מותר מהתורה בספקות וגם חכמים לא גזרו לאסור ספיקות מדרבנן. אמנם צריך לבאר מהו יסודה של שיטת הרמב"ם. זה ברור לדעת הרמב"ם שכל ספק מהתורה לקולא שספק פ"ד יהיה מותר מהתורה לקהל. ואילו בשאלה האם ספק ממזר מותר לפ"ד לכאורה היה אפשר לומר שדעת הרמב"ם ג"כ להקל אם הוא לומד בין את הקהלים כמו הראב"ד. ויתכן שזו כוונתו להתיר גם ספק ממזרת לפ"ד אם כי נטינו לומר לעיכל שהרמב"ם סובר כירושלמי ואוסר פ"ד בממזרת בגלל היותו פסול הגוף.

באוצר הפוסקים הביאו מהאחרונים שהעמידו את הרמב"ם בספק גיורת ספק ממזרת שהרי הפ"ד לדעת הרמב"ם אסור בממזרת ומדוע תותר לו ספק ממזרת ספק ישראלית. אמנם עפ"י הסבר המהרי"ט בשיטת הרמב"ם שספק ממזר הוא מעמד חדש כגר אין צורך לכך (ש"ש א,ו).

הבית שמואל (ה,ב) הקשה מדוע לדעת הרמב"ם לא גזרו על ספק ממזרת בפ"ד כפי שגזרו על ספק ממזר שיהיה אסור בישראל וכן להיפך לאסור ספק פ"ד על ישראלית. ויישב הש"ש (א,ו) שפ"ד הוא פסול הגוף ולא שייך להטיל עליו מעלה ביוחסין שהרי הוא מיוחס ואין פגם בייחוסו ובכל אופן הוא מותר בפסולים מגזירת הכתוב. תירוצו זה הוא עפ"י דרכנו מבואר היטב כפי שהוכחנו באריכות בשיטת הרמב"ם שפ"ד הוא פסול הגוף ואסור בממזרת. ויש להדגיש שתירוצו זה עונה גם על השאלה מדוע ספק פ"ד מותר בקהל וזה מפני שאין בפ"ד חיסרון יוחסין לכן גם בפסילת ספיקו אין מעלה ביוחסין.

לשיטת הראשונים שספיקא דאורייתא לחומרא מהתורה וספק ממזר הוא בודאי חידוש מיוחד שמותר בישראל ובממזר. אם לא נמצא חידוש כזה גם בפ"ד, וכפי

הנראה לדעת הרבה ראשונים אין לנו מקור לחידוש כזה בפ"ד, נצטרך לאסור ספק פ"ד לבוא בקהל.

יח. סיכום

בעקבות הדיונים הקודמים העלינו לדיון את היחס שבין ספק פ"ד לספק ממזר. יש שתלו את השאלה מה יהיה דינו של ספק פ"ד במחלוקת הראשונים האם נמנה פ"ד במנין הקהלים ומצאנו מקור לדיעה זו בשיטה לא נודע למי. ויש שטענו שאחרי שיש לימוד ממזר לפ"ד לעניין כשרותו של פ"ד בידי שמים יש להשוות את דינם לגמרי ולהקל בספק פ"ד כמו בספק ממזר אף אם אינו נמנה במנין הקהלים. ערערנו על היכולת של מקור זה לשמש מקור להשוואה רחבה בין ממזר לפ"ד. כמו כן הבאנו דיון קצר בשיטת הרמב"ם שנקט להתיר ספיקות והיו מהאחרונים שהשתמשו בדבריו כמקור להתיר פ"ד, והערנו שדבריו נאמרו לשיטתו שספק דאורייתא לקולא מהתורה ואף מדרבנן לא החמירו לשיטת הרמב"ם בפ"ד מפני שהוא סובר, כפי שהוכחנו בפרקים הקודמים, שפ"ד הוא פסול הגוף ואינו נמנה בין פסולי היוחסין הרגילים ולכן גם לא שייכת בו מעלה ביוחסין.

כא. מעמד העובר בקניינים, בירושה ובקידושין

א. פתיחה

מהכללים⁵¹ היסודיים בהלכות הקניינים, הוא הכלל שאין הקניינים חלים על דבר שלא בא לעולם (דשלבל"ע) וכן שלא ניתן להקנות למי שאינו בעולם, בזמן שבו דברים אלו או אדם זה, אינם נמצאים בעולם. יסודם של כללים אלו הוא בסברא שאין בעלות למי שאינו קיים ועל דבר שאיננו. ההגדרה של הדברים הללו אינה תלויה בגמירות דעת אלא במציאות. לעומת זאת השאלה האם הקניין שנעשה על דשלבל"ע ויחול על הדבר כשיבוא לעולם יועיל, שנויה במחלוקת תנאים ויתכן שתלויה בגמירות דעת המעורבים בקניין.

הנושא שאנו רוצים לעסוק בו הוא מצב ביניים כעובר שכבר קיים במידה מסוימת בעולם⁵², ועל כן הוא דורש בירור מיוחד, וכפי שהדגשנו נתמקד בפרט בשאלה האם הקניין בעובר יכול לחול בעודו עובר שהיא שאלה שדורשת הגדרה הלכתית יותר מדויקת.

יש לציין שמצב ביניים זה קיים הן כלפי עובר בעלי חיים והן עובר של בני אדם ועל כן נדון גם בזה וגם בזה על אף השוני המהותי ביניהם. בירור מקיף בשאלה זו נמצא ב"מחנה אפרים" הלכות מוכר דשלבל"ע⁵³ ובעקבותיו במפרשי השו"ע חלק חו"מ בס' רט-ריב⁵⁴.

⁵¹ מאמר זה נכתב לפני שנים רבות ויצא לאור בחוברת "בלכתך בדרך", ישיבת כרם ביבנה, תשנ"ט, לרגל הכנסתו לספר זה עיינתי בדברים והגהתי כמסת היר, אך עדיין נותרה רוח של "סתירת נערים" חופפת עליו.

⁵² בספר אמרי משה, לרבי משה יהודה אפטער מטארנא, אף רצה לחדש שעובר הוא דבר שלא בא לעולם למחצה, דהיינו רק מצד הקונה שאינו יכול לראותו, בראשונים שעסקו בענין לא מצאנו חילוק מעין זה.

⁵³ סי' א.

⁵⁴ ראה גם רבי אליהו חזן בספר "חקרי לב" חו"מ יז, וספר "העובר בהלכה" לרבנים אליעזר אפרסמון ודוד ויסקוט.

מטרתנו היא לברר שאלה זו מתוך בירור הסוגיות העיקריות שעוסקות בענין, ובפרט בשיטת הרמב"ם לגביה יש מבוכה במפרשים. מתוך בירור ענין זה נזדקק לשאלת היחס שבין דיני ההקנאה לדיני הירושה ולדיני ההקדש.

ב. מכירת עובר בהמה

1. מחלוקת אחרונים בדעת הירושלמי

בתלמוד ירושלמי⁵⁵ נאמר:

רב חסדא אמר משוך את הבהמה הזו לקנותה קנה, לקנות (אותה ואת) ולדותיה לא קנה, לקנותה היא ולדותיה לא קנה. אמר רב נסא הדא דתימר בשלא היתה הבהמה עוברת אבל היתה הבהמה עוברת עשו אותה כאחד מאבריה. והתני המוכר עוברי בהמתו לא עשה כלום, המוכר ולדי שפחתו לחברו לא עשה ולא כלום, המוכר מעשרות שדהו לחברו לא עשה ולא כלום, המוכר אויר חורבתו לא עשה ולא כלום, אלא מוכר לו בהמה ומשייר לו עוברת, מוכר לו שפחה ומשייר לו ולדה, מוכר לו שדהו ומשייר לו מעשרות, מוכר לו חורבה ומשייר לו אוירה.

הירושלמי פותח בדברי רב חסדא שמעשה קניין הבהמה לצורך העובר לבד אינו מועיל. רב נסא כותב שאם הבהמה כבר מעוברת, מעשה הקניין יועיל והירושלמי מקשה מברייתא בה מפורש שאינו מועיל. הרא"ש⁵⁶ הביא רק את הברייתא בשם "תוספתא ומייתי לה הירושלמי"⁵⁷. בית יוסף⁵⁸ שהביא את דברי

⁵⁵ מסכת ב"ב פרק ג הלכה א.

⁵⁶ בבא בתרא פרק ד סי' ז.

⁵⁷ למרות שלפנינו בתוספתא היא לא נמצאת, כפי שהעיר הפני משה על הירושלמי במקום, ובירור קידושין פ"א ה"ד ובדמאי פ"ו ה"ב הובאה מימרא זו בשם "רבי אבהו בשם רשב"ל".

⁵⁸ ריב"ב.

הרא"ש מוסיף: "ואיכא לאיסתפוקי אם היו הבהמה או השפחה מעוברות כשמכר לו ולדותיהן אם קנה". דהיינו הוא מסתפק האם מכירת העובר תועיל בבהמה מעוברת. הפני משה העיר שבירושלמי שלפנינו ברור שהבהמה היתה מעוברת כבר והתוספתא היא תגובה לדברי רב נסא שלא עשו אותה כאחד מאבריה.⁵⁹ אמנם בספר "נתיבות ירושלים"⁶¹ מבאר שדברי רב נסא אינם נדחים ע"י התוספתא אלא היא מובאת בניחותא.⁶² לדבריו יש ליישב את הברייתא שלא תסתור את דברי רב נסא, על פי סברת נתיבות המשפט (תובא להלן בפירוט) שיש לחלק בין מכירת עובר כמו שהוא, שאז הוא כאחד מעובריה, כלשון הירושלמי, לבין מכירת העובר לכשיהיה ולד גמור ובריא שלגבי זה הוא דשלבל"ע.

אפשר להציע הסבר נוסף, שעל פיו יבואר גם ספקו של הבית יוסף, יתכן שהברייתא עוסקת רק בבהמות שאינן מעוברות והחיסרון במכירה הוא מפני שהבהמה עדיין אינה מעוברת שאז בודאי העובר לא בא לעולם ואם הייתה מעוברת היה אפשר למכור. הסיוע לרב נסא הוא שהמכירה אינה מועילה היא רק היות והעובר עדיין לא בעולם כלל.

לפי דרך זו, היות ויש אפשרות שזו כוונת הברייתא, מובן מה הוא הספק של הבית יוסף והוא האם כוונת הירושלמי לסייע או להקשות על רב נסא.⁶³

⁵⁹ וכן תפס הגר"א בביאורו יו"ד שכי, בליקוט. ואף הקשה מכח הירושלמי על הרשב"ם שפסק כר"נ שעובר בא לעולם ומועילה מכירתו לכשתלד. בדפוסים נוסף תירוץ המגיה שבירושלמי מיירי שלא אמר לכשתלד.

⁶⁰ ומסתבר שכן גם למד הרא"ש בירו וזה ראייה לשיטתו בבכורות שנביא בהמשך.

⁶¹ על ירושלמי ב"ק.

⁶² הם הוכיחו את זה גם מהסוגיות המקבילות בירושלמי קידושין והנת"י הביא רשב"א בגיטין שגורס "נתני" ואף אם נגרוס "התני" יתכן שאין זה קושיא אלא בניחותא.

⁶³ לכאורה ניתן להוכיח שמדובר בברייתא בבהמות שאינן מעוברות כיון שכשהברייתא רוצה להביא מקרה שהמכירה תועיל, היא מביאה מקרה של שיוור העובר, עפ"י הנת"י שמדובר אף בבהמה מעוברת הייתה יכולה לאמר שימכור את העובר כפי שהוא עכשיו ולא הייתה צריכה להעמיד שהוא משייר בבהמה את חלק העובר. ואילו להצעתנו שמדובר דוקא בבהמה שאינה מעוברת עדיין זהו הפתרון היחיד. אמנם ניתן ליישב בדוחק שכיון שהברייתא עוסקת לפי הנת"י גם בבהמה שאינה מעוברת עדיין הייתה צריכה לתת פתרון שיתאים לכל האפשרויות.

2. מחלוקת רשב"ם ור"י

בהגהות אשר"י⁶⁴ מובאת דעת הפוסקים כשיטת רב נחמן שמזכה לעובר לכשתלד קנה, ומוסיף על כך ההגהות אשר"י שישנה מחלוקת מדוע מועילה מכירה כזו. לדעת ר"י למרות שעובר לא בא לעולם עדיף לר"נ זיכוי לדשלב"ע מאשר מכירת דשלב"ע, ולכן: "הוא הדין אם מוכר העובר של בהמה מבכרת דלא קנה אף כשבאת לעולם... כך נראה לר"י, ורשב"ם פירש דטעמא דר"נ דחשיב עובר כאילו הוא בא לעולם לענין זה לכשתלד קנה א"כ היה משמע דקנה לענין מכירת עובר אבל ר"י אין תופס כך." כלומר לדעת ר"י גם אם ניתן לזכות לעובר אין זה מעיד על כך שבא לעולם לאומת זאת לדעת רשב"ם הזיכוי לו מעיד על כך שהוא כבר יצור בר קיימא וניתן למכירה. כך נקט הגהות אשר"י בב"מ⁶⁵ בשם האו"ז שזו מחלוקת ר"ת ור"י האם ניתן למכור עובר ופסק כדעת ר"י שניתן למכור, לכאורה סותר לדברי ר"י שהובאו כאן.

3. דעת רבינו תם ורא"ש שלא ניתן להקנות עובר

במסכת בכורות⁶⁶ מספרת הגמרא שרב מרי בר רחל היה מקנה את אוזני הבכורות לגוי על מנת להפקיעם מבכורה ונענש על כך. הגמרא מביאה כמה הסברים מדוע נענש, התוספות⁶⁷ מבאר את הסברי הגמ' ובין הדברים מובא: "עוד פר"ת רב מרי לא היה מקנה אוזן עובר לעכו"ם דהוי דשלב"ע אלא היה מקנה בהמה לאזני עובר כמו דקל לפרותיו, וטעה אינש ואמר אזני עובר היה מקנה כמו פירות דקל ואתי לידי תקלה, אבל כי מקנה אזני הבהמות שרי דלא אתי למיטעי". וכן הביא הרא"ש⁶⁸ ולא חלק עליו ומשמע שהסכים לשיטה זו.

⁶⁴ בבא בתרא על הרא"ש ט,ה ד"ה "בין"

⁶⁵ ד,ח ד"ה "והיכא", ציין אליו בהגהות "ארץ צבי". והאו"ז ח"א סי' תפ.

⁶⁶ ג,ב.

⁶⁷ ד"ה "דקא".

⁶⁸ סי' ב.

והטור⁶⁹ פוסק בפשטות "ואם יקנה לגוי אוזן העובר אין הקנין חל לפי שאין אוזן העובר בעולם."

4. שיטת הרמב"ם

הרמב"ם בהלכות בכורות⁷⁰ כותב: "בהמת השותפין חייבת בבכורה לא נאמר בקרך וצאנך אלא למעט שותפות הנכרי שאם היה שותף בפרה או בעובר אפילו היה לנכרי אחד מאלף באם או בולד, הרי זה פטור מן הבכורה, היה לו באחד משניהם אבר אחד כגון יד או רגל, רואין כל שאילו יחתך והיה בעל מום הרי זה פטור, ואם אפשר שיחתך אבר הנכרי ולא יפסל, הרי זה חייב בבכורה. הלוקח עובר פרתו של נכרי, או המוכר עובר פרתו לנכרי, אע"פ שאינו רשאי הרי זה פטור מן הבכורה ואין קונסין אותו על דבר זה." משמע מדבריו שישנן אפשרויות שותפות שונות באם ובעובר. אפשר לאמר שהוא מסתמך על דבריו בהלכות מכירה⁷¹: "מקנה אדם הגוף לפירותיו בין במכר בין במתנה בין במתנת שכיב מרע, ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות, הא למה זה דומה לשוכר בית או שדה לחבירו שלא הקנה לו הגוף אלא הנאת הגוף. כיצד כגון שמכר או שנתן שדה לפירותיה בין לזמן קצוב בין כל ימי חייו של מוכר או של לוקח, והוא הדין למוכר ולנותן אילן לפירותיו, או רחל לגיזתה, או בהמה ושפחה לולדותיהם, או עבד למעשה ידיו, בכל ממכרו או מתנותיו קיימין." אלא שיש לשאול מדוע א"כ יש צורך לפרט שיור נפרד בעובר מהאם והרי גם השיור בעובר הוא מכח שיור האם לולדה, וצריך לומר או כסברת נתיבות המשפט שמכירת העובר נעשית בעודו עובר להיות כפי שהוא של הגוי וזה מועיל. או כסברת ה"ציון ירושלים" שנביא בהמשך שהשיור לעובר אינו שיור בגוף האם.

⁶⁹ יו"ד שכ,ו.

⁷⁰ פרק ד הלכות א-ב.

⁷¹ כג,א-ב.

5. שויר בעובר

הבית יוסף ממשיך: "ומצאתי להרא"ש שכתב בפרק הספינה⁷² תוספתא המוכר שפחה לחבירו וכו' שפחה מעוברת אני מוכר לך מכר את הולד, ומשמע שאם לא אמר 'שפחה מעוברת' אלא 'שפחה' סתם דלא מכר את הולד ולא מסתבר כלל עכ"ל." המהרי"ט אלגזי הבין בדבריו שהוא רוצה להוכיח מהרא"ש שסובר שעובר הוא דשלב"ע ולכן אם אמר 'שפחה' או 'פרה' סתם מכר את הולד, שכן אם היה רוצה לשייר את העובר לעצמו, היה צריך לשייר חלק מהפרה ובודאי שהיה עליו לאמר שהוא לא מוכר את כל הפרה. ויש להעיר על דבריו שלהבנתו נראה שהמחלוקת בין הרא"ש לתוספתא היא בשאלה האם עובר הוא דשלב"ע, וזה פלא שיחלוק הרא"ש על התוספתא בענין חמור כזה ללא ראיות ובפרט שהוא בעצמו הביא תוספתא מהירושלמי שסוברת שעובר הוא דשלב"ע, ויותר נראה שחולקים בכונת המוכר. אמנם בספר "ציון ירושלים"⁷³ השיג על המהרי"ט אלגזי וטען שניתן לשייר עובר אף אם הוא דשלב"ע ללא שויר בגוף האם, ומחלק בין זה לשדה לפירותיה ש"השדה לפירות הוא עומד, אם כן הפירות בכלל השדה ולכך אינו יכול לשייר מקצת פירותיו דה"ל דשלב"ע משא"כ כאן הוא מכר הפרה ואטו כל הפרות יש להם וולדות שיהיו בכלל המכירה וכל שאינו בכלל הפרה והשפחה ל"ש לומר אין אדם משייר דשלב"ל דהא לא נמכרו כלל בכלל הפרה והשפחה וכל שלא נמכר הוי בחזקת בעליהן." ואף המהרי"ט עצמו העלה סברה דומה במכירת בהמה לעוברת שלא נמכר בגוף הבהמה כלום. אמנם נראה להוכיח מהרשב"א בחידושיו לגטין⁷⁴ שדן האם בשייר אויר חורבה כונתו ששייר חורבה לאוירה או שהאויר הוא מחלקי החורבה וכשייר חלק מהחורבה הוא ואמר שעפי"ז צריך לאמר ששאני משייר חורבה לאוירה מהדינים האחרים בירושלמי והם עובר ומעשרות וולדות ונראה מדבריו שלגבי עובר

⁷² סי' ט והתוספתא ב"ב ד,ג המהרי"ט אלגזי על הרמב"ן בכורות ב,א.

⁷³ על גליון הירו ב"ב ח.

⁷⁴ מב,ב ד"ה איבעיא וכן בתשובותיו ב,שפד.

פשיטא ליה שהשיר הוא בבהמה עצמה. וגם סברת הספק היא שהאור אינו פירות החורבה לא שייכת בעובר.

6. שיר בעובר לענין מכירת גנב

הגמרא⁷⁵ מסתפקת לגבי גנב שמכר בהמה חוץ לעובר:

בעי רבי ירמיה: ... חוץ מעובר, מהו? אליבא דמאן דאמר עובר ירך אמו הוא לא תבעי לך, דהא שייר בה, כי תבעי לך – אליבא דמאן דאמר דעובר לאו ירך אמו, מאי? מימר אמרינן: כיון דמחובר בה הוי שיר, או דלמא כיון דלמפרש מינה קאי לא הוי שיר? איכא דאמרי: כיון דלאו ירך אמו הוא לא הוי שיר, או דלמא כיון דצריך לאישתרוי בהדה בשחיטה, כמאן דשייר בגופה דמי? תיקו.

משמע מהגמרא שלמ"ד עובר לאו ירך אמו יתכן שהשיר בעובר לא ייחשב כשיר באמו ומכאן הוכיח קצות החושן שעובר הוא דבר שבא לעולם. עפ"י סברת ה"ציון ירושלים" דלעיל שהשיר הוא אינו בגוף האם מתבטלת ההוכחה, אמנם כבר הערנו שמדברי הרשב"א לא נראה כך וכן לא מצאנו לסברא זו זכר בראשונים. אמנם נראה שניתן לבאר בפשטות שהספק הוא האם השיר של כח הצמיחה של העובר שאינו שיר של חלק ברור בגוף האם זהו חיסרון בדיני מכירת הבהמה לגבי גנב שמכר או שכל שיר בגוף האם מספיק לענין זה. ועפ"י מובן היטב מהו הצד שלמ"ד עובר לאו ירך אמו ייחשב שיר העובר כשיר בגוף הבהמה שהרי נצרכים אנו לשייר גם בגוף הבהמה לכל השיטות ומהות היחסים שבין העובר לבהמה משפיעה על הגדרת השיר בגוף הבהמה כשיר ניכר וממשי.

⁷⁵ בבא קמא עח,ב מובאת בקצות החושן רט,י.

7. שחרור עובר

הגמרא בגיטין⁷⁶ אומרת "אמר ר' חייא בר אבא א"ר יוחנן: אין העבד נעשה שליח לקבל גט אשה מיד בעלה, לפי שאינו בתורת גיטין וקידושין, ואע"פ ששנינו: הרי את שפחה וולדך בן חורין, אם היתה עוברה – זכתה לו. מאי אם היתה עוברה זכתה לו? כי אתא רב שמואל בר יהודה אמר, ר' יוחנן תרתי אמר: נראים דברים שהעבד מקבל גט לחבירו מיד רבו של חבירו, אבל לא מיד רבו שלו, ואם לחשך אדם לומר: זו הלכה שנויה אם היתה עוברה – זכתה לו! אמור לו: שני גדולי הדור פירשו את הדבר, ר' זירא ור' שמואל בר רב יצחק, חד אמר: הא מני? רבי היא, דאמר: המשחרר חצי עבדו – קנה; וחד אמר: מאי טעמא דרבי בהא? קסבר: עובר ירך אמו הוא, ונעשה כמי שהקנה לה אחד מאברהם."

מוכיח מכאן המחנ"א שניתן להקנות עובר ולהוציאו לחירות. אמנם מהגמרא משמע לכאורא להיפך שהסיבה שמועיל הזיכוי לעובר הוא רק בגלל שזהו שחרור של חצי עבד ואילו היה העובר עומד בפני עצמו לא היה מועיל לו השחרור. וכן כתב במפורש הראב"ד⁷⁷ שלא יועיל שחרור לעובר להלכה שעובר לאו ירך אמו מכיון שעובר הוא דשלב"ע והכס"מ שם למד שזו גם דעת הרמב"ם. אמנם המחנ"א רוצה לטעון שהרמב"ם שם חולק על הראב"ד בכך שהוא מנמק שהשחרור לא מועיל מפני שהוא "כמי ששחרר חציה". אבל הוא אינו מבאר כיצד א"כ יכול הרמב"ם לפסוק ששחרור האשה ללא העובר יועיל ואין זה שחרור חצי עבד. אמנם יש להעיר על דבר מענין שעולה מהרמב"ם שניתן לשייר את הולד בלי לפגוע בשחרור האשה למרות שהשיור צריך להיות שפחה לעוברה ויעוין במה שדנו לעיל בענייני שיור, והמחנ"א תפס ששיור האם לעוברה יעכב את הגט ובהכרח ששיור העובר הוא לעצמו וצ"ע.

⁷⁶ כג,ב.

⁷⁷ על הרמב"ם עבדים ז,ה. ויעוין בהפלאה כתובות יא, א ד"ה "אמנם" שרצה לטעון ששחרור כקדושה יכול לחול על דשלב"ע.

8. הערה נוספת לגבי שויר בעובר

מחנה אפרים מציין לסוגיא נוספת במסכת שבת⁷⁸ לגבי מילת עבדים "אמר רבא: בשלמא לרבי חמא – ... מקנת כסף נימול לאחד – כגון שלקח זה שפחה וזה עוברה. אלא לתנא קמא בשלמא כולו משכחת להו, אלא יליד בית נימול לאחד היכי משכחת לה? אמר רבי ירמיה: בלוקח שפחה לעוברה. הניחא למאן דאמר קנין פירות לאו כקנין הגוף דמי, אלא למאן דאמר קנין פירות כקנין הגוף דמי – מאי איכא למימר? – אמר רב מרשיא: בלוקח שפחה על מנת שלא להטבילה. והקשה מדוע לרב חמא שמכר עובר אין הדבר תלוי במחלוקת האם ק"פ כק"ג דהרי המכירה היא ודאי פרה לעובר, וע"ז תירץ השעה"מ שעפ"י רש"י ההעמדה של רב חמא היא רק לרווחא דמילתא ולכן הגמרא לא הייתה צריכה להיכנס לחשבון של ק"פ כק"ג לגביה.

ג. זכיית עובר במתנה ובירושה

1. הסוגיות – זכייה לעובר

במשנה⁷⁹ נאמר: "האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה, ילדה זכר יטול מנה..." מכאן שניתן לזכות לתינוק כסף. הגמרא⁸⁰ מביאה מקרה דומה למשנה: "ההוא דאמר לה לדביתהו נכסי להאי דמעברת, אמר רב הונא הוי מזכה לעובר והמזכה לעובר לא קנה". רב הונא מסביר שאינו פוסק כמשנה כי "משנתינו איני יודע מי שנאה" כלומר המשנה כנראה הולכת עפ"י שיטה שאינה להלכה. הגמרא מנסה למצוא כמי המשנה. ראשית היא מביאה את דעת רבי מאיר שאפשר להקנות דבר שלא בא לעולם⁸¹. אך מחלקת הגמרא בין הקנאת דשלב"ל לע הקנאה לדשלב"ל לע שר"מ מודה בעובר שאינו יכול לקנות. לאחר מכן

⁷⁸ שבת קלה, ב, שער המלך נדרים יב, י.

⁷⁹ בבא בתרא קמ, ב.

⁸⁰ שם קמא, ב.

⁸¹ הרשב"ם מציין שרב הונא סובר כר"מ כפי שמבואר בגמרא ביבמות צג, א.

מציעה הגמרא את דעתו של רבי יוסי שאמר⁸²: "בת ישראל שנישאת לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה מפני חלקו של עובר שהעובר פוסל ואינו מאכיל", ומבינה הגמרא בדעת רבי יוסי שעובר זוכה בנכסים וא"כ הוא בר זכיה ודוחה הגמרא ש"שאני ירושה הבאה מאליה" וגדרי הזכיה שלה שונים מדיני מקח וממכר הרגילים.

בהמשך הגמרא מובאת מחלוקת אמוראים לגבי זכיה לעובר: "אמר רב נחמן המזכה לעובר לא קנה, לכשתלד קנה. ורב הונא אמר אף לכשתלד לא קנה ורב ששת אמר אחד זה ואחד זה קנה". דהיינו מחלוקת משולשת: רב ששת מתייחס לעובר כזוכה תמיד, רב הונא כאינו זוכה תמיד ורב נחמן בדרך האמצע לחלק בין קניין עכשיו לקניין לכשיבוא לעולם ויוולד.

רב ששת מביא מקור לדבריו שיש קנין לעובר מברייתא: "גר שמת ובובזו ישראל נכסיו ושמעו שיש לו בן או שהייתה אשתו מעוברת חייבין להחזיר, החזירו הכל ואחר כך שמעו שמת בנו או שהפילה אשתו החזיק בשניה קנה ובראשונה לא קנה", דוחה הגמרא: 1. אביי אמר "שאני ירושה הבאה מאליה" כפי שראינו קודם. 2. רבא אמר שלא קנו מפני שלא התכוונו להחזיק כיון שהסתפקו שמא יש יורשים לגר.

מביאה הגמרא עוד ראייה ממשנה בניה: "תינוק בן יום אחד נוחל ומנחיל" ומשמע שעובר לא נוחל. ומתרת: 1. רב ששת מבאר שהעובר תמיד מת לפני האם וע"כ אינו יכול להעביר את ירושתה ליורשיו. 2. מר בריה דרב יוסף בשם רבא מבאר שעובר יורש אבל אין לזה השלכה לענין חלק הבכורה.

בסיום הסוגיא פוסקת הגמרא "אמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן המזכה לעובר לא קנה ואם תאמר משנתנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו" כלומר המשנה אינה סותרת את המזכה לעובר הרגיל מפני שעוסקת בבנו של המזכה וכך הלכה.

⁸² משנה יבמות סז, א.

נחלקו ראשונים האם זוהי תקנה מיוחדת בשכ"מ שנותן לבנו או שאף לגבי אדם בריא יש אפשרות להקנות לבנו העובר. וכן דנו בשאלה מתי מתחילה הזכיה האם רק משילד או אף לפני כן.

בירושלמי⁸³ מופיעה ג"כ מחלוקת בענין זה: "שמואל אמר זכין בעוברין רבי לעזר אמר אין זכין בעוברין, אמר ר' יוסי אע"ג דשמואל אמר זכין לעוברין מודי והוא שיצא ראשו ורובו בחיים... למפרע הוא שיזכה" ומביא הירושלמי את משנתנו בב"ב ועליה "אמר ר' לעזר לא אמר אלא בנו הא אחר לא ר' יוסה אמר אפילו אחר, על דעתיה דר' לעזר ובלבד שכ"מ הא בריא לא, בלבד מטלטלין הא קרקעות לא". ומקשה הירושלמי מהברייתא של גר שמת ממנה עולה שיש זכייה לעובר ומיישב "שנייה הכא שהוא בנו". מפרשי הירושלמי מבארים שכוונתו שזו ירושה כתירוץ אביי בבבלי. הירושלמי מקשה על שמואל שהתנה זכיית העובר ביציאתו חי⁸⁴ ומתרץ הירושלמי "אמר ר' יצחק בר אלעזר משום ייאוש", וזהו תירוץו של רבא בבבלי. בהמשך הדברים ישנה עמימות בדברי הירושלמי ועפ"י חלק מהפירושים חזר בו ר' אלעזר מכח המשנה בב"ב.

2. הסוגיות – ירושה בעובר

כבר הזכרנו את דברי רבי יוסי שעובר פוסל ואינו מאכיל. הגמרא⁸⁵ מביאה שרב יוסף ביאר שהוא סובר שיש לעובר זכייה ועובר במעי זרה זר הוא, הגמרא מציעה הסבר נוסף לדבריו עפ"י רבה שילוד מאכיל ואינו ילוד אינו מאכיל, ודוחה הסבר זה. אמנם עפ"י גירסת כת"י מינכן, המובאת בדק"ס השלם, האפשרות הזאת אינה נדחית ואדרבא משמע שההבנה של עובר במעי זרה זר היא לרבנן שיטה אפשרית "לדידכו" אף אם יסברו שעובר אינו זוכה! בהמשך הגמרא שמואל מביא את דעת חכמים החולקים על רבי יוסי ואומרים "יש לו

⁸³ יבמות ד, א דף ו ע"ג.

⁸⁴ לכאורה לא מובן מדוע אם ירושה שאני, לא ייושב גם שמואל שהרי ר"א יותר קיצוני ממנו ביחס למעמד העובר ומודה בירושה?

⁸⁵ יבמות סז, א.

בנים אוכלים משום בנים, אין לו בנים אוכלים משום אחים, אין לו אחים אוכלים משום משפחה כולה." מדברים אלו עולה שלדעת חכמים אף אם אין לעובר אחים העבדים אוכלים בתרומה מכח שאר המשפחה.

בסוגיא בנדה הנ"ל על המשנה: "תינוק בן יום אחד ... ומאכיל בתרומה ופוסל מן התרומה" שואלת הגמרא: "מאי אריא תינוק בן יום אחד אפילו עובר נמי?" אמר רב ששת, הב"ע בכהן שיש לו שתי נשים, אחת גרושה ואחת שאינה גרושה, ויש לו בנים משאינה גרושה ויש לו בן יום אחד מן הגרושה, דפוסל בעבדי אביו מלאכול בתרומה. ולאפוקי מדרכי יוסי דאמר עובר נמי פוסל קמ"ל בן יום אחד אין עובר לא." מהמקרה שמצייר רב ששת עולה, לכאורה, שהיכוח בין חכמים לרבי יוסי הוא במקרה שיש עוד אחים, ואם היה העובר בן יחיד היו מודים חכמים לרבי יוסי שהעובר פוסל את עבדי אביו מלאכול בתרומה וא"א להסתמך על המשפחה כולה כדברי שמואל בדעת חכמים.

יש לציין שהדיון הוא בעת היות העובר בבטן אמו שכן הדבר נוגע לדיני העבדים שלו באותו זמן, האם יכולים לאכול בתרומה.

עולה מהסוגיות שיש מחלוקת בין רבי יוסי לחכמים בענין ירושה לעובר שלרבי יוסי עובר יכול לירש ולגרום לעבדים שנכללים בירושה שלא לאכול בתרומה במקרה שהוא חלל. ולחכמים עובר אינו יורש עפ"י שמואל אפילו כשאין לו אחים ועפ"י רב ששת דוקא במקרה שיש לו אחים נוספים הוא אינו יורש. ולא נתברר בדברי הגמרא האם המחלוקת תלויה בשאלת הזכייה לעובר. אבל עולה מהסוגיא ביבמות שלשמואל שפוסק שיש זכייה לעובר, בהכרח יסבור כרבי יוסי שהעובר הוא כזר ופוסל את עבדיו מלאכול בתרומה. ומשמע מדבריו שלדעת חכמים אין לעובר זכייה כלל בירושה והם מודים לרבי יוסי שיתכן שעובר הוא זר לענין תרומה אלא שאין בזה נפק"מ לשיטתם. ורב ששת כנראה מצמצם את המחלוקת לדיני תרומה ומבאר שחולקים האם שותפות העובר פוסלת מאכילת תרומה.

ד. שיטת רבינו האי גאון – עובר לא בא לעולם

רה"ג פוסק שעובר הוא דבר שלא בא לעולם וע"כ אי אפשר למכור עובר כשם שא"א לקדש עובר⁸⁶ וכן הוא פוסק שא"א לזכות לעובר אא"כ אמר לכשתלד שלדעת רב נחמן קנה והלכה כמותו⁸⁷. והמ"מ⁸⁸ הביא בשמו ששכ"מ שהקנה לבנו העובר מועיל.

ישנה סתירה בדעת רב נחמן שפוסק שבדבר שלא בא לעולם לא מועיל קנין אף כשיבא לעולם⁸⁹ ואילו בזכיה לעובר סובר שמועיל קנין לכשילד.

הרשב"א⁹⁰ העיר שעפ"י שיטת רה"ג שעובר נקרא דבר שלא בא לעולם צריך לבאר שר"נ סובר שלא כמו רב הונא, כפי שהגמרא הסבירה שיותר קל לקנות דבר שלא בא לעולם מלהקנות לעובר שאינו בעולם, אלא שלהיפך יותר קל להקנות לעובר אף שאינו בעולם מלהקנות דבר שאינו בעולם⁹¹ וכן שיטת תוס' בגיטין⁹² ושיטת ר"י.

ועפ"י דבריהם נראה שהמחלוקת בין ר"נ לר"ה היא בשאלת גמירות הדעת של המעורבים במקח וממכר. ולכו"ע עובר לא בא לעולם.

ה. רי"ף ורמב"ן – עובר לא בא לעולם ואינו זוכה/יורש, ראב"ד ורא"ש חולקים

הרי"ף פוסק בב"ב⁹³ כסתמא דגמרא שהמזכה לעובר לא קנה והמשנה היא מקרה מיוחד בבנו והוא גם פותח בתחילת דבריו שהמשנה היא בשכ"מ.

⁸⁶ ספר המיקח וממכר שער ב דרך ב.

⁸⁷ שער ה דרך ב.

⁸⁸ על הרמב"ם מכירה כב, י.

⁸⁹ ב"מ סו, ב.

⁹⁰ קידושין סב, ב.

⁹¹ הרשב"א מוסיף שזו גם דעת רב ששת בסוגיא שם שהמזכה לעובר קנה אף כשהוא עובר למרות שא"א לקנות דבר שלא בא לעולם וצ"ע שלא העיר שרב ששת ודאי סובר שעובר הוא דבר שבא לעולם ויכול לקנות ולכאורה אינו קשור כלל לסתירה בר"נ.

⁹² יג, ב ד"ה "לדבר" ור"י מובא בהגהות אשר"י על הרא"ש ב"ב ט, ה.

⁹³ סו, א ויבמות כב, ב.

וביבמות כותב "העובר פוסל ואינו מאכיל דברי ר' יוסי דקסבר דעובר במעי זרה זר הוא ואית ליה קנייה ולפיכך פוסל בעבדים מלאכול בתרומה בשביל היורשים מפני חלקו שהוא זר ולית הלכתא כוותיה אלא כרבנן דאמרי אין לעובר קנייה ואין לו חלק עד שיולד הילכך אפילו במעי גרושה לא פסיל להו לעבדים עד שיולד ותנן נמי בפרק יוצא דופן תינוק בן יום אחד פוסל בתרומה, פירוש בן גרושה שהוא חלל אינו פוסל את העבדים מלאכול בתרומה בשביל הבנים הכשרים עד שיהא בן יום אחד אבל עובר במעי גרושה לא פסיל דלית ליה קנייה בגוויהו וכן הלכתא."

הרי"ף דקדק לכתוב את טעמו של רבי יוסי מפני שעובר זר הוא כנראה מכח העובדה שהטעם השני שאינו ילוד אינו מאכיל נשאר בקושיא. ותלה את דעת חכמים בכך שאין לעובר קנייה.

דבריו עוררו את חמת הראב"ד⁹⁴ שטען דקיי"ל כרבי יוחנן "שהמזכה לבנו אפילו במעי אמו קנה הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו." ובסוגיא שם משמע שירושה עדיפא מזכייה והרי שהוא צריך לפסוק כרבי יוסי שהעובר יורש. עד כאן תמצית דברי הראב"ד.⁹⁵

הרמב"ן תירץ את דברי הרי"ף שכיון שרבא סובר כחכמים ואף ר"נ סובר כמותם, פסק כחכמים שעובר לא בא לעולם. ורבי יוחנן סובר כרב הונא ומה

⁹⁴ הובא ברא"ש יבמות ז, ד, וכן דברי הרמב"ן ותשובת הרא"ש עליהם.

⁹⁵ וצ"ע מניין לראב"ד שלרבי יוחנן אפילו במעי אמו קנה. עפ"י הראב"ד כיון שפסק הרי"ף ביבמות כרבנן שאין זכייה לעובר צריך לפסוק בב"ב כרב הונא ולדחות את המשנה לחלוטין ולא לתרץ שמדובר במשנה בבנו שכן גם תירוצו זה בנוי על ההנחה שיש זכייה לעובר. וצ"ל שהראב"ד ביאר עפ"י הרי"ף את דברי רבי יוחנן שפותח ואומר שהמזכה לעובר לא קנה ואעפ"כ לבנו קנה דלא כר"ה שהרי לא תועיל זכייה כלל, אלא כר"נ וסבר שיש זכייה לעובר ויש חיסרון בגמירות דעת עד שתלד, והמחלוקת ביניהם היא האם עובר הוא דבר שלא בא לעולם כמחלוקת בין רבי יוסי לחכמים וע"כ יש סתירה בדברי הרי"ף, שהרי פסק שעובר לא בא לעולם. ומובן שהוכרח הראב"ד לבאר שעפ"י רבי יוחנן המשנה מדברת על זכייה בעודו עובר שהרי רבי יוחנן סובר כר"נ וכל עובר זוכה משולד והיה משמע לו במשנה שהזכייה היא עוד בעודו עובר וע"כ התקשה ותירץ שמדובר בבנו וכיון שעובר עפ"י הבנה זו לרבי יוחנן הוא דבר שבא לעולם, יכול לזכות גם בעודו בבטן אמו.

שתירץ את המשנה בבנו היינו בשכ"מ ולאחר שיוולד. נמצא שלדעתו הרי"ף הכריע שעובר הוא דבר שלא בא לעולם כלל ואין לו זכייה אלא משולד ורק רבי יוסי ורב ששת בעקבותיו סוברים שעובר בא לעולם ואין הלכה כמותם. הרא"ש השיג על הרמב"ן ותפס שלכל הדעות עובר בא לעולם והוא יכול לזכות, מלבד שמואל בדעת חכמים, והוכיח את זה מהסוגיא בנידה שרב ששת סובר שחכמים אינם חולקים על רבי יוסי אלא כשיש עוד אחים אבל אם אין עוד אחים מודים לו שיש זכייה לעובר. ועוד הקשה על הרמב"ן שלא ייפו חכמים כח השכ"מ אלא שפטרו אותו מהצורך במעשה קנין בדבר שמועיל בו קנין. הרמב"ן ישיב על דבריו וכפי שמבואר בחידושו בנידה שרב ששת מסביר את המשנה שם עפ"י שיטתו שיש זכייה לעובר ושאר האמוראים חולקים עליו והמחלוקת היא האם חוששים למיעוט. ולגבי השכ"מ יאמר שזו תקנה מיוחדת וכפי שכתב שהיא כדוגמת ירושה דהיינו סוג קנין שכבר קיים. אלא שלגבי דברי רב ששת בנידה נראה בעז"ה בהמשך ששיטת הרי"ף עדיין מוקשית.

נמצא שנחלקו הראשונים בהסבר מחלוקת ר"ה ור"נ. לדעת הראב"ד נחלקו האם עובר בא לעולם, לדעת הרמב"ן לכו"ע עובר לא בא לעולם ולדעת הרא"ש לכו"ע עובר בא לעולם ונחלקו לגבי גמירות דעתו של המקנה⁹⁶. הרשב"ם בב"ב שם סובר כראב"ד וכרא"ש שר"נ סובר שעובר בא לעולם והוא מתרץ על ידי כך את הסתירה שהזכרנו, בהסבר שיטת רה"ג, בדעת ר"נ.

1. שיטת הרמב"ם – עובר לא בא לעולם ויש לו דיני ירושה ובירור נוסף בשיטת הרי"ף

1. שיטת הרמב"ם בפירוש המשנה

תמצית שיטתו – אין זכייה לעובר וחכמים שסברו שעובר אינו פוסל מדברים רק במקרה שיש עוד אחים כדעת רב ששת.

⁹⁶ הקוב"ש בב"ב מעיר שעפ"י ישנה סתירה ברא"ש שפסק כאן כר"נ ובבכורות לכאורה קיבל את ר"ת שעובר הוא דשלבל"ע.

הרמב"ם בפירוש המשנה בב"ב⁹⁷ כותב את עקרונותיו בענין זכייה לעובר, "מן הכללים אצלנו המזכה לעובר לא קנה לפי שאין ההקנאה מתקיימת אלא לאדם מצוי בפועל, ואין העובר כן. והטעם כאן שקונה מה שנתן לו אביו לפי שדעתו של אדם קרובה אצל בנו ולפיכך לא יתקיים לעובר אלא מה שנתן לו אביו בלבד ומתנה זו היא מתנת שכ"מ שהיא קיימת באמירה בלבד."

בפירוש המשנה ביבמות⁹⁸ כותב "מה שאמר רבי יוסי מפני חלקו של עובר, כלומר שאם הניח הנפטר כמה בנים מאשתו בת ישראל והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה, לפי שהם בין כלל האחים בירושה, ועובר במעי זרה זר הוא, לפיכך מחמת חלק העובר לא יאכלו עבדים בתרומה... אבל חכמים סוברים כיון שיש לו בנים יאכלו עבדיה בתרומה ואע"פ שהיא מעוברת, לפי שכלל הוא אין קנין לעובר. והלכה כחכמים." ומשמע מדבריו שכשאין עוד אחים מודים חכמים שהעובר יורש ואינו מאכיל. וכן מבואר בפירושו לנידה⁹⁹, "ואמרו ופוסל מן התרומה... הכוונה בזה שהוא פוסל עבדי אביו מלאכול בתרומה. המשל בזה, כגון שהיה כהן שיש לו שתי נשים האחת כשרה לכהונה ויש לו ממנה בנים והשניה פסולה לכהונה ויש לו ממנה ולד בן יום אחד והוא חלל, ומת אותו הכהן ויש לו עבדים וזכה חלל זה לירשם עם אחיו הכשרים, לפיכך נפסלו העבדים מלאכול בתרומה מחמת חלקו של חלל שאינו מאכיל. כל זה מפני שהוא בן יום אחד, אבל אלו היה עובר היה מותר לעבדים לאכול מחמת הבנים הכשרים עד שיולד החלל הזה, לפי שהכלל שהוא למעשה אין קנין לעובר." ומדבריו כאן ג"כ מבואר שהוא מקבל את הסברו של רב ששת בנידה ואינו תולה את זה בדעת רב ששת שיש זכייה לעובר כמו שעשו הרמב"ן והרא"ש וש"ר שם, שהרי פסק שאין זכייה לעובר.

⁹⁷ ט, א.

⁹⁸ ז, ב.

⁹⁹ ה, ג.

עפ"י לא נוכל ליישב את שיטת הרמב"ם כפי שיישבנו את שיטת הרמב"ן מהשגת הרא"ש, שרואים מרב ששת שגם חכמים מודים שיש זכייה לעובר כשהוא לבדו, ובארנו שהרמב"ן מסביר שרב ששת לשיטתו ונדחה מההלכה ובאמת אין ירושה לעובר כלל מכיון שאין לו זכייה כלל, שהרי הוא נוקט כפירושו של רב ששת בדעת חכמים ולא רואה בזה סתירה לדין של אין זכייה לעובר.

2. שיטת הרי"ף כשיטת הרמב"ם בפירוש המשנה

נראה שאף הרי"ף מודה בזכייה זו של ירושה כשאין אחים שהרי כתב את האוקימתא של רב ששת בנידה וכן את שני הדינים של רבא בב"ב לגבי ירושת עובר שאין לה השלכות לגבי דיני בכורה. ודלא כמו הרשב"ם שפירש שדינים אלו נאמרו ע"י רבא על פי השיטה שעובר זוכה, ואף הרמב"ם פסק כמו הרי"ף בהלכות נחלות.

3. שיטת הרמב"ם במשנה תורה

הרמב"ם פוסק בהלכות מכירה¹⁰⁰: "כשם שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם כך אינו מקנה למי שלא בא לעולם. ואפילו עובר ה"ה כמי שלא בא לעולם והמזכה לעובר לא קנה. ואם היה בנו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו קנה." ומשמע מדבריו שאף בבריא מועיל¹⁰¹.

¹⁰⁰ כב, י-יא.

¹⁰¹ ודלא כפי שכתב בפירוש המשנה בב"ב. אמנם בזכייה ת,ה-ו פוסק הרמב"ם לכאורה דין זה רק לגבי שכ"מ והמ"מ שם באר שזו שיטת הרמב"ם ובניגוד למה שכתב המ"מ עצמו בהלכות מכירה שדעת הרמב"ם שהלכה זו נאמרה גם בבריא וצ"ע.

¹⁰² עפ"י שיטת הרמב"ם שבעובר לא שייכת זכייה נראה שההקנאה לעובר תועיל רק משעת ביאתו לעולם. אף שלא חילק בכך אפילו ברמז ופשטות לשונו משמע שזוכה בעובר מיד וצ"ע, ובמיוחד לשונו בהלכות זכייה הנ"ל שכתב "זכה העובר".

הרמב"ם בהלכות תרומות¹⁰³ כותב: "בת ישראל שנשאת לכהן ומת והניחה מעוברת לא יאכלו עבדיה בתרומה בשביל העובר. שהילוד הוא שמאכיל ושאינו ילוד אינו מאכיל. לפיכך אם היה העובר חלל אינו פוסל העבדים אלא אוכלין בגלל אחיו הכשרים עד שיולד זה החלל ויאסרו העבדים מלאכול."

נראה שהרמב"ם הוסיף במקרה השני מציאות של אחים שלא היו במקרה הראשון ומשמע שאין העבדים אוכלים לולא היו אחים שיאכילום וכאוקימתת רב ששת וכפי שהביאה הרמב"ם בפיה"מ והרי"ף.

והראב"ד במקום כותב: "א"א מאי לפיכך ואם אינו מאכיל אפי' הכי פוסל דקיי"ל עובר אית ליה זכייה ואפילו במתנת אביו הואיל ודעתו של אדם קרובה אצל בנו וכ"ש בירושה הבאה מאליה הילכך העבדים אינם אוכלים מפני חלקו של חלל." כלומר הוא מעיר על הלשון של הרמב"ם, שתולה את זה שהעובר אינו פוסל בכך שאינו מאכיל, שאין זה מוכרח ואפשר לאמר ש"אינו מאכיל" הוא חלק ממערכת דיני התרומה שצריך להיות ילוד ע"מ להאכיל ואף אם העובר הוא הבעלים אינו יכול להאכיל, אבל בשביל לפסול די בכך שיהיו העבדים שייכים לאדם שאינו כהן, ומוסיף השגה שניה שכיון שהרמב"ם פוסק שיש לעובר שהוא בנו זכייה כ"ש בירושה הבאה מאליה תהיה לו זכייה ובדומה להשגתו על הרי"ף. וכאן א"א לאמר את תירוצו של הרמב"ן שבזכייה לבנו מדובר דוקא בשכ"מ שהרי הרמב"ם במשנה תורה לא חילק בין בריא לשכ"מ¹⁰⁴ [הרא"ש¹⁰⁵ כותב "אבל בירושה הבאה מאליה פסק הרמב"ם דהלכה כרבי יוסי" הב"י תמה עליו והב"ח הגיה בדבריו "ריב"ם" שהתוס' בב"ב הביאו בשמו שפוסק כר"י].

אמנם עיקר דבריו של הרמב"ן שלכל הדעות אין לעובר זכייה כלל וגם בנו אינו זוכה לפני לידתו כבירושה, ושלא כפי שהבין הראב"ד שלרבי יוחנן שעובר

¹⁰³ ח.ד.

¹⁰⁴ וכבר הזכרנו שיש אפשרות שהרמב"ם חילק בין שכ"מ לבריא, וכך טען המ"מ בהלכות זכייה.

¹⁰⁵ ב"ב סי' ו', הב"י והב"ח בסי' רי.

זוכה כשהוא בנו היינו בעודו עובר, ניתן להיאמר גם בדעת הרמב"ם כאן, אלא שעדיין נותרה שאלת הירושה לעובר ללא אחים בעינה, דהיינו מדוע גם ללא כח זכייה הוא נחשב כיורש. וכן לשון הרמב"ם עדיין אינה מיושבת.

4. באור הגר"ח ברמב"ם שיש חילוק בין ירושה לשאר הקניינים

בענין זה מאיר את עינינו הגר"ח בחידושיו על הרמב"ם, שיתכן והעובר יחשב כיורש גם אם לגבי דיני זכייה הוא כמי שלא בא לעולם ואינו יכול להיות בעלים על ממון.

ונבאר את דבריו, כיון שבעת שנופלת הירושה לפני היורשים הרי שאף העובר העתיד להיולד הוא בעל זכות לירש והתורה חידשה שהבנים היורשים נחשבים בעלי העבדים, והעבדים הם קנין כספם ואוכלים בתרומה כיון שעד חלוקת הממון בין היורשים הם כשותפים, וכיון שלעובר אין זכייה ממונית אף לא לגבי דיני תרומה, כפי שאמרה תורה ילוד מאכיל שאינו ילוד אינו מאכיל, דהיינו שאינו נחשב כאחד השותפים. וממילא אם הוא חלל אין זה משפיע על האכלת העבדים כיון שאין הוא חלק מהשותפות עכשיו אלא מצטרף לשותפות זו רק לאחר לידתו.

וזהו כוונת הרמב"ם בסדר דבריו, מנין לנו שאין להחשיבו כשותף? מהדין הראשון שכשהעובר הוא היורש היחיד אין בכוחו להאכיל את העבדים כיון שאינו זוכה בהם והיה מקום לאמר שלמרות שאינו זוכה בעבדים עפ"י דיני הקניינים, כיון שהוא עתיד להיות יורש תהיה לו בעלות מדין ירושה אף בעודו עובר לפחות לגבי דיני תרומה, וכנגד תפיסה זו חידשה תורה, אף לדעת חכמים במקרה שהעובר הוא בן יחיד, שילוד מאכיל דהיינו אין בכח העובר ליצור בעלות של "קנין כספו" למרות שזו ירושה, כל עוד הוא לא בא לעולם מפני

שירושה כפופה לדיני הקניינים הרגילים וקנין הירושה אינו מספיק לה, ולכן הוא גם אינו יכול להיות שותף ולפסול את העבדים בעת היותו עובר חלל.¹⁰⁶ ורבי יוסי סבר שהכוח שלו לירש נותן לו זכות גם בין אחים שכבר קיימים ולכן הוא פוסל את העבדים מלאכול בתרומה במקרה שהוא חלל. ויתכן שהוא סובר שקניין הירושה הוא קניין גמור ועובר שייך בקניין זה דלא כשאר הקניינים. ועפ"ז גם נוכל להבין את עמדת חכמים עפ"י שמואל שהרחיבו את שלילת בעלותו עד כדי החשבת קרובים אחרים כשותפים עד לידתו, ופשוט הוא שעד חלוקת הירושה אין לשותפים אלו זכויות ממשיות בירושה, ואין מחלוקת מהותית בין שמואל לרב ששת בדעת חכמים בענין ירושת העובר. וכפי שתמהו תוס' ביבמות¹⁰⁷, "וקצת תימה דהא מסתמא מעשה ידיהם עד שיולד הוא לעובר ולא

¹⁰⁶ בדגל ראובן ב, כו השיג על הגר"ח: א. מהסוגיא בב"ב שאביי מיישב את הברייתא דגר שמת שמשמע שעובר זוכה בירושה דכיון שהיא באה מאליה שאני והוא לומד ששם בהכרח מדובר בזכייה ממונית שהרי העובדה ששמעו שיש לו עובר מחייבת החזקה שנייה. ויש להשיב על דבריו שעל הצד שמדובר בברייתא שהעובר הוא היורש היחיד של הגר הרי כבר בארנו בדברי הגר"ח שבמקרה כזה זכות הירושה של העובר מונעת אפשרות לזכייה ממונית של אנשים אחרים. ב. מוסיף להקשות מהברייתא הנ"ל "מדוע חייב להחזיר כשאשתו של גר מעוברת הא עדיין לא נולד הולד, ועובר לא קנה בזכות ממון לשיטת הגר"ח ז"ל". וגם זה מיושב באותו אופן שכיון שיש לעובר זכות שכשכילד יירש אין לא"א רשות לקחת את הממון, ואף שצ"ע האם בגזלת הממון הזה ישנם דיני גזל, הרי זה לכאורה מצד שבדיני גזל צריך להיות נגזל ואילו כאן ישנו מעמד של נכסים שאינו מוגדר בבעלות מיוחדת ובהמשך נדון בענין ממון יורשים לפני חלוקה לגבי דיני גזל. ג. עוד הוא מעיר מהירושלמי ביבמות שהבאנו בסעיף ב שמקשה מהברייתא של גר שמת להוכיח שיש זכייה לעובר ורואים שהגמרא תפסה שיש לעובר זכייה ממונית, ואף ההיה יכול הדגל ראובן להוכיח אותו דבר מהסוגיא בב"ב שרב ששת הוכיח ג"כ שיש זכייה לעובר מאותה ברייתא ולא היה צריך להרחיק עדותו לירושלמי, נראה שרצה להסתמך על תירוצי הירושלמי "בנו שאני" שמשמע מדבריו שיש זכייה מפני שזה מקרה מיוחד. אלא שלכאורה א"א להבין את התירוצי כפשוטו כיון שלא מדובר במתנה כפי שמדובר בבלי וכן בירושלמי לפני כן, וכבר הבאנו מפרשי הירושלמי שדחקו ש"בנו שאני" הוא כדברי אביי שירושה שאני ובהו אנו חוזרים לקושייתו הראשונה, וכן אם נבין שזה כפשוטו הרי שלשון זו מתפרשת קודם כתקנה מיוחדת או כגמירות דעת מיוחדת שאין ללמוד ממנה לזכיית יורש רגילה.

בספר זכרון שמואל להגר"ש רוזנבסקי זצ"ל סימן לו הקשה ג"כ מהסוגיא בב"ב וכפי שכתבנו יש ליישב את קושיותיהם שבתירוצי הגמרא ירושה שאני כיון שאינה בדיני זכייה.

¹⁰⁷ דף סז, ד"ה "אוכלין"

לבני משפחה". וכן תפס בפשטות הרשב"א¹⁰⁸, "ותדע לך שאין למדין דין הירושה מדין עבדים שאוכלין בתרומה, שהרי לרבנן דקיי"ל כותיהו דאמרי שאין זכייה לעובר הא אמר יש לו בנים אוכלין בשביל בנים אין לו בנים אוכלין בשביל אחים אין לו אחים אוכלין בשביל משפחה, ולענין ירושה ודאי לא אמרי רבנן הכי שיוכלו האחים או בני משפחה ליטול הנכסים ולומר עכשיו אין זכייה לעובר ונטול את הנכסים אנו עד שיצא הוולד לאויר העולם".¹⁰⁹ דברי הראשונים הללו הם דלא כב"ח¹¹⁰ שתפס שהפירות עד לידתו יהיו שייכים לאחים או לשאר הקרובים. וכן דלא כ"ראש יוסף"¹¹¹ שטען אף יותר מזה, שאם ימכרו האחים תחול מכירתם.

5. הרמב"ן וסיעתו לא הפרידו בין ירושה לשאר דיני הקניינים

אמנם הרמב"ן וש"ר שזיהו את דברי רב ששת כמתאימים לשיטתו שיש זכייה לעובר, ומי ששולל את זכיית העובר יסבור, לפי הבנתם, כשמואל ולא יוכל לקבל אפשרות של זכית העובר בירושה, כשהוא ללא אחים. וכן הראב"ד והרא"ש שמכח פסיקתם שיש ירושה לעובר כשיטת רב ששת, פסקו כרבי יוסי שיש זכייה לעובר ובארו שגם חכמים מודים לו, בודאי אינם מקבלים את ההבחנה הזאת בין הירושה לזכייה.

אמנם הגר"ח דייק בדברי הראב"ד שלא השיג על הרמב"ם שכתב שהעובר אינו מאכיל מגזירת הכתוב של ילוד מאכיל למרות שהבין שעפ"י הרמב"ם אין זכייה לעובר. שגם הראב"ד מודה לחילוק העקרוני בין ירושה לשאר קניינים. אלא שברא"ש א"א לאמר את דבריו שהרי דן בדברי רב ששת בנידה והסיק מהם שבהכרח שעובר זוכה, ועפ"י הרמב"ם א"א ללמוד קנין מירושה.

¹⁰⁸ בתשובות ב, שעא.

¹⁰⁹ וכן דייק הרב הרשלר זצ"ל בהערות על עליות דר"י ב"ב דף קמב הערה 61 מדברי רבינו יונה רבו של הרשב"א.

¹¹⁰ בתחילת סי' רי.

¹¹¹ שהביא האור שמח נחלות א, יג בהערה.

6. אפשרות לביאור המחלוקת הגדרת קנין הירושה

ניתן לאמר שחולקים בהבנת הבעלות על הירושה, שדעת הרמב"ם שיש בעלות על הירושה לפני חלוקתה והיורשים הם כשותפים, ובעלותם מכח חידוש התורה שאחרי מות המוריש הממון עובר לבעלות יורשיו אף ללא מעשה קנין מצידם, נמצא שהתחדשה בירושה פרשת קניינים חדשה שעובר נכלל בה, ועל כן כשבאה התורה וחידשה שילוד מאכיל ושאינו ילוד אינו מאכיל היא הפקיעה ממנו את השלכות הבעלות לגבי תרומה, אבל לא ביטלה את היותו יורש.

לעומת זאת הראשונים האחרים רואים בירושה ממון שמופקע מדיני בעלות וחלוקתו מביאה אותו לידי בעלות האחים ומה שהתורה מלמדת אותנו בפרשת הירושה, הוא את הראויים להיות בחלוקה הזאת, וגזירת הכתוב של ילוד מאכיל מחדשת שיש בכח היורשים עוד לפני חלוקתם להאכיל והחידוש הזה נאמר רק על אלו שנולדו כבר. אמנם לרבי יוסי שיש זכייה לעובר, והוא מבחינת זכויותיו הממוניות שוה לשאר האחים, לא מסתבר שהדרשה של עובר אינו מאכיל תבוא למעט את כחו מהאכלת העבדים. וכמו"כ הדרשה אינה עוסקת ביכולתו של עובר חלל לפסול, ואם מצאנו, לשיטתם, שעובר חלל יחיד פוסל ה"ז מכח העובדה שיש זכייה לעובר.

מקור המחלוקת נמצא במשנה בכורות¹¹² שדנה במעמד האחים לגבי הפרשת מעשר בהמה.

הרמב"ם בפירוש המשנה וכן בהלכותיו משווה דיני אחים לשותפים. ונביא את דבריו בהלכות בכורות "הלוקח טלאים שנולדו בשנה זו או שנתנו לו במתנה הרי הם פטורים מן המעשר עד שיוולדו ברשותו, לפיכך השותפין שנשתתפו בבהמות והביא זה מאה טלאים וזה מאה טלאים וערבום ונשתתפו בהן הרי המאטים פטורים מן המעשר שכל טלה מהן כמכור, וכן האחים שירשו טלאים

¹¹² נוב, והרמב"ם בה"ב וי, ובהלכות שקלים ג, ד.

מאביהם הרי הן פטורין מן המעשר, אבל הנולדים להם בשותפות לאחר מכאן מאלו הבהמות בין לשותפין בין לאחים חייבין במעשר. וכן ברמב"ם הלכות שקלים "האחין שעדיין לא חלקו מה שהניח להם אביהם, וכן השותפים שנתנו שקל על ידי שניהם פטורין מן הקלבון.

לעומת זאת רש"י במסכת בכורות שם גורס "האחין שהן שותפין" ומפרש "שחלקו בנכסי אביהן ואח"כ נשתתפו" ומבאר ש"הני אחין שחלקו וחזרו ונשתתפו דהכא הן כשאר שותפין דעלמא." ואת המצב לפני החלוקה הוא מגדיר "כגון שלא חלקו ועדיין תפיסת בית ירושת אביהן קיימת דלא הוו כשותפות כדאמר בגמרא יכול אפי' קנו בתפיסת הבית ת"ל יהיה אלמא כאביהן דמו. ובהמשך "דבמקום אביהן קיימי נכסי... ולא הוי כשני אנשים המצרפין שני חצאי סלעיהם לסלע שלם.

וכבר עמד על שיטת רש"י זו המהר"ח אור זרוע בהערה שהוסיף בסוף תשובת אביו שנדפסה בין תשובותיו¹¹³ "וצ"ע כי תנן בבכורות פרק מעשר בהמה¹¹⁴ האחין השותפין קנו מתפיסת הבית חייבין ואם לאו פטורין. חלקו וחזרו ונשתתפו חייבין בקלבון ופטורין ממעשר בהמה. וסבור אני שפי' רש"י פ"ק דשחיטת חולין¹¹⁵ קודם שחלקו הממון של האב. וכח האב על הממון עד שיחלקו ולכך פטורים מן הקלבון. דהוי ליה אב ששוקל על בניו שהוא פטור.¹¹⁶ 117"

¹¹³ שו"ת מהר"ח או"ז סימן קכא

¹¹⁴ נו,ב.

¹¹⁵ כה,ב.

¹¹⁶ ויעויין בקוב"ש ב"ב תד שהצביע על שיטת רשב"ם שאין למכור חלק פשיטות לפני חלוקה (והרבה ראשונים חולקים עליו) כחלק מהסוברים שיטה זו. ובשיעורי רבי שמואל ב"ב קכז,ב דן בשיטת הרשב"ם וחילק בינו לבין שיטת רש"י שרואה בירושה לפני חלוקה המשך כח האב.

¹¹⁷ אמנם צ"ע בשיטת רש"י בנידה שם שלמד בדברי רב ששת כרמב"ם שאם העובר כשיש לו עוד אחים אינו פוסל ה"ז מכת שאין זכייה לעובר. ובלא"ה צ"ע דברי רש"י מקושיית התוספות שם שישנה סתירה בדברי רב ששת.

ז. שיטת הרמב"ם בקידושי עובר

1. הסוגיא בקידושין

במשנה¹¹⁸ נאמר "האומר לאשה הרי את מקודשת לי לאחר שאתגייר ... אינה מקודשת, וכן האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה ה"ז מקודשת לי אינה מקודשת." ויש גורסים "אם הייתה אשת חברו מעוברת והוכר עוברה דבריו קיימין ואם ילדה נקבה מקודשת."

הגמרא שם דנה בקניין בדשלב"ע ומביאה את דעת ראב"י שאם אמר מ"פירות ערוגה זו תלושין יהיו תרומה על פירות ערוגה זו מחוברת" וכן להיפך "לכשיביאו שליש ויתלשו והביאו שליש ונתלשו דבריו קיימין." ונחלקו רבה ורב יוסף האם דוקא בתבואה שקיימת קצת כשחת או אפילו לא קיימת כלל וע"ז שאלה הגמרא "כמאן אזלא הא דתניא האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה מקודשת לי לא אמר כלום וא"ר חנינא לא שנו אלא שאין אשתו מעוברת אבל אשתו מעוברת דבריו קיימין" והגמרא תולה את דברי רבי חנינא בשתי הדעות האם הוכר עוברה או לא הוכר עוברה ובלישנא בתרא מסכמת הגמרא שלכל הדעות צריך שיהיה הוכר עוברה.

ובהמשך הגמרא אומר אביי שדברי ראב"י הם חלק משיטה שיש קניין בדבר שלא בא לעולם.

2. שיטת הרמב"ם בפירוש המשנה להחמיר בקידושי עובר

כתב הרמב"ם בפירוש המשנה: "ומה שמתחזק אצלי שצריך שיקדש אותה אחר שנולדה ואז מותר לבא עליה לפי שמן העיקרים בידינו אין אדם מקנה לחבירו דבר שלא בא לעולם. ואמנם אמרנו דבריו קיימין להחמיר שהיא נעשית כאשת איש".

3. שיטת הרמב"ם במשנה תורה

הרמב"ם פוסק¹¹⁹ "האומר לחבירו אם ילדה אשתך נקבה הרי היא מקודשת לי בזה לא אמר כלום. ואם היתה אשת חבירו מעוברת והוכר העובר הרי זו מקודשת. ויראה לי שצריך לחזור ולקדש אותה מאביה אחר שתולד כדי שיכניס אותה בקידושין שאין בהן דופי".

הראב"ד במקום מעיר "לפי ההלכה לא נאמר הוכר עוברת מקודשת אלא לדעת ראב"י דאמר אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ולית הלכתא כוותיה".

הר"ן¹²⁰ מציץ שהרמב"ם למד בדברי אב"י, שהעמיד את דברי ראב"י בשיטת התנאים שאדם מקנה דשלב"ע, שהוא חולק על רבה ורב יוסף ולא מצמצם את דברי ראב"י רק לדברים שבאו לעולם כמו הוכר עוברת או שחת ואין מחלוקת ביניהם האם הוכר עוברת הוא דבר שבא לעולם או לא, אלא האם ראב"י נפסק להלכה או שהוא סובר כשיטה שלא נפסקה.

ועל כך מקשה הר"ן מהסוגיא בב"ב שהוכרנו בתחילת הדברים שלא העלתה את האפשרות שעובר ייחשב כבא לעולם כשהוכר ועי"כ הייתה מיישבת את המשנה שילדה זכר קנה. וכן מהדיוק של הגמרא שם מהמשנה בניה שכל עובר אינו בר קניין. וע"כ הוא דוחה את דעת הרמב"ם ומכריע שאף לרבה ורב יוסף הוכר עוברת נחשב כדבר שלא בא לעולם ואינה מקודשת.

אמנם נראה שהרמב"ם בפיה"מ בירר את שיטתו שהקידושין חלים רק משום חומרא ויתכן שהוכרח לכך כיון שגרס במשנה שאם הוכר העובר מקודשת ותפס שגם רבנן מודים לזה.

וכן מוכח מכך שלא חילק הרמב"ם ההלכות מכירה בדין המזכה לעובר בין הוכר עוברת ללא הוכר.

¹¹⁹ אישות ז, טז לגבי זמן חלות הקידושין. יעוינו ברעק"א בשם המ"מ והנימוק"י שחל בעודה מעוברת והוא חולק עליהם.

¹²⁰ קידושין כו, ב בדפי הרי"ף בראש העמוד.

וכן מכך שלא חילק בדיני תרומה¹²¹ בין שחת לשלבים שלפני כן בתבואה, אלא פסק שכל התבואה המחוברת היא דבר שלא בא לעולם ואינה תרומה. יש אמנם שמדייקים מדברי הרמב"ם שהקידושין הם קידושין גמורים והחומרא היא לחזור ולקדש ולא כמו שכתב בפיה"מ שהחומרא היא להתייחס לקידושין אלו כקידושין גמורים למרות שלא חלו. ויש המיישבים דבריו על דרך זו שיש בקידושין מימד של הקדש שיתכן והוא חל גם על דשלב"ע וצ"ע לשיטה זו מדוע דוקא הוכר העובר וכן הסתירה לפיה"מ.¹²²

ח. הקדש בעוברים

1. מהסוגיות בתמורה עולה שניתן להקדיש עובר

בתמורה¹²³ "אתמר בר פדא אמר איו קדושה חלה על עוברין ורבי יוחנן אמר קדושה חלה על עוברין". והגמרא מאריכה בראיות לשני הצדדים וביניהם מביאה את המשנה בראש פרק חמישי שאומרת: "כיצד מערימין על הבכור, מבכרת שהייתה מעוברת אומר מה שבמעיה של זו אם זכר – עולה, ילדה זכר – יקרב עולה. ואם נקבה זכחי שלמים; ילדה נקבה – תקרב שלמים. אם זכר עולה ואם נקבה זכחי שלמים, ילדה זכר ונקבה – הזכר יקרב עולה, והנקבה תקרב שלמים. והגמרא מבארת שגם לבר פדא כשמקדיש דבר שיכול להיות קדוש קדוה"ג בעודו עובר מועילה ההקדשה בשביל שתחול קדושת דמים. עולה מסוגיות אלה שיש אפשרות להקדיש עובר.

¹²¹ תרומות ה, ט.

¹²² בעניין זה יעויין בפנ"י קידו שם, ב"מ אה"ע מ, ח, אגרו"מ אה"ע א, פא ובשב"י ג, קיח.

¹²³ דף י, א והמשנה בדף כד, ב.

2. מהסוגיא בנדרים עולה שאין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם

הגמרא בנדרים¹²⁴ מקשה על שמואל שבמקום אחד לענין קונם פוסק לכאורא שניתן להקדיש דבר שלא בא לעולם, שאישה אוסרת מעשה ידיה שתעשה בעתיד במקום אחר פוסק שהמקדיש מעשה ידי אשתו אין ההקדש חל כיון שלא בא לעולם הגמרא מתרצת שגם בקונם מדובר שאשתו אמרה יקדשו ידי לעושיהן ואין זה דבר לא בא לעולם. ולאחר מכן דנה הגמרא כיצד האשה מפקיעה את השעבוד של ידיה לבעלה ומתרצת ששאני קונמות דכקדושת הגוף דמי והקדש מפקיע שעבוד.

3. סתירה ברמב"ם

הרמב"ם בהלכות מכירה¹²⁵ פוסק: "ודין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין ההדיוט בקנייתו שאילו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנ' ככל היוצא מפיו יעשה". וכן בהלכות ערכין: "אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם כיצד מה שתעלה מצודתי מן הים קדש, מה שתוציא שדה זו מן הפירות חרם, לא אמר כלום." ושם: "יראה לי שאע"פ שאין אדם מקדיש דשלב"ל", אם אמר הרי עלי להקדישו ה"ז חייב להקדישו כשיבא לעולם משום נדר. ואם לא הקדיש ה"ז עובר משום לא תאחר וכו' " ובהמשך: "ראיה לדבר זה מה שאמר יעקב אבינו וכל אשר תתן לי עשר אעשרנו לך ונאמר אשר נדרת לי שם נדר."

בלי להיכנס להשוואת דברי הרמב"ם בשני מקומות אלו בדקדוק, עולה מדבריו שאין להקדיש דבר שלא בא לעולם.

¹²⁴ דף פה. סוגיא מקבילה נמצאת בכתובות נט

¹²⁵ פרק כב הלכה טו ובהלכות ערכין פרק ו הלכות כו, לא ולג .

אמנם הרמב"ם בהלכות מעשה הקרבנות¹²⁶ פוסק: "היתה לו בהמה מעוברת ואמר אם ילדה זכר ה"ה עולה ואם נקבה זכחי שלמים ילדה זכר יקרב עולה נקבה תקרב זכחי שלמים..." דהיינו הקדש חל על עובר שנמצא בבהמה עכשיו, והרמב"ם סובר שעובר הוא דבר שלא בא לעולם כפי שראינו קודם. וכן הרמב"ם פסק בהלכות נדרים: "אמרה יקדשו ידי לעושיהן או שנדרה שלא יהנה במעשה ידיה אינו נאסר במעשה ידיה מפני שידיה משועבדין לו." הר"ן בכתובות¹²⁷ הקשה על הרמב"ם שנדר על מעשה ידיה הוא נדר על דבר שלא בא לעולם ובסוגיא שהבאנו לעיל משמע שאינו מועיל. הבית יוסף מבאר שהרמב"ם למד בסוגיא בנדרים שהבאנו לעיל שהתירוץ של "קונמות שאני" בא לבאר מדוע אין את החיסרון של דבר שלא בא לעולם. נמצא שאין בהקדשות חיסרון דשלבל"ע. והלחם משנה, מכח הבנה זו ברמב"ם אף מקשה שברמב"ם שהבאנו קודם משמע שדוקא בבהמה מעוברת מועיל הקדש ולא לפני כן.

4. תירוץ הב"י שבקדושת הגוף אין חיסרון דשלבל"ע ודיון האחרונים בדבריו

הב"י מחדש שרק בקדושת דמים אין אדם מקדיש דבר שלא בא לעולם וזה מדויק בלשון הרמב"ם בהלכות מכירה שכתב הקדש בדק הבית כפי שהדגשנו קודם בדבריו.¹²⁸

בשער המלך מקשה על השיטה הזאת מכך שהגמרא בתמורה חשבה להעמיד את המשנה של בהמה המבכרת אליבא דבר פדא, בקדושת דמים ואיך חלה קדושת דמים על עובר שלא בא לעולם. ומתריך שבקדושת דמים הוא מקדיש את היתרון

¹²⁶ פרק טו הלכה ח ובהלכות נדרים יב, י.

¹²⁷ כד. ד"ה ופרכינן" והב"י הל נדרים רלד, עא.

¹²⁸ שער המלך הלכות נדרים פרק יב הלכה י ד"ה ועל מה, מציין לתוספות בקידושין ורש"י במהדורה קמא בכתובות שהביא השיטמ"ק שם שסוברים כרמב"ם לענין קונמות. ומיישב את קושיית הלח"מ, מהרמב"ם בהלכות מעשה הקרבנות שנקט מעוברת, ומקורו הוא לשון המשנה עצמה שנקטה בהמה מעוברת, בשתי דרכים: א. אורחא דמילתא נקט ב. פרה שאינה מעוברת אינה "עבידי דאתו" שהוא תנאי הנצרך גם לדעת רבי מאיר.

שהבהמה הזו שוה יותר בדמיה מפני העובר שבה, ויש מי שרצה לחלק בין קדושת דמים לקדושת בדק הבית¹²⁹.

גם את הרמב"ם בהלכות נדרים הוא מציץ ליישב, לא מטעם הב"י שקדושת הגוף שאני שחלה על דשלב"ע, אלא מטעם שבקדושת הגוף כוונתו להקדיש את גוף הידים. בסוף דבריו הוא רוצה לאמר על פי תוספות יום טוב שכיון שהזכיר את הידים נעשה כאומר יקדשו ידי לעושיהן.

ע"פ דבריו נפל יסודו של הב"י. אמנם נראה שאף אם ניישב אליבא דבר פדא שכוונתו להקדיש את היתרון שבבהמה, לא נוכל לאמר זאת לדעת רבי יוחנן שמעמיד בקדושת הגוף והגמרא מבארת שהוא סובר שעובר לאו ירך אמו ויש לעובר קדושה עצמית ולא כחלק מהבהמה, וכנראה שהסיבה לכך הוא דברי הב"י הנ"ל.

אמנם הש"ך¹³⁰ דחה את דברי הב"י וכן החזו"א מקשה על הב"י ומביא גם את הגרע"א שדוחה את דבריו וכן נקט הגרש"ש, ושניהם מוכיחים את זה גם מכך שקידושין ותרומה אינם חלים בדשלב"ע. לעומתם הגר"א במקום נקט כדברי הב"י ואף הביא ראיה לדבריו שרשב"ג מקבל את המשנה למרות שהוא סובר שאין קניו בדשלב"ע.

עולה מהדברים שמהמשנה בתמורה וכן מהסוגיא שם אין הוכחה שעובר הוא דבר שבא לעולם, והקדושה חלה או מצד דהוי דשלב"ע או מצד שהעובר הוא חלק מהבהמה וצ"ע לשיטה זו ביאור דברי ריו"ח.

ט. סיכום

1. שיטות הראשונים

מכירת עובר – שיטת ר"ת שלא ניתן למכור ולכאורה הרא"ש ור"י הכריעו כדבריו אלא שיש סתירות בדבריהם, האו"ז הביא בשם ר"י שניתן למכור (ואולי

¹²⁹ בית מאיר אה"ע מ,ח.

¹³⁰ נקוה"כ רלד על הט"ז ס"ק נט, חזו"א אה"ע עא, ה והגרש"ש קידושין יג ושע"י ה,כ.

אלה ר"י שונים או שיש ט"ס בדבריו). וברא"ש בב"ב מוכח שעובר הוא דשלבל"ע שפסק כר"נ שמועיל לכשתלד ומשמע מדבריו שלר"נ עובר הוא דשלבל"ע והזכרנו הערה זו בשם הקוב"ש שם, לעומתם דעת רשב"ם בדעת ר"נ שעובר הוא דבר שבא לעולם והגהות אשר"י למד שזו גם שיטתו להלכה.

בדעת הרמב"ם יש מקורות סותרים וראינו שיש אפשרויות לתפוס את דבריו לגבי ירושה, קידושין, הקדש ושחרור לעיקר שעובר בא לעולם וניתן גם לחלק בינם לבין דיני קנין שם משמע שעובר לא בא לעולם ונטינו לפרש כך וכבר נחלקו בזה גדולי האחרונים והחת"ס הכריע שלרמב"ם עובר הוא דבר שבא לעולם.¹³¹ וכן נקט הקצוה"ח.

החת"ס שם הביא את דעת מהר"ם בר ברוך ואת האו"ז שעובר הוי דבר שבא לעולם.

הרשב"א בתשובה¹³² כותב בפשטות שהמזכה לעובר לא קנה.

2. שיטת הפוסקים

בשו"ע אה"ע¹³³ הביא את דעת הרמב"ם כי"א ולא הכריע.

בהלכות בכורות פוסק השו"ע שאין הקנין חל על העובר ללא האם.

בהלכות מו"מ פסק ג"כ השו"ע כלשון הרמב"ם שהקנין לא חל על העובר.

ולגבי הפירות הוסיף שם הרמ"א שאם חנטו הפירות מקרי בא לעולם, ולא כתב כן לגבי הוכר העובר למרות שהיה מתבקש שישווה ביניהם כפי שהשוותה הגמ' בקידו'.

הסמ"ע במקום מחלק בין עובר שאינו בעין לפירות שנראים לעינינו, קצות החושן מסכים לכך ומוסיף להוכיח זאת משיטות הראשונים שהזכרנו שלא

¹³¹ שו"ת חיו"ד סי' שיב.

¹³² חלק ב סי' רעב.

¹³³ אה"ע מ,ח השו"ע ביו"ד שכ"ו ובחו"מ רט,ד.

מועילה מכירה לעובר, ובקידו' מדובר לגבי תרומה שהפירות עדיין אינם ראויים להפרשה.

נתיבות המשפט (שם) מחלק בין מכירת העובר כפי שהוא עכשיו שתועיל המכירה כמכירת אחד מאברי הבהמה למכירת העובר לכשיוולד שהיא מדין דשלבל"ע ועפ"י שיטתו באר את הראשונים בבכורות שדיברו כשהמכירה היא על חלק בולד בלבד דהיינו רק אחרי שיוולד. והוכיח דבריו מהסוגיא בגיטין של שחרור עובר, וכבר הערנו לדברי הראב"ד שם שאם עובר לאו ירך אמו א"א לשחרר עובר אף אם ברצונו לשחררו עכשיו ולכאורא דלא כדברי הנה"מ וכן פשטות דברי הראשונים בבכורות ויתכן שהם פוסקים שעובר לאו ירך אמו או שהם סוברים כסמ"ע שעובר הוא מכוסה ולכן לא בא לעולם ואין קשר לשאלת עובר ירך אמו. ויתכן שגם הראב"ד יסבור כך ומה שבגמרא מועיל שחרור עובר אם עובר ירך אמו נובע מכך שהוא משחרר חלק מהאם לצורך העובר וזה תלוי בכך שעובר ירך אמו דאז כוונתו לשחרר חלק מהאם לצרכו אבל אין אפשרות להעביר בעלות על העובר לבדו כלל בגלל כיסויו.

כב. רופא או עוֹפֶזָה שְׁטֵעָה

יש לברר מה הדין אם ייגרמו נזקים כתוצאה מהחלטות מוטעות של המומחים, לדוגמא, בעניין בו נרחיב להלן, שיש הסכמה בין מומחים שמותר להתקין מבחינה בריאותית אנטנות סלולאריות ואילו ובטווח ארוך יוכח שיש אנשים שנפגעו כתוצאה משימוש במכשירים הסלולריים ובאתרים הסלולריים עקב הוראת המומחים שמתקנים אלו אינם מסכנים את החברה. עולה אפוא השאלה של האחריות של המומחים והמחליטים שטעו בעניין.

כהקדמה לנושא, יש מקום להבדיל בין טעות מוחלטת, כגון מומחים שסברו שהדבר אינו מזיק למרות שהיה מזיק ויכלו לברר טוב יותר את התוצאה, ובין מקרה שאכן טעו בתום לב שכן היכולת המדעית באותה תקופה לא איפשרה בירור מקיף יותר מכך, אפשרות אחרת היא שהמומחים ידעו על סכנה אך החליטו שהריווח הציבורי עולה על הנזק הפרטי ולא ניתן באמצעים הקיימים למנוע אותה.

נושא זה נידון רבות בהלכה, הן בדיני אומן שהזיק הן בדיני עצה לא טובה, ישנם פרטים מיוחדים הנוגעים לרופא שטעה והזיק וכן למלמד תורה או שליח בית דין ש"טעה בדבר מצוה" וגרם לנזק.

שולחני שטעה

ראשית נפתח בהוראת מומחה שגרמה לנזק. כך פוסק השולחן ערוך ביחס למומחה למטבעות (חו"מ שו"ו):

המראה דינר לשולחני, ואמר לו: יפה הוא, ונמצא רע, אם בשכר ראהו, חייב לשלם אף על פי שהוא בקי ואינו צריך להתלמד. ואם בחנם ראהו, פטור, והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד. ואם אינו בקי, חייב לשלם אף על פי שהוא בחנם, והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים. (ויש אומרים

דאפילו סתמא נמי חייב (טור בשם רבינו יצחק והרא"ש). ומכל מקום הסברא הראשונה נראה עיקר).

החלוקה היא בין אדם שעובד בחינם – שהוא פטור אם הוא בקי היטב במלאכתו, ובין עובד בשכר או מי שאינו בקי במלאכתו שחייב בכל מקרה. עוד קובע השולחן ערוך (שם, ז):

טבח שעושה בחנם וניבל, וכן שולחני שאמר: יפה, ונמצא רע, וכן כל כיוצא בזה, עליהם להביא ראיה שהם מומחים, ואם לא הביאו ראיה, משלמין.

דהיינו האחריות על הוכחת המומחיות מוטלת על המומחה עצמו שאם לא כן ימצא עצמו חייב.

רופא שטעה

לגבי רופא עלו עוד מספר סברות, וכן יש בפוסקים הבחנה בין נזק בדיניים לנזק שנעשה מתוך טעות ב"חכמה"¹³⁴. נפרט את הדברים.

תוספתא

כך נאמר בתוספתא (בבא קמא ו, יז):

רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק – פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.

כלומר, נפסק שהרופא פטור על נזק, לפחות בדיני אדם, אין בתוספתא הנמקה לפטור ולא סייגים. בתוספתא מכות (ב, ה) נוסף: "רופא אומן שריפא ברשות בית דין הרי זה גולה". דהיינו אם הרופא הרג את החולה תוך כדי הטיפול הוא מוגדר כהורג בשוגג שחייב בעונש גלות. הרמב"ם השמיט תוספתא זו מהלכותיו. וראה ישועות ישראל (כה, ג) שהרמב"ם סובר שיש פטור של העוסק במצוה

¹³⁴ ראה עוד: שו"ת במראה הבזק (ז, קח). מאמרו של הגאון הרב דוד לאו, הרב הראשי לישראל, תחומין טז, עמ' 187 ואילך (משכיל לדוד סימן נג).

מגלות, וכן דעת אור שמח (רוצח ה', ו), אך הרמב"ן וראשונים אחרים הביאוה ואף נפסקה להלכה בשו"ע (יו"ד שלו, א) וראה עוד להלן. יש לציין שתוספתא זו כוללת עוד מקרה של שליח בית דין שהרג ברשות גולה.

בתוספתא נוספת (גיטין ג, ח) נאמר:

רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק בשוגג פטור במזיד חייב מפני

תיקון העולם.

מכאן עולה, שהפטור מתשלום נזיקין קיים רק בשוגג.

תלמוד בבלי

עוד מובאת בגמרא ברייתא (בבא קמא פה, ב) ממנה עולה שהרופא פטור כשהוא טועה בשוגג:

תנא דבי רבי ישמעאל "ורפא ירפא" מכאן שניתנה רשות לרופא לרפאת פירוש שמא יאמר הרופא מה לי בצער הזה שמא אטעה ונמצאתי הורג נפשות בשוגג, לפיכך נתנה תורה רשות לרפאת.

הרמב"ן (תורת האדם שער המיחוש ס"ק ו) ביאר, שגם כוונת התוספתא הראשונה שהבאנו היא לפטור בנזק בשוגג בלבד. וכך פוסק השולחן ערוך (יו"ד שלו, א) לאחר שהוא קובע שנדרשת רשות בית דין לצורך הריפוי:

...ואם ריפא שלא ברשות בית דין, חייב בתשלומין, אפילו אם הוא בקי.

ואם ריפא ברשות ב"ד, וטעה והזיק, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.

ואם המית, ונודע לו ששגג, גולה על ידו.

ערוך השולחן מוסיף לגבי רשות בית דין (שם, ב): "והאידנא צריך להיות מוסמך מהממשלה שיש לו רשות ליתן רפואות לחולאים" יש שהבינו בדבריו שהוא מקבל רשות הממשלה כתחליף לרשות בית דין (ראה במאמר המצויין בהערה) אך נראה יותר שזהו תנאי חדש שמציב ערוך השולחן מלבד רשות בית דין (וכך

מטין דבריו בהמשך שדורש רשות שניהם: "אם ריפא שלא ברשות ב"ד והממשלה".

חבל יותר מן הראוי

בתוספתא נוספת (בבא קמא ט, יא) נאמר:

האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו וכולן שהכו ושהזיקו הרי אילו פטורין. חבלו יותר מן הראוי להן הרי אילו חייבין. שליח בית דין שהכה ברשות בית דין והזיק פטור יתר מן הראוי לו הרי זה חייב. רופא אומן שריפא ברשות בית דין והזיק פטור, חבל יתר מן הראוי לו הרי זה חייב. במקרה של חבלה יותר מן הראוי יש חיוב בכל המקרים גם אלו שהם פועלים מכח מצווה. לכאורה הראשונים והפוסקים עד שולחן ערוך מתעלמים מהחיוב במקרה של "חבל יותר מן הראוי".

אמנם בשו"ת התשב"ץ (ג,פב) מבאר את הדברים. לדבריו מן הדין היה לחייב את הרופא גם כשטעה בשוגג, היות ומדובר בנזק שנגרם בידי אדם המזיק, שחייב גם בשוגג ואף באונס, אך חכמים פטרו את הרופא משום תיקון העולם שלא יימנע מלרפא להבא. כל זאת אם רופא גרם נזק תוך כדי הטיפול, ואז יש תקנה ויש חילוק בין שוגג לבין מזיד, לעומת זאת אם עשה שלא כראוי והזיק חייב גם בשוגג. וכך הוא מסכם את ההלכה:

רופא אומן ונתנו לו רשות ב"ד לרפאת וטעה והזיק והכירו טעותו רופאים אחרים אומנים, חייב הוא בין בשוגג בין במזיד מן הדין כדין חובל ואם הרגיש יש לו דין רוצח.

ואם לא טעה ועשה הראוי לו לעשות אלא ששגג בפשיעתו וחבל פטור מפני תקון העולם ודינו מסור לשמים ואם הרג גולה.

ואם עשה יותר מן הראוי לו הוי מזיק ורוצח ומשלם ונהרג עליו אם התרו בו ואם לא התרו בו דמו מותר לגואל הדם.

דהיינו בעקבות התוספתא מעלה התשב"ץ שלוש דרגות ומוצא נפקותא ביניהם:

1. לא טעה אלא שגג בעבודתו פטור מפני תיקון העולם.
 2. טעה והזיק חייב על הנזק גם בשוגג.
 3. טעה ועשה מעבר לנדרש והרג חייב כרוצח.
- נציין שערך השולחן (יו"ד שלו, א) כיוון גם הוא לדבריו בלא לראותו. בספר מעשה רוקח (מרבי אליעזר רוקח על משנה סנהדרין) מקשה מדוע רופא חייב גלות ואין פוטרין אותו כדין אב שהכה את בנו או רב את תלמידו? ונותר בצ"ע, לפי דברי התשב"ץ ייתכן שמדובר ברופא שטעה ועשה יותר מהראוי לו ועל כן נענש.

סוג הרופא

התשב"ץ מוסיף חילוק נוסף בין סוגי הרופאים:

ונראה כי פי' רופא אומן הוא רופא החבורות במלאכת היד ששגגתו וזדונו היא חבלה ורציחה בברזל... אבל רופא חולים במשקים ובמשלשלות ובמרקחות ובמרחצאות והנחות אינו נקרא רופא אומן אלא רופא סתם ואינו בכלל זה שאינו בא לידי חבלה להתחייב בניזקין, ואם שגג או הזיד והמית או הוסיף מכאוב על מכאובי החולי, ונתכוון לרפאת ולא נתכוון להזיק פטור הוא אף מדיני שמים שאין לו אלא מה שעניו רואות... משמע מדבריו, שכל הדיון הקודם הוא ברופא שתוך כדי פעולת חיתוך גורם נזק, אך ברופא שמשער מה היא התרופה וגורם בסוף נזק לחולה – אין לו חיוב כלל, שכן הוא מלכתחילה פועל בתחום שיש בו סיכון והוא מחוייב לנסות לרפא גם אם עלול להיגרם נזק וממילא אין לו חיוב על הנזק.

דיון בשיטת התשב"ץ

החיד"א (ברכי יוסף יו"ד שלו, ז) מעיר: "והרמב"ן והטור ומרן סתמו דבריהם. ויש לדון בדברי הרשב"ץ, כמבואר למעיין היטב". כלומר, חילוק התשב"ץ אינו מופיע בשאר פוסקים ומסתמא לא סוברים כמותו. אמנם בחיבור אחר שלו (שו"ת טוב עין סימן ט אות ח) מציין החיד"א שכחילוק הרשב"ץ כותב גם הבשמים רא"ש (שפו) ומשמע קצת שמסכים לדבריו. אלו דברי הבשמים ראש (שפו), אף שמוסכם אצל רוב הפוסקים שייחוס החיבור לרא"ש הוא זיוף, מקובל בין הפוסקים להסתמך עליו כאחד מן האחרונים כיוון שהמחבר היה תלמיד חכם: דבר ברור דהיינו דוקא רופא אומן שחתך ידו או רגלו וכיוצא בזה והמית שאם היה מזיד בכה"ג היה נהרג. אבל בזה שנתן רפואות וטועה בדעתו כיון דלא עשה מעשה אלו הזיד פטור ובשוגג נמי אינו גולה, ואף מדין שמים פטור דמאי הוי ליה למיעבד איהו לרפואתו נתכוין ואתקולי אתקל מן שמיא.

טענת ה'בשמים ראש' דומה לדברי התשב"ץ, ולדבריו יש לחלק בין מי שעושה מעשה ומזיק לבין מי שטעה בחכמה ומכח כך גרם נזק.

ראה גם ביאור דברי התשב"ץ ב"חישוקי חמד" מכות (ח,א):

כוונתו לחלק בין שגגה הנגרמת עקב חוסר זהירות בעת הטיפול, לבין טעות באבחנת המחלה. וזהו ביאור דבריו: דווקא רופא החבורות במלאכת היד, דהיינו הכירורג המנתח, הנקרא "אומן", שפגע איזמלו באבר בריא או בעורק דם מתוך חוסר זהירות, ומת החולה, חייב גלות, משום שדומה לחוטב עצים ביער ונשמט הגרזן והרג, שחייב גלות. אבל המרפא חולים בעזרת משקים המשלשלים, דהיינו רופא פנימי הקובע את דרכי הטיפול במחלה על – פי שיקול דעתו, אם טעה באבחנה והחולה מת, פטור הרופא מגלות, מאחר ואין לו אלא מה שענינו רואות, וזאת אם טעותו לא נבעה מתוך רשלנות או חוסר עיון מספיק, אלא שלמרות העיון והבדיקה

המדוקדקת טעה ואיבחן לא נכון את המחלה, ומתוך כך טיפל בה בצורה לא נכונה, שאז פטור הרופא אף בדיני שמים...
אולם במנחת יצחק (ג,קד) פירש את דבריו של התשב"ץ באופן אחר, והוא, שההבדל בין רופא החבורות במלאכת יד לרופא המרפא בעזרת סמים ומשלשלים, הוא בזה שהכירורג המית את החולה בידים ולכן חייב גלות, ואילו הרופא הפנימי המית את החולה על ידי גרמא, ומשום כך פטור.

הרי שהוא מציע שני חילוקים לפי דרכו של התשב"ץ: 1. טעות באבחון היא יותר אונס מאשר טעות במהלך הטיפול. 2. טעות בנתינת הסם היא גרמא וטעות בניתוח היא מעשה נזק בידים. והנפקותא בין הפירושים היא בענין מנתח שטעה באבחון ועשה ניתוח מיותר.

טעות בטיפול

בשו"ת חתם סופר (או"ח קעז) דן באישה שטעתה, ובמקום להכניס תרופה לחולה הכניסה לו חומר רעיל שהרגו. החתם סופר פושט דין זה ממחלוקת הראשונים לגבי שליח בית דין, יש מהראשונים (רש"י מכות ח,א ד"ה ושלח, רמב"ם הל' רוצח ה,ו) שהבינו שהשליח פטור גם אם הלקה אדם והלה נפטר תוך כדי המלקות, אך לדעת הראב"ד (על הרמב"ם שם) אפילו אם השליח טעה והלקה מעבר למה שהיה אותו אדם יכול לסבול, הוא פטור. ומוסיף על כך החתם סופר:

והדברים ק"ו בן בנו של ק"ו, דהתם מת באותו העסק עצמו שעסקו להלקותו בדבר הראוי להמית מתחלתו וטעו בו בשיעור ואומד והמיתו פטורים, מכ"ש הכא דעסקה בלהחיות ונזדמן דבר הממית דבשאר חייבי חטאת מקרי זה מתעסק ופטור...

בשו"ת רב פעלים (ג,או"ח לו) השיג על דבריו וסבר שבמקרה זה ראוי לחייב וזו רשלנות גמורה:

ונוראות נפלאות על תשובתו הנזכרת דנראה נעלם ממנו דין התוספתא גבי רופא שטעה ומת החולה בשגגתו דחייב גלות ונזכר דין זה בטור (יו"ד) סי' של"ו כנז"ל ואותה האשה דינה כדין רופא דתוספתא דבעי כפרה, וי"ל דטעות זו של אותה אשה קרוב לפשיעה דהו"ל להמתין ולהתיישב מאחר שידועת שיש באותו מקום שפשטה ידה בו משקה סם המות השורף, גם עוד זאת אפילו לפי חלוקו של הרמב"ן חייבת בשגגתה כי ברור הוא שמתה הנערה מחמת זה המשקה שנתנה לה ולמה הביט הגאון לחייב בה במקצת כפרה משום שנעשה מכשול על ידה ויש פתח פתוח לפניו לחייבה בכפרה מדין התוספתא הנז' שהוא פסוק להלכה...

כלומר, הוא גם טוען שלגבי מוות דינו של הרופא חמור יותר, וכן הוא טוען שבמקרה זה האישה הייתה "קרוב לפשיעה" שהרי הייתה יכולה לעיין יותר לפני שעשתה מה שעשתה.¹³⁵

סיכום

מומחה או יועץ שנותן עצות בשכר, אם עצותיו גרמו לנזק – יש לדון בשאלת מידת האחריות שלו על הנזק. דהיינו, אם אכן הוא מומחה מקצועי ובר סמכא והייתה לו טעות גמורה שאינה תלויה בו – לא ניתן לחייב אותו על כך. אך אם מדובר בטעות הנובעת מכך שלא עשה את מלאכתו כראוי, הוא יהיה חייב בפיצוי על טעותו. על כן, במקרה דנן יש אחריות על המומחים המביעים את דעתם לברר את הדברים כראוי, ואם יימצא שלא עשו את מלאכתם נאמנה והגיעו למסקנה מוטעית שאין סכנה בריאותית, ולאחר מכן אנשים אכן חלו או ח"ו נפטרו כתוצאה מטעותם – יש מקום לחייבם בתשלום נזק או אף גלות, ואף שזו אינה קיימת כיום אך צריך דרכי כפרה ותשובה במקומה.

¹³⁵ ראה עוד: שו"ת מנחת יצחק ג, קד, שו"ת ציץ אליעזר ד, יג, שו"ת שבט הלוי י, רצד, שו"ת תשובות והנהגות א, תתסח.

כג. אחריות על רשלנות

בשנים האחרונות החלה תופעה מצערת של שכחת ילדים ברכב, ברי לכולם האחריות המליאה של הורים לילדם ואין צורך לפרט את החובה המוסרית וההלכתית של הורה כלפי ילד שהושאר ברכבו. אך בעקבות מקרים אלו יש עניין לסקור כמה מקרים מספרות התשובות בהם הועלו שאלות של אחריות על חיי אדם¹³⁶.

עניין זה עלה במיוחד בעניין מעסיקים שפועליהם נפגעו בזמן עבודתם. נציין שיש הסכמה בין הפוסקים שאם אדם שלח עובד בשכר לעבודתו והלה ניוזק בדרך אין עליו חיוב כספי מן הדין וכפי שהסביר זאת הרמב"ן בתשובה (המיוחסות כ:):

"אין המשלח חייב בתשלומי נזק השליח... שהרי הלך בשכרו. כדכתיב: ואילו הוא נושא את נפשו. ודרשינן: שעל שכרו עלה בכותל ונתלה באילן. כלומר: ולפעמים שיפול ממנו וימות. ובכלל סכנת נפשו הכניס עצמו, מחמת שכרו. ואלו דברים פשוטים הם..." וכך פוסק השולחן ערוך (חו"מ קפה,ו). הרמב"ן מדגיש שאם יש מנהג לחייב בתשלום הולכים אחר המנהג, וכך נפסק ברמ"א (קעו,מח). בעקבות זאת קובעים הפוסקים שבזמננו שהנוהג הוא לבטח את העובד יש אחריות מליאה של המעביד לעובדיו. בדברים דלהלן ננסה ללמוד על אחריות ותוצאותיה בתקופה שלפני קיומו של מנהג זה. המהר"י וויל (קכה) כותב במקרה של שליח שנהרג אמנם אין חיוב כספי אבל: "דאיכא למיחש (=יש לחוש) לעונש יסורין. וטוב שתקבל עליך ייסורין כגון

¹³⁶ רשימה קצרה זו נכתבה לצורך פרסום בעלון מקומי של אחת המועצות האיזוריות בארץ, לצערי מספר שעות לפני הדפסתה, נשכח ילד ברכב באותו מקום ונפטר, ולמחרת נשכח ילד נוסף בישוב אחר באותה מועצה ונפטר גם הוא. מתוך התחשבות ברגשות המשפחות, הרשימה לא הודפסה, ונאלצנו להכין רשימה בנושא אחר, כעת הרשימה מובאת לדפוס עקב חשיבות העניין ועם ההתרחקות ממקום האירועים והחשש מפגיעה ברגשות המשפחות.

תעניות מ' יום. ואם יש לו בנים קטנים תן להם כפי נדבת ידך ותנצל מצוקה וצרה" ומבסס את דבריו על הגמרא שדוד נענש על כך שגרם להריגת נוב עיר הכהנים. כך גם נוקט בספר באר שבע (סנהדרין צה ע"א), וכן משמע מדברי מהרשד"ם (חו"מ תלה) שעוסק במקרה של אדם ששלח פועל צעיר לדרך בניגוד להתראת הוריו שלא ישלחנו והוא נהרג בדרכו על ידי ליסטים: "בדרך חסידות כי בודאי על ידו הגיע לבחור מה שהגיע ומצד זה ראוי לשמעון לפייס לזקן ולבקש רחמים ממנו ית'." בשו"ת צמח צדק (הקדמון ו וצג) ערער על כך וטען שאין צורך בתשובה כלל, אך ביטל דעתו בפני קודמיו.

הפוסקים מסייגים את הדין וכותבים שאם הניזק גרם לעצמו את הנזק האחריות עליו, כך כותב המהרש"ל (שו"ת צו) בענין אדם שרדף אחרי נער ואותו נער הפיל עצמו לגומא כדי להתחבא וטבע למוות, לדבריו אין לרודף אשמה היות והנער הוא זה שהפיל את עצמו למקום הסכנה.

כך כתב גם המהר"ם מלובלין (שו"ת מד) בעניין דיין שנבהל מדפיקות בדלת כיוון שחשב שהדופק הוא בעל דין שרוצה לנקום בו, בעקבות כך הוא ברח לאחר פנימי וחסם אותו בארגז כבד, ומחמת המאמץ והפחד הוא חלה ונפטר. בעל הדין מצידו בסך הכל ביקש לשוחח עם הדיין ולא התכוון לאיים עליו, המהר"ם כותב שהיות והדיין הפחיד את עצמו אין לדופק עוון כלל, אך הוא מסדר לאדם הדופק דרכי תשובה לבקשתו.

הנודע ביהודה (או"ח א, לד) דן גם הוא באדם שהתעקש לקחת סחורה למקום הסכנה למרות שהזהירו אותו, לדבריו היות והוא זה שיוזם את העבודה למרות שהזהר על כך, אין למעסיק אחריות לנזק.

לסיום הדברים נזכיר מקרה שנידון רבות בפוסקים והוא לגבי אימהות שנרדמו עם תינוקן ומצאו את התינוק ח"ו ללא רוח חיים ויש להם חשש שגרמו לכך בעצמן. החתם סופר (חו"מ קפד) מורה להקל על אישה כזו ומנסה לעודד אותה: "תעשה קצת תיקונים אבל לא להחמיר בתענית ובפרט אחר הלידה וה' הטוב יכופר, בכל יא"צ של התינוק בכל שנה תעשה שום דבר טוב לתיקון נשמתו

וסר עונה וחטאתה תכופר וה' ירפא שבר עמו וישמח נפש עגומה בשמחת בנים ובני בנים". מאידך הבן איש חי בשו"ת רב פעלים (ג,או"ח לו) חושש שזו פשיעה של ממש ורשלנות ודורש להחמיר יותר בתשובתה. לפנינו אפוא נטייה בפוסקים מחד להחזיר את האדם למסלול החיים ובפרט לאחר פטירתו של ילד שלהם, ומאידך תביעה תקיפה לביקורת עצמית ולזהירות מופלגת בשמירת חיי הילדים המופקדים בידינו.

לסיכום מציאות זו שבה אדם גורם לפטירתו של רעהו מחייבת חזרה בתשובה גם אם מבחינה הלכתית אין בסיס של ממש לחייב בעונש. בעניין הדרך לחזרה בתשובה יש לשקול גם את האפשרות של בעל התשובה לחזור לחייו.

כד. שכר רופאים

כלל יסודי בהלכה הוא שמי שעוסק במצוה אינו יכול לקחת על כך שכר, וראה להלן הרחבת דברים בעניין זה בדין שכר עדים ודיינים.

אמנם יש מספר נימוקים המאפשרים ליטול שכר גם על עיסוק במצוה כגון שכר בטלה וכדומה כמפורט שם, אך עולה השאלה האם ניתן לקצוב שכר גבוה יותר מאשר שכר בטלה.

שאלה זו עולה בחדות בתחום הרפואה, בו מחד מקיימים מצות הצלת חיים שאין ערוך לה, ומאידך היות תחום זה נדרש ונחוץ לבני אדם, וכל אשר לאדם יתן בעד נפשו, הרי שניתן לנצל את המצב ולגבות שכר נאה, ואף יותר מכך.

יש לציין ששכר גבוה אינו דרישה מופרכת בתחום הרפואה, שהרי הכישורים הנדרשים לצורך ההכשרה הרפואית הם מהגבוהים מבין המקצועות, ותחום זה מושך אנשים מהרמה הגבוהה ביותר אשר ביכולתם להתפרנס מעבודות אחרות בריווח, ואף להתעשר מכך, אך הם בוחרים להיות רופאים.

הרי שהתמונה היא מורכבת ויש מקום לעיין בדברי הפוסקים אשר נתנו דעתם לעניין זה בעיקר מתקופת הראשונים ואילך¹³⁷.

ראשית הדיון הוא סביב הסוגיה בש"ס הקובעת כללי שכר במקרה של לחץ¹³⁸.

קביעת שכר מתוך הכרח

בסוגיית יבמות (קו,א) הגמרא עוסקת באשה שנזקקת לחליצה היות ובעלה נפטר ללא ילדים, ואינה מעניינת ביבום היות והאח של בעלה אינו מתאים לרמתה, ועל לכן היא התחייבה ליבם כסף עבור החליצה:

¹³⁷ ראה תשובתו המפורטת והנאה של הגר"ד הלוי זצ"ל, רבה של תל אביב (שו"ת עשה לך רב ג,לא).

¹³⁸ ראה מה שהאריכו בעניין הגר"ש שפירא זצ"ל, אב"ד ירושלים, בפד"ר יד עמ' 43 ואילך, ובפתי חושן שכירות פרק ח.

בת חמוה דרב פפא נפלה לפני יבם שאין הגון לה, אתא לקמיה דאביי... אמר ליה: חלוץ לה על מנת שתתן לך מאתים זוז. לבתר דחליץ לה, אמר לה: זיל הב ליה, אמר ליה: משטה אני בך עבדה ליה, מי לא תניא: הרי שהיה בורח מבית האסורין והיתה מעברא לפניו, ואמר ליה טול דינר והעבירני, אין לו אלא שכרו; אלמא אמר ליה משטה אני בך, הכא נמי משטה אני בך...

הגמרא מסכמת שיש אפשרות להתנער מהחיוב המופרז שהאשה התחייבה ליבם. כך נפסק בעקבות כך בשולחן ערוך (אה"ע קסט,ג): "אבל אם יש טענה שאינה חפיצה בו מפני שאינו הגון לה, והוא חייב לחלוץ אלא שאינו רוצה, והטעוהו שיחלוץ לה על מנת שתתן לו ק"ק [=200] זוז, אינה חייבת ליתן לו כלום." התוספות (הובאו בריטב"א שם) קובעים שלדין זה יש השלכה גם בעניין רפואה: הצריך סממנים וקצץ עליהם שכר גדול מפני דחקו אינו נותן אלא דמיהן, וכן הפוסק עם הרופא הרבה.

כלומר, כשם שניתן לחזור מהתחייבות כספית מוגזמת, זו כך ניתן לחזור מסיכום עם הרופא על שכר גדול מעבר למקובל, או עם רוקח שדרש שכר מופרז על תרופות, וזאת בטענה שהסיכום נעשה מתוך לחץ המחלה ואינו מחייב.

הרמב"ן (שם, הובא גם ברשב"א ובריטב"א) חולק עליהם בעניין שכר הרופא: ויש לומר דוקא ביבם שאינו הגון להם קאמרינן, דכיון דמצוה מן התורה בחליצה... לא מפסדא מיניה כלום ממאי דחזי ליה, הילכך כשהתנית עליו יותר מן הראוי לו דמי ופטורה, וכן נראה מפירוש רש"י.

ושמעין מינה דמי שהוא חולה וסמנין ביד חברו שוין עשרים, והתנה עליו ליתן הרבה בדמיהן מחמת אונס חליו, אין לו אלא דמיהן, אבל רפאהו יש לו שכרו משלם שחכמתו מכר לו והיא שוה דמים הרבה.

ויש מפרשים דטעמא דמתניתין משום דחייב הוא להצילו משום השבת אבידה ומשום הכי אין לו אלא שכרו כפועל בטל, ולדבריהם אין לרופא אלא שכר בטלה שלו, ולא מסתברא...

לפי דבריו היסוד העולה בסוגיה הוא שחייב מופרז במקום מצוה אינו תקף היות והוא אכן דבר בלתי מתקבל על הדעת שייבה סכום עבור קיום המצוה ועל כן גם חיוב מופרז על תרופות הוא חיוב שאין לו תוקף, מה שאין כן שכר רופא הוא אינו שכר מופרז שכן הוא רשאי לקחת שכר חכמתו, והחכמה אין ערוך לה. הרמב"ן מביא את שיטת התוספות שגם החיוב על הרופא הוא מופרז היות והוא מחוייב לרפא, אולם הוא קובע שטעם זה לא מסתבר, וראה להלן שביאר דבריו בחיבור אחר שלו.

כל אלו הדברים אמורים בעניין גבייה לאחר מעשה. הרמב"ן בחיבור אחר שלו, ספר תורת האדם (שער המיחוש ענין הסכנה), קובע את ההבדל בין שכר שהרופא יכול לקחת לכתחילה לבין מקרה שבו נקבע שכר שלא על פי הדין:

ולענין שכר רפואה, נראה לי דמותר ליטול מהן שכר בטלה וטרחא. אבל שכר הלמוד אסור, דאבדת גופו הוא ורחמנא אמר "והשבתו לו". ואמרינן לענין מצות (בכורות כט,א) מה אני בחנם אף אתה בחנם. הלכך שכר החכמה והלמוד אסור דהוה ליה כשכר הזאה וקידוש. אבל שכר הטרחא מותר... וכן שכר בטלה מותר...

הרמב"ן ממשיך להביא סוגיית הגמרא ביבמות ומסכם כדבריו בחידושים שאף שלכתחילה אין לו לקחת שכר גדול, אם פסק מותר לו לקחת.

הריטב"א (יבמות שם) משיג על שיטה זו וסובר כדברי התוספות: "שהרי חייב הוא לטרוח בחכמתו לרפאותו", הרי שדבריו הקצרים של הרמב"ן בחידושו לא הבהירו את עמדתו כראוי, יש לציין שהריטב"א במקום אחר (קידושין ח,א) הביא דברי הרמב"ן וכתב שכן הסכים מורו [=הרא"ה].

אמנם הרמב"ן הוסיף בחיבורו תורת האדם (המצויין לעיל) לבאר את דבריו ומה שסתם בחידושו נתפרש בחיבור זה, ותמצית דבריו היא שאף שיש לרופא מצוה

לרפא חולים, אך למעשה זו מצווה המוטלת על כל העולם ולא רק עליו באופן אישי. ועל כן כשהוא בוחר לקיים את המצווה באופן אישי, אין הוא חייב להפסיד ממונו עבור קיום המצווה (ראה ביאור הגר"א יו"ד שלו, יב בליקוט שדברי הרמב"ן הם מענה על קושיית הריטב"א).

המאירי (יבמות שם) דן בשני העניינים, של מכירת תרופות וגביית שכר רופא ובשניהם דעתו להיפך מהרמב"ן:

מקצת גדולי הדורות למדין מכאן במי שהיה חולה ויש ביד חברו סמנין שוים עשר ומתנה עליו הרבה בדמיהן מחמת אונס חליו שאין לו אלא דמיהן.

ואין זה נראה שלא נאמר אלא במי שמצוה עליו בכך מצד גופו אבל מכל מקום אין אדם מצווה להוציא את שלו לצורך אחרים להציל עצמן וממונון שמה אף הוא יצטרך להם ונמצא קרה, ועוד שהרי דברים אלו תלויים הם בדין אונאה שהסמנין כשאר מיני סחורות הן.

ואף הם כתבו שאם היה רופא ומתיקר מצד גופו יראה שאינו בדין זה שחכמתו מכר לו והיא שוה כמה, ואף בזו יש לחוש שחייב הוא להצילו ויש לפקפק שלא ליתן אלא כפי הראוי לו.

העולה מדברי המאירי שלעניין מכירת התרופות הוא דווקא סבור שהיות ואין חובה להוציא מרכושו עבור הצלה הרי שדרישה לתשלום מוגזם מתקבלת, אלא אם כן הדבר חריג מבחינת דיני אונאה, מאידך בענין הרופא חוזר המאירי על השגת הריטב"א.

הטור פוסק כשיטת הרמב"ן (יו"ד שלו).

סיכום ביניים

נסכם את העולה עד הנה:

מהגמרא עולה שחייב שכר מופרז עשוי להיות בטל.

תוספות כותב שהדבר תלוי בחיוב וממילא כל דבר שאדם חייב בו, כל תביעת שכר רופא או תשלום מופרז על תרופות היא בטילה ועל כן רופא אינו רשאי לתבוע מעבר לשכר בטלה או דומה לכך.

הרמב"ן כותב שאכן חיוב על תרופות הוא מופרז, אך חיוב שכר הרופא אינו מופרז היות וזו חכמה. ואין זו חובה, היותו והחובה היא לא אישית על רופא זה אלא על כלל הציבור. אך גם הרמב"ן כותב שלכתחילה הרופא יכול ליטול שכר טורחו או שכר בטלה ולא יותר מכך.

המאירי מציע שיטה הפוכה ולדעתו חיוב על תרופות אינו מופרז היות ואדם אינו חייב ליתן ממנו עבור הצלה ויכול לדרוש כאוות נפשו. מאידך הרופא מחוייב לתת מגופו ולתרום ככל הנדרש.

שיטת המרדכי

במרדכי משמע כשיטת הרמב"ן מכיוון אחר, וכך הוא כותב (ב"ק קעב):

אומר רבי מאיר שהוא הדין לשכר שדכנין שאינו מחויב לתת לו כי אם שכר טרחו. אמנם ראיתי בספר אור זרוע שפסק משם רבינו שמחה שחייב לתת לשדכן כל מה שהתנה ליתן לו... שבשכר שדכנין רגילין לתת הרבה יותר מכדי טרחו, והביא ראיה דמעשה בא לפני ר"י באחד שעשה בהשבעה של שדים שהוחזרה הגניבה ונדר לו זקוק ואחר שעשה המעשה לא רצו ליתן לו אלא שכר טרחו ופסק ר"י לתת לו כל מה שהתנה, בדבר זה רגילין לתת יותר מכדי טרחו. ואמרתי לפני מורי שכן ראיתי ולא השגיח. ושוב מצאתי כן בספר המצות (עשיו עד) משום רבינו יהודה דה"ה לענין רפואות דדרך ליתן דמים מרובה ולא נאמר בזה שיחק בו עיין פ' מי שמת. ושוב הרצו הדבר לפני רבינו מאיר שכן ראו בספר המצות ולא השגיח. ובספר החכמה כתב רבינו ברוך ממגנצ"א על בעל הבית שחייב לתת לשדכן כל אשר התנה לו וכן פסק רבינו שמחה.

דהיינו המהר"ם דרש שיינתן לשדכנים שכר טורחם בלבד ולא שכר מופרז, ולכאורה משמע מדבריו שהוא הדין בשאר מלאכות, ובניגוד לחכמים צרפתים ואשכנזים רבים שחולקים עליו וסוברים שבמקרה שיש שכר מקובל בשוק שהוא גבוה יותר עבור מלאכות שונות, יש לכך משמעות מחייבת, ועל כן לדבריהם ניתן לגבות יותר מהטרחת עבור שדכנות, השבעת שדים וכן רפואה. לפי זה לשיטת פוסקים אלו יש שיקול נוסף לעניין שכר רופאים והוא המנהג המקובל לגבי גובה התשלום.

בשו"ת מהרי"ל (החדשות קנח) כותב:

אבל היכא דליכא שום הפסד לשדכן, יש להתיישב הרבה בדבר הואיל ומהר"ם בתרא הוא. והא פשיטא דמהר"ם חולק על ר"י ורוב רבותיו, דמדמין שכר שדכנות להשבעת שדים וסרסרו' ורוב רבו' הביאו דברי מהר"ם למחלוקת. אבל מה שכתב במקום שדרך וחוק קבוע ליתן לפי סכום הגדוניה, נראה דאין ספק, וכן שכר סרסרו' חק קבוע מן הקבוע אין אדם פוצה פה, דאדעתא דהכי נכנסין דהוי כשוכר פועלים באתרא דיש מנהג לדון' וליתן להם כמנהג המדינה...

הרי שהמהרי"ל חושש לשיטת מהר"ם, אך מסייג את שיטתו רק להתחייבות שהיא מעבר למנהג המדינה.

הרמ"א הביא את שיטת המהר"ם להלכה (ח"מ רסד, ז):

י"א הא דאין לו אלא שכרו היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה, אבל בדבר שדרך ליתן הרבה, כגון השבעת שדים או רפואה, חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו (תוספות והרא"ש פרק מצות חליצה). ובשדכנות אין לו אלא שכרו, אף על פי שהתנה עמו לתת לו הרבה (הרא"ש כלל ק"ה סי' א' ומרדכי פ' הגוזל בתרא בשם מוהר"ם).

יתכן שלשיטה זו מותר גם לכתחילה לתבוע שכר כפי שהדרך ליטול. ודלא כשיטת הרמב"ן שלכתחילה אסר.

הים של שלמה (ב"ק י, לח) הוסיף וקבע להלכה שלא כמהר"ם, ויתכן שכוונתו למקרה בו המהר"ם מודה כפי שנראה מהמהרי"ל: "ושאר ענינים, שדכנות, ורפואות, וסרסרות, ושאר סגולות, שאין להם קצבה. משלם כפי אשר הותנה, בפרט בדברים שרגילין ליתן הרבה." וראה בש"ך (רסד, טו) שהמהרש"ל אינו חולק על הרמ"א וכוונתו רק למקום שאין סכום שדכנות קבוע. וראה עוד בפתחי תשובה (שם ח) שהביא מחלוקת האחרונים בעניין. השולחן ערוך יורה דעה (שלו, ג) פוסק המחבר כשיטת הרמב"ן.

אין מומחה כמותו

הרדב"ז בתשובה (ג, תקנו) מחדש שלשיטת הרמב"ן יש דין שונה במומחה יחיד מסוגו:

ומ"מ בנ"ד שאין שם רופא מובהק כמותו נ"ל שאפי' הרמב"ן ז"ל מודה שאין לו אלא שכרו בלבד... כיון שאין מומחה כמוהו עליו לחודיה רמיא לרפאות ולהציל ואם לא הציל עבר על מצות עשה.

לדבריו היות וסברת הרמב"ן היא שהמצוה היא על כל העולם, הרי שבמומחה יחיד במינו המצוה מוטלת רק עליו. וראה בשו"ת ציץ אליעזר (ה, רמת רחל כה) שחזק את דעת הרדב"ז.

מאידך מדברי הט"ז (יו"ד שלו, ג) בביאור דברי הרמב"ן נראה שהוא חולק על כך:

משא"כ בחכמת הרפואות שאין לה שיעור ומתחלה לא היה חיוב עליו ללמוד זה על כן מהני התנאי דוקא בזה.

לדבריו היות ולא היה חיוב מתחילה ללמוד את הרפואה הרי העובדה שהוא כיום המומחה היודע באופן יחיד במינו את מקצועו, אינה הופכת את הדבר למצוה מיוחדת עליו ולסיבה לפטור את המתחייב מלשלם לו.

סיכום

הרמב"ן קבע שלכתחילה אין לקחת שכר מופרז על רפואה ורק בדיעבד אם קבע שכר גבוה ניתן לגבות שכר זה, היות וזה אכן שוויה של הרפואה. יש מהראשונים שהסכימו עמו בעניין זה משום שדרך לשלם על הרפואה הרבה, והצענו לעיל שמא לשיטתם יש היתר אף לכתחילה לגבות שכר גבוה יותר, ויש מהראשונים שחלקו וסברו שהיות והרפואה היא מצוה אין לשלם שכר מופרז אפילו לאחר שנקבע שזה יהיה השכר.

אמנם מצינו גם בתחומים נוספים שלכתחילה אין לקחת בהם שכר אך למעשה עקב תקנת הציבור, וטעמים נוספים, יש היתר לקחת בהם שכר. בתחום הרפואה נראה שלפחות חלק מהטעמים הללו תקפים ומקובלים ולכאורה אינם מגבילים את גובה הסכום. ובנוסף כפי שציינתי יש תקנת הציבור שאנשים בעלי יכולת וכשרון יפנו לתחום הרפואה ויתפרנסו ממנו בכבוד ובדומה למקצועות אחרים הנחשבים מהמכובדים, כך מקובל גם בין האומות העולם ו"חכמה בגוים תאמין". אמנם הרופא צריך לזכור שמעשה הרפואה הוא מצוה וראוי לו להעמיד מול עיניו את היעוד הנעלה ביותר מעבר לעניין הכלכלי וממילא גם לעמוד לימין אלו הנזקקים ולהקל מעליהם את העול לפי היכולת.

עם סיום הדברים ראיתי מה שכתב לצדד בזה בעל האגרות משה (יו"ד ד, נב) ובכלל דבריו דברינו.

כמו כן עם הכנת הדברים לדפוס, זכינו לקבל (מהרב שלמה כ"ץ שליט"א), את חיבורו של הרב משה דב וולנר זצ"ל, רבה הראשי הראשון של אשקלון (נפטר תשס"ז), "שאלת חמדת צבי" ובו מצאנו שגם הוא דן בסוגיה וזו מסקנתו להלכה (ב, יט).

כה. שכר עדים ודיינים

בהקשר לנושא שכר הרופאים, אני מצרף מאמר שכתבתי בעניין שכר עדים בבית הדין והוספתי כעת מקורות בנושא שכר הדיינים. תופעה שכיחה היא,¹³⁹ שעדים מגיעים לבית דין להעיד לטובת אחד הצדדים או שבית הדין מזמן אותם כדי למסור מידע חדש על המקרה שנידון בו. לעתים עדים אלו תובעים שכר על הגעתם, ויש לשאול: מהם כללי תשלום השכר במקרים אלו?

א. נוטל שכר לדון ולהעיד – דינו ועדותו בטלין
המשנה (בכורות פ"ד מ"ו) קובעת: 'הנוטל שכרו לדון דינו בטלים להעיד עדותיו בטלין...'.
הגמרא (בכורות כט, א) מציינת כמקור לדין זה: "אמר רב יהודה אמר רב: דאמר קרא ראה למדתי אתכם וגו' – מה אני בחנם אף אתם בחנם."
דהיינו החובה לפעול בחינם נובעת מדרשת הכתובים, לגבי התוצאה של הפעולה בשכר, מבאר הרמב"ן¹⁴⁰:
שכל זמן שהוא נוטל שכר קנסוהו חכמים לבטל מעשיו משום דקא עבר (נדרים לו ע"א) על 'מה אני בחנם אף אתם בחנם' אף על פי שנטל משניהם.
דהיינו, יש פגם בנטילת שכר על מעשה שמצווה לעשותו בחינם.
לנוכח זאת כותב רבי עובדיה מברטנורא:

¹³⁹ מאמר זה נדפס במקורו בחוברת אמונת עתיך 103, הרב חיים בלוך שליט"א, ראש כולל 'משפטי ארץ', קרא את המאמר באותה גירסה והעיר הערות חשובות וכן מערכת אמונת עתיך ערכו והעירו, כאן חזרתי ותיקנתי דברים נוספים והרחבתי כאמור למעלה את היריעה.
¹⁴⁰ רמב"ן קידושין נח ע"ב, מובא גם ר"ן, על הרי"ף קידושין כג ע"א ד"ה וכתב.

וברבני אשכנז ראיתי שערוריה בדבר זה, שלא יבוש הרב הנסמך ראש ישיבה ליטול עשרה זהובים כדי להיות חצי שעה על כתיבת ונתינת גט אחד, והעדים החותמים על הגט שני זהובים או זהוב לכל הפחות לכל אחד, ואין זה הרב בעיני אלא גולן ואנס, לפי שהוא יודע שאין נותנים בעירו גט שלא ברשותו, ונותן הגט בעל כרחו צריך שיתן לו כל חפצו. וחושש אני לגט זה שהוא פסול, דהא תנן במתניתין הנוטל שכר לדון, דינו בטלין. להעיד, עדותו בטלה.

הערתו החריפה של הרב ברטנורא בדבר החשש לגיטין פסולים היות והדיינים והעדים נוטלים שכר על מעשיהם, הביאה לחידוד האסור והמותר בנושא זה כפי שנחריב להלן.

1. טעם הדין

מדברי הראשונים שעסקו בסוגיה משמע שמדובר בפסול מדרבנן. הרמב"ן¹⁴¹ כתב: 'קנסוהו חכמים', וכן כתבו עוד ראשונים¹⁴².

אמנם מהר"י בן לב¹⁴³ שואל שאלה יסודית:

ולמה לא ניחש דילמא יעיד עדות שקר כדי להרויח אותו ממון ואותו

השכר דכל הנוגעים בדבר הם פסולים לעדות?

דהיינו לכאורה מתן שכר לעד צריך לפסול אותו מהתורה בהיותו מחוייב להעיד עדות מסויימת כדי לקבל את שכרו וזהו פסול 'נוגע לעדות' שהוא פסול מהתורה. על כך הוא עונה שתי תשובות:

1. הנוגע פסול לעדות מגזרת הכתוב כ'קרוב' לדבר, ולא משום חשש שמא ישקר בעדותו תמורת כסף, וחכמים באו ופסלו את מי שמקבל כסף על העדות.

¹⁴¹ רמב"ן, קידושין נח ע"ב.

¹⁴² רשב"א, קידושין שם, ריטב"א, קידושין שם, ר"ן לעיל הערה 2, רבנו ירוחם, מישרים נתיב ב חלק ז ומאירי, קידושין שם.

¹⁴³ מהר"י בן לב, ח"א סי' יט.

2. יש שתי דרגות של שכר: שכר טרחה על עדות אינו פוסל את העד לפי התורה אלא מדרבנן, ורק שכר שנוסף על שכר הטרחה פוסל מהתורה משום נוגע.

השלכה מדבריו היא בנוגע לשכר עד שמעיד להתיר עגונה, שכן פסול לעדות מדרבנן – כשר לעדות היתר עגונה, ואילו פסול לעדות מן התורה – פסול להתיר עגונה. ובהקשר זה הוא כותב על מקרה שבא לפניו:

וכבר בא מעשה לידי באיש אחד ששלחו אותו לעיר אחרת לחפש אם ימצא אי זה עדות להתיר אשה אחת עגונה, ועשו תנאי עמו שאם יביא עדות להתיר האשה יתנו שנים אלפים לבנים ואם לא יביא עדות יספיק להתיר האשה לא יתנו אלא אלף לבנים, והלך אותו השליח והביא עדויות מפי אחרים שלא היו מספיקים להתיר האשה אבל אמר ששמע מפי גוי מסיח לפי תומו שנהרג אותו היהודי, ואותו העדות היה מספיק להתיר האשה ונסתפקו אי סמכין על עדות אותו השליח כיוון דהוה נוגע בעדות... ועדיין אני במקום הספק אני עומד.

דברי מהר"י בן לב עוררו דיון יסודי ומסועף, ובעקבותיו דנו האחרונים בגדרי 'נוגע בעדות', הודאת בעל דין ועוד עניינים, ובהם לא נעסוק בהרחבה כאן. באופן עקרוני, בעל 'קצות החושן'¹⁴⁴ סובר שפסול 'נוגע' הוא מדין 'קרוב', ונוטל שכר להעיד אינו 'נוגע' אלא פסול מדרבנן, ואילו בעל 'נתיבות המשפט'¹⁴⁵ סובר שפסול 'נוגע' הוא משום 'חשש משקר', וממילא גם נוטל שכר מצד אחד או יותר מכדי טורחו פסול לעדות מן התורה.¹⁴⁶

¹⁴⁴ קצות החושן, סי' לד ס"ק ד.

¹⁴⁵ נתיבות המשפט, סי' לד ס"ק י. ראה ישועות ישראל סי' לד ס"ק יב שכן הכרעת רוב הפוסקים.

¹⁴⁶ לכאורה, מדברי הראשונים אפשר לדייק שהפסול הוא משום קנס גם כשאחד מן הצדדים שילם את השכר, שכן הרמב"ן כותב: 'ואע"פ שנטל משניהם, ומשמע שגם אם נטל רק מצד אחד הפסול הוא רק מדרבנן. אך אפשר גם לומר שאין הכרח לפרש כך, שכן ייתכן שכוונתו היא בנוגע לפסול הדיינות שמוזכר שם.

לעניין ספיקו של מהר"י בן לב יש לציין לשו"ת 'משאת בנימין'¹⁴⁷ שדן בעד שקיבל שכר על עדות להתיר עגונה, במקרה שהעגונה סיכמה אֶתוּ שיקבל שכר קבוע בין אם תועיל עדותו ובין אם לאו. הוא כותב שהעדוּת בטלה משום דין 'נוגע', וגם אם אין נגיעה, כגון אם השכר ניתן לו בין אם תועיל עדותו ובין אם לאו – לדעתו העד פסול; בעל 'משאת בנימין' אינו מחלק בין פסול עדות מדאורייתא ובין פסול עדות מדרבנן. גם המהר"ם מלובלין¹⁴⁸ פסל עד שנוטל שכר להעיד בעדות עגונה.

לעומתם ה'נודע ביהודה'¹⁴⁹ נטה להכשיר פסול עדות משום 'נוגע' בעדות עגונה, אך למעשה לא רצה להקל נגד הפוסקים שהזכרנו. בתשובה נוספת¹⁵⁰ הוא מחדד את ההבדל בין נוטל שכר שפסול מדרבנן ל'נוגע' שפסול מן התורה, וגם לדבריו נוטל שכר ראוי להיות כשר לעדות עגונה.

ה'נודע ביהודה' חזר וכתב¹⁵¹ שייתכן שבמקרה כזה אפילו מי שפסול מדרבנן יהיה פסול לעדות היתר עגונה, מכיוון שאין זה 'פסול עדות' אלא קנס לבטל את עדותו, ואפשר לקנוס בקנס זה גם בעדות עגונה עם זאת, הוא צידד להקל, משום שבעדות עגונה אין צורך בעדות אלא בידיעה.¹⁵²

בשו"ת 'משפטי עוזיאל'¹⁵³ נקט בפשטות שפסול נוטל שכר הוא מן התורה, בניגוד לכל הפוסקים שציינו,¹⁵⁴.

¹⁴⁷ שו"ת משאת בנימין, סי' צח.

¹⁴⁸ תשובות מהר"ם מלובלין, סי' נו.

¹⁴⁹ נודע ביהודה, אה"ע ח"א סי' כז.

¹⁵⁰ שם כט.

¹⁵¹ שם מז.

¹⁵² הערת הרב בלוך: ה'בית מאיר' (אבן העזר סי' יז ס"ק ג) ו'שער משפט' (סי' לד ס"ק י) מכשירים עדות נוגע בהיתר עגונה, ובשו"ת 'ביע אומר' (ח"ח אה"ע סי' יט) פוסק שבמילתא דעבידא לאיגלווי אין חיסרון מצד 'נוגע'.

¹⁵³ שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ סי' טו.

ב. היתרים לנטילת שכר על עדות

1. שכר בטלה

עד רשאי לקבל שכר בטלה. במשנה (בכורות פ"ג מ"ו) נאמר: 'נותן לו שכרו כפועל', וביארה הגמרא (בכורות כט ע"א) שהכוונה לשכרו 'כפועל בטל', דהיינו שכר בטלה על שהתבטל ממלאכתו הרגילה.

כך אפשר ללמוד גם מדברי התוספתא (בכורות פ"ג ה"ח):

אבל נותן לדיין שכר דינו ולעד שכר עדתו אף על פי שאמרו כשר [נראה שצ"ל כעור] לדיין שיטול שכר ולעד שיטול שכר עדתו... ואם היה זקן מרכיבו על החמור ונותן לו שכרו כפועל בטל אף על פי שאמרו כעור הדיין שנוטל שכרו.

ובירושלמי (סנהדרין פ"א ה"א):

חד בר נש אזל מידון קומי רב הונא א"ל אייתי לי בר נש דיסוק תחותי לדיקלא. רב הונא הוה רעי תורין והוה ידע שהדו לבר נש א"ל איתא שהד עלי א"ל הב לי אגרי ותני כן נותנין לדיין שכר בטילו ולעד שכר עדותו.

לפי הירושלמי, החכם שהיה רועה שוורים ביקש שכר על ביטול זמן הרעייה כדי לבוא להעיד, ובקשתו מבוססת על דברי התוספתא.

בסוגיית הגמרא בכתובות (קה,א) נקבעו עקרונות ההיתר לשכר בטלה אצל דיינים:

קרנא הוה שקיל איסתירא מזכאי ואיסתירא מחייב, ודאין להו דינא. והיכי עביד הכי? והכתי': ושוחד לא תקחו! וכ"ת, ה"מ היכא דלא שקיל מתרוייהו, דלמא אתי לאצלויי דינא, קרנא כיון דשקיל מתרוייהו לא אתי לאצלויי דינא, וכי לא אתי לאצלויי דינא מי שרי? והתניא: ושוחד לא

¹⁵⁴ והוא חזר וחזק את דבריו שם, סי' טז בתשובה שכתב למי שהעיר לו (ר"ש ליברמן) על דעת הראשונים. וראה בשו"ת 'דברי שלום' חו"מ ח"א סי' מט שנקט כפשטות דברי הראשונים, שהפסול הוא מדרבנן אם אין נגיעה בדבר.

תקח מה ת"ל? אם ללמד שלא לזכות את החייב ושלא לחייב את הזכאי, הרי כבר נאמר: לא תטה משפט! אלא אפי' לזכות את הזכאי ולחייב את החייב, אמרה תורה: ושוחד לא תקח! הני מילי היכא דשקיל בתורת שוחד, קרנא בתורת אגרא הוה שקיל. ובתורת אגרא מי שרי? והתנן: הנוטל שכר לדון – דיניו בטלין! הנ"מ אגר דינא, קרנא אגר בטילא הוה שקיל. ואגר בטילא מי שרי? והתניא: מכוער הדיין שנוטל שכר לדון, אלא שדינו דין; ה"ד? אילימא אגר דינא, דינו דין? והתניא: הנוטל שכר לדון – דיניו בטלין! אלא אגר בטילא, וקתני: מכוער הדיין! הני מילי בטילא דלא מוכחא, קרנא בטילא דמוכחא הוה שקיל, דהוה תהי באמברא דחמרא ויהבי ליה זוזא. כי הא דרב הונא, כי הוה אתי דינא לקמיה, אמר להו: הבו לי גברא דדלי לי בחריקאי, ואידון לכו דינא.

כלומר יש כסף הניתן כשוחד אפילו לצורך הכרעת אמת, ויש שלוש דרגות של כסף הניתן כשכר לדיין: 1. בתורת שכר – דיניו בטלין. 2. שכר בטלה – מכוער הדבר. 3. שכר בטלה דמוכח – מותר וראוי כאשר השכר ניתן משני צדדים. וכך מסכם הרמב"ם את כללי ההלכה (סנהדרין כג,ה):

כל דיין שנוטל שכרו לדון דיניו בטלים, והוא שלא יהיה שכר הניכר, אבל אם היה עוסק במלאכתו ובאו לפניו שנים לדין ואמר להן תנו לי מי שיעשה תחתי עד שאדון לכם או תנו לי שכר בטלתי הרי זה מותר, והוא שיהיה הדבר ניכר שהוא שכר הבטלה בלבד ולא יותר, ויטול משניהם בשוה זה בפני זה כגון זה מותר.

הרי שהרמב"ם מדגיש את התנאי של נטילת שכר בשווה משני הצדדים ומוסיף תנאי נוסף שאינו מופיע בגמרא שנטילת השכר תהיה בפניהם. סוגיה זו נפסקה להלכה בשולחן ערוך (חו"מ ט,א). סוגיית שכר לעדים אינה מופיעה בשולחן ערוך בהלכות עדות כי אם ברמ"א (חו"מ לד,יח) וכן בהלכות

גיטין כפי שיובא להלן. אלו המקרים בהם התירו הפוסקים לעדים ולדיינים ליטול שכר:

(א) עדים ודיינים בטלים באופן קבוע

כותב הריטב"א¹⁵⁵:

לפיכך ציבור שקובעין דיין או עדים להיות מזומנים לכל הצריכין מותר לקבוע לו שכר משל ציבור שהרי הם צריכים להיות בטלים מכל עסקיהם כדי שיהיו מזומנים לכל. וכך כתב גם הרדב"ז בתשובה¹⁵⁶ בנוגע למתן שכר לעדי הגט, 'דעל מנת כן קבלום עליהם הצבור כיון שהם פנויים תמיד ומוכנים לזה'. לגבי דיינים כותב הטור (חו"מ ט) שהמנהג הוא להסדיר את תשלום שכרם על ידי מינוי קבוע מהקהל:

וכתב הר"י ברצלוני נהגו ברוב מקומות לעשות לב"ד קופה שפוסקין מזון ב"ד ופרנסתם לכמה עולה בשנה ומגבין אותו בתחילת השנה או בסופה ואין בזו משום תורת שוחד ותורת אגרא כי חובה הוא על כל ישראל לפרנס דייניהם וחכמיהם וגם אם יש נדבות או הקדשות סתם לוקחין מהן ומיהו במקום שמגבין אותו בתחילה אין צריכין הדיינים לטרוח לכך ולא לבקש משום אדם כלום כדי שלא יהא צריך לשום אדם ולא להחניפו ולא להחזיק לו טובה אלא דבר קצוב הוא על הצבור ומגבין אותה בעונתו כמו ארנונות כדי שיהא מקובץ ומוכן לו ולא יהא צריך הדיין להחזיק טובה מגביו לשום אדם.

ובתומים (חו"מ ט, ט) הוסיף ביאור בטעם המנהג:

¹⁵⁵ שו"ת הרדב"ז, ח"ג סי' תרכב.

אבל רבני יושבי על מדין בזמן הזה שבשביל שעסקם לדון דין איש לרעהו, אינם עוסקים במשא ומתן ומלאכה, ולולי זאת היו בלי ספק עוסקים במו"מ וכדומה, כי מאין יהיה להם פרנסתם, הוה כמלאכה ניכרת דידוע לכל שבשביל זה הם נרפים מן מו"מ, וגם הואיל ונהגו כך ליטול הוה כאילו התנה מתחילה, ואדעתא דהכי באים אצלם לדין אדעתא דמנהגא, כן נראה לי, ומזה פשטה התירא.

ראה גם בתשובות חתם סופר (חו"מ קסד מובא בפת"ש ט,ב) ביאור נפלא למנהג, ואין כאן המקום להעתיק את אריכות דבריו. ראה גם דברי הט"ז (אה"ע סדר הגט,ב) ממנו עלה שאין להסתמך על היתר זה לעניין דיין שיש לו ממון ואינו נצרך לצאת לעבודה וממילא אינו מפסיד מכך שיושב כרב, אמנם פשטות דברי הר"י ברצלוני לא משמע לחלק בכך, לפחות בריש דבריו שחובה על ישראל להחזיק דייניהם, אם כי סוף הדברים שהדבר נועד למנוע הצטרפות ושוחד אכן משמע קצת שהדבר תלוי האם הדיין נצרך לאחרים.

(ב) שכר 'בטלה דמוכח' של עדים

על פי סוגיית הגמרא (כתובות קה ע"א) מחלקת בין שכר 'בטלה דמוכח' של דיין, דהיינו שהפסד העבודה שלו הוא ברור, ובין 'בטלה דלא מוכח' שלו. דנים הפוסקים לגבי שכר 'בטלה דמוכח' של עד.

ה'מרדכי'¹⁵⁷ כותב:

וכתב רבינו יצחק אור זרוע שלא יטלו עדי הגט שכר אלא אם כן שכר בטלה דמוכח כדאיתא פרק שני דייני גזירות גבי קרנא דכי היכי דהנוטל שכר לדון דינו בטלין הוא הדין לעדים, בשם רבי יהודה מפרי"ש.

¹⁵⁷ מרדכי, גיטין סי' תנג.

בעקבותיו פסק ה'שלחן ערוך'¹⁵⁸: "לא יטלו עדי הגט שכר יותר מכדי שכר בטלה דמוכחת".

המהרי"ק¹⁵⁹ הרחיב בדין זה. ראשית, הוא מבסס את ההיתר של שכר בטלה עבור מי שבא מרחוק בכדי להעיד:¹⁶⁰

מי הוא ואיזהו שיטעה לומר שיתחייב אדם לבא ממדינת הים כדי להעיד עד שנאמר שהנוטל שכר על זה שתהא עדותו בטלה? פשיטא דלא גרע מדיין... כל שכן וכל שכן שכר טורחו גדול כזה שהרי דבר פשוט הוא שאינו מחוייב לבא ממדינת הים להעיד עדות... בנוגע להגדרת הבטלה, המהרי"ק מדייק מלשון התוספתא, שדין עד קל יותר מדין דיין:

ולא מבעיא שכר בטלה דמוכח דשרי... אלא אפילו שכר בטלה דלא מוכח שהוא אסור לדיין מותר הוא לעד היכא דאיכא קצת טורח או ביטול, ואפילו אין מגיע לשכר שהוא נוטל על זה. וראיה... בתוספתא דבכורות כאשר הביאה הירושלמי, דמשם יש לדקדק גבי דיין לא שרינן אלא שכר בטלתו, אבל גבי עד שרי אפילו יותר מכדי שכר בטלתו, מדשינה הלשון ותפס לו גבי דיין שכר בטלנות וגבי עדות לשון שכר עדות סתם...

אם כן, המהרי"ק סובר שעד שיש לו טרחה או הפסד קל, זכאי לתשלום על כל הוצאותיו. הלכה למעשה דעתו לא הובאה בשו"ע.

(ג) מי משלם את שכר הבטלה?

בעל 'נתיבות המשפט'¹⁶¹ קבע: 'אבל כשנטל רק מצד אחד אסור להיות עד, רק כשאינו נוטל רק שכר בטלה דמוכח'.

¹⁵⁸ שו"ע, אבן העזר סי' קל סעי' כא.

¹⁵⁹ שו"ת המהרי"ק, החדשים סי' יט.

¹⁶⁰ ומדבריו קצת משמע שכוונתו גם לשכר טרחה ממש, וראה על כך להלן פרק נפרד.

בשו"ת 'אגרות משה'¹⁶² מתבאר שה'נתיבות' דיבר רק על עד שמקבל שכר כדי לראות עדות (ראה סעיף 3), ואם הוא לוקח שכר 'בטלה דמוכח', מותר לו לקחת אותו אפילו רק מצד אחד.

לעומת זאת, בעל 'ערך ש"י'¹⁶³ ובעל שו"ת 'מנחת יצחק'¹⁶⁴ הבינו שה'נתיבות' סובר שאין הכרח ששכר בטלה יינתן משני צדדים. וצריך עיון בהבנת סברתם, שכן לדעת ה'נתיבות', עד שמקבל שכר מצד אחד פסול מן התורה משום 'חשש משקר', ומדוע אם השכר הוא שכר בטלה – אין חוששים לכך? נראה שהם מסתמכים על החילוק השני של המהר"י בן לב ולפיו בשכר בטלה אין חשש שקר, אלא רק בשכר עודף מעבר לשכר בטלה והיות ורבנן לא אסרו שכר בטלה מותר לקחתו גם מצד אחד בלבד.

2. שכר טרחה

הט"ז¹⁶⁵ מחדש שאם העדות מטריחה את העד, הוא רשאי לדרוש שכר על עדותו: במקום שיש לו טירחא יכול ליטול שכר על ההליכה. וראיה דאמרינן סוף פרק האיש מקדש [קדושין נ"ח ע"ב], הנוטל שכר להזות מי חטאת דההזאה פסולה, ואמרינן שם דמכל מקום שכר ההבאה ממקום למקום ושכר מילוי המים שרי ליטול, דלא רמיא עליה האי טירחא, ובהדיא מדמה לה התם נוטל שכר לדון ולהעיד לנוטל שכר הזאה, משום הכי יכולים ליטול שכר טירחת ההליכה, ואין זה בכלל מה אני בחנם כנלע"ד.

¹⁶¹ נתיבות המשפט, סי' לד ס"ק כא.

¹⁶² אגרות משה, חו"מ ח"ב סי' כו ענף ג.

¹⁶³ ערך ש"י, חו"מ סי' ט.

¹⁶⁴ מנחת יצחק, ח"ה סי' קיח.

¹⁶⁵ ט"ז, חו"מ סי' לד סעי' יח.

דהיינו, על המצווה להעיד אסור לגבות תשלום, אך הטרחה אינה מצווה, ולכן אפשר לגבות עליה תשלום. המקור לדברי הט"ז הוא הדין שמותר לגבות שכר על הבאת אפר פרה אדומה, על אף שאסור לגבות שכר על ההזאה עצמה. עם זאת, מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א¹⁶⁶ העיר שיש לחלק מסברה ולומר שהבאת האפר אינה חיונית, ואילו עד מוכרח לבוא לבית הדין ולהעיד, אך הוא גם מציין שהרמב"ן¹⁶⁷ כתב במפורש כדברי הט"ז על שכר הבאת אפר הפרה: 'דאגר טירחא הוא ולא שכר מצוה וכן לענין עדות ודין כהאי גוונא שרי'. ורבי עקיבא איגר¹⁶⁸ ציין שכך כותב הריטב"א.¹⁶⁹

אך יש מקום לומר שכוונתם של הרמב"ן והריטב"א במילים 'כהאי גוונא' היא למקרה שדומה למקרה שמתואר בדברי הרשב"א שמובאים להלן על מי שמוזמן לבוא ולראות עדות, ומצאתי שכך הבין בעל 'נתיבות המשפט' את דבריהם בחיבורו 'תורת גיטין',¹⁷⁰ וזה לשונו: 'נוטל שכר לילך ולראות את העדות דשרי דדמי לשכר הבאה ומילוי'. גם ב'מחנה אפרים'¹⁷¹ מובאת מחלוקת בעניין זה בינו ובין הרב שמחה הכהן: ה'מחנה אפרים' סובר ש'אם צריך לילך למקום רחוק', אפשר לקחת שכר על הטרחה, ואילו רבי שמחה הכהן סובר שבגלל החיוב להעיד אסור לקחת שכר טרחה.¹⁷²

מכך שהפוסקים לא כתבו בפשטות בעניין עדי הגט, שהטעם לנטילת השכר הוא הטרחה שטרחו, לכאורה משמע שלא קיבלו את ההיתר ליטול 'שכר טרחה'. אך אפשר גם לומר שכוונת המתירים ליטול שכר על הטרחה הוא דווקא כשיש טרחה ניכרת, וכדברי ה'מחנה אפרים' על מי שבא ממקום רחוק.

¹⁶⁶ משפט ערוך, סי' לד סעי' יח הערה 63.

¹⁶⁷ רמב"ן, הל' בכורות לו ע"א.

¹⁶⁸ חידושי רע"א, לשו"ע חו"מ סי' לד סעי' יח.

¹⁶⁹ ריטב"א, קידושין נח ע"ב.

¹⁷⁰ תורת גיטין, סי' קל ס"ק כא.

¹⁷¹ מחנה אפרים, הל' שכירות סי' יז.

¹⁷² הערת הרב בלוק: בעל שו"ת 'בית יצחק' (אבה"ע ח"ב צב אות י) מתיר לקחת דמי טרחה, אבל מדברי 'שלחן ערוך הרב' (חו"מ סי' ח) משמע שאין היתר לכך.

מי משלם?

לפי דברי 'נתיבות המשפט', נראה ששני הצדדים צריכים לשלם, מכיוון שאם רק צד אחד ישלם, הוא יהיה 'נוגע' בעדות, והדבר תלוי במחלוקת הפוסקים שהובאה לעיל.

3. נטילת שכר לבוא לראות עדות

הרשב"א בתשובה (ח"ג סי' יא) קובע:

נראה לי, שלא אמרו אלא בעדים שנעשו עדים כבר, שהן מצווין להעיד ולא רצו להעיד עד שנטלו שכר, ודומיא דהנוטל שכרו לדון, שמצוה על ב"ד לדון בין איש לרעהו. אבל מי שאינו מחוייב להעיד, ונוטל שכר לילך ולהיות עד, אינו בדין זה לפי דעתי.

כלומר, החובה להעיד בחינם מוטלת על מי שכבר נעשה עד ולא על מי שעדיין לא נעשה עד. ה'בית יוסף'¹⁷³ הביא תשובה זו, והיא נפסקה ברמ"א¹⁷⁴. כך הכריע גם הרדב"ז¹⁷⁵ בנוגע לעדי קידושין. המהר"ם מלובלין¹⁷⁶ סמך על היתר זה כדי להתיר לקבל את עדותו של מי שנשלח תמורת שכר למצוא אדם ולהעיד על פטירתו. בספר 'ערוך השלחן'¹⁷⁷ כתב שזהו עיקר הטעם שעליו סמכו עדי הגט כדי ליטול שכר:

אמנם באמת עיקר ההיתר הוא דהא אינם מצווים לילך ולראות העדות... ולכן מפני שמזמין אותם שילכו לחתום על הגט ולהיות עדי מסירה יכולים מפני זה ליקח שכר כמה שירצו וכן כתבו כמה גדולים...

¹⁷³ חו"מ סי' כח

¹⁷⁴ ב"י, חו"מ סי' לד סעי' יח.

¹⁷⁵ שו"ת הרדב"ז, ח"ג סי' תקז.

¹⁷⁶ שו"ת מהר"ם מלובלין, סי' נו.

¹⁷⁷ ערוה"ש, אבן העזר סי' קל סעי' כא.

וכן הוא ב'תוספות יום טוב'¹⁷⁸ שמוסיף וקובע שהוא הדין לגבי דיינים: והשתא דאתית להכי אף בדיין יש לומר כן שלא אמרו אלא בבאו לפניו לדין. אבל כשקובעין אותו להיות קבוע לדון. זה אינו בכלל המצוה. שכשאינו קבוע. היום יבואו לפניו ולמחר לפני אחר. ולפיכך כשנקבע ראשי להתנות בתחלת קביעתו ליטול שכר על כך ועל כך. וכן הוא ב'שלחן ערוך הרב'¹⁷⁹ ובמקורות נוספים.

(א) היקף השכר

מדברי הב"ח¹⁸⁰ משמע שיש היתר ליטול שכר הליכה וטרחה, ולכן הוא גם התיר לדיין ליטול שכר הליכה מעיר לעיר. וכך קבע גם בעל 'גט פשוט'¹⁸¹. שהעדים אינם יכולים לקבל יותר משכר הטרחה לצורך ההגעה למקום העדות; גם מדברי מהר"י בן לב שהובאו לעיל מוכח שתשלום שכר מעבר לשכר הטרחה אסור מן התורה.¹⁸² ב'פסקי דין רבניים'¹⁸³ דייקו מדברי הפוסקים, שאם הותנה שהשכר יינתן למי שהלך לחפש עדות גם אם לא יצליח בחיפושיו, וממילא אין סיבה לחשוש ל'גגיעה', מותר גם לקבוע שכר גבוה הרבה יותר משכר הטרחה.

(ב) שיטת הרמב"ם

¹⁷⁸ תוי"ט, בכורות פ"ד מ"ו.

¹⁷⁹ שו"ע הרב, חו"מ הל' עדות סעי' ח.

¹⁸⁰ שו"ת הב"ח, ישנות סי' נא.

¹⁸¹ גט פשוט, סי' קכ ס"ק ט.

¹⁸² הערת הרב בלוך: לפי ר"ש איגר (אה"ע יז) ו'תורת גיטין' (סי' קל ס"ק כא), השכר ניתן רק על ההליכה ולא על העדות. ולעומתם, מדברי בעל 'חידושי הרי"מ' (סי' לד ס"ק יט) ובעל 'גט פשוט' (סי' קכ ס"ק ט) משמע שבכהאי גוונא אפשר ליטול שכר גם על העדות עצמה.

¹⁸³ פד"ר, ה, עמ' 108.

יש לציין שהרמב"ם בתשובה לא הסתמך על היתר מעין זה, למרות שהשואל הזכירו. הרמב"ם¹⁸⁴ נשאל על מלמדי תינוקות שהולכים להעיד עדויות בתשלום, ומשמע שהתשלום הוא על עדויות יזומות, וזה לשון תשובתו:

הדבר ברור שאסור ליקח שכר על עצמה של עדות אבל סופר שהוא עד שלוקח השכר על כתיבת השטר נוטל שכר לא על העדות ואלו מלמדי תינוקות שבאלו הימים כמה בטלות מבטלים בכל יום בדברים בטלים ותמיד הם עוברים והלואי שלא יבטלו מלאכתם אלא להעיד בלבד בחנם. לכאורה, מדבריו משמע שהוא מתנגד לקבלת שכר על עדות יזומה.

(ג) מי משלם?

'נתיבות המשפט'¹⁸⁵ מדגיש שההיתר לקבל שכר על העדות הוא אם השכר ניתן משני הצדדים – אלא אם כן הוא שכר בטלה¹⁸⁶ – והוא מוסיף שזו גם דעת בעל 'גט פשוט'.¹⁸⁷

4. עדות בשכר בדיעבד

הרדב"ז¹⁸⁸ דן בשיטת הרמב"ם. תחילה הוא מסיק מתשובתו, שהרמב"ם חולק על הנאמר בסעיף 3 לעיל וכפי שציינו שם, אך הוא גם מדייק מדבריו שהעדות אינה בטלה ושהאיסור הוא רק לכתחילה:

¹⁸⁴ שו"ת הרמב"ם, בלאו סי' שסט.

¹⁸⁵ נתיבות המשפט, סי' לד ביאורים ס"ק י.

¹⁸⁶ הערת הרב בלוק: בעל 'ערוך השלחן' (חו"מ סי' לד סעי' כו) כותב שאם שני הצדדים הושוו ביניהם מי ייתן השכר – גם כן טוב. ועי' שו"ת 'אגרות משה' (חו"מ ח"ב סי' כו ענף ג), שיש חילוק בין עד לדיין בנוגע לשאלה מתי מועיל התנאי שצד אחד ישלם. ועי' 'חידושי הרי"מ' (חו"מ סי' לד ס"ק יט), שההיתר לקבל שכר על ראיית העדות הוא רק בעדות על דיני ממונות ולא על איסורים, עי"ש הטעם.

¹⁸⁷ גט פשוט, סי' קכ ס"ק ט.

¹⁸⁸ שו"ת הרדב"ז, ח"ג סי' תקנ.

וטעמו של דבר דבשלמא דיין ימצא דיינים אחרים שידונו בחנם אבל מה יעשה מי שאין לו אלא עד זה ואינו רוצה להעיד בחנם – יפסיד את ממונו?

בהמשך דבריו דן הרדב"ז בהשמטת ההלכה מ'משנה תורה', והוא מסיק שלפי דעת הרמב"ם יש שלוש אפשרויות של קבלת שכר על עדות, ושלושתן אכן מופיעות ב'משנה תורה':

א. שאם אמר אדם לחבירו תבוא ותהיה עד בדבר פלוני כיון שעדיין לא נתחייב בדבר הרשות בידו להיות נמנע עד שיתנו לו שכרו ודבר זה לא הוצרך לכתוב, ובהכי לא איירי מתניתין.
ב. ואם היה יודע לו עדות ואמר לו בוא והעידני ואם יקבלו עדותך אתן לך כך וכך ואם לא יקבלו לא אתן לך הרי זה נוגע בעדות ועדותו בטל...

ג. ואם אמר תבא ותעידני ואתן לך כך וכך בין יקבלו עדותך בין לא יקבלו הרי זה אסור אלא חייב לקיים מצות עשה בחנם שנאמר והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו, וכתבה הרב ז"ל פ"א מהלכות עדות, ואם לא רצה להעיד בחנם ועבר על עשה מה יעשה זה ואין לו עד אחר, ולפיכך אם יטול שכרו אין עדותו בטלה אלא שביטל מצות עשה, והיינו שלא כתבה הרב ז"ל לא בחיבור ולא בפירוש המשנה.

לסיכום, הרדב"ז קובע לשיטת הרמב"ם, שאם העד התבקש לבוא להעיד – מותר לו לקבל שכר וכפי שהזכרנו בסעיף הקודם. ואם העדות רגילה, והעד כבר ראה דבר מה בלא לתאם מראש, ובעל הדין נותן שכר על העדות: אמנם אסור לעשות כך, אך העדות אינה בטלה אם אין 'נגיעה' – כגון: התחייבות לשלם גם אם העדות לא תתקבל – מכיוון שלדעתו הרמב"ם סובר שיש איסור ליטול שכר על העדות, כי יש מצווה להעיד בחנם, אך העדות אינה מתבטלת בנטילת השכר. עם זאת, מסתימת ה'שלחן ערוך' והפוסקים שלאחריו משמע שאין הדין כשיטה זו, אלא שאם ניתן שכר על העדות, העדות בטלה גם בדיעבד.

5. תשלום על הפסד

בנוגע לתשלום לעדים שחתומים על הגט, מהרו"ך¹⁸⁹ כותב שני טעמים מדוע מותר להם לקבל שכר, ויסודם הוא מעין פיצוי על הפסדים שנגרמים לעדי הגט: מהר"ר ז"ק דהיה רגיל להתנות עם העדים שאם יקלקלו הגט בחתימותיהן ישלמו השכר לסופר שיכתוב אחר ומעכשיו מותרים ליטול שכר החתימה. ועוד טעם אחר דמפסידין בחתימתן שאסורים לישא הגרושה לכן צריכין ליתן להם שכר ועל כן היה מחזיר אחר עדים שלא היו כהנים כי כהן בלאו הכי אסור.

והרמ"א הוסיף: 'וכן נוהגין'.

מכאן יש ללמוד שאם העד יפסיד מן העדות, מותר לפצות אותו על ההפסד.

6. שכירות בהבלעה

ב'סדר הגט'¹⁹⁰ הציע דרך נוספת לשלם לעדי הגט: 'דיש רבוותא נוהגים לשכור הרב והרב ישכור העדים ע"י הבלעה'. עם זאת, צריך עיון בהבנת טעם ההיתר, ואכן הרמ"א לא הזכירו בהגהותיו ל'שלחן ערוך'.

7. שכר לאחר העדות והדין

כותב הרמ"א (חו"מ לד, יח): "דיין שדן כבר, ובא הבעל דין ליתן לו מתנה על שהפך בזכותו, אסור לו לקבל." בספר 'תפארת יעקב'¹⁹¹ חידש שאף שלדיין אסור ליטול שכר לאחר הדין, מותר לשלם לעד לאחר העדות. אף נראה שתשלום זה מותר רק אם התשלום לא הובטח לעד מראש, וכך משמע מדברי 'תרומת

¹⁸⁹ מובא ברמ"א, אבן העזר סי' קל סעי' כא.

¹⁹⁰ סדר הגט, סעי' מו; מובא בדרכי משה, אבן העזר סי' קל סעי' יז.

¹⁹¹ תפארת יעקב, סי' לד ס"ק כ; מובא בפתחי תשובה, סי' לד ס"ק כח.

הדשן'.¹⁹² וראה משנה למלך (סנהדרין כג,ה) שמשמע מדבריו שתשלום זה אסור אלא שאין העדות או הדין בטילה לאחר מכן.

8. עדים פסולים

אם הוזמנו עדים פסולים, ויש להם נאמנות מכוח תקנה או בתור חלק מאומדנא, יש להסתפק אם עדים אלו יכולים לקבל שכר על עדותם, שכן הם פסולים בלאו הכי. לכאורה, ספק זה תלוי בשאלה אם נטילת השכר יוצרת חשש לשקר נוסף, ובעדים שפסולם הוא רק משום גזרת הכתוב – יש לכך משמעות, ולכן ראוי להקפיד גם במקרים אלו שהשכר יינתן על ידי שני הצדדים. עם זאת, נראה מדברי ה'נודע ביהודה'¹⁹³ המובאים לעיל בנוגע לעדות עגונה, שהואיל ואין זו 'עדות' אלא אומדנא, יש מקום לומר שמותר לעד לקבל שכר רק מצד אחד. [ואם קיבלו על עצמם עדים פסולים ראה שער משפט על אתר].

9. שכר על כתיבת השטר

ב'תורת גיטין'¹⁹⁴ חידש טעם נוסף להתיר לעדי הגט ליטול שכרם היות והם אינם חייבים לכתוב שטר אלא רק להעיד בעל פה, ולכן הוא גם למד שעדים שחותמים על שטרי מקח והלוואה יכולים לבקש שכר על חתימתם, וה'חתם סופר'¹⁹⁵ הסכים לדבריו. עם זאת, בעל 'משפט ערוך'¹⁹⁶ השיג על היתר זה ממקור במסכת גיטין (עא ע"א): מן הגמרא משמע שאילם חייב להעיד בכתב על הצד שכשר לעדות, שכן הוא אינו מעיד בעל פה, ומשמע שיש גם מצווה להעיד בכתב, ולכן בעל 'משפט ערוך' כתב שצריך עיון. לכאורה אפשר ליישב את קושייתו כך: המצווה להעיד בכתב היא רק אם זו האפשרות היחידה להעיד,

¹⁹² תרומת הדשן, ח"א סי' שנד; מובא בב"י, חו"מ סי' לז.

¹⁹³ נודע ביהודה, אה"ע ח"א סי' מז.

¹⁹⁴ תורת גיטין, סי' קל ס"ק כא; מובא בפתחי תשובה, אה"ע סי' קל ס"ק יג.

¹⁹⁵ שו"ת חתם סופר, אה"ע ח"א סי' קג; מובא בפתחי תשובה, שם.

¹⁹⁶ משפט ערוך, סי' לד סעי' יח הערה 68.

אך מי שיכול להעיד בעל פה אינו חייב להעיד בכתב, וכן מצאתי שכתב ה'חתם סופר' בתשובה שהוזכרה לעיל.

10. שכר דיינים – מכח תקנת הקהל

היתר נוסף הנוגע לדיינים מתבאר לפי דברי בעל נתיבות המשפט (ט,ו):
ומה שנתפשט המנהג ליתן שכר, נראה שהוא מתקנת הקהל, דהא "מסיעין על קיצתן" [ב"ב ח' ע"ב]. וכיון שמחויבין ליתן מקופת הקהל שכר להדיינים, יכולין לתקן שלא ידון שום אדם בלי נתינת שכר, ומשכר זה ינתן להדיינים בעד השכירות שחייבים ליתן. ומהראוי לירא שמים לפרש כך עם הקהל בשעה שנתקבל לדיין.
וראה בשו"ת הב"ח (נא) שמאריך לבאר שאין התקנה יכולה לבטל איסור גמור ואין לתקן תקנה שיקבלו את השכר מבעלי הדין.
אמנם שמא כיום בעקבות תקנות הדיון יש לומר שיש תקנה כזו גם לגבי שכר עדים. אך צ"ע לפי דברי הב"ח אם ניתן לומר שיסוד הדבר בתקנה, שהרי זו אינה יכולה לפעול לדבריו כנגד איסור ותקנות הדיון קובעות שבעלי הדין ישלמו את השכר.

11. שכר פשרה

היתר נוסף הנוגע לדיינים הוא נושא הפשרות הנהוגות בזמן הזה וכך כותבים האחרונים ב"ח (על הטור ובתשובה נא), ש"ך (ט,ז) נתיבות המשפט (ט,ו): "ושכר פשרה ודאי מותר ליקח."

ומוסיף הפתחי תשובה בשם השבות יעקב (א,קמב):

קלקלתם תקנתם, אחר דלית האידנא ידיע למידן דין תורה הוי כמו פשר דמותר ליטול שכר, כמ"ש הב"ח והוא הסכמת האחרונים, ואפשר שלזה אמרו בש"ס [כתובות ק"ה ע"א] מכוער הדיין כו', ע"ש.

אמנם הדבר גם תלוי בשאלה מה הוא גדרה של פשרה ושמא בפשרה הקרובה לדין אין לומר היתר זה (ראה מה שהארכנו בנושא הפשרה בספר אור המשפט חו"מ).

12. שכר על כתיבת הגט

פתחנו תחילת דברינו בביקורתו של הר"ע מברטנורא על רבנים מאשכנז הנוטלים שכר על סידור הגט. ביקורת זו מובאת בשולחן ערוך (סדר הגט, ד) ותשובת הרמ"א בצידה (ויסודה בדבריו בדרכי משה קל, יז):

והר"ר עובדיה בפירוש המשנה בפרק ד' דבכורות קרא תגר על הרבנים מסדרי הגט הנוטלים יותר מכדי שכר בטלה. הגה: ולא נהגו כמותו. גם טעמו אינו כלום, כי הוא מדמה דבר זה למה שאמרו הנוטל שכר לדון דיניו בטלין; ואינו ראייה, כי סדור הגט אינו דין, אלא למוד בעלמא.

אמנם הרמ"א הזהיר בעניין חליצה שאין לסמוך על היתרים אלו (בדרכי משה קסט, ה) וכן פסק להלכה (קסט, ב):

יש אומרים דאסור ליקח שכר מחליצה, דהנוטל שכר לדון דיניו בטלין (ר"י מינץ ומהרא"י), וכן נראה בעיני. בחליצות, יש ליוהר שלא ישב בשלשה דיינים שיושבים לחלוץ מי שנטל שכר, דהרי בעינין בית דין כשר מדאורייתא, ועיין בח"ה סימן ט' איזה שכר מותר לדיין לקבל, ואפילו בזה נראה לי להחמיר אם נוטל שכר מן החליצה, משום מראית העין, כמו שמחמירין לענין קרובים ובשאר דברים לענין בית דין של חליצה, יותר מבשאר בית דין. וראיתי ושמעתי שהרב נוטל שכר הרבה מן החליצה, וסומך עצמו במה שמוכר לו סנדל של חליצה; וקולא גדולה היא בעיני, ושומר נפשו ירחק מזה. ולא דמי למה שעדי הגט נוטלין שכר מטעם שכתבתי לעיל סימן ק"ל, גם הרב המסדר הגט כמו שכתבתי לעיל בסדר הגט סעיף ד', כי אותן הטעמים אינם שייכים בחליצה (הכל דעת עצמו).

דהיינו כותב הרמ"א שיש להחמיר בחליצה ואין לסמוך על הטעמים שנאמרו בגט. ולדבריו טעמים אלו אינם קיימים בחליצה. אם כי הוא לא מפרט מדוע. הוא מוסיף שיש אמנם טעם מיוחד בחליצה והוא מכירת הסנדל אולם טעם זה שייך רק לגבי הרב שהסנדל שייך לו.

הט"ז (סדר הגט, ב) תמה על חילוק הרמ"א בין לבין חליצה ולדעתו גם בחליצה יש לומר שזהו לימוד בעלמא. אמנם לכאורה צ"ע קושייתו שהרי חילוק גדול יש בין בית דין בחליצה שהוא חובה מדינא לבין בית דין בגט שהוא מנהג ישראל תורה וכבר האריכו בזה האחרונים בספריהם ואין כאן המקום. עוד מוסיף הט"ז וכותב שלדעתו בשני המקרים אין לדון על ביטול המעשה שכן בגט ובחליצה המעשה נעשה על ידי הבעל או היבם והאשה וגם אם דינו של הרב יתבטל כיוון שנטל שכר, הרי שהמעשה ישאר קיים.

ג. יישומים מעשיים

1. חוקרים פרטיים

שאלת החוקרים הפרטיים עולה בחריפות בבתי הדין הרבניים. ב'פסקי דין רבניים'¹⁹⁷ דן בית הדין הגדול בפסק דין של בית הדין האזורי, שפסל חוקרים פרטיים מדאורייתא, משום שהם נוגעים בעדותם. הרב יוסף שלום אלישיב כותב שיש לברר האם לחוקרים באמת הייתה הנאה מהשגת מבוקשם, שכן הם חסכו לעצמם שעות עבודה שהיו צריכים לעשות אם לא היו מוצאים את מבוקשם, וגם במקרה כזה ההשלכה היא על בעל המשרד ולא על עובדים שכירים שמקבלים משכורת קבועה. הוא מאריך בנוגע לרווח מן החשיפה שתגדיל את המוניטין ודוחה את החשש. במקרה זה הם גם כמובן מקבלים שכר בטלה דמוכת לילך ולראות עדות ולא יותר מהנדרש לכך, ואז הם רשאים לקבל שכר מצד אחד.

¹⁹⁷ פד"ר ה, עמ' 8.

ב'פסק דין רבני' אחר¹⁹⁸ בית הדין הגדול ממשיך להתעמק בסוגיה ומחזק את דבריו נגד השגות דייני בית הדין האזורי; כך גם נוקטים להלכה הרב אליהו בקשי דורון¹⁹⁹ ובעל שו"ת 'דברות אליהו'.²⁰⁰

הרב שלמה דיכובסקי²⁰¹ דן בחוות דעת מומחה שניתנה בשכר, וכותב שניתן להכשיר מומחה שמוזמן רק על ידי צד אחד, אך הוא מוסיף שמקובל שלא לקבל חוות דעת כזו בפועל, שכן היא עשויה להיות נוטה לצד המזמין. בהקשר לדין זה, יש לצרף גם את מה שכתבנו לעיל על מומחה שאינו מובא בתור 'עד' אלא בתור גורם מקצועי, ולכן יש מקום לומר שהפסול 'נוטל שכר' אינו שייך לגביו, וכפי שכבר הזכרנו דין זה בנוגע לעדים פסולים על פי דברי ה'נודע ביהודה'.²⁰²

2. עדים המבקשים שכר טרחה

פתחנו במקרים המצויים, ובהם כל צד מביא את עדיו, ואלו מבקשים לכל הפחות שכר בטלה על יום עבודה ונסיעות, ולעתים גם שכר טרחה על העדות עצמה. ולפי מה שהתבאר עולה שמן הדין יש לחשוש לשיטת 'נתיבות המשפט' ולהקפיד ששכר העדים יינתן במשותף על ידי שני הצדדים. עם זאת, יש מקום לצדד ששכרם יינתן על ידי צד אחד מכמה סיבות:

1. במקרים רבים מדובר בעדים פסולים, ועל כן יש לצדד להקל מתן שכר

מצד אחד בלבד.

¹⁹⁸ שם, עמ' 108

¹⁹⁹ תורה שבעל פה כב, עמ' פא ואילך; בנין אב, ח"א סי' עד.

²⁰⁰ שו"ת דברות אליהו, ח"ה סי' עא.

²⁰¹ תחומין יז, עמ' 333.

²⁰² ראה עוד בעניין שכר לעדי קידושין מה שהאריכו בשו"ת משנה הלכות ח"ו סי' רסד ושו"ת תשובות והנהגות ח"א סי' תשנו.

2. אם הצדדים מסכימים שהשכר ישולם על ידי כל צד לעדיו שלו, זכותם לעשות זאת, ועל כן כדאי לוודא שהצדדים מסכימים בעניין זה.²⁰³
3. היות והעדים מקבלים שכר גם אם העדות לא תועיל, אם הם דורשים רק שכר 'בטלה דמוכח' (ואולי אפילו שכר 'בטלה דלא מוכח', על פי המהרי"ק), הם יכולים לקבל את שכרם רק מצד אחד (לפי הבנת חלק מן הפוסקים בדעת 'נתיבות המשפט').
4. תקנות הדיון קובעות כללים בעניין ולפיהן צד המביא עדים צריך לשלם להם שכר בטלה.

²⁰³ הערת הרב חיים בלוי: לכאורה, אם כך מקובל, אז ממילא הם באים על דעת זו. אמנם ב'חידושי הרי"מ' (סי' לד ס"ק יז) כותב שהסכמה בלא קבלה מפורשת אינה מועילה, אבל הוא גם העלה שם אפשרות שעצם התשלום לעדים מצד בעלי הדין נחשב שהם קיבלו אותם עליהם, ורק כאשר מישוהו אחר משלם להם – חל האיסור. וראה משפט ערוך, סי' לד ס"ק יח סעיפים מד-מו.

כו. שכר עבודה שלא צלחה - רופא שלא הצליח לרפא

פתיחה

שאלה²⁰⁴ מצויה בבתי דין היא כיצד לקבוע שכר במקרה שפועל נשכר למלאכה ולא עלתה בידו. מצד אחד, הפועל השכיר טוען שהוא זכאי לשכר עבור עבודתו, מצד שני טוען המעסיק שכוונתו הייתה לשכור פועל על מנת שיצליח במלאכה, ורק על דעת כך הוא מוכן לשלם לו שכר. במקרה של הסכמים מפורשים וברורים, מה שנקבע הוא זה שמחייב; השאלה עולה כשלא נקבעו תנאים מפורשים.

נציין כמה דוגמאות שבהם עולה השאלה: בעל מוסך שתיקן רכב, אך עדיין יש ליקויים הפוגמים בשימוש; שדכן שהצליח במלאכתו והצדדים התארו, אך לאחר מכן בני הזוג ביטלו את האירוסין, וכדומה. במקרים אלו נעשתה עבודה, אך לא הגיעה לתוצאות המקוות. בנוגע לחיברונו דנן יש לדון ברופא שעשה פעולות מסוימות אך בסופו של דבר לא עלה בידו לרפא.

א. פועל שלא הצליח באשמותו, אינו זכאי לשכר

הכלל הבסיסי העולה מהגמרא הוא שפועל שלא עשה את מלאכתו כראוי ומחתמ פשיעתו אינו זכאי לתשלום. כך קובעת הגמרא לגבי סופר סת"ם שחוזר בו, ואומר שהכתיבה לא הייתה כראוי (גיטין נד ע"ב), שדבריו אינם מועילים לפסול את ספר התורה, אך מועילים להפסיד את שכרו:

ההוא דאתא לקמיה דרבי אמי, אמר ליה: ספר תורה שכתבתי לפלוני, אזכרות שלו לא כתבתים לשמן... אמר ליה: נאמן אתה להפסיד שכרך...

כך גם עולה מהגמרא בבבא מציעא (פג ע"א):

רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי חביתא דחמרא. שקל לגלימיהו, אתו אמרו לרב. אמר ליה: הב להו גלימיהו. – אמר ליה:

²⁰⁴ מאמר זה נדפס לראשונה באמונת עתיך 99, כאן נדפס שוב בעריכה מחודשת ועם תוספות.

דינא הכי? – אמר ליה: אין, (משלי ב, כ) למען תלך בדרך טובים. יהיב להו גלימייהו. אמרו ליה: עניי אנן, וטרחינן כולה יומא, וכפינן, ולית לן מידי. אמר ליה: זיל הב אגרייהו. אמר ליה: דינא הכי? אמר ליה: אין, (משלי ב, כ) וארחות צדיקים תשמר.

דהיינו מן הדין, פועלים ששברו את החפץ שהובילו חייבים בנזק, ובוודאי אינם מקבלים שכר על ההובלה, למעשה נהגו עימהם לפנים משורת הדין, לא חייבו אותם בנזק, ואף שילמו להם. מכאן שבמקרה שאדם לא סיים את מלאכתו, אינו זכאי לשכר עליה. מאידך יש מקרים בהם קיים חיוב לפנים משורת הדין, וצריך לברר גם את גדריו של חיוב זה.

רש"י (ד"ה שקולאי) קובע שמדובר במקרים שהפועלים גרמו נזק בפשיעה: 'ותברו ליה שלא במקום מדרון, ובפשיעה'. על כן הם מאבדים את שכרם. אמנם אם הנזק היה באונס, זכאים הפועלים לשכר. וכן דעת עוד ראשונים,²⁰⁵ שהעמידו את המקרה בגמרא שבעל החבית לא ידע האם שברו החבית באונס או בפשיעה, ובסך הכול, ויתר על הזכות להשיעם; ממילא עולה שבמקרה של פשיעה אינם זכאים לשכר ובאונס הם זכאים לשכר.

דיון דומה מצאנו בגמרא (בבא מציעא נו ע"ב – נח ע"א), לגבי שליחים שהובילו שקלים של הקדש לירושלים:

בני העיר ששלחו את שקליהן ונגנבו או שאבדו, אם משנתרמה התרומה – נשבעין לגזברין, ואם לאו – נשבעין לבני העיר, ובני העיר שוקלין אחרים תחתיהן... אמר שמואל: הכא בנושא שכר עסקינן, ונשבעין ליטול שכרן... והא נגנבו או שאבדו קתני, ושומר שכר בגניבה ואבידה חיובי מחייבו! והכא נמי, נהי דשלומי לא משלמי – אגרייהו מיהא לפסיד! – אמר רבה: נגנבו – בלסטים מזויין, אבדו – שטבעה ספינתו בים.

²⁰⁵ ראה מאירי, תלמיד הרשב"א שם.

כלומר מדובר בשליחים להובלת שקלים למקדש שלא ביצעו את מלאכתם והגמרא מעמידה שהם קיבלו שכר על השליחות והם צריכים להישבע ששמרו כראוי כדי לקבל את שכרם. מבאר רש"י:

אגריהו מיהא לפסיד – שהרי נשתעבדו לשומרן מגניבה ואבידה, ועל מנת כן היו נוטלין שכר, והרי לא השלימו מלאכתן. בלסטים מזוין – דאונס הוי, ולשמירה זו לא קבלו עליהם.

גם מדבריו אלו עולה החילוק שבין מלאכה שלא נסתיימה בשל פשיעה, לבין מלאכה שלא נסתיימה בשל אונס. מוסיף הריטב"א הסבר לדין זה, מתוך הדגשה שעל העובדים להחזיר את התשלום:

דהא להכי יהבו להו אגרא דליטרינהו מגניבה ואבידה וכיון דלא נטרינהו מגניבה ואבידה לית להו אגרא, ואפילו קבלוהו כבר יש להם להחזירו וכל שכן שאין נותנין להם שכרם עכשיו.

מכאן עולה ששליח שאיבד את הדברים שנשלחו, אף אם אינו חייב בתשלום, פשוט הוא שלא יקבל שכר על השליחות כולה, אלא אם כן מדובר באבדה מחמת אונס.

גם בעניין סופר סת"ם שכתב שלא כראוי, מדגישים הראשונים שיש לחלק בין נזק שנגרם מפשיעת הפועל לנזק שנגרם באונס, ובכך הם מבארים מדוע במקרה קודם שם בגמרא, בנוגע למי שעסק בטהרות – אין מאמינים לו על הטהרות; וכך כותב ראב"ן (שו"ת סי' צב):

משום דהכא פשע שלא כתבן לשמן דהא "לא כתבתים לשמן" קאמר, אבל גבי טהרות לא פשע דהא "נטמאו" קאמר שנפל שרץ עליהם או אדם טמא נכנס ונגע, מדלא קתני "טמאתים", הילכך לא מפסיד אגריה. אבל אי הוה אמר טמאתים ודאי מפסיד אגריה...

ב'חידושי הריטב"א' (גיטין נד ע"ב) מביא הריטב"א חידוש בשם 'רבינו נר"ו' (הרא"ה?), שלפי אחת האפשרויות שהעלה, אם נשכר אדם לסתם מלאכה, אף אם

עסק בטהרות וטימא אותם, אינו מפסיד שכרו, כיוון שלא נשכר לצורך כך; לא מצאתי כדוגמת דבריו בפוסקים.

הרשב"א דן בסופר סת"ם שנמצאו טעויות רבות בספר שכתב:²⁰⁶

הנותן מעות לחברו לכתוב לו ספר תורה ונמצאו בו טעויות וצריך לשכור מי שיגיה אותם. אם הם טעויות שדרך הסופרים לטעות בכך אין הסופר חייב כלום. שאף על פי שהנותן מעות לכתוב לו ספר תורה על ספר תורה כשר הוא נותן וכל שהוא חסר אות אחת אינו כשר. מ"מ טעויות הנמצאות בכתב שכיחי ואין לך סופר שידקדק בכתיבתו כל כך שלא יטעה כלל. וכל כיוצא בזה מן הסתם אין דעת הבעלים להקפיד ואחולי מחליה. ומיהו אם טעה כל כך שאין דרך הסופרים לטעות חייב לפי שזה ממעוט השגחת הסופר ומפשיעתו... וכל שכן אם טעה בו כל כך שיפסל בו הספר לגמרי. וכמו שאמר שנים יתקן שלש יגנו וכיוצא בזה לפי שאין זה הספר כשר. כמו שאמר בפרק הנזקין (נד ע"ב) גבי סופר... ומ"מ כל כיוצא בדברים הללו תלויין במנהג המקומות.

מדבריו עולה שהשכר ניתן על המלאכה לפי המקובל, וייתכן תשלום שכר על מלאכה שאינה מושלמת אם כך מקובל לשלם, ואז אף אין חובה על הפועל לתקן את הטעון תיקון. אמנם חריגה מעבר לכך, כבר מוגדרת פשיעה, ואף הוצאות התיקון הן על הפועל. תשובה זו הובאה להלכה ברמ"א (סי' שו סעי' ח). בעקבות דברים אלו נפסק בשו"ת מהרשד"ם (חו"מ שמג):

אבל בנ"ד שלא הועילו מעשיו כלל אלא שאחר כמה זמן על ידי שטרחו אחרים זכו להוציא בהא כולי עלמא מודו שאין לראשון ללוי כלום.

וכן הוסיף במקום נוסף (יו"ד סי' רד), במקרה הבא:

²⁰⁶ שו"ת הרשב"א, ח"א אלף נו, מובא בבית יוסף חו"מ שלג; וראה נוסח מורחב של התשובה בשו"ת החדשות, סי' שלח.

ה"ר פלוני קרה לו מקרה בלתי טהור שאחד מבניו יצא ממחיצתו והחליף דתו פה שאלוניקי וארח לחברה עם פועלי און והוליכוהו עמהם והגיעו העיר מוניסטריו ושם אנשי חסד עלה בדעתם להוציאו מידם כי שמעו דברים מן הנער שהיה נראה כונתו טובה לשוב אל אביו והחביאוהו כמו ג' ימים עד שהוצרכו להוציא סך מעות והעלו חרס בידם כי נשאר הנער עם האדון שלקח הנער לעצמו לרע לו ועתה האנשים אשר הוציאו הסך ההוא שואלים מפ' אבי הנער הנז' הסך שהוציאו בעד הצלת הנער כי לטובתו וטובת בנו נתכוונו ועתה שואל אבי הנער אם הוא חייב לפרוע הסך ההוא אם בדיני אדם או בדיני שמים.

גם במקרה זה מבאר המהרשד"ם שאין בסיס לתביעה, כיוון שלא עלה בידי השליחים להצילו.

לסיכום:

1. פועל שעשה מלאכה ולא הצליח בה בפשיעה, אינו זכאי לשכר כלל.
2. פועל שעשה מלאכה ולא הצליח בה מחמת אונס, זכאי לשכר על עבודתו. והוא הדין אם אי ההצלחה היא לפי המקובל בתחום.

ב. מקרים בהם יש מתן שכר טרחה על מלאכה שלא נעשתה

הגמרא (בבא קמא קטז ע"ב) דנה במקרה ששני חמורים שטבעו, ובעל החמור הזול קפץ להציל את החמור היקר, לאחר שהתנה עם בעליו שיפצה אותו על החמור הזול, אך הדבר לא עלה בידו:

בעא מיניה רב מרבי: ירד להציל ולא הציל, מהו? אמר לו: וזו שאילה? אין לו אלא שכרו.

איתיביה: השוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקנין לחולה, והלך ומצאו שמת או שהבריא – נותן לו שכרו משלם!

אמר לו: מי דמי? התם עביד שליח שליחותיה, הכא לא עביד שליח שליחותיה.

הגמרא קובעת שאם הוא לא הצליח להציל הוא זכאי לשכר טרחה, אך אינו זכאי לשכר המופרז שהתנה בעל החמור כפיצוי על ההפסד שנגרם לו מכך שלא הציל את החמור שלו, מכיוון שלא הצליח. הגמרא מקשה מדין פועל, שנמצא שאין תועלת במלאכתו ומקבל עליה שכר מלא כגון המביא תרופה לחולה ונמצא שהחולה הבריא או מת, ומחלקת הגמרא בין מלאכה שנעשתה באופן מלא ולא הועילה מסיבות אחרות, לבין מלאכה שלא נעשתה עד תומה. הרי שיש גדר של מלאכה שלא נעשתה ואזי העושה אינו שכר המובטח כי אם לשכר טרחה בסיסי. לכאורה הסברה העולה בגמרא כלפי הפועל שלא עשה שליחתו הייתה אמורה לפטור את המעסיק מתשלום לגמרי, מדוע אפוא הוא זכאי לשכר טרחה? כמה הסברים נאמרו לכך בפוסקים:

1. הפועל הפסיד

מדברי הרא"ש²⁰⁷ עולה, שהסיבה לקבלת השכר החלקי היא ההפסד שנגרם לפועל:

שמעון שהיה סרסור של ראובן למכור ביתו, והלך אצל לוי ונתרצה לקנותו, ושוב לא רצה ראובן למכור ללוי, כי אמר כי היה שונאו, ומכרו לאחר; ועתה תובע שמעון, הסרסור, דמי סרסרותו מראובן. לא ידענא במה נתחייב ראובן לו מעות... כי זה פשוט הוא, שהסרסורים והשדכנים, אם נגמר הדבר בלא סרסור, אין המוכר נותן כלום... ודמיא להא... ירד להציל ולא הציל... אין לו אלא שכרו; פירוש: שכר טרחו, ולא דמי חמורו. הכא נמי, יתן לו שכר טרחו, שהלך ודבר בשבילו, ולא דמי סרסרותו... ועוד, דלא דמי כלל, דהתם הפסיד המציל חמורו כדי להציל לחמור חברו, אבל הכא, לא הפסיד הסרסור מאומה.

²⁰⁷ שו"ת הרא"ש, כלל קה סי' א, מובא בבית יוסף, חו"מ קפה.

הרא"ש דן בסרסור שלא הצליח במלאכתו, הוא פוטר את המעסיק מלשלם לו, והוא מבאר שבמקרה 'ירד להציל', הפועל הפסיד עבור ההצלה, על כן הוא זכאי לפחות לשכר חלקי, גם אם לא הצליח במלאכה²⁰⁸.

2. למעסיק יש הנאה מכך שלא שכר אדם אחר

מהר"ם פדווא (שו"ת סי' סג) כותב (מובא ב'דרכי משה' חו"מ סי' רסד ס"ק ה) בענין מי שהשתדל להוציא אסיר ובסוף האסיר יצא מעצמו וההשתדלות לא הועילה לו:

אפילו אם התנה עמו תחילה לשלם לו... אפילו שכרו אין לו דהא לא נהנה ראובן במה שהוציא...

המהר"ם פדווא מבאר מדוע המציל את החמור מקבל שכר טרחה, אף שלא הצליח:

דהא היה צריך לשכור אחר אם לא ירד זה, דלא ידע דיעלה ממילא. דהיינו אם יש לו הנאה ממונית מהשכירות, כיוון שהיה צריך בלאו הכי לשכור מישוהו, עליו לשלם על כך גם במקרה שהעבודה לא הצליחה.

3. המעסיק התחייב לשלם לעובד

הרמ"א (חו"מ סי' רסד סעי' ד) מוסיף על דברי השלחן ערוך ש'ירד להציל ולא הציל, אין לו אלא שכרו:

דוקא שהתנה עם הבעלים, אבל לא התנה עם הבעלים וירד להציל ולא הציל, אפילו שכרו אין לו, דהא לא הועיל לו...

²⁰⁸ הבית יוסף מתלבט בהבנת מסקנת הרא"ש, לגבי הסרסור, בתחילה הוא מציע שהרא"ש גם לפי המסקנה רוצה לחייב את המשלח בדמי הטירחה היות והסרסור הפסיד זמן, אך הוא כותב שאין המנהג כן, על כן הוא מסיק שלמסקנה אין למשלח אפילו דמי טרחה היות ולא היה לו הפסד, והפסד זמן אינו נקרא הפסד, וראה במשפט שלום סי' קפה סעי' ו' שדן בדבריו.

בספר 'נתיבות המשפט' (סי' רסד, ביאורים ס"ק ג) מסביר שההתנאה מחייבת בתשלום:

כיון שגילה דעתו שרצה לשכור מצילין הרי הרויח במה שהלך זה שלא היה צריך ליתן שכר למצילין אחרים, משום הכי צריך ליתן לו שכרו. דהיינו על ידי ההתנאה מגלה בדעתו שהיה שוכר פועל ועל כן חייב לשלם שכר גם אם לא הציל.

4. שכירות הפועל היא גם על ספק הצלחה

בשו"ת 'חוות יאיר' (קנד, מובא בפת"ש רסד, א) דן במקרה הבא: "ראובן שביקש משמעון שישתדל לו איזה השתדלות אצל השררה ופסק עמו ליתן לו שכר עשרים ר"ט בשכרו ושמעון עשה את שלו בטורח גדול ויגיעה רבה והוציא כמה הוצאות וד"ל על זה ולא עלתה בידו. ומבקש מראובן שיחזיר לו ההוצאות וגם יתן לו שכר הכתוב לו דאיהו ידיה עביד כידוע לכל והרי הרופא נוטל שכר פסיעותיו וכתביבתו אפילו מת החולה". הוא מכריע שאם לא היה תנאי עם הפועל שתהיה הצלחה במעשה ידיו, חייב המעסיק לשלם לו את שכר הטרחה אף אם לא הצליח במלאכתו. כמו במקרה של 'ירד להציל' והדומים לו, הפועל נשכר כדי לנסות להציל, אף שלא בהכרח יצליח. אמנם אם יש תנאי שהתשלום תלוי בהצלחה, אין לשתדלן תביעה במקרה שלא הצליח.

כך כותב גם ה'מחנה אפרים' (שכירות כג):

...ואיכא למימר דהתם איירי כשא"ל אציל את שלך ואתה נותן דמי שלי דכי הציל נותן כל מה שהפסיד, וכי לא הציל שכרו מיהא יהיב ליה כמו שהיה נותן לאחר לירד לנהר ולטרוח ולהציל ואף על פי שאפשר שיטרח ולא יציל.

כלומר אם המעסיק לא פירש שהתשלום הוא על ההצלחה, מחויב המעסיק לשלם לו שכרו גם אם לא הציל, כיוון שהשכירות היא גם על ניסיון ההצלחה ולא

מותנית דווקא בהצלחת ההצלה (כך פירש גם ערוך השולחן רסד, וראה גם דברי ה'מחנה אפרים' בהגהותיו על המרדכי ב"ב קעג שיש מקצועות כגון שדכנות, שאין דרך לשלם על הניסיון ואז אפילו שכר טרחה אינם נוטלים וראה 'משפט שלום' קפה, ו שדן בדבריו).

סיכום

התנאים לחיוב בשכר טרחה במקרה שהפועל לא הצליח במלאכתו וזו לא נעשתה כלל שנויים במחלוקת בין הראשונים:

1. יש לפועל הפסד ממשי מלבד הפסד הזמן (רא"ש).
2. יש הנאה מעבודתו מכיוון שלולא הוא, היה הכרח לשכור פועל אחר (מהר"ם פדווא).
3. המעסיק התנה שישלם לו (נתיבות המשפט).
4. בתחומים שיש סיכון של חוסר הצלחה, והמנהג הוא לשלם גם על הניסיון, שכירות הפועל בסתם היא גם על הניסיון ולא רק על ההצלחה ('חוות יאיר' ו'מחנה אפרים').

ג. הגדרת "נעשתה המלאכה" עליה זכאי הפועל לשכר

כאמור לעיל מי שמלאכתו לא צלחה מחמת אונס לכאורה יהא זכאי ליטול שכרו. בנוגע לכך עולה גם השאלה של פועל שלא הצליח מחמת סיבה חיצונית שמנעה את השלמת הפעולה.

מלאכה שלא נעשתה כלל

בהלכה (שו"ע חו"מ סי' שלד סעי' א) נידון מקרה של מלאכה שהתבטלה עקב נסיבות בלתי צפויות (כגון נהר שעלה והשקה שדה לפני בוא הפועלים), ונקבע שזהו ההפסד של הפועל, אלא אם כן בעל הבית היה צריך לדעת מאפשרות

הביטול, ולא הפועל. יש לברר אפוא מדוע כלל זה אינו נדרש במקרה שפועל לא הצליח במלאכתו.

"לא עביד שליחותיה"

בתוספתא²⁰⁹ נידון מקרה שהמלאכה נעשתה אך לא היה בה תועלת, כגון פועל שהלך להביא דבר שבסופו של דבר לא ניתן היה להביא אותו: השוכר את הפועל להביא שליחות ממקום למקום והלך ולא הביא, נותן לו שכרו משלם.

התוספתא ממשיכה ומביאה מקרים נוספים של פועל שנשלח להביא קנים מן הכרם ולא מצא שם על כן לא הביאם, וכן שליח שהביא תרופה אך לא היה בה צורך. הגמרא (מובאת לעיל בתחילת סעיף ב), משווה בין דינים אלו לדין מי שירד להציל שאין לו אלא שכר טרחתו, והגמרא מבינה שזה גם במקרה שאי ההצלה הייתה באונס גמור, ונקבע ששכר מושלם ניתן במקרה שהשליח 'עביד שליחותיה', זאת לעומת מי שלא עביד שליחותיה', (היורד להציל ולא הציל) שאינו זכאי אלא לשכר טרחה.

התוספתא הובאה ברי"ף (ב"מ מז,א), ברא"ש (ב"מ פ"ז סי' ו) וברמב"ם (שכירות פ"ט ה"ח) הראב"ד העיר שיש לנכות "כפועל בטל" על כך שלא היה צריך לשאת את הסחורה, ר"י מלוניל (על הרי"ף שם מובא בשיטמ"ק ב"מ עז,א) מעמיד במקרה שלא היה צריך לשאת משא כבד שאין משמעות לניכוי כזה וכן ביאר המגיד משנה (על הרמב"ם שם)²¹⁰.

נמצא אפוא שיש שלוש דרגות של תשלום באונס:

1. אי הצלחה מחמת אונס ו"עביד שליחותיה" זכאי לשכר מלא (ולעתים צריך לנכות "כפועל בטל").

²⁰⁹ תוספתא, בבא מציעא פ"ז ה"ג, מובאת ברי"ף, ב"מ דף מז ע"א בדפי הרי"ף; רמב"ם, הל שכירות פ"ט ה"ח; רא"ש, ב"מ סי' ו ס"ק ו.

²¹⁰ ראה עוד בטור (ח"מ שלה) שהוסיף את החילוק של פועל בטל והבית יוסף תמה על דבריו.

2. אי הצלחה ולא נעשתה שליחות זכאי רק לשכר טרחה.

3. אי הצלחה ולא נעשתה השליחות כלל ואין שכר כלל.

הצגנו בפרק הקודם מספר אפשרויות למקרים בהם יהיה חיוב בדמי טרחה והפועל יהיה בדרגה 2. כאן נוסיף ונחדד את ההבדלים בין הדרגה הראשונה לשתי האחרות שכן יש מספר מצבים בהם ההגדרה של "נעשתה השליחות" אינה חד משמעית.

פסקי הראשונים

הרא"ש פוסק (שו"ת פט"ח מובא בבית יוסף חו"מ שלה) לגבי מי ששלח שליח להביא את אשתו ולא הסכימה לבוא, שהמשלח חייב לשלם לשליח היות והוא עשה שליחותו והלך להביא את האישה, ואף שהשליחות לא הצליחה, הוא לא פשע בשליחותו. זו דוגמא למקרה שבו נעשתה השליחות – ללכת למקום מסוים לצורך הבאת משהו.

ב'מרדכי' (בבא מציעא שנג) נידון מקרה של שליח להביא איגרת וחזר בו מחמת תיגר, ה'מרדכי' פוסק שהפועל הפסיד את שכרו ובדומה לפועל שאירע אונס לא צפוי ולא היה צורך בעבודתו, וכך נפסק ברמ"א (חו"מ סי' שלה סעי' ב וראה בנושאי כלים שהרמ"א כתב מקרה שונה מהמרדכי). 'הגהות מרדכי' (סי' תס) חולק על כך על סמך הסוגיה של השליחים שאיבדו את שקליהם (הובאה לעיל סעיף א) וכותב שהיות והוא אנוס ראוי לשלם לו שכר, דברי ההגהות הובאו בדרכי משה (שלה, ב) אך לא הוזכרו הלכה למעשה בהגהות לשו"ע²¹¹.

נמצא שבמקרה זה יש מחלוקת האם נעשתה השליחות או לא נעשתה. הנטייה של המרדכי והרמ"א היא לקבוע שבשליח שמצאו תגר השליחות לא נעשתה.

²¹¹ בשו"ת דברי חיים, א או"ח סי' לו, יישב את שיטת המרדכי וטען שמן הדין בני העיר היו פטורים מהשקלים ועל כן נעשתה המלאכה. בספר תירוש ויצהר שכירות פ"ט ה"ח יישב שהשכר היה על השמירה וזו נעשתה בניגוד לשליח שלא הלך את כל השליחות.

תלמיד הרשב"א (בבא מציעא עז ע"א) מתקשה בשאלה, מדוע אין אומרים במקרה של פועל שהלך להביא ולא הביא שנעשתה השליחות. וכך הוא מיישב: ... ואפשר היה לחלק, שלא אמרו כן אלא באומר להן לכו והביא לי כך וכך שיש לי במקום פלוני והלכו ולא מצאו, שהוא פשע בעצמו, אבל באומר להן לכו ותקנו והלכו ולא מצאו אנוס הוא. ואין זה מספיק, שאין משמעות דבריהן כך. הדבר צריך תלמוד הלכה למעשה שבודאי אונס נראה כל שאמר להן לכו לקנות והלכו ולא מצאו.

עוד נראה לומר שדברים אלו של גדולי המורים הן בהולך ממקום למקום, שעיקר השכירות על ההולכה, וההבאה טפלה לה, והילכך אינו בדין שיפסיד לשכרו אם לא הביא. ומ"מ נותן לו כפועל בטל. וזה שאמרו "משלם", לשון התוספתא ממש הוא שכתבו. אבל כשנותן לקנות מן השוק תבואה ולהביא, עיקר השכירות על הבאת התבואה, שההליכה לשוק אינו טורח של כלום. ומאחר שלא מצאו תבואה, אנוס הוא ופטור. וזה נראה עיקר.

בתחילה הוא מציע שייתכן שהחיוב לשלם לפועל במקרה של אונס הוא רק אם זו פשיעת המעסיק, ששלח להביא דבר שלא נמצא במקומו ואזי זוהי אפשרות נוספת לחייב בשכר מלא. הוא דוחה סברה זו היות ונראה שהדין קיים גם בלא פשיעת המעסיק. על כן הוא מגיע למסקנה שיש לחלק בין עבודה שעיקרה הוא ללכת למקום מסוים ולחזור, ועבודה זו נעשתה, אלא שלא הועילה מחמת אונס, ואז מקבל הפועל שכר מלא (בניכוי "פועל בטל" כלומר הריווח מכך שלא התאמץ); לבין עבודה שעיקרה היא קניית דברים מסוימים, וזה לא נעשה, ולכן הפועל אינו זכאי לשכר כלל.

לפי דבריו בשליחות, המלאכה היא ההליכה למקום, ואילו בפועל בשדה, עיקר המלאכה היא העבודה עצמה ולא ההליכה, ועל כן אין לראות בהליכה לשדה עשיית מלאכה.

לשיטה זו נראה שגם ב"ירד להציל" לא נעשתה המלאכה היות ועיקר המלאכה היא ההצלה.

נציין גם לדברי הרמב"ן²¹² שדן בפועל שלא היה צורך במלאכתו. הוא מביא מחלוקת ראשונים:

א. רי"ף – אריס מקבל את חלקו ברווח גם אם לא היה צורך בעבודתו, היות והוא שותף בקרקע. אך פועל אינו מקבל כלום אם לא עבד.
 ב. ראב"ד – פועל שעובד במתכונת 'קבלן', כלומר משלמים לו לפי תוצאות עבודתו ולא לפי שעות העבודה, מקבל את שכרו אף אם לא היה צורך בעבודתו.

ג. גם פועל עובד לפי שעות, והתחיל לעבוד מקבל מלוא שכרו.
 הרמב"ן מכריע כרי"ף שקבלן או פועל אינם מקבלים שכר במקרה שלא הצליחו, כהוכחה לכך הוא מציין את המקרה של ירד להציל ו'החמור עלה מאליו' שלפי הירושלמי אינו נוטל שכר. דעת הרמב"ן שאם החמור עלה מאליו השליח לא עשה שליחתו. וכן פוסק למעשה הרמ"א (רסד, ג וראה נתיבות המשפט שם ג שמחזק דבריו). הדבר תואם את שיטת תלמיד הרשב"א דלעיל שהגדרת המלאכה היא הקובעת האם המלאכה נעשתה או לא נעשתה.

יש לציין שיש מהראשונים ומהאחרונים שסברו שבירד להציל אם עלה החמור מאליו, היורד זכאי למלוא השכר (מאירי ור"י מלוניל בשיטמ"ק ב"ק קטז, משום ההפסד שהיה לו, מהרש"ל ב"ק י, מ, משום שמשמים ריחמו עליו, סמ"ע רסד, יב וש"ך שם ד, משום ההפסד בערוך השולחן רסד, יא דייק ברמ"א שסובר כדעה זו ולדבריו הטעם משום שכך התנה עמו).

בשו"ת 'בעי חיי'²¹³ עוסק בהגדרת 'עביד שליחותיה' ומציע כמה אפשרויות להבחין בין מי שעשה מלאכתו למי שכר למי שמלאכתו נחשבת כלא בוצעה:

²¹² רמב"ן, ב"מ עז ע"א, מובא גם בנימוקי יוסף, על אתר ובר"ן על הרי"ף גיטין לו ע"א.

²¹³ שו"ת בעי חיי, חו"מ סי' רכ; ראה גם בחיבורו כנסת הגדולה, חו"מ סי' שלה שמאריך בעניין.

1. אם התנה בפירוש שיקבל שכרו רק אם יצליח – אינו מקבל שכרו מושלם, ואם לא התנה בפירוש ששכרו תלוי בהצלחתו – יקבל שכרו מושלם.²¹⁴

2. השכר של שליח הוא על חלק בעבודה שאינו תלוי כלל בתוצאה, כגון הליכה למקום מסוים לצורך הבאת דבר, עצם ההליכה היא הפעולה הנדרשת, ואינה תלויה בתוצאה, ולכן יקבל 'שכרו מושלם'. לעומת זאת פעולתו של מי ש'ירד להציל' תלויה בתוצאה, שכן אין בירידה למים פעולה של ממש, כי אם ההצלה היא הנדרשת ולכן, 'אין לו אלא שכרו'.²¹⁵

3. גם שליח להביא ולא הביא וגם 'ירד להציל', שניהם מקבלים שכר טרחה. הבחנה בין מי שעשה שליחותו למי שלא עשה נוגעת רק להבטחת שכר מעבר לטרחה ואז מי שעשה מקבל גם שכר נוסף שהובטח לו. לפי זה מי שהלך להביא ולא הביא אכן מוגדר כמי שלא עשה שליחותו היות והוא לא יקבל שכר שהובטח מעבר לשכר המושלם של מלאכתו.

4. מדברי 'נתיבות המשפט' (סי' שלה, ביאורים ס"ק ג) עולה ביאור נוסף: 'ונראה דדוקא בכאן שהאונס הוא אונסא דשליח דמיקרי אונסא דפועל אז אין צריך לשלם לו אפילו מה שעשה כשלא נהנה בעה"ב, אבל באונס שאירע לבעה"ב ודאי דצריך לשלם לו מה שעשה דמה לו לפועל מה שנאנס בעה"ב, ואפילו כשלא נהנה בעה"ב צריך לשלם... ומשום הכי

²¹⁴ חילוק כעין זה עולה מדברי סמ"ע לשו"ע, סי' שלה ס"ק ה; ערוך השולחן שלה, יד וכן הבאנו לעיל מתלמיד הרשב"א ומדיוק דברי הרמב"ן. ראה במחנה אפרים, הל שכירות סי' ח שמקשה על כך וכן בשו"ת בעי חיי מערער על החילוק ולדבריו בכל שליחות מן הסתם המשלח מעוניין בתוצאות אף אם הוא לא אומר זאת במפורש.

²¹⁵ כך עולה מדברי תלמיד הרשב"א דלעיל, וכך היא מסקנת מחנה אפרים, שם וכך גם דעתו של שו"ת יורו משפטיק ליעקב סי' מה.

בשליח שנאבד ממנו.. דנוטל עכ"פ שכר, דשם אונסא דבעה"ב הוא שנאבד הדבר והפועל אומר אנא הא קאימנא, ולכך משלם.²¹⁶
 כלומר הדבר תלוי בשאלה מה הוא האונס, אם מדובר באונס של הפועל הוא מפסיד, אך אם מדובר באונס של בעל הבית, ההפסד הוא על הפועל, לפי שיטתו 'רד להציל' כעיקרון הוא הפסד של הפועל היות והאונס שלו ורק מגיע לו שכר טרחה מהסיבות המבוארות לעיל²¹⁶.

מסקנות

במקרה שפועל לא הצליח במלאכתו מחמת אונס, הוא זכאי למלוא שכרו אם "עשה שליחותו" בהגדרת מציאות זו עולות כמה שיטות:

1. כשיש תנאי מפורש שיקבל את שכרו גם בלא הצלחה או הסכמה ברורה על כך, יקבל שכרו, ואם לא הותנה תנאי כזה, לא יקבל שכרו.
2. יש עבודה שאינה תלויה בהצלחה (כגון הליכה למקום מסויים), ועליה יקבל את שכרו גם אם לא הצליח במלאכתו.
3. כל פועל מקבל את שכרו לפי מעשיו אך לא סכומים שהובטחו לו מעבר לכך מי שעשה שליחותו מקבל את השכר שמעבר גם כן.
4. כשהאונס הוא אצל בעל הבית ולא אצל הפועל, יקבל הפועל את שכרו .

לאור זאת, בכל המקרים שציינו למעלה, צריך לבחון את המנהג ואת ההסכמות בין הצדדים, ולאחר מכן לבחון האם הפעולה לא הושלמה מחמת חיסרון במלאכת הפועל או מחמת סיבות אחרות, ולנסות לבחון את משקלן של הסיבות הללו, לאור הסברות המובאות כאן.

דוגמאות מעשיות ודיון

נחתום אפוא במספר מקרים שעלו על שולחן בתי הדין.

²¹⁶ כך היא גם דעת דברי משפט מובא בפת"ש שלה, ג.

בפד"ר (ו' עמ' 182) עלתה בבית הדין הרבני ברחובות שאלת טוען רבני שייצג אישה בתיק גירושין, ולאחר שביצע הליכים רבים והכנות האישה השלימה עם הבעל. היות והיא שילמה מראש היא תבעה שיחזיר לה חלק מהסכום. לכאורה לפי מה שביארנו הרי שעל מה שעשה היה זכאי לשכר ועל מה שלא עשה לא היה זכאי כלל הואיל ולא נהנתה ממעשיו, ושמא לפי נתיבות המשפט היה צריך לקבל כאונס אצל בעל הבית. אמנם בית הדין התייחס לכך שהאישה השלימה וקיבלה מזונות כמי שנעשתה מלאכתו, אם כך לכאורה הוא דומה ל"עלה החמור מאליו" שאין לחייב בו, אך לדברי בית הדין כאן יש לחייב יותר היות אין זה אונס אלא בחירה הרי שהיא צריכה לשלם. כמו כן בית הדין הכניס את השיקול של הקדמת השכר שלדבריו יש לו משמעות בענין ועל כן חייב ברוב הסכום.

בפד"ר (מקוון קמא) נידון בבית הדין הגדול תביעת עורכת דין לשכר טרחה על עסקה שלא נסתיימה, ר"א שרמן קובע שהיות ולא התנו את המלאכה בסיומה הרי שלצורך העניין נסתיימה המלאכה וזכאית לשכר על מה שעשתה ובדומה לסוג הראשון בדברינו, ר"ש בן שמעון מדגיש שאינה זכאית מעבר לטרחתה ובדומה לסוג השני שאלו מלאכות שלא נסתיימו אך מזכות בשכר טרחה על מה שכן נעשה ולא מעבר לכך.

בפד"ר ירושלים (יא עמ' רכד) נידון מקרה של עו"ד שהכין קרקע לרישום, ולצורך כך עשה מספר פעולות משפטיות, ובסוף הצדדים חזרו מהעסקה. לכאורה היות לא נעשתה המלאכה, היה אמור לא לקבל שכר, אמנם לפי הסברות שהזכרנו בפרק האחרון, היות ולא הותנה במפורש שההכנות לרישום תלויות בהצלחת העסקה, וכן שהוא עשה חלק מהדברים, וכן האונס הוא אצל המעסיק ששותפו לא רצה, יש מקום לחיוב שכר על העבודה שנעשתה, ואכן כך מחייב בית הדין בסכום חלקי.

בקובץ בית דוד (עמ' רנו) דן ר"י זילברשטיין ברופא שיניים מומחה שלא הצליח לפתור את הבעיה, למרות מאמציו הרבים. לכאורה זהו מקרה שלא נעשתה

המלאכה ואין סיבה לחייב כלל. רי"ש אלישיב קובע שבמקרה זה דרך לשלם גם על הניסיון (ראה פרק ב מסקנה 4)²¹⁷.

חיוב לפנים משורת הדין

גם במקרים הפועל מפסיד שכרו מן הדין ואף נדרש לשלם על נזק עולה שאלת החיוב לפנים משורת הדין. בגמרא שהבאנו בפרק הראשון סופר על הסבלים ששברו חבית ובעל החבית שילם להם שכרם.

בעקבות כך כותבים הפוסקים שיש חיוב כללי לשלם לפנים משורת הדין, לפחות לפועל עני, כך מנסח בעל הקיצור שולחן ערוך (קפה,ה):

שכיר שעשה מלאכה לבעל הבית והפסידה אפילו בפשיעה, באופן שעל פי הדין הוא חייב בתשלומין, מצוה על בעל הבית להכנס לפנים משורת הדין ולמחול לו, שנאמר למען תלך בדרך טובים, ואם השכיר עני הוא ואין לו מה יאכל מצוה ליתן לו שכרו, שנאמר וארחות צדיקים תשמור, וזו היא אורח צדיקים לשמור דרך ה' לעשות צדקה ומשפט לפנים משורת הדין.

כך הוא גם בערוך השולחן (שד,יא וראה פד"ר ירושלים יא, עמ' קצב) ועל כן מי שיכול לנהוג כך תבא עליו ברכה.

נראה שבמקום שהתנו במפורש שלא יהיה שכר בלא הצלחה לא נאמרה חובה זו.

²¹⁷ בעניין שידוך שהתבטל לאחר האירוסין ראה מה שדן הר"י גרוסמן בהליכות ישראל י-יא ובעקבותיו בשו"ת דברי יציב חו"מ מב ובפד"ר ירושלים י עמ' תנח.

כז. הקרינה ונזקיה

מבוא

שאלת חשיפתו של הציבור לקרינה ממקורות שונים (טלפונים ואתרי בסיס סלולריים, קווי מתח, מכשירי חשמל ביתיים וכיו"ב) והשלכותיה הבריאותיות, זוכה בשנים האחרונות לעניין מדעי וציבורי רב. סוגיות אתיות, משפטיות, ציבוריות והלכתיות רבות כרוכים בנושאים אלו, ובקביעת מדיניות וניהול סיכונים הנובעים מחשיפה של בני אדם לקרינה בכלל, ולקרינה בלתי מייננת בפרט. מדובר בבעיות מעשיות, שרבות מהן רלוונטיות למגוון סיכונים ונוגעות גם לתחומים אחרים כמו רפואה, מדיניות ציבורית, כלכלה סביבתית ועוד.

ייחודיותו של מסמך זה בכך שלראשונה מבקשים חוקרים ואנשי הלכה למצוא מענה הלכתי לשאלות הכרוכות בנושא האלקטרומגנטי. הוא קורא לארגונים וליחידים המעוניינים בכך להסתמך על מסמך זה ככלי עזר בידי קובעי המדיניות, ולהוות נדבך בסיסי בתהליך קבלת ההחלטות.

מסמך זה הינו פרי מחקר הלכתי של מכון 'מרחבים' בראשות הרב פרופ' יגאל שפרן, מומחה לבעיות הלכתיות-רפואיות, בשיתוף עם ד"ר רונן הראובני, בעל תואר שלישי בפיסיקה רפואית, העוסק בנושא ההגנה מקרינה אלקטרומגנטית מאז שנת 1993. כמו כן, הבסיס למסמך זה הינו עבודה באותו נושא שנכתבה במסגרת שבתון במחלקה לפיסיקה רפואית במרכז האוניברסיטאי אריאל בשנים 2007–2009.

לעבודה זו נעשתה עריכה לשונית על ידי ר' צוריאל גביוון.

שאלות לדיון בהלכה - קרינה ונזקיה

עם התפתחותה של הטכנולוגיה פותחו יישומים חדשים לתקשורת המבוססת על גלי רדיו אלקטרו-מגנטיים. גלים אלו, המשודרים על ידי אתרים סלולריים שפוזרו לצורך כך בכל הארץ, מאפשרים – בין השאר – תקשורת ללא קווי טלפון אלא באמצעות טלפונים סלולריים שמצויים ביד כל אדם ושהם בעלי יכולת שידור וקליטה מתאימה של אותם גלי רדיו.

מציאות זו מאפשרת לכל אדם לנהל שיחות באופן חופשי בכל מקום בו הוא נמצא ובכל זמן. אופיין של שיחות אלו נושאות בד"כ דיבורי חולין או שיחות לצורך עבודה ופרנסה, אולם פעמים רבות הן המפלט היחיד לקשר עם מוקדי הצלה וחירום.

על אף שבדרך כלל אין מדובר בשימוש לצורך פיקוח נפש, ואפילו לא לצורך פרנסה, השתרש בכל העולם המודרני ובמיוחד במדינת ישראל, המנהג להשתמש במכשירים אלו ובהיקף נרחב. חברות הסלולר, בתיאום עם הפיקוח הממשלתי, מתקינות אתרים סלולריים (Base Stations) בכל פינה ופורסות את צידן לצורך קליטת הגלים ושידורם, דבר המאפשר את השימוש בכל מקום.

במקביל להתפתחויות הטכנולוגיות, החלו לצוף גם שאלות בריאותיות: האם לקרינה זו יש השפעה על בריאות המדברים? האם לקרינה המשודרת מהאתרים הסלולריים ישנה השפעה על בריאות האנשים הנמצאים בקרבתם?

במחקרים שנערכו על ידי מספר גורמים עולה תמונה שאינה חד משמעית; יש הטוענים שהשימוש במכשירים גורם לפגיעה בריאותית למשתמשים עצמם, ובעיקר לאלו המשתמשים בהם זמן ממושך. לעומתם, יש הטוענים שאין כלל השפעה של הטכנולוגיה על בריאות הציבור. לאור נתונים אלו של מחלוקת בין המומחים עולה השאלה: האם מותר לאדם להשתמש במכשיר סלולרי כשהוא עשוי לגרום נזק לעצמו? כמו כן, יש לדון בשאלת היחס להתקנת האתרים הסלולריים: האם הללו מהווים גורמי סיכון ולמי? יצויין כי השוהים מתחת

למתקנים אלה נחשפים בד"כ לרמת קרינה נמוכה יותר מאלה הנמצאים בקו ישיר מולם, ואז עולה שאלת חובתם של שכנים בנושא. בכל מקרה, אין מדובר בנזק ברור וחד משמעי כי אם בעלייה בשכיחות של מחלות שקשה להצביע בוודאות על המתקנים כגורמים להן, אך השאלה עדיין נותרת בעינה: האם מותר לגרום ל"עלייה בשכיחות" של סכנה, גם אם מדובר בעלייה קטנה מאוד? מכיוון שמדובר כאן בדבר שהפך להיות צורך חיוני ביותר עבור כלל האוכלוסיה, וכן מרכיב חשוב בהתפתחותה של החברה הפרטית והעסקית, הרי שהשאלה כאן היא גם שאלה ציבורית: עד כמה ניתן לציבור לסכן את הפרטים שבו לצורכי הכלל.

סדר הבירורים בעבודה זו, הבאה להציע את דברי הפוסקים בעניין, הוא כדלהלן:

- א. זכות ההתנגדות למפגעים סביבתיים
- ב. תשלום פיצויים
- ג. צרכי הפרט מול צרכי החברה
- ד. נטילת סיכונים
- ה. מסירת מידע ושקיפות לציבור

א. זכות ההתנגדות לפגיעים סביבתיים

הבסיס לדיון על אודות נזקי הקרינה נפתח בחובה המוטלת על אדם להימנע מלהזיק לזולת.

חובה זו מבוססת על מקורות שונים כ"ואהבת לרעך כמוך" ועוד (ראה פתחי חושן נזיקין פרק א, הערה א), ואף מגובה בחיוב תשלומים המוטל על המזיק. "נזק" בהגדרתו הבסיסית נגרם לאדם כתוצאה ממעשה ישיר או עקיף של זולתו או של רכוש זולתו, כפי שמגדיר הרמב"ם לגבי ממון האדם (נזקי ממון א,א):

כל נפש חיה שהיא ברשותו של אדם שהזיקה – בעליה חייבין לשלם, שהרי 'ממונם הזיק'.

נציין כי במקרה דנן, הנזק אכן נגרם באירוע יחיד, אולם ככל שתדירות החשיפה לקרינה עולה, כך גדל הסיכוי להתרחשותו של אירוע מזיק כזה. מכל מקום, יש מקום לדון האם הנזקים הללו נחשבים כנזקי "אדם המזיק" או "אש" או שמא אפילו "בור". המכנה המשותף לכל הפעולות הללו הוא "שדרכן להזיק".

במקרה דנן אכן מצינו שה"אגרות משה" (ח"מ ב,יח) מגדיר את העשן היוצא מפי האדם כחבלה של אדם המזיק שראוי לחייב עליה אפילו "ריפוי".

אמנם יש מקום לחלק בין עישון ובין הנושא דידן. ראשית נדון בהתקנת אתרים סלולריים. אתרים אלה יוצרים קרינה בעיקר עקב שימוש במכשירים סלולריים (פרט לשידורי בקרה מדי פעם), ונמצא שהמשתמשים הם אלו שמביאים את הקרינה ולא מתקיני האתרים.

לגבי המשתמשים במכשירים סלולריים, נראה שהשאלה איננה גודל הנזק מהשימוש במכשיר אלא הסבירות להופעתו כתוצאה מתדירות השימוש בו. בדרך כלל מדובר בנזק בעל סטטיסטיקת פגיעה נמוכה ועל כן קשה לקבוע שמדובר בנזק הדומה לעישון.

על כן הדיון בנושא אינו רק בתחום דיני הנזיקין כי אם גם בתחום נוסף המשיק לו, דהינו, דיני נזקי שכנים. בהלכות אלו מתברר שיש דברים שאדם יכול למנוע משכנו פעולות מסוימות משום שהם מפריעות לו גם אם אין בהם נזק ממשי, אלא "מטרד" לאיכות החיים או הפרעה לשגרת החיים.

בנוסף עולה מהלכות אלו שיש גם מקרים שבהם למרות הסכמה מלכתחילה לאפשר את הפעילות ניתן לשוב ולתבוע את הסרת המזיקים בטענה שהמחילה הייתה מוטעית.

כמו כן, עולה מהפוסקים שלחולה או לאדם בעל רגישות מיוחדת יש זכות לתבוע התחשבות מיוחדת במצבו ולמנוע משכנו פעולות שונות בביתם, כפי שיפורט להלן.

על כן בפרק זה נרחיב בהגדרות ההלכתיות העולות בתחום מהספרות התלמודית ועד לפסיקה ההלכתית המעשית כפי נידונה בספרות השו"ת והפוסקים.

חובת ההרחקה

סוגיות הרחקת שכנים נדונו באריכות במסכת בבא בתרא. מסוגיית הגמרא בפרק שני ומפסיקת ההלכה עולה שבכל מקרה עלינו לדון בשני נושאים: האחד, חובת ההרחקה; והשני, חיוב בתשלום.

בכדי להבין חלק מהדיונים להלן יש להקדים שבגמרא (בבא בתרא כה, ב) נחלקו התנאים: חכמים ורבי יוסי, בשאלה האם אדם שמבצע בחצרו פעולה המזיקה את שכנו חייב להרחיק את עצמו מלהזיק אף אם אין מדובר אלא בנזק עקיף, לדעת רבי יוסי על הניזק להרחיק את עצמו אלא אם כן מדובר בנזקים המוגדרים "גירי דיליה" דהיינו שהם נזק ישיר בדומה לנזק שגורם אדם היורה חץ. ואילו לדעת חכמים, אדם חייב להרחיק בכל נזק. הגמרא (בבא בתרא כו, א) עצמה מוסרת שההלכה נפסקה כדעת רבי יוסי והאחריות היא על הניזק להישמר מהנזק.

לגבי ההיקף של המונח "גירי דיליה", שבו מודה רבי יוסי שעל המזיק להרחיק את עצמו, נחלקו הראשונים:

רש"י (כב, ב ד"ה לימא) – רוב ההרחקות בפרק שני של בבא בתרא נאמרו רק לדעת חכמים ורק במקום שנתפרש בגמרא אחרת הדבר מוסכם גם לרבי יוסי. רבינו חננאל, הרי"ף, בעלי התוספות, ולאחריהם הרמב"ן ובית מדרשו – רבי יוסי מודה במקרים נוספים מסיבות שונות. לשיטתם, צריך לומר שיש מקרים בהם רבי יוסי מודה שצריך להרחיק את הנזק אף שאין חיוב ממוני בנזק שנגרם והוא אינו ממש כ"חץ" כי אם "גרמא דגיריה" דהיינו חץ הנוצר על ידי גרמא שאין חיוב ממוני בפגיעתו.

ביסוד הדברים מונחת תפיסה הקובעת שלא ניתן להגביל אדם בשימוש בביתו למרות הנזק שעלול להיגרם באופן עקיף מהשימוש. כך מנסח את הדברים בעל נתיבות המשפט (קנה, ביאורים ס"ק יח):

ועל כרחך צריך לומר, דהד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה וכשלא שמרו חייבין בתשלומין, אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור, הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה מרשותו כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא.

דהיינו שימוש של אדם ברשותו ובביתו אינו יכול להיות מוגדר כפעולת נזיקין גם אם יש לכך השלכות על חבירו (וראה במילואי משפט שם הערה 44 מקורות נוספים).

מהנאמר עד כאן עולה, שהעיקרון המנחה הוא שהשרוצה להימנע מנזק מפעולת השכן צריך לשמור על עצמו מנזק. רק במקרים יוצאי דופן על השכן להימנע משימוש בביתו בכדי שלא להזיק ומקרים אלו אמורים להיכנס כולם במה שהגמרא מכנה: "גירי דיליה".

לאחר הקדמה זו, נפרט את העקרונות העולים מהמקרים שבהם חובה, גם לדעת רבי יוסי, על המזיק להרחיק את עצמו.

חייב השכן בהרחקת נזק

השו"ע (קנה, א) קובע:

הבית והעלייה של שנים, לא יעשה בעל הבית תנור בתוך ביתו אלא אם כן יש לו על גביו גובה ד' אמות בינו לתקרת העליה, (שלא ישרוף העליה). וכן לא יעמיד בעל העליה תנור, עד שיהיה תחתיו מעזיבה שלשה טפחים, מלבד שיהא על גביו גובה ד' אמות; ובכירה, טפח מעזיבה מתחתיה. ואם תנור של נחתומין הוא, צריך שיהיה תחתיו ד' טפחים. ובכירה של נחתומין, ג'... וכל אדם בביתו צריך להרחיק כשיעורים הללו מפני השכנים שמעכבים עליו.

כלומר, אדם אינו יכול לעשות בביתו שימוש שעשוי לגרום נזק לבית חבירו. בהמשך הסימן מובאים בשו"ע נזקים נוספים שאסורים, כגון פתיחת חנות מתחת לאוצר תבואה של חברו שכן הדבר גורם נזק לתבואה, וכן רפת בקר מתחת לחנות יין שמזיק ליין (סעיף ב), החובה להרחיק נטיעת זרעים (הגורמים נזק בשאיבת הלחות מהקרקע), הטלת מי רגלים, הפעלת ריחיים, תנור, חפירת בור, הצבת אמת מים, התקנת בריכה לכיבוס בגדים כל אלו מזיקים לכתלים ועל כן צריך להרחיק אותם מכותל חבירו (שם סעי' ה-יג).

עוד קובע השולחן ערוך (קנה, טו):

הכותש הריפות (פי' חטים הנכתשים במכתשת) וכיוצא בהם בתוך שלו, ובעת שמכה מנדנד לחצר חבירו עד שנדנד כיסוי החבית שעל פי החבית, (וי"א שאין צריך כל כך, רק שינדנד הכותל קצת) (טור והמגיד פי"א דשכנים בשם הרשב"א ובי"י בשם התו'), ה"ז מזיק בחציו וחייב להרחיק כדי שלא ינדנד, או יבטל מלאכתו שמזקת. ואם הזיק בעת הנדנוד, חייב לשלם שהרי מכחו בא הנזק. הגה: ואפילו נבנה החצר אחר שבא המזיק לכאן, צריך המזיק להרחיק נזקו (הגהות מיי"ט והגהות אשירי ונ"י ס"פ לא יחפור). וה"ה אם אין מזיק לחצר, אלא שיש חולי הראש לבעל החצר וקול ההכאה מזיק לו, צריך להרחיק עצמו (ריב"ש סימן קצ"ו).

מדברים אלו עולה, שביצוע פעולה שגורמת נזק בחצר השכן באופן ישיר אסורה ואף עשויה לחייב בתשלום. הרמ"א מוסיף שאין המדובר רק בנזק של שבירת כלים וכדומה, אלא אף גרימת חולי הראש לבעל החצר השכנה מהווה סיבה להרחקת הנזק.

חידוש מיוחד עולה מתשובת הרא"ש (קח,י) שנפסקה בשו"ע (שם כ) ולפיה הגדרת נזק יכולה להיות גם פעולה עקיפה הצריכה להיות מורחקת אם מתקיימים בה שלושת התנאים הבאים:

שאלה: ראובן חפר גומא בחצרו, שמי גשמים יקלחו לתוכה, וכשרבו המים, בוקעין ועוברין דרך חומת מרתף שמעון, וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים. תשובה. נראה לי שראובן חייב לסלק היזקו. ואף לרבי יוסי, דאמר: "על הניזק להרחיק עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה", הכא מודה:

(1) כיון דנפיש היזקא דשמעון;

(2) וגם תשמיש של שמעון קבוע,

(3) ואי איפשר לו לסלק את עצמו, דאין דירה בלא מרתף וחצר.

מכאן יש להסיק, שבכל מקרה בו הנזק הנגרם על ידי השכן הוא ישיר או כזה שיש בו הפרעה מיוחדת לחיי השכן (שהיזקו מרובה וחיייו שלו יפגעו ממשית בעקבות הבעיה והתיקון הוא קל) יש אחריות על המזיק לסלק היזקו.

אך יותר מכך נקבע בתשובת הרא"ש עיקרון יסודי:

כי דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום והקפידה תורה שלא יעשה אדם

בתוך שלו דבר הגורם היזק לחברו.

דהיינו מטרת התורה למנוע נזקים גם כשהם נעשים ברשותו של אדם ומכח סמכותו להשתמש בחצרו בכל שימוש שיעלה בדעתו. זהו אפוא קו מנחה בנזקי שכנים.

נזקי רעש וריח

השו"ע (קנה,לט) קובע שפעולה הגורמת להתאספות ציפורים המזיקים ברעש ובנזקים נוספים אסורה גם כן:

מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן במקומו, ויכנסו העורבים וכיוצא בהן בגלל הדם ויאכלו, והרי הם מצירים את חבריו בקולם ובצפצופם או בדם שברגליהם שהם יושבים על האילנות ומכלים פירותיהם, אם היה קפדן או חולה שצפצוף הזה מזיקו, או שפירות שלו נפסדים לו בדם, חייב לבטל אותה המלאכה או ירחיק עד שלא יבא לו נזק מחמתו, שהזיק זה דומה לריח בית הכסא וכיוצא בו שאין לו חזקה. וה"ה כל נזק גדול שאין אדם יכול לסבלו (טור בשם הרא"ש).

הרמ"א בביטוי בסוף דבריו: "נזק גדול" רומז לתשובת הרא"ש (ק,ב) המוזכרת גם בטור כאן. הרמ"א אינו מפרט את מהות הנזק אך לענייננו חשוב לפרט שהרא"ש דן בפתיחת משחטה בסמוך לצר חבריו:

עתה חזרו [=הקצבים] למכור הבשר חוץ לקראל, סמוך לביתו של ראובן, וראובן זה מערער ואומר שאינו יכול לסבול שיהיו קצבים סמוך לביתו, מפני ריח רע של הבשר מהפשיטן, ומפני הכלבים והחזירים שמצויין במקום הקצבים.

הנזקים הנגרמים מהמשחטה הם ריח רע והתאספות בעלי חיים. בתשובתו מכריע הרא"ש בבירור שאין היתר לקצבים לגרום ריח רע לשכנם וכן להתכנסות של חיות ליד ביתו. מפסיקת הרמ"א עולה אפוא שגם ריח רע כלול בתוך סל הנזקים אותם אדם צריך לסלק מביתו כדי שלא לפגוע בשכנו. הרדב"ז בתשובותיו (א,תקנא) דן במקרה שתצמח מפעולת השכן סכנה לבריאות שכנו על ידי ריח:

שאלת ממני אודיעך דעתי בראובן ושמעון שהיו דרים בבית אחת זה בליואן אחד וזה בשכנגדו כמנהג וראובן יש לו בן יונק שדי אמו ושמעון

נולד לו בן ורוצה לגדל אותו במיני סמנין הנקרא מחכוך וכל קטן שמריח ריח זה ואינו רגיל בו מקטנותו יבוא לידי סכנה וזה מנוסה ובדוק אם יוכל ראובן למנוע את שמעון מזה ועל מי להרחיק את הנזק.

תשובה קי"ל כר' יוסי דאמר על הניזק להרחיק עצמו מן הנזק ואי מטו גיריה דיליה עד הניזק צריך המזיק להרחיק עצמו כהסכמת הפוסקים וכן כתב הרמב"ם ז"ל פ"י מהל' שכנים...

הילכך בנ"ד אם הדבר ברור שבשעה שמריחין לתינוק של שמעון מגיע הריח ג"כ לבנו של ראובן ומזיק על שמעון להרחיק עצמו שלא יזיק את חבריו או יצא מן הבית. ואפילו שלא יגיע הריח בכל זמן למקום בנו של ראובן כיון שע"י רוח מצויה מוליך הריח עד בנו של ראובן צריך שמעון להרחיק את עצמו עד כדי שלא יגיע הריח אפי' ע"י רוח מצויה וכן כתבו הפוסקים ז"ל בהדיא.

ואם הדבר ספק אם יגיע הריח ברוח מצויה או לא. מסתברא לי דבנ"ד על המזיק להרחיק עצמו חדא דהוי ספק נפשות וראוי לאדם שיתרחק אפי' מספק ספיקא דידיה.

ותו דבעיקר הדין כתב ריצב"א ז"ל דלאו לכל מילי א"ר יוסי על הניזק להרחיק עצמו אלא בדברים שהם עיקר יישוב או דירה או תשמיש שאין לו למזיק להניח ישובו ודירתו או תשמישו אבל אם לא היה מעשה של המזיק עיקר ישוב אפי' ר' יוסי מודה דעל המזיק להרחיק עצמו והביא לזה ראיה מן התוספתא.

הילכך בנ"ד דלאו דבר של ישוב ולא של דירה הוא על המזיק להרחיק עצמו. וא"ת הא עדיף מישוב דהא הוי דבר של חיות התינוק. הא ליתא דפוק חזי כמה תינוקות גדלים וחיים בלי זה וכ"ש בהצטרפות שיש ודאי סכנה לבנו של ראובן אם יריח הריח ההוא כפי מה שבא בשאלה ופשיטא דעל שמעון המזיק להרחיק עצמו שלא יזיק את חבריו.

מדברי הרדב"ז עולה שאם השכן מזיק באופן ממשי על ידי ריח, הדבר כלול ב"גירי דיליה" שלדעת רבי יוסי על המזיק מרחיק את עצמו. יותר מכך הוא גם מוסיף שאפילו אם יש ספק נזק עליו להימנע אם יש בדבר סכנת נפשות שכן זהו ספק פיקוח נפש. הוא גם מוסיף ומסתמך על דברי ריצב"א שאם אין מדובר בדבר שנעוץ לחיותו של המזיק, על המזיק להרחיק את עצמו אפילו אם אין זה "גירי דיליה".

סילוק מפגעים אקולוגיים

ההלכה מתייחסת גם למקום הראוי לעיסוק במקצועות המלווים בריח רע או במפגעים אחרים. כך קובע השו"ע (קנה, כג):

מרחיק את הנבילות ואת הקברות ואת הבורסקי ואת הכבשונות והדבורים מהעיר, חמשים אמה. ואין עושים בורסקי אלא למזרח העיר, מפני שרוח מזרחית חמה וממעטת היזק (ריח) עיבוד העורות.

מכאן שהמדיניות הציבורית ביחס למיקום מקומות תעסוקה המהווים מקור לריח רע צריכה להיות כזו שמונעת ריח רע ושאר נזקי סביבה מדיירי העיר, אף כשאין מדובר בנזקים של ממש לרכוש כי אם לאיכות החיים.

נזקי רוח

כותב השו"ע (קנה, כב):

מרחיקין את גורן קבוע מהעיר חמשים אמה, כדי שלא יוליך הרוח התבן בעת שזורה, ויזיק לבני העיר... וכן לא יעשה אדם גורן קבוע בתוך שלו, אלא אם כן היה לו חמשים אמה לכל רוח, כדי שלא יזיק התבן לנטיעת חבירו או לנירו.

מכאן שגם נזקים העשויים להיגרם כתוצאה מכך שהרוח תפזר את הלכלוך אסורים, במקרה זה נוסף תנאי שמדובר בדבר שנעשה בדרך קבע.

נזק שאינו קבוע

מהדין של הרחקת גורן עולה שקביעת מקום לדבר שיש לו השלכות מזיקות אסורה. עולה השאלה האם יש איסור על הצבת גורן גם באופן ארעי. השולחן ערוך (קנה, לד) עוסק שוב בהלכות עשיית גורן בהרחבה נוספת:

מי שעשה גורן בתוך שלו, או קבע בית הכסא או מלאכה שיש בה אבק ועפר וכיוצא בהם, צריך להרחיק כדי שלא יגיע העפר או ריח בית הכסא או האבק לחבירו, כדי שלא יזיקו; אפילו היתה הרוח הוא שמסייע אותו בעת שעושה מלאכתו ומוליכה את העפר או נעורת הפשתן והמוץ וכיוצא בהן ומגיעתן לחבירו, הרי זה חייב להרחיק, כדי שלא יגיעו ולא יזיקו, ואפילו ע"י רוח מצוייה, שכל אלו כמי שהזיקו בחיצו הן.

בסעיף זה מפורטים מספר מפגעים, כגורן ואחרים, המחייבים הרחקה משום החשש שהרוח תגרום להעפת חפצים ולנזק. בשונה מן הסעיף הקודם שבו נקבע שיעור הרחקה מן הגורן הקבוע ל-50 אמה, בסעיף זה לא נתפרש השיעור. לשון השו"ע מתבססת על הרמב"ם (שכנים יא,א). פרשן הרמב"ם, הלחם משנה, מבאר שלדעת הרמב"ם, בגורן שאינו קבוע חכמים לא נתנו שיעור, והדבר תלוי בהערכת הנזק לפי התנאי המקום. כך גם הגר"א בביאורו לשולחן ערוך (קנה, צג) מבאר בפשטות שבגורן שאינו קבוע הדבר תלוי במידת הנזק הנגרמת בפועל.

כדעה זו עולה מן המאירי (בבא בתרא כד,ב): "כל שאינו צריך לזרות אלא בידיו אין צריך לשיעור כזה אלא בכדי שלא יזיק לפי מה שיראה לדיינין".

אמנם מדברי הראשונים עולה גם כיוון אחר, כדוגמת הריטב"א (בי"ב כד,ב ד"ה מה) שכותב:

ולרב אשי אין הרחקה לגורן שאינו קבוע ואף על גב דזימנין דאיכא גרמא דגירי דקסבר שלא אסרו גרמא בנזיקין שלא יהא עושה בתוך שלו אלא בדבר שהוא קבוע כגון סולם וההוא דאומני וגורן קבוע, ואביי סבר דאפילו בדבר שאינו קבוע כיון דאיכא גרמא דגירי אסור וחייב להרחיק, והלכתא כרב אשי דבתרא

לדבריו, עצם ההרחקה מגורן שאינו קבוע שנויה במחלוקת אמוראים, וההלכה נפסקה כרב אשי שאין צורך להרחיק כלל. כך משמע קצת מדברי רבנו חננאל, שפוסק הלכה כרב אשי, ולכאורה משמע שהבין שיש מחלוקת לדינא בין האמוראים ולא רק מחלוקת פרשנית. הר"ן בחידושו (על אתר) מבאר גם הוא את המחלוקת בין האמוראים כדברי הריטב"א, אם כי לא כתב כמי ההלכה. הנימוקי יוסף (יג,א בדפי הרי"ף) מעתיק את דברי הריטב"א, והבית יוסף (חור"מ קנה) מביא את דבריו.

מפרשני השו"ע עולה ההבנה, לפיה בגורן שאינו קבוע אין צריך להרחיק כלל. כך כותב הסמ"ע (קנה, מז):

[דפירוש] דברי הרא"ש [ב"ב פ"ב ס' כ"ד] והטור [שם] והמחבר הוא במה שכתבו קבוע, לאפוקי ארעי, דבהיזק שהוא בארעי ובאקראי לא גזרו עליו להרחיק...

כך עולה מהש"ך (קנה, י) שמפנה לדברי הנימוקי יוסף, וכן דעת נתיבות המשפט (קנה, לט) שהעתיק את דברי הסמ"ע.

מכאן, שבעשיית גורן שאינו קבוע, לדעת חלק מהפוסקים, צריך לבחון את מידת הנזק ולהרחיק לפי הנזק הנגרם בפועל ולא לפי השיעור שנקבע לגורן קבוע. יש מהראשונים שהבינו כי מכיוון שמדובר ב"גרמא דגיריה" ודבר אקראי אין צורך להרחיק כלל וכך דייקו כמה ממפרשי השולחן ערוך שזו דעתו.

נזק קטן

הפוסקים דנים ביחס לדבר הגורם נזק קטן. הטור (חושן משפט קנה) מביא בשם הרמ"ה:

וקוטרא פי' ר"ת דוקא קוטרא דכבשן שהוא גדול אבל בקוטרא דעלמא הוי חזקה וכ"כ הרמ"ה ז"ל כבשונות של נחתומים ושל יוצרין וכיוצא בהן אבל תנור שהיחיד אופה בו פת וכן כירה כיון דלא שהי קוטרייהו רובא

דיומא לאו תדיר הוא ואית ליה חזקה ומיהו לכתחלה מצי מעכב אפילו בעשן שאין תדיר הואיל ונזקא הוי ועשן תדיר נמי דוקא היכא דמטיא לרשותא דחבריה ברוח מצויה אבל אי לא מטי ליה אלא ברוח שאינה מצויה לא מיחייב לסלוקי ואפילו ברוח מצויה נמי דוקא דמזיק לאינשי אבל אי לא מזיק לאינשי אף על גב דמטי לביתיה ומשחיר לאשיתיה היזק הגוף לא הוי אלא היזק ממון וקיימא עליה חזקה ומיהו הא נמי לכתחילה מצי מעכב דהיזק ממון ודאי הוי ע"כ.

מדברי הרמ"ה עולה שאין לאדם לבצע פעולה המעלה עשן, גם אם מדובר בנזק קטן שאינו תדיר.

בניגוד לדברי הרמ"ה, תרומת הדשן (ב,קלז) מחדש שיש הבדל בין נזק גדול לנזק קטן:

אשר כתבת לי מההיא דעשן תדיר שפסקתי שאפי' לכתחילה לא מצי מעכב בעשן שאינו תדיר ומצוי... דע לך כי לא על לשון הירושלמי לחודיה סמכתי, דהיה אפשר שקיצר בלשונו כמו שהוא רגיל, אלא גם מלשון המרדכי בשם תשובת רב מתתיה גאון, אההיא דראובן בקש פורני כו' מוכיח בהדיא ובפשיטות דעשן שאינו תדיר ומצוי לא מצי מעכב אפי' לכתחילה, שהרי כתב שבקש לעשות פורני חביריו מעכבים עליו משום דהזיקא רב ומצוי, משמע הא לאו הכי לא מצי מעכב, וההיא תשובה מייתי נמי בהגה"ה במיימוני פי"א בהלכות שכינים. ועוד מוכח מיניה דאיירי לכתחילה... ואפלו הכי לא חייב להרחיק אלא משום דהזיקא מצוי ומרובה... עוד דקדקתי עכשיו בהגה"ה באשירי משם מהרי"ה, דע"כ עשן שאינו תדיר אפי' לכתחילה לא מצי לעכב... וא"כ מוכח בהדיא דכל מילי דלאו כקוטרא ובית הכסא אינן, אפילו לכתחילה לא מצי מעכב. ועשן שאינו תדיר כתב אשירי והתוס' ומרדכי דאינן בכלל קוטרא, דקאמר תלמודא, אבל הוא מורה בהדיא דלא כהרמ"ה בטור חושן משפט וסמכין

עליהו טפי מאדידיה. ואף כי בפלוגתא דרבוותא על הניזק להביא ראייה, וכ"ש הכא דהירושלמי משמע הכי בפשיטות, מ"מ אינני קורא עליכם טועים בפסק שלכם, הואיל ומצאתם כדבריהם בהדיא בפסקי הגאונים, וכבר ידעתם כי אינני רגיל לדקדק בטוב כאשר ימצאו לי הדינן מפורשין בפסקי הגאונים המצויין יותר.

נמצא שהדבר שנוי במחלוקת ראשונים. נוסף ונציין שכדברי תרומת הדשן עולה גם מתשובת הרשב"א (ב,מה):

ועוד: שאין זה כעשן שאמרו חכמים ז"ל: שאין לו חזקה. שלא אמרו אלא בעשן תדיר וגדול כעשן הכבשן. אבל כעשן בעלי בתים, לא. שאלו כן, אין לך בונה בית, ולא מדליק אש תחת תבשילו, כדי שלא יצא עשנו בחוץ. והכי איתא בירושלמי (בבא בתרא ב,א), דגרסינן התם: המזיק אין לו חזקה. ממחי רבנן בעשן תדיר. בהדא חדא אתת' מדלק' חלון תותי' ר' אלעא בעי ממחי בידה. אתא עובדא קומי רבי נסא ואמר: לא אמרו אלא בעשן תדיר.

כך גם קובע הנמוקי יוסף (ב"ב יב,א בדפי הרי"ף מובא בבית יוסף ח"מ קנה):

היינו סבורים לומר דכעשן הכבשונות דוקא בעינן בין בריבוי עשן בין בתדיר... ובא מעשה לפני ה"ר חסדאי בעשן הרגיל לעשות בביתו של אדם לתיקון מאכליו ואמר דכל עשן המזיק לאדם זהו קוטרא דגמרא ומה שפירש בו בעשן כבשונות לא בא למעט אלא אינו תדיר דוקא... ואחר שכתבתי זה הראיתיו אל הרב עצמו ואמר לי שלא היה צלול בדין ואח"כ מצאתי בחשן משפט כסברתינו שכתב בשם הרמ"ה... ומשמע לי מדברי הרמ"ה דדייקי טפי מדברי ה"ר חסדאי דלא מיעט תנור שהיחיד אופה בו פתו וכן כירה אלא משום דלא שהי קוטרייהו רובא דיומא הא אי שהי קוטרייהו רובא דיומא אף על פי שאין עשנן רב כעשנן של כבשונות אין לו חזקה וכן משמע בירושלמי (פ"ב ה"ב)... ואי איכא לפלוגי הכי איכא

לפלוגי דכל שהוא רב אף על פי שאינו תדיר אין דרך בני אדם לסבלו ואין לו חזקה.

כלומר רבי חסדאי היה סבור בתחילה לאסור עשן גם אם הוא עשן של שימוש ביתי.

הבית יוסף מסיים לגבי פסיקת ההלכה:

ומה"ר איסרלן בכתביו סימן קל"ז דקדק... דעשן שאינו תדיר ומצוי לא

מצי מעכב אפילו לכתחלה ודלא כדכתב רבינו בשם הרמ"ה. ולי נראה

דלענין מעשה כדברי הרמ"ה נקטינן שהוא רב מפורסם.

כך הוא גם מכריע בתשובותיו (אבקת רוכל קיא) במקרה של אדם שבישל ועשן

הבישול הפריע לחבירו. בניגוד לכך כותב הרמ"א (דרכי משה יג):

נראה דהכי נקטינן דמהרא"י בתרא הוי וחכם ראוי לסמוך עליו ודלא כמה

שכתב בית יוסף דיש לדחות דבריהם מקמי דברי הרמ"ה שהיה רב

מפורסם.

לאור זאת נחלקו הדעות גם בשולחן ערוך:

...ומיהו לכתחלה מצי מעכב אפילו בעשן שאינו תדיר. (ווי"א דבעשן שאינו תדיר,

אפילו לכתחלה לא יוכל למחות) (פסקי מהרא"י סי' קל"ז), (וכן נראה לי להורות).

האחרונים המשיכו ונחלקו. הש"ך (קנה, יט) הכריע כדעת השולחן ערוך. בשו"ת

מהרש"ם (א, קעח) סיכם את הדעות החולקות להלכה ולמעשה והעלה שהדבר נותר

תלוי במחלוקת חכמי אשכנז וספרד ואלו דבריו:

בכנסת הגדולה הגהות בית יוסף אות מ"ג הביא בשם תשובת מהרש"ח

שפסק כהמחבר והכנה"ג סיים דכן אנו דנים בכל יום. ואני מצאתי בתשו'

מבי"ט ח"א סימן ש"ה שפסק ג"כ כן ובתשו' פרח מטה אהרון ח"א סימן

מ"ח האריך לדחות ד' מהרא"י ופסק להלכה דיכול למחות לכתחלה גם

בעשן שאינו תדיר. אבל בעטרת צבי העיד שהמנהג פשוט כהרמ"א ופוק

חזי מה עמא דבר. ויש לומר דאין ראיה מחכמי הספרדים דגרירן תמיד

בתר פסק הב"י אבל אנו נוהגים כהרמ"א.

כמו כן, מדברי נתיבות המשפט (קנה, ז), עולה המסקנה שהוא סובר כשו"ע וכש"ך, וכן דעת שו"ת נחלה ליהושע (לא), והסכים להם רמח"ש מורפיגו בתשובה המצורפת לשו"ת שמש צדקה (חוי"מ ב). לעומתם מחבר שו"ת שמש צדקה עצמו (חוי"מ ב) הכריע כרמ"א וכן מדברי רבי עקיבא איגר (שו"ת א, קנא מובא בפני"ש קנה, ז) נראה שקיבל את שיטת הרמ"א.

כך נמצא שהדבר שנוי במחלוקת הפוסקים: נטיית הפוסקים הספרדים כשו"ע להחמיר אף בשימוש ביתי, אולם אף שהרמ"א מקל, אין בין הפוסקים האשכנזים תמימות דעים האם לפסוק כרמ"א או כשו"ע.

נזק לרבים

בפוסקים נידונה השאלה האם יש חיוב הרחקה מיוחד בהיזק לרבים מעבר לחיוב ההרחקה ביחיד.

הראב"ן (בבא בתרא סי' א) מוכיח מחובת ההרחקה של האילן מן העיר על אף שאין בזה היזק "גירי דיליה":

וכן מרחיקין את האילן מן העיר (כד, ב), לא פליג ר' יוסי אף על גב דליכא גיריה ולא הגרמה בנזקין מיד, משום היזיקא דרבים מודה דעל המזיק להרחיק.

כלומר, היזק שנעשה לרבים יש לו דין מיוחד וגם אם אין הוא מוגדר כ"גירי דיליה" אלא מטרד בעלמא, מודה רבי יוסי שצריך להרחיק אותו מהרבים. הרשב"א והר"ן (ב"ב כו, א) חולקים על דבריו ומוכיחים מנזקי "רקתא" (בבא בתרא כו, א) שאין הבדל בין נזק יחיד לנזק של רבים. כמו כן, רוב הראשונים מבארים דין הרחקת האילן משום נזק העיר ולא משום נזק²¹⁸.

²¹⁸ ראה דיון הראשונים האם ההרחקה הזו היא דוקא בארץ ישראל או גם בחוץ לארץ, סיכום הדברים אצל הרב ש גליקסברג, "על תודעת המקומיות למגמת תיחומם של "דיני איכות הסביבה, לארץ ישראל", שיח השדה 5 (2008), עמ' 12.

אלא שמדברי הגהות מרדכי (קידושין תקס"א-ב) שנפסק להלכה ברמ"א (קנה, כב) עולה שוב שיקול זה להלכה:

מזה יש מי שלומד על דוכוס ממדינה שגזר על יהודים שיעשו עם היהודים הדרים תחת שרים קטנים בכפרים שידורו תחתיו, ואם לא, יגרש. כולם צריכים לקיים דברי הדוכוס ולסלק היזק הרבים וליסע תחת הדוכוס תחלה, ולדון אח"כ עם הרבים אם יש להם היזק בזה.

כלומר אנשים מוכרחים לעבור לדירה שתהיה בממשלת הדוכוס אפילו אם הדבר אינו נוח להם בכדי למנוע נזק שייגרם לכל היהודים באותו מקום. המשיב במרדכי, רבי עזריאל בן יוסף, מגמק את הדין:

ומהכא יש להוכיח שאפילו אם לא היה [גם להם] סכנה כלל מ"מ כיון שאחרים מסוכנים שהם רבים צריכין לסלק היזק.

מכאן אנו למדים, שבנזק הנוגע לרבים יש חשש מיוחד מעבר לרגיל. בספר משכן שלום (סימן א הערה קו) טוען שגם הראשונים החולקים על ראב"ן, וסוברים שאין דין מיוחד לנזק הנגרם לרבים, יודו במקרה של המרדכי והרמ"א, שכן מדובר עוד לפני תחילת הנזק ולרבים יש זכות למנוע את היחיד מלהזיק להם. אמנם נראה שרבי עזריאל בא לומר בעיקר שצריכים אותם יהודים לעבור דירה בכדי למנוע נזק. ולגבי זה אין מובן לי החילוק שהדרישה היא לפני הנזק שכן עצם המגורים במקום בו הם נמצאים כעת הוא הנזק. לגבי הנזק עצמו מביא שם רבי עזריאל סיבות נוספות לחיוב כגון דינא דמלכותא דינא ועוד²¹⁹.

נזק שאינו עיקר היישוב

בהגהות מימוניות (שכנים יד) מובאת שיטת ריצב"א שלדבריו גם רבי יוסי, הסבור שעל הניזק להרחיק את עצמו, מודה שאם מדובר בנזק שאינו "עיקר היישוב" על המזיק להרחיק עצמו:

²¹⁹ בשו"ת חלקת יעקב (חו"מ י) הזכיר את המושג נזק לרבים כסברה להחמיר, אמנם דבריו מובאים כאחת מהאפשרויות ולא בתור פסיקה סופית הלכה למעשה.

עוד אמר ריצב"א דלאו לכל מילי א"ר יוסי על הניזק להרחיק עצמו אלא שהן עיקר יישוב או דירה או תשמיש שאין לו למזיק להניח ישובו או דירתו או תשמישו מדתניא בתוספתא ר' יוסי מתיר שלא ניתנו שדות אלא לנטיעה וכן משמע נמי בירושלמי דאמר טעמא דרבנן משום יישוב העולם בבורות ור' יוסי משיב כמו דאית לכון יישוב בבורות אף אנא אית לי יישוב העולם באילנות ומשרה וכרישים וחרדל כולן עיקר יישוב ותשמיש הן וכן הנהו עצורי דשומשמי ונפצא דכתנא דאי לאו דגירי דיליה הוא ה"א דעל הניזק להרחיק אבל אם לא היה מעשה של מזיק עיקר יישוב אפילו ר' יוסי מודה דעל המזיק להרחיק עצמו ע"כ.

לפי דברי ריצב"א כל נזק שנגרם מפעולה שאינה חיונית למגורי האדם כלול בחובת ההרחקה לרבי יוסי ונחשב כ"גירי דיליה". למעשה, יש בדבריו הרחבה גדולה של המושג "גירי דיליה" וכבר ציינו לעיל לתשובת הרדב"ז שהסתמך עליו למעשה. אמנם ראה בשו"ת מהרש"ם (ב,רסח) שקבע שדעה זו היא דעת יחיד ואין הלכה כמותו.

נזק הנובע משימוש טבעי

המונח "דירה שאני" עולה בגמרא (בבא בתרא יח,א) במהלך הדיון האם מותר לסמוך דבר המזיק לחצר השכן כשאין בו דבר הניזוק:

תא שמע: לא יפתח אדם חנות של נחתומין ושל צבעין תחת אוצרו של חבירו, ולא רפת בקר; טעמא דאיכא אוצר, הא ליכא אוצר – עביד! דירה שאני. דיקא נמי, דתני עלה: אם היתה רפת בקר קודמת לאוצר – מותר. מכאן שיש היתר השימוש בבית לצורך רפת אף שהדבר עשוי להזיק ל"אוצר" כלומר אם יאוחסן יין בבית הסמוך. נחלקו הדעות בפירושו ולדבר זה יש השלכה גדולה גם לענייננו.

רש"י כותב:

חנות ורפת בקר דירתן של אדם הן ואין לנו לאסור דירתו עליו אא"כ ההיזק מוכן.

פירושו של רש"י התקבל על ידי רבינו גרשם, רמב"ן, רשב"א. הריטב"א אף מוסיף ביאור בדבריו:

דכיון דחנות זה הוא דבר שאדם צריך לעשותו בדירתו ושם נאות לו יותר לשמור כליו אין לנו לומר שימנע מפני ההיזק העתיד לבוא היום או מחר לחבירו כיון שאין הניזק כאן...

ואילו ר"י מיגאש פירש:

לא עביד איניש דעביד מבית דירתו אוצר ומשום הכי כי ליכא בה בעליה עדיין אוצר לא אמרינן דילמא למחר מימלך ועביד בה אוצר...

דהיינו ההתייחסות היא לניזק שאין דרכו לעשות דבר שיינזק ולא למזיק. המחלוקת תלויה גם בשאלה האם הרפת מזיקה לכל דירה או רק לזו, לדעת ר"י מיגאש רק לאוצר יין נגרם נזק מהרפת ואילו הרמב"ן הוכיח מהירושלמי שלכל דירה נגרם נזק כתוצאה מהרפת.

מפירושם של רוב הראשונים עולה ששימוש בבית לצורך טבעי הוא זכותו של אדם אף אם בכך ייגרם לשכנו נזק בשלב מאוחר יותר שכן הוא יוגבל בשימוש בביתו שלו.

יש לציין, שאמנם לדעת הרבה מהראשונים שאף נפסקו להלכה (קנה, יח-יט) וביניהם הרא"ש עצמו (בבא בתרא ב,ג), נפסק כשיטה שאדם מותר לו לסמוך דבר לחצר חבירו כל עוד אין בוה נזק בזמן שהוא סומך, מלבד בור, לפי דרך זו אין צורך להסבר של "דירה שאני" שכן כל אדם יכול לסמוך לחצר חבירו כל דבר בזמן שאינו מזיק. למרות זאת הרא"ש (ב"ב ב,ו) הביא את ההסבר של "דירה שאני". המפרשים (ראה נתיבות המשפט קנה, ב חזון איש ב"ב יח) העלו הסברים שונים לעניין. רבי עקיבא איגר (שו"ת א,קנא) מדייק מכך שהרא"ש הביא את התירוץ הזה, למרות שסבר שברוב הנזקים מותר לסמוך, וזאת משום שבנזק של "גירי דיליה" אין לסמוך אפילו אם אין עדיין דבר שיינזק אלא אם כן מדובר בדירה שאז מכוה

השימוש הטבעי שלו מותר לו לעשות גם דברים שעשויים בהמשך לגרום לנזק ב"גירי דיליה". לפי דבריו נראה, שבדבר שהוא שימוש של דירה מותר לסמוך אף בנזק שמתחדש לאחר מכן. כך גם כותב מדעתו הרב עוזיאל (שו"ת משפטי עוזיאל ד,

חוי"מ ל):

דחנות נחתומים או רפת בקר דומה לחופר בור שבכל מכה ומכה דקא מחית מרפה לארעא, הלכך הוי גירי דיליה והוא הדין חנות של נחתומים ורפת, כל שעה שמכניס הלחם או הרפת לחנותו היא פעולה חדשה מזקת והויא גירא דיליה לכן הדין נותן שאפילו אם קדמה הרפת אסור, אלא דמשום דירה התירו אם קדמה הרפת.

מהדברים עולה התמונה, שהשיקול של שימוש טבעי הוא טענה כבדת משקל ולא ניתן למנוע מאדם שימוש טבעי אם החל בו בהשעה שלא גרם נזק לאיש.

איסטניס

כלל חשוב בהלכות שכנים הוא שהגדרת הנזק אינה נקבעת רק לפי רוב האנשים כי אם גם לפי נטיותיו האישיות של כל אדם, וביניהם אף זה הרגיש יותר מאחרים לנזקים ומכונה "איסטניס", כלומר מפונק, בספרות ההלכה. להלן נעמוד על היקפו והשלכותיו של כלל זה.

הבסיס לכלל הוא המקרה המתואר בגמרא (בבא בתרא כג, א) שרב יוסף ביקש משכניו להרחיק עסק להקות דם כיוון שהדבר גורם לציפורים מרעישות וללכלוך. כך כותב הרמב"ם (שכנים יא, ה):

מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן במקומן ויבואו העורבים וכיוצא בהן בגלל הדם ויאכלו והרי הן מצריין לחבירו בקולם וצפצופם או בדם שברגליהם שהן יושבין על האילנות ומלכלכין פירותיהם, אם היה חבירו קפדן או חולה שצפצוף הזה מזיקו או שפירות שלו נפסדין לו בדם חייב לבטל אותה המלאכה או ירחיק עד שלא יבא

לו היזק מחמתו, שהיזק זה דומה לריח בית הכסא וכיוצא בו שאין לו חזקה.

הרשב"א (חידושים שם) מסיק מהגמרא:

מיהא שמעינן, דכל מי שנודע ומוחזק שאינו יכול לסבול נזק אחד ידוע, מן הנזקין שהנפש קצה בהן, אין לו חזקה. כי הא דרב יוסף, שאע"פ ששאר בני אדם אין מואסין בו כל כך, כיון שהוא מוחזק ונודע שאין דעתו סובלתו, אין מחזיקין עליו בכך.

הריב"ש מיישם הלכה למעשה את הכלל בתשובותיו (קצ"ו):

וכן הטענה השלישית שטען ראובן, מפני חולי אשתו, שמזיק לה בראשה, גם זו טענה גדולה. ואף על פי ששנינו במשנה (שם): אבל אינו יכול למחות בידו ולומר לו: איני יכול לישן מקול הפטיש ומקול הריחים, ואפילו בחנות שבחצר, כ"ש בזה שהוא בחצר אחרת, זהו בשאר בני אדם הבריאים. אבל כיון שהאשה זו מוחזקת בחולה, אין לך גירי גדול מזה, והוה ליה כקוטרא ובית הכסא, וכדאמר רב יוסף (בבא בתרא כג, א): הני לדידי כקוטרא ובית הכסא דמו לי. ואם במה שאדם קץ מחמת שהוא מאניני הדעת, הוה לדידי' כקוטרא ובית הכסא, כ"ש במה שמזיקן בגופו מחמת שהוא חולה או חלוש המזג.

בעקבות כך קובע הרמ"א (קנה, טו):

וה"ה אם אין מזיק לחצר, אלא שיש חולי הראש לבעל החצר וקול ההכאה מזיק לו, צריך להרחיק עצמו (ריב"ש סימן קצ"ו).

וכן במקום נוסף (קנו, ב):

ודוקא בני אדם בריאים, אבל אם הם חולים והקול מזיק להם, יכולים למחות (ריב"ש סימן קצ"ו).

ראה בפד"ר ירושלים (ג, עמ' רכט) שהורו על סגירת מסעדה בבנין עקב הפרעה לשכן הרגיש לבריאותו:

הוא אומר שאם המערער הוא אדם בטבעו קפדן ורעש זה מטרידו וגורם לו כאבי ראש ומה גם הפרעה בשינה בשעות לילה, נראה שלכו"ע אין לו רשות להמשיך במלאכתו ולגרום הפרעה לשכנים במנוחתם בלילות. ולא נכחד שהב"ד עשה נסיון כבר להתעסק במסעדה עד שעה מסוימת בלילה מ"מ הוכח שעדיין נשמעים כל סוגי רעשים באמצע הלילה, וא"כ נראה לומר שזה הוא כמו קוטר דבית הכסא ואין דעת בני אדם סובלת. להלכה זו של איסטנים אנו מוצאים מספר סייגים בפוסקים:

סייג 1: שגרת החיים

אמנם החזון איש (ב"ב יג,א) מסייג:

הא דחולה יכול לעכב [רעש] כמבואר בריב"ש הביאו הב"י (סימן קנה) י"ל דכן הוא שורש נזקי שכנים, שבעושה דבר שאינו עיקר דירה, כמו בעושה אריגה וכיו"ב, שאין זה מצוי בכל אדם ולא ברוב בני אדם, אבל אם עושה דברים שרוב בני אדם עושים, ולפעמים תשמישן ודיבורן משמיע קול שמפריע לחולה, אינו יכול [החולה] למחות אף אם החולה קדם. ורשאי אדם לבנות בית אצל חברו, ולהכניס את העוללים ויונקים שצועקים בלילה, ואין החולה יכול לעכב עליו, דהרי אינו חייב לצאת מדירתו.

דהיינו טענת החולה יכולה להתייחס לפעולות חריגות המתבצעות על ידי השכן אך לא אינו יכול למנוע פעולות שהן חלק משגרת החיים. לאור זאת אנו מוצאים התייחסות של הפוסקים למספר מקרים. כך כותב הר"מ שטרנבוך (שו"ת תשובות והנהגות ד,שז) ביחס להתקנת מזגן:

והוא הדין בזמננו במקומות חמים כגון בארץ ישראל, מיזוג אויר נחשב לתשמיש הבית וא"א לעכב על זה, אבל אם למיזוג זה יש קול עוצמתי שונה מהרגיל ומותקן בקירוב כ"כ שמפריע לכל אחד, ומופעל לעתים

תכופות ביום ובלילה, ראוי למנוע אותו מלהשתמש בו ויסתפק במאורר או שיקבעו זמני שימוש כראות עיני הב"ד. [ולפעמים, לפי מנהג המקום, יכול לטעון שישגור המערער את חלונות ביתו וישתמש גם הוא במיוזג]. ביחס לעשיית מקלחת בלילה שהרעש מפריע לשכן חולה, כותב ר"י זילברשטיין (חישוקי חמד ב"ב כ,ב):

וא"כ גם בענייני אדם רשאי להתקלח בכל עת שירצה, וקשה לאסור עליו מקלחת הנחוצה לאנשים גם בשעות הלילה, בימים החמים, אך יש בזה ממדת החסידות להמנע אם אפשר, ויקיים בזה מצות 'ואהבת לרעך כמוך'. וראה גם מה שמסתפק שם לגבי רעש הילדים המשחקים בחצר. ראה גם דברי ר"י סילמן (דרכי חושן א, עמ' רלז-ח) שמנסה לקבוע שיעורים בענייני מזגן, משחקי ילדים וכדומה והדבר תלוי בכל אדם לפי ענייניו.

בספר משכן שלום (פרק ב הערה יג) מציין לדברי הרשב"א בתשובה (ב,מה, חובאה לעיל) שמתיר לאדם לבשל בביתו למרות שהדבר יעלה עשן לביתו של חברו ומשמע מדבריו שגם השיקול של השימוש הרגיל הוא סיבה להתיר. וכן מציין לדברי המאירי (ב"ב כג,א):

מי שעשה ארבה בגגו לצאת דרך בה עשן הבית והעשן יוצא ורוח מצויה באה ודוחתו לתוך ביתו או חלונו של חברו וממלאתו עשן נסתפקו בה גדולי קדמונינו בנרבונה ומ"מ נטו לומר שכל כיוצא בזה אין בידו למחות ולכופו לסתום ארבתו שאם לא כן מה תקנתו של זה, ואין זה דומה לזורה ורוח מסייעתו שבזורה ורוח מסייעתו ההזק נעשה בידים: בדבריו עולה שיקול של "מה תקנתו של זה", דהיינו, אם מדובר בפעילות הכרחית אין לשני טענה על כך. והוא לכאורה אותה סברה של שגרת החיים אליה מכוונים הפוסקים שהזכרנו.

סייג 2: רוב בני אדם מצטערים

סייג נוסף עולה מדברי החזון איש (ב"ב יד,ב) בענין האיסטניס:

אבל אם אין ריח שרוב בני אדם מצטערין עליו וכו' אין מחייבין אותו להרחיק אף בשביל חולה.

דהיינו, גם טענת האיסטנים הרגיש לדברים שאחרים אינם מרגישים צריכה להיות בדבר ששייכת בו טענת צער אצל רוב בני האדם. ואף שהרוב אינם רגישים אליו, החולה הרגיש יכול לטעון שהוא שונה מהאחרים. אמנם, אם מדובר בדבר שאין בו הגיון כלל אצל רוב בני האדם גם החולה אינו יכול לטעון שהוא רגיש במיוחד. וראה בפד"ר ירושלים (יא, עמ' תז) שפסקו לפי זה במקרה של אדם שהחליף את המטבח לאיזור אחר בדירה העומד בשכנות לחדר השינה של שכניו ואלו התלוננו שהרעש של המטבח מפריע להם, בי"ד פסק שרעש מסוג זה אינו מקובל כרעש שרוב בני אדם מצטערים עליו.

סייג 3: מזיק קודם

לדעת נתיבות המשפט (קנו, חידושים ז) יש משמעות לקדימת המזיק:

ונראה, דאפילו היה בריא ואח"כ נחלה דלא מהני חזקה, דחולה ודאי דדמי לקוטרא ובית הכסא.

דהיינו אם המזיק קדם אין לחולה טענה כלפיו. אמנם החזון איש (ב"ב יג, יא) חולק וכותב:

והא דחולה יכול לעכב, יש לומר, דכן הוא שורש נזקי שכנים, דהראשון עושה כל מה שירצה, ועל השני שלא להזיקו, וכמו דהעושה אוצר מעכב על חבירו לעשות נחתום וצבעין הכא נמי עושה ביתו בית חולים ועל חבירו שלא לעשות אומנות פטיש כיו"ב.

פתחי חושן (נזיקין יג, הערה כד) סבור שגם לדעת נתיבות המשפט אם הניזק בא לגור לאחר שהמזיק כבר עסק בפעילות המזיקה הרי שאין לניזק שום טענה עליו ועליו לעזוב את המקום.

סכנת חיים

הפוסקים קובעים שאם הנזק גורם סכנת חיים לחולה כל הגדרים הללו בטלים. כך עולה מדברי המהר"י בן לב (ג,מו), על אף שדחה את טענתו שהוא איסטניס, כיוון שלא הוחזק בכך:

הכלל העולה דהדין עם הניזק מהנך תרי עמי דכתבין לעיל ועוד מהאי טעמא שבא בשאלה דהאי קוטרא מהקירהאנה מזיק ביותר וגורם חלאים מסוכנים כפי הנשמע וקלא דלא פסיק וכיון דכן הוא מילתא דפשיטא הוא דחייב המזיק להרחיק את עצמו ולסלק את הנזק ותו לא מידי.

אמנם בשו"ת תורת חסד (קצח, ולא כפי שנכתב בטעות בספרי הליקוטים קצא) שאם הניזק מחל על כך – מחילתו מועילה, אך זאת לאחר שהדגיש שדברי מהר"י בן לב: ולא מצינו חולק על הרב בדין זה וכן ראוי להורות.

בספר "דרכי חושן" (א, עמ' ריג) הביא ציטוט משו"ת תורת חסד, והסיק מדבריו שגם במקום פיקוח נפש מהני חזקה אמנם הדברים אינם נכונים ונובעים מכך שכפי הנראה הוא הסתמך על ספר "זכור לאברהם" בו הובאו דברי "תורת חסד" בקיצור.

גרימת נזק שנחויץ לפרנסת התושבים

מהפוסקים עולה שאם יש דבר שנחויץ לפרנסת הרבים אין אפשרות לבטלו בטענה שהוא מפריע.

אמנם יש לציין לדברי נכד הרשב"ץ (שו"ת התשב"ץ ד,טור א, נו) שדן באריכות בהקמת בית מטבחיים שהיה נחויץ עבור הקהילה ואסר בנייתו במקום שמפריע לשכן. אך מפוסקים מאוחרים יותר נראה שאם הדבר נחויץ לצורכי פרנסת הציבור אין טענות השכנים מתקבלות. בספר משכן שלום (פרק ב הערה טז) פירטם, וראה גם בספר דרכי חושן (א, עמ' רכ) נביא בקצרה את המקורות.

בשו"ת מהר"י בן לב (ג,לג) מביא סברה מעין זו, ודוחה אותה רק בגלל שאין הכרח לבצע את הפעולה בדרך מזיקה כפי שהנתבע במקרה שלו עושה:

אם תאמר אדרבא דוק לאידך גיסא דכיון דבאותה מלאכה מהבגדים הוא תשמיש קבוע ורוב אנשי אותה המדינה מתפרנסים באותו האומנות אפשר לומר דאפילו דלהוי גירי אינו חייב להרחיק ואפילו שהנזק יהיה בעין. כך נאמר בשו"ת מהרשד"ם (תסב) בתשובת מהר"א אביוב, הכולל בדבריו גם מסורת נוספת מהמהר"י בן לב:

ועוד דדבר זה רוב פרנסתנו תלויה בו ואי אפשר בלאו הכי ואי אתה בא לסלקן לא שבקת חיי לכל בריה וכבר נחלקו החכמים הראשונים בזה ומהר"י בן לב כתב גם כן על זה. ואני מיום בואי לעיר הזאת לא ראיתי אדם שעכב בדבר ואפי' כשבא להניחן בתחלה וכן ראוי לעשות ולבלתי שנותם ממנהגם והן אמת לא ידעתי בעיר שאלוניקי איך נוהגים ואני את דעתי כתבתי להלכה ולא למעשה עד שיסכימו לדברי מורי ורבותי.

והוסיף על כך המהרשד"ם (שס):

לענין החביות יפה דנת גם אני רגיל לדון כך וקבלה בידי ממה שראיתי מורי הרב הגדול (=מהר"י טאיצטק) דן כן ואין הפרש במקומות אלו כי חיותינו בזה ודי בזה.

כך כותב גם בדור שלאחריהם, בשו"ת מהרש"ך (ב,צח):

ועתה אבא על הערעור שמוחה שמעון על ראובן בהכנסת הגיגיות למטה מעלייתו. ואומר כי לא אאריך בזה הענין, רק אכתוב בקיצור מה שכבר הורגלתי לומר על פה לשואלים, אמנם מעולם לא כתבתי על ענין זה שום דבר. ומה שהורגלתי לומר הוא, כי בודאי לאו דינא ולא דיינא דנזק ריח הגיגיות הוי נזק גדול. וקרוב הדבר לדמותו לקוטרא ובית הכסא דאין לו חזקה (ב"ב כג, א). אך אמנם יען כי ענין עשיית הבגדים הוא מחיית בני העיר, יש לשכנים לסבול נזק זה ואין ראוי למחות בו. דאפילו במלאכה פרטית שעושה האדם שאינה כל כך כוללת כמו ענין הגיגיות אף על פי שיראה שנמשך ממנה נזק גדול, איכא מרבוותא דס"ל שאינו יכול

למחות... שכיון שעושה מלאכתו לצורך מחייתו ואין לזרים אתו, אינו יכול למחות בו. באופן דיראה מסברת הני רבוותא דאפילו במלאכה פרטית כה"ג דפטיש ורחים אינו יכול למחות, כ"ש במלאכה כוללת, דהיינו עשיית הבגדים שהיא רוב מלאכת אנשי העיר. ואם השכנים מעכבים זה על זה בענין הגיגיות, לא שבקת חיי לעשות מלאכת הבגדים לאנשי העיר. מ"מ אמרתי שראוי לבעל הגיגיות שישתדל לבקש מקום לשום שם הגיגיות באופן שירחיק וימעט הנזק משכנו כל מה שאפשר. והנה גם בנדון זה שנשאלתי בו עליו עתה, אני מודיע לראובן שאין ראוי למחות בראובן. אך אמנם אם יש מקום לראובן להרחיק מושב מקום הגיגיות שלא יזיקו לשמעון, ראוי ונכון הדבר שירחיקם.

כלומר, עקרונית לא ניתן לגרום מכוח טענת נזקי שכנים להביא למצב בו אין אפשרות לתושבי העיר להתפרנס ולהתקיים. כמוכן שהדבר אינו מתיר נזק בלי גבול, ומוטל על העובדים לצמצם ככל האפשר את הנזק הנגרם לתושבים. הגדרת הגבול ויכולת הצמצום כבר נוגעות לשאלת המשאבים ולכך הקדשנו פרק נפרד. המסקנה החשובה העולה לענייננו שאין טענה על עצם קיום הנזק ומאידך אין הדבר מאפשר לאנשי העיר להזיק בלי להתחשב כלל בתוצאות אלא עליהם לשאוף לצמצם את הנזק.

סיכום

פתחנו בהבאת מחלוקת התנאים בשאלה: על מי מוטלת האחריות להרחיק, במקרה שהנחת שחפציו עשויים לגרום לכך שלשכנו ייגרם נזק. הכרעת הגמרא והפוסקים היא כשיטה המטילה את אחריות ההרחקה על הניזק. המשכנו בהבאת המקרים בהם כולם מודים שיש חיוב על המזיק להרחיק את עצמו ואלו מקרים שבהם האדם הופך להיות מזיק של ממש על ידי מעשיו. ראשית, בכל מקום שיש בו "נזק ישיר" או אף "נזק עקיף" המוגדר כ"גרמא" יש חובה על המזיק להימנע מהנזק. הבאנו דוגמאות לכך שנזקים אלו כוללים גם נזקי ריח ורעש, הרחקת מפגעים, וכן נזקי רוח. מכאן עברנו לדון במקרי ביניים, ובסברות שונות שיש להן השפעה על הנושא וקיים קשר ישיר לדיון על התקנת אתרים סלולריים ועל שימוש במכשירים סלולריים. נזק שאינו קבוע – הפוסקים נחלקו האם גם בנזק ארעי צריך להרחיק, מפרשי השולחן ערוך נקטו בדעתו שאין צורך להרחיק. נזק קטן – נחלקו הראשונים האם גם נזק קטן, כדוגמת עשן היוצא מבישול ביתי, הוא בכלל ההרחקה. השולחן ערוך מחמיר, הרמ"א מקל, ובאחרונים האשכנזים נחלקו הדעות האם להחמיר. נזק לרבים – בספרות הראשונים עלתה שיטה שבנזק הנוגע לרבים ראוי להחמיר יותר מאשר נזק ליחיד. אף שלדעת רוב הראשונים, כפי הנראה, נדחתה שיטה זו מההלכה, מצאנו ברמ"א שסבור שיש מקרים בהם חוששים לנזק הנגרם לרבים, ויש מקום לצרף שיקול זה לנידון דידן. נזק שאינו מעיקר היישוב – יש מהראשונים שטען כי בנזק שאינו נוגע לעיקר היישוב יש להחמיר יותר מאשר נזקים אחרים. נזק הנובע משימוש טבעי – סברה נוספת הנוגעת לענייננו הועלתה בראשונים בייחס לכך שלא ניתן למנוע מאדם שימוש טבעי בביתו, גם אם לאחר מכן מתקרב למקום משהו שעשוי להינזק מכך, הוכחנו שסברה זו ניתנת להיאמר

אפילו בנזקים ישירים מסוג "גירי דיליה". מכאן שיש משמעות לשאלה מי קדם בכל הנוגע לנידון דידן.

איסטניס – סברה חשובה בהלכות שכנים מעניקה זכות מיוחדת למי שיש לו רגישות יתר. השכן אינו יכול לטעון כנגדו שעליו להיות לא רגיש, אלא יש צורך לכבד את הרגישות כפי שהיא. אמנם הפוסקים מסייגים טענה זו בכמה סייגים: 1. שגרת החיים – החולה אינו יכול למנוע מהאחרים לחיות כמקובל, הדרישות של החולה יכולות להשפיע רק על דברים שנעשים מעבר לשגרת החיים. 2. רוב בני אדם מצטערים – מן הפוסקים עולה שאיסטניס יכול לטעון להפרעה מדבר שאכן עשוי להפריע לפי דעת רוב האנשים אך הוא אינו יכול לטעון על הפרעה מדברים שאינם מפריעים לאיש. 3. המזיק קדם – מן הפוסקים עולה שטענת האיסטניס יכולה להתקבל רק אם הוא קדם למזיק.

סכנת חיים – מאידך, מציינים הפוסקים שבמקרה של סכנת חיים אין דבר העומד בפני פיקוח נפש ומוטל על המזיקים להימנע ממלאכתם בכל מחיר. לגבי הגדרת סכנת חיים נציין שהסברה הפשוטה מורה שאילו סיכון חייו של אחד ויחיד מהווה סכנה. אמנם יש מן הפוסקים שטען שדבר שאינו נתפס בעיני הבריות כסכנה אינו נחשב כסכנה (ראה דרכי חושן א,רטו ועוד) אך זו סברה מחודשת ואין לה "בית אב".

גרימת נזק שנחוץ לפרנסת התושבים – מהפוסקים עולה שאם מדובר בדבר המשמש לפרנסת הרבים אין לטעון כנגדו טענות נזקי שכנים, אלא רק לעניין זה שצריך לצמצם את הנזק ככל היותר.

עסקנות בשאלת התקנת מעסר אתרים סלולריים ושימוש במכשירים סלולריים בסביבה מיושבת

התקנת אתרים סלולריים

אם אכן יוכח שהקרינה מאתר סלולרי מהווה סכנת חיים, לכאורה אין מקום להיתר כלל מצד נזקי שכנים. ייתכן שיש מקום לסיכון הפרט לצורכי החברה והדבר יידון בפרק נפרד.

אם מדובר בנזק בריאותי שאינו מסכן חיים אלא גורם בעיקר לאי נעימות או אף לנזק בריאותי קל, יש לשקול את עובדת היותן של תחנות אלו דבר נחוץ לפרנסת הרבים ולקיום החברה, לבסס את חיוניותו של מיקומן ולשלול אפשרויות אחרות בטוחות וטובות יותר עבור התושבים. כמו כן, יש להוסיף ולבחון את נושא הקדימות, כשאם התחנה קדמה לתושבים יש לכך משמעות הלכתית ולשכנים אין זכות לטענות כנגדה.

שימוש במכשירים סלולריים

בנושא זה יש מקום להוסיף עוד סברות מן המפורטות לעיל, שהרי מדובר בוודאי בנזק קטן שהרי כל שיחה בטלפון סלולארי אינה גורמת לנזק כי אם ההצטברות של הרבה שיחות בזמנים שונים, כמו כן זהו נזק שאינו קבוע, ועוד שמדובר בשימוש טבעי. על כן קשה יותר למצוא נימוקים להחמיר בשימוש בהם הן בבית והן ברחוב, אם כי יתכן שבמקרים מסויימים של שימוש קבוע או בשימוש ליד אדם מקפיד במיוחד ("איסטניסי") שקדם למשתמש יש מקום לדרוש את סילוקם.

צריך גם להדגיש שתביעה על הפסקת שימוש במכשיר סלולרי יכולה לבוא רק מטעם מי שמקפיד על עצמו בענין, שכן מי שאינו שומר על עצמו אינו יכול לדרוש מאחרים שיימנעו ממה שהוא אינו מקפיד עליו.

זאת בניגוד לשימוש באתר סלולרי שכלפיה יכול המשתמש בטלפון לטעון שאף שהוא מעוניין בהתקנת אתר כזה לצורך שימוש בטלפון, הוא אינו מעוניין שהאתר יהיה בסיסה הקרובה אליו.

ב. תשלום פיצויים

במקרה שהוכח על ידי מאן דהוא שנגרם לו נזק כתוצאה ממיקומו של אתר סלולרי ליד ביתו או משימוש במכשיר סלולרי בסמיכות אליו, יש צורך לבחון כיצד נגרם הנזק, וממילא מה חיוב התשלום. יש גם משמעות לשאלה מי הוא המזיק, אדם פרטי, או שמא חברה ומדינה שכן אלו גם חייבות לפנים משורת הדין לשלם מעבר לחוב רגיל. כמו כן יש מקום לתקנת הציבור בתנאים מסוימים.

יש לציין שההוכחה כאן היא קשה עד בלתי אפשרית. ראה למשל בדרכי חושן (א, עמ' ריא) שכותב לגבי עישון שברור שלא יהיה ניתן להוכיח נזק, כלומר לא יהיה ניתן להוכיח מי הוא הגורם לנזק הספציפי הזה. אמנם יתכן שיהיו מחקרים שיקבעו באופן ברור על השפעת קרינה על מחלות הגוף, וצ"ע מה היא הוודאות הנדרשת במחקרים אלו בכדי לחייב.

הנזק שעשוי להיגרם כתוצאה מקרינה צריך להיבחן מכמה כיוונים. ראשית, הוא צריך להיבחן מהיותו מזיק באופן ישיר. כלומר, אם אכן הקרינה מזיקה לבריאות הגוף, הרי מי שמביא אותה על חברו הוא כמזיק בחץ ויש לנזק זה דין "אדם המזיק", ובדומה למדליק אש כפי שנפסק להלכה ש"אשו משום חיציו" (ראה שו"ע חו"מ תיח"ג) ואם האש היא ישירה – המדליק חייב על כך כ"אדם המזיק". אם זהו יסוד החיוב הרי שאין ספק שהמזיק חייב בתשלום²²⁰.

²²⁰ בספר דרכי חושן (א, עמ' ריא) טוען שיש משמעות לשאלה האם הנזק הבריאותי נגרם כתוצאה מהחלשות החיסון או ממחלה שנוצרה ישירות מהעשן. הוא אינו מביא ראיה לחילוק ומסתמא כוונתו לחילוק בין הסרת המונע לבין נזק ישיר (ראה רמב"ם הל' רוצח ושמירת נפש ג, ט-י). אמנם נראה שחילוק גדול יש בדבר בין פעולה חיצונית שהיא פעולת הריגה או פעולת הסרת המונע לבין פעולה שכלפי חוץ היא בוודאי פעולה מעשית אך בתוך גופו של אדם יתכן שהנזק נגרם בדרך של הסרת המונע. שכן לפי דבריו גם אדם שנהרג כתוצאה מפעולה מובהקת של הריגה כגון בחרב או בתאונה, נצטרך לבחון מה היא הסיבה המדויקת בגללה הוא מת והאם

אמנם יתכן שההתייחסות לנזקים אלו תישאר עדיין במסגרת נזקי שכנים, וכפי שכבר הסקנו, הלכות שכנים מהוות המסד לדיון בעניין נזקי קרינה. על כן יש לבחון את חיובי התשלום במקרה של הפרת זכויות השכנים. עולה אפוא השאלה, האם שכן שהיה חייב להרחיק דבר המזיק ולא הרחיק חייב בתשלום על הנזק שנגרם.

תשלום על נזקי התנור

בפרק על אודות הרחקת הנזק עלתה המסנקה שיש חובה להרחיק תנור מתקרת הבית שמא ידליק את בית שכנו. כבר נתפרש במשנה, ועל פיה נפסק בשו"ע (ח"מ קנה, א) שגם אם נעשתה הרחקה כדין יש חיוב על נזקים שייגרמו כתוצאה מהתנור:

ואף על פי שהרחיק כשיעור, אם יצא האש והזיקה, משלם מה שהזיקה. יש לציין שהרי"ף (ב"ק כה, ב בדפי הרי"ף) הוסיף ביאור להלכה זו, שלא כדרכו. לדבריו, למרות שאדם שהרחיק אש כראוי ובכל אופן הזיקה פטור מלשלם, לגבי שכנים יהיה חייב אם יגרם להם נזק שכן "תדיר הוא מדליק איבעי ליה לעיוני אי איכא הזיקא לחבירו וכיון דלא עביד הכי פושע הוא". משתמע מדבריו שהשימוש התדיר מטיל אחריות גדולה יותר על המשתמש ומחייב אותו בזהירות רבה יותר.²²¹

מדובר בהריגה ישירה או בהריגה עקיב כך שהגוף איבד את יכולת ההגנה שלו או השתבשה פעילותו באופן שגרם למותו, ודבר מעין זה לא שמענו ואין לו זכר בפוסקים.

²²¹ אמנם ראה פירושו של נתיבות המשפט (קנה, א): "ולבאר כונתו לפענ"ד נראה, דשם נתנו רבנן שיעור שירחיק, שלא יהיה יכול להזיק אפילו אם לא ישמרנו כלל, דמחמת שהוא רק צורך שעה הרחיבו חז"ל בשיעורא, משו"ה אם הזיק ע"י רוח שאינה מצויה, הוי אונס ופטור, כיון דלא חייבוהו חז"ל בשמירה משום אונס דלא שכיח. אבל הכא לא רצו חכמים ליתן שיעור הרחקה כל כך, כיון תדיר הוא, ואילו היו מרחיבין השיעור לא היה אפשר לדור בבית כלל, ונתנו שיעור מה שאפשר שלא יזיק ע"י שמירה, וכיון שהוא בביתו ואפשר לו שיסמנו בהרחקה כזו, שוב אינו צריך להרחיק יותר, משו"ה אם לא שמר והזיק, חייב."

בעוד במקרה של מדליק אש בתנור ובסוף גרם לשריפה, ברור שאם נגרם נזק יש חיוב בתשלום גם אם הרחיק כראוי. יש מקרה נוסף שנתפרש בגמרא ובו לדעת רוב הפוסקים אין חיוב בתשלום. כך כותבת הגמרא (בבא בתרא כו,א):

דבי בר מריון בריה דרבין כי הוה נפצי כיתנא, הוה אזלא רקתא ומזקא אינשי; אתו לקמיה דרבינא, אמר להו: כי אמרינן מודה ר' יוסי בגירי דיליה – הני מילי דקא אזלא מכחו, הכא זיקא הוא דקא ממטי לה. מתקיף לה מר בר רב אשי: מאי שנא מזורה ורוח מסייעתו? אמרוה קמיה דמרימר, אמר להו: היינו זורה ורוח מסייעתו. ולרבינא, מאי שנא מגץ, היוצא מתחת הפטיש והזיק דחייב לשלם? התם ניחא ליה דלילול, הכא לא ניחא ליה דלילול.

אנו רואים מחלוקת אמוראים בשאלה, האם העובדה שהרוח היא זו שגורמת להפצת הדבר המזיק מהווה טענה לפטור את המזיק. לדעת מרימר, כשם שזורה בשבת חייב – כך גם הזורק דברים ברוח אחראי על כך. ואילו רבינא סבור שאין מקום להטיל אחריות על הנזקים הנגרמים מהרוח.

רבינו חננאל ורי"ף (יגב בדפי הרי"ף) קובעים שהמחלוקת בסוגיה היא רק לגבי האיסור לסמוך משום חשש היזק ולכל הדעות אין חיוב בתשלום, ולדעתם להלכה אסור לסמוך. כך היא גם דעת הרמב"ם (שכנים יא,א) הרא"ש והרמ"ה. וכן היא דעת רבינו תם, הרמב"ן ותלמידיו, הרשב"א, ר"י קרקושא.

הרא"ה והריטב"א נחלקו על כך וסברו שלהלכה מותר לסמוך לכתחילה.

שיטה שלישית עולה מהראב"ד (בחיזושו המובאים בשיטמ"ק, ובסתירה לדבריו המובאים בטור חו"מ קנח), ההשלמה והמאירי שאף יש חיוב בתשלומים על הנזק, וראה עוד להלן.

לפי הבנתו אין בדברי הרי"ף החמרה יתירה ביחס למשתמש קבוע כי אם הקלה מסויימת למשתמש קבוע שיוכל לצורך חייו להרחיק אף פחות מהנדרש ובתנאי שיזוהר שלא להזיק. מאידך ראה בשו"ת חלקת יעקב (או"ח עו) שהבין את דברי הרי"ף בפשטות כפי שביארנו למעלה.

נמנע מלהרחיק והזיק

במקרה שהיה אמור להרחיק אך לא הרחיק וגרם נזק כותב הטור (קנה):

סמך בא' מאלו שהיה לו להרחיק וגרם הזיק לחבירו. כתב הראב"ד ז"ל שפטור מלשלם... דחשבינן ליה גרמא בניזקין ופטור וה"ה באינך כולוהו ומכל מקום לכתחלה כשבא לסמוך יכול חבירו לעכב עליו... אבל בעל העיטור כתב על ההיא דלא יעמיד אדם תנור דקתני בה ואם הזיק חייב לשלם דה"ה בכל אינך שיעורין אם הזיק אפילו לאחר שהרחיקו חייב לשלם... אי ידיע ומינכרא מילתא לדייני חייב דממונא ידידה אזיק. וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל שבכולם חייב לשלם חוץ מהזיק הנמיה ע"י סמיכת כותל והיזקא דמנפיץ כיתנא שלא היה ההיזק ראוי לבוא מכח מעשיו אלא ע"י הרוח והנמיה לפיכך לא חשיב מזיק אלא גרמא בנזקין הוא ופטור.

הטור מביא את דעת הראב"ד, שפטור מתשלום וכשיטות הפוסרות תשלום במקרה שהוזכר לעיל לגבי הזורק דברים ברוח, בעוד בעל העיטור חולק עליו ומחייב. הרא"ש מקבל את השיטה המחייבת ומתנה זאת בכך שאכן מדובר בנזק ישיר ולא בנזק עקיף. הבית יוסף מציין שדעת הראב"ד מוסכמת על עוד ראשונים רבים.

יש לציין שהרמב"ן גם הוא מן המחייבים וכך הוא כותב בסוף "קונטרס דינא דגרמי":

ונראין הדברים דפלוגתא דרבנן ור' מאיר היא, דלרבנן פטור שהרי לא הזיק בידים אלא ששם באותו הכותל סלעים ונשתהו שם עד שהזיקו את הכותל מחמת הבלא, ולר' מאיר ודאי חייב, למה זה דומה למחיצת הכרם שנפרצה שמחמת שנשתהו שם עד שבא עליהן האיסור חייב, ואף על גב דהתם משום יאוש מתחייבנא ליה [כדכתיבנא] לעיל, לא עדיף יאוש מהנחת סלעים בצד הכותל שבשעה שהניח הסלעים הניח שם ההיזק בעצמו וגרם להיזק שיבא הילכך גורם הוא, וכן נמי הנך דמשום מתונא לר"מ חייב, ואפשר דהנך אפילו לרבנן חייב שקרוריתן מחמת עצמן הוא,

למה זה דומה למניח גחלת על בגדו של חבירו שהוא מבעיר והולך וחייב אף כאן הם מחלחלין את הכותל ומלקין אותו עד שנופל וחייב, אבל בהנך דמשום הבלא לא אינהו גופייהו מוקי אלא מחמת שנשתהו שם נתוסף בהן הבלא ובאה להם מעלמא, היא המזקת והסלעים גורמין, והמניח שם הוא גורם הגרמא ומ"מ חייב לר"מ כדין מחיצת הכרם שנפרצה וכו', ומסתברא דרבנן נמי מודו בה דחייב, שהסלעים הם עצמן חמין אלא שאין חמימותן נכרת עד שנשתהו, וכל אחת ואחת כגחלת היא אלא שאינה מזקת עד זמן מרובה הילכך לכולי עלמא חייב לשלם, והלשון עצמו מוכיח שהרי קראוהו גיריה.

כלומר, הרמב"ן מתלבט האם גם לדעת חכמים יש חיוב, ונוטה להכריע כך: בדברים שמזיקים בטווח ארוך יש חיוב משום שהם מזיקים מכח היצאותם במקום, וכמניח גחלת. ובפשטות, כוונת דבריו לחייב כאדם המזיק המדליק אש ששורפת לאיטה, עצם ההשתהות אינו סיבה לפטור אם ברור שמדובר בתהליך ארוך שבסופו נגרם נזק.

לעובדה שמדובר באדם המזיק יש חשיבות מרובה לענייננו, שכן במקרה כזה יש חיוב גם בתשלומי ריפוי וכן בתשלומי "שבת" (ביטול זמן עבודה) ואלו הם העומדים על הפרק במקרה של נזק הגורם לבעיות בריאות.

מחלוקת זו הובאה בשולחן ערוך (קנה, לג) בלא הכרעה.

נתיבות המשפט (ביאורים יז) מציין שיש מקרים מוסכמים לכל הדעות:

היינו בגפת ודכוותייהו, שהן רק גרמת גירי. אבל בכותש הריפות דסעיף ט"ו ורחיים דסעיף ז' שהן גירי דיליה עצמו, לכו"ע חייב.

ומאן דמחייב לשלם, מ"מ בשובך דסעיף ט"ז לכו"ע פטור, כיון שהנמיה מסייעתו דמי להא דסעיף ל"ד כשהרוח מסייעו, ועיין בטור [סעיף נ']. וכן במניעת דוושא דסעיף י"ב אינו אלא גרמא ופטור.

אבל אם הרחיק והזיק, אינו חייב רק באש [לעיל סעיף א']. ואף שהטור [סעיף ג'] הביא בשם העיטור [אות מ' מחאה] דאף שהרחיק חייב, המחבר לא פסק כוותיה בהא.

העולה מדבריו שבמקרים בהם הנזק הוא ישיר לכל הדעות חייב, במקרה בו הנזק הוא עקיף יש מחלוקת, הנתיבות מדגיש שאף שהטור כך את שיטת בעל העיטור עם שיטת הרא"ש הרי שיש הבדל גדול ביניהם, שכן לדעת הרא"ש יש חיוב רק במקרה שנמנע מלהרחיק והזיק ואילו לדעת בעל העיטור החיוב קיים גם אם הרחיק כראוי.

על כן נראה שעלינו לבחון האם המזיק הפר את חובת ההרחקה הראויה, ואז יתכן שהנזק שהוא גורם יהיה מהסוג המוסכם שהוא אכן מחייב.

חיוב לצאת ידי שמים

אמנם יש לציין שגם לגבי הנזקים שאינם מחייבים והם גרמא בלבד, כלל נקוט בדינינו שיש חיוב לצאת ידי שמים. כך כותב המאירי (בבא קמא נו,א):

והרבה כיוצא באלו שהם גרמא ופטור אלא שיש מהם שפטור אף בדיני שמים והוא שאין כונתו כלל להיזק כי הוא יודע תעלומות לב.

וכן כותב מהרי"ט (א,צה)

וכפי שכותב מהרש"ל (בבא קמא פרק ט, סימן יח):

מהכא שמעינן, דכל דיני גרמא חייבין בדיני שמים, בין מינכר, בין לא

מינכר. ולא [דוקא] הנך דמנוין בריש הכונס (לעיל נ"ז ע"א)

אמנם לא בכל נזקי גרמא יש חיוב כזה, וכפי שכותב קצות החושן (לב,א):

וכמה מיני גרמא איכא שנפטר מתשלומין אפילו בדיני שמים ואילו עונש

ודאי אית ליה אפילו בגורם דגורם והוא פשוט.

בספר נחל יצחק (עה,ה,ו) הבין בדבריו שכוונתו שאין חיוב בדיני שמיים אלא רק

במקרים שבהם נאמר במרא שיש חיוב, ועל כך הוא השיג מדברי המאירי שקובע שבדרך כלל יש חיוב. אמנם יש לציין שקצות החושן לא סייג את דבריו

למקרים המופיעים בגמרא אלא כתב שאין חיוב גורף בדיני שמים וצריך לבחון כל מקרה לגופו.

וכפי הנראה בין השיקולים הקובעים האם יש חיוב בדיני שמים הוא שהמעשה היה בשוגג ולא יהיה כלל כוונה להזיק כפי שכבר הוזכר במאירי, ראה גם שו"ת מבי"ט (ב, נד):

ואפי' גרמא בנזיקין דחיוב בידי שמים ליכא דלא נתכוון הוא לשום הזיק...
 וכן הוא אצל בנו המהרי"ט (א, צה):

אבל בדיני שמים מיהא חייבים שכוונתם להזיק אבל אלו אין כוונתם להזיק אלא לתועלת...

ראה עוד בים של שלמה (ב"ק פרק ח סימן לח) שדן באדם המכה את חברו ופגע בו ביותר ממה שהיה אמור להיות על פי דרך הטבע:

ואם אמדו הב"ד כל אותם הדברים, ושיערו שאין ראוי כלל לאותו הנזק. א"כ שטן קטרג בשעת הסכנה, ואונס הוא, ופטור. ומ"מ ישלם לו לב"ה כפי מה שהיה ראוי להזיק. ועל היתר נראה בעיני דחייב בדיני שמים. דלא גרע מהמבעית חבירו דלקמן, ומשאר דיני דגרמא.

על כך השיב השבות יעקב (א, קפ):

אלא ודאי דכה"ג לגמרי פטור בסתימות לשון הש"ס וכל הפוסקים דסתמא קתני פטור ולא הזכירו כלל שחייב בדיני שמים.

נראה שגם לדעת המהרש"ל דווקא במקרה שנעשה מעשה פשיעה מובהק ניתן להרחיב את החיוב גם לתוצאות לא צפויות אך אם לא הייתה כוונה לנזק כלל מודה הוא לשאר פוסקים.

וכן כותב החזון איש (ב"ק ד, ח):

מכאן נראה דבשוגג אינו חייב ביד"ש והכא מכוין להזיק אלא שאין ההזיק ברור... כגון העושה מלאכה במי חטאת ולא ידע שנפסלין פטור ביד"ש...

מאידך גיסא בהגדרת "כוונה להזיק" מצינו בספר חישוקי חמד (כתובות צה,א) שדן במי שרץ לכביש וגרם למכונית לסטות להזיק למכונית אחרת:

אמנם מו"ח מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א אמר שיש מקום לחייבו בדיני שמים, מכיון שידע שיש מכוניות בכביש, ומכונית עלולה להגיע פתאום, הרי שפשע במה שרץ לכביש, ונחשב קצת שנתכוון להזיק, ולכן אולי חייב בדיני שמים. וגיסא הגר"ח קניבסקי שליט"א הוסיף שודאי שיש מקום לבי"ד לקנוס את זה שרץ לכביש, וכמו שמצינו בשו"ע (חוי"מ סימן ב) שבי"ד יכולים לקנוס למגדר מילתא, וכיום דבר זה הוי מגדר מילתא והיו קונסים.

נמצא שאם יש התרשלות או חשש לנזק הדבר עשוי להיחשב ככוונה להזיק ויגרור לפחות חיוב בדיני שמים.

חיוב על הציבור או על חברות גדולות

יש מקום להוסיף, שבמקרה שמדובר בעניין ציבורי או בחברה גדולה יתכן שחיוב לצאת ידי שמים הופך להיות חיוב בידי אדם.

בפוסקים נידון עניין זה בהקשר לחיובים שהם לפנים משורת הדין. כך כותב הב"ח (חוי"מ יב) ביחס לחיוב לפנים משורת הדין:

וכן נוהגים בכל בית דין בישראל לכוף לעשיר בדבר ראוי ונכון ואף על פי שאין הדין כך.

כך גם עולה מדברי הש"ך (חוי"מ רנט, ג) המצטט מדברי המרדכי (בבא מציעא רנו):

וכן פסקו ראבי"ה וראב"ן דכייפינן להחזיר היכא דהמוצא עשיר.

וכן הביא בשו"ת מהרש"ם (זקצא) משו"ת השיב משה (סוף סימן מח): "שדברי הב"ח כאלו נתנו בסיני".

אמנם מדברי פתחי תשובה (יב,ו) עולה שיש לצמצם את הכפייה:

ועיין בתומים סק"ד שכתב דהך כפיה היינו בדברים, שאומרים לו חייב אתה לעשות כן ואם אינך שומע אתה עבריין, אבל כו"ע מודים דאין

כופין בשוטים ונידוי וכדומה כיון דאין שורת הדין כך כו', ומעתה י"ל דגם הרא"ש מודה לזה ואין כאן מחלוקת כלל, ע"ש. וכ"כ בתשובת שבות יעקב ח"א סי' קס"ח, ודלא כתשובת צמח צדק סי' פ"ט דמסיק להלכה דכופין ע"י שמתא, וזה אינו ע"ש. ועיין בתשובת חתם סופר חיו"ד ס"ס רל"ט הזכיר שם דברי הצמח צדק סי' פ"ט הנ"ל, ומשמע קצת שמסכים עמו, ע"ש.

ועיין בתשובת שב יעקב חאה"ע ס"ס כ"ט כתב על נידון דשם, דמה שרצה רב אחד לחייב הבע"ד משום לפנים משורת הדין ואפילו לכופ, ע"פ דברי הב"ח שכתב דנוהגין בכל ב"ד לכופ לעשות דבר ראוי ונכון כו', אין דעתי מסכמת עמו כלל, חדא, דהב"ח גופיה לא כתב כך אלא בעשיר כו'... ובפרט בזמן הזה חס וחלילה ליתן רשות לבית דין לילך אחר הסברות כדי לכופ להוציא ממון לפנים משורת הדין, על כן אין דעתי כלל עם הרב הנ"ל כו', עכ"ד. ואפשר דגם הוא ז"ל לא קאמר אלא לפי מה שנראה דעת הב"ח לכופ בשוטין או ע"י שמתא, אבל בדברים לבד גם הוא מודה, ובפרט היכא שנזכר בפוסקים שחייב לפנים משוה"ד.

מדבריו עולה שיש לפחות לכופ בדברים ואולי אף מעבר לכך לחלק מהשיטות.

וראה עוד בדברי השופט מ' דרורי, "חויב על גרמא ועל מניעת ריווח" (תחומין כו

עמ' 346).

סיכום

מן האמור עולה, שאם לא נעשתה הרחקה כראוי והוקתנו מתקנים מזיקים ניתן יהיה לתבוע חויב בדיני שמים ואולי אף בדיני אדם. במקרה שנעשתה הרחקה כראוי, ואף על פי כן נגרם נזק, יש קושי גדול יותר לחייב על כך בתשלומי נזיקין.

הצבענו על כך נקודה לחומרא, דהיינו שיש מקום לשקול חיוב תשלום נזיקין לציבור או לחברה גדולה גם על דברים שבדרך כלל אין מחייבים עליהם בדיני אדם.

מאידך יש נקודה לקולא שכל החיובים מותנים בכך שתהיה הוכחה ברורה של נזק.

ג. צורכי הפרט מול צורכי החברה

הבירור מוביל למסקנה שבמקרה של ספק סכנה ייתכן שנמנע מלהציב מרכזים סלולריים במקומות מסויימים, וכן ייתכן שנמנע שיחות מטלפונים סלולריים. אך האם אין שיקול של צורכי החברה כולה דוחה את צורכי הפרט וסיכונו? כבר העלינו שיקולים אלו בפרק על דיני נזיקין, וציינו שלעיתים עולה סברה זו בהלכה ויש לה מקום. כאן נוסיף ונציין בקצרה לעוד מקורות.

שאלה זו נידונה מעט בדברי הפוסקים. מצאנו התייחסות לנטילת סיכונים של יחיד עבור חברה כגון "אין פודין את השבויים יותר מכדי דמיהן", דהיינו, היחיד נדרש להקריב את חייו עבור החברה אף שעבור החברה מדובר בהפסד כספי בלבד. נראה שתפיסה שהפסדים כספיים גדולים לחברה מביאים גם להפסד של חיי אדם, אך מעבר לכך טרם נקבעו מדדים ברורים של חלוקת תקציב חברתי. יתכן שבהלכות צדקה ניתן למצוא מספר כיווני מחשבה על סדר העדיפויות לשימוש בכספי החברה.

יש מן הפוסקים שהדגישו שיש אפשרות לעשות תקנות הציבור גם כשאלו פוגעות בפרט. כבר הרמ"א (ח"מ ב) ציין למחלוקת הראשונים ולמנהג:

אבל אינן רשאים לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, או להפקיע ממון שלא מדעת כולם (מרדכי פ' הגזול בתרא), מכל מקום הולכין אחר מנהג העיר; וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר, כן נ"ל (ועיין בי"ד סימן

רכ"ח דיני תקנות וחרמי צבור).

וראו בשו"ת מהר"ם אלשיך (ט), שו"ת דרכי נועם (ח"מ לח), חזון איש (בבא בתרא ד, טו) שהרחיבו בגדרי הדין.

יחיד מול ציבור:

הרב עזרא בצרי קובע ("טובת הפרט מול טובת הציבור", תחומין ט, עמ' 63–67) כדבר פשוט שבאופן עקרוני טובת הפרט נדחית לעומת טובת הכלל (אלא אם כן מדובר בעיגון אישה).

עוד יש לציין לשאלת חלוקת תקציב בין צרכי רפואה והצלה לצרכים אחרים בה הרחיבו חכמים ופוסקים – ראה: הרב מ' הרשער, "מהי חובת האדם בממונו כדי להציל חברו מסכנה", הלכה ורפואה ג, עמ' לו ואילך, הרב ש' רפפורט, "קדימויות בהקצאת משאבים ציבוריים לרפואה", אסיא מט–נ (תשי"ז) עמ' 5–17, נא–נב (תשנ"ב), עמ' 46–53, הרב י' זילברשטיין ופרופסור מ' וייסנברג, "שיקולים כספיים בהצלת חיי אדם – שו"ת", אסיא נה (תשנ"ה), הרב ש' דיכובסקי, "עדיפויות בהצלת נפשות בציבור", תורה שבעל פה לא (תשי"ז), עמ' מ–נא, י' ברט, "גדרי פיקוח נפש ציבורי", תחומין כט, עמ' 386–402, הרב ע' רכניץ, "הוצאת ממון לצורך הצלת חיים", תחומין כט עמ' 369–374.

המקובץ מן המקורות מטה שאכן הציבור קודם ליחיד. על כן אם אכן יתברר שהשימוש במכשירי סלולרי הוא צורך מובהק של הציבור – יש לציבור את היכולת לתקן תקנות ולעשות פעולות שהיה מקום לאוסרן על היחיד.

אמנם יש צורך לקבוע מנגנון של פיצוי עבור הנפגעים שכן אין זה מן הדין שהציבור ייהנה ויפגע בלא לשלם.

ד. נטילת סיכונים

שאלה העולה בנידון דידן מה הם הסיכונים שאדם יכול לקחת על עצמו כאשר אין זה ברור מה היקף החששות והבעיות שישנן במכשירים ובאנטנות אלו. בעניין זה ניתן לזהות בהלכה התייחסות לאדם רגיל, עליו נאמר: "שומר פתאים ה'" (דהיינו, לעיתים ישנן פעולות שיש בהם סיכון אך דרך העולם ליטול סיכון כזה (נושא זה גם עלה הרבה ביחס לסוגיית אמצעי מניעה, וגם עולה כיום בהקשר של שימוש במכונות עם כל הסיכונים הקיימים). מאידך יש התייחסות לאדם שמסתכן בדרך עבודתו. אדם כזה רשאי ויכול להסתכן, כמובן עד גבול מסויים (דיון למשל על השתתפות בעבודות כמו צייד ועוד).

ראוי לציין שהפוסקים מדגישים ש"שומר פתאים ה'" הוא שיקול שקיים כל עוד הסכנה היא אינה ברורה לגמרי. אך בפעולה בה נקבע סיכון גמור – ההיתר קלוש ביותר. בשו"ת ציץ אליעזר (טו,לט) כותב:

לאור זה נראה ברור ללא צל של ספק כי אין מקום להתברך בלב (כפי שאחרים רוצים לומר כן) ולהורות כי היות והעישון רבים דשים בו אם כן יש להחיל על זה המאמר חז"ל בכמה מקומות על מנהג עולם במקום שיש לחוש לסכנה, שפסקו פסקם ואמרו: והאידנא דדשו בו רבים שומר פתאים ה'. דלא אמרו כן אלא במקומות דלא נתגלה בהתם, והמציאות לא הראתה על היפוכו של דבר, ואדרבא ראו שרבים וכן שלימים עברו ולא ניוקו (עיין לדוגמא במסכת יבמות ד' י"ב ע"ב ודף ע"ב ע"א וכן בע"ז דף ל' ע"ב), אבל בכגון הנידון שלפנינו אשר בעיקר בעשרות השנים האחרונות לאור המחקרים המדעיים והרפואיים השונים נתגלו בממדים מבהילים היזיקי הגוף המרובים והמסוכנים אשר העישון גורם בכנפיו, והתודעה הזאת גם יצאה כבר טבעה בעולם עד כדי כך שבכמה מדינות גדולות ועצומות יצא החוק מאת ממשלותיהם על חובת ציון אזהרה על כל חפיסת

סיגריות האומרת הרופא הממשלתי הראשי מזהיר את המעשנים שהעישון מסכן את בריאותם ומזיק לה. ואני קורא כעת דו"ח ממשלתי אמריקאי, ומטעם הרופא האמריקאי הראשי שהתפרסם דוקא השבוע בכתב עת האומרת יותר ממאה אלף אמריקאים ימותו השנה מסרטן בגלל שעישנו סיגריות וכן כי עישון סיגריות הוא כיום הגורם העיקרי לתמותה ממחלת הסרטן בארה"ב ושאין פעולה בה יכול אדם לנקוט על מנת להוריד את סכנת הסרטן בצורה יותר אפקטיבית (השפעתית) מאשר הפסקת העישון. אם כן בודאי ובודאי שאבסורדי הוא להעלים עין מכל זה ולהפטיר כלאחר יד ולומר כי גם על כגון זה נאמר שומר פתאים ה'.

נציין לכמה מהפוסקים שציידו בכך שיש אפשרות לנטילת סיכונים בעבודה. עיין שו"ת צמח צדק (הקדמון ו וצג), שו"ת יד אליהו (כח), שו"ת נודע ביהודה (תנינא יו"ד י), שו"ת ציץ אליעזר (ט, יז, ה).

דבר מפליא העלה בעקבות כך בשו"ת אבני נזר (אה"ע פ):

בנידון דידן שהרופאים אמרו רק שתסתכן, מכל מקום בשביל זה לא תיאסר לשמש בלא מוך אם תאסר להסתכן, וכל אשה מסוכנת קצת, וכבר ביאר הנודע ביהודה שבשביל פרנסה מותר לאדם להסתכן עצמו, והוא הדין אשה פרנסתה משל בעלה, ואם תצטרך להתגרש לא יהיה לה מבוא פרנסה ומותרת לשמש בלא מוך...

אך כאמור הדברים אמורים בספק סכנה, ועל כן, אם יתברר שאדם נוטל על עצמו סיכון ודאי שממעשיו עתיד הוא לחלות – אין לו היתר לכך.

ה. מסירת מידע לציבור ושיקופות

שאלה נוספת שעלתה בעבודה זו היא: עד כמה הציבור צריך להיות מודע לכל השיקולים העומדים בבסיס ההחלטות. לא מצינו חובת דיווח של שיקולי "טובי העיר" לתקנותיהם. מאידך, חייבים הללו לשמור על ניקיון כפיים משום "והייתם נקיים מה' ומישראל". על כן, היתרים שיעוררו חשד – כגון היתרי בנייה – לדברים שנחשבים כמסוכנים, מוטב שיתפרסמו ותצורף אליהם הסברה מתאימה בכדי לשקף את התמונה האמיתית ולמנוע הלכי רוח מדומים ודמיוניים.

יתכן שכתקנת הציבור יש מקום לתקן את נושא הדיווח. מקורות רבים על תקנות של קהילת ובהן חובת הדיווח של השלטונות אסף הרב נ' בר-אילן, בחיבורו משטר ומדינה בישראל על פי התורה, א, עמ' 237–244.

ביחס לגבאי צדקה אכן נקבע שיש חובת הדיווח של גבאי צדקה – כך פוסק הרמ"א (יו"ד רנז, ב). על בסיס תשובת מהר"י וויל (קנז), וראה עוד בשו"ת נודע ביהודה (מהדורא תנינא יו"ד קנז) ובשו"ת חתם סופר (חו"מ ס). אמנם שם המדובר בהוצאת כספים ואין בהכרח להסיק מכך לענייננו כי אם ללמוד על ההיבטים החיוביים שיש במסירת מידע לציבור.

מלבד זאת נידונה בפוסקים באריכות חובת פרסום הנמקה של פסקי דין של בתי הדין (ראה למשל הרב צ"י בן יעקב, "חובת ההנמקה של פסקי דין", תחומין יט, עמ' 223–238, הלכה פסוקה, חושן משפט א, עמ' שמז–שנב). אין כאן המקום לפרט את השיקולים השונים בנושא, וברור שדיני בתי דין אינם יכולים להוות בהכרח מסד להתנהלות תקינה של מדינה וציבור, אך מהמקורות שם עולה שבכל מקום שבו יש חשד, הדרך להסירו עוברת דרך הפרסום, השקיפות והדיווח הגלוי והמלא.

עקרונות אלו צריכים לעמוד בפני מקבלי ההחלטות ולהנחות אותם לקראת פרסום הדברים במידת האפשר.

סיכום ומסקנות

ראשית בחנו את הנושא לאור דיני נזיקין ומתוך השוואה במיוחד לדיני נזקי שכנים. המסקנות שעלו היו שאם אכן יוכח שהקרינה מאתר סלולרי מהווה סכנת חיים, ובעניין זה צריך להדגיש שגם חיי אדם אחד בלבד מצדיק שינוי של המערכות בהתאם, לכאורה אין מקום להיתר כלל מצד נזקי שכנים. אם מדובר בנזק בריאותי שאינו מסכן חיים אלא גורם בעיקר לאי נעימות או אף לנזק בריאותי קל, יש לשקול את עובדת היותן של תחנות אלו דבר נחוץ לפרנסת הרבים ולקיום החברה, לבסס את חיוניותו של מיקומן ולשלול אפשרויות אחרות בטוחות וטובות יותר עבור התושבים. כמו כן, יש להוסיף ולבחון את נושא הקדימות, כשאם התחנה קדמה לתושבים יש לכך משמעות הלכתית ולשכנים אין זכות לטענות כנגדה.

שימוש במכשירים סלולאריים

מכיוון שכל שיחה בטלפון סלולארי אינה גורמת לנזק כי אם ההצטברות של הרבה שיחות בזמנים שונים, על כן קשה יותר למצוא נימוקים להחמיר בשימוש בהם הן בבית והן ברחוב, אם כי יתכן שבמקרים מסוימים של שימוש קבוע או בשימוש ליד אדם מקפיד במיוחד ("איסטניסי") שקדם למשתמש יש מקום לדרוש את סילוקם.

צריך גם להדגיש שתביעה על הפסקת שימוש במכשיר סלולרי יכולה לבוא רק מטעם מי שמקפיד על עצמו בענין, שכן מי שאינו שומר על עצמו אינו יכול לדרוש מאחרים שיימנעו ממה שהוא אינו מקפיד עליו.

זאת בניגוד לשימוש באתר סלולרי שכלפיה יכול המשתמש בטלפון לטעון שאף שהוא מעוניין בהתקנת אתר כזה לצורך שימוש בטלפון, הוא אינו מעוניין שהאתר יהיה בסביבה הקרובה אליו.

תשלום פיצויים

מן הדברים עלה שבמקרה שאדם יוכיח נזק שנגרם לו כתוצאה מהאנטנות או מהמכשירים הסלולארים הרי שיש מקום לתבוע בדיני אדם במקרה שלא הייתה הקפדה על כללי הבטיחות ויש מקום לתביעה בידי שמים במקרה שהמזיק הוא חברה גדולה או המדינה בעצמה.

במקרה שהייתה הקפדה על כללי הבטיחות הדבר תלוי בהכרעת היושבים על מדין.

נאמנות המומחים

לאחר מכן הרחבנו בנושא מהימנות המומחים, התברר שמומחים שפועלים כיון לפי סטנדרטים מדעיים מוקפדים, מהווים אכן גורם מידע אמין ורציני שניתן להסתמך עליו. בוודאי הדברים אמורים בנוגע לשאלות שיש להן השלכה של פיקוח נפש שבהן כמעט לכל הדעות המומחה יכול לעורר לפחות ספק.

מחלוקת בין מומחים

הנושא בו אנו עוסקים שנוי במחלוקת. העלינו שאם הייתה הכרעה ברורה של מומחה גדול בתחום דבריו מכריעים, אך אם אין הכרעה ברורה והלכים אחרי הרוב אמנם יש לציין שבדבר הנוגע לפיקוח נפש מצינו שחוששים גם לדעת יחיד ועל כן צריך לבדוק האם לדעת היחיד יש אכן שאלה של פיקוח נפש ממש.

אחריות המומחה

בנושא זו עולה אחריות היועץ לומר דבריו זהירים ושקולים שכן טעות בנושא זה אם נעשית עקב רשלנות עלולה לחייב אותו בתשלום על נזקיו. כמובן שמומחה שבירר את הנושא על פי כל הידוע לו באותו הזמן ועשה מלאכתו

כראוי ולאחר זמן התגלו נתונים חדשים ודרכי מחקר שלא היו בימיו, אין עליו תלונה שכן "אין למומחה אלא מה שעניו רואות".

צורכי החברה מול צורכי הפרט

העלינו את האפשרות שהחברה תקבע שיש לה צרכים המחייבים אף פעולות הפוגעות בזולת. החלטה זו אינה פשוטה ויתכן שתהיינה לה השלכות על חיי אדם וכפי שמצינו החלטות כאלו בתחום חלוקת משאבים של החברה בנושאי רפואה.

נטילת סיכונים

כמו כן עולה שיקול נוסף והוא האפשרות של האדם עצמו להחליט שהוא מסתכן או לצרכיו האישיים או לצורכי עבודה. הדגשנו ש"שומר פתאים ה' " לא נאמר במקום סכנה ברור.

מסירת מידע ושקיפות

לסיכום העלינו קווים מנחים מספרות ההלכה לצורך להביא את המידע לציבור בצורה אמינה ושקולה. אין זו חובה מוחלטת אך יש מקורות בהלכה במקרים מקבילים מהם ניתן ללמוד שיש חשיבות בפרסום נימוקים לצורך הסרת חשד ולעז.

נספח - נזקי קרינה סלולרית בהלכה (פאמר עקוצר)

הטלפונים הסלולריים המצויים בידי כל אדם פועלים באמצעות שימוש בקרינה בלתי מייננת. האפקט של קרינה זו על גוף האדם הוא בעיקר יצירת חום.

שני מקורות קרינה נדרשים לצורך השימוש במערכות הסלולריות:

1. אתרים סלולריים (Base Stations) המהווים תחנות לקליטת השיחות מהמכשירים הפרטיים.

2. מכשירים סלולריים המצויים בידי כל אדם.

יש מחלוקת בין החוקרים לגבי מידת הסיכון מהקרינה הסלולרית. הדיון הוא הן ביחס לשימוש במכשירים ולהשפעתו על המשתמש, הן ביחס להשפעתם של האתרים המרכזים קרינה ברמה גבוהה יותר. הנתונים המצויים בידי החוקרים כיום אינם חד-משמעיים. מחד – הקרינה הבלתי מייננת אינה ידועה כקרינה מזיקה, האפקט העיקרי שלה הוא חימום והיא משמשת למשל במכשירי מיקרוגל לחימום אוכל. מאידך – חימום הגוף לזמן ארוך וממרחק קצר עשוי לגרום לתוצאות בלתי-צפויות ומזיקות. גם לאתרים המרכזים כמות גדולה של קרינה כזו עלולה להיות השפעה על הבריאות, ולא תמיד ניתן לחזות את מלוא ההשלכות של כל מכשיר. מחקרים שנעשו עד עתה חלוקים בעניין ואין הכרעה חד-משמעית. ארגוני בריאות עולמיים נוקטים בעקרון "הזהירות המונעת" וקובעים תקנים מחמירים למכשירים, וכן ממליצים על מניעת שימוש של ילדים במכשיר היות שהם נמצאים בתהליך גדילה ועלולים להיפגע יותר בקלות מקרינה. המחקרים בנושא מתפתחים והידע המדעי מתעדכן כל הזמן, ועל כן

*המאמר נדפס בתחומין לד, תודה לעורכים על סיועם, יש במאמר גם קיצור של המאמר הקודם וגם תוספת של כמה נקודות שלא הועלו שם כגון הדיון על "פחד בלתי מבוסס", ועל כן יש בו גם חידושים והוא משלים את הדברים האמורים לעיל.

במאמרנו נדון בשאלות העקרוניות בלבד, כשישום המסקנות תלוי בנתונים המדעיים העדכניים.

האם רשאים שכנים לדרוש סילוקן של אתר סלולרי המצוי בשכנותם? והאם רשאי אדם לדרוש שלא ישוחחו לידו במכשיר סלולרי היות שהדבר עלול להזיק לבריאותו? לצד שתי שאלות מרכזיות אלה, נעסוק בשתי שאלות נוספות: האם מי שנפגע מטענתו מקרינת סלולר יכול לתבוע פיצויים על כך? ומהם השיקולים שעל פיהם צריכה המדינה לפעול ביחס לניהול מערכות הסלולר?

א. חובת ההרחקה

1. הגדרת הנזק

ראשית יש צורך להגדיר את יסודותיו ההלכתיים של הנזק שגורמת הקרינה, אם קיים נזק כזה.

לכאורה יש לדמות את הקרינה הנגרמת מהשיחה בטלפונים הסלולריים לעשן הנגרם מעישון סיגריות. בשו"ת אגרות-משה (חו"מ ח"ב סי' יח) כותב שהעשן הוא נזק ישיר והמעשן מוגדר בהלכה "אדם המזיק".

אלא שנראה שיש מקום לחלק בין הדברים. המעשן אכן מפיק עשן הנכנס לריאותיו של חבירו ומזיק אותו באופן מיידי. לעומת זאת, המשוחח בטלפון אינו גורם נזק של ממש באותו רגע. החשש הוא שהקרינה עלולה לגרום לחימום יתר ולנזק כתוצאה מכך, אולם ללא ספק הסכנה היא אקראית ואינה נובעת מהצטברות של אירועים. כך בוודאי באשר לאתרים הסלולריים, שכמעט כל הקרינה שהם מפיקים נוצרת רק כאשר הם משדרים שיחות. נמצא שמתקני האתרים אינם מזיקים כלל, ואילו המשוחחים בטלפון הם הגורמים לנזק. מסתבר שהדיון בהלכות אלו שייך להלכות "נזקי שכנים", שם קיימת אפשרות לדרוש הרחקה "מטרד" גם אם הוא אינו יוצר נזק ישיר.

2. נזקי שכנים

נקדים בהגדרת היסודות של נזקי שכנים בהלכה. במשנה (ב"ב כה,ב) נחלקו חכמים ורבי יוסי בשאלה האם אדם שמבצע בחצרו פעולה המזיקה את שכנו חייב להרחיק את עצמו מלהזיק. לדעת רבי יוסי על הניזק להרחיק את עצמו, אלא אם כן מדובר בנזקים המוגדרים "גירי דיליה" – דהיינו, נזקים ישירים בדומה לנזק שגורם אדם היורה חץ. לדעת חכמים, המזיק חייב להרחיק בכל נזק. הגמרא (ב"ב כו,א) קובעת שהלכה כדעת רבי יוסי, והאחריות היא על הניזק להישמר מהנזק.

לגבי ההיקף של המונח "גירי דיליה", שבו מודה רבי יוסי שעל המזיק להרחיק את עצמו, נחלקו הראשונים. משניות הפרק השני של מסכת ב"ב מונות מקרים רבים שבהם נאמר שעל המזיק להרחיק עצמו. רש"י (ב"ב כב,ב ד"ה לימא) סבור שרוב ההרחקות הללו נאמרו רק לדעת חכמים, ואילו רבי יוסי סבור שעל הניזק להרחיק עצמו. רוב הראשונים – רבנו חננאל, הרי"ף, בעלי התוספות ואף הרמב"ן ובית מדרשו (ראו: נימוקי-יוסף ב"ב יב,א מדפי הרי"ף) חולקים וסוברים שרבי יוסי מודה בכל המקרים המפורטים במשנה, ולשיטתו כולם נחשבים ל"גיריה דיליה".

מדוע לדעת רבי יוסי רשאי אדם להזיק לחברו? בנתיבות-המשפט ביאר שהטעם הוא שלא ניתן להגביל אדם בשימוש בביתו (קנה, ביאורים יח):

ועל כרחך צריך לומר, דהד' אבות נזיקין אינו חייב עליהן רק כשאפשר להחזיק ברשותו ובשמירה שלא יזיקו, דאז רחמנא חייביה בשמירה, וכשלא שמרו חייבין בתשלומין. אבל הני דחשיב בפרק לא יחפור הוא באופן דכשיתחייב לשלם ההיזק, אין אפשרות לו לעשות תשמיש זה ברשותו כלל, ויתבטל תשמיש זה מרשותו כיון דאי אפשר כלל בעשיה ובשמירה, ובביטול רשות לא חייביה רחמנא.

דהיינו – שימוש של אדם ברשותו ובביתו אינו יכול להיות מוגדר כפעולת נזיקין, גם אם הדבר מזיק לחברו (וראו הרחבה במילואי-משפט על נתיבות-המשפט שם, הע' 44).

3. דרכיה דרכי נועם

חידוש מיוחד עולה מתשובת הרא"ש (קח,י) שנפסקה בשו"ע (חו"מ קנה,כ), ולפיה גם בנזק שאינו נחשב כ"גיריה דיליה", על המזיק להרחיק עצמו כאשר הדבר גורם נזק גדול במיוחד לניזק:

שאלה: ראובן חפר גומא בחצרו, שמי גשמים יקלחו לתוכה, וכשרבו המים, בוקעין ועוברין דרך חומת מרתף שמעון, וגם מסריח בחצר שמעון מריח המים.

תשובה: נראה לי שראובן חייב לסלק היזקו. ואף לרבי יוסי, דאמר 'על הניזק להרחיק עצמו היכא דלא הוי גירי דיליה', הכא מודה כיון דנפיש היזקא דשמעון, וגם תשמיש של שמעון קבוע, ואי איפשר לו לסלק את עצמו, דאין דירה בלא מרתף וחצר.

בהמשך דברי הרא"ש מובא העיקרון העומד לשיטתו בבסיס דינים אלו: כי דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, והקפידה תורה שלא יעשה אדם בתוך שלו דבר הגורם היזק לחברו.

4. נזק קטן

נחלקו הפוסקים במקרה שבו המזיק גורם נזק קטן ב"גיריה דיליה". הדיון מופיע ביחס לדברי הגמרא קובעת שנזקי עשן – "קוטרא" – הם חמורים במיוחד ועל המזיק להרחיק עצמו (ב"ב כג,א). הרמ"ה (מובא בטור חו"מ סי' קנה) כותב שהדברים אמורים אפילו בתנור שאדם יחיד אופה בו פת, למרות שהנזק הוא קטן (וכן משמע משו"ת ריב"ש סי' תנו). לעומתו, בשו"ת תרומת-הדשן (ח"ב סי' רלז) כתב שאין צריך להרחיק נזק קטן, וכך כתב גם הרשב"א בתשובה (ח"ב סי' ...)

מה) ונימק: "שאלו כן, אין לך בונה בית ולא מדליק אש תחת תבשילו, כדי שלא יצא עשנו בחוץ..."

הבית-יוסף (חו"מ סי' קנה) הכריע כדעת הטור, שהמזיק חייב להרחיק אפילו בנזק קטן: "ולי נראה דלענין מעשה כדברי הרמ"ה נקטינן שהוא רב מפורסם". כך השיב השו"ע גם בתשובותיו (שו"ת אבקת-רוכל סי' קיא), בעניין הרחקת עשן בישול. כדברי השו"ע פסקו גם הש"ך (קנה, יט) ונתיבות-המשפט (קנה, ז). לעומת זאת, הרמ"א (דרכי-משה קנה, יג) כתב שיש לפסוק כתרומת-הדשן, כיוון ש"בתרא הוי וחכם ראוי לסמוך עליו". וכך נחלקו השו"ע והרמ"א להלכה (חו"מ קנה, לז):

עשן שאמרו - דוקא בעשן תדיר, כגון כבשונות של נחתומין ושל יוצרים וכיוצא בהן. אבל תנור שהיחיד אופה בו פת, וכן כירה, כיון דלא שהי קוטר רובא דיומא, לאו תדיר הוא... ומיהו לכתחלה מצי מעכב אפילו בעשן שאינו תדיר. וי"א דבעשן שאינו תדיר, אפילו לכתחלה לא יוכל למחות, וכן נראה לי להורות.

בשו"ת מהרש"ם (ח"א סי' קעח) הוכיח שחכמי הספרדים החזיקו בדעת הבית-יוסף, ואילו רבים מהפוסקים האשכנזים אחזו ביד רמ"א.

5. נזק לרבים

האם יש חיוב הרחקה מיוחד בהיזק לרבים?

הגמרא (ב"ב כד, ב) קובעת ש"מרחיקין את האילן מן העיר". הראב"ן (ב"ב סי' א) העיר שרבי יוסי מודה בדין זה, אף על פי שהנזק אינו "גיריה דיליה", שכן "משום היזיקא דרבים מודה דעל המזיק להרחיק". כלומר, רבי יוסי מודה שעל המזיק להרחיק עצמו כאשר הנזק נעשה לרבים, אע"פ שאינו "גיריה דיליה". הרשב"א והר"ן (ב"ב כו, א) חלקו על דבריו והוכיחו את שיטתם מנזקי הנעורת המתפזרת בניפוץ פשתן ("רקתא"), שהמזיק אינו חייב להרחיק עצמו בהם (ב"ב

כו,א). לדעת רוב הראשונים, גם הרחקת האילן מן העיר היא משום נוי העיר, ולא משום נזק.²²²

בדברי הגהות-מרדכי (קידושין תקסא-ב), שנפסקו להלכה ברמ"א (חו"מ קנה,כב), הוזכר דוכס שדרש שכמה יהודים יעברו לגור במדינתו, ואם לא כן יגרש את כולם. המרדכי מביא את הדין שמרחיקים את האילן מהעיר, ומסיק ממנו שאותם אנשים מוכרחים לעבור למדינת הדוכס, אפילו אם הדבר אינו נוח להם, כדי למנוע נזק לכל היהודים. המשיב במרדכי, רבי עזריאל בן יוסף, נימק זאת:

ומהכא יש להוכיח שאפילו אם לא היה [גם להם] סכנה כלל, מכל מקום כיון שאחרים מסוכנים שהם רבים, צריכין לסלק היוזק.

מכאן אנו למדים, שבנזק הנוגע לרבים יש חשש מיוחד מעבר לרגיל.²²³

6. נזק הנובע משימוש טבעי

הגמרא קובעת שמותר לאדם לעשות חנות או רפת בדירתו, אף שהדבר מונע מחברו לעשות לאחר מכן אוצר יינות, שכן "דירה שאני" (ב"ב יח,א). רש"י ביאר ש"חנות ורפת בקר – דירתן של אדם הן, ואין לנו לאסור דירתו עליו אלא אם כן ההיזק מוכן". פירושו של רש"י התקבל על ידי רבנו גרשום, רמב"ן ורשב"א, והריטב"א אף הוסיף ביאור בדבריו: "דכיון דחנות זה הוא דבר שאדם צריך לעשותו בדירתו, ושם נאות לו יותר לשמור כליו, אין לנו לומר שימנע מפני ההיזק העתיד לבוא היום או מחר לחבירו, כיון שאין הניזק כאן".

²²² הראשונים דנו האם הרחקה זו היא דווקא בארץ ישראל או גם בחוץ לארץ – ראו: הרב ש גליקסברג, "על תודעת המקומיות למגמת תיחומם של דיני איכות הסביבה, לארץ ישראל", שיח-השדה 5 (2008), מעמ 12.

²²³ בשו"ת חלקת-יעקב (חו"מ סי' י) הוזכר את המושג "נזק לרבים" כסברה להחמיר, אמנם הוא לא כתב זאת הלכה למעשה. בספר משכן-שלום (סי' א, הע קו) טוען שגם הראשונים החולקים על ראב"ן, וסוברים שאין דין מיוחד לנזק הנגרם לרבים, יודו שבמקרה המוזכר ברמ"א על היהודים לעבור למדינת הדוכס, שכן הנזק עוד לא נגרם והרבים יכולים למנוע את היחיד מלהזיק להם. דבריו לא נתבררו לי, שכן עצם מגוריהם באותו מקום הוא הנזק.

לדבריהם, זכותו של אדם להשתמש בביתו לצרכים מקובלים, אף אם שכנו יוגבל כתוצאה מכך מאוחר יותר.

אמנם, לדעת הרבה מהראשונים, וביניהם הרא"ש עצמו (ב"ב פ"ב סי' ג), מותר לאדם לסמוך דבר לחצר חברו כל עוד הדבר אינו גורם נזק באותה שעה, וכך גם נפסק להלכה (שו"ע חו"מ קנה, יח-יט). לדרך זו אין צורך בהסבר של "דירה שאני", שכן כל אדם רשאי לסמוך לחצר חברו כל דבר בזמן שאינו מזיק. למרות זאת, הרא"ש (ב"ב פ"ב סי' ו) הביא את ההסבר של "דירה שאני" (ראו: נתיבות-המשפט קנה, ב; חזון-איש ב"ב י, ח). רבי עקיבא איגר (שו"ת ח"א סי' קנא) דייק מכך שבנזק של "גירי דיליה" אין לסמוך אפילו אם אין עדיין דבר שיינזק, אלא אם כן מדובר בשימוש טבעי בדירה. לדבריו נראה שבדבר שהוא שימוש טבעי בדירה מותר לסמוך אף בנזק המתחדש לאחר מכן, וכך כתב בשו"ת משפטי-עוזיאל (ח"ד חו"מ סי' ל).

מכל מקום, מדברינו עולה שמותר לאדם לעשות שימוש טבעי בדירתו, ואין למנוע זאת ממנו אם הוא החל בשימוש זה בשעה שלא נגרם נזק לאיש.

ב. איסטנים

1. חובת ההתחשבות באיסטנים

כלל חשוב בהלכות שכנים הוא שהגדרת הנזק אינה נקבעת רק לפי רוב האנשים, אלא גם לפי נטיותיו האישיות של כל אדם, וביניהם אף איסטנים – כלומר, אדם מפונק הרגיש יותר מאחרים לנזקים.

הבסיס לכלל זה מצוי בגמרא בב"ב (כג,א), המספרת שרב יוסף ביקש משכניו להרחיק עסק להקזת דם שמשך ציפורים מרעישות וגרם ללכלוך. וכך פסק הרמב"ם (הל' שכנים יא,ה):

מי שהחזיק לעשות מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן במקומן, ויבוא העורבים וכיוצא בהן בגלל הדם ויאכלו והרי הן מצרין לחבירו בקולם

וצפצופם או בדם שברגליהם שהן יושבין על האילנות ומלכלכין פירותיהם – אם היה חבירו קפדן או חולה, שצפצוף הזה מזיקו או שפירות שלו נפסדין לו בדם, חייב לבטל אותה המלאכה או ירחיק עד שלא יבא לו היזק מחמתו. שהיזק זה דומה לריח בית הכסא וכיוצא בו שאין לו חזקה.

הריב"ש בתשובותיו (סי' קצו) יישם הלכה זו לעניין אישה חולה, וכך פסק הרמ"א (קנה, טו; קנו, ב):

והוא הדין אם אין מזיק לחצר, אלא שיש חולי הראש לבעל החצר וקול ההכאה מזיק לו, צריך להרחיק עצמו.

מעין זה, הורה בית דין על סגירת מסעדה שפעלה בבניין בגלל הפרעתה לשכן שבראותו הייתה לקויה (פד"ר י-ם ח"ג עמ' רכט).

2. שגרת החיים

איסטניס רשאי למנוע פעולות המפריעות לו, אך החזון-איש (ב"ב יג, א) פסק שאין הוא יכול למנוע משכנו לעשות פעולות רגילות:

הא דחולה יכול לעכב [רעש]... יש לומר דכן הוא שורש נזקי שכנים, שבעושה דבר שאינו עיקר דירה, כמו בעושה אריגה וכיו"ב, שאין זה מצוי בכל אדם ולא ברוב בני אדם. אבל אם עושה דברים שרוב בני אדם עושים, ולפעמים תשמישן ודיבורן משמיע קול שמפריע לחולה, אינו יכול [החולה] למחות אף אם החולה קדם. ורשאי אדם לבנות בית אצל חברו ולהכניס את העוללים ויונקים שצועקים בלילה, ואין החולה יכול לעכב עליו, דהרי אינו חייב לצאת מדירתו.

דהיינו – החולה יכול למנוע פעולות חריגות המתבצעות על ידי השכן, אך אינו יכול למנוע פעולות שהן חלק משגרת החיים. לאור זאת התיר הרב משה שטרנבוך התקנת מזגן (שו"ת תשובות והנהגות ח"ד סי' שז):

והוא הדין בזמננו במקומות חמים כגון בארץ ישראל, מיזוג אויר נחשב לתשמיש הבית וא"א לעכב על זה. אבל אם למיזוג זה יש קול עוצמתי שונה מהרגיל ומוחקן בקירוב כל כך שמפריע לכל אחד, ומופעל לעתים תכופות ביום ובלילה, ראוי למנוע אותו מלהשתמש בו ויסתפק במאורר, או שיקבעו זמני שימוש כראות עיני הב"ד. [ולפעמים, לפי מנהג המקום, יכול לטעון שיסגור המערער את חלונות ביתו וישתמש גם הוא במיזוג].

וכן פסק הרב יצחק זילברשטיין ביחס למקלחת בלילה (חישוקי-חמד ב"ב

כ,ב):²²⁴

וא"כ גם בעניננו, אדם רשאי להתקלח בכל עת שירצה, וקשה לאסור עליו מקלחת הנחוצה לאנשים גם בשעות הלילה בימים החמים, אך יש בזה ממדת החסידות להמנע אם אפשר, ויקיים בזה מצות "ואהבת לרעך כמוך".

3. דבר שרוב בני האדם מצטערים בו

סייג נוסף לזכותו של האיסטנים לדרוש מהמזיק להרחיק עצמו עולה מדברי החזון-איש (ב"ב יד,יב):

אבל אם אין ריח שרוב בני אדם מצטערין עליו וכו', אין מחייבין אותו להרחיק אף בשביל חולה.

דהיינו – גם טענת האיסטנים, הרגיש לדברים שאחרים אינם מרגישים, צריכה להיות בדבר שרוב האנשים מרגישים בו אך אינם רגישים אליו. אם מדובר בדבר שאין בו היגיון כלל אצל רוב בני האדם, גם החולה אינו יכול לטעון שהוא רגיש לו.

²²⁴. בהמשך דבריו שם הסתפק בעניין רעש של ילדים המשחקים בחצר. ר"י סילמן ניסה על פי דברי החזון-איש לקבוע שיעורים בענייני מזגן, משחקי ילדים וכד (דרכי-חושן ח"א, עמ' רלז-ח).

על פי זה, פסק בית דין בירושלים שאדם רשאי להחליף את מקום המטבח בביתו ולקבוע אותו באזור המצוי בסמוך לחדר השינה של שכניו, אף אם הם טוענים שרעש המטבח מפריע להם, שכן רעש מסוג זה מקובל על ידי רוב בני אדם כרעש שאין מצטערים עליו (פד"ר י-ם חי"א, עמ' תי).

4. כשהמזיק קודם

לדעת נתיבות-המשפט (קנו, חידושים ז) יש משמעות לקדימת המזיק: ונראה, דאפילו היה בריא ואח"כ נחלה, דלא מהני חזקה דחולה ודאי דדמי לקוטרא ובית הכסא. דהיינו, אם המזיק קדם – אין לחולה טענה כלפיו. אמנם, החזון-איש (ב"ב יג, יא) חלק על כך:

והא דחולה יכול לעכב, יש לומר דכן הוא שורש נזקי שכנים, דהראשון עושה כל מה שירצה ועל השני שלא להזיקו, וכמו דהעושה אוצר מעכב על חברו לעשות נחתום וצבעין. הכא נמי, עושה ביתו בית חולים ועל חברו שלא לעשות אומנות פטיש כיו"ב.

פתחי-חושן (נזיקין יג, הע' כד) סבור שגם לדעת נתיבות-המשפט, אם הניזק בא לגור לאחר שהמזיק כבר עסק בפעילות המזיקה, הרי שאין לו שום טענה ועליו לעזוב את המקום.

ג. סכנת חיים

הפוסקים קובעים שאם הנזק גורם סכנת חיים לחולה, כל הגדרים הללו בטלים ועל המזיק להרחיק עצמו. כך עולה מדברי המהר"י בן-לב (ח"ג סי'

מור: 225)

²²⁵. באותו מקרה נדחתה טענת הניזק שהוא איסטניס, כיוון שלא הוחזק בכך.

דהאי קוטרא מהקירהאנה מזיק ביותר וגורם חלאים מסוכנים כפי הנשמע וקלא דלא פסיק. וכיון דכן הוא, מילתא דפשיטא הוא דחייב המזיק להרחיק את עצמו ולסלק את הנזק ותו לא מיד. בשו"ת תורת-חסד (סי' קצה) כתב על דברי מהר"י בן-לב: "ולא מצינו חולק על הרב בדין זה וכן ראוי להורות".²²⁶ אכן, לדעתו אם הניזק מחל על הנזק – מחילתו מועילה.²²⁷

ד. פחד לא מבוסס

שאלה נוספת שעולה בענייננו נוגעת לפחד שאינו מבוסס על ידע כי אם על רגש. אנשים רבים חוששים ממתקני קרינה הרבה יותר מאשר ממאכלים שמזיקים להם. האם ההלכה מתחשבת בפחד זה?

הרב יצחק זילברשטיין (חישוקי-חמד ב"ב כו,א) סבור שעניין הפחד מכריע: כיון שהתושבים מפחדים לגור ליד אנטנה, גם הצלת אנשים מפחד הוא דבר גדול... וגם בעניננו – גם אם האנטנה אינה מזיקה, כיון שאנשים מפחדים ממנה, זה גופא מזיק, ולכן יכולים התושבים לדרוש מהבנין הסמוך שלא יזיקו את גופם, ויסירו את האנטנה. לדבריו הפחד גורם לסכנת נפשות ועל כן ראוי להתחשב בו. אכן מצאנו שפחד הוא שיקול הלכתי, וכפי שאסור לגדל כלב שמא יפחיד ויגרום לאישה להפיל. אולם מאידך מצאנו שכשאדם נבהל מעצמו מ"התוקע באזנו", אין למבהיל אחריות על כך בדיני אדם היות ש"איהו דאבעית אנפשיה" (ב"ק צא,א). ואף

²²⁶ בספר דרכי-חושן (ח"א, עמ' ריג) הסיק מדברי התורת-חסד שגם במקום פיקוח נפש מהני חזקה. אך הוא הסתמך על ציטוט מספר זכור-לאברהם, שציטט מדברי התורת-חסד בקיצור שגרים לטעות בכוונתו.

²²⁷ לגבי הגדרת סכנת חיים, הסברה הפשוטה היא שאפילו סיכון חייו של אדם אחד נחשב לסכנה. בדרכי-חושן (ח"א עמ' רטו) כתב שדבר שאינו נתפס בעיני הבריות כסכנה אינו נחשב כסכנה, אך אין לסברה זו מקור.

אחריות בדיניי שמיים יש לו רק כשהתוקע עשה מעשה בגוף הניזוק. ואם כך אולי אלו החוששים מהקרינה נחשבים ל"אבעיתו אנפשיהו", שהם הבהילו עצמם בפחד לא-מוצדק.²²⁸

ה. נזק שנחוצה לפרנסת התושבים

בשו"ת מהר"י בן-לב (ח"ג סי' לג) מובא שאם מעשה הנזק נחוצה לפרנסת התושבים, אין להפסיקו. המהרדש"ם (שו"ת סי' תסב) הביא את תשובת מהר"א אביו שכתב כך וחזק את דבריו:²²⁹

גם אני רגיל לדון כך וקבלה בידי ממה שראיתי מורי הרב הגדול (=מהר"י טאיצטק) דן כן, ואין הפרש במקומות אלו כי חיותנו בזה ודי בזה.

כך כותב גם בדור שלאחריהם בשו"ת מהרש"ך (ח"ב סי' צח):

יען כי ענין עשיית הבגדים הוא מחיית בני העיר, יש לשכנים לסבול נזק זה ואין ראוי למחות בו. דאפילו במלאכה פרטית שעושה האדם, שאינה כל כך כוללת כמו ענין הגיגיות, אף על פי שיראה שנמשך ממנה נזק גדול, איכא מרבוותא דסבירא ליה שאינו יכול למחות, כמו שכתבו... כל שכן במלאכה כוללת, דהיינו עשיית הבגדים שהיא רוב מלאכת אנשי העיר. ואם השכנים מעכבים זה על זה בענין הגיגיות, לא שבקת חיי לעשות מלאכת הבגדים לאנשי העיר. מכל מקום אמרתי שראוי לבעל הגיגיות שישתדל לבקש מקום לשום שם הגיגיות באופן שירחיק וימעט הנזק משכנו כל מה שאפשר.

²²⁸ בדומה, כתבו הפוסקים שאם אדם רוצה להפוך את ביתו לבית כנסת, ושכנו חושש לגור מעל בית כנסת, יש לחוש לדבריו רק אם יש לכך טעם של ממש בהלכה (שו"ת תשובות ונהגות ח"ב סי' תשיב; ח"ה סי' שע; פד"ר י-ם ח"ה עמ' פה; חישוקי-חמד ע"ז כה, א).
²²⁹ אמנם, נכד הרשב"ץ (תשב"ץ ח"ד, טור א, נז) דן באריכות בהקמת בית מטבחים שהיה נחוצה עבור הקהילה ואסר בנייתו במקום שמפריע לשכן.

כלומר, עקרונית הניזק אינו רשאי להביא למצב שבו אין לתושבי העיר אפשרות להתפרנס ולהתקיים, אולם הדבר אינו מתיר נזק בלי גבול, ומוטל על העובדים לצמצם ככל האפשר את הנזק הנגרם לתושבים.²³⁰

ו. סיכום ביניים

1. סיכום

א. הכרעת הגמרא והפוסקים בהלכות שכנים היא שאחריות ההרחקה על הניזק, אולם בכל מקום שיש בו נזק ישיר, או אף נזק עקיף המוגדר כגרמא, יש חובה על המזיק להימנע מהנזק. נזקים אלו כוללים גם נזקי ריח ורעש, הרחקת מפגעים וכן נזקי רוח.

ב. נחלקו הראשונים האם גם נזק קטן, כדוגמת עשן היוצא מבישול ביתי, הוא בכלל ההרחקה. השו"ע מחמיר, הרמ"א מקל והפוסקים האשכנזים נחלקו אם להחמיר.

ג. יש מהראשונים שכתב שבנזק לרבים ראוי להחמיר יותר מאשר בנזק ליחיד. לדעת רוב הראשונים, כפי הנראה, נדחתה שיטה זו מההלכה, אך הרמ"א סבור שיש מקרים שבהם חוששים לנזק הנגרם לרבים.

ד. יש מהראשונים שטען כי בנזק שאינו נוגע לעיקר היישוב יש להחמיר יותר מאשר בנזקים אחרים.

ה. דין נוסף הנוגע לענייננו הוא שלא ניתן למנוע מאדם שימוש טבעי בביתו, גם אם לאחר מכן מגיע למקום מישוהו שעלול להינזק מכך, ואפילו בנזקים הנחשבים ל"גירי דיליה".

²³⁰. לעניין זה נזכיר גם את שיטת ריצב"א, המובאת בהגהות מימוניות (הל שכנים י,ד), הסובר שגם רבי יוסי מודה שעל המזיק להרחיק עצמו בנזק "שאינו עיקר הישוב". אמנם, בשו"ת מהרש"ם (ח"ב סי' רסח) כתב שזו דעת יחיד ואין הלכה כמותו.

- ו. זכות מיוחדת למנוע נזקים מוענקת ל"איסטנים" – למי שיש לו רגישות יתר. לזכות זו יש כמה תנאים: האיסטנים אינו יכול למנוע מהאחרים לחיות כמקובל ודרישותיו יכולות להתייחס רק לדברים שמעבר לשגרת החיים; איסטנים אינו יכול לטעון להפרעה מדבר שאינו מפריע כלל לרוב בני האדם; ויש מהפוסקים שכתב שטענת האיסטנים מתקבלת רק אם הוא קדם למזיק.
- ז. במקום של סכנת חיים, מוטל על המזיק להימנע מהנזק בכל מחיר.
- ח. אין למנוע עשיית דבר המשמש לפרנסת הרבים, אולם על המזיק לצמצם את הנזק ככל היותר.
- ט. יש שכתב שראוי להתחשב בפחד לא-מבוסס, היות שהוא גורם לסכנה, אך נראה שאין לחוש לפחד זה אם אין לו בסיס של ממש.

2. מסקנות

לאור דברינו, ברור שאם יוכח שהקרינה הסלולרית מהווה סכנת חיים, אפילו לחלק קטן מהאוכלוסייה, אין מקום להתיר הקמת אתרים סלולריים כלל. אם הקרינה גורמת לנזק בריאותי שאינו מסכן חיים, אלא גורם לאי-נעימות או לנזק בריאותי קל, יש להתחשב בכך שקיום האתרים הסלולריים נחוץ לפרנסת הרבים ולקיום החברה, ולהשתדל לצמצם את הנזק עד כמה שאפשר. כמו כן, יש לבחון האם האתר הסלולרי קדם לתושבים או שהם קדמו לאתר, ומובן שלטענות השכנים יש פחות משמעות כאשר הם הגיעו למקום שהיה בו אתר סלולרי.

באשר לשימוש במכשירים סלולריים – יש מקום להתירו, שכן כל שיחה גורמת לכל היותר לנזק קטן שאינו קבוע, והשימוש במכשירים הוא טבעי. עם זאת, ייתכן שבמקרים מסוימים של שימוש קבוע, או ליד אדם מקפיד במיוחד ("איסטנים") שקדם למשתמש, יש לניזק רשות לדרוש את הפסקת השימוש.

מובן שתביעה להפסקת שימוש במכשיר סלולרי יכולה לבוא רק מצד מי שמקפיד על עצמו בעניין, ונמנע משימוש עצמי במכשירים אלו, שכן אין אדם יכול לדרוש מאחרים להימנע מדבר שהוא עצמו אינו מקפיד עליו.

ז. פיצויים על נזק מקרינה סלולרית

כיצד יכול אדם להוכיח שנגרם לו נזק מקרינה סלולרית? מובן שההוכחה היא קשה עד בלתי-אפשרית. בדרכי-חושן (ח"א, עמ' ריא) כתב לגבי נזקי עישון, שברור שלעולם לא ניתן יהיה להוכיח באופן ודאי מיהו הגורם לנזק ספציפי, והוא הדין לענייננו.

מבחינה הלכתית, ניתן לחייב על נזק מקרינה מכמה כיוונים:

ראשית – יש לשקול האם אדם המשתמש בטלפון סלולרי יכול להיחשב למזיק ישיר. אם אכן הקרינה מזיקה לבריאות הגוף, הרי המשתמש בה עשוי להיחשב כ"אדם המזיק" היורה חץ על חברו, ובדומה למדליק אש שהרי נפסק להלכה ש"אשו משום חיציו" (שו"ע חו"מ תיח, יג). אם זהו יסוד החיוב, אין ספק שהמזיק חייב בתשלום.²³¹

אפשרות נוספת לחייב בתשלום פיצויים בגין נזקי קרינה סלולרית היא מצד נזקי שכנים. השו"ע (חו"מ קנה, א) פוסק שאם אדם הרחיק את התנור מתקרת שכנו, ובכ"ז נגרם נזק, המזיק חייב בתשלום.²³² להלכה סיכם נתיבות-המשפט (קנה,

²³¹. ביחס לנזקי עישון, בדרכי-חושן (ח"א, עמ' ריא) דן לגבי נזקי עישון בשאלה האם הנזק הבריאותי נגרם כתוצאה מהחלשות החיסון או ממחלה שנוצרה ישירות מהעשן. הוא אינו מביא ראיה לחילוק, ומסתמא כוונתו לחילוק בין הסרת המונע לבין נזק ישיר (ראו: רמב"ם, הל' רוצח ושמירת נפש ג, ט-י). אמנם נראה שגם אם הנזק נגרם כתוצאה מהחלשות המערכת החיסונית, כיוון שזהו תהליך פנימי בגופו של האדם, הוא נחשב לנזק ישיר. מעולם לא שמענו שבעניינו של אדם שנהרג בחרב או בתאונה, נבחן מהי הסיבה האנטומית המדויקת למותו. מאידך, העלינו בראש המאמר חילוק אחר בין נזק שנגרם כתוצאה מהצטברות העשן, כשכמות מסוימת הופכת למחלה, לבין נזק שנגרם על ידי מוטציה אקראית ואין משמעות לכמות הקרינה.

²³². הרי"ף (ב"ק כה, ב מדפיו) ביאר שהשימוש התדיר בתנור מטיל אחריות גדולה יותר על בעליו ומחייב בוהירות רבה יותר. אך בנתיבות-המשפט (קנה, א) הסביר שהרי"ף אינו מחמיר בדינו של

ביאורים יז) שכאשר הנזק ישיר – המזיק חייב, וכאשר הנזק עקיף נחלקו הפוסקים: לדעת הרא"ש המזיק חייב רק אם נמנע מלהרחיק, ולדעת בעל העיטור המזיק חייב גם אם הרחיק כראוי. אפשר אפוא, שאם יש חובה להרחיק טלפון סלולרי, יש גם חובת תשלום על נזקים אלו.

לבסוף – גם לגבי הנזקים שאינם כרוכים בחיוב פיצוי והם גרמא בלבד – כלל נקוט בידינו שיש חיוב בגרמא לצאת ידי שמיים. המהרי"ט (ח"א סי' צה) וקצות-החושן (לב,א) כתבו שלא בכל מקרה של גרמא יש חיוב לצאת ידי שמיים, ובין השאר ככל הנראה יש לשקול האם המזיק התכוון להזיק (ראו: שו"ת מבי"ט ח"ב סי' נד; שו"ת מהרי"ט ח"א סי' צה; חזון-איש ב"ק ד,ה). אף התרשלות עשויה להיחשב ככוונה להזיק לעניין זה, ולגרור לפחות חיוב לצאת ידי שמיים.

כאשר המזיק הוא ציבור או חברה גדולה, ייתכן שניתן לחייב אף בבית דין במקרים שיש בהם חיוב לצאת ידי שמיים. הפוסקים דנו בעניין זה ביחס לחיובים שהם לפנים משורת הדין. (ראו: ב"ח חו"מ סי' יב; ש"ך חו"מ רנט,ג עפ"י המרדכי ב"מ סי' רנז). בשו"ת מהרש"ם (ח"ז סי' קצא) הביא משו"ת השיב-משה (ססי' מח): "שדברי הב"ח כאלו נתנו בסיני".²³³

ח. צרכי הכלל מול צרכי הפרט

שאלת הקרינה הסלולרית אינה שאלה פרטית, ששכנים יכולים להסדירה ביניהם. המכשירים הסלולריים מצויים בידי כל תושבי המדינה, מהווים כלי עסקי חשוב, משמשים כבסיס לחלק גדול מהשירותים שמספקת מדינה מודרנית ומשרתים גם את כוחות ההצלה והביטחון. האם רשאי הציבור לדרוש התקנה של טכנולוגיה שעלולה לפגוע ביחידים?

משתמש קבוע, אלא אדרבה – מקל בדינו, שכן הוא רשאי לצורך חייו להרחיק פחות מהגדרש ובלבד שייזהר שלא להזיק. מאידך, בשו"ת חלקת-יעקב (או"ח סי' עו) הבין את דברי הרי"ף בפשטות, כפי שביארנו.

²³³. ראו גם: השופט משה דרורי, "חיוב על גרמא ועל מניעת רווח", תחומין כו, מעמ 346.

שאלה זו נידונה מעט בדברי הפוסקים. מצאנו התייחסות לשקילת חייו של יחיד כנגד טובתה של החברה, כגון: "אין פודין את השבויים יותר מכדי דמיהן" – דהיינו, לעיתים אין מצילים את היחיד בגלל שיקולים כלכליים של החברה. נראה שהלכות אלה מבוססות על ההבנה שהפסדים כספיים גדולים לחברה מביאים בסופו של דבר להפסד של חיי אדם, ועל כן אין זו שאלה של כסף מול חיים, אלא של חיים מול חיים. אך מעבר לכך, טרם נקבעו מדדים ברורים לחלוקת תקציב חברתי.

יש מהפוסקים שהדגישו שיש אפשרות לתקן תקנות גם כשהן פוגעות בפרט. כבר הרמ"א (חו"מ ב,א) ציין למחלוקת הראשונים, וקבע שאם המנהג לתקן גם תקנות הפוגעות בפרט, הולכים אחר המנהג.²³⁴ בדומה, הרב עזרא בצרי קבע כדבר פשוט שבאופן עקרוני טובת הפרט נדחית מפני טובת הכלל, אלא אם מדובר בעיגון אישה ("טובת הפרט מול טובת הציבור", תחומין ט, עמ' 67–63). על כן, אם יתברר שהשימוש במכשירים הסלולריים הוא צורך מובהק של הציבור, יש לציבור את היכולת לתקן תקנות ולעשות פעולות שהיה מקום לאוסרן על היחיד. אמנם, מסתבר שיהיה צורך לקבוע מנגנון של פיצוי לנפגעים, שכן אין זה מן הדין שהציבור ייהנה ויפגע בחלק מאנשיו בלי לשלם ולקחת אחריות על תוצאות מעשיו.²³⁵

²³⁴. ראו בשו"ת מהר"ם אלשיך (סי' נט), בשו"ת דרכי-נועם (חו"מ סי' לח) ובחזון-איש (ב"ב ד, טו) שהרחיבו בגדרי הדין.

²³⁵. המקור לדין זה הוא מהנאמר במשנה (ב"ב כד,ב) ונפסק ברמ"א (חו"מ קנה, כב) שאם אדם קוצץ אילן לטובת העיר ולא מכח חיוב גמור (כגון שהאילן קדם לעיר) הוא מקבל על כך תשלום וכך כותב החזון איש (בבא בתרא סי' ד ס"ק טו) שמכאן ניתן ללמוד שאם הציבור מפיק מהיחיד את רכושו עליו לפצות אותו. העורך העיר מתקנות יהושע שהפקירו את רכוש הפרט לטובת הציבור, ויש להשיב שהיא הנותנת שאם אכן התקנה גורמת נזק יש חיוב תשלום על המזיק וכמפורט בגמרא (ב"ק ו,א) ונפסק בשולחן ערוך (חו"מ תיד,ב).

ט. סיכום

א. ההיתר להקים אתרים סלולריים תלוי בכמה שאלות. חלקן שאלות הנוגעות למידת הסכנה שבקרינה הסלולרית – האם היא מסכנת חיים והאם יש בה סיכון בריאותי של ממש; וחלקן שאלות הנוגעות למידת הצורך בשימוש בטכנולוגיית הסלולר – האם היא אכן נחוצה לחברה בכללותה, והאם מוצו החלופות האפשריות.

ב. במקרה שנגרם לאדם נזק של ממש כתוצאה מהאתרים הסלולריים, הוא יכול לתבוע פיצויים על כך.

ג. המדינה יכולה לחוקק חוק שיסדיר את מיקום האתרים הסלולריים, אם הדבר נחוץ לצורך תפעול המכשירים הסלולריים, ואם השימוש בטכנולוגיה זו אכן נחוץ לחברה. אמנם, גם במקרה זה יהיה צורך לפצות את מי שנפגע מחוק זה.

כח. גידול עזים בזמן הזה

פתיחה

נתברר כיום ששתיית חלב עזים מהווה תזונה בריאה יותר עבור בני אדם רבים, ובדידנו הווה עובדא שבני הבכור היה חולה בדלקות אזניים ללא הפסקה, והפך להיות בריא לחלוטין, מהשבוע בו הוא החל בשתיית חלב עזים. לצורך כך יש לגדל עזים בכדי לחלוב אותן. אלא שלכאורה יש איסור גמור בארץ ישראל כפי שקובעת המשנה (בבא קמא עט,ב): " אין מגדלין בהמה דקה בא"י!"

וממשיכה הגמרא (בבא קמא פ,א) ומביאה ברייתא:

מעשה בחסיד אחד שהיה גונח מלבבו, ושאלו לרופאים, ואמרו: אין לו תקנה עד שינק חלב רותח משחרית לשחרית; והביאו לו עז וקשרו לו בכרעי המטה, והיה יונק ממנה משחרית לשחרית. לימים נכנסו חבריו לבקרו, כיון שראו אותה העז קשורה בכרעי המטה חזרו לאחוריהם, ואמרו: לסטים מזויין בביתו של זה, ואנו נכנסין אצלו! ישבו ובדקו ולא מצאו בו אלא אותו עון של אותה העז. ואף הוא בשעת מיתתו אמר: יודע אני שאין בי עון אלא עון אותה העז, שעברתי על דברי חברי. הרי שחומרת האיסור היא כה גדולה עד שגם עניינים בריאותיים עומדים כנגדה, וכך כותב המאירי:

אף על פי שבמקום פקוח נפש הותרו האיסורין להתרפא בהם דבר שנאסר מכח תקנה ומחשש פסידת אחרים ראוי להחמיר בה ביותר²³⁶.

ואם כך האם אכן אסור כיום לגדל עזים בארץ ישראל? נציין שכהשלכות לאיסור זה קבעו חכמים שהמגדלים בהמה דקה פסולים לעדות (סנהדרין כה,ב). וכן קבעו שהנוטל שכר לראות מומי בכור בהמה דקה ייקנס

²³⁶ אם כי פשט לשון המאירי שזהו חומרת החסיד ולא מעיקר הדין וראה להלן.

בשכרו (בכורות כח,ב לפי חלק מהמפרשים ראה רש"י באחד הפירושים וכן רמב"ם בפירוש המשנה ובמשנה תורה הל' בכורות ג,ו).

טעם האיסור

1. ישוב הארץ

מדברי רש"י עולה שהיסוד האיסור הוא יישוב ארץ ישראל: משום ישוב א"י שמבעיר את השדות וכל שדות א"י סתמן דישראל. ועל כן גם מובן מדוע המשך המשנה מדוע מותר לגדל בסוריא: הויא כחוצה לארץ ובחוצה לארץ מותר לגדל דלא חיישינן לישוב ואם יפסידו שדות אחרים ישלמנה. וכן הובאה שיטתו בר"י מלוניל, נימוקי יוסף ועוד. אם כי משמע מדבריו שלא די בישוב הארץ ללא העובדה ששדות ארץ ישראל סתמן ישראל. כמו כן צריך עיון לרש"י המשך הדיון בגמרא האם בבל היא כארץ ישראל. כך מבאר רש"י את סיבת האיסור בבבל: "שמיום גלות יכניה רבו שם תלמידים ונתיישובו שם בישוב קבוע." וכן בהמשך דבריו שמחמת קביעות היישוב בבבל הורחב האיסור גם לשם, כך שיוצא מדבריו מחד קולא שהדבר הוא יישוב הארץ ומאידך חומרא שיש דין יישוב הארץ לכל מקום בו יש יישוב קבוע של ישראל.

2. סניף לגזל

מאידך פשטות הרמב"ם (פירוש המשנה ובמשנה תורה) היא שזהו ענף שלא איסור גזל וזו לשונו בהלכות (נזקי ממון ה,א-ב): בהמה שהיתה רועה ופרשה ונכנסה בשדות ובכרמים אף על פי שעדיין לא הזיקה מתרין בבעליה שלשה פעמים, אם לא שמר בהמתו ולא מנעה מלרעות יש רשות לבעל השדה לשחוט אותה שחיטה כשרה ואומר לבעליה בואו ומכרו בשר שלכם, מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק, אפילו לגרום הנזק אסור. לפיכך אסרו חכמים לגדל בהמה דקה וחיה דקה

בארץ ישראל במקום השדות והכרמים אלא ביערים ובמדברות שבארץ ישראל, ומגדלין בסוריא בכל מקום.

וכן כותב רבי ברוך הספרדי:

משום שרועין בשדות בני אדם וקא גזלי מרעייהו [ד]בני אינשא, ודורסין על הזרעים, דמזקי בשן ורגל. אבל בחוצה לארץ, דרובה גוים נינהו, לא חיישינן.

וכן כותב הטור (חו"מ תט): "והחמירו בה כדי להרחיק מההיזק שאסור לאדם שיזיק את חבירו", וכן הוא במאירי.

האיסור בחוץ לארץ

הטור כותב (חו"מ תט):

וי"א דבכל מנהגי דילן בתר בבל גרירינן ולדידן נמי אסור. ונראה דבהא לא גרירינן בתר בבל, דטעמא דאסור בבבל לפי שהיו שם רוב שדות ישראל וכיון דהשתא ליתא להאי טעמא שרי.

הוא מביא שיטה שהאיסור נאמר גם בחוץ לארץ אך לדבריו להלכה אין לכך יסוד היות ואין בחו"ל רוב שדות ישראל. והבית יוסף כתב ש"דברי טעם הם".

ארץ ישראל בזמן הטור

הבית יוסף הוסיף בעקבות כך וכתב, בהלכות עדות, שכיום מגדלי בהמה דקה כשרים לעדות. ולדבריו לפי חידוש הטור דין זה הוא אף בארץ ישראל. ואלו דבריו החשובים מאד לענייננו, הוא תמה מדוע לא הובא דין מגדלי בהמה דקה שפסולים לעדות בפוסקים, ומיישב:

ותמהני על הרי"ף והרא"ש ורבינו [=הטור] ובמישרים [=רבינו ירוחם] שלא הזכירוהו, ואיפשר שמפני שהיו רחוקים מארץ ישראל היה אצלם כדבר בלתי נוהג ומטעם זה השמיטו. [בדק הבית] והאידנא דליכא לישראל

שדות בארץ ישראל נראה לי דמגדלי בהמה דקה בארץ ישראל נמי כשרים [עד כאן].

הרי שהבית יוסף הרחיב את שיטת הטור גם לארץ ישראל ולזמנו שאין רוב שדות ישראל.

וכך הוא פוסק למעשה בשולחן ערוך (חו"מ תט,א):

והאידנא, שאין מצוי שיהיו לישראל בארץ ישראל שדות, נראה דשרי. וציין הגר"א כמקור לכך את ההרחבה של האיסור לבבל, ולדברי רש"י ותוספות על כך, וכפי שהעתקנו למעלה את ביאורו של רש"י, שדין זה מוכיח שהכל תלוי בכך שיש ישוב קבוע של ישראל, ואם כך גם לשיטת רש"י אין לפרש שטעם האיסור רק משום ישוב הארץ וכסניף למצוות ישוב ארץ ישראל בלבד אלא כחלק מחשש בפגיעה בתושבים המיישבים את המקום.

אמנם כבר ציין הגרז"נ גולדברג שליט"א (בתחומין ראה להלן) שהטור הוא משיטת הסוברים שגידול בהמה דקה אסור משום סניף לאיסור גזל, אולם לפי דברי הגר"א נראה שגם לשיטת רש"י נכונים הדברים וראיתי שעמד על כך הגר"ש ישראל'י זצ"ל אולם העיר שמדברי רש"י בעניין סוריא נראה שהדבר תלוי בקדושת הארץ שהרי תלה את דינה של סוריא בשאלת "כיבוש יחיד" ובפרט סיום דבריו: "ובחוצה לארץ מותר לגדל דלא חיישינן לישוב ואם יפסידו שדות אחרים ישלמנה", אולם נראה שלפי דברי רש"י בעניין דינה של בבל שהוא כארץ ישראל יש ליישב שבחוץ לארץ אין יישוב קבוע ואין זה משום הקדושה.

יש לציין שאחד מהראשונים שאף עלה לארץ וכתב את ספרו בארץ ישראל והוא הכפתור ופרח (פרק י), כותב במפורש דלא כבית יוסף, ולדבריו דין זה קיים גם כשאין שדות ישראל, ובפאת השולחן (הלכות א"י ס"ק מז) ביאר את שיטתו שהוא סבור שהתקנה היא משום יישוב ארץ ישראל ולא סבירא ליה לדייק ברש"י שהדבר תלוי גם בכך שיש שדות ישראל.

ארץ ישראל בזמן הזה

אלא שקמו פוסקי זמנינו וערערו האם מותר לגדל כיום בהמה דקה. ראשית שכן חזר היישוב היהודי לתוקפו וממילא קם החשש ליישוב הארץ ולגזל. ועוד יש לציין שיש שלמדו מדברי רש"י שגזירת יישוב הארץ אינה תלויה בשדות ישראל, וכך נוקט אחד מגדולי הפוסקים והוא ניהו פאת השולחן. על כן נוקט הגר"ש וואזנר (שו"ת שבט הלוי ד,רכז) שיש להחמיר בזה גם כיום בעקבות שיטת הכפתור ופרח וכן גם לשיטת הבית יוסף יש להחמיר עקב שינוי המציאות²³⁷. כך נקט הגר"ע יוסף בתחילה (שו"ת יביע אומר ג,חו"מ ז), וראה המקורות שציין לכך כדרכו בקודש. אולם כמה מגדולי הפוסקים נטו קו להיתרא מכמה טעמים:

גזירה שבטלה

הגרצ"פ פרנק (הגהות לטור חו"מ תט ושוב בשו"ת הר צבי חו"מ קלו) חידש בעקבות דברי הבית יוסף שהגזירה בטלה בארץ ישראל בזמן שהשדות ביד גוים, שהיות וכך שבטלה הגזירה לזמן מסויים וממילא גזירה שמתבטלת אף אם חזר הטעם של הגזירה היא לא חוזרת ומתחדשת. וביסס דבריו על הירושלמי. יש שערערו על דבריו (שו"ת יביע אומר ג,חו"מ ז שו"ת דבר יהושע ד,חו"מ סז), ויש שיישבו דבריו (עמוד הימיני כג).

²³⁷ אגב אציין שבעל שבט הלוי מבליע בדבריו כמה חידושים שיש לדון בהם, הוא כותב שההרחבה של בבל היא רק לשיטת רב ואילו להלכה נפסק כרב הונא שאין דין בבל כארץ ישראל ורוב הראשונים פוסקים כרב הונא. ובתוך דבריו משמע שהוויכוח בין רב הונא לרב הוא בדיוק בשאלה בה נחלקו הראשונים האם טעם האיסור הוא משום ישוב הארץ או משום סניף גזל. אמנם לכאורה דברים סתרי אהדי שכן אם זה הוויכוח הרי נראה שדעת רוב הראשונים לפסוק שהתקנה היא סניף לגזל וכפי שהבאנו למעלה. ואף אלו מהם שהשמיטו את דין בבל הרי כתב הבית יוסף טעם נכון שבבל כיום בוודאי לכל הדעות אינה כארץ ישראל ולגביה אין ספק בהשתנות המציאות. מלבד זאת שיש קושי לתלות מחלוקת ראשונים במחלוקת אמוראים וצ"ע.

מקום שמור

כמה מגדולי הפוסקים ציינו לשיטת הרמ"ע מפאנו (שו"ת פה) שבמכניס העזים למקום שמור לא גזרו חכמים. אמנם ברור שלשיטה זו יש צורך בשמירה טובה על העזים, ושמא עזים הרועות באחו אינן בכלל היתר לשיטה זו. וראה גם בשו"ת תשובות והנהגות (ד, שכב) שכתב להקל מטעם הדומה שכיום רועים בשדות המיוחדות למרעה, אמנם הזהיר שבאלו המסתובבות ללא השגחה יש לאסור.

מנהג

עוד נמסר בשם החזון איש ותלמידיו, וכן נמסר בשם הגרי"ש אלישיב זצ"ל שכך המנהג להקל עקב הוראת השולחן ערוך (חוברת קול התורה נג עמ' רכא ואילך).

הציבור מוחלים על הגזירה

הגר"ש ישראלי (עמוד הימיני סי' כג) כתב שלמעשה נראה להקל כיום מכמה טעמים ועיקרם שהיות והגזירה היא משום סניף גזל הרי שבמקום שהציבור מוחל ומעוניין בכך שיגדלו עזים ויש בזה גם היבט כלכלי משמעותי ופרנסה לאנשים רבים, וכן יש קושי להשיג עזים ממקום אחר עקב המצב הבטחוני, ומשמע מהגמרא שגם זה היה שיקול בגזירה, כלומר שיש מהיכן להביא עזים, ועל כן הגזירה לא נאמרה במציאות כזו. כך גם נקטו הציץ אליעזר (ז, כד–כה) והגר"נ גולדברג (תחומין ז, עמ' 61 ואילך). כך גם הצטרף להתירא הלכה למעשה בשו"ת יביע אומר (ד, חו"מ ו) ותברא לגזירה בהצטרף העניין של השיקול הרפואי ולאחר שדן באריכות במעשה בחסיד שציטטנו בדברינו והראה שלדעת רובא דפוסקים אין למנוע בעקבותיו גידול עזים לצורך רפוי.

סיכום

נמצא שיש מספר נימוקים להתיר ולגדל עזים בארץ ישראל גם בזמן הזה, בוודאי על רקע הצורך הבריאותי והתועלת המיוחדת שיש במוצרי העזים. אולם יש להיזהר במשנה תוקף שלא להיכשל באיסור גזל בגידול העזים, ומי שמגדל עזים להנאתו ואין בהם צורך בריאותי כלל מוטב שיימנע מכך²³⁸.

²³⁸ ראיתי חכם שכתב להלכה בעניין זה: "למעשה, מאחר שכל הספק הוא באיסור מדברי חכמים, על פי ההלכה מותר לגדל כיום בהמה דקה בארץ ישראל, שכן הכלל הוא, שספק בדברי חכמים להקל. ובמיוחד שעל ידי רעיית הבהמות מתקיימת כיום מצוות ישוב הארץ, שכן על ידי מרעה ניתן לתפוס שטחים נרחבים, ולקיים את המצווה לרשת את הארץ, שתהיה בידינו ולא ביד אומה אחרת." כמדומה שהגדרת הדין כספק אינה מדויקת כמו כן הסברה של תפיסת חלקים בארץ, צ"ע מקורה. כעת ראיתי שהרב דב ליאור בשו"ת דבר חברון (ג,שנו) מוסיף לאחר ביסוס ההיתר עפ"י שיטת הרב פרנק שבוודאי יש לנטות לקולא כאשר הדבר מסייע גם ליישוב הארץ, אולם זאת כחיווק להיתר ולא כאחד מסניפי ההיתר.

כט. שאלה של תורנות

אציין כאן מספר שאלות של רופאים שעסקתי בהם:

א. נסיעה וחזרה בשבת לתורנות וממנה

כיצד להגיע לתורנות המתחילה בשבת בבוקר וכן כיצד לחזור מתורנות שהתחילה ביום שישי בבוקר והסתיימה בשבת בבוקר.

בעניין הגעה לתורנות כיודע נחלקו הפוסקים, דעת בעל האגרות משה (או"ח א,קלא) הייתה שצריך להגיע לבית החולים מערב שבת, ואילו הגרש"ז אורבך זצ"ל (שש"כ פרק מ הערה סד ובמהדורה חדשה הערה עא) סובר שאינו חייב לבוא מערב שבת.

סברתי לפי שיטתו שמא יהיה מותר לרופא ליסוע ברכבו לתורנות, אולם הגרא"א שפירא זצ"ל הורה לי שבמקרה זה עדיין עדיף ככל האפשר למצא גוי שיסיע.

נושא החזרה מבית החולים הוא קשה יותר ובפרט גם שהייתה תקופה של מגורים בירושלים ועבודה בבית חולים בפ"ת, שאז עלתה גם שאלת התחומין, ובפרט שבבית החולים בה עבדה הייתה הסעה על ידי גוים לאחיות אך לא לרופאים, אולם הסתמכנו על דין החוזרים למקומן שמותרים לעבור על איסורי דרבנן משום "נמצאת מכשילן לעתיד לבוא" (וראה שו"ת ציץ אליעזר יא,לט), ואף שלשיתת החתם סופר (שו"ת א,רג) שאף יש מקום להתיר משום כך אף איסורי תורה ומשום דין פיקוח נפש, ומצינו באגרות משה שגם הלך בדרך זו (בספר הזכרון לגר"ח שמואלביץ ושוב בשו"ת או"ח ד,פ וראה באריכות במנחת שלמה א,ח שהשיג). אמנם למעשה נקטנו שתסע באמצעות נהג גוי, וכן לגבי תחומין יש כמה טעמים להיתרא המפורטים במכתבו של הר"י קטן באסיא (ז עמ'

(241) בשם מו"ר הגרז"נ גולברג שליט"א וכן הצטרף הגרא"א שפירא זצ"ל והורה להתירא והסביר שהיציאה נעשית על ידי נהג הרכב ולא על ידי הנוסע בו. היה מקרה בהסעה של העובדים, כשהנהג היה גוי, לפתע ירד הנהג הגוי ועלה נהג יהודי והחל ליסוע. במקרה זה עולה הספק האם יש חובה לרדת, וצ"ע.

ב. הרדמה בהפלות ובהשתלות

האם יש היתר להשתתף בהרדמה להפלות כאשר אין זה ברור שנתקבל היתר להפלה זו על פי ההלכה, ובמקום שאין מקפידים על כך, וכן להשתתף בהשתלות כשלא בטוח שהקפידו על כללי ההלכה ולפני שהדברים הוסדרו כפי שהיום מוסדרים על פי החוק ועל דעת הרבה פוסקים. הנה הגר"מ פיינשטיין זצ"ל בתשובה החמיר בזה (חו"מ ב, עג) וראה מה שהאריך בזה בנשמת אברהם (חו"מ תכה ונדפס לפני כן בכמה קבצים). בשו"ת ציץ אליעזר (יט, לג) נטה לקולא בעניין עבודת המרדים, וכן עולה מדברי נשמת אברהם שזו נטיית הגרש"ז אורבך זצ"ל וכן אמר לי הגרא"א שפירא זצ"ל שלדבריו אין זה חלק מהעבירה כלל, ודימה זאת למי שמכין את החדר לניתוח על ידי נקיטתו וכדומה שבוודאי אינו מסייע לעבירה.

ג. הדלקת נר שבת

עלתה השאלה כיצד לנהוג בעניין הדלקת הנר בעת המשפחה נשארה בבית לשבת, והאם הרופאה שוהה בעבודתה בבית החולים. בשמירת שבת כהלכתה (מהדורה חדשה לו, יז) כותב שיוולדת חייבת בהדלקת נרות ומן הדין בעלה יכול להוציא אותה ידי חובה בהדלקה בבית. והוסיף (פרק מה סעיף ו) שהמנהג הוא שהיוולדת מדליקה במקום שהותה ומברכת. על כן יש להדליק בברכה בבית, ואם ניתן על הרופאה להדליק בברכה בבית החולים (ראו עוד שו"ת ציץ אליעזר יד, כג ושו"ת תשובות והנהגות ב, קנה).

ל. זכרון לאחרונים

בשנים האחרונות עם פטירתם של גדלי ישראל וצ"ל נתבקשתי לתאר את דמותם בסקירות לקהל הרחב. "אידי דוטר מירכס" אני מצרף כאן מסקירות אלו:

א. הגרי"ש אלישיב וצ"ל

בימים אלו נתעלה הגאון הרב יוסף שלום אלישיב וצ"ל לישיבה של מעלה. פנים רבות לדמותו של הרב אלישיב, עמלו יוצא הדופן בתורה, פסיקותיו המרובות והשפעתו הפוליטית מהווים כל אחד בפני עצמו נושא לדיון. בסקירה קצרה זו ברצוני לעמוד על דמותו של הרב אלישיב "הדיין". למעלה משלושים שנה ישב הרב על כס המשפט, רובן בבית הדין הגדול. היותו של הרב אלישיב אחד מהדיינים הראשונים שנתמנו לאחר קום המדינה, ובהיותו אחד מהבולטים, כבר אז, בעוצמתו וביכולותיו, גרמה לכך שפסיקתו מהווה אבן יסוד לפסיקת בתי הדין בישראל ויש לה השפעה רבה על דרכי הפסיקה במערכת בתי הדין הרבניים במדינה המתחדשת. שיטת פסיקתו גם עיצבה את דרכי פעולתו של בית הדין הגדול, שהוא אחד מן החידושים של מערכת בתי הדין הרבניים. כרכי הפדרי"ם (=פסקי הדין הרבניים) מעוטרים בפסיקותיו החל מהכרך הראשון (הוא היה אחרון הדיינים המופיעים בכרך זה שנותר בחיים עד עתה) ובכרכים שלאחריו. אביא כאן מספר דוגמאות מפסיקותיו:

• פתח פיך לאילם

שאלת יסוד היא מתי יש לדיין זכות או חובה לטעון טענות עבור הבעל דין. הרב אלישיב (פד"ר ד עמ' 175) דן בפסק בית דין האזורי שפטר את האישה מלשלם חוב על אף שהיה לו בסיס בהלכה, משום שהבעל לא נימק את טענתו בנימוק ההלכתי הנכון. הרב אלישיב סותר את דברי בית הדין ומבסס את הלכת

"פתח פיך לאילם" ולפיה במקרה שאדם תבע סכום כסף, גם אם לא ידע לנמק את דבריו כראוי, ובית הדין רואה שהצדק עמו, עליו לפסוק את הדין כמותו.

• קיום פסק הדין לפני דיון נוסף

האישה סירבה לטעון את טענותיה בבית הדין האזורי, על כן בית הדין קיבל את טענות הבעל שהיא "מורדת". לאחר מכן האישה ערערה וטענה כנגדו שהוא מורד בה. נחלקו דייני בית הדין הגדול (פד"ר ב, עמ' 262), דעת הרב אלישיב, אליו הצטרף הרב הראשי הרי"א הרצוג, הייתה שבית דין שפסק אם יש לו בסיס נכון אין לבטל את פסיקתו, ומעתה ואילך בית הדין ידון בטענת האישה. לעומתם חשש הרי"ב ז'ולטי, רבה של ירושלים, שקיום הפסיקה לפני שמיעת טענות האישה תיצור מצב בלתי הפיך שלאחריו הבעל ייחשב כמוחזק. הרב אלישיב לא חשש לכך שכן לפי הבנתו בית הדין לא הכריע הכרעה מחודשת כי אם הותיר את המצב הקודם, בו הבעל נהנה מנכסי אשתו, על כנו.

• התחייבות בלא קנין

הבעל התחייב לזון את בנותיו לאחר הגירושין ולא עשה קנין על התחייבותו. לאחר מכן טען שאינו חייב בכך. הרב אלישיב (פד"ר ג, עמ' 363) מחזק את ההתחייבות של הבעל תוך כדי בירור מעמיק ומקיף באפשרות לחייב מכמה סיבות: "התחייבות", קנין "אודיתא" (הודאה), קנין שטר, הודאה בפני בית דין, ובסופו של דבר מכריע שהחיוב קיים משום "סיטומתא" כלומר מכח קנין המבוסס על תוקפו של המנהג. מדובר בפסק דין שנותן תוקף למערכת שלימה של מנהגים מקובלים ומונע טענות התחמקות מקיום התחייבויות. יש לציין שבמקרה אחר (ד, עמ' 193) ביטל הרב אלישיב פסק דין של בית דין אזורי בו ישב הרב עובדיה יוסף בעניין אדם שהתחייב לפני הנישואין לזון את בת אשתו, אך לא עשה קניין על ההתחייבות, ובית הדין האזורי פטר אותו מהחיוב. גם

כאן אחד הנימוקים של הרב אלישיב היה חתימת החתן על ההתחייבות (וראה דברי הרב יוסף בשו"ת יביע אומר ט, אבן העזר כז שחזר וחזק את דבריו).

• גירושי אישה חולה

הבעל טען שאשתו מורדת בו, בית הדין האזורי קיבל את טענתו והורה לה להתגרש והפסיק את חיוב המזונות. בבית הדין הגדול (פד"ר ה' עמ' 292) מברר הרב אלישיב שאין מדובר במרידה כי אם האישה חלתה במחלת ריאות קשה שבעקבותיה בעלה החליט שהוא מואס בה ומעוניין לגרשה לאחר 30 שנות נישואין. כמו כן הטענות על קללות שהאישה מקללת את הבעל מופרכות על ידו. הוא סותר את פסק הדין של בית הדין האזורי ומוכיח שהבעל חייב לזון את האישה והיא אינה חייבת כלל לקבל את הגט.

• נאמנות חוקרים פרטיים

סוגיה שעלתה בבתי הדין הייתה כיצד להתייחס לעדויות חוקרים פרטיים. שכן הללו נוטלים תשלום על עבודתם ויש להם כמובן אינטרס ברור לשקר. בפסק דין תקדימי (ה, עמ' 3 ושוב בעמ' 108) קובע הרב אלישיב שבאופן עקרוני החוקרים יכולים להעיד על העובדות והעובדה שנוטלים שכר על עבודתם אינה פוסלת אותם אלא אם כן יש להם שכר מיוחד על הצלחה. פסיקה זו מובאת אצל דיינים רבים לאחר מכן (למשל הראשון לציון הרב בקשי דורון בשו"ת בנין אב סימן עב).

נגענו כאן במספר פסקים, ואף לא התחלנו למצות את שיטתו של הרב. תשובותיו מקיפות, מסודרות מהגמרא אל פירושי הראשונים ולממשיכות בלקט מרשים של תשובות האחרונים (דווקא הספרדים!). סגנונו בהיר וקצר. ביטוי מקובל בכתובתו של הרב "וניחזי אנן" (=ונראה אנו) מייצג את גישתו לכל נושא מראשיתו, ואת יכולתו להגיע גם למסקנות עצמאיות מכח עיונו בגמרא

ובראשונים. הרב אלישיב בישרות, באחריות ובלמדנות כיוון וקבע את הדרך של פסיקת בתי הדין הרבניים יחד עם גדולים וטובים שישבו עמו בדין כגאונים: הרב אליעזר גולדשמידט, הרב שאול ישראלי, הרב יעקב בצלאל ז'ולטי, הרב יעקב עדס (הדס) ועוד. הרב אלישיב הרים את קרנם של בתי הדין כמקום בו יושבים הגדולים שבדור בתורה ובמעש, אחריות רבה מוטלת על פרנסי הדור להמשיך וללכת באותה הדרך.

ב. הגאון רבי יעקב ישעיה בלויא זצ"ל

הגאון הרב יעקב ישעיה בלויא, שנסתלק לבית עולמו בימים אלו בגיל 84, אולי אינו מוכר כל כך לקוראי מקור ראשון, אך ראוי וכדאי להם שיכירוהו. בראשית דרכו היה הרב בלויא פקיד בבנק, אך מסתבר שתפקיד זה היה רק כיסוי לכך שבאותה תקופה החל במפעל הגדול שנטל על עצמו והוא העלאתם של נושאים הלכתיים על הכתב בסדר מופתי ובבהירות, מתוך עיון בהלכה ממקורה ועד לאחרוני זמנינו. ואכן הקורא משתאה כיצד הצליח הרב בלויא לשלב בין עבודתו לבין חיבור ספריו המעידים השקעה משמעותית בלימוד תורה. הספר הראשון שיצא במסגרת זו היה "ברית יהודה" על הלכות ריבית. בספר זה באו לידי ביטוי סגולותיו הייחודיות של הרב בלויא כמחבר וככותב, יכולת הסידור של הדברים, דבר דבור על אופניו, תוכן עניינים מפורט בראש הספר ומפתח מועיל בסופו הופכים את הספר להיות נגיש ונוח לשימוש. גם ובעיקר תוכן החיבור נכתב ברמה גבוהה וניכר על הרב בלויא שצלל לעומק הסוגיות מתוך עמל רב ומתוך מגמה להוציא פסק הלכתי ברור. יש לציין שלאחר חיבור זה יצאו עוד חיבורים רבים בהלכות ריבית, אך לא נס ליחו, ובין העוסקים בתחום עדיין נחשב ספר זה כיסודי וחשוב. לאחר מכן המשיך הרב בלויא בהוצאת חיבורים נוספים באותה מתכונת, הבולטים שבהם הם "צדקה ומשפט"

הסובב בעיקר סביב הלכות בית הכנסת וצדקה, וכמובן הסדרה הגדולה של ספרי "פתחי חושן" בת תשעה כרכים בה הוא מקיף את כל נושאי דיני ממונות הנוגעים לציבור הרחב, שכן לא הייתה כוונתו לכתוב עבור אלו המכהנים כדיינים.

בפועל יצירה זו הפכה להיות ספר חובה אצל כל תלמיד חכם העוסק בדיני ממונות. המעיינים בחיבור מוצאים בו לא רק ליקוט וסידור יוצאים מן הכלל, כי אם גם הבעת דעה של המחבר בנושאים שונים וכן חידושים אישיים שלו. יש לציין שעם התקדמות הסדרה עלתה קרנו של הרב בלויא בתוך עדתו והוא מונה להיות דיין בבד"ץ העדה החרדית.

נביא דוגמאות מהחיבורים. בספר ברית יהודה (פרק ו הערה כב) מעורר הרב בלויא את שאלת התועלת של "היתר עיסקא" עבור ילדים קטנים שהוריהם פתחו חשבון בבנק עבורם, והבנק רוצה לתת להם מתנות. הוא מצדד להתיר במקרה שהכסף הוא של האב אך חושש להתיר במקרה שהכסף הוא של הבן, בסוף דבריו הוא מציע הצעה מעשית שהבן יאמר שאינו רוצה במתנה ואז הוא מצדד להקל. חלק ניכר בחיבור עוסק במציאות המסחרית המתחדשת כיום, בספר ברית יהודה אנו מוצאים דיונים מעמיקים על מכירת שיקים, ניירות ערך, אגרות חוב (פרק טו סעיפים טז–יח). אופייני בחיבור מעין זה המשפט (פרק יח הערה יב): "בשנים האחרונות חלו שינויים בסדרי המטבעות בעולם, משום שהמטבעות בעולם היו נתונים ללחצים ולשינויים תדירים של עליות וירידות והדבר גרם לזעזועים בשוקי המטבע בעולם... " כזכור המחבר היה פקיד בבנק והכיר את המציאות המסחרית על בוריה, אך הוא מקפיד לסיים כדרכו בצניעות: "ועדיין טעון בירור".

שאלה גדולה שנידונה בפוסקים היא האם יש להתייחס לדולרים כאל מטבע עובר לסוחר או כאל סחורה ("פירות") לדבר זה יש השלכה גדולה לעניין דיני ריבית. הרב בלויא קובע (שם הערה טו): "ושמעתי שכן דעת רוב הרבנים בארץ ישראל לדון בדולר דין פירות. ומה שיוצא בשוק החופשי בוודאי אין עושה אותו

טבעא... ושמעתי שיש אומרים שהדולר יש לו דין מטבע ולא שמעתי טעמים ונימוקים. "במהדורה המעודכנת שהוציא לאחר מכן נוסף: "אף לאחר השינוי בחוקי מטבע חוץ בשנת תשל"ח נשאר הדולר כדין פירא מאחר שאין בשוק מסחר חופשי בדולרים". כל זה נכתב על ידי מי שמתמנה לאחר מכן כדיין בעדה החרדית, אין הוא נרתע מלפרט את החוקים וכן אינו נרתע מלהתעלם מן המציאות המפורסמת בדבר השימוש בדולרים במקומות שונים.

נציין בהקשר לכך לחידוש בדבריו, שכן הוא מוסיף וכותב ביחס למקרה של מי שלוה מטבע ולאחר מכן מטבע זו יצאה מהמחזור והפכה להיות פריט אספני וממילא ערכה עלה שאסור להחזירה משום חשש ריבית.

נוסיף לעיין בחיבורו "פתחי חושן". בחלק הראשון שהוציא (הלואה ואבידה) כבר עולות שאלות מעשיות רבות הנוגעות לזמננו. הוא דן בשאלת "פשיטת רגל" (פרק ב הערה סב) ומסיק לחלק בין פשיטת רגל של אדם פרטי שאז: "אם יודע הנושה שהחייב הצליח להערים על החוק וקיבל צו פשיטת רגל, ולמשה יש לו נכסים, שאינו חייב למחול לו, לבין חברה בע"מ: "שכל המושג וכל עניני הכספים של חברה מתנהלים מכח החוק ומנהג המדינה הרי זה כאילו על דעת כן מתעסקים". בהמשך הדברים (שם הערה עב) הוא מעלה גם את שאלת חוק ההתיישנות ומצדד שבמקרה שיש מנהג כזה בין הסוחרים הדבר יחייב, אך אם אין מנהג כזה, זה לא יחייב.

בהמשך (שם הערה צג) הוא דן במי שפרע חוב בשיק ולאחר מכן השיק אבד. הוא קובע שאם ברור שלא יימצא השיק, יש חובה על החייב לתת שיק אחר, אלא אם כן השיק שימש כבר כחלק מעסקה ובעל החוב כבר נהנה ממנו.

נסיים כמה מסרים חשובים אותם העלה הרב בלויא בחלק אחר (גניבה ואונאה פרק א הערה א): "ובזמננו בעוה"ר רבו הקולות וההוראות היתר ליקח משל חבירו ומתוך כך מתרבים הפרצות גם בלי הוראת היתר, ובפרט בניצול הזכויות שלא כדין, אם במענקים ובהלוואות... ובדרך כלל קשור גם בהצהרות שקר. ומצוי גם

שמי שיש לו זכות לקבל סחורה או שירות בחינם או בזול, ומנצל זכותו לדברים שאינם זכאי להם, או לאחרים שאין להם הזכות, שיש בזה משום גזל... יש להיזהר מליהנות הנאה כל שהיא או שירות שאינו מגיע לו עפ"י תקנות החברה... ובזמננו יש עוד סיבה המביאה לידי גזל, והוא הזלזול בעוון השקר, ואילו היו נזהרים בזה היו נמנעים מכמה וכמה איסורים. ועוד רעה חולה שנתפשט בזמננו וכבר גרם להפיל הרבה חללים, והוא שמתחילים לגלגל בהלואה מבלי לידע מאין יפרע, וגם זה כתוצאה מרדיפה אחרי מותרות, ולא דוקא מותרות ממש, אלא כל דבר שאינו חיוני בכלל זה, שכשצריך לחפץ מסוים ואין בידו, מתחיל בהלואות או בקניה בתשלומים... ועוד מדה מגונה השתרשה שכאילו ההורים חייבים להיות כל ימיהם בצער בכדי שהזוג יחיה חיי ריוח ונוחיות. אפילו כשאינם תובעים, מן הראוי שיאמרו להורים שמוותרים על נוחיות מדמה כדי למנוע מההורים צער.

בעניין תשלומי מסים הוא יוצא כנגד השקפות שונות (שם הערה ד) ומדגיש בין היתר: "ועוד נראה שבזמננו שעיקר המסים מיועדים לטובת התושבים כגון כבישים ותאורה, ביוב וניקיון, כיוצא בזה..." וכן: "להוציא שלא כדין מהמלך או מהממונים... נראה פשוט שאין שום היתר, ובפרט שצריך לזייף ולשקר לשם כך". אכן ניכרים דברי אמת, ונסתלק איש האמת לעולם שכולו אמת, תנצב"ה.

ג. הראשון לציון הגאון הרב עובדיה יוסף זצ"ל

נפרדנו בימים אלו ממרן הראשון לציון הרב עובדיה יוסף זצ"ל שנסתלק ועלה לו לישיבה של מעלה.

דמותו של הרב מוכרת ומפורסמת מהיבטים רבים, ברשימה זו ננסה לעמוד על אחד מהתחומים בהם בלט הרב במיוחד, ועבורו הקדיש הרבה מזמנו מכוחו, והוא תחום הדיינות. הרב כיהן מצעירותו כדיין וכאב"ד בתחילה בקהיר ולאחר מכן בבתי הדין הרבניים בארץ, עם השנים הוא הפך להיות סמכות עליונה וכל הדבר

הקשה יביאון אליו, על כן נמצא גם תשובות מהשנים האחרונות המופנות אליו מבתי הדין שהעבירו את פסקיהם לעיון נוסף.

רשימתנו זו נסמכת על פסקי דינו כפי שפורסמו במלואם בסדרת "יביע אומר" על עשרת חלקיה (שכן בפרסומים הרשמיים של בתי הדין הרבנים בדרך כלל קוצרו דבריו). תשובותיו של הרב בכל נושא מפליאות בהיקפן ובעומקן, ולא רק בהיקף המקורות כי אם גם בניתוח הסוגיות והפוסקים. לא פעם התשובות ופסקי הדין חולקו לכמה "סימנים" על מנת להקל על הקוראים שיוכלו לעכל את כמות החומר העצומה.

בולטת במיוחד היא ההתחשבות של הרב במציאות כפי שהיא ובמצבם האמיתי של בעלי הדין שלפניו, לא רק ניתוח הלכתי מרשים מצוי בתשובה כי אם גם התבוננות בהשלכות שלה. הייתי מנסח את הדבר באופן הבא: אין הרב חפץ להקל בהלכה, כפוסק הוא מברר מה דבר ההלכה בכל עניין, אך הוא חפץ להקל על בני האדם המקיימים את ההלכה ולמצוא את הנתיב הנכון עבורם באופן אישי בתוך המסגרת ההלכתית. נביא מעט מעושר הדיונים (אגב עיקר מלאכת הדיינות של הרב התבטאה בתחום אבן העזר ובו נתמקד):

השאלות הראשונות בהם פותח את הרב את חיבורו מעידות על נכונותו להיכנס לעובי הקורה בסוגיות קשות. בתחילה הוא דן בהיתר הזרעה מלאכותית (ב, אבן העזר א) לאחר מכן במקרה הכאוב אליו יחזור גם בהמשך של אישה שנאסרת על בעלה האם יש חובה על מי שגרם לאיסור על ידי מעשי זנות, לגלות לבעל על כך ולהביא לחורבן הבית, שאלה זו שעלתה בתחילת דרכו של הרב, חזרה עם השנים במקרים נוספים של בעלי תשובה שגילו שעם חזרתם לחיק היהדות עולה שאלה על יכולתם להמשיך כמשפחה אחת, והרב עונה על כך תשובה יסודית (ב, אבן העזר ב) ומניף ידו בשנית להדגיש בכחא דהיתרא (ט, אבן העזר י): "שיש להעלים עין מזה ואין צריך להודיע שום דבר לבעליהן. ובפרט עתה שזכו לחזור

בתשובה, ולהתקרב לצור מחצבתם, ואם נאסור, יפנו עורף לתורה ולמצוה ויחזרו לסורם."

מקרים רבים של קידושין מסופקים עלו על שולחנו של הרב. חומרתם של מקרים אלו גדולה, לא תמיד ניתן לסדר גט ואם מחליטים שיש צורך בגט הרי שהאישה הופכת להיות גרושה על כל המשתמע. נפרט מקרה מעניין שהועבר לרב מבית הדין באשדוד לפי כ-13 שנים (ט,אה"ע כ), צעירה אמרה לצעיר "תקדש אותי" והלה מסר לה עט בפני עדים. בית הדין נוטה לחייב את הזוג בגירושין אך מעביר את הפסק את הרב. לאחר שהרב מעיר לבית הדין מספר הערות על סדרי קבלת העדויות, הוא נכנס לטפל במקרה עצמו, בשורה של חידושים הלכתיים הוא מפרך את כל החששות שהעלו הדיינים, ומסיים גם באמירות עקרוניות בדבר חומרא שיכולה לגרום נזקים ועל כן "הילכך יש להתיר את הנערה מוריה להנשא לכל מי שתרצה, ואינה צריכה גט כלל". זו דוגמא אחת מני רבות בתחום זה.

ידועה דאגתו של הרב לאלו שמוגדרים כפסולי יוחסין. רבים המקרים מלפורטם, נציין מקרה אחד מעניין. אישה שנישאה לאדם בברזיל, ולאחר מכן נפרדו היא עברה לגור עם אחר ונולד להם בן, בסופו של דבר ניתן גט מן הבעל הראשון. הבחור חזר בתשובה, עלה לארץ והינו כעת בחור ישיבה. האם הוא ייחשב ממזר? הרב מוכיח שהקידושין הראשונים בטלים היות והעדים היו פסולים, יחד איתו מצטרף רעו ושותפו לפסיקה הגר"ש משאש מכיוון אחד ויחד הם מתירים את הבחור להינשא (אגב, חבל ששמו המלא של הבחור מופיע בתשובה) ומן הסתם מצילים את חייו פשוטו כמשמעו.

מקרים רבים של נשים מיניקות ומעוברות, שמן הדין עליהם להמתין כ"ד חודש עד שיוכלו להינשא, מגיעות אל הרב בבקשה להתירן להינשא. בדרך כלל מדובר במקרים בהם הנישואין יצילו את אותן נשים המטופלות בילדים ללא בעל מסיבות שונות, מבדידות וממצוקה. הרב נרתם לעניין ומעלה היתרים רבים למעשה.

גם עגונות רבות פונות אל הרב. מלבד מאמציו הגדולים להתיר את אלמנות מלחמת יום הכיפורים, בה הרב קבע את הכללים להיתר ודאג שלא תיוותר אף עגונה, הרי שזרם הפניות מכל רחבי העולם אינו פוסק. כמו כן הצטרף להיתר נפגעי אסון התאומים (י, אבן העזר יח). נציין מקרה נוסף שהגיע אל הרב והוא על זוג שיצא לצלילה בים סוף אך הבעל לא עלה מן הצלילה ולא נמצא יותר. הרב מבסס את היתרו על כך שרוב הטובעים ב"מים שאין להם סוף" (=ים) מתים וכן על סמך מספר הכרישים הגדול המצוי שם.

בפסיקותיו בענייני סכסוכים שבין בעל לרעייתו מציג הרב עמדה שקולה ומנסה לחפש את דרך הזהב המביאה לידי ביטוי את שני הצדדים. נביא כאן פסק מעניין בו הרב תוקף את טענת הבעל (אך ניתן גם למצא כמובן פסקים בהם יש גם ביקורת כלפי האשה), אדם טען כנגד אשתו שאינה נוהגת בצניעות מספקת ועל כן עליו לגרשה וללא כתובה, הרב קובע (חלק ג אבן העזר סימן כא): "האיש הזה חי עמה שנים רבות והולידו בנים ובנות, למרות היותה יוצאת לשוק וראשה פרוץ וזרועות מגולות, ורק כעת לאחר הריב ומדנים בא בטענה כזאת, הא ודאי שאין זה אלא צביעות להתעטף בטלית שאינה הולמתו. ואין לתת יד לפושעים, שיבאו להתעולל עלילות ברשע על נשותיהם, בזמן הזה אשר פשתה המספחת של המודרניות בעולם, וישתמשו בדיני תורה הקדושה אשר נתנו להם עורף ולא פנים, אך ורק לתועלתם הפרטית, בכדי למלאת תאותם השפלה, בנתנם עיניהם באשה אחרת, ולבגוד באשת נעוריהם בתואנות וטענות תחת מסוה של דת."

לא מיצינו כאן ולו במעט מדרכו של הרב, הייתה בדבריו דהלן רק טעימה קלה מספריו. אין גם להבין מדברינו שיש בספרים רק הקלות, ניתן בהחלט למצא גם חומרות ואיסורים ותביעה לצניעות ולדבקות במצוות. כמדומני שאפשר לסכם במילה אחת את דרכו של הרב והיא "אחריות". הרב נטל על כתפיו את גורלם של העומדים לפניו ודאג לתת להם מענה ומזור לבעייתם ללא חשש ומורא תוך כדי בחינת תוצאות הפסיקה לטווח ארוך.

ניקח איתנו הלאה את מורשתו של הרב שהיא אפוא העמדתם של תלמידי חכמים גדולים המסוגלים לעיין בסוגיות עמוקות לדון, לפלפל ולהכריע, וזאת מתוך רגישות לזולת, לחלש ולסובל.



זכרון ליאיר

כמנהגי בחיבור הקודם אני זוכה לייחד מדור זכרון לאחי הגדול, שעל שמו ולזכרו יוצא החיבור.

פתיחת הדברים בדברי תולדה וזיכרון מבתי היקרה בת המצווה, ברוריה, תלח"א. הרב שלמה פיק שליט"א מוותיקי הרמ"ם בכולל בבר אילן, אצלו למד יאיר שנים רבות, הואיל למסור לדפוס את ההספד שאמר בבית המדרש של הכולל ביום השלושים.

ידידינו מנוער וכיום הוא מרביץ תורה ברבים, הרב ד"ר אברהם (אבי) ליפשיץ, מרצה במורשת יעקב ועוד, שהיה חברותא שנים רבות עם אחי בשבת אחר הצהריים, כתב דברי זכרון. אזכיר שהרב אבי סיפר במהלך השבעה על חלומו בלילה שלאחר הפטירה ובו הוא פוגש את אחי מהלך לבית הכנסת על רגליו, גבוה, וכולו מאיר ושמח, והיו הדברים משיבי נפש.

בפתח הדברים אענה גם אני את חלקי בקיצור, על בסיס דברים שאמרתי באחת האזכרות על האות י' במזמור קי"ט, אותה אמרנו פעמיים (יאיר) בכל עלייה לקבר:

(עג) יְדִידְךָ עֲשׂוֹנִי וַיְכַנְנוּנִי הִבִּינִי וְאֶלְמְדָה מִצֻּרְךָ:

(עד) יִרְאֶיךָ יִרְאוּנִי וַיִּשְׁמְחוּ כִּי לְדַבְּרֶךָ יִחְלְתִי:

(עה) יִדְעֵתִי ד' כִּי-צֶדֶק מִשְׁפָּטֶיךָ וְאַמוּנָה עֲנִיתָנִי:

(עו) יְהִי-נָא חֶסֶדְךָ לְנַחֲמָנִי כְּאִמְרָתְךָ לְעַבְדְּךָ:

(עז) יְבֹאוּנִי רַחֲמֶיךָ וְאַחֲיָה כִּי-תוֹרָתְךָ שְׁעִשְׂעִי:

והנה נראה שמילים אלו כביכול נכתבו על אחי ישירות, וכידוע שכל קורא בתהלים זוכה פעמים רבות להרגיש כיצד תחושותיו האישיות עולות בתוך הפסוקים.

ראשית ההכרה הבטוחה במעשה ה'. אכן "ידיך" ה' "עשוני", וגם אם מעשה ה' היה עלול להיראות לעין כביכול כדבר חסר ח"ו, לא היא! זהו רצון ה', הוא "כונן" בריאה זו, ומכאן ואילך "הבינני" – הנני ללימוד דרכיך, הנני למעשה המצוות!

"יראיך יראוני" – אלו היראים את ה' הרואים את הקושי והסבל "יראוני" ולמרות זאת "ישמחו" היות והם רואים את קבלת הדין, את השמחה ואת הנכונות לייחל לדבר ה' בכל מצב.

ומה העמדה של יאיר? "ידעתי ה' כי צדק משפטיך"! אין אמונה ואין עוול! ומתוך גישה של אמונה ניתן לומר שמה ש"עיניתני" הוא לטובה.

"יהי נא..." – מה שעומד לזכותו של יאיר הוא ההרגשה שחסד ה' עומד עליו, שרחמי ה' מוסבים עליו ועל כן כל מעשיו הם רק לחיות את החיים מתוך התבוננות באמרי ה' ובשעשוע בתורת ה'.

כי אם בתורת ה' חפצו ובתורתו יהגה!

דוד יאיר

ברוריה כ"ץ

האח הבכור של אבא שלי נולד עם נכות קשה והיה מרותק על כיסא גלגלים. הוא נולד בט' אדר תשל"ב וברגע לידתו גילו שיש לו בעיה רפואית קשה, אבל את השלכות הבעיה סבי וסבתי גילו רק במשך השנים, כי ככל שהוא גדל גם ההתמודדות גדלה.

הוא היה משותק בשתי רגליו וגם ידיו היו חלשות מאוד, והוא נזקק לעזרה ברוב פעילות היום יום. (הוא לא יכל לחתוך את מזונו למשל או לכפתר חולצה או להתלבש ולהסתרק לבד וכו') אבל הוא היה מוכשר מאוד. ולכן היה מאוד חשוב לסבי וסבתי שהוא יזכה לחינוך הטוב ביותר כמו כל ילד. הם התעקשו לשלוח אותו לגנים ובתי ספר רגילים עם ילדים בריאים, יאיר נטל חלק פעיל בחגים ובפעילויות בית הספר ככל שמצבו איפשר ואחר כך לאוניברסיטה – שם למד 15 שנה במכון הגבוה לתורה (הכולל) ובמחלקה לתלמוד. הוא סיים תואר ראשון ושני והתחיל דוקטורט אותו לא הספיק לסיים.

במהלך חייו יאיר היה מאושפז תקופות ארוכות בבתי חולים שונים ועבר ניתוחים רבים וטיפולים רבים על מנת לשמור על בריאותו ועל תפקוד רגיל. הוא היה מאמין בבורא עולם והקפיד על מצוות קלה כבחמורה, קבע עיתים לתורה והיה תלמיד חכם עם זיכרון יוצא מהכלל.

כאדם הוא היה שמח בחלקו והוא תמיד חיפש את הטוב בכל דבר והוא אף פעם לא התמרמר על מצבו. אני זוכרת ממנו, שאותנו האחיינים הוא מאוד אהב והסיע אותנו על הכיסא שלו שהיה חשמלי עם אורות כמו רכב קטן. וכשסבא היה לוקח אותנו למקומות הוא היה מוריד ומעלה אותנו במעלון שבאמצעותו יאיר היה נכנס לרכב.

הוא היה מאוד חברותי והיו לו חברים רבים, היה חניך בבני עקיבא הוא ניהל רשת חברתית ענפה דרך האינטרנט עם אנשים בריאים ועם אנשים עם נכויות שונות.

יאיר התעניין מאוד בעולם, סביבו קרא עיתונים והקשיב לחדשות באדיקות – למעשה לידו תמיד היה רדיו דלוק! הוא אהב מאוד להאזין לתוכניות מוזיקה שונות: מוסיקה קלאסית שירים עברים חזנות ושירים חסידיים.

לצערנו לפני 8 שנים (בתשס"ז) יאיר חלה ועבר ניתוח ואחרי מאבק של 7 שבועות נכנע לבסוף והלך לבית עולמו והוא בן 35.

הספד שאמרתי על ידידי ר' יאיר כ"ן

(נפטר כ' כסלו תשס"ז)

ביום השלושים

הרב שלמה זאב פיק

למדנו ברמב"ם בהלכות תעניות פרק א, הלכה א:

מצות עשה מן התורה לזעוק ולהריע בחצוצרות על כל צרה שתבא על הצבור, שנאמר (במדבר י') על הצר הצורר אתכם והרעותם בחצוצרות, כלומר כל דבר שייצר לכם כגון בצורת ודבר וארבה וכיוצא בהן זעקו עליהן והריעו.

הוסיף הרמב"ם בהלכה ב:

ודבר זה מדרכי התשובה הוא, שבזמן שתבוא צרה ויזעקו עליה ויריעו ידעו הכל שבגלל מעשיהם הרעים הורע להן ככתוב (ירמיהו ה') עונותיכם הטו וגו', וזה הוא שיגרום להם להסיר הצרה מעליהם.

הרי צרה שבאה על הציבור היא לעורר את הציבור לחזור בתשובה. והנה עוד הבהיר הרמב"ם בהלכה ג:

אבל אם לא יזעקו ולא יריעו אלא יאמרו דבר זה ממנהג העולם אירע לנו וצרה זו נקרה נקרית, הרי זו דרך אכזריות וגורמת להם להדבק במעשיהם הרעים, ותוסיף הצרה צרות אחרות, הוא שכתוב בתורה (ויקרא כ"ו) והלכתם עמי בקרי והלכתי עמכם בחמת קרי, כלומר כשאביא עליכם צרה כדי שתשובו אם תאמרו שהוא קרי אוסיף לכם חמת אותו קרי.

אסור לומר שהצרה הוא דרך הטבע, אלא הכל השגחה מן הקב"ה לעורר את הציבור לחזור בתשובה.

והנה המאירי כתב ספר שלם על הל' תשובה, "חיבור התשובה", והוא בערך 500 עמודים מודפסים. אחרי שסיים את הל' תשובה, הוא הוסיף את הל' אבילות,

שהרי יש קשר הדוק בין דיני אבילות לבין לתשובה. ולמעשה כך כתב רמב"ם הלכות אבל פרק יג הלכה יב: "כל מי שאינו מתאבל כמו שצוו חכמים הרי זה אכזרי, אלא יפחד וידאג ויפשפש במעשיו ויחזור בתשובה" הרי יש קשר הדוק בין אבילות לבין תשובה. מוסיף הרמב"ם שם: "ואחד מבני חבורה שמת תדאג כל החבורה כולה", פירוש אין כאן מקרה, אין כאן טבע, אלא יש כאן צרה שהגיעה לכל החבורה, והם צריכים לחזור בתשובה.

מקורו של הרמב"ם היא במסכת שבת (קו ע"א): "אחד מבני חבורה שמת – תדאג כל החבורה כולה" ופירוש רש"י שם: "ידאגו – ייראו מן המיתה" – כל בני החבורה צריכים לפחד מן המיתה. למה?

פירש רבי משה חגיז (בנו של ר' יעקב חגיז, בעל הלכות קטנות) בהקדמה שלו לשו"ת שתי הלחם הקדמה (ד"ה וזה אפשר): "... במ"ש רז"ל מת א' מהחבורה תדאג כל החבורה. מטעם שהם ג"כ באו לדין, נתעורר עליה' ונמצאו חייבין". אכן, פטירתו של יאיר זצ"ל מחייבת את כולנו לחזור בתשובה – לערוך חשבון נפש, ולקבל על עצמנו להטיב מעשינו.

במה נפשפש במעשינו? במה יש לפחד ולדאוג? במה נחזור בתשובה? כמדומני שתלמידינו יאיר זצ"ל יכול להאיר לנו את הדרך. מי זה יאיר? מיהו האיש שישב כאן ומה אפשר ללמוד ממנו?

שמעתי אתמול בערב פירוש חסידי מן האדמו"ר ממודזין שליט"א, חסידי אבל אמיתי, לדברי רש"י בתחילת הפרשה:

"ארצה שעיר – לארץ שעיר כל תיבה שצריכה למ"ד בתחילתה הטיל לה הכתוב ה"א בסופה". הרי רש"י כבר פירש את זה פעמיים, "בהרה נסו" בפרשת לך לך,

ובסוף פרשת תולדות, אז למה רש"י צריך לומר את זה עוד הפעם?

לפני שיוצאים למקום כלשהו, לארץ, לפרנסה, ללימודים של מקצוע, צריך "למ"ד" בהתחלה, ללמוד, למד, תלמוד תורה. כך יעקב, 14 שנים בבית המדרש לפני שיצא ללבן.

ובסוף, כשחוזרים מן הסיור הזה בארץ, לפרנסה וכדומה, צריך "ה"א" בסוף, את הה"א של השם, של קודשא בריך הוא. וכך גם יעקב – כשהוא חוזר הביתה, הוא חוזר להא, לבית א-ל. עכת"ד.

כך היה יאיר. מהותו הוא איש המכון הגבוה לתורה, איש הישיבה, איש הבית המדרש. איפה האדם נמצא? האם הוא כאן או שם? מקומו של יאיר היה בבית המדרש, בתוך המכון.

במסגרת זו צריך ללמוד מניצול הזמן וההתמדה של יאיר. הוא נכנס למכון, העביר שעון, ומיד הלך לבית המדרש, לחברותה, לסדר היומי שלו. דף יומי, חזרה על השיעור, הכנה לשיעור, השתתף בשיעור עצמו. כל בוקר, כל יום. אין דואר אלקטרוני, אין פלפון, אין כוס קפה עיתונים ופטפוטים. ישר לענין, לנצל את הזמן.

אחרי בוקר מלא וגדוש, אפשר לצאת להרצאה, לארץ, לשיטות אחרות. אבל בסוף, הוא יכול להצהיר "עם לבן גרתי, אבל תרי"ג מצוות שמרתי". אני איש בית המדרש. ובסוף הוא חזר ל"ה"א". לעוד לימוד במכון.

ונציין עוד דבר שאפשר ללמוד מתורתו. גדול התלמוד שמביא לידי מעשה. איזה מעשים אפשר לעשות כשמרותקים לכיסא גלגלים? נציין שניים ממעשיו.

איזהו עשיר, השמח בחלקו. יאיר היה עשיר גדול, שהרי, בכל פעם שראיתי אותו, דברתי איתו, שרתה עליו מידת השמחה, מלווה בחיוך לבבי, ובצחוק על הפנים. מאור פניו היה ציון להתחלת היום שלי. פיקודי ה' ישרים משמחי לב, יאיר היה ממשמחי לב, התורה שלו האירה את פניו.

איך אפשר לעשות מעשים טובים בכסא גלגלים, איך אפשר לקיים מצוות במצב כזה. שמענו, ראינו ואנחנו יודעים איך הרב כ"ץ והרבנית שלו, דאגו לו. אני רוצה לציין את כיבוד ההורים שהיה ליאיר להוריו. אינני יודע אם הוא קיים את זה בקום ועשה, אבל גדול התלמוד שמביא לידי מעשה גם בשב ואל תעשה.

בשום אופן הוא לא רצה להטריח את ההורים ללא צורך. היו ימים שראיתי שלא נוח לו, הוא לא מרגיש טוב, ואמרתי לו יאיר בוא נצלצל לאבא לקחת אותך יותר מוקדם, והוא היה מסרב, לא להטריח, לא לשנות להם סדר יומם, לא להיות למשא. רק במקרים בודדים, כשהוא אכן סבל, היה מסכים שאצלצל לאבא לבוא לחלץ אותו.

שימו לב, איפה הוא היה? הוא היה כאן בביתו, בבית המדרש, בספריית המכון, במכון, שהרי בכל מהותו היה איש תורה.

מוסף ר' משה חגיז בשו"ת שתי הלחם:

ולפיכך אמרו ת"ח שמת הכל קרוביו. לפי שמצטערים במיתתו. מטעם שהיה מבני חברתם. והואיל ומת נמצא שהם נתחייבו בו.

בואו ונלמד מיאיר להקפיד ולנצל את הזמן של בית המדרש רק לדברי תורה. נתעלה ונכין עצמנו יום יום לעיסוקים שלנו על ידי תלמוד תורה אינטנסיבי. נכיר שהמקום הטבעי שלנו הוא בבית המדרש גם שיוצאים החוצה לעיסוקים שלנו, נצא לארץ, אבל עם תשוקה לחזור לאותו מקום קדוש שהיינו בתחילת היום.

בזכות התורה של יאיר, מעשיו, וההשפעה שהיתה לו עלינו בחייו, ביחד עם מה שנסיק ממעשיו הטובים, נזכה לקיום דברי הנביא ישעיהו (כה, ח): בְּלֹעַ הַמָּוֶת לְנֶצַח וּמָחָה ה' א-לוקים דְּמָעָה מֵעַל כָּל פָּנִים וְחָרַפַת עֲמוֹ יָסִיר מֵעַל כָּל הָאָרֶץ כִּי ה' דִּבֶּר.

אור לי"ג כסליו תשע"ה

דברים לזכרו של יאיר ז"ל

הרב ד"ר אברהם ליפשיץ

זכינו להכיר את יאיר שנים רבות. למדנו יחד באותה כיתה, היינו יחד בתנועת הנוער, התפללנו יחד בבית הכנסת, ונפגשנו רבות באוניברסיטה. אך אין ספק שיותר מכל נזכור את יאיר שקוד על לימודו. ספק הוא אם טעם משהו בימי חייו מהעולם הזה, אך אולי ניתן לומר, שבלימוד התורה הוא מצא הן את העולם הבא, והן את העולם הזה המיוחד שלו. בלימוד התורה הוא כביכול קם על רגליו, הלך, רץ, ושחה כדג במים.

הגמרא ביומא (דף לה) מספרת על עסק התורה של הלל הזקן, ר"א בן חרסום ויוסף הצדיק, כל אחד מתוך הנסיונות הקשים שזימנו לו תנאי החיים המיוחדים שלו. היא מסיימת: נמצא, הלל מחייב את העניים, רבי אלעזר בן חרסום מחייב את העשירים, יוסף מחייב את הרשעים. הקשה על כך האדמו"ר רבי נחום מצ'רנוביל בספרו מאור עיניים:

לכאורה מה זה שצדיקים גדולים כמותם יחייבו את העולם ואדרבה מצינו ברבי שמעון שאמר יכולני לפטור את העולם מן הדין (סוכה מה,ב) ועוד קודם בא הגדולים ההם מה היה?

בתשובתו הוא הופך לטובה את המושג 'מחייב':

אך הענין הוא כי כל בחינה מאלו הבחינות דהיינו המניעות שיש בעולם הן עוני או עשירות או שאר מניעות המונעים את האדם מעבודת אלהות בכל אחת שורה הקליפות שמכחה יתדמה לאדם למניעה כי באמת אין שום מניעה ואדרבה כי בכל דבר ודבר יש עבודה כמו שיתבאר בעזרת

השם אך מכח הקליפה השורה על הדבר מכביד על האדם עד שיחשב לו למניעה, אך בזמן הקדום קודם בואם לעולם היה בנקל לעבוד את הבורא ברוך הוא שלא היה התפשטות הקליפה כל כך אך ברבות השנים נתמעטה הלבבות ונתפשטה הקליפות בכל דבר עד שבא אלו הצדיקים וכל אחד מהן שבר את הקליפות שיש בדבר ההוא ואדרבה גברו על הקליפות ומוזה באו לעבודת השי"ת ובכח זה יהיה בנקל לבאין אחריהם שידבקו בכל א' מהן אל הבורא כי כבר נשברה הקליפה נמצא הלל מחייב כו' מחייבם כי חוב על הדורות הבאין שיעבדו את ה' מעוני או מעושר או משאר כיון שנשברה הקליפה וא"כ לזכות יחשב שיוכלו לעבוד בנקל.

נגסה להוסיף על כך לימוד לדורות שלנו. אימרה מהלכת היא בעולם התורה, במיוחד אצל מי שעוסק בחינוך, שחולשה ירדה לעולם, חולשות גופניות ואולי אף יותר חולשות נפשיות. כשם שההדרכה הרווחת היא למעט בדורות אלו בצומות וסיגופים, מזרזים הרבה לא לאמץ יתר על המידה את כוחות הנפש, להיזהר מאד מעצבות, להקפיד על מנוחת הנפש, ועוד כהנה וכהנה. אלא שאולי מוצאת כאן קליפה פירצה להיכנס בה. אם קשה ללמוד, אם קשה להתאמץ, נסלול מסלולים חדשים בלימוד התורה, מהלכים אחרים בעבודת ה', נחפש את הזרימה הטבעית. הרי קשה סוף סוף ללכת נגד הזורם והנחת. ואכן למי שגדל בעולם השפע הסובב אותנו ב"ה, קשה להילחם בנטיית הנפש, קשה להתגבר וללכת נגד הטבע.

לעומת זאת אצל יאיר שום דבר לא זרם, שום דבר לא היה טבעי. כדי לשתות כוס מים הוא היה חייב קשית. לפתוח כרך גמרא היה כמעט משימה בלתי אפשרית, שלא לדבר על מלאכת הכתיבה, לשם כך היה חייב להעזר במקלדת [בדור שעוד כולם כתבו בעטים], וכן הלאה. אך כל אלה לא הצליחו להזיז

אותו מדרכו. ללמוד בבית הספר, בתיכון, באקדמיה ובכולל. לכתוב מבחנים, עבודות, תואר ראשון ותואר שני. לא יכלו לו כל רוחות הזמן.

בהמשך לדברי המאור עיניים על שליחותם של הלל הזקן, ר"א בן חרסום ויוסף הצדיק, אולי מותר לומר, שכשם שהם היו שליחים לשבירת הקליפות של העוני העושר והרשעות, כך יאיר שהיה מתגבר יום יום שעה שעה ומתגלגל עם כסאו מהבית לבית הכנסת, ומשם לבית המדרש בכולל בבר אילן, וחוזר חלילה, היה בחינת שליח מיוחד לשבור את קליפות הפינוק, קליפות העצלות, העצבות, העייפות, החולשה וכל חברותיהן.

אם אכן כך – הרי שהוא חייב את כל הדור, 'חייב' במשמעות של הסיר לפנינו את הקליפות הללו, ופתח לנו את השערים, הוריד את המחיצות, כדי שנוכל להתמודד עם עבודת ה' ללא רחמים עצמיים מיותרים, ללא אותן רגשות שליליים, אלא מתוך תשוקה של חובה קדושה למשימת האדם היהודי עלי אדמות.

על שליחותו זו אנו חייבים לו תודה עמוקה.

יהי זכרו ברוך

פכתב הערות עהרה"ג רבי אריה כץ שליט"א

מראשי מחלקת המחקר במכון פוע"ה, חבר מערכת האנציקלופדיה תלמודית
ודיין ביה"ד לממונות ארץ חמדה

בס"ד כ' בשבט תשע"ח²³⁹

לידידי ורעי הדיין החשוב הרה"ג דניאל כץ שליט"א, דיין בבית הדין הרבני
האזורי באשקלון.

קיבלתי בשמחה את חיבורך החשוב אור המשפט בענייני הלכה ורפואה, שנכתב
לזכרו של אחיך יאיר ז"ל.

ואם כי בוודאי שתוכן דבריך אינם זקוקים לי ולכשכמותי, ובמיוחד היכרותנו
רבת השנים ולימודינו המשותף בחברותא בארץ חמדה ולאחר מכן, אמרתי בכל
זאת, כיוון שעסקתי רבות בשנים האחרונות בענייני רפואה והלכה, לרשום כמה
דברים לחיבת המחבר. ראשית, עליי לציין שנהניתי מאוד בפתיחה העוסקת יותר
בשאלות של ביטחון ומידות, כמו כן נהניתי מהעובדה שיש סדר פנימי לספר,
וסימנים רבים משתלשלים מסימנים הקודמים להם. כמו כן, נהניתי מבהירות
הרצאת הדברים, ומהעמקות וההיקף שיש בספר, שלא באים אחד על חשבון
השני, אלא משלימים זה את זה.

לסימן ד, תוכל לראות בספר פוע"ה כרך שני עמ' 254–251 דיון בעניין אמונה
מול השתדלות ביחס לטיפולים רפואיים. דיון נרחב יותר מצוי בטיטת ספר
פוע"ה כרך שלישי בפרק העוסק בבדיקות בהריון. בכל אופן, על נתוני תוחלת
החיים המופיעים שם (וכן שאר הנתונים ההיסטוריים שבמאמר), נראה לי שכדאי
להביא את המקור ממנו שאבת נתונים אלו. דרך אגב, נתונים מדויקים על

²³⁹ ידידי משנים רבות וחברותא ותיק ללימודי הדיינות, וכעת ידיו רב לו בהוראה ובמחקר, הואיל
בטובו לעיין בחיבורי וכיבדני בהערותיו ובהארותיו המועילות והחשובות, ואף שלעתים סתר את
דברי ויש עמי מה להשיב, הרי שהבאתים כמאמרם, ברשותו האדיבה של הרב המחבר שליט"א,
והבוחר יבחר.

תוחלת החיים בישראל מתפרסמים כל שנה ע"י הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה. מנתונים אלו עולה שתוחלת החיים בישראל אף גבוהה בכמה שנים מתוחלת החיים הממוצעת בארה"ב שהזכרת במאמריך.

לסימן ח העוסק בנאמנות הרופאים. קראתי את הבירור המקיף בדעת הפוסקים ואת ההכרעה ונהניתי מאוד. אמנם היה חסר לי דיון בעניין חשוב מאוד שנתחדש בזמנינו והוא החשש המדיקולוגיאלי, דהיינו חששם של הרופאים מפני תביעות רפואיות שונות ומשונות, שיכול לגרום לפגיעה בשיקול הדעת הרפואי. כך לדוגמא, רופאים רבים יעדיפו להפנות לבדיקה רפואית בהריון שיש בה סיכון מסוים להפלת העובר, גם כשהחשש לבעיה בעובר נמוך יחסית, מחשש שאם לא יפנו וייוולד עובר פגוע, יתבעום. בעניין זה ראה בספר פוע"ה כרך ראשון עמ' 245–247, שבא אחרי הדיון העקרוני שם העוסק בנאמנות הרפואיים (ומסיק שנאמנים). דרך אגב, בעניין זה (והדבר קשור גם לסימן י), אנו רואים יום יום בעינינו כיצד ברפואה נכון הכלל של "כוחא דהיתרא עדיף", במובן שבו רופא שהוא פחות מומחה יחשוש יותר וייטה יותר לצייר שחורות ולא "לקחת סיכונים" כביכול, מאשר רופא בקי בדבר שמעודכן במחקרים ויש לו גם ניסיון רב יותר (הדברים נכונים בכמה תחומים, כגון: המלצות להפלה מחששות למומים, שאצל רופאים זוטרים אנחנו שומעים הרבה יותר, איסור על כניסה להריון שרופאים זוטרים נותנים לחלק יותר מרופאים מומחים להריונות בסיכון, חששות מאמצעי מניעה מסוימים, וכן הלאה).

לסימן יב, בדיקות בהריון, ראשית אמליץ לך מאוד לעיין בכרך השלישי של ספר פוע"ה לכשיצא, שיש בו פרק מיוחד על בדיקות בהריון, וכן פרק מיוחד על הפלות, ובו מרוכז חומר רב, הן רפואי והן הלכתי, בהרחבה.

לגופם של דברים, תמהני עליך על כמה וכמה דברים בסידור הפרק, כגון: דברי הרב שטרנבוך השולל בדיקות בהריון, אך מחייב בדיקות גנטיות לפני החתונה,

הובאו כביכול כשיטה החולקת על דברי הפוסקים שקדמו לו, ששללו בדיקות באופן כללי. ראה שו"ת אגרות משה (אה"ע ח"ד סי' י) שתמך ועודד אף הוא עשיית בדיקות גנטיות קודם החתונה, ואין הוא שונה בשיטתו משיטת הרב שטרנבוך. כמו כן, גישתו של הרב ואזנר לגבי הפלה, אם כי רמוזה קצת בגוף דבריו, בכל אופן שונה לחלוטין (גם אם למעשה ההבדל אינו גדול) מגישתם של האגרות משה והמשנה הלכות, שכן בניגוד להם הסוברים שיש איסור רציחה בהפלה (ויאסרו גם הפלה של עובר שהוא טריפה), לדעתו אין האיסור כזה (מלבד כשהעובר כבר בחודש התשיעי, זה נובע מפרשנותו את הרמב"ם שהיא כאחיעזר ואכמ"ל). כלומר, לדעת האגרות משה והמשנה הלכות לא מעניין אותי באמת מה הבדיקה אומרת, כי גם אם היא אמינה בוודאות לא יתירו הפלה, ואילו בשבט הלוי זה נובע מהספק שהוא מייחס לאמינות הממצאים. ושוב, הדברים מופיעים גם אצלך, אבל עקב סידורים בין האגרות משה למשנה הלכות, הדבר אינו ברור דיו.

לגבי שיטת הרב זילברשטיין, חבל שלא בדקת גם כסדר בשיעורי תורה לרופאים (שם מרוכזות כל תשובותיו בנושא, רובן התפרסמו קודם לכן בכתבי עת שונים). יש בכל זאת נפ"מ נוספות בינו לבין האגרות משה, כגון הוא מתיר להפיל עובר אנאנצפלוס (ללא מוח). כמו כן, שיטת הנס הגלוי מול הסמוי מובאת שם בשם גיסו הר"ח קנייבסקי.

כמו כן, לא הבאת את שיטת הר"ע יוסף, המקלה יותר באיסור הפלה לפני סוף ג' חודשים (ויש כאן נפ"מ גדולה, כי סיסי שיליה אפשר לבצע קודם לכן).

בכל מקרה, לענ"ד היה מקום להפריד בין שאלת ההפלות לשאלת הבדיקות, שכן הבדיקות (וכפי שכתבת בעצמך) לא נועדו רק לשאלת ההפלה, אלא גם לשאלת הרוגע הנפשי ולשאלת היכולת לטפל, כמדומני שהיה כדאי להביא ממאמרם של הרב יואל וד"ר חנה קטן באסיה, שהצביע (כבר לפני לא מעט שנים), על דברים רבים שיש בהם נפ"מ לבדיקות בהריון ולשאלת הטיפול או היילוד.

כמדומני שאצל חלק מהפוסקים המתנגדים לבדיקות הוא מכיוון שהתקבע אצלם שיש לכך נפ"מ רק לשאלת ההפלה. דרך אגב, מו"ר הראשל"צ הרב מרדכי אליהו זצ"ל, התיר לעשות בדיקת מי שפיר לאישה שחוששת ולחוצה למרות הסיכון הקטן שבבדיקה, ולמרות שככלל אסר הפלות במקרים של מומים עובריים.

לסימן טז הערה 16 – כמדומני שהמקום בו הובאו מירב המקורות לשיטות השונות נמצא בספר פוע"ה כרך שני, עמ' 389–383.

לסימן יז על בנק הזרע בהלכה – יש להעיר שהחשש שמא יישא אח אחותו מאביו אינו כיום רק חשש הלכתי אלא גם מציאותי, שכן מספר תורמי הזרע בארץ אינו גדול, והם תורמים מנות רבות בכמה מקומות. מכמה בדיקות פרטיות שעכרו אמהות לילדים כאלו בשנים האחרונות נמצאו הרבה מאוד קשרי אחים. עקב המצב הבעייתי התחילו לנסח חוק שינסה להסדיר את הדברים ולמנוע נישואי אח ואחות. אמר לי מו"ר הגרז"נ גולדברג שליט"א שיש לתמוך בחוק כזה גם אם הוא לא מושלם, וגם אם לא יסדיר את בעיית השתוקי שיש בזרע ממקור לא ידוע, כדי להציל את מה שאפשר להציל.

לסימן יח – הזרעה לאחר המוות, ראה הסימן בעניין זה בשו"ת פוע"ה, וכן הנכתב בספר פוע"ה כרך שני עמ' 322–317, וכן את מאמרי בתחומין לב "הפריה חוץ גופית לאחר מות האב", שם יישבתי בצורה פשוטה את השגת הרב הלפרין על דברי הרב ישראלי שהשווה בין ייבום ליוחסין. עוד בשולי הדברים יש להעיר שהגרז"נ גולדברג אמר שדבריו בעניין ההיתר נאמרו להלכה ולא למעשה, ראה ספר פוע"ה שם עמ' 318 הערה 125, וראה שם גם הערה 124, דברי הרב שפרן, שהגרז"נ גולדברג הסתייג גם בכתב מהיתרו זה. כמו כן, ראה תשובת הרב אריאל בשו"ת פוע"ה שם, שכתב שלדעתו כל המחלוקת בין הגרש"ז אויערבאך לגר"ש ישראלי אם הוולד מתייחס אחריו נאמרה במקרה בו

הוציאו את הזרע מגוף הגבר מחיים, אך כששאבו את הזרע לאחר מותו, לכו"ע אין הוולד מתייחס אחריו.

לסימן כ – פצוע דכא. לגבי ספק ממזר המותר מן התורה, ראשית לאחרונים לא הייתה את תשובת הרמב"ם המלאה שבא הוא כותב בפירוש שמהיתרו של ספק ממזר נלמד שכל הספיקות אסורים מדבריהם. שנית, כבר כתבתי בעבר, שלדעת המ"מ (הל' איסורי ביאה פט"ו הי"א – הי"ב) בביאור דברי הרמב"ם, ספק ממזר אסור מן התורה בממזרת, וזו שיטת ר' אליעזר כפי שמפרשה התוס' רי"ד, והלכה כמותו. כמו כן, לא ראיתי בדבריך את המובאה משו"ת נודע ביהודה, שם הוא מתוכח עם הרב מראדוויל בעניין ספק פצוע דכא.

לסימן כה בעניין שכר לעדים. כשמדובר בחו"ד מומחה שנשכר ע"י אחד הצדדים הייתי שוקל לפסול מדאורייתא על פי דברי מו"ר הגרז"נ גולדברג בהמשך לדברי הסמ"ע על ההבדל באוהב ושונא בין עדים לדיינים, שעדים מדווחים על מציאות ושם החשש הוא בעיקר של שקר, ואין חושדים באוהב ושונא שישקרו במכוון, ואילו עדים מכריעים על פי שיקול דעת, ויש חשש שנגיעה קלה כמו אהבה ושנאה תשבש את שיקול הדעת. מומחה הנותן חו"ד, אף שהוא מוזמן למסור עדות, מפעיל שיקול דעת ויש כאן בעצם מבחינת הדמיון דיינות, ולכן יש להיזהר ולא להכשיר אפילו במקרה בו לעד מותר ליטול שכר. ואציין סיפור ששמעתי מרופא מומחה בשבוע שעבר, שקיבל על עצמו שלא לתת חו"ד לצדדים בשום בית משפט, כיוון שפעם כשעשה זאת העו"ד שכנע אותו פה להוריד משפט "שאינו חשוב" ושם לשנות משפט אחר, ובסוף כשהגיעה החו"ד לבית המשפט, הוא התבייש שהוא חתום על חו"ד כזו (וגם אני הקטן עמדתי פעם בניסיון כזה שנתבקשתי לכתוב חו"ד הלכתית לבית משפט בתביעה על נזק שנעשה בניתוח, ובין היתר החשש הוא שהניזוק הפך כתוצאה מכך לפסול קהל, ובחוות הדעת העליתי שלכל היותר מדובר בספק, והבאתי את הדיון ההלכתי בספק פצוע דכא, והעו"ד של התובע ניסה לשכנע

אותי כל הזמן להשמיט דברים שלא יעזרו ללקוח שלו, ובסופו של דבר אני מסופק אם השתמשו בחו"ד).

לסימן כט בעניין תורנות – בזמנו מסר לי הרב ד"ר מרדכי הלפרין שכל היתרו של הגרש"ז אויערבאך לנסוע לתורנות בשבת ברכב היה כשמדובר במצב אקראי, אולם במצב של קבע יש לנסוע רק ע"י גוי (והגעה עצמית זה רק כשנתקעים), כדי שלא יהיה מצב של מתנה לחלל את השבת. בנוסף לכך, הנסיעה עצמה אינה פעולת הפיקו"נ אלא ההכנה לפיקו"נ, לדעת הרב הלפרין דבריו של המ"מ שביולדת הצריכו דווקא שינוי במידת האפשר (וה"ה ע"י גוי כשאפשר) אמורים לפעולות שאינן בזמן הלידה עצמה אלא טרום הלידה, וזה הכלל המנחה לשיטתו שכל שעוסקים עכשיו בפעולת הפיקוח נפש, אין צורך לחפש שינוי או גוי, אבל כשעוסקים בפעולת הכנה לצורך פעולת פיקוח נפש, יש צורך.

כמו כן, בעניין התיירו סופם משום תחילתם ונמצאת מכשילים לעתיד לבוא, לענ"ד קשה מאוד להסתמך על המתירים אף בדאורייתא במצב שבו מדובר בתורנות קבועה וידועה מראש. לענ"ד, הלומד היטב את דברי האגרות משה (שמסתמכים על החתם סופר) יראה שהנידון שלו היה במתנדבי הצלה שמוקפצים לקריאה, ויש שם חשש אמיתי שאם לא יתירו להם לחזור יחשבו פעמיים לפני שהם יוצאים למשימתם, מה שאין כן בתורנות קבועה שהאדם יודע מראש שאין לו אפשרות שלא להגיע.