**פתיחה למבוא למשפט עברי/ שיעור 1**

משפט עברי הוא חלק מההלכה היהודית, ובדרך כלל מתכוונים לחלק המשפטי בהלכה (לדוגמא דיני ממונות), והם מקבילים למשפט הישראלי.

משפט עברי הוא ביטוי שחוקרים רוסים הביאו שלא היו קשורים להלכה היהודית אך כן היו קשורים למסורת, וזה משפט שקשור לעם. כחלק מגישה זו, הם חשבו שהעם היהודי גם צריך משפט שקשור למסורת היהודית. הם חיפשו ביטוי שמצד אחד יחבר אותם למסורת היהודית אך מצד שני יבדל אותם מההלכה.

ישנם שני סוגים של חוקים- חוק דיספוזיטיבי וחוק קוגנטי.

**חוק דיספוזיטיבי**- חוק שניתן להתנות עליו. חוק זה תקף כל עוד הצדדים לא הסכימו ביניהם אחרת. חוק שניתן להתנאה נקבע בדרך כלל במשפט אזרחי, אך לפעמים יש פער בין הצדדים ואז החוק לא ניתן להתנאה. (לעומת זאת, משפט פלילי לעולם לא ניתן להתנאה.)

**חוק קוגנטי**- חוק שלא ניתן להתנות עליו- גם אם הצדדים מסכימים ביניהם עדיין אי אפשר להתנות עליו (לדוגמא רצח- גם אם אדם נותן רשות למישהו לרצוח אותו, זה עדיין דבר שאסור לעשות).

במשפט עברי אנו עוסקים במשפט דתי. בניגוד למשפט ישראלי שהחוק נקבע ע"י האדם והחברה, במשפט דתי החוקים נכתבים מכוח עליון. העובדה שמדובר במשפט דתי משפיע על כל תחומי ההלכה. במשפט עברי ההנחה היא שיש דין שמים, וזה משמש כחלק מהמוטיבציה לשמור על החוק.

ברור שבהלכה אי אפשר להתנות על איסורים שכתובים בתורה. אך כשמדובר בדיני ממונות (שהוא דומה למשפט אזרחי) העונשים הם בידי אדם ולכן יש מקום לדון האם ניתן להתנות. (יש מחלוקת בתנאים אם ניתן להתנות על דיני ממונות שכתובים בתורה, ונפסק להלכה שמותר.)

דוגמא לתנאי בדיני ממונות היא כאשר בני זוג מתחתנים יש ביניהם הסכמים (שקבעה התורה מה כל אחד מחויב לשני) שכתובים בשטר כתובה. חלק מההסכמים הוא שהאישה מביאה עימה נכסים, וזה כולל את פירותיה. חלק מההסכם שכתוב בכתובה הוא שכל עוד הם חיים כזוג, הפירות שייכים לבעל והאישה לא יכולה למכור את הפירות הללו, ובמקרה של סיום הנישואין (ע"י מות הבעל או גירושין) הם חוזרים לאישה.

לעומת זאת, אם הזוג רוצה לקבוע ביניהם הסכמים שונים, הם יכולים מכיוון שמדובר בדיני ממונות ואפשר להתנות עליהם. אם הבעל כותב בכתובה הסדרים שונים מהרגיל בגלל שהאישה לא רוצה לתת לבעל מפירותיה, וכתב לדוגמא "דין ודברים אין לי בנכסיך"- שפירושו אין לי חלק בנכסיך. גם אם הבעל כתב לה כך בכתובה הוא עדיין אוכל מפירותיה, ואם היא מתה הוא יורש את הפירות. אם כן, מה ההבדל בין הסכם שכתוב בכתובה זו לכתובה רגילה? **שבמקרה הזה היא כן יכולה למכור את הפירות למרות שהם ביחד.**

אך אם הבעל כתב אמירה מפורשת "דין ודברים אין לי בנכסיך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותיך"- הבעל באמת לא אוכל כלל מפירותיה, בגלל שכתוב זאת במפורש. אך כאשר ניתן לפרש את האמירה שהיא חלה רק על מרכיב אחד ולא על הכל, נעשה זאת ונצמצם את האמירה.

דוגמא נוספת היא כאשר אדם מקדש אישה, אך האישה דורשת תנאי לקיום הקידושין- אם הבעל ימות היא לא תיזקק לייבם. במקרה כזה התנאי בטל מכיוון שאי אפשר להתנות על דין תורה, שהרי ייבום הוא חיוב מן התורה על אח הבעל להתחתן עם האישה אם הבעל מת בלי ילדים. גם אם האיש הסכים לתנאי זה, **התנאי בטל מכיוון שאין כאן חיוב ממוני וזכות, אלא זה איסור תורה**. לעומת זאת, אם הבעל אומר שהוא יקדש את האישה רק בתנאי שהיא תוותר על הזכות שלה למזונות (שזה אחד הדברים שהבעל מחויב לאשתו) והיא הסכימה לתנאי זה- התנאי תופס בגלל שזה דבר שבממון, **ודבר שבממון תנאו קיים.**

דוגמא נוספת היא דיני שומרים. ההלכה מבחינה בין ארבעה סוגים שונים של שומרים:

1. **שומר חינם**- אדם שומר בלי לקבל תמורה, ולכן התורה קבעה שלשומר זה יש אחריות נמוכה על החפץ, כלומר הוא מחויב לשלם את שווי החפץ או הבהמה רק במקרה של פשיעה- שהזיק בכוונה או שלא שמר על החפץ כראוי.
2. **שומר שכר**- שומר על פיקדון ומקבל תמורה עבור השמירה, ולכן יש לו אחריות בינונית. שומר שכר חייב לשלם את שווי החפץ במקרה של גניבה, אבידה ופשיעה, והוא רק פטור במקרה של אונס.
3. **שוכר**- מי שלקח דבר מחברו על מנת להשתמש בו למשך זמן מסוים, ומשלם לחברו תמורת השימוש. גם כאן יש אחריות בינונית, ולכן שוכר חייב לשלם במקרה של גניבה, אבידה ופשיעה, אך לא במקרה של אונס.
4. **שואל**- בקשה מאדם להשתמש בחפץ של חברו בלי לשלם תמורת השימוש. הבעלים עושים טובה לאדם ולכן אחריות השמירה תהיה גבוהה, כלומר הוא חייב לשלם במקרה של גניבה, אבידה, פשיעה ואפילו על אונס (אבידה שלא באשמת האדם). המקרה היחיד בו הוא לא מחיוב לשלם זה כאשר הבהמה מתה תוך כדי שימוש/ החפץ התקלקל תוך כדי השימוש, או שהבעלים של החפץ היו עימו בשעת השאילה.

 (בשואל ושוכר יש כאן פנייה של האדם לבעלים כדי להשתמש בחפץ.)

חלק מהאחריות היא מי אחראי על החפץ אם הוא נגנב (לשלם על שוויו וגם לגבי שבועה/ ראיה שהשומר אכן לא יודע היכן החפץ), ולכל שומר יש אחריות ברמה שונה אם הוא יצטרך לשלם על החפץ וגם לגבי נטל הראיה אם הוא צריך להישבע בבית דין או לא.

השבועה בבית דין היא כדי שהשומר לא יצטרך לשלם את שווי הבהמה אם הוא מת ובמקרה של שומר חינם אם הוא נגנב.

אם השומר והבעלים מקיימים בניהם תנאי, לדוגמא שישמור על החפץ בתנאי שאם החפץ נגנב הוא לא מתחייב בשבועה- תנאי זה תקף. **דיני השומרים מסווגים כדבר שבממון ולכן אפשר להתנות גם על רמת האחריות וגם על נטל הראיה.**

(לדעת רבי יהודה ניתן להתנות על דבר שבממון גם אם הוא כתוב בתורה, ולפי ר' שמעון אסור בגלל שהוא מתנה על דבר שכתוב בתורה. ההלכה נפסקה כר' יהודה.)

**מתנה על מה שכתוב בתורה/ שיעור 2**

על פי ההלכה כל שנה שביעית היא שנת שמיטה. חלק משנת השמיטה הוא שמיטת חובות- כל החובות שיש לאדם נמחקים. אם המלווה נותן תנאי להלוואה ששנת השמיטה לא תמחק את החוב- התנאי בטל, מכיוון שזה ביטול דין תורה. לעומת זאת, אם הלווה התנה עם המלווה ששנת השמיטה לא ישמיט את החוב- התנאי קיים ויש לו תוקף, **מכיוון שהוא חייב את עצמו בממון שהתורה לא חייבה אותו, וכל תנאי שבממון קיים**. ההבדל בין המקרים הוא שבמקרה הראשון המלווה אומר "שלא תשמטנו שביעית" – כלומר המלווה כביכול אומר שדין שביעית לא מחייב אותו, והוא מפקיע את עצמו מדין מסוים ולכן התנאי לא תופס. לעומת זאת, כשהלווה אמר "שלא ישמיט את חוב זה אפילו בשביעית", התנאי חל רק על מקרה מסוים ולכן הוא תופס, מכיוון שהוא לא מפקיע מעצמו את הדין. (יש גם דבר שקוראים לו פרוזבול- הופכים את החוב לחוב ציבורי, ובכך החוב לא נמחק. הדרך הזו נקבעה מכיוון שהחכמים ראו שדין החובות פוגע בעניים מכיוון שזה מנע מהעשירים להלוות לאחרים כסף.)

דין הונאה – לא מדובר דווקא תרמית. מדובר במקרה שמוכר מוכר חפץ בפער של 20% מהמחיר בשוק, לא משנה אם המחיר גבוה ב-20% או קטן ב-20% (אפילו אם זה נעשה בתום לב). משמעותו שהצד הנפגע יכול לוותר על העסקה או לבקש את הפער בחזרה. דין הונאה רלוונטי רק במקום שדיני השוק קבועים, ורק במטלטלים ולא במקרקעין.

**רמב"ם הלכות מכירה פרק י"ג:** אם אדם מוכר חפץ לאדם ומתנה שהוא לא יכול לטעון טענת הונאה- התנאי לא קיים. כל עוד אדם מוחל לאדם על החוב, זה נחשב מתנה ואי אפשר להתחרט, ומבחינת הדין החוב נמחק. כאשר אתה מוותר על זכות ממונית שיש לך זה מותר, ולכן רק במקרה ששני הצדדים יודעים על מה הם מוותרים- רק אז התנאי תופס. אך כשצד אחד אומר "על מנת שאין עלי הונאה" התנאי לא תופס כי הצד השני לא יודע על מה הוא מוותר, והוא גם מפקיע את עצמו מדין זה. **הוויתור לא יכול להיות כללי, וזה חייב להיות וויתור שכולם יודעים על מה מדובר.**

**בבלי מסכת בבא בתרא דף קכ"ו עמוד ב':** מסכת בבא בתרא עוסקת בדיני ירושה- כל מערכת החוקים הקובעת למי הולכים נכסיו של אדם שמת. לפי ההלכה אי אפשר לעשות צוואה, מכיוון שהאדם כבר מת ולכן הוא לא יכול להחליט מה יעשו בנכסיו ולשנות את דיני הירושה (אם הוא רוצה זה חייב להיות בדרך של מתנה). חלק מדיני ירושה הוא שהבן הבכור מקבל חלק כפול, ושאר הילדים מחלקים את שאר הירושה ביניהם. אדם שאומר שבנו הבכור לא יקבל חלק כפול או שאמר שאחד מבניו לא יקבל חלק מהירושה בכלל- לא אמר כלום, מכיוון שהוא התנה על דין תורה. במקרה כזה התנאי לא תפס, מכיוון שלא היה כאן וויתור מצד הבן על זכויותיו. יש כאן אמירה חד צדדית, והבן לא היה שותף לאמירה זו. **צריך ששני הצדדים יהיו שותפים להסכמה, בעיקר הצד הנפגע ורק כך התנאי קיים.** הבן יכול לוותר על החלק הכפול שיש לו בירושה ולחלק בין כל האחים כי אז הוא נותן להם מתנה. אך אם הבן מוותר כשהאב עוד בחיים זה קצת בעייתי מכיוון שהירושה עדיין לא שלו אלא של האב ועדיין אין לו זכות בהם.

בדיני איסורים אסור להתנות, ובדיני ממונות מותר, אך עדיין יש הגבלות- האדם לא יכול להפקיע את עצמו מן הדין, אם אפשר לצמצם את התנאי נצמצמם, שני הצדדים צריכים להיות מודעים על מה הם מוותרים וזה חייב להיות ברור מה כל אחד מפספס. בדיני ממונות יש יותר גמישות, אך זה עדיין לא אומר שהעסק פרוץ ואפשר לעשות כל דבר.

**שו"ת הרשב"א חלק ו', רנ"ד:** שאלו את הרשב"א על מציאות בה אדם (ראובן) חיתן את ביתו לאדם (שמעון), ונולדה להם בת, ולאחר מכן גם הבת וגם הנכדה מתו. על פי דין תורה הבעל (שמעון) יורש את נכסי אשתו. אך לפי דיני הגויים במקום שבו הם התגוררו האב (ראובן) יורש את הנדוניה של ביתו. ראובן טען שגם אם לא הייתה התניה מפורשת, הרכוש של ביתו עוברת אליו מכיוון שזה דבר שהוא מוסכם וידוע שבעירם הולכים לפי דיני הגויים בסיטואציה כזו. לכן, במקרה כזה גם אם לא הייתה התניה מפורשת אך זה דבר שמוסכם בציבור שנוהגים לפי חוק זה (תנאי מכללא- תנאי שלא נאמר במפורש אך רואים אותו כאילו היה מובן מאליו לשני הצדדים), התנאי חל והאב היה יכול לקבל את רכוש ביתו. אולם, הבעיה פה לפי הרשב"א היא ההתנהגות על פי דיני גויים. כשהיהודים נמצאים בגלות, יש מתח בין שיטת הדין ההלכתי לדין הזר. הרשב"א אומר שהתנאי פה לא חל מכיוון שהוא מבוסס מכוח דיני הגויים, ולא מכיוון שזה הדבר שנוח לאדם. יש חשיבות לניסוח כי הוא מבטא צורת חשיבה. הרשב"א לא מקבל את הטענה של העדפת הדין הזר על פני ההלכה, ולכן קבע שהבעל (שמעון) מקבל את הירושה. הדין הזר חל רק בדיני ממונות ולא באיסורי תורה.

ההבחנה בין דיני ממונות לדיני איסורים חשובה לא רק לענייני הגמישות אלא שגם אם יש ספק הלכתי בענייני איסור צריך להחמיר, וספק בדיני ממונות אפשר להקל. השאלה עולה כאשר יש ספק לגבי חיוב לאדם שעלול להיות גזלן. מצד אחד יש כאן ספק של ממון ולכן צריך להקל, אך מצד שני יש כאן ספק איסור שכן אם לא יחזיר את הכסף האדם נחשב גזלן ולכן צריך להחמיר. אם כן כיצד פותרים את הבעיה?

אנו נגיד שלא מדובר בשני ספקות באותו שלב, אלא שיש ספק על גבי ספק. כלומר, האדם יחשב גזלן רק אם הוא יצטרך לשלם, ולכן בהתחלה צריך לקבוע האם יש חובה לשלם. מכיוון שזו שאלה ממונית, ובספק ממון פוסקים להקל, האדם ממילא לא נחשב כגזלן ולכן אין פה שאלה של איסור.

"מוציא מחברו עליו הראיה"- האדם טוען ומנסה לשנות את המציאות הקיימת, ולכן הוא חייב להביא את הראייה. הצד התובע הוא זה שחייב להביא את הראיות כאשר בית הדין לא יודע מי הצודק.

**תורה שבכתב מול תורה שבע"פ/ שיעור 3**

יש לנו במסורת תורה שבכתב ותורה שבע"פ. התורה שבכתב זה חמישה חומשי תורה, והתושב"ע לפי המסורת ניתנת למשה בסיני בע"פ והיא עוברת מדור לדור, ולבסוף כתבו אותה מכיוון שחששו שהיא תישכח.

מדוע נתנו תורה שבע"פ? למה זה המבנה שניתן מראש?

**ספר העקרים מאמר ג', כ"ג (ר' יוסף אלבו):** הסיבה שלא כתבו את כל התורה, היא כדי שתהיה יכולת של התאמה למציאות, שתהיה גמישות. התורה היא תורה נצחית וכדי שהיא תוכל להתאים לחיים משתנים, היא צריכה להיות בעלת מבנה של תורה שבכתב שנותנת עקרונות ,ותורה שבע"פ הנותנת התאמה לכל דור.

בהקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות הוא מחלק את התורה שבע"פ לחמישה חלקים:

**החלק הראשון-** פירושים מקובלים מפי משה ויש להם רמז בכתוב. בדברים אלו אין מחלוקת.

**החלק השני-** דינים שמשה קיבל מסיני ואין ראיות עליהם.

החלק הראשון מדבר על פירושים שניתן למצוא להם רמז בדרך של סברא או דרשה בכתוב, לעומת החלק השני שלא ניתן למצוא להן רמז כלל בפסוקים. שני החלקים הם הלכות שמשה קיבל בסיני. הרמב"ם אומר שזה דברים שאין בהן מחלוקת, אך אם אדם יגיד שכך הוא קיבל מרבותיו וזה שונה ממה שהיה בידנו עד כה- אי אפשר לחלוק עליו. הואיל וההלכות האלה נתקבלו בהר סיני, אי אפשר לחלוק עליהן מכיוון שאי אפשר לחלוק על מה שאלוקים אמר, ולכן אי אפשר להתווכח עליהן.

**החלק השלישי-** עוסק בדינים שהוציאו על דרכי הסברא ונפלה בהם מחלוקת. כלומר, הלכות שחכמים הבינו באמצעות ההיגיון, הסיקו מסקנות מתוך פסוקי התורה, וע"פ כללי פרשנות של התורה. בחלק זה יכולה להיות מחלוקת מכיוון שכל אחד מפרש את הפסוק בצורה שהוא מבין, ומכיוון שההבנה נובעת מהשכל האנושי יכולה להיות מחלוקת. כאשר יש מחלוקת פוסקים לפי הרוב.

"אם הלכה- נקבל, ואם לדין- יש תשובה" – כלומר אם זה הלכה למשה מסיני לא נחלוק, אך אם זה דין כלומר לימוד מתוך כללי הפרשנות, אפשר לחלוק.

הרמב"ם אומר שאם מישהו מעלה על דעתו שיכולה להיות מחלוקת בחלק הראשון והשני, אין לו שכל ואין בידו עיקרים. יש הטוענים נגד הרמב"ם ואומרים כי יכולה להיות מחלוקת בחלק ראשון והשני מכיוון שייתכן שבדרך כאשר זה עבר במסורת היה קצר- לא הבינו נכון, שמעו אחרת אחד מהשני וכו'. הרמב"ם שולל את האפשרות שיכולה להיות תקלה במסורת, ורק אדם בלי שכל יגיד את זה. הרמב"ם לא חשב שלא ייתכן שתהיה תקלה בדרך, אלא הוא העדיף להתעלם מדבר זה כדי שלא ליצור פתח שאנשים יערערו על כל המסורת, ובכך כל התוקף של המסורת עלול להיחלש.

**החלק הרביעי-** גזירות שהנביאים וחכמים תקנו בכל דור ודור כדי לעשות סייג לתורה. גזירה הכוונה לאיסורים שמקורם מדברי חכמים. ע"פ המסורת ההלכתית ישנם 613 מצוות- חלקן מצוות עשה וחלקן לא תעשה. במסגרת מצוות לא תעשה ישנה גם הרחבה של החכמים שהם הגזירות. גם פעולות שהתורה לא אסרה, חכמים יבואו ויוספו על איסורים אלה. רוב הפעמים הסיבה להרחיב את מרחב האיסורים הוא כדי לא להגיע למצב שבו בטעות יעברו על איסור תורה. גזירות אלו הן מאין גדר כדי להרחיק את האדם מלעבור על האסור מהתורה. הדוגמא שהרמב"ם מביא זה איסור חלב בעוף- לדעת רוב התנאים איסור בשר וחלב זה רק בבשר בהמה, ועוף וחלב זה מותר. אך חכמים אסרו על אכילת עוף וחלב כדי שלא יגיעו למצב שבו בטעות יאכלו בשר וחלב.

ברגע שחכמים קבעו גזירה, יש לה את אותה חובת ציות כמו דבר תורה, ולא אומרים שבגלל שחכמים קבעו, אנו נקל בזה (יש מקרים שיש ספק ואז אם זה מדברי חכמים נקל). כמו כן, ברגע שמדובר בגזירות שחכמים גזרו אותם, יכולה להיות מחלוקת. בשלב מסוים כאשר הגזירה הפכה למקובלת בעמ"י, היא כבר לא ניתנת לביטול.

**החלק החמישי-** הדינים העשויים על דרך החקירה והסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם- כללים שמקורם בדברי חכמים והלכות שהחכמים חידשו אותם. החלק החמישי עוסק יותר בדיני ממונות ותקנות דתיות (בניגוד לחלק הרביעי שעוסק באיסורים). דוגמא לתקנה דתית היא הדלקת נרות בערב שבת. חכמים קבעו תקנות אלו מכיוון שראו בהן תועלת. ברור שגם פה יכולה להיות מחלוקת, כמו שיתכן שתהיה מחלוקת בחלק הרביעי, מכיוון שזה מבוסס על הסתכלות של כל אחד האם יש צורך להרחיב איסור זה, האם יש בדבר זה תועלת וכו'.

**בתורה שבע"פ כלולים חמישה חלקים- החלק הראשון והשני זה הלכות שנמסרו במסורת למשה מסיני. החלק השלישי זה הלכות שחכמים מסיקים מתוך דרשה בפסוקי התורה. החלק הרביעי והחמישי זה גזירות ותקנות שחכמים קבעו. כל מה שחכמים קבעו הן הלכות מחייבות.**

חלק מההלכות מקורן מהתורה (דאורייתא) וחלקן מדברי חכמים (דרבנן). כיצד אפשר לזהות מהי הלכה מדאורייתא ומהי הלכה מדרבנן? חשיבות של זיהוי זה יכול להיות רלוונטי במקום שיש לנו ספק, או כאשר צריך גמישות (במצבי חירום לדוג').

החלקים הראשון והשני ברור שמקורן מהתורה. החלקים הרביעי והחמישי ברור שמקורן מחכמים. השאלה היא לגבי החלק השלישי- האם הן נחשבות כהלכות שמקורן מהתורה או הלכות שמקורן מחכמים? לכאורה אם החכמים מפרשים את פסוקי התורה, על פניו ברור שמדובר בדין תורה. אך לפעמים חכמים קבעו הלכה בעצמן והסמיכו אותה על פסוק בתורה (אסמכתא). כלומר, הציגו כאילו למדו זאת מפסוק כדי שההלכה תקבל יותר משקל. לכן ייתכן שחלק מההלכות בחלק השלישי מקורן באמת מהתורה, וחלק מההלכות מקורן מדברי חכמים והיה לחכמים נוח להסמיך אותה על פסוק.

**רמב"ם ספר המצוות כלל ב':** ישנם 613 מצוות מהתורה- 248 מצוות עשה ו- 365 מצוות לא תעשה. השאלה היא מה כלול בתוך מצוות אלו. דבר זה גרם להתפתחות ענף ספרותי של מונה מצוות- ספרי מצוות שבהם מונים מה נכנס למניין המצוות. הרמב"ם גם הוא כתב ספר בו הוא מונה מהם 613 המצוות, ובתחילת ספרו כותב כללים. הכלל הראשון שהרמב"ם אומר הוא שהוא מכניס למניין המצוות רק מצוות שמקורן בתורה שבכתב. בכלל השני הרמב"ם אומר כיצד אפשר לסווג הלכה שחכמים למדו מדרשה בפסוק, אם זה הלכה מן התורה או מדברי חכמים. הרמב"ם אומר שלא ראוי למנות במניין המצוות את כל מה שלומדים ע"י מדרש פסוקי התורה. זאת מכיוון שלא כל ההלכות שנלמדו ממדרש פסוקי התורה מקורן מהתורה, אך גם לא נכון להגיד שכולן מקורן מדברי חכמים. לכן, הרמב"ם מביא כלל- **אם חכמים אומרים לנו שההלכה הזו הלכה למשה מסיני- זה דין תורה, אך אם לא אמרו לנו- זה מדרבנן.** למרות שחכמים יכולים להסמיך הלכות על פסוקים, הוא ייחשב מהתורה רק אם חכמים מציינים במפורש שמקורה מדין תורה.

**השגות הרמב"ן:** הרמב"ן לעומת הרמב"ם אומר בדיוק הפוך. (הרמב"ן חי בספר במאה ה-13, וכתב הערות לספר המצוות של הרמב"ם.) כל דבר שנדרש באחד מכללי הפרשנות (שלוש עשרה מידות שהתורה דרשת בהן), ברירת המחדל היא שההלכה היא מהתורה, אלא אם כן חכמים ציינו לנו שהיא מדרבנן.

**סמכות חכמים- פרשנות והכרעה במחלוקת/ שיעור 4**

**דברים פרק י"ז:** "אם יהיה לך דבר פלא"- אם הייתה לאדם שאלה בכל סוגי השאלות ההלכתיות שלא ידע מה התשובה, הוא צריך ללכת לסמכות המקומית ולבסוף לבית המקדש.

"במקום אשר יבחר ה'"- לשכת הגזית, מקום בבית המקדש ששם ישב הבית דין הגדול.

"ובאת אל הכהנים והלויים"- הם המנהיגים הרוחניים של העם ולכן פונים אליהם. ייתכן שגם יהיה שם שופט שלא כהן או לוי, וצריך להגיד להם את הבעיה ולציית לדבריהם.

"לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"- חייבים להקשיב להכרעה של בית הדין ולפעול על פיהם.

"והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע... ומת האיש ההוא"- אדם שבכוונה לא יקשיב לכהן או לשופט, צריך להרוג אותו.

הפסוקים מחומש דברים מתארים מצב שיש דילמה הלכתית, משפטית- שאלה שאין עליה פתרון. לכן, האדם צריך ללכת לגוף שיכול לתת פתרון- הבית דין הגדול (הסנהדרין), שיושבים בבית המקדש והם יכולים לתת פתרון לדילמה שיש לאדם. צריך לציית לדבריהם ומי שמפר את דברי החכמים מקבל עונש מיתה. בסוף נפסק שעונש מוות נוהג רק בזקן ממרא-אחד מחכמי הסנהדרין החולק על דעת הרוב, ומורה לפעול בניגוד להוראתם. כשאין סנהדרין במקדש אין סמכות לתת עונש מוות.

**רמב"ם הלכות ממרים פרק א':** בית דין הגדול שבירושלים הם עיקר התורה שבע"פ- התורה שבע"פ נמצאת תחת סמכותם, והם האחראיים לתת פסקי דין והוראות. "על פי התורה אשר יורוך"-יש מצוות עשה להקשיב לדבריהם ולסמוך על מעשיהם. לפי הרמב"ם אם אתה מאמין בתורה שבכתב אתה חייב להאמין בתורה שבע"פ. אי אפשר להפריד בין התורה שבכתב לתורה שבע"פ.

כמו כן, יש מצוות לא תעשה "לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"- אם האדם לא מקשיב לחכמים הוא עובר גם על מצוות עשה וגם על מצוות לא תעשה.

חובת הציות לדברי החכמים משתרעת על כל חלקי התורה- גם התקנות, הגזירות והמנהגים. גם הדברים שלמדו מן הדין באחת מהמידות שהתורה נדרשת בהם, וגם הדברים שעברו במסורת.

**ספרי (מדרש הלכה לספר במדבר ודברים):** עונש המוות למי שלא מקשיב לבית דין זה רק לגבי הסנהדרין בירושלים, אך לא הסנהדרין שביבנה.

"ימין ושמאל"- אפילו אם החכמים אומרים לך שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין עדיין חייבים להקשיב להם.

המדרש מדגיש חובת ציות מלאה לבית הדין בירושלים, גם אם אתה בטוח שהם טועים.

הבית דין מייצג את דבר אלוקים, אך אם האדם משוכנע שהבית דין טועה כיצד יכול להיות שיש חובה לציית לדברי חכמים ולא לדברי ה'?

**רמב"ן דברים י"ז, י"א:** הרמב"ן מנסה להסביר מה ההיגיון לציית תמיד לבית הדין. הרמב"ן אומר שאפילו אם אתה בטוח שהחכמים טועים עדיין צריך להקשיב לדבריהם. לדוגמא, אדם שבא לבית הדין לשאול אותם האם חלק מסוים הוא חֵלֶב (חלק בבהמה שאסורה באכילה) או שומן. בית הדין פוסק שהחלק הוא שומן, אך האדם משוכנע שהחלק הוא חֵלֶב ושהוא עושה דבר שאסור. נוצר מתח בין להקשיב לפסיקה של בית הדין לבין הפרשנות שבעיני האדם נראית נכונה, והוא מרגיש שהוא עובר על איסור. הרמב"ן אומר שעל האדם לא לחשוב כך, אלא שכך ציווה הקב"ה- שנקיים את כל מצוותיו, וחלק ממצוותיו של ה' זה להקשיב לדברי חכמים. ברור שמה שמחייב זה רצון ה', וחלק מרצון ה' הוא שכל דבר שנוגע לפרשנות, תקנות וגזירות זה תפקידם של החכמים. לכן, צריך להקשיב להם גם אם האדם משוכנע שבית הדין טועים. עד כאן הרמב"ן הביא פתרון לתחושה הפנימית שהאדם חווה אם הוא מרגיש שהוא עובר על עבירה ועושה דבר שאסור.

הרמב"ן אומר שהצורך במצווה הזאת גדולה מאוד מכיוון שהתורה ניתנה לנו בכתב ובע"פ, וחלק מהתורה שבע"פ זה שהחכמים מפרשים ודרושים, ויכולות להיות מחלוקות. אם לא נקבע פרוצדורה ברורה כיצד קובעים הלכה, כל אחד יעשה כפי שנראה לו והתורה תיעשה כמה תורות. **חייב שיהיה גוף אחד שהוא מוסמך להכריע**. הרמב"ן מוסיף שעל האדם להניח שבית הדין לא טועה, ורוב הסיכויים שהאדם טועה ולא הבית דין.

**ספר החינוך מצווה תצ"ו:** מכיוון שדעות האדם חלוקות אחד על השני, צריך לקבוע גוף שמוסמך לקבוע מהי ההלכה. מכיוון שהחכמים עמלים בתורה יש להניח כי הם לא טועים. אפילו אם הם טועים- עדיף לשלם מחיר של טעות אחת כדי שיהיה גוף אחד שכולם מקשיבים לו, ולא שיהיה הרבה תורות שיגרום להפסד דתי ומדיני.

**תלמוד בבלי מסכת ראש השנה דף כ"ד עמ' ב:** כיום יש לנו לוח שנה מסודר המפרט באיזה חודשים הם בעלי 29 יום ואיזה חודשים בעלי 30 יום. אך בזמן שהיה סנהדרין לא היה לוח שנה מראש, אלא כל חודש בית הדין היה מוציא אנשים להרים והיו בודקים מתי החודש נולד- כלומר, הירח מתכסה מעינינו בסוף החודש, ובתחילת החודש הוא כביכול "נולד מחדש". מכיוון שלא ידעו מתי נולד הירח, היו שולחים אנשים כבר ביום השלושים כדי שיבדקו האם נולד הירח. אם אנשים באו והעידו בבית דין עד סוף היום השלושים של החודש שנולד הירח- קובעים ראש חודש, אך אם לא, היום השלושים הוא חלק מהחודש שעבר ורק יום לאחר מכן מקדשים את החודש.

בגמרא מסופר על מקרה שהעדים ראו את הירח בליל השלושים, אך בליל השלושים ואחד הם לא ראו אותו. למרות זאת, רבן גמליאל שהיה הנשיא של בית הדין קיבל את דבריהם וקבע שראש חודש יהיה ביום השלושים. ר' דוסא בן הרכינס אמר שאנשים אלו הם עדי שקר, ומשווה את זה לאישה שמעידה שהיא ילדה ויום לאחר מכן היא עדיין בהריון. ר' יהושע (חכם אחר בבית מדרש) קיבל את דברי ר' דוסא ולא קיבל את קביעתו של רבן גמליאל. בעקבות כך, רבן גמליאל דרש מר' יהושע לבוא אליו ולחלל את יום כיפור לפי חשבונו של ר' יהושע. (יש פער של יום בין יום כיפור של רבן גמליאל לשל ר' יהושע מכיוון שזה תלוי מתי מקדשים את החודש.) ר' יהושע נמצא בדילמה מכיוון שמצד אחד הוא צריך להקשיב לנשיא של בית הדין, אך מצד שני יוצא שהוא מחלל את יום כיפור (לפי חשבונו). ר' יהושע הולך לר' דוסא בן הרכינס כדי לקבל ממנו עצה מה לעשות. ר' דוסא בן הרכינס עונה לו שאם לא יסמוך על בית דינו של רבן גמליאל, יווצר מצב בו כל אחד יערער על בית הדין בימיו עד בית דינו של משה.

"ויעל משה ואהרון ונדב ואביהוא ושבעים הזקנים"- הסיבה שלא כתוב את שמות הזקנים בא ללמד שכל בית דין שעמדו על ישראל, חייבים להישמע להוראותיו כאילו הם בית דינו של משה. ר' יהושע מקבל את דברי ר' דוסא בן הרכינס ומציית לדברי רבן גמליאל ומחלל את יום כיפור שיצא לפי חשבונו. לבסוף רבן גמליאל חיבק את ר' יהושע וקרא לו "רבי ותלמידי"- רבי שגדול ממנו בחכמה, ותלמידי שהקשיב לדבריו.

הברייתא (משנה חיצונית) בגמרא אומרת שהסיבה שלא מפורש שמותיהם של הזקנים היא כדי להגיד שזה לא משנה מי הדיין- ברגע שהם הסמכות צריך להקשיב להם.

"ובאת אל הכהנים והלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם"- מדוע כתוב "בימים ההם"? הרי ברור שאדם הולך לדיין שבימיו? אלא המסר שהתורה רוצה להעביר הוא **שלא לערער אחר סמכותו של הדיין.**

**סמכות חכמים/ שיעור 5**

**דרשות הר"ן (ר' ניסים, מראשוני ספרד):** ניתן רשות לחכמי הדורות להכריע במחלוקת גם במחלוקות של דורות הקודמים להם, אפילו אם היו גדולים ורבים מהם. אנחנו מצווים ללכת אחר הכרעתם גם אם יכול להיות שבמקרים מסוימים החכמים טועים. יש כאן אמירה מפורשת שלא שוללת אפשרות שהצליחו להגיע לחקר האמת, ובכל זאת צריך ללכת אחר פסיקתם. החיסרון שהיה יכול להיות אם לא היו קובעים פרוצדורה ברורה להכרעה במחלוקת, היא שהתורה הייתה יכולה להפוך לכמה תורות, ולכן מסרו את ההכרעה לחכמי הדור. החכמים הגדולים טעו רק במקרים חריגים מאוד וכל שכן שהסנהדרין יטעו, ולכן עדיף לשלם את המחיר של טעות שתהיה נדירה, ולהרוויח שלא יהיה פרוד דעות ושהתורה תהפוך לכמה תורות. ייתכן שהחכמים יטעו אך עדיף לשלם את המחיר הקטן הזה, ואם מקשיבים תמיד לחכמים יהיה תיקון תמידי.

**קצות החושן:** התורה לא ניתנה למלאכים אלא לבני אדם. ה' נתן לנו את התורה כפי הכרעת השכל האנושי. לפעמים יכול להיות פער בין ההכרעה האנושית להכרעת השכלים הנבדלים (האמת האובייקטיבית). גם אם הכרעת החכמים שונה מהכרעת השכלים הנבדלים, אנחנו עדיין מקיימים את דבר ה' מכיוון שהתורה ניתנה לפירוש השכל האנושי.

**שו"ת אגרות משה:** יכול להיות שרוב החכמים יכריעו הכרעה מסוימת ששונה ממה שאלוקים התכוון. עדיין צריך ללכת לפי הרוב גם אם חכמים יטעו (כלומר, לא יצליחו לכוון לכוונתו של אלוקים) ובכל זאת צריך להישמע לדבריהם וזה לא נחשב טעות. אלוקים נתן את התורה כדי שנסיק מסקנות, ומה שחכמים מסיקים זה ההלכה. כשאדם פועל ע"פ חכמים, הוא לא טועה מכיוון שאלוקים אמר להקשיב להם.

**ירושלמי הוריות א, מ"ה טור ד'/ ה"א:** מסכת הוריות עוסקת בהוראות של בית דין שהיו מוטעות. המקרה בגמרא הוא שחכמים נתנו הוראה מוטעית וכולם פעלו על פיו. לאחר מכן החכמים הודיעו שהם טעו. במצב שאדם עובר עבירה בשוגג הוא חייב להביא קורבן. אך כשמדובר בטעות שנגרמה ע"פ הוראה של בית דין לא כל אחד צריך להביא קורבן, ולכן במקרה כזה בית הדין צריך להביא קורבן- פר היעלם דבר. מסכת הוריות דנה ביחס מתי זה טעות של בית דין ומתי זה טעות פרטית.

הגמרא שואלת האם יעלה על דעתך שגם אם בית הדין אומר לך טעות צריך לפעול על פיהם? "ללכת ימין ושמאל"- אם חכמים טעו ואמרו לך שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין לא צריך להקשיב להם. **צריך להקשיב לחכמים כל עוד הם לא טועים**. גישה כזאת מעוררת קושי מכיוון שמעבר לזה שהתורה תהפוך לשני תורות, מי קובע שחכמים טעו? או שמא כדי להגיד שחכמים טעו האדם צריך להיות ברמה מספיק גבוהה כדי שהוא יוכל להגיד זאת?

**בבלי הוריות ב', ב':** תלמיד חכם שהוא לא מחכמי בית הדין אך הוא ראוי להוראה מבחינת חכמתו, ועשה ע"פ הטעות של בית הדין למרות שחשב שהם טועים, חייב להביא קורבן. **הטעות שלו הייתה שהוא חשב שהוא חייב להסתמך על בית הדין, למרות שידע שהם טועים**. מכאן לומדים שאין לתלמיד חכם חובת ציות להקשיב לחכמים אם הוא חושב שהם טועים. כמו כן, רק מי שהוא בבחינת תלמיד חכם וראוי להוראה חייב להביא קורבן ולא כל יחיד חייב. יש כאן חובת ציות מוגבלת, אך לא לכל אחד. יש הבדל בין זקן ממרא שמורה לרבים להורות על פיו, לבין אדם פרטי שנוהג לפי דעתו והוא לא משפיע על אחרים.

**ספר עקידת יצחק, שער מ"ג (ר' יצחק עראמה):** מתי תהיה לבית הדין התלבטות? את הכללים הם מכירים, אך עכשיו יש מקרה מיוחד, והשאלה היא האם הכלל חל על המקרה הזה או שהוא חורג מגבולות הדין. כל עוד המקרה הוא מקרה ברור אין סיבה שתהיה התלבטות. אך כשצריך להסיק את התשובה מתוך הלכות אחרות אז ייתכן שיהיה ויכוח.

אי אפשר לסור מהוראה של בית הדין. אפילו אם בית הדין מכריע שהמקרה הזה חורג מן הכלל, אם בוחנים רק לפי הכללים זה נראה שבית הדין טועה, אך אם בוחנים לפי המקרה הפרטי רואים שהוא צריך לחרוג מהכלל. לאדם הרגיל אין את שיקול הדעת לדעת מתי לצאת מגבולות ההלכה. בית הדין יודע שתפקידו לקחת מקרה פרטי ולנסות למצוא לו פתרון נכון, לא בניגוד לכללים אלא במסגרת של הכללים. אדם רגיל לא יודע מהן גבולות שיקול הדעת ולכן בעיני האדם הפרטי זה נראה שבית הדין טעה. אך באמת בית הדין לא טעה מכיוון שזה תפקידם. דיין שתמיד פועל לפי הכללים ולא מפעיל את שיקול דעתו, למרות שהוא דן דין אמת ,הוא מחריב את העולם. תפקידו של בית הדין הוא להתאים את הכלל למקרה הפרטי, ולכן בעיני המתבונן זה נראה שבית הדין טועה אך באמת האדם טועה ולא בית הדין.

**מחלוקת- דיעבד או לכתחילה?/ שיעור 6**

חלק מהסמכות של חכמים היא שבמקום שיש מחלוקת הם צריכים להכריע.

האם מחלוקת זה דבר מועיל ומקדם, או שמא מחלוקת זה תקלה? נכון שריבוי הדעות יוצר קושי, אך האם יש בו גם יתרון? דבר זה עולה בתפיסה שהתורה היא אלוקית ולכן על פניו היינו חושבים שמחלוקת היא דבר שלילי מכיוון שאנחנו לא יודעים למה אלוקים התכוון (גם על תופעת המחלוקת יש מחלוקת).

**תוספתא חגיגה ב', ט':** ר' יוסי אומר שפעם לא הייתה מחלוקת (נשמע מדבריו שהוא רואה במחלוקת דבר שלילי). פעם היה בין דין גדול של 71 דיינים שישבו בלשכת הגזית (בתוך המתחם של בית המקדש), והיו עוד בתי דין בהרכב של 23 שהיו מפוזרים בעיירות השונות, ועוד שני בתי דין שמורכבים משלושה דיינים- אחד בהר הבית ואחד בחיל (חיל זה חלק מצומצם יותר מהר הבית, אזור מגודר). הסיבה שהרכב בית הדין הוא 23 מכיוון שבדיני נפשות חובה שיהיו 23 דיינים. יוצא שכל בתי הדין בירושלים היו בהר הבית- בית הדין הגדול ושני בתי הדין המורכבים משלושה דיינים. אם לאדם יש קושי מסוים, שאלה הלכתית- זה יכול להיות האדם עצמו, או שני אנשים שמתווכחים ביניהם, הם הולכים לבית הדין הנמצא באותו אזור, ומציגים בפניו את השאלה. אם בעיר הזאת אין בית דין הולכים לבית דין בעיר הסמוכה. לאחר שהוצגה השאלה בפני בית הדין, אם הדיינים בבית הדין שמעו- כלומר יש להם מסורת מה התשובה וההלכה ברורה להם- הם אומרים מה ההלכה. אך אם הם לא יודעים מה ההלכה, כלומר אין להם מסורת הלכתית, בית הדין לא מוסמך לדון בתשובה, אלא האדם ששאל יחד עם בחיר הדיינים הולכים לבית הדין שבהר הבית (לא בית הדין הגדול). בבית דין שבהר הבית מציגים את השאלה. אם בית הדין שבהר הבית שמעו- יש להם מסורת הלכתית מה התשובה (מרבותיהם או מבית הדין הגדול)- הם אומרים את מה שהם יודעים, אך אם לא ידעו הם אינם יכולים לחדש הלכה ולכן הולכים לבית הדין שבחיל. אם בבית הדין שבחיל שמעו- אומרים מה התשובה, ואם לא ידעו, הם הולכים כולם לבית הדין הגדול בלשכת הגזית.

לגבי השאלה המשפטית- מה הדין שחל, תפקידם של בתי הדין להעביר את המסורת ולכן אם בית הדין לא יודעים הם הולכים לבית הדין ברמה הגבוהה יותר. ככל שבית הדין נמצא קרוב יותר לבית הדין הגדול יש יותר סיכוי שהם ידעו מה ההלכה. אין טעם סתם להטריח את בית הדין הגדול, ולכן קודם הולכים לבית הדין שבהר הבית ובחיל, ורק אח"כ לבית הדין הגדול. לבית הדין הגדול ממנים את החכמים הכי בקיאים, ובתי הדין בירושלים פחות בקיאים וכן הלאה. לכן אם בית הדין המקומי לא יודע מה התשובה קודם הולכים לבית הדין בירושלים ורק אם הם לא יודעים הולכים לבית הדין הגדול.

בית הדין הגדול מורכב מ-71 דיינים, אך לא דנים ומקבלים החלטות בפחות מ-23 דיינים. אם אחד מהדיינים צריך לצאת, הוא צריך לבדוק לפני יציאתו שיש 23 דיינים ורק אז יכול לצאת, אך אם אין, הוא חייב להמתין עד שיהיו 23 דיינים. שעות פעילות בית הדין הגדול היה משעת תמיד של שחר- שעת הקרבת קורבן התמיד של הבוקר, עד תמיד של בין הערביים- קורבן תמיד שקרב בשעה שסמוך לשקיעה. בשבתות ובימים טובים לא באים ללשכת הגזית אלא לבית המדרש בהר הבית, מכיוון שאסור לדון בשבת, אך כאן לא מדובר בדין אלא בפסיקת הלכה ולכן באו להר הבית. מציגים את השאלה בפני בית הדין הגדול. אם שמעו- כלומר יש להם מסורת הלכתית, אומרים לבעלי הדין מה התשובה ואין צורך לדון בזה. הגיוני שלבית הדין הגדול תהיה מסורת ולא לשאר בתי הדין מכיוון שחכמים אלו הם הבקיאים ביותר. **ברגע שיש מסורת לא סוטים ימינה ושמאלה**. אך אם אין מסורת הלכתית, מעמידים את העניין להצבעה (מן הסתם שכל אחד הסביר את נימוקיו), וקובעים לפי הרוב. **ברגע שקבעו מה ההלכה- מתחילים להפיץ את ההלכה והיא הופכת להלכה מחייבת.**

התיאור בתוספתא מראה כי **לא יכולה להיות מחלוקות, כי יש רק גוף אחד שיכול לחדש דבר בהלכה וזהו בית הדין הגדול**. ברגע שבית הדין הגדול מחליט, לא יכולה להיות מחלוקת מכיוון שהיא מחייבת. יש מנגנון ברור של גוף אחד מכריע, וכל שאר הגופים רק מעבירים את המסורת.

משרבו תלמידי שמאי והלל (שם קוד למחלוקת) שלא שימשו את רבם כל צרכן, רבו המחלוקות. לשמש תלמידי חכמים- לבדוק איך החכם פוסק, מה השיקולים שהוא עושה וכו'. מכיוון שהם לא עשו את כל מה שהיו צריכים לעשות וקפצו יותר מידי מהר קדימה, התורה הפכה לשתי תורות. המחלוקות נולדו מתוצאה שתלמידי שמאי והלל לא עשו את הדברים כמו שצריך. לכן, היו בודקים בלשכת הגזית אם האדם חכם, עניו, שקול בדעתו, נעים עם אחרו- אלו תכונות שמאפשרות לו להיות דיין בעירו. ומשם מעלים אותו לבית הדין בהר הבית, לאחר מכן לבית הדין בחיל ואח"כ לבית הדין הגדול בלשכת הגזית.

**תלמוד ירושלמי חגיגה פרק ב', הלכה ב':** בהתחלה היו מחלוקות רק בעניין הסמיכה (קשור לדיני קורבן ביום טוב). בתקופת שמאי והלל גרמו לכך שיהיו ארבע מחלוקות. משרבו תלמידי שמאי והלל רבו המחלוקות בישראל.

כל תופעת המחלוקת היא מכיוון שלא שימשו את רבן כל צרכן. אי אפשר להחזיר את הגלגל לאחור שלא יהיו מחלוקות, ואי אפשר להחיות מחדש את המנגנון שלא יהיו מחלוקות. המצב ישתנה רק כשהמשיח יבוא. אנו צריכים לחיות עם מציאות של מחלוקת.

לפני שרבו מחלוקות בישראל, יכול להיות שבדרך עד שבית הדין הגדול יכריע הדיינים יחלקו ביניהם, אך בסוף יש מנגנון להכריע וכלפי חוץ אין מחלוקת. מהמקורות לעיל ניתן לראות כי תופעת המחלוקת היא דבר שלילי.

**תוספתא עדויות א', ד':** (מסכת העוסקת בעיניים הלכתיים אך לא רק בנושא אחד**)** הכלל הוא שמכריעים לפי דעת הרוב כאשר יש מחלוקת. דבר זה מעלה שאלה- אם ההלכה כדעת הרוב, מדוע צריך להזכיר את דעת המיעוט? ועוד יותר, זה יכול להחליש את דעת הרוב!

לא מוחקים את דברי המיעוט כדי שידעו להגיד שדעה זו היא דעת מיעוט והיא לא לגיטימית. כלומר, אם יש לנו מסורת שמתנגשת עם מסורת אחרת, נוכל להגיד לדעת המיעוט שהיא לא התקבלה. זה לא שהמסורת טועה אך היא נדחתה ויצאה מהתחום. **גישה זו אומרת שלדעת המיעוט אין חשיבות והסיבה היחידה שמזכירים אותה היא כדי שאנשים לא יתבלבלו, ויהיה ברור שאין לזה סמכות**. לעומת זאת, ר' יהודה אומר שהזכירו את דעת המיעוט וזה חשוב שהיא תשמר, **מכיוון שיכול להיות צורך מיוחד וניתן יהיה לעשות בה שימוש.** ביומיום לא משתמשים בה, אך אם יהיה צורך ונצטרך כלים לא שגרתיים נוכל לשלוף את דעת המיעוט ולעשות בה שימוש. אנו לא רוצים למחוק אותה אלא בדיוק הפוך- היא כן שימושית ומשמרים אותה לעת הצורך.

דוגמא לעת הצורך:

**שבת מד עמוד א':** יש בדיני שבת מושג שנקרה מוקצה- כלומר דבר שאסור לגעת בו בשבת. הוא נקרא מוקצה כי הקצתי אותו מדעתי. הגמרא דנה על נר (לא נר שעווה אלא דבר יותר בכיוון פמוט- כלי שמחובר אליו כלי קטן יותר. בכלי הגדול יש שמן ובכלי הקן פתילה, ומדליקים את הפתילה ובכך יש אור). כולם מסכימים שכאשר הנר דולק אסור לטלטל אותו, מכיוון שיש חשש שהנר יכבה ואסור לכבות נר בשבת. המחלוקת היא לגבי השאלה האם מותר לטלטל נר כאשר הוא לא בשימוש, כלומר לטלטל את הפמוט. ישנם שלוש דעות במחלוקת:

 ר' יהודה- אם הפמוט חדש ולא נעשה בו שימוש לעולם- מותר לטלטל, מכיוון שאפשר להחליט שיהיה לו שימוש אחר ולאו דווקא ישמש כנר.

ר' מאיר- גם נר שהשתמשו בו פעם מותר לטלטל אותו, אך נר שהיה דלוק בכניסת שבת גם אם עכשיו הוא כבה- אסור. אם פעם השתמשו בו אך בשבת הזאת לא הייתה בו שימוש כלל- הוא מותר בטלטול.

ר' שמעון- רק נר הדולק בשבת אסור לטלטל. גם נר שהשתמשו בשבת זו ועכשיו כבה- מותר לטלטל.

ההלכה נפסקה לפי ר' מאיר- שנר שהודלק בשבת אפילו אם כבה- אסור בטלטול.

באו תלמידים לרב (שם של אמורא, שהיה בדור המעבר בין התנאים לאמוראים) ושאלו האם מותר לטלטל נר של חנוכה בשבת. נר חנוכה מניחים בכניסה לחצר כדי שכולם יראו את הנר דולק, ולאחר שהנר כבה מכניסים את הנר פנימה, מכיוון שהייתה תקופה בה היהודים לא חיו בארץ משלהם, והיו אנשים מקומיים שחשבו שהיהודים רוצים לפגוע בהם ע"י הדלקת הנר. דבר זה יצר בעיה בשבת, מכיוון שמצד אחד רצו לקיים את ההלכה של הדלקת הנר בחוץ, ומצד שני חששו מפני פגיעה מהגויים. אולם ההלכה נפסקה כר' מאיר שאם הנר היה דלוק בתחילת שבת אסור לטלטלו, והם לא יוכלו להכניסו בחזרה לביתם. רב פסק לתלמידים שהם יכולים להדליק את הנר בחוץ, ולהכניסו פנימה לאחר שכבה. שאלו אותו- והרי ההלכה נפסקה כר' מאיר שאסור לטלטל. רב ענה שנכון שההלכה נפסקה כדעת ר' מאיר, אך הייתה גם את דעתו של ר' שמעון- שסבר שרק נר שדולק אסור לטלטל, אך אם הוא כבה מותר לטלטלו. בתנאי שיגרה רגילים לא משתמשים בדעה של ר' שמעון, אך כאן יש לנו שעת הדחק- גם לקיים את מצוות חנוכה כמו שצריך, וגם לא להרגיז את הגויים. דעתו של ר' שמעון היא לגיטימית ולא נפסקה להלכה, אך בשעת הדחק היא נועדה לשימוש. עמדה זו, למרות שהיא מיעוט ולא נתקבלה, היא עדיין לגיטימית. ובמקום שהיא נצרכת לשימוש, מותר. (זה לא כלי שכל אחד יכול להשתמש בו, אלא זה כלי לפוסק ההלכה- דעת המיעוט ביומיום לא משתמשים בה, אך בבוא הזמן שצריך, ניתן לעשות בה שימוש.)

לפי גמרא זו, עמדת המיעוט היא דבר חיובי וגם יכול להיות שימושי במקרים מסוימים.

**אבות דרבי נתן פרק י"ח נוסחה א':** ישנם קבוצות של אנשים הדנים בהלכה, וכל אחד אומר משהו אחר- אלו מתירים ואלו אוסרים, אלו מטהרים ואלו מטמאים וכו'. דבר זה יוצר ריבוי דעות, והוא יכול לגרום לאדם לא לרצות ללמוד. אך מכיוון שכתוב "נתנו מרועה אחד"- ה' ברא את כל תלמידי החכמים, גם את הדעה הזאת וגם את השנייה, ושני העמדות מקורן מהאלוקים. ועל כן, על האדם ללמוד את כל ההלכות. ברור שבסוף צריך להכריע, ולמצוא מנגנון שבאמצעותו נכריע. אך התהליך של ריבוי הדעות הוא חשוב מכיוון שכולם דבר אלוקים.

**כיצד ייתכן שכל הדעות הם דבר אלוקים?**

**ריטב"א עירובין דף י"ג עמוד ב':** בגמרא מתואר מצב של ריבוי המחלוקות בין בית שמאי לבית הלל. יצאה בת קול ואמרה "אלו ואלו דברי אלוקים חיים" אך הלכה כבית הלל. ההלכה כבית הלל מכיוון שהם היו יותר נוחים וצנועים והיו מקדימים את דברי בית שמאי לדבריהם. אפשר לפרש את זה בשני מובנים- או שבית הלל היו יותר מחוברים לבריות, ולכן הפסיקה שלהם הייתה יותר מתאימה לחיים בפועל. או שהם היו מתייחסים לדברי בית שמאי וקשובים לדבריהם, נתנו כבוד לעמדתם, ורק אח"כ היו נותנים את דעתם, ועל כן ההלכה של בית הלל הייתה יותר מזוככת.

הריטב"א דן בשאלה כיצד שתי דעות מנוגדות הם דברי אלוקים חיים? כאשר משה עלה לקבל את התורה מהאלוקים, אלוקים נותן לו 49 נימוקים למה כל דבר מותר ו-49 נימוקים למה הדבר אסור. משה שאל כיצד מתמודדים עם כל הנימוקים? ה' ענה שריבוי הדעות מקורן בא-ל, והוא נתן את זכות ההכרעה לחכמים. הקב"ה נותן כלים, ועכשיו על החכמים להשתמש בהם. **ריבוי הדעות לא היה בדיעבד אלא לכתחילה- מקורן מה' וכביכול מראש ה' בנה את זה ככה כדי שנוכל להתאים את ההלכה לחיינו.**

**סימן משמים כהכרעה במחלוקת/ שיעור 7**

האם המחלוקת היא לכתחילה או בדיעבד? האם זה דבר חיובי או שמא תקלה?

**הקדמת הרמב"ם למשניות:** הרמב"ם מחלק את ההלכות לחמישה חלקים. הרמב"ם סבור שבחלק הראשון והשני שאלו הלכות למשה מסיני, לא יכולה להיות בהם מחלוקת מכיוון שזה הועבר במסורת, והוא אינו מוכן לקבל עמדה האומרת כי ייתכן ויהיה בחלקים אלו מחלוקת. לעומת זאת, בחלק השלישי- הלכות שחכמים מסיקים מתוך דרשה בפסוקים, ובחלקים הרביעי והחמישי-גזירות ותקנות חכמים, יכולה להיות מחלוקת שהרי בחלקים אלו הם דרשו את הפסוקים וייתכן וכל אחד הבין את הפסוקים בצורה שונה, וגזרו הלכות שבעיני אחד היה נצרך, ובעיני השני לא.

**מבוא התלמוד שמואל בן חופני גאון:** חולק על הרמב"ם ואומר שייתכן שתהיה מחלוקת גם בהלכה שהיא חלק ממסורת, בכך שמקצת מהחכמים שמעו את המסורת כמו שצריך ומקצת לא מחמת טרדה, שכחה ועוד, ועל כן יכולה להיות מחלוקת גם בהלכות שהם הלכה למשה מסיני.

**איך מתמודדים עם מחלוקת?**

האם ניתן להשתמש בכלים שמימיים לצורך הכרעה במחלוקת? כלומר נבואה או רוח הקודש- סימן משמים שיכריע מה ההלכה?

**תלמוד בבלי מסכת תמורה דף ט"ז עמוד א':** אמר רב יהודה אמר שמואל (שם של אמורא)- שלושת אלפים הלכות (מספר טיפולוגי) נשכחו בימים לאחר מות משה. לכן פנו אל יהושע שהיה הנביא והמנהיג, שיפנה אל ה' כדי שהקב"ה יגיד לו מהם ההלכות שנשכחו. יהושע ענה לעמ"י "לא בשמים היא"- כלומר, התורה כבר לא בשמים אלא היא ירדה לארץ, ולכן אי אפשר לשאול את האלוקים דבר שקשור להלכה. כמה מאות שנים לאחר תקופת יהושע אמרו לשמואל (אחד מגדולי הנביאים, בסוף תקופת השופטים) שהוא ישאל את אלוקים מה ההלכות שנשכחו. שמואל ענה "אלה המצוות"- בתור נביא אסור לי לחדש הלכות. אלוקים נתן את התורה פעם אחת, ומכאן ואילך הוא לא מתערב בענייני הלכה.

ידי הנביאים כבולות, מכיוון שבעיקרון הם כן יכולים לשאול את האלוקים, אך מכיוון שהתורה כבר לא בשמים הם לא יכולים לשאול את ה' מהי ההלכה, מכיוון שה' כביכול אמר שהוא לא מתערב. למרות שעמ"י שוכחים הלכות ולא מצליחים לשחזר אותם, הקב"ה עדיין לא מתערב.

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות:** הרמב"ם מתייחס לקשר בין הלכה לנבואה, ואימץ את ההתייחסות השוללת קשר ביניהם. לעניין פרשנות התורה הנבואה לא רלוונטית. מה שעשו יהושע ופנחס (שהיו נביאים) כשפירשו את התורה, מעמדם מבחינת העיון והסברא בהלכה זהה לרבינא ורב אשי (שהיו אמוראים), כלומר לשניהם יש מעמד של חכמים. העובדה שאחד גם נביא וגם חכם והשני רק חכם לא מקנה לנביא יתרון. הנביא תפקידו בענייני הרשות- לצאת למלחמה או לא, להוכיח את העם אם הם לא מקיימים את המצוות, לעודד אותם לקיים את המצוות. **אבל לנביא אין תפקיד מכוחו כנביא לפרש את המצוות.**

יש נביא אמת ונביא שקר. ע"פ התורה נביא שקר חייב מיתה. כדי להיות נביא על האדם להיות בעל מידות טובות וגדול בחוכמתו, וגם לעשות אותות ומופתים. ייתכן ונביא התנבא בשם האלוקים, קרא אל המון להקשיב למצוות, עשה אותות ומופתים- כלומר התנהג כמו נביא אמת. אך ברגע שהוא מוסיף כי הקב"ה אמר לו בנבואה להוסיף מצווה או להוריד מצווה- בין אם זה מצווה שכתובה בתורה או שהועברה במסורת, זהו נביא שקר. לפי הרמב"ם נביא כזה הוא נביא שקר מכיוון שלא הגיוני שהקב"ה יגיד דבר כזה, שהרי ה' אמר שלא מוסיפים או מורידים מצוות, ומשה שהיה גדול הנביאים קיבל נבואה שמעצבת את גבולות ההלכה- **הקב"ה לא מנבא לנביא בענייני הלכה.** לכן, אם הנביא טוען שאלוקים ניבא לו דבר הלכה הוא חייב מיתה מכיוון שברור שהוא נביא שקר, גם אם עד עכשיו הוא אמר דברי אמת ופעלו על פיו.

דוגמא לנבואה בדבר הלכה: יש מושג שנקרא תחום שבת- מותר ללכת מתחום העיר 2000 אמה. אם נביא יגיד שמכוח הנבואה אלוקים אמר לו שתחום שבת הוא 2001 אמה או 1999 אמה (שינוי מאוד קטן ומינורי) – הוא נביא שקר. אך אם הנביא יגיד שהוא למד את הפסוק באופן קצת שונה והגיע למסקנה שונה- אז כן אפשר להתווכח ולבסוף להכריע. אך אם הוא טוען שזה נבואה שהקב"ה אמר לו- הוא נביא שקר וחייב מיתה.

אם יש מחלוקת בעניין הלכה- חכם נביא אומר דבר אחד, וחכם שהוא לא נביא אומר דעה אחרת. גם אם יש לך אלף חכמים נביאים שמביאים הלכה אחת ,ואלף ואחד חכמים שהם רק חכמים עדיין הולכים לפי הרוב, ועצם העובדה שאדם הוא נביא לא אומר כי הסמכות בידו. כמו כן, אם יש מחלוקת בין החכמים, ונביא בא ואומר שהתנבא כי המחלוקת עם צד מסוים- הוא נביא שקר מכיוון שאין לו סמכות להכריע מכוח סמכותו כנביא.

**הרמב"ם מאמץ את הגישה שאומרת כי לנביא אין שום תפקיד בענייני הלכה. הנביא תפקידו לחזק את ההלכה, לדרבן אותנו לשמור את ההלכה, להוכיח אותנו, לחנך אותנו למידות טובות. אפילו אם הוא עומד בדרישות כדי להיות נביא- ברגע שהוא מנבא על הלכה הוא נביא שקר.**

**תלמוד בבלי עירובין דף י"ג עמוד ב':** הגמרא מתארת את מחלוקת בית שמאי ובית הלל. בית שמאי ובית הלל לא מצליחים להגיע להכרעה, ולכן יצאה בת קול ואמרה "אלו ואלו דברי אלוקים חיים, והלכה כבית הלל". כאן ההלכה הוכרעה ע"פ בת קול (מעין נבואה). זה ודאי שונה מהמקור בגמרא בתמורה, שהרי כאן לא מצליחים להגיע להכרעה, ולנבואה יש משקל. **כאן דווקא משתמשים בבת קול- בכוח נבואי, כדי להכריע.**

**ספר הכוזרי, מאמר שלישי אות מ"א:** ספר הכוזרי מספר על מלך כוזר שרצה להגיע לחקר האמת. לכן הזמין חכם יהודי, נוצרי, ומוסלמי. ספר הכוזרי מתאר את הדו שיח בין מלך כוזר לחבר (החכם היהודי). מלך כוזר מעלה שאלות והחכם היהודי מנסה לענות לו תשובות. אחת ההשאלות ששאל מלך כוזר היא כיצד החכמים יכולים להוסיף ולגרוע הלכות? הרי יש פסוק מפורש- "לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו" המצווה לא לעשות זאת?

עונה לו החכם שפסוק זה נאמר להמון העם, כלומר לאדם הפשוט. אבל לנביאים ולחכמים מותר. "אשר הזהירם הכתוב כי יקבלו רק מן הנביאים אשר יקומו אחר משה.."- **לפי הכוזרי מותר לנביא לחדש דבר בעניין הלכה**. אפילו הכהנים והשופטים יכולים לחדש הלכה וחובה לציית להם מכיוון שהם מקבלים סיוע מן הנסתר. הוא מייחס את כוחם של הכהנים והשופטים לכוח מה' ולאו דווקא לזה שהם חכמים.

יש שתי גישות ביחס לסימן משמים כהכרעה במחלוקת- גישה אחת (ובעקבותיה הרמב"ם) האומרת כי לנביא אין סמכות בהתערבות הלכתית, והגישה השנייה (ובעקבותיה הכוזרי) אומרת כי לנביאים יש סמכות להתערב בענייני הלכה.

**"לא בשמים היא"/ שיעור 8**

עד כמה יש לנבואה, בת קול וכוחות שמימים משקל בשאלת ההכרעה ההלכתית?

**בבא מציעא, דף נ"ט עמוד ב':** תנורו של עכנאי הוא סיפור הקשור לדיני טומאה וטהרה. מדובר על תנור שבנוי מחרס ומחובר לאדמה- החלק הרחב למטה והחלק הצר למטה, והיה בנוי מחוליות וחיברו את כל החוליות יחד (לכן קוראים לתנור "עכנאי" מכיוון שהוא בנוי כנחש). השאלה היא האם חיבור זה נקרא חיבור שלם או לא. דבר זה משפיע על ההלכה האם התנור יכול לקבל טומאה (שרק אם התנור שלם הוא מקבל טומאה). שאלה הלכתית זו רלוונטית בעיקר לכהנים מפני שהם אלה שבעיקר הקפידו על דיני טומאה וטהרה. זאת מכיוון שהכהנים מקבלים קורבנות ותרומות (פירות המותרות לאכילה רק לכהנים והם נחשבים קודש) והם מותרים באכילה רק כאשר הכהנים טהורים. גם הפירות עצמם צריכים להיות טהורים, ואם הם נטמאו שורפים אותם.

יש מחלוקת בין חכמים לר' אליעזר אם התנור טמא או טהור- לפי חכמים התנור טמא, ולפי ר' אליעזר התנור טהור. שני הצדדים מביאים ראיות מסברא, או מקומות תנאים אחרים כדי להוכיח שהם צודקים. ר' אליעזר הוא דעת מיעוט ועושה מאמץ גדול כדי שהחכמים יקבלו את דעתו. בשלב הראשון, ר' אליעזר מביא את כל הראיות שאפשר להביא לטובת עמדתו, אך לא מצליח לשכנע את שאר החכמים. ר' אליעזר מתייאש ולכן עובר לכלים חדשים- כלים שמימיים. ר' אליעזר אומר שאם הלכה כמותו עץ החרוב שלידם תוכיח- ואכן עץ החרוב פתאום זז ונעקר ממקומו מאה אמה. קרה מקרה שעל פניו נראה פלאי, כי ר' אליעזר אומר שאם הוא צודק החרוב יזוז, ואכן זה קרה והחרוב הוכיח. על פניו, אם אלוקים שולח מסר כל כך ברור, ר' אליעזר בטוח שהחכמים יסכימו אתו. אך חכמים עונים "אין מביאים ראיה מן החרוב"- צריך להביא ראיה מדברים אנושיים ולא מדברים שמימיים.

ר' אליעזר הולך צעד אחד קדימה ואומר שאם הוא צודק אמת המים יוכחו. כלומר, בדרך כלל כדי שהמים יזרמו המים נמצאים בשיפוע, אך פתאום המים מתחילים "לטפס"- זורמים בכיוון ההפוך. המים מתגייסים לטובתו, וזה כבר ברור שזה כלים מאלוקים ולא דבר טבעי. אך חכמים עונים שלא מביאים ראיה מן המים כי זה לא חלק מ"כללי המשחק".

ר' אליעזר ממשיך ואומר שכותלי בית המדרש יוכיחו- שקירות בית המדרש יפלו, ובסוף יפלו על כל החכמים והם ימותו. ר' אליעזר מסכן את כולם מכיוון שיש כאן כמעט אמירה מפורשת של ה' שההלכה כמותו, ולכן לדעתו אין לחכמים זכות קיום. קירות בית המדרש התחילו לפול ונענים לקריאתו של ר' אליעזר. הקירות שעומדים ליפול מסכנים את החכמים, ולכן מיד עמד ר' יהושע וגער בקירות בית המדרש- אם תלמידי חכמים מתווכחים בעניין הלכה, מדוע אתם מתערבים? עמדתכם אינה רלוונטית. הכתלים הם לא בשר ודם, וברור שר' יהושע כביכול גוער באלוקים. ר' יהושע כביכול אומר לקב"ה- אנחנו משתמשים בכללי המשחק האנושיים, ולכן אל תפריע לנו.

קירות בית המדרש היו בדילמה- מצד אחד הכתלים עומדים ליפול כי ר' אליעזר צודק, ומצד שני הם עומדים כי ר' יהושע גם צודק. רואים כי אין כאן הכרעה מי צודק ולכן הקירות עומדים באלכסון.

כל הרמזים לא משכנעים את החכמים ולכן ר' אליעזר אומר לאלוקים שהוא צריך מסר ישיר שאי אפשר להתווכח עליו. על כן, ר' אליעזר אומר שאם הוא צודק "מן השמים יוכחו"- לא בדרך עקיפה אלא ישירה. מיד יצאה בת קול ואמרה שההלכה כר' אליעזר בכל מקום. אמירה יותר מפורשת מזו לא צריך. אך גם את זה החכמים לא מקבלים, ור' יהושע עומד ואומר "לא בשמים היא"- כתוב בתורה שקיבלנו בסיני "אחרי רבים להטות"- כלומר, שצריך להכריע על פי הרוב, וזה מחייב גם את האלוקים. ר' יהושע אומר לאלוקים שבסיני הוא כביכול הבטיח לא להתערב, ולכן אי אפשר להביא ראיה מן השמים. כביכול ניתן להשוות את זה לעובדה כי גם המחוקק כפוף לחוקים שלו. ברגע שה' קבע את הכלל "אחרי רבים להטות" ו"לא בשמים היא" (כלומר שברגע שהתורה ניתנה לעמ"י ההלכה ביד השכל האנושי), אי אפשר לשנות את הדברים הללו, וה' לא יכול להתערב.

ר' נתן פוגש את אליהו הנביא והוא מסוקרן לדעת על תגובתו של הקב"ה לאחר אמירתו של ר' יהושע. יכול להיות שמצד אחד אלוקים צריך לכעוס שהרי הוא שולח פלאים כדי להראות שר' אליעזר צודק, והחכמים לא מקשיבים ומקבלים את הניסים. אך מצד שני יכול להיות שהוא שמח. אליהו הנביא עונה שהקב"ה חייך ואמר "נצחוני בני נצחוני בני"- גם אם הלכתית ר' אליעזר צודק, הכלל הוא "אחרי רבים להטות" ולכן חכמים כביכול נצחו את הקב"ה בכך שהם לא צריכים להקשיב ולהכריע ע"פ הפלאים שעשה.

באותו היום לקחו את כל הטהרות שטיהר ר' אליעזר ושרפו אותם באש. הם הולכים אחורה וכל דבר שר' אליעזר טיהר הם פוסלים ושורפים אותם. (בניגוד למצב שבו חוקקים חוק חדש שהוא תקף רק מהיום שחוקקו אותו, ולא משפיע על העבר.) לשריפת כל הטהרות שטיהר ר' אליעזר יש השפעה גדולה, מכיוון שאוכל שנטמא אין דרך להוציא ממנו את הטומאה ולטהר אותו. רוב האנשים היו אוכלים אוכל טמא, אך ישנם מאכלים מסוימים שחייבים להיות טהורים ולכן אם הם נטמאו צריך לשרוף אותם. אסור לשרוף אוכל קדוש סתם, אך בכל זאת חכמים שורפים את כל מה שר' אליעזר טיהר (כביכול שורפים סתם ולא כי האוכל באמת טמא). חכמים רוצים להעביר מסר חשוב- אנחנו לא מקבלים את פסק דינו של ר' אליעזר. דווקא בגלל שיש התערבות משמים, חכמים צריכים לעשות מעשה קיצוני כדי שידעו שהלכה לא כמותו. **היה אסור לר' אליעזר לא לקבל את דעת הרוב ולנסות להביא ראיות שמימיים.**

כתוצאה מהתנהלותו של ר' אליעזר- שסטה מהמסלול וחרג מכללי המשחק, הם מנדים אותו ועושים עליו חרם. צריך להודיע לר' אליעזר שנידו אותו, מכיוון שלמנודה יש הלכות וכללים כמו של אבל. כולם מפחדים ללכת להודיע לר' אליעזר כי הם אינם יודעים איך הוא יגיב. לכן ר' עקיבא שהיה תלמידו, התנדב להודיעו – שמא אדם שאינו הגון ילך ויודיעו ויחריב את כל העולם כולו. ר' עקיבא הולך ולא אומר לו במפורש שהוא מנודה, אלא הוא מתלבש בבגדים שחורים, יושב על הקרקע ויושב ממנו בריחוק ארבע אמות (כמו שמתנהגים עם מנודה). ר' אליעזר שואל את ר' עקיבא למה הוא עושה זאת ור' עקיבא עונה שהוא חושש שמנדים אותו. מיד ר' אליעזר מקבל את הדין וקורע את בגדיו, מתלבש בבגדים שחורים, יושב על הרצפה ומתנהג כמו מנודה. ר' אליעזר מקבל את החלטת חכמים שהם מנדים אותו והוא לא מנסה לפעול כנגדם.

בעקבות הנידוי, ר' אליעזר בוכה וזה גורם לכך שהיבול מתקלקל- הצער של ר' אליעזר גורם להרבה נזק בעולם. תקופה קצרה לאחר הנידוי, רבן גמליאל (שהיה הנשיא) נמצא בספינה ופתאום הייתה סערה בים. רבן גמליאל עושה חשבון נפש ומבין שמשמיים כועסים עליו על כך שלקח חלק מנידוי ר' אליעזר. רבן גמליאל אומר לקב"ה שהוא לא עשה את זה לכבודו האישי, אלא לכבודו של הקב"ה. רבן גמליאל אומר שהוא עושה את זה כדי שתהיה הכרעה במחלוקת וכדי שהתורה לא תהפוך לכמה תורות, והוא אינו עושה את זה כדי שיתנו לו כבוד, ומיד הים נח מזעפו. הסיפור בא להעביר מסר ומעלה שתי שאלות- האם יש מקום לכוחות שמימיים בהכרעת הלכה או לא? האם חל הכלל של "אחרי רבים להטות" גם כשיש פגיעה במהות? חכמים מסתכלים על התנור ככלי שלם וארצי ולכן הוא מקבל טומאה. לעומת זאת ר' אליעזר מתסכל עליו בצורה שמימית מכיוון שהתנור בנוי חוליות והוא אינו שלם ולכן הוא אינו מקבל טומאה.

הסיפור לא חד משמעי, ולא ברור מי צודק. דחו את הבת קול, ולא היו מוכנים לקבל אותה על פני הכרעת הרוב, בניגוד לסיפור של בית הלל ובית שמאי ששם יצאה בת קול והכריעה כי הלכה כבית הלל.

**תוספות בבא מציעא נ"ט, ב':** בעלי התוספות הם תלמידיו של רש"י (חלקם נכדיו וחלקם לא). התוספות מנסים לאמץ בין הסיפור הזה שלא מוכנים לקבל את הבת קול ושהכריעו הלכה לפי הרוב, לעומת הכרעת המחלוקת בין בית הלל ובית שמאי ששם כן קיבלו את הכרעת הבת קול.

התוספות עונים שהמקרה כאן הוא שונה ולא מקבלים את הכרעת הבת קול, מכיוון שכאן ר' אליעזר חולק על דבר תורה "אחרי רבים להטות". כמו כן, כאן ר' אליעזר הוא דעת מיעוט, לעומת הסיפור של בית שמאי ובית הלל, ששם בית הלל היו הרוב. עקרונית ההלכה צריכה להיות כדעת הרוב-ולכן כאן לא היה אפשרי להשתמש בבת קול כי אין דילמא אם יש רוב אלא הדבר ברור- מצד אחד ר' אליעזר ומצד שני כל החכמים. לעומת זאת, המיעוט של בית שמאי לא היה בפער כזה גדול. כמו כן, בית שמאי היו יותר חריפים מבית הלל ולכן ישנה מחשבה שההלכה תהיה לפי בית שמאי בזכות חריפותם. אין כאן רוב ממש חזק, ואולי תוספת החריפות של בית שמאי היה נוטה לצידם. לכן היה צורך בבת קול שתכריע שכאן כן הולכים על פי הרוב אפילו אם זה רוב קטן. **בת הקול תמכה בכלל לפסוק לפי הרוב ולכן ניתן להקשיב לה. לעומת זאת, אצל ר' אליעזר הבת קול סותרת מן הכלל של הכרעת הרוב ולכן לא מקשיבים לה.** כאשר בת הקול פותרת לנו דילמות וספקות- אפשר להשתמש בה.

ההסבר השני של בעלי התוספות הוא שהבת קול בסיפור של ר' אליעזר באה רק משום כבודו של ר' אליעזר. בגלל שר' אליעזר קראה לו היא הגיעה, אך היא לא הגיע מעצמה. בסיפור של בית שמאי ובית הלל בת הקול באה ויוצאת מעצמה ולא מפני שקראו לה.

**אורות הראי"ה א, ק"ג:** במסכת אבות במשנה הראשונה מתואר השתלשלות התורה שבע"פ. חלק מהשתלשלות התושב"ע היא שהזקנים העבירו את התורה לנביאים. אם המשנה דאגה להגיד שהתורה נמסרה מהזקנים לנביאים זה לא סתם, אלא שהנביאים לקחו מכוח פעולתם חלק מהעברת התורה שבע"פ.

אנו מחויבים להקשיב גם לכהנים וגם לשופטים, וכל אחד משתמש בכלים שונים. הכהנים קרובים לאלוקים והכלים שלהם הם כלים שמימיים, לעומת השופטים שפועלים באמצעות כלים אנושיים. יש שני סמכויות- הנבואית וגם האנושית. הרב קוק אומר שיש מקום לנבואה גם בהלכה. אם יש הכרעה הלכתית ברורה, כלומר שאפשר להגיע להכרעה ע"י כלים אנושיים, לא משתמשים בכלים שמימיים. **רק כאשר לא ניתן להגיע להכרעה ע"י כלים אנושיים אז ניתן להשתמש בנבואה.**

**שו"ת משפט כהן (ענייני א"י), צ"ב:** גם אם יש שימוש בכלים שמימיים זה רק כשבת קול באה מיוזמתה, כלומר כשהקב"ה שולח את בת הקול מיוזמתו. אך אם הזמינו את הבת קול- לא מקשיבים. כאשר יש שני צדדים וכל צד מראה הוכחות לטענתו, אז ניתן להשתמש בבת קול. בסיפור בית שמאי ובית הלל יש ספק הלכתי- דנו בכל השאלות והסוגיות ויש נימוקים לשני הצדדים ולא מצליחים להגיע להלכה- ולכן ניתן להשתמש בבת קול. אך בסיפור ששכחו מה ההלכות (אצל יהושע ושמואל) ורוצים להשתמש בבת קול כדי שתגיד להם מהם ההלכות- במקרה זה נוצר מצב שהבת קול מחדשת הלכה וזה דבר אסור. **במקום שההלכה מצויה ומתלבטים לגבי הפרשנות- מותר להשתמש בבת קול, אך במצב שהבת קול מחדשת הלכה אסור.**

**הכרעה על פי הרוב**

**תוספתא סנהדרין ז', ב':** מתי מחליטים בדעת רוב ומתי יש צורך בהכרעת הרוב? רק במקום שאין מסורת. במקום שיש מסורת/ שמועה לא מכריעים לפי הרוב. אפילו אם 70 דיינים לא קיבל את המסורת של הלכה זו, ודיין אחד כן קיבל מסורת מרבותיו- מקבלים את ההלכה לפי המסורת. צריך אמון מאוד גדול בחכמים שכאשר הם אומרים שיש להם מסורת, הם מדברים דברי אמת.

מה קורה כאשר יש לנו מסורות סותרות? אם לחכם אחד יש מסורת מפי שני חכמים- כלומר שיש לו שני סמכויות של אותו מסורת, ומנגד יש לכמה חכמים אחרים מסורת הפוכה אך כולם קיבלוה מאותו רב. בגלל שיש לנו שני מסורות (כלומר אותה מסורת משני חכמים שונים) שסותרים אחד – שני המסורות מנצחים. **אנחנו לא מסתכלים כמה קיבלו את המסורת אלא כמה מסורות יש לי**. כאשר ההלכה נעשית ע"פ הסברא אז בודקים לפי הרוב. אך ברגע שיש מסורת, שמים את הסברות בצד ומסתכלים כמה מסורות יש ומסורת הרוב (כלומר כמה חכמים מסרו דבר מסוים) מנצח.

מה קורה כאשר אין מסורת ואין רוב? אם אחד גדול בחכמה ובמניין הולכים אחריו. גדול במניין- כנראה הכוונה למניין התלמידים שלו, מכיוון שככל שיש לו יותר תלמידים דעתו יותר נפוצה. אם גם זה לא עובד כי העמדות שקולות, אז הברירה השלישית היא ללכת אחר הדעה המחמירה. עדיף ללכת אחר הדעה המחמירה כדי לא לעבור על איסור. ר' יהושע בן קרחה אומר- אם זה מצווה מהתורה מחמירים ואם זה מצווה מחכמים מקילים.

**תוקפה המחייב של התלמוד/ שיעור 9**

הלכתא כבתראי- כלומר הלכה כאחרונים. כאשר יש לפני הפוסק מחלוקת, אך המחלוקת היא מדורות שונים, האם ניתן עדיפות דווקא לפוסק המוקדם? לפוסק המאוחר? או האם פוסקים כל עניין לגופו?

הנחת היסוד היא שאמוראים לא חולקים על תנאים. כלומר אם יש עמדת תנאים אחת מוסכמת אסור לאמוראים לחלוק עליה. אך אם ישנה מחלוקת אצל התנאים, מותר לאמוראים להמשיך את המחלוקת.

אם אמורא אומר דבר, והגמרא מקשה עליו- כלומר מה שאמר לא מסתדר, מכיוון שיש מקור תנאי שסותר את דבריו. תפקידו של אותו אמורא/ הגמרא היא למצוא מקור תנאי שתומך בשיטתו, או שיצליח להסביר את המקור התנאי שכביכול סותר את דבריו באופן שלא סותר את דבריו. אם הוא יצליח ליישב בין דבריו לבין המקור התנאי- דבריו לא ידחו, אך אם לא ניתן ליישב את הסתירה- דבריו אוטומטית ידחו.

במקביל, כמו שאמורא לא יכול לחלוק על תנא, חכמים שבאו אחרי האמוראים (גאונים, ראשונים וכו') אינם יכולים לחלוק על האמוראים. רק אם יש מחלוקת בין האמוראים עצמם אז מותר לחכם בתקופה מאוחרת יותר להמשיך את המחלוקת.

**מדוע אסור לתקופה מאוחרת לחלוק על תקופה מוקדמת?**

**הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה:** היד החזקה הוא ספר ההלכה של הרמב"ם (המשנה תורה). הרמב"ם מתאר את השתלשלות של התורה שבע"פ. רבינא ורב אשי הם האמוראים בסוף תקופת האמוראים, ומקובל להגיד שהם ערכו את הגמרא.

חלק מהתוקף של תקנה/ מנהג/ כלל, נובע מכך שהציבור קיבל אותו על עצמו. אם הציבור לא מקבל את המנהג תוקפה יהיה מוחלש. יש משמעות לזה שהציבור קיבל, כלומר נוהג ע"פ התקנה או לא. רבינא ורב אשי היו המרכז התורני בבבל, ולכן ההלכה שיוצאת משם בדר"כ פושטת בכל ישראל והופכת למחייבת. אך לאחר תקופת התלמוד עמ"י התפזרו בכל העולם, וכבר אין מוקד תורני אחד. התקשורת בין החכמים היושבים במקומות שונים נחלשת, והעיסוק בתורה מתמעטת ולא כולם לומדים תורה. כתוצאה מכך, גם אם התכנסה בית דין של קהילה פלונית והתקין תקנה, התקנה התקבלה בקהילה זו ואולי בקהילות הסמוכות, אך היא לא התפשטה בכל ישראל. משכך, התקנה הזו מחייבת רק את בני אותה הקהילה. כדי שהיא תחייב את כל עמ"י, כולם צריכים לקבל את תוקפה. לכן, לא כופים קהילה מסוימת לנהוג לפי מנהג של קהילה אחרת.

לאחר הפיזור כבר אין משקל לאיזה דור הגיע קודם. אך מה שנאמר בתלמוד מחייב את כל עמ"י, מכיוון שאותם הדברים שנאמרו בתלמוד כל ישראל קיבלו עליהם. **מאחר ותוקפה של גזירת חכמים מושפעת מקבלת הציבור, וכל הציבור קיבל את תוקפו של התלמוד, התלמוד מחייב ואי אפשר לחלוק עליו.**

הרמב"ם אומר שעקרונית גאון יכול לחלוק על אמורא, אך מכיוון שכל ישראל קיבלו את התלמוד אסור לחלוק עליו. התוקף של התלמוד הוא לא מכיוון שהם מדור קודם יותר, אלא מכיוון שכולם הסכימו לקבל אותה כדבר מחייב.

**דרשות הר"ן- הדרוש השנים עשר:** התוקף המיוחד של התלמוד שלא ניתן לחלוק עליו הוא מכיוון שכל ישראל קיבלו אותו.

**רמב"ם הלכות ממרים ב', א':** בית דין מאוחר יכול לחלוק על בית דין שקדם לו.

**כסף משנה ממרים ב', א':** (פירוש על הרמב"ם שכתב ר' יוסף קארו.) שואל את השאלה- אם מותר לבית דין לחלוק על בית דין שקדם לו, מדוע אמורא לא יכול לחלוק על תנא?

הכסף משנה עונה שברמת העיקרון זה מותר, אך מיום חתימת המשנה עמ"י קיבלו על עצמם שדורות אחרונים לא חולקים על קודמים, וכך גם בחתימת הגמרא. הסיבה שלא חולקים על תנאים ואמוראים זה מכיוון שעמ"י קיבלו זאת על עצמם. ההיגיון והיתרון לא לחלוק על תנאים ואמוראים הוא מכיוון שזה דבר יותר נוח.

**הערות החזון איש על דברי סופרים:** החזון איש לא מקבל את דברי הרמב"ם שהסיבה שלא חולקים על תנאים ואמוראים היא מכיוון שעמ"י קיבלו זאת על עצמם. לפי החזון איש, הסיבה שאמוראים לא יכולים לחלוק על תנאים, ותקופות מאוחרות לא יכולות לחלוק על אמוראים הוא מכיוון שהפער בין אמוראים לתנאים היה כזה גדול שלא הגיוני שאמורא יבין משהו שתנא לא יכול להבין. כנ"ל לגבי הדורות שאחרי התלמוד. **פער הדורות היה כל כך גדול, ולכן אי אפשר לחלוק על הדורות הקדומים. בלתי אפשרי מבחינת פער ידע שתהיה מחלוקת בין פוסק מאוחר יותר שיחלוק על אמורא.**

**שולחן ערוך חו"מ, כ"ה, א':** (השולחן ערוך נכתב ע"י ר' יוסף קארו, מפעלו ההלכתי כולל שני ספרים עיקריים- בית יוסף ושולחן ערוך. במקביל לתקופתו חי הרמ"א וכתב הגהות על השולחן ערוך. מאחר והשולחן ערוך הוא לפי הפסיקה הספרדית, כדי שהוא יתאים לפסיקה האשכנזית הוא הוסיף הגהות, ובכך השולחן ערוך מתאים כמעט לכל עמ"י. השולחן ערוך מהווה תקופת מעבר בין תקופת הראשונים לאחרונים.) בשיטת המשפט היום בית משפט לא יכול לתקן טעות של בית משפט אחר. גם אם נותנים פסק דין והצדדים חושבים שבית המשפט טעה, הם אינם יכולים ללכת לבית משפט באותה היררכיה, ושבית משפט זה ישנו את פסק הדין, אלא הם צריכים ללכת לבית משפט בהיררכיה גבוהה יותר.

בהלכה הדבר לא כך. יש מושג של בית דין שטעה ויש סוגים שונים של טעויות. יש טעות בדבר משנה- טעות בהלכה מפורשת. ויש טעות בדבר שיקול דעת- טעות שלא כנגד משנה או הלכה ברורה או מפורשת, אך זה עדיין טעות. ההלכה היא שאם בית דין טעה בדבר משנה ניתן לבטל את פסק הדין. כל דיין שטעה בדברים גלויים (טעות בדבר משנה)- חוזר הדין ודנים אותו להלכה.

**הגהות הרמ"א:** לפי השולחן ערוך, אם דיין פסק בניגוד לדברי המשנה, גמרא או פוסקים אחרים, זה נחשב טעות בדבר משנה. לעומת זאת, הרמ"א אומר שאי אפשר לחלוק בקלות על פוסקים שקדמו, אך פסיקה בניגוד לדברי משנה ותלמוד היא פסיקה מוטעית וצריך לבטל אותה, לעומת פסיקה מפורשת של פוסקים, שלפי השולחן ערוך אסור לחלוק עליה וזה נחשב טעות בדבר משנה, אך לפי הרמ"א מותר. כלומר, השולחן ערוך אינו מבדיל בין משנה מפורשת, גמרא מפורשת או דברי פוסקים מפורשים, ואם הדיין פסק בניגוד אליהם הדין חוזר. לעומת זאת, הרמ"א מבדיל בין גמרא ומשנה מפורשת ששם הדין חוזר, לעומת פוסקים שאז הרמ"א אומר שהדין לא בהכרח חוזר. (הרמ"א מקבל את הכלל של "הלכתא כבתראי", ולכן הוא אומר שאם דיין נתן פסק דין בניגוד לפוסקים, הדין לא חוזר.)

**האם נותנים עדיפות לפוסקים מאוחרים או שמא לפוסקים יותר מוקדמים?**

מצד אחד ישנה תפיסה שיש ירידת הדורות, כלומר הרמה הרוחנית/ תורנית של כל דור יורדת, ולכן ככל שהולכים אחורה בזמן, הדור יותר קרוב למקור ולכן סביר להניח שהם יודעים יותר טוב. מצד שני, "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות"- כלומר שעל הדיין לפסוק לפי הנראה לו. ישנו מתח בין לתת כבוד לשופטים- לדורות המוקדמים, לבין המתח של הפוסק שתשובתו יותר מדויקת. האם צריך לתת עדיפות לפוסק מוקדם יותר, מאוחר יותר או לא לתת עדיפות כלל וצריך לדון כל מקרה לגופו?

**סדר התנאים ואמוראים, סימן כ"ה:** (אמצע תקופת הגאונים, מחבר לא ידוע.) כל מקום שיש מחלוקת בין שני תנאים, או שני אמוראים זה עם זה, ולא הייתה הכרעה מהי ההלכה, כיצד פוסקים? על כן, התשובה מתחלקת לשתי תקופות- לפני תקופת רבא (שם של אמורא שהיה בדור הרביעי של האמוראים), ומתקופת רבא.

לפני תקופתו של רבא- אם המחלוקת היא רב כנגד תלמידו (כלומר, תקופה מוקדמת של אמורא מול תקופה מאוחרת של אמורא)- מכריעים את המחלוקת לפי הרב ולא לפי התלמיד.

מתקופתו של רבא- ההלכה נפסקת לפי האמורא בדור המאוחר יותר.

**תוספות קידושין מ"ה דף ב':** כל מקום שרב ותלמיד חולקים- ההלכה לפי הרב, אך מתקופת אביי ורבא ההלכה כפוסקים המאוחרים מכיוון שהיו מדקדקים יותר. צורת הלימוד שלהם השתנתה והוא היה מדויק יותר ועיוני יותר.

**שו"ת מהרי"ק סימן פ"ד:** היה מקרה בדיני אישות שהגיע לפני פוסק אחר, והפוסק התיר דבר אסור. המהרי"ק אינו מבין כיצד הפוסק פסק לפי פוסק מוקדם ולא כפוסק מאוחר, והרי ההלכה כבתראי, אפילו התלמיד נגד הרב!

מקובל לומר שכאשר יש מחלוקת בין התלמוד הבבלי לבין התלמוד הירושלמי, פוסקים כדעת התלמוד הבבלי. למה אנו מעדיפים את התלמוד הבבלי? מכיוון שהוא יותר מאוחר מבחינה כרונולוגית. פוסקים כדעת המאוחר יותר, מכיוון שעמדו דבריו של הפוסק המוקדם לפניו, הוא רואה את הסבריו ונימוקיו של הפוסק המוקדם והוא עדיין חולק עליו ולכן הוא עדיף. הפוסק המאוחר מכיר את דעתו של הפוסק המוקדם ודן בדבר, ואם לא קיבל את דברי המוקדם כנראה שיש לכך סיבה, ולכן דברי המאוחר עדיפים. **מכיוון שהתלמוד הבבלי כרונולוגית מאוחר יותר מהירושלמי, אנו מכריעים הלכה לפי הבבלי.**

מה קרה בתקופת אביי ורבא שאז הוחלט שהלכה לגבי הפוסק המאוחר?

עד תקופתם, התלמידים היו לומדים בע"פ ולמדו מפי הרב. התלמיד עסק בעיקר בשינון דברי רבותיו ועל כן הוא לא הכיר את כל הדעות והגישות, והכיר רק את מה שרבו לימד אותו, ולא היה לו רוחב ראייה. לכן ברור שדעת הרב עדיף, כי הרב יודע יותר טוב את מה שהוא העביר לתלמיד מאשר התלמיד שרק שמע. לעומת זאת, מתקופת אביי ורבא היה שינוי בסדרי הלימוד והחכמים התחילו ללמוד את כל הדעות- להביא ראיות ונימוקים לכל צד ועוד, ולכן הלימוד השתנה ויצאה הלכה יותר מדויקת וברורה, ולכן נעדיף את התקופה המאוחרת. ברגע שהלימוד הפך ללימוד עיון ולא רק שינון, אנו מעדיפים את התקופה האחרונה.

**שו"ת הרי"ד, ס"ב:** מתייחס גם הוא לשאלת הלכתא כבתראי. ישנה ירידת הדורות- אנחנו פחות טובים מהדורות שקדמו לנו, ועל כן איך יכול להיות שאפשר לחלוק על דור שקדם לך?

באו אליו בטענות איך הוא מעז לחלוק על רבינו יצחק, והוא עונה שלא עלתה לו מחשבה לחלוק עליו, והוא קטן ופרעוש לעומתו. למרות זאת הוא עונה אחר כך, כי למרות שהוא פרעוש ולא עלתה במחשבתו לחלוק עליו, הוא חולק עליו. הרי"ד אומר שאפילו אם יהושע יגיד דבר והוא יחשוב משהו אחר- הוא לא ימנע מלהגיד את מה שהוא חושב. גם במקום שהוא חושב שהוא צודק יותר מדברי אלה שקדמו לו, זה לא מתוך גאווה והוא אינו מרגיש שהוא טוב מהם וחכם מהם, אך הוא עדיין יכול לחלוק עליהם.

מצד אחד יש ירידת הדורות, ומצד שני אנו סותרים את דבריהם וחושבים שאנו צודקים- דבר זה יוצר סתירה!

הרי"ד מביא משל מחכמי הפילוסופים- אם תגיד לענק ולגמד (ננס) לצפות קדימה, מי יראה רחוק יותר? ברור שהענק, הרי עיניו גבוהות יותר. אך אם תשים את הננס על כתפיו של הענק, גובה עיניו של הננס גבוהות יותר ולכן הוא יראה יותר לגובה. למרות שהענק "נותן" יותר גובה, הננס עדיין רואה רחוק יותר. כך גם אנו- כשאנו חולקים על דברי ראשונים זה לא כי אנחנו מרגישים יותר חכמים, אלא היתרון שלנו הוא שהחכמה שלנו מצטברת. אנו נותנים קצת והם נותנים הרבה, אך במצטבר לנו יש גם קצת וגם הרבה ואנחנו כמו ננס על גבי ענק**. מכיוון שיש לנו הצטברות של ההלכות אנו יכולים לחלוק עליהם.**

**שו"ת המהרי"ק סימן צ"ד:** ביססנו את הלכתא כבתראי על הידע המצטבר- שהפוסק ראה את כל ההלכה ולכן נתן את שיקוליו וחלק עליו. **הסיבה שמעדיפים את הפוסק המאוחר הוא מכיוון שהוא ראה את דברי המוקדם לו ודן בדבריו**. אך במקרה שהפוסק המאוחר לא ראה את דברי זה שקדם לו, אין כאן חכמה מצטברת ולכן אין עדיפות לפוסק המאוחר.

**שו"ת הרא"ש כלל נ"ה סימן ט':** אחת הטענות שטענו כנגד הרא"ש- איך אתה מעז לחלוק על ר' יעקב?

הרא"ש ענה שזה כמו שהתוספות חולקים על רש"י. טענת "פלוני הוא גדול ולכן אסור לחלוק עליו" אינה מקובלת עליו. הטענה שמישהו גדול מאחר לא אומרת כי אי אפשר לחלוק עליו. אפשר לחלוק ואפילו יש עדיפות לפוסקים מאוחרים.

**רא"ש סנהדרין ד', ו':** הרא"ש דן בטעות בדבר משנה וטעות בשיקול דעת. סביב זה הרא"ש אומר מה מוגדר כטעות. נותנים עדיפות לפוסק המאוחר בתנאי שהוא הכיר את דברי הפוסק הראשון, ובכל זאת מעדיף את דעתו. העדיפות לפוסקים מאוחרים הוא רק בתנאי שהוא מכיר את הדעה מוקדמת.

אנו דנים בשתי שאלות:

1. האם אני המאוחר, מותר לי לחלוק על מוקדמים ממני?
2. אם ישנן דעות אחרות, האם נותנים עדיפות להלכה המוקדמת או המאוחרת?

**"הלכתא כבתראי"/ שיעור 10**

במקום שבו יש מחלוקת באמוראים, עד תקופתו של רבא מעדיפים את האמורא המוקדם, אך מתקופת רבא מעדיפים את האמורא המאוחר יותר. האם הכלל נכון גם ביחס לפוסקים מאוחרים יותר? כלומר פוסק במאה ה-12 מול פוסק במאה ה-14, האם מקבלים את המאוחר?

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה:** צריך לדון כל מקרה לגופו, ואין עדיפות לפוסקים מאוחרים. אין מקום לתת עדיפות לא למוקדם ולא למאוחר. כל דיין יבדוק מה שנראה לו.

**שו"ת מהר"ם אלשקר סימן נ"ד:** הכלל של "**הלכתא כבתראי" נאמר בגאונים רק בייחס לדבריהם של מחלוקת בין אמוראים, ולא נאמר לגבי פוסקים מאוחרים יותר**. מה שאמר המהרי"ק שהלכתא כבתראי הוא גם בפוסקים אחרונים אינו נשמע הגיוני שהוא אמר דבר כזה, וגם אם כן אמר דבר כזה, הוא הגזים וזה דבר שאינו סביר. לא יעלה על הדעת להגיד הלכתא כבתראי מכיוון שייתכן והפוסק האחרון לא היה תלמיד חכם רציני ולא סביר שההלכה תהיה כמותו. כמו כן, הגאונים לא שמעו את דבריו ולא ראו את דרכו, ולכן לא הגיוני שהגאונים פוסקים שהלכה כאחרונים גם לאחר תקופת האמוראים.

**שו"ת גינת ורדים חלק חו"מ כלל ה, ג':** אם יש מחלוקת בין פוסקים ראשונים לאחרונים, לא אומרים הלכתא כבתראי.

**גט פשוט, כללים, ג':** צריך לתת פרשנות מצמצמת לדברי המהרי"ק. **רק כאשר הפוסק המוקדם והמאוחר נמצאים באותה רמה, אפשר לתת עדיפות לפוסק המאוחר**. אך אם הפוסק המאוחר לא ברמתו- לא כתב ספר המקיף את כל התלמוד, לא היה בקיא כמותו וספרו לא התפרסם כמו שפורסם ספרו של הפוסק המוקדם, לא נותנים עדיפות לפוסק האחרון אלא לראשון. אנו מציבים גבולות לכלל "הלכתא כבתראי", שרק כאשר הם נמצאים באותה רמה אפשר לפסוק לפי כלל זה.

התוצאה המעשית היא שלא נותנים עדיפות לפוסק האחרון מאחר וקשה לבדוק אם הם נמצאים באותה רמה. ועל כן יוצא שהוא כמעט סותר את פרשנות המהרי"ק, אך ניתן לומר שמכיוון שרצה לכבדו לא עשה זאת באופן ישיר.

**הקדמת הבית יוסף:** רוב הספרות ההלכתית מכאן ואילך יוצאת ממה שנאמר בשולחן ערוך. השולחן ערוך הוא נקודת מוצא גם לספרות ההלכתית וגם להלכה. ר' יוסף קארו מתאר את המפעל ההלכתי שלו וכיצד הוא הכריע את ההלכה. ישנה בעיה- התורה נשתכחה מכיוון שיצאנו לגלות, ובעקבות הפיזור ישנם שלל של דעות, וכאשר אדם ירצה לדעת מה ההלכה, הוא לא יודע איך להכריע בין הדעות. לכאורה הדרך הרצויה היא להגיד שלגבי כל הלכה צריך לפתוח את כל הספרים וללמוד את הסוגיות ובכך להכריע. אך למעשה, דבר זה אינו ריאלי ויכביד על האדם מאוד. הדרך הזו לא מעשית מכיוון שלאף אחד אין גישה לכל החומר. גם אם יש לו, זהו דבר מאוד קשה מכיוון שגם אם התחיל ללמוד, ברגע שיגיע לנושא אחר, הוא ישכח את מה שלמד הואיל ויש שכחה בעולם. אולי רק יחידי סגולה יכולים לפעול בדרך הזו, אך רוב העולם לא. ישנה גם אופציה אחרת, ללכת לדרכי קיצור. אך הבעיה בדרך זו היא שדרכי הקיצור נותנת רק את השורה התחתונה ולא את כל המהלך, ואז אי אפשר לדעת מה לעשות במקרים ספציפיים.

לכן ר' יוסף קארו לקח על עצמו את המשימה ללמוד את כל הסוגיות ההלכתיות ולהציג אותם ואת המפרשים שעליהם. ר' יוסף קארו רצה להציג בפני כולם את התמונה השלימה עם כל המקורות, ולבסוף גם את השורה התחתונה. מי שיקרא את הספר, סדורים בפניו דברי התלמוד וכל המקורות והפוסקים שעליו, והוא אינו צריך לפתוח את כל המקורות ולא צריך לשבור את הראש בעניינים הלכתיים.

ר' יוסף קארו מסביר כיצד הוא הכריע בהלכה בין הדעות השונות. הוא מכריע בהלכה כדי שתהיה תורה אחידה לכולם, ולכן אי אפשר רק לאסוף את כל החומר, אלא צריך לתת גם את השורה הסופית. הבית יוסף מציג הבדל בין האידיאל למציאות בשיטת ההכרעה. באידיאל צריך לקחת את כל הפוסקים ואת כל הנימוקים של כל פוסק ובכך להכריע. ישנם שתי בעיות בשיטה זו:

1. אנחנו לא ברמה מספיק גבוהה כדי להכריע בין הדעות. צריך להיות ברמה יותר גבוהה משאר הפוסקים כדי להכריע מי צודק.
2. לוקח המון זמן מכיוון שצריך להתפלפל בנימוקיו של כל אחד, ומבחינה מעשית זה לא ריאלי.

לכן הבית יוסף החליט לקחת שלושה פוסקים מאוד חשובים שחיו עד תקופתו- הרי"ף (ר' יצחק אלפסי), הרמב"ם והרא"ש. שלושתם כתבו ספר הלכה שמקיף את כל הנושאים ולכן הוא לקח אותם. ספרם של הרי"ף והרא"ש מסודרים לפי סדר התלמוד, והרמב"ם לפי חלוקתו. שלושת ספרים אלו מקיפים את כל ההלכה, וכל ישראל מקבלים ונשענים על הוראותיהם.

הבית יוסף לא מתחשב בפוסקים אחרים- לא בפוסקים שלפניהם ולא אחריהם. אם יש מחלוקת בין שלושתם – פוסקים לפי הרוב. לרוב, כאשר יש מחלוקת בין שלושתם הרי"ף והרמב"ם יהיו בצד אחד מכיוון שהגיעו מאותה מסורת פסיקה, והרא"ש יהיה בצד השני. במקרים חריגים לא פוסקים לפי הרוב, אך זה רק במצב שבו לפוסק שבדעת מיעוט יש תמיכה של חכמי ישראל, ואז נפסוק על פיו.

ישנה תקופה של 300 שנה בין הרא"ש לבית יוסף, אך הוא עדיין מתעלם מכל הפוסקים שהיו בתקופה שביניהם.

במקרה שבו אין רוב במחלוקת רי"ף, רמב"ם ורא"ש מכיוון שאחד לא הביע עניין, ואז המחלוקת היא אחד כנגד אחד- ניעזר בפוסקים אחרים ונפסוק לפי הרוב.

**ר' יוסף קארו אינו מקבל את הלכתא כבתראי ורואים זאת בכך שהוא מתעלם מכל הפוסקים שבין הרמב"ם לרא"ש.**

**רמ"א, חושן משפט סימן כה סעיף ב':** כל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים והפוסקים האחרונים חולקים עליהם- הלכה כאחרונים. זה רק בתנאי שהפוסק המאוחר ראה את דברי מי שקדם לו. **הרמ"א מאמץ את הכלל הלכתא כבתראי.**

**שו"ת הרמ"א, כ"ה:** כאשר יש מחלוקת בין הרי"ף לבין בעלי התוספות (שמאוחרים לרי"ף) פוסקים לדעת בעלי התוספות מכיוון שהם יותר מאוחרים והלכתא כבתראי. פנו לרב שלום שכנ"ו בבקשה שיכתוב ספר פסיקה הלכתי מחייב, והוא סירב מכיוון שיש את הכלל "הלכתא כבתראי". ברגע שהוא האחרון, כולם צריכים לקבל את דעתו, והוא לא רוצה לקחת את האחריות הזאת. לכלל "הלכתא כבתראי" יש נוכחות כל כך גדולה שזה גורם לרבנים לא לכתוב ספרי הלכה.

**הקדמת הרמ"א לדרכי משה (פירוש על הטור):** שיטת הפסיקה של הבית יוסף הייתה לפסוק לפי הרוב בשלושת הפוסקים- הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, והתעלם מהכלל "הלכתא כבתראי". כתוצאה מכך שהבית יוסף העדיף את הראשונים, נוצר פער בין ספר ההלכה והמנהגים שלו, לבין המנהגים של בני אשכנז, הואיל ובני אשכנז מעדיפים את הכלל "הלכתא כבתראי". לכן הרמ"א נאלץ להתאים את השולחן ערוך לפסיקה האשכנזית.

מה שעומד מאחורי חילוקי הדעות בין השולחן ערוך לבין הרמ"א הוא הכלל "הלכתא כבתראי". הרמ"א חייב למצוא דרך לגשר על הפער שנוצר בעקבות קבלת הכלל "הלכתא כבתראי".

**סמכות חכמים כפוסקי הלכה וכמכריעים במחלוקת**

**תקדים מחייב**- תקדים עוסק במקרה קונקרטי, ודן בשאלה ספציפית. כאשר פוסק נותן תשובה ספציפית האם הוא הופך לתקדים- כלומר מכאן ואילך פוסקים לפי פסק דין זה, או שמא הוא היה רלוונטי רק למקרה הספציפי ועל כן הוא לא מחייב. היתרון בתקדים הוא שבכך לא כל בית דין יפסוק דבר אחר, אלא כולם פוסקים משהו אחיד. תקדים מחייב מאפשר ליצור יציבות. החיסרון בתקדים הוא שזה יוצר קיבעון, ולא מאפשר פיתוח. כמו כן, הרבה פעמים לוקחים שיקולים שיכולים להשתנות ממקרה למקרה. לפעמים תקדים נאמר לנסיבות ספציפיות אך לנסיבות אחרות הוא לא רלוונטי.

**איך מתייחסים לתקדים בהלכה?**

בהלכה אין חובה לקבל תקדים מחייב, אך מצד שני יש לו משמעות והתקדים הוא כן חלק מהכלים שיש לפוסק והוא יכול להשתמש בו. יחד עם זאת, ישנם עמדות שונות בנושא.

**בבלי מסכת בבא בתרא דף ק"ל עמ' ב':** רבא אמר לרב פפא ולרב הונא בנו של ר' יהושע, שכאשר יגיע לפניכם פסק דין שלי ואתם תראו בו דבר שלא נכון- אל תבטלו את הפסד דין שלי עד שאבוא לפניכם. אם יש לי תירוץ אגיד לכם, ואם לא אחזור בי מההלכה שאמרתי. אך כשאמות אם הלכה שאמרתי לא מקובלת עליכם, אתם לא חייבים לקבלה אם אתם חושבים שהיא אינה נכונה. במקרה הספציפי והקונקרטי הזה אל תבטלו את ההלכה שאמרתי, אך להבא אתם לא חייבים לפסוק ע"פ מאחר ו**"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות"**- הדיין חייב לפעול בשיקול דעת.

**רשב"ם:** אל תלמדו ותפסקו בדין אלא כפי שאתם חושבים. דבר שתלוי בסברא "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".

**ריטב"א:** דווקא במקרה הספציפי שאני פסקתי בו אל תשנו הואיל ואתם תלמידי, אך במקרים אחרים "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".

**סוגיית תקדים וטענת "קים לי"/ שיעור 11**

**סוגיית תקדים**

במשפט העברי בגדול אין תקדים מחייב. אך נשאלת השאלה מה משקלו, ובזה יש גישות שונות.

**רמב"ם סנהדרין כ', ח':** אם דיין בא לפסוק דין, והוא מדמה את המקרה שלו לפסק דין שכבר היה בלי להתייעץ, למרות שיש אדם הגדול ממנו בחכמה בעיר, דיין כזה עושה דבר רע בגלל שדימוי מקרה למקרה עלול להוביל לטעויות. יכול להיות שלא שמים לב לסיבה שאמורה להוביל לשוני. אם אין ברירה כי אותו דיין הוא החכם היחיד שנמצא, אז זה בסדר לדמות מקרים. אך אם יש חכם שיכול לסייע לדיין והוא יכול להתייעץ אתו, השוואת המקרים זהו דבר רע. החשש של דימוי מקרה אחד לאחר עלול להביא להיקשים לא נכונים ולטעויות.

**בבלי בבא בתרא דף ק"ל עמוד ב':** רבא אמר לרב פפא ורב הונא תלמידיו, שכאשר יבוא פסק דין שלי לפניכם שנראה בעיניכם מוטעה, אל תבטלו אותו אוטומטית, אלא תחכו שאבוא לפניכם. הסיבה שאתם צריכים לחכות שאני אבוא היא בגלל שיכול להיות שאתם חושבים שיש פירכא בפסק דין, אבל אני אוכל להסביר את הטעם שלי. אם אני לא אוכל להסביר את טעמי, או שאשתכנע מהטעמים שלכם, אני אבטל אותו ולא אתם. רבא רוצה לבטל את פסק דינו ולא לתת לתלמידיו לבטל אותו מכיוון שכאשר מישהו אחר מבטל את הדין, הדבר נראה כאילו יש מחלוקת בין בתי הדין. העובדה שרבא מבטל את הדין בעצמו, הופך את המצב ליותר יציב. אחרי שרבא ימות, הוא מבקש מתלמידיו לא לבטל את פסק דינו (אם הם רואים בו פירכא), אך גם לא ללמוד ממנו, מאחר ו**"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".**

**ריטב"א:** למרות שהמעשה נראה דומה, "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות". התקדים המחייב קצת פוגע בעצמאות החשיבה של הדיין הואיל והוא כובל אותו לדבר שמישהו אחר כתב.

**סנהדרין דף ו' עמוד ב':** תלמיד היושב לפני רבו, ורבו דן דין, והתלמיד רואה שרבו טועה, מניין לנו שהתלמיד לא צריך לשתוק מפני כבוד הרב? שנאמר: "לא תגורו מפני איש"- כלומר לא לפחד. אל תצמצם את עצמך שלא לומר דברים בגלל שאתה חושש. נשאלת השאלה מדוע דיין ירצה לפסוק דין, שהרי אלוקים ייפרע ממנו אם יטעה. מדוע הדיין ירצה לקחת את האחריות הזו? אלא שאין לדיין לחשוש שמא לא יגיע לידיעת האמת, שכן "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות". כתוב בדברי הימים "עמכם בדבר משפט"- עמכם כלומר לפי מה שעם ליבו, וה' יעזור שיצא דין צדק.

כולם מסכימים שתקדים בהלכה אינו מחייב. מצד שני כולם מסכימים שהתקדים הופך להיות חלק מ"כלי העבודה" של הדיין. אין לו איסור להשתמש בתקדים, והוא יכול להיעזר בו ולעשות בו שימוש, אך הוא אינו מחויב אליו. ישנו פער, שמצד אחד ניתן לעשות שימוש בתקדים, ומצד שני שהוא לא מחייב. לכן הפוסקים חולקים כמה משקל לתת לתקדים.

**שו"ת מהרי"ל סימן ע"ב:** יש מקום לסמוך על תקדים. לא רק שזה מקור להסתמך עליו **אלא זה אפילו מקור עדיף מספרי הלכה**. ספרי פוסקים לא עוסקים במעשים קונקרטיים. כאשר יש תקדים, רואים הלכה למעשה, ואיך הפוסק הורה להתנהג באותו מצב ולכן זה מקור חשוב יותר. לפי שו"ת מהרי"ל לתקדים יש משקל משמעותי.

**שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צ"ז:** השימוש בתקדים תלוי בנסיבות. כביכול, אדם הכותב ספר הלכה והוא לא עקבי ניתן "להאשים" אותו, מכיוון שאתה מצפה ממנו להיות עקבי. אך כאשר נותנים פסיקה למעשה קונקרטי זה תלוי בנסיבות, ולכן אפשר לשנות את הפסיקה כל מקרה לגופו, ואי אפשר לטעון על חוסר עקביות. התקדימים לא מיותרים ולא נכתבו סתם. הם לא נכתבו כמחייבים אך הם לא חסרי משמעות. היתרון של התקדים הוא שזה הופך לחלק מארגז הכלים של הדיין. זה מלמד את הדיין כוח בשיקול דעת. כאשר דיין צריך לפסוק במקרה מסוים, התקדים עוזר לו לבדוק לאיזה דברים נותנים יותר שיקול דעת, ללמוד את דרכי הפסיקה ואיזה שיקולים צריך לקחת בחשבון. הדיין צריך לבדוק כל מקרה לגופו, ולא אוטומטית לאמץ את התקדים. לפי השו"ת אברהם לתקדים משקל יחסית נמוך.

**טענת "קים לי" (אני סבור)**

טענת "קים לי" חותרת אחר יכולת ההכרעה של בית הדין. טענת "קים לי" יכולה להיות רק בדיני ממונות, והיא רק יכולה להיטען ע"י המוחזק, האדם שיש בידו את הנכס- הנתבע .הנתבע כנראה מחזיק בידיו נכס מסוים והתובע טוען שהדבר הזה צריך לעבור אליו. רק אם הנתבע מחזיק את הנכס אז אפשר לטעון "קים לי".

**מהי טענת "קים לי"?**

בית הדין מבקש לפסוק שהנתבע חייב לשלם, אך הנתבע אומר "קים לי"- מצאתי עמדה בפוסקים שאומרת שבנסיבות אלו אני פטור מלשלם. הנתבע אומר כי הוא סבור כאותה דעה/ מקור האומר שהוא פטור בנסיבות שהוא נמצא בו. גם אם טענה זו היא דעת יחיד ובית הדין פסק פה אחד כנגד טענה זו, עדיין ניתן לטעון "קים לי".

**טענת קים לי פוגעת בתפקידו של בית הדין, מאחר ותפקידו לפסוק את הדין. טענת קים לי הולכת כנגד פסק הדין.**

כמעט בכל נושא בדיני ממונות יש מחלוקת. על כן, כמעט בכל מקרה ניתן למצוא דעה שתומכת בעמדת הנגד, ולכן כמעט בכל מקרה הנתבע יכול למצוא טענה התומכת בטענתו ולהגיד "קים לי". דבר זה יוצר מצב שאדם מייתר את בתי הדין ומגיעים למצב בו קשה מאוד להגיש תביעה. **טענת "קים לי" משתקת את בית דין.**

יש האומרים כי טענת קים לי היא חלק מהכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". הכלל אומר כי מי שמנסה לשנות את המציאות הקיימת הוא זה שצריך להוכיח שעמדתו צודקת וצריך להביא את הראיות. במקרה שנשאר מצב של ספק- התביעה נידחת. התובע לא עמד בנטל הראיה כי הוא לא הצליח לשכנע את בית הדין בראיות שהביא. מאחר ובטענת "קים לי", התובע צריך שתהיה לו עמדה חד משמעית, יש הטוענים שהוא חלק מהכלל "המוציא מחברו עליו הראיה". הנתבע יכול לטעון שהואיל ואין תשובה חד משמעית ונכונה לשאלה המשפטית, אי אפשר לאלץ אותו לפסוק בניגוד לדעתו.

יש האומרים שטענת "קים לי" היא רק בשלב ההוצאה לפועל של הדין- כלומר כשיש פסק דין מוחלט וברור, אך לא ניתן להוציא מאדם חפץ אם הוא טוען "קים לי".

**אורים ותומים חו"מ קנ"ד:** (פירוש על השולחן ערוך, חלק חושן משפט). ברוב המקרים של דיני ממונות יש מחלוקת. אם מקבלים את טענת "קים לי" אין טעם לתבוע כי תמיד הנתבע יוכל למצוא דעה שמסכימה אתו. המשמעות וההשלכות לכך היא שלא צריך מערכת משפטית, מאחר ותמיד ניתן למצוא דעה בניגוד לפסק דין של בית הדין.

אם נקבל את טענת "קים לי" התורה יכולה להפוך להפקר. לכן, האורים ותומים לא מאפשר לטעון טענת "קים לי" אם טענה זו היא כנגד פסיקת השולחן ערוך והרמ"א. אם השולחן ערוך והרמ"א הסכימו, אי אפשר לטעון "קים לי" כנגדם, אך אם הם חולקים בהלכה או שלא דנו בהלכה זו ניתן להשתמש בטענת "קים לי". מכיוון שהשולחן ערוך והגהות הרמ"א הפך להיות ספר מחייב בכל ישראל, אי אפשר לטעון נגדו. תשובה זו פותרת את בעיית "קים לי" באופן חלקי.

**שו"ת מהרי"ק, קמ"ט:** טענת "קים לי" לא נוגעת לאיסורים אלא רק בדיני ממונות. אך יש סייגים- אפילו בעניין ממון אי אפשר לטעון "קים לי" כאשר זה דעת יחיד מול דעת רבים. אם רוב חכמי ישראל אמרו דבר אחד, לא יכול להיות שטענת "קים לי" תאמץ טענה יותר שולית. שוב, יש כאן דרך לצמצם את טענת "קים לי".

**שו"ת רדב"ז ב', תתכ"ה:** הטענה שהובאה לפניו היא טענה שנוגעת לדיני ממונות, והנתבע שיחק עם טענת "קים לי" בהתאם לנחות שלו, כלומר הוא לא היה עקבי. הרדב"ז נשאל האם אפשר לאמץ כל פעם את הדעה שנוחה לי, או שצריך להיות עקביים.

אדם יכול להגיד שבכל עניין הוא הולך על פי פוסק פלוני, וכל חייו הוא מתנהל ע"פ אותו פוסק. לכן הוא יכול לטעון "קים לי" כי בית הדין לא יכולים לחייב אותו ללכת לפי גישה אחרת. אם זה הטיעון – האדם עקבי, והוא תמיד משתמש בדבריו של הפוסק גם כשזה נוח וגם כשלא. אך כאשר לא עקביים ומשתמשים כל פעם בדעה הנוחה- דבר כזה לא מתקבל.

הרדב"ז מביא מספר צמצומים לטענת "קים לי":

1. כאשר יש רב מקומי (מרא דאתרא), וכולם בקהילה נהגו לפסוק כמותו, אם טענת "קים לי" סותרת את דברי הפוסק המקומי לא מקבלים את הטענה. מכיוון שכל הקהילה קיבלה את פסיקת החכם, פוסקים לפי פסקיו. כביכול מראש כל הקהילה הסכימו שהם פוסקים לפי אותו חכם.
2. אם אין פוסק מקומי, צריך לפעול על פי המנהג המקומי. אם טענת "קים לי" נוגדת את מנהג המקום היא לא מתקבלת.
3. ניתן לטעון "קים לי" רק במקרה של דעת יחיד מול דעת יחיד. אם יש דעת רוב מול דעת מיעוט, אי אפשר לטעון "קים לי" כדעת מיעוט.
4. החכמים החולקים שווים בחכמתם- שניהם ידועים בחכמתם ומעמדם מבחינת הידע שיש להם שווה.
5. דבריהם של החכמים התפרסמו אצל רוב ישראל. ספריהם מוכרים בכל ישראל ומצוטטים במידה שווה. אם אחד התפרסם יותר מהשני, אי אפשר לטעון "קים לי" כדעת הפוסק הפחות מוכר.

אדם לא יכול להוציא את עצמו מהכלל, ולכן יש הגיון שרק ע"פ התנאים האלו אפשר לטעון "קים לי". אם לא נקבל את התנאים הללו, לא יינתן פסק דין לעולם וירבו גזל וחמס. אי אפשר לפסוק פעם כפוסק מסוים ופעם אחרת כפוסק אחר, מכיוון שזה יוצר לעג וזלזול כלפי החכמים.

**שו"ת הלכות קטנות חלק א' סימן קפ"ב:** שאלו אותו האם דנים בירושלים "קים לי", כלומר האם הם נוהגים לקבל את הטענה הזו? הוא עונה שבבתי הדין שלו הוא לא מוכן לקבל את הטענה הזו, שאם כן אתה מבטל את כל חושן משפט- שהוא מלא במחלוקות. למרות שטענת "קים לי" מופיעה בספרי פוסקים, אם נקבל אותה זה יצור מצב שאתה נותן את ממונם של ישראל לפושעים. בנוסף, אם מקבלים את טענת "קים לי" כל דיני הגמרא יתבטלו.

האם טענה "קים לי" דומה לטענה משפטית – שבית הדין בעצמו מעלה, או שזו טענה שחוסמת את בית הדין? לפי רוב הפוסקים רק הנתבע יכול להעלות את טענת "קים לי", ובית הדין לא יכול להעלותה.

**סמכות חכמים כמחוקקים/ שיעור 12**

החכמים אחראיים גם על העברת המסורת והכרעה במחלוקות, וגם להתקין תקנות ולגזור גזירות. ישנם מצבים בהם לתקנות וגזירות חכמים יש התנגשות עם דין תורה, ומצבים שבהם יש התנגשות חזיתית עם התורה. כלומר, אם התורה לא ציוותה לעשות מעשה, וחכמים מחייבים לעשות את אותו המעשה- אין התנגשות וסתירה עם דין תורה. אך כאשר התורה מחייבת אותנו לקיים מצווה וחכמים אוסרים, או להיפך- במקרה כזה יש לנו התנגשות. יש הבדל בין להוסיף על התורה לבין להתנגש עם דין תורה.

**מאיפה נובעת הסמכות של החכמים להתקין תקנות ולגזור גזירות, ומהיכן נובעת החובה שלנו לציית** לדבריהם?

**בבלי מסכת שבת דף כ"ג עמוד א':** בתורה לא מופיעה המצווה להדליק נר חנוכה, אלא זוהי תקנת חכמים. לרוב, כאשר אדם מקיים מצווה הוא מברך עליה לפני קיומה. נוסח הברכה הסטנדרטי הוא "ברוך אתה ה' אלוקינו מלך העולם אשר קידשנו במצוותיו וציוונו..." הסוגיה בגמרא פותחת במחלוקת האם מברכים על הדלקת הנר או על לראות נר דלוק. לאחר מכן הגמרא דנה מהי נוסח הברכה- הנוסח "אשר קידשנו במצוותיו וציוונו" הוא בעייתי מכיוון שאלוקים לא ציווה על הדלקת נר חנוכה, אלא חכמים! כיצד אפשר להגיד כי ה' הוא זה שציווה אותנו להדליק נר חנוכה?

נוסח הברכה אינו מתאים, ואם כן נשתמש בנוסח זה אנו צריכים הסבר היכן ה' כן ציווה אותנו.

האמורא רב אויא אומר שהמקור לכך שה' ציווה אותנו הוא מהפסוק בספר דברים פרק י"ז שכתוב: "לא תסור"- יש חובה להקשיב לדברי חכמים ולא לסור מדבריהם. רב אויא אומר שהפסוק לא לסתור דברי חכמים וההוראה להקשיב להם לא נוגעת רק לפרשנות החכמים, אלא גם לתקנות ולגזירות שהם קובעים. נכון שהדלקת נר חנוכה היא תקנה של החכמים, אך יש לנו מצווה להקשיב לדברי חכמים, ולכן בעקיפין אנו מקיימים את מצוותו של ה'. **ה' הוא זה שנתן את הסמכות לחכמים להתקין תקנות, והוא זה שציווה אותנו להקשיב לדבריהם.**

רב נחמיה אומר שלומדים את הציווי להקשיב לדברי חכמים מהפסוק בספר דברים פרק ל"ב שכתוב: "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך"- הפסוק הזה מופיע לקראת סוף ספר דברים כאשר משה נפרד מעמ"י. לפני פרידתו הוא אומר דברי פרדיה, מוסר ותוכחה לעמ"י ובזה מוסיף כי עליהם להקשיב לחכמים. "זקניך" בלשון המקרא ולשון חז"ל זה לא זקן ממש, אלא הכוונה לחכמים.

ההבדל בין הפסוקים הוא שהפסוק הראשון מופיע בהנחיה הלכתית, בהקשר הלכתי שאומרים לאדם מי הסמכות, ולכן המקור הוא חזק יותר. לעומת זאת, הפסוק השני מופיע במקור חלש יותר מכיוון שזה מופיע בפרשיה כללית, ודברי התוכחה אינם בהקשר של חובה משפטית הלכתית.

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה:** ישנם מצוות שנתחדשו אחרי מתן תורה והנביאים וחכמים קבעו אותם, והם פשטו בכל ישראל- כדי שהתקנה תקבל תוקף מלא, היא צריכה להתפשט בכל העם. אם התקנה לא נתקבלה בכל ישראל, מידת המחויבות לשמור אותה, אם בכלל, היא נמוכה.

דוגמאות למצוות שנתחדשו לאחר מתן תורה: מקרא מגילה, נר חנוכה, תענית בתשעה באב, עירובין, נטילת ידיים ועוד. כל מצוות אלו חייבים לקבלם ולשמרם. עצם זה שהם התקבלו אחרי מתן תורה וחכמים קבעו אותם, לא אומר כי לא מחויבים לשמור אותם אלא להיפך- אנו חייבים לקיים את מצוות החכמים מאחר וכתוב בפסוק "לא תסורו".

**השגות הרמב"ן לספר המצוות שורש א':** הרמב"ן לא מקבל את דברי הרמב"ם. הציווי "לא תסור" והאיסור לסטות מדבריהם נוגע רק למה שחכמים אומרים בפרשנות דברי התורה, ורק אז חייבים לקבל את דבריהם. אך לגבי התקנות וגזירות שחכמים קבעו, הפסוק "לא תסור" הוא רק רמז ואסמכתא, כדי שלא נתקרב לאיסור. המצוות שחכמים קבעו וחידשו מקורם אינם מהפסוק "לא תסור" כי אז יוצר מצב בו הם הופכים את המצוות שקבעו למצוות מהתורה, ולא יעלה על הדעת להגיד דבר כזה. **אם מאמצים את הפסוק "לא תסור" לחובה לציית לדברי חכמים, הופכים את מצוות חכמים למצוות תורה.** על כן, כנראה הרמב"ן לומד את המצווה להקשיב לדברי חכמים מהפסוק השני- "ישאל אביך ויגדך זקניך". לפי הרמב"ן כשאנו מדליקים נר חנוכה, אנו מקיימים את המצווה לשמוע בקול חכמים.

**הרמב"ן לא מוכן לקבל שפרשנות הפסוק "לא תסור" היא בנוגע לחובה לציית לתקנות חכמים.**

**התנגשות בין סמכות חכמים לבין האיסור להוסיף ולגרוע מדברי תורה**

בתורה כתובים שני פסוקים האוסרים עלינו להוסיף ולגרוע מהמצוות הכתובות בתורה:

1. "לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו"
2. "לא תוסיפו על הדבר אשר אנוכי מצווה אתכם ולא תגרעו ממנו"

צריך ליישב את הפער בין הסמכות של חכמים להוסיף תקנות ומצוות חדשות, לבין פסוקים האוסרים זאת.

**רש"י דברים י"ג, א':** כוונת הפסוק "לא תוסף עליו" היא האיסור לשנות את התוכן הפנימי של המצווה. ישנה מצווה של נטילת ארבעה מינים בסוכות. אם אדם רוצה להוסיף מין נוסף או להוריד מין מארבעת המינים- אז הוא עובר על הפסוק "לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו". **רש"י מפרש את הפסוק במובן שאם חכמים רוצים להוסיף מצווה חדשה, מותר להם.** **אך אם רוצים להרחיב או לצמצם מצווה שכבר קיימת, כלומר לשנות את התוכן הפנימי- אסור.** לכן מותר לחכמים לקבוע את מצוות נר חנוכה מפני שהיא מצווה חדשה לגמרי.

**ספר הכוזרי- מאמר שלישי אות מ"א:** המלך הכוזרי שואל את החכם היהודי איך אפשר ליישב את הסתירה בכך שלחכמים יש סמכות לקבוע תקנות וגזירות, לבין הפסוק "לא תוסיף ולא תגרע"?!

החכם היהודי עונה **שהאיסור להוסיף ולגרוע ניתנה להמון העם- כלומר לאדם הפרטי.** אסור לכל אחד לחשוב שהוא יכול להוסיף ולהוריד מצווה, ושיש לו את השק"ד להחליט בכך. לעומת זאת, לחכמים יש את השק"ד להוסיף ולגרוע.

**רשב"א, מסכת ראש השנה דף ט"ז עמוד א':** בראש השנה יש מצווה לתקוע ולשמוע קול שופר. הסוגיה בגמרא עוסקת בכמה תקיעות צריך לשמוע. בתורה אנו מצווים לתקוע 30 תקיעות ,וחכמים הכפילו את הכמות וקבעו שצריך לתקוע 60 תקיעות. הרשב"א שואל איך יכול להיות שחכמים מוסיפים עוד 30 תקיעות, הרי זה "בל תוסיף"?! יש כאן הוספה בתוכן הפנימי של המצווה- יש כאן 60 תקיעות במקום 30 תקיעות!

הרשב"א עונה, שאיסור "בל תוסיף" נאמר כשהאדם מוסיף מדעת עצמו. הוא מייחס את "בל תוסיף" לתוכן הפנימי של המצווה לאדם הפרטי. לכן, אם אדם מחליט בעצמו להוסיף תקיעות זה אסור, אך אם חכמים אמרו לך לשמוע 60 תקיעות- זה מותר.

הרשב"א מביא דוגמא כדי לחזק את עמדתו- ישנו מושג הנקרא "יום טוב שני של גלויות". ישנם חודשים שהם 29 ימים וחלקם 30 ימים. בתקופת הסנהדרין לא היה לוח שנה קבוע, ולכן בסוף החודש היו ושולחים אנשים להרים לבדוק מתי הירח "נולד". אם היו רואים את הירח ביום השלושים היו קובעים את אותו היום כראש חודש (כלומר החודש היה רק 29 ימים), ואם לא ראו את הירח, אותו חודש היה 30 יום והיום שאחרי היה ראש חודש. כדי להודיע לכולם שנתקדש החודש, היו עולים להרים ומדליקים מדורות ובכך זה הגיע ועבר לכולם. אולם כדי להודיע לבני חוץ לארץ שהתקדש החודש, היו שולחים שליחים. אך לפעמים היה לוקח לשליחים זמן להגיע, ולכן קבעו שאת כל החגים בחו"ל חוגגים יומיים (חוץ מיום כיפור). יום טוב שני קשור "לבל תוסיף" בגלל שישנם חגים שהוספת יום גורמת לכך שמוסיפים מצווה. לדוגמא, בגלל התקנה של יום טוב שני, בחו"ל יושבים בסוכה שמונה ימים. נשאלת השאלה איך אפשר לקבוע שיושבים בסוכה שמונה ימים הרי בתורה כתוב "בסוכות תשבו שבעת ימים"?! אלא בגלל שהחכמים הם אלא שקבעו לשנות את התוכן הפנימי של המצווה- זה מותר. **הרשב"א משלב חלק מהפירוש של רש"י ופירוש הכוזרי.**

**רמב"ם הלכות ממרים ב', ט':** לבית דין יש סמכות לאסור עלינו דבר שמהתורה הוא מותר, ובנסיבות מסוימות הוא יכול גם לוותר על איסור ולהורות לנו לעבור עליו- כיצד זה מתיישב עם הפסוק "לא תוסף ולא תגרע ממנו"?

הרמב"ם אומר שהחכמים יכולים להוסיף ולגרוע בתנאי שהם לא מייחסים את ההוספה לתורה. לדוגמא, אסור לחכמים להגיד שבשר עוף זה מהתורה, אחרי שהגיעו להסכמה שהפרשנות לאיסור "לא תבשל גדי בחלב אימו" כולל רק בשר בהמה. אך ברגע שחכמים מייחסים את ההוספה אליהם ולא לתורה- זה דבר מותר, מאחר והם עשו את זה כדי לעשות סייג לתורה. **חכמים רשאים להוסיף ולגרוע בתנאים מסוימים ובשיקול דעתם, אך הם לא יכולים לייחס את זה לתורה אלא לעצמם.**

**מהם הגבולות של תקנות וגזירות חכמים?**

ישנם הוראות שלא מתנגשות עם התורה, כלומר לא סותרות דבר תורה. לדוגמא הדלקת נרות חנוכה- התורה לא אמרה שיש איסור, אך כשחכמים באים ואומרים שחייבים להדליק נרות חנוכה, אין התנגשות עם דין תורה. התורה לא התייחסה לזה ולכן זה לא סותר. ההתנגשות כאן עם דין תורה היא פחות חזיתית. מאחר וההתנגשות בקושי קיימת, ההגבלות גם כן בקושי קיימות. אך במקום שהתורה מחייבת לעשות מצווה מסוימת וחכמים אוסרים- שם יש התנגשות חזיתית. לדוגמא, התורה קבעה שבראש השנה חייבים לתקוע בשופר, לא משנה באיזה יום בשבוע זה יוצא, אך חכמים באו ואמרו שאם ראש השנה יוצא בשבת אסור לתקוע- יש כאן אמירה סותרת.

לכן, ישנו כלל- חכמים רשאים לעקור דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה", אך הם אינם רשאים לעקור דבר מן התורה ב"קום עשה". כלומר, חכמים יכולים להורות לנו להימנע מלקיים מצווה שהתורה אמרה שצריך לעשות, בתנאי שאתה לא עושה פעולה. (לדוגמא, כשחכמים קבעו לא לתקוע בשופר בשבת, אתה כביכול "יושב" ולא עושה את המצווה.) אך כאשר התורה אמרה לך לא לעשות מעשה וחכמים אומרים לך קום עשה- כלומר לך תעשה, זהו דבר האסור. **אם חכמים מורים לעבור על איסור (קום עשה)- אסור להקשיב להם, אך אם הם מורים לא לקיים מצווה מסוימת (שב ואל תעשה)- מותר להקשיב.**

ע"פ דין תורה חייבים לתקוע בשופר לא משנה באיזה יום יוצא ראש השנה- גם אם הוא חל בשבת. באו חכמים ואמרו שאם ראש השנה חל בשבת אסור לתקוע בשופר. ע"פ דין תורה חייבים לתקוע בשבת אך מכוח תקנת חכמים לא תוקעים. חכמים אסרו לתקוע בשבת שמא אם יתקעו בשבת זה עלול לגרור אחריו חילול שבת נוסף ולכן בחרו לאסור את זה. חכמים אמרו לנו "שב ואל תעשה"- יש חובה דתית מן התורה, אך חכמים אמרו לנו לא לקיים את המצווה. **חכמים לא בטלו את המצווה, אלא קבעו שבנסיבות מסוימות אסור לקיים אותה.**

ישנם מפרשים האומרים כי האיסור להוסיף ולגרוע נוגע רק כאשר לגמרי מבטלים מצווה- במקרה כזה, אסור לחכמים לבטל אותה, אך אם ישנם מצבים ספציפיים שבהם לא מקיימים את המצווה- מותר כי אין בזה ביטול המצווה.

**סמכות חכמים לעקור דבר מן התורה ב"קום עשה"/ שיעור 13**

מתי חכמים יכולים להורות לנו לגרוע מן האיסור? לרוב חכמים לא יורו לנו לעבור על איסור אך יש מקרים מסוימים בהם הם כן יורו לנו:

1. הפקר בית דין
2. הוראת שעה
3. הוראת שעה בענישה
4. הפקעת קידושין

הפקר בית דין

הפקר זהו דבר שאין לו בעלים, ובכך זהו רכוש שאין לו בעלות. כשאדם מפקיר את רכושו הפרטי, זה דבר אפשרי. אך כאן הכוונה שלא האדם מפקיר מיוזמתו את רכושו, אלא בית הדין מחליט להפקיר את רכושו, והפקר זה תופס.

**תוספתא שקלים א', ג':** מסכת שקלים עוסקת בחיוב להביא פעם בשנה מחצית השקל לקופה של בית המקדש לצורך תחזוקת בית המקדש, והיו גובים את מחצית השקל בראש חודש אדר. דבר נוסף שהיו עושים בחודש אדר היה הפקרת שדות הכלאיים. ישנו איסור כלאיים מהתורה- כלומר אסור לגדל שני סוגי גידולים בגידול אחד (לדוגמא חיטה ושעורה- חייבים לעשות רווח ביניהם, והרווחים משתנים לגבי התבואה). רוב גידולי הכלאיים- אם עשית, בפועל הם מותרים באכילה (חוץ מכלאי הכרם). אמנם אסור לזרוע את הזרעים ביחד, אך מותר לאכול. אנשים לא היו מתאפקים והיו זורעים כלאיים בגלל שהם לא היו מפסידם כלום. לכן, חכמים היו שולחים שליחים באמצע חודש אדר (כי זה אחרי תקופת הגשם ואפשר לראות אם יש כלאיים, אך התבואה עדיין לא בשלה מספיק כדי לקצור) ובית הדין היו מפקירים שדות של כלאיים בכך שכל אחד יכול לאכול מזה. על כן, אנשים לא רצו לזרוע שדות של כלאיים מפני שרק יש לו הפסד כי כל אחד יכול לבוא ולקחת מהשדה שלו.

חכמים לכאורה מתירים איסור גזל. ע"פ הדין האיסור לגזול הוא להחזיק בידי דבר שהוא לא שלי, גם אם זה הגיע אלי על פי הדין. עצם זה שחכמים מתירים לכל אחד לקחת מהשדה של אדם פלוני למרות שזה רכושו הפרטי, יש כאן היתר לעבור על איסור גזל. בית הדין משתמשים בסמכות שלהם להפקיר כמעין ענישה. עיקר המטרה היא להרתיעה את בעלי השדות לא לזרוע כלאיים.

**בבלי מסכת יבמות דף פ"ט עמוד ב':** מהיכן חכמים למדו את הסמכות להפקיר את רכושו של אדם? איפה מצאנו שלהפקר בית דין יש תוקף? הסוגייה מציעה שני מקורות:

1. ספר עזרא- עזרא היה מראשי החוזרים מגלות בבל בין בית ראשון לבית שני. הוא רצה לעשות אספת עם כדי לחזק דברים שנתחלשו בעם. כתוב בפסוק: "כל אשר לא יבא לשלושת הימים כעצת השרים והזקנים **יחרם כל רכושו** והוא יבדל מקהל הגולה"- כלומר, מי שלא בא לאספה הזקנים רשאים להחרים את כל רכושו.
2. בספר יהושע- יהושע הוא המנהיג אחרי משה והוא מכניס את עמ"י לארץ, ומחלק את הארץ לנחלות. כתוב בפסוק: "אלא הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון **וראשי האבות למטות בני ישראל**"- מה העניין של "ראשי האבות" הרי היה צריך להיות כתוב רק "ראשי מטות"? אלא שזה בא ללמד שכמו שאבא יכול לחלק את רכושו לבניו כפי שהוא רוצה, כך גם ראשי המטות- המנהיגים שהם בית הדין, יכולים להנחיל לעם את מה שהם רוצים. כלומר, בית הדין יכול להחליט שהקרקע הזאת שייכת לפלוני וקרקע אחרת שייכת לאדם אחר. הפסוק ביהושע מוסיף על הפסוק בעזרא מכיוון שהוא מדבר על חלוקה מחדש של הרכוש לעומת המקור בספר עזרא המדבר רק על החרמה.

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

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

**בבלי מסכת גיטין דף ל"ו עמוד א':** הגמרא מביאה דוגמא לתקנת ממון שנסמכת על "הפקר בית דין הפקר". כל שנה שביעית היא שנת שמיטה. ישנם הלכות הנוגעות לשנת שמיטה וביניהם מגבלות בעבודת האדמה, וגם מושג של שמיטת חובה. שמיטת חובות פירושו שאדם החייב לאדם אחר חוב, בשנת השמיטה החובות נשמטים ונמחקים. האדם שלווה כסף פטור מלפרוע את החוב. הלל הזקן התקין את "תקנת פרוזבול". תקנה זו אומרת כי החובות שנמחקים בשנה השביעית הם רק חובות פרטיים, אך חובות לרשות ציבורית לא נמחקים. בפרוזבול אדם כביכול מעביר את הזכות שיש לו לבית הדין, ואז יוצא שאדם חייב לבית דין את הכסף וכך החוב לא נמחק. עשו פרוצדורה, שהרי לא באמת מעבירים את החוב לבית הדין ובית הדין גם לא באמת מתכוון לקבל את החוב. הסיבה שהלל עשה את זה הוא מכיוון שהעם נמנעו מלהלוות כסף אחד לשני, מחשש שמא החוב ימחק והם יפסידו כסף. המתווה של שמיטת כספים שמשמעותה הייתה לסייע לעניים, הזיקה להם עוד יותר כי אנשים נמנעו מלהלוות כסף. גם העשירים נפגעו כי כתוב בתורה שאסור להימנע מלהלוות כסף שמא לא יחזירו לך בשביעית, אך העשירים עדיין עשו זאת. לכן, כדי שאנשים ילוו הלל תיקן את גזירה זו.

הלל לא התקין תקנה "בוטה"- כלומר ביטל את דיני שמיטה, אך הוא עשה תקנה שעוקפת את הלכות התורה. הפרוזבול הפך לטקס שכולם עושים וזה בעצם ביטול מצוות שמיטת חובות, למרות שברמה הפורמלית זה לא ביטול אלא בדרך עקיפה. איך הלל התיר לעצמו לעשות דבר כזה?

1. הלל עשה את זה רק בתקופתו כי השמיטה בימיו לא הייתה מדין תורה אלא מדברי חכמים. כדי ששמיטה תהיה מדברי תורה צריך שכל עמ"י יהיו בארץ ישראל, ועל כן גם היום השמיטה היא מדרבנן.
2. לפי רבא הלל התקין את התקנה והיא אכן עוקפת דין תורה, אך הוא היה רשאי לעשות זאת מכוח "הפקר בית דין הפקר". רבא אומר שהתקנה של הלל מתנגשת עם דין תורה ולמעשה ביטלה את ענייני שמיטה, אך הוא עשה זאת מסמכות "הפקר בית דין הפקר"- כביכול יש כסף שהיה אמור להישאר אצל ראובן אך מכוח תקנת פרוזבול הם עוברים לשמעון. מחייבים את ראובן להחזיר לשמעון דבר שעל פי דין תורה הוא לא מחויב לכך. ועוד, לפי דין תורה שמעון מחזיק בכסף שאינו שלו וכביכול זה גזל. אך מכוח הסמכות של "הפקר בית דין הפקר" הוצאת הכסף נעשית כדין ולכן זה לא גזל.

הוראת שעה

**מסכת יבמות דף צ' עמוד ב':** כתוב בתורה "אליו תשמעון"- צריך להקשיב לנביא גם כשהוא אומר לך לעבור על התורה- כלומר לעבור על האיסור, כמו שאליהו הנביא עשה בהר הכרמל. הגמרא אומרת שהמקרה של אליהו היה שונה מכיוון שזה היה **הוראת שעה**.

אליהו הנביא בהר הכרמל- אליהו הוא נביא בתקופה שהמלך בישראל היה אחאב. העם עובדים עבודה זרה והנביא מוכיח אותם, ובסוף דבריו אליהו אומר לאחאב שיהיו שנות רעב, ואכן כך היה. אליהו מציע לעשות מבחן עם אחאב כדי להוכיח מי האל האמיתי. אליהו אומר לאחאב לאסוף את כהני העבודה זרה בהר הכרמל, וכל אחד יבנה מזבח בהר הכרמל- אני לאלוקים שלי, ואתם לעבודה זרה. מי שיצליח להוריד אש מן השמים הוא האחד שהאלוקים שלו צודק. כולם הולכים להר הכרמל וכל אחד מקים מזבח. בתחילה כהני העבודה זרה מקריבים את הקורבן, אך האש לא יורדת מן השמים. אח"כ אליהו מקריב את הקורבן שלו, ואפילו שם מים מסביב כדי להגדיל את הנס, ואכן יורדת אש מן השמים "ואוכלת" את הקורבן. יש כאן ניצחון ברור לאליהו.

"איסור במות"- ע"פ ההלכה מהרגע שנבנה בית המקדש אסור להקריב קורבן מחוץ לבית המקדש בבמה פרטית. גם לאחר שבית המקדש נחרב עדיין קיים האסור לבנות במות. אליהו בונה במה בהר הכרמל למרות שיש בית מקדש- כיצד הוא עושה את זה, הרי זה אסור?!

אליהו לא יכול לעשות את המבחן בבית המקדש, הרי המזבח של אחאב מיועד לעבודה זרה. אך בכל זאת, אליהו עובר על איסור במות, ואפילו אלוקים עוזר לו!

אלא שזה היה הוראת שעה- מקרה רגעי ומסוים. אליהו רצה לגרום לעם לחזור בתשובה, והוא רוצה להראות להם נס כדי שיפסיקו לעבוד עבודה זרה ויראו מי האלוקים האמיתי. מטרתו של אליהו הייתה שכולם יעבדו את הקב"ה ויזרקו את העבודה זרה שלהם. לכן הגמרא אומרת שכביכול אליהו עבר על איסור אך זה היה לצורך שעה ולכן זה היה מותר. ישנו ביטוי בגמרא- "חלל שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה". ביטוי זה אומר שלצורך הצלת חיים מותר לחלל שבת ולעשות כל מה שאפשר כדי להציל אדם, כדי שיוכל לשמור עוד שבתות. אליהו אומר שהוא יעבור עבירה פעם אחת מתוך תקווה שדבר זה יבער ויבטל את העבודה זרה שיש בעם. אליהו לא נותן את זה ככלל ולא מבטל את האיסור של הבמות, אלא באופן זמני וחד פעמי מתיר, כי בחישוב הכולל זה יוסיף על שמירת המצוות.

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

במקור היה אסור לכתוב את התושב"ע ובשלב מסוים כתבו אותה. איך יכלו לעבור על איסור זה? "עת לעשות לה' הפרו תורתך"- לפעמים הפרת התורה דווקא מחזקת את התורה. נכון שאסור לכתוב את התורה אך המחיר של אי-כתיבתו חמור מאוד ויוצר מצב שהתורה תשכח. לכן בהוראת שעה אמרו שאפשר לכתוב את התושב"ע. זו הוראת שעה שעומדת בתוקפה 2000 שנה- הוראת שעה שעומדת לדורות.

הוראת שעה בעונשין

**סנהדרין דף מ"ו עמוד א':** ע"פ דין תורה ישנם מצבים בהם בית דין צריך לתת עונש מוות או עונש מלקות (39 מלקות למעט מקרים רפואיים). בפועל חז"ל אומרים שעונש מוות לא הייתה קיימת, אך באופן עקרוני יש לבית דין סמכות לתת עונש גופני כולל עונש מוות. אבל, אם בית דין ייתן לאדם עונש שלא מגיע לו, בית הדין עצמו עובר עבירה. הכללים מחייבים גם את האדם הפרטי וגם את הבית דין. את האיסור להכות לומדים דווקא מבית הדין שכתוב "לא יוסיף"- אפילו לבית הדין אסור להוסיף מלקות על האדם שמגיע לו עונש, קל וחומר האדם הפרטי. כשבית הדין מעניש אדם עונש גופני שלא היה צריך הוא עובר על עבירה.

הסוגייה מספרת על אדם שרכב על סוס בשבת – על פי דין תורה מותר לרכב על סוס בשבת, אך חכמים משיקול שלהם קבעו שאסור, ולכן איסור רכיבה על סוס בשבת הוא איסור מדברי חכמים. ע"פ דין תורה אדם שחילל שבת מגיע לו עונש מוות אך זה רק אם עבר על חילול שבת לפי התורה. אך אדם שרכב על סוס בשבת על פי הקריטריונים הרגילים לא אמור לקבל עונש מוות. אך במקרה הזה בית הדין סקל אותו. כיצד הם עשו זאת? הרי ע"פ דין תורה הוא לא חייב בעונש מוות! אלא שהיה לזה צורך שעה. אולי בגלל שזה היה בתקופת היוונים- שהיוונים רצו לבטל את שאר התרבויות חוץ מתרבות יוון, והם נלחמו בכמה עניינים עיקריים ואחד מהם היה שבת. יכול להיות שאדם שרוכב על סוס בשבת בתקופת היוונים, אם בית הדין לא היו מענישים אותו, היה נראה כי בית הדין מקל ראש בעניין שבת.

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

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

**רמב"ם סנהדרין כ"ד, ד'-ט':** בית דין מעניש במקרים הללו לא מתוך לעבור על דין תורה אלא לעשות סייג לתורה. הכל זה הוראת שעה ולא קביעת הלכה לדורות. שמעון בן שטח רצה להילחם נגד המכשפות ולכן תלה 80 ביום אחד (למרות שע"פ הדין אסור להעניש עונש מוות יותר מפעם אחת ביום), הוא חרג מהכללים בגלל שזו הייתה הוראת שעה.

הסמכות של הוראת שעה יכולה לגרום לבית הדין לקבל סמכות שהיא כמעט בלי הגבלות ואז יכול להיות שיפעילו את הסמכות יותר מידי. בית הדין חייב לוודא שהוא שם בעיניו את כבוד הבריות ולא פוגע.

הייחוד של הענישה היא שהענישה מותנת בכך שהסנהדרין יושב בבית המקדש. כשאין סנהדרין בלשכת הגזית אין סמכות לתת עונש. מדינה לא יכולה לפעול בלי סמכות ענישה, אך אם אין בית דין איך פועלים? היו תקופות שהקהילה קיבלה סמכות להקים בית דין לרבות עונש מוות. מתוך איזה סמכות מותר להם לעשות את זה? הרי מדין תורה צריך סנהדרין בבית המקדש?

למעשה, כל הענישה הייתה לפי מסגרת הוראת שעה. לא קובעים הלכה לדורות אלא קובעים את זה כהוראת שעה. בגלל שלא הייתה סמכות ענישה אחרת חוץ ממסגרת השלטון, פעלו לפי מסגרת הוראת שעה או הפקר בין דין הפקר בדיני ממונות. למרות שהקהילות קיבלו סמכות והכרה מהשלטון, עדיין צריך שדין תורה תאפשר לקהילות לתת עונשים. השלטון אמר שאתם יכולים לנהל את חייכם כאוטונומיה. כדי שהם יוכלו להפעיל את הדין צריך שהדין שלנו (ההלכה) תאפשר, ולכן כדי לתת עונש בלי סנהדרין הקהילות השתמשו ב"הוראת שעה" למקור הסמכות להעניש בענישה גופנית, "והפקר בין דין הפקר" בענישה ממונית.

**עקירת דבר מן התורה- הפקעת קידושין/ שיעור 14**

הפקעת קידושין

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

1. מות הבעל.
2. גירושין ע"י גט- מהאיש לאישה (גם בלי רצון האישה).

כל עוד הנישואין לא הסתיימו בצורות האלה האישה עדיין נשואה. דבר זה יוצר מצב של עגינות אם האיש נעלם, או אם האיש לא נותן לה גט. בסיטואציות מסוימות חכמים יכולים להפקיע את איסור זה.

**הקדמה למשנה:** גט היא פעולה משפטית, ופעולה משפטית אפשר לבצע גם באמצעות שליח. כלומר, למנות מישהו שיעשה פעולה פיזית עבורי, אך עדיין התוצאה המשפטית מתייחסת אל השולח ולא אל השליח. קידושין וגירושין הם גם כן פעולות משפטיות. נתינת הגט היא לא רק פעולה של העברת נייר, אלא יש כאן משהו מעבר-השטר יוצר שינוי במעמד המשפטי של בני הזוג. מדובר בפעולה פיזית- העברת הגט מאיש לאישה, אך יש לו תוצאה משפטית של שינוי מעמדם.

יש את אותו הדין גם בקידושין- ע"י נתינת הטבעת נוצרת מציאות משפטית חדשה- האיש והאישה נשואים.

אם הבעל פיזית לא יכול להגיע כדי לתת את הגט, הוא מוסר את הגט לשליח כדי שימסור את הגט לאישה. ברגע שהשליח ימסור לאישה את הגט היא תהיה מגורשת. האישה גם כן יכולה למנות שליח שיקבל עבורה את הגט. כל עוד הגט לא נמסר לאישה, היא לא גרושה. **כתיבת הגט לא יוצרת את המציאות החדשה אלא מסירת הגט.**

**מסכת גיטין פרק ד' משניות א'-ב':** המשנה מביאה דוגמא לאדם שנתן לשליח גט כדי שימסור אותו לאישה ולאחר מכן מתחרט ועוצר את השליח כדי לבטל את הגט. ברגע שהוא אמר לשליח שהוא מבטל את הגט, הגט מבוטל למרות שהנייר עדיין קיים. כמו כן, אם האדם מתחרט והוא עוקף את השליח (או שולח שליח שני) ומגיע לאשתו לפני השליח, ואומר לה כי יש שליח שרוצה למסור לה גט אך הוא אומר לאשתו כי הגט מבוטל- הגט מתבטל. **כל עוד האיש הגיע לפני שהגט נמסר לידי האישה, הגט מבוטל.**

ע"פ דין תורה האיש שמבקש לבטל את הגט לא חייב לתפוס את השליח אלא יכול לעשות את הביטול מרחוק. לדוגמא, אם השליח כבר יצא לדרכו והאיש לא מספיק מהיר כדי להגיע לשליח ולעצור אותו, האיש יכול ללכת לבית הדין- לאו דווקא בית דין רשמי אלא כל שלושה אנשים, ולהצהיר בפניהם שהוא מבטל את הגט. ברגע זה הגט איננו גט והוא מבוטל. **היכולת של האיש לבטל את הגט הוא רק כשהגט נמצא בשליטתו, כלומר בידיו ולא בידי האישה.**

בהתחלה האדם היה מבטל את הגט בפני שלושה אנשים כאשר הוא היה רואה כי לא ישיג את השליח והוא לא מספיק זריז כדי להגיע לאישה, ואז על פי הדין הגט בטל. דבר זה יוצר קושי גדול מכיוון שהאיש ביטל את הגט, אך השליח לא יודע שהגט בטל, והוא מוסר את הגט לאישה והיא חושבת שהיא גרושה. הואיל והאישה גרושה, היא חושבת שהיא יכולה להינשא לאדם אחר. אך הגט לא באמת גט, ולכן היא אשת איש. אשת איש המקיימת יחסים עם אדם אחר זהו עבירה חמורה מאוד בתורה, ואם היא הרתה וילדה ילד ממישהו אחר, הילד הוא ממזר. ממזר הינו ילד שמעמדו האישי בעייתי, ובגדול אין לו היתר להינשא. (חז"ל עשו מאמץ מאוד גדול לא להכריז על ילד כממזר כי זה משמעות מאוד קשה מבחינת מעמדו.)

האופציה של ביטול הגט מרחוק בלי ידיעת השליח והאישה היא אופציה מאוד בעייתית. לכן המשנה אומרת שרבן גמליאל הזקן התקין תקנה שלא יעשו כן- **לא לבטל את הגט מרחוק, וביטול כזה אינו נחשב ביטול והגט הוא גט,** מפני "תיקון עולם"- למנוע היווצרות של תוצאה קשה ובעייתית.

**בבלי מסכת גיטין דף ל"ו עמוד א':** הגמרא מביאה ברייתא המביאה מחלוקת בין תנאים שדנים בהיקף של התקנה של רבן גמליאל. התנאים נחלקים בשאלה מה קורה אם אדם עובר על התקנה. לפי רבי יהודה הנשיא הגט מבוטל. משמעות התקנה הייתה שהביטול מרחוק הוא לא דבר שראוי לעשות, אך אם מישהו כן עשה זאת הגט בטל והוא לא נחשב גט. לעומת זאת, רבן שמעון בן גמליאל אומר שהתקנה הייתה הרבה יותר מרחיקת לכת- אין טעם להתקין תקנה אם אפשר לעבור עליה. אם מישהו עבר על התקנה וביטל את הגט מרחוק אך הגט אינו נחשב גט, מה טעם התקנה?!

לכן, כדי שהתקנה תסגור את הפרצה כמו שרבן גמליאל בקש וכדי שהיא תהיה אפקטיבית- אם אדם ביטל את הגט מרחוק, הביטול לא יהיה ביטול והגט גט.

לפי רבי יהודה הנשיא, תקנת רבן גמליאל לא התערבה בדרך של התורה, וביטול גט מרחוק היא דרך לא מומלצת. אך אם אדם פעל כך, הגט אינו גט כי הביטול תקף. לפי רבן שמעון בן גמליאל התקנה התערבה בדיני קידושין וגירושין של התורה. מכוח התקנה האישה הופכת להיות לא נשואה.

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

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

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

כמו כן צריך להתמודד עם השאלה של קיום יחסי אישות (שהרי אחד הדרכים לקדש אישה היא ע"י קיום יחסים). לכן, הגמרא עונה שהבעילה הייתה בעילת זנות וזאת לא הייתה בעילה של קידושין.

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

**ירושלמי גיטין ד' מ"ה, ב':** גם כאן הגמרא מביאה את המחלוקת בין רבי יהודה הנשיא לרבן שמעון בן גמליאל. הירושלמי מוסיף כי רבן שמעון בן גמליאל כביכול צודק. אם כן מדוע רבי אמר שמותר לבטל והגט אינו גט? אלא רבי אומר שאי אפשר לעקור דבר תורה ולכן תקנת חכמים לא יכולה להגיד דבר המנוגד.

בהמשך הסוגיה, הגמרא אומרת שדברי רבי אינם נכונים, וכי חכמים יכולים להורות לנו לעקור דבר תורה. הגמרא מביאה דוגמא כדי להוכיח את טענתה. ע"פ דין תורה אדם שיש לו תוצרת חקלאית צריך להפריש תרומות ומעשרות לכהנים ולוויים- כלומר לתת להם חלק מתבואתו/ פירותיו. תרומות ומעשרות מתירים לאדם לאכול משאר פירותיו. חלק מהפירות שהאדם מפריש הינם תרומה וצריך לתת אותם לכהן. הפרי מותר באכילה אך ורק לכהן טהור, ואדם שאינו כהן שאוכל תרומה עובר על איסור תורה. ישנה סיטואציה מיוחדת בו לאדם יש ענבים ויין או זיתים ושמן, והוא רוצה לתת לכהן כתרומה יין במקום ענבים או שמן במקום זיתים. השאלה היא האם זה נחשב תרומה, שהרי האדם לא מפריש את הפרי עצמו אלא את מה שיוצא ממנו. לפי התורה זה דבר מותר והיין נחשב כתרומה, ולכן אסור לאף אחד מלבד כהן לאכול מהתרומה הזאת. באו חכמים ואמרו שתרומה זו אינה נחשבת תרומה. ההשלכה של תקנה זו היא שחכמים מתירים לכל אחד לאכול מהפירות הללו, למרות שמדין תורה הם תרומה וזה אסור. חכמים מתירים לנו לעבור על איסור תורה של אכילת תרומה, שהרי חכמים אינם מחשיבים את היין כתרומה למרות שהתורה כן.

יש כאן דוגמא שחכמים מורים לנו לעבור על איסור-עוקרים דבר מהתורה ולכן ניתן להשוות גם למקרה בסוגיה שלנו ולהתיר את איסור אשת איש (בסיטואציות מאוד ספציפיות). **לפי הירושלמי לחכמים יש סמכות לעקור דבר מן התורה והפקעת הקידושין היא מכאן ולהבא.**

לאור סוגיות אלה, יש דרך שלישית לסיים את הנישואין- הפקעת קידושין ע"פ החכמים. לפי הבבלי אין כאן ממש התנגשות עם דין תורה, לעומת הירושלמי שיש התנגשות ממשית.

**בבלי מסכת בבא בתרא דף מ"ח עמוד ב':** הסוגיה מדברת על מקרה שבו איש כפה על אישה להתקדש. לפני הסוגיה הזאת, יש דיון מה נקרא רצון כדי לקיים עסקת מכר. אנו יודעים שצריך שלשני הצדדים יהיה רצון וגמירת דעת. אך מה קורה במצב שמאיימים על האדם למכור מכס ספציפי- האם זה נחשב גמירת דעת או לא? מצד אחד, אין כאן גמירת דעת כי האדם לא מכר על פי רצון החופשי. מצד שני, איפה שמים את הגבול? אם יש מצב בו אדם לא רוצה למכור את הנכס אך הוא נמצא במצוקה ולכן הוא חייב למוכרה. האם במקרה כזה גם כן נגיד שלא הייתה גמירת דעת?

אותה שאלה עולה בסוגיה בגמרא לגבי קידושין- האם כאשר מכריחים אדם לקדש אישה הנישואין תופסים? כמו כן, האם כאשר מאיימים על אישה להתקדש, היא אכן מתקדשת? באופן כללי, זה נחשב שהייתה גמירת דעת למרות שהקידושין נעשו תחת לחץ. מר בר רב אשי (אמורא) אומר שבאישה זה לא נחשב קידושין, והקידושין לא תופסים.

מדוע גמירת דעת של אישה להתקדש שנבעה מאמצעי כפייה, לא נחשב כגמירת דעת והיא לא נחשבת כמקודשת? הרי לבסוף גם אם איימו עליה היא אמרה שהיא רוצה להתקדש. אלא הגמרא עונה שמכיוון שאותו איש שכפה על האישה לא התנהג כהוגן, מתנהגים אתו שלא כהוגן ומפקיעין את הקידושין. למרות שעל פי דין תורה ההסכמה שלה היא הסכמה, חכמים קובעים שההסכמה אינה הסכמה מכיוון שלא התנהג כהוגן. גם כאן מורים לבטל איסור תורה, שהרי מדין תורה האישה נשואה, אך מכוח חכמים הם מפקיעים את הקידושין והאישה אינה אשת איש.

**בבלי מסכת יבמות דף ק"י עמוד א':** אדם שעשה קידושי מחטף, כלומר מדובר בילדה בגיל 12 שאדם מסוים מכנסה לחופה, ואדם אחר מקדים את האיש הראשון ומקדש אותה. חכמים קובעים כי הקידושין של הילדה עם האדם שחטף אותה אינם קידושין, מכיוון שעשה שלא כהוגן ולכן כך גם מתנהגים אתו.

**תוספות יבמות דף ק"י עמוד א':** לחכמים יש כוח לעקור דבר מן התורה, מכיוון שכל המקדש על דעת חכמים מקדש. רק במקרים שיש צורך מיוחד חכמים מפקיעים את הקידושין. הנישואין בטלים מכאן ולהבא ולא למפרע.

הנסיבות להפקעת הקידושין הם נסיבות מיוחדות. לא מדובר באדם שהתנהג בצורה נורמטיבית, אלא הוא סטה מהנורמה. הסטייה לא הייתה מחייבת לביטול הקידושין, אך בגלל סטייה זו חכמים קבעו שכן לבטל את הקידושין. יש הבדל בין הסוגיות- לפי הניסוח בגיטין כתוב "כל המקדש, על דעת חכמים מקדש". לכן, כאשר חכמים מבטלים את הנישואים אנו אומרים שמלכתחילה היא לא הייתה נשואה לעולם. ביטול הנישואים הוא למפרע. לעומת זאת בסוגיה בבא בתרא וביבמות הגמרא אינה מביאה את הנוסח של "כל המקדש על דעת חכמים מקדש", אלא רק את העובדה כי לחכמים יש את הסמכות לבטל את הקידושין, ולכן הביטול בסוגיות אלה זה מכאן ולהבא.

**הערמה על הדין/ שיעור 15**

מתי חכמים יכולים להתקין תקנה כשמשמעותה סטייה מדין תורה? הערמה על הדין היא שימוש בכלים שהדין מאפשר, אך מבחינה מהותית היא נועדה כדי להתחמק מהדין. הערמה לא פוגעת חזיתית במישהו אחר.

במצב של הערמה יש שימוש בדין כדי לעקוף דין אחר. לדוגמא, תקנת הפרוזבול נראה כהערמה על הדין, שהרי בא הלל הזקן ואמר "שנעקוף" את כללי השמיטה. יש כאן שימוש בפרוצדורה שהדין מאפשרת אותה כי הדין כן מאפשר להעביר את החוב לבית הדין. הפרוזבול מאפשר להשתמש בפרוצדורה כדי לעקוף את דין השמיטה, אך לא באופן ישיר.

**תלמוד ירושלמי מסכת יבמות פרק ד' הלכה י"ב:** תרומה הינה תוצרת חקלאית שלפי חז"ל זה בממוצע 2% מהתבואה/הפירות, והפירות מותרים באכילה אך ורק לכהנים (ובני ביתו). ר' טרפון היה אדם עשיר וגם כהן וקיבל הרבה תרומות. המצב הכלכלי היה קשה ולכן הלך וקידש 300 נשים כדי שיוכל לתת להן מהתרומות והן לא יעברו על איסור אכילת תרומה.

לפי דין תורה מותר לאיש להיות נשוי לכמה נשים. ר' טרפון לא באמת קיים עם 300 נשים אלה חיי משפחה וזוגיות. מטרתו הייתה לתת לכל הנשים אוכל, אך הואיל והן אינן נשות כהן, אסור להן לאכול מהתרומה. ברגע שהם מתחתנות עם ר' טרפון הן הופכות להיות בנות בית אצלו, ולכן מותר להן לאכול מהתרומה. ר' טרפון השתמש במושג המשפטי של נישואין לפי הכללים שצריך לקדש, אך מבחינה מהותית הוא לא באמת התכוון לזה. רק מבחינה פורמאלית הוא קידש אותן כדי שיוכל להאכיל אותן. **יש כאן הערמה בכך שהשתמש בכלים של הדין אך לא למטרת הדין.**

**משנה מסכת מעשר שני פרק ד' משניות ד'-ה':** הקדמה למשנה- אחרי שאדם מפריש תרומה לכהן, הוא צריך להפריש עוד כמה מעשרות (עשרה אחוז), שאותם הוא נותן ללויים. אחר כך הוא מפריש עוד 10% ממה שנשאר, ובשנה הראשונה, שניה, רביעית וחמישית מתוך מחזור של שבע שנים פירות אלו הם מעשר שני (בשנה השלישית והשישית הפירות הם מעשר עני- לא רלוונטי לענייננו). האדם צריך לקחת את הפירות האלו ולהעלות אותם לירושלים ולאכול אותם שם. התורה הבינה שקשה להביא את כל הפירות לירושלים, ולכן אמרה שניתן לפדות (להמיר) את הפירות בכסף, כלומר העברת הקדושה של פירות מעשר שני לכסף, ואת הכסף להביא לירושלים ולקנות שם אוכל. אך מי שפודה את פירותיו צריך להוסיף חומש- כלומר עוד 25%. **אולם, אם אדם פודה פירות מעשר שני שהם אינם שלו, לא צריך להוסיף חומש, ורק בעל הפירות (אם הוא האדם שפודה את הפירות) צריך להוסיף חומש.**

המשנה אומרת שניתן להערים על מעשר שני, כלומר להימנע מלהוסיף חומש. כיצד? אם לאדם יש פירות מעשר שני ויש לו בן גדול (כלומר יש לו בעלות משפטית)- נותן לבנו כסף במתנה ואומר לו לפדות בכסף הזה את הפירות. הבן הוא צד שלישי ולכן לא צריך להוסיף חומש. האדם בחר בבנו כי הוא הכי קרוב וגם בגלל שהוא סומך עליו. לא מדובר כאן על מקרה שאדם נותן מתנה אמיתית. לוקחים את הפרוצדורה שלאדם מותר לתת מתנה, וגם שאדם יכול לפדות פירות ע"י צד שלישי. **מבחינה משפטית עושים את הפעולה המשפטית במלואה. אך ברור לכולם שאדם עושה פעולה זו כדי לפטור את עצמו מהחומש.**

המשנה מביאה מקרה נוסף בו אדם נמצא בשדה, והאדם נותן את הפירות במתנה לחברו. לאדם יש כסף בביתו והוא אומר לחברו שהכסף שבביתו משמש כפדיון לפירות מעשר שני. אך עכשיו כשהוא פודה את הפירות, הם של חברו ולא שלו וכך הוא פוטר את עצמו מהחומש. (כאן המקרה הוא שהאדם נותן לחברו את **הפירות** והאדם הוא זה שפודה את הפירות, בניגוד לדוגמא הקודמת שהאדם נתן **כסף** לבנו ואומר לו לפדות את הפירות בכסף.) מותר לתת מתנות ומותר לפדות ע"י צד שלישי, אך ברור לכולם שמטרת הבאת המתנה- כלומר הפיכת החבר לבעלים של הפירות היא רק כדי לפדות את הפירות בלי הוספת חומש. אך רואים שהמשנה נותנת לזה לגיטימציה.

**תלמוד בבלי מסכת נדרים דף מ"ח עמוד א':** במסגרת המשפט האזרחי, אדם יכול לקבל על עצמו פעולות מסוימות, לעשות הסכמים עם אנשים וההסכם תקף. אדם יכול להתחייב במסגרת חוזית לקבל התחייבויות אך הוא לא יכול לעשות זאת במסגרת פלילית. לעומת זאת, בהלכה יש מושג של נדר בו אדם מקבל על עצמו התחייבות מסוימת, אך הנדר הוא כביכול שהאדם מקבל על עצמו עבירה. אותו הנדר מחייב את האדם ואם הוא עובר על נדרו הוא עובר על עבירה.

בגמרא יש מקרה מיוחד שאדם קיבל על עצמו נדר שהוא לא ייהנה מרכושו של חברו. לכן אסור לחברו לתת לו מתנות, לתת לו להתארח אצלו ועוד. נניח שראובן (האדם שנדר הנאה משמעון) נמצא במצוקה כלכלית ואין לו אוכל, והאופציה היחידה שלו להשגת אוכל היא לבקש משמעון. אך אסור לו, הרי הוא נדר שלא ייהנה מרכושו של שמעון. אולם, יש דרך- מכיוון שראובן זקוק לאוכל משמעון, שמעון יכול לקחת אוכל ולתת אותו במתנה ללוי (צד שלישי), ואז ראובן יכול לאכול את האוכל, כי זה כבר לא נחשב רכושו של שמעון. ברור לכולם שכאשר שמעון נותן ללוי את האוכל, הוא לא באמת מתכוון לתת את זה כמתנה ללוי, אלא הוא רוצה לתת את זה לראובן ולכן הוא עושה את זה בעקיפין. **המתנה היא פורמאלית, אך לא כי הוא רצה שזה יישאר אצל לוי, אלא כדי שזה יעקוף את האיסור שראובן נדר על עצמו.**

הגמרא מביאה סיפור נוסף בו אב (אברהם) נדר שהוא לא ייהנה מרכושו של בנו (יצחק). יצחק מחתן את בנו יעקב, כלומר הנכד של אברהם. אך אברהם לא יכול לבוא לחתונה שהרי נדר על עצמו שלא ייהנה מנכסי יצחק. יצחק מחתן את בנו יעקב ורוצה שאביו אברהם יבוא לחתונה. לכן, יצחק הולך לשכנו ואמר לו שהוא מעביר את חצרו והאוכל לשכנו כדי שאביו יוכל לבוא לחתונה. יצחק הסביר לשכנו למה הוא נותן לו את רכושו. השכן מחליט לעשות תרגיל ואומר שהוא מקדיש את המתנה של יצחק- כלומר נותן את החצר והאוכל מתנה לבית המקדש. יצחק עונה לו שהוא הסביר מדוע הוא נותן לו מתנה ואומר שהוא לא נתן לו את הרכוש כדי שהוא יקדיש אותו. יצחק רוצה לעקוף את הדין, כדי שאברהם יוכל להשתתף בסעודה, ולכן הולך לשכן ונותן לו מתנה. אך כאן העקיפה לא תופסת. מה ההבדל במקרה זה? מדוע ההערמה פה לא נחשבת? **הגמרא עונה שניתן להערים על הדין בתנאי שעושים את הפעולה המשפטית בצורה מלאה.** אם יצחק היה נותן לשכן את רכושו כמתנה אמיתית, מותר היה לאברהם לבוא להשתתף בסעודה. כל הרעיון של מתנה היא להעביר את הבעלות מאדם אחד לשני. כאשר מציבים תנאים בנתינת המתנה, אין כאן העברת בעלות מלאה. ברגע שאותו אדם העביר את הסעודה והחצר רק כדי שאביו יוכל לבוא לאכול ולא כדי שהשכן יקדש את הרכוש למקדש, **אין כאן כוונה אמיתית לתת מתנה ולכן ההערמה כאן אינה תופסת.**

**בבלי מסכת שבת דף קכ"ד עמוד א':** יש כלל בתורה שאסור לאדם לשחוט באותו היום את הפרה והעגל שלה ("אותה ואת בנה"). הגמרא דנה במקרה שהפרה והעגל נפלו לבור ביום טוב. הבעייתיות כאן היא שמותר להוציא מהבור את הפרה רק אם זה לצורך אכילה (אחרת האדם עובר על איסור מלאכה ביום טוב), ולכן מותר להוציא מהבור רק אחד מהם- מכיוון שאסור לשחוט את שניהם באותו היום. על כן, ר' יהושע אומר שכדי להוציא את שניהם נשתמש בתרגיל. האדם יוציא תחילה את הפרה בטענה שאותה הוא רוצה לשחוט, אך אחרי שיוציא אותה יגיד שהוא לא רוצה אותה אלא הוא רוצה את העגל ובכך מוציא גם את העגל מהבור. כאן התרגיל ברור כי יש במקרה הזה צער בעלי חיים, ולכן מנסים למצוא תרגיל להוציא את הפרה השנייה. דוגמא זו יחסית פשוטה, כי פה ברור לגמרי מה עומד מאחורי ההערמה הזאת- אין כאן רווח לא לשלם את החומש, או לאכול עוד פר, אלא זה כדי למנוע צער בעלי חיים.

**חידושי הרשב"א מסכת ביצה דף י"א עמוד ב':** לא אומרים בהערמה זו דומה לזו, כלומר לא לומדים ממקרה אחד לאחר כי הערמה מעלה לנו קושי. כוונת הרשב"א היא שעלינו להיות זהירים. מצד אחד לא חסמו את הדרך, אך מצד שני צריך להיות זהירים ולא לעשות שימוש לא מבוקר.

**רש"י מסכת ביצה דף י"ז עמוד ב':** מסכת ביצה דנה בדיני יום טוב. יום טוב שונה משבת בכך מותר להכין אוכל (מלאכת אוכל נפש) בחג עצמו. אבל ההגבלה היא שמותר להכין אוכל רק לאותו היום בלבד, ולא לימים שלאחר מכן. נניח שאדם הכין ביו"ט אוכל בכמות שהיא מעבר לנדרש, הגמרא אומרת שהאוכל לא אסור באכילה. אבל אם האדם הערים, כלומר האדם עצמו יודע שהוא לא יאכל את האוכל שמכין, אך הוא אומר שהוא רוצה להכין עוד אוכל שמא יגיע אורח, למרות שהוא יודע שאף אחד לא יגיע. הגמרא אומרת שהאוכל הזה אסור באכילה ביום טוב. לכאורה זה נראה שזה אמור להיות הפוך- אדם שהכין עוד אוכל במזיד (בכוונה) יקבל עונש ויאסרו עליו לאכול את האוכל שהכין, ואילו מי שעשה הערמה יתירו לו לאכול!

רש"י אומר שלפעמים הערמה יותר גרועה ממזיד, מכיוון שזה נראה שאדם עושה דבר שהוא בסדר, ולכן אנשים ילמדו ממעשיו. לפיכך, חכמים החליטו לתת לו קנס ולאסור עליו את האוכל. לעומת זאת, מי שעושה במזיד אנשים יודעים שהוא רשע ולא ילמדו ממנו.

מצד אחד יש אפשרות לעקוף את הדין ע"פ הערמה, אך מצד שני זה צריך להיות מבוקר.

דוגמא נוספת להערמה היא איסור ריבית. ע"פ הדין אסור להלוות בריבית. חכמים יצרו דרך עוקפת לאיסור ריבית באמצעות "היתר עסקה", ובכך הופכים את ההלוואה למעין עסק משותף. בהלוואה מלווים סכום כסף מסוים ועל פי הדין הלווה מחויב להחזיר בדיוק את אותו הסכום שלווה. לעומת זאת, בעסקה עושים שותפות- לאדם יש כסף ולאדם אחר יש ידע ,ולכן בסוף הם ירוויחו כסף ולפיכך יתחלקו ברווח או בהפסד. בעסקה יש רווחים ולכן זה לא נחשב ריבית כי האדם מקבל את הרווחים ולא ריבית מהאדם השני. זה הופך את היחסים ממלווה ללווה לשותפים בעסקה. ברור לכולם שבהיתר עסקה לא מתכוונים לעסקה משותפת אלא להלוואה, אך הערמה זו נעשתה כדי שאנשים לא ימנעו מלהלוות.

דוגמא נוספת היא מכירת חמץ בפסח לגוי. בפסח ישנו איסור לאדם להחזיק בידיו חמץ. נניח אדם הוא בעל חנות ויש לו מלא חמץ שלא הצליח למכור את כולו לפני פסח, אך הוא לא רוצה לשרוף את הכל הרי יהיה לו הפסד כלכלי גדול. לכן, חכמים קבעו שניתן למכור את החמץ לגוי. עם הזמן זה הפך להיות טקס מלאכותי- אנשים חותמים על שטר אצל הרב, הרב הולך לאדם שאינו יהודי ומוכר לו את החמץ לפני פסח. כולם מבינים שזה אינו אמיתי והגוי יודע שזה טקס. כלפי חוץ לא מרגישים שום חיסרון כיס, החמץ נשאר אצל היהודי, לא העבירו אותו לגוי, והגוי גם לא שילם עבור קניית החמץ. אולם בנסיבות אלא כדי למנוע הפסד כלכלי, התירו למכור את החמץ.

דוגמא נוספת היא מכירת הקרקע בשנת שמיטה לגוי. בשנת השמיטה אסור לעבוד את הקרקע. אך בלי לעבוד את הקרקע יש הפסד גדול מאוד. לכן עושים מעין תרגיל בו מוכרים את הקרקע לאדם שאינו יהודי כדי שיהיה ניתן לעבוד את הקרקע. אף אחד לא באמת מתכוון למכור את הקרקע, וכולם מבינים שזה עסקה מלאכותית. אך בכל זאת כולם מאפשרים אותה מפני השיקולים.

נשאלת השאלה כיצד הערמה זה דבר לגיטימי? הרי זה נראה שאנו עובדים על אלוקים, כיצד זה ייתכן?

אלא שאלוקים נותן לנו את הכלים האלה ולכן זה אפשרי. אנחנו לא עובדים על התורה אלא לוקחים את הכללים של התורה ומשתמשים בהם בהתאם לנסיבות שצריך. אי אפשר לגמרי לעקור דבר מהתורה, אך אם ניתן לעשות מעין תרגיל, בנסיבות המתאימות מותר.

**שולחן ערוך חושן משפט, סימן צ"ט סעיפים ו'-ז':** אדם לא יכול לעשות הערמה אם זה מזיק לאדם אחר. כאשר אדם חייב כסף לאדם אחר, הוא חייב לפרוע את החוב. נניח אדם לא רוצה לפרוע את החוב ולכן הוא נותן את כל רכושו לאדם שלישי. כשבאים לפרוע את החוב האדם יגיד שאין לו כסף כדי להחזיר לו את החוב. פה האדם לא רצה להשיב את החוב ולכן נתן לאדם אחר את הרכוש שלו במתנה. אך כולם יודעים שהמתנה הזאת לא אמיתית. **השולחן ערוך אומר שההערמה כאן לא תופסת כי היא מזיקה לאדם שחייבים לו את החוב.**

דוגמא נוספת היא כאשר אדם מתכנן מראש ונותן את רכושו במתנה למישהו, ורק אחר כך הולך להלוות כסף ממישהו אחר. האדם עושה את זה כדי שכאשר יבואו לגבות את החוב, הנושה (האדם שחייבים לו את החוב) לא יכול לבוא ולהגיד לו שפעם היה לו רכוש, שהרי הוא נתן את המתנה לפני שלקח את ההלוואה. השולחן ערוך אומר שאם האדם פיזית לא העביר את הרכוש אלא רק פורמאלית- **הנושה יכול לחייב את האדם לתת לו את החוב, כי ברור שמטרת התרגיל היא לפגוע באדם אחר, ואת זה לא מאפשרים לעשות.**

**שו"ת הרא"ש כלל ע"ח סימן א':** נניח שראובן מעביר את כל הנכסים שלו ללוי כדי ששמעון לא יוכל לחייב אותו להחזיר את החוב. אולם מה שראובן נתן ללוי לא מועיל. ברור שמטרתו של ראובן בנתינת רכושו ללוי היא לעקוף את הדין ולא לשלם את החוב לשמעון. הרא"ש אומר שלא יעלה על הדעת שמישהו באמת יעביר את כל רכושו לאדם אחר, והעברת המתנה מטרתה הייתה לעקוף את הדין כדי לא לשלם לשמעון. אפשרו לאדם להערים אבל לא לפגוע במישהו אחר. **אם הערמה באה לעקוף את האיסור הדתי זה מותר, כי יש לאיסור הדתי גבולות אך בנסיבות מסוימות ניתן לעקוף אותן, אולם אם זה פוגע באדם- אסור.**

**ביטול תקנות חכמים/ שיעור 16**

האם ניתן לבטל תקנת חכמים? יש מגבלות לחכמים בבואם להתקין תקנה או לגזור גזירה שסותרת דין תורה. אם יש חכמים בדור אחד שגזרו גזירה, וחכמים בדור שאחרי רוצים לבטלו, האם זה אפשרי?

מצד אחד ניתן להגיד שלגזירת חכמים יש תוקף כמו דין תורה ולכן ביטול התקנה יהיה קשה. מצד שני, ניתן להגיד שמכיוון שזה תקנת חכמים יהיה יותר קל לבטל אותה. במקרים שניתן לחרוג מדין תורה בוודאי ניתן לחרוג מדיני חכמים. לדוגמא, בהוראת שעה ניתן לעבור על דין תורה, קל וחומר על תקנת חכמים. השאלה היא באיזה קריטריונים מותר לחכמים של דור מאוחר לבטל תקנה של חכמים של דור מוקדם. יש להבדיל בין שני מקרים- המקרה הראשון הוא כאשר ברור מה עומד מאחורי התקנה (מה הטעם). המקרה השני הוא כאשר לא ברור מה עומד מאחורי תקנה.

דוגמאות לתקנות שידוע מה הטעם

**משנה מסכת גיטין פרק ד' משנה ו':** המשנה אומרת שלא פודים את השבויים (אדם שחטפו אותו לצורך כסף) יתר על דמיהן מפני תיקון עולם. כלומר, לא משלמים מחיר מופקר כדי לפדות את השבוי מפני תיקון עולם ויש לזה שני טעמים:

1. כדי לא להכביד כלכלית על הציבור.
2. כדי לא לעודד עוד מעשים כאלה- אם החוטפים רואים שמקשיבים לדרישות המופרזות שלהם, הם עלולים להרבות בחטיפות.

ההשלכה ההלכתית של הטעמים (הנפקא מינה) היא במצב שיש אדם עשיר שמוכן לקחת על עצמו את התשלום. במקרה כזה, הטעם הראשון כבר אינו רלוונטי. לעומת זאת, הטעם השני עדיין נשאר.

בהמשך המשנה כתוב שלא מסייעים לשבויים לברוח מפני תיקון עולם- שמא מתוך כך יתנהגו באכזריות עם שבויים בעתיד. לפי רבן שמעון בן גמליאל זה מפני תקנת השבויין- רבן שמעון בן גמליאל לא חושש כיצד יתנהגו עם שבויים עתידים, אלא הוא חושש שהם יתנהגו באכזריות עם שאר השבויים שנמצאים בידם עכשיו.

**משנה מסכת גיטין פרק ה' משנה ח':** אמת המים יוצאת מהנהר ועוברת על שפת השדות, ומאמת המים כל אחד משקה את שדהו. יש חשש שאמת המים תתייבש, ולכן כל בעל שדה עשה בור בשפת שדהו, וכל אחד היה מכוון את המים שיכנסו לבורו. חכמים תקנו שהבור שהכי קרוב לאמה מתמלא ראשון במים מפני דרכי שלום- כדי לא ליצור מריבות בין בעלי השדות. למרות שהמים פורמאלית לא שייכים לאדם אחד אלא לכולם במידה שווה, חכמים תקנו תקנה כדי לעשות סדר ולמנוע סכסוכים.

בהמשך המשנה כתוב שאדם שפרש רשתות כדי לצוד בהם בעלי חיים, לפי דין תורה בעל החיים שניצוד אינו שייך לבעל הרשת מכיוון שלא עשה פעולת קניין (כלומר להרים את החפץ). אם אדם אחר בא ומרים את בעל החיים הניצוד לפני שהאדם שצד אותו הספיק, בעל החיים שייך לאדם שהרים. כל עוד האדם לא עשה מעשה של קניין, החפץ אינו שלו. באו חכמים ותקנו שאדם הנוטל את הציד של אדם אחר זה נחשב גזל, מפני דרכי שלום- כדי לא להרבות שנאה ורוגז בין בני אדם.

המשנה מביאה עוד מקרה- מציאת החרש (גם אינו שומע וגם אינו מדבר), שוטה (אדם שאין לו דעת) וקטן (מתחת לגיל 12), כלומר אם הם מצאו כסף ברחוב (שלא צריך להחזירו מפני שאין בו סימנים) והרימו אותו, לפי דין תורה הכסף אינו שייך להם מכיוון שאין להם כשרות משפטית לבעלות (מכיוון שיש צורך בגמירת דעת כדי שיהיה קניין). לכן, לפי דין תורה אם אדם אחר בא ולוקח את הכסף מידם זה לא נחשב גזל, מכיוון שלעולם לא היה להם בעלות על הכסף. חכמים באו והתקינו שאדם הלוקח את הכסף מידם זה נחשב גזל מפני דרכי שלום. מבחינה פורמאלית אין כאן מעשה קניין, אך הואיל וזה מעורר תחושה של חוסר צדק וניצול, חכמים באו והתקינו שלקיחת הכסף נחשבת לגזל.

מקורות שבהם לא ניתן טעם לתקנה

**בבלי מסכת עבודה זרה דף ל"ה עמוד א':** כאשר גזרו גזירה בארץ ישראל, לא היו מגלים לציבור מה הנימוק שעומד מאחורי הגזירה, אלא רק לאחר 12 חודש. הסיבה לכך היא שמא יש אדם שהגזירה לא נראית בעיניו והוא יבוא לזלזל בה. כל אחד עלול להתחיל לחשוב שהסיבה של התקנה לא רלוונטית אצלו ולכן מותר לו לעבור על הגזירה. כאשר שומעים רק את הכלל ולא יודעים מה עומד מאחוריו, יותר קשה לתקוף את התקנה. החכמים היו רוצים שהציבור יקבל את הגזירה ויקשיבו להם, ולכן כדי שהציבור לא יעשה כל מיני חשבונות עם עצמו, חכמים אמרו מה הסיבה רק לאחר שנה. כאשר לא יודעים מה הטעם, חובת הציות יותר מחייבת מכיוון שאין ברירה אלא להקשיב, ואי אפשר להגיד שהטעם לא שייך אלי.

בין השאר, התוקף של התקנה מושפע מהעובדה אם היא התפשטה ברוב הציבור או לא. תקנה שהציבור לא קיבל אותה, התוקף שלה חלש ואפילו יכולה להיות בלי תוקף כלל. לכן כשמתקינים תקנה, לחכמים יש אינטרס שהציבור יקבל את התקנה. **אחד הפרמטרים בשאלת ביטול התקנות היא השאלה האם התקנה התפשטה או לא.**

ישנה סוגיה במסכת שבת על זה שחכמים נתנו טעם לתקנה מסוימת והגמרא אומרת שזה לא היה הטעם האמיתי. הסיבה שהחכמים לא אמרו מה הטעם האמיתי הייתה כדי שאנשים יצייתו לתקנה. חכמים אמרו לעם טעם שיותר מתיישב על ליבו כדי שהתקנה תתפשט.

שאלת ביטול התקנה מושפעת מהעובדה אם טעמה מוכר או לא.

**משנה מסכת עדויות פרק א' משנה ה':** אם יש דעת רוב ודעת מיעוט, למה מזכירים את דעת המיעוט במשנה, הרי פוסקים לפי הרוב? אלא בגלל שזה נותן לגיטימציה להשתמש בדעת המיעוט במקרים חריגים.

כדי שבית דין יוכל לבטל תקנה של בית דין שקדם לו צריך שני תנאים מצטברים: **בית הדין המאוחר צריך להיות גדול מבית הדין הקודם בחכמה ובמניין.** אם יש רק תנאי אחד, לא ניתן לבטל את התקנה.

גדול בחכמה פירושו שהחכמים בדור המאוחר חכמים וידענים יותר מהדור הקודם. המשמעות של תנאי זה הוא שכמעט לא ניתן למצוא בית דין שיגיד שהוא גדול בחכמה מבית דין שקדם לו, ולכן כמעט בלתי אפשרי לבטל תקנות של דור קודם. גדול במניין כלומר במספר החכמים.

**מסכת עבודה זרה דף ל"ו:** הגמרא אומרת שישנם 18 תקנות שאפילו אליהו הנביא ובית דינו לא יכולים לבטל אותם (אליהו ובית דינו זה כביכול בית הדין הכי נחשב). השמונה עשרה גזירות שמדובר בסוגיה, הם גזירות שחכמים תיקנו כאשר הם התכנסו בעליית חנניה בן חזקיה (גזירות בנושא של טומאה וטהרה). גזירות אלו תוקנו ע"י בית שמאי, והם ניצלו את המצב שהם היו מרובים מבית הלל, ולכן גזרו 18 גזירות שהם חשבו שהיו נצרכות. **ניתן לראות שישנם גזירות שהם לא ניתנות לביטול גם אם בית הדין גדול בחכמה ובמניין.**

בהמשך הסוגיה נאמר כי תוקף של תקנה מושפע מהעובדה אם היא פשטה בכל ישראל או לא. פרמטר נוסף הוא שהציבור צריך לקבל את התקנה. **לא גוזרים גזירה על הציבור אלא אם כן רוב הציבור יכולים לעמוד בה**. חכמים צריכים לחשוב מראש האם הציבור יוכל לעמוד בגזירה שגזרו. לכן, אם החכמים חושבים שהציבור לא יכול לעמוד בגזירה מסוימת, הם לא יגזרו אותה מלכתחילה. אין טעם להטיל כל מיני מגבלות על הציבור אם הם בכל מקרה לא יכולים לעמוד בה.

**רמב"ם הלכות ממרים פרק ב' הלכות ב'-ג':** בית דין שגזרו גזריה או תקנה, והדבר פשט בכל ישראל, ועמד בית דין אחריהם וביקש לעקור את אותה התקנה, אינו יכול עד שיהיה גדול בחכמה ובמניין, ושני התנאים הינם מצטברים.

הרמב"ם שואל מה הפירוש של גדול במניין, הרי בית הדין הגדול תמיד מורכב מ-71 חכמים! אלא שישנם עוד חכמים שאינם נמצאים בבית הדין הגדול, וצריך לבדוק את מספר החכמים שמחוץ לבית דין שהביעו תמיכה בתקנה של הדור המוקדם, ומספר החכמים הנמצאים מחוץ לבית הדין מהדור המאוחר שהביעו שהם רוצים לבטל את התקנה.

הרמב"ם אומר שמה שאמר שניתן לבטל תקנה אם בית הדין גדול בחכמה או במניין זה רק כאשר התקנה לא נועדה לעשות סייג. הרמב"ם מרחיב את הרשימה של השמונה עשרה גזירות שמופיעה בגמרא, וסבור שכל גזירה שנועדה להיות סייג לתורה, כלומר להרחיב את איסור התורה (לדוגמא הרחבת איסור בשר וחלב גם בעוף), אם היא פשטה בכל ישראל היא לא ניתנת לביטול. **כל גזירת חכמים שעושה סייג לתורה לעולם אינה ניתנת לביטול.**

**רמב"ם הלכות ממרים פרק ב' הלכות ה'-ז':** לא גוזרים גזירה על הציבור אלא אם כן הציבור יכול לעמוד בה. החכמים צריכים לקחת מראש את השיקול אם הציבור יכול לעמוד בתקנה או לא. אם בית הדין העריכו שהציבור יכולים לעמוד בגזירה, אך בפועל הגזירה לא תפסה (מכיוון שכנראה הם טעו בהערכה שלהם), התקנה בטילה והחכמים לא רשאים לאכוף אותה. **הואיל ומראש הציבור לא קיבל את התקנה, היא לעולם לא נכנסה לתוקף ולכן היא בטילה מאליה**. אם חכמים גזרו גזירה מתוך מחשבה שהציבור יוכל לעמוד בה, ואכן הגזירה התפשטה בכל ישראל. לאחר זמן החכמים בדור הבא רואים שבפועל התקנה לא תפסה ורוב הציבור לא קיבל אותה- תקנה כזאת ניתן לבטל גם אם הבית דין בדור המאוחר לא גדול בחכמה ובמניין. **התקנה הזו לא בטלה מאליה אלא ניתנת לביטול.**

**בבלי מסכת ביצה דף ה' עמוד א':** הגמרא אומרת שכל דבר שבמניין- כלומר שהתקבל בהצבעה, צריך מניין אחר להתירו. ישנו מושג בתורה הנקרא "נטע רבעי". אדם שנטע עצים שנותנים פרי, בשלוש שנים הראשונות הפירות נחשבים "ערלה" ואסורים באכילה. בשנה הרביעית הם נחשבים "נטע רבעי", ואז הם מותרים באכילה אך חייבים לאכול אותם בירושלים. אם אדם לא יכול להביא את הפירות לירושלים, הוא יכול לפדות אותם בכסף ולהביא את הכסף לירושלים ולקנות עם הכסף מאכלים. חכמים התקינו שאם אדם גר קרוב לירושלים הוא לא יוכל להמיר את הפירות בכסף אלא חייב לעלות לירושלים. הטעם לתקנה הוא לעטר את שווקי ירושלים- ככל שיהיו יותר פירות בירושלים, כך יהיה יותר שפע כלכלי וכך גם אחרים יוכלו להשתמש בפירות. לכן אם אדם מביא את הכסף (דבר המותר מדין תורה), המצב יתהפך ולא יהיו פירות בירושלים והכל יתייקר. לפיכך חכמים אמרו שמי שגר קרוב לא יוכל להמיר את הפירות בכסף, אלא הוא חייב להעלות את הפירות פיזית לירושלים.

הגמרא מספרת על ר' אליעזר שהיה לו כרם רבעי במקום שקרוב לירושלים (בתקופה שלאחר חורבן המקדש). הוא לא רצה להעלות את הפירות לירושלים ולכן הפקיר את פירותיו לעניים. תלמידיו באו ואמרו לו שהוא יכול לפדות את הפירות בכסף למרות שלפי תקנת חכמים אסור, מכיוון שנמנו חכמים וביטלו את התקנה, משום שלירושלים כבר אין מעמד חשוב הואיל והתקופה היא לאחר החורבן. **מכאן ניתן לראות שלמרות שהטעם לא רלוונטי, עדיין היה צורך שמניין יתיר את התקנה.**

**רמב"ם הלכות ממרים פרק ב' הלכה ב':** גם אם הטעם ידוע והטעם התבטל צריך ביטול ע"י בית דין גדול בחכמה ובמניין. **כל זמן שרוצים לבטל תקנה צריך בית דין גדול בחכמה ובמניין.**

**ראב"ד (השגות על הרמב"ם):** מקשה על הרמב"ם ושואל כיצד הוא אומר שכדי לבטל תקנה שטעמה כבר לא רלוונטית נדרש בית דין גדול בחכמה ובמניין? הרי ר' יוחנן בן זכאי ובית דינו ביטלו את התקנה של נטע רבעי, אך הם לא היו גדולים בחכמה ובמניין מהדור שהתקין את התקנה! אם אכן צריך בית דין שגדול בחכמה ובמניין, כיצד ר' יוחנן ביטל את התקנה? **אלא שכאשר הטעם ידוע והטעם כבר לא רלוונטי, לא צריך בית דין שגדול בחכמה ובמניין.**

**מאירי ביצה ה', א':** אומר בניגוד לרמב"ם- אם מדובר בתקנה שהטעם ידוע והטעם בטל, לא צריך בית דין שגדול בחכמה ובמניין כדי לבטל את התקנה. **יש צורך שבית הדין יבטל את התקנה והתקנה לא בטלה מאליה, אך היא כן ניתנת לביטול.**

**שו"ת הרא"ש ב', ח':** אם הטעם ידוע והטעם מתבטל, **לא צריך בית דין שיבטל את התקנה והיא מתבטלת מאליה.**

**רדב"ז הלכות ממרים ב', ב':** התקנה מתבטלת מאליה כי כביכול התקנה הותנה מראש על תנאי מסוים, וברגע שהתנאי בטל התקנה גם כן בטלה. כאשר חכמים התקינו את התקנה מראש הם הגבילו אותה בנסיבות מסוימות. כביכול חכמים אמרו שהתקנה בתוקף כל עוד הנסיבות לא משתנות, ולכן לא צריך בית דין שיבטל את התקנה.

**תקנות הקהל/ שיעור 17**

מעבר לתקנות של חכמים, ישנם דרכים נוספות שבאמצעותם נוצרות נורמות במשפט העברי. תקנות הקהל זה תקנות המתייחסות לתקנות שהציבור מתקין ולא החכמים, כלומר הציבור מתאסף ומחליט להתקין תקנה.

הסכם יכול להיות עם שני אנשים, וגם יכול להיות עם רב משתתפים- לדוגמא איך עושים חלוקת שימוש ברכוש משותף, הסדרים של כללי התנהגות במסגרת קבוצה. ברגע שעושים הסכם לפי הדין, הוא מחייב את כל הצדדים. ההסכם מחייב רק את מי שהיה חלק ממנו. אם אדם לא יודע מה ההסכם, הצטרף מאוחר ועוד, במצבים כאלה לאדם לא הייתה גמירת דעת ולכן אי אפשר לחייב אותו. לעומת זאת, תקנה מחייבת את כולם, גם מי שלא הסכים לתקנה. אם יש סמכות להתקין תקנה, ברגע שיש רוב שמסכימים לתקנה, הוא מחייב גם את המיעוט שלא הסכימו. בין אם התקנה נראית טובה או רעה, **ברגע שהיא התקבלה ברוב היא מחייבת**.

האם הקהל הוא סוג של גוף מחוקק שבכך הוא מחייב את כולם?

**תוספתא בבא מציעא י"א:** בני העיר יכולים לכפות זה את זה לבנות בית כנסת או צורך ציבורי אחר מכספי הציבור. גם אם מישהו לא רוצה להשתתף, אפשר לכפות עליו להיות שותף לבניין המבנה הציבורי. כל אחד צריך לתת את חלקו לציבור. כמו כן, הציבור יכול להסכים ולקבוע מחירים של מוצרים מסוימים, ולקבוע מהו שכר הפועלים- כל מיני תנאים שקשורים לתנאי עבודה. הציבור גם כן רשאי להטיל על אדם שמפר את הכלל קנס. יש יכולת לבני העיר לא רק לקבוע את הכללים אלא גם לאכוף אותם. כלל נוסף שבני העיר רשאים לקבוע הוא שכל מי שפרתו תרעה (תרוץ) בין הכרמים, ניתן להטיל עליו קנס. צריך לדאוג שהפרות לא יזיקו, ויש צורך לוודא שבעל הפרה יוודא שפרתו לא תהרוס כרמים. עצם העובדה שהפרה נכנסת לכרם לא קשורה לשאלת הנזק שהיא תעשה, ועדיין אפשר לחייב את בעל הפרה לשלם קנס. גם אם נגרם נזק ע"י הפרה, אפשר לתבוע בתביעת נזיקין, וזה לא סותר את העובדה שבעל הפרה עדיין חייב לשלם קנס. מכיוון שבעל הפרה לא שמר על פרתו ואפשר לה להיכנס לכרם- אנו מחייבים אותו לשלם.

ניתן לעשות כללים שקשורים רק לקבוצה מסוימת מהציבור (בדוגמאות האלו זה קבוצה של אגודה מקצועית). הצמרים- אנשים שעוסקים בצמר, והצבעים רשאים להחליט ככלל שהם עושים ביניהם חלוקת עבודה, כדי שלא תהיה תחרות ביניהם. אם לא מחלקים את העבודה, יכול להיות שלאחד יהיה המון עבודה, ולשני יהיה הפסד ולא יהיה לו כלום. החמרים- אנשים שמנהגים את החמור, רשאים לומר שהם עושים מעין ביטוח הדדי- כל מי שחמורו ימות שלא מתוך פשיעה, כל בעלי החמור יקנו לו ביחד חמור חדש. אך אם החמר שצריך לקנות לו את החמור אומר להם שיביאו לו את הכסף במקום לקנות חמור, לא מקשיבים לו. אולי העניין הוא כדי להבטיח שהאדם לא יעשה שימוש בכסף לדבר אחר, והכסף נועד רק כדי לקנות חמור.

יש כאן שני סוגים של הסדרים- הסדרים שרלוונטיים לכל הציבור, והסדרים שרלוונטיים רק לחלק מהציבור- בעלי המקצוע. כל עוד יש סנהדרין וגוף מחוקק אין צורך בתקנות קהל. הצורך נולד כאשר אין גוף מרכזי שיכול להתקין תקנות שיחייב את כולם ולכן היה צורך למצוא תחליף. כמעט ולא מוצאים מקורות שעוסקים בעניין תקנות הקהל.

**תשובות הגאונים שערי צדק חלק ד' ש"ד, ט"ז:** לזקנים (המנהיגים) יש סמכות להתקין תקנות, וכך גם לכל הציבור יש את אותה סמכות שיש למנהיגים, והם יכולים להתקין תקנות ולכפות את הציבור לפעול ע"פ התקנות. גם בתקנות הקהל התקנה צריכה להיות שוויונית ולא אחת שבאה לקפח את דעת המיעוט.

**שו"ת יכין ובועז ב', כ':** כמו שיש רשות ביד בית דין לעשות תקנות ויש להם כוח ורשות להפקיר, כך גם הציבור רשאי. בית הדין רשאי להפקיר ממון מכוח "הפקר בית דין הפקר" ולהתקין תקנות בנושאי ממון, וכך גם לציבור יש את אותו כוח.

**שו"ת הרשב"א ד', קפ"ה:** שאלו את הרשב"א האם ציבור רשאי לעשות תקנות והסכמים ביניהם, ולקנוס ולהעניש על ההסכמים שלהם, גם כאשר מדין תורה הם לא מחויבים להעניש?

הרשב"א ענה שדבר ברור הוא שהציבור רשאים לעשות תקנות כפי שנראה להם ,וזה **מחייב כמו שדין תורה מחייב.** כמו כן, הם רשאים לקנוס ולהעניש את מי שעובר על התקנה. **אך זה בתנאי שכולם הסכימו לתקנה- פה אחד.** כל חבורה שיש להם משהו משותף כמו החמרים, הצבעים וכו', נחשבים כעיר בפני עצמה והם יכולים לעשות תקנות והסכמים שמחייבים את כל הקבוצה.

**שו"ת הרשב"א א', א'-ר"ו:** שאלו את הרשב"א האם התקנה של קידוש אישה שלא בפני עשרה אנשים לא נחשב קידושין, תופס? אשת איש זה איסור חמור מאוד. ע"פ דין תורה, כדי שהקידושין יהיו תקפים אדם צריך לקדש את האישה בפני שני עדים עם דבר ששווה פרוטה ובהסכמת האישה. ע"י שלושת התנאים האישה מתקדשת. התפתחה תופעה שאנשים נהגו כפריצים ועשו קידושי מחטף- הם היו מקדשים אישה בסתר, לוקחים אישה בפני שני עדים (לפעמים האישה לא ידעה שיש עדים כי לפעמים הסתירו אותם), ובגלל שהאישה לא הייתה מבינה מה בדיוק קורה, היא הייתה מסכימה לקידושין ואז היא נחשבת אישה מקודשת. דבר זה יוצר בעיות שהרי הנערה תקועה כי מדין תורה היא נחשבת אשת איש. אנשים ניצלו את המצב, ולכן קידשו נשים (לא בכוח כי צריך את ידיעתה, אלא שהנערה לא מבינה עד הסוף מה המשמעות של זה). לכן התקינו תקנות שחייבים לקדש אישה בפני עשרה אנשים (כמו מניין), ואם לא, הקידושין לא תקפים. למצוא עשרה אנשים שיסכימו לעשות את הפעולה של קידושי מחטף זה דבר יותר קשה ולכן התקינו את התקנה של חובת קידוש אישה בפני עשרה. לוקחים כאן אישה שע"פ דין תורה היא מקודשת, אך מכוח התקנה הקידושין לא תקפים, והנערה אפילו לא צריכה גט. לכן שאלו את הרשב"א האם יש כוח ביד הציבור להתקין תקנה שמשמעותה לבטל איסור תורה. הרשב"א עונה שנראה לו **בבירור** שבני העיר רשאים לעשות כן, **אך בתנאי שכל אנשי העיר הסכימו לכך**. משמעות התקנה היא שאנו מתירים אישה שע"פ דין תורה היא מקודשת, להתקדש לאיש אחר והיא לא נחשבת לאשת איש (מהקידושין הראשונים). **הקהל יכול לבטל קידושין כמו שבית הדין רשאי.**

יש כלל בהלכה שאם ספינה טבעה בים מניחים שכל החפצים טבעו במים, ובעל החפץ התייאש ממנו. ברגע שההנחה היא שבעל החפץ התייאש, החפץ הוא הפקר כי בעל החפץ ביטל את הבעלות. בימיו של רבינו גרשום, היה מקרה שספינה מלאה בסחורה טבעה בים, ולכן עשו תקנה בקהילה שמי שמוצא חפץ מהספינה צריך להחזירו לבעלים. היה מקרה שאדם שאינו יהודי מצא רכוש ומכרו לראובן. שמעון ראה שהחפץ הוא שלו ולכן תבע אותו ואמר לראובן שהוא חייב להחזיר לו את החפץ ע"פ התקנה. ראובן ענה שהוא לא חייב להחזירו מכיוון שתקנת הקהילה לא מחייבת אותו, הרי לפי התלמוד החפץ נחשב הפקר. רבינו גרשום אומר שברגע שהקהילה החליטה לעשות את התקנה, ראובן חייב להחזיר לשמעון את החפץ, גם אם מניחים שבעל החפץ התייאש. ראובן ידע על התקנה ולכן מראש לא היה עליו לקנות את הרכוש. זוהי דוגמא לתקנה המאפשרת לחרוג מדיני ממונות.

האם התקנה מחייבת את כולם, גם מי שלא היה שותף להחלטה? ניתן לראות זאת בכמה רמות שונות:

1. אדם שהיה שותף לתהליך של התקנת התקנה, והיה בדעת מיעוט- אדם כזה מחויב לתקנה, שהרי כביכול הוא קיבל את דעת הרוב.
2. אדם שהייתה לו הזדמנות להיות שותף בתהליך, ובחר שלא לבוא לאספה- גם אדם זה מחויב לתקנה, שהרי עצם הבחירה שלו לא לבוא לאספה מראה כי הוא מוכן לקבל על עצמו את ההחלטה שתתקבל בלעדיו. כביכול האדם אמר מראש שהוא מקבל את ההחלטה.
3. אדם שלא הייתה לו הזדמנות להשתתף בתהליך. בחוקים, החוק מחייב גם את האדם שלא נמצא. חוק שנחקק לפני שאדם נולד מחייבת גם אותו, ואם חוק נחקק בניגוד לעמדה של מישהו, הוא עדיין מחויב לחוק. האם תקנת הקהל מחייבת באותו אופן?

**שו"ת הרשב"א ג', תי"א:** יש סמכות לקהל להתקין תקנות, והסמכות מאוד רחבה ומקבילה לסמכות של בית דין. כמו ש"הפקר בית דין הפקר", כך גם הקהילה רשאית להתקין תקנות בדיני ממונות (כל תקנה בדיני ממונות משנה את סדר מערך הזכויות והחובות לפי דין תורה). אפילו בדיני איסור והיתר שבית הדין רשאי להתקין תקנה (כמו הפקעת קידושין), הקהל גם רשאי להתקין תקנות. בתנאי שהרוב עשו את ההסכם ובתנאי שזה תקנה שרוב הציבור מסוגל לעמוד בה, התקנה מחייבת. כמו שכולם צריכים לציית לבית הדין הגדול או למלך (בתקופה שיש מלך), כך כולם צריכים לציית לרוב. **לרוב הקהל יש סמכות של דין מלך**. יש כאן עניין של רוב- גם מי שהיה במעמד של קבלת התקנה וגם מי שלא, מחויבים לפעול ע"פ התקנה, והתקנה מחייבת גם את הדורות הבאים. כביכול אפשר לטעון שאדם שהצטרף לקהילה בחר להצטרף, ולכן הוא חייב לקבל את התקנות. לעומת זאת, מי שנולד לתוך הקהילה כביכול הצטרף בעל כורחו. אך עדיין **הרשב"א אומר שכולם- גם הדורות הבאים, מחויבים לתקנה.** אדם שמחה באופן מפורש, אולי לא ניתן לאכוף עליו את התקנה, אך בשאר המקרים התקנה מחייבת גם את המיעוט.

**שו"ת הרא"ש, ו':** הרא"ש מסביר את ההגיון שעומד מאחורי החיוב של כולם לתקנה. אם כמה אנשים יכולים להגיד שהם לא שותפים לתקנה (או מגזירת חרם- אמצעי אכיפה האומר שמי שיעבור על התקנה יוחרם), ואם אנו לא נחייב את דעת המיעוט לקבל את עמדת הרוב, הקהל לעולם לא יוכל לקבל תקנה אם ליחיד יש כוח לבטלו. הכלל "אחרי רבים להטות" רלוונטי לא רק לגבי סמכות חכמים, אלא גם לגבי תקנות שהרוב קובע. כל הסכמה של הרוב תתפרק אם ליחיד יש כוח לבטל את התקנה של הרוב. **אי אפשר לא לאפשר כפייה של תקנה על המיעוט, אחרת לתקנה אין משמעות.**

**שו"ת לב שמח חו"מ, ה':** אם לא נאכוף על המיעוט את דעת הרוב, המיעוט יכול לטעון שהוא לא יגיע לאספה וכך התקנה לא תחייב אותו. אי אפשר לטעון כך, אחרת לתקנות אין משמעות.

**מרדכי בבא קמא, קע"ט:** מצטט עמדה של רבינו תם (אחד מבעלי התוספות), ומסייג את הסמכות להתקין תקנות. בני העיר רשאים להטיל קנסות על מי שעובר על התקנה, רק אם הוא נתרצה מלכתחילה ועכשיו עובר עליה. האדם צריך להסכים לכלל שרוצים שהוא יפעל על פיו, ולכן אם הוא לא הסכים מראש כביכול התקנה נחשבת כהסכם, ובהסכם אפשר לחייב רק את הצדדים הקשורים להסכם ולא את כולם. **אי אפשר לאכוף את התקנה על מי שמראש לא נתרצה מהתקנה כי אז התקנה נחשבת להסכם.**

תקנת קהל אפשר לעשות בקהילות קטנות. ככל שהקבוצה גדולה, כדי לעשות אסיפה ולאסוף את כולם או אפילו לאסוף רוב זה דבר שכמעט בלתי אפשרי. לכן מעבירים את הסמכות לנציגי הקהל- הסמכות הזאת יותר מדינית.

**שו"ת הרשב"א א', תרי"ז:** מעמידים על הציבור את "שבעת טובי העיר". שבעת טובי העיר זה לאו דווקא האנשים שהכי חכמים, עשירים או מכובדים. אנשים אלה הם שבעה אנשים שהציבור החליט שהם יהיו פרנסים סתם. הכוונה לסתם היא שהסמכות היא ללא הגבלות בעניין מסוים, אלא סמכות כללית להתעסק בכל עניין. הציבור הוא זה שבוחר את נציגיו. מעמדם של נציגי הציבור זה כמו אפוטרופוס- אדם שיכול לקבל החלטות עבור האדם שאחראי עליו. כביכול שבעת טובי העיר הם האפוטרופוסים על העיר, ולכן ההחלטות שלהם מחייבות את כל בני העיר. ברגע שכל השבעה החליטו על תקנה/ עשו מעשה, כביכול כל העיר גם כן החליט. אך אם לא כל השבעה החליטו לקבוע תקנה, זה לא נחשב כל בני העיר והם חייבים להטיל רשות מבני העיר.

איך מוודאים שאין כאן קבוצה שיש לה אינטרס וככה היא פוגעת באינטרס של מישהו אחר? איך דואגים שכולם יבואו לידי ביטוי? מכיוון שהציבור בחר בנציגים, כשכל השבעה נמצאים כשהם מקבלים החלטה ניתן להגיד כי ההחלטה משקפת את הדעה של כולם. אך כאשר אין רוב, אולי אין כאן ייצוג של כל הדעות ולכן דעת שבעת הנציגים מחייבת רק כשכולם נמצאים.

**תקנות הקהל ומנהגים/ שיעור 18**

**פיקוח על תקנות הקהל**

הציבור רשאי להתקין תקנות ממוניות כמו בית הדין, וברור שהקהל לא יכולים להתקין תקנה האומרת לעבור על איסור, אך האם יש פיקוח הלכתי על תקנות אלה?

**בבלי מסכת בבא בתרא דף ט' עמוד א':** היה נוהג אצל הטבחים (השוחטים) שכל אחד עובד ביום אחר כדי לא להתחרות אחד בשני וכדי שהעבודה תתחלק שווה ביניהם. מי שעובד היה מקבל את העור של הבהמה כשכר טרחה. השוחטים עשו הסדר ביניהם, שמי שיעבוד ביום ששייך לחברו יקרעו את עורה של הבהמה ששחטו באותו היום. אחד השוחטים עבד ביום שלא שלו, וקרעו את עור הבמה, ולכן הלכו לרבא (אמורא) לשאול אותו מה לעשות, ורבא ענה שצריך לשלם תשלומי נזק למי שקרעו לו את העור (כלומר השוחט שעבד ביום של חברו). מקשים על רבא ושואלים אותו מדוע הוא אמר שחייבים לשלם למי שקרעו את העור שלו? הרי אנו יודעים שמותר לבני אגודה לקבוע ביניהם הסדר ולקנוס על פי הסדר שהם קבעו! רבא לא ענה על הקושיה, אך רב פפא אמר שנים אח"כ שטוב שרבא לא ענה מכיוון ש**בני העיר רשאים לתקן תקנות על דעת עצמם רק כאשר אין אדם חשוב בעיר,** אבל אם יש אדם חשוב בעיר נדרש לקבל את הסכמתו ורק כך יש להסדר תוקף.

אחד המרכיבים של אדם חשוב זה היותו תלמיד חכם.

על איזה סוגי הסדרים נדרש אישור של אדם חשוב? ומדוע צריך אישור של אדם חשוב?

1. כבוד- לא ראוי שהציבור יקבל הסדרים ביניהם בלי לשמוע את חוות דעתו של האדם החשוב.
2. יש צורך להטיל פיקוח הלכתי כדי שהציבור לא יקבל הסדר שנוגד את ההלכה.
3. כדי להבטיח שההסדר לא מקפח אנשים אחרים.

אם הסיבה השלישית היא הנכונה, אז סביר שזה לגבי הסדרים של בעלי מקצוע ולא של כל בני העיר, מכיוון שאם בעלי המקצוע מקבלים הסדר ביניהם יש סיכוי שהם יכולים לפגוע בכל הציבור. (לפעמים יש גם ערך בהסדרים של בעלי המקצוע- להבטיח שהמחיר לא יהיה יותר מידי גבוה, לוודא שלכולם יש עבודה ואין אחד שמרוויח יותר מהשני...) אם הסיבה שצריך אישור של אדם חשוב זה בגלל שצריך פיקוח הלכתי, זה רלוונטי לתקנה של כל בני העיר ולא רק לתקנות של אגודה מקצועית.

**שו"ת הריב"ש, שצ"ט:** מה שנאמר בגמרא לגבי אותם טבחים שהיו צריכים אישור של אדם חשוב זה דווקא בגלל שמדובר באגודות מקצועיות. אולם אם בני העיר עושים הסדר ביניהם, לא צריך הסכמה של אדם חשוב, וזה **רק נדרש בתקנה של בני אומנויות.** כנראה הריב"ש רואה את הדרישה לאדם חשוב כהבטחה שלא לקפח את יתר בני העיר.

**רא"ש בבא בתרא א', ל"ג:** האישור של אדם חשוב נדרש גם כאשר מדובר בתקנה של כל בני העיר, ולאו דווקא בתקנה של אגודה מסוימת. הסיבה היא אחת משתיים- או משום כבוד לאדם החשוב, או משום שנדרש פיקוח הלכתי.

**שו"ת הריב"ש, ש"ה:** הריב"ש מתייחס למקרה הדומה למקרה של חוזה שיש בו סעיף לא חוקי. יש בהלכה מושג הנקרא "דיני שטרות" ובו מופיע כיצד שטר אמור להיראות. במקום בו הריב"ש התגורר השטר של הגויים היה שונה בנראות משטר הנעשה ע"פ הדין היהודי. ברור שכאשר אדם עושה עסקה עם גוי השטר המקומי תקף, שהרי לא ניתן לחייב את הגוי לכתוב שטר על פי דין תורה. יש מקום לחשוב כי אם שני יהודים עושים עסקה ביניהם הם לא יכולים לעשות את זה על פי השטר המקומי אלא לפי השטר של דין תורה. במקום זה, הציבור עשה תקנה כי גם עסקה בין שני יהודים ניתן לכתוב את השטר ע"פ הדין המקומי ולא ע"פ דין תורה. הריב"ש אומר שהתקנה הזו מותרת, מכיוון שזה נחשב תנאי בממון, וכביכול כל אחד מהציבור קיבל על עצמו את אותו התנאי. אולם אם בשטר יש סעיף של ריבית, הקהל לא יכול גם להתנות עליו מכיוון שהתורה אסרה על ריבית ולכן הסעיף של הריבית בטל. מכאן יוצא **שאסור לתקנות של קהל לעבור על איסור תורה.**

**שו"ת הרשב"א ז', רמ"ד:** היה ציבור שקיבל על עצמו לא לשחק בקובייה- משחקי מזל. לפי ההלכה משחק כזה הוא בעייתי מכיוון שיש בעיה של אסמכתא- כלומר אין כאן גמירת דעת מלאה. כאשר אדם עושה עסקה עם אדם אחר צריך שתהיה גמירת דעת של שני הצדדים. כאשר אדם (ראובן) מתערב עם אדם אחר (שמעון) בהתערבות של מזל, ההלכה אומרת שיש בזה עניין קטן של גזל, מכיוון שראובן נכנס להתערבות בכוונה לנצח, ולכן כאשר הוא מעביר את הכסף לשמעון הוא לא עושה את זה עם גמירת דעת מלאה. לפיכך, זה סוג של גזל מכיוון ששמעון מחזיק בידו כסף שבאיזשהו מובן לא הגיע אליו כדין. לאחר שהקהילה עשתה את ההסכם שלא לשחק בקובייה ולהחרים את מי שכן, באו מקצת מהקהל ורצו להתיר את ההסכם. שאלו את הרשב"א האם זה אפשרי?

הרשב"א עונה שהקהל לא יכול להסכים להתיר איסור ולתקנת הקהל אין סמכות לעבור על איסור. מכיוון שיש איסור הלכתי לשחק בקובייה, אסור לעשות תקנה כדי להתירו.

**מנהגים**

מנהג זה לכאורה משהו שצומח מלמטה כלומר מגיע מהעם, בניגוד לתקנת קהל ותקנת חכמים שכביכול מגיע מלמעלה. כשהחכמים מתקנים תקנה הם צריכים לחשוב מראש האם זה תקנה שהציבור יכול לעמוד בה והאם היא תתפשט. צריך להבחין בין שני סוגים של מנהגים- מנהג כביטוי להלכה קיימת, ומנהג היוצרת הלכה שהיא כביכול חדשה.

**בבלי מסכת פסחים דף ס"ו עמוד א':** ישנו חובה מהצהריים להקריב קורבן פסח בי"ד בניסן (בערב פסח). גם אם י"ד חל בשבת, עדיין יש חובה לשחוט את קורבן הפסח, למרות שמדובר בהלכה שבדרך כלל אסורה בשבת. הגמרא מספרת כי פעם אחת י"ד חל להיות בשבת, ובני בתירא (שם של מקום) לא ידעו מה ההלכה- האם שחיטת הקורבן דוחה את השבת או לא? השאלה נשאלה מכיוון שיש שני סוגים של קורבנות:

1. קורבן פרטי- קורבן שהאדם הפרטי חייב להביא או מחליט להביא בתור נדבה. קורבן פרטי אסור להביא בשבת.
2. קורבן ציבור- קורבן שהציבור חייב להקריב (משלמים על הקורבן מכספי ציבור), לדוגמא קורבן תמיד שמקריבים פעמיים בכל יום, קורבנות מיוחדים שמקריבים במועדים ועוד. קורבן ציבור מותר להביא בשבת.

קורבן פסח הוא באמצע- מצד אחד, כל משפחה חייבת להביא קורבן בשביל עצמה ולכן היא תיחשב קורבן פרטי. מצד שני, כל העם חייב להביא קורבן פסח ולכן אולי אפשר להחשיב אותו כקורבן ציבור ואז נתיר להקריבו בשבת, ולכן לבני בתירא הייתה התלבטות האם מותר להביא קורבן פסח בשבת או לא. על כן, הם שאלו אם יש אדם שיודע מה התשובה לאותה הלכה ומצאו אדם בשם הלל הבבלי ששימש את גדולי הדור שמעיה ואבטליון, ולכן ביקשו ממנו שיגיד להם מה התשובה. הלל הבבלי ענה שמותר להקריב קורבן פסח בשבת מכיוון שבפסוקים המדברים על קורבן פסח כתוב "מועדו"- כלומר בזמן שלו, ובקורבן תמיד כתוב "מועדו". כמו שקורבן התמיד דוחה את השבת כך גם קורבן פסח.

העם ראו שהלל הבבלי הוא אדם חכם ורציני ולכן העמידו אותו לנשיא. הוא קינטר על העם שהם לא שימשו את שמעיה ואבטליון ולכן הם נזקקו לו.

אח"כ שאלו את הלל הבבלי עוד שאלה- אם אדם שכח להביא סכין לשחיטה בערב שבת מה עליו לעשות? סתם לטלטל סכין בשבת זהו דבר האסור. הסיבה שכל אחד צריך להביא סכין לצורך קורבן הפסח הוא מכיוון שכל העם חייבים לעלות למקדש, ואין במקדש מספיק סכינים. הלל הבבלי ענה להם שאת ההלכה הזאת הוא שמע אך שכח, ולכן אמר לחכות ולראות מה העם יעשו וכך זה יזכיר לנו מה ההלכה. למחרת ראו מה הפטנט שהציבור מצא- שמו את הסכין בין הקרניים או בצמר של הגדי, ובכך האדם לא מטלטל את הסכין בידיו. לאחר שהלל ראה את המעשה הוא נזכר ואמר שאכן זוהי ההלכה.

מהסוגייה הזאת רואים כי מנהג של ציבור לא יוצר הלכה חדשה. ההנחה היא שהמנהג של הציבור משקף את ההלכה, ובכך זה מזכיר לחכמים את ההלכה. **המנהג מבטא הלכה קיימת, וכאן המנהג היא לא יצירה של נורמה הלכתית.** יש סיכון מסוים שהציבור טועה, אך מכיוון שאנו במצב של מצוקה אפשר להניח שבדרך שהקהל מתנהג זוהי ההלכה.

**טור חושן משפט סימן שס"ח:** ישנה הבחנה בין גניבה לגזל. הגנב לוקח בלילה ולא רואים אותו, לעומת גזלן שלוקח באור יום ורואים אותו. ההנחה היא שכאשר גונבים מאדם חפץ הוא מתייאש, אך אם גוזלים מאדם הוא לא מתייאש מלמצוא את החפץ מכיוון שהוא ראה את הגזלן ולכן ייתכן שימצא אותו ואת החפץ. כאשר האדם מתייאש מהחפץ פירושו שהוא הפקר ולכן אפשר לזכות בחפץ. השאלה היא אם אדם קונה חפץ מאדם שגזל, האם זה שייך לאדם שקנה? הטור אומר שחפץ גזול צריך להחזיר לבעלים, מכיוון שהבעל של החפץ לא התייאש מלמצוא אותו ולכן זה נחשב שעדיין יש לו בעלות על החפץ ולכן הקנייה (מהגזלן) לא נחשבת כקנייה.

היה מנהג בעיר מסוימת שלא עשו הבדל בין אדם שקונה חפץ מאדם שגנב או שגזל- חייבים להחזיר את החפץ לבעלים, אך בעל החפץ חייב לשלם לקונה את המחיר ששילם עבור החפץ- בין אם קנה מיד גנב ובין אם קנה מיד גזלן. הטור אומר שאם זה היה מנהג המקום, הוא הופך להיות מנהג מחייב למרות שהוא משנה את ההלכה, שכן צריך לשלם לקונה את מחיר הכסף ששילם, ובנוסף אדם שקנה מגנב חייב להחזיר את החפץ- שני הדברים הם לא ע"פ הדין. **כאן רואים שהמנהג יוצר הלכה חדשה.**

מהיכן לומדים שיש למנהג ערך ושיש חובה לציית למנהגים?

**ילקוט שמעוני משלי כ"ב, כ"ג:** כתוב בפסוק "אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך"- אל תשנה מנהג של אבותיך.

**שאילתות דרבי אחאי, ע"ו:** לומדים שמנהג הוא חובה מהפסוק "שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך"- אל תנטוש את המנהג.

**ירושלמי פאה ז', ה':** כאשר לא יודעים מה ההלכה וההלכה רופפת, בודקים כיצד הציבור נוהג וזוהי ההלכה.

**שו"ת הראש כלל נ"ה סימן י':** כל המנהגים שחכמים אמרו שיש ללכת אחריהם זה מנהגים שנועדו לעשות סייג והרחקה. לדוגמא, הדין אומר שמותר לעשות מלאכה בערב פסח, אך מקום שנהגו שלא לעשות מלאכה בערב פסח יש לו תוקף מכיוון שהוא בא לעשות סייג. אך אם המנהג בא להורות לעבור על עבירה ברור שאין לו תוקף, גם אם כל הציבור פועל ע"פ המנהג, שהרי גם לסנהדרין אין כוח לעקור דבר מן התורה. **במנהגים שבענייני איסור והיתר ניתן ללכת על פיהם רק אם הם נועדו לעשות סייג, והמנהג הוא לא כנגד ההלכה**. בדיני ממונות, אם המנהג בא להחמיר ולעשות סייג רק אז יש לו תוקף. רק חכמים רשאים ע"י תקנה לעקור דבר מן התורה בדיני ממונות. אם הציבור נוהג ע"פ מנהג מוטעה, גם אם הוא נמשך לאורך זמן יש לבטלו. אי אפשר להוציא ממון מידו של אחד ולהעבירו לאחר (הפקר בית דין הפקר) אלא רק ע"י תקנה של חכמים ולא מנהג של הציבור.

**שו"ת תשב"ץ א', מ"ט:** כל מנהג שאין איסור בדבר, אם העם נוהגים כך לא מוחים בידם, ולא צריך לבטל את המנהג.

**שו"ת תשב"ץ חלק א' סימן קנ"ג:** ככל שמנהג עתיק יותר ועם תפוצה גאוגרפית רחבה יותר, כך התוקף שלו יותר חזק. גם אם המנהג הוא לא לפי ההלכה, מניחים לעם לנהוג כפי אותו מנהג ובלבד שהמנהג לא מורה לעבור על איסור תורה.

**ירושלמי מסכת בבא מציעא ז', א':** אדם השוכר פועל ואומר לפועל שהוא שכר אותו משעת בוקר מוקדמת (לפני הזריחה) עד שעת ערב מאוחרת (לאחר השקיעה). אם המנהג הוא ששוכר נשכר רק משעת הזריחה עד השקיעה אי אפשר לחייב אותו לעבוד יותר מזה. כמו כן, אם המנהג המקומי הוא שנותנים לפועל אוכל בסיסי, וכל מיני מתיקה- השוכר חייב לספק להם את אותם מאכלים. **תנאי העבודה של הפועל תלויים במנהגי המדינה, לא משנה מה השוכר אומר.**

המשנה מספרת על ר' יוחנן שאמר לבנו לשכור לו פועלים ובנו סיכם עם הפועלים שהוא יספק להם מזונות. מכיוון שלא אמר להם בדיוק איזה מזונות יספק, ייתכן ויצטרך להביא להם אוכל כסעודת שלמה המלך. לכן ר' יוחנן אמר לבנו למהר ולהגיד לפועלים שהאוכל שהוא יספק להם זה פת וקטנית. ר' שמעון בן גמליאל אומר שלא היה צריך להגיד להם איזה מזונות הוא יספק מכיוון שהולכים אחר מנהג המדינה. כמו שמנהג המדינה מחייב על שעות העבודה, ותנאי העבודה כך זה גם מחייב מהם המזונות שצריך לתת לפועלים. רב הושעיה אומר שמכאן לומדים שאם יש פער בין מנהג להלכה- המנהג גובר על ההלכה. ברור שזה נאמר רק בהיקשר ממוני, וברור שאם יש מנהג לעבור על איסור זה לא תקף, אך עדיין אמירה זו היא חריפה.

**בבלי מסכת תענית דף כ"ו עמוד ב':** המשנה דנה בשאלה מתי הכהנים "נושאין את כפיהם" ומברכים את העם ביום כיפור. לפי ר' מאיר הכהנים מברכים גם בתפילת מנחה ונעילה, ולפי לחכמים רק בשחרית ובמוסף.

ישנם שלושה ניסוחים לאימוץ דעתו של ר' מאיר: הלכה כר' מאיר, מנהג כר' מאיר, נהגו העם כר' מאיר. מה ההבדל בין הניסוחים? הרי בסוף כולם פעלו לפי ר' מאיר. אלא מי שאמר שהלכה כר' מאיר מורים ודורשים לכולם שזוהי ההלכה. מי שאומר שמנהג כר' מאיר לא אומרים באופן פומבי ויוזמתי שזוהי ההלכה, אך אם אדם שואל מהי ההלכה מודיעים לו. מי שאומר שהעם נהגו כר' מאיר, לא מורים לעשות כן, וגם אם אדם שאל לא אומרים לו לפעול כך, אך אדם שעשה ע"פ המנהג הזה לא מוחים בו, כלומר בדיעבד נהג כהוגן.

**שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן ר"ס:** על ספר תורה יש כל מיני קישוטים ועטרות, והיה מנהג שנהגו לשים את קישוטי ספר התורה על ראשי הילדים, ושאלו את הרשב"א האם זהו מנהג שמותר לעשותו. לכאורה זה אסור, שהרי ספר תורה וחפציו הם קדושים. הרשב"א עונה שעקרונית היה רצוי שלא יהיה מנהג כזה מכיוון שלא ראוי להשתמש בחפץ של קדושה לצורך חולין, אך מכיוון שהם נוהגים כך לא ימנעו מהם מלהמשיך לנהוג. אולם אם זה היה מנהג שעובר על איסור הרשב"א אומר שהוא היה מוחה. **מנהג המורה לעבור על עבירה הוא חסר תוקף.**

**מנהג של שלטון זר/ שיעור 19**

**שו"ת הרשב"א ו', רנ"ד:** שאלו את הרשב"א על מצב שבו ראובן השיא את ביתו לאה לשמעון, ולכן גם נתן נדוניה ללאה. לשמעון ולאה נולדה בת (נכדתו של ראובן), ולאחר זמן מתה גם לאה וגם הנכדה. יש ויכוח בין ראובן לשמעון מי יורש את הנדוניה? שהרי לפי דין תורה הבעל יורש את אשתו ולכן שמעון צריך לקבל את הנדוניה. אולם ראובן טוען שמנהג המקום הוא שהאב יורש את ביתו כאשר לבת אין יורשים, ושצריך ללכת ע"פ דיני הגויים מכיוון שכולם הסכימו לכך. הרשב"א שולל את טענתו של האב (ראובן) ואומר שייתכן ויהיה מנהג בדיני ממונות שיגבר על דין תורה, אך במקרה הזה אנו לא מקבלים את הטענה שהמנהג מחייב בגלל שהם אימצו את הדין הזר. יוצא שכביכול יש תחרות בין דין תורה לבין הדין הזר ואת זה אנו לא מוכנים לקבל. אם הציבור מקבל את הדין הזר מכיוון שהוא יותר נוח, מעודד את האב לתת לביתו נדוניה ועוד- טענה כזאת אפשר לקבל מכיוון שהיא לא יוצרת תחרות עם דין תורה. האמירה שאנו מאמצים את השלטון הזר בגלל שזה השלטון הזר היא אמירה מסוכנת.

היהודים חיים ביומיום תחת שתי מערכות משפטיות- מערכת המשפט העברית ומערכת המשפט האזרחית במקום בו הם חיים, והדבר עלול ליצור תחרות. לכן פוסקי ההלכה מנסים להשאיר את מערכת המשפט בתוך הקהילה, ולא לתת למשפט האזרחי להשפיע.

גם תקנה שחכמים מתקינים, הרבה פעמים נובעת מכך שיש השפעות מהדינים שיש בסביבתם, הם מתכתבים עם מערכות משפט שבסביבה ובכך גם קובעים תקנות שונות.

**בבלי מסכת בבא מציעא דף ע"ד עמוד א':** בהלכה כדי שהסכם מכר יכנס לתוקף, הבעלות צריכה לעבור מהמוכר לקונה, וזה נעשה ע"י "מעשה קניין". כיום, כאשר שני צדדים עושים הסכם ביניהם ישנה דרישה לגמירת דעת בין הצדדים ורק כך ההסכם מחייב, גם אם עדיין לא בוצע דבר. ברגע שיש הסכם הוא מחייב והשלב הבא הוא העברת החפץ. בהלכה, כדי שההסכם יהיה מחייב, גמירת הדעת צריכה להיות מלווה ב"מעשה קניין". מעשה קניין זה אקט פורמאלי שבדרך כלל הקונה יעשה אותו, והוא מסמל את העברת הבעלות. אם הקניין זה במיטלטלין הקונה צריך להרים את החפץ, ואם זה במקרקעין צריך לעשות פעולה מסוימת בקרקע או להניח חפץ כלשהו בקרקע. אם לא היה מעשה קניין אנו אומרים שלא הייתה גמירת דעת. ברור שצריכה להיות גמירת דעת משני הצדדים, ואדם לא יכול לבוא ולהרים חפץ ששייך לאחר ולהגיד שהוא קנה אותו.

הסוגייה מדברת על אדם שיוצר יינות והוא שומר את היין בחביות. כדי שייצור היין יישמר, שומרים את היין במערות ומקומות מוסתרים וכדומה. אדם שרוצה לקנות יין אך היין עדיין בתהליך הייצור, או שהוא רוכש חבית של יין אך אין לו מקום לאחסן אותו, נוצרת לו בעייתיות מבחינת מעשה הקניין. אי אפשר להעביר את זה לבעלותו מכיוון שזה עדיין בייצור/ אין לו מקום לאכסון, והוא גם לא יכול לעשות מעשה של קניין של הרמת החפץ מכיוון שהחבית כבדה. לכן היו שמים סיטומתא- חותמת על החבית, כדי שזה יהווה סימון לכך שהחבית נרכשה. סימון זה הוא חשוב כאשר אנו דנים בשאלה למי שייך היין אם היין החמיץ שלא ברשלנות של יוצר היין- האם לחותמת זו יש חשיבות והיא מחייבת משפטית ואז לקונה יש הפסד, או שמא היא לא מחייבת משפטית ואז ההפסד הוא למוכר היין.

הגמרא עונה שאם מנהג המקום הוא שכאשר קונים את החביות הבעלות עוברת באמצעות החתימה- זה נחשב כמעשה קניין באופן מלא.

**שולחן ערוך חושן משפט סימן ר"א:** כל דבר שהסוחרים נהגו לקנות בו כגון נתינת פרוטה למוכר, מסירת מפתח ועוד, מהווים מעשה קניין מוחלט ומחייב. אם מנהג המקום הוא לעשות מעשה קניין ששונה מהמעשים הרגילים, הקניין מחייב. יש כאן שימוש במנהג כתחליף למעשה הקניין הרגיל.

**דינא דמלכותא דינא**

ישנם כמה דרכים ליצור נורמות הלכתיות שונות- תקנות חכמים, תקנות קהל ומנהג. דרך נוספת היא דינא דמלכותא דינא, שפירושו דין המלכות-דין. היהודים חיים תחת מערכת שלטונית זרה. ההלכה מחייבת כל יהודי, והיא מחייבת בכל מקום- לא רק במובן של קיום המצוות אלא גם במערכת המשפט. הציפייה היא שגם אם יהודי נמצא תחת שלטון זר הוא עדיין יהיה מחויב למערכת המשפט העברית. ברור שכאשר יהודי עושה עסק עם אדם שאינו יהודי הוא לא חייב לכפות עליו לפעול ע"פ המשפט העברי, ובמקרה כזה מערכת הכללים תהיה ע"פ מערכת הכללים של השלטון הזר.

השאלה היא האם היהודים מחויבים הלכתית לציית לשלטון הזר? לדוגמא אם השלטון מחייב לשלם מיסים- האם יהודי מחויב לשלם מיסים מבחינה הלכתית למרות שבהלכה לא כתוב שצריך לשלם מיסים, או שמא הוא יכול להתחמק מכיוון שזה בכלל לא מופיע במערכת הכללים ההלכתית, אלא רק במערכת הכללים של השלטון הזר ולכן מבחינה הלכתית הוא אינו מחויב לכך.

דוגמא נוספת לכך היא בחוקי התעבורה. חוקי התעבורה המדינה קבעה, אך האם מנקודת מבט דתית (ברור שמנקודת מבט אזרחית האדם מחויב להקשיב לכללים) האדם מחויב לכללים אלו? האם אנו אומרים שמבחינה הלכתית זה בסדר שאדם לא יעצור ברמזור אדום, או שאנו אומרים שההלכה היהודית מכירה בסמכות של המדינה ולכן אפשר להגיד שכאשר הוא לא מציית לכללי המדינה, בעקיפין הוא עובר על ההלכה?

ברור שאם יש דין מדינה שמחייב לעבור על איסורים, ההלכה לא תכיר בזה. אולם ברוב המקרים המצב לא היה שהשלטון מחייב לעבור על איסור תורה.

כל עוד היהודים חיים תחת שלטון זר, שאלת דינא דמלכותא דינא תתעורר באופן טבעי. בשנים האחרונות השאלה התעוררה גם במדינת ישראל- המשפט במדינה אינו כפוף להלכה. אנו נמצאים במציאות שבה יש שלטון ישראל אך היא לא פועלת ע"פ המשפט העברי אלא ע"פ שיטת משפט אחרת.

**תלמוד בבלי מסכת נדרים דף כ"ז עמוד ב':** במשנה נאמר שאם המוכסין- גובה המס של השלטון הזר, בא לקחת מיסים, אפשר להתחמק ממנו, ואפשר להגיד לו שהתבואה שהוא רוצה לקחת כמיסים זה תרומה- יש בו מעין קדושה מסוימת. ההנחה היא שגם המוכס יכבד את האמירה של האדם שלתבואה יש קדושה. כדי שהמוכס יאמין לדבריו, האדם צריך לנדור נדר ולהגיד שהתבואה היא תרומה כי רק כך המוכס יאמין לו- מכיוון שאם זה תרומה אסור לאדם להנות ממנו ולכן כאשר הוא אומר שזה תרומה זה נראה שהוא לא מנסה להתחמק מלשלם מיסים שהרי הוא בכל מקרה לא נהנה מהתבואה. (המשנה אומרת שבמקרה כזה הנדר לא נחשב נדר, מכיוון שהוא נודר כדי להציל את עצמו ואת נכסיו.)

הגמרא שואלת כיצד אפשר להגיד דבר כזה? הרי שמואל אמר דינא דמלכותא דינא- כלומר דין המלכות דין, והאדם מחויב לציית לו. אם כן, כיצד המשנה נותנת לאדם טריק כדי לא לשלם את המס ובכך לעקוף את דין המלכות? צריך לנסות ליישב את הסתירה בין המשנה לדברי שמואל, או לדחות את דברי שמואל מכיוון שהוא אמורא ולכן אם לא נוכל ליישב בין השניים דבריו יודחו. הגמרא עושה הבחנה בין שני המקרים- מה שכתוב במשנה אנו מדברים סיטואציה אחת, ומה ששמואל אמר זה בסיטואציה אחרת. הגמרא מיישבת את הסתירה בכך שדבריו של שמואל הם באמת נכונים- דינא דמלכותא דינא, ואם אדם לא משלם מיסים הוא לא בסדר גם מבחינה הלכתית. לעומת זאת, הסיטואציה שבה המשנה נותנת לאדם להתחמק מהתשלום דיברה על שני מקרים מיוחדים:

1. "מוכס שאין לו קצבה"- המוכס אינו נוטל סכום קצוב לפי הוראות המלכות, אלא מטיל מיסים כפי שנראה לו, וזה אינו דין מלכות.
2. "מוכס העומד מאליו"- המוכס אינו ממונה מטעם המלכות, אלא העמיד את עצמו כמוכס.

בשני המצבים הללו המוכס פועל שלא בסמכות השלטון ולכן אפשר להבין מדוע המשנה נתנה אופציה להתחמק מהם.

**דינא דמלכותא דינא/ שיעור 20**

השאלה היא האם דין המלכות שתחתיה אנו חיים מחייבת מבחינה הלכתית? אם אדם לא שילם מס ברור שהוא עבר על החוק מבחינה אזרחית, אך השאלה היא האם מבחינה הלכתית זה בסדר או שמא גם מבחינה הלכתית זה בעייתי?

**בבלי מסכת בבא בתרא דף נ"ה עמוד א':** הכלל דינא דמלכותא דינא נאמר גם בהקשר של דיני מקרקעין. אדם שמשלם מיסים על קרקע הופך להיות הבעלים של הקרקע. זה דוגמא לכלל שהוא אינו הלכתי אלא מדיני.

מדוע ההלכה מכירה בדין המלך כדין מחייב? מנקודת מבט הלכתית ההלכה היא מערכת כללים סגורה ומחייבת כל יהודי באשר הוא יהודי. אך למה יש חובה הלכתית לציית לדיני המלך? ישנם כמה נימוקים שונים:

**ר"ן:** יש חובה לציית לדין המלכות מכיוון שהארץ שייכת למלך, ואם לא נקשיב להוראותיו הוא יכול לגרש אותנו. המלך הוא הריבון, ולכן הוא יכול להכתיב כללי התנהגות, ומי שלא מציית לכללי התנהגות המלך רשאי להעיף אותו. ההלכה לא רואה את המלך כבעל סמכות שלטונית חזקה, אלא **רואים בו כבעלים של הקרקע ולכן הוא יכול להורות כללי התנהגות בשטח שבבעלותו.** לפי התפיסה הזו, דינא דמלכותא דינא לא תופסת במלך ישראל מכיוון שהמלך הוא לא הריבון אלא העם, כי העם הם הבעלים של הקרקע- ארץ ישראל, ולכן מלך ישראל לא יכול להכתיב להם הוראות.

**רא"ש נדרים ג,' י"א:** כמו שכל אדם הדיוט (רגיל) שיש לו קרקע, והוא מכתיב את הכללי התנהגות, כך גם מלך הוא בעל קרקע ומכתיב כללי התנהגות.

**רשב"ם מסכת בבא בתרא דף נ"ד עמוד ב':** החובה לציית לדין המלך לא נובעת מזה שהמלך הוא בעל הקרקע, אלא מזה שקיבלנו על עצמינו להתנהג לפי הכללים שלו. מותר להתנות בדיני ממונות ולכן קבלת חוקי המלך זה חלק מהתניה. כל בני המלכות, וביניהם גם היהודים, מקבלים מרצונם את חוקי השלטון. חוקי השלטון הם נוחים מכיוון שזה יוצר סדר ומונע בלאגן ומריבות. **המחויבות למלך היא מכיוון שמראש הסכמנו לקבל על עצמינו את חוקיו ומשפטיו**, והואיל והסכמנו- זה מחייב. הרשב"ם מוסיף כי מכוח חוק המלך אפשר כביכול להחזיק בממון שהוא לא שלי כדין (אם חוקי המלך מורים להעביר רכוש של אדם אחד לאחר), מכיוון שזה נעשה מכוח המלכות וההלכה מכירה בדין המלכות, ולפיכך זה לא נחשב כגזל. הרשב"ם לא מגביל את הכלל רק למלך עובדי כוכבים, מכיוון שהוא מבסס את זה על הסכמה ולכן זה יכול להיות רלוונטי גם במלך ישראל.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה' הלכה י"ח:** ישנה חובה לציית לחוקי המלך מכיוון שיש הסכמה שהמלך יהיה האדון והעם יהיו העבדים. עבד מחויב לעשות כל דבר שהאדון אומר לו, שהרי עבד הוא רכוש של אדונו ולכן לכאורה אין לעבד שיקול דעת עצמאי. מכיוון שיש הסכמה להיות עבדי המלך, יש מחויבות לציית להוראותיו.

**רש"י משנה מסכת גיטין פרק א' משנה ה':** המשנה מדברת על שטרות- מסמך משפטי (שטר חוב, שטר מכר, גט, הסכם ועוד), שהם עולים בערכאות של הגויים. בהלכה ישנם דיני שטרות- כיצד שטר צריך להיראות, וזה לא דומה לשטרות של הגויים. אם שני יהודים חיים תחת שלטון זר והם עשו ביניהם שטר שלא נכתב ע"פ הכלל היהודי וההלכה, אלא כפי שהגויים כותבים אותו- השטר עולה, כלומר מקבלים ומכבדים אותו. למרות שגויים חותמים עליו, השטר כשר ונכיר בו למרות שהוא לא נעשה ע"פ הקריטריונים של ההלכה היהודית, מכיוון שדין המלכות דין. ערכאות זרות לא בהכרח מתייחסות לזהותו של הדיין כיהודי אלא לזהותו של הדין. לכן ישנם רבנים שיגידו כי הערכאות שבמדינת ישראל נחשבות כערכאות של גויים, מכיוון שלא דנים ע"פ ההלכה אלא ע"פ מערכת משפטית אחרת.

רש"י אומר שדין המלכות דין והוא מקשר את זה לשבע מצוות בני נח. ההלכה תופסת את עצמה כמחייבת רק את היהודים, והיא לא רואה צורך לאכוף את הכללים של ההלכה היהודית על כל בני העולם. למרות זאת, יש בתפיסה ההלכתית שבע מצוות שהם נתפסות כמצוות אוניברסליות, שמחייבות כל אדם באשר הוא אדם. אין כאן כוונה לאכוף את זה על כולם, אבל שאר העולם צריך לקיימן. (יש מושג הנקרא גר תושב- אדם שלא רצה להיות יהודי אבל הוא כן רוצה להתיישב בין היהודים. מי שרוצה לקבל את המעמד של גר תושב צריך לקבל על עצמו את שבע מצוות בני נח, ומותר לאכוף עליו את המצוות.) המצוות נקראות שבע מצוות בני נח מכיוון שלפי המסופר בתורה כל האנשים בעולם הם הצאצאים של נח. הסיבה המהותית היא שכאשר נח יוצא מהתיבה, אלוקים מצווה אותו על אותם מצוות. שבעת המצוות הם איסור גילוי עריות, איסור שפיכות דמים, איסור עבודה זרה, איסור גזל, ברכת ה'- האיסור לקלל את האלוקים (נאמר בלשון סגי נהור). איסור אכילת אבר מן החי- ע"פ ההלכה, יהודי שרוצה לאכול בשר צריך קודם כל לאכול אותו בדרך של שחיטה, להכשירו ועוד. ההלכה לא אוסרת על הגוי לאכול בעלי חיים מסוימים ואינה מחייבת אותו אם וכיצד לשחוט אותו. אולם האיסור היחיד שיש הינו האסור לאכול חלק מהבעל חיים כל עוד הוא עדיין בחיים, אלא קודם כל צריך להורגו. גם אם הבהמה נפצעה ונכרתה הרגל- כל עוד היא בחיים, אסור לאכול ממנה. המצווה האחרונה היא מצוות דינים, וישנם שתי גישות מה הכוונה של מצווה זו:

1. הגישה המצמצמת- הקמת מערכת משפט כדי לאכוף את ששת המצוות הקודמות.
2. הגישה המרחיבה- הקמת מערכת משפט בכללי, כדי שהיא תעשה סדר ולא רק כדי שהיא תאכוף את ששת המצוות. אין צורך שמערכת המשפט של הגויים ישתמשו בדיני הממונות של ההלכה, אך הם מחויבים במערכת משפט כדי לקבוע כללים ביניהם.

רש"י אומר שדין המלכות הוא דין מכיוון שההלכה היא זו שהסמיכה את המלך הזר לקיים את מערכת המשפט (לפי הגישה המרחיבה). כאשר המלך מחוקק חוקים, ההלכה הכירה בסמכותו, ומאחר והיא מכירה בסמכותו מכירים גם בחוקים שלו. **המלך פועל במסגרת הסמכות שההלכה נתנה לו במצוות דינים ולכן מחויבים להקשיב להוראותיו.**

**שו"ת בעלי התוספות סימן י"ב:** דין המלכות היא דין, אך לא מכיוון שההלכה מכירה בסמכות באופן ישיר אלא באופן עקיף. חכמים ישבו בתקופתו של שמואל (האמורא) ותיקנו תקנה שאימצה את הדין של המלך. מכיוון שזה נובע מתוך תקנה, זה רלוונטי לחוקים שהיו בזמניהם, ואולי ניתן להגיד כי התקנה לא רלוונטית לחוקים חדשים שנחקקו, אלא רק לתקופה זו. **ישנה חובה לציית לחוקי המלך מכוח היותה תקנת חכמים**. ההבדל בנימוק הזה משאר הנימוקים הוא שבשאר הנימוקים מכירים באופן ישיר בסמכותו של המלך לחוקק חוקים והמחויבות לציית להם, ואילו כאן לא מכירים בסמכות הישירה של המלך, אלא בסמכות של החכמים לתקן תקנות ומכיוון שהם אימצו את דין המלך יוצא שבעקיפין אנו מקבלים את סמכות המלך.

הנימוקים חשובים לא רק בהיבט העיוני אלא גם בהיבט הפרקטי. לאמץ נימוק אחד או אחר יכול להשפיע על היקף הסמכות.

מי מוגדר כמלך? האם לכלל "דינא דמלכותא דינא" יש מגבלות או שמא אין מגבלות כלל? אנו לא עוסקים בדיני איסור והיתר כלל אלא רק בדיני ממונות. אם המלך מחוקק חוק המחייב לעבור עבירה דתית או אוסר לקיים מצווה דתית, ברור שההלכה לא מכירה בחוק הזה. ההתייחסות היא רק לדיני ממונות.

**הגדרת מלך**

**רמב"ם גזלה ואבדה ה', י"ח:** המטבע הוא סימן של ריבונות, ובימי הביניים היה מקובל שדמותו של המלך חקוקה על המטבע. לכן אם היו משתמשים במטבע שחקוקה עליו דמות המלך, סימן שהוא מלך, וזה מוכיח שבני הארץ קיבלו את סמכותו עליהם. אם לא משתמשים במטבע זה אומר שלא קיבלו אותו כמלך. לכן כדי לבדוק אם סמכותו התקבלה צריך לבדוק האם סוחר מקבל את המטבע או לא. אם אנשים לא מקבלים את המטבע, המלך נחשב כגזלן.

**שו"ת המהרי"ק קצ"ד:** מביא בשם הרשב"א שהגדרת מלך אינה חייבת להיות דווקא לגבי מלך מרכזי, אלא יכולה להיות גם לגבי מושל מקומי (כמו ראש עיר), וגם הדין שלו מחייב. המהרי"ק אומר שהסמכות של המלך נובעת מבעלות על הקרקע ולכן כל הדיוט יכול להוות מעין מלך. כל אדם שיש לו בעלות על קרקע יכול להכתיב כללי התנהגות. המציאות הרגילה היא שלמלך יש סמכות גדולה מכיוון שיש לו בעלות על היקף קרקע רחב.

**שו"ת מהרשד"ם חו"מ ש"נ:** הכלל שדין המלכות תקף זה רק כאשר השליט אינו מתחלף, ומדובר כשהמלך קבוע. במציאות שאין מלך קבוע וכל כמה שנים השליט מתחלף, הכלל "דינא דמלכותא" לא תקף.

**שו"ת משפט כהן סימן קמ"ד, י"ד (הרב קוק):** על פניו אפשר לחשוב שהכלל "דינא דמלכותא" זה רק כאשר יש מלך במובן המצומצם. אך מה קורה כאשר אין מלך? במצב כזה העם הוא הריבון. כאשר העם ממנה מנהיג ע"פ דעת הכלל, הוא מקבל את סמכויות המלך. **התחליף של המלך זה הציבור, והציבור בוחר מנהיג ויש למנהיג את כל הסמכויות של מלך בגלל שבחרו בו**. כל שלטון נבחר יש לו את הסמכויות של מלך, וניתן להגיד שזה אפילו עדיף על פני מלך מכיוון שכאשר מדובר בשלטון נבחר, ההסכמה באה לידי ביטוי באופן יותר משמעותי.

**מלך ישראל**

האם הכלל של דינא דמלכותא דינא רלוונטי גם למלך ישראל? השאלה מתעוררת מכיוון שהכלל דיבר במקורו על מציאות שיש שלטון זר. ההלכה יוצאת מנקודת הנחה שמלך ישראל פועל ע"פ ההלכה, ולכן לכאורה דין המלכות לא אמור ליצור סתירה עם ההלכה, ושאלת דין המלכות נולדה על רקע המתח בין השלטון הזר לבין היהודים. יסוד הוויכוח הוא אצל הראשונים, אך הוא התעורר לפני 70 שנה מכיוון שיש שלטון של ישראל שהיהודים חיים תחתיו, אך הוא לא פועל ע"פ ההלכה. לדוגמא, כאשר השלטון מטיל חובה לשלם מס- אם זה שלטון זר מחויבים הלכתית לזה מכוח "דינא דמלכותא דינא". אך האם ההלכה תכיר גם בחוק של מלך ישראל מכוח "דינא דמלכותא"? או שמא נגיד שהוא מחויב לפעול ע"פ הקריטריונים של ההלכה, ולכן אם החוק חורג מההלכה הוא לא מחייב?

**ר"ן:** החובה היא דווקא במלכי עובדי כוכבים מכיוון שהם יכולים לגרש אותך מארצם אם אתה לא מקשיב לחוקים. אך במלך ישראל הכלל לא רלוונטי מכיוון שהוא לא יכול לגרש את עמ"י מהארץ שהרי הארץ שייכת להם ולא למלך. גם אם המלך לא יהודי אך הוא מולך בארץ ישראל אין מחויבות הלכתית להקשיב לו מכיוון שהוא לא הבעלים של הקרקע.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה' הלכה י"א:** יש חובה לפעול ע"פ חוקי מלך מכוח "דינא דמלכותא", בין במלך גוי ובין במלך ישראל. דעת הרמב"ם מתבססת על ההסכמה של העם ולכן זה רלוונטי גם במלך ישראל.

גם אם הכלל "דינא דמלכותא" לא נוגע למלך ישראל, ייתכן וצריך לפעול ע"פ חוקי המלך מכיוון שיש כלל הלכתי אחר שמקביל ל"דינא דמלכותא".

**שמואל א' פרק ח':** עד תקופה מסוימת לא היה מלך בישראל אלא שופטים. לקראת סוף ימיו של שמואל, זקני העם באים אליו ומבקשים שהוא ימנה מלך. הם לא פועלים בחלל ריק כי התורה אומרת שכאשר מגיעים לא"י צריך למנות מלך (השאלה היא האם יש חובה או יש אופציה- לא לענייננו). שמואל לא אוהב את הבקשה מכיוון שזה נראה כמרד באלוקים- אלוקים הוא המלך ולא צריך מלך אחר. בנוסף, לשמואל היו שני בנים והוא רצה שהם יהיו המנהיגים אחריו, ולפי בקשת העם נראה שהם לא רוצים שבניו יהיו המנהיגים הבאים. לבסוף שמואל אומר שהם כן יכולים לקבל עליהם מלך, אך שמואל אומר להם מיוזמתו מה יהיה משפט המלך, כלומר מה יקרה כאשר ימנו מלך- ייקח את הילדים לעבודות שהוא צריך, ייקח את השדות והרכוש שלהם כדי לתת לשריו, ייקח מיסים, עבדים, שפחות ועוד.

לא לגמרי ברור מה כוונתו של שמואל. אפשר להבין את דבריו בשתי צורות:

1. שמואל לא אהב את הבקשה של העם, ולכן הוא מנסה לשכנע אותם לא למנות מלך. הוא מנסה להפחיד את העם בכך שלמלך יש סמכות לעשות כפי שהוא קובע.
2. אין כאן הרתעה אלא חיוב של שמואל לתאר את סמכויותיו של המלך.

**בבלי סנהדרין דף כ' עמוד ב':** לפי האמורא שמואל, כל הסמכויות ששמואל הנביא מתאר שהמלך יכול לעשות- המלך באמת רשאי לעשות אותם, וזה לא תיאור דמיוני. לעומת זאת רב אומר שזה נאמר רק כדי לאיים על העם.

**מאירי נדרים כ"ז, ב':** אין חילוק בין מלך זר למלך ישראל בכלל "דינא דמלכותא". לא נזקקים לדיון האם זה חל במלך ישראל מכיוון שהתארים הכתובים בספר שמואל הם דוגמאות לסמכויותיו של המלך, והוא רשאי לעשות כפי שרוצה. **יש לנו כלל שמקביל ל"דינא דמלכותא" שנותן למלך סמכות לעשות אפילו מעבר לכלל של "דינא דמלכותא".**

**דינא דמלכותא דינא- היקף הכלל/ שיעור 21**

גם מתוך הנחה שאנו אומרים דינא דמלכותא דינא, האם זה נכון לכל דבר או שיש לזה מגבלות? ברור שדין מלכות שמורה לאדם לעבור על איסור או אוסר על אדם לעשות מצווה- לא מקשיבים לדין המלכות וברור שלא חובה לציית לו. אך האם בנושאים אחרים, בעיקר בדיני ממונות שהמלך יקבע, נאמץ את דינו או שיש מגבלות?

הרעיון של דינא דמלכותא נולד מכיוון שהוא בא להתמודד עם המציאות שהיהודים חיים תחת שלטון זר והם צריכים להשתלב עם הסביבה, אך מצד שני יש רצון לשמר את הדין ההלכתי. ככל שמרחיבים את הכלל של דינא דמלכותא, מייתרים את הדין ההלכתי והוא הופך לפחות רלוונטי. עלול להיווצר מצב שלא יזדקקו לבתי הדין של הקהילה מכיוון שאם בבתי הדין פוסקים לפי דין המלכות, יעדיפו ללכת לבתי הדין של המלך שהרי הם יודעים את דין המלך יותר טוב מבית הדין העברי. לכן הרבה פוסקים ניסו לצמצם את ההיקף של "דינא דמלכותא דינא".

**שו"ת תשב"ץ א', קנ"ח:** אם המלך קבע חוק שלא חל על כולם והוא לא שוויוני- אין חובה לציית מבחינה הלכתית לאותו חוק, שאין זה מחוקי המלכים להטיל כלל רק במקום אחד. דיני המלכות נוהגים בכל מקום ולכן אם החוק לא חל בכל מקום של המלכות ועל כל אנשי המלכות, אין מחויבות הלכתית לציית לדין המלך. ברור שמדובר בחוק שהנימוקים להפליה הם לא רלוונטיים.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה' הלכה י"ד:** אם המלך חוקק חוק שהוא כללי ושוויוני- החוק חל ואם מכוח אותו החוק המלך לוקח מאדם רכוש זה לא נחשב גזל. אך אם המלך מחליט שהוא מפקיע את רכושו של אדם בלי שום קריטריונים- זה לא דין וזה נחשב גזל. אם המלך לוקח בכוח רכוש של אדם אין מה לעשות, אך ההלכה לא נותנת לזה לגיטימציה, והדין לא תקף מנקודת מבט הלכתית.

**שולחן ערוך חושן משפט סימן שס"ט סעיף ח':** למלך יש סמכות להפקיע רכוש של אדם גם לצורך ענישה. אם הדין הוא כללי והוא קובע כי אדם שעובר על עבירה מפקיעים את רכושו- גם מבחינה הלכתית יש לחוק הזה תוקף, ואם אדם קונה את הרכוש שהופקע, ההלכה מכירה בזה. אך אם החוק "פרסונלי"- אינו שוויוני וצודק, ההלכה אינה מכירה בו. הרמ"א אומר שיש מחלוקת בין הפוסקים להיקף דינא דמלכותא- יש אומרים שזה רק תקף במיסים ומכסים התלויים בקרקע משתי סיבות:

1. הסוגיות התלמודיות בעיקר דיברו בנושאים אלו.
2. נסמך על דעת הר"ן שאומר שהחובה לציית לדין המלכות הוא מהטעם שהמלך הוא בעל הקרקע, ולכן כבעל קרקע המלך יכול להכתיב חוקים שקשורים לקרקע. אך אין למלך סמכות להכתיב כללים כשיש וויכוח בין שני אנשים שקשור למשפט פרטי אחר.

יש החולקים ואומרים שדינא דמלכותא דינא נאמר בכל דבר, וייתכן שהם מתבססים על דעת הרשב"ם שאומר שלדין המלכות יש תוקף מכיוון שאנו מקבלים את כל חוקיו ומשפטיו, גם את אלו שנוגעים ליחסים בין פרטים בחברה.

**מגיד משנה הלכות מלווה ולווה כ"ז, א':** הכלל דינא דמלכותא נאמר דווקא כשיש למלך תועלת, לדוגמא החיוב לתת מיסים, אולם זה לא נאמר בדינים של בין אדם לחברו.

**רמ"א שולחן ערוך חושן משפט סימן שס"ט סעיף י"א:** מביא את דברי הרשב"א במקרה בו אישה קיבלה נדוניה מאביה, ולבסוף היא וביתה מתו, והאב דורש לקבל את הנדוניה. אחת מטענות האב היו כי הולכים לפי המנהג הזר, והרשב"א לא קיבל את הטענה הזאת. הרמ"א מוסיף שגם מכוח "דינא דמלכותא" לא ניתן הכרה לדין הזה מכיוון שאומרים "דינא דמלכותא דינא" רק בדבר שיש בו הנאה למלך, למשל מיסים. **הכלל נאמר בדברים שהמלך נהנה מהם באופן ישיר, או שהוא נועד לתקנת בני המדינה**- דברים שהמלך עושה לטובת הכלל, לדוגמא הפקעת קרקע כדי לבנות רחוב בשביל כולם. אולם בדברים פרטיים אסור לדון בדין זר, שאם כן יבטלו כל דיני ישראל וכבר לא תהיה להם משמעות.

**ריטב"א בבא בתרא נ"ה, א':** הראשונים הסכימו שאומרים דינא דמלכותא רק בחוקי המלכות שהם קבועים וידועים, אך אם המלך קובע דין חדש, זה לא נחשב דין שמחויבים עליו מבחינה הלכתית, עד שיסכימו עליו כל אנשי המלכות. אם מבססים את דין המלכות לפי הטעם שזה תקף משום תקנות חכמים, דיני המלכות תקפים רק לתקופתם מכיוון שהם אימצו את הכללים שהיו בזמנם, ולא סביר שחכמים אימצו חוקים חדשים שלא בתקופתם. לכן הריטב"א אומר שדינא דמלכותא מוגבל לחוקי המלך שהיו יודעים תמיד, אך אם המלך קובע דין חדש שלא היה מוכר אצל המלכים הראשונים דינו לא דין, אלא אם כן החכמים מתכנסים ומחליטים לאמץ את הדין.

**מגיד משנה גזלה ואבדה ה', י"ג:** חולק על הריטב"א ואומר שאם המלך בא לעשות דין חדש ומחליט להעניש את מי שעובר על אותו חוק, זה נחשב דין גם מבחינה הלכתית, מכיוון שהרמב"ם אומר שהטעם של דינא דמלכותא הוא שאנו מסכימים לחוקי המלך- ישנים וחדשים.

**ש"ך חושן משפט סימן ע"ג:** דן בשאלה על אדם שהלווה לאדם אחר כסף, ולכן האדם שקיבל את ההלוואה נתן משכון. לפי ההלכה, אם לא מגדירים את זמן ההלוואה תאריך הפירעון הוא 30 יום. אם לאחר 30 יום לא הוחזר הכסף, אפשר להתחיל את תהליך הפירעון. באותו מקום תקופת ההלוואה הייתה שנה. לפי הש"ך דבר זה תמוה מכיוון שלוקחים את דיני הגויים ומבטלים דין תורה. גם לפי הפוסקים שלא מגבילים את "דינא דמלכותא" רק בדיני קרקעות, הכלל נאמר כאשר אין הלכה מפורשת, אך **אם דין המלך נוגד דין תורה מפורש וברור, אסור לפעול על פיו**. אם מקבלים את המגבלה שדינא דמלכותא תקף רק כאשר יש למלך הנאה מהחוק, ברור שבמקרה שבו אדם מלווה לאדם אחר, הכלל דינא דמלכותא לא רלוונטי שהרי זה משפט פרטי בין אדם לחברו ואין כאן הנאה למלך. אם ההלכה לא חד משמעית, מותר לאמץ את הדין הזר, אך ברגע שיש הלכה ברורה ואדם עדיין מחליט לאמץ את הדין הזר, זה נראה שהוא מכחיש את דיני ישראל.

מצד אחד לא יכול להיות שלא נכיר בחוקי המלך, אך מצד שני אנו לא רוצים שהפתח יהיה יותר מידי רחב ואז ייווצר מצב שדין המלכות יבלע את הדין ההלכתי ודין ישראל לא יהיה רלוונטי. יש צורך בפתיחות והתאמה, אך מצד שני יש רצון לשמור על עולם ההלכה כעולם חי ותקף.

לא כל המגבלות מוסכמות על כולם, וישנן מגבלות שחלק פוסקים מאמצים ומגבלות אחרות שאחרים מאמצים. המגבלה המצמצמת היא שדיני המלכות שייכים רק לגבי קרקע, יש המרחיב את המגבלה לחוקים שנועדו להנאת המלך והנאת הציבור, יש מגבלה שזה רק לחוקי המלך שהם ידועים ולא לחדשים, ויש מגבלה שזה נאמר רק כאשר זה לא סותר הלכה ברורה וחד משמעית.

סוגיית דינא דמלכותא מתקשרת לדרכים השונות שבהן נוצרות נורמות הלכתיות שונות, או בדרכים שהן משתנות. היא גם נוגעת למציאות שבה אנו חיים במדינת ישראל כיום. יש בתי דין לדיני ממונות והם מנסים לפתור סכסוכים ע"פ ההלכה. אם יש שני אנשים שהולכים לבית דין הלכתי, האם יעניין אותם כיצד המשפט האזרחי מורה לפעול, או שמא הם רק יפעלו ע"פ ההלכה? ייתכן שאדם תובע אדם אחר ושניהם שומרים הלכה ולכן יחליטו ללכת לבית דין הלכתי, האם יש משמעות לדיני המדינה או שפועלים רק ע"פ ההלכה?

אפשרות אחת היא להגיד שאנו מקבלים את הכלל "דינא דמלכותא" ולכן הדיין יכול לאמץ את דיני המדינה. אך אפשרות זו רלוונטית רק כאשר אנו אומרים שדינא דמלכותא רלוונטי גם במלך ישראל, וגם כאשר הדין חל על מלך ישראל עדיין יש מגבלות. אפשרות שנייה היא להגיד שדיני הכנסת מקבלים מעמד של תקנת קהל. אפשר לראות בכנסת גוף שנבחר ע"י הציבור (מקביל לשבעת הפרנסים) ומכיוון שהכנסת מייצגת את הציבור, לחוקים שהם קובעים יש סוג של מעמד של תקנת ציבור. אפשרות שלישית היא לראות בדיני המדינה מנהג- זה הנוהג הקיים ומאמצים אותו מכיוון שזה המנהג. הנפקויות של שלושת האפשרויות הן שאם אנו אומרים שחייבים לקבל את דיני המדינה מכיוון שזה המנהג, צריך לבדוק האם המנהג באמת תקף- צריך לבדוק בשטח בקהילה הרלוונטית האם באותה הקהילה נוהגים ע"פ המנהג, וכך אפשר לקבוע אם יש לו כוח ותוקף. אם אנו אומרים שדיני המדינה זה מנהג והקהילה לא מאמצת את אותם חוקים, בית הדין לא חייב לקחת בחשבון את חוקי המדינה.

מה קורה בהקשר הפלילי? האם ברמה ההלכתית מכירים בסמכות המדינה להעניש עבריינים שלא ע"פ ההלכה? ההלכה מכירה בסמכות של מלך להעניש גם כשזה לא לפי דיני ההלכה. אם אדם עבר עבירה שהיא עבירה שיש בה הקשר חברתי, לדוגמא רצח או גניבה, יש למלך סמכות שיפוטית במקביל לבית הדין. בתחילה נביא את האדם שעבר על העבירה לבית הדין ההלכתי ונבדוק האם צריך להעניש אותו. ייתכן ונגיע למסקנה שע"פ ההלכה הוא לא מקבל עונש (מכיוון שיש כללים מסוימים איזה עדים כשרים כדי להעיד וכו') ולכן נעביר אותו לבית דין אזרחי. ייתכן ובהקשר הדתי האדם לא ראוי לעונש, אך בהקשר החברתי הוא כן ולכן צריך למצוא פתרון. **בהקשר הפלילי הכלל של דינא דמלכותא קיים, בלי חובה להיות כפוף לדין תורה בכל המובנים**. דין המדינה זה בעצם סוג של דין מלך ולכן המדינה רשאית להעניש עבריינים.

**משפט ומוסר/ שיעור 22**

**הקדמה- פס"ד כיתן נ' וייס:** מדובר בחברת מצעים שבאותה תקופה הייתה לה אחיזה משמעותית במשק ובמעמד הציבור. החברה שכרה אדם שיהיה השומר במפעל ולכן קיבל נשק. אותו אדם רצח בנשק שקיבל אדם אחר. הוא הועמד לדין ומשפחת הנרצח תבעה את חברת כיתן בתביעה נזיקית- הם היו צריכים לדעת שלאדם הזה יש בעיות נפשיות, ולכן לא היו אמורים לתת לו נשק, ובכך החברה התרשלה ולכן הם תובעים לפיצויים. התביעה התקבלה במחוזי וערערו עליו בעליון וניסו לפשר בין הצדדים כך שהחברה תשלם פיצויים בלי להודות על התרשלות. לבסוף ביהמ"ש ניתח את דיני הנזיקין, וקבע שלחברה אין חובה נזיקית כלפי המשפחה. אחד השופטים היה השופט מנחם אלון, והוא הוסיף שע"פ הדין החברה באמת לא צריכה לשלם פיצויים, אך לפנים משורת הדין הם צריכים. אי אפשר לחייב את החברה לשלם את הפיצויים, אך זו התנהגות של לפנים משורת הדין. השופטים האחרים לא אהבו את ההערה של השופט אלון מכיוון שהם אמרו שאין קשר לפסק הדין- תפקידם כשופטים להגיד לצדדים להתנהג לפי הדין ולהגיד להם להתנהג לפנים משורת הדין זה לא חלק מתפקידם. בית המשפט עוסק בדין, וכל עוד מראש ניסינו להגיע לפשרה זה בסדר, אך מרגע שהצדדים אילצו אותנו לשים את כובע השפיטה אנו מחויבים לעשות דין, וכל התנהגות של לפנים משורת הדין זה לא מקומנו לדון בו.

השופט אלון לקח את ההתנהגות של לפנים משורת הדין כחלק מהליך הדיון של המשפט העברי. המשפט העברי לוקח בשיקול התנהגות שהיא לפנים משורת הדין, ומשם אלון לקח אותו. אלון לא חייב את החברה לנהוג לפנים משורת הדין אלא הוא אמר שהוא מבקש לנהוג לפנים משורת הדין.

יש במשפט חיוב משפטי וחיוב מוסרי. חיוב משפטי ניתן לאכוף על אדם, ולעומת זאת חיוב משפטי הוא לא בר אכיפה. השאלה היא כמה השיקולים המוסריים נלקחים בחשבון בתוך השיקולים הממוניים?

**דברים פרק ו' פס' י"ז-י"ח:** "שמור תשמרון את מצוות ה' אלוקיכם ועדותיו וחוקיו אשר צווך ועשית הישר והטוב בעיני ה' למען ייטב לך..."- ההנחה של חז"ל כאשר הם דורשים את פסוקי התורה היא ששום דבר לא מיותר. שום פסוק לא נכתב סתם, ואם פסוק, מילה ואפילו אות נכתבו פעם נוספת זה בא להוסיף, וחז"ל ינסו להסיק מההוספה מסקנה הלכתית.

אם מסתכלים על הפסוקים אנו נתקלים בקושי- בפסוק הראשון כתוב "שמור שתמרון", כלומר צריך לשמור את המצוות והחוקים. בפסוק השני כתוב "ועשית הישר והטוב בעיני ה' למען ייטב לך". מה המילים "ועשית הישר והטוב בעיני ה'" מוסיפות? הרי הכוונה היא לשמור את המצוות וזה כבר נאמר בפסוק שלפני. אם כן החזרה נראית מיותרת! הרמב"ן דן בהוספה זו ומהי כוונתה:

**רמב"ן דברים פרק ו' פס' י"ח:** הרמב"ן מחלק את פירושו לשניים- דרך הפשט ודרך הדרש:

על דרך הפשט- עשיית הישר והטוב זה המניע. מקיימים את המצוות מכיוון שהאדם רוצה לעשות את הטוב והישר בעיני האלוקים, ועל הדרך הוא מקבל שכר.

על דרך הדרש- עשיית הישר והטוב זה לנהוג לפנים משורת הדין. הפסוק הראשון מורה לנו לשמור את החוקים- המצוות, והפסוק השני כביכול אומר "תהיה תם לב". בכל התנהגויות שהן בפן של בין אדם לחברו האדם נדרש לנהוג בתום לב. ישנן גם סיטואציות שבהם התורה לא אמרה כיצד צריך להתנהג, ועל כן צריך לפעול בדרך של "ועשית הישר והטוב בעיני ה'"- לחשוב כיצד אלוקים היה רוצה שתעשה, וכך לנהוג.

הרמב"ן מוסיף כי אחד העקרונות העומדים בבסיס האמונה היהודית היא שהתורה היא תורת נצח, והיא תקפה בעבר, הווה ועתיד, והיא אינה משתנה. ברור לכולם כי המציאות משתנה- בעולם המסחר, תפיסות חברתיות משתנות ועוד. אולם כיצד התורה שניתנה לפני כמה אלפי שנים יכולה להיות רלוונטית גם היום? הרמב"ן אומר שלא ניתן להזכיר ולכלול בתורה את כל האפשרויות שיתרחשו מכאן ועד עולם. הכוונה ל"אי אפשר" זה לא בהיבט הטכני אלא שזה לא הדבר הרצוי והנכון לעשות, מכיוון שצריך להשאיר מרחב של גמישות. לכן התורה נתנה כללים מסוימים שאמורים להנחות את האדם בחייו. הכלל "ועשית הישר והטוב" אמור להנחות ולעמוד מול האדם בפן החברתי. זה כולל פשרה, התנהגות שהיא לפנים משורת הדין, דינא דבר מצרא, דיבור נאה עם הבריות, להיות וותרן ועוד. עשיית הישר והטוב זה כלל-על שאמור לרחף מעל הפעילות היומיומית של האדם, במיוחד מול אנשים אחרים.

**ויקרא פרק י"ט פס' א'-ב':** "קדושים תהיו כי קדוש אני ה' אלוקיכם"- יש כאן ציווי להיות אנשים קדושים. מה הפירוש של להיות אנשים קדושים? ניתן להגיד כי להיות קדוש פירושו לקיים את המצוות. אולם בכל מצווה שכתובה בתורה יש ציווי לקיימו, והתורה לא מוסיפה מילה שהיא מיותרת. אם כן, מה ההוראה הזאת מוסיפה?

**רמב"ן ויקרא פרק י"ט פסוק ב':** אחד הדרכים לדרוש פסוקים בתורה זה על כלל הסמיכות. כאשר נושאים מובאים אחד אחרי השני והם לא בהכרח קשורים זה לזה, הסמיכות של הנושאים מלמדת אותנו משהו. הרמב"ן מביא תחילה את דברי רש"י האומר שצריך לבדוק מה כתוב בפסוקים לפני כדי להבין מהי הכוונה של "קדושים תהיו". הפסוקים שלפני מדברים על איסור גילוי עריות וכל הגדרותיה, ומיד אח"כ מופיע "קדושים תהיו". לכן רש"י אומר שכוונת הפסוק "קדושים תהיו" הוא לפרוש מהעריות ולהיות זהיר באיסור זה.

הרמב"ן אומר שהכוונה של "קדושים תהיו" היא להיות פרושים אך לא כפי שפירש רש"י. לטעמו, "קדושים תהיו" זה כלל-על. ישנה רשימה של איסורים, ואיסורים אלה הם ברורים- לא לאכול בשר וחלב, לא לשתות יין שאסור ועוד. ניתן להניח כי כל מה שלא נכתב ברשימת האיסורים מותר לעשותם. אולם "קדושים תהיו" בא להורות לאדם לשים לעצמו גבולות, ולא כל דבר שלא אסור זה מותר. הרמב"ן אומר שאל לו לאדם להיות "סובאי ביין", כלומר מותר לשתות יין כשר, אולם צריך לשים גבולות כמה יין הוא שותה. פורמאלית האדם לא עובר עבירה, אך הוא מנצל את ה"חלון" שהתורה לא אסרה עליו, ולכן הרמב"ן קורא לאדם כזה "נבל ברשות התורה"- אדם שהתנהגותו סותרת את רוח התורה, למרות שפורמאלית הוא מקפיד על קיום המצוות. הקדושה מחייבת את האדם לשים מגבלות. אחרי שהתורה פירטה את האיסורים, היא נתנה כלל-על להיות קדוש.

הפסוק הראשון "ועשית הישר והטוב" זה במישור של בין אדם לחברו, והפסוק השני "קדושים תהיו" זה במישור של בין אדם למקום. אצל הרמב"ן יש מבנה שיטתי של פרטים ועיקרון-על.

העקרון של עשיית הישר והטוב משפיע בשלושה מישורים:

1. **תקנות חכמים**- עקרון זה עומד בבסיס תקנות חכמים. כאשר חכמים מתקנים תקנה הם רואים יישום של עשיית הישר והטוב. ברגע שהחכמים מתקנים תקנה, יש הפיכה מחיוב מוסרי לחיוב משפטי.
2. **בית הדין**- כשבית הדין פוסק הוא צריך לא רק לעשות את הדין הפורמאלי, אלא גם להגשים את העקרון.
3. **האדם הפרטי באשר הוא**- ישנה ציפייה מאדם פרטי שהוא ינהג ע"פ עקרון עשיית הישר והטוב.

עשיית הישר והטוב ע"י תקנות חכמים

דוגמא ראשונה לתקנה המבוססת על העקרון היא "דינא דבר מצרא"- דין בן השכן.

**הקדמה:** עד שנת 1969 דיני המקרקעין היו מבוססים על המשפט העותומאני שקבע זכות קדימה. לדוגמא, אם אדם (ראובן) גר בדירה מסוימת והוא רוצה דירה יותר גדולה יש לו שתי אופציות- או לעבור לדירה, או להרחיב את הדירה לקומה שמעליו או לדירה שלידו. ברור שאם אדם (שמעון) גר בדירה לא ניתן לסלקו בגלל שראובן רוצה להרחיב את דירתו. אולם שאלת זכות הקדימה מתעוררת כאשר שמעון רוצה למכור את דירתו. האם לראובן יש זכות קדימה לפני צד שלישי לקנות את הדירה? הספק הוא שמצד אחד זה לא משנה אם ניתן לראובן זכות קדימה, הרי שמעון רק רוצה למכור את הדירה. מצד שני, ניתן להגיד כי שמעון יכול למכור את הדירה למי שהוא רוצה, ולא ניתן לחייבו למכרו לראובן. בנוסף, אם שמעון יודע שראובן רוצה לקנות את הדירה ייתכן והוא ינצל אותו ויעלה את מכיר הדירה. עד שנת 69 הייתה זכות קדימה, אך כשנחקק חוק המקרקעין זכות זו בטלה מכיוון שזה פגע בחופש הקניין, שהרי חלק מחופש הקניין זה העברת הבעלות של הקרקע למי שהאדם רוצה.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ק"ח:** הסוגייה דנה באדם שמחזיק קרקע בין אחים או שותפים. ברור שכל עוד האדם משתמש בקרקע שלו וזה בבעלותו אי אפשר להעיף אותו. השאלה מתעוררת בשלב שבו בעל הקרקע מחליט למכרו לצד ג'- האם אפשר להגיד לאותו צד ג' להסתלק או שלא.

לפי רב הצד השלישי שרכש קרקע בין אחים או שותפים הוא חצוף, **אולם אי אפשר לסלקו,** כלומר בית הדין לא יכול להוציאו משם. אין כאן זכות משפטית אפילו בסיטואציה זו, אך אולי יש זכות מוסרית.

לפי רב נחמן ניתן לסלקו. רב נחמן סבור שקרקע בין אחים או שותפים היא לא רק זכות מוסרית אלא גם זכות משפטית, ובית הדין רשאי לסלק את הצד השלישי (כמובן שצריך לשלם לו את מה ששילם עבור הקרקע). אולם אם מדובר במקרה של "דינא דבר מצרא"- לא מדובר במקרה של קרקע של אחים או שותפים, אלא הקרקע העומדת למכירה סמוכה לקרקע אחר, לא ניתן לסלק את צד ג'. **לפי רב נחמן, יש זכות קדימה משפטית וניתן לסלק את צד ג' רק בקרקע של אחים או שותפים.**

לפי חכמי נהרדעא גם במקרה של "דינא דבר מצרא"- מצב של שכן רגיל שרוצה לקנות את הקרקע, **אפשר לסלק את צד ג', וזכות הקדימה הזאת היא משפטית.** לפי חכמי נהרדעא, נתנו זכות קדימה לשכן מכיוון שנאמר "ועשית הישר והטוב בעיני ה'". על האדם להטיב עם שכנו בעת המכירה ולהציע לו את הקרקע מכיוון שהוא אינו מפסיד מכך. אם צד ג' לא מקבל את הקרקע הוא נשאר בדיוק באותו המצב שהיה לפני וימשיך לחפש קרקע. אולם לא ניתן לשלוח את השכן לחפש קרקע במקום אחר, שכן הוא רוצה את הקרקע שצמודה לו, ולכן יש לו זכות קדימה.

במתנה וירושה אין בהם משום "דינא דבר מצרא". אם אדם נותן לאדם אחר את קרקעו, או שהקרקע עוברת בירושה, אין את הדין של דינא דבר מצרא והשכן לא רשאי לסלק את האדם שקיבל את הקרקע. לא ניתן להגיד לאדם שקיבל מתנה או ירושה לקבל מתנה אחרת, ולכן אם נגיד שיש זכות קדימה לשכן אנו פוגעים ביורשים.

אם לאדם היו מספר שדות והוא מכר את כל שדותיו ב"עסקת חבילה" לצד ג', אין בה משום "דינא דבר מצרא". שכן, אם שכן יבוא ויגיד שיש לו זכות קדימה, צד ג' יכול לבוא למוכר ולטעון כי הוא קנה את כל השדות בעסקת חבילה, אך אם מפרקים את החבילה הוא כבר אינו מעוניין בעסקה. אם נפעיל את דינא דבר מצרא אנו עלולים לפגוע במוכר.

ראובן שמכר את השדה שלו לשמעון, ושנים אחרי שמעון רצה למכור את השדה וראובן מבקש לקנות את הקרקע, ראובן מקבל את הקרקע ולא השכן, מכיוון שלבעלים הראשונים יש זכות קדימה. אם השכן בא ומבקש את הקרקע אומרים שהכלל של דינא דבר מצרא אינו תקף, מכיוון שזה יפגע בקונה שהוא הבעלים הראשונים.

**רש"י מסכת בבא מציעא:** הכלל "דינא דבר מצרא" לא תקף כאשר עלול להיגרם נזק למוכר.

יש כאן קושי פרוצדוראלי- הרבה יותר פשוט להגיד כי המוכר צריך לוודא שהשכן לא רוצה לקנות את הקרקע, ורק אז למכור לצד ג'. לו היינו חיים במשטר כזה, כנראה שפרקטית צד ג' לא היה קונה לפני שהיה בודק אם השכן מוותר על זכותו או לא. ברמה הפורמאלית, המוכר לא מוודא אם השכן רוצה לקנות את הקרקע משתי סיבות:

1. כדי שיהיה אומדן ברור מה שווי הקרקע.
2. בא להתגבר על המצב של גמירת דעת- צריך שהמוכר ימכור עם גמירת דעת ושהקונה יקנה עם גמירת דעת. אולם, אם המוכר לא רוצה למכור את הקרקע לשכן ישנה בעיה של גמירת דעת. לכן, צד ג' הוא כביכול שלוח של השכן וקנה עבורו את הקרקע, ולכן ניתן להעביר את הקרקע לשכן גם בלי מעשה קניין נוסף. מכוח הדין הפכו את צד ג' לשלוח של השכן.

**טור חושן משפט סימן קע"ה:** תקנת "דינא דבר מצרא" הוא משום עשיית הטוב והישר. לכן, במקרה שבו אין למוכר הפסד או נזק, טוב שימכור את הקרקע לשכנו.

דוגמא שנייה לתקנה המבוססת על העקרון היא "שומא הדר"- הערכה חוזר.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל"ה עמוד א':** הסוגייה עוסקת בשומא הדר- שמאי חוזר. כשאדם לוקח הלוואה הוא מבטיח להחזיר את ההלוואה עד זמן מסוים. המלווה רוצה להבטיח שההלוואה תחזור אליו, ולכן הוא מחפש ביטחונות. ישנם כמה סוגי ביטחונות, ואחד הוא שיעבוד נכס מקרקעין- כלומר כנגד ההלוואה הנכס משועבד. אם אדם לוקח הלוואה והגיע זמן הפירעון ואין לו כסף להחזיר אולם יש לו נכסים, לדוגמא תכשיטים, מכונית ועוד- אפשר להשתמש בהם כדי לפרוע את החוב. כמובן שזה כפוף להלכה שצריך להשאיר את האדם עם תנאי מחייה מינימאליים. כאשר לאדם אין נכסים, במקרה כזה עושים שעבודים (קצת כמו משכנתא). לפי ההלכה, אם כתבו שטר כנגד ההלוואה, אוטומטית כל נכסי מקרקעין של הלווה משועבדים למלווה, ואם הגיע זמן הפירעון הנכסים הם של המלווה. הבעיה מתעוררת כאשר הלווה מכר את נכסי המקרקעין, ובמועד הפירעון אין לו מה להחזיר למלווה. במקרה כזה, המלווה יכול ללכת לצד ג' ולהגיד שהקרקע משועבדת ולכן שייכת לו, אך זה **בתנאי שנכתב שטר.** לשטר יש קול, כלומר פרסום, מכיוון שבזמנם לא ידעו לכתוב שטרות, ולכן בכל עיר היה סופר. על כן, אם אדם הולך לקנות קרקע הוא יכול לשאול את סופר העיר האם הקרקע משועבדת מכיוון שהוא יודע אלו קרקעות נמכרו, אלו משועבדות וכו'. אולם אם לא היה שטר, והעסקה נעשתה בפני שני עדים, המלווה לא יכול לקחת את הקרקע מצד ג' שהרי כיצד עליו היה לדעת כי הקרקע משועבדת?

במקרה שבו אדם מוכר את נכסי המקרקעין שלו למספר אנשים, המלווה קודם כל הולך לקונה האחרון כדי לקחת ממנו את הנכס. הטעם לכך הוא שהקונה הראשון יכול לטעון שכאשר הוא קנה מהלווה, הוא השאיר אצלו מספיק כסף כדי שהוא יוכל לפרוע את החוב. תמיד מתחילים מהקונה האחרון לראשון כי האחרון הוא זה שפגע בשעבוד של המלווה.

תהליך מימוש הקרקע- בין אם זה מהלווה או מצד ג' (הקונה)- כולל מספר שלבים:

1. חיפוש נכסים
2. דריסת רגל
3. שומא הדר

**שומא הדר והתנהגות לפנים משורת הדין/ שיעור 23**

תהליך מימוש הקרקע- בין אם זה מהלווה או מצד ג' (הקונה)- כולל מספר שלבים:

1. **שטר חיפוש נכסים**- בית הדין מוציא שטר חיפוש נכסים לטובת המלווה שלפיו הוא אומר לו לחפש אחר נכסי החייב- איזה נכסים יש לו, האם הוא מכר אותם, למי הוא מכר, מה היה סדר המכירה וכו', כדי שהמקרה יהיה ברור לבית הדין.
2. **שטר "אדרכתא", שטר דריסת רגל-** בית הדין מעביר לחזקתו של המלווה קרקע, אך עדיין לא לבעלותו. חזקה זה משהו שתופסים בו, אולם זה לא שייך לאדם, ובעלות זה כאשר הקרקע שייכת לאדם. בשלב הזה עדיין לא עשו שמאות מדויקת ולא בדקו כמה הקרקע שווה, אלא העבירו למלווה קרקע לבינתיים.
3. **שומא הדר**- בית הדין עושה הערכה של שווי הקרקע, ובעקבות הערכה זו מביאים למלווה קרקע בשווי שמגיע לו. המלווה הופך להיות הבעלים של הקרקע, והוא יכול לעשות בו כפי שהוא רוצה.

בין כל שלב צריך לחכות 30 יום למקרה והלווה יוכל לפרוע את החוב שלו. במצב שבו הלווה בא לאחר תקופה ארוכה עם כסף להחזיר למלווה, ודורש לפדות את הקרקע, האם הלווה יכול לכפות על המלווה להחזיר את הגלגל לאחור ולאפשר לו לפדות את הקרקע בחזרה? ע"פ הדין, התשובה אמורה להיות לא, שהרי הקרקע בבעלותו של המלווה, ומכיוון שזה בבעלות המלווה לא ניתן לכפות עליו.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל"ה עמוד א':** חכמי נהרדעא נתנו פרק זמן של שנה בו הלווה יכול לבוא למלווה ולפדות בחזרה את הקרקע. אמימר (שם של אמורא) שגם הוא מחכמי נהרדעא מוסיף שהוא סובר שלעולם ניתן לפדות את הקרקע, ולא רק תוך פרק זמן של שנה. ברגע שללווה יש כסף להחזיר למלווה והוא רוצה לפדות בחזרה את הקרקע, אנו נאלץ את המלווה להחזיר את הקרקע. חכמי נהרדעא מבססים זאת ע"פ הפסוק "ועשית הישר והטוב"- למלווה רק היה אמור להיות כסף ולא קרקע, וללווה הקרקע הייתה מקום מגורים או מקור פרנסה. בעיני הבעלים יש חשיבות לקרקע, ולכן עשיית הטוב היא להחזיר לו את הקרקע.

**רמב"ם הלכות מלווה ולווה פרק כ"ב הלכה ט"ז:** אם הלווה הצליח להשיג כסף לאחר זמן, הוא יכול לבוא למלווה ולפדות את השדה שלו, וזה לא תלוי בפרק זמן, מכיוון שכתוב "ועשית הישר והטוב".

אם המלווה הספיק להעביר את הקרקע לצד ג', אין שומא חוזר. יש ללווה זכות לפדות בחזרה את הקרקע בתנאי שהקרקע עדיין בבעלותו של המלווה, מכיוון שאפשר להגיד שהמלווה רק היה אמור לקבל כסף. אך אם הקרקע הגיע לצד ג' ע"י קניה, ירושה או מתנה, אי אפשר לבוא בטענה שהם היו אמורים רק לקבל כסף.

הביטוי "לעולם" שמופיע בגמרא הוא ביטוי מטאפורי, שהרי ברגע שנותנים את הקרקע לצד ג' לא ניתן לפדות אותו.

מה קורה אם המלווה השביח את הקרקע? אם הלווה פודה את הקרקע, הוא חייב להשיב למלווה את הוצאותיו. יש מחלוקת מה קורה אם יש השבחה מעבר לשווי הראשוני- הקרקע הייתה שווה 100, המלווה השקיע 10 ע"י נטיעת עצים, ועכשיו הקרקע שווה 120- יש כאן רווח של 10. המחלוקת היא לגבי השאלה האם הלווה חייב להחזיר גם את שווי הרווח.

מימוש עשיית הישר והטוב ע"י בית הדין

**לפנים משורת הדין**

לפנים משורת הדין היא הנהגה המוטלת על האדם לעשות מעבר לחיוב המוטל עליו ולנהוג עימו במידת החסד. לרוב הקונוטציה היא שהאדם יכול להחליט האם הוא רוצה להתנהג לפנים משורת הדין או לא. בהלכה, התנהגות לפנים משורת הדין לא ניתנת רק לשיקול דעתו של האדם הפרטי, אלא יש גם את השיקול של בית הדין, עד כדי כך שבית הדין יכול **לחייב** את האדם להתנהג לפנים משורת הדין. הביטוי הזה קשה שהרי יש בו סתירה פנימית- אם בית הדין מחייב את האדם להתנהג לפנים משורת הדין, אנו אמורים לקרוא להתנהגות כזו דין.

**שמות פרק י"ח פסוק כ':** "והזרתה אתהם את החוקים ואת התורות והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון"- נראה שיש כפילות בפסוק, הרי המעשה נגזר מהדרך, אם כן מה החידוש? חז"ל אומרים שלפעמים יש הבדל בין הדרך- שהוא הדין, לבין המעשה- התנהגות לפנים משורת הדין.

ברור שלא תמיד מצפים מהאדם לנהוג לפנים משורת הדין, שהרי אז אדם תמיד יצטרך לוותר, ובכך מבטלים את הדין.

**דיני השבת אבידה:** ישנו פסוק בתורה האומר שאם אדם מוצא מציאה, הוא חייב להשיב אותה לבעליה ולא להתעלם ממנה. מכאן לומדים את העקרון הכללי של השבת אבידה. לא חייבים להשיב כל אבידה אלא רק אבידה שאנו מניחים שבעל החפץ לא התייאש ממנה. ההנחה היא שברגע שבעל החפץ התייאש מלמצוא אותו הוא וויתר על הבעלות, ולכן החפץ הפקר. ברגע שהאדם מוותר על בעלות החפץ והוא הופך להפקר, לא ניתן לדרוש לקבל אותו בחזרה. **מבחן הייאוש הוא מבחן אובייקטיבי** ולא בודקים כל מקרה לגופו אם הבעלים התייאשו או לא. במקרה והחפץ הוא פחות מ"שווה פרוטה"- כלומר יש לו שווי מינימלי, מניחים שאותו אדם שאיבד את החפץ התייאש ממנו. לכן, אם אדם מצא חפץ שהוא פחות משווה פרוטה אין לו חובה להחזירו.

מצב נוסף שאנו מניחים שבעל החפץ התייאש זה במצב שלחפץ אין סימנים. כאשר מחזירים אבידה, צריך לוודא שאכן מחזירים את האבדה לבעל החפץ ולכן בעל החפץ צריך להביא סימנים כדי להראות שהחפץ אכן שלו. אם אדם מאבד חפץ שאין בו סימנים, הוא מתייאש מכיוון שהוא לא יכול לתת למוצא האבדה סימנים כדי לקבל את האבדה בחזרה. אם החפץ היה מונח במיקום מסוים או בצורה מיוחדת, זה נחשב כסימן וניתן לקבל בחזרה את האבדה.

דוגמא נוספת שבו אנו מניחים כי בעל האבדה התייאש זה כאשר החפץ נמצא במקום שרוב הנמצאים בו אינם יהודים. מצוות השבת אבידה מחייבת רק יהודים, ולכן במקום שבו רוב הנמצאים אינם יהודים, הם יכולים לקחת את החפץ לעצמם ולא מחויבים להחזירו. כאשר אדם מאבד חפץ במקום כזה, הוא מניח כי רוב הסיכויים שגוי מצא את החפץ. מכיוון שגוי אינו מחויב במצוות השבת אבדה, בעל החפץ מתייאש מלמצוא אותו. במצב שבו החוק מכוח מערכת כללים אחרת מחייב להחזיר את האבדה, יתכן ובעל החפץ לא התייאש מכיוון שהוא מניח שע"פ החוק המדיני המוצא חייב להחזיר את האבדה. לדוגמא, בישראל יש את חוק השבת אבידה- המוצא צריך להשיב את האבדה לבעלים או למשטרה. אם הבעלים לא יתגלו תוך ארבעה חודשים זה נחשב שהם התייאשו והמוצא הופך להיות הבעלים של החפץ. שאלת הייאוש תלויה לגבי השאלה האם יש חובה להחזיר את החפץ, שהרי אם יש חובה, גם אם היא לא הלכתית, ייתכן ובעל החפץ לא התייאש.

בהנחה שנמצא חפץ שאין בו ייאוש וצריך להחזירו- כיצד עושים זאת? המשנה אומרת שכאשר בית המקדש היה קיים והיו עולים אליו לחגים, היה מקום שבו המאבד והמוצא היו מתרכזים. המשנה אומרת שכאשר אין בית מקדש התחליף הוא בתי כנסיות- בית כינוס, ובתי מדרשות. מפרסמים את מציאת החפץ כדי לנסות למצוא את הבעלים. חובת ההחזרה באה יחד עם חובה ההכרזה- כיצד אדם יחזיר את החפץ אם הוא לא מכריז על מציאת החפץ? לכן, חייבים להודיע על מציאת החפץ כדי שהמאבד יוכל לפנות אל האדם כדי לקבל את החפץ בחזרה. המשנה אומרת שצריך לעשות פעולות אקטיביות של הכרזת החפץ למשך שנה. כעבור שנה לא צריך לעשות פעולות אקטיביות, אך גם במצב הזה המוצא לא הופך לבעלים של החפץ אלא רק שומר את החפץ אצלו "עד שיבוא אליהו" ויגלה מי הם הבעלים של החפץ.

מה קורה במצב שמוצאים חפץ שעלול להתקלקל ולאחר זמן כבר לא שווה כלום? במצב כזה אפשר למכור את החפץ ולשמור את הכסף עד שהבעלים יבואו. הכסף לא הופך להיות של המוצא אלא הוא רק נשאר אצלו עד שהבעלים מגיעים. אם נמצא חפץ שדורש טיפול אולם יש לו הכנסות (בעיקר בעלי חיים), צריך לטפל בהם במשך שנה, ולאחר שנה אפשר למכור את הבע"ח ולשמור את הכסף עד שהבעלים מגיעים. אם החפץ דורש טיפול אך אין לו הכנסות, לאחר 30 יום ניתן למכור אותו ולשמור את החפץ. המוצא יכול לקנות את החפץ, אך זה צריך לקרות מול בית דין כדי לוודא שהוא אינו קונה את החפץ במחיר מוזל. במקרה שהבעלים יבואו, הם יקבלו את הכסף והמוצא יקבל את החפץ (שהרי הוא קנה אותו).

השבת אבדה היא חובה- אסור להתעלם. אם אדם יתעלם מלהשיב את האבדה האדם עובר על מצוות עשה וגם על מצוות לא תעשה. יחד עם זאת, ישנם מקרים שבהם מותר להתעלם:

1. אם מדובר בחפץ שזמן הטיפול בו שווה יותר מהחפץ, או אם המוצא מפסיד יותר משווי החפץ. במקרה כזה אפשר להתעלם ולחכות שאדם אחר ישיב את האבדה.
2. "זקן ואינה לפי כבודו"- זקן לא במובן של גיל, אלא הכוונה לאדם מכובד. אם אדם מוצא ברחוב חפץ וזה לא מכבודו להרים את החפץ, ובמקרה רגיל הוא לא היה מסתובב עם חפץ כזה, הוא אינו מחויב לעשות את מצוות השבת אבדה. הפטור אינו אומר כי לאדם מותר לקחת את החפץ בעצמו, אלא שהוא לא צריך לעשות פעולה אקטיבית כדי להשיבו.
3. ישנו מניע הלכתי לקיים את המצווה, לדוגמא צריך לטלטל את החפץ בשבת כדי להחזירו- במקרה כזה אין מחויבות להשיב את האבדה.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כ"ד עמוד ב':** מסופר על רב יהודה שמהלך אחרי שמואל בשוק של מוכרי חיטים (רב יהודה היה תלמיד של רב ושמואל). נקודת המוצא היא שרוב האנשים בשוק זה אינם יהודים. רב יהודה שאל את שמואל, אם אדם מצא ארנק בשוק הזה האם יש חובה להחזירו לבעלים? לארנק יש סימנים, ולכן עקרונית יש חובה להחזירו. השאלה מתעוררת מכיוון שרוב הנמצאים בשוק אינם יהודים, ולכן ייתכן והמאבד התייאש מלמצוא את החפץ. שמואל עונה שאין חובה להחזיר את הארנק. רב יהודה מוסיף על השאלה ושואל האם במצב שבעל האבדה שמע שהחפץ נמצא אצל המוצא והגיע אליו ודורש את החפץ, האם במקרה כזה יש חובה להחזירו? ההנחה היא שרוב בני האדם מתייאשים כאשר הם מאבדים חפץ במקום כזה, ומבחן הייאוש הוא אובייקטיבי, ולכן ע"פ הדין לכאורה הארנק אמור להישאר אצל המוצא למרות שבעל האבדה נתן סימנים. אולם שמואל אומר שבמקרה שבו בעל האבדה נותן סימנים, **ישנה חובה להחזיר את האבדה.**

רב יהודה תוהה על דברי שמואל, שהרי הוא אמר שני דברים סותרים- אם אנו מניחים שבעל האבדה התייאש מלמצוא את החפץ מדוע ישנה חובה להחזירו, ואם אנו אומרים שצריך להחזיר את החפץ אם בעל האבדה מביא סימנים, מדוע מראש שמואל התיר לקחת את החפץ?

שמואל אומר שהחובה להחזיר את החפץ היא התנהגות לפנים משורת הדין. למרות שהמוצא לא עשה פעולות כדי למצוא את בעל האבדה, אם הוא מגיע למוצא כדי לקבל את החפץ **חייבים** **לנהוג לפנים משורת הדין** ולהחזיר לו את החפץ. שמואל למד זאת מאביו, שאביו מצא בעל חיים והחזירו לבעלים לאחר שנה. אביו של שמואל נהג לפנים משורת הדין והמשיך לטפל בחמורים למרות שלא היה חייב, כיוון שוודאי הבעלים התייאשו.

מובא סיפור נוסף שבו רבא מהלך אחרי רב נחמן בשוק של רצענים, שגם בשוק זה רוב המצויים בו אינם יהודים. רבא שואל את רב נחמן אם אדם מוצא ארנק בשוק, האם יש חובה להחזירו? רב נחמן עונה שאין חובה, והמוצא יכול להשאיר את החפץ אצלו. רבא מוסיף ושואל אם האדם בא ונותן סימנים וצורח שהוא שלו, האם במקרה כזה ישנה חובה להחזיר את החפץ? גם במקרה הזה, רב נחמן אומר שהמוצא יכול להשאיר את החפץ אצלו. רבא תמהה על תשובתו של רב נחמן- הרי האדם צווח ומכריז שאיבד חפץ וברור שהחפץ הוא שלו והוא לא התייאש! רב נחמן עונה שצריך להבחין בין סוגים של צווחות, וכאן הצווחה היא צווחה של צער שהוא איבד את הארנק. בדומה לאדם שספינתו טבעה בים והוא צווח על האסון שקרה לו.

רב נחמן לא אומר שיש איסור להחזיר את הארנק, אך אין חובה להחזירו. **לפי רב נחמן אין חובה לנהוג לפנים משורת הדין.**

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל' עמוד ב':** מסופר על ר' ישמעאל בנו של ר' יוסי שהלך בדרך ופגש אדם שהיה לו שק כבד. אותו אדם ביקש מר' ישמעאל לעזור לו להרים את השק. ר' ישמעאל לא רצה להתלכלך ע"י הרמת השק, ולכן שאל אותו כמה השק שווה וקנה את השק מאותו אדם. מכיוון שר' ישמעאל לא רצה להרים את השק, הוא הפקיר אותו כך שכל אחד יכול לבוא ולקחת, בלי להכשיל אותם באיסור גזל (שהרי אם לא מפקיר הם שייכים לו, ואם אדם לוקח אותם הוא עובר על גזל). אותו אדם היה באזור ולכן הוא זכה בשק, ושוב ביקש מר' ישמעאל לעזור לו להרים אותו. שוב ר' ישמעאל שילם לו את הערך של השק כדי שהוא לא יצטרך להרימו. ר' ישמעאל ראה שאותו אדם רוצה לזכות בשק פעם נוספת, ולכן אמר שהוא מפקיר את השק לכולם חוץ מלאותו אדם. הרעיון של הפקר זה ויתור בעלות, ורק מכוח בעלות ניתן להגיד לאדם שהוא לא יכול לקחת את השק, ולכן אם האדם היה מנסה לזכות בשק פעם שלישית הוא באמת היה זוכה בה.

הגמרא שואלת מדוע ר' ישמעאל לא השתמש כבר בפעם הראשונה בפטור שיש לו- שזה לא לפי כבודו שהוא ירים את השק? הגמרא עונה שר' ישמעאל התנהג לפנים משורת הדין, והוא לא רצה לנצל את הפטור שיש לו, ולכן החליט לעזור לאותו אדם, גם אם זה ע"י נתינת כסף.

בסיפור הזה מי שמחליט לנהוג לפנים משורת הדין זה ר' ישמעאל עצמו מיוזמתו, ואין כאן חובה להתנהג לפנים משורת הדין כמו שיש חובה בסיפור הראשון עם שמואל. כמו כן, הסיפור הזה באמת קרה לעומת הסיפור הראשון שהוא סיפור עיוני כדי ללמוד את ההלכה.

**השופט בדימוס אליקים רובינשטיין/ שיעור 24**

כמעט ואין תחום שאי אפשר לשלב בו עקרונות מהמשפט העברי היכולים לעזור בפסיקה. כיום זה מופיע בחוק יסודות המשפט הנחקק בשנת 1980. מנסח החוק דיבר על עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל וחשב על המשפט העברי, אך זה לא נכתב מפורשות. לפני כמה שנים הוסיפו את סעיף כדי שיהיה ניתן להשתמש במשפט העברי, אך ההיקף היה מאוד מצומצם. כשנחקק החוק התחיל וויכוח בין ברק לאלון, בשאלה של הגדרת "מדינת ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית". ההזדמנויות הסטטוטוריות להפעיל את הסעיף הן מאוד נדירות מכיוון שהחוק קובע שרק אם בית המשפט לא מצא תשובה לשאלה בדבר חקיקה, הלכה פסוקה או בדרך של היקש יכריעו לאור העקרונות של מורשת ישראל. כדי להשתמש בסעיף זה קודם כל צריך לסרוק את כל המשפט הרגיל, ורק אח"כ אפשר ללכת למשפט העברי. לכן התיקון היה באופן משמעותי סימלי.

 המשפט העברי הוא אוצר תרבותי לאומי, ולא שייך רק לדתיים. לא להרבה אומות יש אוצר כל כך נרחב של ספרים. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית ולכן יש משמעות לפן היהודי (גם מבחינת חוק הלאום).

**בג"צ 1892/14 אגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים:** עסק בתחום המחיה שיש להסיר בבית הסוהר. מדינת ישראל לא נמצאת במקום טוב מבחינה בין לאומית בנושא הזה. באותו פסק דין השופט רובינשטיין ניסה לדון במקומו של המשפט העברי במשפט המדינה. בקום המדינה היו שיזמו שהמשפט העברי יהיה חלק חשוב או אפילו יהפוך למשפט המדינה והמוביל היה הרב הרצוג. הרב הרצוג אמר כי צריך להתאים את המשפט העברי לצורכי מדינה שיש בה מיעוטים. לבסוף זה לא התקבל גם באופן אידיאולוגי וגם באופן פרקטי- המדינה קמה בסערת מלחמה ולכן הכינון של שיטת משפט חדשה ממה שהיה לא היה מעשי.

מאז ואילך המשפט המנדטורי נשאר, והיו מצד אחד שופטים ששילבו את המשפט העברי בתחומים שונים, השופטים זילברג ואלון היו מאוד בולטים במשפט העברי. רוב רובם של השופטים שמשלבים את המשפט העברי היו דתיים.

ישנן שלוש משוכות ששופט שרוצה להתייחס למשפט העברי צריך להתייחס אליהם:

1. **ידע**- כל שופט יכול להגיע דרך מאגרים לתובנות במשפט העברי. אולם, ישנם שופטים שהיה להם חשש לכתוב משהו מהמשפט העברי שמא הם יטעו, ויכתבו דברים שגויים.
2. **רצון**- צריך לרצות ולהרגיש שזה חלק תרבותי-לאומי ולאו דווקא עניין דתי.
3. **זמן**- כל שופט הוא עבד לתיקים, והמשפט העברי הוא כביכול בונוס.

הייתה מחלוקת בין השופט ברק לשופט אלון והיא התמקדה בחוק יסודות המשפט. השופט אלון חשב שכאשר אומרים "מורשת ישראל" הכתוב בחוק, הם עקרונות המשפט העברי. לעומת זאת, ברק חשב שמקורות המשפט העברי לא עדיפים על פני מקורות אחרים, וראה את המילים "מורשת ישראל" במשקפיים יותר אוניברסאליות של תרבות וספרות. כשנחקקו חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק, הם דנו מהם הערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית המופיעים בחוק. השופט אלון חשב שערכי המדינה כוללים ספציפית את המשפט העברי, וברק חשב שזה יותר אוניברסלי.

השופט אנגלרד ראה בשימוש המשפט העברי חשש לחילולו, אולם כשהוא הגיע לביהמ"ש הוא הבין שזהו שליחותו להשמיע את המשפט העברי.

 לפי רובינשטיין הסינתזה בין המשפט העברי למשפט המדינה הוא אפשרי, ואפשר להביט בה בשתי עדשות:

1. נכס תרבותי לאומי
2. עושר משפטי

ישנה טענה שהשימוש במשפט העברי לא עולה בקנה אחד עם הנושא הדמוקרטי. לפי רובינשטיין טענה זו אינה נכונה, וההרמוניה ביניהם אפשרית. לכן, רובינשטיין רוצה לראות גישה תרבותית-לאומית והתייחסות למשפט העברי בפסיקה בהקשר כזה. כאשר אתה עוסק במשמעות התרבותית-לאומית-ערכית אתה מפתח את המשפט הכללי בלי שאתה פוגע ביחס השוויוני למיעוטים בישראל.

יש שימוש במשפט עברי כי הוא אינטגרלי לאותו נושא, ויש שימוש במשפט העברי במשפט הכללי לצורך פרשנות.

מושגי יסוד במשפט המדינה מקבילים למושגי יסוד במשפט העברי. מול צדק ויושר שבמשפט העברי מופיע הגינות ותום-לב.

מהו מקום המדינה במשפט העברי? כיצד בתי הדין הרבניים מתייחסים למשפט המדינה? ישנן שתי גישות- הגישה של דינא דמלכותא מול הגישה של מלך ישראל, שהכנסת מהווה סוג של הסכמת הציבור כבסיס משפטי. רובינשטיין לא אוהב את הגישה של דינא דמלכותא כי זה הופך את מדינת ישראל לארצות אחרות וזה לא רצוי. מדינת ישראל היא מדינה יהודית ולכן אין להתייחס אליה כדינא דמלכותא. הכנסת מייצגת את הסכמת הציבור כמו שהעם מקבלים את סמכותו של מלך שנמלך.

לשון הרע הוא נושא חשוב מאוד בהלכה. מה האיזון בין הזכות לשם טוב לחופש הביטוי? רובינשטיין נשאר במיעוט, אך ניסה להגיד שאם הזכות לשם טוב מתנגד עם חופש העיתונות ולא ניתן למצוא את האיזון, הזכות לשם טוב גובר. כבוד האדם הוא זכות חוקתית ולכן האיזון צריך להיות לכיוון השם הטוב שהוא הפשט של כבוד האדם, לעומת חופש הביטוי שהוא הדרש.

המשפט העברי רלוונטי בהרבה מאוד תחומים ועניינים:

**היבט במשפט הפלילי**- אם אדם הולך לכלא אין לאסור אותו בתנאי מחיה ירודים מאוד (ר' חיים פלאג'י). התורה לא נתנה רשות לאסור בבית כלא בתנאים כה ירודים. בנוסף, רלוונטי להתייחסות לאדם שנמצא במעצר צבאי- העניין של צלם אלוקים וכיבוד הבריות. יש התייחסות לעניינים של זכות השתיקה וראיות נסיבתיות, היחס לאישה ועוד. כמו כן, המעמד של עדות במשפט העברי בנושא נזיקין בנזק עשיר ונזק עקיף. חובת התרגום לנאשם- הסנהדרין היו יודעים 70 לשונות, אם כן, מה חובת התרגום המשפט שלנו, ועוד.

**היבט במשפט האזרחי**- זיקת מעבר שזה מושג של דיני מקרקעין. חובת מעקה, נושאים הקשורים לחינוך ועוד.

**היבט המשפט המנהלי**- נושאים שקשורים לביטחון והלחימה בשבת, הריסות בתים, וזכויות האדם בכלל.

**התנהגות לפנים משורת הדין וחיוב בדיני שמים/ שיעור 25**

**בבלי מסכת בבא מציעא דף פ"ג עמוד א':** רבה בר חנן שכר סבלים שיסחבו לו חביות יין. הסבלים שברו את החבית, ולכן כפיצוי הוא לקח מהם את הגלימה כערובה לתשלום, או כדי למכור את הגלימות ובכך להשיג את הכסף. הסוחרים הלכו לרב (רבו של רבה בר חנן) והתלוננו על כך שרבה בר חנן לקח את גלימותיהם, ורב אמר לרבה שהוא צריך להחזיר להם את הגלימות- רב מחייב את רבה לוותר על דמי הנזק. רבה שואל את רב האם זה הדין?! הרי אני אמור לקבל פיצוי! אפשר גם להבין את השאלה של רבה לא במובן של שאלה רטורית, אלא כשאלה האם זה באמת ההלכה? רב עונה שזהו הדין, ולומדים זאת מפסוק במשלי שכתוב "למען תלך בדרכים טובים"- אני מצפה ממך ללכת בדרך של טובים ולכן אתה חייב להחזיר את הגלימה. רש"י אומר שהכוונה של "ללכת בדרך של טובים" היא לנהוג לפנים משורת הדין.

לאחר שרבה מחזיר את הגלימות הסבלים מתלוננים שהם עניים, וטרחו כל היום ואין להם מה לאכול. רב אומר לרבה שהוא חייב לתת לסבלים את שכרם. שוב רבה שואל- האם זהו הדין?! הרי לא רק שהוא וויתר על הנזק עכשיו הוא גם חייב לשלם להם את שכרם?! רב עונה לרבה שהוא חייב, ולומד זאת מהפסוק "וארחות צדיקים תשמר".

רבה לא רצה לנהוג לפנים משורת הדין, אולם רב מכריח אותו לנהוג כך. רבה מתפלא מהדרישה להחזיר את הגלימה וגם לשלם לסבלים, אך למרות זאת רב אומר לו שהוא חייב לנהוג כך.

**בבלי מסכת בבא קמא דף צ"ט עמוד ב':** ר' חייא היה שולחני- מומחה בענייני כספים. באותה תקופה לא כל המטבעות היו שוות אותו הסכום, אלא השווי תלוי במצבו ובמשקלו, כמה הוא שחוק וכו'. אישה מגיעה לר' חייא כדי לבדוק מה השווי של המטבע שיש בידה, ור' חייא ענה שהמטבע נמצא במצב מעולה. כעבור זמן, האישה חוזרת לר' חייא ומתלוננת שהיא מנסה להשתמש במטבע הזה, אך כולם בשוק אומרים שזה מזויף, ואף אחד לא מקבל את המטבע. ר' חייא אומר לרב (אחיין שלו), שילך להחליף לאישה את המטבע, ולכתוב בפנקסו שיש לו הפסד.

בהלכה יש כלל שאם לאדם יש מומחיות מסוימת והוא טעה, אנו מגדירים את הטעות שלו כאונס- לא מייחסים לו מידה של רשלנות. יוצאים מנקודת הנחה שאם האדם הוא מומחה וטעה, כנראה הטעות הייתה בלתי נמנעת, ולכן הוא לא צריך לפצות. על פניו זה נראה שזה צריך להיות הפוך- מצפים מהמומחה ליותר מכיוון שיש לו ידע. הסיכוי של המומחה לטעות הוא נמוך, ולכן היינו חושבים שהוא כן חייב לשלם.

ע"פ הדין, ר' חייא לא היה צריך לפצות את האישה מכיוון שהוא מומחה. אם כן, למה הוא שילם? הרי הוא נחשב אנוס? אלא שר' חייא החליט לנהוג לפנים משורת הדין. כאן ר' חייא החליט בעצמו לנהוג לפנים משורת הדין ולפצות את האישה.

האם יש חובה לנהוג לפנים משורת הדין? בחלק מהמקורות רואים שהרב מחייב את תלמידו לנהוג כך. ואם זו חובה אז למה זה עדיין לפנים משורת הדין ולא הפך להיות הדין? ומתי אנו מחייבים אדם לנהוג לפנים משורת הדין?

**מרדכי בבא מציעא רנ"ז:** מכיוון שבתלמוד היו כופים לנהוג לפנים משורת הדין, כך גם בבתי הדין בדורו היו כופים לנהוג לפנים משורת הדין, והוא לומד זאת משמואל והסיפור של הארנק בשוק של גויים. אולם הכפייה תהיה רק אם היכולת בידו לעשות- כלומר אם הוא עשיר.

התורה מצווה באופן מפורש שאסור לדיין להעדיף עני או עשיר בדין- לרחם על העני ולוותר לו, או להעדיף את העשיר כי אם לא, יש פגיעה בשמו הטוב. בדין צריך לנהוג ביושר ובצדק, ומעמדו הכלכלי של בעלי הדין לא רלוונטי. המרדכי אומר שהכפייה לנהוג לפנים משורת הדין היא רק מי שהיכולת בידו לפעול כך. יש שני מישורים של הדין: יש את הדין המקורי, ההלכה, וע"פ ההלכה העשיר פטור, אולם יש גם את המישור של לפנים משורת הדין. כאשר יש פערי כוחות כלכליים, במישור של הדין אסור לכפות, אולם במישור השני ניתן לכפות על העשיר לנהוג לפנים משורת הדין (יש כאן עקיפה של האיסור לא להעדיף אדם ע"פ מצבו הכלכלי, אולם עוקפים את הדין הזה מפני שזו התנהגות של לפנים משורת הדין). **החידוש בדבריו הוא שניתן לכפות על עשיר לנהוג לפנים משורת הדין**. ברמה המשפטית לכאורה אי אפשר לאלץ אדם לעשות דבר שהוא לא חייב, אולם המרדכי אומר שמותר לאלץ, אך זה רק בייחס לעשיר. ר' יוחנן אמר שירושלים חרבה מכיוון שלא נהגו לפנים משורת הדין, ולכן המרדכי מייחס להתנהגות זו חשיבות רבה. כך גם פוסקים הראב"ן והראבי"ה שצריך לכפות התנהגות כזאת.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק י"א הלכה ז':** הרמב"ם מתייחס לדין מציאת אבידה במקום שרובו גויים. מניחים שבעל האבדה התייאש, ולכן אין חובה להחזיר את החפץ. אם בעל האבדה מגיע למוצא ואומר שהחפץ שלו, אין חובה להחזיר את החפץ, אולם אם הוא רוצה הוא יכול להחזירו ולנהוג לפנים משורת הדין. **אין כאן כפייה לנהוג לפנים משורת הדין.**

**רא"ש בבא מציעא ב', ז':** מביא את הסיפור של רב יהודה ושמואל ואומר שלא כופים לנהוג לפנים משורת הדין. כנראה הוא מפרש את המילים של שמואל "חייב להחזיר" כחובה דתית ומוסרית ולא כחובה משפטית.

**בית יוסף חושן משפט סימן י"ב:** מביא בשם הרא"ש שלא כופים לנהוג לפנים משורת הדין. הבית יוסף אומר שהוא אפילו תמהה על המרדכי שאומר שכופים לנהוג לפנים משורת הדין.

**רמ"א על השו"ע חושן משפט סימן י"ב סימן ב':** מביא את שתי הגישות- לכפות לנהוג לפנים משורת הדין וגם שלא חייבים לכפות. הוא מקבל את שתי הגישות ורואה את העמדה של המרדכי כלגיטימית (בניגוד לבית יוסף).

**פתחי תשובה:** לא כופים כפייה מוחלטת אלא כפייה חלקית. יש דרכי כפייה שונות שעומדות לרשותו של בית הדין- כפייה פיזית ע"י מכות, נידוי- סוג של חרם חברתי, ומשמעותו שאנשים לא יתעסקו אתו, וכפייה בדברים- הפעלת לחץ. בכפייה בדברים לא מחייבים לשלם אולם יש לזה משמעות. הדיינים מייצגים את האלוקים, ואלוקים כביכול נמצא עם הדיינים כאשר הם דנים. לכן, כאשר הדיין לוחץ על האדם יש לזה משמעות, שכן ההנחה היא שהעניין הדתי מדבר אל האנשים, ולכן לאמירה של בית דין יש משמעות והאדם לא ירצה בקלות להתנגד לאמירה של בית הדין. כשמדובר בכפייה לנהוג לפנים משורת הדין, משתמשים באמצעיים יותר חלשים. יש מי שאומר שבנידוי, ויש מי שאומר שגם אמצעי זה יותר מידי חזק והכפייה תהיה רק בדברים.

מתי אנו כופים על האדם לנהוג לפנים משורת הדין? לא הגיוני שתמיד נכריח את האדם לנהוג כך, ואם כן, ייווצר מצב שלדין אין משמעות.

**תוספות מסכת בבא מציעא דף כ"ד עמוד ב':** ישנם ארבעה שיקולים כאשר כופים אדם לנהוג לפנים משורת הדין:

1. **מעמדו הכלכלי של האדם**- ככל שיש פערי כוחות גדולים יותר מבחינה כלכלית, כך ניטה יותר לכפות.
2. **מעמדו הדתי-חברתי של האדם**- ככל שאדם נמצא ברמה חברתית-דתית גבוהה יותר, נצפה ממנו לנהוג יותר לפנים משורת הדין. הרמב"ם מדבר בהקשרים שונים על המצווה של קידוש שם ה' והאיסור לחלל את שם ה'. אחת הדוגמאות לקידוש ה' הוא שכאשר אדם לומד הרבה תורה ומתנהג בין אדם לחברו מעבר לנורמה הרגילה, הוא מקדש שם ה'. אנשים יראו את התנהגותו ויגידו כי התורה הפכה אותו לאדם נעים וטוב יותר (וכך גם הפוך לגבי חילול ה').
3. **הפסד מול רווח**- צריך לבדוק האם ההתנהגות של לפנים משורת הדין תגרום לאדם הפסד, או שלכל היותר תמנע ממנו רווח. לדוגמא, אדם שמצא ארנק במקום שהרוב גויים- אם אומרים לאדם להחזיר את הארנק הוא לא מפסיד כלום, אלא נמנע ממנו רווח. אם ההתנהגות לכל היותר לא גורמת לרווח, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין תהיה חזקה יותר ממקרה שבו התנהגות זו גורמת להפסד.
4. **ויתור על פטור**- האם הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין דורשת מהאדם לעשות דבר שאחרים לא חייבים לעשות, או שהיא מחייבת אותו לוותר על זכות יתר. בסיפור של ר' ישמעאל והסבל עם השק, ר' ישמעאל לא היה חייב לעזור לאותו סבל, שכן הוא "זקן ואינה לפי כבודו". גם ר' חייא לא היה חייב לנהוג לפנים משורת הדין ולשלם לאישה, אלא היה לו פטור בשל מעמדו המיוחד והוא ויתר עליה. לעומת זאת, הסיפור עם רבה בר חנן והסבלים, הדרישה לוותר על הפיצויים זה לא דרישה של וויתור על זכות מיוחדת. כל אדם היה זכאי לקבל פיצויים על נזק שנגרם לו. ככל שההתנהגות של לפנים משורת הדין פירושה לנהוג מעבר לסטנדרט, הציפייה נמוכה יותר מאשר אי-ניצול פטור.

השיקולים השונים יכולים להביא לתוצאות שונות. כאשר לא כל השיקולים מובילים לנהוג לפנים משורת הדין, יצטרכו לאזן בין השיקולים.

יש הטוענים שההלכה מאוד פורמאליסטית- צריך להידבק לכללים ואי אפשר לסטות מהם. אולם יכול להיות שמוסדות כמו לפנים משורת הדין מאזנים את התמונה.

**חיוב בדיני שמים**

בדיני נזיקין קובעים שבהנחה שאדם עשה נזק הוא חייב לשלם עליו. במשפט הישראלי אין הבדל בין מעשה למחדל- הימנעות ממעשה ולכן נגרם נזק. בהלכה יש הבחנה בין מעשה למחדל- אם האדם גרם לנזק לקרות מטילים עליו יותר אחריות מאשר במחדל. ההלכה מבחינה בין שני סוגי נזקים: נזק שאדם עשה ונזק שאדם גרם.

**משנה מסכת בבא קמא פרק ו' משנה ד':** אחת הדוגמאות לנזק בתקופת הגמרא היא נזק של אש (היו משאירים גחלים כדי להדליק להבות. יש בזה סכנה שכן האש יכולה להתפשט בקלות ולגרום לנזק). המשנה מדברת על אדם שנתן שלהבת לחרש (אדם שלא שומע ולא מדבר), שוטה וקטן. אנשים אלו נחשבים כאנשים שאין להם מספיק דעת, ולא מבינים את המסוכנות בדבר. אם אדם נתן להם להבה, והם גרמו לנזק ע"י הבערת שדה של אדם אחר, האדם פטור מלשלם על הנזק. דבר זה נחשב **כגרמא**- נזק עקיף. האדם עצמו באופן ישיר לא הבעיר את הרכוש, אך באופן עקיף הוא גרם לדליקה בכך שהוא מסר לילד אש.

**בבא קמא דף נ"ה עמוד ב':** מדובר על אדם ששם רעל לפני הבהמה של חברו. באותה תקופה, בעלי חיים היו מקור הפרנסה של האדם. נניח שאותו אדם לא אהב את בע"ח של חברו ולכן מחליט לקנות רעל ומאכיל את הבהמה- אותו אדם יהיה חייב, שכן ישירות הוא האכיל אותו את הרעל. אולם, אם האדם פיזר את הרעל בחצר, זה נחשב כגרמא מכיוון שהנזק הוא עקיף. האדם אפשר לבהמה לאכול את הרעל, ומכיוון שהנזק הוא עקיף, האדם פטור מלשלם. **רק בנזק ישיר מחייבים את האדם לשלם על הנזק.**

בכל מקרה שמסווגים אותו כגרמא אין חיוב משפטי רגיל, אבל יש חיוב בדיני שמיים. אין פה פטור גורף אלא יש חיוב דתי.

**רש"י:** בנזק עקיף האדם פטור מלשלם, אך חייב בדיני שמים- משמיים יענישו אותו בגלל שהוא התכוון לגרום נזק ועבר עבירה (וברור שמבחינת ההלכה אסור לגרום לנזק).

**ראב"ן, בבא קמא סימן י"א:** במקום שאמרו שחייב בדיני שמים הכוונה היא שבית הדין לא כופים על האדם לשלם, אך הם לוחצים ודוחפים אותו לשלם כדי שהוא ירצה את חברו. ההנחה היא שהאדם רוצה לעשות את רצון ה' ולמלא את חובתו הדתית, ולכן גם ללא כפייה יש סבירות שהוא ישלם. בנוסף, כדאי לו לשלם כדי להיפטר מעונש שמיים. בגלל שלמזיק יש חיוב בדיני שמיים הוא ינסה לרצות את הניזוק, אפילו חלק מהתשלום. התשלום שהאדם ישלם (כשיש לו פטור) קשור לנסיבות ולמידת הלחץ שבית הדין מפעיל.

**ים של שלמה, בבא קמא ו', ו':** חיוב בדין שמיים לא מנותק מבית הדין. למרות שבית הדין לא כופה אותו לשלם, בית הדין יכול להפעיל לחץ.

**מאירי בית הבחירה מסכת בבא קמא דף נ"ו עמוד א':** בניגוד למשפט הישראלי, בהלכה ישנם הרבה פסולי עדות- אנשים שמראש יש איתם בעיית נאמנות. לפעמים זה בגלל שהעד קרוב לאחד מבעלי הדין, ולפעמים יש אנשים שהם תמיד פסולי עדות, לדוגמא גזלן. גזלן זהו אדם שחייב לשלם ולא משלם- שהרי הוא מחזיק בידו כסף שלא שלו. המאירי אומר שכל אדם שחייב בדיני שמיים פסול לעדות, מכיוון שבפועל הוא חייב לשלם אך אין אמצעי כדי לאכוף את החיוב. **חיוב בדיני שמיים פירושו שיש חיוב לשלם אך אין אכיפה**. הציפייה היא שאדם שחייב בדיני שמיים ישלם, ובית הדין יכול להפעיל את אמצעי ההשפעה שיש לו כדי לגרום לאדם לשלם.

**"רוח חכמים נוחה הימנו" ומידת החסידות/ שיעור 26**

עשיית הישר והטוב ביחס לאדם הפרטי

השאיפה היא שכל אדם ישים לנגד עיניו את עשיית הישר והטוב, גם במקום שבו לא אומרים לו כיצד להתנהג. למרות שזו אמירה כללית, יש מקרים שבהם חז"ל הכתיבו לנו מהו הישר והטוב- איך הם היו רוצים שנתנהג. יש הנחייה, אך היא לא מחייבת מכיוון שבית הדין לא יכול לאכוף אותה וגם לא מעורב בעניין באופן ישיר.

ישנם שני ביטויים לעשיית הישר והטוב ביחס לאדם הפרטי: רוח חכמים נוחה הימנו, כלומר חכמים מרוצים מהתנהגותו של האדם. הביטוי השני הוא מידת חסידות, כלומר אדם שנוהג מעבר לנורמה הרגילה. ייתכן ויש הבדל בין שני הביטויים, שכן רוח חכמים נועדה לכולם ומידת חסידות מופנית רק לאנשים ספציפיים ומיוחדים.

**רוח חכמים נוחה הימנו**

**בבלי מסכת בבא בתרא דף קל"ג עמוד ב':** חוק ירושה הוא חוק במשפט הישראלי והוא עוסק בדיני ירושה. דיני ירושה קובעים מה קורה עם נכסיו של אדם כאשר הוא מת. במדינת ישראל החוק קובע כיצד מחלקים את הירושה של הנפטר במעגלי קרבה שונים. יחד עם זאת, אם אדם מעוניין לחלק את נכסיו באופן שונה ממה שכתוב בחוק, החוק לא מונע את האפשרות הזאת, אך הוא חייב לעשות צוואה- ציווי מה לעשות עם נכסיו לאחר מותו. ברגע שאדם עשה צוואה לפי הכללים, הנכסים יחולקו לפי הצוואה, ואם הוא לא עשה צוואה מחלקים את הנכסים לפי חוק הירושה.

גם במשפט העברי ישנם כללי ירושה שהתורה קבעה. הפרטים של דיני הירושה של התורה שונים מדיני הירושה של המשפט הישראלי. לדוגמא, במשפט העברי האיש יורש את אשתו, אך האישה אינה יורשת את בעלה. מי שיורש את האיש זה הבנים של הזוג, ולא הבנות (אלא אם כן אין בנים ואז הבנות כן יורשות). הפרטים והכללים של המשפט העברי אינם זהים למשפט הישראלי. גם המשפט העברי פתח אופציה לחלק את הנכסים באופן שונה מכללי הירושה. אולם אדם לא יכול לצוות מה לעשות עם נכסיו לאחר מותו. ברגע שאדם מת אוטומטית בעלותו פקעה, ולכן הוא לא יכול לצוות מה יעשו בנכסיו כאשר אין לו בעלות עליהם. לכן הפתרון הוא **שהנכסים נחשבים כמתנה**. האדם עדיין אינו רוצה לחלק את מתנתו מכיוון שהוא עדיין בחיים, ולא רוצה שאחרים ישתלטו לו על הנכסים. לפיכך, מתנים את נתינת המתנה ואומרים שהיא נכנסת לתוקף רגע לפני מות האדם.

המשנה מדברת על מצב שבו אדם כתב את נכסיו לאחרים ולא לבניו. ע"פ הדין, הבנים אמורים לרשת את האב, אך כאן האב הדיר את בניו מהירושה וכותב שטר מתנה שבו הוא נותן את נכסיו לאחרים. מבחינה משפטית יש תוקף לשטר (כל עוד הוא נכתב כדין), והנכסים יעברו לאותם אחרים. אולם, המשנה אומרת שאין רוח חכמים נוחה הימנו- ההתנהגות הזו אינה ראויה. אדם יכול לתת את נכסיו למי שהוא רוצה כל עוד הוא עושה זאת ע"פ הפרוצדורה שההלכה קבעה, אך מראש אומרים לו שחכמים אינם מרוצים מהתנהגות שכזו. ר' שמעון בן גמליאל אומר שאם בניו של אותו אדם לא הלכו בדרך טובה, טוב שהאב לא נתן לבניו את הנכס.

**רשב"ם, שם:** הכוונה לאין רוח חכמים נוחה הימנו, כלומר לחכמים אין נחת רוח ממנו. הרשב"ם מוסיף שאותו אדם עקר נחלה מהתורה. כשהתורה מתייחסת לדיני ירושה היא מתייחסת לנכס העיקרי של האדם- נחלתו. הנחלה היא האמצעי היצור שיש לאב לפרנס את משפחתו, ולכן כשהוא נפטר הוא מעביר אותו לבניו. (יכול להיות שזאת הסיבה שהירושה לא עוברת לבנות- במציאות בתקופה הזו, הבנות לא היו צריכות לפרנס וזה היה התפקיד של הבנים. ברור שכיום המציאות השתנתה.)

**בבלי מסכת בבא קמא דף צ"ד עמוד ב':** הברייתא מדברת על אנשים שגוזלים ומלווים בריבית, ואם הם רוצים להחזיר לך את הכסף, יש הנחייה לא לקחת אותו מהם. ייתכן ואדם חי מגזל או הלוואה בריבית, ומחליט מיוזמתו האישית לשנות את דרכיו, ולכן מחליט להחזיר את הכסף מכל האנשים שלקח מהם שלא כהוגן. לפי הכללים ההלכתיים, כאשר אדם רוצה לחזור בתשובה בעבירות שבין אדם למקום, הוא צריך לבקש סליחה מאלוקים ולקבל על עצמו לא לעבור על העבירה שוב. כאשר מדובר בעבירה שבין אדם לחברו, האדם חייב בנוסף לרצות את חברו ולבקש ממנו סליחה. אם הוא לא ריצה את חברו, העבירה לא נמחקה. אם אדם גזל מאדם אחר והוא בא לרצות את חברו, יחד עם זאת הוא צריך להחזיר את החפץ שגזל, אך ייתכן והאדם יוותר וימחל לגזלן. הברייתא אומרת, שאם הגזלן בא כדי להחזיר את הכסף/ החפץ שלקח, רוח חכמים תהיה נוחה אם תוותר לו ולא תיקח את הכסף בחזרה. אנו רוצים לעודד אותו לחזור לדרך הטובה והישרה, ואם נגיד לו שהוא מחויב להחזיר את כל הכסף ייתכן וזה ירתיע אותו. מניחים שמדובר באדם שגזל מהרבה אנשים, אך לקח מכל אחד מעט. ברור שאם הגזלן לקח סכום משמעותי לא נבקש מהאדם לוותר על הכסף. אך כאשר מדובר במצב שבו אין הבדל גדול בין אם האדם מקבל את הכסף בחזרה או לא, נבקש ממנו לוותר לגזלן, שכן עבור הגזלן שצריך להחזיר לכל אחד את הכסף זה כן שינוי דרמטי. גם כאן, לא אוסרים על האדם לעמוד על שלו וברור שאין תקנה שאומרת לגזלן לא להחזיר את הכסף, אך יש בקשה להתנהג בהתנהגות שחכמים מרוצים ממנו.

**משנה מסכת שביעית פרק י' משנה ט':** המשנה מתארת התנהגויות שחכמים מעודדים. הראשונה היא שאדם שמחזיר את חובו בשנה השביעית רוח חכמים נוחה הימנו. כל החובות שמועד פירעונם בשנה השביעית נמחקים. הסיבה לכך היא שאנו תופסים את ההלוואה כחלק ממצוות צדקה. בשנה השביעית אי אפשר לעבוד את האדמה ולכן אין מקור פרנסה. מכיוון שללווה אין ממה להחזיר, מוותרים לו על חובו.

אדם הלווה כסף לאדם מסוים, ואותו אדם הצליח להרוויח כסף ולצאת ממעגל העוני, ויש לו כסף כדי להחזיר את החוב. אותו אדם נתלה על הדין שזהו שנת שמיטה ולכן הוא אינו חייב להחזיר את חובו. במצב כזה, המלווה עלול להרגיש שעשו אתו עוול, ולכן ייתכן וימנע מלהלוות וזה עוד יותר יפגע בעניים. חכמים אומרים שלמרות שהאדם לא מחויב להחזיר את החוב בשנה השביעית, רוח חכמים תהיה נוחה הימנו אם הוא יחזירו. (חכמים לא מבטלים כאן את הדין של שמיטת חובות, מכיוון שיש אנשים ששמיטת החוב מצילה אותם). הימנעות מלהחזיר את החוב (כאשר האדם מסוגל כלכלית) עלולה לפגום בתוצאה שאליה רצינו להגיע.

המקרה השני במשנה הוא על אדם שלווה מגר (אדם שאינו יהודי ועבר תהליך של גיור ועכשיו הוא יהודי). התפיסה היהודית אומרת שאדם שהתגייר כאילו נולד מחדש, עד כדי כך שאם לפני הגיור היו לו ילדים ואפילו אם ילדיו התגיירו ביחד אתו, גם אם ביולוגית הילדים הם שלו, ברמה ההלכתית הם לא נחשבים ילדיו. מכיוון שהילדים כאילו לא ילדיו, הם אינם יורשים אותו ע"פ הדין. אם אין לו ילדים לאחר הגיור אין לו יורשים, ולכן נכסיו הם הפקר והראשון שיעשה בהם מעשה קניין יזכה בהם. מכיוון שברמה הפרקטית הם ילדיו, יש להניח אחד משני מקרים- או שהגר יעשה צוואה וייתן את נכסיו במתנה לילדיו, או שהילדים יעשו את מעשה הקניין מכיוון שהם הכי קרובים אליו (פיזית וגם מהותית). הקושי מתעורר כאשר הגר הלווה את נכסיו לפלוני, ופתאום הגר מת. אם לגר לא נולדו ילדים לאחר הגיור הלווה זוכה בנכסים, שכן נכסי הגר הפקר והם נמצאים אצל האדם ולכן הוא זוכה בהם. מבחינה מהותית הילדים ירגישו שנעשה להם עוול, שהרי הגר הוא אביהם. לכן חכמים קבעו שאי אפשר לכפות על הלווה להחזיר את הנכסים לילדים, אך הם מעודדים להחזיר.

אם חכמים לא מרוצים מההתנהגות הזו, מדוע הם לא מתקינים תקנה כדי לתקן את המצב? אולי בגלל שחכמים לא מתקינים תקנה על מקרה שהוא נדיר ולא כל כך מציאותי.

**רוח חסידות**

**בבלי מסכת חולין דף ק"ל עמוד ב':** ישנם כמה מצוות עניים וביניהם לקט, שכחה, פאה ומעשר עני, וכאשר יש לאדם גידולים הוא צריך להפריש חלק מתבואתו לעניים. פאה היא חלק של תבואה בסוף השדה שבעל השדה לא קוצר (בממוצע 2% מהתבואה), אלא משאיר את החלק לעניים. לקט מתייחסת לכמות קטנה של שיבולים שנופלות מידיו של האדם כאשר הוא מרים את תבואתו. אם נפלו לבעל השדה שיבולת אחד או שתיים הוא חייב להשאיר אותן לעניים. שכחה היא אלומה שבעל השדה שכח להכניס אותה למחסן, והוא צריך להשאיר אותו לעניים. בשנה השלישית והשישית ממחזור של שבע שנים, האדם מחויב להפריש מעשר עני והתבואה הולכת לטובת העניים. במשנה נתנו הגדרה שעני הוא אדם שיש לו פחות מ-200 זוז, וסכום זה הוא מספיק לצורכי קיום מינימליים של האדם למשך שנה. רק מי שיש לו פחות מ-200 זוז רשאי לקחת מתנות עניים.

הסוגייה מדברת על בעל בית (שם-קוד לאדם שאינו עני) שנסע ממקום למקום, ונקלע למצב שאין לו מספיק אוכל וכסף. הברייתא אומרת שמותר לאדם לקחת מתנות עניים מאותו מקום שבו הוא נמצא, מכיוון שכרגע הוא נחשב עני. השאלה היא מה קורה כאשר האדם חוזר לביתו- האם הוא צריך לקחת את השווי של האוכל שאכל ולתת אותו לעניים, או שמא הוא יכול להשאיר את הכסף אצלו? הברייתא עונה שאם הוא רוצה לנהוג במידת חסידות הוא יכול לשלם לעניים כנגד האוכל שלקח. אין כאן חובה על האדם לשלם מכיוון שבאותו הזמן הוא היה נחשב עני, ובנוסף לכך זה ממון שאין לו תובעים, כלומר אף אחד לא יכול להוכיח שהוא צריך להחזיר את התשלום. אומרים לאותו אדם שאם הוא רוצה לנהוג במידת חסידות הוא ישלם לעניים כנגד מה שאכל, והוא אפילו לא חייב להחזיר את השווי לאותם עניים בעיר שממנו קיבל את האוכל, אלא יכול להחזיר לעניים שבעירו.

**בבלי בבא מציעא דף נ"א עמוד ב':** דין הונאה הוא כאשר אדם מוכר או קונה חפץ בפער של 20% ממחירו בשוק, ולכן אפשר לטעון טענת הונאה. השאלה היא עד מתי ניתן לטעון טענת הונאה. כאשר הטענה היא לגבי מטבעות כסף, השאלה יותר חריפה מכיוון שהערך של הכסף יכול להשתנות מהר, והכסף תמיד עובר מיד ליד. המשנה אומרת שאם האדם גר בעיר, פרק הזמן שיש לו לטעון טענת הונאה הוא עד שיראה את השולחני (מומחה בענייני כספים)- באזור 5 שעות. לכן, אם לאדם הייתה הזדמנות לשאול את השולחני מה שווי המטבע והוא התמהמהה, הוא אינו יכול לטעון. אם האדם גר בכפר הוא יכול לטעון טענת הונאה עד ערב שבת, מכיוון שבכפר אין שולחני, אך רוב בני בכפר באים לעיר בערב שבת ולכן על הדרך הוא יכול ללכת לשולחני. הזמן המוגדר לטענת הונאה הוא הזמן הסביר שאפשר ללכת להראות לשולחני את המטבע.

המשנה אומרת שאם אדם מגיע לאדם אחר לאחר פרק זמן ארוך ובא עם טענת הונאה, ע"פ הדין לא צריך לקבל את הטענה. אולם אם אדם מזהה שזהו באמת המטבע שלו, מידת החסידות לפצות את האדם שטען.

**עשיית הישר והטוב במישור הפרטי/ שיעור 27**

כאשר אנו מדברים על עשיית הישר והטוב במישור של האדם הפרטי, בית הדין לא מתערב בעניין באופן ישיר אך באופן עקיף הוא יכול להשפיע.

**שו"ת תשב"ץ חלק ג', ק"צ:** השאלה שנשאלה הייתה לגבי אישה (שככל הנראה לא הייתה לה משפחה גרעינית), והיא חלתה ועומדת למות ולכן היא רוצה להעביר את הירושה שלה- לעשות צוואה. לאותה אישה יש קרוב משפחה שהוא לא מהמעגל הראשון, אולם ע"פ דין תורה הוא אמור לרשת אותה. האישה מחליטה להעביר את נכסיה לטובת עניי עירה או לטובת בית הכנסת. הקרוב שצריך לרשת אותה ע"פ דין תורה הוא גם כן עני, בניו הם בני תורה- כלומר הוא צריך לשלם הוצאות עבור חינוך, ביתו צריכה להינשא- מצריך כסף עבור נדוניה, והוא כל כך עני עד כדי כך שהוא יוצא מהעיר כדי לקבץ נדבות. האישה רוצה להקדיש את כספה למטרות חיוביות- כסף לעניים וכסף לבית כנסת. השאלה היא האם רוח חכמים נוחה הימנו או לא? השואל אינו שואל את התשב"ץ האם מותר לאישה לתת את נכסיה לאחרים או שיוצאים מנקודת הנחה שהאישה כבר העבירה את הנכסים. ככל הנראה, אם האישה כבר העבירה את נכסיה היא רשאית לעשות כן והשואל מכבד זאת. כנראה שהאישה עדיין בחיים ועדיין לא העבירה את נכסיה ולכן היא רוצה להתייעץ ולדעת האם רוח חכמים נוחה הימנו? מצד אחד האישה רוצה לתת את נכסיה לעניים ולבית כנסת שזהו דבר חיובי וחשוב. מצד שני, יש לה קרוב שהוא עני ורשאי לרשת אותה. השואל רוצה לדעת האם לעודד את האישה להעביר את נכסיה כפי שהיא רצתה, או שמא לנסות לשכנע אותה לתת את נכסיה לעני שאמור לרשת אותה?

המשיב עונה שנאמר בגמרא לא לשתף פעולה במקום שבו אדם מבקש להעביר את נכסיו, אפילו חלוקה פנימית שונה בין בניו ואפילו כשהאדם רוצה להעביר את נכסיו מבניו לבנותיו בגלל שזה סותר דין תורה. אם אדם מעביר את נכסיו מבן אחד לבן אחר- אפילו אם הוא מעביר מבן רע לבן טוב, אומרים לנו לא לשתף פעולה אתו. שני הבנים יורשים את האב והוא רק משנה את החלוקה הפנימית ומשאיר את הנכסים אצל בניו ולא מוציא אותם לצד ג'. כמו כן, גם כשהאב מעביר את נכסיו מבניו לבנותיו הוא רק משנה את הסדר הפנימי ולא מעביר לצד ג', גם אז הסוגייה מסתייגת ואומרת לא לעשות כך ולא לשתף אתו פעולה, כל שכן אם אדם מעביר את נכסיו לצד ג'. אותה אישה שרוצה שמעבירה את נכסיה לצורך בית הכנסת, השימוש בכסף ייעשה לצורך מימון תיקונים, הוצאות משותפות ועוד. המשיב אומר שפעולות אלו מוטלות על הציבור- כל אחד מהציבור נותן את חלקו וכביכול משלם מס כדי לתפעל את הבית כנסת. ברגע שהאישה נותנת את נכסיה לטובת הבת כנסת, היא בעצם פוטרת את הציבור מלשלם עבור הצרכים השונים של הבית כנסת. מכאן יוצא שבאופן עקיף היא נתנה לכל אחד מהקהילה כסף מכיוון שהיא פטרה אותם מלשלם. בעקיפין היא לקחה את הירושה מאדם שראוי לרשת אותה, ונתנה אותה לאנשים זרים- מעבירה נחלה מהראוי ליורשו למי שאינו ראוי ליורשו. מכיוון שהיא עושה כך, רוח חכמים לא נוחה הימנו. גם לעניין העברת הנכסים לעניים יש את אותו הדין. בכל עיר יש קופת צדקה שממנה העניים יכולים להתפרנס, וישנה חובה על כל אחד לשלם לקופה. כאשר האישה נותנת את הירושה לקופת צדקה, בעקיפין היא פוטרת את בני העיר מלתת כסף לעניים. ועוד, זה דומה "לעני המהפך בחררה"- העני התחיל לזכות בחפץ כלשהו, ובא אדם אחר וחטף אותו ממנו. העני הקרוב היה אמור לקבל את הירושה, ועניים אחרים באים ולוקחים את הירושה ממנו.

התשב"ץ אומר שכל הניתוח שעשה לא בא לבטל את המתנה אם האישה כבר נתנה אותו, אלא בא להגיד כי זה מעשה לא ראוי. לכן, אם האישה עדיין בחיים ואפשר לשכנע אותה לעשות אחרת זה כדאי.

בחלק הראשון של תשובתו אין חידוש גדול שהרי כבר אמרנו שאם אדם נותן את הירושה שלו לצד ג' רוח חכמים לא נוחה הימנו, אולם החידוש הוא שגם בתי כנסת וקופת צדקה נחשב כצד ג'.

לכאורה תשובתו יכולה להסתיים כאן, אך התשב"ץ ממשיך ואומר שאפשר להרחיק לכת ואם האישה העבירה את הירושה ואפילו אם היא נפטרה, אפשר לבטל את מה שעשתה ולהעביר את הירושה לאותו קרוב. כיצד התשב"ץ מתיר לבטל את מה שהאישה עשתה ולהעביר את הירושה? הרי יש מצווה לקיים את ציווי המת, ויש כאן ביטול של המתנה?!

התשב"ץ נסמך על התלמוד הירושלמי ששם מסופר ר' יהודה הנשיא שהלך עם תלמידו רב והראה לו שער מפואר של בית כנסת שהוא השקיע מכספו כדי לבנותו, וכמה השקיעו בזה אבותיו. רב עונה לו אמירה מאוד חריפה- האם אתה יודע כמה אנשים מתו מזה? היית צריך להשקיע את כספך למטרות יותר חשובות, לדוגמא עבור חולים, עניים ועוד. רב מביא את הפסוק "וישכח ישראל את עושהו ויבן היכלות"- עמ"י שוכח את האלוקים ובונה היכל לעבוד עבודה זרה. רב מתבטא בצורה מאוד חריפה ואומר לר' יהודה הנשיא כי סדרי עדיפויותיו מאוד לא ברורות- אתה לא משקיע את כספך במקומות שצריך. קודם צריך להשקיע בבני אדם ורק אח"כ בבניינים. כמובן שאין כאן כוונה להגיד שר' יהודה הוא פושע (שהרי הפסוק כן מתייחס לעמ"י כפושעים), והכוונה היא ששיקול הדעת היה משובש.

המשיב אומר שמהסיפור הזה ניתן להסיק שצרכי עניים עדיפים על צרכי בית כנסת, מכיוון שמעשיו של ר' יהודה מתואר כמעשה לא טוב "וישכח ישראל". בנוסף, האישה נחשבת כ"שכיב מרע"- אדם הנמצא במצב אנוש ונוטה למות ולכן צריך להקשיב לדברים שהוא אומר כשמדובר בקניין נכסים (בדרך כלל כשאדם בריא, אין לדבריו כוח לבצע פעולת קניין). הרמב"ם אומר שאם שכיב מרע אומר לעשות דבר שאסור, לא מקשיבים לו כי כנראה דעתו הייתה משובשת, ולא סביר שהוא יצווה לעבור על עבירה. לכן, כאשר אדם מצווה לעשות עבירות עם נכסיו לא צריך להקשיב לו כי מניחים שדעתו לא הייתה שקולה. האישה ציוותה לתת את נכסיה לבית כנסת- ציווי לתת לבניין במקום לעני, ומכיוון שאמרנו שזה דומה ללבנות היכל לעבודה זרה, זה נחשב כעבירה ולא צריך להקשיב לה.

התשב"ץ מחליק קצת את העובדות מכיוון שהיא רצתה לתת חלק מכספה לקופת צדקה, והכסף שנועד לבית כנסת לא נועד כדי לפאר אותו אלא כדי לתחזק אותו. המסקנה העובדתית קצת מרחיקה לכת, ועוד יותר מרחיקה לכת כאשר התשב"ץ אומר שהוא מבטל את המתנה על סמך הסיפור בירושלמי. התשב"ץ רצה להגיע לתשובה הזאת, וכנראה לכן הוא בנה את תשובתו כך.

כשמדובר ברוח חכמים לא נוחה הימנו, ביה"ד לא מתערב באופן ישיר, אולם בעקיפין כן. לולא היו אומרים לנו שרוח חכמים לא נוחה הימנו לא היה לתשב"ץ מספיק בסיס כדי לתת לבית הדין להתערב ולבטל את הצוואה. זה נתן בסיס ולגיטימציה מוסרית כדי להסיק שניתן לבטל את הצוואה של האישה בגלל שרוח חכמים לא נוחה מההתנהגות הזו.

התשובה הזו נותנת לנו מבט כללי על דרך של פסיקה. כאשר מגיע לידי פוסק מעשה קונקרטי, הוא מנסה להגיע לתוצאה שבעיניו נראית לו נכונה. הפוסק ישתמש בכלים שיש לו, ומתוך כלים אלו ינסה להגיע לתוצאה שנראית הכי נכונה למקרה הזה. ברור שצריך להבין את התשובה על רקע הנסיבות, ותשובתו אינה אומרת כי אוטומטית כל פעם שאדם נותן את הירושה שלו לבית כנסת הצוואה בטלה. התשובה היא עוד כלי שפוסקים נוספים יכולים להשתמש בה כאשר מקרה דומה מגיע לפניהם.

**מי שפרע ומחוסר אמנה**

בכל עסקת מכר, כדי שהיא תכנס לתוקף משפטי מלא לא מספיק רק גמירת דעת של שני הצדדים, אלא צריך גם מעשה קניין- אקט פורמאלי שבדר"כ הקונה מבצע כדי לסמל בעלות (במיטלטלין זה הרמת החפץ, ובמקרקעין צריך לעשות פעולה מסוימת בקרקע). לאחר שאדם עושה מעשה קניין, הוא הופך להיות הבעלים. אם אדם בא ומגביע חפץ של אדם אחר ברור שהוא לא הופך להיות הבעלים כי צריך גמירת דעת של שני הצדדים. יחד עם זאת, אם הייתה גמירת דעת בין הצדדים ואח"כ צד אחד מתחרט בשל נסיבות מסוימות ומחליט לנצל את העובדה שעדיין לא הייתה התחייבות משפטית ומבטל את העסקה, מבחינה מוסרית זה לא נראה טוב. (יש נפקא מינה- השלכות, מי הבעלים של החפץ במצב שהוא נגנב.) גם אם מבחינה משפטית עדיין לא היה מעשה קניין, זה לא אומר שאין משמעות מוסרית למה שקרה לפני. לכן צריך להבחין באיזה שלב בעסקה היינו:

1. שלב ההתעניינות- דיבורים והתעניינות לגבי החפץ. כאן הדיבור לא מחייב גם מבחינה מוסרית.
2. סיכום הפרטים- עדיין לא היה תשלום וקניין, אך יש גמירת דעת בין הצדדים לקיים את העסקה.
3. תשלום אך ללא מעשה קניין.
4. מעשה קניין, וגם אם לא הועבר התשלום הבעלות עדיין עוברת.

יש הבחנה בין השלב השני לשלב השלישי- כאשר אדם משלם, הוא מביע בצורה מפורשת יותר שהוא מעוניין בעסקה, ונראה כי האדם מתכוון לקנות את החפץ. כדי לבטא את חוסר המוסריות של אדם שחוזר בו מעסקה ששילם עבור החפץ אך לא עשה מעשה קניין נאמר הביטוי "מי שפרע". במקרה שסוכמו הפרטים אך הכסף עדיין לא שולם נאמר הביטוי "מחוסר אמנה"- אדם שהוא לא אמין ולא ניתן לסמוך עליו.

**משנה מסכת בבא מציעא פרק ד' משנה ב':** אדם שמשך את הפירות- עשה מעשה קניין, לא יכול לחזור בו. אך אם האדם נתן לאדם השני מעות ועדיין לא עשה מעשה קניין הוא יכול לחזור בו מהעסקה. אולם, אומרים לאותו אדם שברמה המשפטית הוא יכול לחזור בו, אך הוא צריך להיזהר כי אלוקים יעניש אותו, וזה אותו אלוקים שהעניש את דור המבול ודור הפלגה- תדע מה כוחו.

**בבלי בבא מציעא דף מ"ח עמ' ב':** האם רק מזהירים את האדם שחזר בו, או שאנו מקללים אותו שאלוקים יעניש אותו?

**רמב"ם הלכות מכירה פרק ז' הלכות א'-ב':** אדם שנתן כסף ועדיין לא עשה מעשה קניין ואז חזר בו, חייב לקבל "מי שפרע"- כלומר, מקללים אותו, ואם הוא ממשיך להתעקש מחזירים לו את הכסף ומבטלים את העסקה. מקללים את האדם שחזר בו מהעסקה, בין אם זה המוכר ובין אם זה הקונה.

מי שפרע דומה לחיוב בדיני שמים- האדם יקבל עונש מאלוקים בכך שהוא גרם לנזק ולא שילם. משפטית האדם רשאי לחזור בו, אך מכיוון שזה לא מוסרי מקללים אותו שיקבל עונש.

**רמב"ם הלכות מכירה פרק ז' הלכות ח'-ט':** אם עוד לא היה העברת תשלום ומעשה קניין אלא רק סיכום פרטים בין הצדדים, ראוי שכל צד יעמוד בדבריו. אך אם אדם חוזר בו מהעסקה (לא משנה איזה צד), לא מקללים אותו, אך אדם זה הוא "מחוסר אמנה"- אדם לא אמין ורוח חכמים לא נוחה הימנו. הרמב"ם ממשיך ואומר שאם אדם אמר לחברו שהוא ייתן לו מתנה ובסוף חוזר בו, גם עליו נאמר מחוסר אמנה, וביטוי זה רלוונטי לא רק בעסקאות. כל עוד אין התחייבות משפטית האדם לא מחויב לעסקה, אך כאשר אדם מבטיח משהו, הוא צריך לעמוד בו. הרמב"ם מסייג את עצמו ואומר שלגבי מתנה זה רק כשמדובר במתנה קטנה ובאמת סביר שהצד השני ייתן לו אותה. אם אדם אומר לחברו כי הוא ייתן לו מתנה גדולה ולא הגיונית, לא מאמינים לו עד שהוא נותן את המתנה, כי לא סומכים עליו שהוא באמת ייתן את המתנה. לכן, אם אדם אמר לחברו כי הוא ייתן לו מתנה ובסוף אינו נותן לו זה לא נחשב כמחוסר אמנה.

מחוסר אמנה דומה לרוח חכמים לא נוחה הימנו בכך שבית הדין לא מתערב בכלל.