**מבוא למשפט עברי שיעור 1 – סיכום ליחי מכלוף**

הביטוי משפט עברי הוא מודרני, מלפני כמאה שנה. הביטוי לא נקבע ע"י אנשי הלכה, אלא ע"י משכילים יהודים ממוצא רוסי, שבמסגרת "החייאת הלאומי העברי-יהודי" טבעו מושג זה. אותם משכילים ראו את המשפט מחובר לתרבות. הייתה להם מחשבה שיש להחיות את המשפט התרבותי לאומי של עם ישראל שזה בעצם ההלכה מצד אחד, אותם משכילים חיפשו חוקים משפטיים תרבותיים ששייכים לעם-הלאום היהודי שזוהי בעצם ההלכה, אך מצד שני לא רצו להיות מחוייבים להלכה היהודית. לכן אותם משכילים חיפשו ביטוי "חילוני"-נייטרלי, ביטוי שיאפיין משפט שבבסיסו התרבות הלאומית היהודית בלי מחויבות לכללי ההלכה היהודית.

בהלכה היהודית יש שני סוגי דינים:

1. **דיני איסורים** – איסורא. לדוגמא: הלכות בשר וחלב.
2. **דיני ממונות** – ממונא.

דיני האיסורים ("איסורא") מזכירים דין פלילי, בעוד דיני ממונות ("ממונא") מזכירים דין אזרחי, פחות או יותר.

ההלכה היהודית נוגעת לכל תחומי החיים- מקימת האדם בבוקר עד שהוא הולך לישון. בעבר כשהשתמשו במושג "משפט עברי" התייחסו יותר לנושאים שיש להם מקבילה במשפט הנוהג בערכאות, לנושאים המשפטיים בהלכה, לדיני הממונות (לדוגמא: דיני נזיקין). לימים הביטוי "משפט עברי" גוייר- והעיסוק במשפט העברי חזר להיות עיסוק של אלו שרואים עצמם כן כפופים להלכה ולמצוות ולכן הביטוי משפט עברי השתנה. כיום גם פוסקי הלכה לפי המסורת היהודית משתמשים בביטוי "משפט עברי".

**ישנם מס' הבדלים בין דיני ממונות לדיני איסורים בהלכה:**

1. משפט דתי הוא משפט שמרן יותר מאשר שיטת משפט אזרחית. יכולת ההתפתחות וההתאמה יותר מוגבלות במשפט דתי מאשר במשפט אזרחי. תהליך שינוי של חוק קיים הוא מהיר וחופשי יותר מאשר התאמה של הלכה דתית. הסיבה לכך היא שהמשפט העברי מקורו של הוא אלוקי. ביד חכמים לתקן תקנות, ולפרש את התורה. אך הבסיס הוא אלוקי. לכן יכולת השינוי היא מוגבלת ואיטית בהרבה משיטת משפט אזרחית.

כ"כ ישנה גמישות גדולה יותר בדיני הממונות מאשר מדיני האיסורים. ניתן יותר בקלות לדוגמא לתקן תקנות חכמים[[1]](#footnote-1) שסותרות את ההלכה, קל יותר לייחס משמעות למנהג שסותר הלכה פסוקה. בדיני ממונות חכמים יכולים לתקן תקנות הסותרות דיני תורה. בדיני איסורים חכמים כמעט ולא יכולים חכמים לתקן תקנות הסותרות דיני תורה.

הערה: החמרות על דיני תורה – מותר אף בדיני איסורים, אך להתיר דיני תורה האסורים – בדיני איסורים אי אפשר לתקן.

1. ספקא דממונא – לקולא, ספקא דאיסורא – לחומרא.
2. יכולת ההתנאה. ראשית נסביר יכולת זו בחוקים הנהוגים במשפט הישראלי. ישנם חוקים שאפשר להתנות עליהם וישנם שאי אפשר להתנות עליהם. לדוגמא: דיני עבודה, חלק מדיני העבודה לא ניתן להתנות עליהם, קרי, במידה ונעשה הסכם בין המעביד לעובד ואותו הסכם נוגד דיני עבודה מסויימים – אותו הסכם בטל ואינו תקף. אך ישנם חוקים שניתן להתנות עליהם; לדוגמא חוק השומרים מסדיר את מערכת היחסים בין המפקיד לשומר. במידה ולא נעשה הסכם בין המפקיד לשומר ישנה ברירת מחדל של החוק החל על שני הצדדים. אך במידה ונעשה הסכם בין שני הצדדים – ההסכם יחול במקום אותם דינים שהם ברירת מחדל.

אף בהלכה על חלק מההלכות ניתן להתנות: "כל המתנה על מה שכתוב בתורה; בדבר שבממון –תנאו קיים. בדבר שבאיסור – תנאו בטל". וזהו החילוק הראשון שבין דיני ממונות לאיסורים.

**נביא לחלוקה זו של יכולת התנאה בדיני ממונות לבין התנאה בדיני איסורים מספר דוגמאות**:

1. ישנה מחלוקת **במשנה בכתובות ט',א'** אם אפשר להתנות על דבר שבממון. ע"פ הדין – פירות הנכסים של האישה שייכים לבעל, אך גוף הנכסים שייכים לאישה. בנוסף, במידה והאשה מתה – הבעל יורשה. המשנה דנה לגבי אמירות שונות. אמירה אחת: "דין ודברים אין לי בנכסייך" – אמירה כזו היא אמירה עמומה שלא ברורה מה הייתה כוונת הבעל בכתבו זאת לאישה. אך בסוף המשנה, מובא מקרה בו כתב הבעל אמירה חד משמעית שמשמעה תנאי על כך שאינו חפץ בפירות נכסיה ובירושה במידה ותמות, במקרה זה תנא קמא סובר שאפשר להתנות, כיוון שבדבר שבממון אפשר להתנות. רשב"ג סובר שאי אפשר להתנות אף על דבר שבממון. הלכה כתנא קמא – בדבר שבממון התנאי קיים.
2. **תוספתא קידושין ג':**

תנאי מתנה (מנוקד שוא באות ת') – מתנים את התקיימות החוזה בקיומו של תנאי -מסויים. דוגמא: בעל מתנה מכירת דירה בתנאי שאשתו תיתן הסכמה לכך.

"הריני מקדשך על מנת שירצה אבא" - הבן מתנה את הקידושין בכך שאביו יסכים לקידושין. זהו תנאי מתנה קלאסי.

"על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם" – כיוון שתנאי זה מתנה על דיני איסור (חל על האישה איסור להתחתן ללא חליצה או יבום) אף לשיטת ת"ק אי אפשר להתנות על מה שכתוב בתורה.

1. **ע"פ דיני שומרים בשמות כב'**

שומר חינם שטוען שהחפץ שהוטל עליו לשמור עליו נגנב/אבד צריך להביא ראיה שהחפץ נגנב/אבד (עדים/שבועה).

משנה: מתנה (שוא באות ת') שומר חנם להיות פטור משבועה. יכולים השומר והמפקיד להתנות ביניהם שבמידה ויטען השומר שנגנב/ אבד יהיה השומר פטור משבועה כיוון שדיני שמירה הם דיני ממונות – מי אחראי על תשלום הנכס שחסר.

1. **רמב"ם הלכות מכירה יג',ג':**

האומר לחבירו: "על מנת שאין לך עלי אונייה" (הונאה)- יש לו עליו הונייה. במה דברים אמורים בסתם (מקרה שבו המוכר לא אומר לקונה מהו הערך הכספי של ההונאה, כפי שמיד מסביר הרמב"ם). שאין יודע כמה הונייה יש בו כדי שימחול, ואין צריך לומר אם אמר לו: "על מנת שאין בו (במקח) הונייה", שהרי יש בו. אבל במפרש (המוכר נוקב את ערך ההונאה במפורש ונותן לקונה אפשרות להחליט האם לקנות כשהוא מוותר על ההונאה), אין לו הונייה, שכל תנאי שבממון קיים.

1. [**רמב"ם**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290521/290524/290525/I335327/קישור%20לביוגרפיות-%20מתנה.htm) **שמיטה ויובל ט',י':**

המלוה את חבירו, והתנה עמו שלא תשמטנו שביעית, ה"ז (הרי זה) נשמט. שאינו יכול לבטל דין השביעית. [=פירוש מילות התנאי הוא שהאדם מפקיע עצמו מן מצווות השביעית – שמצוות השביעית לא תחייב אותו. אי אפשר להתנות תנאי כזה, כיוון שהאדם עצם היותו יהודי הוא מחוייב בדין השביעית].

התנה עמו שלא ישמיט הוא חוב זה... תנאו קיים. שכל תנאי שבממון קיים. ונמצא זה חייב עצמו בממון שלא חייבתו תורה- שהוא חייב [=פירוש מילות התנאי הוא שהלווה מוותר על שמיטת חוב זה בשנה השביעית].

1. **שו"ת** [**הרשב"א**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290521/290524/290525/I335327/קישור%20לביוגרפיות-%20מתנה.htm) **חלק ו,רנד:**

נשאל הרשב"א כך: לפי ההלכה היהודית, בעל שאשתו/בתו נפטרו – יורש אותן. הירושה אותה יורש הבעל כוללת אף את הנדוניה אותה הכניס אביה בנישואין. האב של האשה שנפטרה, טען שלפי מנהג הגויים במקום מושבו – הוא יורש את בתו ואת נכדתו, ולא החתן (הבעל). טענתו מבוססת על כך שמאחר וכולם הולכים לפי מנהג גוים זה, כל הנושא אשה כאילו התנה זה כתנאי לנישואין.

ענה הרשב"א: כל דבר שבממון תנאו קיים. צודק אותו שואל, שאכן במקום שנוהגים להתנות תנאי מסוים, אף אם לא התנו במפורש אלא בסתם נחשב הדבר כאילו התנו בניהם. אבל, מאחר וזה מנהג גוים, אסור ללכת לפי מנהג זה כיוון שזה מייקר שם עכו"ם במידה וננהג על-פי דיניהם. במידה ונתיר חלילה להתיר ללכת לפי מנהגי הגוים, נעקור את כל דיני התורה.

לסיכום, מסביר הרשב"א שאע"פ שהמתנה בדבר שבממון תנאו קיים, כיוון שלא הייתה התנאה מפורשת בין שני הצדדים, אלא החותן מסתמך על המנהג הנהוג באותו מקום לנהוג כשיטת הגויים לענייני נדוניא – אין זה תנאי.

**הבדלים בין תורה שבכתב לתושבע"פ**

**נשאלת השאלה, מדוע לא נכתבה התושבע"פ? הרי על מנת שלא ישכחו הלכות בדרך עדיף היה לכתבם מלכתחילה בנתינתן בדומה לתורה שבכתב?**

1. התושבע"פ עוברת מדור לדור ולכן כיוון שהיא עוברת במסורת היא תלמד רק ע"י היהודים שילמדו את בניהם ולא גויים זרים. התורה שבכתב שהיא כתובה יכולה כטקסט להכתב ולהתגלגל בין אחד לשני וכך להלמד ע"י כל גויי הארץ. ראו מה קרה לתורה שבכתב, שתורגמה ע"י העמים השונים שלבסוף השתמשו בה לרעתנו באמצעות עיוות פסוקים כדוגמת הנצרות.
2. **ספר העיקרים לר' יוסף אלבו**: מפרט שתי סיבות:
3. אחד מעיקרי האמונה הוא שהתורה נצחית, לא ניתנת לשינוי. אך המציאות היא כמובן משתנה. לדוגמא: המסחר מלפני 2000 שנה היה בעיקרו מסחר בחליפין, היום – המסחר מתבצע ע"י תשלום כספי. יש להתאים את העקרונות ההלכתיים למציאות המשתנה. דברים כתובים קשה הרבה יותר להגמיש אותם למציאות המשתנה. אולם, כשהדברים נמסרים בע"פ – יכולת הגמישות וההתאמה שבהם קלה יותר. כאשר התורה מעבירה כללים ועקרונות בע"פ – יש יכולת גדולה יותר להתאים את הפתרונות למציאות המשתנה.
4. כיוון שאין סוף למציאויות המשתנות, לא שייך להעלותם על הכתב מפאת אורך הכתבים שיווצרו.

**הרמב"ם מחלק בין חמשה סוגי הלכות בתושבע"פ (גמרא[[2]](#footnote-2)):**

1. פירושים מקובלים מפי משה - "הלכה למשה מסיני" - ע"פ המסורת משה קיבל פירושים אלו בהר סיני ומשם עברו מדור דור הלאה. יש להם רמז בפס' ואפשר להוציאם בדרך סברתית.
2. פירושים אלה אף הם "הלכה למשה מסיני", אך פירושים אלו אין סברה בהם ואין להם רמז בפס'.

הרמב"ם סובר שעל שני הסוגים הראשונים אין לפקפק בהם ולחלוק עליהם כיוון שעברו במסורת מדור דור עד משה רבנו בהר סיני ואלו דברי ה' ממש. לא ייתכן שנפלה בהם מחלוקת כיוון שעברו במסורת מדור דור, ואם תאמר שייתכן ונפלה טעות במהלך המסירה מדור דור (לדוגמא שכחה/טעות אנוש בהעברה) אתה מפקפק בכל מוסד התושבע"פ.

1. דינים שנלמדו באמצעות י"ג המידות שהתורה נדרשת בהם. רוב המחלוקות הם על בסיס באמצעות איזה מן המידות ללמוד בפס' מסויים וכיצד. בדינים מסוג זה נפסקה הלכה כפי שלמדו רוב החכמים בפס'. יצירת חכמים ע"פ הבסיס בכתובים.
2. גזרות נביאים וחכמים בכל דור ודור כדי לעשות סייג לתורה. תקנות נוגעות לדיני האיסורים, מוסיפה איסור נוסף על איסור דאורייתא.

לדוגמא: מדאורייתא איסור אכילת בשר וחלב הוא איסור אכילת בשר בקר עם חלב. באכילת בשר עוף עם חלב ישנו רק איסור דרבנן לאכול. זהו סייג – תקנת חכמים על מנת למנוע שאנשים לא יאכלו אף את איסור דאורייתא – בשר בקר בחלב.

1. תקנות חכמים – תוספת עשיית, קיום מצוות עשה מדרבנן (לדוגמא: הדלקת נרות חנוכה).

ביחס שלושת הסוגים האחרונים סובר הרמב"ם שיכולה להיות מחלוקת בהם בין חכמים כיוון שיש בהם עירוב של השכל האנושי; בסוג השלישי: שימוש שונה בלימוד של י"ג מידות שהתורה נדרשת בהן. בסוגים הרביעי והחמישי: יכול להיות שחכמים מסויימים יסברו שהתקנה הזאת היא חשובה ויתקינו אותה ואחרים יחשבו אחרת.

**מושגים לידע כללי – לא חושב שזה נכלל בחומר למבחן הסופי**:

**היתר עסקא** – הסדר שהופך את מערכת היחסים הלווה למלווה למעין שותפות עסקית. לדוגמא: לראובן יש ממון ולשמעון יש ידע. הקמת עסק משותף בין השניים אשר הרווחים יתחלקו ביניהם חצי-חצי. אין זה כמובן ריבית, כיוון שראובן לוקח על עצמו סיכון שחלק מהכסף לא יחזור אליו במידה והעסק יכשל. בשונה מריבית שהיא באה על הלוואה, שבמידה וראובן מלווה לשמעון כסף – הוא יודע שהכסף יחזור אליו לבסוף.

**תוספתא** – יצירה מתקופת התנאים שהיא מקבילה למשנה.

**ספרא** – מדרש מתקופת התנאים. מדרש זה על ספר ויקרא, נקרא גם תורת כהנים וכן ספרא דבי רב.

ההבדל בין מדרש הלכה לבין משנה – מדרשי הלכה מסודרים לפי סדר הפסוקים במקרא (הפסוקים ההלכתיים בלבד, לכן גם אין מדרש הלכה על ספר בראשית), ואילו המשניות מסודרות לפי נושאים (סוכה, ראש השנה וכו').

**מבוא למשפט עברי שיעור 2**

**האם הלכות אלו הכתובות בתושבע"פ (גמ') נחשבות מדאורייתא או מדרבנן[[3]](#footnote-3)?**

ראינו את דברי הרמב"ם בשיעור הקודם המחלק בין חמשה סוגי הלכות המובאות בתושבע"פ. כעת נדון האם אותן הלכות המובאות בתושבע"פ נחשבות מדאורייתא או מדרבנן.

הלכות מהסוג הראשון והשני– וודאי שמקורם מדברי תורה. הלכות אלו עברו במסורת מדור דור ממתן תורה בהר סיני עד זמנם של חז"ל, ומקורם א"כ מדאורייתא. הלכות מהסוג הרביעי והחמישי – וודאי שתוקפם מדרבנן, כיוון שהן פרי יצירתם של חכמים.

נחלקו הרמב"ם ורמב"ן ביחס לסוג ההלכות השלישי – אם מקורם מדברי תורה או מדברי חכמים.

ספר המצוות – אין מחלוקת על כך שישנם תרי"ג מצוות, אך נחלקו חכמים שונים מהם אותם 613 מצוות. בספרי המצוות השונים מונה המחבר מהן 613 המצוות לשיטתו, ע"פ שיטות לימוד שונות בפס'.

**ספר המצוות לרמב"ם** מחולק לשניים. החלק הראשון כולל "שרשים" – הם הכללים, דרך הלימוד שבעזרתה מנה הרמב"ם את המצוות, מדוע מנה כך את המצוות ולא אחרת.

אלו הם שרשי, כללי הרמב"ם לספר המצוות:

השרש הראשון: ימנו רק מצוות מדאורייתא ולא מצוות מדרבנן.

השרש השני: לא את כל המצוות שלמדים אותם באמצעות י"ג מידות שהתורה נדרשת בהם (שזה למעשה הסוג השלישי של הלכות התושבע"פ עליהן דברנו בשיעור הקודם) מונה הרמב"ם בספר המצוות שלו כחלק מתרי"ג מצוות. הכלל ביחס לסוג מצוות זה הוא: אם חז"ל אמרו באופן מפורש על הלכה מסויימת אותה למדו בעזרת י"ג מידות שמקורה הוא מדאורייתא – היא אכן מדאורייתא, ואכן תימנה כחלק מתרי"ג מצוות. אך אם לא אמרו במפורש שמקור הלכה זו מדאורייתא – מקורה היא מדרבנן.

**ספר המצוות לרמב"ן** נוקט כלל כזה ביחס לסוג השלישי של המצוות: כל לימוד בי"ג מידות המופיע בתלמוד – מדאורייתא. אלא אם כן נאמר במפורש שמקור המצווה מדרבנן (והפס' ממנו לומדים בי"ג מידות הוא אסמכתא בעלמא).

יוצא שהמחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן הוא במקרה בו חכמים סתמו דבריהם ולא אמרו מהו מקור חכמים. אליבא דהרמב"ם, הלכה שכזו מקורה יהיה מדרבנן. אליבא דהרמב"ן, הלכה כזו מקורה יהיה מדאורייתא.

**סמכות חכמים**

**סמכות חכמים כמפרשי התורה (כ"כ מכריעים במקום מחלוקת):**

**ממה נובעת סמכות חכמים זו:**

**שיטת הספרי:**

**דברים יז',ח'-יג'**[[4]](#footnote-4):

כִּי יִפָּלֵא מִמְּךָ דָבָר לַמִּשְׁפָּט בֵּין דָּם לְדָם בֵּין דִּין לְדִין וּבֵין נֶגַע לָנֶגַע דִּבְרֵי רִיבֹת בִּשְׁעָרֶיךָ וְקַמְתָּ וְעָלִיתָ אֶל הַמָּקוֹם אֲשֶׁר יִבְחַר יְדֹוָד אֱלֹהֶיךָ בּוֹ: וּבָאתָ אֶל הַכֹּהֲנִים הַלְוִיִּם וְאֶל הַשֹּׁפֵט אֲשֶׁר יִהְיֶה בַּיָּמִים הָהֵם וְדָרַשְׁתָּ וְהִגִּידוּ לְךָ אֵת דְּבַר הַמִּשְׁפָּט: וְעָשִׂיתָ עַל פִּי הַדָּבָר אֲשֶׁר יַגִּידוּ לְךָ מִן הַמָּקוֹם הַהוּא אֲשֶׁר יִבְחַר יְדֹוָד וְשָׁמַרְתָּ לַעֲשׂוֹת כְּכֹל אֲשֶׁר יוֹרוּךָ: עַל פִּי הַתּוֹרָה אֲשֶׁר יוֹרוּךָ וְעַל הַמִּשְׁפָּט אֲשֶׁר יֹאמְרוּ לְךָ תַּעֲשֶׂה לֹא תָסוּר מִן הַדָּבָר אֲשֶׁר יַגִּידוּ לְךָ יָמִין וּשְׂמֹאל: וְהָאִישׁ אֲשֶׁר יַעֲשֶׂה בְזָדוֹן לְבִלְתִּי שְׁמֹעַ אֶל הַכֹּהֵן הָעֹמֵד לְשָׁרֶת שָׁם אֶת יְדֹוָד אֱלֹהֶיךָ אוֹ אֶל הַשֹּׁפֵט וּמֵת הָאִישׁ הַהוּא וּבִעַרְתָּ הָרָע מִיִּשְׂרָאֵל: וְכָל הָעָם יִשְׁמְעוּ וְיִרָאוּ וְלֹא יְזִידוּן עוֹד:

ע"פ פשט הפס', רואים כי ישנה חובה לשמוע לדברי חכמים: "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". ה**ספרי** מפרש פס' אלו: "אפילו מראים בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם". רש"י מצטט מדרש זה ומוסיף: "וכ"ש שאומר לך על ימין ימין ועל שמאל שמאל". אף הרמב"ם בהלכות ממרים פרק א' מסביר כך: "בי"ד הגדול שבירושלים הם עיקר שבע"פ, והם עמודי ההוראה ומהם חק ומשפט יוצא לכל ישראל ועליהן הבטיחה תורה. שנא': "ע"פ התורה אשר יורוך" – זו מצות עשה. וכל המאמין במשה רבינו ובתורתו חייב לסמוך מעשה הדת עליהן ולישען עליהן. כל מי שאינו עושה כהוראתן, עובר בלא תעשה שנא': "לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".

**נשאלת השאלה, ת"ח הראוי להורות מדוע שיקשיב לדברי חכמים במקרה בו הוא סובר כי חכמים טועים בפירושם**[[5]](#footnote-5)**?**

**הרמב"ן**: "כי התורה נתנה לנו בכתב, וידוע הוא שלא ישתוו [יהיו זהות] הדעות בכל הדברים הנולדים, והנה ירבו המחלוקות ותעשה התורה כמה תורות. וחתך לנו הכתוב הדין, שנשמע לבית דין הגדול העומד לפני השם במקום אשר יבחר בכל מה שיאמרו לנו בפירוש התורה...כי על הדעת שלהם הוא נותן לנו התורה, אפילו יהיה בעיניך כמחליף הימין בשמאל. וכל שכן שיש לך לחשוב שהם אומרים על ימין שהוא ימין, כי רוח השם על משרתי מקדשו ולא יעזוב את חסידיו, לעולם נשמרו מן הטעות ומן המכשול".

מסביר הרמב"ן כי התורה עצמה מצווה על כך שיש להקשיב לדברי חכ' על דעת זה שייתכן ויטעו בהוראתם[[6]](#footnote-6). א"כ יוצא, שבמידה ואדם ילך עם "האמת שלו" ולא יקשיב לדעת חכ' – במעשיו אלו הוא עובר על דברי התורה שהורתה להקשיב לדברי חכ' אף כשייתכן ויורו טעות. ההגיון מאחורי דברי הרמב"ן הוא העבודה שישנם כמובן דינים בסיסיים שבהם ההלכה מורה כיצד לנהוג. אך בחלוף הזמן ובמהלך הדורות נוצרות סיטואציות שונות ומקרים חדשים. לגבי אותן סיטואציות ומקרים יכולות להווצר מחלוקות רבות בין חכ' ביחס למהי דרכה של תורה במקרה החדש שנוצר, והתורה תעשה חלילה כשתי תורות. לכן, כשאדם מקשיב לדברי חכ' אע"פ שהוא עצמו סובר שהם טועים – הוא מונע מהרחבת המחלוקות בישראל. בנוסף, הרמב"ן אומר שיש סייעתא דשמיא בפסיקתם של חכמים, ולכן אינם טועים.

כדברי הרמב"ן מסביר גם **ספר החינוך**: "שאפילו יהיו הם טועים בדבר אחד מן הדברים, אין ראוי לנו לחלוק עליהם. אבל נעשה כטעותם, וטוב לסבול טעות אחד ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו שבזה יהיה חורבן הדת וחלוק לב העם והפסד האומה לגמרי".

**מעשה הממחיש את סמכותם של חכ' אף כנגד ת"ח הראוי להורות, גמ' ראש השנה:**

גמ' זו מספרת עובדה בעניין קידוש החודש[[7]](#footnote-7) אשר נהג בזמן חז"ל. שני עדים העידו כי בליל השלושים ראו את הירח, ובליל השלושים ואחת – לא ראו את הירח. דבר זה לא הגיוני, שאם ראו אותו בליל השלושים בלתי אפשרי שלא יראה בליל השלושים ואחת – שכלל שעוברים הימים מהמולד הוא לגדול. אלא א"כ נאמר שבליל השלושים ואחת עננים הסתירו את הירח או מניעה אחת שמנעה מלראות את הירח. ר"ג (הנשיא) קיבל את העדים. רבי דוסא בן הורכינס: העדים שקרנים, לא ייתכן שיעידו שבליל ה-30 נראתה, ובליל ה-31 לא נראתה? ר' יהושע קיבל דבריו של ר' דוסא. ר"ג גזר על ר' יהושע שיבוא אליו עם מקל ומעות (איסור מוקצה) ביום הכיפורים שחל בחשבונו. ר' עקיבא ביקר את ר' יהושע, וראה אותו מצטער על כך שעליו לחלל את יו"כ החל לשיטתו. ר' עקיבא מנחם אותו, שהרי בסיכום עניין המועדות נאמר "אלה מקראי קודש אשר תקראו אתם במועדם", כתיב המילה אותם נכתבת ללא ו'. משם דורשים חז"ל – "אשר תקראו אתם" התורה נתנה סמכות לבי"ד לקבוע את זמני החגים. לכן, מה שקבע בי"ד ובראשו ר"ג הוא המחייב ואין לך מה להצטער על כך כיוון שהתורה ציוותה על קביעת זמני החגים. ר' יהושע הלך להתייעץ עם ר' דוסא (שהוא זה שאמר את הסברה על כך שאין לקבל העדים), אמר לו ר' דוסא: ישנה סמכות לבי"ד של ר"ג, שהרי כל בי"ד שקם מימות משה רבנו בעל סמכות כבי"ד של משה רבנו עצמו. ר' יהושע עשה כמצוותו של ר"ג והלך ביו"כ שנפל בחשבונו לר"ג.

הגמ' שם: "ללמדך שאפילו קל שבקלין ונתמנה פרנס על הציבור הרי הוא כאביר שבאבירים... אל תאמר מה היה שהימים הראשונים היו טובים מאלה". השופט שבימיך הוא מקור הסמכות, הוא בי"ד – עליך לציית לו.

**אגרות משה**: הקב"ה נתן את התורה לישראל שיעשו כפי שיבינו את הכתוב ואת המסור בע"פ בסיני לפי הבנתם ויותר לא יפרש ולא יכריע הקב"ה בדיני התורה, שלא בשמים היא אלא הקב"ה הסכים מתחילה להבנת ופירוש חכמי התורה.

**שיטת אחרת בדבר חובת הציות לחכמים:**

1. **תלמוד ירושלמי[[8]](#footnote-8) בהוריות[[9]](#footnote-9)**:

"דתני: יכול (=האם ייתכן ש) אם יאמרו לך על ימין שהיא שמאל ועל שמאל שהיא ימין תשמע להם? ת"ל: "ללכת ימין ושמאל". (לך על פיהם רק) שיאמרו לך על ימין שהוא ימין ועל שמאל שהיא שמאל".

הירושלמי דוחה את גישת הספרי הסובר כי יש לציית לדברי חכמים אף כשאומרים לך על ימין שהוא שמאל, אף כשלשיטתך חכמים טועים. הירושלמי בהוריות סובר שכשלשיטתך חכמים טועים – אל תקשיב להם.

כמובן שאין כוונת הירושלמי שכל אדם מן הרחוב יוכל לסבור שחכמים טועים ולהחליט שלא לנהוג על פיהם, אלא אותו אדם חולק צריך להיות תלמיד חכם בר סמכא הראוי להוראה.

1. **המשנה בהוריות**:

ת"ח הראוי להוראה ששוכנע בכך שבי"ד טועים, ונהג כדעת בי"ד והסתבר שבי"ד טעו – אותו ת"ח צריך להביא קרבן. אלא על אותו ת"ח לא לנהוג כדעת בי"ד במידה והוא משוכנע בטעותם.

**קצות החושן**:

"...אך לא ניתנה תורה למלאכי השרת ואל האדם ניתנה אשר לו שכל האנושי. ונתן לנו הקב"ה התורה ברוב רחמיו וחסדיו כפי הכרעת שכל האנושי, גם כי [=אם] אינו אמת בערך השכלים הנבדלים [=מבחינה אובייקטיבית, מבחינת הצדק האובייקטיבי, האמת]. הקב"ה מנחה אותנו ללכת לפי שכל האנושי, ועלינו לנסות ולדבוק באמת ובצדק – אך גם אם לא נגיע לאמת המוחלטת, זוהי מצות התורה ללכת לפי הבנת השכל האנושי שהקב"ה חנן אותנו בו.

**כיוון קצת אחר בנידון זה של "שמאל שהוא ימין":**

**עקידת יצחק** (ר' יצחק עראמה):

במקרה בו חכ' לא ידעו מה הדין והכריעו חכ' באותו מקרה להחיל דין חריג (בעיני אחרים יראה כי זהו ימין שהוא שמאל ושמאל שהוא ימין) ולא החילו את הדין הכללי – זוהי האמת לאותו מקרה הפרטני, ואין להחיל את הכלל על מקרה חריג זה. ברוב ככל המקרים על חכ' להתאים בין מקרה לכלל המתאים לו. אלא שבמקרים חריגים תפקידם של חכ' הוא לומר מתי ישנו מקרה חריג ולפעול על פי דיני חריגים. חכ' שמכריעים כל מקרה ע"פ הכללים – הנה הם מחריבי עולם.

**מונחים:**

**מכת מרדות** – מלקות מדברי חכמים, מלקות לאדם שעבר על גזרת או תקנת חכמים. לדוגמא: מדאורייתא אין איסור על אכילת עוף בחלב, אלא זהו רק איסור דרבנן. אך אדם שיעבור על תקנה זו – יקבל מכת מרדות, מלקות מדברי חכמים. ישנן מס' נפק"מ בין מלקות מדאורייתא או מדרבנן. לדוגמא: בי"ד רשאי שלא לתת מכת מרדות במקרים מסויימים, אך במידה ואדם התחייב במלקות מדאורייתא – בי"ד אינו רשאי שלא להלקות, כיוון שזהו ציווי דאורייתא שאף חכמים מחוייבים בו. בשונה ממכת מרדות שכפי שחכ' קבעו להכות, יוכלו להחליט שלא להכות.

**יו"ט שני של גלויות** – חוגגים יו"ט יום נוסף. כיוון שלא תמיד היו מספיקים להגיע שלוחי בי"ד להודיע באיזה יום נקבע ר"ח, מספק הדרים בחו"ל חגגו יו"ט נוסף.

**מבוא למשפט עברי שיעור 3**

ישנן מחלוקות רבות במשפט העברי; משנה, גמ', ראשונים ואחרונים – כולם מלאים מחלוקות.

האם המחלוקת היא תופעה שלילית או חיובית?

**מצד אחד, מקורות המתארים את המחלוקת כתופעה שלילית:**

1. **תוספתא**:

ר' יוסי מתאר את המצב האידיאלי שהיה בעבר, בו לא היו מחלוקות. כל בי"ד הולך ע"פ מסורת ברורה. במידה ובי"ד אינו יודע – בי"ד הגדול מכריע את המחלוקת אע"פ הרוב, ומשם יוצאת הלכה לכלל ישראל שאין לחלוק עליה.

אמר ר' יוסי: תחילה לא הייתה מחלוקת בישראל. היה בי"ד הגדול בירושלים בלשכת הגזית – 71 דיינים, סנהדרין גדולה. שאר בתי דינים בחלק מן העייריות בא"י – 23 דיינים[[10]](#footnote-10), סנהדרין קטנה. שני בתי דינים נוספים היו בירושלים – 23 דיינים; אחד בהר הבית ואחד בחיל (החומה שמקיפה את הר הבית). אדם שהתקשה בשאלה מסויימת הולך לבי"ד האזורי שבעירו, אין בי"ד בעירו – הולך לבי"ד שסמוך לעירו. אם בי"ד אליו הגיע שמעו (יודעים את המסורת ההלכתית הנוגעת לשאלה הנשאלת), ענה בי"ד את התשובה. לא שמעו, הלך אותו אדם יחד עם אב בי"ד האיזורי לבי"ד שבהר הבית – אם שמעו, ענה בי"ד את התשובה. לא שמעו, הלכו אותם שניים יחד עם אב בי"ד שבהר הבית אל בי"ד שבחיל - אם שמעו, ענה בי"ד את התשובה. לא שמעו, הלכו אותם שלושה יחד עם אב בי"ד של החיל אל בי"ד הגדול בלשכת הגזית. אם שמעו, ענה בי"ד את התשובה. לא שמעו – כל דיין מעלה את טיעוניו, לאחר מכן, הרוב קובע. רוב מטמאין – טימאו. רבו המטהרין – טיהרו. משם הלכה יוצאת ורווחת בישראל.

אך בהמשך המצב השתנה מכורח המציאות, והתחילו מחלוקות בישראל:

**משרבו תלמידי שמאי והלל** [טרום תקופת התנאים] **שלא שימשו כל צרכן** [כנראה שהכוונה היא לכך שלא דייקו ולא ירדו לסוף דעתם של רבותיהם] **הרבו מחלוקות בישראל וגרמו שתהיה תורה אחת כשתי תורות.**

1. **ירושלמי**: טוב היה אילולא לא היו מחלוקות. אך ישנה השלמה עם המציאות הבעייתית של המחלוקת (ועוד אינה עתידה לחזור למקומה), נכון לעכשיו אין פתרון אלא רק עד שיבוא משיח בעזרת השם בקרוב.

"בראשונה לא הייתה מחלוקת בישראל אלא על הסמיכה בלבד. ועמדו שמאי והלל [סוף תקופת הזוגות] ועשו אותן ארבע מחלוקות. **משרבו תלמידי ב"ש ותלמידי ב"ה ולא שימשו את רביהן כל צורכן**, ורבו המחלוקות בישראל. ונחלקו לשתי כתות, אלו מטמאין ואלו מטהרין. ועוד אינה עתידה לחזור למקומה עד שיבוא בן דוד".

**כנגד, יש מקורות המתארים את המחלוקת כתופעה חיובית נצרכת:**

1. **אבות דר' נתן**[[11]](#footnote-11):

"שמא יאמר לך אדם אשב ולא אשנה, [שהרי כל אחד מגיע לתוצאה לימודית שונה ואם כך לכאורה אין תועלת בלימוד]. ת"ל "נתנו מרועה אחד". אל אחד בראם ופרנס אחד נתנם. ריבון כל המעשים אמרם". כל צד במחלוקת יש לו לגיטימציה, יש שיקולים לכל צד במחלוקת. לכל תוצאה לימודית שתגיע – יש לה מקור בתורתנו. במקור זה רואים שטוב שיש מחלוקות ועמדות שונות, עליך לשמוע את הצדדים של כל מחלוקת ולהחכים. יש צדק בכל הצדדים, הקב"ה נתן את התורה בצורה בה כל הצדדים צודקים. מבחינה פרקטית, וודאי שישנה רק דבר אחד אותו יש לעשות, לצורך העניין, שו"ע. אך מבחינה רעיונית ריבוי הדעות והשיטות הוא אידיאלי.

1. **ריטב"א עירובין י"ג,ב' – לא בשמיים היא**:

"אלו ואלו דברי אלקים חיים" – שאלו רבני צרפת ז"ל: האיך אפשר שיהו אלו ואלו דברי אלקים חיים וזה אוסר וזה מתיר? ותרצו: כי כשעלה משה למרום לקבל התורה, הראו לו על כל דבר ודבר מ"ט פנים לאיסור ומ"ט פנים להיתר. ושאל לקב"ה על זה [=מה עושים פרקטית, שני הצדדים נשמעים משכנעים מאוד], ואמר לו הקב"ה, שיהא זה מסור לחכמי ישראל שבכל דור ודור, ויהיה הכרעה כמותם.

1. **תוספתא עדויות**:

"לעולם הלכה כדברי המרובין. לא הוזכרו דברי היחיד בין המרובין אלא לבטלן. ר' יהודה אומר: לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובין אלא שמא תיצרך להן שעה ויסמכו עליהן (=דעת הדחק). וחכ' אומרים: לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובים אלא מתוך שזה אומר טמא וזה אמר טהור, זה אמר טמא כדברי ר' אליעזר, אמרו לו כדברי ר' אליעזר שמעתה.

**הסבר דברי ר"י**: דעת המיעוט היא לגיטימית, ובנסיבות מסויימות אפשר יהיה לעשות בה שימוש.

**הסבר דברי חכ'**: במידה ומישהו יאמר "שמעתי מרבותיי שבמקרה כזה טמא", נאמר לו דבריך נמסרו מפי מסורת אמיתית ונכונה, אך מקור שמועתך כדעת המיעוט שלא הולכים לפיה (לדוגמא כר' אליעזר בדוגמא בתוספתא).

**דוגמא לשיטת ר"י המובאת במקור הקודם הלכה למעשה** במקור הבא:

**גמ' בשבת מ"ד,א' - מ"ה, א'**:

מחלוקת ר"י ור"ש האם בשבת אפשר לטלטל את הנר אף לאחר שהנר כבה. הלכה נפסקה כדעת ר"י שאסור לעשות כן. בשעת הדחק רב התיר את לטלטל את הנר מאחר שישנה דעת מיעוט שאפשר לסמוך עליה, דעת ר"ש המתיר זאת לכתחילה. דעת המיעוט בעלת חשיבות, היא עמדה לגיטימית. פרקטית לא נפעל לפיה לכתחילה, אך בשעת דחק כזו – נשתמש בה.

**כיצד נוצרה מחלוקת?**

**הרמב"ם**: ראינו בשיעור מס' 1 כי הרמב"ם סובר כי ישנן חמש סוגי הלכות בתושבע"פ. לשיטתו של הרמב"ם, בסוג הראשון והשני לא יכול להיות שתהיה מחלוקת, כיוון שהן "הלכה למשה מסיני" – מפיו של הקב"ה ממש ע"י העברת המסורת. אך בשאר הסוגים מעורב השכל האנושי, הסברה ואז יתכנו הבדלים בדרך הפרשנות וביישום הכללים והמידות שהתורה נדרשת בהם. הרמב"ם אומר שאי אפשר לטעון שחל שיבוש בהעברת המסורת במהלך השנים.

ד"ר חבה אומר כי הסיבה שהרמב"ם אמר זאת היא כיוון שסבר שבמידה ונאמר שייתכן והמסורת השתבשה בדרך, נאבד לחלוטין את כל הערך של העברת המסורת ויהיה אפשר לפקפק בכל מעמדה של המסורת.

**שמואל בן חופני גאון**: מונה גאון זה עשר סיבות להיווצרות סתירות ומחלוקות במשנה ובתלמוד. "והסיבה השביעית: קצת ממוסרי השמועות היו שמים לב לשמועתם וזוכרים אותה, ומקצתם לא נתנו ליבם עליה מחמת טירדה וסברו בה שלא כמו שאמר המוסר".

**מהם הכלים להכרעה במחלוקת?**

1. **כלים שמימיים, נבואה, בת קול**.

ישנן שתי דעות באשר ללגיטימציה של כלים שמימיים ככלים מכריעים במחלוקת.

**מצד אחד, מקורות המציגים כלים שמימיים ככלים שאינם לגיטימיים להכרעת מחלוקת:**

א. **תלמוד בבלי תמורה**:

שלשת אלפים הלכות נשתכחו בימי אבלו של משה [כשנפטר]. אמרו לו ליהושע שישאל את הקב"ה מהי ההלכה באותה הלכות שנשתכחו. אמר להם: לא בשמים היא.

אמרו לו לשמואל שישאל הוא את הקב"ה על כך. אמר להם: "אלה המצוות" – שאין הנביא רשאי לחדש דבר מעתה.

ב. **בבא מציעא נ"ט,ב'; תנורו של עכנאי**: בסיפור תנורו של עכנאי נחלקו ר' אליעזר וחכ' האם יש ללכת לפי ההוכחות שמקורן מן השמים כדוגמת החרוב, אמת המים, קירות בית המדרש ובת הקול. ר' אליעזר סבור שכן. חכ' ובראשם ר' יהושע סברו שאין לפסוק מסקנות הלכתיות לפי ראיות שמיימיות. למסקנה, נאמר בגמ' שם כשיטת ר' יהושע: "אמר ר' ירמיה: שכבר נתנה תורה מהר סיני אין אנו משגיחין בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני: "אחרי רבים להטות"[[12]](#footnote-12).

ג. **רמב"ם, הקדמה לפירוש המשניות**:

"ודע שהנבואה אינה מועילה בפירושי התורה ובהוצאת ענפי המצוות בשלש עשרה מידות. אבל [אלא] מה שיעשה יהושע ופנחס בעניין העיון והסברא, הוא שיעשה רבינא ורב אשי".

העובדה שאדם נביא, אין זה מקנה לו יתרון מהבחינה הלימודית, דרכי העיון והסברא.

נביא אשר יאמר כי התנבא אליו הקב"ה (במידה ואמר הנביא כי הגיע בדרכי העיון והסברה נשמע לדבריו ולא נפסול אותו) ואמר לו כי יש להוסיף או לגרוע מצווה מן המצוות, נבואה בעניין הלכתי, ואף אם יעשה אותות ומופתים על מנת להוכיח שהוא נביא אמת – הינו נביא שקר. שהרי משה רבינו, אמר בשמו של הקב"ה שלא תבוא מאת הקב"ה תורה אחרת ולא תשתנה, כיוון שאותו אדם למעשה מתנבא להוסיף/לגרוע מצווה מהתורה וכך לשנותה – אותו אדם הינו נביא שקר.

"שהנביא כשיסבור סברא ויסבור כמו כן מי שאינו נביא סברא, ויאמר הנביא כי הקב"ה אמר אלי שסברתי אמת - לא תשמע אליו. רק אלף נביאים כולם כאליהו ואלישע יהיו סוברין סברא אחת, ואלף חכמים וחכם סוברין הפך הסברא ההיא - אחרי רבים להטות, וההלכה כדברי האלף חכמים וחכם, ולא כדברי האלף הנביאים הנכבדים".

**כנגד, מקורות המציגים כלים שמימיים ככלים לגיטימיים להכרעת מחלוקת:**

א. **ת.בבלי, עירובין י"ג**: "יצאה בת קול ואמרה: 'אלו ואלו דברי אלהים חיים הן, והלכה כבית-הלל".

ב. **ריה"ל, הכוזרי**: ריה"ל מתייחס לשאלה כיצד חכמים יכולים להתקין תקנות ולגזור גזירות?

הלא ישנו האיסור "לא תוסיפו על הדבר...","לא תוסף עליו ולא תגרע...".

פס' אלו נאמרו רק להמון העם שלא יפעלו מסברות הכרס, אלא רק **הנביאים**, הכהנים והשופטים רשאים להוסיף ולגרוע. נאמרה להמון העם ההוראה אל תוסיפו ללא קבלה הוראה להוסיף, אותה הוראה אפשרי לקבל מן משה רבנו ומהנביאים, הכהנים והשופטים שיבואו אחריהם. אותם דמויות מקבלות סיעתא דשמייא המופעלת באמצעות שכלם וחכמתם וכמובן עמלם במהלך השנים. לא ייתכן כי דמויות אלה יטעו כיוון שהם רבים במספרם ובזכות יכולותיהם השכליות ועמלם בתורה.

ריה"ל חולק על הרמב"ם, ריה"ל סבור כי לנביאים ישנה סמכות בעניינים הלכתיים.

ג. **הראי"ה קוק, אגרות הראי"ה**: אמנם הרמב"ם סבור כי אין סמכות הלכתית לנביאים, אך הכלל של "לא בשמיים היא" אינו מוחלט, אליבא דהתוס'. פשט המשנה באבות: "וזקנים לנביאים"- הנביאים חידשו הלכות והעבירום הלאה. שיטת הרב קוק היא כי חלותו של הכלל "לא בשמיים היא" פועלת ע"פ החלוקה הבאה: במקום בו מצד הטיעונים השכליים רק לצד אחד של המחלוקת, לנבואה ולשאר הכלים השמימיים אין כוח לגבור על התוצאה השכלית. אך במקום בו ישנם טיעונים שכליים לשני צדי המחלוקת – ההכרעה בספק יכולה להיות מוכרעת ע"י כלים שמימיים. כך מוסברת בת הקול שפסקה הלכה כבית הלל, במחלוקתם עם בית שמאי.

ד"ר חבה סבור כי קל לתרץ את המשנה באבות אליבא דהרמב"ם: הנביאים רק העבירו את המסורת הקיימת, ולא חידשו חידושים הלכתיים. וכן כל המעבירים בשושלת (משה ליהושע, יהושע לזקנים וכו').

ד. **הראי"ה קוק, שו"ת משפט כהן**:

במקור זה מבאר הרב קוק את הסיבה לחילוקו במקור הקודם. במקום בו ישנם צדדים שכליים לשני צדי המחלוקת, למעשה מבחינה תורנית שני הצדדים נכונים הלכתית, רק ההכרעה הפרקטית מתבארת לפי בת הקול. אך במקרה בו אין שני צדדים שכליים לספק, אלא רק צד אחד הגיוני שכלית- אין נביא רשאי לחדש דבר מעתה, אפילו כשאין כאן נגד התורה, מפני שנראה כתורה חדשה.

ה. **שו"ת מן השמיים, ר' יעקב החסיד ממרויש מבעלי התוס' הצרפתים**. שו"ת שלם שבו מובאות שאלות ששאל רק יעקב החסיד בשמים, והתשובות שענו לו מן השמיים. תשובות אלו קובצו בשו"ת. כ"כ, גם ספרו של מרן השו"ע "מגיד מישרים" קיבץ סודות קבליים שנגלו לו ע"י המגיד שנגלה אליו. עצם קיומו של שו"ת כזה, הפוסק הלכה ע"פ תשובות שמיימיות מציג דעה אשר נותנת לגיטימציה לפסיקת הלכה בצורה כזו.

**מבוא למשפט עברי שיעור 4**

**הכרעה ע"פ רוב**

**תוספתא סנהדרין**:

שאלה שמובאת לפני בי"ד, אפילו רק אחד החכ' אומר כי יש לו קבלה (שמועה) מרבותיו המתייחסת לשאלה הנידונה. ואילו שאר החכ' אומרים כי אין להם קבלה מרבותיהם. ההכרעה אינה לפי רוב במקרה זה, אלא דיינו שישנה קבלה ומסורת של היחיד ועל פיה נפסקת ההלכה.

אך במקום שבו אין מסורת הלכתית, ובשאלה בה נחלקו חכ' כל אחד מן החכ' מביע דעתו ההלכתית-שכלית – במקרה זה ההכרעה תיפול ע"פ דעת הרוב; רוב המתירים/אוסרים.

חכ' אחד מציג מסורת מסויימת אותה קיבל מפי שני חכ' שונים, ואילו שני חכמים אחרים קיבלו מסורת הפוכה, שניהם מאותו חכ'. במקרה כזה נלך לפי מסורתו של האחד – כיוון שאנו הולכים לפי מקורות המסורת, ולא לפני שומעי המסורת. מהסתכלות שטחית נראה כי למעשה ההכרעה היא לפי הבודד ולא לפי הרוב, אך אם נסתכל פנימה נראה כי ההכרעה היא למעשה לפי רוב - רוב מקורות המסורת.

**ת.בבלי, ע"ז ז',א'**:

שני חכ' חלקו ביניהם אם לאסור או להתיר. במקרה בו אחד החכמים גדול מחברו בחכמה ובמנין[[13]](#footnote-13) - לך אחרי שיטתו. אם אין אחד גדול מחברו – לך אחר המחמיר. ר' יהושע בן קרחה: בדאורייתא, לך אחר המחמיר[[14]](#footnote-14). בדרבנן- לך אחר המקל.

**האם חובה לפסוק לפי ההלכות המופיעות בתלמוד**

**הקדמת הרמב"ם ליד החזקה**:

בימי התלמוד, היה מרכז תורני עיקרי ומרכזי בבבל ממנו יצאה תורה לשאר קהילות ישראל. תקנות, גזרות ומנהגים שהיו בימי התלמוד התפשטו לכלל קהילות ישראל. כופין את כל קהילות ישראל לנהוג בכל המנהגים שנהגו חכ' שבתלמוד ולגזור גזירותם וללכת בתקנותם. הואיל וכל אותם הדברים שבתלמוד הסכימו עליהם כל ישראל. ואותם החכ' שהתקינו או שגזרו או שהנהיגו או שדנו דין ולימדו שהמשפט כך הוא הם כל חכמי ישראל או רובן, והן ששמעו הקבלה בעיקרי התורה כולה, דור אחר דור עד משה רבנו. אך בתקופה שלאחר התלמוד, המרכז התורני שהיה בבבל התפזר למקומות שונים בעולם וחיו יותר כקהילות לעצמן, כל קהילה שפסקה פסק מסויים אותו פסק חייב רק את אותה הקהילה ולא את כלל קהילות ישראל.

**דרשות הר"ן**:

לפי שבזמן ההוא היו חכ' ישראל מקובצים בישיבותיהם לאלפים ולרבבות...וכיוון שהסכימו רוב מניין החכ' ההם בדברים המוסכמים בגמ', נצטווינו לילך אחריהם מזאת המצווה שהיא אחרי רבים להטות.

**הכסף משנה**[[15]](#footnote-15)**, מרן השו"ע**:

אליבא דהרמב"ם בהלכות ממרים פ"ב א'-ב', בי"ד רשאים לחלוק על בי"ד שלפניו בהלכות שנלמדו ע"י יג' מידות ובאמצעות הסקה שיכלית, אף אם אינם גדולים בחכמה ובמנין. בשונה מגזרות ותקנות, בהן רשאי לחלוק בי"ד המאוחר רק במידה והוא גדול בחכמה ובמנין.

א"כ, שואל הכסף משנה, מדוע אמוראים לא יכולים לחלוק על תנאים[[16]](#footnote-16) באותן הלכות שנלמדו ע"י התנאים בלימודים שכליים? אלא, "י"ל שמיום חתימת המשנה קיימו וקיבלו שדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים. וכן עשו גם בחתימת הגמ', שמיום שנחתמה, לא ניתן רשות לשום אדם לחלוק עליה".

**סיבה אחרת מדוע אין לחלוק על תנאים:**

**הערות החזון איש על הדברי סופרים**:

לא הייתה זו הסכמה לקבל דבריהם של חכמי התלמוד כפי שהסבירו הרמב"ם ומרן השו"ע, אלא אין אופציה וברירה שלא לעשות זאת. הפער בין התנאים לאמוראים היה גדול כ"כ, שלאמוראים היה ברור שלא ייתכן כי האמורא צודק ויבטל דעתו של התנא. וכן, הפער בין האמוראים לבין הדור שאחריהם, היה גדול כ"כ – שלא הייתה ברירה לחכמי הדור שאחריהם אלא לקבל את דברי האמוראים ואין לחלוק עליהם.

**שו"ע, חו"מ**:

"כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים והידועים, כגון בדינים מפורשים במשנה או בגמ' או בדברי הפוסקים (המאוחרים) ("טעות בדבר משנה", בלשון הגמ') – חוזר הדין ודנין אותו כהלכה, משנים את פסק הדין.

**הרמ"א**: מיהו, יש אומרים דאם נראה לדיין ולבני דורו מכח ראיות מוכרחות שאין הדין כמו שהוזכר בפוסקים (המאוחרים), יכול לחלוק עליו, מאחר שאינו ניזכר בגמרא (הטור בשם אביו הרא"ש). מ"מ, אין להקל בדבר שהחמירו בו החבורים שנתפשטו ברוב ישראל, אם לא שקבל מרבותיו שאין נוהגין באותה חומרא".

לפי הבנתי הדלה בדברי הרמ"א, כוונתו לומר, שאף על הפוסקים המאוחרים אין למהר לחלוק במידה ומדובר בהלכות שפוסקים רבים החמירו בהן וחומרה זו התפשטה בכלל ישראל.

**היחס בין הפסיקה המאוחרת לבין הפסיקה המוקדמת – הלכתא כבתראי**

כלל הלכתא כבתראי (הלכה כפוסק האחרון) במקורו נאמר ע"י הגאונים ביחס לחכמי התלמוד, ישנה מחלוקת האם כלל זה כולל אף את הפוסקים שיבואו לאחר התלמוד.

**כלל הלכתא כבתראי מתייחס לכל הפוסקים המאוחרים בדורות השונים**

**סדר תנאים ואמוראים**[[17]](#footnote-17): כל מחלוקת בין תנא לתנא או אמורא לאמורא, ולא נפסקה הלכה כאחד מהם – במידה והמחלוקת היא בין רב לתלמידו, הלכה כרב. מדורו של רבא[[18]](#footnote-18)- הלכה כאמורא האחרון.

**תוספות קידושין**: התוס' מבארים מדוע דווקא החל מדורו של רבא הלכה כאמורא בתרא; "לפי שדקדקו יותר מן הראשונים להעמיד הלכה על בורייה". לימוד בצורה מעמיקה ומקיפה יותר מאשר אמוראים ראשונים.

**שו"ת מהרי"ק** – ר' יוסף קולון מצרפת, צפון איטליה: **מהרי"ק נותן טעם אחר מהתוס'**. בתראי הכירו את דברי הראשונים, ואילו קמאי לא הכירו את דברי בתראי. מכך שבתראי חלקו על דברי הראשונים – ברי להם שמה שאמרו ראשונים בהלכה זו, אין לסמוך על דבריהם. א"כ, זועקת השאלה מדוע דווקא מרבא והילך סומכים על הפוסק האחרון? נסמוך א"כ בכל פוסק אחרון בדור שהוא! עונה על כך מהרי"ק, כי עד רבא סדרי הלימוד היו כך שהרב היה משנן (כמו תוכי) את דברי רבותיו, ומעבירם הלאה (שוב כמו תוכי) לתל'. הרב ותלמידיו לא היו מעמתים בין מקורות סותרים ומיישבים אותם. כיוון שסדרי הלימוד היו שינון של דברי הרבנים, ככל שהמקור יותר קדום – יותר אפשר לסמוך עליו, שהרי הוא מועתק פה מפה עד משה רבנו. החל מזמנו של רבא למדו התל' את כל שיטות החכ', כל המקורות התנאים כולם ולא רק המקורות אותם רבם מכיר ולימד. ההכרעות אינן רק ע"י שינון, אלא ע"י נשיאה ונתינה, בדיקה וחקירה של השיטות השונות. החל מזמנם של אביי ורבא, החכ' יישבו ותרצו את כל השיטות ההלכתיות כולן שלא יקשה מזה על זה. ומתוך כך הוציאו כמה דינים והעמידו כמה שמועות על בוריין ועל אמתתם. וכן עשו כל הבאים אחריהם מדור ודור.

**שו"ת הרי"ד**: מביא את משל הפילוסופים: הענק כשלעצמו רואה רחוק יותר מן הננס, מחמת גובהו. אך כשהננס רכוב על כתפי הענק – הננס יראה למרחוק. כך אנו, ננסים רכובים על כתפי ענקים. הנמשל: החכמה המוחלטת של החכם הראשון מול המאוחר, חכמתו של הראשון היא גדולה משל השני. אך כאשר חכמת החכם השני מתווספת לחכמת החכם ראשון – החכם המצטברת היא גדולה יותר משל החכם הראשון לבדו. כך, יכול לחלוק החכם האחרון לחלוק על החכם הראשון. העיקרון בדבריו הוא כוחו של הידע המצטבר.

**שו"ת הרא"ש**: ההלכה מבחינה בין שני סוגי טעויות של דיינים.

1. "**טעות בדבר משנה**"[[19]](#footnote-19): במקרה של טעות כזו בפסק הדין, מבטלים את פסק הדין ונותנים פסק דין חדש. הדיין לא צריך לשלם מכיסו. הסיבה שהדיין לא צריך לשלם, כיוון שפסק דין שנגוע בטעות הנוגעת לדבר הלכה מפורש, הוא חסר יסוד וחסר ממשיות. לכן, הדיין אינו צריך לשלם על פס"ד כזה.
2. "**טעות בשיקול הדעת**"[[20]](#footnote-20): טעות כזו לא מבטלת את פסק הדין, אך עשויה לחייב את הדיין לפצות את הצד הנפגע מכיסו.

מביא את דברי **הראב"ד** הנוגע בהגדרת "טעות בדבר משנה". אין הכוונה לפסק שסותר דברי משנה או תלמוד מפורשים, אלא אף פסק שסותר על דבריהם של גאונים.

**הרא"ש חולק על הראב"ד**, ואומר כי פסק שסותר דברי גאונים אינה טעות בדברי משנה. יש לחלק בין שני מקרים: פוסק שפסק בזמן שלא ראה את דברי הגאונים, ולאחר שפסק ראה את דברי הגאונים, זוהי טעות בדבר משנה. אך אם הדיין פסק בזמן שראה את דברי הגאונים וסבר אחרת מהם ולכן פסק בשונה מהם, אין זו טעות בדבר משנה.

סובר הרא"ש כי יכולים פוסקים מאוחרים לחלוק על דברי הגאונים, אולם לא על התלמוד. ואף יותר מזה, לא רק שאין זו טעות בדבר משנה לחלוק על פוסקים מוקדמים, אלא סומכים יותר על דברי הפוסק המאוחר על פני הפוסק המוקדם, משום שהפוסק האחרון ראה את דבריהם של הראשונים, דן בדבריהם והכריע לפי ראות עיניו.

יוצא מדברי הרא"ש את הכלל הבא: פוסקים לפי כלל "הלכתא כבתראי", רק בתנאי שהפוסק המאוחר הכיר את דברי הפוסק המוקדם. אך במידה ולא ראה הפוסק המאוחר את דברי הפוסק המוקדם, לא אומרים כלל זה.

**שו"ת הרמ"א**:

מביא הרמ"א בתשובה, שביקש מרבו (ר' שלום שכנו) פעמים רבות שיכתוב ספר פסיקה, אך הוא סירב, כיוון שידע שיפסקו כמוהו שהרי הכלל הוא הלכתא כבתראי והוא הפוסק של אותו הזמן, ולא רצה לקחת זאת על כתפיו מתוך ענווה.

**כלל הלכתא כבתראי מתייחס רק לחכמי התלמוד, ולא לפוסקים שאחר התלמוד**

**מהר"ם אלאשקר**: (משה בן יצחק אלאשקר, ספרד, תוניס, קהיר, ירושלים)

הכלל נאמר ע"י הגאונים אך ורק ביחס לחכמי התלמוד, ולא ביחס לפוסקים מאוחרים יותר. הסיבה לכך היא, שלא ייתכן שהגאונים יגידו על הפוסקים שיבואו אחריהם כי ההלכה תהיה כמותם, והרי הם לא ידעו מי יבוא אחריהם! ייתכן לדוגמא, שתהיה ירידת דורות עצומה ועדיף יהיה לסמוך על הגאונים.

**גישת ביניים**

**גט פשוט**: (פירוש על השו"ע, ר' משה חביב, המאה ה-17)

מסייג את הכלל הלכתא כבתראי. יש לומר את הכלל, רק בתנאי שרמתו של הפוסק המאוחר לא פחותה מרמתו של הפוסק המוקדם. ההגיון בכך הוא, שרק כך הפוסק המאוחר יוכל להתמודד עם טיעוניו של הפוסק הראשון. גט פשוט מגדיר "רמה" של אותו פוסק מאוחר ע"פ מס' פרמטרים: גודל חיבורו, רמת פרסום חיבורו.

**הקדמת הבית יוסף**:

מסביר הבית יוסף כיצד הייתה דרכו בפסיקת ההלכה. דרכו היא להכריע במקום בו יש דעות שונות, ע"מ ליצור הלכה אחידה לכלל ישראל. לכאורה היה מתבקש לנתח כל סוגיא ע"פ דעות הפוסקים ולהגיע למסקנה איזה פוסק "צודק" לפי שיטת הבית יוסף. אומר הבית יוסף כי זה בלתי אפשרי, כיוון שמבחינה טכנית זה ארוך ביותר. הנימוק העיקרי של מרן הוא, שאין הוא יכול להכניס עצמו ולהתמודד עם נימוקי הראשונים ולהכריע בין שני ראשונים, הרי שניהם גדולים ממנו. ולכן, נקט בשיטה אחרת: לפסוק לפי דעת הרוב במחלוקתם של גדולי הראשונים: הרמב"ם, הרא"ש והרי"ף. במקום בו אחד מעמודי ההוראה לא גילה דעתו, והשניים האחרים חולקים אחד על השני, אומר מרן כי יבדוק מה פסקו פוסקים אחרים ועל פיהם יפסוק. הבחירה דווקא בעמודי הוראה אלו היא "בעייתית", כיוון שהרמב"ם והרי"ף בדר"כ סוברים אותו הדבר, כיוון ששניהם מגיעים מאותה שיטת פסיקה ספרדית, בשונה מהרא"ש אשר הלך לפי שיטת הפסיקה האשכנזית. זו אחת הסיבות שבגללה הרמ"א החליט לכתוב את הגהותיו על השו"ע, להתאים את פסיקות השו"ע לאשכנזים.

מרן לא רואה את הכלל הלכתא כבתראי ככלל מחייב, שהרי אם כך היה, היה צריך לקחת את דבריהם של הפוסקים בני זמנו ולא את פסקיהם של שלושת עמודי ההוראה.

**הקדמת הרמ"א**:

מזכיר את שיטת הפסיקה של מרן, ואומר ביחס לזה שמרן התעלם מהכלל הידוע והמוכר הלכתא כבתראי. אומר הרמ"א כי פסיקתו של מרן סטתה הרבה מהפסיקה האשכנזית, אשר היא אמונה על הכלל הלכתא כבתראי. לכן, החליט הרמ"א לכתוב את הגהותיו שיתייחסו לשיטת הפסיקה האשכנזית.

**מבוא למשפט עברי שיעור 5**

**טענת "קים לי"**

טענת "קים לי" נוגעת רק לאיסורי ממונות. זו טענה שיכול לטעון אדם שמוחזק בממון, אין בכוחה להוציא ממון מהצד שכנגד, אלא רק לפטור מתשלום.

נדגים: בתביעה ממונית יש תובע ונתבע. התובע טוען כי על הנתבע להעביר לו סכום כסף, כי התובע עבד אצלו והנתבע לא שילם לו. המוחזק בממון הוא הנתבע, והתובע דורש להוציא מן הנתבע את הכסף ולהעביר אותו אליו. יכולות להיות שני סוגי מחלוקות ממוניות:

1. מחלוקת עובדתית. הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מתייחס למחלוקת עובדתית. על המוציא להביא ראיה על מנת להוציא מן המוחזק.
2. מחלוקת משפטית. במקרה בו העובדות מוסכמות, וישנה מחלוקת משפטית בה נחלקים בעלי הדין האם במקרה כזה למי שייך הכסף.

טענת "קים לי" נוגעת רק למחלוקות משפטיות, ולא למחלוקות עובדתיות.

דיין שהגיע לפניו מקרה, והוא מוצא כי ישנן פוסקים שנחלקו ביניהם במקרה זה. הדיין מכריע בצורה מסויימת ומגיע להכרעה כי על הנתבע לשלם. כאן נכנסת טענת "קים לי", בא הנתבע ומביא פוסקים רבים שסוברים כי הנתבע פטור משלם, וכי הנתבע עצמו סבור כמו אותם פוסקים. במקרה כזה, אי אפשר יהיה להוציא ממנו את הממון.

קיימות שתי גישות המתייחסות לפסיקת הלכה. האחת סוברת כי לאחר שנפסק כדעת מסויימת, נשללת הדעה השניה והיא מוגדרת כלא נכונה. הגישה השניה סוברת, כי אף לאחר שנפסק כדעה מסויימת, הדעה השנייה אף היא אמיתית ונכונה ואין לשלול את הצדק שבה. לפי גישה זו, פסיקת ההלכה כאחת הדעות, מטרתה היא לדעת האם לנהוג בפרקטיקה כאיזו דעה, ואין תפקידה לשלול דעה מסויימת.

מתוך זה שקיימת טענת "קים לי", צריך לומר שהגישה השנייה היא הנכונה. שאם נאמר כי הגישה הראשונה נכונה, ודעה הלכתית אחת נשללת כשנפסקת הלכה כדעה ההפוכה, לא יהיה אפשר לטעון טענת "קים לי" שענייננה טעינת טענה שאינה נפסקה להלכה.

טענת "קים לי" מערערת את סמכותו של בית הדין. ובעיה קשה מזו, האפשרות לטעון טענת "קים לי" למעשה מייתרת את משמעותם של בתי הדין לענייני ממונות, שכל נתבע יוכל לטעון טענת "קים לי" ולפטור עצמו מן התשלום שבחזקתו.

## **הגבלות לשימוש בטענת "קים לי":**

**אורים ותומים, חו"מ**: (פירוש על שו"ע, ר' יונתן אייבשיץ)

כמעט בכל דיני ממונות ישנן מחלוקות. טענת "קים לי" מעודדת שימוש בכח, שהרי מי שמוחזק בממון יוכל לטעון טענת "קים לי", וכל אחד מהצדדים ילחם באמצעות "כל דאלים גבר" ע"מ להחזיק בממון ולאח"כ לטעון "קים לי". בנוסף, שימוש גורף בטענת "קים לי" יביא לחוסר משמעות ללימוד עיוני ולפסיקת הלכה בדיני ממונות, שכל נתבע יטען "קים לי" בניגוד לפסיקת בית הדין, והאמת תהיה נעדרת.

לכן יש להגביל את השימוש בטענת "קים לי" כך: כל מחלוקת הפוסקים בה השו"ע והרמ"א הסכימו אחד עם השני לגביה ולא כתבו דעה אחרת בספרם, שאר הדעות שלא נכתבו בשו"ע וברמ"א אינן בנות-סמכא להסתמך עליהן בטענת "קים לי".

הגבלה זו טובה ככל שקרובים לזמנם שו"ע והרמ"א, אך ככל שמתרחקים מזמנם הדעות והמחלוקות מתרבות, והשו"ע והרמ"א לא התייחסו למחלוקות אלו.

**שו"ת הרדב"ז**:

הרדב"ז דן בשאלה, האם ניתן לטעון "קים לי" כדעה אחת, ולאחר מכן, בדיון אחר באותה סוגיא עצמה לטעון "קים לי" כדעה ההפוכה. הרדב"ז אוסר זאת. אגב שאלה זו מגביל הרדב"ז את השימוש בטענת "קים לי".

הגבלותיו לשימוש בטענת "קים לי":

1. אי אפשר לטעון טענת "קים לי" כנגד מרא דאתרא (הפוסק המקומי).
2. במקרה בו יש מנהג ברור, אי אפשר לטעון "קים לי" כנגד אותו מנהג.
3. לא ניתן לטעון "קים לי" כדעת היחיד כנגד דעת הרבים. אולם אפשר לדוגמא: לטעון כשניים מול עשרה.
4. גם במקום בו יש מחלוקת של חכם נגד חכם, אפשר יהיה לטעון "קים לי" רק אם שני החכמים הם באותה הרמה.
5. על העמדה בה משתמשים בטענה להיות מפורסמת, התפשטה ברוב ישראל[[21]](#footnote-21).

טוען הרדב"ז כי אם לא נגביל את טענת "קים לי" יהיה אפשר להשתמש בה כמעט בכל דיון ממוני.

**שו"ת יביע אומר**: (מרן הרב עובדיה)

ביה"ד ככלל לא טוען ביה"ד טענות עובדתיות בשביל אחד הצדדים. אך במקרים מסויימים, רשאים ביה"ד לטעון טענה עובדתית בשביל אחד הצדדים. כגון: "פתח פיך לאילם", ולאו דווקא אילם ממש, אלא אף אילמות שאינה פורמלית, כמו במקרה בו בעל דין אחד הוא תלמיד חכם והשני הוא עם הארץ.

אולם, ביה"ד יכול באופן גורף לטעון טענות משפטיות עבור אחד הצדדים. ישנן דעות שונות האם ביה"ד יכול לטעון טענת "קים לי" עבור הצדדים. היביע אומר סובר כי אפשר יכול ביה"ד לטעון עבור אחד הצדדים טענת "קים לי".

**סמכות חכמים בתחום החקיקה - תקנות[[22]](#footnote-22) וגזירות[[23]](#footnote-23)**

**ת.בבלי, שבת**:

ישנה מצווה מדרבנן להדליק נרות חנוכה. נוסח ברכה של קיום מצווה הוא: "אשר קדשנו במצוותיו וציוונו". בחנוכה הברכה על נרות חנוכה היא: "אשר קדשנו במצוותיו וציוונו להדליק נר חנוכה". זועקת הגמרא, נרות חנוכה מצוותם מדרבנן!

שואלת הגמרא: היכן הקב"ה ציוונו? שני תירוצים לגמרא:

1. מתרץ רב אויא: מ"לא תסור". ציווי זה מורה לנו לשמוע בקול חכמים, אף לתקנותיהם. לכן, יוצא שבעקיפין הקב"ה ציווה אותנו להדליק את נר חנוכה.
2. רב נחמיה מתרץ: "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך". לפי רב נחמיה ציווי זה אף הוא בעקיפין, מאחר שהתורה ציוותה לנו לשמוע בקול חכמים, קיום מצוות חכמים היא ציווי הקב"ה בעצמו.

אולם, המקור הראשון מ"לא תסור" הוא מקור שהקשרו הוא הקשר הלכתי, בשונה ממקורו של רב נחמיה, המביא את מקורו משירת האזינו שלא נאמרה בהקשר הלכתי.

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה**:

"ויש מצוות אחרות שנתחדשו אחר מתן תורה, וקבעו אותם נביאים וחכמים, ופשטו בכל ישראל, כגון מקרא מגילה ונר חנוכה... כל אלו המצוות שנתחדשו, חייבים אנו לקבלם ולשמרם. שנאמר: "לא תסור מן הדבר...".

הרמב"ם מלמד כי ישנה סמכות לחכמים לחדש מצוות, הוא לומד זאת מן הפס' "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל", שעל כך דרשה הגמ': "מכאן שמצווה לשמוע לדברי חכמים".

**דברים י"ג,א' , דברים ד',ב'**:

"לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו".

"לא תוסיפו על הדבר אשר אנכי מצוה אתכם ולא תגרעו ממנו".

**פעמיים התורה ציוותה עלינו שלא להוסיף ולא לגרוע ממצוות התורה, א"כ, כיצד רשאים חכמים להוסיף ולגרוע ממצוות התורה?**

מפרש **רש"י** על פס' אלו כי הציווי לא להוסיף כוונתו לא להוסיף בתוך המצווה עצמה ולשנותה, כגון: חמש פרשיות בתפילין, חמש ציציות. אולם, להוסיף מצווה חדשה ממש, אין היא בכלל האיסור בכתובים, ומותר לעשות כן.

**רמב"ם הלכות ממרים ב',ט'**:

איסור "גדי בחלב אמו" הוא בשר בהמה בחלב, אך בשר עוף אינו אסור. במידה וחכמים היו אומרים כי בשר עוף הוא בכלל בשר בהמה האסור, זוהי גריעה שנאסרה. אולם, במידה וחכמים יבואו ויגידו, כי התורה עצמה אסרה בשר בהמה בלבד, אולם אנו חכמים גוזרים גזרה האוסרת אף בשר עוף, אין זה בכלל איסור גריעה, וזה מותר.

הכלל הוא: במידה וחכמים מייחסים את הגריעה אל עצמם, זה בגדר המותר. אולם, אם חכמים מייחסים את הגריעה לתורה עצמה, כי היא ציוותה לגרוע ממצוות התורה, זהו אסור.

**הכוזרי, ריה"ל**:

שיטת הכוזרי היא כי לחכמים ולנביאים מותר להוסיף ולגרוע, אך לאדם מן השורה אסור.

**מבוא למשפט עברי שיעור 6**

**היקף סמכות חכמים בתחום החקיקה - תקנות וגזירות**

**האם ישנו כוח ביד חכמים לגזור גזירה, שעניינה לאסור דבר אשר אותו התורה התירה לעשות?**

**ישנה הבחנה בשאלה זו בין מצוות עשה לבין מצוות לא תעשה:**

**מצוות עשה:**

ישנה סמכות ביד חכמים לעקור מצוות עשה דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה", פירושו, יש את הכוח ביד חכמים לומר: אל תקיים מצוות עשה שהתורה אמרה לך לקיים. דוגמא: מדאורייתא מותר לתקוע בשופר בר"ה שנפל בשבת. חכמים תקנו שבמקרה כזה אין לקיים את מצוות תקיעה בשופר, כיוון שאנשים יוציאו שופר מרשות לרשות. דוגמא נוספת: מדאורייתא חובה ליטול ארבעת המינים בסוכות שחל בשבת. חכמים תקנו כי אין ליטול את ארבעת המינים בשבת, כיוון שאנשים יוציאו את המינים מרשות לרשות. במקרים אלו, חכמים עקרו מצווה מן התורה ב"שב ואל תעשה".

ישנם ראשונים (רשב"א ואחרים) שמגבילים את אפשרות חכמים לעקור דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה", רק למקרים בהם המצווה לא נעקרת לגמרי. לדוגמא: מצוות תקיעת שופר אינה נעקרת לגמרי, אלא רק במידה ור"ה יפול בשבת.

**מצוות לא תעשה:** אין סמכות לחכמים לעקור דבר מן התורה ב"קום ועשה", הוראה לעבור על איסור תורה. לדוגמא: אין כוח ביד חכמים לומר שמעתה מותר יהיה לאכול בשר וחלב.

ישנם חריגים לכלל זה. ישנם שלושה מקרים חריגים:

1. הוראת שעה.
2. הפקר בי"ד.
3. הפקעת קידושין.

**א. הוראת שעה**: (יבמות, גיטין)

ישנו איסור להקריב בבמות, הקמת מזבח מחוץ לבית המקדש. כל זמן שלא היה ביהמ"ק, אדם היה יכול לבנות במה בביתו ולהקריב. אך מרגע שהוקם ביהמ"ק, אע"פ שחרב לאחר מכן, אסור להקריב קרבנות מחוץ לביהמ"ק.

בספר מלכים מסופר כי בימי אחאב מלך ישראל, אליהו התנבא והוכיח את ישראל "עד מתי אתם פוסחים על שתי הסעיפים" על תפיסת החבל משני קצותיו- הע"ז והקב"ה. בהר הכרמל, אליהו מציע להקים שני מזבחות, אחד לקב"ה ואחד לאלוקיהם. האש תצא ותאכל את הקרבן של האלקים האמיתי.

הגמ' ביבמות וגיטין מעמתת את איסור ההקרבה בבמות מול מעשהו של אליהו. עונה הגמ': "עת לעשות לה' הפרו תורתך". זו הייתה הוראת שעה. מטרתו של אליהו הנביא הייתה שהעם יעזוב את הע"ז ולחזק את קיום התורה במעשה זה, ולכן היה מותר להפר איסור תורה זה על מנת להרבות את קיום התורה. לא יכול היה לבקש מנביאי הבעל להקריב קרבן לאלוקיהם בביהמ"ק.

הגמ' מדברת על מקרה נוסף בו ישנה הוראת שעה. ידוע כי ישנה חובה לאכול מצות בפסח. בימי אסתר תקנו להתענות על מנת להציל את העם מכליון, חרף העובדה שלא יאכלו מצות.

ישנה הוראת שעה שנמשכת כבר אלפיים שנה. ישנו איסור לכתוב את התורה שבע"פ[[24]](#footnote-24). בימי התנאים, התירו לכתוב את התורה שבע"פ, מחמת החשש שהיא עלולה חלילה להשכח. על אף שהתר זה נמשך כבר אלפיים שנה, זוהי עדיין הוראת שעה, והיא יכולה להמשך כל עוד הנסיבות להיתר נמשכות ונצרכות.

**סנהדרין מ"ו, א'**:

הכלל "בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה" הוא למעשה חלק מהמסגרת הכללית של סמכות חכמים בהוראת שעה, אך הוא מיוחד לתחום הפלילי, תחום בו נעשה בו שימוש מיוחד. השימוש בהוראת שעה, במיוחד במסגרת החוק הפלילי היה מאוד נפוץ בקהילות ישראל בתקופות השונות בעיקר בתקופת הראשונים, כיוון שמיום שבטלה הסנהדרין, אין לבית הדין סמכות לענוש על פי דין תורה. על כן, נהגו בתי הדין להשתמש בהוראת שעה על מנת לענוש את העבריינים ולהסדיר את התחום הפלילי. לעתים אף נקבעו תקנות מיוחדות של ענישה, אך רק במסגרת זמנית ורעיונית של הוראת שעה.

ישנם תנאים הלכתיים שרק בהתקיימם יוכל בי"ד לגזור מלקות או עונש מוות על אדם. אך ישנם מקרים בהם אותם תנאים לא התקיימו, ובכל אופן על בי"ד לגזור גזר דין מלקות או מוות על אדם. הגמ' מביאה שני מקרים בהם בי"ד גזרו גזר דין אף ללא קיום אותם תנאים. אחת הדוגמאות היא: עונש מיתה על חילול שבת הינו רק על חילול שבת מדאורייתא. איסור רכיבה בשבת הינו מדרבנן. בי"ד שבדור מסויים גזרו סקילה על רוכב על סוס בשבת. הסיבה לכך היא, שהיוונים ניסו לגרום לכך שעמ"י חלילה לא ישמור שבת. בנוסף, הייתה זו תקופה בה היו מתיוונים צברו כוח. לכן, חכמים החליטו כי כדי לחזק את שמירת השבת יש להעניש במוות את אותו רוכב על סוס.

ב. **הפקר בי"ד הפקר**:

ככלל, רק בעה"ב יכול להפקיר את רכושו. אולם, גם בי"ד יכול לקבוע כי רכושו של אדם אינו שייך לו, ואף להעביר את הבעלות מהחפץ אל אדם שלישי.

נשאלת השאלה, כיצד חכמים יכולים לעשות זאת? הלא לכאורה יש במעשה זה של הפקעת רכוש/העברת רכוש לאדם אחר משום איסור גזל.

**גיטין ל"ו**:

המקור לסמכותם של חכמים לעשות כן, נלמד משני מקורות.

**מקור א', עזרא**: מסופר שם, כי עזרא איים על העם שבמידה ואחד מהם לא יבואו לעצת השרים והזקנים יחורם כל רכושו.

ממקור זה למדים על כוחם של חכמים רק להפקיר רכושו של אדם, אך לא להעבירו לאדם אחר.

**מקור ב', יהושע**: הגמ' לומדת כי כשם שאב מוריש רכושו לבנו, כך בי"ד רשאי להפקיע ממון ולהעבירו למי שירצה.

ממקור זה למדים על כוחם של חכמים אף להעביר בעלות.

**תוספתא שקלים**:

איסור כלאיים: אסור לגדל שני סוגי גידולים שאינם מאותו מין באותה ערוגה. אולם, כלאיים שנזרעו בדיעבד, מותרים באכילה. בחודש אדר היו שלוחי בי"ד מפקירים את תוצרת שדות הכלאיים. ע"י כך אנשים זרים יוכלו לאכול משדותיהם. בי"ד עשו זאת ע"מ למנוע מאנשים לעבור על איסור כלאיים ולגדל כלאיים בשדותיהם, ע"י הפקרת השדות.

תקנות ממוניות רבות[[25]](#footnote-25) מבוססות על "הפקר בי"ד הפקר".

ג. **הפקעת קידושין**:

**משנה גיטין ד', א'-ב'**

כל זמן שאישה מקודשת לאדם אחר, היא אסורה על אדם אחר. ישנן מס' מקרים בהם קידושין עלולים להיקטע. המקרים הם: מיתת הבעל, גט. ניתן לקדש או חלילה לגרש אישה ע"י שליח. אף האישה יכולה למנות שליח שיקבל עבורה את הקידושין או את הגט.

אדם שמינה שליח לגרש את אשתו. אותו אדם התחרט והחליט שלא לגרש את אשתו. כל זמן שהשליח לא הספיק להגיע אל האישה עד שהגיע הבעל וביטל שליחותו – השליחות מבוטלת. מדאורייתא (אך חכמים תקנו שא"א לעשות כן, כמבואר בפסקה הבאה) ישנה אפשרות אחרת לבטל את הגט קודם הגעתו. יוכל אדם להגיע את בי"ד שסמוך אליו ולבקש ממנו לבטל את הגט ששלח.

יכולה להווצר מכך תקלה, אותה אישה שהשליח יגיע אליה ויביא לה את הגט, תחשוב שהגט הוא גט, ולא תדע שהבעל הלך וביטל אותו בבי"ד. על סמך זה, אותה אישה תנשא לאדם אחר, בעודה אשת איש – ויהיו ילדיה ממזרים. כדי למנוע בעיה זו תיקן רבן גמליאל שלא יוכלו לבטל גט בבי"ד מפני תיקון העולם (דהיינו, הבעיה שהזכרנו).

**גיטין ל"ג, א'**

הגמ' מביאה ברייתא בה נחלקו תנאים במקרה בו אדם עבר על אותה תקנה של ר"ג שהזכרנו וביטל את הגט בבי"ד, האם הגט בטל בדיעבד?

רבי: הגט מבוטל בדיעבד, הנישואין בתוקף. רשב"ג: הגט אינו מבוטל, הגט הוא גט. שא"כ מה כח בי"ד יפה?

שואלת הגמ' על דעת רשב"ג: כיצד תקנת חכמים של "מפני תיקון העולם" יכולה להפקיע דין תורה שמאפשר לבטל גט בבי"ד? עונה הגמ': כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה. ישנו תנאי כללי הפועל על כל קידושין שיהיו, שהן ע"פ דעת חכמים. במקרה כזה, חכמים הפקיעו את הקידושין בין אותם בני זוג אשר הבעל "ביטל" את הגט בבי"ד. יוצא כי הם לא היו נשואים מעולם.

**ת.ירושלמי גיטין**

גם הירושלמי שואל את שאלת הבבלי. אולם, **הוא עונה תשובה אחרת מהבבלי**. הירושלמי סובר כי הקידושין מופקעים מכאן ולהבא, אך לא רטרואקטיבית.

מבוא למשפט עברי שיעור 7

סמכות חכמים בחקיקה-ביטול תקנות

הסמכות לבטל תקנות היא בין השאר פועל יוצא של הנימוק לתקנת התקנה, ועד כמה נימוק זה עדיין רלוונטי.

לא תמיד ציינו חכמים מהו הנימוק לתקנת התקנה, ולעתים אין לנו כל ידיעה על אותו נימוק, וגם עובדה זאת משפיעה על היקף סמכותם של חכמים לבטל את התקנה. יותר קל לבטל תקנה וגזירה כשהטעם שלה ידוע מאשר תקנה שהטעם שלה לא ידוע.

**משנה גיטין**:

יש תקנות שחכמים התקינו והם הסבירו את טעם התקנה בהבאת נימוקו. דוגמא לתקנה שנימוקה בצידה: אם לקחו אדם בשבי אין פודים אותם אלא במחיר סביר. הסיבה לתיקון התקנה- מפני תיקון העולם (ככה החוטפים ימשיכו לחטוף ולחטוף, נותן להם לגיטימציה להמשיך לחטוף).

נימוק נוסף לחלק מהתקנות הוא, מפני דרכי שלום. לדוגמה: גם אם ילד קטן הרים כסף שהוא מצא ברחוב אע"פ שההרמה שלו לא מקנה לו את הכסף מהתורה כי הוא קטן, באו חכמים ותיקנו שהכסף שייך לו מפני דרכי שלום, פירוש, שהוריו של הקטן לא יתקוטטו עם אדם שיראה את הקטן מוצא ויקח ממנו, כיוון שהקטן לא זוכה מדאורייתא.

**ת.בבלי, עבודה זרה ל"ה,א'**:

כאשר חכמים תיקנו תקנה שנה שלמה מזמן התקנת התקנה הם במכוון לא ציינו מהו הנימוק לתקנה שלהם.

לחכמים יש אינטרס שהתקנה שלהם תתפשט בכל ישראל כי ברגע שרוב הציבור נוהג על פיה אז האפשרות לשנות/לבטל את התקנה הרבה יותר קטן, לעומת זאת תקנה שלא פשטה בכל ישראל יותר קל לשנות אותה.

ולכן, חכמים בכוונה לא היו אומרים מה הטעם של התקנה על מנת שהתקנה תתפשט בכל הארץ וכולם יפעלו על פיה (מבלי לדעת מהו הטעם שלה) ואחרי שנה שבה כל הציבור קיבל על עצמו את התקנה חכמים גילו לציבור מהו הנימוק לתקנה ועכשיו אחרי שההלכה התפשטה הציבור לא יוכל לפעול בניגוד להלכה (לבטל את התקנה) בטענה שהטעם שלה לא נשמע להם הגיוני, וזאת מכיוון שההלכה כבר התפשטה בכל הארץ.

**ביטול תקנות שטעמן אינו ידוע**

**משנה עדויות**:

אם בית דין גזר גזירה ובית הדין שלאחריו רוצה לבטל את הדין הזה (את הגזירה הזאת),הדרישה היא שבית הדין המבטל צריך להיות גדול בחכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה.

**ת.בבלי, עבודה זרה**:

גורם שני הקובע האם ניתן לבטל תקנה של חכמים היא מידת התפשטותה של התקנה בישראל.

**רמב"ם**:

אם מדובר בתקנה שפשטה בכל ישראל היא ניתנת לביטול אבל בית הדין המבטל צריך להיות גדול בחכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה.

אולם, תקנה אשר לא התפשטה בכלל ישראל, אפשר לבטלה אף בלי בי"ד שיהיה גדול בחכמה ובמניין.

אולם, לא כל תקנה יכולה להתבטל, ישנו סוג מסוים של תקנות שאם הם פשטו בכל ישראל אי אפשר יהיה לבטלן לעולם. תקנות אלה שאינן יכולות להתבטל הותקנו על מנת לחזק את מה שכתוב בתורה, תקנות אשר הן באות כסייג לדיני תורה. אי אפשר יהיה לבטל תקנות שהן סייג לאיסור שבתורה.

לסיכום, אפילו אם יקום בית דין הגדול במניין ובחכמה, אפילו הוא לא יוכל לבטל גזירה שבאה כסייג לתורה.

**מגבלות שיש לחכמים על אופן התקנת התקנות**

**רמב"ם**:

1. "לעולם אין גוזרין גזירה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה".
2. אם בית דין גזר גזירה לאחר שהם חשבו שרוב הציבור יכול לעמוד בה, ואע"פ כן הגזירה הזאת לא התפשטה בישראל. במקרה כזה, לא צריך לבטל את התקנה הזאת כי היא בטלה מעצמה.

**ביטול תקנות שטעמן ידוע**

**ת.בבלי, מסכת ביצה**:

המקור הראשון עוסק באיסור לקיים יחסי אישות לפני מעמד הר סיני ונתינת התורה, וכן באיסור לעלות על ההר (מלבד משה רבינו). והנה, לאחר שניתנה תורה, ותם מעמד הר סיני, אף על פי שידוע שסיבת האיסור היתה מעמד הר סיני, היה צורך בהיתר מיוחד לשוב ולקיים יחסי אישות ("שובו לכם לאוהליכם"), ולעלות על הר סיני ("במשוך היובל המה יעלו בהר").

המקור השני עוסק בדין "נטע רבעי". בשלוש השנים הראשונות של כל נטיעה, אסור לאכול את הפירות שגדלו, והם נקראים "ערלה". בשנה הרביעית יש להעלות את הפירות לירושלים ולאכול אותם שם בקדושה, ופירות אלו נקראים: "נטע רבעי". מן השנה החמישית והלאה, הפירות מותרים לכל. מי שגר רחוק מירושלים, או שקשה לו מסיבה אחרת להעלות את הפירות לירושלים, יכול לפדות את הפירות על כסף, לעלות לירושלים, ולקנות בכסף זה פירות ולאוכלם שם בקדושה.

חכמים תיקנו שבאזור הקרוב לירושלים, שגבולותיו מתוחמים בסוגיא זו, אין לפדות פירות, אלא יש להעלות את הפירות עצמם לירושלים. הברייתא אף מנמקת את הטעם לתקנה זו- כדי שיהיו שווקי ירושלים מעוטרים ומלאים תמיד בפירות.

התקנה הזאת רלוונטית לכאורה רק כאשר ירושלים בנויה (יש בית מקדש), אבל אחרי החורבן הטעם כבר לא רלוונטי שהרי לא מעלים את הפירות לירושלים לביהמ"ק.

בגמרא מסופר על ר' אליעזר אשר היה לו כרם בתחום זה, וביקש להפקיר את פירותיו לעניים, כיוון שלא רצה לטרוח להעלותם לירושלים. אמרו לו תלמידיו שכבר נימנו חכמים וביטלו את התקנה, כיוון שמדובר בתקופה שלאחר חורבן הבית, ועל כן הטעם לתקנה כבר לא רלוונטי.

מכאן- שלא בטלה התקנה מאליה אף שבטל הטעם, אלא רק לאחר שנימנו חכמים לבטלה.

למרות שהטעם בטל, התקנה לא מתבטלת מאליה אלא יש לכנס את החכמים ולהחליט ביחד לבטל אותה (לקמן נראה שהרא"ש והרידב"ז חולקים על זה, וסוברים כי אין צורך שבי"ד יבטל תקנה כזו, אלא היא בטלה מאליה).

**לסיכום, בית דין יכול לבטל תקנה שהטעם שלה ידוע וכבר לא רלוונטי. ניתן לבטל אותה, אבל היא לא מתבטלת מאליה (למעט רא"ש ורידב"ז לקמן).**

**האם אותו בי"ד המבטל תקנה אשר טעמה ידוע וכבר לא רלוונטי, צריך להיות גדול בחכמה ובמניין מביה"ד אשר התקין את התקנה?**

1. **רמב"ם**:

גם אם הטעם לא רלוונטי ניתן יהיה לבטל את התקנה רק אם בית הדין היה גדול יותר בחכמה ובמניין, כפי שקורה בתקנה רגילה.

**יוצא, שלדעת הרמב"ם בכל תקנה מכל סוג שהוא, בין שטעמה ידוע ובין שטעמה לא ידוע רלוונטית או לא רלוונטית, בכל מצב קיימת חובה שבית הדין שמבטל את התקנה יהיה גדול מזה שתיקן את התקנה.**

1. **הראב"ד, המאירי**:

בית הדין המבטל תקנה אשר טעמה ידוע, אך לא רלוונטי יותר, לא חייב להיות גדול בחכמה ובמניין. כל בי"ד יוכל לבטל תקנה כזו.

1. **רא"ש, רדב"ז**:

תקנה שטעמה ידוע והיא כבר לא רלוונטית לא צריכה ביטול כלל, היא בטלה מעצמה ולא צריך בכלל פעולה אקטיבית של ביטול- אין צורך שחכמים יבטלו אותה.

הערה: חכמים יכולים לגרום לנו לעבור על תקנת חכמים במקרים כמו לדוגמא, הוראת שעה. ברור שאם דין תורה אנחנו מבטלים בגלל הוראת שעה, קל וחומר שגם תקנה של חכמים יהיה בכוחם לבטל באופן של הוראת שעה.

**סיכום – ביטול תקנות**

**ביטול תקנות שטעמן אינו ידוע**

שלוש סוגי תקנות אשר לכל אחת יש התייחסות שונה לאפשרות הביטול שלה:

1. תקנה אשר **התפשטה** בכלל ישראל, יהיה אפשר לבטל רק אם יקום בי"ד הגדול בחכמה ובמניין מביה"ד אשר התקין את התקנה.
2. תקנה אשר **לא התפשטה** בכלל ישראל, לא נצרך לבטלה בי"ד הגדול בחכמה ובמניין, אלא כל בי"ד יוכל לבטלה.
3. תקנות אשר הותקנו על מנת לעשות סייג לדיני תורה, והן פשטו בכל ישראל – לא יהיה אפשר לבטלן לעולם.

**חלות של תקנות**

קימות שתי דרישות כדי שתקנה מסוימת "תתפוס":

1. רק אם חכמים תיקנו אותה (לאחר שבדקו שרוב הציבור יכול לעמוד בתקנה הזאת).
2. הציבור קיבל את התקנה עליו והיא התפרסמה בישראל.

**ביטול תקנות אשר טעמן ידוע**

**רמב"ם**: ע"מ לבטל תקנות כאלה, נצרך בי"ד אשר גדול בחכמה ובמניין.

**מאירי, ראב"ד**: כל בי"ד יוכל לבטל תקנות כאלה.

**רא"ש, רדב"ז**: אין צורך לבטל תקנות כאלו, הן מתבטלות מאליהן.

**תקנות הקהל**

יש בסמכותו של הקהל עצמו להתקין תקנות, כאשר ישנה מעורבות מסויימת של בית הדין או של החכמים. תקנות אלו הנתקנות כך, מכונות בדרך כלל "תקנות הקהל" או "הסכמות הקהל".

**תוספתא בבא מציעא**:

בני העיר יכולים להחליט שכל אחד מהתושבים ייתן סכום כסף בשביל לבנות בית כנסת או איזשהו מוסד ציבורי. רשאים בני העיר לקבוע כללים מסוימים כלפי כל הציבור (כמו מס לפעילות ציבוריות).

ובני העיר רשאים לקנוס את מי שלא יעמוד בתקנה שלהם.

התוספתא לא מתארת באופן מלא איזה הסדרים אפשר לאכוף ובאילו תנאים איזה תקנות קהל מתקבלות ואילו לא.

**תשובות הגאונים**:

קיימות שתי דרכים להתקין תקנות:

1. ע"י החכמים שמתקנים תקנה.
2. לאו דווקא חכמים מתקנים תקנה, אלא שכל בני המדינה מתכנסים יחדיו להתקין תקנה מסוימת והיא מתקבלת על כולם והופכת להיות תקנה מחייבת.

**שו"ת רבנו גרשום**:

נהוג לבסס את סמכות הקהל להתקין תקנות, על שני כללים הלכתיים אותם ראינו בעבר בהקשר לסמכות הכללית של חכמים, כללים שהורחבו גם לסמכותם של הקהל להתקין תקנות והם: הפקר בית דין הפקר ו"בית דין מכין ועונשין". בדרך כלל, יוחד הכלל הראשון לתקנות מהתחום האזרחי, והכלל השני לתקנות מהתחום הפלילי.

נשאל רבנו גרשום על ספינה שנטרפה, והניצולים הצליחו גם להציל חלק מהרכוש שהיה עליה. היה חשש שאנשים יזכו ברכוש שאינו שייך להם. גוי מכר חלק מהרכוש שהיה של ראובן לשמעון. על פי הדין, אבידה ששטפה נהר מותרת, כיוון שיש להניח שהבעלים התיאשו ממנה. בשל הנסיבות המיוחדות של המקרה, תיקנו הקהל שבמקרה זה יש להשיב את האבידה לבעליה. שמעון מסרב.

לציבור יש כוח לתקן תקנות בעניין הזה מכוח הכלל של הפקר בי"ד הפקר: כפי שבהפקר בי"ד הפקר יש כוח ביד חכמים להפקיר רכוש של אדם ולהעניקו לאחר, כך גם בשאלה אותה נשאל רבנו גרשום, הציבור יכול להפקיר את הרכוש שמצאת ולהחזירו לבעליו המקוריים.

מעמדו של הציבור/הקהל זהה לכוחו של בית דין.

**שו"ת הרשב"א**:

יש לקהל סמכות לתקן תקנות וכמו שאדם מחויב לדין תורה כך הוא גם מחויב לתקנות של הציבור.

כאשר בני זוג רוצים להתחתן קיימת חובה שבמעמד הצעת הנישואים יהיו שני עדים למתרחש.

במקרה שלנו, מדובר על תקנה שתוקנה בקהילות מסוימות, האוסרת לקדש אישה אם לא יהיו עשרה אנשים שישמשו בתור עדים (כאשר מדאורייתא נדרשים שני עדים בלבד).

נשאל הרשב"א: לכאורה נראה כי הציבור בקהילות אילו תיקן תקנה הסותרת דין תורה?!

הרשב"א עונה: מעמדם של בני העיר זהה למעמדם של בית הדין וכמו שבית הדין יכול לתקן תקנות המפקיעות קידושין כך גם הציבור שבעיר יכול.

הציבור הוא בעצם התחליף לבית הדין כמו שבית הדין מתקן תקנה וכולם מחויבים לה, כך גם לגבי תקנת הציבור.

רוב הציבור יכול לקבוע על כל העיר! כמו שבית דין גדול יכול לאכוף את כל ישראל כך גם רוב הקהילה יכול לאכוף כללים כלפי כל המדינה (קהילה). לסיכום, לציבור יש אותם סמכויות שיש לבית הדין.

**שו"ת הרא"ש**:

נשאל הרא"ש: האם יכול אדם לומר שתקנת הקהל הזאת לא מוצאת חן בעיניו ולכן הוא לא מתכוון לקבל אותה, ז"א האם הרוב יכול לכפות את תקנתו על הפרט?

תשובה: אם נגיד שתקנת קהל חייבת להיות פה אחד: דבר כזה אף פעם לא יכול לקרות כי אי אפשר להגיע למצב בו קיימת הסכמה פה אחד.

ובהרבה מאוד מקרים אנחנו מסכימים לקבל על עצמנו כללים כי כולם עושים אותם, אבל אם אנחנו ניתן לאדם מסווים לחרוג מן הכללים אז אף אחד לא יקבל את הכללים ויבצע אותם.

לדוגמה, מסים: אם נפטור אדם אחד מלשלם מיסים אז אף אחד לא יסכים להיות "פראייר" ולשלם.

אם אתה לא נותן כוח להחלטותיו של הרוב אז אף אחד לא ירצה לקיים אותם - אין משמעות לפרוצדורה של תקנות קהל אם אתה לא קובע שהרוב קובע.

לסיכום, הקהל כקהל יש לו סמכות אשר שוות ערך במעמדה לבית הדין ולכן גם הקהל יכול לתקן תקנות (ולא הסכם רב משתתפים). תקנות אלה מחייבות את כלל הציבור, אף את אותם אלו אשר אינם מרוצים מן התקנה.

**מרדכי**:

אין בכוחו של הרוב לכפות את המיעוט אלא אם כן מראש המיעוט קיבל על עצמו להישמע לתקנות הקהל. לדעתו, הסמכות לכפות בקנסות ובחרמות קיימת רק אם הייתה הסכמה, ולאחריה מסרב המיעוט להישמע להוראה.

**שו"ת הרשב"א**:

אם הציבור בחר שבעה אנשים אשר מונו על-ידו לנהל את ענייניו ולייצג אותו (שבעת טובי העיר, אנשים שממונים על הציבור) אז ההחלטות של השבעה האלו תקפים כלפי כל הקהל כפי שהחלטות של בית הדין חלות על כולם.

**ת.בבלי, בבא בתרא**:

הקדמה: קבוצת שוחטים עשו ביניהם חלוקת עבודה מסוימת כך שכל שוחט עובד בימים מסוימים. הם תיקנו שמי שישחט שלא ביום שלו יקרעו לו את העור שהוא שחט (חלק מהשכר שלהם היה קשור לכמות העור השחוט שהם מביאים).

מספרת הגמ' על מקרה בו הלך שוחט מסוים ושחט ביום שלא שלו כתוצאה מכך, לקחו לו את העור של הבהמה שהוא שחט והשמידו אותו, הלך השוחט ותבע אותם לדין.

רבא פסק: שיש לחייב את מי שקרע את העור לפצות את השוחט.

שאלו את רבא, מדוע הוא פסק כך הרי היה הסדר בין בעלי המקצוע?

ענה להם רבא: כאשר יש אדם חשוב בקהילה אזי הציבור לא יכול לתקן תקנה מבלי לקבל ממנו אישור.

תיקון תקנה חייב להיות מלווה באישור של אדם חשוב כאשר ישנו. אם אין אדם חשוב אז לא צריך אישור. אבל, כאשר יש אדם חשוב בקהילה חייב להיות אישור ממנו.

במקרה שלנו היה אדם חשוב בקהילה והשוחטים לא קיבלו את האישור של האדם החשוב בתקנתם ולכן תקנתם אינה "נחשבת".

הגדרת **אדם חשוב** – תלמיד חכם הבקיא בהלכה ובתורה.

**שו"ת הריב"ש**:

התנאי הנדרש של אישור "איש חשוב" הוא רק כאשר מדובר בהסדר של אגודה מקצועית, רק כשבעלי מקצוע מסווים רוצים לתקן תקנות צריך אישור מהאדם החשוב (כאשר ישנו במקום).

אבל, כאשר מדובר בתקנה שתקפה כלפי כל העיר לא צריך אישור של אדם חשוב.

**רא"ש**:

**חולק על הריב"ש**, וסובר כי גם כאשר מדובר בתקנה של כל בני העיר יש צורך באישור של אדם חשוב. ולא רק בתקנה של אגודה מקצועית.

**למה נדרש אישור של "אדם חשוב"?**

1. על מנת למנוע עושק- להבטיח שמדובר בתקנה שלא מקפחת אחרים או פוגעת בהם.

2. לבדוק שהתקנה לא סותרת הלכה קיימת.

אם האישור נדרש בכדי להבטיח שאין בתקנה להביא כדי פגיעה בציבור ולמנוע עושק אישור זה נצרך ורלוונטי יותר באגודה ציבורית (לדוגמא: בית חולים), כדי למנוע מהאגודה לקבוע תעריף מאוד גבוה עבור שירותיהם ובכך יפגע אינטרס של הציבור.

ואם מדובר בתקנה החלה כלפי כל הציבור המטרה הרלוונטית היא לשמור על חוקי ההלכה ולכן יש צורך באישור של אדם חשוב.

**לתקנת קהל אסור לסתור דין תורה**

**שו"ת הריב"ש**:

הריב"ש דן במקרה בו יש שטרות של גויים[[26]](#footnote-26) (שמותר להשתמש בהם לאחר שהתנו שאפשר לעשות זאת – שהרי זוהי התניה בממון והתניה בממון מותרת).

אבל, אם השטרות הללו כוללים ריבית אסור להשתמש בהם ואסור לציבור לתקן תקנה המאפשרת שימוש בשטרות אילו מכיוון שבכך עוברים על דין תורה (איסור ריבית).

לסיכום, כפי שלחכמים אסור לתקן תקנה שהיא עבירה על איסור כך גם קהל לא יכול לתקן תקנת קהל הסותרת דין תורה.

**סיכום – תקנות הקהל**

רשאים בני העיר לקבוע כללים מסוימים כלפי כל הציבור, בכוחם של בני העיר לקנוס את כל אדם מן הציבור אשר שלא יעמוד בתקנה שלהם.

**שתי דרכים להתקין תקנות:**

1. ע"י חכמים.
2. כל בני המדינה מתכנסים יחדיו להתקין תקנה מסוימת והיא מתקבלת על כולם.

נהוג לבסס את סמכות הקהל להתקין תקנות, על שני כללים הלכתיים: הפקר בית דין הפקר ו"בית דין מכין ועונשין". מעמדו של הציבור/הקהל זהה לכוחו של בית דין, ויש לציבור את אותן הסמכויות אותן יש לבי"ד.

יש לקהל סמכות לתקן תקנות וכמו שאדם מחויב לדין תורה כך הוא גם מחויב לתקנות של הציבור.

רוב הציבור יכול לקבוע על כל העיר! כמו שבית דין גדול יכול לאכוף את כל ישראל כך גם רוב הקהילה יכול לאכוף כללים כלפי כל המדינה (קהילה).

**סייג לחלות התקנה על כלל הציבור**: אין בכוחו של הרוב לכפות את המיעוט אלא אם כן מראש המיעוט קיבל על עצמו להישמע לתקנות הקהל.

ההחלטות של שבעת טובי העיר, פרנסי העיר אשר נבחרו ומונו ע"י הציבור, תקפות כלפי כל הקהל כפי שהחלטות של בית הדין חלות על כולם.

תיקון תקנה חייב להיות מלווה באישור של אדם חשוב (=תלמיד חכם הבקיא בהלכה ובתורה) כאשר ישנו. אם אין אדם חשוב אז לא צריך אישור.

**רא"ש**: התנאי הנדרש של אישור "איש חשוב" הוא רק כאשר מדובר בהסדר של אגודה מקצועית.

**ריב"ש חולק** על הרא"ש: גם כאשר מדובר בתקנה של כל בני העיר יש צורך באישור של אדם חשוב. ולא רק בתקנה של אגודה מקצועית.

**למה נדרש אישור של "אדם חשוב"?**

1. על מנת למנוע עושק של הציבור.
2. לבדוק שהתקנה לא סותרת הלכה קיימת.

קהל לא יכול לתקן תקנת קהל הסותרת דין תורה.

**מבוא למשפט עברי שיעור 8**

**המנהג**

מהו כוחו של המנהג לחדש הלכה?

**גמ' פסחים**:

שכחו העם האם קרבן הפסח דוחה את השבת. השאלה הייתה על עצם שחיטת הקרבן אשר צריכה להעשות החל מחצות היום, האם היא מותרת בשבת. שאלו את הלל על כך, והוא ענה כי ישנו ק"ו פשוט: מאחר וקרבן התמיד שאינו ענוש כרת דוחה שבת, ק"ו שקרבן הפסח שהוא ענוש כרת ידחה שבת. העם מינו אותו לנשיא כיוון שהתפעלו מתשובתו. תקף וקינטר הלל את העם על כך שלא שמשו ת"ח ולכן אינם יודעים את התשובה לכך. לאח"כ נתעלמה מהלל הלכה, ככל הנראה בגלל התנהגותו זו של הלל. ההלכה שנתעלמה מהלל היא, האם מותר לטלטל את הסכין אשר על ידה נשחט קרבן הפסח בשבת על מנת לשחוט את הקרבן. אומר הלל, כי נחכה ונראה מה יעשו העם לכשיצטרכו להביא הסכין, "אם אינם נביאים, בני נביאים הם" – וודאי ישנם אנשים שזוכרים האם מותר לטלטל את הסכין. בפסח הציבור טלטל את הסכין בתוך צמר בהמותיהם. אמר הלל על כך שאכן נזכר כי זו ההלכה, ואכן יש לעשות כן: לטלטל את הסכין בתוך צמר הבהמה.

במקרה זה, המנהג מגלה מהי ההלכה הקיימת, אך לא מחדש או יוצר הלכה חדשה.

**הטור**:

הטור דן בתקנת השוק: אדם קונה חפץ אשר מתגלה כי הוא גנוב. קמה לה מחלוקת למי שייך החפץ, לקונה או לבעלים המקוריים. במידה ונחזיר החפץ לבעלים המקוריים, אנשים יפחדו לקנות וזה יפגע בשוק.

ההלכה מניחה כי במקרה של גזילה[[27]](#footnote-27), בעלי החפץ לא מתייאש כיוון שייתכן ויוכל למצוא את הגזלן. לכן, במקרה של גזילה, חפץ אשר התגלה כי הוא נגזל – על קונה הגזילה להחזיר את הגזילה לבעליה המקוריים כיוון שבעלי החפץ לא התייאש ממנו. אולם, במקרה של גניבה[[28]](#footnote-28), בעלי החפץ התייאש – ולכן הקונה רשאי להשאיר את החפץ בבעלותו.

ישנו מנהג הסותר דין זה, אשר הקונה חפץ גנוב, ולא רק גזול יצטרך להשיב אותו לבעלים המקוריים. אומר הטור כי יש לפעול ע"פ המנהג, ולא לסטות ממנו. הטור לומד על חשיבות המנהג מהפס': "לא תשיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים".

**ילקוט שמעוני** (ר' שמעון מפרקנפורט, המאה ה-15):

האבות הנהיגו מנהג להתפלל שלוש תפילות, כל אחד מהאבות תפילה אחת. אולם, לא ניתן להוסיף מנהגים על דעתנו, אלא רק מה שהתקינו קדומים.

**ת.ירושלמי בבא מציא**:

1. השוכר את הפועלין ואמר להן להשכים ולהעריב [להתחיל מוקדם, עם שחר, ולסיים מאוחר, לאחר השקיעה], מקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב אינו יכול לכופן. מקום שנהגו לזון, יזון. לספק מתיקה, יספק. הכל כמנהג המדינה.

מכאן רואים כי בכוחו של המנהג ליצור הלכה חדשה במקום ההלכה הדינית הקיימת, שהרי במקום בו נהגו שלא להשכים ולהעריב לא יוכל לכוף את הפועלים אף שסיכם זאת איתם.

1. בנו של ר' יוחנן בן מתיה פסק עם פועלים שיספק להם מזונות. אמר לו אביו: לא פסקת עמהם קצבה למזונות, לך אל הפועלים קודם שיתחילו במלאכתם ואמור להם מה התפריט כדי שלא יבקשו ארוחת מלכים. רשב"ג: לא היה צריך לקבוע עמהם מהו התפריט, כיוון שהכל כמנהג המדינה.

**ת.ירושלמי יבמות**:

המנהג הוא לקיים את טקס החליצה בסנדל. אפילו אם יבוא אליהו הנביא ויאמר כי חולצים בנעל ולא בסנדל לא נקשיב לו, כיוון שיש מנהג לחלוץ בסנדל. המנהג מבטל הלכה.

**רואים שלשיטת הירושלמי, אף בדיני איסור והיתר ולא רק בדיני ממונות הקלים יחסית – בכוחו של המנהג לבטל הלכה. אולם,** משמע מכל המקורות, מלבד הירושלמי ביבמות, כי בדיני איסור והיתר אין בכוחו של המנהג לבטל הלכה.

**שו"ת התשב"ץ**:

בדיני ממונות בכוחו של מנהג לבטל הלכה. ככל שמנהג יותר קדום, כוחו יותר חזק. בנוסף, מנהג שנוהגים אותו במקומות רבים יותר, כוחו חזק יותר.

**שו"ת הרא"ש**:

מנהג הסותר בין דיני איסור והיתר ובין דיני ממונות, אין ללכת אחר המנהג.

כ"כ, אין כח למנהגים לסתור דיני תורה.

**שו"ת הרשב"א**:

יוצא מדברי הרשב"א כי מנהג הסותר דיני ממונות, אין לו תוקף. אולם נראה כי זו דעת הרשב"א רק במקרה הנדון כיוון שמדובר שם על מנהג גוים. אולם במנהג ישראל, יהיה לו תוקף אף אם סותר דיני ממונות.

**מנהג הסוחרים**

רק לאחר שיעשה הקונה מעשה קניין[[29]](#footnote-29) בחפץ – זכה בו.

קניין סיטומתא – מנהג הסוחרים היה לרשום או לסמן על גבי החביות, ע"מ לסמן כי החביות הללו נמכרו לפלוני, ומשנרשם הסימן, היה מתבצע קניין. קניין סיטומתא לכאורה נוגד את דין התורה, שכן החביות נשארות אצל המוכר, ולא מתבצעת כאן כל מעשה קניין תורני (משיכה, הגבהה וכו'). למרות זאת, קובעת הגמרא, כי במקום שנהגו שקניין כזה מועיל, ואין הצדדים יכולים לחזור בהם.

**סיכום**

**כ"ע מסכימים** כי במקום בו מנהג מגלה הלכה שאינה ידועה לנו, מסתמכים על המנהג. וכי אין כח למנהגים לסתור דיני תורה.

**מהירושלמי ביבמות** יוצא כי מנהג יכול לסתור בין דיני איסור והיתר ובין דיני ממונות.

**מכל הראשונים** משמע כי מנהג יוכל לסתור רק דין מדיני ממונות, אבל לא דיני איסור והיתר.

**הרא"ש** סבור כי מנהג לא יוכל לסתור בין דיני ממונות ובין דיני איסור והיתר.

**מעמד חוקי הכנסת ע"פ ההלכה**

מהו היחס בין הדין הישראלי הנוהג במדינה לבין הדין ההלכתי?

ההלכה מחייבת כל יהודי בכל מקום שיהיה, אולם מצד שני ישנו חיקוק טריטוריאלי אשר כל מדינה מחוקק לה חוקים משלה. מה יהיה במקרה בו יחוקק חוק במדינה מסוימת אשר יחייב לחלל שבת? ע"פ ההלכה, חובה יהיה לאותו אדם לשמור שבת ולא להקשיב לדין החל באותה המדינה.

דוגמא: מדינה המטילה מיסים על אזרחיה, האם מבחינה הלכתית מותר יהיה ליהודים החיים בה להעלים מס? או שמא ההלכה נותנת תוקף לחוק ותחייב אף היא לשלם מיסים, ובמידה ואדם לא ישלם – יעבור על ההלכה?

שאלה זו מתעוררת בין כשישראל תחת שלטון זר אשר לו חוקים משלו, ובין כאשר הדין הישראלי שונה מדין ההלכתי, שהרי הדין הישראלי אינו מבוסס על ההלכה.

כיצד יוכל דין זר לחייב את ההלכה?

1. לראות בחוק כמעין תקנות הקהל. ישנו כח לקהל ליצור בצורה עצמאית תקנות.
2. לראות בחוק כמעין מנהג. אם רוב הציבור נוהג לפי חוק מסוים שנים רבות, זהו המנהג. למנהג יש כח בנסיבות מסוימות ליצור הלכה חדשה.
3. דינא דמלכותא דינא. ההלכה מכירה בדין המלכות אף כאשר דיניה סותרים את ההלכה.

ניגע באמצעי השלישי שהזכרנו:

**דינא דמלכותא דינא**

**גמ' נדרים**:

יוצא מהמשנה כי אפשר יהיה להתחמק מתשלומי מסים. מקשה הגמ': הלא קיים הדין דינא דמלכותא דינא, ההלכה מכירה בדין המלכות ובסמכותה להטיל חיוב מס. כיצד ניתן להתחייב מתשלום המסים? מתרצת הגמ' שני תירוצים:

1. מדובר במקרה של מוכס שאין לו קצבה = המוכס (האדם שדורש מיסים מטעם השלטון) אינו נוהג בשוויון, אלא מפלה בין משלמי המסים וגובה מסים כראות עיניו. דינא דמלכותא דינא תופס רק כאשר הדין הוא שוויוני, ולא עושה עוול.
2. מדובר במקרה של מוכס העומד מאליו = מוכס אשר גובה מטעם עצמו ולא מכח המלכות.

לסיכום, דין המלכות הוא מחייב, אך אפשר להתחמק מדין המלכות כאשר הדין אינו שוויוני בין כל האזרחים.

**גמ' ב"ב**:

לפי ההלכה, חזקה בקרקע יכולה להוות תחליף לראיה אחרת (כשאין שטר לדוגמא). לחזקה יש כח להוות ראיה מספקת לפני בית הדין להעביר את הבעלות בקרקע למחזיק. בדין הפרסי, יש לחזקה משמעות מהותית, ולא רק ראייתית כבהלכה. חזקה בעלת משמעות מהותית פירוש, כי החזקה היא יוצרת למעשה מעשה קניין בקרקע, ואוטומטית לאחר שיחזיק אדם בקרקע שלוש נשים יהיה לבעלי הקרקע. הגמ' מסכימה לכך שחזקה היא מהותית, מדינא דמלכותא דינא של הפרסים.

**הנימוקים לתחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא":**

1. **הר"ן**:

רק במלכי עכו"ם תקף דינא דמלכותא דינא, כיוון שלמלך יש בעלות על שטחי מדינתו, בכוחו לגרש את האזרחים שלא יצייתו לחוקיו. אבל במלכי ישראל, לא. לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה.

שליטת המלך בשטח מדינתו נותנת לו את האפשרות לחייב את נתיניו בחוקי המדינה.

1. **הרשב"ם**:

למלך אין זכות לכפות את חוקי מדינתו על אזרחיו, אלא האזרחים עצמם מקבלים על עצמם מרצונם את חוקי המלך.

1. **הרמב"ם**:

סמכות המלך נובעת מכך שהסכימו האזרחים להיות כעבדים למלך, ומכח זה הינם כפופים לחוקיו.

הן הרמב"ם והן הרשב"ם סבורים כי סמכות המלך נובעת מהסכמת הנתינים. ההבדל בין הרמב"ם לרשב"ם הוא שלפי הרשב"ם ההסכמה היא לחוקי המלך, אליבא דהרמב"ם הציות נובע מכך שהאזרחים הסכימו להיות כעבדים למלך, ומכח היותם עבדים לו, עליהם לציית לחוקיו.

1. **רש"י:**

7 מצוות בני נח מופנות לכלל בני האדם: שפיכות דמים, ע"ז, גילוי עריות, ברכת ה' (סגי נהור), גזל, אבר מן החי ומצוות דינים. מצוות דינים פירושה היא הקמת בתי דינים שתשפוט בכלל העניינים ע"מ להביא סדר חברתי. תוכן הדינים על פיהם ישפטו בתי משפט אלה יכולה להיות כזו או אחרת, ולא דווקא ההלכה. גישה אחרת אומרת כי מצוות דינים פירושה הקמת בתי דינים אשר תשפוט את מי שאינו מקיים את שאר 6 מצוות בני נח.

רש"י קושר את דינא דמלכותא דינא למצוות הדינים. ההלכה היהודית מכירה מכח מצוות דינים בסמכות של כל מלך לחוקק חוקים ולהקים בתי משפט אשר יסדירו את היחס בין הפרטים לשלטון. מאחר והגויים מצווים בהסדרת מערכת דינים, הרי שהדינים שלהם מעוגנים בסמכות התורה, ועל כן גם אנו מצווים להישמע לדינים אלו.

1. **ר"ת**:

מקורו הכלל דינא דמלכותא דינא הוא בתקנת חכמים שחייבה לציית לדין המלכות. חכמים באחד הזמנים תקנו תקנה המסדירה את היחסים בין השלטון ליהודים, התקנה היא דינא דמלכותא דינא המחייבת לציית לפקודות המלכות.

יש לשים לב, כי התקנה שהתקינו חז"ל פועלת על כל החוקים ותקנות המלכות שהיו תקפים באותה תקופה, ובכללים שהגיעו אח"כ במידה והם דומים לתקנות שהיו בזמן התקנת תקנת "דינא דמלכותא דינא". אך במידה וישנן תקנות אשר שונות באופיין מהתקנות שהיו בעת התקנת התקנה – אין חיוב לציית להן.

**מבוא למשפט עברי שיעור 9**

**מהי הגדרת מלכות אשר דינה יחייב לפי הכלל "דינא דמלכותא דינא"?**

פוסקים רבים אומרים כי אין הכוונה למלך בדווקא, אלא לכל שלטון.

**שו"ת משפט כהן, הראי"ה קוק:**

לשיטתו דינא דמלכותא דינא חל על כל שלטון אשר נבחר ע"י העם, ולאו דווקא על מלך.

**הרשב"א:**

גם על שליט אזורי חל הכלל דינא דמלכותא דינא, ולאו דווקא על מלכות כללית גדולה ומקיפה.

**על איזה מלך חל דינא דמלכותא דינא?**

1. **הרמב"ם, רשב"ם** – בין מלך ישראל בין במלך גוי:

שניהם מחילים את הכלל בין במלך גוי ובין במלך יהודי, שהרי לפי שיטתו, ההסכמה לקבל את המלך כמלך נותנת את התוקף לדינא דמלכותא דינא, וההסכמה שנותן נתין למלך גוי או יהודי היא אותה הסכמה.

1. **הר"ן, בעלי התוספות** – רק במלך גוי:

אליבא דהר"ן, הנימוק לדינא דמלכותא דינא הוא כפי שהזכרנו, שלמלך יש בעלות על הקרקע והוא יוכל לגרש את מי שלא יציית לדבריו. לכן, לפי זה, ארץ ישראל ששייכת לכלל ישראל לא יוכל מלך לגרש יהודי ממנה אף אם לא יצייתו לחוקיו, לכן לא מתקיים כלל דינא דמלכותא דינא.

1. **המאירי** – דינא דמלכותא דינא חל רק על מלך גוי, אך כל זה כיוון שיש לנו כלל קדום יותר שנותן אותן סמכויות למלך ישראל מכוח נאום המלך:

בספר שמואל מסופר כי העם מבקש משמואל למנות מלך. שמואל מביא את בקשתם לפני הקב"ה. כשבא שמואל להביא את תשובתו של הקב"ה לפני העם, הוא נואם את "נאום המלך" – מה תהיה המציאות כאשר ימונה מלך לעם: אפשרות להחרמת רכוש וגיוס בני ובנות העם למטרותיו של המלך.

ישנה מחלוקת בין רב לשמואל בסנהדרין בנוגע לנאום המלך: שמואל סבר כי נאום המלך של שמואל הוא אכן המציאות המותרת למלך לנהוג בה ע"פ ההלכה. רב סבר כי חלק ממהותו של מלך היא להפחיד את העם, ולכן נאם נאום זה, למרות שאין בסמכותו של המלך לפעול לפי הסמכויות המתוארות בנאום המלך.

לפי דעת שמואל, לא נזקקים לכלל דינא דמלכותא דינא כאשר עוסקים במלך ישראלי, שהרי יש לו סמכויות רחבות מכח נאום המלך. דינא דמלכותא דינא נצרך להאצלת סמכויות למלך גוי בלבד.

**אליבא דהמאירי** מאחר שפוסקים להלכה כשמואל (שישנן סמכויות רחבות למלך ישראל בתיקון תקנות לפחות בתחום הכלכלי) במחלוקתו עם רב, אין צורך להחיל את הכלל דינא דמלכותא דינא במלך ישראל.

**על אילו תכנים של חוקים יחול הכלל דינא דמלכותא דינא**

1. **הריטב"א**:
2. דינא דמלכותא דינא יחול רק על כללים וחוקים ישנים מימים ימימה, על כללים וחוקים חדשים לא יחול הכלל.
3. אולם, תהיה לדין המלכות תחולה גם על כללים וחוקים וחדשים, במידה ויסכימו עליהם בני המלכות (הגוים בני מלכותו).
4. **שו"ע והתשב"ץ**:

דין המלכות צריך להיות דין שוויוני (חל על כל האזרחים במידה שווה) וצודק, במידה ואינו שוויוני וצודק – איננו תקף.

1. **הרמ"א**:

דינא דמלכותא דינא חל רק על מסים ומכסים התלוים בקרקעות ושטחים. הגבלה זו מתאימה לשיטת הר"ן, שסבור כי כוחו של המלך מבוסס על בעלותו בקרקע ולכן הוא יכול להטיל מיסים או לקבוע תקנות הקשורות לקרקע עליה הוא שולט.

1. **הרמ"א**:

דין המלכות חל על חוקים וכללים אשר חוקקו באופן ישיר לטובת הנאת המלך ולתועלתו, או לתקנת בני המדינה. אך אין לאמץ כללים הנוגעים בין הפרטים, שאינם נוגעים למלך.

1. **הש"ך** (ר' שבתאי בן ר' מאיר כהן):

סתם הלוואה, שלא נקבע לה זמן פירעון, מעיקר הדין זמנה 30 יום. לאחר תקופה זו, אם ניתן משכון להבטחת המלווה, ניתן לממשו ולמוכרו.

בדין המלכות הזרה בתקופתו של הש"ך היה מקובל כי אפשר יהיה למכור משכון רק לאחר שנה, בעוד לפי דין תורה כפי שהזכרנו, אפשר יהיה למכור משכון אף לאחר 30 יום.

אומר הש"ך כי לעולם לא נאמר דינא דמלכותא דינא על דין אשר סותר את ההלכה. דין המלכות לא יחליף את מערכת ההלכה היהודית.

**דינא דמלכותא דינא בדין הפלילי**

**רמב"ם**:

הרמב"ם בהלכות רוצח, פוסק כי רוצח אשר לא התחייב מיתת בי"ד מאחר ולא התמלאו התנאים המאפשרים לפסוק לו מיתת בי"ד (לדוגמא: לא היו שני עדים או לא הייתה התראה), רשאי מלך ישראל להרגו על מנת לתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה. הרמב"ם בהלכות מלכים מתיר למלך ישראל להרוג מורד במלכות, ולא רק רוצחים, במידה והוא סבור כי השעה צריכה לכך.

**הר"ן בדרשות הר"ן**:

כפי שכל עם זקוק למערכת משפט מסיבות חברתיות (איש את רעהו חיים בלעו), כך גם עמ"י זקוק למערכת משפט מסיבות חברתיות. אולם, יש סיבה נוספת לצורך של עמ"י למערכת משפט – להעמיד את חוקי התורה על תילם, מערכת משפט אשר תשפוט אנשים שיעברו על הדין הדתי. בהיות מלך – מלך ידאג לאכיפת הסדר החברתי, והסנהדרין תדאג לאכיפת הדין הדתי-הלכתי. כשאין מלך – הסנהדרין קיבלה על עצמה לדאוג לשני התחומים האלה. יוצא מכאן, כי בדין הפלילי לא נזקקים לדינא דמלכותא דינא, אלא למלך יש סמכות לעסוק בהקשרים הפליליים-חברתיים לצורך התיקון החברתי.

**מעמד בתי המשפט בעיני ההלכה**

**האם מותר להתדיין בפני ערכאות גוים**

**גיטין**:

ערכאות של גוים, אף שדיניהם כדיני ישראל בעניינים מסוימים – אין אתה רשאי להתדיין בהם.

"ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם". הגמ' דורשת: "לפניהם" – ולא לפני עובדי כוכבים, אסור להתדיין בערכאות גוים. "לפניהם" – ולא לפני הדיוטות, אסור להתדיין אצל יהודים שלא בקיאים בהלכה.

**רש"י** מבאר מהי הסיבה שאסור להתדיין בערכאות גוים אף שדיניהם כדיני ישראל: שהמביא דיני ישראל לפני גוים מחלל את ה', שהתורה ומערכת בי"ד היהודית לא מספיק טובה, ומצד שני מחזק את ערכאות הגוים שדיניהם חלילה טובים יותר[[30]](#footnote-30).

**רמב"ם**:

כל הדן בדיני עכו"ם כאילו הרים יד חרף וגידף והרים יד בתורת משה.

**שו"ע בשני מקומות**:

אפילו התרצו שני בעלי דין יהודים לדון בפני ערכאות גוים – אסור, כיוון שזהו איסור דתי-הלכתי, ולא ניתן להתנות על איסורים אלא רק על ממונות כפי שראינו. אף אם התחייבו במעשה קניין לדון בפני ערכאות גוים – אין זה תופס, ואסור.

**מרדכי, ספר התרומות**:

בשונה מהשו"ע, במידה והתחייבו במעשה קניין להתדיין בפני ערכאות גוים, לא יוכלו לחזור בהם, ויידונו בפני ערכאות גוים.

**אילו בתי דינים מוגדרים כערכאות גוים, לרבות מערכת המשפט הישראלית?**

**האם הבעייתיות בהתדיינות לפני ערכאות גויים היא התוכן של הדינים של ערכאות גוים, או זהות הדיינים במערכות אלו – שהם גויים?**

**נדגיש** כי אין שום בעיה להתדיין במערכת המשפט הישראלית בדינים פליליים, כל הדיון בו אנו דנים עכשיו, הוא רק לעניין דיני ממונות.

**רוב הפוסקים סוברים**, שבא"י, ישנו איסור לדון במערכת הדין הישראלית. אמנם, כמעט ולא יימצאו דיינים גוים במערכת המשפט הישראלית, אך מאחר והדינים של המשפט הישראלי דן שלא ע"פ דין תורה, והמתדיינים לפניו מייקרים את הדינים שאינם דינה התורה, וחלילה מביאים לזילותה של ההלכה שדיני התורה פחות טובים חלילה.

אי אפשר להחשיב את מערכת המשפט הישראלית כבוררות, כיוון שמערכת המשפט הישראלית תופסת את עצמה בתור מערכת משפט שהיא מחייבת את אזרחיה, בשונה מבוררות אשר בה הצדדים מביאים את עצמם מרצונם לדיון.

**ציץ אליעזר**:

מפקח על בתים משותפים, יהיה אפשר לדון בפניו. ההבדל בינו לבין בתי המשפט הישראלים, הוא שמערכת המשפט הישראלית היא מחייבת. ואילו, אותו מפקח, ההכרעות הקונקרטיות בנושא הבתים המשותפים נקבעות על-פיו, על-פי שיקול דעתו, ולא על-פי מערכת חוקים מחייבת, כבבתי המשפט הישראליים.

ככל שמערכת מסוימת תדון שלא על-פי מערכת כללים נוקשה, ותסתמך יותר על-פי שיקול דעת הדיניים – ההלכה תכיר בה יותר, לדון בפניה. דוגמאות: בי"ד הישראלי לענייני תעבורה, עבודה.

**בי"ד של הדיוטות**

**ישנו מכשיר אשר מאפשר להתיר לפי חלק מהפוסקים את מערכת בתי המשפט הישראלית ע"י המושג "בתי דין של הדיוטות".**

**ת.בבלי, סנהדרין**:

במקום בו אין בי"ד מומחין בעירו של המלווה יוכל הלווה להתדיין בערכאות שבסוריא. אך במקרה בו ישנו בי"ד מומחין בעירו של המלווה – לא יוכל הלווה להתדיין בערכאות שבסוריא.

ערכאות שבסוריא = בתי דין של יהודים, שלא היו בקיאים בדין תורה = בי"ד של הדיוטות.

לכאורה יוצא מהסוגיא כי ניתן להתדיין בבי"ד של הדיוטות, הפוך מהמקור הראשון אותו הצגנו בו רש"י מביא דרשה: "לפניהם" – ולא לפני הדיוטות!

**הר"ן**:

במקומות בהם לא היו דיינים אשר בקיאים בדין תורה, הותר למנות ערכאות שבסוריא שידונו[[31]](#footnote-31). כוחם הוא מכוח הציבור, הציבור קיבל עליהם קבלה-ציבורית כבוררים שידונו אותם.

**שו"ת הרשב"א**:

נשאל הרשב"א מה לעשות במקום בו אין בי"ד בקיאין מומחין? עונה הרשב"א כי ישנה אפשרות למנות בי"ד הדיוטות כשאין ברירה ואין בי"ד בקיאין, במידה ואנשי העיר קיבלו אותם עליהם. אותם חברי בי"ד צריכים להיות אנשים כשרים, יראי אלקים, אנשים ראויים. **וכן פסק הרמ"א**.

**המאירי**:

**דן בשאלה האם בי"ד של הדיוטות, אשר אינם יודעים דין תורה, באפשרותם לאמץ מערכת דין אחרת אשר ישפטו לפיה?**

מסביר את פירוש המושג "בערכאות שבסוריא"- שלא היו בקיאין בדין תורה, אלא שדנין לאומד הדעת, ובחוקים ובנימוסים [של גויים]. יש המסתמכים על המאירי להתיר התדיינות בבי"ד שמשתמש בחוקים שאינם לפי ההלכה, כפי שעושה מערכת המשפט הישראלית.

**חזון איש**:

חולק החזון איש על המאירי, ואומר כי אין אפשרות לעשות זאת, מאחר שמתעוררת מחדש הבעיה של התדיינות בפני ערכאות גוים, שהתוכן של אותם דינים הוא דין זר, והשימוש בדינים אלה מייקר שם עבודה זרה כדברי רש"י מעלה. במקרה כזה, על בי"ד של הדיוטות לדון ע"פ שיקול דעתו בלבד.

**מבוא למשפט עברי שיעור 10**

**משפט ומוסר**

בהלכה יש עבירות רבות, עליהן אין עונשין בבי"ד, אלא יש להן דין שמיים בלבד. בדיני נזיקין יש מושג: "פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמיים", פירוש, בי"ד לא יחייב אותך לשלם, אך תתחייב בדיני שמים אם לא תעשה זאת.

ההבדל בין משפט ומוסר הוא, שחיוב מוסרי הוא חיוב שאיננו אכיף, בשונה מחיוב משפטי אשר הוא נאכף ע"י כוח חיצוני, ביהמ"ש.

**דברים**:

(יז) שָׁמוֹר תִּשְׁמְרוּן אֶת מִצְוֹת יְדֹוָד אֱלֹהֵיכֶם וְעֵדֹתָיו וְחֻקָּיו אֲשֶׁר צִוָּךְ:

(יח) וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי יְדֹוָד לְמַעַן יִיטַב לָךְ..."

נשאלת השאלה, מאחר ובפס' י"ז מצוונו הקב"ה לשמור את התורה והמצוות, מדוע יש להוסיף צווי נוסף הנוגע לעשיית הישר והטוב בפס' י"ח? הלא התורה והמצוות הם הם הישר והטוב בעיני ה'! מסביר **הרמב"ן**, בפס' י"ז ישנו חיוב לקיים מה שהקב"ה ציווה בפרוטרוט בתורה ובמצוות, אולם ישנו חיוב נוסף של "ועשית הישר והטוב בעיני ה' ", אשר הוא מעין חיוב "סל"- אשר מצווה לפעול בכל מקרה ומקרה לפי הדבר אשר הוא טוב בעיני ה'. שהרי התורה לא תוכל להתייחס לכל הסיטואציות שיקרו אי-פעם ולצוות כיצד יש להתייחס אליהן, לכן התורה ציוותה לנהוג לפי "הישר והטוב" בכל סיטואציה שהיא. לפי ד"ר חבה, הרמב"ן לא מדבר על קושי טכני בפירוט כל המקרים האפשריים כולם, אלא על קושי מהותי: לעיתים יכולה להיות אותה סיטואציה שבמצב מסוים ובזמן מסוים הפתרון הנכון יהיה אחד ובמצב אחר (בשל נסיבות שונות, של זמן ומקום לדוגמה) הפתרון יהיה שונה. ז"א הפתרונות משתנים בהתאם לשאר הנסיבות הקיימות בכל סיטואציה וסיטואציה. לכן, במקום לפרט מקרים ספציפיים ותוצאותיהם, יש לפרט כללים מנחים מהם נסיק למקרים פרטניים. אי הציון של כל התרחישים בתורה מאפשר גמישות בין סיטואציות שונות.

עניין זה אשר מסביר הרמב"ן, מזכיר מאוד את דבריו של ר' יוסף אלבו בעל ספר העיקרים המוזכר בשיעור מס' 1, אשר מבאר שהסיבה לכך שהתורה שבע"פ לא נכתבה עד ימי רבי היא שאת הדברים הכתובים קשה הרבה יותר להגמיש למציאות המשתנה, וכן מקרים ספציפיים, קשה יותר להגמישם למקרים אחרים. בשונה מכללים ועקרונות כלליים, אשר קל יותר להתאים אותם למקרים אחרים.

**רמב"ן ויקרא**:

פירוש הציווי "קדושים תהיו".

זהו ציווי "סל", ציווי כולל. התורה מעולם לא אסרה או הגבילה על לדוגמא כמות אכילת בשר או כמות שתיית יין. אדם שמתנהג כך לא עבר שום מצוות לא-תעשה, אולם, ברור כי אין רוח התורה נוחה מכך, מזלילת בשר ושתיית יין חסרת מעצורים. אסור להיות נבל ברשות התורה, למתוח את הגבולות לגמרי, אלא להתנהג באופן סביר. אדם שמתנהג בצורה כזו, עובר על ציווי "קדושים תהיו".

זוהי דוגמא נוספת לציווי-חיוב סל, כמו "ועשית הישר והטוב".

**חכמים מתקנים תקנות אשר הן מגשימות את העקרון של "ועשית הישר והטוב". נביא שתי דוגמאות:**

1. **ת.בבלי, בבא מציעא**:

**דינא דבר-מצרא**: מדובר באדם שיש לו נכס, בד"כ קרקע, והקרקע שסמוכה לקרקע שלו עומדת להימכר. ע"פ דין התלמוד, למצרן, כלומר לבעל הקרקע יש מעין זכות קדימה על הקרקע השכנה, והשכן, המוכר, צריך להציע לו את הקרקע תחילה. אם לא הוצעה לו הקרקע, והקרקע השכנה נמכרה לקונה אחר, הדין הוא ש"מסלקין אותו". כלומר, לא ניתן לכפות את המוכר למכור למצרן, אך רואים את הקונה (של הקרקע) כאילו הוא שליחו של המצרן, ויוצרים פיקציה משפטית כאילו הקונה קנה את הקרקע עבור המצרן[[32]](#footnote-32). דין בן המצר מותנה בכך שלא יגרם נזק למוכר או לקונה, שכן הדין מבוסס על העיקרון של ועשית הישר והטוב, כלומר, אין להקשות יתר על המידה על המצרן, ולגרום לכך שנכסיו יהיו מרוחקים ומופרדים אלו מאלו. אך אם נגרם נזק למוכר או לקונה, הרי שאין כאן עשיית טוב וישר.

המקרה בגמ': יש כמה שדות ששייכים לכמה שותפים או אחים. לפלוני, אשר אינו בין השותפים הללו יש שדה המפצלת בין השדות של השותפים/אחים. אותו פלוני מוכר את שטחו לצד ג' וזה מטריד את השותפים שהרי הם רצו ליצור רצף של שדות שיעמדו לרשותם. ולכן עולה השאלה:

האם יכולים אותם שותפים/אחים להגיד לאותו צד ג' תעביר את הקרקע שקנית אלינו ואנחנו נשלם לך את הסכום שאתה שילמת עבור הנכס הזה. האם יכולים אותם שותפים/אחים להגיד לו "להסתלק מהקרקע" (הם ישלמו לו את שווי הקנייה שלו) מכיוון שיש להם זכות קדימה על אותה קרקע, או שהם לא יכולים? שלושה תירוצים בגמ':

רב: אין זכות קדימה משפטית, אולם יש זכות קדימה מוסרית, הם לא יכולים לסלק אותו מהקרקע, אבל מבחנה מוסרית זה לא בסדר אם הוא לא יאפשר להם לרכוש את הקרקע ממנו. הוא לא עושה את הישר והטוב.

רב נחמן: רק במקרה מיוחד כזה, כמו שבענייננו, שבו הקרקע המדוברת מפרידה בין קרקעות אחרות השייכות לשני שותפים או שני אחים, יש גם זכות קדימה משפטית, ויוכלו אותם שותפים/אחים לסלק את צד ג' הרוכש, אבל במצב רגיל, בו בני המיצר אינם שותפים/אחים לא יוכלו לדרוש ממנו להסתלק.

חכמי נהרדעא: קיימת זכות משפטית בדבר, בכל מצב ועניין. הטעם לכך הוא שנאמר: "ועשית הישר והטוב בעייני ה'.

לסיכום, רב אומר אין זכות משפטית בכלל. רב נחמן: מחלק בין מקרה של קרקע הנמצאת בין קרקעות של אחים או שותפים בו יש זכות משפטית למקרים רגיל של בן-מיצר בהם אין זכות משפטית. חכמי נהרדעא: יש זכות קדימה משפטית בכל המקרים, תמיד, בין כל שני שכנים.

מדוע פועל כאן הכלל של "ועשית הישר והטוב"?

מכיוון שאף אחד לא מפסיד מהעסק הזה: בעל הקרקע המקורי מקבל את הסכום שהוא רצה בעבור אותה קרקע. צד ג' (שקנה את הקרקע בתחילה) מקבל את הכסף שלו עבור אותה הקרקע והשכן (מי שמסלק את צד ג') מקבל את הקרקע שרצה. היחיד שיוכל להרוויח הוא אותו שכן, ואין סיבה שלא לתת לו להרוויח – "זה נהנה וזה לא חסר".

הגמרא מוסיפה שניתן להשתמש בכלל של "דינא דבר מצרא" רק בתנאי שאף אחד אחר לא יפגע מהשימוש בו. אילו הייתה סיטואציה כזאת שבה יכולה להיות פגיעה באיזשהו גוף, אין להפעיל את דין בר מצרא. לכן במקרים כגון: "מכר כל נכסיו לאחד[[33]](#footnote-33)", "מכר כל נכסיו לבעלים הראשונים[[34]](#footnote-34)" – אין בו דינא דבר-מצרא, כיוון שבמקרים אלה אותו קונה יפגע במידה ויסלקו אותו מהקרקע.

1. **ת.בבלי, בבא מציעא**:

**"שומא הדר".** אדם הלווה כסף מחברו, כל הנכסים שנמצאים ברשותו בזמן הפרעון משתעבדים למלווה. במידה ואין ללווה נכסים, יוכל המלווה להגיע אל צד ג' שקנה מן הלווה קרקע לאחר זמן ההלוואה, ויגבה את הקרקע ממנו. זכות הקדימה של המלווה תהיה קודמת לצד ג' בשני תנאים:

1. במידה ויכול היה לדעת צד ג' על כך שישנו שעבוד נכסים על נכסי הלווה.
2. במידה וההלוואה הייתה בשטר, ולא בע"פ. הסיבה לכך היא שלכתיבת שטר יש קול, מאחר ויש לשטר קול, צד ג' וודאי ידע על ההלוואה שבגינה הקרקע משועבדת.

אפשר לגבות מנכסים משועבדים, רק במידה ואין נכסים ללווה באמצעותם הוא יוכל לפרוע את החוב.

תמיד פונים לנכס האחרון שנמכר, ואח"כ לזה שנמכר לפניו, וכן הלאה, עד לגובה ההלוואה. מכיוון שהקונה הראשון תמיד יכול לומר: אני דאגתי שיישארו מספיק נכסי מקרקעין בידיו של החייב (בידיו של הלווה) כדי שאתה תוכל לגבות את הכסף (מהלווה באמצעות שאר הכנסים שנשארו לו לאחר ביצוע העסקה איתי ואני לא יכולתי לדעת שהלווה ימכור גם את שאר נכסיו לצדדים אחרים). ואילו הקונה האחרון לא יכול לטעון זאת, שהרי לא נשארו ללווה נכסים לתת למלווה לאחר שהוא ימכור לא הנכס האחרון.

דוגמא: ראובן לווה משמעון כסף ביום א' והוא היה צריך להחזיר אותו לשמעון ביום ד'. ביום ב' מכר ראובן נכס מסוים שהיה לו לצד ג' .ביום שלמחרת הוא מוכר עוד נכס שהיה לו לאדם נוסף (צד ד' ) ובסוף היום הוא מבזבז את כל הכסף שהיה לו כך שאין לו מה להחזיר לשמעון ביום ד' (לא כסף ולא נכסים). בא שמעון ותובע את הקרקע שרכש צד ד' מראובן, מכיוון שהיה עליו (על צד ד') לדעת שלראובן אין עוד נכסים איתם יוכל לשלם לשמעון עבור ההלוואה שלקח. אם ערך שווי הנכס שרכש צד ד' קטן משווי ערך ההלוואה יפנה שמעון גם לצד ג' וידרוש ממנו את הנכס שרכש מראובן בתור תשלום עבור ההלוואה שלא הוחזרה לו ע"י ראובן.

מלווה אשר מעוניין להוציא קרקע מנכסים משועבדים מן הלווה, על בי"ד נופלת האחריות לממש את השעבוד. בי"ד עושה זאת בשלושה שלבים[[35]](#footnote-35):

1. **שטר חיפוש נכסים**. מורה בי"ד למלווה לבדוק אילו נכסים יש בבעלות הלווה, אילו נכסים הוא מכר.
2. **שטר אדרכתא** (=דריכה, דריסת רגל). לאחר שבי"ד קיבל את תמונת הנכסים, נותן בי"ד רשות וזכות למלווה להשתלט על קרקע, לבצע חזקה על קרקע מסוימת. המלווה עדיין לא קיבל את הנכס לבעלותו, אלא רק את הרשות לתפוס בה חזקה.
3. **שומא**. בי"ד מעביר לבעלותו של המלווה קרקע בשווי ההלוואה.

כאן נכנס עניין ה"שומא הדר" – שומא חוזרת, אפשרות להחזיר לאחור את שלב השומא, ולהעביר את הנכס מבעליו החדשים לבעלים הראשונים:

לאחר סיום שלושת השלבים, יוכל המלווה לנהוג בקרקע מנהג בעלים, היא בבעלותו לחלוטין. אך במידה ויגיע הלווה ויגיד לו לאחר מכן שיש באפשרותו לשלם את החוב, והוא מבקש את הקרקע בחזרה.

אומרים חכמי נהדרדעא: יוכל להחזיר את החוב ולקבל את הקרקע בחזרה, תוך שנים-עשר חודש. אמימר: יוכל לעשות זאת לעולם, ולא רק תוך שנים-עשר חודש. הגמ' מסיימת, שההלכה של שומא-הדר היא מן "ועשית הישר והטוב". זהו הישר והטוב משום שהמצב חוזר לקדמותו בלי שאף צד נפגע מכך: המלווה שרצה לקבל את כספו בחזרה מקבל, ואילו הלווה מקבל את הקרקע שהייתה שייכת לו.

הערה: אפשרות הפדיון מותנית בכך שלא ייגרם נזק לצד ג'. על כן, הזכות נתונה אך ורק כל עוד הקרקע נמצאת בידי המלווה. אך אם הוא מכרה לצד ג', לא יוכל עוד הלווה לפדות את הקרקע.

**מבוא למשפט עברי שיעור 11**

**לפנים משורת הדין**

**מצוות השבת אבידה כוללת:**

1. איסור להתעלם מן האבידה.
2. חובה להשיב את האבידה לבעליה.

מצוות השבת אבידה קיימת רק כאשר הבעלים לא התייאשו מן האבידה (וויתור על הבעלות). שהרי במידה והבעלים וויתרו על הבעלות, החפץ הוא הפקר – ואין חובה להחזירו.

בכדי להשיב את האבידה, חובה להכריז על האבידה. בזמן ביהמ"ק היו מכריזים על האבידה במקום הנקרא "אבן הטוען", בזמן שלושת הרגלים. זמן ההכרזה אורכו שלושה רגלים (כשנה). לאחר חורבן ביהמ"ק, מכריזים בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, אלו מקומות בהם הציבור מתכנס יחד. לאחר שנה של הכרזה על אבידה, מניחים את האבידה עד שיבוא אליהו.

במידה והאבידה מתקלקלת עם הזמן, לדוגמא: פרחים, אפשר למכור אותה או לפדות אותה לשימוש עצמי[[36]](#footnote-36) ולהניח כסף במקומה. ולכשיבוא המאבד, לשלם לו את הכסף.

בעניין אבידה אשר הטיפול בה דורש תשלום, המשנה מחלקת את המקרים לשניים:

1. דבר שאוכל ועושה, לדוגמא: פרה, הנותנת חלב. מקזזים את ההוצאות מההכנסות של החלב. במידה ועברה שנה ולא בא המאבד, יוכל המוצא למכור את האבידה.
2. דבר שאיננו אוכל ועושה, לדוגמא: כלב. אין ממה לקזז את ההוצאות עליו. במידה ולא יבוא המאבד תוך שלושים יום, אפשר למוכרו ולהניח את הכסף ולהפחית את הוצאות הטיפול ששילם המוצא.

מבחן הייאוש אינו סובייקטיבי, אלא אובייקטיבי. אפילו אם המאבד הוא אדם חריג, אינו מתייאש לעולם, המבחן הוא אובייקטיבי.

חפץ אשר יש בו סימן, נחזיר אותו ע"פ סימנים.

**דוגמאות לייאוש בעלים:**

1. חפץ אשר אין בו סימן. לדוגמא: שטר של 100 ₪, המאבד מתייאש אוטומטית כיוון שיודע שאין סיכוי שימצא את השטר אותו הוא איבד.
2. חפץ אשר שוויו הוא פחות מפרוטה. ההנחה היא שכשאדם מאבד חפץ בשווי כזה הוא לא מחפש אותו.
3. חפץ אשר נמצא במקום אשר רוב העוברים ושבים בו הם גוים. כיוון שלגויים אין חיוב כיהודים המצווה עליהם להשיב אבידות, מאחר ורוב העוברים והשבים הם גוים, המאבד יתייאש.

**דוגמאות להנהגה של לפנים משורת הדין**

1. **ת.בבלי, בבא מציעא, כ"ד:**

א. רב יהודה ושמואל הלכו בשוק, אשר רוב המשוטטים בו הם גוים. שאל רב יהודה את שמואל, מה יהיה הדין אם ימצא ארנק (אשר יש בו סימן) בשוק זה? אמר לו: הרי אלו שלו. בא ישראל ונתן בה סימן מהו? אמר לו: חייב להחזיר. אמר לו רב יהודה: אתה סותר את עצמך! אמר לו שמואל: לפנים משורת הדין.

ע"פ דין במקרה בו ישנו ייאוש, אין חובה הלכתית להחזיר, אולם אם יבוא ישראל ויתן סימנים: יהיה חייב להחזיר לפנים משורת הדין.

ב. אביו של שמואל מצא חמורים במדבר, והחזירם אע"פ ששנה שלמה עברה ולא הגיע המאבד לבקשם. הנהגה זו היא לפנים משורת הדין.

ג. אותו מקרה כמו במקרה א', אך עם רב נחמן ורבא. רב נחמן ענה על שאלה זו: כי אין חובה להחזיר, אע"פ שאותו מאבד "עומד וצווח".

בשונה ממקרה א', רב נחמן אף לא אומר כי החיוב הוא "לפנים משורת הדין".

1. **ת.בבלי, בבא מציעא, ל':**

סבל אשר עצר לנוח, וביקש עזרה מר' ישמעאל בהטענת המשא על גבו ע"מ שיוכל לקום בקלות. שאל ר' ישמעאל מה עלות המשא, ענה לו כי עלותו חצי זוז. נתן לו ר' ישמעאל חצי זוז, ע"מ שיקנה ר' ישמעאל את החפץ ושלא יצטרך לעזור לו להטעין. הסבל חזר וזכה בחפץ. נתן לו ר' ישמעאל חצי זוז נוסף לקנות ממנו את המשא. ראה ר' ישמעאל כי הסבל מתכוון לזכות שוב בחפץ, אמר לו: לכולם מופקר החפץ, חוץ ממך[[37]](#footnote-37).

שואלת הגמ', והרי ר' ישמעאל יכול היה לפטור עצמו ממצוות טעינה מאחר והוא נכלל בכלל "זקן ואינה לפי כבודו"! עונה הגמ': לפנים משורת הדין התנהג, אה"נ אכן היה פטור משום "זקן ואינה לפי כבודו" אבל לא רצה לנצל את הפטור זה.

1. **ת.בבלי, בבא מציעא, פ"ג:**

רבה בר בר חנן שכר סבלים שיסחבו חביות יין. במהלך עבודתם שברו חלק מן החביות, ודרש פיצוי מן הסבלים. כפיצוי לקח מהם את הגלימה שלהם. באו והתלוננו על כך לרב. רב הורה לרבה להחזיר להם את הגלימה. שאל רבה את רב: כך הוא הדין?! ענה רב: כן, "למען תלך בדרך טובים" (פס' ממשלי), מסביר רש"י: "בדרך טובים"=לפנים משורת הדין. התלוננו הסבלים לפני רב כי הם עבדו כל היום, והם רעבים. אמר רב לרבה: שלם להם שכרם. התלונן רבה: כך הוא הדין?! ענה רב: כן, "וארחות צדיקים תשמור".

ההבדל בין ב"מ כ"ד לנידון הנוכחי, הוא שבב"מ כ"ד דובר על **שאלה תיאורית**, ואילו בנידון הנוכחי דובר על מקרה קונקרטי מציאותי. הבדל נוסף הוא, שבנידון הנוכחי, רב **חייב** את רבה לנהוג לפנים משורת הדין, ולא רק הציע לו הצעה בעלמא.

1. **כתובות**:

אישה אחת הלכה לר' חייא אשר היה חלפן כספים בעל מומחיות גדולה בתחום, והראתה לו מטבע מסוים. החלפן אמר לה: המטבע בעל שווי[[38]](#footnote-38). חזרה אליו לאח"כ, ואמרה לו כי רצתה לשלם לאנשים במטבע והם לא רצו לקחת אותו. אותו אישה דורשת מר' חייא שיפצה אותה, מאחר וההערכה שלו הייתה מוטעת. ר' חייא מסכים ומפצה אותה.

ע"פ דיני הנזיקין בהלכה, ר' חייא היה פטור מלפצות אותה, כיוון שבמומחה מיוחד אשר טועה – אנו מניחים כי הטעות שלו היא אונס. במקרה של אונסין – אדם פטור. אולם, אדם שאינו מומחה שטעה, טעותו היא רשלנות והוא חייב.

שואלת הגמ': א"כ, ר' חייא יכול היה להפטר, ולא לשלם לה מאחר והיה אנוס! עונה הגמ': אה"נ, ר' חייא פעל לפנים משורת הדין.

**האם ישנה חובה לנהוג לפנים משורת הדין?**

**מרדכי** (ר' מרדכי הכהן, המאה ה-13):

כופין לנהוג לפנים משורת הדין, אולם רק את מי שיש בידיו את היכולת הכלכלית לנהוג לפנים משורת הדין (עשירים).

עובדת הכפייה הסלקטיבית (כפיה רק לעשירים) מלמדת שזה לא הדין, אלא לפנים משורת הדין. הדין הוא בפני כולם, לפנים משורת הדין רק לעשירים.

**רמב"ם, רא"ש, בית יוסף**:

אין חובה לנהוג לפנים משורת הדין, אלא "הרוצה לילך בדרך הטוב והישר" יוכל לעשות כן.

**פתחי תשובה** (פירוש על שו"ע המביא אחרונים אשר דנים בנושאים בהם דן השו"ע):

גם אליבא דהסוברים שיש לכפות על לפנים משורת הדין, אין מדובר על כפיה ממש (נטילה בכוח), אלא ביה"ד מפעיל "כפיה קלה": לחץ באמצעות דברים אותם מטיח ביה"ד באותו אדם, נידוי, איומים וכו'.

כנראה, שמפעילים את מכבש הלחץ ע"פ הנסיבות הקונקרטיות: לא תמיד פועלים באמצעות אותם כלים (נידוי, איומים וכו'), אלא בהתאם לנכונות השיקולים במקרה נתון, בוחרים את כמות הלחץ בה ביה"ד משתמש.

**שיקולים בהם יש להתחשב בשאלה האם ישנה דרישה לנהוג לפנים משורת הדין**:

**1. רמב"ם**:

ככל שאדם נמצא במעמד תורני גבוה יותר, מסתכלים יותר על מעשיו ועל התנהגותו. תלמיד-חכם אשר מתנהג בדקדוק, וכל מעשיו שוקל בפלס – עושה קידוש ה' גדול. לכן, ככל שהאדם בעל מעמד חברתי/תורני גבוה יותר, לדוגמא: תלמיד-חכם, כך הדרישה ממנו לנהוג לפנים משורת הדין עולה.

**2+3. תוספות**:

**שני שיקולים נוספים בהם יש להתחשב בשאלה האם ישנה דרישה לנהוג לפנים משורת הדין**:

1. ישנו הבדל אם ההתנהגות לפנים משורת הדין גורמת להפסד, או אם היא גורמת למניעת רווח. דוגמא: אדם אשר מחזיר ארנק שבעליו התייאשו ממנו ונתנו לו עליו סימן, אינו מפסיד, אלא רק מנע רווח מעצמו.

ככל שההתנהגות לנהוג לפנים משורת הדין פירושה למנוע מעצמך רווח, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין – עולה. אולם, ככל שההתנהגות לנהוג לפנים משורת הדין פירושה לגרום לאדם להפסד, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין יורדת.

1. כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין פירושה לדרוש מאדם לנהוג מעבר לנורמה הרגילה, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין פוחתת. כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין פירושה לדרוש מאדם לנהוג כפי שאחרים נוהגים בידיוק, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין עולה. דוגמא: בסיפור המופיע בדוגמא 2, החיוב של מצוות הטעינה היא מצווה החלה על הכל, אולם ר' ישמעאל בעל פטור ספציפי משום "זקן ואינה לפי כבודו".

**4. מרדכי**:

ע"פ דברי המרדכי המובאים למעלה, יש להתחשב אף במצבו הכלכלי של האדם. אם מדובר באדם עשיר, אפשר לכפותו.

**סיכום**

האם מותר לכפות לנהוג לפנים משורת הדין?

**מרדכי**: כופים לנהוג לפנים משורת הדין, רק עשירים.

**רמב"ם, רא"ש, בית יוסף**: לא כופים לפנים משורת הדין.

**פתחי תשובה**: גם אליבא דהכופים (מרדכי), לא משתמשים בכל אמצעי הכפיה, משתמשים רק בחלקם: איומים, לחץ באמצעות דברים וכו'.

ישנם ארבעה שיקולים אותם בוחנים; **מצב כלכלי, מעמד חברתי, האם תגרם מניעת רווח/הפסד, האם זוהי נורמה הנדרשת מכולי עלמא**.

**מבוא למשפט עברי שיעור 12**

**חיוב בדיני שמיים**

**משנה בבא בתרא**:

אדם אשר הזיק, חייב לפצות את הניזוק. אולם, במקרה של גרמא – פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמיים[[39]](#footnote-39).

גרמא = בניגוד לנזק הנעשה בידיים, זהו נזק הנעשה בעקיפין.

דוגמא לגרמא: אדם אשר התנגש ברכב של חברו, מעבר לפגיעה ברכב, אותו אדם גרם לאובדן ימי עבודה, טרחה בחיפוש רכב חדש.

**דוגמא לגרמא**:

**תוספתא בבא קמא**:

אדם אשר פיזר רעל (אפילו בכוונה תחילה) במקום בו ידוע כי הכלב של חברו מסתובב שם. זוהי גרמא מאחר ואותו אדם לא הרעיל את הכלב ממש, אלא הרעיל אותו בעקיפין.

אדם אשר נועל את השער שלו ע"מ שהכלב לא יברח, אדם אחר פתח את השער (אפילו בכוונה תחילה) והכלב ברח החוצה ונשברו לו הרגליים באיזושהיא צורה. זוהי גרמא, מאחר שאותו אדם לא שבר לו את הרגליים ממש, אלא רק הראה לו את הדרך החוצה.

**המשמעות של "חיוב בדיני שמים":**

**רש"י**:

אמנם יש פטור מדיני אדם (ענישת בי"ד), אולם יבוא לאדם חיוב בדיני שמיים = פורענות לשלם לרשעים שנתכוון להפסיד את ישראל' – העונש ניתן ע"י האל והינו מוסרי-ערכי ולא ממוני.

**ראב"ן**:

במקום בו ישנו חיוב בדיני שמיים, על בי"ד להודיע לאותו מזיק שבמידה והוא לא ישלם על ההיזק שנוצר בגרמא, הוא ייענש בדיני שמיים. במידה והמזיק ישמע לביה"ד וישלם לניזק בעבור ההיזק בגרמא, העונש שמתעתד להגיע למזיק בדיני שמיים – יעלם.

ביה"ד כמובן לא יכפה אותו לשלם (שהרי זהו מהות הפטור מדיני אדם, שביה"ד לא כופה לשלם), אבל תפקיד ביה"ד להודיעו על כך שיענש במידה ולא ישלם.

**ים של שלמה**:

על ביה"ד ללחוץ מסיבית על המזיק לשלם, על אף שאינו יכול לכפות ממש.

**המאירי**:

ההלכה קובעת כי אדם אשר מחזיק ממון בידיו שלא כדין, פסול לעדות.

מזיק אשר לא משלם לניזוק את סכום הנזק, אע"פ שביה"ד לא כופה אותו לעשות כן, למעשה מחזיק המזיק בממון הניזק שלא כדין. אדם כזה יהיה פסול לעדות.

**מידת חסידות**

**דוגמאות למידת חסידות**:

1. **בבא בתרא**:

אדם יכול לקבוע בעודו בחיים, כי נכסיו יתחלקו אחרת מן המתבקש בירושה מדאורייתא[[40]](#footnote-40) (שרק הבנים יורשים). אדם מסוים אשר נתן את נכסיו לזרים, ולבניו לא השאיר דבר מן הירושה – הירושה תקפה. אולם, אין רוח חכמים נוחה הימנו. רשב"ג: אם בניו של אותו אדם מקולקלים – עשה דבר טוב שלא נתן להם מירושתו. **רשב"ם** מפרש ביטוי זה: חכמים לא מרוצים ממעשיו, אלא כועסים על מצב זה, שגרם לכך שלא תועבר הנחלה ליורשים מדאורייתא (הבנים).

1. **בבא קמא**:

גזלנים ומלווים בריבית אשר רוצים לחזור בתשובה, לבעליהם המקוריים של אותם חפצים וכספים שנגזלו אין לקבל מהם את הגזלות שאותם אנשים גנבו מהם, וכל המקבל – אין רוח חכמים נוחה הימנו.

1. **מסכת שביעית**:

אע"פ שהחוב נמחק בשמיטת הכספים של השמיטה, "המחזיר חוב בשביעית רוח חכמים נוחה הימנו". "הלווה מן הגר שנתגיירו בניו עמו – לא יחזיר לבניו, ואם החזיר – רוח חכמים נוחה הימנו". גר אשר הלווה לפלוני, אותו גר נפטר קודם שהחזיר לו פלוני את החוב. כידוע, גר נחשב כנולד מחדש, ובניו אינם יורשים אותם מן הדין. אם החזיר פלוני לבניו של הגר שנפטר את החוב אע"פ שאינם היורשים הפורמליים שלו – רוח חכמים נוחה הימנו.

1. **בבא מציעא**:

**הונאה**: אדם אשר מכר חפץ בפער של למעלה מ-1/6 ממחיר השוק יחול דין הונאה. יוכל הקונה לדרוש את הפער, או לבטל את המכר. וכן אותו דין בקונה אשר קנה בפער של 1/6 כלפי מטה, יוכל המוכר לדרוש את הפער, או לבטל את המכר.

מה פרק הזמן בו אפשר לדרוש הונאה? כעקרון, פרק הזמן שניתן הוא הזמן בו באופן סביר היה אפשר לברר מהו מחיר השוק.

המשנה דנה בהונאה של מטבע. בערים, פשוט מאוד לבדוק מהו שווי המטבע שהרי אפשר בקלות לפנות אל השולחני שבעירך, ולכן פרק הזמן בו אפשר לדרוש את ההונאה בעיר הוא פרק זמן קצר מאוד. בכפרים, פרק הזמן הוא עד יום חמישי, שבו האנשים הולכים לעיר שם הם יכולים לבדוק מה שווי המטבע אצל השולחני. אולם, אם יבוא אדם למוכר אף לאחר סוף פרק הזמן, יחזיר לקונה את ההונאה.

שואלת הגמ': הלא אמרת שלאחר סוף הזמן כבר לא יחוייב אותו אדם לשלם את הפרש ההונאה! עונה הגמ': אדם אשר מחזיר את ההונאה לאחר סוף פרק הזמן, זו מידת חסידות.

1. **מסכת חולין**:

רק עניים זכאים להנות ממתנות עניים.

אדם אשר הינו אמיד, אך נתקע במקום שאינו מקום מגוריו ללא כסף – מותר יהיה לו לקחת ממתנות העניים של אותו מקום אליו נקלע. מן הדין לכשיחזור לביתו – לא יהיה חייב להחזיר לעניי עירו את סכום הכסף בו השתמש במתנות העניים. אולם, מידת חסידות היא להחזיר לעניי עירו סכום זה.

**שו"ת תשב"ץ**: נשאל ע"י אישה בעלת נכסים אשר קרובה היורש אותה הוא עני אשר ילדיו הם תלמידי חכמים. אותה אישה מעדיפה להעביר את נכסיה לעניים או לביה"כ, במקום שיורשה המקורי יירש אותה. השאלה היא בתורת ייעוץ גרידא: האם כדאי לה לעשות כמבוקשה או עדיף להמליץ לה דווקא להשאיר את הירושה כמות שהיא? האם רוח חכמים נוחה מאותה העדפה של האישה?

עונה התשב"ץ: אומרת הגמ', כי לא ראוי להעביר ירושה לצדדים שלישיים במקום להעבירו ליורשים המקוריים.

מתן הכסף לביהמ"ש מקטין את ההשתתפות של כלל המתפללים בתשלום ההוצאות, יוצא, שבמידה ותעשה כך, תעביר את ירושתה לצדדים שלישיים, מתפללי בית הכנסת – ולא לאנשים הראויים לרשת אותה. וכן, אף אם תעביר את נכסיה לעניים: הלא קופת הצדקה של העיר מתמלאת באמצעות כספי הציבור, כשאישה זו נותנת במקומם את כספי קופת הצדקה – היא למעשה מעבירה את כספה לכלל הציבור, שבזכותה הם לא יצטרכו להתחלק ביניהם בכספי קופת הצדקה.

העברת כספים לצדדים שלישיים במקום ליורשיה הראויים, אין זה דבר ראוי, אולם וודאי שאם תחליט בכל זאת לעשות זאת – העברת הנכסים תתפוס הלכתית.

במחשבה שניה, אומר התשב"ץ, כי אף אם תחליט להעביר נכסיה לעניים או לביהכ"נ – מתנה זו תהא מבוטלת. מתבסס על הירושלמי בפאה: רבי הראה לרב בית כנסת מפואר אשר הוא בנה מכספו. רב אומר לרבי: בניתם ביהכ"נ על חשבון אחרים! במקום להשקיע כסף בביכ"נ מפואר היה צריך לתת כסף זה לעניים וחולים! מכאן מוכיח התשב"ץ כי סדרי העדיפויות הנכונים הם: חינוך הילדים ועזרה לעניים עדיף מלפאר ביהכ"נ.

ההלכה היא, שאדם אשר ביקש לעשות עבירה בנכסיו, אין שומעין לו. מאחר וראינו שסדרי העדיפויות הנכונים הם מתן עזרה לעניים ולאח"כ רק פאר ביהכ"נ. יוצא, שאותה אישה, במידה וציוותה שבפועל צוואתה תהיה לתת כספה לביהכ"נ, עשתה סדר עדיפויות הפוך מסדר ההלכה – וזהו המקרה של אדם אשר ביקש לעשות עבירה בנכסיו, ולכן צוואתה תהא מבוטלת ואת נכסיה יירש העני. ניתן לראות, כי על אף שהעיקרון "אין רוח חכמים נוחה הימנו" איננו מחייב מבחינה משפטית, לעיתים בשם עיקרון זה רשאי בית הדין "לצעוד צעד נוסף" ולהתערב ביחסים שבין אדם לחברו. במקרה זה, הדבר מוביל לביטול צוואה.

**מי שפרע ומחוסר אמנה**

במעשי מכר, בצמוד לגמ"ד דרוש אף מעשה קניין. כל זמן שלא נעשה מעשה קניין, החפץ שייך למוכר, אע"פ ששילם הקונה למוכר. שני הצדדים רשאים לחזור בהם כל זמן שלא נעשה מעשה קניין.

**רמב"ם**:

מקרה א': קונה אשר שילם בעבור המכר, אולם לא ביצע מעשה קניין – המכר כאמור לא נקנה ע"י הקונה. אע"פ ששני הצדדים רשאים לחזור בהם, במידה ואחד מהם חוזר בו – ביה"ד מקללים את הצד החוזר בקללת "מי שפרע[[41]](#footnote-41)". להלכה נקבע שביה"ד עצמו מקלל את אותו אדם בפועל בקללת "מי שפרע", ולא רק אומרים לו ביה"ד כי יקולל בקללה זו בידי שמיים.

מקרה ב': מקום בו כל פרטי העסקה סוכמו, אולם התמורה לא שולמה. אע"פ שכמובן מבחינה הלכתית מותר לכל אחד מן הצדדים לחזור בהם – מי שחוזר בו מבין השניים, הרי הוא ממחוסרי אמנה (=אדם לא אמין) ואין רוח חכמים נוחה הימנו.

מקרה ג': אדם שהבטיח לחברו לתת לו מתנה, ולא נתן לו אותה – הרי הוא ממחוסרי אמנה. מסייג הרמב"ם הלכה זו רק למקרה בו המתנה שהובטחה היא מתנה בעלת ערך נמוך, אולם במתנה שערכה גבוה – אין זה ממחוסרי אמנה אם לא נתן את המתנה, מאחר והמקבל לא האמין מלכתחילה שיתן לו מתנה בעלת ערך גבוה סתם כך.

**מקרה דומה בו קניין חל אולם לא הועבר כל התשלום עבור המכר**:

**שו"ת שבות יעקב**:

קונה אשר ביצע מעשה קניין בחפץ, אף שלא שילם את התמורה המלאה אלא רק חלקה, הבעלות הועברה אליו. אולם במקרה בו המוכר רודף אחרי הקונה בדרישה שישלם את מה שנשאר לו, ישנה בכך העדה על חוסר גמירות דעת של המוכר למכור את החפץ, שהרי שבכך גילה המוכר שהוא גמר בדעתו למכור רק אם יקבל את כל התמורה. מאחר ולא הייתה גמירות דעת, שני הצדדים רשאי לחזור בהם מהמכר. המוכר שדהו מפני רעתה, ומחזר אחר כספו – אין החיזור אחר הכסף מעיד על חוסר בגמירות דעת.

ישנו מקרה אשר הובא לפני המשיב, לפיו קרה מקרה בו המוכר מכר ב-1000 חביות יין, קיבל רק 100 ₪ מהתמורה, והקונה עשה מעשה קניין בחביות היין. הקונה לא הספיק לשלם על החביות עד שמחיר היין עלה ל-1,500. כשראה כך המוכר, הוא חיזר אחר כספו ורדף אחרי הקונה לשלם לו בכוונה על-מנת שיתבטל המכר. מבחינה דינית הלכתית לכאורה הדין עם המוכר, והוכח כי לא גמר בדעתו למכור, ויוכל לחזור בו מן המכר.

עונה המשיב, כי יש לדון את המקרה שלפנינו של המוכר חביות יין כמוכר שדהו מפני רעתה. מבסס זאת על המעשה בפסחים: רב מציע לבנו, שבכל מקום בו הוא מכר משהו והתחרט על המכירה, חזור בך כשזה אפשרי משפטית. חוץ ממקרה בו התחרטת על מכירת יין – אל תלך ותבטל את המכירה, אלא תשמח כי ייתכן ואותו יין היה מחמיץ כשהיה תחתיך. יוצא מכאן, כי יין נחשב כסחורה גרועה, והמוכר יין נחשב כמוכר שדהו מפני רעתה. כפי שאמרנו, המוכר שדהו מפני רעתה – אף אם מחזר אחר כספו, אין זה מעיד על חוסר בגמירות דעת, והמכר קיים.

1. דוגמא לתקנת חכמים: מדין תורה – מציאת קטן אינה שייכת לו, ובמידה וקטן מצא מציאה – המציאה אינה שייכת לו. חכמים תיקנו תקנה שהמציאה תהיה שייכת לו, כיוון שחכמים רצו למנוע סכסוכים (שהרי במידה והקטן מצא מציאה לא זכה בה כיוון שאינו שייך לדיני קניין, ויוכל אדם אחר לחטוף לו את המציאה ולזכות בה. במצב כזה יכל להווצר סכסוך בין אביו של הקטן לבין אותו אדם שחטף). [↑](#footnote-ref-1)
2. מעתה נשתמש במילה גמרא בקיצור: גמ'. [↑](#footnote-ref-2)
3. נפק"מ להבדל בין מצווה מדאורייתא לדרבנן: ספקא דרבנן לקולא, ספקא דאורייתא לחומרא. [↑](#footnote-ref-3)
4. ע"פ דרשת חז"ל, פס' אלו מדברים על מקרה של פרשת זקן ממרא; אחד מחברי הסנהדרין (71 חברים) אשר ממשיך להורות בציבור כדעת המיעוט אע"פ שנפסק כדעת הרוב, עליו נגזר דין זה של מיתה. [↑](#footnote-ref-4)
5. אין מדובר כמובן על ת"ח שמתכוון להורות לציבור הפוך מבי"ד, שזהו זקן ממרא. אלא על ת"ח הראוי להורות הוראה ומתכוון לנהוג הפוך משיטת בי"ד לעצמו בחדרי חדרים. [↑](#footnote-ref-5)
6. . יוצא מדברי הרמב"ן מדבריו בהסבר זה, שייתכן גם ייתכן שחכ' יטעו, אך אין מנוס מללכת עם דברי חכ' מהסיבה אותה הוא מציין. אך לכאורה גוף הטענה של הסברו השני הוא שחכמים כלל לא טועים. [↑](#footnote-ref-6)
7. הלוח העברי מתבסס על שנת ירח. הלוח הלועזי מתבסס על השמש. בעקבות זה ישנו פער של 11 ימים בשנה. הלוח העברי משלים פער זה באמצעות שנה מעוברת בעלת 13 חודשים. הלוח העברי מתחלק לשנים עשר חודשים, ומתחלק שונה מהלוח הלועזי. חודש מונה 29.5 ימים, ולכן ישנה מחלוקת אם היום השלושים נחשב ר"ח או היום השלושים ואחת. בתקופת המשנה לא היה לוח מסודר, לכן היו יוצאים שליחים שמטרתם הייתה לבדוק מתי היה מולד הירח, ועל כך היו מעידים בפני הסנהדרין. חוקרים ובודקים את העדים מה בידיוק ראו, במידה ועדותם מקבילה וזהה – מכריזים על היום השלושים כר"ח. עדותם מכריעה, כיוון שע"פ זהות ר"ח יקבעו החגים. [↑](#footnote-ref-7)
8. הירושלמי אף הוא מפרש את המשנה המוכרת לנו. הבבלי נחתם בשנת 400 לספירה. הירושלמי נחתם בשנת 500 לספירה. בתקופה זו המרכז התורני בא"י מתפוגג והמרכז התורני עובר לבבל, ולכן כיוון שהמרכז התורני נמצא בבבל מטבע הדברים עסקו יותר בביאור התלמוד הבבלי. [↑](#footnote-ref-8)
9. מסכת הוריות עוסקת בהוראה בטעות של בי"ד, בי"ד טעה בהוראתו. בי"ד עצמו הגיע למסקנה שהוא טעה לאחר זמן מסויים. אך עד שבי"ד הגיע למסקנה שטעה, אנשים רבים הלכו לפי הוראת בי"ד והסתבר על עבירה בשוגג. במקרה כזה, מביא בי"ד פר העלם דבר של ציבור, שהוא מכפר על הטעות שהטעה בי"ד. [↑](#footnote-ref-9)
10. במקרים בהם נדרש בי"ד של 23 דיינים לענייני ממונות, יושבים רק שלושה דיינים במקרה כזה. לא מצריכים שישבו 23 דיינים. [↑](#footnote-ref-10)
11. קובץ ברייתות שהם מסכת בפני עצמה. נערכו ע"י ר' נתן הבבלי בסוף תקופת התנאים. מקבילה למסכת אבות בשמנה ועוסקת בענייני מוסר, ודרך ארץ. מופיעה בשני נוסחים. [↑](#footnote-ref-11)
12. כהערה מעניינת, נאמר בגמ' שם: "אותו היום הביאו כל טהרות שטיהר בעבר ר' אליעזר ושרפום באש, ונמנו עליו וברכוהו." בהלכה, במידה וחכ' חזרו בהם מהלכה מסויימת, לא מחילים את ההלכה על מקרים שקרה דנו בהם בעבר, אלא ההלכה חלה על מקרים שיבואו רק מכאן ולהבא. אך בתנורו של עכנאי, בכדי להוכיח את העיקרון של "לא בשמים היא", ואע"פ שלר"א היו ראיות לכאורה חותכות, ראיות שמיימיות(!) חכ' גמרו בדעתם לעשות מעשה קיצוני זה של לטמא אף את הטהרות שטיהר ר"א בעבר. [↑](#footnote-ref-12)
13. "במנין". מס' הסברים ניתנו לביטוי זה. יש המסבירים שהכוונה לגילו, יש המסבירים שהכוונה היא למס' התלמידים שיש לו. אחרים מסבירים שכוונה היא למס' הת"ח שהוא שימש ולמד מהם. [↑](#footnote-ref-13)
14. ההכרעה מהי הדעה המקילה או המחמירה היא לא פשוטה, שהרי יש מקומות בהם ישנה חומרא המביאה לידי קולא, והפוך. [↑](#footnote-ref-14)
15. הרמב"ם קרא לספרו "משנה תורה", וראה את ספרו כ"תחליף" לתורה – אפשר יהיה לקרוא את ספרו של הרמב"ם ולדעת את כל ההלכות. הכסף משנה הוא פירוש על "משנה תורה", כסף מזכירה את שמו של המחבר "יוסף", ואף הביטוי "כסף משנה" מופיע בספר בראשית בעניין כסף משנה ששם באמתחת בנימין. [↑](#footnote-ref-15)
16. אמוראים לא יכולים לחלוק על תנאים. ההנחה היא שלא ייתכן שאמורא יחלוק על תנא, כיוון שאמורא מכיר את כל המשניות, אך לא מכיר את כל הברייתות. לכן, במקרה בה יש לכאורה סתירה בין דעת אמורא לבין משנה. נראה זאת כסתירה אותה יש ליישב, שהרי לא ייתכן שאמורא יחלוק על דעת משנה מפורשת. אך במקרים בהם יש מחלוקת בין אמורא לברייתא – נאמר כי ייתכן שאותו אמורא לא הכיר את הברייתא והוא סברתו שונה משל הברייתא. נדחה את דעתו מפני דעת הברייתא. [↑](#footnote-ref-16)
17. כתיבתו מיוחסת לגאונים. [↑](#footnote-ref-17)
18. מתוך שבעה דורות האמוראים, רבא היה בדור הרביעי של האמוראים (330-360 לספירה). [↑](#footnote-ref-18)
19. ההגדרה המדוייקת של מושג זה ושל המושג הבא מורכב ושנוי במחלוקת. אולם על רגל אחת נוכל להסביר כי "טעות בדבר משנה" פירושה הוא טעות בדבר הלכה מפורש וברור. [↑](#footnote-ref-19)
20. "טעות בשיקול הדעת" פירושה הוא טעות הנוגעת לדבר הלכה שאינו מפורש וברור. טעות בהלכות שאינן מוחלטות ומפורשות לצד מסויים. [↑](#footnote-ref-20)
21. ייתכן והגבלתו החמישית של הרדב"ז תתפרש אחרת; שעל הפוסק עצמו להיות מפורסם בקהל ושנתפשטו דבריו ברוב ישראל. בניגוד להסבר כי על העמדה המסויימת במחלוקת צריכה להיות מפורסמת. [↑](#footnote-ref-21)
22. בדר"כ הכוונה להסדרים ממוניים בין אדם לחבירו או בין אדם לציבור ולקהילה, בהתאם לצורך ולנסיבות המתחדשות בכל תקופה ובכל קהילה. [↑](#footnote-ref-22)
23. בדר"כ מדובר בהרחבה של איסורי התורה, שמטרתם להרחיק את האדם מן האפשרות שייכשל. [↑](#footnote-ref-23)
24. על הטעמים לכך דיברנו באחד השיעורים הקודמים. [↑](#footnote-ref-24)
25. דוגמא לתקנה ממונית: ראובן שהניח רשת בים, דג נלכד ברשת. שמעון בא ולקח את הדג מן הרשת. לפי דין תורה, שמעון שעשה את מעשה הקניין בדג, זכה בו. תקנו חכמים כי במקרה כזה, ע"פ כלל "הפקר בי"ד הפקר", תופקר בעלותו של שמעון על הדג, ותועבר לבעלותו של ראובן. [↑](#footnote-ref-25)
26. הריב"ש דן בשטר שנעשה שלא על פי ההלכה, אלא בערכאות גוים שכידוע אסור לידון לפניהם, ובשטר זה סוכם על נתינת ריבית, שאסורה מן התורה. [↑](#footnote-ref-26)
27. גזילה = חטיפת חפץ מאדם **לאור יום**, וכך הבעלים יודע מיהו הגזלן. [↑](#footnote-ref-27)
28. גניבה = לקיחה של חפת מבעליו בסתר, כאשר הבעלים לא יודע מיהו הגנב. [↑](#footnote-ref-28)
29. מעשה הקניין מתלווה לגמירות הדעת הנצרכת לשם קיום המכר. ללא גמירות דעתם של שני הצדדים למכירה, אין משמעות למעשה הקניין. דוגמא: פלוני אשר מגביה חפץ השייך לאלמוני, אף אם אותו פלוני כיוון בדעתו לקנות את החפץ, במידה ואלמוני לא גמר בדעתו להעביר את הבעלות במעשה קניין זה לפלוני – אין קניין. [↑](#footnote-ref-29)
30. במקרה הקונקרטי של ערכאות גוים שדנים לפי דיני ההלכה, הבעייתיות אינה בכך שמיקרים את דיניהם של הגוים ואומרים שחלילה דיניהם טובים משל ההלכה, מאחר והם דנים לפי ההלכה. אלא הבעייתיות במקרה כזה היא שהדיינים הגוים הם מייצגים את שם ע"ז, ואת תרבות הגויים. [↑](#footnote-ref-30)
31. נשאלת השאלה, מדוע לא התירו לפנות לערכאות של גוים במקומות בהם אין דיינים בקיאים, למה צריך ליצור בי"ד של הדיוטות? הסיבה לכך היא, שבמידה וישחררו את הרצועה, ויאפשרו במקומות בהם אין דיינים בקיאים להתדיין בערכאות גוים – יבואו להתדיין בערכאות גוים אף במקומות בהם יש דיינים בקיאים. בנוסף, בי"ד של הדיוטות יהודיים, מכירים את ההתנהלות היהודית. [↑](#footnote-ref-31)
32. למעשה, המצרן (בעל קרקע הסמוכה לקרקע שהוצעה למכירה) משלם לקונה הקרקע עבור הנכס ולא מסלק אותו כפי שמובן בשפה שלנו - לזרוק אותו מכל המדרגות ללא תשלום. [↑](#footnote-ref-32)
33. אדם אשר מכר את כל נכסיו לקונה אחד, לא יוכל לבוא השכן של לדוגמא שדה ב' אשר הוא אחד מהנכסים שנמכרו בעסקת חבילה, ולטעון שימכור לו משום דינא דבר-מצרא, כיוון שיוכל הקונה לטעון שכל מה שהוא הסכים לקנות ממנו את עסקת החבילה היא בגלל שדה ב' שטוענים עליה לדינא דבר-מצרא. [↑](#footnote-ref-33)
34. אדם אשר מכר בעבר נכס, וכרגע הוא רוצה לרכוש את הנכס מחדש. הסיבה לכך היא שמאחר ואותו קונה הוא הבעלים הראשונים של הקרקע, יש לו איזשהוא קשר מיוחד עם הקרקע הספציפית הזו אותה הוא רוצה לרכוש. [↑](#footnote-ref-34)
35. בין שלב לשלב חייבים לעבור לפחות שלושים יום, כדי לאפשר ללווה להחזיר את החוב. [↑](#footnote-ref-35)
36. כשפודים את האבידה לשימוש עצמי, יש לפנות לביה"ד קודם לכן, על מנת שיבחנו מהי עלות האבידה. עושים זאת בכדי למנוע ניגוד אינטרסים, שהמוצא ימכור לעצמו את האבידה בעלות נמוכה. [↑](#footnote-ref-36)
37. הלכתית זה לא עובד, אי אפשר להפקיר רק לחלק מן העולם. אולם סבר ר' ישמעאל כי הסבל לא יודע את ההלכה. [↑](#footnote-ref-37)
38. ר' חייא בחן האם המטבע הוא עובר לסוחר, מטבע אשר אפשר להשתמש בו בשוק. [↑](#footnote-ref-38)
39. ביה"ד לא יכפה על אדם לשלם. [↑](#footnote-ref-39)
40. זוהי מתנה מחיים אשר פועלת את פעולתה רגע לפני המוות, אבל לא צוואה המוכרת לנו היום. כיוון שבמידה ויכתוב הוראה להעביר את הנכסים לאחר מותו, הוראה כזו לא קבילה כיוון שאינו בין החיים בשביל להעביר את הנכסים. [↑](#footnote-ref-40)
41. "מי שפרע מדור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה, וממצרים שטבעו בים, הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו". [↑](#footnote-ref-41)