

## בין הטריטוריה שלי לטריטוריה של הזולת על חובות וזכויות בהלכה ומשמעותן

מהי ישיבה? אנשים נכנסים אליה ויוצאים אחרי כמה שנים. האם ישיבה היא התלמידים? הבוגרים? הצוות? יש משהו בישיבה שהוא מעבר לדמויות שמאכלסות ואכלסו אותה בעבר, ויצטרפו אליה בעתיד. הישיבה היא אפילו לא המכלול של כל אלו, וגם לא השילוב שלהם עם הקירות (שכעת בס"ד עוברים שינוי).

ישיבה היא משהו מעבר לכל זה. זוהי חוליה מופשטת כלשהי שמתווכת בקשר בין הקב"ה לבין כנסת ישראל, ונוטלת חלק בשרשרת בין התורה כפי שניתנה במעמד הר סיני לבין הנצח. היא צובעת את הפן והחלק הזה בשרשרת בצבעים ייחודיים משלה. הצבעים הללו נמצאים בקירות, ועוד יותר באנשים, אלו שלומדים בה כעת ואלו שבגרו ויצאו מהקירות (אך לא בהכרח מהישיבה). אבל הצבע הזה גם נבלל בשרשרת כולה, ונוטל חלק בבניינה הכללי של מסורת התורה שבכתב ושבועל-פה.

רציתי להקדיש למשהו המופשט הזה, שגם אנוכי הקטן חש חלק בלתי נפרד ממנו, את המאמר הבא (שאפילו מבטא בצורה כלשהי את הרעיון הזה), בברכה ובתודה.

### מבוא

בדורות האחרונים מדברים הרבה על זכויות האדם. יש זכויות שמוקנות רק לאזרח ויש זכויות שמוקנות לכל אדם באשר הוא אדם. בהקשרים אלו מדברים על זכויות כמו הזכות לחופש, לכבוד, לפרנסה, לפרטיות, לבריאות, לחופש ביטוי, זכויות פוליטיות שונות (לבחור, להיבחר) ועוד.

דווקא על רקע זה בולטת העובדה שבעולם ההלכתי בדרך כלל מדובר על מימד החובה, ולא הזכות. רבים אומרים שבהלכה אין שיח של זכויות אלא אך ורק שיח של חובות. אני לא פוגע בזולת לא בגלל זכות שלו אלא בגלל האיסור שחל עליי לעשות זאת. גם אצל חוקרי משפט עברי רבים מקובל לומר שבהלכה אין זכויות אלא רק חובות.

נראה שהסיבה העיקרית להשתרשותה של הדוגמה הזו היא ראייה של האדם הדתי כעומד בעיקר מול בוראו, והחובות המוסריות והמשפטיות שלו ביחס לזולת אינן אלא

נגזרות של החובות הדתיות שהטיל עליו הקב"ה. ביטוי בולט לכך הם דברי התוספות (כתובת נו ע"א, ד"ה 'הרי זו') שרואים בתשלומי נזיקין חידוש של התורה. תוספות סוברים שלולא היה כתוב לא היינו חייבים לפצות את הנזק על הנזק שהסבנו לו. החובה לפצות נזק היא חובה משפטית אלמנטרית, ובכל זאת תוספות קובעים שגם היא יונקת את תוקפה מהציווי ההלכתי, כלומר מהחובה שהתורה מטילה עליי.

אך למיטב שיפוטי, תפיסה זו היא שגויה, והטעות הזו אף מוליכה לכמה אי הבנות בתחומים שונים של ההלכה, ותיקונה שופך אור על כמה מהיסודות הבסיסיים ביותר של ההלכה. במאמר זה אנסה לעמוד על כמה הקשרים שבהם עולה שיח של זכויות בהלכה, ומתוך כך לחדד את המשמעות של 'זכות' מול 'חובה'. אני אציע הסבר להבדל בין הטענה שלראובן יש זכות על ממונו לבין הטענה שחלה על כל אחד אחר חובה שלא לפגוע בממונו של ראובן. מתוך כך אנסה להציע פשר לקטגוריה ההלכתית המתייחדת אצלנו כיום בכותרת 'חושן משפט' (עם הערה על 'אבן העזר'), לעומת שאר חלקי השולחן ערוך שמהווים קטגוריות הלכתיות שונות.

## הצלת עצמו על ידי פגיעה בחברו

### הצלת עצמו בממון חברו<sup>1</sup>

סוגיית הגמרא בבבא קמא (ס ע"ב) דנה במקרה של דוד והגיבורים שהוא שלח להביא לו מים מבית לחם. עולים שם כמה הסברים אפשריים לשליחותם של הגיבורים, וביניהם ההסבר של ר' הונא:

רב הונא אמר: גדישים דשעורים דישראל הוו דהוו מטמרי פלשתים בהו, וקא מיבעיא ליה: מהו להציל עצמו בממון חברו? שלחו ליה: אסור להציל עצמו בממון חברו, אבל אתה מלך אתה, [ומלך] פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו.

לפי רב הונא, דוד שאל האם מותר לו להציל את עצמו בממון חברו, על ידי כך שישרוף את גדיש השעורים ויינצל, ונענה שעקרונית הדבר אסור, אבל למלך הוא מותר. לכאורה הדברים קשים ביותר, שהרי מקובלנו שיש רק שלוש עבירות חמורות שחייבים ליהרג עליהן ולא לעבור. ואילו כאן רואים שגם איסור גזל שייך לקטגוריה הזו. מסיבה זו רוב הראשונים מסבירים את הסוגיא באופן דחוק למדי. לדוגמא, בתוספות (שם, ד"ה 'מהו')

<sup>1</sup> ראה על כך במאמרי, 'היבטים אקטואליים לבעיית הפרט והכלל ודילמת חומת מגן', צהר יד.

כתבו:

מהו להציל עצמו בממון חברו - איבעיא ליה אי חייב לשלם כשהציל עצמו מפני פקוח נפש.

כלומר, הם מעמידים את הספק אך ורק על החובה לשלם. פשוט היה בעיניהם שמותר לאדם להציל את עצמו בממון חברו, שהרי איסור גזל אינו אחד משלוש העבירות החמורות. הדיון הוא רק על חובת התשלום. כך עולה מרוב הראשונים והפוסקים בסוגיה. כאמור, הצעה זו דחוקה מאד בלשון הגמרא, אך תוספות כנראה מעדיפים דוחק בלשון על פני דוחק בסברא. לעומת זאת, שיטת רש"י בהמשך הסוגיא שם שונה:

ויצילה - שלא ישרפוה הואיל ואסור להציל את עצמו בממון חברו.

רואים שהוא למד שהדיון בסוגיה הוא על עצם ההצלה, ולא רק על חובת התשלום. אם כן, המסקנה ההלכתית של הסוגיה לשיטתו היא שאסור לאדם להציל את עצמו על ידי פגיעה בממון חברו. לפי רש"י, איסור גזל נוסף על שלוש עבירות החמורות, וגם עליו יש ליהרג ולא לעבור.

אמנם גם בשיטת החולקים על רש"י, עדיין יש מקום לדון מהי נקודת המחלוקת. לא ברור שהם חולקים על הקביעה העקרונית שלו. לדוגמא, הרשב"א נמנה גם הוא על החולקים על רש"י, ולדעתו הדיון הוא רק על חובת התשלום ולא על עצם ההצלה. אולם הנימוק שהוא מעלה מגלה לנו כיוון שונה בדבריו (שו"ת הרשב"א, ח"ד סי' יז):

תשובה. מה שכתבתי נראה לי שהוא פשוט וקרוב אני לומר שלא הייתי בכך צריך לכותבו מרוב פשיטותו שהרי אין לך דבר עומד בפני פקוח נפש אלא אותן ג' המנויות. הגע עצמך מי שהיה במדבר ומת בצמא ומצא קיתון מים של חברו ימות ואל ישתה ואפילו על מנת לשלם והיאך נקרא זה גזלן והבעלים חייבין ליתן לו חנם ולהחיותו עד שהיה בן פטורא דורש במסכת מציעא בשנים שהיו מהלכין בדרך וביד אחד מהם קיתון של מים אם שותין שניהם מתים ואם שוחה אחד מהם מגיע לישוב מוטב שישתו שניהם וימותו ואל יראה אחד במיתת חברו ועד כאן לא פליג רבי עקיבא אלא משום דכתיב וחי אחיך עמך חייך קודמין לחיי חבריך הא שלא במקום חיותו חייב ואם כן איזה גזל יש כאן עד שנאמר בו אף על פי שגזלה משלם רשע הוא אלא ודאי להציל עצמו על מנת לשלם פשיטא...

הרשב"א אמנם פותח בקביעה שלא ייתכן שנהיה מחויבים למות ולא לגזול, אבל הנימוק שהוא מעלה בתוך דבריו הוא שיש חובה על החבר למסור את ממונו כדי להציל את חברו (כפי שהוא מוכיח ממקרה קיתון המים). כלומר, יש כאן שעבוד של החבר להצלתו, ולכן מותר לי לקחת את ממונו, שכן בגלל השעבוד אין בכך גזל. הנימוק הזה מניח שלולא

השעבוד הזה היה במעשה הזה גזל, ואז לא היה לי היתר לקחת את ממונו כדי להינצל. כלומר ברמה העקרונית גם הוא מקבל את תפיסתו של רש"י, שאיסור גזל לא נדחה בפני פיקוח נפש, אלא שלדעתו אין כאן גזל. רש"י כנראה חולק על כך, וסובר שאמנם יש חובת הצלה על החבר, אבל זה לא מתיר לי לגזול או להזיק את ממונו אם הלה לא מסכים לכך. נמצא, שגם הרשב"א שחולק על רש"י במישור המעשי, מסכים איתו ברמה העקרונית, שאין היתר לגזול כדי להינצל. ייתכן שגם ראשונים אחרים שחולקים על רש"י מתכוונים לסברת הרשב"א, והם לא חולקים עקרונית על שיטת רש"י.

השאלה היא כיצד אנו מוסיפים איסור רביעי לשלוש העבירות החמורות? היכן יש מקור לכך שאיסור גזל אינו נדחה בפני פיקוח נפש? כדי להבין זאת, עלינו להיכנס להבחנה בין זכויות לחובות.

#### חובות מול זכויות

אפרירי, ישנן שתי אפשרויות להבין את איסור גזל:

- א. על ראובן יש איסור לגזול את שמעון. זוהי חובה שמוטלת על ראובן.
  - ב. לשמעון יש זכות על ממונו, וממנה נגזרת חובה על ראובן שלא לגזול אותו.
- לפי שתי האפשרויות ברור שיש חובה על ראובן לא לגזול את שמעון, אך השאלה היא האם זוהי חובה גרידא, או חובה שנגזרת מכוח זכות של שמעון.

יש מקום לקשור את ההבנה השנייה לחידושו של ר' שמעון שקאפ, בשערי ישר (שער ה, פרק א) שם הוא מסביר שיסוד איסור גזל שונה מהותית מכל שאר איסורי התורה. התורה אמנם כתבה "לא תגזול", וציוותה בכך לא לגזול את ממון הזולת. אולם אין בתורה הגדרה מה נקרא ממון הזולת, כלומר אין בה הגדרה לדיני הקניין והגדרות לדיני בעלות. מכאן מסיק הגרש"ש שעוד לפני הציווי "לא תגזול" קיימת מערכת משפטית (=תורת המשפטים, בלשוננו) שמגדירה את דיני הקניין והבעלות, ואיסור גזל מוגדר על גביה. מה שנקבע בדיני הקניין הטרומים הלכתיים כממון שלי, חל עליו האיסור "לא תגזול".

אך הוא לא מסתפק בזה, וממשיך וטוען שתורת המשפטים לא רק מגדירה את מושגי הבעלות וגדריה, ומכינה את הקרקע לאיסור "לא תגזול", אלא היא מכילה גם ממד איסורי: יש איסור משפטי (כלומר לפני "לא תגזול") לגזול, שנובע מעצם העובדה שהממון שייך לזולת. אחת הנפקא מינות היא שאפילו לשיטות שמדאורייתא אין איסור "לא תגזול" לגבי גוי, עדיין יהיה איסור משפטי על גזל הגוי. מכיוון שלכל הדעות לגוי יש בעלות על ממונו,

אזי פשיטא שלכל הדעות יהיה איסור תורה לגזול ממנו, גם אם "לא תגזול" אינו חל לגביו.<sup>2</sup> מסתבר שזהו גם היסוד לשיטה שאיסור גזל יסודו בזכות של הזולת. התורה אכן מטילה עלינו בעיקר חובות. אולם ההלכה מכירה בזכויות יסודיות שיש לכל אדם על ממונו עוד לפני ציווייה. לכן ישנן בהלכה חובות שמוטלות עלינו מכוח הזכויות הללו. האיסור "לא תגזול" אינו אלא מתן גושפנקא הלכתית לחובה המשפטית האוניברסלית הזו. זוהי חובה שמוטלת עליי מכוח הזכות שיש לזולתי על ממונו. זאת, להבדיל מחובות כמו לא לאכול חזיר או לשמור שבת, שיסודן בציווי שבו התורה מטילה עליי חובה, ולא בזכות של האחר.

#### הסבר שיטת רש"י

כעת נוכל אולי להציע הסבר לשיטתו התמוהה של רש"י. אם איסור גזל היה רק חובה רגילה שמוטלת עליי, הוא ודאי היה נדחה בפני פיקוח נפש. אולם האיסור לגזול את חברי יסודו בזכות שיש לחברי על ממונו. הזכות הזו אינה קשורה לפיקוח הנפש שלי, ולכן היא גם לא נדחית בפניו. מה שעומד מול פיקוח הנפש שלי אינו החובה שלי אלא הזכות של חברי. והרי על כך לא התחדש חידוש התורה שפיקוח נפש דוחה את כל החובות שהתורה מטילה, שכן הכלל הזה נאמר אך ורק על התנגשות בין פיקוח נפש לבין חובות שלי, ולא על התנגשות בינו לבין זכויות של זולתי. ואם הזכות של חברי אינה פוקעת גם מול פיקוח נפש, ממילא גם החובה עליי שנגזרת ממנה אינה פוקעת במצב כזה.

ניתן לנסח זאת באופן אחר ולומר כך: הזכויות של חברי הן טריטוריה שונה, והן נמצאות מחוץ לגבולות הטריטוריה שלי. החלטות הלכתיות שלי יכולות להתקבל אך ורק בתחומי הטריטוריה שלי, כלומר בדברים הנוגעים אליי. אבל אין שום אפשרות שאני לבדי אקבל החלטה שנוגעת לממון זולתי. זה מחוץ לתחום התקפות של השיקולים וההכרעות שלי.

משל לדבר, מעשה בידיד שלי שראה ספר מעניין בידיו של אדם שלישי. הוא פנה אליו ואמר לו כך: יש לי שתי אפשרויות, או לעבור על לא תחמוד ושהספר יישאר אצלך, או לעבור על לא תגזול ושהספר יהיה אצלי. אם כן, בכל מקרה אני עומד לעבור איסור, לכן ודאי עדיף מבחינתי לעבור על גזל, ושלפחות בסופו של דבר הספר יהיה אצלי.

גם אם נתעלם מהטעויות ההלכתיות שיש כאן לגבי גדרי "לא תחמוד", יש משהו פגום בשיקול הזה. הפגם הוא ששיקול של ראובן, נכון ככל שיהיה, אינו יכול להכריע ביחס לממונו של שמעון. מי שאמור לקבל את ההחלטות הללו הוא אך ורק שמעון. הסיבה לכך

<sup>2</sup> לעניין זה, ראה מאמרי 'מה אקב לא קבה א-ל - דיני ממונות בגטו קובנה', צהר כ, תשס"ה, עמ' 9. שם גם עמדתי על העובדה שיש בדברי הגרש"ש שני חידושים שונים, מה שלא מעט ממפרשי טועים בו.

היא שהבעיה הנדונה כאן אינה האיסור שיעבור ראובן, אלא הזכות של שמעון. החובה על ראובן והאיסור שהוא יעבור הם נגזרות של הזכויות של שמעון, ולכן לא נכון להתמקד בהן כשמקבלים את ההחלטה הזו. ההחלטה אמורה להתקבל ביחס לזכות ולא ביחס לחובה שנגזרת ממנה. השיקול של ראובן אינו יכול להשפיע על הזכויות של שמעון, אלא אך ורק על החובות של ראובן. זוהי הטריטוריה הרלוונטית לגביו.

אם נשוב לדברי רש"י הנ"ל, נאמר כך: אמנם איסור "לא תגזול" אכן נדחה בפני פיקוח נפש, כמו כל עבירה אחרת. אבל הזכות של האחר נותרת על כנה. ולכן עדיין אין היתר לקחת את ממונו כדי להינצל. כל החובות נדחות בפני פיקוח נפש, אבל לא הזכויות של הזולת.

ניתן לראות את המצב כאילו שבין הטריטוריות הללו חוצץ קיר. אני לא יכול לשלוח את ידי אל מעבר לקיר, גם אם יש לי את כל ההצדקה לכך. זהו כביכול מחסום פיסי שגורם לחוסר יכולת פיסית, ולכן האפשרות לחדור אותו אינן תלויות בהצדקות כאלה או אחרות לשלוח את היד. גם אם זה מוצדק, זה פשוט בלתי אפשרי.

כאמור, גם הרשב"א שחולק על רש"י יכול להסכים לתמונה הזו. אלא שלשיטתו אין קיר שחוצץ במקרה זה, מפני שהתורה מחייבת את השני לתת את ממונו להצלתו. ממילא אין כאן טריטוריה מוגנת שאסור לי לשלוח את ידי אליה, ולכן הרשב"א מתיר לגזול כדי להינצל. אבל כפי שראינו, אם גם לדעתו היה קיר חוצץ כזה, אזי גם הוא היה מסכים ששום הצדקה לא תאפשר לחדור דרכו לטריטוריה של הזולת.

#### נטילת איברים מהזולת כדי להינצל

בדומה לזה נוכל להבין שלא יעלה על הדעת שאדם אשר נזקק לתרומת איבר לשם הצלתו, יוכל לקחת בכוח איבר של חברו (גם אם אין הנשמה של החבר תלויה בו), בהסתמך על השיקול ההלכתי שפיקוח נפש דוחה איסור חבלה. הסיבה לכך היא שלא מדובר כאן על איסור חבלה אלא על הזכויות של הנחבל על גופו, ואלו אינן נדחות בפני פיקוח נפשו של החובל.

מסתבר שלשיקול הזה לגבי חבלה על מנת להינצל יסכימו רוב ככל הפוסקים. ראיתי אחרונים שמסבירים זאת בטענה "מה לי קטלא כולא מה לי קטלא פלגא", כלומר שחבלה היא סוג של הריגה קלושה<sup>3</sup>. אך הנימוק הזה הוא חלש למדי, שהרי ודאי איסור חבלה אינו

<sup>3</sup> ראה למשל בתשובת הרדב"ז ח"ג סי' תרכז, ובש"ך יו"ד סי' קנז סק"ג, וכבר החתם סופר בחידושיו לכתובות סא ע"ב ד"ה 'ואמנם' מצביע על הקשר בין הש"ך לרדב"ז. וראה סנהדרין י ע"א "מלקות במקום מיתה

חמור כמו רציחה, ואין מי שטוען שהחובל עובר על "לא תרצח". לכן עדיין יש כאן לדבריהם עבירה רביעית שנאמר עליה ייהרג ואל יעבור.

לפי הרשב"א שראינו לעיל, ההסבר הוא פשוט יותר. הרשב"א תלה את ההיתר לגזול כדי להינצל בחובה שיש על הזולת לתת את ממונו להצילתי. אך ודאי שאין חובה על אדם לתרום איברים כדי להציל את חברו. ממילא כאן נראה שגם הרשב"א יסכים שאסור ליטול ממנו את האיברים כדי להינצל.

בכל המקרים הללו מדובר בשיקול הלכתי שהוא נכון בגדרי ההלכה הרגילים (נפש ודאי יותר חשובה מממון, ואיסור "לא תגזול" ודאי נדחה בפני פיקוח נפש). ובכל זאת אנו לא פועלים על פיו, מפני שתחום התחולה של שיקולים שאני עושה הוא רק בטריטוריה שלי, ולא ברשות של זולתי. השיקול ההלכתי, הנכון כשלעצמו, אינו מיושם בגלל שיקולי טריטוריה, ולא בגלל שהוא לא נכון.

#### כניעה לאיום והזכות לחטוא<sup>4</sup>

ראובן מאיים על שמעון שייתן לו פרוטה, ואם לאו הוא מאיים להרוג אותו. האם מותר לשמעון להרוג את ראובן כדי להציל את ממונו, או שמא הוא חייב למסור לו את הפרוטה (שהרי ממון פחות חשוב מחיי האדם)? לכאורה זהו מצב שיכול להצילו באחד מאבריו, ולכן אין היתר להרוג את ראובן מדין רודף. באופן אחר ניתן לומר ששמעון חייב לשלם את כל ממונו כדי להינצל מאיסור רציחה וכדי להציל את חייו של ראובן. ובכל זאת, ברור שהדין אינו כך. מותר לשמעון להרוג את ראובן ולא למסור לו את הפרוטה.

ננסה להבין זאת לאור דברי בעל כלי חמדה (סוף פרשת בלק), שדן במעשה של זמרי ופינחס. הגמרא אומרת שאם זמרי יהרוג את פינחס (מדין רודף) הוא פטור. האחרונים מקשים מדוע הגמרא מתירה זאת, הרי ישנה אפשרות להציל את פינחס גם בלי להרוג אותו: אם זמרי יפסיק לחטוא פינחס ודאי לא יהרוג אותו. מסקנתו שם היא שאמנם זמרי יכול היה להציל את עצמו מפינחס אם היה מפסיק לחטוא, ובכל זאת מותר לזמרי להסתובב ולהרוג את פינחס מדין רודף. הסיבה לכך היא שזמרי אינו חייב לפינחס להפסיק לחטוא. מבחינת ההלכה הוא אמנם חייב להפסיק ולפרוש מן העבירה, אך זוהי חובה כלפי הקב"ה ולא כלפי הרודף, ולכן 'זכותו' להמשיך בחטאו, גם אם יאלץ להרוג את פינחס שמסכן אותו מדין רודף. פינחס תובע מזמרי להפסיק לחטוא, אך זה נמצא מחוץ לטריטוריה שלו. הוא

עומדת", והשווה תוספות גיטין מב ע"ב ד"ה 'חבלי', ועוד.

<sup>4</sup> ראה על כך במאמרי, 'הריגת גנב לצורך הגנה על רכוש', תחומין כח, תשסח, עמ' 174.

לא יכול לקבל החלטות ביחס לרשותו של זמרי, גם אם ההחלטות הללו צודקות ונכונות. לזמרי יש 'זכות לחטוא', ופינחס אינו יכול לדרוש ממנו שלא להגן עליה.

אם כן, כאשר יש איום עליו כדי שאמסור את ממוני, המצב דומה מאד. אמנם השיקול ההלכתי ה'נכון' הוא שיש לתת את הכסף כדי להינצל מאיסור רצח ולהציל את חיי המאיים. אבל השיקול הזה הוא שיקול שצריך להיות נחלתו של המאויים, שכן הוא נוגע לעבירות שלו ולממון שלו. בטריטוריה שלו רק האדם עצמו יכול לקבל את ההחלטות. לכן המאיים אינו יכול לתבוע ממנו או להכתיב לו לנהוג על פי השיקול ההלכתי ה'נכון', כאשר השיקול הזה נוגע לטריטוריה שאינה שלו.

#### הרחבה לגבי איסורי בין אדם לחברו: שיטת ה'בניין ציון'

בשור"ת בניין ציון (סימנים קסז-קעג) דן בדברי רש"י הנ"ל, ומרחיב אותם בצורה מאד משמעותית. ככלל, הוא טוען שלא רק בגזל אלא בכל עבירה שבין אדם לחברו יש דין ייהרג ואל יעבור.

הוא פותח בזה שפירושו של רש"י הוא הפשט הפשוט בסוגיית בבא קמא, ואילו פרשנותם של רוב הראשונים, לפיה הכלל "אסור לאדם להציל עצמו בממון חברו" משמעותו היא שהדבר בעצם מותר אלא שהוא חייב לשלם, היא דחוקה מאד. לאחר מכן הוא מביא מחלוקת אמוראים מקבילה בסוגיית כתובות (יט ע"א), שם ר' חסדא מחייב עדים שלא לחתום בשקר על שטר גם כאשר מאיימים על חייהם.

בהמשך הדברים (סימנים קע-קעא) הוא דן בשאלה האם מותר לנוול את המת כדי להציל חיי אדם אחר, וכך הוא כותב שם:

רק דעדיין יש לדון בזה שהרי כלל גדול בתורה דאין לך דבר עומד בפני פקוח נפש ואין חילוק בין ודאי לספק פ"נ אבל נלענ"ד דגם מטעם זה אין להתיר כאן דכבר הוכחתי במ"א (סי' קס"ז) שדעת רש"י ע"פ גמרא דב"ק (דף ס') דאמרינן שם שאסור להציל עצמו בממון חברו שאסור לאדם לגזול ממון חברו למען הציל עצמו ממיתה ונגד דעת התוספ' והרא"ש שפירשו הסוגיא שם דוקא לענין דצריך לשלם אבל לא שיהי' אסור לכתחלה להציל והנה לדעת רש"י כיון שאסור להציל עצמו בממון חברו כש"כ דאסור להציל עצמו בקלון חברו דכבודו חביב לו מממונו כדאמרינן בב"ק פ' החובל בהאשה שבאת לפני ר"ע ע"ש וא"כ האיך נאמר דמשום פ"נ דהחולה יהי' מותר לבזות ולנוול המת דמסתמא לא מוחל על בזיונו.

ועוד מוכיח הבניין ציון (סימן קעב) שיש חיוב להיהרג ולא לעבור על איסור ביוש חברו ברבים, וכך הוא מסכם את הדברים:

ויצא לנו לפ"ז דאם יכול להציל עצמו ממיתה ע"י שיבייש גדול או קטן דמרגיש בבושה



בפני שני ישראלים חייב למסור עצמו למיתה ולא יביישו אבל מפני קטן שאינו מרגיש בבושה אמרינן יעבור ואל יהרג וישן יש לו דין גדול דהמבייש את הישן חייב כמבואר בב"ק ובפוסקים שם וא"כ ה"ה לענין שיהרג ואל יעבור לביישו כיון שמכיר בבשתו לכשיקיץ ואזיל סומקא ומכל זה לא ראיתי מבואר בפוסקים. כנלענ"ד, הקטן יעקב.

נציין כי בתוך דבריו הוא מביא את דברי הגמרא "מוטב לאדם שיפיל עצמו לכבשן האש ואל ילבין פני חברו ברבים". אמנם התוספות (סוטה י ע"ב, ד"ה 'נח לו') הסבירו זאת בכך שאיסור ביוש הוא ביהרג ואל יעבור, וההסבר המקובל להלכה מחודשת זו (ראה ב"מ נח ע"ב ובתוס' שם) הוא שהביוש מסלק את הדם מהפנים וזו מעין מיתה. אך זהו דוחק גדול. הדמיון בין סילוק דם מהפנים לבין מיתה נראה יותר מתאים לדרוש ולא לטיעון הלכתי.

בעל הבניין ציון טוען שלפי רש"י אין צורך להגיע לזה, שכן ביוש היא עבירת בין אדם לחברו, וכזו היא אינה נדחית בפני פיקוח נפש. הנפקא מינה שהוא מביא היא לגבי אדם ישן, שכאשר הוא מתבייש לא קורה כלום לדם שבפניו, ובכל זאת גם על ביוש כזה חייבים. אמנם הגמרא שכתבה שחייבים התכוונה לתשלום בושת, אבל הוא מסיק מסברת רש"י הנ"ל שגם דין ייהרג ואל יעבור יחול כאן.

מהי משמעות הדברים? הבניין ציון לא מסביר לכל אורך דבריו מהי הסברא ומהו המקור לדין התמוה הזה. הוא רק מביא את דברי רש"י, ולומד קל וחומר מפגיעה בממון לפגיעה בגוף האדם או בכבודו. אבל לא ברור מהי ההצדקה העקרונית לתפיסה הזו. יתר על כן, למרבה הפליאה הוא כלל לא מוצא לנכון להסביר זאת. די ברור שלדעתו ישנה כאן הרחבה פשוטה של השיקולים הטריטוריאליים מן הסוג שפגשנו למעלה: כל פגיעה בזולת היא מחוץ לטריטוריה ההלכתית שלי, ולכן היא אינה נדחית בפני שום שיקול שלי, גם אם הוא 'נכון' במישור ההלכתי הפורמלי. זה כנראה היה ברור לו מאליו, ולכן הוא לא מצא לנכון להסביר ולנמק זאת. אדם לא יכול לפתור בעיות שלו על חשבון הזולת.

#### שתי תפיסות של מצוות בין אדם לחברו: האם הזולת הוא סטטיסט?

מאחורי הדיון שערכנו עד כאן מונחות שתי תפיסות ביחס למצוות שבין אדם לחברו. יש שרואים את הזולת כחלק מהנסיבות שסובבות אותי ושבתוכן אני פועל. כביכול, אני עומד לבדי מול הקב"ה שמטיל עליי חובות ואיסורים, כאשר חלק מהחובות הן כלפי אנשים אחרים. האחר הוא סטטיסט שניצב בסביבתי כדי שאוכל ליישם לגבי את החובות שמוטלות עליי. כעין בובה במטוח שאני אמור לא להיכשל בו (העוה"ז הוא פרוודור לטרקלין). הוא אינו אלא נשוא הפעולות ההלכתיות שלי, ומטרתי היסודית אינה הטבה עמו או אי פגיעה בו, אלא יציאה ידי חובה שלי כלפי הקב"ה (=להגיע בשלום לטרקלין).

לפי התפיסה הזו, כאשר אני נשמר מפגיעה בזולתי אינני עושה זאת בגלל הזולת עצמו,

אלא מפני שאני חייב להישמר שלא לעשות עבירות כחלק מעבודת ה' שלי. כשאני נותן מתנות לאביונים בפורים, אני מחפש 'אביון מהודר'. מבחינתי כמה שהוא יהיה יותר אומלל כך יותר טוב, שהרי המצווה שלי תהיה מעולה יותר. אני ניצב במרכז התמונה, ועומד מול הקב"ה. כל שאר הסביבה שלי, הדומם, החי והמדבר, אינה אלא מכלול הנסיבות שבהן אני חי ופועל ועובד את ה'.

לעומת זאת, מדברינו עד כה עולה תפיסה שונה. המצוות והעבירות שבין אדם לחברו נועדו למען הזולת, ולא למעני. המטרה שלי היא להיטיב עמו ולא לצאת ידי חובתי כלפי הקב"ה. אני מאד אשמח אם לא אמצא אביון, מהודר או פחות מהודר, בפורים, אף שלא אוכל לקיים את מצוות מתנות לאביונים. זאת מפני שהמטרה שלי אינה המצווה אלא שיפור מצבו של האביון.

מתוך תפיסה זו נגזרת התמונה שתוארה למעלה. כאשר יש לי איסור לפגוע בזולת או לגזול ממנו, הדבר אינו רק חובה שהוטלה עליי על ידי הקב"ה, אלא בראש ובראשונה זכות שלו. מתוך הכרה בזכות שלו אני מבין שמוטלת גם חובה עליי. החובה עליי היא לשמר את הזכות שלו. כשאני עושה שיקולים האם ליטול את ממונו, או את איבריו, כדי להינצל, אני לא רואה רק את הקב"ה מולי (שכן בראייה כזו יש לי איסור חבלה, או גזל, מול פיקוח נפש, ובודאי שהמאזן מבחינתי הוא לטובת הצלת החיים שלי), אלא אני רואה גם את הזולת וזכויותיו. גם הוא חלק מהתמונה, וגם אם השיקולים שלי מול הקב"ה מאפשרים לפגוע בו, לא רק אני ניצב כאן.

#### הגבלות הלכתיות מלגיו: שיקולי טריטוריה<sup>5</sup>

משמעות דברינו עד כה היא שיש שני סוגי שיקולים שיכולים להגביל את תחולתה של הלכה כלשהי. יש הגבלות מלבר, שבהן יש קונפליקט בין שתי חובות שמוטלות עליי, והאחת מהן מגבילה את השנייה. פיקוח נפש דוחה שבת, וכן עשה דוחה לא תעשה, הם שני כללים ששייכים לסוג הזה. לעומת זאת, ההגבלה אותה הצגנו כאן היא הגבלה מלגיו. כאן ההלכה אינה מוגבלת בגלל שהיא סותרת חובה אחרת שמוטלת עליי, אלא מפני שלה עצמה יש רדיוס שקובע את תחום התחולה שלה, ומעבר לו היא לא חלה. כפי שראינו, שיקולים הלכתיים שלי רלוונטיים אך ורק בתוך רדיוס הטריטוריה שלי, ולא מחוצה לו.

כמה דוגמאות לכללי הגבלה כאלה ניתן למצוא במאמרי במישרים ד, שם עסקתי

<sup>5</sup> ראה על כך במאמריי לפרשת חקת ולפרשת אחרי מות קדושים, בספר לעשות מצוותיך, 'מידה טובה', כפר חסידיים תש"ע.

במגבלות מלגיו על חובת כיבוד הורים. הראיתי שם שהחובה לכבד הורים לא מוגבלת רק מחמת חובות מנוגדות (כמו במצב שהורים מורים לנו לעבור עבירה), אלא גם על ידי מגבלות מלגיו. כיבוד ההורים חל אך ורק בתוך תחום מוגדר, ומחוצה לו אין לו תוקף. זוהי הגבלה מתוך עצמו, ולא בגלל כוח חיצוני כלשהו. עוד הראיתי שם שדרכם של הפוסקים לראות כל מגבלה כמגבלה מלבר, בעוד שלא בהכרח זה אכן המצב.

ישנן דוגמאות נוספות למגבלות משיקולי טריטוריה. במאמרי הנ"ל<sup>6</sup> על הריגת גנב, בתחומין כח, אני מראה את העיקרון שאם אדם משתמש בהלכה כמגן ציני כדי לבצע עבירות, ההלכה מפקיעה את כל ההגנות הללו. מסיבה זו מותר להרוג גנב שבא במחירת, שכן הוא משתמש בהגנה ההלכתית שאוסרת לרצוח, כדי שתגן עליו בעת שהוא גונב. במקרה כזה ההלכה מפקיעה את ההגנה הזו, ואין לגביו איסור "לא תרצח". הוא הדין לגבי איסורי מלאכה בשבת (לכן מותר להרוג אותו אפילו בשבת, אף שניתן להציל אותו ואת עצמי גם בלי הריגתו, ע"ש). האיסורים הללו אינם פוקעים בגלל שיש חובה מנוגדת להם, אלא בגלל שיש זכות מנוגדת להם, ובמקרים ההם מדובר בזכות שלי להגן על ממוני. הזכות הזו עומדת אפילו כנגד חיי אדם.

דוגמא נוספת למגבלות מלגיו משיקולי טריטוריה, היא הכלל "אין אדם אוסר דבר שאינו שלו". אני דן בנושא זה בהרחבה במאמרי לפרשת חקת הנ"ל<sup>7</sup>, ושם אני מראה שלפחות לחלק מהשיטות גם בסוגיה זו היסוד הוא חוסר היכולת של אדם להיכנס לתחומו של זולתו.

#### קרבן אשם כחציית גבול של טריטוריה

דוגמא נוספת שאזכיר כאן בכדי להציג את שיקולי הטריטוריה, היא קרבן אשם. במאמרי 'מהותו של קרבן אשם'<sup>8</sup>, עמדתי על כך שקרבן אשם מובא בדרך-כלל על איסור של חציית גבול הלכתי (כלומר על מעבר אסור לטריטוריה שאינה שלי, או לטריטוריה של הזולת), זאת גם במקום שאין בכך עבירה הלכתית פורמלית. לדוגמא, אדם שבא על שפחה חרופה להלכה לא עובר אפילו על לאו, ובכל זאת הוא חייב להביא אשם. אדם שעבר עבירת ספק שוודאה חטאת, חייב להביא אשם תלוי, אף שלפי הרמב"ם הוא לא עבר איסור תורה (שכן לשיטת הרמב"ם ספק דאורייתא לקולא מדאורייתא). הוא הדין לגבי אשם גזילות. כפי שכבר ראינו למעלה מהותה של עבירת הגזל הוא חדירה לטריטוריה של הזולת, ולכן גם

<sup>6</sup> ראה למעלה הערה 4.

<sup>7</sup> ראה למעלה הערה 5.

<sup>8</sup> מג"ל טו, תשסז, עמ' 1; וראה גם בספרי הנ"ל, לעשות מצוותיך, במאמר הראשון (לפרשת לך לך).

אשם גזילות מובא על עבירת טריטוריה. כך הראיתי שם לגבי כל קרבנות האשם, שכולם לא באים על חטא (כמו חטאת), אלא על המעבר של האדם לטריטוריה שאינה שלו. אם כן, קרבנות החטאת מבטאים את העבירה על החובה שמוטלת עליי. קרבנות האשם, לעומתם, מבטאים את החדירה לתחום לא לי. ההבחנה בין אשם לחטאת משקפת את ההבחנה בין שני סוגי העבירות: אי ציות לחובות, מול פגיעה בזכויות של הזולת או ההקדש וכדו'.

### בין 'חושן משפט' ל'יורה דעה'

#### מבוא

בפרק זה אנסה לשרטט את הגבול הקטגורי בין 'חושן משפט' לבין שאר חלקי השו"ע. לכאורה זוהי שאלה שונה בתכלית, אולם כפי שאנסה להראות היא אינה אלא בבואה של החלוקה בין חובות לזכויות שהוצגה בפרק הקודם.

#### צדקה או ריבית

למעלה למדנו מדברי הבניין ציון שכל איסורי בין אדם לחברו אינם נדחים בפני פיקוח נפש. כעת נוכל לשאול את עצמנו האם אדם חייב למסור את חייו על מצוות צדקה? לחילופין, האם אדם חייב למסור את נפשו כדי לא ליטול ריבית (מדובר בנטילת ריבית בהסכמת הלווה, שאם לא כן יש כאן גזל שנדון כבר למעלה)? מסתבר מאד שגם הבניין ציון אינו מתכוון לומר זאת. גם הוא לא יטען שיש למסור נפש על מצוות צדקה או איסור ריבית. ברור שההבדל בין ריבית וצדקה לבין ביוש או גזל, אינו בין לאו לעשה, שהרי גם בצדקה ובודאי בריבית יש גם לאו. מהו, אם כן, ההבדל בין שני האיסורים הללו לבין ביוש של אדם, גזל, או ניוול המת?

כאן אנחנו שבים להבחנה בין חובות לזכויות. לא כל החובות שלנו כלפי הזולת נגזרות מזכויות שלו. ישנן חובות כלפי הזולת שהן חובות גרידא, כמו שאר החובות ההלכתיות. חובות מן הסוג הזה ודאי נדחות בפני פיקוח נפש, כמו כל החובות ההלכתיים. רק חובות שנגזרות מזכויות של הזולת הן שאינן נדחות בפני פיקוח נפש, שהרי רק חובות כאלה נעוצות בטריטוריה שאינה שלי, ולכן הן לא נדחות בפני שיקולי פיקוח הנפש שלי, כפי שהסברנו למעלה.

האינדיקציה הראשונית שעולה בקשר להבחנה בין צדקה וריבית לבין גזל נזק וביוש, היא שהלכות צדקה וריבית מופיעות בחלק יורה דעה של השו"ע, ואילו הלכות נזק, רציחה, גזל וביוש, מופיעות בחלק חושן משפט שלו. מדוע באמת החלוקה הזו? האם צדקה

וריבית אינן חובות ממוניות כלפי הזולת, כמו אונאה, הלוואה, או דיני שומרים? מה ההבדל בין שתי הקטגוריות הללו, וכיצד הוא מתקשר לשאלת הטריטוריה והדחייה מפני פיקוח נפש?

#### החלוקה הקטגוריאלית של ה'טור'

כיום אנחנו מתייחסים לחלק המשפטי של ההלכה כקטגוריה מובנת מאליה. כבר בדברי חז"ל אנחנו מוצאים התייחסות שונה לממונות ואיסורים: אין לומדים ממון מאיסור, ספק ממון לקולא לנתבע וכדו'; אבל לא נמצא שם במפורש את ההבחנה הקטגוריאלית בין החלק המשפטי של ההלכה לבין חלקיה האיסוריים. על אף שההבחנה הזו נראית לנו מובנת מאליה, היא דקה מאד, ולא תמיד קל להגדיר אותה. דומני שבמובנה המודרני יש לייחס אותה לר' יעקב בן הרא"ש בעל הטורים, שהוא שחידש והמשיג אותה. הרמב"ם חילק את הקטגוריות ההלכתיות לארבעה-עשר ספרים, אבל אף אחד מהם לא מקבץ הלכות משפטיות שונות רק בגלל אופיין הקטגוריאליות המשותף. מבחינתו הלכות שומרים מתייחדות לעצמן, והלכות הלוואה לעצמן, הלכות טוען ונטען לעצמן, בדיוק כמו הלכות תפילה או הלכות שבת. אין אינדיקציה לכך שהוא ראה בכל אלו פנים שונות של קטגוריה הלכתית מקיפה יותר.

הטור היה הראשון שקיבץ את הלכות הלוואה, שומרים, שליחות, עדים ודיינים, נזיקין, אונאה ומסחר וכדו', לקטגוריה מובחנת אחת, וכינה אותה 'חושן משפט'. השו"ע הלך בעקבותיו, ובכך קיבע את ההבחנה הזו. אין צורך לציין שהטור לא המציא את החלוקה הזו, אלא רק הבחין בה והמשיג אותה. סביר שגם לפניו חכמים היו מודעים לה אך לא באופן מפורש ומומשג.

כאמור, הטור הוא גם שהחליט למקם את הלכות צדקה וריבית בחלק יורה דעה, ולא בחלק חושן המשפט, כנראה מפני שהוא ראה הבדל כלשהו בין הלכות אלו לבין ההלכות הכלולות בחושן המשפט. אם הגדרת חושן-משפט היא מצוות ממוניות בין אדם לזולתו, לא ברור מדוע נכנסים כאן דיני עדות ודיינות, ומדוע ריבית וצדקה לא? לפני שנסביר זאת, נבהיר יותר את מהותה של הקטגוריה המשפטית.

#### התמיהות ביחס לקטגוריה המשפטית

נפתח בכמה קשיים שקיימים ביחס לקטגוריה הזו. אנחנו מוצאים כמה מאפיינים מיוחדים להלכות חושן-משפט, שלא קיימים בשאר חלקי ההלכה. ראשית, להלכה ניתן להתנות על דבר שבממון, מה שלא נכון לגבי שאר חלקי ההלכה, שאין להתנות עליהן, דהוי מתנה על

מה שכתוב בתורה ותנאו בטל. לדוגמא, המשנה (בבא מציעא פרק ז, משנה י) קובעת:

מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם. כל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל, וכל תנאי שיש מעשה בתחילתו - תנאו בטל, וכל שאפשר לו לקיימו בסופו והתנה עמו מתחילתו - תנאו קיים.

אם כן, כל דיני השומרים הם ברירת מחדל, מה שנקרא בעגה המשפטית 'הסדר דיספוזיטיבי'. אדם יכול להתנות ולקבוע את חוזה השמירה בצורה שונה, והוא אינו מחויב לדיני התורה בנושא זה. הדבר נכון ביחס לכל ההלכות הכלולות בחושן-משפט.

הגמרא (בבא מציעא צד ע"א) מתקשה בעניין זה, ואומרת:

אמאי? מתנה על מה שכתוב בתורה הוא, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל!  
- הא מני - רבי יהודה היא, דאמר: בדבר שבממון - תנאו קיים. דתניא: האומר לאשה הרי את מקודשת לי על מנת שאין לך עלי שאר כסות ועונה - הרי זו מקודשת, ותנאו בטל, דברי רבי מאיר. רבי יהודה אומר: בדבר שבממון תנאו קיים.

הגמרא מסבירה שבדבר שבממון אין מניעה לנהוג נגד דיני התורה. היא לא מוצאת לנכון להסביר מדוע זה כך, ומעניין שבכל הש"ס לא מובא מקור לדין זה, והוא כנראה יוצא מסברא. כיצד ר' יהודה יכול לקבוע שניתן להתנות על דבר שבממון, ועוד ללא מקור מפורש בתורה? במה שונה דבר שבממון מכל שאר חלקי התורה שלא ניתן להתנות עליהם? חשוב להדגיש שרוב ככל הפוסקים סוברים שאין שום בעיה בהתניה כזו. אם רוצה אדם להתנות עם השומר שלו שאף שהוא מקבל שכר הוא לא יתחייב בגניבה ואבידה, הרשות בידו לעשות כן לכתחילה. אין אפילו עניין לכתחילה שלא לעשות זאת. זו אינה הכרה בדיעבד, אלא היתר לכתחילתי. כיצד התורה מאפשרת לנו לעבור על דיניה, ואפילו לא רואה בכך שום דבר בעייתית?

יתר על כן, בהקשר הממוני ההלכה רואה במנהג דבר מחייב כמו דין. גדרי החיובים הממוניים נקבעים על פי המנהג. ניתן לקשור את זה להתניה, שכן מנהג הוא התניה מכללא. ועדיין לא ברור מדוע דיני הממונות הם חריגים בעניין זה?

ההלכה גם מכירה בסמכותו של שלטון, בין אם זה מלך ובין אם אלו טובי העיר, לקבוע תקנות וכללים ממוניים שמחייבים להלכה כמו קביעה של התורה. צורות הקניין של החפצים, כמו גם גדרי חיובי השומרים (דיני חוזים) ועוד, נקבעים כולם על פי החוקים שקובעת המלכות או טובי העיר. מדוע יש להם סמכות כזו, שלא ניתנת להם בכל תחום אחר? כידוע, הפוסקים כותבים שאין למלך סמכות לקבוע חוק נגד דין התורה, כלומר חוק שכרוך באיסור, בזה לא נאמר הכלל "דינא דמלכותא דינא". במה, אם כן, שונים דיני

הממונות משאר חלקי ההלכה?

ניתן לחדד את השאלה עוד יותר, ולהקשות: אם מה שמחייב למעשה הוא החוק הנוהג ולא דיני התורה, אז מדוע בכלל התורה טורחת לכתוב את ההלכות הללו? מדוע היא לא משאירה לנו לעשות את מה שהיא מצפה מבני נוח (לפחות לשיטת הרמב"ם), כלומר לקבוע לעצמם מערכת משפטית שתסדר את היחסים הממוניים בין האזרחים?

יתר על כן, במה לימוד הלכות חושן משפט הוא תורה? למה מברכים עליו ברכות התורה יותר מאשר על לימודי משפטים באוניברסיטה? הרי מה שמחייב למעשה הוא החוק שקבע המחוקק, ולא ההלכות שמופיעות בחושן-משפט, אז לכאורה היה עלינו לברך ברכות התורה על לימודי משפטים. זוהי ההלכה הנכונה יותר והמחייבת בפועל.

ניתן לדון בהבדלים נוספים. מדוע בדיני ממונות הולכים לבית-דין ולא לרב או מורה הוראה? במה שונה הקטגוריה הזו מהלכות אורח חיים או יורה דעה? אם אדם עבר על גזל, הוא עבר איסור. אז מדוע שמורה הוראה לא יורה שהדבר אסור וכפה עליו להשיב את הגזילה לבעליה. מהי סמכותו של בית-דין להבדיל ממורה הוראה? מה משמעותה של התביעה של הנפגע? מדוע בית-הדין לא יזום פעולה משפטית בלי תביעה?

גם ביחס לכפייה אנחנו מוצאים הבדל. הגמרא בכתובות (פו ע"ב, וכן בחולין קלב ע"ב) קובעת<sup>9</sup>:

א"ל רב כהנא לרב פפא, לדיך דאמרת: פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיבעיד מצוה, מאי? א"ל, תנינא: במה דברים אמורים - במצות לא תעשה, אבל במצות עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו.

ובכל זאת, הפוסקים כותבים שבדיני ממונות, כמו פריעת חוב, הכפייה היא שונה במהותה מכפייה על מצוות. בדיני ממונות הכפייה נעשית על ידי ירידה לממונו של החייב. כשאדם לא פורע חוב שהוא חייב בית-דין עושה זאת במקומו. לעומת זאת, כפייה על המצוות אינה נעשית כך. אנו כופים אותו לבצע את המעשה, אבל לא עושים זאת במקומו. מדוע באמת יש הבדל כזה בין חושן משפט, לבין יורה דעה או אורח חיים?

<sup>9</sup> ראה גם בבא קמא כח ע"א; מועד קטן טז ע"א ועוד. ובפוסקים ראה קצות החושן, נתיבות המשפט ומשובב נתיבות, חושן משפט סימן ג. וכן בשולחן ערוך חושן משפט תכא, יג; ויורה דעה קנא, א. וראה גם בשו"ת אגרות משה אבן העזר ח"ד סי' סא, ושם יורה דעה ח"א סי' עב; שו"ת בצל החכמה ח"א סי' כו; ושו"ת היכל יצחק אורח חיים סי' מב, ועוד הרבה.

ייחודה של הקטגוריה המשפטית: הצעתו של ר' יחזקאל אברמסקי  
 ר' יחזקאל אברמסקי, בקונטרס דיני הממונות<sup>10</sup>, קובע שדיני הממונות אינם אלא ביטוי  
 לרצונותיו של האדם. ברירות המחדל שהתורה קובעת אינן אלא הערכות עומק פסיכולוגיות,  
 בבחינת "ירדה תורה לכוף דעתו של אדם". אם אדם מפקיד חפץ אצל חברו בחינם, התורה  
 אומדת שדעתם היא שהוא לא יתחייב בגניבה ואבידה, ולכן הדין הוא שהוא פטור. אמנם  
 אם הם יתנו בפירוש אחרת, הם גילו בדעתם שרצונם הוא אחר, ולכן הדין יהיה אחר. אבל  
 כל עוד הם לא הביעו רצון אחר, התורה מגדירה את אומדן הדעת האופטימאלי שלהם.

התזה הזו מותירה את רוב הבעיות על כנן:

א. היא לא מסבירה מדוע האומדן הזה הוא תורה? יש כאן אוסף של עובדות  
 פסיכולוגיות. כעת השאלה לא תהיה האם לברך ברכות התורה על לימוד  
 משפטים, אלא האם לברך אותן על לימודי פסיכולוגיה.

ב. היא גם לא מסבירה מדוע התורה טורחת לכתוב זאת? וכי לא יכלה להשאיר לנו  
 את ההחלטה בדבר ברירת המחדל הזו?

ג. יתר על כן, הסבר זה גם לא מספיק לגבי השאלה מדוע המנהג או דינא דמלכותא  
 קובעים לגבי הלכות אלו, ומדוע ניתן להתנות עליהן?<sup>11</sup>

מהקשיים בסעיף ג עולה בבירור שישנה כאן הנחה נוספת, והיא שדיני הממונות עוסקים  
 בזכויות של האחד אצל חברו. כאשר לראובן יש זכות כלשהי משמעון, הוא כמוכן יכול  
 ליותר על הזכות הזו, וזה פשר היכולת להתנות בדבר שבממון. כאשר המלך, או המנהג, או  
 טובי העיר, קובעים תקנה ממונית, יש כאן התניה מכללא, ולכן הדבר נחשב כאילו הצדדים  
 עצמם התנו על כך. אם כן, ייחוד אחד של ההלכות המשפטיות הוא שהן קובעות זכויות  
 ולא חובות. זכותו של המפקיד בשכר לקבל אחריות גניבה ואבידה, והחובה שמוטלת על  
 השומר נגזרת מזכותו של המפקיד. זה ודאי נכון, ועוד נשוב לכך בהמשך דברינו.

אבל עדיין נותרים בעינם הקשרים בשני הסעיפים הראשונים: לא ברור מדוע הקביעות  
 הללו הן תורה? לחילופין, מדוע העובדות שנלמדות במחלקה לפסיכולוגיה או למשפטים  
 אינן תורה? כמו כן, לא ברור מדוע התורה בכלל טורחת לכתוב זאת, ולא משאירה זאת  
 לקביעה חברתית שלנו?

<sup>10</sup> ראה בתוך החוברת שלו, קובץ מאמרים, ירושלים תשס (הוצאה שלישית).

<sup>11</sup> ניתן היה גם להקשות כיצד הוא יסביר את דיני נזיקין? וכי דעת הבריות קובעת את דין תשלומי נזק? אבל  
 שם ניתן לדרות, שכן הדין היסודי מבוסס על אומדן דעת של בני אדם, כאילו יש הסכמה מכללא שאם אחד  
 פוגע ברכשו זולתו עליו לשלם כך וכך. והתניה משנה את דעת הבריות, ומבטאת עמדה אחרת.



#### ייחודה של הקטגוריה המשפטית

שורש הדברים הוא בכך שהתורה עניינה הוא נורמות ולא עובדות. כבר רש"י הראשון בבראשית מקשה מדוע התורה לא התחילה ב"החודש הזה לכם", אלא ב"בראשית ברא". ההנחה הפשוטה שלו היא שהתורה קובעת הוראות נורמטיביות, הלכות, ולא עובדות. ומכאן, שכאשר ההלכה קובעת חזקה שאדם לא פורע בתוך הזמן, אין כוונתה לקבוע כאן קביעה עובדתית. המאפיין האנושי הזה יכול להשתנות ברבות הימים והמקומות.

מה נצחי ואוניברסאלי בסוגיית אין אדם פורע תוך זמנו? מה שנצחי שם הוא הקביעה הנורמטיבית שכשיש חזקה ברורה די בה כדי להוציא ממון. תכני החזקה כשלעצמם אינם תורה, ואין בהם שום קדושה. הם יכולים להשתנות לפי התרבות והמנהגים השונים. מה שלא משתנה, הוא הקביעה הנורמטיבית, ולא העובדתית, ולכן זוהי ה'תורה' שבסוגיה היא. אמנם כדי להבין את החלק הנורמטיבי של הסוגיה עלינו להיכנס גם לריאליה התלמודית, כלומר לעובדות, ולהבין בתוך איזו מציאות חכמים פעלו, ומה היו ההנחות הפסיכולוגיות שלהם, שאם לא כן לא נוכל לחלץ את החלק הנורמטיבי הנצחי מדבריהם. אבל המטרה של הלימוד היא הנורמה ולא העובדה. זוהי גם ה'תורה' שבלימוד, שעליה אנחנו מברכים ברכת התורה.

אם כן, כשהתורה קובעת ששומר שכר חייב בגניבה ואבידה, היא אינה קובעת קביעה פסיכולוגית. היא קובעת קביעה נורמטיבית: מה שמגיע למפקיד בשכר הוא אחריות על גניבה ואבידה. זו האמת האלוקית, והיא נצחית. זה לא קשור לאומדן הדעת של הצדדים בחוזה, אלא למה שבאמת מגיע בחוזה כזה. זו התמורה הנאותה והצודקת מבחינה משפטית במובן אובייקטיבי. זה רצון ה', ולכן זוהי תורה.

אמנם, כפי שכבר הערנו, אם הצדדים רוצים לתת מתנות זה לזה, אין בכך שום בעיה. אדם יכול לוותר על זכויותיו, ולא לקבל את מה שמגיע לו, או לתת יותר ממה שהוא חייב. זוהי נגזרת פשוטה ממושג הבעלות הממונית, או ממושג הזכות.

אם כן, מכלול ההלכות בחושן משפט הן אוסף הזכויות שיש לאדם בחברה ההלכתית. אוסף זה הוא נצחי ולא ניתן לשינוי, ועליו אנחנו מברכים את ברכת התורה. זהו רצון ה', שכן הוא שנתן לנו את הזכויות הללו, ולא הרצונות של הצדדים המעורבים. אמנם אם אנשים רוצים לתת מתנות, או לוותר על זכויות שיש להם, אין לתורה שום בעיה עם זה. לכן התניה על מה שכתוב בתורה אינה זקקת מקור. לר' יהודה זה היה נראה לגמרי פשוט שבדבר שבממון תנאו קיים, שכן אדם יכול לוותר על זכויות שיש לו. ר' יהודה הבין שכל ההלכות המשפטיות מבטאות זכויות שיש לראובן ולא חובות של שמעון. במקום ההנחה המקובלת שעל השומר יש חובה לתת אחריות גניבה ואבידה, אני מציע תפיסה חלופית, לפיה למפקיד יש זכות לקבל אחריות על גניבה ואבידה מהשומר. החובה של השומר נגזרת

מהזכות של המפקיד. אמנם נכון שמעצם מהותה של זכות, ברור שניתן לוותר עליה. זכות היא מה שעומד לרשותי באם ארצה בו, אבל אם לא ארצה אין שום בעיה לוותר עליו. הקביעות העובדתיות שנקבעות במוסדות המחוקקים, או במחקרים פסיכולוגיים, הן עובדות. ככאלו אין בהן מימד של תורה, ולא שייך לברך עליהן ברכת התורה. כאשר המחוקק, או המנהג, יקבעו ששומר שכר אינו חייב בגניבה אלא רק באבידה, זוהי קביעה של מנהג מחייב, אבל לא של זכות יסודית. אין כאן שינוי של רצון ה', אלא ויתור של כולנו מכללא על זכויות שמוקנות לנו.

#### הערה לגבי אבן העזר: רשות הרבים ורשות היחיד ההלכתיות

מכאן נוכל להבין גם את תפקידו של בית-הדין, ובמה הוא שונה מתפקידו של מורה ההוראה. מורה ההוראה קובע מה חייב פלוני לעשות על פי ההלכה בנסיבות נתונות. לעומת זאת, בית דין קובע אילו זכויות יש לאחד הצדדים אצל חברו. בית דין לא יפעל בלי שיש תובע, שכן תפקידו הוא לכפות על השני למלא את חובותיו, ולא לפגוע בזכויותיו של חברו. כל עוד אני לא עומד על זכויותי, בית דין לא ייכנס לדיון בנושא. תפקידו אינו כפייה על המצוות, אלא לדאוג לכך שזכויותי ימוצו. כאשר אני חש שזכות כלשהי שלי נפגעת, אני פונה לבית דין שיוציא את הזכויות המגיעות לי מבעל הדין שלי. אני כמובן יכול גם לוותר על הזכויות שלי, ולא לפנות לבית דין. במקרה כזה הם לא יפעלו, שכן אדם יכול לוותר על זכויותיו. לעומת זאת, אדם לא יכול לוותר על חובתו לא לאכול חזיר או לשמור שבת. לכן במקרים אלו בית דין מתערבים בכובעם כמי שאמון על כפייה על המצוות (=החובות).

כפי שראינו, תפקידו של הדיין, או של בית הדין, הוא תפקיד ציבורי. החברה ממנה אותו כדי לנהל את היחסים הממוניים והאזרחיים בין חבריה. לעומת זאת, תפקידו של מורה הוראה אינו ממש תפקיד ציבורי. זהו מומחה לענייני הלכה, ותפקידו לספק לי מידע בדבר החובות שההלכה מטילה עליי. מה אני חייב ומה לא. הוא נותן שירותים לאדם הפרטי ולא לציבור. אמנם הכפייה על המצוות נעשית גם היא על ידי בית דין, ולא על ידי מורה הוראה, מפני שזה תפקיד ציבורי. מסירת המידע לאדם הפרטי הוא תפקיד של מומחה. אבל הכפייה על קיום ההלכה במרחב הציבורי היא תפקיד ציבורי ומטרתו היא ציבורית. לכן זהו תפקידו של בית-הדין<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> אמנם יש פוסקים שסוברים שכל יחיד מצווה לכפות על קיום המצוות ולאפרושי מאיסורא, אולם זה נעשה מכוח האצלת סמכות מבית דין ומחמת סיבות טכניות. היחיד הוא זה שנמצא במקום האירוע, ולהביא זאת לבית דין זה מסורבל מאד ולא באמת יאפשר למנוע את העבירה, בדיוק כמו בדין 'רודף'.

מכאן נוכל להבין גם את מעמדו ואופיו של חלק אבן העזר בהלכה. הלכות המעמד האישי שבהן עוסק חלק אבן העזר שבשולחן ערוך מתחברות בדרך כלל לחלק המשפטי של ההלכה. אמנם שם לא מדובר בזכויות של האדם אלא בחובות, אבל מדובר בממד הציבורי של ההלכה. הסדרת המעמד האישי היא חלק מכל מערכת משפטית בעולם, ולכן בהלכה מי שמטפלים בתחום זה הם הדיין ובית-הדין ולא מורה הוראה. מסיבה זו, חושן משפט ואבן העזר נכללים שניהם בלימודי דיינות, ואילו אורח חיים ויורה דעה נכללים בלימודי הוראה.

במאמר מוסגר אוסיף שבשני התחומים הציבוריים הללו אנחנו מוצאים סמכות מופלגת שמסורה לבית-דין: להפקיע את המצב המשפטי ולשנות אותו בלי רצון הצדדים. בדיני הממונות אנחנו מוצאים את הכלל "הפקר בית-דין הפקר", כלומר שבית-דין יכול להפקיע ממון מבעליו בלי מעשה קניין ובלי רצון של הצדדים. גם באבן העזר אנו מוצאים סמכות דומה: "אפקעינהו רבנן לקידושין מיניה". חכמים יכולים להפקיע מעשה קידושין נגד רצון הצדדים.

מדברינו למעלה ניתן להציע הסבר פשוט לכך. חכמים הם שאחראים על רשות הרבים הציבורית. כמו שבממונות הם יכולים לחוקק תקנות שיעקרו את דין תורה בקום עשה, בניגוד לשאר תחומי ההלכה, כך גם בדיני המעמד האישי. הקביעה ששני בני אדם הופכים להיות זוג נשוי היא קביעת סטטוס חברתי. הציבור הוא שמכיר בהם ככאלה, ויש לכך השלכות חברתיות, האישה נאסרת על העולם וכדו'. זוהי סיבה אפשרית לכך שנדרשים שני עדים לקיום הדבר בקידושין. העדים מייצגים את הציבור ונותנים בשמו גושפנקא לנישואין. לכן הם לא מעידים כמו כל עדים אחרים בהלכה, אלא רק נותנים תוקף לקידושין. יש להם תפקיד סטטוטורי, ולא תפקיד של ראייה משפטית.

בזה נוכל להבין סוגיה תמוהה לגבי הפקעת קידושין. הגמרא בכמה מקומות דנה בסמכותם זו של חכמים, ותמהה כיצד הדבר אפשרי. לדוגמא, במסכת כתובות (ג ע"א) אנו מוצאים:

ומי איכא מידי, דמדאורייתא לא להוי גט, ומשום צנועות ומשום פרוצות שרינן אשת איש לעלמא? אין, כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושי מיניה. אמר ליה רבינא לרב אשי: תינח קדיש בכספא, קדיש בביאה מאי איכא למימר? שויה רבנן לבעילתו בעילת זנות.

הגמרא תמהה כיצד ייתכן שחכמים עוקרים דבר מן התורה, ועונה שהמקדש עושה זאת על דעת חכמים. לגבי קידושי כסף הדבר ברור, שכן יש לחכמים סמכות להפקיר ממון, ואם הם מפקירים את הפרוטה של הקידושין ממילא יוצא שהקידושין לא חלו. אולם הגמרא לא מבינה כיצד הדבר קורה גם בקידושי ביאה? וכי הם יכולים להפקיע את הביאה? התשובה

של הגמרא לא ברורה כלל ועיקר: "שויוה רבנן לבעילתו בעילת זנות". אבל כיצד הם עושים זאת? לכאורה אין כאן תשובה לשאלה שנשאלה. יש מהראשונים שמסבירים שכל קידושין הם קידושי תנאי, שכן כל מי שמקדש עושה זאת על דעת חכמים (=בתנאי שחכמים יסכימו). אבל זהו הסבר קשה מכמה היבטים:

א. לשון הגמרא לא מורה כן. ב. יש מקרים שבהם ברור שהאדם לא נותן לחכמים את הסמכות הזו (כגון מי שמקדש אישה בעל כרחו שהפקיעו חכמים את קידושו, והוא ודאי אינו צדיק כזה שמוסר את הסמכות לחכמים).

לכן נראה שההסבר הוא שונה. התורה היא זו שהתנתה את הקידושין בהסמכת חכמים, ולא המקדש עצמו, והסיבה לכך היא שקידושין הם אקט וסטטוס חברתי. חכמים הם שאמונים על הסדרת היחסים החברתיים, ובית-דין הוא נציגם (ראה רש"י בבא מציעא צו ע"ב, ד"ה 'נמעלו'). לכן יש לחכמים סמכות להפקיע קידושין כמו שהם מפקיעים ממון. אגב, לפי הסבר זה יש מקום להבין את מה שמצאנו בכמה אחרונים שחכמים יכולים גם להפקיע גירושין, ולא רק נישואין, שגם על כך תמהו רבים. יתר על כן, ישנם מצבים שחכמים מפקיעים הפקעה פרוספקטיבית<sup>13</sup>, כלומר מכאן ולהבא, ולא למפרע. וגם כאן לא ברור כיצד זה נעשה לפי המכניזם של התנאי. אך לפי דרכנו הם יכולים לשלוט לגמרי בדיני המעמד האישי, ולכן כל ההפקעות הללו אפשריות.

נמצאנו למדים שאבן העזר וחושן משפט מצטרפים ביחד ומהווים את החלק המשפטי של ההלכה. החלק המשפטי הוא החלק הפומבי-חברתי שלה. חלק אחד מהקטגוריה המשפטית הזו הוא חושן משפט, שעוסק בזכויות שיש לכל אחד לגבי חברו, זכויות שהן במהותן הסדר חברתי, שהרי הן נוגעות לקשרים בין בני אדם. וחלק אחר הוא הסדרת המעמד האישי, שגם הוא כמובן חלק חברתי פומבי של ההלכה, ולכן גם הוא מסור לבית-דין.

#### בחזרה לצדקה וריבית

לאחר שהבנו את מהותו של חלק חושן משפט כאוסף הזכויות ההלכתיות שיש לכל אחד מאיתנו, קעת נוכל לשוב ולהבין מדוע הטור בחר למקם את הלכות צדקה והלכות ריבית וכיבוד הורים בחלק יורה דעה ולא בחושן משפט. אמנם גם כאן מדובר במצוות ממוניות בין אדם לחברו, אך אלו בהחלט אינן זכויות של האחר אצלי אלא חובות שלי כלפיו. האינדיקציה הפשוטה לכך היא שהעני לא יכול לתבוע אותי בבית-דין שאתן לו צדקה, על

<sup>13</sup> ראה על כך בפירוט במאמרו של אבישלום וסטריין, 'הפקעת קידושין' במקורות התלמודיים: לשורשיו של פולמוס חדש-ישן, שעומד להתפרסם בכתב העת סידרא.

אף שיש עליי חובה גמורה לתת לו. הסיבה לכך היא שהחובה הזו אינה נגזרת מזכות שלו, אלא היא חובה עליי. הוא הדין לגבי השבת הריבית, שאמנם יוצאה בדיונים, אבל מדין כפייה על המצוות ולא מדיני השבת חוב. כלומר זוהי פעולת יורה דעה ולא פעולת חושן משפט. הלווה אינו יכול לתבוע את הריבית, אלא בית דין יכפה על המלווה להשיב לו את הריבית מדין כפייה על המצוות. הלווה אינו התובע כאן. זהו המצב גם לגבי כיבוד הורים. אף למאן דאמר שיש חובה לכבדם משלו, זו אינה חובה ששייכת קטגורית לחושן משפט, שכן ההורים אינם יכולים לתבוע זאת מן הבן בבית דין. לכל היותר יכול בית הדין לכפות עליו לכבד את הוריו מדין כפייה על המצוות<sup>14</sup>.

נראה כעת השלכה של ההבחנה הזו לגבי הוצאת ריבית בדיונים. ר' יחזקאל אברמסקי מספר<sup>15</sup>, על הכרעה שהוא קיבל כאב"ד לונדון ביחס לדין לגבי ריבית. הלווה עתר לבית-דין קמא שיכפו את המלווה להשיב לו את הריבית שלקח ממנו, בטענה שזוהי ריבית קצוצה, שלהלכה רק היא יוצאת בדיונים. הם דחו את טענתו ופסקו שזו לא היתה ריבית קצוצה. הוא דרש מהם הנמקות ("מהיכן דנתוני"), והם סירבו לתת לו. כאשר פנה לרב אברמסקי בערעור על פסק הדין קמא, פסק הרב כי לגבי השבת ריבית אין עומדת ללווה טענת 'מהיכן דנתוני'. ביאור הדברים הוא שהשבת הריבית היא חובה איסורית, ששייכת ליורה דעה ולא לחושן משפט, שחלה על המלווה שלקח אותה. הלווה אינו צד בעניין, ולכן הוא לא ה'נדון' כאן, וממילא לא 'דנוהו', ולכן הוא אינו יכול לדרוש הנמקות שיסבירו מהיכן דנוהו.

נקודת המוצא היא שהשבת הריבית היא עניין בין המלווה לבית-הדין, ולא בינו ללווה. הלווה אינו בעל דברים דידו, והוא לא יכול לתבוע ממנו בבית-דין את השבת הריבית. בית-הדין הוא שכופה את המלווה ביוזמתו להשיב את הריבית, מדין כפייה על המצוות. אמנם אם הלווה לא ירצה בכך, נראה שהוא יכול למחול ולומר כאילו התקבלתי. אבל זו לא מחילה על זכות, שכן אין לו זכויות על הריבית, אלא נתינת מתנה. ומכיוון שהוא אינו בעל דין, אין לו זכות לדרוש "מהיכן דנתוני". זוהי השלכה חדה וברורה של הקביעה שריבית שייכת ליורה דעה ולא לחושן משפט.

כעת נוכל להבין מדוע הבניין ציון אינו מתכוון לומר שיש למסור את הנפש על איסור ריבית או על מצוות צדקה. ראינו שלדעתו קיים דין ייהרג ואל יעבור על כל עבירות שבין אדם לחברו. אבל הסברנו זאת בכך שעבירות שבין אדם לחברו הן לא רק חובות שמוטלות על שמעון, אלא החובות הללו נגזרות מזכויות שיש לראובן לגביו. מסיבה זו, כפי שראינו,

<sup>14</sup> אף שזו מצווה שמתן שכרה בצדה, "למען יאריכון ימיו", ומעיקר הדין אין כופין עליה. ראה חולין קי ע"ב.

<sup>15</sup> בקונטרס דיני ממונות שלו, ראה למעלה הערה 10.

הן לא נדחות בפני שיקולי פיקוח נפש של שמעון. אולם הסוג השני של החובות הממוניות כלפי החבר, כמו ריבית וצדקה וכיבוד הורים, שמופיעות כולן ביורה דעה ולא בחושן משפט, הן חובות שאין להן יסוד בזכות של השני (כפי שראינו, הוא לא יכול לתבוע אותן ממנו בבית-דין). זוהי בדיוק הסיבה לכך שהן לא מופיעות בחושן משפט. לכן במקרים אלו מדובר בשיקולים של העברייני עצמו, ואם הוא נמצא בסכנת פיקוח נפש מותר לו לא לקיים את חובותיו אלו, שכן הן נדחות בפני פיקוח נפש שלו. אין כאן פגיעה בזכות של אחר, אלא רק אי מילוי חובה שלו. אלו הן הלכות רגילות, וכמו כל הלכה אחרת ביורה דעה הן נדחות בפני פיקוח נפש.

### סיכום: הפרדוקס של הזכויות

המסקנה העולה מדברינו היא שחושן משפט אינו אלא אוסף הזכויות שההלכה מעניקה לכל אדם. זה מה שמייחד את הקטגוריה ההלכתית הזו שיצר והמשיג הטור. מהזכויות הללו נגזרות חובות שמוטלות על האחר, אבל היותן זכויות הוא שמייחד אותן והוא שגורם להיכללותן בחושן משפט.

אם כן, המסקנה היא שיש בהלכה שיח של זכויות, ואפילו שיח רחב מאד. כל חושן משפט הוא שיח הזכויות ההלכתי. כפי שראינו, הסיבה לכך היא שאין לראות בחובות המשפטיות חובות שמוטלות עלינו מכוח ציווי התורה והדרישה שלה מאיתנו, אלא אלו הן זכויות שהתורה מעניקה לכל אחד, והחובות עלינו הן נגזרות של הזכויות הללו.

אין פירוש הדבר שהחלקים האחרים בהלכה, שכוללים גם הם מצוות שבין אדם לחברו, כמו ריבית וצדקה, אכן נסמכים על תפיסה אגוצנטרית של עבודת השם. לאחר שלמדנו שגם לאחר יש קיום בתמונת העולם שביני לבין קוני, כעת נוכל להרחיב זאת ולומר שגם חובת הצדקה ואיסור הריבית הן חובות למען הזולת ולא למעני. אמנם נכון שאלו הן חובות שלי ולא זכויות של הזולת, אבל עדיין אין כאן הכרח לראות את הזולת כסטטיסט. המטרה אינה רק לצאת ידי חובה מבחינת החובות שמוטלות עליי, אלא לסייע לזולת, גם אם במקרים אלו אין לו זכויות מצד עצמו. אם נשוב לדברי תוספות בכתובות שרואה בהלכות נזיקין חידוש של התורה, כעת נוכל להבין שמשמעות הדבר היא שהתורה נתנה זכות לניזק ולא רק הטילה חובה על המזיק. גם המינוח שבו משתמשים התוספות "מלווה הכתובה בתורה" מורה שמדובר על זכותו של הניזק, שכן הם משווים את תשלומי הנזיקין למלווה, שהוא בבירור זכות של המלווה ולא חובה של הלווה גרידא. אמנם תוספות רואים את הדין הזה כחידוש שלא היינו יודעים אותו ללא ציווי התורה, אבל אין פירוש הדבר שהחידוש הוא החובה שלי. בהחלט ייתכן, וכפי שראינו כך אף משתמע מלשון התוספות שהחידוש הוא

### הזכות של זולתי.

כעת נוכל להצביע על הפרדוקס שכרוך במושג הזכות. כפי שראינו, הזכות היא מושג כל כך מוצק בהלכה, שיש דעות לפיהן הוא אינו נדחה אפילו בפני פיקוח נפש. אין שום הצדקה לפגוע בזכות של הזולת, ואין לי אפילו מנדט לקבוע משהו לגביה. הזכויות של האדם מסורות אך ורק לו עצמו. אך מעניין לציין שהדברים אמורים הן לחומרא והן לקולא: מחד, הזכויות הללו, ובעקבותיהן החובות שנגזרות מהן, אינן נדחות אפילו בפני פיקוח נפש. מאידך, הן אינן מחייבות את האדם עצמו. הוא יכול לוותר עליהן אם הוא רוצה בכך. יש בהן חומרא גדולה מאד וגם קולא ייחודית.

הפתרון לפרדוקס הזה הוא שלא מדובר כאן בהכרח בחומרה יתירה של הלכות אלו, אלא בקטגוריה הלכתית שונה. חובות שנגזרות מכוח זכויות אינן בהכרח חמורות יותר מחובות הלכתיות אחרות. החובה לא לנוול את המת אינה חמורה יותר מהחובה לשמור שבת, חובה שהעונש עליה הוא סקילה. האיסור לנוול את המת נובע מסוג שונה של חובה, שכן זוהי חובה שנגזרת מכוח זכות, זכותו של המת לכבוד. ככזו, ניתן לוותר עליה (וזו קולתה), אך מעצם היותה זכות, האפשרות לוותר שמורה אך ורק לבעל הזכות, ולא לאף אחד אחר (וזו חומרתה). זהו פשר הפרדוקס הזה, שמחד הלכות ממוניות הן הקלות ביותר, שכן ניתן לוותר עליהן ולשנות אותן בקלות רבה, ומאידך לפי כמה פוסקים הדין מחייב ליהרג ולא לעבור עליהן. אי ההבנה נובעת מכך שלא מדובר כאן על קולא וחומרא, אלא על קטגוריה שונה: מדובר בחובות שנגזרות מזכויות, ולא בחובות גרידא. זוהי גופא תמצית משמעותה של הקטגוריה המשפטית בהלכה, וזו משמעותו של מושג הזכות בו עסקתי במאמר הזה.