**מבוא למשפט עברי**

**1.מבוא כללי**

הביטוי ״משפט עברי״ הוא ביטוי יחסית חדש, לא ניתן למצוא אותו בספרות ההלכתית. המקור הוא אצל הוגים יהודית שחיו ברוסיה ורצו ליצור משפט לאומי, חלק מגישה שראתה קשר בין לאום לבין המשפט. לא רצו לקורא לו הלכה או משפט דתי אבל רצו משפט שקשור לתרבות היהודית, ללא התחייבות לו. ביטוי ניטרלי שמצד אחד מקשר אותם לעולם היהודי אבל לא יכפוף אותם לחוקיו. הפרויקט הזה עמד בבסיס בית הספר למשפטים באוני׳ ת״א. הרעיון של אותם הוגים לא הצליח אבל לאחר מכן אומץ ע״י אנשי דת יהודיים והיחס אליו הוא כלהלכה.

**משנה**- הַמִּשְׁנָה היא הקובץ הראשון בתורה שבעל פה, ומכילה הלכות שנאמרו בידי התנאים.

**תלמוד**- תַּלְמוּד הוא סוגה לימודית שהחלה ונפוצה בתקופת האמוראים – חכמי ישראל בתקופה שלאחר חתימת המשנה, בתחילת המאה ה-3. התלמוד נכתב בעיקר כפרשנות לדברי התנאים – כותבי המשניות והברייתות. הגות זו התפתחה במקביל בבבל ובארץ ישראל, דבר שהוביל לכתיבתם של שני תלמודים: **התלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי**. התלמוד הבבלי (הידוע גם בשם הארמי: גמרא) נפוץ יותר מהירושלמי, וחכמי ההלכה בדורות שלאחר כתיבת התלמוד קיבלו לרוב את התלמוד הבבלי לפסיקת הלכה למעשה.)

**בריתא**- היא מאמר של תנאים שלא הוכנס לסדר המשניות, ולכן נותרה חיצונית להן. פירוש המילה "ברייתא" בארמית הוא "חיצונית" – "בר" הוא "חוץ".

תלמוד בבלי=גמרא

**משנה**- לא מביאה פסוק אל רק את הדין.

**מדרש**- מביא פסוק ואז כלל.

במשפט הקיים ישנה הבחנה בין המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי. בהלכה אין הבחנה זהה אבל יש הבחנה אחרת שמזכירה אותה: **דיני איסורים ודיני ממונות.**

* דיני איסורים- עוסקים בעניינים של מותר ואסור ע"פ ההלכה.
* דיני ממונות- עוסקים במישור של יחסים בין אדם לחברו, בעיקר בעניינים כלכליים.

ההבחנה אינה זהה לפלילי/אזרחי. היא חשובה מאחר ויש הבדלים משמעותיים בין הדינים. אחד מהם הוא לגבי ספק. ספק יכול להיות מ-2 סוגים: 1) משפטי/הלכתי 2) עובדתי. ספק בדיני הממונות הוא להקל בעוד בדיני האיסורים הנטייה היא להחמיר בספק. אם יש ספק אם מותר או אסור- אז אסור. הדבר חשוב כאשר מסווגים את הנושא לאחת מהקטגוריות.

כלל, כאשר עוסקים בדיני הממונות יש יותר גמישות בכללים מאשר כאשר עוסקים בדיני האיסורים. למשל, תקנות חכמים- הסמכות של חכמים להתקין תקנות (במיוחד כאשר מדובר על תקנות שסותרות דין תורה) לגבי דיני ממונות היא יותר רחבה מאשר כאשר מדובר על דיני איסורים. הגמישות הזו היא גם בכוחו של המנהג, יש למנהג משמעות יותר חזקה בדיני ממונות מאשר באיסורים.

הבחנה נוספת היא בדיני ההתניה, האפשרות לסטות מההלכה, בחלק מדיני הממונות ניתן להתנות (קביעת הסדרים השונים מהחוק) בעוד בדיני האיסורים הדבר לא מתאפשר, כי העבירה היא לא רק כלפי הפרט.

השאלה המרכזית היא **האם ניתן להתנות בדיני הממונות**. האם ההסדר הממוני שההלכה קובעת יש בו מימד של קדושה ואנו כפופים לו או שמא מדובר על הצעת הסדר כברירת מחדל אבל ניתן להתנות עליו הסדר אחר. על השאלה הזו יש מחלוקת בין **התנאים** [בערך לפני 2000 שנה. היצירה העיקרית מתקופה התנאים היא המשנה, אך היא איננה היחידה - התוספתא, בין השאר, היא קובץ מקביל עם מקורות תנאיים שלא נכנסו למשנה. התוספתא מביאה דעות, מקרים ומקורות נוספים למשנה]. ההלכה הפסוקה היא שכן- ניתן להתנות.

דוגמה

**משנה, מסכת כתובות**- עוסקת ביחסים בין בני זוג. מה החובות בין בן זוג אחד לאחר ועוד. בין השאר, המשנה שם קובעת כי במסגרת היחסים הממוניים בין הגבר לאישה, הזכויות הממוניות של האישה שייכים לבעל והוא בתמורה ידאג לכל צרכיה. במקור, זוהי תקנה שנועדה לטובתה של האישה מאחר והיא הייתה הצד החלש (אין לה נכסים או הכנסות). החובה לזון (=לדאוג לצרכי האישה) היא על הבעל. במידה והאישה נפגעת מכך היא יכולה לוותר על המזונות ולשמור לעצמה את רכושה והכנסותיה. חלק ממערך הזכויות האלו אומר שאם יש לאישה נכסים כגון נדוניה, ירושה או מתנה הנכס הזה שייך לאישה אבל הפירות שייכים לבעל. אם יש פירות מהנכסים- הבעל זכאי להם. כיום, במידה ואחד מבני הזוג לא רוצה שהנכסים יתחלקו שווה בשווה חותמים על הסכם ממון- הסכם משותף שקובע כי החלוקה היא לפי רצונם ולא לפי ברירת המחדל של החוק. בהלכה, הכלל הוא שהנכס שייך לאישה (^) ובמידה והנישואין יתפרקו (גירושין/מוות), הנכס ישאר אצל האישה ובניה לא ירשו אותו. כמו כן, הקרן/הנכס אומנם שייך לאישה אבל היא לא יכולה למכור אותו מאחר והוא משועבד לבעלה. במידה והיא נפטרת, הבעל יורש אותה ומקבל את הנכס.

במידה והאישה אומרת לבעל כי היא לא רוצה לתת לבעלה זכות בנכסיה, הוא יכול לכתוב לאישה ״**דין ודברים אין לי בנכסיך**״ ואז כביכול מדובר כתניה, אבל בפועל לא מדובר על ויתור על הזכויות בנכס אלא אישור לאישה למכור את הנכס.

במידה וכתב לה ״ **דין ודברים אין לי בנכסיך ופירותיהן ובפירות פירותיהן בחייך ובמותך**״ ההתניה ביניהם הייתה מאוד מפורשת וזה כן תופס.

עקרונות- יש התניה, ניתן להתנות אבל ההתניה חייבת להיות מפורשת. במידה ולא תהיה מפורשת, נפרש אותה בצמצום- אנו רוצים לדעת שמי שהסכים לסטייה מהכלל היה מודע למה שהוא מוותר עליו.

דוגמה נוספת

**תוספתא קידושין ג', הלכה ז'**- אדם אומר לאישה "**הריני מקדשך על מנת שירצה אבא**". יש צורך בגמירת דעת של שני הצדדים, הבעל ירצה לקדש והאישה תרצה להתקדש. למעשה, מדובר על תנאי מתלה. הוא אומנם רוצה לקדש אותה אבל זה יקרה בתנאי שיתקיים משהו- אישור של אביה. במידה ולא התקבל האישור של האב לא התקיימו הנישואין כלל. אם אדם מקדש אישה בלי תנאי מתלה יש לתת לאישה גט, אם ההסכמה של האב מותנת מראש לא מדובר על גירושין.

״**הרי זו מקודשת, ובטל תנאו, שהתנה על מה שכת'(וב) בתורה. וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל**״ – במידה והבעל מת ללא צאצאים, על פי דין תורה, אחד מאחיו צריך לשאת את האישה ולרשת את נכסיו. במידה והם לא רוצים להתחתן יש לבצע טקס חליצה שמשחרר את האישה.

במידה והאישה אומרת שהיא לא מעוניינת בייבום, הבעל לא יכול להסכים שאחד התנאים בקידושין יהיה שהיא לא תהיה חייבת בייבום- תנאי כזה לא תופס מאחר **ומדובר באיסור ולא בממון.** ללא חליצה אסור לאישה להינשא למישהו אחר. על פניו ניתן היה לפרש זאת רק כדבר הנוגע רק לאותו זוג, הדבר מסווג לדיני האיסורים ועל כן הדבר אסור.

דוגמה נוספת- דיני הונאה

בהלכה קיים דין הונאה, אך לא כתרמית כמו בימינו, אלא הונאה יכולה להיות גם בתום לב. הפירוש הוא **מכירת דבר מה במחיר שחורג ממחיר השוק**. הכלל הוא שאם מכרנו במחיר שחורג ממחיר השוק עד 20% (שישית) מעל/מתחת לשווי השוק (בהנחה שיש שוק) יש דין הונאה. ישנן 2 תוצאות- הצד הנפגע יבקש לקבל החזר או ביטול של העסקה.

האם ניתן להתנות על כך- מכירה ביוקר לא תוכל לזכות טענת הונאה? האם ניתן למכור בתנאי שמונע לטעון הונאה?- אפשר להתנות רק בתנאי שההתניה היא מפורשת וספציפית, כך ששני הצדדים יודעים על מה מדובר. אומנם ההונאה נתפסת כדין ממונות, אבל ישנו צורך במפורשות כמו בדוגמה הראשונה.

בדומה לכך, אנחנו נראה כי ישנו מושג נוסף בהלכה שנקרא **שמיטה**. כל שנה שביעית הינה שנת שמיטה. המשמעות היא שיש מגבלות בעבודות הקרקע ואם יש תוצרת חקלאית הפירות שייכים לכולם (כשימוש עצמי). בהקשר שלנו, הכוונה היא **לשמיטת חובות**. אם מלווה נתן הלוואה ומועד הפירעון שלה הוא בשנה השביעית, החוב מבוטל. הדבר נובע מכך שאם לאדם אין פירות בגלל שנת השמיטה גם אין לו כיצד להחזיר את ההלוואה. נועד גם להגן על החזק אל מול החלש. אין איסור להחזיר חוב בשנה השביעית. אם הלווה רוצה להחזיר את החוב הוא רשאי לכך, והדבר אף מעודד ע״י חז״ל. הלוואה לעיתים תחשב מצווה גדולה יותר ממתנה מאחר ומשקמת ומנסה להוציא ממעגל העוני.

כאשר מדובר על דיני ממונות על שני הצדדים להסכים. בנוסף, ישנם דברים שלא תקפים בממונות כמו לדוגמא כאשר הבכור אמור לקבל ירושה גדולה משאר האחים, האב לא יכול לשנות זאת מכיוון שדיני ירושה הם אוטומטים

**רמב"ם שמיטה ויובל ט', י'**- משווה בין שני מקרים בו התנו בחוזה פטירה מהשמטת החוב. במקרה הראשון הרמב״ם אומר **שלא תשמטנו שביעית**- התניה שמכלילה ופוטרת מכל החובות, אשר לא נכונה כי פוטרת מהחוק. בניסוח השני **שלא ישמיט הוא חוב זה, ואפילו בשביעית**- התניה על חוב ספציפי במקרה חריג. המלווה לא יכול לומר ששנת השביעית לא תחול (השנה חלה אוטומטית), זה כביכול כמו להגיד שחוק מסוים לא חל עליו. אבל אם התנאי הוא תנאי ספציפי בנוגע לחוב מסוים- זה אפשרי. ההתניה צריכה להיות לא רק מפורשת במובן ששני הצדדים יבינו בדיוק למה הם מתכוונים אלא הניסוח צריך להיות כזה שלא מפקיע את המלווה מדין השביעית אלא ביחס לחוב ספציפי.

אומנם ניתן להתנות, אבל יש לכך **סייג** חשוב.

התניה באמצעות דיני הגויים

**שו"ת הרשב"א** (חי במאה ה-13 בספרד**) חלק ו, רנד**- שאלה: אב שנתן נדוניה לבתו לכבוד חתונתה, והבת מתה - לפי ההלכה הבעל יורש את הנדוניה. האב לא רצה בכך. האב נסמך על הנוהג המקובל (דיני הגויים) שלפיו הנדוניה חוזרת במקרה כזה לאב. הוא טוען כי אף שלא הייתה התניה מפורשת (אלא תנאי מכללא), מאחר ומקובל במקום מגוריהם להסתמך על דין הגויים - הכל יודעים שכן נהוג ולכן ניתן להתייחס לכך כאילו הייתה התניה (לפי ההלכה אסור להסתמך על דיני הגויים מאחר וההלכה מחייבת כל יהודי באשר הוא לא משנה מקום מגוריו). האב יודע כי אם ילך לפי ההלכה יפסיד את הירושה ולכן בחר ללכת בדרך זו.

תשובה: עקרונית, לטענת הרשב״א, כל דבר שהוא בממון ניתן להתנות עליו (כולל ירושה). למרות שנראה שההתניה צריכה להיות מפורשת, אם יש מנהג מאוד ברור במקום, מניחים שהזוג נישא על דעת מנהג המקום (רואים זאת כנאמר על אף שלא היה כך- תנאי מכללא). למרות זאת, לא ניתן להתנות ע״י דין הגויים מאחר ומודבר באימוץ דין זר על חשבון דין ישראל. הרשב״א מוכן לקבל התניה אבל לא אם התניה המבוססת על דין זר.

התשובה היא חצי הצהרתית. הדבר נובע מכך שהיה רצון לשמר את הדין הפנימי, היהודי כמה שניתן מאחר והעם היהודי חי תחת שלטון זר. **אנו נעסוק בדיני הגויים בהמשך בהרחבה.**

ספק בדיני ממונות ובדיני איסורים

דוגמה

פלוני לא בטוח האם חפץ מסוים הוא שלו או של אלמוני, לכאורה זו **גניבה** ולכן מדובר בדיני איסורים וכאשר יש ספק בדיני איסורים על פלוני להחמיר ולתת את החפץ לאלמוני. כאשר מדובר בכסף ומתעורר ספק האם על פלוני להשאיר את הכסף אצלו? לכאורה מדובר בדיני ממונות, לכן האם יש להקל?

**שערי יושר שער ה' פרק א** (ר' שמעון שקופ, פולין, מאה 20): האיסור לגנוב הוא האיסור להחזיק ממון שאתה לא רשאי להחזיק בו. כדי לקבוע גניבה, צריך לקבוע האם ההחזקה של הנכס היא כדין או לא כדין. במידה ויש ספק ואתה משאיר את הכסף אצלך, מדובר בהחזקה כדין (מכוח הספק בדיני ממונות) ועל כן הספק הוכרע: פלוני יכול להשאיר אצלו את הכסף ועל כן אין ספק גניבה- הכסף נשאר אצלו כדין. אדם שמחזיק בכסף כדין- לא גנב. הגניבה רוכבת על דיני הקניין, יש לבדוק לפי דיני הקניין למי הנכס שייך ומי רשאי להחזיק בו, רק לאחר מכן יש לדון האם פלוני גנב אותו או לא. **יש יותר גמישות בדיני ממנות- בדיני ממנות במקום של ספק מקלים ובדיני איסורים מחמירים. כל עוד אין הכרעה ממונית האיסור אינו בא בחשבון כך שניתן לראות** **שדיני האיסורים רוכבים על דיני הממונות.**

ההבדל בין תורה שבכתב לבין תורה שבעל פה

בתפיסה המסורתית של ההלכה, כשמשה מקבל את התורה בהר סיני, הוא לא מקבל רק את התורה אלא גם תורה שבע״פ- הסברים/כללים/הלכות וכו׳ שנמסרות למשה בע״פ והוא מעביר אותן הלאה לבני ישראל. אם זה אכן כך, מתעורר כאן קושי- **אם ה׳ רצה לתת תורה בע״פ שייתן הכל בע״פ, למה לתת חלק בכתב וחלק בע״פ** **ולהפך**? כמו כן, מתעורר קושי נוסף, יכולים לחול שיבושים במעבר התורה מדור לדור.

ישנן כמה תשובות לשאלה הראשונה:

1. התורה שבע״פ אומנם נכתבה בפועל אבל בתפיסה המסורתית, אסור היה לכתוב את התורה שבע״פ. אחת הסיבות לכך היא כדי שהתורה שבע״פ תישאר **חסויה** בתוך עם ישראל. התשובה בה נתמקד פחות.
2. תשובה שמופיעה בספר העיקרים: אחד מעיקרי האמונה הדתית היהודית היא שהתורה היא תורה נצחית שלא תשתנה אף פעם. לפי אלבו, מה שמשתנה היא המציאות- בין אם בין זמן לזמן או בין מקום למקום. הדבר הזה מחייב פתרונות- התורה שבע״פ יותר תואמת למציאות המשתנה. כך בעצם מתאימים את ההלכה למציאות מבלי לשנות את התורה הכתובה. מאפשר יותר גמישות וחופש תמרון לצורך היישום הנכון של הכללים. הדבר לא אומר כי מתאפשר חופש מוחלט.

אם כך, מה כוללת התורה שבע״פ?

אנו נשתמש בפירוש של הרמב״ם למשנה. הוא מסביר מה כלול בתורה שבע״פ:

1. **פירושים מקובלים מפי משה**- הלכות שנאמרו למשה בהר סיני ואפשר למצוא לזה אסמכתא בכתב.
2. **הלכה למשה מסיני**- הלכות שלא ניתן להן למצוא אסמכתא(עיגון) בכתובים.

החלק הראשון והשני כוללים על פירושים מוקבלים/דברים שנאמרו למשה בהר סיני ולא יכולה להיות להן מחלוקת (לדעתו של הרמב״ם) מאחר והן נאמרו במעמד הר סיני.

עם השנים, עלולה להתעורר מחלוקת לגבי הנאמר אבל הרמב״ם לא מוכן לקבל זאת וטוען כי יכולה להיות רק טעות בהעברת המידע. כמובן שהגיוני שדברים שעברו דורות רבים הם לא במאה אחוז נכונים אך למרות זאת שולל את האפשרות שניתן לתת בהם ספק מכיוון שברגע שנותנים מקום לדבר זה פותחים פתח לספק בכל התורה ולכן מגנה את האדם שיטען דבר זה

1. **דינים שהוציאו על דרכי הסברא**- הלכות שחכמים מסיקים בעצמם לאחר לימוד של התורה שבכתב. חלק שלא נמסר בהר סיני. בחלק זה יכולה להיות מחלוקת מאחר ומדובר במשהו שנקבע ע״י שכל אנושי ולא ע״י האל.
2. **הגזרות שתיקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור**- חקיקה ולא פרשנות. החכמים בעלי סמכות לגזור גזרות (להרחיב איסור ולהטיל איסור חדש). מדוע? לעשות גדר וסייג נוסף להלכה- מעין רצועות ביטחון נוספת על מנת להגן על איסורי התורה. הרמב״ם טוען כי לעיתים יכולה ליפול בהן מחלוקת בין רבנים. דוגמה לכך: האיסור לאכול עוף בחלב. עוד חלק בו השכל האנושי מעורב- האם יש צורך בגזירה או לא. עוסק יותר בדיני האיסורים.
3. **הדינים העשויים על דרך החקירה וההסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם**- בדומה לחלק השלישי, הלכות שמקורן בדברי חכמים, אך בעוד החלק הרביעי עסק באיסורים החלק החמישי מדבר על תקנות של חכמים- תקנות שנוגעות בין אדם לחברו/עשייה דתית ועוד- לא איסורים! המשותף לשני החלקים האחרונים הוא שיכולה להיות בהם מחלוקת- נקבע ע״י חכמים. עוסק יותר בתקנות ממוניות.

מהחלק השלישי והלאה פה ניתן שתהיה מחלוקת לפי פירושים והשקפות דעת שונות של חכמים שונים

הבחנה במצוות שמקורן מהתורה לבין מצוות מפי רבנים (דרבנן)

* הכלל הוא שספק בדין תורה- **יש להחמיר**, ספק בדיני חכמים- **אפשר להקל**.
* בדין דרבנן יש מידה מסוימת של **גמישות** (דין תורה לא יכול להשתנות, דין שמקורו בדברים חכמים, בקונסטלציות מסוימות- עשוי להשתנות).

לכן ההבחנה בין הלכה שבתורה לבין הלכה של דברי חכמים בעלת הלשכות מעשיות.

השאלה המעניינת היא כיצד קובעים אם ההלכה מקורה מהתורה או מדברי חכמים?

* הלכות שמסווגות בחלקים 1 + 2 (ההלכות שניתנו למשה מסיני) מסווגות **כדין תורה (דאורייתא)**. מה שנאמר למשה בע״פ יש לו תוקף כדין תורה.
* הלכות שמסווגות בחלקים 5 + 4 (התקנות והגזירות של החכמים) מסווגות **כדברי חכמים (דרבנן)**.
* הלכות שמסווגות בחלק ה-3 (הלכות שחכמים מסיקים מדברי תורה) מסווגות **באופן חלק**י בעקבות דברי הראשונים:
* **ספר המצוות לרמב"ם שורש ב** (ר' משה בן מיימון): אצל חז״ל מוסכם שיש 613 מצוות, כעת יש להגדיר מהן אותן מצוות. כתוצאה מכך מתפתח ענף ספרותי של ספרי מצוות שמתחלק ל-2 חלקים: בחלק הראשון הרמב״ם קובע מהם הכללים לספירת המצוות (מצווה בעלת שני חלקים היא מצווה אחת או 2 מצוות...).

הוא מונה 14 שורשים שמנחים אותו כיצד למנות את המצוות. בחלק השני הוא סופר את המצוות לפי הכללים הללו:

1. הכלל **הראשון** הוא שהרמב״ם לא סופר מצוות שמקורן בדברי חכמים. למה? כי ההוספות של דרבנן הן לא מצוות שניתנו במעמד הר סיני. לדעת הרמב״ם יש רבים שטעו והכניסו גם הלכות מדרבנן.
2. הכלל **השני** הוא הגדרה של מהי מצווה מהתורה ומהי מצווה מדרבנן. לטעמו כל מה שנלמד ע״י 13 המידות לא נכנס לדברי תורה. הרמב״ם אומר שיש הלכות שנכנסות למניין בחלק ה-3 וחלק לא. אין תשובה חד משמעית לגבי החלק ה-3. אין תשובה חד משמעית, לא כל מסקנה של חז״ל היא מן התורה (הלכה) ולא כל פעם שהם הוציאו פירוש מהתורה זה מדברי חכמים.

לפי כך, כיצד מחליטים? חלק מההלכות שמסיקים חכמים באמצעות פסוקי התורה הוכרו בלי קשר לפי המסורת ולכן דרשו את המסקנה גם מהמדרש. במקרים אחרים הדבר הפוך- חכמים רצו לקבוע הלכה מסוימת וחיפשו לה מקור. ברירית המחדל היא שאם לא נאמר כלום ע״י רבנים לגבי מדרש הפסיקה זה יסווג כדין מדרבנן. אם נאמר במפורש כי ההלכה היא מדברי משה בסיני זה יסווג כדין תורה.

חכמים אמרו במפורש- תורה/חכמים (בהתאם למה שנאמר). חכמים לא אמרו במפורש- דברי חכמים.

* **הרמב״ן** (ר' משה בן נחמן, ספרד, מאה 13 ):חי במאה ה-13 בספרד. כתב השגות (הערות) על דברי הרמב״ם. המטרה של הפירוש היא לא לפרש אלא לחלוק במקומות שלטענתו הם לא נכונים. לגבי השורש הראשון, הרמב״ן מסכים. לגבי השורש השני הרמב״ן חולק: ברירת המחדל היא שמדובר בדין תורה (לגבי הלכות שלא נאמר במורש מהיכן פורשו וכיצד).

עד כאן נושא המבוא.

סמכויות חכמים

סוגיה שנחלק לשניים. כל סוגיית משנה תתחלק גם היא. החלק הראשון יעסוק **בסמכות של החכמים כפרשנים** של התורה (ומכריעי מחלוקות). החלק השני יעסוק בסמכות של החכמים **כמחוקקים** (להטיל תקנות, לגזור גזירות).

עצם הסמכות והיקפה

המקור לסמכות של החכמים (גם כמחוקקים) מצוי בפסוקים בתורה **דברים פרק יז**: במידה ובית הדין המקומי לא יודע לפתור סוגיה מסוימת, פונים לבית הדין הראשי בירושלים (בית המקדש). שם יש לבוא לכהנים והלויים (האחראים על החינוך והמשפט בעם ישראל מאחר והם חסרי נחלה ולא עובדים) בתור החכמים ומציגים בפניהם את הדילמה. הם ימסרו את הדין. לאחר מסירת הדין יש לפעול על פיו. לא ניתן לסטות ממה שנאמר, לא ימינה ולא שמאלה. אדם שבאופן מכוון יסטה ממה שאמרו לו החכמים, יומת (עונש מוות). **חז״ל** פירשו את עונש המוות כמופנה רק כלפי מה חז״ל קובעים כ״**זקן ממרה**״- אחד מחברי בית הדין שלא מקבל את הכרעת בית הדין (כביכול רוב ומיעוט- מי שהיה בדעת מיעוט לא יכול להמשיך להורות בדעתו). אם אותו חכם לא מקבל את הכרעת הרוב ומורה לציבור לנהוג לפי דעתו- יקבל עונש מוות. ניתן להבין מכאן כמה החובה לציית לחכמים חשובה.

רש״י מצטט מדרש הלכה **ספרי דברים, קנד** (ספרי- מדרש הלכה מתקופת התנאים על הספרים במדבר ודברים. נקרא גם ספרי דבי רב): "**ימין ושמאל" - אפילו מראים בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם**״. רש״י מחדד- כמו שאנו יודעים להבחין בין ימין לבין שמאל, עד כדי כך ברור שהחכמים טעו, כאילו אמרו על יד ימין שהיא שמאל- עדיין צריך לשמוע בקולם. זה לפחות מה שעולה מן המדרש. חובת ציות טוטאלית לדברי חכמים, גם אם ברור שהחכמים טועים.

לפי הסברו של רש״י חובת הציות היא חובת ציות מלאה.

**הרמב״ן** אמר על כך שהחובה לציית לדברי חכמים היא חובת ציות מלאה **שמתפרשת על כל חלקי התורה שבע״פ**. זה נלמד מאותם פסוקים שקראנו קודם לכן.

הרמב"ם אומר כי לא ניתן להפריד בין התורה שבכתב לתורה שבעל פה מכיוון שאם אתה מאמין בתורה אתה חייב להאמין בדברי המלומדים וחכמים.

מצוות עשה- להקשיב למה שאומרים לך לעשות החכמים

מצוות אל תעשה- אם לא תקשיב ולא תפעל כפי שאמרו עברת על איסור

הרמב"ם אומר כי חובת הציות משתרעת על כל התורה שבעל פה- גם על התקנות והגזירות והמנהגים שיצוו החכמים, גם על מה הפרשנויות שלהם מן התורה וגם על כל מה שאמרו לך (שהוראו בעל"פ).

**רמב"ן דברים יז,יא** (פירוש לתורה, ר' משה בן נחמן, ספרד, מאה 13): לדוגמה, אדם שמבחין כי יש עונש מוות לאדם שלפי דעתו העונש לא מגיע לו, עדיין חייב להיות כפוף לקביעת החכמים (הורג דם נקי) או להורות לאדם לאכול דבר שאסור בעוד החכמים הורו שמותר. אותו אדם מרגיש שהוא נותן הוראה בניגוד לדין תורה. הרמב״ן אומר על כך שאין לחשוב כך אלא לחשוב שקיום הדבר הוא קיום של דברי אלוקים- לא לנסות להבין את הכוונות של האלוקים (כביכול להעביר את האשמה ל״מישהו אחר״). כדי שלא ירבו מחלוקות ויהיו כמה תורות. אלוקים (כביכול) העדיף לשלם מחיר של טעויות של חכמים כדי ליצור אחידות. חוץ מזה, על האדם להאמין שהחכמים לא טועים- יש להם הכוונה של אלוקים (בניגוד לחלק הראשון בו הוא אמר שיתכן ויהיו טעויות).

**ספר החינוך - מצוה תצו** (מחברו לא ידוע, ספרד, מאה 13):

ספר החינוך אומר זאת בצורה יותר בוטה מהרמב״ן, המחיר של כל אחד שיעשה מה שהוא מאמין גבוה ועל כן אלוקים בחר בחכמים לפרש את התורה. לכן, יש לציית לחכמים גם במידה ואנו מאמינים שהם טעו.

**ראש השנה כה, א, משנה:** בלוח השנה העברי החודש נמשך 29 או 30 יום מאחר ולוח השנה העברי היה צריך להיות 29 וחצי. היום (כמעט 2,000 שנה) יש לוח שנה מסודר וניתן לדעת מראש מתי יהיו 29 ומתי 30 יום. בזמן בית המקדש כל חודש היו מחליטים האם הוא יהיה בן 29 או בן 30 יום (גם על שנה מעוברת לא ידעו מראש). כיצד היו מבצעים את הקביעה? היו יוצאים להרים ובודקים מתי הירח ״נולד״ מחדש. אם הירח התגלה ביום ה-30, הוא יהיה א׳ של החודש הבא. אם הוא לא התגלה היום ה-30 יהיה ל׳ של החודש הקודם. ברגע שבית הדין היה קובע שיש ראש חודש, הוא היה שולח את הידיעה לכל המקומות האחרים (גם בארץ ישראל וגם מחוץ לארץ ישראל). בראש השנה הייתה בעיה מיוחדת- הוא חל בא׳ בתשרי, לא ידועים האם זה כבר א׳ בתשרי או שהיום עדיין ל׳ באלול (??). מה עשו? חגגו את ראש השנה פעמיים. כיצד זה מתקשר לעניין שלנו. רבן גמליאל הכריז כי הירח נולד מחדש ולכן זהו ראש חודש אך למחרת לא הופיע הירח ולמרות זאת השאיר את הקביעה. נראה כי רבן גמליאל, ראש בית הדין, טעה. רבי יהושוע לא מוכן לקבל את קביעתו של רבן גמליאל כי הדבר משפיע על התאריך של יום הכיפורים. רבן גמליאל עונה לרבי יהושוע כי גם אם זה נכון והוא טעה, זה לא משנה. ברגע שבית הדין הכריז מתי ראש חודש, זה מתקבל גם בשמיים ולכן הוא יכול ללכת ו״לחלל״ את מה שהוא חשב שהוא יום הכיפורים. על מנת שרבי יהושוע יוכיח לרבן גמליאל שהוא מקבל את הדין, דורש ממנו רבן גמליאל לעשות פעולות שאסורות ביום הכיפורים (בתאריך הנכון בעיני רבי יהושוע). רבי עקיבא אמר לו שיש לקבל את מה שהחליט בית הדין והוא המוסמך לקבוע את יום כיפור הנכון. רבי יהושוע לא נרגע והלך להתייעץ גם עם רבי דוסא כי הוא הסכים איתו בנושא ואמר שהעדים לירח היו עדי שקר. רבי יהושוע אומר לו כי הוא לא תופס מרבן גמליאל ושהוא אינו צודק. רבי דוסא אומר לו כי הטיעון כאילו רבן גמליאל איננו בית הדין שאליו התכוונה התורה להאציל סמכויות כי הוא לא מספיק חשוב בעיניו- למה? כי אם הוא יטען טענה כזו, איזה בית דין יוכל להשתוות למשה רבינו בקבלת התורה? כמובן שתהיה ירידת הדורות. אם הוא יטען שבית הדין הקודם לא נראה לו, הוא פוסל את כל הסמכות של בתי הדין (תמיד ישווה למשה רבינו). הוא מבקש ממנו לא לערער על הסמכות של בית הדין. רבי דוסא מביא לו מדרש שתומך ברעיון זה: (שמות כד) "**ויעל משה ואהרן נדב ואביהוא ושבעים מזקני ישראל". ולמה לא נתפרשו שמותן של זקנים? - אלא ללמד שכל שלשה ושלשה [דיינים] שעמדו בית דין על ישראל, הרי הוא כבית דינו של משה.**״ זה לא משנה מי הם רבני בית הדין- לא כי שמותיהם לא חשובים אלא כדי להגיד שזה לא משנה, הם כמשה רבינו ויש לציית להם. **לבסוף רבי יהושוע משתכנע ומקבל עליו את הדין**- הולך לרבן גמליאל באותו יום שלדעתו הוא יום הכיפורים. רבן גמליאל אמר לו שלא יחשוב שהוא התכוון להשפיל אותו או להראות לו ״מי בעל הבית״ אלא שיבין שכשיש בית דין יש להקשיב לו- אם רבי יהושוע לא יקשיב לבית הדין כך גם שאר עם ישראל.

**הברייתא** מביאה דוגמות מספר שופטים לכל מני שופטים שלא נחשבו כאנשים מורמים מעם (שמשון). התנ״ך משווה בינם לבין למשה ואהרון על מנת להעביר מסר- לא משנה מי המנהיג, יש לציית לו: ״**שקל [השווה] הכתוב שלשה קלי עולם [שלושה שופטים קלים, זוטרים, בדרגה ורמה נמוכה, והם יפתח שמשון וגדעון], כשלשה חמורי עולם [שלושה שופטים דגולים וצדיקים, והם שמואל משה ואהרון].."** התורה רוצה להדגיש שתמיד יש תחושה של ירידת הדורות, תחושה שהרבנים והחכמים של פעם היו באמת אנשים גדולים אבל המנהיגים של היום אינם ברמתם. הדבר מפרק את סמכותו של בית הדין על כן התורה אסרה על זה ומורה לציית לחכמים שלך זמנך על מנת לשמר את מוסד בית הדין. אל תאמר שהשופטים בימים עברו היו טובים מאלה.

דוגמה נוספת- **דרשות הר"ן , דרוש יא** (ר' ניסים בן ראובן גירונדי): הוא לא שולל אפשרות שהסנהדרין טועה ועדיין ההפסד שנגרם כתוצאה מטעות קטן יותר מההפסד שהיה קורה אילו היינו אומרים שאין חובה לציית לבית הדין כשהם טועים. מבחינה מוסדית המחיר המדובר שווה את זה.

גם האחרונים אומרים דברים דומים: **קצות החושן , הקדמה** (ר' אריה ליב בן ר' יוסף): יכול להיות שהאמת שלנו כבני אנוש פספסה משהו באמת השמיימית אבל התורה ניתנה לנו לפי האמת שאנחנו מבינים. גם אם לפעמים יהיו הבדלים בין האמת ההלכתית לאמת השמיימית (מה שאלוקים התכוון), מה שמחייב זו האמת שלנו. קצת מזכיר את ההבדל בין האמת העובדתית לבין האמת המשפטית במשפט המודרני.

מקור אחרון הוא **שו"ת אגרות משה , הקדמה** (ר' משה פינשטיין, ארה"ב, מאה 20): אנחנו נפעל לפי הרוב גם אם הוא טועה. בהתאם למה שנאמר מעלה: הדיין או הפוסק הם בעלי סמכות גם במידה ולפעמים טעו. ה׳ התנתק מהתורה ונתן לנו לפרש אותה ביושר ובתום לב.

מסביר את הרעיון שאפילו אם אתה בטוח שהחכמים טעו, יש חובה לציית לבית הדין מבלי לחשוש שפועלים בניגוד להלכה.

ישנה גם עמדה הפוכה

עמדה הטוענת בתלמוד הירושלמי במשמעות הפוכה: **ירושלמי** הוריות א,מה טור ד /ה"א: לא יעלה על הדעת להקשיב לחכמים אם אומרים לך טעות גמורה. **משמעות הפוכה** לחלוטין ממה שלמדנו קודם לכן. אם אומרים לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין- אין להקשיב להם. חובת הציות לדברי החכמים איננה מלאה אלא מותנית בכך שהם לא טועים. הדבר מעורר קושי- כיצד יודעים שהם טעו? כדי לקבוע שבית הדין טעה צריך להיות ברמה מאוד גבוהה של חכמה.

התשובה מי מוסמך לקבוע כי החכמים טעו אינה ברורה אבל יש מקור שניתן ללמוד ממנו:

**משנה הוריות א, א** (משנה- קובץ של דברי התנאים, נערכה בידי רבי, דור 6 לתנאים, 200 לספירה). המשנה עוסקת **בפר העלם דבר של ציבור**- במידה והרבה אנשים עשו את הדבר אבל בדיעבד בית הדין קבע שהדבר אסור- הרבה אנשים חטאו. ברור שכל אלו שעשו את הדבר שהסתבר בדיעבד כאסור, אינם חטאו במזיד. אבל, יש בהלכה קביעה כי בהרבה מאוד עבירות יש להביא קורבן לבית המקדש על מנת לכפר על הטעות- גם במקרה של שגגה ולא במזיד. מדוע? ניתן לומר כי הטעות היא רשלנות. הבאת הקורבן מלמדת שהתורה בכל זאת רואה בו אחראי (השוגה).

מה קורה במקרים שאנשים טעו אבל הטעות נובעת מבית הדין ולא מרשלנות? במקרים כאלה **בית הדין מביא קורבן אחד עבור כל מה שהציבור עושה**. מדוע? כי הפעם הציבור לא היה רשלן אלא אנוס (ביטוי של כפייה). סוג של אחריות ציבורית.

**המשנה במסכת הוריות** היא משנה קצת מסובכת מאחר וקשה מאוד להבין מה נאמר, יש המון גרסאות (לא היה דפוס אז המידע עבר בכתב יד- כתוצאה מכך חלו שיבושים ושינויים בין כתבי יד שונים). ״**הורו בית דין לעבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה והלך היחיד ועשה שוגג על פיהם בין שעשו ועשה עמהן, בין שעשו ועשה אחריהן, בין שלא עשו ועשה, פטור [מקורבן], מפני שתלה בבית דין. הורו בית דין וידע אחד מהן שטעו או תלמיד והוא ראוי להוראה והלך ועשה על פיהן: בין שעשו ועשה עמהן, בין שעשו ועשה אחריהן, בין שלא עשו ועשה ,הרי זה חייב, מפני שלא תלה בבית דין. זה הכלל התולה בעצמו חייב והתולה בבית דין פטור**״. הסוגיה מדברת על כך שבית הדין נתן הוראה בטעות ועולה מתוך המשנה שאם הורה בית דין אבל אחד מבית הדין ידע שבית הדין טועה ובכל זאת פעל לפי הוראה של בית הדין- חייב להביא קורבן עצמאי. מדוע? הרי יש לציית גם להוראה שהינה טעות. התשובה היא שמאחר והייתה לו טעות, הוא שגה. **הוא חשב בטעות שהיה צריך לציית לבית הדין וציית להם בטעות**. הוא לא שוגה במזיד אלא בשוגג- חשב שהיה צריך להקשיב לבית הדין. המשפט הזה מתיישב יותר עם הירושלמי. לפי המקור הזה עולה שאין חובת ציות מלאה. זאת אומנם **לא עמדה מוסכמת** אבל היא קיימת.

מקור נוסף, מעט סוטה מהאופן שבו פירשנו את הדברים עד עתה. מלמד משהו על התפיסה של החכמים על תפקידו של בית הדין. **ספר עקידת יצחק ,שער מג** (ר' יצחק עראמה, ספרד, איטליה, מאה 15). במידה ויהיה ספק בשאלה הלכתית כלשהי, הבעיה היא לא בכלל אלא ביישום של הכללים. לכל מקרה יש נסיבות מיוחדות. השאלה היא האם הנסיבות נכנסות לתוך הכלל או יוצא מן הכלל בגלל השוני בנסיבות. במידה ויש אי הסכמה כיצד ליישם את השורשים, במקרה של ספק ילכו לבית הדין הגדול כי אלוקים נתן להם להסדיר את החוק בהתאם למה שנראה להם. לדוגמה, בית הדין אמר לגבי כלל מסוים שהוא איננו חל על אותו מקרה. במידה ואותו אדם פחות מבין, יחשוב שאולי בית הדין טעה כי הוא סטה מן הכלל. אבל הוא סטה מן הכלל כי יותר נכון לסטות מן הכלל במקרה הספציפי הזה. אם בעיני אותו אדם בית הדין טעה ברמת ימין שמאל, אין לאותו אדם סמכות או שק״ד להבין מתי צריך לסטות מן הכלל ולכן לאותו אדם זה נראה שבית הדין טעה בעת שסטה מן הכלל- בעצם זה לא נכון ובית הדין אמר על ימין ימין. תפקידו של בית הדין לדעת מתי ליישם את הכלל ומתי הוא איננו רלוונטי. אותו דיין שדן תמיד לפי הכללים ומיישם אותם אוטומטית מבלי לבחון ולבדוק את המקרה קונקרטי, למרות שעל פניו נראה לך שדיין זה דן דין אמת- **הוא בעצם מחריב עולם** וגורם נזק עצום. אנו אומרים שזו סטייה למרות שהיא הדרך הישירה- עבור מקרה זה. זאת אף חובתו של בית הדין לחרוג מהכלל כשצריך.

המחלוקת

ננסה להבין כיצד בית הדין מכריע במקרה של חילוקי דעות. באיזה אופן? קודם כל יש לדון על עם תופעת המחלוקת. מחלוקות יהיו תמיד, השאלה אם זה דבר בריא וטוב או שמחלוקת היא תקלה. לפי האינטואיציה מדובר על תקלה- ההלכה היא אחת, אמת אחת שיש לשאוף להגיע אליה. אם אנחנו מתווכח סימן שאנו לא מספיק נבונים. אבל זה לא בהכרח נכון. לעיתים למחלוקת יש ערך בפני עצמה. מחלוקת מסוגלת להפרות את הדיון ולהביא אותנו להבנה עמוקה יותר של מה כדאי.

עצם תופעת המחלוקת בתפיסה ההלכתית

גם בשאלת המחלוקת- יש מחלוקת.

**תוספתא חגיגה ב, ט** (קובץ של דברי התנאים שלא נכנסו למשנה, נערכה בידי רבי חייא, תלמיד רבי, דור 1 לאמוראים): **אמ'[ר] ר' יוסי: כתחילה, לא היתה מחלוקת בישראל. אלא בית דין של שבעים ואחד היה בלשכת הגזית, ושאר בתי דינין של עשרים ושלשה היו בעיירות שבאר ישראל**" נראה כי רבי יוסי הינו נגד מחלוקת (נוסטלגיה, פעם לא הייתה מחלוקת). הוא מסביר מה הייתה הפרוצדורה שמנעה מחלוקות- היה סנהדרין בבית המקדש ושאר בתי הדין היו בערים של ארץ ישראל. [בדיני נפשות היה צורך ב-23 דיינים, מדוע 23? בסדר הדין ההלכתי בית הדין כולו היה מול הנאשם (אין סנגור ואין קטגור) ולכן במידה ונפסק עונש בפה אחד- הנאשם לא נענש. אנחנו רוצים להיות בטוחים כי נטענו טענות לזכותו של הנאשם]. במידה והתעוררה שאלה בדני ממונות או בדיני טהרה, הכתובת הראשונה שפונים אליה היא **(1)** **בית הדין בעירו של השואל**. במידה ואין בעירו של השואל בית דין הולכים לעיר השכנה. אם התשובה ההלכתית מוכרת וידועה (**״שמועה״**- שמעו אותה) הם מוסרים אותה לשואל. בית הדין התחתון בוחן את העניין, הוא לא דן ומתחבט או מכריע. חוץ מבית הדין הגדול שאר בתי הדין לא מוסמכים להכריע במחלוקות חדשות אלא רק להנחיל את ההלכה הקיימת. לא קובעים את הדין שחל אלא מעבירים את המסורת- לא מחדש הלכות. במידה ולא כך הדבר (לא מכירים את הבעיה), מי ששאל את השאלה ונציג בית הדין (יודע לנסח אתה שאלה יותר טוב מהשואל עצמו) **(2) פונים לבית הדין שבהר הבית** (בית הדין ״התחתון״ בתוך אזור בית המקדש). בית הדין בהר הבית קרוב יותר לבית הדין הגדול (פיזית) ועל כן יש יותר סיכוי שהוא ישמע את התשובה לשאלה. אם בית הדין שבהר הבית לא שמע הוא פונה **(3) לבית הדין שבחייל**(הקרוב ביותר לבית הדין הגדול) כך גם במקרה הזה, אם שמעו עונים את התושבה ואם לא פונים **לבית הדין הגדול- הסנהדרין**. בבית הדין הגדול הכי בקיאים, אח"כ בתי הדין בירושלים בגלל הקרבה לבית דין הגדול ואז לערים אחרות אשר ככל שקרובות יותר לירושלים יחשבו בתי הדין יותר בקיאים.

הר הבית -> חייל -> בית הדין הגדול (סנהדרין)

[**המינימום** בבית הדין הגדול הוא 23 דיינים, **המקסימום** הוא 71. במידה וישנו דיין שחייב לצאת מההיכל עליו לבדוק שיש מספיק דיינים למינימום הנדרש ואם לא, לא יצא. הקרבת הקורבנות (קורבן התמיד) תוחמת את שעות הפעילות של בית הדין- מהבוקר ועד אחר הצהריים. הדיינים לא רק מחכים לשאלות אלא גם יוזמים שאלות ומפרשים פירושים- מנצלים את זמנם ללמידה]. בבית הדין הגדול, אם מכירים את ההלכה, עונים לשואל (מספיק שאחד מה-71 ידע את התשובה)- **אם יש מסורת הלכתית השאלה כלל לא עולה לדיון**.

אם הגענו לסיטואציה שבה לאף דיין אין מסורת הלכתית בשאלה הזו, **עומדים במניין**- עושים דיון ומביאים טיעונים ולאחר מכן מבצעים הצבעה.

**ההכרעה נעשית בדעת רוב**. ברגע שבית הדין הגדול הכריע אפשר היא מפורסמת לכל בתי הדין שתחתם. כך נוצרת מסורת הלכתית חדשה.לכן לא הייתה בהתחלה מחלוקת כי היה רק גוף אחד שבסמכותו להכריע.

כך לפחות הייתה ההתנהלות בתחילת המשפט העברי. מאז תקופת **הזוגות** התעוררו מחלוקות. הסיבה היא כי תלמידי שמאי והלל (הזוג האחרון) לא היו מוכשרים מספיק. לדעתו של **רבי יוסי** תופעת המחלוקת היא כביכול תופעה שלילית ויש עליה ביקורת. לטעמו אם ההתנהלות הייתה תקינה לא היו מחלוקות.

**סנהדרין פח: ״משם כותבין ושולחין בכל מקומות: כל מי שהוא חכם ושפל ברך ודעת הבריות נוחה הימנו - יהא דיין בעירו. משם מעלין אותו להר הבית, משום לעזרה, משם ללשכת הגזית**״ דוגמה לאילו תכונות זקוק אדם על מנת להיות חכם בבית הדין.

**תלמוד ירושלמי חגיגה ב,עז טור ד ה"ב:** ״**בראשונה [בתחילה], לא היתה מחלוקת בישראל אלא על הסמיכה בלבד. ועמדו שמאי והלל .. ועשו אותן ד' [4 מחלוקות]. משרבו תלמידי ב"ש ותלמידי ב"ה ולא שימשו את רביהן כל צורכן, ורבו המחלוקו'[ת] בישראל.. ועוד אינה עתידה לחזור למקומה עד שיבוא בן דוד״.** בהתחלה, לא הייתה מחלוקת למטע בעניין הסמיכה (דיני קורבנות ודיני יום טוב) אבל בזמנם של **שמאי והלל** היו (לצורך הסיפור) 4 מחלוקות. לאחר מכן נוצרו מחלוקות רבות בין תלמידי בית שמאי לתלמידי בית הלל. יחד עם זאת הגמרא אומרת שעל אף שהיו מחלוקות הם לא נמנעו מלהתחתן זה עם זה. המשפט האחרון אומר ״שרכבת המחלוקות״ יצאה לדרך ועניין החוסר מחלוקת לא יחזור עד שיבוא משיח. המסקנה היא שיש מחלוקות וצריך לדעת לחיות איתן.

בשני המקורות הללו (^) ההתייחסות למחלוקת היא כמשהו **שלילי**. גם בשאלה המחלוקת, ניתן למצוא גישות שונות:

**תוספתא עדויות א, ד** (מסכת מעט יוצאת דופן מאחר ורוב המסכות עוסקות בנושא ספציפי וזו מתעסקת בהרבה הלכות שונות שלא הייתה להן תשובה): מקור הרואה במחלוקת ערך. מאחר תמיד הולכים לפי דעת הרוב, למה יש צורך בדעת המיעוט? לכאורה יש להשמיט אותה על מנת למנוע בלבול. העמדה הראשונה שמופיעה בתוספתא היא שהסיבה שהמזכירים את דעת המיעוט היא על מנת שאדם יבין מהי העמדה המבוטלת.

מה יקרה במידה וישנה התנגשות בין 2 מסורות? התוספתא אומרת כי העם צריך להכיר את עמדת המיעוט על מנת לדעת שהיא נחותה. אין חשיבות לעמדת המיעוט ומזכירים אותה רק מתוקף שיקולים פרקטיים. היא נועדה על מנת לחזק את דעת הרוב.

**רבי יהודה** אומר כי יש לגיטימציה גם לדעת המיעוט במקרים מסוימים ולא על מנת לבטל את דעת המיעוט. עמדת המיעוט מוזכרת כדי להדגיש **שגם היא לגיטימית** (על אף שהיא לא מקובלת). ניתן יהיה להשתמש בדעת המיעוט רק במקרים ספציפיים.

ניתן לראות דוגמה לכך במקור הבא:

**שבת מד,א**: יש בשבת הלכה שנקראת ״**מוקצה**״- דבר שאסור לגעת בו בשבת כי הוא לא שייך לשבת, לדוגמת נר. מתעוררת השאלה האם אפשר לטלטל נר בשבת. ההסכמה היא שאסור לטלטל נר דולק בשבת. המחלוקת היא מה קורה כאשר הנר כבה במהלך השבת. דעת רוב התנאים היא **שאסור לטלטלו אפילו שהוא כבה**. דעתו של **רבי שמעון** היא שכל עוד הוא דולק אסור אבל ברגע שהוא כבה מותר לטלטל אותו (דעת מיעוט). השאלה מתעסקת בחנוכה מאחר ויש להדליק את נרות חנוכה על עדן החלון (בכניסה לבית). בזמן גלות בבל התעוררה בעיה- היהודים חיו בסביבת גויים והם חשבו שהיהודים מדליקים נרות על מנת להטיל עליהם כישופים. ביום חול הדליקו את הנר בחוץ ואחרי חצי שעה הזיזו אותו לבפנים. בשבת- אסור היה להזיז את הנר לפי דעת הרוב. אפשר היה להגיד שיש להדליק את הנר בתוך הבית אבל אחד הרבנים אמר אפשר להדליק את הנר בחוץ וברגע שהוא כבה להחזיר אותו פנימה. עם ישראל התרעם על כך שזה מנוגד להלכה הנקבעה. הם נענו שזה אומנם נכון (נפסקה הלכה בניגוד לעמדתו של רבי שמעון) אבל דעת המיעוט עדיין קיימת ולגיטימית- בדיוק למקרים כמו אלו. בשעות של צורך מיוחד אפשר להשתמש בעמדת המיעוט -כי זוהי **שעת דחק** כרגע אז יש צורך מיוחד ודעת המיעוט היא הפיתרון. זהו יישום לעמדה שנלמדה קודם לכן.

דוגמה אף יותר מרחיקת לכת:

**אבות דרבי נתן יח נוסחה א** (קובץ ברייתות שהם מסכת בפני עצמה. נערכו ע"י ר' נתן הבבלי בסוף תקופת התנאים. מקבילה למסכת אבות במשנה, ועוסקת בענייני מוסר, ודרך ארץ. מופיעה ב- 2 נוסחים, ומודפסת בבבלי יחד עם המסכתות הקטנות שאחר סדר נזיקין): "**בעלי אסופות"- אלו תלמידי חכמים שנכנסין ויושבין אסופות אסופות. אלו אוסרין, ואלו מתירין. אלו מטמאין, ואלו מטהרין. אלו פוסלין, ואלו מכשירין. שמא יאמר לך אדם: אשב ולא אשנה [שהרי כל אחד מגיע לתוצאה שונה ואם כך לכאורה אין תועלת בלימוד]!. תלמוד לומר: "נתנו מרועה אחד". אל אחד בראם, ופרנס אחד נתנם, רבון כל המעשים אמרם. אף אתה, עשה אזנך כאפרכסת, והכנס בהם דברי אוסרין ודברי מתירין, דברי מטמאין ודברי מטהרין, דברי פוסלין ודברי מכשירין**״. במידה ואדם אומר שהוא מעדיף לא ללמוד כלום כי ישנן דעות שונות ואין עמדה אחת קבועה, יש להגיד לו כי את כל הדעות נתן לנו האל. המקור הזה טוען כי כל הדעות לגיטימיות ומקורן מאלוקים. יש לשמוע גם את הטמא וגם את הטהור. **ריבוי הדעות מפרה!**

מקור נוסף בהקשר הזה:

ביחס למחלוקת בית הלל ובית שמאי הקביעה היא ששניהם צודקים אבל **ההלכה היא לפי בית הלל**.

אם שתי הדעות לגיטימיות מדוע הוחלט כי ההלכה היא כבית הלל? הגמרא אומר כי בית הלל היו אנשים יותר נוחים ויותר צנועים. הם קודם היו לומדים את דברי בית שמאי ורק אז את שלהם. נסתבר שהשאלה כיצד מכריעים מחלוקת היא לאו דווקא לפי צדקותו של אדם (לא תמיד ניתן להכריע מי צודק).

תלמידי בית הללו היו מוכנים לשמוע גם טיעונים נוספים ולנהל דיון של אמת. לבסוף תצא תשובה יותר מבוררת ומלובנת מכל הדיונים הללו.

**ריטב"א מסכת עירובין דף יג/ב** (ר' יום טוב בן אברהם אלשבילי, ספרד, מאה 13- 14) [במקור זה מוצגת גישה אוהדת ביותר למחלוקת, הרואה במחלוקת מצב רצוי ונכון. להבנת המקור, עיינו תחילה בסוגיא במסכת עירובין יג,ב בפרק "לא בשמים היא",להלן]: "**אלו ואלו דברי אלהים חיים"- שאלו רבני צרפת ז"ל : האיך אפשר שיהו אלו ואלו דברי אלהים חיים וזה אוסר וזה מתיר? ותרצו: כי כשעלה משה למרום לקבל התורה, הראו לו על כל דבר ודבר מ"ט [49] פנים לאיסור ומ"ט פנים להיתר . ושאל להקב"ה על זה , ואמר, שיהא זה מסור לחכמי ישראל שבכל דור ודור, ויהיה הכרעה כמותם. ונכון הוא לפי הדרש , ובדרך האמת יש טעם סוד בדבר.**״ אלוקים נתן סיבות למה מותר ולמה אסור אבל משה התבלבל ולא ידע מה לעשות, מה ללמד את העם. אלוהים ענה לו כי הוא מראש לא אומר לו תשובה אחת ברורה אלא נותן לו נימוקים למה כן ולמה לא- העם ילבן וידון ויחליט איזו עמדה הוא מקבל. זהו לכאורה תיאור **מקצין** אבל המסר הוא שהמחלוקת איננה תקלה אלא **שאלוהים בעצמו השאיר את הדברים פתוחים**. המחלוקת מהמקור הנ״ל נתפסת לא כתקלה או ירידת הדורות אלא כדבר שנועד לכך מלכתחילה.

בשאלה האם תיתכן מחלוקת בחלקים הראשון והשני דעתו של הרמב״ם לא מוסכמת.

**מבוא התלמוד**, **ה** [שמואל בן חופני גאון, מתוך מאמרו של ש' אברמסון סיני פח מא' ,ריא]: אלו שמעבירים את המסורת מיום ליום, טענו כי הסיבה למחלוקת הייתה שחלק הקשיבו למסורת וחלק לא היו מרוכזים. לשיטתו גם בשאלה שמיוחסת למסורת ההלכתית בשני החלקים הראשונים של התורה יכולה להיות מחלוקת הנובעת באי הבנה או חוסר ריכוז. מנגד, הרמב״ם אמר שמי שטוען כך הם אנשים חסרי שכל.

האם ניתן להכריע במחלוקות בכלים שמימיים(בעזרת נבואה או בת קול)?

**בבלי תמורה מסכת עירובין טז,א**: כשמשה מת חלק מההלכות נשכחו וכעת מנסים לשחזר אותן. יהושוע הוא ממשיך דרכו של משה (גם הוא נביא). אמרו ליהושוע לשאול את אלוהים לגבי ההלכות שנשכחו. רבי יהושוע אמר שהוא לא יכל כי "לא בשמים היא". הפסוק ״**לא בשמים היא**״ מופיע כביטוי מושאל- עם ישראל יגיד שקשה לו לקיים את התורה יגידו לו שזה לא בשמיים- לא דבר כזה רחוק ולא נדרש מאמץ כי קרוב אליהם הדבר. הגענו לתקופתו של שמואל וביקשו ממנו גם לשאול. שמואל אמר להם שהוא נביא והוא לא יכול לחדש בענייני הלכה. כך גם אם אלוהים בעצמו היה מוסר לו דבר הלכה חדש. הדבר חוזר על עצמו גם עם נביאים נוספים. אסור לחדש ולהכריע בעזרת נבואות אלא להסתפק ולשמור על מה שיש.

כביכול יש כאן בעיה, יש הלכות שנשכחו ולא ניתן לשחזר אותן. מי שמאמץ את העמדה הזו הוא הרמב״ם- שוללת קשר בין נבואה להלכה במקור הבא:

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות** (ר' משה בן מיימון, ספרד,צ. אפריקה,א"י,מצרים, מאה 12): לנבואה אין שום משקל לגבי פירוש התורה. הנבואה היא לא חלק מכלי המשחק. העובדה שיהושוע ופנחס הם גם תלמידי חכמים וגם נביאים אינה בעלת משקל נוסף על פני רבינא ורב אשי שהיו רק חכמים. אין יתרון לנביאים בפסיקה היכולת הנבואית לא נותנת כל יתרון לעמדתו של החכם להכרעה בהלכה. במקור הנ״ל הרמב״ם בין היתר מסביר את עבודתם של הנביאים ומתאר מיהו נביא שקר.

לדוגמה: נביא המתנבא בשם האלוהים ומחזק את העם בשמירת התורה וגם בענייני רשות ועזרה למלך במשך שנים רבות. לבסוף, לאחר שנים של תפקוד קלאסי, הוא מוסיף מצווה או גורע מצווה- לטענת הרמב״ם זהו נביא שקר.

גדול הנביאים משה הוא זה שהביא את האמונה לעולם והוא אמר שאלוהים מסר לו שנבואה יוצאת מהמשחק- כאשר ה נתן למשה את התורה הוא הבטיח כי לא יהיה תוספת לכך אז מי שטוען שיש לו נבואה שמוסיפה מצוות הוא משקר.

הרמב״ם מקצין בנושא הזה מאחר ושאר הדתות טענו שנביא חדש נתן להם את הברית החדשה או את הקוראן והוא רצה לסגור את הפתח הזה.

הרמב״ם ממשיך ומדגים את העניין: במידה והיה נביא שבמשך שנים הטיף לשמור את השבת והעם נענה לו, אם יגיד אותו נביא שמותר לצאת בשבת ל-2001 אמה או 1999 אמה, זהו נביא שקר (אסור לצאת ליותר מ-200 אמה במהלך השבת כפי שנכתב בתורה). על אף שהשינוי ההלכתי מינורי, לא יכול להיות שאלוהים אמר לו דבר הנוגע לדברי הלכה. **פרשנות חכמים של נביאים היא לגיטימית**, **אלא אם כן הוא טוען כי הפרשנות נאמרה לו ע״י האל**. בענייני מצוות מעמדו של הנביא הוא כמעמדו של כל חכם אחר. גם אם יבואו 1000 נביאים גדולים שאומרים שהדבר מותר ואלף ואחד חכמים שאינם נביאים שיגידו כי הדבר אסור- ההלכה כמו ה-1001 (הולכים לפי רוב).

הרמב״ם מאמץ את העמדה ״שלא בשמיים היא״ ושולל כל תפקיד נבואי בענייני הלכה.

העמדה הזאת, היא לא עמדה שמוסכמת על כולם. עמדה אחרת באה לידי ביטוי במקור הבא:

**בבלי עירובין יג,ב**: מקור המסביר איך הכריעו שההלכה היא לפי בית הלל- יצאה בת קול (סוג של נבואה, קול שמיימי) ואמרה כך. והסיבה היא שבית הילל היו קוראים קודם את דברי בית שמאי ואז את שלהם והתייחסו אליהם בכבוד.

גם בראשונים יש מי שתומך בעמדה זו:

**ספר הכוזרי - מאמר שלישי אות מא** (ר' יהודה בן שמואל הלוי, ספרד, מאה 11- 12): [ספר הכוזרי הוא ספר הגות שמספר סיפור רקע על מלך שרצה להחליט מהי העמדה הנכונה ומזמן אליו חכמים מכל הדתות. בסופו של דבר המלך משתכנע שהיהודי צודק בדרכו ולכן הוא וכל עמו מתגיירים] החכם היהודי אומר למלך שיש מצוות שנוספו מדברי חכמים- החכמים הוסיפו וגרעו מצוות. הכוזרי שואל אותו איך זה יתכן מאחר ואסור להוסיף ולגרוע מהתורה. היהודי עונה לו (עמדה מנוגדת לרמב״ם) שהכתוב מתייחס להמון העם אבל ישנם אלה שמותר להם להוסיף ולגרוע- חכמים ונביאים- וזה אפילו כתוב בפסוק עצמו. הנביא יכול לצוות גם בענייני הלכה, מי שלא רשאי להוסיף זה המון העם. לפי שיטתו של יהודה הלוי מותר להוסיף מצווה ולכן, יש משקל לנבואה גם לענייני הלכה.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא** דף נא עמוד ב **תנור של עכנאי:** הייתה שאלה הלכתית העוסקת בטומאה וטהרה. טומאה בדרך כלל קשורה לאובדן של חיים. יש כלל שאומר שכלי כשהוא שלם הוא מקבל טומאה, כלי שבור איננו מסוגל לקבל טומאה אפילו אם הוא היה טמא כשהוא היה שלם. כלי שעשוי מחרס אם הוא טמא אין איך לטהר אותו אך ברגע שהוא נשבר הוא לא טמא.

התנור של עכנאי היה מפורק וחיברו אותם עם קצת חול. השאלה אם חיבור שכזה, נקרא כעת תנור שלם ולכן הוא מקבל טומאה או לא? בשאלה הזו הייתה מחלוקת בין חכמים לבין רבי אליעזר. לדעתם של החכמים זהו כלי שלם שמקבל טומאה ורבי אליעזר שלא. רבי אליעזר בא מבית שמאי בעוד החכמים מייצגים את דעת בית הלל. [יש מחלוקת בין בית שמאי לבית הלל בטענה שבית שמאי אומרים שהשמיים נבראו תחילה ובית הלל אומרים שקודם נבראה האדמה ורק אז השמיים]. ראינו כי הייתה התפתחות בוויכוח- רבי אליעזר הביא ראיות רגילות מהמקורות לכך והחכמים לא השתכנעו. לאחר מכן, רבי אליעזר הביא עדויות כי הוא צודק באמצעות הוכחות שמימיות. קיים מתח בין הסימנים השמימיים שרוצים לשלוח הוכחה משמיים שרבי אליעזר צודק לבין ההתנגדות של החכמים לקבל סימנים כאלה. בסוף, רבי אליעזר הביא את בת קול על מנת שתוכיח את צדקתו באופן ישיר. **בעבר בת קול הכריעה בין בית שמאי לבית הלל וההכרעה הזו התקבלה**. אף על פי כן, רבי יהושוע אמר ״**לא בשמיים**״, הוא כביכול אומר לה׳ שהוא חורג מכללי המשחק שהוא בעצמו קבע- הולכים לפי הרוב בעוד רבי אליעזר הוא המיעוט. בנוסף, אף נביא לא יכול להתערב אחרי משה.

המתח בין שתי העמדות נמשך. שואלים את ? איך ה׳ מגניב בזמן לכך שהוא שולח אותות ורבי יהושוע (כמייצג את דעת הרוב) כביכול ממרה את פיו (נראה כמו סוג של התרסה כלפי ה׳). אלוהים מחייך ואומר כי הרבנים שלו ניצחו והם צודקים- הוא אמר להם מראש לא לקבל סימנים מסוג זה.

כפי שלא משנים פסיקות ישנות על פי הלכות חדשות, כך גם במשפט העברי. כל עוד ההלכה לא הוכרעה לדעת החכמים הדעה של רבי אליעזר לגיטימית. מכאן והילך, מרגע ההכרעה במחלוקת, **רבי אליעזר כפוף להכרעה של הרוב**. עד אותו יום עמדתו של רבי אליעזר הייתה לגיטימית ועל סמך זה התנהלו כך שלא צריך לבטל את כל פסקי הדין שלו בסוגיה הזו. כאן החכמים נוקטים **בצעד קיצוני** ולא מסתפקים בהכרעה בניגוד לרבי אליעזר אלא גם מבטלים את כל ההכרעות ההלכתיות הקודמות שנתן בנושא.

מוחקים את עמדתו של רבי אליעזר גם למפרע, זה בניגוד לכללים הרגילים, מדוע? מאחר והוויכוח חורג מהוויכוח המקומי בדיני טומאה וטהרה, אלא הפך להיות עקרוני בסוגיה כיצד מכריעים הלכה.

בנוסף הוחלט לנדות את רבי אליעזר ולא כי הוא היה במיעוט אלא בגלל מה שהוא ניסה לעשות על מנת להוכיח את עמדתו.

החכמים חששו ללכת להודיע לרבי אליעזר את החלטתם כי הם פחדו ממה שהוא מסוגל לעשות לעולם ועל כן בחרו ברבי עקיבא על מנת שילך להרגיע אותו. למרות הכעס הגדול של רבי אליעזר כלפי החכמים, הוא מקבל את דעת החכמים ואת הנידוי. על אף הסמכתו עם פסיקת הרבנים עדיין נגרם נזק לעולם מדמעותיו- היקום מגן על רבי אליעזר (בגלל הצער שנגרם לו).

ה׳ מגן על רבי אליעזר וכועס על רבן גמליאל כאב בית הדין (בגלל שפגעו בו) וכמעט מטביע אותו אך רבי אליעזר פונה לה׳ וטוען שלא פנה מטעמי כבוד אלא על מנת לגרום לסדר בעם ישראל אך זה לא מספיק ובסופו של דבר רבן גמליאל מת כתוצאה מהפגיעה ברבי אליעזר.

למרות שההלכה היא בניגוד לרבי אליעזר, ה׳ מקבל את עמדת החכמים שאין להפעיל כוחות שמימיים, המסר הוא שאסור להשתמש בכוחות שמימיים על מנת לחדש הלכות (במקרה הזה).

זה מתקשר לשאלה שכבר העלינו**, האם לשאלה משפטית יש רק שאלה אחת נכונה או שמה יש כמה שאלות נכונות שצריך לבחור אחת מהן**? המקור הנ״ל מבטא כי כל העמדות הן לגיטימיות ואין אמת שמימית אחת אלא שיש כלים שבאמצעותם יש להכריע האם הדבר הוא כך או אחרת.

**רש"י בבא מציעא, שם**: מקור נוסף העוסק בספק בטהרה. במידה ויש מחלוקת בשמיים בין ה׳ הקובע שבנסיבות מסוימות משהו טהור לבין גורמים שמימיים שאומרים על משהו שהוא טמא, פוסקים בניגוד לדעתו של ה׳ מאחר והכלל קובע שכשאר יש ספק מחמירים. יש להכריע בהלכות לפי הכלים האנושיים ולא האלוהיים. **למה בת הקול התקבלה בבחירה בבית הלל ולא במקרה התנור?** כאשר בת קול באה לסתור את דעת הרוב והכרעת החכמים אין להקשיב לה אך כאשר באה לחזק כפי שחיזקה את הכרעת הרוב בבית הלל דעתה מתקבלת. בנוסף במקרה רבי אליעזר היא לא באה כדי להכריע אלא רק כדי לא לבייש את כבודו של רבי אליעזר אחרי שכבר קרא לה.

**אגרות הראי"ה א,קג** :מקור המתמודד עם השאלה שהצגנו. המשנה הראשונה במסכת אבות אומרת כי משה קיבל את התורה והעביר אותה הלאה עד הנביאים דבר המסמל **שהייתה סיבה להעברת התורה מהזקנים לנביאים- היה לנביאים משקל**. צריך ליישב הנחה זו עם המקורות שסותרים ע״י קביעה כי במקום שמבחינת הסברה והעיון התשובה היא ברורה ויש יכולת להכריע באמצעות הכוח השכלי- ״לא בשמיים״. במקום שבו מגיעים לדרך ללא מוצא, אפשר להשתמש בכוחות שמימיים. כך היה במחלוקת בין בית שמאי לבית הלל. במקרה הנ״ל (תנורו של) היה אפשר להכריע בכוחות אנושיים (לפעול עפ״י הרוב) ועל כן אין משקל לבת קול. **בת קול בעלת משקל אבל רק כאופציה שנייה- מוצא אחרון**. מקור המנסה להבהיר שכולם צודקים.

**שו"ת משפט כהן (עניני א"י) ,צב** (ר' אברהם יצחק הכהן קוק, לטביה, א"י, מאה 19- 20): כיצד חכמים מרשים לעצמם לחלוק על סימנים מהשמיים? לטענת המקור, השמיים לא באמת חשבו שרבי אליעזר צדק אלא לא רצו לפגוע בכבודו ולהגן עליו. אפשר לעשות שימוש בבת קול רק כשהיא באה מאליה ולא כששואלים אותה מראש. אם יש עניין הלכתי מוכר ויש ספק שלא מצליחים להכריע- אפשר להשתמש בבת קול, אבל הלכה חדשה אי אפשר לחדש ע״י בת קול (הלכה שנשכחה). מתחבר למקור הקודם. במקרה שלנו ניתן לפנות לקולות שמימיים מאחר וההלכה ידועה אבל שנויה במחלוקת בין חכמים.

הכלל הבסיסי הוא ״**שאחרי רבים להטות**״- הרוב קובע. יחד עם זאת, ישנה נקודה מעניינת הנלמדת מהמקור הבא:

**תוספתא סנהדרין ז,ב** (תוספתא- קובץ של דברי התנאים שלא נכנסו למשנה, נערכה בידי רבי חייא, תלמידו של רבי, דור 1 לאמוראים): אם אחד החכמים אומר שיש לו מסורת הלכתית ושאר החכמים אומרים שהם לא שמעו עליה- לא עושים הצבעה מאחר ויש מסורת. אם יש 2 דעות, אחד אומר שזה אסור והאחר אומר שזה מותר וכל השאר לא מכירים את המסורת- עושים הצבעה. במידה ואחד מהחכמים אומר שהוא קיבל מסורת מ-2 רבנים ושניהם אמרו שהדבר מותר ומנגד באים שני חכמים אחרים ואומרים שהם קיבלו מסורת שזה אסור אבל מאותו הרב, פוסקים לפי הראשון. מבחינת הנוכחים יש רוב לאסור מאחר ולא מודדים את כמות השומעים את המסורת אלא את כמות מעבירי המסורת. הרוב המכריע הוא רוב המסורות ולא בהכרח רוב מהאנשים הנמצאים באותה עת בבית הדין. השומעים הם רק צינור, מה שחשוב בהכרעת הלכה זה כמה אנשים העבירו את המסורת.

**בבלי עבודה זרה ז, א איך מכריעים כאשר הרוב לא ברור? "**אחד גדול מחבירו בחכמה ומנין"

במקום שבו אין רוב ויש לקבל הכרעה נבחר את דעתו של מי שחכם יותר ויש לו מנין (יותר תלמידים או חכמים המסכימים איתו) גדול יותר.

ממה נובע כוחה המיוחד של המשנה או של התלמוד?

מדוע לא ניתן לחלוק על דורות קודמים? לשאלה הזו מתייחסים פוסקים שונים:

**הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה** (ר' משה בן מיימון, ספרד,צ. אפריקה,א"י,מצרים, מאה 12): לא ניתן לחלוק על הקודמים מאחר הסכימו על זה כל ישראל (תיאורטית היו יכולים להסכים גם על משהו אחר). לפני תקופת האמוראים היה כוח מרכזי אחד שהיה בבל אשר אותו קיבלו כל ישראל לפני שהתפלגו לקהילות שונות ובתי דין מקומיים. ולכן מאחר ש**העם והחכמים בתקופת התנאים לפני הפילוג קיבל על עצמו ברובו את התקנות בתלמוד לא ניתן לחלוק עליו**. דבר זה מחייב את כולם. כוחו של התלמוד או המשנה לא נובעים מתפסיה בסיסית שלא אפשרה לחלוק עליהם אלא מסוג של מוסכמה. יתכן וזה קרה מטעמי נוחות ומניעת מחלוקת. כך שאין חיוב של הלכה כבתרייא אלא יש לבחון כל מקרה לגופו כפי שנעשה כאן.

**דרשות הר"ן - הדרוש השנים עשר** (ר' ניסים בן ראובן גירונדי, ספרד, מאה 14): מקור נוסף שאומר את מה שאומר הרמב״ם- שמאחר שהסכמנו לקבל את התלמוד כמחייב לא ניתן לחלוק עליו.

**כסף משנה , ממרים ב,א** (פירוש על ה"יד החזקה" לרמב"ם, ר' יוסף בן אפרים קארו [מחבר השו"ע], תורכיה, מאה 16): מקור האומר דברים דומים לרמב״ם ועושה הבחנה בין **תקנות וגזרות** לבין **פרשנות של חכמים**. בכל הנוגע לתקנות וגזרות- בית דין חכמים לא יכול לבטל תקנה של בית דין שקדם לו. לא כך לגבי פרשנות, בית דין יכול לחלוק על פרשנות של בית דין שקדם לו. אם כך, מדוע אמוראים לא יכולים לחלוק על תנאים? הסיבה היא ששיש הסכמה, הם קיבלו על עצמם שלא לחלוק על המשנה והתלמוד.

מקור שסובר אחרת

**הערות החזון איש על הדברי סופרים** [אברהם ישעיה קרליץ, פולין, א"י, מאה 19- 20]: הוא לא מקבל את התפיסה שלפיה המעמד המיוחד של המשנה והתלמוד נובע מהסכמה ואומר כי הסיבה שהמשנה והתלמוד קיבלו מעמד מיוחד (שלא ניתן לחלוק עליו) הוא לא בגלל ההסכמה (מטעמי נוחות) אלא כי היה ברור שהדורות הקודמים צדקו. דבר זה יקשה לחלוק על פוסקים קודמים (ישנה ירידת דורות).

להנחה כי אנחנו לא יכולים לחלוק על פוסקים קודמים יש הלשכה מאוד חשובה. כיום לא ניתן לפנות לשופט ולהתעמת איתו על טעות בפסק דינו שגרה לנזק. לא ניתן גם לבוא לביהמ״ש בטענה שהוא טעה בפסק הדין ולבקש לשנותו (אחרי הערעור).

בהלכה יש מושג ״**בית דין שטעה**״. דיין שטעה יתכן ופסק דינו יבוטל במקרים מסוימים הוא יצטרך לפצות את הצד שנפגע- **יש לשופט אחריות נזיקית**. ההבחנה היא בין ״טעות בדבר משנה״ לבין ״טעות בשיקול דעת״.

* **טעות בדבר משנה**- פסק הדין מוטעה ועל כן יש לבטלו. טעות בדבר מפורש- אם יש משנה מפורשת או דבר תלמוד שאומר דבר מסוים והשופט פסק אחרת, זוהי טעות מפורשת כי ברור וחד משמעי שהקביעה איננה נכונה, הפס״ד לא קיים- נולד בטעות.
* **טעות בשק״ד**- פסק הדין לא מבוטל אבל הדיין צריך לפצות את הצד שנפגע מכיסו. אין קביעה חד משמעית מהו הדין בהקשר מסוים כך שיתכן ובית הדין יפסוק לפי דעה אחת והפונה יטען כי הדעה השנייה היא הנכונה. אם הוא טעה- הדבר יכול להיחשב כטעות בשק״ד- פסק הדין לא יבוטל אבל הדיין יפצה מכיסו את הפונה אם נגרם לו נזק.

הקביעה לא מוסכמת בתלמוד אבל מוסכמת בהלכה. הדבר מעורר קושי גדול מאוד. כיצד קובעים האם מדובר בטעות שק״ד? זוהי המהות של שיקול הדעת. הלכה זאת יוצרת הרבה בלגאן במערכת הדין מאחר ולא מתאפשרת סופיות הדיון. זאת אחת הסיבות שדיינים לא נותנים נימוקים לפסיקותיהם- כדי למנוע פנייה לבית דין אחר בטענה כי הנימוק לא נכון.

שאלת הלכתא כבתראי

השאלה הזו מעוררת דילמה מאוד קשה בהלכה- במקום בו צריך לפסוק הלכה וישנן דעות שונות, מה אנחנו מעדיפים- פוסקים מוקדמים יותר למול פוסקים מאוחרים יותר? האם להעדיף אוטומטית את הפוסקים המוקדמים או שמא כל מקרה לגופו? האם לפוסקים מוקדמים או מאוחרים יש מעמד עודף?

רעיון זה מופיע לראשונה בדברי הגאונים

**סדר תנאים ואמוראים , סימן כה** [אמצע תקופת הגאונים, מחבר לא ידוע]: המקור טוען דבר שעל פניו נשמע לא ברור- עד אמצע תקופת האמוראים, נעדיף את החכם המוקדם יותר. לעומת זאת אם ניתקל במחלוקת שמעורבים בה אמוראים יותר מאוחרים, נעדיף דווקא את האמורא המאוחר יותר. יש מהפך בעולם ההלכה בזמנו של הרב רבא. מתקופתו של רבא- עדיפות למאוחרים יותר. מדוע?

אפשר לראות תשובה לשאלה זו במקור הבא

**תוספות קידושין מה,ב ד"ה "הוה** **״...ובכל מקום שהרב והתלמיד חולקין, הלכה כדברי הרב, באמוראי ראשונים עד אביי ורבא.אבל מכאן ואילך, פסקינן כבתראי. לפי שדקדקו יותר מן הראשונים להעמיד הלכה על בוריה..״.** הוא מסביר כי מהרב רבא שינו את הכלל כי מתקופת הרב רבא החכמים התחילו לדקדק יותר מהקודמים.

עולה השאלה מה השתנה בסדרי הלימוד, ניתן ללמוד זאת במקור הבא

**שו"ת מהרי"ק סימן פד** (ר' יוסף קולון, צרפת- צפון איטליה, מאה 15): אנחנו סומכים על התלמוד הבבלי מכיוון שהוא מאוחר יותר. הפוסקים המאוחרים ראו את דברי הראשונים ויכלו להתמודד איתם כך שאם סתרו את דבריהם כנראה הייתה להם סיבה טובה לכך. לו הראשונים היו חושבים על הנימוקים של האחרונים יתכן וגם הם היו משנים את דעתם.

אם כך למה המהפך חל רק בתקופת הרבנים אביי רבא? עד תקופתם הלימוד התבסס על שינון דברים חכמים. אם הלימוד הסתמך על שינון ככל שהלכו לאחור הידע מקורי וקרוב יותר למתן תורה ולכן יש עדיפות לראשונים. מתקופת הרבנים אביי ורבא התלמידים לא שיננו מה שלמדו מרבותיהם אלא לוקחו את כל המקורות ועימתו ביניהם. במקרה כזה, ברגע שהשתנו סדרי הלימודים ההלכה הרבה יותר מבוררת.

מאחר והנימוק שנתן עדיפות לפוסק המאוחר התבסס על כך שהאחרון היה יכול לראות גם את דברי הראשון, אומר מהרי״ק במקור אחר את הסייג הבא

**שו"ת מהרי"ק סימן צד** (ר' יוסף קולון, צרפת- צפון איטליה, מאה 15):

לטענתו אנו נותנים למאוחרים את הבכורה בגלל שהם בדקו את הדברים של הראשונים, אותה בכורה מותנית בכך שהיו לאחרון את החומר של זה שקדם לו. אם הספר (הנימוקים לידע) של הקודם לא היה זמין, אין קדימות למאוחר (אם המאוחר לא הכיר את זה שקדם לו)- יתכן ואם היה רואה את דבריו לא היה מתנגד להלכתו.

מקור המנסה לגשר בין העמדה האינטואיטיבית שלנו כי הקודמים עדיפים להלכה

**שו"ת הרי"ד , סב** (ר' ישעיה בן מאלי דיטראני, איטליה, אשכנז, א"י, מאה 13): הרב כותב תשובה לאדם שהתלונן בפניו על כך שהוא חלק על הרי״ף, הוא שואל איך זה הגיוני שאתה אומר שהראשונים היו חכמים יותר אבל אתה בטוח שהם טועים? בתשובה מביא את משל הננס והענק- הענק יראה למרחק רב יותר כי הוא גבוה יותר אך אם ירכיב את הננס על צווארו הננס יראה למרחק רב יותר. כך גם אנחנו**, ננסים רכובים על צווארי ענקים**- אנחנו אומנם יותר קטנים והתועלת שלנו יותר שולית אבל **במצטבר** יש לנו יותר ידע. הסיבה לפסיקה לפי האחרונים היא כי הם מוספים ידע נוסף על גב הראשונים. יש לציין כי העדיפות לפוסק המאוחר ניתנה בהנחה שהוא הכיר את דבריו של הראשון אך אם הוא לא הכיר את דבריו לא תהיה סיבה לתת לו עדיפות כלומר זהו התנאי לה.

מתעוררת השאלה האם הלכה כבתראי הינה גם ביחס לפוסקים מאוחרים יותר והמחלוקת בנושא מתגלגלת בין השולחן ערוך לבין הרמב״ם.

הקדמת הרמב"ם למשנה תורה : מלשונו של הרמב"ם עולה מצד אחד הוא לא רואה אותנו ככפופים לראשונים דווקא אך מצד שני גם לא נותן עדיפות לאחרונים. כל מקרה הוא לגופו, זכותך לחלוק על דברי ראשונים והבא אחרייך יכריע לפי גופו של עניין.

במקור שלפנינו ניתן לראות תשובה

**שו"ת מהר"ם אלשקר סימן נד** (משה בן יצחק אלאקשר): במקור זה מוסבר כי הכלל נאמר רק ביחס לחכמי התלמוד המאוחרים ואינו כלל שאיתו ממשיכים לעבוד הלאה. גם מבחינה הגיונית, הגאונים שאמרו הלכה כבתראי, לא יכולים לבדוק את הספרות שתבוא אחריהם ועל לא יכולים לקבוע כי ההלכה תהיה כאחרונים- הם לא יודעים מי יבוא אחריהם. הכלל היה נכון רק לתקופת זמנם. הוא מצטט את דברי המהרי״ק ואומר שלא יכול להיות שנאמר דבר כזה על ידו (במקור מעלה) כי לא יתכן שניתנה עדיפות אוטומטית לפוסקים מאוחרים. ממשיך ואומר שיש להעדיף את דברי הראשונים.

דברים דומים אומר גם המקור הבא

**שו"ת גינת ורדים חלק חו"מ כלל ה,**ג :לא נותנים עדיפות לדברי אחרונים.

מקור מעניין נוסף

**גט פשוט, כללים, ג'** (פירוש על השו"ע הלכות גיטין, ר' משה חביב, א"י, מאה 17**):**

מקור המקבל את העיקרון של הלכה כבתראי אבל מציב סייג המקשה בפועל להעדיף את הפוסק המאוחר. התנאי הוא שהפוסק המאוחר חייב להיות גדול בחוכמה כמו הפוסק המוקדם. לא רוצה ישירות לצאת נגד המהרי"ק ולכן לוקח פירוש מצומצם כך שההלכה כאחרונים באה רק כאשר היו חכמים גדולים שמוכרת חוכמתם בכל סדרי התלמוד בכל העולם כמו הרמב"ם. מביא דוגמאות: מה שמייחד את הרמב״ם והרי״ף הוא שהם כתבו ספר פסיקה הנוגע לכל התלמוד. חכם שכתב ספר רק על נושא מסוים לא עדיף על הרמב״ם. לטעמו צריך להכיר את כל התלמוד כדי לפסוק כי לעיתים ניתן למצוא השפעות על מסכת מסוימת גם במסכות אחרות (לדוגמה הלכות שבת מחוץ למסכת שבת). הדבר לא רק טכני, כדי להיות פוסק בקנה מידה המצדיק את הלכת פוסק כבתראי צריך להיות בעל רוחב יריעה כמו הרמב״ם והרי״ף. אם ימצא פוסק באותו סדר גודל כמוהם- נעדיף את הפוסק המאוחר. ככל שהפוסק המאוחר יהיה פחות ברמתו מבחינת היקף, נעדיף את המוקדם. התנאי הזה מבחינה פורמלית משאיר הלכה כבתראי אבל ברמה הפרקטית אומר כי הראשונים מועדפים.

לסיכום, ראינו שיש עמדה שמסכימה עם הלכה כבתראי (המהרי״ק) וכי יש עמדה שאומרת שהלכה כבתראי תופסת רק לגבי האמוראים (שו"ת מהר"ם אלשקר) וישנה גם עמדת ביניים (גט פשוט).

המחלוקת הזו (הלכה כבתראי) בעלת משקל מרכזי בהבדל בין הפסיקה האשכנזית לספרדית. כדי להבין זאת, נבחן את המקורות הבאים:

**הקדמת הבית יוסף** (ר' יוסף בן אברהם קארו [מחבר השו"ע], תורכיה, מאה 16) [הבית יוסף, בהקדמתו לחיבורו השולחן ערוך, מסביר בין השאר כיצד הכריע במחלוקות הפוסקים שהיו לפניו, וכיצד פסק את ההלכה מתוך הדעות השונות שאסף]: המקור מסביר מה הייתה שיטת העבודה והמטרות של יוסף קארו בכתיבת הספר וכיצד הוא הכריע במקום שבו הוא נתקל במחלוקת. לטעמו ברמה האידיאלית צריך לבחון את כל הסוגיות, דברי הראשונים והאחרונים ואחרי בחינה של כל הטיעונים להכריע. העניין שהעבודה כפי שהיא הייתה צריכה להתבצע איננה מעשית לגבי רוב הציבור (לדרוש מכל אחד ללמוד כל נושא במלואו מאז ועד היום). אופציה נוספת- ספרי קיצור, אך גם ספרי הקיצורים אינם מועילים מסיבות שונות (מביאים רק דעה אחת/לא מסבירים את עצמם). לכן הוא החליט לקחת כל נושא, לבחון את כל הפוסקים ולתת סיכום של הדבר (לא שורה תחתונה כמו הקיצורים). הוא לקח את ספר הטורים וביסס עליו את הפירושים.

הוא רואה עצמו כלא חכם מספיק בכדי להכריע במחלוקות בכל נושא (רק בהלכה אקטואלית כפי שהיה נהוג אז) לכן בחר **שיטת הכרעה טכנית**- לקח 3 גדולים (הרי״ף, רמב״ם, הרא״ש), במקום שבו שלושתם הסכימו אין בעיה ופוסקים פה אחד, במקום בו הם נחלקים הוא הולך לפי הרוב (בדרך כלל הרי״ף והרמב״ם יהיו בצד אחד והרא״ש בצד שני). אם יש שאלה חדשה ששלושתם לא התייחסו אליה, הוא יפסוק לפי חכמים שהיו בזמן אותה שאלה.

גם לכלל זה יש חריגים:

1. לעיתים יפסוק לפי המיעוט מאחר וזו הדעה הרווחת והוא לא רוצה לשנות את המנהג.
2. (מקרים נדירים) אם יש מקרה שבו יהיה 1 נגד 1 והשלישי לא התייחס- ישתמש בפוסקים אחרים. למרות שהכלל הזה הוא הבסיס הוא לעיתים סוטה ממנו, גם לא ביוצאי דופן. הלכה כבתראי לא תקפה לפסיקתו.

דעתו של הרמ״א

**הקדמת הרמ"א לדרכי משה** (פירוש על הטור, משה בן ישראל איסרליש, פולין, מאה 16) :מקור המסביר בהקדמה למה הוא נזקק למפעל ההלכתי שלו ולא הסתפק בשולחן ערוך כמות שהוא. מסורת הפסיקה בקהילה שלו (אשכנז) נסמכת על הכלל הלכה כבתראי, בעוד שיוסף קארו ספרדי. לכן נוצר פער ואין ברירה אלא להשלים את המפעל שלו כדי שיתאים גם לפסיקה שלו. ההבדל בין הפסיקה של השולחן ערוך לפסיקה של הרמ״א נובעת מהכלל הלכה כבתראי, בגלל שקארו התעלם מכך הפסיקה שלו לא מתאימה לקהילה של הרמ״א.

מקור נוסף של הרמ״א

**שו"ת הרמ"א , כה** (משה בן ישראל איסרליש, פולין, מאה 16): ״**אמנם, היכא דפליגי פוסקים בתראי [היכן שחולקים פוסקים אחרונים] כהרא"ש והמרדכי עלייהו [עליהם], הלכה כוותייהו [כמותם, כפוסקים האחרונים**].״ מתאר כיצד הוא פנה לרב שלו וביקש ממנו לכתוב ספר הלכה והרב סירב מאחר ולא רצה שיסתמכו עליו, ברגע שהוא כותב ספר פסיקה הוא יהיה האחרון אז כולם יקבלו את דעתו. גם פה שיטתו ללכת כאחרונים.

מקור נוסף של הרמ״א

**רמ"א , חושן משפט סימן כה סעיף ב** (הגהות והוספות לשו"ע, משה בן ישראל איסרליש, פולין, מאה 16): סייג דומה למה שכבר למדנו. גם הרמ״א אומר שחל כלל הלכה כבתראי רק בתנאי שהפוסק המאוחר הכיר את דברי הפוסק המוקדם.

**סמכות חכמים כפרשנים**

**תקדים מחייב**

**רמב"ם סנהדרין, כ, ח** לא כל פסיקה היא תקדים מחייב מכיוון שניתנת בהתאם לנסיבות המקרה ולכן בעייתי לומר תקדים מחייב כי לא ניתן לדעת אם הפסיקה הייתה שווה בנסיבות קצת שונות. כלומר, לא ניתן לדעת את השיקולים הפנימיים שעשה הפוסק באותו הרגע ולכן לא ניתן להסיק אוטומטית מה היה מסיק במקרה אחר.

שאלת התקדים

**בבלי בבא בתרא קל,ב** [דברים אלו נאמרו ע"י רבא מגדולי אמוראי בבל בדור הרביעי, בצוואתו, לתלמידיו רב פפא ורב הונא]: הוא אומר אם אתם רואים תקדים שלי ונראה לכם לא טוב אל תבטלו אותו כי אתם לא יודעים מה היו שיקולי אך אל תחייבו אותו אלא תפסקו לפי שנראה בעיניכם.

**רשב"ם** אומר שאדם צריך לפעול כפי שליבו אומר לו ולא לפי שוקל דעתו שלא אחר.  
**ריטב"א** אפילו אם המקרה המדובר זהה לגמרי למקרה בתקדים עדיין יש להפעיל שיקול דעת בהתאם לנסיבות. אל תבטל את פס"ד של התקדים מתוך כבוד לרב אבל במקרה שלך תפסוק לפי דעתך.

במקור נוסף (**סנהדרין, דף ו, עמוד ב**׳) רואים שהדיין עלול לפחד לפסוק ולקחת על עצמו אחריות על כן נאמר לו כי אם הוא עשה מה שנכון בעיניו זה בסדר, הוא נשפט על האם הוא ביצע את המוטל עליו ולא על פסיקותיו.

מקור המראה שלתקדים כן יש משמעות (**שו״ת מהרי״ל סימן עב**). המקור מתאר כי ספר פסיקה כמו השולחן ערוך איננו ניתן כתשובה לשאלה קונקרטית, לעומת ספר שו״ת שנותן תשובות על מקרים קונקרטיים. עדיף ללמוד מספרי השו״ת מאשר מספר פסיקה עיוני מפני שברמה הפרקטית לתשובות יש יותר משקל מאשר דברים תיאורטיים (ספרר פסיקה). דוגמה למקור המייחס לתקדים משקל חזק.

דוגמה למקור המייחס לתקדים משקל פחות חזק

**שו״ת רבי אברהם בן הרמב״ם סימן צז:** חכמים אהבו לתת הגדרות מדויקות ולא לקבוע כי דבר מסוים תלוי נסיבות מאחר וקביעה אחת לכולם הרבה יותר פשוטה. הוא טוען כי ״נתת דבריך לשעורין״ (לא כלל אחד לכולם) יכול להיות רלוונטי לכותבי ספרי הלכה כמו הרמב״ם. טענה כזאת אי אפשר להגיד על מי שקובע הלכה פר מקרה מאחר ומספר פסיקה אפשר לצפות שיהיה עקבי. בפסיקה מצפים לאחידות בהלכות אבל בשו"תים שהעניין הוא קונקרטי מובן שהתשובות יהיו שונות ואין לבוא בטענה שאין עקביות. במקרה קונקרטי התקדימים חשובים אבל לא לצורך ביצוע היקש אלא על מנת להעשיר את הפוסק ולסייע לו בשיקול דעתו. המקור נגד היקש אוטומטי ממקרה למקרה.

קים לי

**קים לי= ״אני סבור״**

טענה שלא מוכרת לנו כיום במשפט. קיימת רק בדיני ממונות ולא בדיני איסורים. בהלכה יש מושג של טענה שהתפתחה בימי הביניים שטעונת ״קים לי״- הנתבע, שבאים להוציא ממנו ממון, יכול מכוח טענת קים לי לומר שהוא לא משלם. אפשר לתת פסק דין אבל אי אפשר לקיים אותו. זוהי טענה שיכול לטעון רק הנתבע ולא התובע, היא טענה הגנה ואין בכוחה להוציא ממון. חובת ההוכחה היא על האדם שדורש רכוש ממישהו אחר "המוציא מחברו"

טענת קים לי מתקבלת גם אם בית הדין השתכנע אחרת וכך יוצרת מצב שאין משמעות לפסיקתו ושימוש מופרז בה יביא למצב בה לא יוכל כמעט ביהמ"ש לפסוק הלכה.

**אורים ותומים , חו"מ, קנ"ד** (פירוש על השו"ע חלק חושן משפט, ר' יונתן אייבשיץ, אשכנז, מאה 17- 18) : סטטיסטית כמעט בכל נושא ניתן למצוא טענה חולקת כך נוצר מצב שאם נקבל את קים לי כטענה גורפת החזק תמיד ינצח. מספיק שימצא פוסק אחד מתוך אלף שעמדתו מתאימה למה שנוח לנו כרגע על מנת לנטרל פסיקה. לכן, **הפוסקים עושים ניסיון גדול לצמצם את תחולת טענת קים לי**. לכן מציע כי לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד דעתם של השולחן ערוך והרמ״א במידה והם הכריעו באופן מוסכם לגבי עמדה מסוימת. ניתן לצדד באחד מהם במידה וישנו ויכוח. למה דווקא ש״ע והרמ״א? השולחן ערוך התקבל כספר פסיקה שלא מרבים לסטות ממנו, זהו ספר יישור קו. לכן, **המקור הנ״ל מגביל ברמה מסוימת את טענת קים לי.**

**שו"ת מהרי"ק ,קמט** (ר' יוסף קולון, צרפת,צפון איטליה, מאה 15): מקור הטוען כי אם רוב חכמי ישראל דוגלים בדעה מסוימת, לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד. ההנחה היא שהוא לא מתכון לרוב מספרי אלא לרוב איכותי. כדי לטעון טענת קים לי יש צורך בטענה עם אחיזה של ממש בפסיקה ההלכתית ולא עמדה נידחת.

**שו"ת רדב"ז ב,תתכה** (ר' דוד בן זמרא, ספרד, צפת, מצרים, מאה 16): יש מחלוקת בין ראובן לשמעון, ראובן טוען ששמעון חייב לו כסף. שמעון מעלה טענת קים לי כפוסק פלוני (פוסק א׳)- טענת קים לי רגילה. נניח שבאותה תביעה ובאחת אחרת ישנה מחלוקת משפטית בין אותם פוסקים אך במקרה הזה האינטרס של שמעון הוא פוסק ב׳ ולא א׳, כי כעת זה מה שנוח לו. **השאלה היא האם טענת קים לי דורשת עקביות בפוסקים**? במונחים שלנו זה מראה על חוסר תום לב. התשובה לשאלה הזאת ניתנת עם שורה של מגבלות לטענת קים לי.

כדי שניתן יהיה לטעון טענת קים לי יש להתגבר על מס׳ תנאים:

1. **לא ניתן לפסוק כנגד פוסק אזורי(הרב המקומי)**- ההיגיון מאחורי זה הוא שאנחנו מקבלים את הנהגתו המשפטית על כן נקבל גם הכרעותיו ההלכתיות (יתכן ונקבע גם על מנת לשמור על כבודו).
2. לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד **המנהג** המקומי.
3. ניתן לטעון קים לי רק במקום בוא יש **מחלוקת בין דעת יחיד לדעת יחיד** (לא ניתן לטעון קים לי כנגד דעת הרוב)
4. הדעות צריכות להיות **זהות מבחינת מעמדן**. אנשים שווים בחוכמתם ושניהם מפורסמים ומוכרים

הוא מטיל מגבלות אלו כדי למנוע כאוס ומקרים בהם החזק תמיד מנצח. בנוגע לשאלת העקביות, הוא טוען כי אין אפשרות ״לזגזג״ בין פוסקים, טענת קים לי צריכה להיות עקבית. מדוע? לא רק שזה ההיגיון, יש גם נימוק פורמלי- **טענת קים לי היא טענה בעיתית כשלעצמה ועלינו לצמצם את החידוש כמה שאפשר.**

* חידוד נוסף הוא שבית הדין לא מעלה את טענת קים לי וניתן להתקדם איתה רק אם הנתבע מעלה אותה בעצמו (לפי רוב המקורות).

**סמכות חכמים בתחום החקיקה**

בפרק זה נבחן מהן גבולות המסכות של החכמים להתקין תקנות ולגזור גזרות.

מהו המקור לחובה לציית לתקנות ולגזרות של חכמים?

**שבת כג,א** [הסוגיה מתייחסת לחג החנוכה, חג שנחוג לזכר ניצחון החשמונאים/מכבים על היוונים, טיהור בית המקדש, והשגת עצמאות אוטונומית כ- 165 שנה לפני חורבן בית שני. המצווה העיקרית בחג החנוכה היא הדלקת נרות ("חנוכיה"). בדרך כלל, לפני קיום מצווה, יש צורך לברך. ברכה זו נקראת "ברכת המצוות", והיא כוללת בתוכה ברכה ושבח לקב"ה שזיכנו בקיום המצווה (במועדים מסוימים ישנם ברכות נוספות בהתאם לייחוד של כל חג). הגמרא מתייחסת לנוסח של הברכה שמברכים לפני הדלקת נרות חנוכה] [לעיון נוסף ולהרחבה בנושא חג החנוכה ראה באתר דעת] ״**...מאי [מה] מברך? מברך "אשר קדשנו במצותיו וצונו להדליק נר של חנוכה". והיכן צונו? [הרי נס חנוכה היה לאחר זמן המקרא?] רב אויא אמר: (דברים יז) מ"לא תסור". רב נחמיה אמר: (דברים לב) "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך**״. לפני שאדם מקיים מצווה הוא אמור לברך. יש מצוות שהן מדברי חכמים כמו קריאת מגילה בפורים או הדלקת נרות חנוכה. האם מברכים ומה מברכים לפני הדלקת נרות חנוכה? לכאורה מתעוררת בעיה, ה׳ לא באמת ציווה אותנו במצווה הזאת (היא ניתנה ע״י חכמים). התשובה היא שאותו פסוק (״...**לא תסור**״) ששימש כמקור לסמכות של חכמים/לחובה שלנו לציית לפרשנות החכמים הוא אותו פסוק המשמש גם כחובה שלנו לציית לתקנות של החכמים ולכן כשמברכים על הדלקת נרות חנוכה לא מדובר על שקר. ה׳ ציווה עלינו לשמוע לחכמים. הפסוק ״ **שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך**״ במקור מופיע כחלק מקטע הלכתי לכן הוא חלש יותר (מאמץ את ״לא תסור״).

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה** (ר' משה בן מיימון, ספרד,צ. אפריקה,א"י,מצרים, מאה 12): **.."לא תסור מן הדבר אשר אני מצווה אתכם.." כל המצוות שנתחדשו ע״י חכמים חייבים לקבל אותם.** המקור שהרמב״ם מאמץ לציית לדברי חכמים הוא אותו פסוק- ״לא תסור״.

**הרמב"ן** מתנגד לאמירת הרמב"ם שיש לייחס זאת ל"לא תסור" לפי רב אויא מכיוון שאם נאמץ את הפסוק המחייב לציית לתקנות החכמים אנו הופכים את כל הוראות החכמים למצוות התורה וזה לא יתכן ולכן המקור הנכון הוא לפי המקור השני של רב נחמיה "שאל אביך..".

**דברים יג,א**: ״א**ֵת כָּל הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם אֹתוֹ תִשְׁמְרוּ לַעֲשׂוֹת לֹא תֹסֵף עָלָיו וְלֹא תִגְרַע מִמֶּנּוּ: פ**״

**דברים פרק ד,ב**: ״**לֹא תֹסִפוּ עַל הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם וְלֹא תִגְרְעוּ מִמֶּנּוּ לִשְׁמֹר אֶת מִצְוֹת יְדֹוָד אֱלֹהֵיכֶם אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם**״.

סמכות החכמים היא להוסיף בתנאים מסוימים ולגרוע לעיתים מהתורה מתנגשת מפסוקים אלו בתורה האוסרים על הוספה והפחתה ממצוות ה'.

סמכות החכמים להוסיף על הוראות התורה מתנגשת על פניו עם הפסוק שאומר שאסור להוסיף או לגרוע על ההוראות של התורה עצמה. כיצד זה מתיישב עם סמכות חכמים?

לשאלה הזאת מתייחסים ראשונים שונים

**רש"י יג,א** (ר' שלמה יצחקי [בן יצחק], צרפת, מאה 11): רש״י מצטט מדרש ואומר כי האיסור להוסיף או לגרוע אין בכוונתו לא להוסיף עוד מצווה או לגרוע אלא לא להתערב בתוכן מצווה קיימת. לדוגמה, תפילין, בתוכם כתובים 4 קטעים מהתורה ולא ניתן להוסיף או לגרוע פרשות מתוך הקטעים. לפי רש״י, זה נחשב שינוי של תוכן פנימי של המצווה.

פרשנות נוספת היא של **ספר הכוזרי**, כפי שראינו לפני כן **ספר הכוזרי - מאמר שלישי אות מא**- האיסור להוסיף ולגרוע קיים רק עבור העם, לחכמים מותר להוסיף גזרות.

**המשותף לכל ההסברים הוא שנמצאה דרך ליישב את האיסור להוסיף ולגרוע עם סמכותם של החכמים.**

יום טוב שני של גלויות- כאשר שולחים שליחים לבדוק מתי חל החג אך הם לא חוזרים בזמן יש צורך לדעת מתי לחגוג ולכן קבעו החכמים שמוסיפים יום לחג כדי למנוע מצב בו היה חג ולא חגגנו כי לא ידענו.

**רמב"ם ממרים, סוף פרק ב'**: לפי התורה מותר לאכול עוף עם חלב. הרמב״ם טוען שאם חכמים היו אומרים שעוף וחלב אסור מהתורה הם ״מוסיפים״ על התורה. אם התורה לא אסרה דבר מה והחכמים משייכים את האיסור לתורה, מדובר על הוספה אסורה. מותר להוסיף ולגרוע בתנאי שלא ייחסו זאת לתורה. כשמדברים על סמכות להוסיף ולגרוע יש הבדל בין להוסיף לבין לגורע. אם התורה אומרת שאסור לעשות דבר מסוים והחכמים אומרים שאסור גם לעשות פעולה נוספת, הדבר לא מתנגש עם ההוראה של התורה. לעומת זאת, התרת איסור יוצר התנגשות עם התורה. אם התורה אמרה לתקוע בשופר בראש השנה וחכמים יגידו לא לתקוע בשופר בראש השנה, ההוראה שלהם מתנגשת עם הוראה של התורה. ככל שההוראה לא מתנגשת, עוצמתם של סמכות החכמים לא באה לידי ביטוי. העוצמה באה לידי ביטוי כאשר ההוראה של החכמים מתנגשת עם התורה. עיקר הדיון יהיה האם ומתי יכולים חכמים להורות לנו לא לקיים מצווה מהתורה. (יש הבדל בין יכולת של חכמים לבין מה יכול הפרט לעשות). הכלל הבסיסי הוא **שחכמים רשאים ״לעקור דבר מן התורה״ ב-״שב ואל תעשה״ ואינם רשאים ב-״קום ועשה״ אלא בהוראת שעה**. אם התורה אמרה לקיים מותר לחכמים להגיד אל תעשה (לא לקיים חובה דתית). חכמים אינם רשאים להורות על עשייה של דבר אסור. אין הכוונה שהחכמים מחליטים על ביטול מצווה בקלות ראש אלא כי הם חושבים שההימנעות מלקיים את המצווה או לעבור על האיסור בסופו של דבר, תגרום לחיזוק של שמירת המצוות ולא החלשתם. לדוגמה, תקיעת השופר- יש לתקוע בשופר בראש השנה ולא משנה באיזה יום הוא חל (יום חול או שבת). החכמים אמרו שאם ראש השנה חל בשבת אין לתקוע בשופר, מדוע? הם חששו שאם נתקע בשופר בשבת, זה עלול להוביל אותנו לעשות פעולות נוספות שאסור לעשות בשבת. בדוגמה הזאת חכמים **לא ביטלו לחלוטין** את מצוות תקיעת השופר, בשנה שבה ראש השנה חל ביום חול, יש לתקוע בשופר. חלק מהראשונים סבורים שאומנם ראינו שיש סמכות לחכמים לבטל ב-״שב ואל תעשה״ אבל זה מותנה בכך שהם לא מבטלים את המצווה לחלוטין אלא רק בתנאים מסוימים. דוגמה נוספת היא נטילת ארבעת המינים, אם סוכות חל בשבת (יום טוב הראשון) לא נוטלים את ארבעת המינים.

נסיבות שבהן חכמים יהיו מוסמכים להורות לעבור על איסור

1. הפקר בית דין

2. הוראת שעה

3. הוראת שעה בענישה

4. הפקעת קידושין

דוגמה ראשונה לחריגה מדין תורה- הפקר בית דין

**תוספתא שקלים פרק א הלכה ג:** ״**בחמשה עשר בו [בחודש אדר],שלוחי בית דין יוצאין ומפקירין את הכלאים .שהפקר בית דין הפקר, ופטור מן המעשרות**.״ היו אוספים את הכסף לקורבן הכללי בחודש אדר (לפני חודש ניסן- השנה החדשה). מן התורה אסור לנטוע כלאיים, שני זנים שונים אחד ליד השני. אך אם כבר נזרעו, מותר לאכול מהם. בגלל שאין סנקציה נגרמה מציאות שבה אנשים היו זורעים כלאים ומתרצים את העניין. כדי למנוע את המצב הזה, בחודש אדר (מתחילה הנביטה) היו יוצאים שליחי בית דין ובודקים את השדות. כל שדה שבו נזרעו כלאים היו מפקיעים את התוצרת- מתירים אותה לכולם על מנת לפגוע בפרנסה של הזורע ולהרתיע אנשים מלגדל כלאים. הסמכות של הפקרת הכלאים הייתה מתוקף כך שיש לחכמים סמכות להפקיר רכושו של אדם, אם אדם לוקח מהתוצרת מתוקף ההחלטה של החכמים- לא מדובר על גזל. הסמכות של החכמים להפקיר את רכושו של בעל השדה מתגברת על איסור גזל. בנסיבות רגילות לקיחה של הפירות נחשבת כגזל אך לא במקרה הנ״ל מאחר **והפקר בית דין- הפקר**.

גזל-החזקה בממון של אחר שלא כדין

הסמכות לעשות זאת (להפקיר רכוש של אחד ואף לפעמים להעביר אותו לאחר) באה **ממסכת יבמות** כאשר מדובר על פסוק בו **עזרא** אומר שמי שלא יגיע לאספה יפקירו את רכושו כל שניתן להבין שהייתה לו הסמכות לעשות זאת. וב**יהושוע** י"ט נאמר **" אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות..**״. במקור זה החכמים הנחילו נחלות ובעצם התירו להשתמש בהם. וכן כמו שאבא יכול לחלק לילדיו את שבבעלותו כן יכול בית הדין לא רק להפקיע את בעלות של אחד אלא גם להעבירו לאחר.

לחכמים יש סמכות להפקיר רכוש ממקור בתנ"ך עצמו, והכלל "הפקר בין דין הפקר" נותן לחכמים את הסמכות לתת כנס לאדם (בתקנות של ממון) אם הוא לא יתנהג כשורה.

אם אדם מצא כסף ברחוב לא צריך להשיב אותו לבעלים בגלל שאין עליו סימנים. ע"פ דין תורה אם המוצא הוא ילד מתחת לגיל 13, ובא אדם וחוטף את הכסף מילד שמצא את הכסף, הכסף הוא של החוטף בגלל שילד בגיל 12 לא הגיע לגיל של כשרות משפטית שהוא יכול לרכוש בעלות. באו חכמים והתקינו תקנה שאם הילד הרים את הכסף, אי אפשר לחטוף אותו ממנו, ואפשר להחזיר את הכסף לילד. המשמעות של תקנה זו היא שחכמים חשבו בגלל שהתוצאה לא טובה (אנשים חוטפים כסף שאנשים מצאו), בנסיבות מסוימות שע"פ דין תורה הכסף שייך לחוטף, חכמים קבעו שניתן יהיה להחזיר אותו למישהו אחר. גם כאן יש לנו "הפקר בית דין" מכיוון שהם לוקחים דבר שעל פי דין תורה שייך לאדם מסוים (האדם שחטף את הכסף) ומחליטים להעביר אותו לילד (כביכול אפשר להסתכל על זה כגזל- שהרי הילד מחזיק ברשותו דבר שאינו שלו). יש כאן שינוי של המערך הממוני, ולחכמים יש סמכות לעשות זאת מכוח "הפקר בית דין הפקר".

בשתי הדוגמאות הללו בהפקר בית דין השתמשו כאמצעי ענישה או סנקציה. זה אומנם היה השימוש המקורי אבל בפועל השימוש היה הרבה יותר רחב. חלק גדול מהתקנות בדיני ממונות מבוססים על הפקר בית דין הפקר. לדוגמה:

**גיטין לו, א**: בשנת שמיטה נמחקים חובות פרטיים ולא חובות לרשות הציבורית. ההלכה באה לעזור לאנשים שאין להם. התקנה הזאת גרמה לכך שאנשים נמנעו להלוות כסף למי שנזקק לכך. אומנם התורה אומרת שאדם לא צריך לחשוב בליבו שעוד מעט קרבה שנת השמיטה אבל בפועל זה קרה. על כן כוננו את **הפרוסבול**- **הפיכת חוב פרטי לחוב ציבורי**. אם פלוני חייב לאלמוני כסף, אלמוני מעביר את הזכות כלפי החייב לבית הדין, ברגע שהזכות הועברה לבית הדין החייב לא חייב לאלמוני אלא לבית הדין- רשות ציבורית. בית הדין לא באמת יגבה את החוב לעצמו. יוצרים חזקה כי רוב המלווים עושים פרוסבול. פורמלית לא ביטלו את דין שמיטת החובות אבל מעשית כמעט כולם עשו פרוסבול.

הסבר שיותר נוגע לעניין שלנו- **הפקר בית דין הפקר**. תקנת הפרוסבול של הלל יכולה להתנגש עם דין תורה אבל לחכמים יש סמכות להתקין תקנה בדיני ממונות שהמשמעות היא שנכס, זכות, כסף יעברו לאדם אחר. התקנה מוסמכת לקחת מאחד ולהעביר לאחר.

הוראת שעה

המקרה הקלאסי הוא כאשר מדובר על **הוראת שעה** במסכת **יבמות צ ב**. לא ביטול לדורות אלא צורך זמני. הוראת שעה יכולה להימשך גם זמן רב אבל ברמת התפיסה העקרונית האיסור לא מבוטל. הצורך הזה בדרך כלל יהיה צורך דתי, ההנחה היא שאם נבטל את המצווה באופן זמני זה יאפשר לנו לחזק את קיום המצוות באופן כללי.

**מלכים א,יח:** בזמנו של המלך אחאב העבודה הזרה הגיעה לשיאים **ואליהו הנביא** מנסה לעצור את התופעה. על אף שעם ישראל עובד עבודה זרה הוא גם עובד את ה׳. אליהו מציע לנביאי העבודה הזרה לעשות מבחן, על מנת שיפסיקו ״לרקוד על 2 חתונות״. המבחן הוא שכולם יעלו להר הכרמל, גם אליהו כנציג ה׳ וגם עובדי האלילים. הם יקימו מזבחות וכל אחד יקריב קורבן על המזבח שלו. אם תרד אש באופן ניסי ותאכל את הקורבן שלהם, הם צודקים ולהפך. העם עולה לראות את המבחן וכמובן שהאש יורדת לקורבן של אליהו. על כן כולם מבינים שה׳ הוא האלוקים. לאחר מכן, ממשיכים לעבוד עבודה זרה.

ישנה הלכה הקובעת שמרגע שהוקם בית המקדש אסור להקריב קורבן לה׳ מחוץ לבית המקדש, גם כאשר בית המקדש כבר לא קיים. במקרה שלנו, אליהו מקים את המזבח מחוץ לבית המקדש כי זה אבסורדי להקריב קורבן לעבודה זרה בבית המקדש. לכאורה אליהו עובר על איסור. הגמרא אומרת שזאת הייתה הוראת שעה- חד״פ. אליהו לא נותן את זה ככלל ולא מבטל את האיסור של הבמות, אלא באופן זמני וחד פעמי מתיר כי בחישוב הכולל זה יוסיף על שמירת המצוות.

לאור זה אומר הרמב״ם את הדברים הבאים:

**רמב"ם ממרים ב,ד**: הרמב"ם אומר שיש אפשרות לחכמים בדור מאוחר לבטל תקנת חכמים של דור קודם בהוראת שעה. אפילו דברי תורה בית דין יכול לעקור בהוראת שעה. בהוראת שעה אפשר לבטל מצוות עשה וגם מצוות לא תעשה.

הדוגמה הבולטת ביותר לאיסור כזה היא **התורה שבע״פ**- לכאורה אסור לכתוב אותה, חששו שישכחו אותה אז כתבו אותה. מדובר על הוראת שעה שנמשכת עד עתה (ברמה העיונית זה נחשב הוראת שעה). יש משהו סימלי ברצון שהאמרה תישאר זמנית גם אם נמשכת הרבה זמן. לעבור על איסור פעם אחת בכדי למנוע עבירה של רבים על איסורים רבים בהמשך.

הוראת שעה בענישה

עפ״י דין תורה יש מצבים בהם העונש יכול להיות אף מוות או מלקות. עונש המוות שמופיע בתורה ועונש המלקות, ביחס לחלק מהעבירות, הוא עונש קשה מאוד ליישום. נדרשים תנאי סף שכמעט ולא מאפשרים יישום בפועל. לכן בפועל, הענישה כמעט ולא פרקטית.

**סנהדרין מו, א**: המקור מתאר 2 סיפורים: 1) אדם רכב על סוס בשבת (רכיבה על סוס בשבת לפי דין תורה מותרת) וחכמים גזרו גזירה שלא רוכבים על סוס בשבת. מי שמחלל שבת מן התורה מותו בסקילה. הביאו את האדם לבית הדין, בית הדין היה צריך לגעור בו אבל לא לסקול אותו (לא עבר על איסור תורה). בית הדין בכל זאת סקלו אותו, לא מפני שהיה ראוי לכך לפי דין אבל השעה הייתה צריכה לכך. על פי דין תורה אסור לחכמים לתת עונש שלא ראוי לפי התורה- מדבר על איסור שהתבצע במסגרת הוראת שעה. הקושי הוא שלפי ההגיון לא ניתן להעניש אדם אם לא אזהרת אותו קודם שיהרגו אותו על כך אך במקרה חריג זה ישנו צורך מיוחד. רוב האנשים לא יודעים בדיוק מה מותר ומה אסור בשבת כי אנו יודעים שזה אסור נקודה ולא תמיד יודעים אם מהתורה או מחכמים. ובתקופה זו היה מאבק פנימי במיוחד על השבת בגלל גזרות היוונים ולכן היה נורא חשוב לאכוף זאת ליריעת האחרים

**הגמרא מביאה עוד מקרה**- מעשה באדם שהטיח את אשתו- כלומר קיים איתה יחסי אישות אך זה היה במקום פומבי, ולכן בית הדין הלקו אותו. יש כאן הוראת שעה למרות שזה לא דבר אסור לקיים יחסים עם אשתו, מכיוון שהדבר שהוא לא צנוע נתנו לו עונד מלקות.

בשני המקרים בית הדין מעניש ונותן עונש למי שלא מגיע לו. גם לבית דין אסור לחרוג ממסגרת הענישה של התורה, אך הוא עושה את זה במסגרת של הוראת שעה. בית הדין לא יכול לקבוע את זה ככלל ל"מכאן ואילך", אך בצורך מיוחד בית דין יכול לתת עונשים גם כשלא מגיע. העקרון בהוראת שעה זה חיזוק ההלכה- לעביר מסר חשוב, והמחיר החד פעמי יביא ליותר תועלת.

**רמב"ם סנהדרין כד, ד-ט ד**: במקור הנ״ל רמב״ם אומר שהיו הרבה אנשים שעסקו בכישוף, דבר שאסור לפי התורה, לכן עזרא תפס 80 נשים והרג אותן בתלייה. דוגמה נוספת להוראת שעה של בית דין. אומנם בתורה כתוב שמותר להורג אחרי עדים ושימוע וכי הוצאה להורג יכולה להיות רק 1 ליום וכאן הייתה הוצאה להורג של 80 איש ניתן לבצע פעולות אלו בהוראת שעה. הכל לצורך הטיפול הנקודתי. הרמב״ם אומר שצריך להיות כבוד לבריות והדיין לא יכול להיות על אצבע דקה מדי על ההדק, רק לצורך סיבה טובה. הרחבנו בדברים מאחר וישנו יישום הוראת שעה ומסיבה נוספת- במהלך הדורות לא היה בית דין ולא היה סנהדרין. היו בתי דין בקהילות שונות שהייתה להם סמכות כולל סמכות ענישה מהשלטון. מעבר לסמכות השלטונית, מהי הסמכות ההלכתית של בית הדין להעניש עברייני מהקהילה? מאחר ואין סנהדרין ואין בית מקדש אין סמכות לתת עונש מוות או מלקות, על כן העונש במקור הנ״ל הובא כחלק מהוראת שעה.

**הסמכות להעביר ממון מאדם אחד לשני הגיע מהפקר בית דין כפי שהסמכות לתת עונש גופני הגיעה מהוראת שעה**.

הפקעת קידושין -

אחד האיסורים החמורים בתורה זה איסור אשת איש. אסור לאישה נשואה לקיים יחסים עם איש אחר כל עוד היא נשואה אלא אם כן היא נפרדה מבעלה. פירוד זה נעשה באחד משתי דרכים:

1. מות הבעל

2. גירושין ע"י גט

כל עוד הנישואין לא הסתיימו בצורות האלה האישה עדיין נשואה. דבר זה יוצר מצב של עגינות אם האיש נעלם, או אם האיש לא נותן לה גט. בסיטואציות מסוימות אולי חכמים יכולים להפקיע את האיסור הזה. פעולה משפטית ניתן לבצע גם ע"י שליח. הפעולה המשפטית היא מהשולח אבל ניתן לשלוח שליח שיעשה את הפעולה בשמו אך התוצאה תהיה קשורה לשליח.

איך נבצע גירושין – דרך גט. הפעולה של גט היא לא רק העברת חתיכת קלף, המשמעות היא שהגט יוצר שינוי במעמד המשפטי של הזוג כלומר הופך אותם לגרושים. פעולה פיזית בהעברת גט אך ישנה תוצאה משפטית שהיא גירושים. ברגע שהשליח מוסר לאישה את הגט היא מגורשת.

**משנה גיטין ד, א-ב**

אדם מינה שליח למסור גט לאישה ועכשיו ממנה שליח שני לעצור את השליח כדי לבטל את הגט. ישנן 2 דרכים לבטל את הגט הראשונה אם השליח השני תפס את הראשון והצליח לעצור את הגט כך יהיה, השנייה לעקוף(להיות מהיר יותר) מהשליח הראשון ולהגיע לאשה ולהגיד לה שהגט שיגיע הוא מבוטל. במידה והבעל לא הצליח לעצור את השליח שבדרך שוב אינו יכול לבטלו. **היכולת של איש לבטל את הגט הוא בשליטתו במידה שעדיין לא הגיע לאישה.** **ברגע שהגיע הגט לאישה הוא כדין ואין לבטלו.** הייתה עוד אופציה לביטול הגט, ללכת לבין הדין בעירו ולמצוא 3 דיינים שיהיו לו מניין ויבטלו את הגט. מה הבעיה – שהאשה אינה יודעת שהגט בטל ולכן יכול להיות לאחר שנתיים שלוש תנשא ויוולד לה ילד והוא יהיה ממזר. לממזר בתקופה זו אין כמעט מעמד ויש לו המון איסורים.

לכן אופציה זו של ביטול הגט מרחוק היא נורא בעייתית, אך רבן גמליאל הזקן התקין תקנה שלא יבטלו את הגט מרחוק וביטול כזה אינו נחשב ביטול והגט הוא גט, מפני "תיקון עולם"- למנוע היווצרות של תוצאה קשה ובעייתית.

**בבלי, מסכת גיטין לג,א**

ישנה מחלוקת בין רבי יהודה הנשאי לבין רבן שמואל בן גמליאל אודות תקנת רבן גמליאל על אי ביצוע גט מרחוק. אם מישהו עבר על דברי חכמים וביצע גט מרחוק זה לא יפה אך מבחינת התוצאה המשפטית דין תורה נשארת בעיניו והיא תקפה. רבן שמואל בן גמליאל אומר שאין דבר כזה שכן אין לתקן תקנה כדי לא לקיימה. כל אחד שישלח גט לאשתו יתחרט הוא יצטרך לבחור בין ביטול תקנת חכמים או להקשיב לשמם? הסבירות היא לא להקשיב לדברי חכמים כדי לשמור על האישה נשואה לו. רבן שמואל בן גמליאל טוען כי תקנת גמליאל הזקן תהיה אפקטיבית התקנה צריכה לא רק להגיד לא לעשות את זה אלא גם כדי למנוע את האפשרות לבטל כך שבמקרה שהבעל ניסה לבטל את הגט לא יחשב הדבר והיא תחשב מגורשת בכל זאת.

בעצם לפי רבן שמואל בן גמליאל למרות שעל פי דין תורה היא עדיין נשואה (כי הביטול של הגט נחשב והם עדיין נשואים) תוכל להינשא לאחר כי לפי תקנת חכמים היא מגורשת – נוצר מצב של ביטול ציווי לקחת אשת איש

על פניו שאדם מקדש אישה הוא מקדש אותה על דעת חכמים (כמו תנאי מתלה) דהיינו בתנאי שהחכמים יסכימו. אבל אם פתאום יבואו החכמים ולא יסכימו הקידושין בטלים והזוג אינו נשוי.

**יש כאן תקנת חכמים שמשמעותה לעבור על איסור- לאישה נשואה אסור לחיות עם איש אחר.** **ע"פ דין תורה היא עדיין אמורה להיות אשת איש, אך יש כאן סמכות של חכמים המגדירים אותה כאישה גרושה היכולה להינשא לכל אחד.**

הגמרא שואלת על כך- כיצד ייתכן שלוקחים איסור כה חמור של אשת איש, ובשביל לתת כוח לתקנה מנועים ביטול מרחוק, הרי מתירים איסור חמור (מכיוון שבלי התקנה הביטול מרחוק נחשב ביטול והאישה עדיין אשת איש)! הגמרא עונה שכאשר אדם מקדש אישה הוא מקדש אותה על דעת חכמים. כלומר, כביכול אדם מקדש אישה בתנאי שחכמים יסכימו. אין כמעט מצב בו חכמים לא מסכימים לנישואים, ולכן ברוב המקרים הם אינם מתערבים. אך במקרה בקיצון, חכמים כן יתערבו ויגידו כי הנישואין לא היו תקפים מעולם, בגלל שהוא התנה את הקידושין בהסכם של חכמים. לכן, חכמים יכולים להפקיע את הקידושין ולהגיד כי הגט אכן גט. אין כאן עקירה של דבר תורה מכיוון שכביכול הנישואין היו על תנאי, אך התנאי לא התקיים ולכן הנישואין לא תקפים. כך שבדיעבד אומרים שכלל לא היו נשואים.

אולם, צריך להתמודד עם השאלה מה עושים לגבי נתינת הטבעת, הרי בצורה הזאת הוא קידש את האישה! אלא שחכמים מפקירים את הכסף שהאיש נתן, ומשתמשים בכלל "הפקר בין דין הפקר".

כמו כן צריך להתמודד עם השאלה של קיום יחסי אישות (שהרי אחד הדרכים לקדש אישה היא ע"י קיום יחסים). לכן, הגמרא עונה שהבעילה הייתה בעילת זנות וזה לא היה בעילה של קידושין. עדיף שיחשב הדבר שנעשה קיום יחסי אישות שלא כדין מאשר אשת איש.

הסוגייה מעדנת את הבעיה שהעלנו- כיצד חכמים יכולים להתקין תקנה המתירה איסור תורה? הגמרא עונה שבמצב הזה אין כאן עקירת דבר תורה מכיוון שהנישואים היו על דעת חכמים, ולכן יש לחכמים את האופציה להגיד שהם לא מסכימים לנישואים. על כן, כאשר אדם מבטל גט מרחוק חכמים אומרים שכביכול הם לא הסכימו לנישואין הראשונים ולכן הגט נחשב גט ואינו מתבטל, והאישה יכולה להתחתן עם איש אחר (אם נולדו לה ילדים מחוץ לנישואין הילדים לא ממזרים).

**ירושלמי גיטין ד מה,ב**

התלמוד הירושלמי מוסיף רבן שמאול בן גמליאל צודק. דבר תורה הוא שבטל. אומר רבי יהודה הנשיא אין ברירה מדין תורה הגט מבוטל וחכמים לא יכולים לעקור דברים מן התורה. הסוגיה אומרת שזה לא נכון מה שאומר רבי יהודה הנשיא שכן חכמים יכולים להגיד לנו לעקור דין תורה ומביאים דוגמא – על פי דין תורה אדם שיש לו תוצרת חקלאית צריך להפריש תרומות ומעשרות כדי לאכול מהיבול שלו ולתת לכוהנים. תקנת חכמים אומרת אם תרמת התרומה הזו אינה תופסת האם ניתן להפריש זיתים תמורת שמן? ישנם דברים שכן וישנם דברים שלא. על פי דין תורה אפשר מכוח תקנת חכמים אי אפשר. דברי חכמים קבעו שאם תמרה את פיהם דהיינו בטל. התלמוד הירושלמי אומר שלחכמים יש אפשרות לעקור תקנות מן התורה כולל איסורים.

פרופסור חבה מדלג על מספר סוגיות אך מבקש לציין כי ניתן לעקור תקנות ולבצע איסור על דין תורה מכוח פקיעת הקידושין. לא מדובר באדם שהתנהג בצורה נורמטיבית והגונה אלא אדם שסטה מהנורמה וסטייה זו לא הייתה מחייבת את ביטול הקידושין וחכמים בחרו להסכים לו מכוח פקיעת הקידושין כי יש להם את הסמכות לעקור דברים מן התורה או לפי ביטול למפרע.

באשר לאישה שהכימה לנישואין מכפייה הגמירות דעת ע"פ דין תורה ההסכמה הסכמה אך חכמים קבעו שזאת לא הסכמה ולכן יש להם הצדקה לסתות מהכללים ולהפקיר את הנישואין **(בבלי בבא בתרא מח)** דוגמא נוספת **בבא ביבמות** בו מישהו חטף אישה. כל אלו נסיבות חריגות בהם אדם סטה מהנורמה ולכן חכמים החליטו לבטל את הקידושין בגלל ביטול למפרע או בגלל שיש להם סמכות לבטל דין תורה. מאחר שלא רוצים לתת לגיטימציה למעשה לא מוסרי.

יש הבדל בין ביטול למפרע (בבלי גיטין) לבין ביטול של עקירת דבר מהתורה (ירושלמי גיטין). לפי ההסבר של הירושלמי, זאת הפקעת קידושין מרגע זה ולהבא. לפי ההסבר של הבבלי, הפקעת הקידושין היא מהרגע הראשון בו בני הזוג התחתנו, למפרע. ההבדל ביניהם הוא גם הבדל עקרוני וגם יש להבדל הזה נפקות מעשית. בכל העשר שנים האחרונות היא כן הייתה נשואה, אבל מעתה, היא לא נשואה. בדרך כלל פוסקים לפי הבבלי- למפרע.- אם הנישואים לא התקיימו מעולם, אז הילד לא ממזר. אם הנישואים לא תקפים רק מכאן ולהבא, הילד עדיין ממזר כי נולד תוך כדי הנישואים.

הערמה

כמו בפרוסבול ש"מעבירים" את החוב לבית הדין ועוקפים את שמיטת החובות ומעין "מערימים" על דין התורה. דוגמא נוספת היא באיסור לגבות ריבית על הלוואה ע"פ ההלכה, אך חכמים יצרו דרך עוקפת לכך באמצעות "היתר עסקה" ההופך את ההלוואה למעין עסק משותף בו מותר לגבות ריבית מאחר שאתה בתור משקיע והרווח הוא בעצם רווח ממאמץ משותף. המעקף הפך את היחסי מלווה לווה לעסקה בה הריבית היא החלק שלי ברווחים מהעסק המשותף. התהליכים הם לא עוברים על החוק אך משתמשים בחוק כדי להפר את החוק. עולה השאלה לגובלות של הדבר והאם הוא לגיטימי.

לפי התלמוד הירושלמי (**מסכת יבמות פרק ד הלכה יב** ) מותר להערים. כפי שנעשה ע"י רבי טרפון על פי דין תורה אדם יכול להיות נשוי ליותר מאישה אחת- לפי דין תורה מותר ולפי חכמים לא. דוגמא נוספת בדין תרומה לכוהנים אשר מותרת לאכילה רק לכהן ובני ביתו לפי הדת אך החכם רבי טרפון היה עשיר בתרומות והייתה מצוקה כלכלית (לא עד פיקוח נפש) באותה תקופה ולכן הלך וקידש 300 נשים רק בכדי שיוכלו להשתמש ברכושו ותרומתו. השתמש במוסד הנישואין כדי לעקוף את איסור אכילת התרומה רק לכוהנים ומשפחותיהם ממניעים חיוביים. אך משמעות הנישואין עדיין חלה משפטית.

מקרה נוסף (**משנה מסכת מעשר שני**) הוא כאשר מערימים על מעשר שני. אחרי הפרשת תרומה צריך להפריש האדם מעשר ואז מעשר שני (מהפירות – רק בחלק מהשנים). בניגוד לתרומה או מעשר רגיל את המעשר השני לא צריך לתת אלא לאכול בירושלים. נוצר קושי להביא את הפירות לירושלים ולכן ע"פ התורה ניתן לפדות את הפירות בכסף ולהפוך אותם לחולין (רגילים) ובכסף תשתמש בירושלים. אך ישנו קנס כי עליך לשלם יותר משווים (להוסיף חומש)- רק אם בעל הפירות עושה זאת ולא אם צד ג עושה בשבילו. ההערמה על מעשר שני היא בכך שתתן לבן הגדול שלך את הפירות במתנה והוא יפדה אותם ללא קנס. לא מדובר במצב שנוצר ממצוקה. בהמשך ישנו גם תרגיל נוסף כאשר אין עליך כסף מזומן תיתן לחברך את הפירות במתנה ואז שהם כבר לא שלך תפדה אותם ללא לשלם את הקנס. ברור שלא באמת נתתי את הרכוש מכוונה טובה אלא בכדי להתחמק מהקנס. גם המתנה וגם הנישואין משפטית הם תקפים ואמתייים.

מקרה אחר (**תלמוד בבלי מסכת נדרים**) נדר – כאשר אדם מקבל על עצמו התחייבויות/ אוסר על עצמו דברים אשר אם יעבור עליהם יחשב הדבר כעבירה על איסור (כמו עבירה פלילית שאתה מוסיף לעצמך). במקרה זה ראובן נדר נדר שלא יהנה מדברי שמעון. אבל לאחר זמן הוא נותר ללא אוכל והוא לא יכול להינות מרכושו של שמעון אך ניתן לעקוף זאת ע"י זאת ששמעון יתן את האוכל במתנה לצד שלישי -לוי ואז האוכל לא יחשב שלו. מתנה שתקפה משפטית והרכוש באמת עובר לאחר. אך ההעברת המתנה לא נעשתה ממניעים תמימים אלא במטרה לעקוף איסור. אבל אז מגיע מקרה בו אבא נדר נדר שלא יהנה מבנו (יצחק אבא יעקב בן וראובן נכד) אך כאשר עשה הבן חתונה לבנו לא יוכל האב לבוא לחתונה בבית בנו כי נדר את הנדר. הפתרון היה שהבן ייתן במתנה את החתונה והסעודה כדי שישמש את הצד השלישי. השכן בדק את אמינות המתנה ואמר שכל הסעודה והחצר מקודשים לבית המקדש ואז התפרץ וכעס הבן. וכך הוכחה שהמתנה היא לא מתנה. אומרים החכמים שאם המתנה שנתת הייתה מותנה לשימוש שיעשה היא לא באמת הייתה מתנה. מבחינה משפטית צריכה להיות הפעולה המשפטית שלמה.

במשנה רבי יהושוע נותן מקרה נוסף. בשבת אסור לשחוט אך ביום טוב(חג) מותר. הבעיה נוצרת כאשר נפלו פרה ועגל לבור ולעומת יום חול ביום טוב אי אפשר. הפתרון הוא שאפשר את הראשון להוציא אך לא את השני כי לא ניתן לשחוט שניים. הפתרון הוא שתחלץ את הראשון ותעמיד פנים שאתה מתלבט ורוצה את השני ש"יותר טוב" ואז תוציא את השני כדי לבחור מבינהם. את עושה תרגיל בכדי שיאפשר לך להוציא את שניהם בגלל צער בעלי חיים- מטרה חיובית.

רש"י (**בביצה יז**) מסביר זאת בכך שההיתור לבשל ביום טוב לאותו יום קיים כדי שתבשל מה שנראה לך שתצטרך לאותו יום גם אם במקרה יצא נותר אוכל וישאר לצאת חג. כך שאם תגיד לעצמך שבישלת יותר ליתר ביטחון אם יגיעו אורחים תרשה לעצמך לאכול בצאת החג לעומת אם תבשל בכוונה למוצאי החג אתה תבין שעשית דבר לא נכון ויש ללמוד ממנו. מחמירים אם עשיתי בכוונה מכיוון שמדובר במעשה "רשע" ויש ללמוד שזה לא נכון. אך בהערמה אתה מוצא לגיטימציה בדבר ואז לא אתה ולא אחרים יבינו שלא עשו דבר נכון ולא ילמדו ממנו. **הערמה יותר חמורה ממי שעושה עבירה בכוונה**. ובגלל הבעיה להבדיל בין מקרים כאלה לכאלה נקשיב למה שאמרו החכמים לעשות.

(**חידושי הרשב"א מסכת ביצה**) כדי שלא תבזבז את החמץ שנשאר בפסח תמכור אותו לאדם גוי שיכול להשתמש בו. אך כיום נוצר הדבר כטקס בו אתה תמכור לשבוע ואז אחרי שבוע יחזור החמץ אליך כי לכאורה לא בוצע התשלום עד הזמן הקבוע. הפעולה המשפטית תקפה מאחר שיש שטר קנייה אך שני הצדדים יודעים שלא מדובר באמת במכירה. ישנו היתר עסקה לדבר כדי שאנשים לא יקרסו כלכלית ולא יתבזבזו כמויות רבות של חמץ. החכמים משתמשים בסמכות והכלים שניתנו להם בכדי לפתור את הקשיים האלו ומתפקידם לדעת מתי לתעל ולהשתמש בכלים אלו.

(**שולחן ערוך, חושן משפט סימן צט**) אם ברור שהמתנה שנתת היא לא אמיתית כי למרות שיש שטר שמכרת עדיין הרכוש אצלך ולא אצל האחר אז הדבר אסור. לא ניתן לך לקפח זכות של אחר.

**שו"ת הרא"ש** אדם שצריך להחזיר הלוואה ונותן את כל רכושו לאחר, הנסיבות מוכיחות שלא התכוון לזה מאחר שהדבר לא הגיוני. ברור שכל המטרה הייתה לא להחזיר את ההלוואה ללווה. גם תרגיל שעשית כדי שלאשתך לא יהיה ממי לגבות כתובה לא יתאפשר. לעומת הערמה שעוקפת את הדין שאותה מאפשרים החכמים כל מעשה הערמה שעשית שמטרתו היא לפגוע באחר היא אסורה ולא תתאפשר (ואף השתמשות שלא בתום לב).

ביטול תקנות חכמים

אך כעת נדבר האם בכלל ניתן לגמרי לבטל תקנת חכמים? מצד אחד נאמר שלגזירות חכמים יש תוקף כמו דין תורה אך מצד שני ניתן לחרוג מדין תורה כמו למשל ע"י הוראת שעה אז לכאורה הגיוני שיהיה אפילו יותר קל לבטל תקנת חכמים.

כדי לענות על השאלה הזו אנחנו צריכים להבחין בין 2 סוגים של תקנות

1. **תקנות שאנחנו יודעים (כי חכמים אמרו לנו) מה הנימוק שעומד מאחורי התקנה**- מדוע החכמים התקינו את התקנה.

**משנה גיטין, ד, ו**: אסור לפדות שבויים ובמקור זה מתוארות 2 סיבות מדוע: 1. כדי לא להרגיל את החוטפים לדרוש יותר. 2. כדי לא ליצור עומס כלכלי על הציבור. זאת דוגמה לתקנה שאנחנו יודעים מה הטעם שלה.

**משנה גיטין ה,ח:** אם אדם פורש רשת ביער לתפוס בעלי חיים, אם נתפס בעל חיים זה עדיין לא שלו. אם בעל החיים היה נכנס לחצר שלו- החצר קונה בעבורו. אם הרשת נמצאת ברשות הרבים גם כאשר בעל החיים נלכד ברשת זה עדיין לא שלו. מעשה קניין- אקט פורמלי שמעיד על הבעלות, משיכת החפץ/הגבהת החפץ ועוד. חכמים חששו שאנשים יריבו על העניין הזה ועל כן קבעו שבעל חיים שנלכד ברשת שייך לבעל הרשת מכוח תקנת חכמים. דוגמה לתקנה נוספת מפני **דרכי שלום** היא שאם חרש (גם חירש וגם אילם- אין לו תקשורת עם הסביבה) שוטה וקטין מצאו דבר זה לא שייך להם כי אין להם כשרות משפטית ולכן עקרונית אם הוא הרים 100 שח אפשר לקחת לו את זה וזה לא יהיה גזל. חכמים קבעו כי זה כן נחשב גזל למרות שלפי דין תורה זה מותר. הטעם הוא משום דרכי שלום- אנחנו יודעים את הסיבה.

1. **תקנות שלא אמרו לנו מה הטעם שלהם**- אנחנו יכולים לנחש מה הטעם אבל לא תמיד נדע בוודאות האם מה שאמרו לנו חכמים זה הנימוק כפי שאנחנו משערים או שהיה להם נימוק אחר. יותר מזה, ראשית- למה חכמים לא אמרו לנו מה הטעם?

**עבודה זרה לה,א** : נאמר ששנה אחת לפחות לא היו מגלים לציבור מה הטעם. מדוע? הסיבה להסתרת הטעם היא שאולי אדם יגיד כי לא מוצא חן בעיניו הטעם ולא יציית לתקנה. חכמים הסתירו את הטעם כדי לגרום לציבור למלא אחר התקנה ולא לבצע חישובים. מדוע מגלים אחרי שנה? חלק מהתוקף של תקנה נובע מהשאלה האם העם קיבל אותה. לא גוזרים גזרה על הציבור אם הוא לא יכול לעמוד בה. חכמים צריכים לחשוב האם זה דבר בר ביצוע ואפשר לעמוד בו ולא להטיל חובות או איסורים שמראש נראה שיהיה לציבור קשה לקיים. גם אחרי שחכמים התקינו חכמה או גזרו גזירה עדיין תוקפה של הגזירה תלוי בשאלה עד כמה הציבור קיבל אותה. גזרה של חכמים שהציבור בפועל לא נהג על פיה, תוקפה יהיה מוחלש כפי שנראה. החכמים רוצים לגרום לעם לקיים את הגזרה ולכן לא מספרים לו. לכן, לעיתים הסתרת הטעם הייתה מכוונת ולא מקרית.

יש דוגמאות למקרים שחכמים התקינו תקנה מנימוק אחד אבל בפועל סיפרו לציבור נימוק אחר מהחשש שהנימוק האמיתי לא ישמע לציבור בהנחה כי לו יקשיבו יותר.

בהקשר הזה, צריך להבחין תקנה הטעם שלה ידוע לבין תקנה שהטעם שלה איננו ידוע כי אם התקנה הטעם שלה לא ידוע ואנחנו רוצים לבטלה בטענה כי היא לא רלוונטית להיום. כיצד הם מחליטים שהיא לא רלוונטית? קל יותר להגיד את זה אחרי שיודעים מה הטעם. אם לא יודעים מה הטעם קשה יותר לבטל, לא יודעים מה היו הסיבות. **כשמדובר על תקנה שטעמה איננו מוכר פרוצדורת הביטול תהיה יותר קשה**.

ביטול תקנה שטעמה איננו ידוע

**משנה עדויות א,ה:** המשנה טוענת כי צריך לפרסם את דעת המיעוט כי אולי בשעת הצורך ירצו לסמוך עליה. אם כך, אם יהיה צורך פשוט מבטלים את התקנה. אז למה צריך להיתלות בדעת מיעוט? כדי שבית דין מאוחר יוכל לבטל גזרה של בית דין שקדם לו, **בית הדין המבטל צריך להיות גדול בחוכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה**. אם היה גדול בחוכמה אבל לא במניין או להפך אינו יכול לבטל את התקנה- אלו שני תנאים מצטברים. בנוסף צריך להזכיר את דעת המיעוט כי אם לא הייתה דעת מיעוט והיו רוצים לבטל את התקנה לשעת הצורך הם לא יכלו לעשות את זה. קשה יהיה למצוא בית דין מאוחר שיגיד שהוא גדול בחוכמה מבית דין קודם- דרישה שבפועל מונעת את האפשרות לבטל תקנה כי אף בית דין לא יטען להיות חכם יותר מקודמו. גדול במניין זה מבחן מספרי לכן יותר אובייקטיבי. אם בית הדין הנוכחי גדול יותר בחוכמה הוא יוכל לעלות על כל הנימוקים של בית הדין הקודם, גם אם לא סיפרו עליהם. על כן, דעת המיעוט מאפשרת להתבסס עליה לצורך ביטול.

**עבודה זרה לו** – בית דין מאוחר יכול לבטל בית דין מוקדם בהתקיים שני התנאים (מניין וחכמה) מלבד מ18 גזרות שלא ניתנות לביטול כלל. וכן אין לגזור גזרה שהציבור ברובו לא יכול לעמוד בה. הציבור משפיע **לפני** תקנת הציבור כאחד משיקוליה וכן **לאחר** שהותקנה אם הציבור מקיים אותה ואם תפסה אחיזה בו.

הרמב״ם מסכם את הדברים:

**רמב"ם ממרים ב, ב-** הרמב״ם מסביר מה הכוונה לגדול במניין כי הרי בבית דין הגדול יש תמיד 71 חכמים- התשובה היא שנחשבים גם חכמים שמחוץ לבית הדין שהסכימו לתקנה.הסוגיה במסכת עבודה זרה אומרת שיש גזרות של חכמים שלא ניתנות לביטול בכלל, גם לא עם שני התנאים המצטברים. יש מחלוקת בין הראשונים בין מהן אותן גזירות שלא ניתנות לביטול. יש ראשונים שמצמצמים את זה, רשימה סגורה של 18 גזירות שלא ניתנות לביטול ולעומת זאת הרמב״ם מרחיב את הרשימה. לדעת הרמב״ם הקטגוריה של הגזרות שלא ניתנות לביטול הן כל הגזרות שבאו להרחיב **איסורי תורה**. כל עוד החכמים לא סתם התקינו תקנה אלא הרחיבו איסור קיים בתורה, לא ניתן לבטלה. לא כולם מקבלים את הקביעה של הרמב״ם.

אם התפשטה והתקבלה בציבור היא אינה ניתנת לביטול כלל.

במידה ותקנה לא התפשטה ולא התקבלה בציבור, הרמב״ם אומר שמראש החכמים לא צריכים לחשוב רק אם הגזרה טובה או לא אלא לנסות להעריך האם מדובר בגזרה שהציבור יוכל לקבל אותה, אן נראה להם שהציבור לא יוכל לעמוד בגזרה כזאת, מראש אין לגזור אותה. במידה ואחרי שגזרו אותה והיא לא התפשטה, **היא בטלה מעצמה.**

אם גזרו את הגזרה והציבור לא ממש דחה אותה אבל גם לא ממש קיבל אותה (מתנדנדת). אחרי כמה שנים בודקים וראים כי רוב הציבור לא קיבל אותה- בגלל שלא מיד הציבור דחה אותה אלא לאחר כמה שנים, היא לא בטלה מעצמה ויש לבטל אותה אבל הפרוצדורה תהיה קלה, גם בית דין שלא גדול בחוכמה או במניין.

ביטול תקנה שטעמה ידוע

**ביצה, ה, א:** **״…כל דבר שבמנין צריך מנין אחר להתירו…״** כל דבר שהתקבל במניין צריך מניין בכדי לבטל אותו. אדם שיש לו תוצרת חקלאית בשלוש שנים ראשונות לא יכול לאכול אותן ובשנה הרביעית לפני שהוא אוכל מהתוצרת הוא צריך להפריש ממנה תרומות ומעשרות. הוא צריך להפריש מעשר ראשון-10% ואז מעשר נוסף ממה שנשאר, המעשר נשאר אצל בעל הפירות ולעלות איתן לירושלים ולאכול אותן בירושלים. אותם פירות של מעשר שני, אם לא רוצים לאכול אותם בירושלים, אפשר לפדות אותם בכסף. עם הכסף עולים לירושלים ומבזבזים אותו שם. אם אדם גר בתוך או קרוב לירושלים הוא לא יכול לפדות את הפירות על מנת לעטר את שווקי ירושלים בפירות ולקשט את ירושלים. קרה מצב שבו אדם שגר קרוב העדיף להפקיר את הפירות מלקחתם לירושלים ואז אמרו לו שהתקנה בוטלה. אפשר להבין שמאחר שהטעם בטל התקנה בוטלה (ללא איזכור לכך שהבית דין היה גדול במניין וחכמה- סביר שלא). התקנה קמה בשביל שיהיה שפע בירושלים אבל עכשיו היא כבר לא רלוונטית ואין טעם בה כי אין צורך לחזק את שווקי ירושלים לכן יתאפשר לכל מי שרוצה לפדות.

**הרמב"ם** בהלכות ממרים אומר: אין הבדל בין תקנה שטעמה ידוע לבין זו שלא וגם תקנה שטעמה אינה ידוע- צריך בית דין שגדול בחכמה ובמניין.

לא כולם הסכימו עם הרמב"ם. **הראב"ד** אמר שאם הנימוק של התקנה בטל גם ללא בית דין גדול בחכמה ובמניין ניתן לבטל. לכן הוא חולק על הרמב"ם ואומר שבית הדין במקרה כזה לא חייב להיות גדול מבית הדין שהתקין את התקנה.

**המאירי (אחד הראשונים)** שתקנה שהטעם שלה בטל לא בטלה מאליה צריכה ביטול. הוא אומר שתקנה שהטעם שלה בטל צריכה ביטול אבל הביטול שלה צריך להיות ע"י בית דין שלא חייב להיות גדול בחכמה ובמניין.- כדעת הראב"ד.

**הרא"ש** אומר בצורה מרחיקת לכת כי "כיוון שטעם האיסור ידוע, אם נתבטל הטעם בטל האיסור ממילא" – התקנה תוקנה מטעמים מסוימים, אם אותם נימוקים בטלים , גם התקנה עצמה בטלה.

**הרדב"ז** ממרים ב, ב: כשאמרו מהו הנימוק – טענה שהטעם שלה ידוע מתבטלת מאליה – מראש אמרו חכמים שהם מתקינים תקנה כל עוד הנסיבות מסוימות – ברגע שהנסיבות אחרות, אין צורך בביטול התקנה כי היא הייתה מוגבלת בזמן מראש. ברגע שהנסיבות השתנו- התקנה לא תקפה.

הרדב"ז והרא"ש אומרים דברים דומים אבל לדעת המרצה, הרא"ש אומר שהתקנה מראש הותלתה בקיומו של הטעם וכשמתבטל הטעם אז התקנה כאילו לא הייתה קיימת אבל לפי הרדב"ז התקנה מתבטל.

**לסיכום**, ניתן לראות שלפי דעת חכמים, תקנה שטעמה ידוע אך התבטל ניתנת לביטול , הרמב"ם טוען כי גם אם התקנה בטלה מאליה יש לבטלה באמצעות בית דין בעל גדול בחוכמה ובמניין, לעומת שאר החכמים שאומרים שכל עוד הנסיבות/הנימוקים בטלים, התקנה מאבדת את תוקפה.

**תקנות קהל**

פרוצדורה נוספת שבכוחה להתקין תקנות וזה נקרא- **"תקנות הקהל" (תקנות הציבור).** נזקקים לזה בעיקר כשאין בית דין ולכן זו פרוצדורה חלופית. כפשוטן, תקנות הציבור הן אסיפת עם- אוספים את הציבור והתקנות האלה מחייבות את כלל הציבור.

אפשר לראות את זה כאחד משניים. מכוח מה יכולה להיות הסמכות הזו? מכוח הסכמה (לא הסכם). כולם מסכימים על התקנה ולכן ההסכמה מחייבת את כולם. למשל, אם מדובר ב100 אנשים שכולם הסכימו- זה מחייב את כולם.

כשמדובר למשל בקבוצה של 100 אנשים ויש כאלה שלא מוכנים לשלם, למשל- זה יכול להפיל את הכל.

אם יהיו כאלה שיהיו חלק מהפעילות אבל לא ישלמו אז כל אחד יגיד לעצמו- "למה שאני אשלם"? זה עלול להפיל את כל העסק.

אנחנו רוצים יכולת אפקטיבית לקבוע כל מיני כללי התנהגות כאלה ואנחנו צריכים לכפות אותם גם על אלה שלא הסכימו.

אם הוא הסכים והתחרט זה יותר קל כי ניתן לחייבו אך השאלה האם יש לנו סמכות לקבוע כללים שהם סוג של חוקים שמחייבים את כולם- כולל המתנגדים או אלו שהצטרפו לקבוצה מאוחר יותר?

האם אני מתייחס לתקנות הקהל כהסכם רב משתתפים שמחייב רק את מי שהיה חלק מההסכם או שאני מתייחס לזה כתקנות שמחייבות את הציבור שחלות על כולם כולל מי שלא היה שותף והצטרף מאוחר יותר?

התקנות מרבות להופיע בתקופה מאוחרת בה היה יותר צורך בדבר אך **המקור לזה מצוי כבר בתוספתא במסכת בבא מציעא-** הדוגמה שמובאת כאן היא דוגמה להשתתפות בכפייה- להקמת מבנה של בית כנסת למען הקהילה. כמובן שמדובר במשהו כזה שבאופן עקרוני כולם נזקקים לו.

לפי המקור הזה רשאים (הציבור) לקנוס אותי בנוסף לסכום שאותו אני מחויב לשלם.

כלומר ניתן לכפות על כולם לשלם גם על מי שאינו רוצה- כי כל הציבור שותף לכך למשל שכר מינימום או שכר אחיד.

אם יש למישהו בע"ח שנכנס לכרם שלי וגרם לי לנזק, אני יכול לתבוע אותו על הנזק לזה.

אבל גם אם בע"ח לא גרם נזק אוכל לתבוע כי אנחנו רוצים להביא לכללי התנהגות- המטרה היא לא רק לפצות על נזקים אלא למנוע אותם ולכן כדי לאכוף את השמירה של בעלים על בעלי החיים שלהם, נוכל לקנוס את אותו בעלים. **יש סמכות** **גם לקבוע כלל וגם לאכוף אותו.**

הספנים והחמרים (בעלי החמורים) מסכימים ביניהם הסכמה מחייבת לפיה אם מישהו יאבד את הספינה או את החמור שלו- ייתנו לו אחר. זה הסכם מחייב של בעלי המקצוע האלה. כל שכולם מתחייבים לשלם לאחד שיאבד לו וכך מכסים את עצמם למקרה שהם יהיו זה שיאבד.

**זה המקור הראשוני לכך שיש מעין הסכמים רבי משתתפים כאלה או סוג של תקנות קהל שמחייבות את כולן אך ניתן לעקוף אותן.**

**שו"ת יכין ובועז –** כמו שיש לבית שדין רשות להפקיר ולהתקין תקנות ממוניות ולזכות אדם שעל פי דין לא מגיע לו (כמו כשלוקחים מילד) ולכן מדובר בתקנה שנותנת נכס שעל פי דין תורה לא מגיע וכמו שיכול לעשות זאת בית דין יש בסמכותו של הציבור לעשות זאת. לכן לציבור יש מעמד שווה לבית הדין מבחינה זו

**שו"ת הרשב"א, ד, קפה-** הקביעה הזו שהציבור מתקין קיים כדין תורה ואני מחויב להישמע לאותה תקנה שהציבור התקין. שאר הציבור יכולים לקנוס את מי שעובר על התקנה הזו. **תקנות ציבור מחייבות כמו דין תורה.** קהל/ציבור יכול להיות תושבי העיר ויכול להיות קבוצה מסוימת כמו בני אגודה של בעלי מקצוע.

דוגמא – לפי ההלכה בעל חפץ שאיבד אותו והתייאש מהחיפוש, לכן אם החפץ נשטף למים יש להניח שלא רוצה יותר אותו ולכן ניתן לקחת אותו כי היא כבר לא שלו. אך היה מקרה של ספינה עם סחורה שנמצאה ואז התקינו תקנה שאם הגיעה הסחורה לאחד מבני הקהילה יש להחזירה לבעלים המקורי. קרה מקרה שמישהו זר מצא את הסחורה ומכר אותה ליהודי. היהודי קנה את הסחורה וידע את מקורה אך לא רוצה להחזיר. הרי"ף אומר שהסכמת הציבור היא בעלת תוקף ומחייבת ולכן הקונה צריך להחזיר את שקנה. אלא במקרים בהם הקונה קנה בתום לב כי רימו אותו ואז יש להבחין כי ככהנ"א יוכל להשאיר את החפץ.

**מקור נוסף בתשובת הרשב"א- שממחיש עד כמה התשובה הזו מרחיקת לכת- שו"ת הרשב"א א, א-רו-** כדי לקדש אישה אדם צריך לתת לאישה בוגרת(מעל 12 וחצי) טבעת על דעת זה שהוא רוצה לקדש אותה והיא רוצה להתקדש וצריך גם שני עדים שיהיו חלק מהטקס.

שני עדים זה תנאי הכרחי לקיום הטקס. נוצרה בעיה של ניצול נערות שנחשבות בוגרות אך לא הבינו את משקל הטקס. כדי למנוע מצב זה התקינו כאן בקהילה מסוימת תקנה לפיה הקידושין צריכים להיעשות לא רק לפני שני עדים אלא לפני 10 אנשים. אם קידשתם שלא בפני עשרה הקידושין האלה לא תקפים= המשמעות של התקנה סותרת דין תורה כי כל עוד אין גט האישה נחשבת אישה אסורה ואז פה מתקינים תקנה לפיה צריכים 10 עדים ומי שלא מקדש בפני 10 עדים משלם קנס. אבל התקנה הזו התערבה בדיני האישות (בדומה למה שראינו בעבר שעשו החכמים) ולכן מאוד מרחיקת לכת כי מי שהתחתנה פחות מ10 עדים לא נחשבת אישה נשואה וילדיה ממזרים.

**נשאלת השאלה** מה קורה במקרים שאתה התנגדת להחלטת הקהילה או שאתה חדש בה והגעת לאחר שתוקנה התקנה האם עדיין עליך לציית לה? **לפי הרשב"א כן**

**שו"ת הרשב"א, ג', תיא-** פה הרשב"א מדבר על קבלת תקנה ברוב כשהרוב יכול לכפות על המיעוט- גם כאלה שהיו במעמד קביעת התקנה וגם כאלה שלא וזה מחייב גם את הדורות הבאים. כן מופיע אותו סייג מהתקנות חכמים בכך שחייבת התקנה להיות אחת שהציבור יוכל לעמוד בה. זה נובע מתפיסה שאנחנו מדברים על **תקנה ולא על הסכם** וזו מהותה של תקנה.

תקנה שמחייבת את כולם ללא יכולת להתנגד

**שו"ת הר"אש ו,ה, ו,ז** (ר' אשר בן יחיאל, אשכנז,צרפת,ספרד, מאה 13- 14):

האם הודעה מראש על חוסר הסכמת התקנת הציבור פותרת ממנה? כתשובה לגבי התנגדות לתקנת קהל אמר הרא״שׁ כי הסכמת הקהל היא לפי הרוב ואף אחד לא יכול להגיד שהוא מראש לא מקבל על עצמו את ההסכמה הנ״ל. הרא״ש מסביר את ההיגיון- אם נותנים ליחיד אפשרות להוציא את עצמו מהכלל הוא גורם לכך שאין כוח להתקנת תקנות. הרעיון של רוב הציבור שמוכן לקבל על עצמו את הדבר נובע מכך שכולם מקבלים. אם לא תחייב את המיעוט התקנה תהיה חסרת משמעות.

מקור המחזק את הרשב״א

**שו"ת לב שמח חו"מ, ה** -אם אדם שלא יהיה בהצבעה זה לא יחייב אותו הוא פשוט לא יבוא וזה יטרפד את כל העסק כי זה יתן לכל אחד זכות וטו. לכן המיעוט יכול לכפות את דעתו על הרוב.

זוהי לא עמדה יחידה, כבר במקור הראשון נראתה עמדה אחרת, עמדה אחרת נוספת

**מרדכי בבא קמא, קעט** ( מרדכי הכהן, אשכנז, מאה 13): רבינו תם מתייחס לתקנת הקהל כסוג של הסכם רב משתתפים- ברור שמי שאמר שהוא מוכן לקבל את הדבר מראש, מחויב. אבל יכול להיות שזה מחייב גם את מי שהתנגד כי עצם ההשתתפות שלו **בהליך** מלמדת על כך שהוא מוכן לקבל את דעת הרוב. במקרה כזה ישנה הסכמה. לכן, המחזיק בדעת מיעוט יחויב אך מי שלא השתתף או נולד מאוחר יותר- לא מחויב. אי אפשר להסכים בשמם של אחרים. **על כן תקנת הקהל היא לא תקנה אלא ״הסכמה״.** בפועל רוב הראשונים כן רואים בתקנת קהל סוג של תקנה שניתן לחייב בה גם את מי שלא היה חלק מהפרוצדורה (בניגוד לרבינו תם).

**שו"ת הרשב"א א, תר"יז** (שלמה בן אדרת, ספרד, מאה 13-14): מדובר ב-7 אנשים שהציבור הסמיך כנציגיו. כשאנו מדברים על תקנות קהל זה לא בהכרח אומר כל הקהל אלא יכול להיות נציגי הקהל. הם לא חייבים להיות חכמים עשירים או מכובדים אלא אנשים הגונים וצודקים שהציבור סומך עליהם- הם המנהיגות של העיר. הם ממונים כ"אפוטרופוס של הציבור" ולכן בסמכותם לפעול מטעמו ולהחליט בכל, אך אם מונו פחות מ-7 נציגים הסמכות תהיה מוגבלת.

כיצד מתקבלות ההחלטות אצל אותם שבעה? האם פה אחד או שמא בדעת רוב? השאלות האלו עלו עוד בזמנו. **ישנן עמדות שונות בנושא. פחות חשוב מאשר** **הרעיון שהסמכות הייתה לחכמים ואז לקהל ועכשיו לנציגי הקהל כך שמנהיגות דתית הפכה למנהיגות חברתית.**

**בבא בתרא, ט,א**: היה מקובל שהשוחט בעל חיים, בתמורה מקבל מבעליו את העור של הבהמה. השוחטים עשו ביניהם הסדר כדי לא להתחרות ביניהם יש חלוקת עבודה. כל יום בשבוע מישהו אחר שוחט. כדי שההסכם הזה יהיה תקף הם קבעו שמי שישחט שלא ביום שלו ייקחו את העור שהוא זכאי לקבל מהבמה- לא היה שווה לו להתעסק בשחיטה. פלוני שחט כשהיה לו אסור ולקחו לו את העור. הם באו לפני הרב מאחר והשוחט שלקחו לו את העור אומר שנגרם לו נזק. מנגד הם טוענים כי הם הגיעו להסכם. הרבא חייב אותם לשלם על הנזק בניגוד להסכם. הגמרא שואלת מדוע. הרב פפא אמר שטוב שלו ענו לו- הדין הזה שמאפשר לבעלי המקצוע לעשות ביניהם הסדר כולל להטיל סנקציה- זה כשאין אדם חשוב באזור או בעיר, אז הם יכולים לעשות על דעת עצמם הסדר הכולל סנקציה. איפה שיש אדם חשוב, הם לא יכולים להתנות על דעת עצמם. הם היו צריכים לקבל את אישורו של האדם החשוב.

מי זה אדם חשוב? אחד המרכיבים הברורים הוא תלמיד חכם

על איזה סוגי הסדרים נדרשת הסכמה/אישור של אדם חשוב? בכדי לענות על כך יש

לחשוב למה בעצם צריך אישור אדם חשוב? לא כל הסכם בין 2 צדדים דורש הסכם. אפשר לחשוב על 3 סיבות:

1. **כבוד לאדם החשוב**- לא מכובד שהם יעשו ביניהם הסכם בעל השפעה גם על כלל הציבור ומן הראוי שבמקרה כזה אדם חשוב ייתן את אישורו
2. **פיקוח הלכתי**- לוודא שהם לא מגיעים להסכמה שנוגדת את ההלכה.
3. **לוודא שהם לא פוגעים בצד ג**׳- כששני בעלי מקצוע עושים ביניהם הסדר או קרטל הוא עלול לפגוע בצדדי ג׳.

\*אם אין אדם חשוב הדבר לא נדרש אם יש קיימת חלוקה בלמה ואיך יודעים מי

בשאלה הזאת נחלקים הראשונים

**שו"ת הריב"ש שצט** : הסכמה של אדם חשוב חשובה דווקא אצל בעלי מקצוע. הריב״ש מצמצם את הצורך באישור רק לחברי אגודה מקצועית. בתקנה של כל בני העיר לא מצריכה הסכמה של אדם חשוב. הוא לא מסביר מדוע. ההנחה היא שזה בגלל שהוא סבור שעיקר תפקידו של האדם החשוב זה לוודא שההסכמה של בני האגודה לא פוגעים בשאר בני העיר ולכן זה לא קשור כאשר זה נוגע לכל בני העיר.

**רא"ש בבא בתרא א,לג**: הרא״ש סבור כי גם הסכמה של כלל בני העיר דורשת אישור של אדם חשוב. ללא אישור של אדם חשוב ההסכמה הזו לא תהיה רלוונטית.

נקודה חשובה נוספת בהקשר הזה- תקנת קהל באופן רגיל לא יכולה להיות סותרת דין תורה בדבר שבאיסור (בדברי ממונות יש אפשרות להתנות). מקרה הקידושין זה מקרה חריג. במקרים רגילים אי אפשר שהסכמת הקהל תתיר דבר אסור. לדוגמה:

**שו"ת הריב"ש ,שה** :הסכמה בקהילה מסוימת שמכשירה שטרות עפ״י כללים של המשפט הזר. הסכמת הקהל הייתה ששטרות כאלה תפסו גם בין שני יהודים. בשטרות הזרים היה ריבית אך הוא אומר שגם אם הקהל קיבל על עצמו את השטרות התנאי של הריבית בו לא תקף איסור הריבית למרות שזה עניין של כסף לא מדובר על עניין ממון אלא כאיסור ולכן לא ניתן לקהל להתנות עליו. אם יש שטר שנעשה עפ״י הכללים של המשפט הזר ותקנת הקהל היא שאנחנו מכשירים כזה שטר, מאחר ועקרונית השטר הוא דבר שבממון השטר יהיה תקף אבל ככל שבשטר הזה יהיה סעיף של ריבית היא לא תהיה תקפה כי זה איסור ולא ממון. **הסכמה לריבית לא יכולה להיות תקפה**.

**שו"ת הרשב"א ז, רמ"ד** (שלמה בן אדרת, ספרד, מאה 13- 14): הייתה תקנת קהל כי לא משחקים במשחקי קובייה. אבל תקנה כזאת לא נדרשה כי הדבר ממילא נאסר ע״י ההלכה מאחר שיש בעייתיות במשחקי הימורים כי אין רצון להפסיד ולשלם אלא רק לנצח, והממון היינתן במקרה זה יהיה בלב לא שלם וללא רצון ויכול להיחשב גזל. אם הקהל אישר להתיר איסור של משחק בקובייה ומכאן את החרם בתור עונשו, הדבר לא תופס כי הרבים לא יכולים להתיר לעבור על איסור.

מנהג

דרך שלישית אחרי תקנות חכמים ותקנות קהל ליצירת נורמות שהופכות למחייבות במקרים מסוימים היא מנהג. בעוד בתקנות חכמים ישנה חשיבות לעמדת הציבור טרם התקנה ולאחריה אך יש חשיבות אף רבה יותר במנהג כי היא זאת שגורמת לו. בחלק מהמקורות יש ערבוב בין תקנה לבין מנהג. לא תמיד ברור שישנה הבחנה מאוד חותכת מתי נורמה נסמכת על מנהג ומתי המקור שלה הוא מתקנה. למרות הערפול הנ״ל אפשר להתייחס למנהג כקטגוריה עצמאית היוצרת נורמות.

ישנה הבחנה בין מנהג הוא רק ביטוי להלכה קיימת (פחות יעניין אותנו) ולעיתים הוא יוצר נורמה. דוגמה **במסכת פסחים סו, א**- עוסקת בפסח בתקופת בית המקדש. ביום ערב פסח מהצהרים היו צריכים להביא את קורבן הפסח. קורבן פסח הוא לא קורבן ציבורי אבל גם לא יחיד. מדובר על כל קבוצה שמביאה קורבן משלה אבל כולם מביאים אותו באותו הזמן לכן הוא גם ציבורי. מביאים אותו ביום יד׳ בניסן בין הערביים. אדם שצריך להביא קורבן לא יכול להביא את הקורבן בשבת, מותר להקריב רק קורבנות ציבור שחייבים להקריב בשבת. השאלה היא האם מותר להקריב את קורבן הפסח בשבת או לא (תלוי בשאלה אם הוא פרטי או ציבורי), כמובן כאשר פסח נופל על שבת. **הלל הזקן שעלה מבבל טוען כי פסח קודם לשבת ועל כן ניתן להקריב את הקורבן בפסח**. הם מינו אותו לראש בית הדין והוא הקניט אותם שהם עצלנים ולא למדו את ההלכות כמו שצריך וכעת לא זוכרים אותן ובגלל זה היו זקוקים לו. הם החליטו לשאול שאלה נוספת- הכהנים הם אלו שמקריבים בדרך כלל את הקורבנות, כשמביאים קורבן פסח הכהנים לא יכולים להשתלט על כל הקורבנות אז גם בעל הקורבן יכול לשחוט את הקורבן עם הסכין שהביא מהבית. אבל בשבת יש בעיה בהבאת הסכין מהבית אל רחבת בית המקדש. אם כך השאלה היא כיצד יביא אדם את הסכין בשבת? הלל אמר שהוא גם לא זוכר את ההלכה הזאת. בגלל שהוא קצת קנטר אותם הם רצו להראות לו שגם הוא לא זוכר הכל. השורה התחתונה היא שישנה הלכה קיימת כבר אבל הוא פשוט לא זוכר אותה. הוא הציע להם הצעה- נחכה ליום למחרת, אנשים יותר מבוגרים זוכרים כיצד מתנהגים והם יזכירו לנו מה ההלכה. הם חיכו וראו כי אנשי הציבור היו טריקים, לא הביאו את הסכין ביד אלא שמו אותו על הקורבן וכך הביאו את הסכין בדרך ערמומית. כך הלל נזכר בהלכה- כאן יש מנהג שלא נוצר אלא ישנה הלכה שאנחנו לא זוכרים והמנהג יזכיר מהי ההלכה.

דוגמה נוספת

**ירושלמי פאה ז,ה**: עצם העובדה שכך הציבור מתנהג, ככל הנראה המנהג הזה הוא מיוסד על הלכה שהספקנו לשכוח. במקרים הללו, בשני המקורות האחרונים, אנחנו רואים מנהג או התייחסות למנהג לא כאל יוצר נורמה חדשה אלא לנורמה קיימת שהמנהג מזכיר אותה.

אנחנו רוצים לראות האם המנהג יכול ליצור בעצמו נורמה הלכתית

**טור חושן משפט סימן שסח**: למנהג יש משמעות נורמטיבית לפי המקור הנ״ל. מדובר על מקרה מסוים הקשור לדיני גניבה גזלה העוסק בתקנת השוק. **הטור מעדיף את הבעלים ולא את הקונה.** הוא אומר בהמשך כי בניגוד לדין שהוא כתב שמי שקונה מגנב או מגזלן צריך להחזיר לבעלים. אומרים לו כי יש מנהג כי מי שקונה מגנב או מגזלן מחזיר את החפץ לבעלים אבל הבעלים מחזירים לקונה את הכסף שהחפץ שווה. הטור אומר שאם אכן יוכח שזה המנהג במקום, כל אדם באותה קהילה מחויב למנהג ולכן לא יכול הבעלים להגיד שהוא לא צריך לשלם לקונה את הסכום של החפץ. כל אדם מחויב למנהג בעל היגיון למרות שהוא במידה מסוימת מעט סוטה מן ההלכה.

מאיפה לומדים שלמנהג יש משמעות ויש תוקף?

פסוקים ממקורות שונים המביאים את הרעיון. הפסוק שאומר: "**אל תסג גבול לעולם אשר עשו אבותיך**". פסוק נוסף בשאילתות שאומר גם כן **"אל תנטוש תורת אימך"-** אל תנטוש את המנהג. המאירי מגן אבו אומר גם כן "**אל תבוז כי זקנה אמך".**  פסוקים שאינם הילכתים אלא מראים שמאמצים במקומות רבים את הרעיון שיש חובה ומקום לציית למנהגים.

דעות החכמים בנושא

**שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י** בדיני ממונות לתקנה יש תוקף, למנהג לא. כדי שהלכה בדיני ממונות תהיה תקפה יש צורך בתקנה. מצד אחד נותן משמעות למנהגים אבל בצורה יותר מסויגת. אם המנהג מקורו בעבירה והוא סותר איסור הוא כמובן מנהג שאין בו תוקף (כמו תקנה).

לעומתו ישנו המקור הבא שנותן יותר משקל למנהג

**שו"ת תשב"ץ חלק א** למנהג יש תוקף וככל שיותר עתיק ויותר רחב גאוגרפית ואפילו אם משנה הלכה הוא תקף. כל עוד לא עובר על איסור. חושב הפוך מהרא"ש.

ניתן למצוא עמדה קיצונית במקור הבא

**תלמוד ירושלמי בבא מציעא ז, א:** יש משנה שעוסקת בדיני פועלים (עבודה). אם שוכרים פועלים חלים על השוכר המנהגים של אותם פועלים- שעות עבודה, מזון ועוד. מניחים כי ההתקשרות בין השוכר לבין הפועל היה על בסיס המנהג המקומי (תנאי מכללא). כיום יש לנו חוק המסדיר את שעות העבודה ושאר התנאים. לכן, כל עוד ישנו מנהג לא ניתן לפעול בניגוד אליו (לא לתת חופשים/שעות עבודה מופרזות ועוד). מדובר על סיפור שבו הבן שכר פועלים והבטיח להם ארוחת צהריים, האב אמר שהוא סיבך את העניין כי הוא לא אמר להם מה התפריט, לא משנה מה יביא להם, יתכן והם לא יהיו מרוצים ויטענו כי התכוונו לארוחה אחרת. על זה נאמר שאין צורך וזה לא משנה כי ארוחת הצהריים אמורה להיות הסטנדרט המקובל כמנהג המדינה. כמו שמנהג המדינה מחייב לשעות העבודה ותנאי העבודה כך גם במזון. המנהג מבטל את ההלכה- כפשוטו, אם יש מנהג מול הלכה המנהג הוא זה שגובר לפי התלמוד הירושלמי. אמירה מרחיקת לכת שנאמרת בהקשר ממוני אך השאלה היא האם הירושלמי התכוון לכל דבר או רק בהקשרים מסוימים. הגישה מצמצמת את האמרה החריפה ומייחסת אותה רק לדיני עבודה.

**תענית כו ב** ביטוי נוסף בגמרא (באותו מקור), כל אחד אימץ את עמדתו של רבי מאיר אבל בניסוח שונה, אחד השתמש בהלכה, השני השתמש בנוהגים, השלישי השתמש בנהגו. מי שאומר ״הלכה״ מפרסמים את זה ואומרים ברבים. מי שאומר שזה המנהג לא דורשים את זה אבל אם מישהו שואל מורים לו שזאת ההלכה. מי שאמר נהגו אנחנו גם לא מורים את זה אבל מישהו עשה אנחנו לא מתקנים אותו. **למרות שישנה היררכיה יש חשיבות למנהג**. יכול להיות שהמשמעות לא חזקה כמו הלכה אבל גם למנהג נותנים משקל.

**שות הרשב"א:** גם מנהג כמו תקנת קהל לא יכול לבטל איסורים. מנהג לעשות דבר אסור ודאי שאין לו תוקף. הדוגמא היא במנהג לשים את העיטורים של החג על ראשי ילדים. אומר שעקרונית היה רצוי שלא יהיה מנהג כזה כי השימוש הזה לא רצוי אבל בגלל שזה מנהג אני לא אמנע את זה.

**שו"ת הרשב"א ו, רנד:** מקרה אדם נישא ונולדה לו בת אך שתיה מתו כעבור זמן מה וכעת אב האישה תובע חזרה את הנדוניה (כסף שאיתו נכנסת האישה לנישואים) שנתן לה. לפי דיני ישראל הדבר לא יעבוד אך ישנו מנהג לפי הגויים שלפיו הלכו באותה תקופה. אומר הרשב"א שהוא מבין שבדר"כ תקנות חכמים מושפעות מתנאים ושיקוליים סביבתיים חברתיים וגם מנהגים זרים אך אומר הרשב"א שהוא **מוכן לקבל מנהיגים שדומים למנהג הזר אך לא מנהג שאומץ רק בגלל שהוא זר** ולא עקב הגיון שקיים בו. החכמים נמצאים במלחמה מתמדת בכדי לשמר את התרבות והדת היהודית וכן יותר קל לשמור על ההלכה לעומת על נושאים חברתיים משפטיים שבהם מתערבבים מנהגי הגויים במהלך היומיום.

מנהג סוחרים

**בבא מציעא עד ,א** **:** כדי שלעסקת מכר יהיה תוקף משפטי מלא יש צורך בטקס סימלי הנקרא מעשה קניין(הגבהה/ משיכה..) בנוסף לצורך בגמרות דעת. הסוגיה במסכת מדברת על מקרה של סחר ביין בו האדם שקנה את היין לא לוקח את הסחורה איתו כי לא יכול אלא רוצה לבוא מידי פעם לקחת חלק תוך הבטחה מהמוכר שהיין שהתקדמות העסקה (התשלום והנתינה של הסחורה) יעשו בהדרגה. בכדי להראות את ההבטחה הטקס היה שהקונה מטביע את חותמו בחביות היין. לא נעשה מעשה קניין לפי הדרישות שלו אך השאלה היא האם מעשה זה יחשב כתחליף למעשה קניין? התשובה היא שכן, אם המנהג המקומי הוא שטקס זה נחשב להשלמת העסקה והעברת הבעלות אז הדבר תקף.

**שולחן ערוך חושן משפט,רא** (ר' יוסף בן אברהם קארו, תורכיה, מאה 16): אם הפרטים סוכמו אך כעת רוצה אחד הצדדים לחזור בו, פורמאלית לא היה מעשה קניין פורמאלי אך התנהלות כזו לא מוסרית. בית הדין הרבני אומר שרשום בהלכה דבר הנקרא **קניין סיטונתא** בהקשר למנהג סוחרי היהלומים ולכן אומרים שההלכה מכירה במנהג סוחרים ולכן מכירה גם במנהג זה.

בדומה ישנו מקרה בו קנו בני זוג מכסף משותף אך נרשם הבית רק על אחד או מקרה בו נקנה הבית מכסף של אחד אך הרישום הוא ע"ש שניהם. מה יאמר בית הדין? לכאורה יכול לומר שהרישום לא משנה כי מה שחשוב הוא אם היה מעשה קניין. האם ההלכה מייחסת חשיבות לרישום? תשובה אפשרית היא שכן מכירה בו כמעין קניין סיטונתא – מנהג הנהוג בסחר מסוג זה ולכן מחייב.

שאלה נוספת היא האם מכירים במנהג האומר שאין צורך כלל במעשה קניין? שאלה חלוקה עליה לא נענה.

המנהג בכוחו לייצר נורמות על אף שישנן מחלוקות בין החכמים באיזה משקל. זה מתחבר במעמד של הציבור גם בתקנות- הכל צומח מלמטה- מהעם.

דינא דמלכותא דינא

הסיטואציה שבה אנחנו עוסקים היא סיטואציה שמבחינה הלכתית בתפיסה הבסיסית הוא מצב לא נורמלי ולא תקין שבו אין ריבונות לעם היהודי שמנהלת לפי ההלכה אלא העם נמצא תחת שלטון זר בין אם זה כעם ובין אם זה כקהילות ובאופן טבעי נוצרים מצבים שבהם יש התנגשות בין הדין הזר לבין הדין היהודי. גם במדינתנו מדובר במדינה שברובה יהודים אך השלטון שלה מבוסס על שלטון זר ולא על ההלכה. לא הגיוני שנדרוש מהאדם ללכת לפי ההלכה תמיד כאשר היא לא מחייבת את האנשים איתם עושה עסקים ביומיום. השאלה **היא האם ישנו משקל והכרה מסוימת בהלכה לדין הזר?** לדוגמה, המדינה מחייבת לשלם מס, בהנחה כי אדם מצליח להתחמק מתשלום המס בצורה ערמומית האם ההלכה אומרת כי ראוי שהאדם יתחמק מאחר ואין חובה הלכתית לשלם מס או שההלכה תגיד שהיא מכבדת את הסמכות השלטונית ואת הסמכות שלה להטיל חיוב מס וכשהיא מטילה חובה לשלם מס גם ההלכה אומרת שהאדם חייב לציית לחובה. השאלה היא **כיצד ההלכה מתייחסת לאותה מערכת חוקים?** יש לשים לב כי כלל לא מדובר על עניינים של איסור והיתר, ברור כי לו קיים חוק במדינה כלשהי שאומר שהיהודי חייב לחלל שבת או לאכול דבר אסור מנוקדת מבט הלכתית ההלכה לא תכיר בחוק הזה ואתה לא מחויב לחוק זה. אנו מדברים על מקרים אחרים אשר עוסקים במשפט פרטי.

**תלמוד בבלי נדרים כז,ב**: עוסקת בתשובה לאדם שרוצה להתחמק מהמס כי יאמר שזה תרומה אז אפשר להתחמק ממנה באמצעות נדר אך בגמרא רשום שיש לתת מס מאחר שדין המלכות דין- גם אם החובה באה מהדין הזר עדיין צריך לציית לה ויש לה סמכות. אך הגמרא אומרת רק במוכס העומד מאליו כלומר גובה מס שעושה כרצונו.

כך שעקרונית דין מלכות דין אך אם יש נסיבות מיוחדות של מוכס(גובה מס) שאין לו קצבה/ עומד מאליו- לוקח בצורה לא שוויונית אלא כמה שרוצה מכל אחד- הוא לא פועל כדין ולכן ניתן יהיה להתחמק ממנו.

**תלמוד בבלי בבא בתרא דף נה** – דינא דמלכותא דינא נאמר גם בהקשר דיני קניין של מקרקעין.

אם כך מובאים 2 הקשרים: דיני המס + דיני מקרקעין.

לאחר קביעת הדין דינא דמלכותא דינא יש לנסות להבין למה, הנימוק יכול להשפיע על היקף הכלל

הנימוקים האפשריים ומהן הנפקויות בין הנימוקים השונים:

1. **הר״ן**- המלך הוא **בעל הקרקע** ואם הוא בעל הקרקע הוא יכול להגיד את הכללים שלו. המלך הוא בעל הבית ומי שלא מקיים את הוראותיו הוא יגורש. לכן, **הדבר מוגבל רק למלך גוי** ולא למלך ישראל כי ארץ ישראל לא שייכת למלך ישראל אלא לעם ישראל. זוהי לא העמדה היחידה. וגם **הרא"ש** אומר שכמו שלאדם רגיל יש סמכות להכתיב איך לנהוג בקרקע שלו ככה גם המלך יכול בכל מי שחיי בקרקע עליה מולך.
2. **רשב"ם בבא בתרא נד,ב** - הביסוס הוא לא שהמלך הוא בעל הקרקע אלא אלה שיושבים שם מקבלים עליהם מרצונם את חוקי המלך **למען הסדר**. יש כציבור אינטרס לקבל את חוקיו וכלליו של המלך. לכן, הסיבה נובעת מכך שהעם **מרצונו** קיבל על עצמו את כללי המלך. הרשב״ם לא רואה את החוקים כמשהו שנכפה על העם אלא משהו שהוא קיבל על עצמו. לכאורה, הכלל חל גם בנוגע למלך ישראל.
3. **רמב"ם גזלה ואבדה ה,יח**- אומר משהו דומה אבל לא זהה לרשב״ם. ההיקף או תחום הסמכות של המלך יכול להיות יותר רחב ממה שהרשב״ם רואה. המשותף לרשב״ם ולרמב״ם זה יסוד ההסכמה, יש הבדל בין ההסכמה להיות עבד או להיות אזרח. הרמב״ם מדבר גם על הסכמה מצד אחד אבל לא להסכמה לחוקי המלך אלא על הסכמה להיות עבדים של המלך.
4. **הסבר שעולה מדבריו של רש״י**- מקשר את הכלל דינא דמלכותא דינא לסמכות של המלך במסגרת 7 מצוות בני נוח. המשנה (**מסכת גיטין**) מתייחסת למקרה ש-2 אנשים (אפילו אם שניהם יהודים) עשו ביניהם שטר אבל הם עשו את השטר לא לפי הסטנדרטים של ההלכה אלא לפי הכללים של הערכאות של הגויים. המשנה אומרת ששטר שתקף בערכאות גויים למרות שהעדים לא יהודים השטר יהיה כשר מאחר ודינא דמלכותא דינא. הוא מסביר את המושג ע״י 7 מצוות בני נוח- המצוות והכללים שיש בהלכה מחייבים יהודים בלבד ולא מחייבים גויים. התפיסה ההלכתית היא שאין לנו רצון או צורך בלכפות את ההלכה היהודית על הגויים. ישנן כן 7 מצוות אוניברסליות. המצוות הן איסור שפיכת דמים, גילוי עריות, עבודה זרה, ברכת השם (אסור לקלל את ה׳), גזל, איסור לאכול מבעל החיים בעודו בחיים (לא בהכרח שחיטה כשרה), מצוות דינים (=כל עם צריך להקים לעצמו מערכת משפט בין הפרטים בחברה במובן הרחב ובמובן המצומצם לפקח רק על שמירת שבע המצוות). אם כך השטר יכובד בגלל שכאשר אותו שלטון זר קבע דיני שטרות הם פעלו במסגרת הסמכות של התורה. פרט לשטר שהוא גט של אישה בו לא יתקבל השטר של הגויים מאחר שמדובר בדיני איסורים בהם לא מתקבלים דינא דמלכותא.

**גר תושב** יהודי שלא רוצה להיות יהודי אך מקבל על עצמו את 7 המצוות בכדי שיוכל להתגורר בתור תושב בארץ ישראל

1. **הסבר של רבינו ת״ם**- **שו"ת בעלי התוספות סימן יב**: הכלל דינא דמלכותא דינא הוא בעצם תקנת חכמים. החכמים אימצו כתקנה את הדין של המלך. עד עכשיו כל ההסברים היו מדוע אנחנו מכירים בסמכות של השלטון הזר לחוקק חוקים. רבינו ת״ם פנה לכיוון אחר ובאופן ישיר אמר כי אין לשלטון הזר סמכות לחוקק חוקים והדבר היחיד שמחייב את היהודים זו ההלכה-תקנת חכמים שלהם נתנה סמכות. החכמים בתקופתו של שמואל (מי שקבע את הכלל) התקינו תקנה שהם מאמצים את דין המלכות שקיים בימיהם וקובע שדין המלכות הוא דין. דין המכלות הוא דין לא בגלל הסמכות אלא מתוקף תקנת חכמים שאימצה אותו. דינא דמלכותא דינא זה רק מה שהיה נהוג בזמנו של שמואל בזמן התקנת התקנה. הנימוק הנ״ל מוגבל רק לתקופה ההיא לעומת הנימוקים הקודמים שמאפשרים להקשיב לדין המלך גם בימינו.

דעות בנוגע להגדרה של מהו מלך

**הרמב"ם "מלך שמטבעו (טבעו) יוצא באותן ארצות":** אחד מסימני הריבונות הוא מטבע. לפי הגרסה הנ״ל מקובל שהמלך מטביע את חותמו על המטבעות. אם המטבע מקובל באותה ארץ זה סימן שהם קיבלו על עצמם את מלכותו של המלך. אחד הסימנים לכך שהציבור מקבל את המלך כמלך היא העובדה שהוא משתמש באותן מטבעות שהמלך הנפיק עם סימנו. הרמב״ם אומר שכדי שנכיל את הכלל צריך לוודא שבאמת מדובר במלך אותן ארצות ושהם קיבלו אותו (משתמשים במטבעות שלו). אם לא משתמשים במטבעו של המלך לא נקשיב לחוקיו.

**שו"ת הרשב"א א תרלז-** מרחיב שזה לא צריך להיות דווקא מלך של מדינה אלא אפילו שליט של העיר (ראש עיר/ שר מקומי..).

**שו"ת המהרי"ק קצ"ד**- לא רק מלך אלא כל הדיוט יכול לפסוק ולקבוע חוקים בארצו. המשפט הזה אומר כי מלך הוא כל אחד שהוא בעל הקרקע (מסתמך על הר״ן). הוא מצטט גם את **הרשב״א** ואומר כי בכל מקרה מלך לא חייב להיות שליט על אלא גם לצורך העניין השר או המושל המקומי. (המלכות היא לאו דווקא מלכות אלא בעל הקרקע) נגזר הדבר **מהנימוק של הקרקע.**

**שו"ת מהרשד"ם חו"מ שנ** -לעומת המהרי״ק הוא מנסה לצמצם מעט את המלך בטענה כי מלך הוא מנהיג קבוע ולא מנהיג זמני.מתעוררות שאלות שונות, האם אדם שמנהיגותו קצובה לא יוגדר כמלך או משתמע כי מהרשד״ם מגדיר מלך כמלך קבוע- אדם שישלוט לכל ימיו (כמו מלכת אנגליה). כך או אחרת ברור מדבריו שכדי להיות מלך צריך להיות שלטון בעל יציבות, השאלה היא זמניותה של היציבות. מתיישב גם עם עניין הבעלות וגם עם עניין ההסכמה.

נסכם בדברי הרב **קוק** -**שו"ת משפט כהן (עניני א"י) סימן קמד,יד**- בזמנו של הרב קוק לא היו מלכים אלא שלטון נבחר. הוא שואל את השאלה האם מלך זה באמת דווקא מלך במובן המילולי או שמלך הוא תחליף למילה שלטון. הוא מתייחס לכך שמלך לא חייב להיות מלך וכשאין מלך התחליף הוא הציבור- עד שיתמנה מנהיג חדש. כל מי שמנהיג את האומה מוגדר כמלך. הכרנו בסמכות המלך בוודאי שנכיר בסמכות של שלטון אשר נבחר ע״י העם.

מה ביחס למלך ישראל?

כששמואל האמורא אמר את דבריו לפני אלפי שנה הוא לא ראה לנגד עיניו מציאות שבה יש שלטון ישראל שמתנהל עפ״י דין זר (לא עפ״י ההלכה). המציאות שבה אנחנו חיים היום מנקודת מבט ההלכה איננה מציאות טבעית. **האם הכלל דינא במלכותא דינא יחול גם על המלך בארץ ישראל?**

**הר"ן נדרים כז,ב** – אם הסמכות באה מבעלות הקרקע אז הדין לא תקף לגבי מלך ישראל כי הקרקע לא שייכת לו. בארץ ישראל ניתנה לכל עם ישראל והוא הריבון. היום אם נתבסס על כלל זה הדין גם לא יהיה תקף במדינות אחרות כי גם בהן (במדינות דמוקרטיות) הריבון הוא העם.

**רמב"ם גזלה ואבדה ה,יא** - לשיטת הרמב״ם גם מלך ישראל נכלל בכלל דינא דמלכותא דינא בניגוד לדברי הר״ן. הרמב״ם מבסס את הכלל על עניין ההסכמה- **לא בהכרח צריך להיות הבדל בין מלך ישראל למלך שאינו מישראל.**

מצוות מינוי מלך- ישנה מחלוקת כבר בתנאים **האם יש מצווה למנות מלך או שזו רשות**. העניין של מינוי מלך התעורר בזמנו של שמואל והמלך שאול. בספר שמואל מתוארת פנייה של עם ישראל לשמואל הנביא בבקשה למלך.

**שמואל א פרק ח**

(בפסוקים אלו מתוארת תשובתו של שמואל לעם, לאחר שאלו ביקשו שימנה להם מלך)

שמואל לא אוהב את הבקשה של עם ישראל כי הוא ראה את בניו ממשיכים אחריו כשופטים או כי מדובר במרידה בה׳ אך מסכים לשאול את ה'. ה׳ מסכים למלך אבל כשחזור שמואל לעם הוא אומר להם אבל שידעו שהמלך ייקח להם את הילדים (הבנים לעבודה והבנות עבודות בישול) ואת העבדים ואת השדות והכרמים... ואף אתם תהיו עבדים שלו (זה יהיה משפט המלך) - יעשה מה שהוא רוצה וה׳ לא יציל אותם מפניו. הוא רוצה להפחיד אותם על מנת שיחזרו מהבקשה אך זה לא קרה. מתעוררת השאלה באשר למטרת דבריו של שמואל אל העם- האם מה ששמואל מתאר בפני העם זה תיאור של סמכויות המלך לפי ההלכה או אומר להם פרקטית מה המלך יעשה. האם מדובר בפרשת סמכויות המלך או בהפחדה של העם? הסוגייה הבאה דנה בשאלה זו:

**בבלי סנהדרין כ,ב** [הגמרא דנה בפסוקים אותם ראינו לעיל בספר שמואל. בעקבות הסמכויות הנרחבות שלכאורה מוענקות למלך על פי תיאורו של שמואל, נחלקו האמוראים האם אכן מדובר בתיאור משקף של סמכויותיו של מלך ישראל, או שמא מדובר בניסיון של שמואל להפחיד את העם בתיאור פסימי כיצד עלול המלך לנצל לרעה את מעמדו]:

דעת האמורא שמואל (לא שמואל הנביא) היא שכל מה שכתוב הן סמכויות המלך- המלך הוא כל יכול, הרב אומר כי זאת לא הסמכות אלא הפרקטיקה העלולה להתקיים. הגמרא אומרת שזאת מחלוקת תנאים. לבסוף נפסק כי ישנה מחלוקת בנושא.

**מאירי נדרים כז,ב** (ר' מנחם בן שלמה המאירי, פרובנס, מאה 13- 14- ביחס לכלל של דינא דמלכותא דינא מביא התלבטות, את העמדות השונות לגבי איך הכלל מתפרש בישראל אבל אומר כי השורה התחתונה היא שאנחנו כלל לא נדרשים לכך. אנחנו יודעים לפי ספר שמואל את הסמכויות של מלך ישראל -שיכול לעשות מה שרוצה ואין צורך בכלל דינא דמלכותא דינא- יש למלך סמכות לעשות כל מה שהוא רוצה. יש לציין כי עדיין יש מחלוקת בשאלה מי נחשב כיום "מלך" בישראל העכשווית לפי הפירוש של שמואל כי לא ניתן לממש סמכות מכוח זה כיום.

אמירה כללית

כלל דינא במלכותא דינא במקורו נועד לפתור את הבעיה של שלטון זר בגלות ונובע מהמתח בין הצורך להתנהל בתקינות בחברה בה אתה חיי לבין הרצון לשמר את ההלכה היהודית כהלכה תקפה ורלוונטית גם מהיבטה המשפטי (דיני ממונות) לא רק דתי. ההלכה אינה כוללת רק סוגיות דתיות אלא מתיימרת להיות מערכת חיים כוללת.

מהו דין לצורך הכלל הנ״ל?

ביחס לאלו כללים יכול הכלל דינא דמלכותא דינא כשהוא חל, בין אם בשלטון זר ובין אם בשלטון ישראלי. ברור שאם מדובר בחוק שהוא חוק לא שוויוני כמו מוכס שאין לו קצבה- הכלל לא רלוונטי.

**שו"ת תשב"ץ א,קנח** (ר' שמעון בן צמח דוריאן, צ. אפריקה, מאה 14): אם המלך קובע כלל שאינו חל באופן שוויוני על כלל האזרחים הוא אינו דין. יש לשים לב כי חוקי המס הם חוקים שוויוניים במהותם מאחר שזהו דין כללי לפי מבחנים שקובעים כמה כל אחד צריך לשלם לפי הנסיבות (ולכן כל איד משלם שונה- לא מתוך אפליה)

גם הרמב״ם אומר דבר דומה

**רמב"ם גזלה ואבדה ה,יד** (ר' משה בן מיימון, ספרד,צ. אפריקה,א"י,מצרים, מאה 12): אמרנו שאפשר להתחמק ממס לפי המשנה רק כאשר יש חוק אישי פרסונלי שצריך להיות שוויוני אך אינונו כך.

יכולים להיות חוקים שוויוניים אבל לא על כולם יכול הכלל

**רמ"א , חושן משפט סימן שסט,ח** (הגהות והוספות לשו"ע, משה בן ישראל איסרליש, פולין, מאה 16): לפי השולחן ערוך מלך שפעל שלא על פי דין המדינה הוא גזלן. **הרמ״א** מוסיף עליו ואומר שיש הסבורים שלא אומרים דינא דמלכותא דינא אלא במקרים שקשורים במיסים ומכסים התלויים בקרקע כי אתה יכול להכתיב חוקים בקרקע שלך אך ישנה הגבלה רק לדברים שתלויים בקרקע.- נימוק לפי הרן המלך בעל הקרקע. אבל מצד שני יש כאלה שחושבים שיש להנחיל את הכלל תמיד כי הייתה הסכמה כללית לקבל את דין המלך בכדי שיהיה סדר- נימוק לפי הסכמה.

יש עוד מגבלה המופיעה בדברי הרמ״א המתייחסת לנושא אחר

**רמ"א שסט,יא** (הגהות והוספות לשו"ע, משה בן ישראל איסרליש, פולין, מאה 16: מדובר על מקרה שכבר התייחסנו אליו, לפי דין תורה אם אישה מתה בעלה יורש אותה. במקרים של ירושת אישה (לאבא או לבעל) הכלל לא חל בגלל שהכלל חל במקומות שלמלך או לכלל המדינה יש תועלת ישירה מהם. למלך לא אכפת אם הרכוש יישאר אצל הבעל או אצל האבא. וויכוח בין 2 אנשים פרטיים לא חל לגבי דינא דמלכותא דינא. מתיישב עם הרעיון שהכלל נועד להיות חלק ממה שהמלך מכתיב כחלק מבעלותו ולכן הכלל יחול רק על מה שמעניין אותו- רק מה שממנו יכול להפיק תועלת. לפי ההסבר הזה הרמ״א מרחיב קצת יותר את הרעיון שדובר קודם לכן- לא רק מיסוי ומקרקעין אלא כל דבר שיש למלך תועלת ישירה ממנו. הנימוק הוא שאם נגיד דינא דמלכותא דינא בכל עניין יתאפשר למחוק את דין ישראל. **ראינו שהרמ"א הסכים בנושא של ירושת אישה לקבל תנאי מכללא רק אם התנאי לא אומר לקבל דין זר ולקבל מנהג זר אם לא מאמצים אותו רק בגלל שהוא זר וכן לקבל דינא במלכותא דינא רק במקרים שיש למלך תועלת מהם.** אם אתה מקבל גם במקרים כאלה את דין המלכות ומעצים את התכולה של הכלל, אתה מקטין ומצמצם את תכולת ההלכה בהקשר של דיני הממונות.

מגבלה נוספת ישנה במקור הזה

**מגיד משנה גזילה ואבידה ה,יג** (פירוש על המשנה תורה לרמב"ם, חיים ווידאל די טוליסה, ספרד, מאה 14): אם בא המלך לעשות דין חדש למרות שהוא שוויוני אך לא היה קיים עד עכשיו, הכלל יחול רק אם החוק היה קיים אצל מלכים קודמים- מתקשר לנימוק של רבינו ת״ם- חל רק על כללים שהיו נהוגים בתקופת שמואל והתקבלו בתור תקנה.החכמים דיברו רק על מה שהיה הדין של המלך בזמן שתיקנו את התקנה ולא רלוונטי למה שקורה מאוחר יותר. אבל אם נבסס את הכלל על הסכמה כללית כמו שאמר הרמב"ם כן יהיה תוקף לכלל בתקופה מאוחרת ושונה.

מגבלה נוספת, הכי חשובה

**ש"ך חושן משפט עג** (פירוש על השו"ע חו"מ ויו"ד, ר' שבתאי בן ר' מאיר כהן, ליטא, מאה 17): משכון- הלוואה שכנגדה ניתן חפץ לפיקדון. אם במועד הפריעון החוב לא מוחזר מוכרים את החפץ לצורך פירעון החוב. השאלה היא כמה זמן אדם צריך להמתין ממועד הפירעון ועד מועד מכירת החפץ (מכירת החפץ צריכה להיעשות באישור של בית דין- כדי להבטיח שהמחיר אמיתי). הכלל בהלכה הוא 30 יום (עקרונית). הש״ך מדבר על מציאות שבה דין המלכות היה שנה, העיקרון הוא לפגוע כמה שפחות בחייב. תמיד צריך לנסות לאזן בין שמירה על אינטרסים של החייב לבין המלווה. האם במקרה כזה אומרים דינא דמלכותא דינא או שמאמצים את ההלכה? הש״ך מתייחס לשאלה זו באמצעות דברי הרמ״ש לכך שיש להיצמד לכלל דינא דמלכותא דינא, גם אם נתפסות השיטות המרחיבות ביותר שלא מגבילות את הכלל, מה שכולל גם יחסים בין אדם לחברו, דין המלכות לא יהיה תקף כשהוא סותר את דין התורה (גם מי שמגביל את הכלל וגם מי שלא אומר שלא יהיה קיים אם סותר דין תורה- הלכה ברורה). אם יש הלכה ברורה שהמשכון נמכר לאחר 30 יום לא יתכן כי יאומץ דין מלכות הקובע שנה. במידה וההלכה לא הייתה קובעת מתי מוכרים משכון, אפשר לאמץ את דין המלכות. במקום שבו יש אמירה הלכתית מפורשת, לא יעלה על הדעת לאמץ דינא דמלכותא מאחר ואימוץ דין מלכות גם בעניינים שבהם ההלכה מתייחסת- המשמעות המעשית היא ביטול ההלכה. האמירה הזו של הש״ך כמו שהוא אומר אותה לא נאמרה לפניו אבל חוזרים עליה הרבה אחריו. לא שאף פעם לא דנו בשאלת דינא דמלכותא גם במקום שזה מתנגש עם דין תורה אבל החשש הזה תמיד עומד לעיניי הפוסקים וזה עוצר אותם מלתת צ׳ק פתוח לדינא דמלכותא דינא.

במציאות של היום לגבי מדינה שבעיקרה היא מדינה יהודית והיא מתנהל לפי דין זר, מתעוררת השאלה איך ההלכה מתייחסת לתופעה זו? מלכתחילה, באופן הצהרתי, כל הפוסקים טוענים כי מדינת ישראל צריכה להיות מדינת הלכה. המציאות היא לא כזו. מדינת ישראל לא מתנהלת לפי ההלכה (דיני ממונות). כיום אין באמת סתירה מאחר ואף אחד לא כופה לחלל את השבת או אוסר לשבת בסוכה בסוכות (כנ״ל לגבי החיוב). אם אדם רוצה לקיים את ההלכה אין מניעה. ישנה התלבטות האם לאמץ את הכלל בבתי הדין הרבניים או לא.

לו יצויר שמדינת ישראל תחוקק חוק שמחייב אדם לחייב מעשה שלפי ההלכה הוא עבירה (אדם חייב לאכול כל בוקר חזיר או לחלל שבת) הדבר מתנגש עם ההלכה ואדם המחויב להלכה לא היה מקיים את החוק הזה אבל אנחנו לא שם ואין לנו בהקשר הזה התנגשות בין הוראה מחייבת של החוק המחייבת לעבור על איסור ולכן אין צורך לדון בשאלה זו.

מה שכן, יש לנו מערכת של משפט פרטי (דיני ממונות של ההלכה) המסדירה את היחסים בין פרטים בחברה (הלוואות, משכון, עבודה, חוזים ועוד) והמערכת הזו שונה מהמערכת ההלכתית. מבחינת דין המדינה, על פי רוב, המדינה מאפשרת לנו כאנשים פרטיים לפתור סכסוכים גם מחוץ לביהמ״ש לרבות בתי דין הדנים על פי ההלכה (בהגדרה החוקית הם מוסד בוררות). לכן לפי דין המדינה לא נעשה שום דבר אסור אם אדם מחליט לפתור סכסוך לפי ההלכה. השאלה שאנחנו מתמודדים איתה כרגע היא השאלה האם בבואנו לדון בסכסוך בין 2 אנשים במוסד הדן לפי ההלכה- האם אותו מוסד ייתן משקל לדין המדינה. לדוגמה, 2 אנשים שהסכימו להתדיין בבוררות עפ״י ההלכה בנוגע לדיני עבודה. **האם אותו בית דין לא ימצא זכר לזכות הנידונה ולכן התביעה נדחית או שבנסיבות מסוימות יאמר אותו בית דין שלפי דיני העבודה העובד לא זכאי לזכות אבל ההלכה מאמצת בהקשר הזה את הזכות החוקית של מדינת ישראל**?

מה יחליט בית הדין ההלכתי שאליו הלכנו לבוררות? אפשרות אחת שיאמר שלא מוצא משהו בנושא שאומר אחרת בשולחן ערוך (בהלכה) או שיאמר שככה אמרה המדינה ולכן צריך לעשות זאת- למה?

כיצד יוכל אותו בית דין של ההלכה להחליט שהוא מאמץ את דין המדינה?

דרך אחת, ע״י **דינא דמלכותא דינא**- האם חל במלך ישראל, לפי התחומים (הנאת המלך/מיסים וכו). בנוסף, הדבר נוגע להשקפת עולמו, אם בעיניו מדינת ישראל היא דבר חיובי וערך דתי יהיה לו יותר קל לאמץ את הדין לעומת זאת דיין שרואה את מדינת ישראל כתופעה לא חיובית יתקשה לקבל את דין המלכות.

דרך שנייה שמכוחה ניתן לאמץ את דין המדינה בהקשרים שונים היא באמצעות ״**תקנת הקהל**״- הקהל יקבל על עצמו תקנות מכוח הסכמה. הדבר לא מעשי במדינת ישראל אבל לפי הרשב״א הדבר לא חייב להיות לפי כל הקהל אלא ע״י נציגיו. האם ניתן לראות בשלטון הנבחר (חברי הכנסת) מעין נציגי הציבור ומתוקף כך לראות את התקנה שלהם תקנת קהל ומתוקף כך לאמץ אותה לתוך ההלכה. הדבר חשוב טרמינולוגית- החיוב הוא מכוח החוק אבל לא בגלל היותו חוק אלא בגלל שההלכה מחייבת מתוקף אימוץ החוק.

הדבר לא נקי מקשיים בגלל הדיון האם תקנת קהל יכולה לסתור דין תורה והצורך באישור של אדם חשוב.

דרך שלישית, שלפי דעת הפוסקים כיום היא הנוחה ביותר- **המנהג**. הפוסק יקבע כי הזכות המדוברת אומנם לא אפשרית לפי שאר הדרכים באמצעותו להשתמש במנהג. לדוגמה, יש מנהג רווח במדינת ישראל שלפיו עובד זכאי לזכות המדוברת ואם כך הפוסק יכול להגיד כי המנהג הנ״ל מחייב מבחינה הלכתית ולכן גם לפי דין ההלכה העובד זכאי לזכות. הדבר בעייתי מאחר והמנהג נוצר ע״י חוק שחוקק ע״י הכנסת בעוד המנהג אמור לצמוח מלמטה. האופציה הנ״ל נוחה יותר כי גם אותם פוסקים שיותר קשה להם לפסוק לפי דינא דמלכותא דינא או לפי תקנת קהל מאחר והמשמעות היא אימוץ הדין של הכנסת. מכוח מנהג קל יותר לא להכיר בסמכות של הכנסת ועדיין להביא לתוצאה הרצויה. ההכרה היא עקיפה ולא ישירה. הכנסת לא היא זו שמעניינת את הפוסק אלא ההתנהגות של הציבור. ישנן **נפקויות**- ישנם הרבה פסקי דין רבניים העוסקים בשאלה של זכויות עובדים (בעיקר עובדות) בגנים של ״אגודת ישראל״. מסתבר כי לאורך שנים רבות בגנים הללו (על אף שהם מתוקצבים ע״י המדינה) הגננות קיבלו תנאי עבודה נחותים מתנאי עבודה בגנים אחרים. היו שורה של מקרים בהם הגננות הגישו תביעה נגד הרשת, אך מאחר והן לא יכולות להגיש את התביעה בבית משפט אזרחי (ערכאות גויים) הן מגישות את התביעה בבית דין שדן לפי ההלכה. אותו בית דין יכול להגיד להן כי בשולחן ערוך לא כתוב כלום בנושא. אחד מחשובי הדיינים(הרב שרמן) היה מוכן לאמץ את הזכויות של העובדים מכוח המנהג אבל ישנה בעיה- יש להתייחס לקהל של אותו מנהג, אומנם ישנו מנהג אבל הוא לא רווח אצל הגננות בגנים של ״אגודת ישראל״ ועל כן הגננות לא זכאיות לזכויותיהן. יחד עם זאת ישנה בעיה עם המנהג מאחר והדבר מאפשר לאמץ מנהג של עבירת עבירה. נקודת חולשה נוספת של המנהג היא שיידרש זמן לאמץ אותו לאחר שהחוק התקבל. מה שלא צריך אם מדובר בדינא דמלכותא דינא כי חוק קובע גם אם הרוב מתנגד אליו או לא פועל לפיו.

כעת נתייחס למשפט הפלילי

במשפט הפלילי ישנו דין המלך- הוראות שהחוק אומר לך מה מותר ומה אסור לעשות והענישה בגין המעבר על איסורים אלו. יש דבר דומה גם במשפט העברי, למשל ישנו איסור לרצוח ומי שרוצח עונשו מיתה וכו׳. ישנן עבירות שהעונש בגינן הוא מלקות. ישנן עבירות שהעונש הוא תוצאה ממונית כמו קנס וישנה תופעה שאנחנו לא מכירים בשיטת המשפט היום שהן עבירות שאין בגינן ענישה בבית דין ארצי (העונש יהיה ע״י שמיים ולא ע״י בני אדם). למרות שמאפיינים האלה של עבירות ועונשים קיימים גם בהלכה, בפועל כשבאים לבחון האם הדבר פרקטי מבחינה יישומית מגלים שלא בגלל סיבות רבות (ההגבלות הרבות על עונשים לפי הסנהדרין ומגבלות מי נחשב עד...)

למרות שיש ענישה בתורה היא בפועל כמעט ולא ניתנת ליישום גם כשהיה בית מקדש.

הבעיה בכך היא שקשה לקיים כך חברה- אפקט ההרתעה נעלם. יחד עם זאת אדם שרואה את עצמו מחויב למערכת דתית יקיים אותה בלי קשר לעונש (מאמין שיש ענישה בידי שמים) אך בחברה אזרחית רגילה אבל היא עדיין לא מספיק מרתיעה.

אם כך מהו התחליף? לצורך כך ישנו דין המלך:

**רמב"ם** אומר שלמלך יש רשות להרוג גם מי שלפי דין תורה לא חייב במוות. אם המלך חושב שהמקרה הנ״ל ראוי לעונש מוות הוא רשאי לתת אותו.

**פה פחות ישנה בעיה כי מתקבל דין מלך כך שעיקר הבעייתיות היא בדיני ממונות.**

משפט ומוסר- עשיית הישר והטוב

המטרה שלנו איננה לדון בשאלה הפילוסופית אלא בפן מסוים של חיובים ממוניים מוסריים. חיוב משפטי הוא חיוב אכיף בעוד שחיוב מוסרי איננו אכיף ברמה משפטית. **ע"א 350/77 כיתן נ' וייס**- עוסק בתביעה נזיקית נגד חברת כיתן כאשר בזמנו היא הייתה חברה מרכזית במשק. התביעה נדחתה במחוזי ומוגש ערעור לעליון. בעליון השופטים מנסים להביא לפשרה. לאחר השיחה החברה מסכימה אבל המשפחה מסרבת לפשרה. מי שכותב את הפסד הוא **השופט אלון**. הוא מנתח את השאלה הנזיקית ומגיע למסקנה כי המחוזי צדק. אחרי שהשופט אלון כותב את דעתו הוא מוסיף שלמרות שעל פי דין הוא דוחה את התביעה הוא מבקש מהחברה לשלם את הסכום במסגרת הפשרה- משפחה קשת יום מול חברה חזקה במשק. הוא מביא מקורות מהמשפט העברי לחזק את טענותיו. **השופט שמגר** אומר כי הוא מסכים עם דבריו של השופט אלון מבחינה נזיקית אך הוא לא מסכים בנוגע לבקשה הנוספת מאחר וזהו לא תפקיד ביהמ״ש- תפקידו לעשות דין ועל כן שיקולים מלפנים משורת הדין סותרים זאת. במשפט העברי ברור שהשיקולים האלה הם שיקולים נוכחיים- קבלת תוצאה צודקת. ביהמ״ש בארץ רוצה להגיע להחלטה צודקת אבל בעזרת הכלים של הדין.

אלון- אפשר להפעיל שיקולים של צדקה.

שמגר- אי אפשר להפעיל שיקולים של צדקה.

**בנושא זה נדון איפה השיקולים המוסריים באים בתוך השיקולים והחקיקה המשפטית.** מאחר ולא כל שיקול מוסרי וחובה מוסרית היא חובה משפטית למרות שיש שאיפה שכל חיוב משפטי יהיה מוסרי.

המקור הבסיסי לעניין הזה הוא פרשנות של הרמב״ן לספר דברים

**דברים פרק ו**

**(יז) שָׁמוֹר תִּשְׁמְרוּן אֶת מִצְוֹת יְדֹוָד אֱלֹהֵיכֶם וְעֵדֹתָיו וְחֻקָּיו אֲשֶׁר צִוָּךְ(יח) וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי יְדֹוָד לְמַעַן יִיטַב לָךְ וּבָאתָ וְיָרַשְׁתָּ אֶת הָאָרֶץ הַטֹּבָה אֲשֶׁר נִשְׁבַּע יְדֹוָד לַאֲבֹתֶיךָ:**

צמד הפסוקים מעורר קושי- הפסוק הראשון אומר לשמור את המצוות והחוקים, הפסוק השני מוסיף משהו נוסף- יש לעשות את הטוב בעיניי השם כדי לרשת את הארץ. על פניו לעשות את הישר והטוב- לעשות את מה שהאל ציווה, אבל זה כבר כתוב בפסוק הקודם. מהי המשמעות של הישר והטוב? התורה לא סתם חוזרת על עצמה על מנת להדגיש משהו לכן ישנה משמעות נוספת מעבר למה שכתוב בפסוק הקודם.

**רמב"ן דברים ו,יח**: הרמב״ן אומר על כך שהדרש הוא שעשייה הישר והטוב היא פשרה מלפנים משורת הדין. יש שורה של מצוות שאותן צריך לקיים כי זה מה שאומר החוק מעל כל אותם ציווים מרחף סעיף סל שאומר כי הלאקונות יושלמו באמצעות עקרון עשיית הישר והטוב. התורה ציותה על שורה של הוראות בין אדם לחברו אבל היא לא נתנה מענה לכל סיטואציה ועל האדם לנסות לחשוב מהו הישר והטוב וכך לנהוג. הבעיה בציווי כללי כזה היא עמימותו, מעין מושג שסתום. ישנם הרבה תחומים בהם ניתן להתווכח על צדקת המעשה. לפי הרמב״ן אי אפשר לכתוב את כל האיסורים. הכוונה של הרמב״ן היא כנראה שהדבר ״לא נכון״ כי החיים הם דינמיים (משתנים) ועל כן יהיה לא נכון לכתוב את האיסורים. הדבר יצור הרבה פחות גמישות. **הקושי אם כך לא טכני אלא מהותי- בכוונה ניתן רווח פתוח לתמרון וגמישות.** כך שיש לעשות את הישר והטוב בעיניך גם כאשר אי עשייתם לא יחשבו עבירה פורמלית. לדוגמה, ישנה תקנה של חכמים המבוססת על עשיית הישר והטוב- **דינא דבר מצרא**.

מקור נוסף של הרמב״ן המביע רעיון דומה ביחס למצוות בין אדם למקום

**ויקרא פרק יט"...(ב) דַּבֵּר אֶל כָּל עֲדַת בְּנֵי יִשְׂרָאֵל וְאָמַרְתָּ אֲלֵהֶם קְדֹשִׁים תִּהְיוּ כִּי קָדוֹשׁ אֲנִי יְדֹוָד אֱלֹהֵיכֶ.." :**יש ציווי להיות קדוש אבל מהי המשמעות של להיות קדושים? הרמב״ן נותן פירוש דומה ביחס למקור הקודם. בדרך כלל חז״ל מזהים את המושג קדושה עם פרישות (=להימנע מלעשות כל מיני פעולות). הרמב״ם מצטט את **רש״י** ביחס לאיסורי עריות, אם יש בתורה סמיכות של שני עניינים, הדבר מלמד על קשר בין השניים. פרק לפני הקדושים מדובר על איסורי עריות. על כן הדרך להיות זהיר היא להיזהר ביחס לעריות. **הרמב״ן** מעדיף לתת **פרשנות אחרת**- **יש דברים שהתורה אמרה לא לעשות, גם בתוך מה שמותר עדיין אדם צריך לשים לעצמו מגבלות**.- אם לא ישים לעצמו מגבלות כשצריך ייחשב "כנבל ברשות התורה". מותר לשתות יין השאלה היא כמה. אומנם מותר להתמכר לאלכוהול (מבחינת החוק) או לדבר בצורה לא נאותה אבל מדובר על מתיחה של גבול המותר עד הסוף. פורמאלית אדם מכור לא ״נתפס״ בשום דבר ועדיין התנהגותו איננה מייצרת מסביבו קדושה. קדוש=לשים על עצמך מגבלות גם במה שמותר. הרמב״ן לא קובע את המגבלות אלא נותן עיקרון על.

עשיית הישר והטוב- בין האדם לחברו

קדושים תהיו- בין האדם למקום

בפועל, בשני המקורות מדובר על רעיון דומה- על אף שיש הוראות פורמאליות ישנו גם עיקרון על.

את ההתמקדות בעשיית הישר והטוב נעשה ב-3 רמות העולות מתוך דבריו של הרמב״ן

1. **תקנות חכמים**- מופנה לחכמים כמתקיני תקנות. החכמים מתקינים תקנות שבעיניהם מגשימות את העיקרון של עשיית הישר והטוב. ברמה הזאת הדבר חוצה את הרף והופך ממוסרי למשפטי מאחר והדבר נקבע ע״י חכמים.
2. **בית הדין**- מהם הכלים של בית הדין לצורך הגשמת הרעיון (לפני משורת הדין + חיוב בידי שמיים)
3. **האדם הפרטי**- גם בהקשר הזה נראה שהדין מתערב אבל לא כופה (מידת החסידות).

חכמים כמתקיני תקנות

**דוגמה 1-**

דוגמה שראינו בדבריו של הרמב״ן ״**דינא דבר מצרא**״ (=דינו של בן הגבול) מזכיר את המינוח של ״זכות קדימה״- בהנחה כי לפלוני יש קרקע והוא רוצה למכור אותה, האם לשכן תהיה זכות קדימה לרכוש את הקרקע. נניח כי המחיר של הקרקע הוא 100 וזהו המחיר המוצע בשוק. פלוני יכול להציע את הקרקע לשכן ב-110 והוא יסכים לקנות אותה כי עבורו יש לקרקע ערך מוסף. השאלה היא האם ניתן לגבות סכום גבוה יותר עבור ״ערך נוסף״ ולנצל את השכן או שלא ניתן ״לעשוק״ את השכן. בחוק הישראלי עד שנת 69׳ הייתה זכות קדימה רחבה יחסית. במעמד חיקוק חוק המקרקעין הזכות בוטלה (למעט מקרים בודדים) מאחר והתפיסה הייתה כי חלק מהגדרת הבעלות היא היכולת של הבעלים להעביר את הנכס כרצונו. הגבלה של ההעברה פוגעת בזכות הבעלות. במשפט העברי גם כן הייתה התפתחות אבל במקור כן הוצעה זכות קדימה כזו כי באופן כללי המשפט העברי לא נבהל מתפיסת הבעלות. בתפיסה הדתית אדם הוא לא בעלים על הקרקע אלא אלוהים.

**תלמוד בבלי בבא מציעא קח, א-ב:** הסיטואציה היא שאין יחסי שכנות רגילים אלא על מקרה ספציפי של שותפים כאשר אדם מסוים מחזיק בקרקע ביניהם. כל עוד הוא הבעלים לא ניתן להוציא אותו מהקרקע שלו, אם הוא מחליט למכור את הקרקע מתעוררת השאלה האם יש זכות קדימה לאותם שותפים. התשובה היא שאדם שקונה את הקרקע ולא מאפשר לשותפים לקנות אותה קודם לכן הוא חצוף (=לא מוסרי) אבל לא ניתן לגרש אותו משם. מבחינה משפטית אין זכות אבל מבחינה מוסרית כן. לפי דעת **הרב יהודה** בשם רב אין זכות קדימה משפטית אפילו לא בסיטואציה מיוחדת של שותפים, אבל יש זכות מוסרית.

**הרב נחמן** מביא עמדה אחרת- במקרה המיוחד הזה דעתו היא שיש זכות קדימה משפטית ולא רק מוסרית. ניתן לסלקו מהקרקע והוא יקבל פיצוי על מה שהוא שילם. במקרה של שכן רגיל, השכן לא יכול לבוא בטענה משפטית של זכות קדימה.

הדעה השלישית גם נפסקה להלכה- **חכמי נהרדעי**- יש זכות קדימה משפטית גם ביחסי שכנות רגילים. הנימוק הוא שישנו ציווי על לעשות את הישר והטוב וזהו הביטוי לכך.

למה זה נחשב עשית ישר והטוב? כיוון שהתפיסה כי שהמוכר ממילא מכר את הקרקע (מה אכפת לו מי קנה?), הקונה בעל כסף, יקנה ויכול לקנות בכל מקום. השכן הגובל יוכל להרוויח מהקרקע ערך שצד ג' לא יוכל להרוויח ממנו, רק השכן הגובל רק בשכנות ורק הוא יוכל להנות מלהגדיל את הבית שלי שבנוי כבר בשטח הגובל. ההלכה נפסקה לכדי הדעה השלישית.

מתעוררת שאלה, מדוע לפעול בדרך עקומה זו? אם הדבר היה נכון להיום, היינו דורשים מהמוכר אישור כי השכן מסרב לרכוש את הנכס. כאן, קודם מוציאים את הרוכש ואז מוכרים לשכנים.

יש לכך מס׳ תשובות:

1. **דרך אמיתית לבחון מהו שווי הקרקע**- אם מוכרים אותו לצד ג׳ על סך 100 השכן לא יכול להתווכח עם הבעלים מהי עלות הקרקע.
2. **בא להתגבר על גמירת דעת**- אי אפשר להכריח אדם למכור, אם אין גמירת דעת ישנה בעיה, העקיפה האפשרית היא שליחות מכוח החוק. פעולה משפטית אפשר לבצע באמצעות שליח- לקנות באמצעות שלוח את הנכס. שליחות אומרת שהשולח ממנה את השליח לעשות בעבורו. ישנה כאן שליחות מכוח החוק- אותו צד ג׳ רכש את הקרקע מהמוכר אנחנו רואים את צד ג׳ כאילו הוא שלוח של השכן וכאילו הוא קנה זאת בעבורו.

נקודה חשובה נוספת

הרעיון שעומד מאחורי הכלל הזה של חכמים היא שהכלל מותנה בכך שהדבר מהווה באמת את הישר והטוב. במקרה שבו שכן שנהנה מתועלת בלי שזה פוגע באף אדם אחר, גם המוכר וגם השכן נהנים. אם התועלת הזו של הישר והטוב לשכן יכולה או עלולה לגרום נזק לצדדים האחרים הכלל לא יחול.

בנתינת קרקע במתנה או בירושה לא ניתן לפנות את המקבל כי לא כל יום אדם יורש או מקבל מתנה, בנסיבות כאלה הפעלת זכות הקדימה תפגע ביורש או במקבל המתנה (ערך סנטימנטלי).

לדוגמה, אדם שמוכר את **כל** שדותיו לאחר כעסקת חבילה. אם יבוא שכן של קרקע טובה ויבקש זכות קדימה הקונה יבקש לבטל את כל העסקה בגלל הקרקע הטובה. פירוק החבילה לא שווה לקונה. בסיטואציה כזו (מכירת מס׳ שדות לקונה אחד) מכירת הקרקע לשכן תפגע במוכר. במכירה של מס׳ קרקעות בעסקה אחת אין זכות קדימה.

**טור חושן משפט סימן קעה:** חוזר שוב שכאשר המוכר נפגע לא חל דינא דבר מצרא.

**דוגמה 2-**

שומא הדר

תמיד צריך לבחון האם יש פה עשיית הישר והטוב לשכן, אם עשיית הישר והטוב יכולה לפגוע באחד הצדדים לא תתקיים זכות הקדימה. זכות הקדימה היא דוגמא לתקנה שמתקינים חכמים שמבוססת על עקרון הישר והטוב. אם במועד הפירעון ללווה אין כסף יכול המלווה להיפרע מנכסי החייב. כל נכסי החייב משועבדים לחוב. כמובן הכל במגבלות על מנת לא להשאיר את האדם ללא אוכל או קורת גג.

תקנה שתיקנו חכמים מכוח עשיית הישר והטוב.

**מסכת בבא מציעא לה, א:** אם הבנק שיעבד את הנכס ובינתיים הוא נפרע, אין ללווה כיצד להחזיר. האם הבנק יכול לקחת מהמוכר את הקרקע או שזכותו גוברת? במקרקעין ישנו רישום, כדי שהשעבוד יגבר צריך שהשעבוד יהיה מפורסם- אם יבוא קונה תם לב, אם הוא יבדוק ברישום הוא יוכל לראות שהוא משועבד. המלווה צריך לדאוג לפרסם את השעבוד (כיום בלשכת רישום המקרקעין). הקונה שבא לרכוש את הנכס יכול לבדוק ולראות שהנכס משועבד. מי שמחליט לקנות אותו בכל זאת הוא לוקח סיכון. זכותו של הבנק גוברת על קנייה מאוחרת יותר במידה והבנק דאג לרישום. בהלכה, יש משהו דומה- אדם שלווה מקרקעין אוטומטית נכסי המקרקעין שלו משתעבדים למלווה. השעבוד הרגיל חל בכל הלוואה שנעשתה בשטר (כנגד ההלוואה ישנו שטר חוב עם עדים). **אם נכתב שטר חוב עם עדים**, והגיע מועד הפירעון, לחייב אין ממה לשלם, יוכל המלווה לחזור לקונים שקנו את הנכסים מהחייב ולגבות את הנכס- זכותו של המשעבד גוברת. בעת רישום השטר אוטומטית הנכסים השתעבדו. כך שמי ש״ירדוף״ אחרי המוכר הוא קונה הנכס ולא המלווה. הדבר נובע מהסוגייה בתלמוד- מלווה בשטר יש לו קול (קול פרסום), הלוואה בשטר מפורסמת. בזמנו לא כולם ידעו לכתוב, היו הולכים לסופר והוא היה כותב את השטר. סופר העיר הוא מעין לשכת מקרקעין ניתן לבדוק אצלו האם הנכס משועבד או לא. יש דרך לקונה לברר האם הנכס שהוא עומד לקנות חל עליו שיעבוד. להלוואה בעל פה אין פרסום.

דוגמה- הייתה הלוואה ביום ראשון ויש למלווה כמה נכסים, כל יום במהלך השבוע הוא מכר את נכסיו ואז הגיע מועד הפירעון. המלווה ילך לקונה האחרון. הקונה הראשון יוכל להגיד לו שהוא בדק ומצא בבדיקה שלו שהלווה חייב 1000 שח אז הוא השאיר לו מספיק נכסים כדי שיהיה לו ממה לגבות, כנ״ל הקונה השני. הקונה האחרון כבר לא יוכל לומר את זה לכן הפנייה תהיה קודם כל לקונה האחרון. **הסדר תמיד יהיה מהקונה האחרון לקונה הראשון**.

אם הגענו לסיטואציה שבה המלווה ״טורף״ קרקע (=מימש את השעבוד), אם יש נכסים לחייב הוא גובה את הנכסים אם אין נכסים הוא מחפש את הנכסים שנמכרו, ובהנחה והנכסים נמכרו לאחר השעבוד הוא גובה מהקונה. התהליך הזה מצריך פנייה לבית הדין. כשבא המלווה לבית הדין ומראה את שטר החוב מביאים את הלווה והוא מודה אבל אומר שאין לו כסף. בית הדין יגיד למלווה שיש שעבוד על המלווה לטרוח וללכת להוציא תמונת נכסים, עליו לצייר ״**שטר חיפוש נכסים**״ לבית הדין. לאחר הצגת הנכסים, מוציא בית הדין הוראה נוספת- ״**שטר אדרכתא**״ (=שטר דריכה, דריסת רגל). בשלב הזה בית הדין מעביר לחזקתו (לא לבעלותו) של המלווה נכס שהיה של החייב. בשלב הזה זה עדיין לא עובר לבעלותו בגלל שבית הדין עדיין לא בדק את שווי הנכס של המלווה אבל מאפשר לו להחזיק בנכס. השלב השלישי הוא **שלב השומה** (הערכה). זהו השלב הסופי שבו בית הדין דואג לעמוד את שווי הקרקע ואז בשלב הזה הוא יכול להעביר לבעלותו של המלווה קרקע כנגד ההלוואה. לאחר העברת הקרקע למלווה התהליך פירעון ההלוואה הסתיים. בין שלב לשלב צריכים לעבור לפחות 30 יום כדי לתת ללווה הזדמנות להשיג את הכסף. לאחר שהנכס עבר למלווה הוא יכול לעשות איתו מה שהוא רוצה (לאחר שלב השומה). אם מסתבר שללווה היו כמה קרקעות. המלווה הולך לקונים השאלה לאיזה קונה ילך (לראשון שני או שלישי) התשובה היא לאחרון (מהסוף) כי הראשון קנה כשעוד נשאר לו אבל האחרון לא יכול לומר שהוא הותיר למלווה מאיפה לגבות.

כעבור זמן מסוים, הלווה השיג כסף הוא בא למלווה ומבקש להחזיר את הקרקע. כעת המלווה לא חייב להחזיר ללווה את הקרקע כי הנכס שלו. לא ניתן לכפות עליו להחזיר אתה קרקע. כאן נכנס המקור של שומא הדר כאשר אמרו חכמי נהרדעי כי בכל זאת שומה חוזרת עד שנה(12 חודשים) - אמורא נוסף אומר שגם הוא בא מנהרדעי אבל הוא סובר כי **שומה חוזרת לעולם**(אפילו 500 שנה). הלווה יכול למלווה ולהגיד לו שיחזיר את הקרקע. אם כך, לפי ההלכה הדבר **הישר והטוב** לעשות הוא להחזיר את הקרקע. הקרקע נתפסת לא רק כנכס אלא כמקור פרנסה. הרעיון הוא שהמלווה מראש לא היה אמור לקבל קרקע אלא כסף. הרעיון הוא שעשיית הישר והטוב ללווה ו**בלבד** שלא יגרם נזק לצדדים אחרים ולכן אם אותו מלווה מכר/הוריש/נתן במתנה את הקרקע שלו אי אפשר להחזיר את המצב לאחור. אם המלווה השקיע בקרקע הוא יקבל חזרה את ההשקעה שלו (הוצאות שהוציא בשביל הקרקע אך יש מחלוקת לגבי רווח שיכל להרוויח או לגבי שינוי בשווי הקרקע). לא נרצה שהמלווה יפסיד.

בית הדין לקח את הרעיון מאבא שלו שמצא חמור במדבר והחזיר אותו לבעליו לאחר שנה **לפנים משורת הדין** (בכך שהוא החזיק אותו מעבר לזמן שהוא חייב). **הדברים הללו של שמואל לא מוסכמים,** בסיפור כמעט זהה, שאדם צועק או בוכה זה לא אומר שהוא לא התייאש ולכן ניתן להשאיר את החפץ אצלך כמו אדם שספינתו תבעה בים כלומר לא הייתה לו תקווה להחזיר את זה למרות שהצטער על שקרה. רב נחמן לא מכניס את לפנים משורת הדין בנושא, אם ירצה להחזיר יחזיר ואם לא- לא.

סיפור נוסף

**בבא מציעא ל,ב:** רבי ישמעאל בנו של רבי יוסי הולך בדרך, פגש אדם שהיה נושא שק של זרדים. הוא הניח את השק על הרצפה כדי לנוח, הסבל רוצה להמשיך ללכת וכדי לעשות את זה הוא צריך שמישהו יעזור לו להרים את השק. הסבל מבקש מרבי ישמעאל להעלות את השק על הגב. לפי ההלכה ישנה מצווה לעזור ולהרים על הגב (בדומה למצוות השבת אבדה). רבי ישמעאל שאל כמה השק שווה, הוא לא רוצה להתלכלך מהשק, הסבל אומר לו שזה שווה חצי זוז, רבי ישמעאל נותן לו חצי זוז כדי שלא יצטרך להרים אותו. הוא כביכול קנה אך לא רוצה להרים לכן, הוא מפקיר את השק ולכאורה מוותר על הבעלות שלו. ברגע שחפץ הוא הפקר כל אחד יכול לקחת אותו ואז הסבל לוקח הרים אותו מעט (כמעשה קניין) ומבקש מרבי ישמעאל שיעזור לו להרים את השק ושוב נותן לו חצי זוז. רבי ישמעאל ראה שהוא מנסה לעשות זאת שוב ואמר שהשק מופקר לכל העולם אבל לא לאותו סבל (בפועל, לא ניתן להפקיר לכולם למעט אדם אחד אם ויתרת על בעלות אין לך סי באשר מי ייקח את זה). רבי ישמעאל הניח שהסבל לא ידע שלא ניתן לעשות ״חצי״ הפקר ועל כן עשה זאת.

הדבר מתקשר אלינו כי לכאורה רבי ישמעאל יכל היה להתחמק מהסבל בדרך אחרת- זקן ואינה לפי כבודו. הגמרא אומרת שרבי ישמעאל לא התעלם **ועזר לו בכל זאת כי הוא רצה לנהוג לפנים משורת הדין ולא לפטור את עצמו על פי דין.** בניגוד לסיפור הקודם כאן אף אחד לא הטיל עליו חובה לנהוג לפנים משורת הדין.

מקרה נוסף

**בבא מציעא פג,א:** האמורא שכר סבלים שיסחבו לו יין ממקום למקום. אחת החביות נשברה. על כן, בא רבא לסבלים הללו ואמר להם שעליהם לשלם ולפצות על הנזק. לסבלים אין כסף, לכן הוא לוקח את הגלימה שלהם בתור ערובה שישלמו להם. פעם בגד היה יקר מאוד והיה לכל אדם מעיל אחד בלבד. אותם סבלים הלכו לרב (גדול האמוראים, רבו של רבא) ואמרו לו שרבא לקח את הגלימה. ההנחה שלנו כי הרב כעס עליו שלקח מהם בגד מסיבה זו. הרב אומר לו שעליו להחזיר את הגלימה, הרבא שואל מדוע והאם זה הדין (או בכעס או בתמיה). הוא ענה לו שזה אכן הדין – שצריך לנהוג מלפנים משורת הדין כי יש פסוק שאומר בספר משלי שצריך ללכת בדרך טובים:

״**רש"י: "בדרך טובים"- לפנים משורת הדין**.״

רבא מקבל זאת ומחזיר את הגלימה אבל הסבלים לא מסתפקים בכך ורוצים לקבל משכורת כי אין להם כסף לאכול. הרב אומר שעל רבא לשלם את משכורתם מאותה סיבה. בשורה התחתונה- רב מחייב את רבא לוותר לפועלים על הפיצוי שמגיע לו, לשלם להם את שכר וכל זה כי הוא צריך לנהוג לפנים משורת הדין. הוא לא נימק זאת במסכנותם אלא בכך שככה צריך לנהוג.

במובן הזה זה דומה למקרה הראשון שראינו עם הארנק למרות שהסיפור עם הארנק הוא תיאורטי וכאן מדובר על מקרה שקרה באמת- אילוץ לנהוג מלפנים משורת הדין.

מקרה נוסף

**בבא קמא צט,ב:** רבי חייא היה מומחה בכספים. במקרה זה הסוחרת מקבלת מטבע לא מזוהה אז היא הולכת לרבי חייא לבירור. רבי חייא אומר לה שהמטבע מעולה ואפשר לקחת אותו. לאחר זמן, האישה הזו חוזרת אליו ואומרת לו שהמטבע הזה לא שמיש על אף המלצותיו. נגרם לסוחרת נזק. הגמרא אומרת כי רבי חייא אמר לרב שיפצה את האישה ושבפנקסים שלו יכתוב שמדובר על הפסד. בשורה התחתונה- רבי חייא מפצה את האישה על חוות הדעת מוטעית שנתן. לפי דין- ההלכה אומרת שאם מדובר בעבודה מקצועית של מומחה לעניין הטעות לא מוגדרת כרשלנות והוא לא חייב בפיצוי נקרא הדבר אונס-היעדר רשלנות וכן אם מדובר במומחה מיוחד ההלכה אומרת שהוא אנוס (פטור מפיצוי בטעות). אם היא הייתה הולכת לסתם אדם הוא כן יתחייב לפצות אותה. לכן, יכל רבי חייא להגיד לה שאין הוא חייב לה בפיצוי. רבי חייא מפצה אותה לפנים משורת הדין. יכול להיות שרבי חייא פעל מאינטרס, שימשיכו לבוא אליו בהנחה כי הוא אדם אמין שלוקח אחריות.

אחרי שראינו כמה מקרים ננסה להבין האם **יש חובה** לפעול לפנים משורת הדין ואם כן, מתי? מהם הקריטריונים?

לגבי עניין החובה יש מחלוקת:

**מרדכי בבא מציעא,רנ"ז** [מרדכי הכהן, אשכנז, מאה 13]: אומר מרדכי ופוסקים אחרים כי מאחר וראינו בסוגיה של שמואל (עם הארנק) שחייבים לפעול מלפנים משורת הדין גם הם בבתי הדין שלהם יכפו לפעול לפנים משורת הדין. יחד עם זאת, הכפייה תתקיים רק אם הם יכולים(עשירים). יש הוראות חוק מפורשות בתורה שאומרות שאסור להעדיף את העני או את העשיר בדין כי בבית משפט יש לפסוק דין בלי העדפות. מרדכי אומר שהוא יחייב רק כשיש פער כלכלי בין הצדדים וניתן לעשות זאת (להעדיף) כי זה לא **דין**. החיוב הוא סלקטיבי ואם הוא היה דין לא היה ניתן לעשות העדפה זאת.הוא לא אומר לחייב אלא שעשויים לחייב אם לא פעל האדם כך משיקולים כאלו ואחרים**. העמדה הזאת לא מוסכמת.**

בשונה מכך

**רמב"ם ורש"א** טוענים שלא כופים לפנים משורת הדין וזה תלוי ברצונו של האדם (יש ציפייה אבל אין חובה).

**קארו בבית יוסף** אומר שברור שלא כופים על לפנים משורת הדין מאחר שזה תלוי ברצונו של האדם ולעמותו **הרמ"א** אומר שיש חולקים על העניין ורואים שיש מקום לכפות זאת.

**פתחי תשובה שם**: ישנן גם **עמדות ביניים** (בעיקר אצל האחרונים) שאומרות כפייה בדברים –שגם מי שכופה לא מפעיל את אמצעי הכפייה הרגילים אלא אמצעים חלשים יותר למשל כופים באמצעות נידוי אבל לא בכוח כלומר לוחץ עליך לפעול כך אך לא כופה בכוח.

**מסכת בבא מציעא דף כד עמ ב** :לסיכום, הקריטריונים לנהיגה לפנים משורת הדין (בין אם בחובה ובין אם בצפייה)

1. **מצבו הכלכלי של האדם**- מאדם עשיר מצפים ליותר.- רלוונטי רק שיש פער
2. **המעמד הדתי חברתי**- ככל שאדם נמצא במעמד דתי חברתי גבוה יותר הציפייה ממנו תהיה גבוה יותר. הסיפורים בתלמוד שראינו היו על אנשים לא רגילים. הרמב״ם בהקשרים שונים מדבר על מצוות קידוש השם- לקדש את שמו של ה׳ בעולם באמצעות נורמות התנהגות גבוהות מעל המצופה בין האדם לחברו (ציפייה לראות שהתורה הביאה אותו להתנהגות נעלה זו כך שככל שיותר אנשים גדולים בתורה יתנהגו כך יותר).
3. **האם ההתנהגות גורמת להפסד או לכל היותר מונעת רווח**- לדוגמה, הסיפור עם הארנק, מהחזרת הארנק לא נגרם למוצא הפסד אלא רק נגרע רווח. לעומת זאת במקרה החביות ישנו הפסד של ממש. כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין לא גורמת להפסד הציפייה/חובה גבוהה יותר.
4. **האם ההתנהגות פירושה שאדם יתנהג כרוב בני האדם או שהיא דורשת משהו מעבר**- לדוגמה, העזרה לסבל, אם הוא היה אדם רגיל ולא ״זקן״ הוא היה חייב לעזור לסבל. ההתנהגות לפנים משורת הדין אמרה שהוא לא מנצל את הפטור המיוחד ומתנהג כמו שאר בני האדם. לעומת זאת, אם ההתנהגות לפנים משורת הדין אומרת **שכל אדם** פטור הציפייה לנהוג כך יותר נמוכה.

לא בכל מקרה כל השיקולים יביאו לאותה תוצאה. לדוגמה במקרה הסבלים, המעמד החברתי והכלכלי שלהם יותר גבוה ושני השיקולים הללו מביאים לחובה/ציפייה לפעול לפנים שמורת הדין, מצד שני השיקול של ההפסד מביא לעמדה נוגדת ולכן צריך לאזן בין שיקולים סותרים.

אחת הטענות שקיימות כנגד ההלכה בפן דיני הממונות היא שהיא פורמליסטית מידי (לא ניתנת לתמרון) ויכול להיות שזוהי התשובה. שניתן ללחוץ אך לא לכפות לבצע דברים שהם לפנים משורת הדין ולא בדין עצמו- זהו כלי לתמרון שאמנם לא תמיד יעבוד אך לרוב כן יאפשר שינוי

חיוב בדיני שמיים

כלי הדומה ללפנים משורת הדין אך יותר עוצמתי. ההקשר המרכזי שבו הוא נאמר הוא בהקשר לחיובי נזיקין. בהלכה שלא כמו במשפט הישראלי, יש הבחנה בדיני הנזיקין ביחס לאדם שעושה נזק בידיו(ישיר) לבין אדם שגורם נזק (עקיף) כך שמבחינת גובה הנזק זה אותו נזק. אך בהלכה ישנה הבחנה. במשנה **מסכת בבא קמא פרק ו** יש דוגמה של אש שהושארה דלוקה בכוונה והשומר עליה היה ילד. והילד הלך והצית רכוש של פלוני. האם אני חייב או לא? נכון שהוא לא שרף בידיים(ישירות) אך הוא גרם בעקיפין לכך. ההלכה אומרת "**פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים**" דוגמא נוספת **בתלמוד הבבלי**- בעל חיים (בהמה) השייך לשכן של פלוני. פלוני קונה רעל כדי להרעיל את בעל החיים. אם הוא מרעיל את הכלב בעצמו בכוונה הוא **חייב** אבל אם פלוני פיזר את הרעל בחצר ובעל החיים אכל אותו הוא גרם נזק בעקיפין ובכוונה לא חייב כי לא נעשה בידיים (הכוונה לא משנה – גם אם התכוונה ועשה בידיים עדיין פטור). במקרה הראשון הוא הרעיל אותו בידיו, **באופן ישיר** ובמקרה השני רק ״גרם״ למותו. מי שגרם פטור מדיני אדם אבל חייב בדיני שמיים. בדיני הנזיקין כיום זה לא מוכר לנו, רוב האירועים הנזיקין הם אירועי רשלנות שעל פי רוב בהלכה היו מוגדרים כ״**גרמא**״.

בגרמא אין פירוש הדבר שזה נקי לחלוטין אלא שאין חובה משפטית רגילה, ביהמ״ש לא יפעיל כלים על מנת להוציא בכוח כסף לפיצוי- האדם יהיה פטור מתשלום.

אחרי שהוא פטור בדיני אדם הוא חייב **בדיני שמיים**.

ישנם ניואנסים שונים בנושא

**רש"י גיטין נג,א** לוקח את הדבר לענישה: דיני שמיים=עונש מהשמיים. **מתייחס לפן העבירה, לפן הפלילי, לא נותן מענה לפן האזרחי**. נותן מענה לפן האיסורי כי אסור לגרום לנזק אבל רש״י לא נותן מענה לפן האזרחי.

יש ראשונים אחרים שמדגישים את הפן האחר

**ראב"ן, בבא קמא, סימן יא (נה:)** לעומת רש״י, הוא אומר כי על מנת לרצות את ״השמיים״ יש לשלם פיצוי. לא יכולים לכפות פיצוי אבל כדאי לאדם לשלם לניזוק על מנת להימנע מעונש בידי שמיים. לא סותר את רש"י אבל במקום לדבר על ענישה מדבר על הגרימה לעשות מה שצריך לעשות זאת כדי לצאת דיני שמיים.

**ים של שלמה , בבא קמא, ו, ו** [פירוש על הגמרא, שלמה בן יחיאל לוריא, פולין, מאה 16]: ההבדל בין דיני אדם לדיני שמיים הוא שבית הדין מחייב בדיני אדם אך בדיני שמיים לא כופה אלא רק דוחק אדם ולוחץ עליו (במידה שונה בהתאם לנסיבות) לשלם על מנת לרצות את הניזוק. גם היום כשבאים לבית משפט, לא בקלות מסרבים להצעה של ביהמ״ש.

כאן אנו מדברים על בית דין דתי והדיינים הם שלוחם של האל, מייצגים אותו בעולם ואמורים ליישם את רצונו של האל. כשהם דוחקים באדם לשלם הם מביאים את רצון האלוהים. זה לא יעיל בחברה חילונית אך בחברה מאמינה שרוצה להגשים את רצון האל יש לאמירה כזו משמעות. היא אומנם לא מבטיחה אבל היא לא חסרת פשר. המטרה של בית הדין היא לגרום לאדם לשלם, לא נאמר כמה. יתכן ולא מדובר על 100% פיצוי וגם הניזוק יסתפק בסכום נמוך יותר.

מקרה נוסף בו דין שמיים בעל משקל הוא פסילת עדות- **גזלן פסול לעדות** על כן אדם שחייב בדין שמיים ולא משלם פיצוי נחשב לגזלן ועל כן הינו פסול עדות. למשל היה החפץ של אחר אצלי כדין אבל לא החזרתי כשהייתי צריך- גזלן. עוד דוגמא כאשר בית דין הטיל עלי חובת תשלום עקב תביעה אבל לא שילמתי אז אמנם לא גנבתי את הכסף אך הוא אצלי למרות שאני צריך לתת אותו ולכן אני **גזלן וכל גזלן פסול עדות**.

**בית הבחירה מסכת בבא קמא דף נו עמ א**: גם מי שנקבע שלא חייב בדיני אדם אלא חייב בדיני שמיים הוא עדיין נקרא גזלן. החיוב של ידי שמיים הוא לא רק מוסרי אלא הוא אומר שמבחינה דתית אני חייב לשלם

מידת החסידות (האדם הפרטי)

מצב בו הדין אומר איך הוא רוצה שהאדם יתנהג באופן רגיל בלי שבית הדין יתערב בזה. לא משהו שאתה חייב לעשות אלא מה מצופה ממך וההתנהגות שמנסה להכתיב אך לא יהיו השלכות מבית הדין אם לא תנהג כך. בית הדין לא מעורב באופן ישיר ישנם 2 ביטויים במקורות:

1. רוח חכמים נוחה ממנו (חכמים כמייצגים את רצון התורה)- חיובי/שלילי (איננה נוחה)
2. מידת חסידות (מעל הנורמה הרגילה)

ישנו הבדל ביניהם בכך שבגדול רוח חכמים נכון לכולם ומידת חסידות הוא למי שרוצה שיצופה ממנו יותר אך אלו דקויות שאינן חשובות לנו. (אנו נראה את שניהם ביחד)

דוגמאות:

**בבא בתרא קלג,ב:** מה שאנו קוראים לו היום צוואה -בחוק הישראלי ישנו חוק הירושה. מסדיר מה קורה עם נכסיו של אדם לאחר מותו. ישנם 2 מסלולים- **ירושה על פי דין** (קובע את סדר הירושה) או **ירושה לפי צוואה** (העדפה שונה מהחוק לפי רצון האדם). במידה וישנה צוואה הנכסים יחולקו לפי הצוואה ולא עפ״י הדין. ההלכה, באופן עקרוני, דומה. גם ההלכה קובעת מי זכאי לרשת אדם שמת.בניגוד למשפט הישראלי, בהם הנכסים מתחלקים שווה בשווה בין הילדים או בין הני הזוג, במשפט העברי ישנה חלוקה מעט אחרת(למשל אישה לא יורשת או בת לא יורשת אם יש בנים) אבל עקרונית ישנה קביעה הלכתית מי מקבל את הנכסים. גם ההלכה מאפשרת לאדם לחלק את נכסיו באופן שונה. ישנו הבדל בתפיסה- החוק הישראלי אומר שניתן לקבוע צוואה אך ההלכה אומרת שלא ניתן לצוות לאחר המוות והנכסים ישר שייכים ליורשיו לכן דרך הצוואה בהלכה היא לתת מתנה בחיים. יחד עם זה, האדם לא יודע מתי הוא ימות והוא רוצה לחלק את הנכסים רק לאחר מותו. לכן, ישנה פרוצדורה של מתנה הניתנת רק שנייה לפי המוות כך שהמצווה יוכל ליהנות מכנסיו בעודו בחיים. במקור, כאשר אדם עושה צוואה(כתב שטר מתנה שהיא הדרך של צוואה בהלכה) ולא נתן את הנכסים לבניו (לפי הדין) ויש תוקף משפטי להחלטתו והיא תקוים אבל רוח חכמים אינה נוחה ממנו- ״החכמים״ לא מרוצים מההתנהגות שלו. מזה אומר? לפי **רשב"ם בבא בתרא קלג,ב**: מבחינה דתית הדין אומר שלפי ההלכה, הדבר לא נאות. ההלכה מעדיפה שהנכסים ילכו ליורשים לפי דין, אם נעשה אחרת, זה לא מרצה את ההלכה. אם אדם למד את ההלכה הזו והוא בא להחליט מה לעשות עם נכסיו, הוא לא ירצה שלא יהיו מרוצים ממנו בשמיים ועל כן יוריש לילדיו. בניגוד לדיני שמיים, כאן אין דחיקה של בית הדין לפעול אלא הכוונת התנהגות בלבד.

**מסכת בבא קמא דף צד עמ ב**: אדם שמלווה מריבית – גזלן. אם הוא החליט שהוא שינה את דרכיו ומבקש סליחה ומתחרט זה לא מספיק אלא הוא צריך גם להחזיר לכל אלה שלקח מהם את שלקח (אלא אם מחלו לו על כך). אם בא גזלן או מלווה בריבית והוא בא להחזיר לך את הריבית שהוא לקח נאמר שלא תיקח אותו ממנו. אם אתה לוקח רוח חכמים לא נוחה. אתה לא חייב ואף אחת לא יכפה ממך לוותר אלא מאחר ומדובר בסכומים קטנים ולא בגנב גדול ברגע שיבוא להחזיר לך המצב שלך לא ישנה באופן דרסטי את חייך ומצביך הכלכלי. אם הוא בה לחזור לדרך הטובה בוא תעזור לו – חכמים מעודדים אותך לוותר. למה? כי אם לא זה עלול להרתיע אותו מלנסות לשנות את דרכיו.

הדוגמאות שראינו הם מקרים בהם במפורש הכתיבו לך כיצד רוצים שתתנהג כלומר אומרים לך מראש איך מצופה ממך ובמקרים אחרים שלא אומרים לך אתה צריך להחליט מה טוב אך יש לשים את השיקול הזה נגד עיניך.

**משנה שביעית י, ט** [משנה- קובץ של דברי התנאים, נערכה בידי רבי, דור 6 לתנאים, 200 לספירה]: **״המחזיר חוב בשביעית, רוח חכמים נוחה ממנו. הלוה מן הגר שנתגיירו בניו עמו, לא יחזיר לבניו. ואם החזיר, רוח חכמים נוחה ממנו. כל המטלטלין נקנין במשיכה, וכל המקיים את דברו, רוח חכמים נוחה ממנו.״** לווה שבאופן פורמלי החוב שלו נמחק אבל אם ישלם בכל מקרה למרות השנה השביעית- רוח חכמים נוחה. ההיגיון הוא רצון למנוע חוסר הגינות כלפי אנשים שיכולים להרשות לעצמם להחזיר את החוב. חכמים מעודדים(לא מחייבים) התנהגות כזו אבל בית הדין לא יתערב בנושא, כי אחרת זה יגרום לזה שאף אחד לא יחזיר כספים. לא להחזיר זה לא איסור כי לא תמיד רואים את זה לנכון כי עשויים להיות אנשים שבאמת לא יכולים להחזיר אז כדי לא לפגוע בהם נתיר גם למי שלא רוצה להקשיב לעידוד. דוגמה נוספת במקור היא של אדם שאין לו קרובי משפחה. היחיד שאין לו קרובי משפחה הוא הגר- התפיסה ההלכתית אומרת שכשאדם מתגייר הוא כאילו נולד מחדש. כל הייחוס הקודם שלו נמחק. אפילו אם אדם היה לא יהודי ונולדו לו ילדים, גם הילדים שלו התגיירו. אם נולדו לו ילדים לפני הגיור וכולם התגיירו, על פי דין תורה הבן והבת יכולים להתחתן כי הם אומנם אחים ביולוגים אבל הם לכאורה פותחים שושלת חדשה. לפי חכמים הם לא יכולים להתחתן כי גילוי עריות זו אחת ממצוות בני נוח. לכן, אם גר התגייר עם בניו, כשהוא מת אין לו יורשים אלא אם כן נולדו לו בנים אחרי שהתגייר. אם לאדם אין קרובים, נכסיו- הפקר. פרקטית, על פי רוב הראשון שייקח אותם יהיו הילדים שלו. אם בהנחה אדם לווה מאותו גר הכסף יהיה אצל האדם שלווה ולכן הכסף יכול להישאר אצלו. יחד עם זאת, **הלווה מן הגר לא חייב להחזיר לבניו אבל אם החזיר- רוח חכמים נוחה ממנו**. יש רצון לקבל ולקרב את הגר, לא נותנים לבנים זכות משפטית אבל מעודדים את הלווה להחזיר את החוב.

נשאלת השאלה מדוע לא התקינו החכמים תקנה להחזיר לבנים את החוב, תשובה אפשרית היא שמופיע בחז״ל שחכמים לא מתקינים תקנה למקרה נדיר, לא מטריחים את המערכת להתקין תקנה אחת לזמן ארוך. יתכן והסיטואציה הנ״ל הייתה נדירה מאוד ולכן לא הותקנה תקנה.

המקרה האחרון שמופיע במקור מדבר על כך שעקרונית כדי שעסקת מכר תהיה תקפה עפ״י ההלכה, צריך מעשה קניין. אומנם ישנה מחלוקת האם הדרישה למעשה קניין היא מהתורה או מחכמים, עדיין אפשר לחזור מהרכישה אם לא בוצע מעשה קניין כמו משיכה. אם בוצע מעשה קניין גם אם לא שולמה תמורה אי אפשר לחזור בך. המשנה אומרת שהמיטלטלין נקנה במשיכה אבל הציפייה היא שהאדם יעמוד בדיבורו. למרות שמשפטית אי אפשר לכפות עליו אבל רוח חכמים לא תהיה נוחה ממנו- **אדם חסר אמנה**. אין משמעות פורמלית לכינוי אבל אם אדם מוגדר כמחוסר אמנה כולם יזהרו לא לעשות עמו עסקים.

**חולין דף קל עמ ב**: עוסק המתנות עניים- לקט (מה שנפל לא מרימים), שכחה (מה ששכחת לא חוזרים לקחת) פאה (משאיריפ פאה אחת) ומעשר עני (בשנים מסוימות). בכללי אנו מגדירים עני כאדם שאין לו אוכל לשנה כך שאם יש לך אתה לא עני.

פה מדובר על בעל בית (כינוי ללא עני) שעובר ממקום למקום וכשלא בבית אין לו כסף לשנה אז מוגדר עני באותו רגע ולכן הוא יכול במקרים אלו שלא בביתו ואין לא ממה לאכול ממתנות עניים. השאלה היא מה קורה שחוזר לביתו האם צריך להחזיר את שלקח כי עכשיו הוא כבר לא עני? לא, מאחר שאז היה מותר לו וסיבה נוספת כי אין מי שיתבע אותו ויאמר שזה שלו כי באותה מידה מישהו אחר היה לוקח את זה במקומו. אך ממידת חסידות אם הוא רוצה להיות טוב מעל הנורמה הוא יחזיר- יפריש 20 ממאה לטובת חסידים. לא במקום שהיה אלא כרגע בכללי לעניים.

דוגמא נוספת למידת חסידות **בבא מציעא נא,ב:** כאשר חפץ נמכר במחיר גבוה או נמוך מערכו האמיתי, חל דין הונאה. הצד הנפגע יכול לבטל או לבקש פיצוי.

דין אונאה חל גם על מטבעות, שערכם היה נקבע (בין השאר) על פי משקלם. אם המשקל האמיתי היה פחות מהמשקל שבו המטבע "נמכר", או הוחלף, חל דין אונאה. המשנה לפנינו מדברת על פרק הזמן שאליו מוגבל דין ההונאה, מטבעות שונות משאר הנמכרים מאחר ועוברים במהירות מיד ליד. כך ככל שאני אפנה יותר מהר למי שמכר לי יש סיכוי יותר טוב לאתר את הרמאי. התשובה היא את המטבע ניתן להשיב למוכר במשך הזמן שלוקח ללכת למומחה ולברר מה ערכו האמיתי של המטבע. לא מוגבל בזמן,. המשנה לפנינו מדברת על הונאה במטבעות. המטבע בגלל שהוא עובר מיד ליד יהיה קשה להתחקות לאחור. מוצר בדרך כלל לא מתגלגל מיד ליד בצורה כל כך מהירה, בניגוד לכסף. במטבע יש חשיבות מיוחדת למהירות, אם יש טענת הונאה יש לטעון אותה כמה שיותר מהר כדי לאפשר לצד שממול לאפשר לאתר את בעל המטבע. התשובה היא **שבכרך** (עיר) פרק הזמן שניתן הוא כמה זמן שלוקח ללכת ל״סניף הבנק״ ולבדוק מה שוויה האמיתי של המטבע. **בכפר**- עד ערב שבת כי אין שם סניף בנק ועד ערב שבת בכל מקרה אותו אדם יגיע לעיר. יחד עם זאת, אם אדם בא כעבור הרבה זמן, יותר מהזמן שהוקצב, וביקש החזר על ערך המטבע והאדם שנתן את המטבע מזהה אותו הוא יפצה אותו מתוך מידת חסידות. לא חייב אבל רואה לנכון.

באותם מקרים בהם רוח חכמים נוחה או לא נוחה בית הדין לא מתערב אלא רק מכווין התנהגות. **באופן עקיף**, הדבר כן יכול להשפיע על התוצאה של בית הדין:

**שו"ת תשב"ץ חלק ג,קצ:** כפי שידוע לנו, לא תמיד מי שנותן תשובות לשאלות מקבל את כל העובדות כי מובאות במכתב שלא בטוח אובייקטיבי ולא ניתן לשאול ולתחקר את השואל. במקרה הנ״ל ישנה אישה ערירית שיש לה נכסים והיא חולה וכן קרוב משפחה בדרגה רחוקה הוא לפי דין תורה ראוי לרשת אותה. אך היא רוצה להוריש את נכסיה לטובת ענייים/ לטובת בית כנסת- מטרות שנראות טובות. יש עוד נתון כי קרוב המשפחה היורש אותה הוא עני, עם ילד שצריך ללמוד תורה ובת שצריכה להינשא. הוא עד כדי כך עני שיוצא לקהילות סמוכות לאסוף כסף על מנת להשיא את ביתו. השאלה היא מה להמליץ לאישה, האם רוח חכמים נוחה מדבר כזה או לא. ההתלבטות היא שמצד אחד ירושה אמורה להתחלק על פי דין מה עוד שהקרוב הוא עני, מצד שני הוא לא בנה והיא לא רוצה סתם לתת למישהו אחר את הירושה אלא למטרות ציבוריות חשובות. השואל לא שואל את התשב״ץ האם בהנחה שהאישה תכתוב כזו צוואה היא תקפה או לא כי זה ברור שזה תקף. אלא מה ראוי שיקרה- האם דעת חכמים נוחה. התשובה היא שאין לשתף פעולה עם חלוקה שאינה לפי דין. אם המוריש רוצה להעביר מבן לבן או מבן לבת, אפילו בזה אסור לקחת חלק אז בטח שלא להעברה לצד ג׳- גם אם יש סיבה טובה לדבר. צד ג׳ שלא ראוי לרשת הוא **הקדש לבית כנסת** כי אם אותה אישה תקדיש את נכסיה לאותו בית כנסת ישתמשו בו לחשמל, תיקונים, תחזוקה ועוד. דברים אלו מוטלים על הציבור. כשהאישה מעבירה את הנכסים לבית כנסת, היא בעצם מעבירה את הנכסים לציבור, כי הציבור הוא זה שמשלם את ההוצאות הללו בדרך כלל כך שבעקיפין אותה אישה נותנת את נכסיה לכל אחד מהציבור. כנ״ל לגבי עניים, פרנסתם של עניים מוטלת על הציבור. נק נוספת היא שאם חטפת לעני לפני שהספיק לקחת לא עשית דבר משפטית לא נכון אבל לא משהו בסדר שנקרא "עני מהפך בחררה". וכן אומר שבמקרה הזה אם מורישה לעניים הם הופכים למעין החוטפים מהקרוב-עני אחר למרות שבאמתי היא נתנה מרצונה ולא חטפו. בפועל היא לא באמת נותנת לבית כנסת או לעניים אלא להרבה צדדי ג׳. לכן המסקנה היא שזה לא ראוי אבל זה גם לא אסור מאחר ומעבירה ממי שראוי לרשת למי שלא. אם היא עוד לא עשתה את זה כדאי לייעץ לה לעשות אחרת.

בחצי השני של התשובה הוא מרחיק לכת ועושה צעד שמבחינה הלכתית הוא צעד נועז: **אפשר לבטל את הצוואה הזו** אפילו שהוא כלל לא נשאל על כך. הדבר נובע מכך שישנה מסכת בתלמוד הירושלמי, בו רבי יהודה הנשיא מראה לרב תלמידו את השער שהוא בנה. אמר לו שאם הוא ידע כמה כסף עלה לו לבנות את השער הזה, התגובה המצופה היא שבח והתפעלות. תגובתו של רב היא שלא הושקע כסף אלא הושקעו בו חיים של אנשים. בניית בניינים מפוארים לא עדיפה היא על תרומה לעניים או לחינוך. הסיפור מלמד אותנו ביקורת קשה של רב על בניית בית כנסת מפואר על חשבון צרכים אחרים של העיר. הסיפורים בתלמוד הם לא בהכרח תיעוד מדויק אלא באים להעביר דרכם מסר ובמקרה הזה הוא שצריך להיות **סדר עדיפויות נכון.** במקרה הזה ניתן להסיק שהמצווה של טיפול בעניים חולים יוצר גדולה מבניית בית כנסת מפואר ואף אומר שמי שמעדיף את בניית הבית כנסת עובר עבירה בהשוואה למי שעובד אלילים. אז מי שמצווה להוריש לבית כנסת ולא לעניים אין לשמוע לו.

גם במעשה של צוואה יש דרישה לפעולות קניין בכדי לתת תוקף אבל **בצוואה של גוסס** יש הקלות בדרישות הפרוצדוראליות. אבל, לפי ההלכה, אם אדם לפני מותו מצווה לעשות בנכסיו עבירות- לא מכבדים את צוואתו. כי זה לא סביר שיתכוון לזה ואם אמר כך הוא לא בעל שיקול דעת תקין. אם כן, הקישור למקרה הזה הוא שהאישה כביכול ציוותה להעביר כסף לעבודה זרה (בית כנסת). על כן זוהי עבירה וניתן **לבטל את הצוואה.**

ישנה ביקרת על התשובה של התשב״ץ- תשובה מוגזמת כי היא לא באמת גוססת והדרך שהגיע לכך הייתה קצת חסרת בסיס. כל הבנייה שבונה המשיב כדי להגיע לאפשרות לביטול הצוואה היא מעט חלולה אך זהו כוחו של פוסק הלכה/שופט.

בגלל שיש לנו עיקרון של רוח חכמים לא נוחה מירושה הרשה לעצמו על רקע זה התשב״ץ לבנות קונסטרוקציה שתאפשר לו גם לצעוד צעד נוסף ולבטל את הצוואה. ברקע, עומדת הנקודה כי צוואה כזו היא לא צוואה ראויה בעיניי חכמים או ההלכה ולכן בנסיבות האלה אפשר לצעוד צעד נוסף.

נקודה חשובה נוספת היא שהנימוק הוא חלש אבל הוא התשב״ץ אז הוא יכול להרשות לעצמו להגיע לתוצאה שבעיניו היא צודקת- הדרת הקרוב מהירושה תפגע בו. לא מדובר על יחסי איבה בין הקרובים אלא על מחשבה על עשיית הטוב. המשיב מרגיש שזה יהיה לא נכון לפספס את אותה הזדמנות לתת כסף לקרוב.

לא ניתן מכאן להניח כי כל פעם שאדם מצווה להעביר את נכסיו לבית כנסת היא בהכרח בטלה. המשיב נותן תשובה ושיקול דעת לפוסקים מאוחרים אבל לא באופן אוטומטי. גם בהלכה יש לפוסק יכולת תמרון בתוך הכלים הלגיטימיים בכדי להגיע לפסיקה מסוימת. יכולת הדורשת תעוזה לומר שלמרות שיש לקבל את בקשת הגוסס נוכל לבטל את הצוואה במקרים מיוחדים. תשובה שהביא משתי סיבות- להראות איך רוח חכמים נוחה או לא יכולה להשפיע על הפסיקה וגם לראות איך פסיקה עובדת בפועל.

**מי שפרע ומחוסר אמנה**

מי שפרע מתקשר לחייב בדין שמיים ומחוסר אמנה מתקשר לרוח חכמים נוחה.

שניהם נאמרו בהקשר מאוד **נקודתי**- בעסקאות מכר (מעשי קניין). בהלכה אמרנו שכדי שתהיה תקפה עסקה יש צורך במעשה קניין (מעשה מסוים שמסמל בעלות). אך מעשה קניין שלעצמו אינו מספיק – יש צורך גם בגמירות דעת. אם הייתה גמירות דעת בלי מעשה קניין אין לזה תוקף משפטי. אפילו אם סיכמנו ושילמת אך לא עשית עדיין מעשה קניין עקרונית (ברמה המשפטית) כל צד ראשי לחזור בו (ולהחזיר את הכסף). כן גם אם נגנב הנכס הוא עדיין של המוכר אז הוא הפסיד. למה שירצה אדם לחזור בו? הגיע מוכר/קונה אחר, התחרטת צד.. יש סיבות יותר מוצדקות ויש פחות. כל זה ברמה המשפטית אך במרמה המוסרים אומרת המשנה שזה לא דבר נכון- הסכמתם יש לעמוד במילה שלך (בדיבורך). עד כמה ההתנהגות לא ראויה תלוי כמה הרחקתם לכת. ככל שהגמירות דעת יותר חזקה יותר לא מוסרי הדבר. כך שאם עוד לא שולמה תמורה ורק סיכמתם מדובר בשלב יותר מקדים מאשר אם שולמה תמורה. הסוגייה אומרת שאם עשית מעשה קניין לפירות ועדיין אל שילם- אי אפשר לחזור. אבל אם שילם ולא עשה מעשה קניין - יכול לחזור בו כל צד (ברור ששניהם גם יכולים). מי שפרע- ה' שהעניש את אנשי המבול (סיפור נוח) הוא יעניש גם את מי שלא עומד במילה שלו.

**בתלמוד** מרחיבים במחלוקת בין שני רבנים שלא רק אומרים שה' יעניש את זה שחוזר בו אלא מקלל אותו שה' יעניש אותו. כן אמר כך גם **הרמב"ם**- שמקללים את מי שפרע. כל זה דומה לחייב בידי שמיים. לא אכפו משפטית את מי שחזר בו אבל השאירו את הדין של עונש בידי שמיים. יכול להיות שהשאירו מקום לשיקול דעת למקרה שחזר בו אדם בנסיבות מיוחדות.

בשונה למי שפרע בו שולמה תמורה וחסר רק מעשה קניין. **חוסר אמנה** מדבר על מקרה שלא רק שלא הייתה תמורה גם לא היה מעשה קניין אלא הייתה רק הסכמה בלבד. עכשיו אחד הצדדים רוצה לחזור בו. הרמב"ם אומר שכל עוד הייתה הסכמה בין הצדדים ראוי לעמוד בה ומי שחוזר בו אולי לא צריך להיענש לפי מי שפרע כי זה לא כזה חמור אך עדיין רוח חכמים לא נוחה. כן גם מוסיף שאם הבטחת מתנה גם ראוי שתעמוד בכך אחרת רוח חכמים לא נוחה, סייג רק למתנה שבאמת חשב שתתין לו ולא מתנה לא סבירה שהבטחת ולא באמת האמין שתיתן. חוסר אמנה פחות חמור ממי שפרע אך עדיין יש משקל להסכמה והבטחה (למילה שלך) גם אם אין תמורה.