

## אוניברסיטת בר-אילן



לשכת

הפקולטה למדעי היהדות  
רב הקמפוס

## דף שבו עי

פרשת דברים,

מאת המרכז ללימודי יסוד ביהדות  
תשס"ד

מספר

ע"ש הלנה ופאול שולמן

558

### שְׁמַע בֵּין אֲחִיכֶם וּשְׁפֹטֶתֶם צְדָק על דרשה תנאית בדבר ההפעלה המושכלת של הדין

בין הדרשות הרבות הסמוכות על הפסוק: "שְׁמַע בֵּין אֲחִיכֶם וּשְׁפֹטֶתֶם צְדָק בֵּין אִישׁ וּבֵין אָחִיו וּבֵין גֵּרוֹ" (דב' א:טז) מופיעה הדרשה הבאה בספרי דברים (ספרי דברים, פסקא טז [מהד' פינקלשטיין, 26 - 27]):

'שמע בין אחיכם', כך היתה מדתו של רבי ישמעאל כשהיו באים אצלו לדין לפניו אחד ישראל ואחד גוי. אם בדיני ישראל - היה מזכה את ישראל ואם בדיני אומות העולם היה מזכה את ישראל. אמר מה אכפת לי, לא כך אמרה תורה 'שמע בין אחיכם', רבן שמעון בן גמליאל אומר, אינו צריך. אם בא לדון בדיני ישראל היה דן בדיני ישראל, בדיני אומות היה דן בדיני אומות.

מובאה זו שבאה, על פניה, לדרוש את ראש הפסוק "שמע בין אחיכם" מבארת למעשה את סוף הפסוק "ושפוטתם צדק" - הכרעה הנשענת על צדק, לא דווקא על פי דיני התורה. העולה מכאן הוא, כי בסכסוכים שבין אדם מישראל לבין גוי, אין חכמי התורה אמורים לדון ולהכריע על טהרת הקודש דווקא - הם "דיני ישראל" - כפי שיש חובה עליהם לעשות כאשר שני בעלי הדין המסוכסכים הם ישראלים, אלא מוזמנים הם להכריע גם לפי "דיני האומות". אין המדרש מבאר מתי הכריעו רבי ישמעאל ורבן שמעון בן גמליאל בסכסוכים שבאו אצלם בין ישראל לגוי, לפי "דיני ישראל", ומתי הכריעו לפי "דיני האומות", אך מכמה וכמה מקומות בתלמודים משתמע כי אין הגוי מחויב לציית לדיני התורה, וממילא אין היהודי יכול לכופף אותו להתדיין עמו על פי "דיני ישראל" דווקא. החלת "דיני ישראל" בסכסוכים "מעורבים" בין ישראל לגוי נעשית כאופציה של "ברירת הדין".<sup>1</sup>

אך מהי הדרך שעל-פיה מכריעים חכמי התורה שלא לפי "דיני ישראל"? בעניין זה מצאנו במובאה שתי תפישות מנוגדות: של רבי ישמעאל ושל רבן שמעון בן גמליאל. דעתו של רבן שמעון בן גמליאל לכאורה מובנת, בהיותה מתאימה לכללי ברירת הדין המסורתיים, הנהוגים עד היום במדינות שונות. החכם קובע את הדין שראוי להחילו בסכסוך שבין ישראל לגוי, ואז מכריע לפיו בהחילו אותו באופן מושלם "על כרעיו ועל קרבו". לאמור, אם בחר החכם לילך אחר "דיני ישראל", מחיל הוא אותם בדיוק, באותה דרך שהיה מחילם לו היו ניצבים לפניו שני בעלי דין

<sup>1</sup> כך משתמע מדברי מרן בעל החזון אי"ש בגליונותיו על הרמב"ם פ"י הי"ב; ועיינו גם בספרו של פרופ' ר"ש אלבק יסודות בדיני הממונות בתלמוד (אוניברסיטת בר-אילן, תשנ"ג), 79 - 97.

ישראלים; אך אם בחר לילך אחר "דיני האומות" מכריע הוא לפי אותן שיטות משפט בלי שייתן את דעתו לשאלה מי הם בעלי הדין שלפניו ומהו הסכסוך שביניהם. ברם דרכו של רבי ישמעאל להכריע בסכסוך שבין ישראל לגוי מעוררת תמיהה, ובייחוד נימוקו - "אמר מה איכפת לי, לא כך אמרה תורה 'שמע בין אחיכם'?" : כלום משוא פנים יש כאן, שהישראל תמיד "כולו זכאי" והגוי תמיד "כולו חייב"? כלום רבי ישמעאל "היה לאומי נלהב ... ובודאי מפני קנאתו הלאומית נהרג עם ר' שמעון חברו", כהגדרתו של פרופ' רא"א פינקלשטיין בהערותיו. אם כך, מדוע נזקק רבי ישמעאל בכלל ל"דיני ישראל" כדי לזכות את הישראל? דיו שהיה מצייץ כי הוא מכריע תמיד לטובת הישראל אף מבלי שיטרח לבאר את הדין ואת חומר הראיות שעליהם מושתתת ההכרעה? ועוד, האם יכול להשתמע כי רבי ישמעאל עצמו היה בוחר את הדין הנוח לישראל במתכוון? הכיצד הסכים הגוי שהפסיקה תהיה על פי דיני ישראל? גם ביקורתו של רבן שמעון בן גמליאל - "אינו צריך" - טעונה ביאור. כלום אינו מחמיר ומדקדק עם הישראל יותר מרבי ישמעאל המטה הכרעתו לטובת הישראל? "אינו רשאי" היה צריך להיכתב. דומני כי עיון בקטע הבא בספרי יבאר את כוונתו הפנימית של רבי ישמעאל מעבר לניסוח המתמיה:

'ושפטתם צדק', צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות, משל זה עוטרף בטליתו וזה אומר שלי היא, זה חורש בפרתו וזה אומר שלי היא, זה מחזיק בתוך שדהו וזה אומר שלי הוא, זה יושב בתוך ביתו וזה אומר שלי הוא, לכך נאמר 'ושפטתם צדק' צדיק בצדקו תובע ומביא ראיות.

דרשה אחרונה זו עוסקת בכלל היסודי של ההכרעה המכונה בדיני התורה: "המוציא מחברו עליו הראיה". כלל זה של דיני הראיות התבסס אצל האמוראים, ובעקבותיהם צעדו הגאונים וכל חכמי הראשונים, אך בזמן התנאים לא היה מקובל על כולם, והיה מי שסבר כי: "ממון המוטל בספק חולקין". בעל המדרש מזהיר אפוא את הדיין, מעבר לחובתו לדון לפי הדין, לשפוט ב"צדק", היינו לדבוק בכלל זה ולא להתרשם ממעמדו של התובע מול נקלותו של הנתבע. אף הנתבע הנקלה ביותר המוחזק (המחזיק) בטלית, בפרה, בשדה ובבית "ידו על העליונה", ועל-כן אף אם התובע "צדיק בצדקו" - הוא הוא ה"מביא ראיות".

ברם מה יקרה כאשר הצדדים לסכסוך הם ישראל וגוי, וכאשר "דיני האומות", עליהם אמוץ הגוי, אינם קובעים ש"יד המוחזק על העליונה"? זו היא מחלוקתם של רבי ישמעאל ורבן שמעון בן גמליאל. לפי רבן שמעון בן גמליאל הולכים דיני הראיות אחר הדין המהותי: אם החליטו הצדדים לילך לפי דיני תורה יפסוק הדיין לא רק לפי הדין המהותי, אלא גם על-פי כללי החזקה של "המוציא מחברו עליו הראיה"; ואם יכריע על סמך "דיני אומות" ישתמש לא רק בכללים המהותיים של "דיני האומות" אלא גם במשקל ההוכחות של החזקה שלהם באופן מושלם. רבי ישמעאל בדומה לרבן שמעון בן גמליאל, אף הוא סבור שאין בידו הכוח לכפות את "דיני ישראל" על הגוי, ועל-כן כשבאו ישראל וגוי להתדיין לפניו היה דן מלכתחילה לפי "דיני האומות". אלא שלדעתו של רבי ישמעאל אין "דיני האומות" מוחלים תמיד באופן מושלם - הדין המהותי ודיני הראיות - אלא הם תלויים במיחות הצדדים: אם הנתבע המוחזק בזכות היה ישראל או אם הנתבע המוחזק בזכות היה גוי. כאשר הנתבע המוחזק היה גוי, היה ר' ישמעאל מחיל את "דיני האומות" באופן מושלם, היינו גם לפי כללי הראיות שלהם. ואם "דיני האומות" לא קידשו את הכלל של "המוציא מחברו עליו הראיה" - היה ר' ישמעאל מוציא מידי המוחזק הגוי ומזכה את הישראל הטוען לזכות, אף ללא כל ראיה. אך אם אירע ההפך, והישראל היה מוחזק בנכס, הייתה דרכו של רבי ישמעאל ש"אם בדיני ישראל היה מזכה את ישראל", בשל הכלל: "המוציא מחברו עליו הראיה", אף ב"דיני אומות העולם היה מזכה" על סמך כלל זה, אף שלפי דיני האומות אין יד המוחזק על העליונה. נמצא שלפי ר' ישמעאל לעתים מחילים בסכסוך שבין ישראל לגוי את "דיני האומות" המהותיים בלבד; ולעתים מחילים את אותם דינים באופן מושלם - הדין המהותי ודיני הראיות.

ואם יקשה אדם, מה הוא טעמו של ר' ישמעאל להפלות את דינו של ישראל המוחזק מהגוי המוחזק בנכס? אף אנו נאמר, כי לשונו של ר' ישמעאל ש"אמר מה איכפת לי לא כך אמרה תורה שמע בין אחיכם", אינה מצביעה חלילה על היותו "לאומי נלהב" אלא על היותו חכם המשפט היודע להפריד בין החלתם של דינים פרוצדורליים, כמו דיני הראיות, לבין החלתם של דינים מהותיים. הדין הפרוצדורלי מטרתו לחשוף את העובדות של מעשי הנתבע, ועל-כן יש ללכת

בקפידה אחר כללי הראיות של דינו הלאומי, שכן הן מייצגות את אורח חייו ועל-פיהם הוא נוהג. כאשר הנתבע הישראלי מחזיק בנכס הדבר מעיד לכאורה על זכותו, שכן בדיני ישראל ההנחה היא שהנתבע המוחזק צודק לכאורה, שהרי אם לא היה הנכס שלו לא היה מחזיק בו. על-כן חייב התובע, המכחיש את זכותו של הנתבע, להביא ראיה. לא כן כאשר המוחזק בזכות הוא גוי, כי אז אין דינו הלאומי מצביע דווקא על צדקתו, ואף הגוי עצמו יודע כי החזקתו בעיני דינו הלאומי היא הרבה פעמים "שלא כדין" ואינה מלמדת דבר. על-כן ניתן להוציא מחזקתו אף ללא כל ראיה. "הפליה" זו בין הגוי לבין הישראלי מבוססת אפוא על הדרישה של 'ושפטתם צדק'. וכאשר נשאל רבי ישמעאל כיצד יכול הוא לכלכל את דיני הראיות באופן "דיפרנציאלי" מן הישראלי המוחזק לגוי המוחזק, אמר: "מה אכפת לי" שכן השוויון המלא בין תובע לנתבע הוא רק ב"שמע בין אחיכם"; רק כאשר שני בעלי הדין ישראלים אמונים על דין לאומי זהה ועל פיו הם מנהלים את אורחות חייהם, רק אז יש להשוות ביניהם. ברם רבן שמעון בן גמליאל סבר כי חתירתו של רבי ישמעאל לצדק היא מוגזמת ועל כן, למרות נכונותה, "אינו צריך" לה. אלא כל ישראל המתעמת עם גוי יודע כי התנהגותו ומעשיו ייבחנו באמת מידה שונה מאשר עם ישראל חֲבֵרו, ועל כן ניתן להכריע את הדין לפי "דיני האומות" באופן מושלם.<sup>2</sup>

ד"ר ישראל צבי גילת  
בית הספר לחינוך

---

<sup>2</sup> בנפרד מן המובאה בספרי, קיימת גרסה שונה של דברי רבי ישמעאל במדרש תנאים לספר דברים (מהדר' הופמן, 9), וגרסה שלישית של דבריו בבבלי, בבא קמא קיג, ע"א.