

סימן כד
מצוות בני-נח*

”אם יאמר לך אדם יש
חכמה בגויים — תאמין.
יש תורה בגויים — אל תאמין”¹.

זז. עובר	ראשי פרקים
יח. רודף	הקדמה — קביעת המין בכלאי אילן
יט. מיתה בסייף	מבוא
כ. תשובה	א. עריות
כא. רוב	ב. אבר מן החי
כב. שיעורים	ג. גיל הבגרות
כג. גזל	ד. שבת
כד. יום ולילה	ה. כלאים
כה. עבודה זרה	ו. מומי קרבנות
כו. עונשין מן הדין	ז. לא תסור
כז. קנינים	ח. גירושין
כח. ירושה	ט. נקובת הושט
כט. קידוש השם	י. בן פקועה
ל. פשרה ודין	יא. קנין במלוה
לא. נזקי ממון	יב. קנין אישות
לב. מעילה	יג. העראה
לג. טעם כעיקר	יד. שליחות
מפתח	טו. עדות ודין
	טז. טריפה

* * *

הקדמה — קביעת המין בכלאי אילן

נוהג רווח במטעיים רבים להרכיב זן משובח על כנה מזן אחר או מין אחר. הכנה חזקה יותר אולם פריה אינו משובח כשל הרוכב. ההרכבה מאפשרת להשיג שתי תועליות, גם עץ חזק וגם פרי משובח. לכן נוהג זה נפוץ מאוד בין החקלאים.

* יסודו של מאמר זה במאמר שהודפס בקובץ ”מתתיה” ספר העשור ליב”ע נתניה. וחזר והודפס בהרחבה בספר: ברורים בהלכות הראיה.
1. איכה רבתי פרק ב' י”ג.

הבעיה היא שלא תמיד הזנים מאותו מין, לעתים רבות הם שני מינים שונים, וגם אם שניהם מאותה משפחה מבחינה בוטנית מ"מ הם נחשבים בהלכה כשני מינים שונים. במקרים רבים הפתרון להרכבת מינים מסופקים הוא ע"י נוכרים. אמנם גם נוכרים מוזהרים על הכלאים, אולם מרן הרב קוק זצ"ל חידש שהגדרות המינים בב"נ אינן צריכות להיות תואמות בהכרח להגדרותיהן בישראל. מאמר זה מוכיח הנחה זו ממקורות נוספים שבהם מצינו שגם בהלכות הנוהגות בב"נ אין פרטי ההלכות בב"נ זהים לפרטיהן בישראל. (מאמר זה פותח את התשובות בהלכות כלאים, כי חלק מהתשובות מסתמכות על ההנחות שהונחו במאמר זה).

מבוא

מתוך תר"ג מצוות שנצטוו בהן ישראל, שבע בלבד משותפות לישראל ולבני-נח. שיתוף זה הינו חיצוני בלבד, כי בפרטיהן שונה קיומן של מצוות אלו בישראל מקיומן בב"נ. הרמ"א סובר שלדעת ר' יוחנן נובעים ההבדלים בפרטים אלו מסיבה מהותית. אמנם מצוות ב"נ מן התורה הן ונצטוו משמים, אולם התורה התחשבה באופיים של ב"נ והתאימה את דרישותיה לתכונותיהם. לכן בב"נ קובע הנימוס, הטבע; בישראל קובעת ההלכה². כלומר, בבני-נח קיימת התחשבות בחכמה האנושית שמקורות הזנתה חושניים, שיקוליה מעוגנים בטבע העולמי והאנושי, היא מעוצבת ע"י דעת ההמון וכלליה אינם קבועים, אלא משתנים בהתאם לסגנון החשיבה המשתנה מדור לדור. בישראל, לעומת זאת, קובעת ההלכה התורנית, אשר הגיונה אלוקי, חשיבתה מופשטת, כלליה קבועים ונצחיים מסיני ומטרתה היא העלאתו של עם ישראל מן הטבע הארצי המגושם לספירה על-טבעית, על-זמנית ועל-חושנית.

רעיון דומה הובע גם ע"י המהר"ל מפראג. המהר"ל רואה במספר שבע סמל לעולם הטבע, אשר הושלם בשבעה ימים. במקביל לכך נצטוו ב"נ בשבע מצוות בלבד, מטרותן של מצוות אלו מצטמצמת בשמירה על הטבע האנושי לבל יחרוג ממסגרתו ויתדרדר לדרגת חיה. תורת ישראל אינה דואגת לשמירת הקיים בלבד אלא שואפת לפתוח הנפש, זיקוקה והעלאתה. רצה הקב"ה לזכות את ישראל, להעלותם ממסגרת הטבע ולהביאם לדבקות בשכינה, לפיכך הרבה להם מצוות יתירות על אלו של ב"נ. אופיין השלילי של

2. שו"ת הרמ"א סי' י'. עי"ש שלדעתו נחלקו בדבר ר' יוחנן ור' יצחק בסנהדרין נ"ט א' ולדעתו הלכה כר' יצחק שדיני ב"נ זהים גם בפרטיהם לדיני ישראל. אולם כפי שנראה רבות הראיות לכך שלהלכה קיים הבדל מהותי בין ב"נ לישראל. ורוב האחרונים נוטים כנראה לדעת ר' יוחנן. (עיין המשפט העברי לידידי פרופ' נחום רקובר ועיין תורה-שלמה משפטים כרך י"ז מילואים אות א', שהאריך בדבר. ובמרגליות הים סנהדרין נ"ו ב' אות י"א ולהלן הע' 76. ועיין עזרת כהן סי' כ"ב שאפי' לדעת הרמב"ן [בראשית ל"ג י"ג] שב"נ נצטוו לדון בכל הדינים כמו ישראל, בפרטי הדינים אינם חייבים לדון כישראל. והדבר רמז בלשון הרמב"ן: "כענין הדינין שנצטוו ישראל" ולא בדיוק אותם דינים).

מצוות ב"נ שנועדו כאמור למנוע ירידה, בא לידי בטוי בכך שכולן הינן מצוות לא-תעשה³. הפוזיטיביות של תורת ישראל מאופיינת ברמ"ח מצוות עשה. במינוחו המיוחד של המהר"ל מוגדרות מצוות ב"נ כ"סדר טבעי" ואילו תורת ישראל כ"סדר שכלי"⁴. אין כוונתו של המהר"ל במינוח זה לשלול ממצוות ב"נ תוכן הגיוני והבנה שכלית, אדרבה, המיוחד במצוות ב"נ היותן כולן "שכליות" המתקבלות על הדעת, עד שהרמב"ם היה צריך להדגיש ולומר: "והוא שיקבל אותן ויעשה אותם מפני שצויה בהן הקב"ה והודיענו ע"י משה רבנו שבני-נח מקודם נצטוו בהן, אבל אם עשאן מפני הכרע הדעת אין זה גר תושב ואינו מחסידי אומות העולם אלא⁵ מחכמיהן"⁶. כוונתו של המהר"ל במונח "שכלי" לרוחניות צרופה ומפשטת, בעוד שבמונח "טבעי" כוונתו לחשיבה המשועבדת לטבע החומרי.

ובספרו גור אריה (פרשת שלח פרק ל"ב ד"ה בגנותו) כתב שהשבת שישראל קיימו במדבר לפני מ"ת בסיני, היתה כמצוות ב"נ שאין להם רק כללים ולא פרטים ודקדוקים. ובקונטרסי השיעורים⁷ ביאר שגוי לא נחשב בר-חיובא באיסור גנבה כי חיובו של גוי שונה משל ישראל וכמו שכתב הרמב"ם בפ"י המשנה לחולין פ"ז שהחל ממתן תורה נצטוו ישראל במצוות מסיני. ולפי"ז כל הציוויים שניתנו לפני מ"ת אינם מסיני אלא יש להם גדר שונה. אם כי יש להעיר על הגדרה זו מהרמב"ם בהל' מלכים שהבאנו שגם ב"נ חייב להיות מצווה מסיני.

ולענ"ד י"ל שהחל ממתן תורה גם מצוות ב"נ עיקר חיובן מסיני ובכל זאת יש הבחנה בין קיומן ע"י ישראל לבין קיומן ע"י ב"נ.

הוגה דעות אחר, שיש לראות בדבריו רעיונות לדעה שהובעה עד כה, הוא הרב אליהו בן אמוזג⁸. ספר שלם הוקדש על ידו להבהרת רקמת היחסים שבין עם ישראל ותורתו לבין בני-נח ומצוותיהם — "ישראל והאנושות". הוא מדגיש את השוני הקיים במערכת הפרוצדורה המשפטית בין התורה לבין מצוות ב"נ, דבר המעיד לדעתו על מטרות שונות העומדות בפני שתי מערכות משפטיות אלה. בכך מסביר הוא את ההלכה שב"נ נענש גם ללא התראה, בעוד שישראל אינו נענש ללא התראה מוקדמת:

"שוני זה נובע באופן טבעי מאופייין של שתי התחזיקות, חוקת בני-נח היא בעלת אופי רציונלי, תכונתה של תורת משה היא אחרת, זוהי חוקת כהנים שניתנה לא בשביל העולם הזה בלבד, אלא בשביל השמיים... לפיכך נמצא הישראלי בחזקת אי הידיעה של החוק,

3. עיין סנהדרין נ"ח ע"ב: "כי קא חשיב שב ואל תעשה, קום ועשה לא קחשיב".
4. תפארת ישראל פרק ז' ועי"ש פרק א' ולהלן בדוגמאות ההלכתיות אות ז'. ובאר הגולה ב' עמ' 31. ועיין חת"ס גוי קונה בחצר כי הוא קנין טבעי, בעוד שקנינו של ישראל הוא תורני. (עיין להלן סעיף כ"ז).
5. ויש גורסים: ולא מחכמיהן.
6. רמב"ם הל' מלכים פ"ח הל' י"א. ועיין עמוד הימיני למו"ר הגר"ש ישראלי עמ' קע"א.
7. הו"ד באוצר מפרשי התלמוד ב"מ י' ב' הע' 171.
8. ליוורנו תקפ"ג — תר"ס.

כל עוד לא קיבל עליו ידיעה מפורשת, בעוד שההצטדקות של אי הידיעה אינה חלה על ב"ב אשר חובתו הרציונלית מתקבלת ממילא ע"י המצפון האנושי⁹. בדברינו הבאים ננסה להוכיח את הרעיון האמור ע"י דוגמאות הלכתיות, נפתח בראיותיו של מרן הרב קוק זצ"ל, אשר הוכיח רעיון זה ויישם אותו הלכה למעשה, בעיקר בהלכות כלאים.

א. עריות

"יש לב"ב שאר (קרבת משפחה, מלשון: שאר בשר) האם, ואין לו שאר האב"¹⁰ לפיכך, רק אחותו מן האם אסורה לו, אך אחותו מאביו מותרת, לעומת זאת בישראל לא קיימת הבחנה זו, אדרבה, מצינו עדיפות בדברים מסוימים למשפחת האב "משפחת אב קרויה משפחה ואין משפחת אם קרויה משפחה"¹¹.

יחס הבן לאמו הוא יחס טבעי, עובדת היותה אמו הינה מציאות הידועה לכל, ללא פקפוק, יחסו של הבן לאביו אינו ניכר לעין וניתן להטיל בו ספק, יחס זה מתבסס על חזקה משפטית מופשטת, ש"רוב בעילות אחר הבעל"¹². ובלשון המדרש¹³: "אמו — ידועה, ואביו — חזקה"¹⁴. ובלשון התלמוד: "אחות אב יש לה חיים... אחות אם ודאית"¹⁵.

ב. אבר מן החי

בישראל מתירה השחיטה בעל חיים באכילה ומפקיעה בכך את איסור אבר מן החי שחל על אבריו בחייו. אפילו אם אחרי השחיטה בעל החיים מפרסס עדיין האכילה מותרת, כי מבחינת ההלכה שחוטה כמתה, אך לב"ב מפרססת אסורה¹⁶.

9. ישראל והאנושות הוצאת מוסד הרב קוק עמ' 228. ועיין להלן אות י"ט.
10. סנהדרין נ"ח.
11. ב"ב ק"ט-ק"י, רש"י יבמות נ"ד ע"ב ד"ה יש לה.
12. חולין י"א א' ועיין אות כ"א שאין הולכין אחרי הרוב בב"ב משום שאינו בירור ודאי. ועיין מרגליות הים סנהדרין נ"ו, ב' אות כ"ו בשם דברי שאול תנינא פ' במדבר שלא נצטוו ישראל קודם מ"ת אלא על כיבוד אם בלבד. ויש להוכיח שלא בגלל ספק באבהות אין הולכים אחר האב מזה שאדה"ר הותר בבתו (סנהדרין נ"ח ב') והרי שם לא היה חשש לאבהותו של אדם אחר? אעכ"ל שזיקת האב לבתו אינה מוחשית כזיקת האם לבנה ולכן הותר אדה"ר בבתו.
13. תורת כהנים אמור. ונזיר מ"ט א' שמשום כך היה צורך לכתוב בכה"ג שלא יטמא גם לאביו וגם לאמו ע"ש.
14. עץ הדר פרק א'. ויש להעיר, שמצינו בירושה שב"ב יורש את אביו? וי"ל שבירושה אין אחר שיירש לכן יורש הבן את אביו (ועיין בהסכמת הגר"מ חרל"פ לעינים למשפט קידושין אות א'), וכן יש להעיר מב"ב שאסור באשת אביו, וצ"ל שסור"ס מקובל ליחס ב"ב לאביו, אלא שאין מעמד האב שזה של האם. וראיה מכיבוד אב שנהג גם אצל ב"ב, כגון עשיו ודמא בן נתינה.
15. יבמות נ"ד ב'. ועיין נזיר ס"א א' שאין לגויים אב וירושה שאני.
16. חולין ל"ג א'. (עיין מזרחי בראשית ל"ז ד"ה ובשלושתן בהסבר המחלוקת בין יוסף ואחיו בזה).

ההסבר לכך הוא שהשחיטה אינה ממיתה את הבהמה במציאות, שהרי עדיין מפרכסת היא, אלא רק מבחינת הדין. בב"נ קובעת המציאות ולכן מפרכסת אסורה. בישראל קובע ההגיון ההלכתי ולכן היא מותרת¹⁷.

ג. גיל הבגרות

הגיל הקובע את הבגרות בישראל הוא י"ג לבן וי"ב לבת. באשר לב"נ יש הסבורים שאין גיל קבוע לבגרותו, אלא שמשערים בכל אחד ואחד אם בר דעת הוא או לאו¹⁸. לדעתם גיל הבגרות הוא בכלל השיעורים ולא ניתנו השיעורים אלא לישראל ולא לב"נ¹⁹. לפי זה יתכן שיימצא קטן מבן י"ג שדינו כגדול אם הוא בר דעת. אף כאן רואים אנו שבישראל קובעת ההלכה, בלי התחשבות מיוחדת בדרגת התפתחותו השכלית של כל קטין וקטין באופן אישי (להוציא שוטה גמור שגם בגדלותו פטור מכל המצוות). אך בב"נ קובעת המציאות ולכן קטן פיקח יתחייב וגדול שהבנתו פחותה ייפטר²⁰.

ד. שבת

גוי ששבת חייב מיתה²¹, ישראל לעומתו מוזהר על שמירת שבת. אולם לא הרי שיעור המלאכה האסורה בשבתם של ישראל כהרי שיעורה המחויב בשבתם של ב"נ. בישראל יש שיעור ידוע לכל מלאכה, כגרוגרת, כמלא הסיט כפול ועוד, אך בב"נ אין שיעור קבוע

17. עץ הדר פרק א' ובמהדורת הרב זולדן שם הערה 8. ועיין שו"ת חת"ס יו"ד סי' י"ט שדן בשאלה מדוע ביצים לא יחשבו לאבמה"ח וייאסרו לגויים? ולדברינו י"ל שאע"פ שמצד הדין הביצים הן אכן אבמה"ח אולם מצד המציאות אינן נחשבות לאבר מן החי. ועיין בכורות ו' ב' ודילמא לסחורה משמע שב"נ מותר ביוצא מן החי, כי אינו נחשב במציאות כאבמה"ח. ועי"ש שטמ"ק אות ב' וראשית ביכורים להר"א וינברג עמ' 28 שלדעתו ב"נ אינו חייב בפרטי מצוותיו כישראל.

18. שו"ת הרא"ש כלל ט"ז א'. שו"ת חת"ס יו"ד סי' שי"ז. ועיין תוס' רי"ד בשטמ"ק כתובות י"א א' בענין "הגדילו יכולין למחות" שבאו לכלל דעת ועדיין לא באו לכלל עונשין. ועיין חמדת ישראל דף ק"ג ב' בפירוש דבריו. ועיין שנות אליהו לזרעים בליקוטים מהגר"א שפירש שעיר הנידחת דינה כדין ב"נ והקטנים שבה נידונים משום שהם בני דעת. ובמרדכי סנהדרין ס"פ היו בודקין סי' תשט"ז שאף הוא כתב שהמדובר בגדולים קצת ולא קטנים לגמרי (ועיין ביאור הגר"א יו"ד סי' ש"מ ס"ק י"ג). ועיין נזיר ס"ב א' לאתווי עכו"ם גדול ואינו יודע הפלות משמע שהדבר תלוי בדעת ולא בגיל. גם מה שנאמר שם שדין מופלא הסמוך לאיש נוהג בישראל ולא בגויים י"ל כנ"ל שמכיון שבב"נ אין שיעור לבגרות, אלא הדבר תלוי בדעת, אין אפשרות לקבוע זמן מסוים לפני הבגרות. ועי' פד"ר כרך ט"ז מעמ' 345 ואילך.

19. רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' י' ועיין להלן אות כ"ב.

20. עץ הדר פרק א'.

21. סנהדרין נ"ח.

למלאכות, אלא הדבר תלוי בנוהג, וכל מלאכה שלפי המקובל יש בה טורח בכמות מסוימת היא הנחשבת למלאכה, ואם עשה פחות מכך לא יצא ידי חובתו שלא לשבות²². וכן ביחס לעצם הגדרתה של המלאכה, בישראל נלמדו ל"ט מלאכות שבת ממלאכות המשכן, אף שיש מהן שאין בהן טורח כלל, כי לא הקושי הפיזי נאסר בשבת, אלא מעשה החולין שיש בו משום "מלאכת מחשבת"²³. השבת אינה יום מנוחה בלבד, אלא גם יום קדושה. לעומת זאת ב"נ נצטווה על עבודה פיזית ונאסרה עליו מנוחת הגוף. הגדרתה של מלאכה בב"נ תהיה שונה, איפוא, מהגדרתה בישראל. מלאכה שלפי המקובל אין בה טורח לא יתחייב לעשותה, וכן להיפך — טירחה שאינה מוגדרת כמלאכה אצל ישראל תחשב כמלאכה לב"נ ויאסר עליו לשבות ממנה²⁴.

(ובזאת תימצא לנו תשובה לשאלה ידועה. כידוע היה לאבות דין ב"נ, אך הם קיימו גם את כל התורה בישראלים, וא"כ כיצד נהגו בשבת, כב"נ היו חייבים לעבוד בה, וכישראלים היו חייבים לשבות בה וא"כ מה עשו?²⁵ להנ"ל יש לומר שהאבות טרחו בשבת טירחה כזאת שלפי דיני ישראל אינה נחשבת למלאכה, אך לפי דיני ב"נ היא נחשבת למלאכה²⁶).

ה. כלאים

ב"נ אסור בהרכבת כלאים²⁷, אך יתכן שהגדרת המינים הנחשבים ככלאים זה בזה תהיה שונה בב"נ מהגדרתם בישראל; בישראל קובעת התורה אלו מינים נחשבים כלאים, אך בב"נ קובעת מראית העין והמוסכם בהמון. ייתכנו, איפוא, מינים שלישראל יהיה אסור להרכיבם ולב"נ יהיה מותר להרכיבם בגלל הדמיון שביניהם (בעיקר בשלבים מסוימים של הגידול) כגון, האתרוג והלימון²⁸, האגוז והאפרסק²⁹ המישמש והשקד³⁰.

22. עץ הדר שם (ועיין להלן אות כ"ב ביחס לשיעורים בב"נ).
23. עיין רמב"ן ויקרא כ"ג ז' בהגדרת המונחים "מלאכה" ו"עבודה".
24. משפט כהן סי' י"ג. וכ"כ בבנין ציון סי' קכ"ו.
25. עיין ספר המקנה לקידושין ל"ז בתוס' ד"ה ממחרת הפסח, ועיין להלן אות כ"ד תירוצו.
26. מיהו לפי הרמב"ן (ויקרא כ"ג, כ"ד ד"ה יהיה) אסורה כל טרחה בשבת בעשה, ועיין בית האוצר להגר"י ענגיל כלל א' אות כ' שתירץ קושיה זו אחרת, שהאבות עשו מלאכה שאינה צריכה לגופה, או קלקול, שלישראל אינן כמלאכה ולב"נ מלאכה הן, עוד תירוצו יש שם שהם עשו מלאכה פחות מכשיעור. וזה אינו מסתבר שכן בפחות מכשיעור אין טורח כלל. ועיין עיטורי תורה תולדות.
27. סנהדרין נ"ו ב' רמב"ם הל' מלכים פ"י הל' ו'.
28. עץ הדר פרק א'.
29. שם, ופרקים ל"ז-ל"ח.
30. משפט כהן סי' י"ג וכ"ד. ולפי"ז יתכן לחדש ולומר שאם עפ"י אנשי המדע שני מינים אינם נחשבים לכלאים ביניהם בגלל דמיון במבנה הפירות והעלים, מכיון שהדבר מקובל בשכל האנושי לא יחשבו לכלאים לב"נ, כי הגדרת הכלאים אצלם היא עפ"י מושגיהם האנושיים, המשתנים.

ו. מומי קרבנות

בני-נח אסורים להקריב מחוסר אבר לקרבן, אע"פ שבעל מום מותר להם להקריב³¹ כי לא כל מום הפוסל את הקרבן בישראל מוסכם ע"י החברה ומורגל ע"י הכלל³². (המהר"ל מפראג מוסיף נקודה נוספת, בקרבן ב"נ צריך גופה של הבהמה להיות שלם, בקרבן ישראל צריכה כל צורת הבהמה להיות תמימה, דוקין שבעין אינם מום בגופה של הבהמה אלא בצורתה, לישראל יש מעלה הנבדלת מן הגוף לכן גם קרבנם צריך להיות שלם ולא רק בגופו, לב"נ אין מעלה כזאת ומשום כך קרבן כזה אינו פסול אצלם³³).

ז. לא תסור

ישראל מצווה לא רק על קיום מצוות התורה בלבד, אלא גם על גזירותיהם ותקנותיהם של חז"ל, גזירות אלו אינן חלות על ב"נ³⁴ ואפילו אם ייגזרו ע"י דיניהם. חיובו של אדם לציית לגזירת בי"ד שנגזרה בדורות עברו, אינו מתישב תמיד עם ההגיון ההמוני הפשוט, אשר הבנתו משתנית מדור לדור. אך תורת ישראל נצחית, על כללותיה, פרטותיה ודקדוקיה, לכן גם תקנות חז"ל קבועות הן לדורות³⁵.

ח. גירושין

בישראל מתבצעים הגירושין ע"י גט כריתות. אפילו אם לאחר מתן הגט נשארה האשה בבית בעלה, מעיקר הדין היא מגורשת³⁶. ב"נ אינו יכול לגרש את אשתו ע"י פעולה משפטית גרידא, אלא רק ע"י הוצאתה באופן מוחשי מביתו ושילוחה לעצמה³⁷. הדוגמאות שהבאנו בשמו של מרן הרב זצ"ל, להוכחת העקרון המנחה את ההבדלים שבין מצוות ב"נ לתורת ישראל, פותחות בפנינו את הפתח להבאת דוגמאות נוספות ברוח זו:

31. ע"ז ה'ו' ועיי"ש שגם לאליליהם אינם נוהגים להקריב בעל חיים המחוסר אבר, הגמ' לומדת הלכות קרבן של ב"נ לה' ממנהגי פולחנם לע"ז, משמע שמחוסר אבר הוא מום טבעי, המקובל בכל הדתות והפולחנים ("הקריבהו נא לפחתך") בעוד שמום שפסלה התורה בישראל אינו פסול טבעי אלא פסול הלכתי-תורתי המיוחד לישראל בלבד, עיין גטין נ"ז א'. ולכאורה הבחנה זו עומדת בסתירה להערה הקודמת? ונראה לומר שבכלאים קובע המין, והגדרת המין משתנה בהתאם להבנה האנושית, בעוד שבמום קובע בב"נ המראה האסטטי וזה תלוי תמיד רק בחושים.
32. עץ הדר פרק ל"ו.
33. נצח ישראל פ"ו ועיין ספורנו דברים ט"ז כ"א.
34. עיין ש"ך יו"ד סי' נ"ה ס"ק י"א.
35. עץ הדר פרק מ'. ועיין קונט' דברי סופרים לר"א וסרמן, קו"ש ח"ב סי' א' אות כ"א שיש גזרות דרבנן גם בב"נ, אולם גם לדעתו אלו מקרים חריגים.
36. ומה שפסלו גט ישן (גיטין פ"א) הוא רק משום חשש שמא בא אליה וקידשה מחדש.
37. רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' ח'.

ט. נקובת הושט

לדעת הרמב"ם נקובת הושט נחשבת כנבלה מחיים³⁸ שדינה כמתה ואין שחיטה יכולה להתירה. ה"תבואות שור" מחדש לפי דעה זו שיהיה הבדל בין ישראל לב"נ, בישראל אין בנקובת הושט איסור אבר מן החי, שהרי אינה חיה, אך בב"נ נשאר איסור אבר מן החי גם בנקובת הושט³⁹.

הבחנה זו תוסבר לפי דברינו. נקובת הושט עדיין לא מתה במציאות, סוף סוף היא חיה עדיין ואינה גרועה ממפרכסת⁴⁰ שנשחטו בה רוב סימנים, היא נחשבת כמתה רק מבחינה הלכתית. משום כך לב"נ, שעבורו קובעת המציאות, היא אסורה באיסור אבר מן החי, אך לישראל, שעבורו קובע הדין ולא החוש אין בה איסור אבר מן החי, ולכן היא מותרת כי מבחינה זו הרי היא כמתה.

י. בן פקועה

בהמה שנשחטה כדין, עובר הנמצא במעיה נחשב כשחוט, גם אם נותר בחיים והוא הנקרא "בן פקועה"⁴¹. בעובר כזה אין איסור אבר מן החי, שכן הריהו כאילו שחוט, אולם לב"נ נחשב בן פקועה כחי ואסור לו באיסור אבר מן החי⁴². אף הלכה זו מובנת על רקע דברינו, מבחינת המציאות המוחשית בן פקועה הוא כחי גמור, ורק מבחינה הלכתית הוא נחשב כשחוט, ובב"נ קובעת המציאות ולא ההלכה.

יא. קנין במלוה

לדעת הרמב"ם ישראל קונה קרקע מחבירו לא רק בכסף ממש אלא גם במלוה. הא כיצד? כגון שהמוכר חייב סכום כסף ידוע לקונה, והוא מוכר למכור לו קרקע תמורת החוב שהוא חייב לו, הקנין חל במקרה כזה⁴³. אך בגוי, סובר ה"מקנה", אין אפשרות לקנות קרקע במלוה אלא אך ורק בכסף ממש⁴⁴. מלוה אינו כסף בעין יש לו רק דין כסף. (ובזאת מיושבת סתירה ברמב"ם, הסובר מצד אחד שאשה אינה מתקדשת במלוה, אלא רק בכסף ממש, ונימוקו: "מפני שהמלוה להוצאה נתנה ואין כאן שום דבר קיים להנות בו מעתה, שכבר

38. הל' שחיטה פ"ג ה"כ.

39. תבואות שור סי' ל"ג ס"ק ב'.

40. עיין לעיל אות ב'.

41. חולין ע"ד ושו"ע יו"ד סי' ג'.

42. פרשת דרכים למשנה למלך דרוש א'.

43. רמב"ם הל' מכירה פ"ז הל' ד'.

44. המקנה קידושין ו' ב'. ודייק כן מרש"י שם ד"ה "אינה מקודשת" שציין שהמקור לקנין קידושין הוא שדה עפרון (וכעין זה דייק גם האבני מילואים — עיין להלן הערה 47) וכדעה זו סובר כנראה הב"ח שהובא ע"י הש"ך (יו"ד סי' ש"כ ח') שמכירת בכור לגוי במלוה לא מועילה ועיין שדה חמד מערכת חמץ ומצה ס' ח' אות י"ד (כרך ח' סוף עמוד 297 בהוצאה הישראלית).

הוציאה אותו דינר ועבר הנאתו⁴⁵ ומאיך פוסק הוא שקרקע נקנית אפילו במלוה?⁴⁶ התשובה לסתירה זו היא, שקנין קידושין נלמד מקנין שדה עפרון שהיה גוי וגוי אינו קונה קרקע אלא בכסף ממש, וכן קידושין אשה אינם יכולים לחול אלא ע"י כסף שיש בו הנאה מוחשית ולא ע"י מלוה⁴⁷, אך קרקע של ישראל נקנית אפילו במלוה, שכן אין קנין קרקע בישראל נלמד מקנין שדה עפרון שהיה גוי⁴⁸. נמצינו למדים, איפוא, שגוי קונה רק בכסף מוחשי ולא במלוה, שאינה אלא זכות משפטית ושעבוד מופשט בלבד⁴⁹, אך בישראל גם זכות כזאת דיה ליצור קנין.

יב. קנין אישות

האשה מתקדשת בישראל בשלש דרכים, בכסף בשטר ובביאה⁵⁰, אך ב"נ אינו קונה אשה אלא בביאה בלבד⁵¹. קנין ביאה הוא צורת האישות הטבעית, הממחישה בעליל את הקשר הממשי הנוצר בין האיש והאשה. קנין כסף ושטר אינם אלא צורות קנין הלכתיות שהתורה חידשה אותם לשם קידושין אשה בישראל⁵².

ומסתבר לומר שביאה ב"נ נחשבת לבעלות (ומכאן שורש המילה) שבה קונה הבעל את אשתו (עיין סנהדרין [נ"ז ע"א רש"י ד"ה על הגזל], שהבא על א"א ב"נ נחשב לגזלן). אך בישראל חידשה התורה גדר אחר, וקנין כסף ושטר אין בהם בעלות אלא צורת התקשרות מופשטת וממילא גם ביאה בישראל אינה בעלות אלא התקשרות, ואין קנין אשה בישראל מדין בעלות כלל.

45. רמב"ם הל' אישות פרק ה' הל' י"ג.

46. עיין קידושין מ"ז שהשוו קידושין לקנין קרקע, ועיין מגיד משנה על הרמב"ם הל' מכירה פ"ז הל' ד'.

47. עיין אב"מ סי' כ"ח ס"ק ט"ז. ועיין או"ש הל' אישות פ"ה הל' כ"ד (ושונוה קנין אשה בישראל מקנין שדה משום ש"קנין" אשה אינו כקנין ממוני רגיל אלא גילוי דעת לקשר הנפשי שבין האיש והאשה. ורק בחיצוניותו הוא דומה ל"קנין". ועיין מש"כ במגדים ח' במאמרנו על הפילגש) ועיין משך-חכמה ויצא, שגם קידושין יעקב בלאה ורחל היו במלוה אע"פ שהמדובר היה לפני מ"ת ובכ"ז היה כבר הבדל בין קידושין במלוה למכר במלוה, ע"ש. ועי' באב"מ הנ"ל שגם מתנה ע"מ להחזיר אינה מועילה בקידושין משום שהאשה לא קיבלה לידיה שום דבר ממשי. ולדברינו לפי"ז לא תועיל מתנה ע"מ להחזיר בב"נ. ועיין הגה"מ שבת פ"ו ב' שהק' מדוע לא תועיל מכירת חמץ לגוי במתנה ע"מ להחזיר? ולדברינו מיושב, בגוי אין מתנה ע"מ להחזיר.

48. עיין קידושין כ"ו א'.

49. ולגוי אין שעבוד, ואפילו משכון אינו קונה (פסחים ל"א — המקנה שם).

50. קדושין ב' א'.

51. סנהדרין נ"ח ב', הל' מלכים פ"ט הל' ז'.

52. ודוק בלשונו של הרמב"ם תחילת הלכות אישות על ההבדל שבין התקופה שלפני מ"ת לבין התקופה שאחריה, ועיין ב"משאת משה" סי' כ"ה שכתב שלב"נ אין קנין אישות אלא חיי אישות. והשוה דברי הרב יצחק אריאלי בסוף עינים למשפט קידושין שכ' להיפך. וידועה סברת הרוגצ'ובי בענין נישואין אזרחיים, שהחיים המשותפים מהוים קנין אישות בב"נ, ורובד זה קיים גם בישראל אלא שנוסף עליו רובד ישראלי.

יתירה על זאת, בישראל קיימים שני שלבים בקנין האישות: אירוסין ונישואין. הארוסין נחשבים רק מעין "קנין" להלכה, בעוד שהנשואין מהווים מעין "קנין" למעשה, לחיים משותפים בפועל, אפילו קדושי ביאה דינם כאירוסין ולא כנישואין⁵³. גם החופה לדעת פוסקים רבים אינה אלא פעולה סמלית, המסמלת את כניסתה של האשה לרשות בעלה⁵⁴. ואפילו לדעת הרמב"ם שחופה היא יחוד, אין בה ביאה ממש אלא יחוד הראוי לביאה, ואינו אלא פעולה משפטית מופשטת⁵⁵. אך בב"נ אמרו: "בעולות בעל יש להם, נכנסה לחופה ולא נבעלה — אין להם"⁵⁶. עפ"י תפיסה זו כשם שהאשה היא רכוש בעלה בב"נ גם הילדים הם רכוש האב (רמב"ם הל' עבדים פ"ט ה"ב), בעוד שבשאר ישראל אין הילדים רכוש הוריהם (ורק לענין אמה העבריה נתנה התורה זכות חריגה לאב לדברים מוגבלים).

יג. העראה

יש הסוברים שב"נ שהערה בערוה מן העריות פטור⁵⁷, ואילו ישראל חייב גם על העראה ללא גמר ביאה⁵⁸. העראה אינה ביאה ממש וכל חיובה אינו אלא משום שהתורה ריבתה אותה והחילה עליה דין כאילו היתה ביאה ממש. אפשר להמליץ על העראה את המליצה, מקצת ביאה ככולה, מציאות אין כאן אלא מקצת, אך מבחינת הדין — דינה ככולה. (ומשום כך כשישראל הערה בערוה ואח"כ גמר את ביאתו אנו זוקפים את עיקר המעשה לגמר הביאה ולא להעראה, שהרי כל חיובה של ההעראה אינו אלא משום שדינה כגמר ביאה ולא יתכן שיהיה הטפל חמור מן העיקר, והדמוי ההלכתי יותר מן המציאות הממשית⁵⁹. וכן במקום שגמר הביאה מותר, כגון במקרה שעשה דוחה לא תעשה גם העראה תהיה מותרת, ולא נאמר שההעראה תהיה אסורה משום שבאותה עשה נעברת העבירה והעשה לא מתקיים רק בגמר הביאה, שלא יהיה טפל חמור מן העיקר, וכיון שגמר הביאה מותר גם ההעראה מותרת⁶⁰. וסברה כזאת מצינו לענין רובו

53. קידושין י' ועי' רמב"ם הל' אישות פ"י הל' א' ובמגיד משנה שם.

54. עיין שו"ע אה"ע סי' נ"ה ס"א בהגהת הרמ"א.

55. רמב"ם הל' אישות פ"י הל' ב' ואפילו כשאינה ראויה לביאה מכל מקום תפסו הנשואין מבחינה מסוימת. עי"ש הל' ב' והל' ו' ביחס לחופת נדה ועיין הל' תרומות פ"ז הל' כ"א.

56. גירסת הכסף-משנה (על הרמב"ם שם) בגמ' סנהדרין נ"ח ומאירי שם (ועיין הערת הרב סופר).

57. סנהדרין נ"ז, רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' ז' בכסף משנה. ועיין ירושלמי קידושין פ"א הל' א'.

58. יבמות נ"ג ב' ורמב"ם הל' איסורי ביאה פ"א הל' י'.

59. ובזאת מתורצת קושית חתנו של ה"פני-הושע" (בהקדמתו לסדר נשים) וכן הקשה בערול"נ סנהדרין ע"ג ב' על האמור בכתובות ל"ב, מדוע הבא על אחותו משלם ממון ופטור ממלקות, הרי בממון נתחייב רק בגמר ביאה ואילו במלקות נתחייב כבר ברגע ההעראה? ולדברינו מיושב שמאחר וגמר את ביאתו מתחייב במלקות רק על העיקר — גמר הביאה, ולא על הטפל — ההעראה, ומכיון שבגמר הביאה נתחייב ממון ונפטור מן המלקות אין לחייבו על ההעראה יותר מאשר על גמר הביאה, (ואח"כ מצאתי כעין זה בקובץ שיעורים להר"א וסרמן ח"ב סי' י').

60. ותירוץ כעין זה כתב בשו"ת חמדת שלמה (או"ח סי' ח') לגבי הלאו של "לא תקרבו לגלות ערוה"

ככולו, שאם שחט רוב סימנים בהכשר ושהה במעוט אחרון — כל השחיטה פסולה⁶¹, משום שלא הכשירה התורה את שחיטת הרוב אלא משום שדינה כאילו נשחט הכל בהכשר, ומכיון שסוף סוף במציאות נשחט המעוט האחרון באופן פסול לא יתכן שהדמוי ההלכתי יחשב יותר מהמציאות הממשית⁶²).

יד. שליחות

אין שליחות לב⁶³ בעוד שבישראל נוהג הכלל הידוע: "שלוחו של אדם כמותו"⁶⁴. שליחות הינה מושג הלכתי מופשט, שלפיה מתיחסת פעולת השליח למשלח, או שהשליח קיבל יפוי כח לפעול במקום המשלח⁶⁵. מבחינה עובדתית אין להכחיש את המוחש שבעצם לא נקף המשלח אצבע והמעשה נעשה כולו ע"י שלוחו, ואכן אין השליחות חלה אלא כלפי אישיותו המשפטית של המשלח, כמושג מופשט, ולא כלפי אבריו המוחשיים של המשלח. ולכן אין השליחות חלה בדברים שבהם יש צורך שהמשלח יעשה אותם בגופו הפיזי ממש, כגון במצוות התלויות באברים מסוימים בגופו, כתפילין, סוכה, לולב וכד⁶⁶. בחילול שבת אין

שעליו עובר לפני שמקיים את העשה, (וכן תירץ "בקובץ הערות" יבמות סי' ז' י) אלא שמדברי התוספות (ב"ב י"ג ד"ה כופין) שכתבו שאין עשה של "פרו ורבו" דוחה לא תעשה של "לא יהיה קדש" משום שאינם מתקיימים באותה שעה, משמע שלא כדברינו (ועיין טורי אבן חגיגה ב', שדחה דבריהם מסיבה אחרת, ועיין המאיר לעולם ה"א סי' א' ד"ה מהו שכתב כעין זו לדחות את "הטורי אבן" ולא דחה בה את תירוץ התוספות). ועיין לקח-טוב להגר"י ענגיל ח', ח'. ושו"ת בית הלוי ח"א ס"ס א'.

61. עיין רש"י חולין ל"ב. ויתכן לומר שרש"י לשיטתו בסנהדרין ע"ג ב' ד"ה משעת העראה ועי"ש חי' הר"ן שכשיש גמר ביאה אינו חייב על העראה בלבד.

62. עיין שו"ת בית הלוי ח"ב סי' י"א ו'. ושו"ת דבר אברהם ח"א סי' ב', ב'. (ועי"ש סי' כ"ג ג' ש"רובו ככולו" הוא מושג דיני ולא מציאותי. ועיין להלן אות כ"א.) ועיין ריטב"א קידושין ע"ז ד"ה אב"א ומה שתמה עליו בשו"ת רעק"א סי' רכ"ב אות י"ד. ולדברינו מיושב, שהשרת הבתולין נעשית ע"י העראה בלבד.

63. ב"מ ע"א ואפילו מגוי לגוי יש הסוברים שאין שליחות (בית שמואל אה"ע סי' ה' ס"ק ט' המגן אברהם אר"ח סי' תמ"ח סק' ד', שלא כדעת המשאת בנימין סי' צ"ז). ועיין חמדת ישראל עמ' צ"ט.

64. קידושין מ"א.

65. על ההבדל בין שתי ההגדרות עיין אור שמח הל' אישות פ"ג הל' ז' ולקח טוב להר"י ענגיל סי' א', ועיין קצות החושן סי' קפ"ח בהסבר מחלוקתם של הרמב"ם והטור. ובשיעורי ר' איצל מפוניבז' על קידושין. עפ"י ההגדרה השניה, שהשליח עומד במקום המשלח, ניתן אולי להסביר מדוע אין דין שמירה לנוכרים. כי כל מהותו של השומר היא שהוא בא במקום הבעלים ומקבל עליו אחריות במקומם. השומר דומה איפוא בהגדרתו המשפטית לשליח וכשם שאין שליחות לנוכרים כך גם אין שמירה לנוכרים. וצ"ע.

66. עיין קצות החושן סי' קפ"ב ס"ק א'.

שליחות⁶⁷ וכן בעבירות שאיסורן משום שיש בהן הנאה גופנית⁶⁸, ומכיון שבב"נ קובעות העבודות המוחשיות — אין המושג שליחות חל אצלו⁶⁹.

טו. עדות ודין

דינים היא אחת המצוות שנצטוו בהן ב"נ. לדעת הרמב"ם מצות דינים מתייחסת לשש המצוות האחרות, ב"נ חייבים לדון את העובר על אחת מהן. לדעת הרמב"ן (בראשית ל"ג) מצות דינים מתייחסת לכל מערכת המשפט, כפי שזו נוהגת בישראל. לדעת הרמ"א (שו"ת סי' י') המחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן מצטמצמת רק לשאלה האם העמדת שופטים היא מכלל שבע מצוות ב"נ שהם נענשים עליה או לא. אך שניהם מודים שב"נ חייבים לדון בכל הדינים הנהוגים גם בישראל. הרב קוק מדייק מלשון הרמב"ן שאין ב"נ מצווה לדון לגמרי בכל פרט ופרט כישראל. (עי' לעיל הערה ו).

נתייחס לפרט אחד, לעדות⁷⁰:

ב"נ נידון בעד אחד בעוד שבישראל "נל פי שנים עתים... יקום דבר"⁷¹ הבדל זה בין דיני ב"נ לדיני ישראל יובן לכשנגדיר היטב את מושג העדות.

שני גדרים לעדות:

א. נאמנות על ברור העובדות.

ב. כח להחיל את ההלכה במקרה הנידון שנאמר: "יקום דבר".

לשם ברור העובדות, גם עד אחד נאמן. ואיסורין יוכיחו שעד אחד נאמן בהם⁷².

הצורך בשני עדים קיים במקום בו יש צורך בנאמנות נוספת לשם שינוי המעמד האישי, או להוציא ממון מחזקתו, או להטיל עונש גופני, כמיתה או מלקות על הנאשם. בכל אלו העדות אינה מצטמצמת בבירור העובדות בלבד אלא היא הגורמת להפעלת החוק במקרה הנידון לשם שינוי המצב המשפטי⁷³.

67. ולכן אמירה לנכרי אסורה משום שבות ולא משום שיש שליחות לעכו"ם לחומרא, שהרי סוף סוף המשלח נח מבחינה פיזית בשבת (בית מאיר אה"ע סי' ה' חתם סופר אר"ח סי' פ"ד).

68. קידושין מ"ג לא מצינו בכל התורה כולה זה נהנה זה מתחייב.

69. בכתובות י"א א' תוד"ה מטבילין כ' שבטבילת גר זכייתו וישראליותו באין כאחד. ובמדות לחקר ההלכה כלל א' כתב שבעצם גם גוי הוא בר שליחות אלא שהתורה שללה זאת ממנו, וע"י "באין כאחד" מוסרת המניעה. לדברינו, אין לגוי שליחות בעצם. ואכן בבית האוצר אות ב' כ' הסבר אחר לדברי התוס', שמכיון שקדושה היא מעל לזמן יכולים סיבה ומסובב לחול כאחד.

70. רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' י"ד עפ"י סנהדרין נ"ז.

71. דברים י"ט ט"ו.

72. כי תפקידו של העד לקבוע רק את העובדות כגון אם דבר זה הוא חלב או שומן, וזאת כוונת הרמב"ם (הל' סנהדרין פט"ז הל' ו') באומרו: "אינו צריך שני עדים למלקות אלא בשעת מעשה, אבל האיסור עצמו בעד אחד יוחזק". ר"ל שלגבי ברור העובדות עד אחד נאמן אפילו לדיני מלקות, אך לצורך הטלת עונש המלקות עצמו על הנדון יש צורך לשני עדים.

73. יסוד הדברים לקוח מהריטב"א כתובות י"ח ב' ד"ה אמר להו רבא שלמד זאת מהפסוק עפ"י שנים

בבני-נח המשפט הוא צורך חברתי-אנושי⁷⁴ להסדיר את חיי החברה ולמנוע זעזועים וסכסוכים בתוכה, אולם בישראל נועד למשפט יעוד נעלה יותר, תפקידו להשליט את הצדק האלקי בחיי המעשה⁷⁵. לא צורך חיי שעה הוא, אלא צורך חיי עולם, לא יציאת ידי חובה של האמת היחסית האנושית, אלא זיקה לאמת האלקית המוחלטת. לשם כך צריך להיות כח נאמנותה של העדות בר תוקף אשר יחיל את חוק התורה על החיים המעשיים. אך בב"נ אין צורך בתוקף זה של העדות לקיים דבר, אלא בנאמנות על העובדות בלבד. (ואכן גם בישראל מכירים אנו בשני רבדים משפטיים, הרובד של משפט התורה והרובד של משפט המלוכה. משפט המלוכה בישראל מקביל לצורת השיפוט של בני-נח⁷⁶, אשר נאלצים להשתמש בה לצורך שעה, לפתור בעיות חברתיות-אנושיות, שמשפט התורה באופן מכוון לא תמיד מתחס אליהן. כשאין מלך מסורה סמכות זו בידי בית הדין⁷⁷).

מסיבה זו מסתבר שבי"ד של ב"נ שחרץ משפט מות על נאשם לא עשאו בכך "גברא קטילא" וכל ההורגו יתחייב מיתה, משום שכח זה של הפיכת חי למת מבחינה משפטית ניתן לישראל בלבד⁷⁸.

עדים יקום דבר, ולכן הדין: כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד, כי כבר בהגדה הראשונה התקיים הדין. ועיין ריטב"א מכות כ"ז א' א' סוד"ה אימת שמקיימי דבר הם עדים הבאים להעיד דוקא ולא סקרנים שבאו לראות. ועפ"י דבריו בכתובות פירושו במכות מוסבר יותר. ועיין שערי יושר להגר"ש שקופ שער ז' פרק א' ושער ו' פ"ו ועי"ש פ"ג ונוב"י מהק' סי' מ"א. ועיין אר"ש פ"ד מהל' עדות הל' א', ושם הל' רוצח פ"ב ה"ט, ציונים תורה להגר"י ענגיל כלל ה'. ודרכי הקנינים ש"ו פ"ג. ושם בש"א פ"ח כ' שעדות הוא מעין "יפוי כח" עי"ש. ועיין גידולי שמואל ב"ב ל"א שתלה את מחלוקת ר"ה ור"ח שם בשאלה אם עדות היא בירור או דין. ועיין קצוה"ח סי' ס"ח א' שגויים אינם בני עדות בשטר. ויתכן לומר שעדי קיום הם סוג אחר של עדות וזו אין לגויים כלל, אך עדות בירור יש להם. ועיין שטמ"ק ב"ב ל"ד בענין מחויב שבועה שאינו יכול לישבע. ועיין רמב"ם ריש פכ"ד מהל' סנהדרין משמע שבד"מ די בשכנוע עצמי של הדיין. ובב' עדים הוא כנראה חייב להשתכנע. ועיין הל' יסוה"ת פ"ח סוף הל' ב' ובקובץ התורה והמדינה י"א-י"ג מאמרי הגר"י כהן והגר"ב ליפקין.

74. וכ"כ בשיחות ראייה יתרו.

75. עיין כלי חמדה דברים ב' ומשום כך אין להם "קים ליה בדבריה מיניה", ואיסור "לא תגוררו" ועוד עי"ש.

76. אר"ש הל' מלכים פ"ג הל' י' והל' רוצח פ"ב ה"ט. ועיין אר"ש הל' איסורי ביאה פ"ג ה"ב שלדעתו לא הופקעו ישראל מדיני ב"נ, ועיין לעיל הע' 2. ויתכן שבעיה זו האם ישראל חייב גם במצוות ב"נ תלויה בשאלה האם מצוות ב"נ זהות בפרטיהן לדיני ישראל מיהו אין הכרח לכך. ועיין אבן האזל הל' נז"מ פ"ח. ונחל יצחק סי' ז' ענף ב'. ואורות ישראל למרן הרב זצ"ל פ"ה סי' ח'. ומנ"ח סוף מצ' כ"ו. שו"ת זרע אברהם ח"א סי' כ"ד ומפענח צפונות עמ' רל"ט.

77. עיין אור שמח שם ודרשות הר"ן דרוש י"א.

78. משנה למלך הל' ערכין פ"א הל' י"ג. ועיין רשב"ם ב"ב צ"ב ב' שמוכתב למלכות נחשב לגברא קטילא. ואולי נקט לשון מושאלת ולאו דוקא. ועשר"ת חכ"צ סי' פ"ז ומנ"ח מצ' כ"ו ו', ובהתורה והמדינה ח"א הסתפק הגרי"א הרצוג אם מלך ישראל שגזר על אדם דין מות הפכו לג"ק. ולפי האר"ש הנ"ל הע' 76 אין הבדל לענין זה בין מלך ישראל למלך גוי. ועיין יד רמה ומאירי סנהדרין

וכן עדות קרובים כשרה בב"נ⁷⁹, כי זה שפסלה תורה עדות הקרובים הוא לא מפני שהם בחזקת אוהבים זה לזה, שהרי פסולים להעיד לו בין לזכותו ובין לחובתו, ואפילו משה ואהרון אינם כשרים להעיד זה לזה. אלא גזירת הכתוב היא⁸⁰ שעדים צריכים להיות ניטרליים ורחוקים מכל זיקה לבעלי הדין.

ומשום כך יש הסבורים שב"נ נהרג בהודאת עצמו⁸¹, בעוד שבישראל אין הודאת בעל דין מועילה אלא בדיני ממונות⁸², אך בעונשים אחרים הכלל הוא: אין אדם משים עצמו רשע⁸³. דעה זו מוסברת בכך, שההלכה שאין אדם יכול להפליל את עצמו נובעת מהנימוק שאדם קרוב אצל עצמו וקרוב פסול לעדות בין לזכותו ובין לחובתו. אין כאן איפוא חוסר נאמנות אלא העדר יכולת משפטית להחיל על עצמו את הדין. בב"נ, כאמור, אין צורך בתוקף זה של העדות להחיל את החוק על הנידון, אלא בנאמנות בלבד, ומכיון שנאמנות קיימת גם כשאדם מפליל את עצמו לפיכך הוא נהרג בהודאת עצמו.

אך יש הסבורים שאדם אינו נאמן כלל על עצמו, אפילו לחובתו, "שמא נטרפה דעתו בדבר זה שמא מן העמלין מרי נפש הוא, המחכים למות שתוקענין החרבות בבטנם ומשליכים עצמם מעל הגגות"⁸⁴. ולדעתם ב"נ לא ייהרג בהודאת עצמו שכן אינו נאמן כלל להפליל את עצמו⁸⁵. אך לדברינו י"ל שב"נ יהרג גם עפ"י עדות נסיבתית, כגון במקרה של הרץ אחר חברו לחורבה ויצא משם כשחרבו מנטפת דם ונמצא הרוג מפרפר. בעוד שבישראל לא יהרג במקרה זה בגלל העדר עדות ישירה. אך מדיני המלכות המקבילים לדיני ב"נ יתכן שגם ישראל יהרג במקרה זה.

טז. טריפה

ב"נ שהרג טריפה חייב⁸⁶ אך ישראל פטור.

- ע"א ב' שגם ב"נ שנידון בע"א ודיין א' יש לו דין ג"ק. ועיין עינים למשפט שם. ואולי נתגייר שאני משום שעתה קיבל פסק דינו תוקף סופי ואולי יודה למל"מ שאסור להורגו. וצ"ע.
79. רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' י"ד עפ"י סנהדרין נ"ז.
80. רמב"ם הל' עדות פ"ג הל' ט"ו עפ"י ב"ב קנ"ט.
81. החינוך מצ' כ"ו. ומקורו אולי מהגר העמלקי שמ"ב א' שלא היה כנראה גר צדק, לדעתו. ועיין עינים למשפט סנהדרין ע"ח ב'. ועיין תורה תמימה פרשת נח שמקור דברי החינוך בירושלמי.
82. ואף בהם יש אומרים שאין בעל דין נאמן, והודאתו מועילה מדין התחייבות או גזרת הכתוב.
83. כתובות י"ח.
84. רמב"ם הל' סנהדרין סוף פרק י"ח.
85. עיין ברמב"ם שהגר העמלקי נדון בהוראת שעה או בדין המלכות ולא משום שגוי נהרג בהודאת עצמו ואולי לדעתו היה העמלקי גר צדק (ועיין מנחת חינוך מצוה כ"ו אות ה' ועיין ש"ך חושן משפט סי' ל"ז ס"ק א' ובקצות שם אם בעל דין פסול משום קרוב או חשש משקר, ועינים למשפט סנהדרין נ"ז א').
86. רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' ד'.

טריפה פירושה בעל חיים שאחד מאבריו החיוניים נפגע בצורה כה חמורה עד שאין הוא מסוגל לחיות יותר⁸⁷. במציאות, הטריפה ממשיכה לחיות אך מכיון שעומדת היא למות, מצד הדין כאילו אינה חיה. כאמור, בב"נ קובעת המציאות ובישראל הדין, משום כך ב"נ שהרג את הטריפה דינו כהורג אדם חי ואילו ישראל נחשב כמי שהרג גברא קטילא.

וכך ביחס להקרבת קרבן טריפה. יש אומרים שב"נ רשאי להקריב בהמה טריפה⁸⁸, בעוד שישראל רשאי להקריב אך ורק בהמה בריאה. כי לפי תפיסתו של ב"נ טריפה הרי היא כחיה, ואינה נחשבת כמתה.

בד"א ביצור חי, אלא שאבר חיוני שבו נטרף, אולם באדם הנחשב מת הקריטריונים לקביעת מותו יהיו בב"נ מוסכמים על השכל האנושי, ובישראל רק ודאות מוחלטת ללא כל עוררין עפ"י ההלכה תיחשב למוות (הגרשז"א, אסאי נ"ג—נ"ד עמ' 26, מנחת שלמה ב"ג סי' פ"ו).

יז. עובר

ב"נ שהרג עובר במעי אמו נהרג עליו⁸⁹, מה שאין כן בישראל. העובר הוא יצור חי מצד עצמו, אך מבחינה הלכתית אין הוא נחשב עדיין לאישיות עצמאית שניתן לכנותה בשם "אדם" (ומשום כך אין עובר מטמא בנגעים שנאמר "אדם כי יהיה בעור בשרו" ועובר אינו אדם)⁹⁰. ולכן יש הסוברים שלעובר לא נאמר הדין של "האדם וחי בהם", שממנו למדים שפקוח נפש דוחה את כל התורה כולה⁹¹ והתירו מסיבה אחרת: "חלל עליו שבת אחת, כדי שישמור שבתות הרבה"⁹². (ויתכן שהגדרת אדם היא כמו שיעור ואין שיעורין לב"נ).

יח. רודף

ב"נ שהרג רודף שרדף אחר חברו ב"נ ע"מ להורגו והיה יכול להצילו באחד מאבריו נהרג עליו וישראל פטור⁹³.

87. חולין מ"ב, ושם נ"ז. ים-של-שלמה חולין פ"ג סי' פ' שרוב טרפות אינן חיות, אך מעוט מהן חיות, ועיין להלן אות כ"א שבב"נ אין הולכים אחר הרוב, משום שהרוב אינו מברר את המציאות אלא רק קובע כיצד לנהוג מספק. וכ"כ בעינים למשפט סנהדרין ע"ח ב'.

88. תוס' רבנו אלחנן ע"ז ה' ב' ופנים מאירות זבחים קט"ז.

89. עיין לעיל אות ו' שרק בעל מום הניכר לעין פסול לקרבן בב"נ, וק"ו לטרפה שאינה ניכרת כלל ורק סופה למות.

90. נדה מ"ד עיין בית האוצר להר"י ענגיל ח"א כלל י' (אותיות ב' וד').

91. יומא פ"ה.

92. עיין העמק שאלה לנצי"ב (שאלתא קס"ז י"ז) הנפקא מינה בין שני נמוקים אלו, (והשוה לעיל אות י' בענין בן פקועה שיתכן שלב"נ אין כלל המושג של "עובר ירך אמו" שהוא מושג משפטי מופשט).

93. רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' ד' והראב"ד השיג, עיין שם.

להבנתה של הלכה זו עלינו לעיין במושג "רודף". אנו מבחינים בשני גדרים במושג זה:

1. הצלת הנרדף מידי רודפו.
 2. דין "אין לו דמים"⁹⁴ מהתורה התירה את דמו של הרודף ועשאתהו כ"גברא קטילא"⁹⁵. כשאפשר להציל את הנרדף ע"י פגיעה באחד מאבריו של הרודף, הרי מצד הצלת הנרדף אין כאן היתר להורגו, אך הרודף מצדו אין לו דמים, או משום שהנרדף עצמו רשאי להורגו אע"פ שיכול להנצל ע"י פגיעה באבריו של הרודף⁹⁶, או משום שאמנם כל מציל שיכול להציל באחד מאבריו אינו רשאי להרוג את הרודף, בכל זאת יתכן שימצא אדם בסוף העולם שלא יוכל להצילו אלא בהריגתו של הרודף, דיה לאפשרות רחוקה זו לקבוע שלרודף מצד עצמו אין לו דמים⁹⁷.
- היתרו של ב"נ להרוג רודף אינו אלא מהנימוק המעשי של הצלת הנרדף, אך הנמוק השני, שהתורה התירה את דמו של הרודף לא קיים אצלו, שכן קביעה הלכתית מופשטת מסוג זה נוהגת בישראל בלבד ולא בב"נ⁹⁸. משום כך כשאפשר להצילו באחד מאבריו, כשהנימוק המעשי לא קיים, אלא רק הנמוק המופשט, ב"נ חייב וישראל פטור.

יט. מיתה בסייף

מיתתו של ב"נ בסייף⁹⁹. בישראל נמסרו ארבע מיתות לבי"ד, לפי חומרת העבירה: סקילה, שריפה, הרג וחנק. המיתה בסייף היא הצורה שהיתה נפוצה ביותר בחברה האנושית, "כדרך שהמלכות עושה"¹⁰⁰. מטרתו של עונש המות לפי התפיסה המקובלת היא לבער הרע מן העולם, תפקידו הוא שלילי בלבד. אולם בישראל יש לעונש המות גם תפקיד חיובי, לא רק ביעור החוטא, אלא גם כפרת החטא. משום כך נקבעה מיתה מיוחדת לכל עבירה ועבירה¹⁰¹.

94. שמות כ"ב א'.
95. ערש"י סנהדרין ע"ב ב' ד"ה לפקח עליו את הגל. עיין חי' ר"ח הלוי הל' רוצח, אפיקי ים ח"ב סי' מ', אמרי משה סי' ל'.
96. ר' שלמה איגר בדרוש וחידוש לאביו ר' עקיבא איגר כתובות ל"ג.
97. עיין משפט כהן סי' קל"ט ובסגנון אחר הגר"ז בחידושו על הרמב"ם הל' רוצח. ועיין שו"ת עמוד הימיני להגר"ש ישראלי סי' ט"ז פ"ב. ועיין אמרי משה סי' ל' ועינים למשפט ברכות ס"ב א'.
98. השוה לעיל אות ט"ו ובהערה 72, שקביעה זו אינה קיימת בב"נ.
99. רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' י"ד.
100. סנהדרין נ"ב.
101. (עיין להלן אות כ') אתון דאורייתא להר"י ענגיל סוף כלל ג', אלא שלדעתו למצות "ובערת הרע מקרבך" אין צורך במיתה מסוימת אלא כל מיתה כשרה לה. ועיין תוס' מכות ב' א' ד"ה כל, שמ"ובערת הרע מקרבך" למדים היתר להמית באחת מד' מיתות דוקא, ועיין מרגליות הים סנהדרין נ"ז י"ג ושם קי"א ט'. ולכן גם אין עונשין מן הדין. עיין להלן אות כ"ו.

לפנינו דוגמא נוספת לשוני המהותי שבין משפט ב"נ למשפט התורה. בפני משפט ב"נ ניצב האינטרס חברתי העכשווי, בעוד שבפני משפט התורה עומד תיקון האדם ומעמדו הרוחני לא רק בעוה"ז אלא גם בעוה"ב¹⁰².

כ. תשובה

האחרונים הסתפקו אם מועילה תשובה בב"נ¹⁰³. מרן הרב זצ"ל אמנם האריך להוכיח שתשובה מועילה בב"נ¹⁰⁴, אולם נראה שיש להבחין בשני גדרים בתשובה:

1. תיקון החוטא העוזב את חטאו ולא שב לסורו מכאן ואילך.
2. תיקון החטא וכפרתו למפרע, עד כדי יכולת להפוך את הזדון לשגגה¹⁰⁵ או לזכות. התשובה מן הסוג הראשון מובנת לכל בר דעת ואין צורך לצוות עליה במצוה מיוחדת, או לראותה כסגולה נעלה. היא מתחייבת בהכרח מחובת קיומן של כל אחת מן המצוות, כי הסברה נותנת שאף אם עבר אדם על אחת ממצוות התורה, לא נפקע חיובה ממנו והוא חוזר ומצווה לקיימה. וכי מי שאכל שום וריחו נודף, יחזור ויאכל שום ויהא ריחו נודף? אולם התשובה מן הסוג השני אינה מובנת בנקל ע"י ההגיון האנושי, שאינו מסוגל לעכל את הרעיון העמוק שהרהור תשובה בהווה יש בכוחו לתקן את החטא בעבר¹⁰⁶. לסוג זה של תשובה היה צורך בצווי מיוחד, יש לה גדרים מיוחדים¹⁰⁷ והיא סגולה על-טבעית ועל-זמנית שזכו בה ישראל ולא בב"נ¹⁰⁸.

כא. רוב

האחרונים חידשו שבב"נ אין הולכים אחר הרוב¹⁰⁹. הכרעת ספק ע"י רוב אינה בהכרח ברור ודאי של העובדות, כי יתכן שבמקרה הנדון ארע הדבר כהמיעוט דוקא. הליכה אחר הרוב אינה אלא דין, הבא לקבוע כיצד לנהוג בספקות מסוג זה¹¹⁰. (ומשום כך, למשל, אין הולכים בממון אחר הרוב, אפילו בישראל, כי חזקת

102. עיין משאת המלך על הל' רוצח פ"ה הל' ד'.

103. מנחת חינוך מצ' שס"ד והוכיח מנינוה שמועילה.

104. אגרות ראי"ה ח"א עמ' קס"ו.

105. עיין עמק יהושע דרוש א'.

106. ועל זה אמר יחזקאל (ל"ג י"ז) "ואמרו בני עמך לא יתכן דרך ה'..." (עי"ש).

107. עיין רמב"ם הל' תשובה פ"א הל' א' שהתשובה עצמה אינה מצוה אלא רק הוידוי. הרהור תשובה מועיל רק לתיקון החטא מכאן ולהבא (ועיין קידושין מ"ט ב' שמא הרהר תשובה בלבד). אך לכפרת החטא למפרע יש צורך בידוי דברים דוקא.

108. עיין קובץ הערות ליבמות כ"ב ב' (סי' כ"א אות כ"ב במהדורה הראשונה).

109. פרי מגדים שער התערובות חלק א' חקירה ג'. נודע ביהודה תנינא אה"ע סי' מ"ב. ועיין אגרות ראי"ה ח"א עמ' קפ"ד.

110. שערי יושר, שער ג' פרק א' ועי"ש שחילק בין רובא דאיתא קמן לרובא דליתא קמן, וצ"ע אם יש

ממון הינה זכות הגיונית טבעית המוסכמת ע"י החברה האנושית, גם אלמלא היה דין תורה נוהג. ולכן אי אפשר להפקיע זכות זו ע"י דין רוב, שאינו מברר את המציאות הטבעית, אלא רק קובע כיצד לנהוג בספק באחד מדיני התורה¹¹¹. וכן מצינו בנדרים¹¹², הנודר מן השמן אסור גם בשמן שומשומין למרות שהרוב באותו מקום מסתפקים בשמן זית, שמא גם לשומשומין נתכוין, כי בנדרים הולכים אחר לשון בני אדם וכוונותיהם הטבעיות ועבורם אין הרוב משמש בירור מוחלט). מכיון שבב"נ קובעת המציאות הטבעית אין הולכים בדיניו אחרי הרוב¹¹³.

כב. שיעורים

לא ניתנו שיעורים לב"נ, לפיכך ב"נ שאכל אבר מן החי חייב בכל שהוא¹¹⁴. השיעורים קובעים מסגרת פורמלית לחוק, "וכל מדות חכמים כך הן, בארבעים טאה הוא טובל, בארבעים טאה חסר קורטוב אינו יכול לטבול בהן. כביצה — מטמא טומאת אוכלין, כביצה חסר שומשום — אינו מטמא טומאת אוכלין. שלשה על שלשה — מטמא מדרס, שלשה על שלשה חסר נימא אחת — אינו מטמא מדרס"¹¹⁵. ההגיון האנושי הרגיל אינו נוטה לקבל מתוך הבנה גישה זו. נוחה לו יותר הגישה הגמישה, המתחשבת בכל מקרה ומקרה לפי מצבו ותנאיו המיוחדים. אולם דוקא פורמליות זו היא המשמשת סימן היכר מובהק לחשיבה משפטית מופשטת ומפותחת, שאינה נותנת למציאות המוחשית להשתלט עליה ולהשתנות בכל מקרה ומקרה, אלא רואה בעקרון המשפטי המופשט והקבוע יתד בל תמוט שהמציאות תלויה ומתחשבת בה.

בעית הצדק המתעוות ע"י פורמליזם מופרז, אינה מתעוררת אלא כשרואים את החוק כיצירה אנושית הבאה להקל על המשפט למצות את הצדק. אך המשפט התורני רואה את עצמו כפוף לחוק אלקי ושאיתו אינה מיצוי הצדק האנושי המצומצם והיחסי אלא השלטת הצדק האלקי המוחלט על מערכת היחסים החברתיים בין בני אדם. שאלת הצדק היחסי אינה מתעוררת כלל במקום בו קיימת השאיפה לצדק המוחלט¹¹⁶.

מקום לחילוק זה בב"נ. ועיין דבר אברהם ח"א סי' כ"ג ג', שגם "רובו ככולו" הוא ענין דיני ולא ענין מציאותי. ועיין שטמ"ק לב"מ ו' ב' בשם הרא"ש. ועיין מנ"ח מצ' כ"ו בסוף.

111. שערי יושר, שער ג' פרק ג'.

112. נדרים נ"ג.

113. עיין קונט' דיני ממונות להגר"י אברמסקי אות ה' ועי' להלן אות ל"ג.

114. רמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' י'.

115. ר"ה י"ג.

116. עיין מאמרו של הרב מ.צ. נריה זצ"ל "משפטיו לישראל" בקובץ מתתיה ספר העשור ליב"ע נתניה. ועיין כוזרי מאמר ג' ז'. אם כי אין התורה מתעלמת מצרכי השעה ולשם כך ייפתה את כוחו של המלך לדון בדיני הצדק הטבעי המקובלים בעולם כפי שהוסבר לעיל באות ט"ו. ובהעדרו ניתן כח זה לבי"ד. עיין דרשות הר"ן סי' י"א.

הסבר אחר להבדל זה בין ב"נ לישראל ניתן להלן אות כ"ג.

שיעור הפרוטה, לכל הדברים הנוגעים בממון, נכלל אף הוא במסגרת השיעורים, שאינם נוהגים בב"נ. משום כך ב"נ שגזל פחות משה פרוטה חייב מיתה¹¹⁷. (לפי הסבר זה, גם לפחות משה פרוטה יש ערך ממוני, ורק השיעור הפורמלי אין לו, ולכן גם לישראל יהיה אסור לגזול פחות משה פרוטה כדין חצי שיעור האסור מן התורה¹¹⁸. אולם יש חולקים וסוברים שבישראל אין לפחות משה פרוטה ערך ממוני כלל¹¹⁹, ולדעתם עלינו לומר שדין התורה שקבע את הפרוטה כשיעור המינימלי לדינים התלויים בממון הוא שגרם לכך שבישראל רק הפרוטה נחשבת לממון, ופחות ממנה לא נחשב לבר-ערך כלל, בעוד שבב"נ מכיון שלא נתנו להם שיעורים נשאר היחס לפחות משה פרוטה כאל כל ממון אחר).

כג. גזל

איסור "לא תגנובו" האמור בישראל כולל גם גונב על מנת להחזיר או גונב ע"מ לשלם כפל¹²⁰. אולם בספר יד רמה כתב שלב"נ מותר לגנוב ע"מ לשלם יותר, והוכיח כן מהמסופר בגמרא שאיוב היה גוזל שדות מיתומים משביחן ומחזירן להם¹²¹.

ניתן להסביר הבדל זה בשני אופנים:

א. בישראל העקרון המשפטי הוא מופשט, קבוע ונצחי ואינו תלוי כלל, ובמציאות משום כך אינו יכול להתחשב בנסיבות מיוחדות. בב"נ הדין הוא גמיש ומתחשב במציאות ולכן אם כונת הגנב היתה לטובה, הגניבה מותרת.

ב. משפט ב"נ מגן על האינטרסים של החברה האנושית ומשום כך גניבה שבוצעה לטובת החברה אינה עבירה כלל, אולם בישראל אין איסור הגניבה נובע רק משקולים תועלתיים חברתיים, אלא גם משקולים מוסריים-אישיים, מטרתו אינה רק טובת החברה אלא גם שלמותו הנפשית של היחיד ביחס לאלוקיו ולכן גם גניבה לשם מטרה טובה אסורה כדי "שלא ירגיל עצמו בכך"¹²².

(מיהו עיין באור החיים סוף פרשת ויחי שבב"נ לא מועילה מחילה על גזל, כנראה משום שהיא עבירה כלפי שמים, ובישראל מועילה מחילה, כנראה משום שהיא עבירה כלפי הזולת בלבד. אלא שדבריו סותרים למש"כ שם בסמוך שהעובר עבירה שבין אדל"ח והתוצאה היתה תועלת לחבירו אין זו עבירה, אע"פ שבעבירה שבין אדל"מ זו נחשבת לעבירה [עיין קידושין פ"א ב' מי שנתכוין לאכול בשר חזיר וכו'. ועיין כלי חמדה שם]. וצ"ע).

117. סנהדרין נ"ז ורמב"ם הל' מלכים פ"ט הל' ט'. ועיין סנהדרין ק"ו א' ובשו"ע חו"מ שנ"ט ט'.

118. רמב"ם הל' גניבה פ"א הל' ב' ומגיד משנה שם.

119. עיין לחם משנה הל' גזילה פ"א הל' ב' וב"ענינים למשפט" קידושין ב' א' בתוס' ד"ה בפרוטה ובאותו ספר לסנהדרין נ"ז אות ז'.

120. ב"מ ס"א ב' וברמב"ם הל' גניבה, פ"א הל' ב'.

121. ב"ב ט"ז ויד רמה שם. ועיין אוצר מפרשי התלמוד ב"מ ס"א ב'. ויש להוסיף הסבר נוסף שמכיון שקרקע אינה נגזלת, משום שהיא עומדת במקומה, ואינה יוצאת בפועל מתחת ידי הבעלים, אין ב"נ מיחס לגזילתה, לפחות הזמנית, איסור.

122. רמב"ם הל' גניבה פ"א הל' ב'. ועיין סנהדרין ל"ט א'.

הסבר זה האחרון יאיר לנו גם את ענין השיעורים, שאינם נוהגים בב"נ, באור אחר. בב"נ מטרת המשפט לישב סכסוכים בין אדם לחבירו הפונים לבית הדין ולכן ניתן לסמוך על השופט שיקבע בכל מקרה ומקרה אם התנאים בהם נעברה העבירה דיים כדי לחייב את הנידון, אולם בישראל מטרת המשפט היא מוסרית, והמשפט פונה אל הפרט ומנחה אותו כיצד לנהוג בחייו הפרטיים המוסריים, לכן השיעורים חייבים להיות קצובים ומדודים כדי שכל אדם פשוט יוכל להשתמש בהם מבלי שיזדקק לפירושו של שופט מוסמך¹²³. ומשום שבב"נ קובע החוש אין אסמכתא בגוי (רמב"ם הל' גזלה פ"ו הי"א). כגון המשחק בקובייה, לפי ההלכה יש כאן מעין גזל, משום שכל צד לא התחייב בלב שלם לשלם את התחייבותו. אך למראית העין אין כאן שום מעשה גזילה, אלא אדרבה, הסכמה מלאה של שני הצדדים למלא את התחייבותיהם.

כד. יום ולילה

"המקנה" חידש¹²⁴ שבישראל הולך היום אחר הלילה (דהיינו היום מתחיל מבערב) ובאומות העולם הלילה הולך אחר היום (כלומר היום מתחיל בבוקר). בכך יישב הוא את השאלה שכבר הוזכרה לעיל¹²⁵, כיצד יצאו האבות ידי חובתם גם במצות שמירת שבת כישראלים וגם באסור השביתה בשבת כבני נח, והלוא קיימו האבות את כל התורה כולה? לדעתו עשו האבות מלאכה במוצאי שבת. לפי דיני ב"נ השבת לא יצאה עדיין ונמצא שעשו מלאכה בשבת מבלי שיחללוה לפי דיני ישראל.

אף ענין זה יובן לדברינו. מבחינת סדר היום המורגל בבני אדם מתחיל היום בבוקר עם זריחת השמש, כי אז "יצא האדם לפעלו ולעבודתו עדי ערב"¹²⁶, יום — ואח"כ לילה. אולם בישראל לא הנהגת בני אדם קובעת אלא הנהגתו של ה' היא הקובעת וסדר יומו שונה היה משלנו: "ויהי ערב ויהי בקר..."¹²⁷, ערב — ואח"כ בוקר.

כה. עבודה זרה

ב"נ מוזהר על איסור ע"ז, אולם מותר לו לעבוד ע"ז בשיתוף, דהיינו לשתף אמונה ופולחן לע"ז יחד עם אמונת היחוד, לדעת כמה מן הפוסקים¹²⁸. בישראל דבר זה אסור. הלכה זו מבליטה את הרעיון המרכזי לדברינו. מעם ישראל נדרשת אמונה מופשטת ללא כל תערובת של סיג הגשמה כל שהוא, מב"נ הדרישה אינה כה חמורה וקיצונית.

123. עפ"י ספרו של פרופ' מ. זילברג "כך דרכו של תלמוד" פרקים ד' ו'.

124. קידושין ל"ז בתוס' ד"ה ממחרת הפסח.

125. אות ד' ושם בהערה 26.

126. תהלים ק"ד כ"ג, וכך גם הוגדר איסור השביתה בב"נ "יום ולילה לא ישבתו" בראשית ח' כ"ב, ובסנהדרין נ"ח ב' למדו מכאן שגוי ששבת חייב מיתה.

127. בראשית א', מיהו בקדשים הדין הוא שהיום קודם. והדברים בודאי עמוקים יותר.

128. תוספות סנהדרין ס"ג ב' ד"ה אסור (ועיין פתחי-תשובה יורה דעה סי' קמ"ז ס"ק ב').

התורה מתחשבת אצלו בחולשתו הטבעית של האדם שכל חשיבתו מתבצעת באמצעות החושים, ומשום כך קשה לו להתנתק מהם ולהגיע לאמונה מופשטת. בהלכה אחרת מהלכות ע"ז מצינו הבדל בין גוי לישראל: ישראל נידון על ארבע העבודות בין כדרכן בין שלא כדרכן. ב"נ נידון רק בכדרכן¹²⁹. מסתבר שגם פרטים אחרים בהל' ע"ז אינם נוהגים בב"נ, כגון ציור ופיסול ואביזרייהו ועוד. אף כאן בולט ההבדל בין החשיבה הטבעית, הנהוגה בב"נ, לבין החשיבה ההלכתית, המאפיינת את עם ישראל.

כו. עונשין מן הדין

בדיני ישראל אין עונשין מן הדין, לעומת זאת יש הסוברים שבדיני ב"נ עונשין מן הדין¹³⁰. אפשר לנמק הבדל זה בכך שבב"נ קובע ההגיון האנושי בלבד ועפ"י הגיון זה עונשין מן הדין, שאם אדם חייב מיתה באיסור קל ק"ו שחייב באיסור חמור יותר. אולם בדיני ישראל קובע ההגיון הא-לקי ואיננו יודעים אם ה' מעוניין בנטילת נשמתו של אותו אדם, או שמא ישנם נימוקים אחרים הנסתרים מבינתנו ושעל פיהם אין להעניש אדם רק עפ"י הגיונו¹³¹.

כז. קנינים

לדעת החת"ס¹³² גוי קונה בחצר גם ללא דין התורה. כי בנוהג שבעולם אדם משלם עבור דבר ולוקחו לביתו, ובכך נגמר הקנין ללא כל פקפוק. קנין זה הוא איפוא קנין טבעי (ולכן אפילו למ"ד חצר מטעם שליחות ואין שליחות לגוי – עיין לעיל אות י"ד – חצר קונה). לעומת זאת קניני כסף, משיכה והגבהה נתחדשו ע"י התורה, כי אין בהם הכנסה גמורה לרשותו, ואין בהם קנין טבעי אלא קנין מלאכותי-הלכתי. לכן אין גוי קונה בהם אלא במקום שהתורה חידשה זאת במפורש.

על דרך זו מבחין הגר"ד סולוביצ'ק¹³³ בקנין כסף בין תשלום מלא של ערך הדבר הנקנה, שזהו קנין המועיל גם בגוי, משום שיש בו תמורה ממשית עבור החפץ הנקנה, לבין קנין כסף בפרוטה בלבד, שלדעתו גוי לא יקנה בה, כי אין בה תמורה ממשית לחפץ הנקנה, אלא קנין משפטי בלבד¹³⁴.

129. השוה בין פ"ג מהל' ע"ז לבין פ"ט מהלכות מלכים ועיין סנהדרין נ"ו ב' שנקטו נישוק, אולי משום שהוא דרך כבוד בדרך כלל ולכן היתה הו"א לחייב גם שלא כדרכה.

130. חמדת-ישראל להגרמ"ד פלוצקי עמ' צ'.

131. עי"ש בחמדת ישראל. נימוק זה הוא עפ"י דרכו של בעל הליכות עולם וקרבן אהרן במידות אהרן פ"ב הי"ג.

132. שו"ת חת"ס יו"ד סי' ש' וח"מ סי' קל"ד.

133. על התשובה (המחלקה לחנוך ותרבות תורניים בגולה, ירושלים תשל"ה) עמ' 273.

134. לגופו של ענין יש להעיר שגם תשלום חלקי עבור החפץ הנקנה מהווה תחילת פרעון ולכן אפשר

כמו"כ יש הסוברים שאין קנין אגב בב"נ (קצוה"ח קצ"ד, ד') ויתכן לומר שקנין אגב הוא קנין מופשט, הוא לא נעשה בגוף המטלטלין אלא בקרקע, והמטלטלין נמצאים במקום אחר. ואפילו בצבורין לא נעשה הקנין בגוף המטלטלין.

כח. ירושה

בעקרון גם בדיני ב"נ הבן יורש את אביו, אולם בישראל המת מוריש את נכסיו לבניו. ואילו בב"נ היורש זוכה ברכוש אביו ממילא ולא משום שהמת מוריש לבנו¹³⁵. הנפ"מ – שבישראל אם הירושה אסורה בהנאה למוריש ומותרת ליורש אין היורש יכול לרשת. ולהיפך, אם ליורש הדבר אסור בהנאה ולמוריש מותר, היורש יכול לרשת. (אמנם אין הוא יכול להשתמש בירושה בעצמו אך היא יכולה לעבור לאחרים באמצעותו).

כמו"כ הגזול גוי ונשבע לו ומת אינו יכול להשיב ליורשיו¹³⁶, שמכיון שהגזלה איננה והגזלן רוצה להתכפר ע"י השבה ליורשיו אין היורש הגוי זוכה אלא ברכוש קיים, אך כשמדובר בזכות מופשטת אין אפשרות להוריש זכות זו אלא מכח המוריש, אשר נחשב לענין זה כאילו ממשיך לחיות וכח זה נמצא בישראל בלבד. בגוי – המוות הפיזי של המוריש מפסיק את כוחו, והיורש יכול לזכות בנכס כעין מן ההפקר, אלא שהוא קודם לכל. אך כשאין נכס ממשי אלא זכות מופשטת בלבד אין לו במה לזכות¹³⁷. מסיבה זו יתכן שלא יהיה בגוי דין של מצוה לקיים דברי המת. כי כל סיבתו של דין זה היא מכח המוריש שכוחו לא פסק מממונו גם לאחר מותו, וכח זה קיים בישראל בלבד ולא בגוי¹³⁸.

ובלשונו של ספר "ראשית ביכורים"¹³⁹: "עפ"י התורה בנו של הגוי אינו זדעו, וזהו רק כשדנין לענין דבר תורה, אבל לענין דבר רשות מעמידין על העצם והטבע... וא"כ כשדנין לענין ירושה של ממון דהוי דבר רשות אינו כקטן שנולד... וא"כ דברי רש"י¹⁴⁰ שנוכרי אין לו דין נחלה, שאין ירושתו עפ"י התורה רק עפ"י טבע סדר העולם" עכ"ל. ומשום כך בירושת הגוי בן ובת ובכור שוים.

לראות בו תמורה ממשית. ועיין סמ"ע ח"מ סי' ק"צ א'. אלא שלדעת הגר"ד סולוביצ'ק בגוי יש צורך בתשלום ממשי מלא.

135. זרע אברהם סי' כ' אות י"א. ועיין מנ"ח מצ' ת'.

136. תוספתא ב"ק פ"י.

137. זרע אברהם שם. ועיין קובץ הערות ליבמות סי' מ'.

138. תוס' גיטין י"ג א' ד"ה והא.

139. להגר"א וינברג הי"ד על מס' בכורות בעמ' 182 ב'.

140. יבמות ס"ב א' ד"ה בנוכריותן לאו בני דין נחלה נינהו. ועיין נזיר ס"א ב' כל שאין לו נחלה אין לו טומאה והכוונה לגוי שאין לו נחלה. ואע"פ שגוי יורש, עפ"י האמור לעיל בשם הזרע אברהם אין האב מנחיל, אלא הבן יורש. ועיין בפ' הרשר"ה לפרשת נוח ש"נחלה" מלשון נחל שוטף ללא הפסק. נמצא שאין לגוי נחלה אע"פ שיש לו ירושה. ובזאת מיושבת קושית התוס' על רש"י בבכורות מ"ז א' ד"ה דבהיותו.

כט. קידוש השם

ב"נ אינם מצווים על קידוש השם, גם במצוות שהם חייבים בהן¹⁴¹. הטעם לכך הוא שמצוות קידוש השם היא דרישה על-טבעית, שהאדם יקריב את חייו למען ערך הנעלה מן החיים. ולכן רק ישראל שנתעלו מעל לטבע נתחייבו בדרישה על-טבעית זו של מסירות-נפש. אך ב"נ שלא נתחייבו אלא בדברים טבעיים לא נצטוו בכך¹⁴².

ל. פשרה ודין

בישראל נחלקו הדעות: מה עדיף פשרה או דין?¹⁴³ בב"נ פשרה עדיפה לכו"ע. והטעם לכך הוא שבישראל החיוב הוא לדון עפ"י התורה, משא"כ בב"נ חיובם לדון הוא עפ"י השכל האנושי ונימוסי בני אדם¹⁴⁴. ואע"פ שההלכה היא שגם בישראל עדיף להציע פשרה, זהו משום גודל ערכו של השלום יותר מהדין. ומכאן שגם ערך השלום בישראל אינו רק צורך אנושי-קיומי, אלא ערך א-לקי, כי שמו של ה' שלום, והאחדות בחברה האנושית, ובפרט בזו הישראלית, צריכה לשקף את האמונה בה' אחד ושמו אחד.

לא. נזקי ממון

לדעת הרמב"ם¹⁴⁵ הסיבה לכך ששור של ישראל שנגח שור של נוכרי פטור, היא "לפי שאין הגויים מחייבין את האדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנין להם כדיניהן" ע"ש. כלומר, גוי רואה את עצמו אחראי על גופו בלבד ופותר את עצמו מאחריות על ממונו. מודגשת כאן החשיבה החושנית לעומת החשיבה המשפטית המופשטת. לפי האחרונה בעלות האדם על ממונו, למרות היותו נמצא במקום אחר, ואפילו מחוץ לטווח ראייתו, מטילה עליו אחריות דומה לגופו שהזיק.

141. סנהדרין ע"ד.

142. עיין עינים למשפט סנהדרין שם. ומקורו כנראה בשמועות ראה להרב זצ"ל פ' תולדות.

143. סנהדרין ו' ב-ז' א'.

144. משך חכמה פ' וירא עה"פ "כי ידעתיו".

145. הל' נז"מ פ"ח הל' ה'. ועי"ש ראב"ד. אבן האזל שם פירש את השגתו שעפ"י תפיסתם המשפטית של הגויים השור המזיק עצמו חייב לשלם מגופו ואין זה חיוב על הבעלים, לכן הם תופסים את השור עצמו. גם כאן בולטת התפיסה החושנית לעומת התפיסה המשפטית המופשטת, ע"ש. ועיין באר הגולה למהר"ל באר השני (עמ' ל"א במהדורת הוניג) שבישראל אין מחזירין אבידה לאחר יאוש משום שהממון אינו תחת רשותו וכשמתיאש גם דעתו אינה עליו עוד. אך ב"נ מחזירין אבידה לאחר יאוש, מפני תיקון העולם. נמצא שהסברות מתהפכות, בישראל הממון שמחוץ לאדם יצא מרשותו ובב"נ הוא ברשותו. ויש להבחין בין בעלות ממונית לאחריות נזיקין, ודוק.

לב. מעילה

גוי לאו בר מעילה הוא. ושני הסברים ניתן לומר לכך: א. מעילה אינה מדין גזל, אלא איסור מחודש שאינו חל על גוי, ככל יתר איסורי התורה¹⁴⁶. ב. איסור מעילה הוא מדין גזל ובכל זאת ב"נ פטור עליה משום שהבעלות אינה מוחשית אלא מופשטת ועל בעלות כזאת ב"נ פטור. ומצינו לרמב"ן שחילק בין הוצאה מבעלות הדיוט לבעלות הקדש המחייבת שני עדים, לבין הוצאה הפוכה, מבעלות הקדש לבעלות הדיוט בעד אחד. וע"כ החזקה הממונית של ההקדש, משום שאינה מוחשית, אינה תקפה כל כך כחזקה ממונית אנושית¹⁴⁷ אלא שבישראל אין בהבחנה זו כדי לפטור את המועל, ובב"נ יש בה כדי לפטרו ממעילה.

לג. טעם כעיקר

הבית-יצחק¹⁴⁸ סובר שלא נאסר לב"נ טעם כעיקר. כגון אבר מן החי שהתבשל בדברים אחרים התבשיל מותר לבן נח, אע"פ שיש בו טעם של האבר מן החי. ואילו בישראל כל התבשיל אסור בגלל הטעם של הדבר האסור, כי הטעם נחשב כמו עיקר האיסור. אולם זהו רק דין ולא מציאות מוחשית. סו"ס האבר האסור עצמו לא התערב בתבשיל, אלא רק טעמו, ובב"נ לא חידשה התורה הלכה זו שגם הטעם ייחשב כאילו היה עיקר האיסור¹⁴⁹.

**"מגיד דבריו ליעקב חוקיו ומשפטיו לישראל.
לא עשה כן לכל גוי ומשפטים בל ידעום הללויה".**

146. חקירה זו אם מעילה אסורה מדין גזל או שהיא איסור מחודש, נדונה בספרים רבים. חי' ר"ח הלוי מעילה ח' א'. אתוון דאורייתא סי' ג'. קובץ הערות יבמות סי' נ"ב וקו"ש לה"ב ד"ט. ברכת שמואל קידושין ס"ס כ'. זרע אברהם י' י"ג. עינים למשפט סנהדרין נ"ז ועוד. ועיין יומא נ"ט ב' שלעולא פטור דמים ממעילה הוא מ"לכם" — שלכם יהא, ולתנא דבי ר' ישמעאל מ"לכפר" לכפרה נתתיו ולא למעילה וכנראה בזאת נחלקו.

147. חי' הרמב"ן לסנהדרין ל' א'.

148. בית יצחק או"ח כ"ט ג'. ועיין יד אלעזר סי' קכ"ה שמשוה זאת לחצי שיעור (עיין אות כ"ב) ונראה שחצי שיעור נאמר רק בכמות ואילו כאן המדובר באיכות.

149. ועיין חת"ס יו"ד צ"ד שחולק וסובר שגם לב"נ אסור הטעם כמו העיקר. ועי' יד אלעזר סי' קכ"ה שחולק על החת"ס משום שאין שיעורים לב"נ. ויש לחלק, טעם אינו חצי כמות אלא חצי איכות. ועי' שד"ח כרך ז' עמ' 310.