**ד"ר חבה יעקב**

19.10.20

# **מבוא+תניה**

יש חוקים שהם חוקים שניתן להתנות עליהם, כלומר שתקפים כל עוד הצדדים לא הסכימו ביניהם אחרת. יש חוקים שבלתי ניתנים להתניה, כלומר אנחנו לא יכולים להסכים בינינו על משהו אחר.

למשל חוקים פליליים לא ניתנים להתניה, גם אם מישהו מסכים שאני אהרוג אותו והוא לא ינקוט שום הליכים, עדיין אסור לי לעשות את זה. זה פוגע בסדר חברתי, בקדושת החיים.

לעומת זאת יש למשל את חוק השומרים- אם למשל אני מבקשת ממישהו לשמור לי על חפץ, והוא מתנה את הסכמתו בכך שאין לו אחריות- כלומר אם קורה לחפץ משהו, גם אם החוק אומר שיש לי אחריות- הוא לא אחראי. כלומר רמת האחריות שלו גבוהה מהחוק. כאן ההסכמה תקפה. אם אין הסכמה כזאת, חוק השומרים יהיה תקף. ההסכם גובר על מה שהוסדר בחוק השומרים.

משפט פלילי בלתי ניתן להתניה, אזרחי בדר"כ כן.

דוג' למקרה שלא ניתן- דיני עבודה. ההנחה היא שהעובד הוא החלש והמעביד הוא החזק, יש פערי כוחות בין הצדדים. אם העובד מסכים למשל לתנאי עבודה מורעים ככה"נ היה במצוקה, והמעביד יכול לנצל את חולשתו. לכן גם אם המעביד הסכים, אם ייגש לביה"מש למרות ההסכם- ביה"מש עדין יפסוק לטובתו ומה שיחייב יהיה מה שנקבע בחוק.

חוק קוגנטי- לא ניתן להתניה

חוק דיספוזיטיבי- ניתן להתניה

לעומת משפט אזרחי שנוצר ע"י בני אדם והם יכולים לשנות או לבטל אותו כרצונם והחברה מכתיבה את הכללים והחוקים לעצמה, במשפט הדתי מוכתב ממעין כוח עליון, מאלוהים, והוא זה שקבע את החוקים. העובדה שמדובר במשפט דתי משפיעה על כל סוגי ההלכה. זה שהחוק אלוהי ייתן מוטיבציה לשמור עליו.

במשפט אזרחי כדי ליצור הרתעה צריך לקבוע ענישה, אכיפה. במשפט דתי יש מקרים שאין בהם ענישה בבית דין, אך יש ענישה בדין שמיים שאנשים נרתעים ממנה, ולכן יש מוטיבציה דתית לקיים את דין האלוהים, ובמקביל פחד לא לקיים אותו.

* האם ניתן במשפט העברי להתנות על חוקים?

הדעה הרווחת היא כנראה שלא. יוצר סתירה לתורה ולדבר האלוהים.

אם דבר מסוים הוא עבירה, אסור להתנות עליה. כלומר **אסור להתנות דיני איסורים** (נפשות). אך ניתן להתנות בדיני ממונות (דיני ממונות במשפט העברי מקבילים בערך למשפט אזרחי).

* האם בדבר שבממון ניתן להתנות על מה שכתוב תורה?

לפי התנאים נפסקה ההלכה שבעיקרון כן- עם כמה סייגים.

\*(תנאים- בערך לפני 2000 שנה. היצירה התנאית המרכזית היא המשנה. לפי התנאים ניתן להתנות על מה שכתוב בתורה. יש מחלוקת בנושא.)

דוגמא להמתנה (התניה) בתורה (לפי פירוש המשנה)

לפי חז"ל, אם לאישה יש נכסים משלה, כל עוד בעל ואישה חיים יחד- הבעל "אוכל פירות"- כלומר הרווחים שייכים לו. אם הם נפרדים/מתגרשים/הבעל מת- הנכסים חוזרים לאישה. כל עוד הם חיים ביחד, האישה לא יכולה למכור את הנכסים, כי היא פוגעת בזכות הבעל לפירות. זה הכלל הבסיסי שחל ביחסים הממוניים בין בני זוג.

המשנה מתייחסת למקרה בו בני זוג מתחתנים ורוצים לקבוע ביניהם הסדר אחר. הבעל כותב לאישה בשטר ההסכם ביניהם שאין לו דין ודברים בנכסיה. המשנה אומרת שעדיין יש לו זכות לפירות, ואם היא מתה הוא יורש אותה. כשהוא אומר זאת מפרשים את זה בצמצום- הוא מוותר רק על ההגבלה שלה למכור, אבל לא על זכותו לפירות. כלומר היא יכולה למכור נכסיה, ואז הוא יאבד זכויותיו, אבל כל עוד לא מכרה- הוא מקבל פירות.

לעומת זאת, אם הוא כתב לה שאין לו דין בנכסיה, בפירות ופירותיהם בחייך ובמותך, ופירט מאוד- בכך אפשר להבין שהוא מוותר על הכל, גם על זכותו לפירות וגם הוא לא יירש אותה.

כלומר- הם יכולים להסכים ביניהם שהוא מוותר לה על הזכויות בנכסים אך ויתור זה צריך להיות מאוד **מפורש וברור**, וזה תמיד **יתפרש בצורה הכי מצומצמת**. נקודת המוצא היא שיש לבעל את הזכויות, ואם אתה רוצה לסטות מהדין זה חייב להיות ברור ומפורש, ואם לא- נפרש את זה לפי מה שהדין קבע. כל עוד ניתן לפרש התניה כחלה רק על מרכיב אחד, כך יפורש.

דוגמאות נוספת להתניה

ייבום- אדם שהיה נשוי לאישה ואין להם ילדים בכלל (ורק במקרה כזה), האישה הזאת לא משוחררת להתחתן עם מי שהיא רוצה אלא זקוקה לייבום, כלומר אחד מאחי הבעל צריך לשאת אותה לאישה. אם זה לא מסתדר או האחים לא רוצים, צריך לעשות טקס שנקרא טקס חליצה שמטרתו להשפיל את האחים על כך שאינם רוצים להמשיך את זכר אחיהם, ואחריו היא משוחררת להתחתן עם מי שהיא רוצה. (היום בפועל עושים רק חליצה ולא עושים יותר ייבום).

* אם בעל מתחייב לאישה שאם ימות לא תהיה זקוקה לייבום- זה **לא דבר שבממון** ולכן התנאי שלו בטל. בכל זאת אסור לה להתחתן עם מישהו אחר גם אם הבעל הבטיח לה. התנאי **לא תופס**.
* לעומת זאת אם אישה מסכימה להתחתן עם מישהו שמתנה את זה שיקדש אותה בכך שתוותר על חובתו למזונות (לפי דין הבעל חייב לדאוג לכל צרכי האישה)- זה **תופס**, כי זה **דבר שבממון** וניתן להתניה, אז תנאו קיים.

חוק השומרים- מגדיר את חוקי השומר, על מי חלה האחריות במקרים מסוימים, מה רמה האחריות, על מי חל נטל הראייה וכו'. ההלכה מבחינה בין סוגים שונים של שומרים-

* שומר חינם- שעושה טובה, לא מקבל תמורה.
* שומר שכר- שמקבל תמורה.

שניהם ביוזמת בעל הסחורה. סוחר ושואל-

* אם היוזמה היא של השומר, שמבקש להשתמש במשהו בחינם- הוא שואל.
* ואם בשכר- הוא שוכר.

רמת האחריות משתנה לפי סוג השומר. באשר לנטל הראייה (חובת ההוכחה אם המוצר נגנב/נשבר/נהרס) הוא מוטל תמיד על השומר, ואם שומר רוצה להיות פטור נטל הראייה מוטל עליו (באמצעות הבאת עדים או שבועה).

* אם אני מבקש ממישהו להיות שומר חינם, ולמרות ששומר חינם פטור מאחריות- אני מבקש שיקבל על עצמו אחריות כמו של שומר שכר, והשומר מסכים לקבל על עצמו רמת אחריות גבוהה- זה תקף, כי זה דבר שבממון ובו התניה תופסת. כנ"ל על מקרה הפוך, שומר שכר שהתנה את שמירתו בכך שלא יהיה חייב במקרה של גניבה, ואז הוא אכן יהיה פטור גם אם החפץ נגנב. גם את נטל הראייה וגם את רמת האחריות אפשר להתנות.

**תמיד נעדיף פרשנות מצומצמת של ההתניה**.

שנה שביעית היא שנת שמיטה. יש בה מגבלות על עבודת האדמה, ובטלים בה גם כל החובות (שמיטת חובות)- כי אי אפשר להתפרנס בה, אסור לעבוד את הקרקע. (בנוסף, עדיף לתת לעני הלוואה ולא מתנה כדי שיעבוד להחזיר את הכסף, אחרת הוא יתרגל לחזור כל הזמן לקבל מתנות ולא ייצא ממעגל העוני. אם אפשר עדיף אפילו לנהל איתו עסק במשותף כדי שילמד להתנהל עצמאית.)

* אם רוצה הלווה שהחוב לא יתבטל אחרי 7 שנים, הלווה והמלווה צריכים להסכים לגבי אותו חוב ספציפי שהוא לא יבוטל. **התניה שבממון צריכה להיות ספציפית ועל מקרה מסוים**. לא ניתן לומר "לא תשמטני שביעית" (שביעית לא מחייבת אותי) כי יש בכך ניסיון להתחמק מהדין של השנה השביעית בכלל. כל יהודי מחוייב לו ולא יכול להפקיע אותו ממנו. כן ניתן להתנות עסקה **מסוימת**, צריכה להיות **הסכמה של שני הצדדים**. מי שיש ביכולתו להחזיר את החוב למרות השנה השביעית- מבורך וניתן. אך אי אפשר לכפות זאת אלא אם היה תנאי ספציפי.

יש גם תקנת פרוזבול- שנת השמיטה חלה רק על עסקאות פרטיות, חוב ציבורי לא נמחק בה. הפרוזבול ממחה את העסקה הפרטית לבית הדין והוא הופך לציבורי וכך אינו נמחק. זו דרך לעקוף את שמיטת החובות ואת שנת השמיטה.

22.10.20

דין הונאה- אם למשל המוכר מוכר חפץ לקונה שיש לו מחיר שוק קבוע, והוא מוכר במחיר מופקע או זול מדי בפער של מעל 20% (לא בהכרח הטעיה/תרמית, יכול להיות גם עקב טעות), יחול דין הונאה- הצד הנפגע יכול **לבטל את העסקה** או **לדרוש את הפער חזרה** (גם אם נעשה בתום לב, אין קשר להטעיה).

דין הונאה חל רק כשיש למוצר מחיר שוק קבוע. אם מדובר בחומר שונה, צורה שונה וכו' זה לא תקף. כיום בעייתי יותר כי השוק מאוד מגוון וכמעט אין מחירי שוק קבועים.

* בדיני ממונות- אם נתתי מתנה למישהו אני לא יכול להתחרט, זה כבר לא שלי. אם מחלתי למישהו על חוב- הוא נמחק, אי אפשר לפי הדין להתחרט. אם אמרתי למישהו שחפץ כלשהו שווה 100 ואני מוכר לו ב200 בתנאי שלא יטען הונאה- זה **תקף**, כי הוא יכול לוותר. אבל זה **בתנאי שהקונה יודע על מה הוא מוותר**. כשהצד השני לא יודע על מה הוא מוותר זה לא תופס. הויתור צריך להיות לא כללי, **ויתור מפורש**.

דיני ירושה- קובע למי עוברים הנכסים של אדם כשהוא מת. בדר"כ יהיו לכל אדם יורשים.

צוואה- בחייו עושה אדם לפי כללים מסויימים צוואה ומחלק את נכסיו איך שהוא רוצה. אם נעשתה כדין, הנכסים לא יחולקו על פי דיני הירושה אלא לפי הצוואה, והיא תכובד.

ניתן גם לתת מתנה- האדם נותן בחייו מתנה אך היא תיכנס לתוקף רק לאחר מותו (כמתנה ולא ירושה).

לפי דיני הירושה של התורה, הבן הבכור יקבל חלק כפול מהשאר. אם אדם אומר שהוא לא רוצה שבן כלשהו יקבל ירושה, או שהבכור לא יקבל חלק כפול- זה **לא תקף**, כי זה מבטל ומתנה מה שכתוב בתורה. ההבדל כאן למרות שמדובר בדיני ממונות הוא שהוא לא מחל- כדי שאדם ימחל על זכות שיש לו ויסכים לתת דבר שיש לו הוא צריך להיות שותף להסכמה הזאת. אם הבכור עצמו רוצה לחלק את החלק הכפול שלו בין אחיו ובעצם לתת להם מתנה- זה אפשרי רק אחרי מות האב, כי אם הוא עדיין חי הזכויות עדיין לא של הבכור, זה רכוש שלא שייך לו ולכן זה בעייתי, הנכסים הם של האבא ולבכור יש רק זכות עתידית.

לסיכום כללי עד כה-

דיני איסורים- אי אפשר להתנות.

דיני ממונות- עקרונית אפשר אבל-

1. מוסכמת ולא חד צדדית, בעיקר מוסכמת ע"י הצד שמוותר.
2. אם ניתן לפרש את ההתניה היא תפורש בצמצום.
3. ההתנאה צריכה להיות מפורשת, ברורה, הצדדים יודעים על מה הם מוותרים.
4. לא יכולה להיות מנוסחת בצורה שמפקיעה ממך את הדין אלא על במקרה ספציפי.

באופן כללי, בדיני הממונות של ההלכה יש יותר גמישות מאשר בדיני האיסורים. אך זה עדיין לא אומר שהכל פרוץ לחלוטין ושהכל מותר.

תנאי מכללא- תנאי שלא הותנה/נאמר במפורש בחוזה, אך הדין מניח שזה חלק מהתנאים שלנו כי כך נהוג בחוזים כמו זה. רואים אותו כאילו היה מובן מאליו לשני הצדדים, בעת חתימת החוזה, שתנאי כזה הוא חלק מהחוזה.

אסור לייקר (להעדיף) את דין הגויים/הדין הזר- להעדיפו על דין התורה. אם ההתניה נעשית תוך ייקור כזה היא אינה תקפה.

# הבדלים נוספים בין דיני איסורים לדיני ממונות

**ספק איסור לחומרא וספק ממון להקל**.

כלומר אם יש ספק אם אסור או מותר, נלך לפי ההחמרה. אם יש ספק אם אתה חייב כסף או לא, אפשר להקל ואתה לא חייב לשלם.

איסור גזל- גזלן הוא לא רק גנב, שבא ולקח משהו שלא שייך לו, אלא גם מי שלא מחזיר חוב, או מחזיק ממון שאינו שלו. אם לא החזרתי חוב מכוח ספק ממון להקל, אני הופך לגזלן, ויש איסור גזל. אבל יוצא מצב שלפי ספק ממון להקל אני לא צריך לשלם, ולפי ספק איסור להחמיר אני כן צריך לשלם, להחזיר את החוב.

**הספק האיסורי רוכב על גבי הספק הממוני**. קודם כל צריך להכריע לגבי אם אני חייב לשלם, אז אפנה לבית דין. אם בדין יחליטו שאני חייב- אני גזלן. אבל אם יש ספק הוא יכול לקבוע שספק ממון להקל ולהחליט שאני לא חייב, ואז אני לא גזלן.

# תורה שבכתב ותורה שבע"פ

הבחנה חשובה נוספת היא בין התורה שבכתב לבין התורה שבעל פה. המשנה היא דברי תנאים שמסודרים לפי נושאים, ומדרש ההלכה עובד לפי סדר ספרי התורה, ניתוח פסוקים.

המסורת ההלכתית היא שעם ישראל כביכול מקבל מאלוהים גם את התורה בכתב (חמשת הספרים) וגם תורה שבעל פה. היא נקראת כך בגלל שבמקור ככל הנראה היה אסור לכתוב אותה, אבל עם הזמן מהחשש שתישכח חז"ל עברו על איסור תורה והיא נכתבה.

למה ה' נתן שתי תורות?

* אחד ההסברים הוא כדי לייחד את עם ישראל (שהרי לכולם יש תורה כתובה).
* אך הסבר עיקרי הוא שהתורה היא **נצחית**, לא משתנית אף פעם, זה אחד מיסודות האמונה היהודית. מאחר והמציאות מתחדשת לא היה נכון אם התורה הייתה כותבת את הכל, אלא התורה כתבה כללים והשאירה לחכמים להוציא מהם את הפרטים המתחדשים בכל דור ודור. כלומר התורה שבע"פ הוא לא טעות או חיסכון בכתב אלא כדי לאפשר לכללים לתפקד גם במציאות משתנה ולתורה להיות נצחית.

26.10.20

# 

# התורה שבע"פ כוללת בתוכה בעצם חמישה חלקים:

(לפי **הרמב"ם**) ויש גרסה גם בה הוא מקבץ אותם ל3.

החלק הראשון- פירושים מקובלים מפי משה, יש להם רמז בכתוב, אפשר להוציאם בדרך סברא, ואין בהם מחלוקת.

החלק השני- הדינים שנאמרו הלכה למשה בסיני ואין ראיות עליהם כמו שזכרנו, וגם זה אין חולק עליו.

החלקים הראשון והשני של התורה שבע"פ הם הכללים והמצוות שמשה מקבל בהר סיני. ההבדל ביניהם הוא שהחלק הראשון מדבר על פירושים שאפשר למצוא להם רמז/עיגון בתורה שבכתב, ולחלק השני לא ניתן למצוא רמז בכתוב. אך אין הבדל בחובה לקבל את ההלכות האלה, ואי אפשר לחלוק עליהן כי לפי המסורת הן התקבלו מהאלוהים ואי אפשר לחלוק על מה שה' אמר, על המסורת ההלכתית. (לכן הוא מאחד אותם במקור אחר לאחד).

החלק השלישי- דינים שהוציאו על דרכי הסברא ונפלה בהם מחלוקת.

אלה הלכות שהחכמים למדו באמצעות השכל, ההיגיון, ההבנה האנושית, הסיקו מתוך ספרי התורה הלכות כאלה ואחרות והגיעו למסקנות הלכתיות. עליהן יכולה להיות מחלוקת, כי כל אחד יכול לפרש את הטקסט בדרך אחרת ("כשישתנה העיון"), והחלק הזה מקורו לימוד והגיון אנושי לכן ניתן לחלוק על כך.

הרמב"ם אומר כי מי שמעלה על דעתו שיכול להיות קצר כזה בחלקים הראשון והשני הוא אדם שאין לו שכל. איך יכולה להיות מחלוקת? כשהשכל האנושי מעורב יכולה להיות מחלוקת כי יש איזשהו קצר בתקשורת (כמו בטלפון שבור). מי שחושב שיש תקלה במסורת ההלכתית- הרמב"ם שולל אפשרות כזאת, אבל אי אפשר לומר את זה כי אדם שאומר זאת מערער על המסורת בעצם. לכן הרמב"ם מעדיף להתעלם מזה. (גם אם הוא מבין שיכול להיות שיבוש בדרך אבל הוא לא רוצה להעלות אפשרות כזאת).

החלק הרביעי- גזירות שתיקנו החכמים והרבנים, איסורים שמקורם בדברי חכמים, שהם אסרו למרות שהתורה לא אסרה. הם מעין הרחבה למה שהתורה אסרה וזאת כדי למנוע מאנשים "להתבלבל" ולעשות את מה שאסור, להרחיק את האנשים מעבירה, להרחיב את מעגל האיסור. למשל איסור בשר עוף וחלב, לפי ההלכה אסור לאכול בשר בקר או בהמה עם חלב, אבל בשר עוף עם חלב התנאים סבורים שמותר ולמרות זאת החכמים אסרו זאת כדי שאנשים לא יתבלבלו או יטעו ויחשבו שבגלל שמותר עוף עם חלב מותר כל בשר עם חלב. המחוייבות לכאורה לא משנה, כי אם החכמים אסרו יש מצווה לשמוע בקולם, ה' הסמיך אותם. יכולה להיות מחלוקת כי גזירות אלה מקורם בדברי החכמים וייתכן שיחלקו על מה שהם חשבו.

החלק חמישי- הדינים העשויים על דרך חקירה והסכמה בדברים הנוהגים בבני אדם.

החלק החמישי דומה לחלק הרביעי (וגם אותם במקור אחר הרמב"ם מחשיב כאחד), גם כאן אלה כללים שמקורם בדברי חכמים, הלכות שהחכמים חידשו וקבעו בעצמם. ההבדל הוא שהחלק הרביעי עוסק באיסורים, בגזרות, והחמישי עוסק יותר בנושאים של דיני ממונות, או תקנות דתיות. יש בהם תועלת בהסדרת החיים- סדר בחברה, מניעת ויכוחים וכו', או שהם חשבו שזה נכון או ראוי מבחינת המצווה. ברור שגם כאן יכולה להיות מחלוקת.

# דאורייתא (בארמית-מתורה) ודרבנן (רבנים)

כאמור, יש הלכות שמקורן בדאורייתא ויש הלכות שמקורן בדרבנן. כיצד נדע לזהות? ביום יום זה לא משנה כי צריך לקיים גם זה וגם זה. זה יכול להיות חשוב במקרים בהם יש ספקות, מקרים של צרכים מיוחדים, או לעניין מידת הגמישות. לגבי החלקים הראשון והשני אין ספק כי הם דין תורה, והרביעי והחמישי ברור שהם דין חכמים. הבעייתיות היא בחלק השלישי- האם אותן הלכות שלא נכתבו או נמסרו בע"פ או בכתב באופן מפורש נחשבות כהלכות שמקורן מהתורה או בדברי חכמים? חלקן מקורן בתורה וחלקן יותר בדברי חכמים. יכול להיות שיש הלכה שהיה נוח לחכמים לקבוע ולהסמיך על פסוק בתורה למרות שברור שלא לכך היא התכוונה. השאלה היא איך נבדיל?

בתורה ישנן תר"יג 613 מצוות שמתחלקות למצוות עשה (248) ואל תעשה (364) וזהו דבר מוסכם. השאלה מה כלול בהן הביאה להתפתחות של ענף ספרותי שנקרא ספרי מצוות, שתפקידו למנות את כל המצוות בתורה. גם לרמב"ם יש ספר מצוות. הוא הכניס אליו רק מצוות שמקורן בתורה (וכך רוב מוני המצוות).

**הרמב"ם** אומר שלא יהיה נכון למנות במניין המצוות כל מה שלומדים בעזרת מדרש פסוקי התורה. מצד שני לא יהיה נכון לומר שכולם מדברי חכמים. עקרונית, מדאורייתא זה רק מה שמופיע בתורה שבכתב או שנמסר למשה בהר סיני. **כל הלכה שחכמים למדו באמצעות מדרש פסוקי התורה בעצמם נחשבת הלכת דברי חכמים**. אם התלמוד, המשנה או החכמים שדרשו את ההלכה יאמרו במפורש שהלכה זו היא הלכה למשה בסיני, שמקורה בתורה, זו הלכה כדין תורה. אם הם לא אמרו זאת- זה **דרבנן**. כלומר הלכה שנלמדת באמצעות מדרש פסוקי התורה נחשבת כהלכה שמקורה בדברי חכמים אלא אם כן צויין במפורש שמקורה בדין תורה.

**הרמב"ן** (כתב הערות/השגות לספר המצוות של הרמב"ם) טוען הפוך- אם אתה מוצא הלכה שנלמדת באמצעות מדרש של פסוקי התורה, **ברירת המחדל היא שהיא מהתורה**, מדאורייתא. אלא אם כן ציינו לנו החכמים אחרת.

29.10.20

# **סמכות חכמים- פרשנות והכרעה במחלוקת**

# **הסמכות והיקפה**

**דברים פרק י"ז**

"כי יפלא ממך דבר"- אם יהיה לך דבר פלא- שאלה לא פתורה, לא ברורה, שתשובתה לא ידועה. אם יש לאדם שאלה בכל סוגי השאלות ההלכתיות, בין אם לשואל ובין אם לשני צדדים, שלא ידע מה התשובה אליה, הם צריכים ללכת לסמכות המקומית קודם כל, ולבסוף לבית המקדש.

"וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ידוד אלוהיך בו"- בית המקדש, מקום בו ישב בית הדין הגדול שבהמשך נקרא סנהדרין.

"ובאת אל הכהנים והלויים"- התפקיד המסורתי שלהם היה הרוחני והדתי, ההנהגה הרוחנית של העם, ולכן פונים אליהם, הם אלה שיודעים לפתור. ייתכן שגם יהיה שופט שאינו כהן או לוי. אתה תציג להם את השאלה והם יגידו לך מה הדין במקרה הזה.

"ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך מן המקום ההוא אשר יבחר ידוד ושמרת לעשות ככל אשר יורוך"- ברגע שהם יאמרו לך את דבר המשפט אתה חייב לציית למה שיגידו לך.

"על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"- אל תזוז ימינה ושמאלה ממה שהם קבעו.

"והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע... ומת האיש ההוא"- אדם שבכוונה לא יקשיב לכהן או לשופט ולא יציית לדבריהם, צריך לתת לו עונש מוות.

"וכל העם ישמעו ויראו ולא יזידו עוד"- העם יפחד ולא יעשה זאת.

פסוקים אלה מתארים מצב של איזושהי דילמה הלכתית, משפטית- שאלה שאין עליה פתרון. הגוף המוסמך לתת פתרון- בית דין/כהנים/גוף שיושב בבית המקדש, במרכז הדתי של העם, הם נותנים תשובה וכל העם חייב לציית לה, ומי שמפר את הכללים וההוראות שהם נותנים- מקבל עונש מיתה. לפי חז"ל העונש לא מיועד לכל אחד שיפר את הכללים אלא רק על מקרה מיוחד, של מי שבלשון ההלכתית נקרא **זקן ממרא** (זקן=תלמיד חכם, ממרא במובן להמרות את הפה), כלומר רק לאחד מחכמי בית הדין שהיה שותף להחלטה כלשהי ולא מקבל את ההחלטה. הוא ממשיך להורות כדעתו, את דעת המיעוט. זה חותר תחת כל יסודות המערכת ולכן חמור יותר. ההכרעה היא גם דתית, ובאופן מסוים מייצגת את רצון האל, ולכן הפגיעה בו היא חמורה יותר מנסיבות אחרות. (עונשי המוות היו רלוונטים רק כשהיה סנהדרין ובית המקדש וגם אז לא הרבו בכך).

(רש"י- רבי שלמה יצחקי. מגדולי מפרשי המקרא, וגדול פרשני התלמוד. ברמה שלא ברור איך אפשר ללמוד תלמוד/גמרא בלעדיו.)

**רמב"ם- הלכות ממרים פרק א'**

(מתוך ספר ההלכה שלו)

"בית דין הגדול שבירושלים הם עיקר התורה שבעל פה"- התורה שבע"פ נמצאת תחת אחריותם וסמכותם, הם אלה שמוסרים ומחדשים ומעבירים את התורה שבע"פ, הם אחראים על הוראה, כלומר מתן הוראות הלכתיות, פס"ד, תשובות וכו'.

"על פי התורה אשר יורוך"- זו מצוות עשה, יש מצווה להקשיב לדבריהם (של אותו בית דין הגדול בירושלים), לסמוך ולהישען עליהם. לפי הרמב"ם אם אתה מאמין בתורה שבכתב אתה חייב להאמין בתורה שבע"פ, אי אפשר להפריד ביניהם. אם אתה מאמין בתורת משה אתה חייב להאמין גם בסמכות החכמים ולהישען עליהם.

מי שלא עושה כדבריהם עובר על 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- שהחכמים מחדשים בעצמם, גם על הפרשנות שלהם את התורה, מסקנות הלכתיות שלהם, שלמדו מן הדין באחת מהמידות שהתורה נדרשת בהם, וגם מה שמעבירים במסורת מדור לדור.**

**ספרי (מדרש הלכה מתקופת התנאים לספרים במדבר ודברים)**

עונש המוות למי שלא מקשיב לבית דין רלוונטי רק לסנהדרין בירושלים, ולא לסנהדרין שביבנה.

"ימין ושמאל"- אפילו אם אומרים לך שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין ואתה משוכנע שהם טועים, אתה עדיין חייב להקשיב להם.

המדרש הזה קובע חובת ציות מלאה לבית דין בירושלים, גם אם אתה בטוח שהם טועים.

בית הדין מייצג את דבר ה', אך אם אני בטוח שה' כתב בתורה משהו אחר ובית הדין טועה, כיצד יכול להיות שיש חובה לציית לדברי חכמים ולא לדברי ה'? והמדרש לא מדבר על מקרים שיש בהם דין והם חלוקים או נתונים לפרשנות, גם במקרים ברורים לגמרי יש חובה להקשיב לבין הדין. כיצד זה ייתכן?

**רמב"ן דברים י"ז, י"א (פירוש תורה)**

מנסה להסביר מה ההיגיון שעומד מאחורי החובה לציית תמיד לבית הדין. הרמב"ן אומר שאפילו אם אתה בטוח שהחכמים טועים, אתה עדיין צריך להקשיב לדבריהם. אם למשל אדם מגיע לבית הדין ושואל אותם האם חלק מסוים בגוף הוא חלב (חלק שומני מסוים בבהמה שאסור באכילה) או שומן. בית הדין פוסק שהחלק הוא שומן והוא מותר באכילה, אך האדם בטוח שהחלק הוא חלב ואם יציית להם הוא עושה דבר שאסור. נוצר מתח בין הצורך להקשיב לפסקי ההלכה של בית הדין לבין הדרישה מהדיינים שתחתיהם ומהאדם לפעול לפי הוראות אלה, כשהם מרגישים מצפונית שהם עושים דבר האסור.

הרמב"ן אומר שאותו ה' שנתן לנו את התורה והחוקים, אמר גם שבכל הקשור לפרשנות והעברת המסורת צריך לציית לחכמים. אז כשאני מציית להם אני לא צריך להרגיש שאני עובר על דברי ה', להיפך- **הוא גם זה שאמר לי לציית להם**. 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 זו גדול מאוד כיוון שהתורה ניתנה לנו בכתב, וחלק מהתורה שבע"פ זה שהחכמים קובעים ומחדשים הלכות, מכריעים מחלוקות וכו', ולכן יכולות להיות מחלוקות. אם לא נקבע פרוצדורה ברורה כיצד מכריעים הלכה, וכל אחד יעשה מה שהוא מאמין בו, התורה תיעשה מיד לכמה תורות. לכן **חייב להיות גוף אחד שהוא מוסמך להכריע**. הרמב"ן מוסיף ש**על האדם להניח שבית הדין לא טועה**, רוב הסיכויים שהאדם טועה ולא בית הדין.

**ספר החינוך מצווה תצ"ו**

מכיוון שדעות האדם חלוקות אחד על השני, צריך לקבוע גוף שמוסמך לקבוע מהי ההלכה. ומכיוון שהחכמים עמלים בתורה יש להניח כי הם לא טועים. ואפילו אם הם טועים- **עדיף לשלם מחיר של טעות אחת** כדי שיהיה גוף אחד שכולם מקשיבים לו, ולא שיהיו הרבה תורות וזה יביא להפסדים דתיים ומדיניים.

**תלמוד בבלי מסכת ראש השנה דף כד עמוד ב**

כיום יש לנו לוח שנה מסודר שקובע מראש אילו חודשים הם בעלי 29 יום ואילו מהם 30 יום. אך בזמן שהייתה סנהדרין ובית דין, לא היה לוח שנה מראש, אלא כל חודש בית הדין היה מוציא אנשים להרים והם היו בודקים מתי החודש נולד- כלומר, הירח מתכסה מעיננו לקראת סוף החודש ובתחילת החודש הוא כביכול "נולד מחדש" במראה שלו. מכיוון שלא ידעו מתי נולד הירח, היו שולחים אנשים כבר ביום השלושים כדי שיבדקו האם רואים את חידושו של הירח. אם אנשים באו והעידו בבית דין עד סוף היום השלושים של החודש שנולד הירח ועדותם הייתה עוברת ותקינה- קובעים ראש חודש, אך אם לא, היום השלושים הוא חלק מהחודש שעבר ורק יום לאחר מכן מקדשים את החודש.

בגמרא מסופר על מקרה בו באו העדים ואמרו שראו את הירח בליל השלושים, אך בליל השלושים ואחת הוא שוב נתכסה מעיניהם. דבר זה מהווה קושי, אך למרות זאת רבן גמליאל שהיה הנשיא של בית הדין קיבל את דבריהם וקבע את ראש חודש ביום השלושים. רבי דוסא בן הורכינס אמר שאנשים אלו הם עדי שקר, וניתן להשוות זאת לאישה שמעידה שהיא ילדה ויום לאחר מכן היא עדיין בחודש תשיעי. ר' יהושע (חכם אחר בבית מדרש) קיבל את דברי רבי דוסא ולא קיבל את דבר רבן גמליאל. בעקבות כך, רבן גמליאל גזר על רבי יהושע לבוא אליו ולחלל את יום כיפור לפי חשבונו של ר' יהושע (יש פער של יום בין יום כיפור בחשבונו של רבן גמליאל לשל רבי יהושע מכיוון שזה תלוי בראש החודש, עליו הם חלוקים). רבי יהושע נמצא בדילמה- מצד אחד הוא צריך להקשיב לנשיא של בית הדין, אך מצד שני הוא חושב שהוא טועה, ויוצא שהוא מחלל את יום כיפור. רבי יהושע הולך לרבי דוסא בן הרכינס (שחלק על עדות האנשים והחלטתו של רבן גמליאל) כדי לקבל ממנו עצה מה לעשות. רבי דוסא בן הרכינס עונה לו שאם יערער על בית דינו של רבן גמליאל, **יתחילו לבקר ולבדוק ככה כל בית דין שעמד מימות משה ועד עכשיו**, כל מה שאמרו בדורות הקודמים, **וייצא מצב בו הוא מערער על כל המסורת**.

"ויעל משה ואהרון ונדב ואביהוא ו**שבעים הזקנים**"- הסיבה שלא כתובים שמות שבעים הזקנים בא ללמד על כך ש**כל בית דין שעמד על ישראל, חייבים להישמע להוראותיו כאילו הם בית דינו של משה**. לא משנה מי הם היו, כל בית דין בכל דור הוא בעל אותו מעמד. על כן אומר רבי דוסא בן הכרינס לרבי יהושע שלא יערער על רבן גמליאל, לא משנה מי הוא ואם הוא מסכים איתו. ר' יהושע מקבל את דבריו ומציית לדברי רבן גמליאל ומחלל את יום כיפור כפי שיצא לפי חשבונו. הוא מגיע לרבן גמליאל נישק את ר' יהושע וקרא לו "רבי ותלמידי"- רבי שגדול ממנו בחכמה ותלמידי שהקשיב לדבריו.

**גמרא**

הברייתא (מקור תנאי שאיננו במשנה, משנה חיצונית) בגמרא אומרת שהסיבה שלא מפורש שמותיהם של הזקנים 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 שנמצא בימיו. אלא המסר שהתורה רוצה להעביר הוא ש**צריך לסמוך על אותו דיין שיש בימיו**, ולא לערער על סמכותו.

02.11.20

**דרשות הר"ן**"הרי שניתן רשות לחכמי הדורות להכריע במחלוקת החכמים כפי הנראה להם"- במקום שיש מחלוקת יש להם רשות להכריע בה.

"ואף אם יהיו הקדומים מהם גדולים מהם ורבים מהם"- הם יכולים להכריע גם במחלוקות של דורות קודמים למרות שהם היו גדולים מהם.

"ונצטוינו לילך אחר הסכמתם הן שיסכימו לאמת או להפכו"- אנחנו מצווים ללכת אחרי ההכרעה שלהם בין אם הם הסכימו לאמתאו לא. יכול להיות שהם טועים לפעמים ולא הצליחו להגיע לחקר האמת וההכרעה שלהם מוטעית, ועדין אנחנו חייבים לציית להם.

"כן העניין במצוה זו בשווה…"- החיסרון שיכל להיות אם לא היו קובעים בתורה פרוצדורה ברורה להכרעה במחלוקת התורה תהיה כשתי תורות, וכדי למנוע את זה היא מסרה את הכרעת הספקות לחכמי הדור, שיש להניח עפ"י רוב שהם צודקים. הם עושים איזון של שיקולים, לוקחים סיכון שהחכמים טועים לפעמים ובמקרים נדירות, אבל זה מחיר ששווה לשלם כדי שלא יהיו שתי תורות. הנזק הוא קטן ובשביל התיקון הנמשך תמיד שווה לסבול אותו.

**קצות החושן**"לא ניתנה התורה למלאכי השרת, ואל האדם ניתנה…"- הכנסת נתנה לביה"מש לפרש את חוקיה ויכול להיות שהוא יסטה מכוונת המחוקק, אבל המחוקק אמר לקיים את החוק כפי שהוא פורש ע"י ביה"מש. כך כאן, התורה לא ניתנה למלאכים אלא לבני אדם, לכן יכול להיות בהכרעה פער מהאמת. אבל **ה' אמר לנו לקיים את התורה לפי ההכרעה אנושית והחלטת החכמים**, אז גם אם הוא התכוון למשהו אחר- הוא גם זה שאמר לקיים את התורה עפ"י הכרעת השכל האנושי.

**שו"ת אגרות משה**  
"כשיהיה מחלוקת יעשו כפי הבנת רוב חכמי התורה…"- יכול להיות שרוב החכמים יכריעו הכרעה מסוימת שהיא שונה ממה שה' התכוון, ובכל זאת אנחנו צריכים ללכת לפי הרוב. ה' שנתן את התורה אמר שהם מוסמכים להסיק מתוכה מסקנות, וזה מה שיחייב אתכם. לכן אני לא טועה כשאני פועל לפי החלטת החכמים.

\*עד כאן הייתה גישה אחת, שהייתה קיימת מהראשונים ועד הפוסקים המאוחרים יותר. גישה של **ציות בכל מחיר**.  
יש גם **גישה הפוכה**, ששונה מכל מה שדובר עד עכשיו.  
 **ירושלמי הוריות**  
  
בדר"כ כשאדם חטא הוא הביא קורבן, אבל אם הטעות היא בעקבות הטעיה של בית הדין הוא זה שמביא קורבן ולא כל אדם לעצמו. מסכת הוריות דנה בשאלה מתי רואים בזה טעות של בית הדין ומתי טעות פרטית.

"יכול אם יאמרו לך על ימין שהיא שמאל ועל שמאל שהיא ימין תשמע להם?"- האם יעלה על דעתך שגם אם בית הדין טועה תקשיב ותפעל לפי הטעות שלהם? אתה צריך להקשיב לחכמים רק כשהם אומרים לך שימין זה ימין ושמאל הוא שמאל. אם הם טעו ואמרו הפוך, טעו, לא צריך להקשיב להם. **חובת ציות מסויגת**, לעומת המוחלטת.

גישה כזו מעוררת **קושי**- כי מי קובע שהחכמים טעו? הרי כל אחד יכול לומר שהם טעו.

**משנה הוריות א, א**אם מישהו יודע שבית דין טעה, כמו תלמיד שהוא לא מחכמי הדין אבל כבר תלמיד בכיר, ראוי להוראה, והוא הלך ועשה על-פיהם, הוא חייב להביא קורבן עצמי ולא להיתלות בטעות של בית הדין. זאת מפני שהוא טעה במצווה לשמוע דברי חכמים- הוא חשב שיש מצווה להקשיב לדברי חכמים עד כדי כך שהוא הקשיב להם גם כשהם טעו. הטעות שלו הייתה שהוא חשב שהוא צריך להסתמך על בית הדין. הוא זה שיהיה צריך להביא קורבן. אין חובת ציות מלאה לבית הדין, **אם אתה חושב שהם טעו אתה לא צריך לציית להם**, זו תהיה טעות שלך. אבל- לא כל אחד שציית להם צריך להביא קורבן- אלא **רק תלמיד שיש לו הרבה ידע ותפיסה רחבה** והיה יכול להיות מבחינת הידע והמעמד שלו להיות חלק מחכמי בית הדין, והוא לא צריך לציית לדברי החכמים.

**תלמוד בבלי מסכת הוריות**  
לפעמים ציות לחכמים הוא טעות.

**ספר עקידת יצחק, שער מג**

כשדין יפלא מהם (לא יבינו אותו, נסתר מהם) בכל מיני סוגים של שאלות (ממונית, איסורית…) כשיתברר להם שאינם מסכימים השורשים הכוללים אל העניינים הנדונים. אי אפשר בהנחה שהתקדים לא מחייב שנשים פס עליו, אלא שהנסיבות שונות ובגלל השוני יש השפעה על הדין. מבררים מה היו הנימוקים והנסיבות בדין הקודם ומנסה להראות שהוא צריך להשתנות כי כאן זה שונה, צריך פתרון אחר.

מתי יפלא מהם הדין ותהיה לבית הדין התלבטות? אם יש מקרה מיוחד השאלה היא אם הכלל חל על המקרה או חורג ממנו, מה רוחב התחולה של כלל מסוים והאם המקרה נכנס לגבולותיו? ההתלבטות היא כשאין תשובה מפורשת וצריך להסיק אותה מתוך הלכות ומקרים אחרים וליישם אותם, וביישומם יכול להיות ויכוח.  
כלומר- חוסר ההבנה, נעלם ממני הדין- יהיה לרוב ביישום העניין הספציפי הנידון אל השורשים, להלכות הקיימות יותר, והאם המקרה הזה נכנס לתוך הכללים או שהוא מחוץ להם.  
  
ה' כביכול נתן לבית הדין הגדול את הסמכות ליישר ולהתאים את הדין לפי העניין למקרה הפרטי, והוראה של בית הדין אי אפשר לסור ממנה. יכול להיות שבית הדין הכריע שהמקרה הזה חורג מן הכלל ולא נכנס אליו, וצריך להחיל עליו דין אחר, אם אתה בוחן את זה רק לפי הכללים, זה נראה כאילו בית הדין טועה, אבל אם אתה מתייחס למקרה הפרטי הזה, דווקא הדבר הנכון הוא שהוא לא נכנס אל הכלל וצריך לחרוג מהכלל.  
  
צריך לציית לבית הדין גם כשהם אומרים ששמאל זה ימין וימין הוא שמאל, זה לא הוא שטועה אלא אתה- ולמה שתחשוב ככה? כי ל**ך אין את שיקול הדעת והיכולת לדעת מתי נכון לחרוג ומתי צריך לתת פתרון שנכון למקרה הזה גם אם הוא סוטה מהכללים הרגילים**, ובית הדין יודע לעשות זאת וליישם את הכללים כך שיתנו פתרון נכון גם למקרה הפרטי. לכן בעיני נראה שבית הדין טעה אבל הוא לא, זה בדיוק תפקידו. דיין שמיישם תמיד את הכללים ואף פעם לא מפעיל את שיקול הדעת שלו מתי צריך ומתי נכון לומר כביכול על שמאל שהוא ימין וימין שהוא שמאל (בעיני המתבונן) למרות שהם דנים דין אמת, הם "מחריבי עולם"- למרות שיש צורך הם לא מתאימים את הדין למקרה הפרטי, הוא לא ממלא את תפקידו כדיין. **דיין נועד בשביל שיקול הדעת**.

# האם תופעת המחלוקת היא דבר טוב, חיובי, מועיל, או שהמחלוקת היא תקלה?

05.11.20

**תוספתא חגיגה ב,ט**

בהתחלה לא הייתה מחלוקת בישראל. היה בית דין גדול שישב בשטח המקדש בלשכת הגזית והוא היה מורכב מ-71 דיינים, וחוץ מזה היו עוד בתי דינים בעלי 23 דיינים כל אחד בעירות השונות בארץ ישראל. בנוסף היו עוד שני בתי דין של שלושה דיינים כל אחד, בירושלים, בחיל.

אם למישהו הייתה שאלה או מחלוקת, היו הולכים קודם כל לבית הדין בעיר ומציגים בפניו את השאלה. אם אין בית דין בעיר, הולכים לעיר הסמוכה, לבית הדין הקרוב ביותר. בבית הדין שהצגנו בפניו את השאלה- אם הדיינים שמעו וההלכה ברורה להם וידועה להם- הם אומרים מה ההלכה. אם הם לא יודעים את ההלכה (לא שמעו, אין להם מסורת הלכתית)- הם לא דנים בשאלה בעצמם, אלא השואל ובכיר הדיינים באותו בית דין- הולכים לבית הדין שבהר הבית, בירושלים ומציגים להם את השאלה. אם הם שמעו ויודעים הם נותנים את ההלכה, ואם לא- לא דנים בעצמם, אלא הולכים יחד לבית הדין שבחייל. גם בפניו מציגים את השאלה, ואם גם הם לא שמעו- באים לבית הדין בלשכת הגזית (הגדול).

אין סמכות **הכרעה** לאף אחד מבתי הדין עד לבית הדין הגדול. הם **יכולים לומר את התשובה/ההלכה** רק כששמעו אותה, למדו אותה. למה לא הולכים ישר לבית הדין הגדול? ככל שבית הדין קרוב יותר לבית הדין הגדול, יש יותר סיכויים שהם שמעו הלכה שנפסקה בעניין ועדיין לא הפשטה, ואז עדיף ללכת קודם אליהם כדי לא להטריח את בית הדין הגדול. לבית הדין הגדול ממנים את הרבנים הגדולים יותר, וכך בהיררכיה לבתי הדין הנמוכים יותר.

למרות שבבית הדין הגדול היו 71 דיינים, קבלת החלטות תהיה רק כשיהיו נוכחים 23 דיינים. אם אחד מהן צריך לצאת, לפני שהוא יוצא הוא יבדוק אם יש 23, ואם אין- הוא לא ייצא. הוא צריך לדאוג שיהיה כל הזמן הרכב כשיר של 23 דיינים. אם אין הוא יחכה שיצטרף עוד מישהו.

בית הדין הגדול פעל מתמיד (קורבן) של שחר ועד תמיד של בין ערביים- כלומר רוב שעות היום. הוא היה פעיל כל הזמן. הוא התעסק לא רק בשאלות שבאים לשאול אותו, אלא היו עושים גם דיונים יזומים, קובעים הלכות. בשבתות ובימים טובים באים להר הבית ולא ללשכת הגזית- אמנם לא עושים דין בשבת ולפסוק, אבל הם היו לומדים הלכה ומסקנות הלכתיות, גם בשבת (כלומר הם פעילים כל השבוע).

נשאלה הלכה ששאר בתי הדין לא ידעו- מציגים את השאלה בבית הדין הגדול- אם שמעו ויש להם מסורת הלכתית- אמרו להם. אבל אם לא- **עומדים במניין** (הצבעה)- דנים ומנמקים את העמדות, ואז מעלים את העניין להצבעה ועושים **לפי רוב**. כך נוצרה הלכה, ומתחילים להפיץ אותה כי היא נעשית הלכה מחייבת, גם לדור הזה וגם לדורות הבאים.

מתוארת מציאות שלא יכולות להיות בה מחלוקות, כי יש רק גוף אחד שקובע הלכות ומנגנון הכרעה היררכי ומאוד ברור לכך, שאר בתי הדין יכולים רק להעביר את המסורת ששמעו מרבותיהם או מבית הדין הגדול, היחיד שיכול לחדש משהו או להכריע בשאלה לא ברורה הוא בית הדין הגדול.

ככל שהתרבו תלמידי שמאי והלל, ש"לא שימשו כל צרכם" (לא עשו מה שהם אמורים לעשות, קפצו יותר מדי קדימה, ומכך נבעה חוסר היכולת שלהם להכריע)- נוצרו מחלוקות, והתורה הפכה לשתי תורות. **זו תקלה**, לא היה אמור לקרות. אם המציאות שלפני כן הייתה ממשיכה, לא היו מחלוקות.

בלשכת הגזית היו יושבים ובודקים מי חכם, עניו, שקול בדעתו, ונעים עם אחרים, אלה התכונות שמאפשרות לו להיות דיין בעירו, ועם הזמן מעלים אותו לבתי הדין הגבוהים יותר עד שהוא מגיע ללשכת הגזית. (מראה את ההיררכיה בין החכמים בבתי הדין גם במינוי).

**תלמוד ירושלמי מסכת חגיגה**

חוזר על כך שבהתחלה לא היו מחלוקות חוץ מדבר אחד- בשאלת הסמיכה (קשור בדיני קורבן). בתקופת שמאי והלל כבר היו 4 שאלות ללא הכרעה. כשרבו תלמידי שמאי והלל כבר התרבו המחלוקות וכבר אי אפשר להחזיר את זה אחורה, התקלה כבר התרחשה, עד שיבוא המשיח המצב לא יחזור לאחור. **מדגיש שהמחלוקת לא רצויה**, היא לא דבר חיובי. היא דבר מצוי אך לא רצוי, לפי שני המקורות.

**תוספתא עדויות א, ד**

הכלל הוא שמכריעים לפי דעת רוב. אבל למה מזכירים את דעת המיעוט ולא מבטלים/מוחקים אותה לחלוטין? זה יכול אף להחליש את דעת הרוב.

הסבר אחד לצורך להזכיר את דעת המיעוט ולא למחוק אותה- זה **כדי לבטל אותה**, כדי להגיד שעמדה זו היא לא לגיטימית, היא דעת מיעוט. ברגע שהזכרנו את דעת המיעוט ניתן לומר שאמנם היא לא טעות אבל זו מסורת שנדחתה, היא לא רלוונטית, אין לה חשיבות.

רבי יהודה נותן הסבר שני- דעת המיעוט לא מתבטלת, חשוב שהיא תישאר ותישמר, כיוון שיכול להיות שיהיה **צורך מיוחד** או חריג בהמשך ונצטרך לעשות בה שימוש, גם אם לא נוכל להשתמש בה ביומיום. אם יהיה צורך מיוחד בעתיד, נוכל לשלוף אותה והיא תהיה רלוונטית באותו העניין.

**שבת מד, א**

מוקצה- דבר שאסור לגעת או להשתמש בו בשבת. זה איסור מדברי חכמים. הברייתא מדברת על נר- מעין פמוט. בזמן שהנר דולק, אסור בשבת לטלטל אותו, להעביר אותו ממקום למקום, מהחשש שהוא יכבה. השאלה היא לגבי נר שלא דולק, האם מותר לטלטל אותו כשהוא לא בשימוש?  
רבי יהודה אומר שאם מדובר בפמוט חדש שעוד אף פעם לא השתמשנו בו, אפשר לטלטל אותו- כי אז אתה יכול להחליט אולי שלא תשתמש בו כנר. אבל אם זה נר שכבר הדליקו בו פעם- אף אחד לא ישתמש בו כבר לדברים אחרים, ולכן אסור לגעת בו בשבת, גם אם באותה שבת הוא לא היה דלוק.  
רבי מאיר חולק ואומר שגם נר שהשתמשו בו פעם מותר לטלטל אותו, להזיז אותו, אבל נר שהיה דלוק בכניסת שבת, גם אם כבר כבה בינתיים, אסור לגעת/לטלטל בו כל השבת. אם הוא כבוי מלפני שהשבת נכנסה, מותר לטלטל אותו.  
רבי שמעון אומר שמטלטלים כל נר חוץ מזה שדולק בשבת. כלומר גם נר שדלק בכניסת השבת וכבה מותר לטלטל אותו, רק אם הוא עדיין דולק אסור.  
ההלכה נפסקה כדעת רבי מאיר.

את נר חנוכה הכי טוב להניח בכניסה לחצר, כדי שכל מי שעובר יראה את הנר דלוק. כשהנר כבה מחזירים את הפמוט פנימה. הייתה תקופה שהיהודים היו חיים במדינה לא שלהם, והעוברים שראו את הנר חשבו שהם רוצים לכשף/לפגוע בהם. ביום חול לא הייתה בעיה, היו מדליקים את הנר לקראת תחילת הערב ואחרי חצי שעה מחזירים פנימה. הבעיה היא בשבת, מדליקים את הנר וגם אם הוא כבה אסור להחזיר אותו פנימה, לפי ההלכה של רבי מאיר. הוא יישאר כבוי עד סוף השבת, והעוברים שוב יחשבו שהנה שוב היהודים רוצים לכשף אותנו, ויענישו את היהודים. הוא אמר שאתם יכולים להדליק את הנר ולהחזיר אותו פנימה בשבת למרות ההלכה של רבי מאיר, אבל הייתה עוד דעה של רבי שמעון- לפיה כן אפשר להחזיר את הנר בשבת, אבל עמדתו אוחסנה וב**שעת דחק**- צורך מיוחד- שרוצים גם לקיים את מצוות חנוכה וגם לא להרגיש את הגויים מסביב, אז **מוציאים את עמדתו של רבי שמעון והיא עמדה לגיטימית למרות שאינה נפסקה**. ניתן לעשות בה שימוש כשצריך.

עמדה זו **רואה בדעת המיעוט משהו חיובי** ואף שמיש בנסיבות מסוימות.

**אבות דרבי נתן**

יושבות קבוצות של תלמידי חכמים וכל אחד אומר משהו אחר, יש ריבוי דעות. זה עלול להביא את האדם הרגיל לייאוש והוא יגיד שאין לו טעם ללמוד כי כל אחד אומר משהו אחר והוא לא יודע מה נכון. אבל **אותו האלוהים ברא גם את דעה זו וגם את האחרת**, ואת כל תלמידי החכמים, הכל מקורו באל אז הוא לא יכול לומר אני לא אלמד, אז הוא צריך להקשיב וללמוד את כולם, כל הדעות מקורן בה' גם אם בסופו של דבר ברור שצריך להכריע. תהליך ריבוי הדעות הוא תהליך חשוב, כל העמדות נכונות וצריך להחליט בסוף איך מתנהגים. איך יכול להיות שה' אומר גם וגם?

**ריטב"א מסכת עירובין**

יש דיון על ההכרעה במחלוקת בין הלל ושמאי, ולא מצליחים להכריע עד שיצא מעין קול שמימי ואמר ששניהם דברי ה' אבל ההלכה היא כבית הלל. אבל אם שניהם מקורם בה' למה ההלכה דווקא כבית הלל?

1. אנשי בית הלל היו יותר **צנועים ונוחים** והיו מקדימים את דברי בית שמאי, או שהכוונה היא שהם היו יותר **מחוברים לבריות**, לכן הפסיקה שלהם הייתה יותר **מתאימה לחיים בפועל**.
2. אפשרות נוספת היא שהם **התייחסו יותר לעמדת האחר** (של בית שמאי), נתנו לה יותר כבוד, **שמעו את כל השיקולים** ולאחר מכן הגיעו למסקנה.

לגבי השאלה איך שני דברים הפוכים יכולים להיות שניהם דברי ה' חיים- כשמשה עולה לקבל את התורה מה', הוא נותן לו לכל דבר נימוקים למה מותר ולמה אסור. **כביכול ריבוי הדעות מקורו באל**, הוא מראש נתן עמדות כאלה ואחרות ולא הכריע, נתן לחכמים את חומר הגלם והגישות השונות, הנימוקים השונים, ואתם תכריעו מה ההלכה עם הכלים האנושיים שלכם. ריבוי הדעות הוא לא רק תופעה שהתרחשה אלא מלכתחילה זה נבנה ככה ומחלוקת היא חיובית, יש מקום לכל הדעות, זו לא תקלה שהתרחשה, הפוך, **זו תופעה רצויה וככה ה' מראש** **בנה** את זה.

09.11.20

**מבוא התלמוד, ה**

לדעת רב שמואל בן חפני גאון תיתכן מחלוקת גם בהלכה שהיא בעצם חלק ממסורת, איך? כי מקצתם זוכרים את המסורת, שמעו אותה כמו שצריך, ומקצתם- **משהו השתבש במסורת** וזה מביא למחלוקת.

הרמב"ם אומר על עמדה כזאת שמי שחושב כך אין לו שכל, מהחשש שזה יפתח פתח לערער על כל הסמכות של המסורת. אבל יש גם אחרים שלא מסכימים איתו ואומרים שכן תיתכן מחלוקת, גם בחלק הראשון והשני, עקב שיבושים שגרמו למסורת לא לעבור במדויק.

# איך מתמודדים עם מחלוקת?

האם ניתן להשתמש בכלים שמימיים להבנת המחלוקת? (כלומר סימן משמים)

# **לא בשמים היא**

**תלמוד בבלי מסכת תמורה**

משה היה המנהיג של עם ישראל במדבר והלכות רבות נשכחו, אז אומרים ליהושע (ממשיכו של משה) שישאל את ה' כי הוא גם נביא. הוא עונה להם "לא בשמים היא". כלומר **התורה כבר לא בשמים**, אלא ירדה כביכול לארץ ולכן הוא לא יכול לשאול את ה' שאלות שקשורות בדברי הלכה. הם עונים לו שישאל בכל זאת. והוא עונה ש**הוא כנביא לא יכול/רשאי לחדש הלכה**, גם אם ה' ייתן לו נבואה. ה' נתן את התורה פעם אחת ולא מתערב יותר, לכן גם אם הם שוכחים הלכות ולא מצליחים לשחזר אותן עדיין- לא בשמים.

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות**

מאמץ את העמדה ש**שוללת כל קשר בין נבואה להלכה**. לעניין פרשנות התורה ולימוד הפסוקים- הנבואה לא רלוונטית, היא לא מוסיפה כלום. אבל יהושע ופנחס מעמדם מבחינת העיון והסברא- למרות שהם נביאים ורבינא ורב אשי לא, **אין יתרון לחכמים אם אחד מהם נביא והשני לא**. תפקיד הנביא בענייני הרשות (לעשות או לעשות פעולה מסויימת, לצאת למלחמה או לא…), להוכיח את העם (לומר לעם אם הם לא מקיימים את המצוות, לעודד את העם…). אבל לעניין פרשנות המצוות עצמן- לנביא אין תפקיד, רק מתוך "כובעו" כחכם, אבל כנביא אין משמעות לנבואה שלו.

נביא שקר חייב מיתה לפי הדין.

סוג ראשון של **נביא שקר** זה אחד שהתנבא בשם ה' וקרא לעם להאמין במצוות שלו, ו**אמר שה' אמר לו בין היתר להוסיף/להוריד מצווה** שכתובה בתורה או שבמסורת נאמרה למשה בסיני. הרמב"ם אומר שנביא שאמר דבר כזה- הוא נביא שקר, כי לא יכול להיות שה' ציווה דבר כזה. **ה' בעצמו אמר שהוא לא ימסור יותר דבר תורה באמצעות נבואה**.

איך יודעים שנביא הוא נביא אמת? הוא מתאים לנבואה (באישיות שלו), והוא עושה לנו אותות ומופתים. גם אם הנביא הזה עד היום היה נביא טוב- ברגע שהוא אמר שהוא הוסיף/גרע/פירש הלכה לפי נבואה, גם אם האמנו לו עד היום- **מרגע שהוא התנבא בעניין הלכה הוא נביא שקר**. גם אם זה שינוי מינורי. הוא יכול לומר שכחכם הוא למד את התורה והגיע לפרשנות שונה, אבל ברגע שהוא אומר שזה הגיע אליו בנבואה הוא נביא שקר. אין משקל לנביא אל מול חכם או לנבואה בכלל בענייני הלכה. אם יש מחלוקת בין חכמים ויבוא נביא ויגיד שה' אמר לו שאחד מהם צודק- הוא נביא שקר. לא ניתן להוסיף הלכה בנבואה מעבר לזו שקיבל הנביא הראשון (משה) בסיני.

סוג שני- **שפירש מצווה באמצעות נבואה**, ואין להאמין גם לו, גם הוא נביא שקר אם התנבא בדבר הלכה.

**תלמוד בבלי מסכת עירובין**

בית שמאי ובית הלל לא מצליחים להגיע להכרעה וכל אחד אומר שההלכה שלו נכונה, ויצאה בת-קול שאמרה ששני הדברים הם דברי ה' חיים, אבל הלכה כבית הלל. (הסבר למה- למעלה- ריטב"א מסכת עירובין).

**ספר הכוזרי**

הכוזרי (המלך) שואל את אחד החכמים (החבר) איך אפשר ליישב את הסמכות של החכמים להוסיף או לגרוע מצווה/איסור אם מה התורה אומרת שאסור להוסיף ולגרוע?

החבר עונה לו שהאיסור הזה מכוון ל**אדם הפשוט**, אבל לנביאים והחכמים מותר. הנביאים כן יכולים לחדש בענייני הלכה, זה חלק מתפקידם (גם הם וגם החכמים). כלומר בין השאר הוא **רואה בנביא סמכות לגיטימית בענייני הלכה**.

12.11.20

**בבא מציעא, נט, ב (תנורו של עכנאי)**

מדבר על מחלוקת בדיני טומאה וטהרה. רבי אליעזר בדעת מיעוט, סבור שהדבר מותר, ועושה מאמצים רבים כדי לשכנע את השאר שיקבלו את דעתו. בהתחלה מביא את כל התשובות והראיות האפשריות ולא הצליח לשכנע אותם, אז הוא התייאש. הוא ראה שבכלים הרגילים הוא לא מצליח להביא אותם להאמין בדבריו ובצדקתו, לכן הוא הולך לכלים לא קונבנציונליים. הוא אומר שאם הוא צודק עץ החרוב יוכיח להם, והוא פתאום זז, נעקר מהשורש וזז. ברור שיש כאן סימן שמימי. רבי אליעזר מצפה שאחרי דבר פלאי כזה ושה' שלח מסר כ"כ ברור החכמים ירימו ידיים ולא יתווכחו יותר. אך זה לא משכנע אותם, הם אומרים שחרוב הוא לא חלק מ"כללי המשחק" והסימנים שהוא מציג לא מקובלים, כי הם מתווכחים בכלים אנושיים. הוא מנסה שוב- הפעם באמצעות אמת המים, המים זורמים הפוך, מלמטה למעלה, בכיוון הפוך מהשיפוע. רמז וסימן נוסף מה' כביכול. גם זה לא משכנע אותם. הוא אומר כותלי בית המדרש יוכיחו, כלומר יפלו- רומז שאם פה לא מאמינים לו אין להם זכות קיום, כי הרי הקירות שיפלו יפגעו בכל מי שבפנים. הוא בטוח שהם עושים טעות גדולה ולכן מסכן אותם ואת עצמו. גם הם נענים לו ועומדים ליפול, אבל רבי יהושע מתערב וגוער בכתלים כביכול (בה'), אומר שיתנו להם להחליט לפי הכללים וליישם אותם ושלא יפריע להם בכך. ואז הכתלים נשארים בין נפילה לעמידה, באלכסון, שזה מראה על הדילמה ושאין הכרעה ברורה. הכתלים הם מסר לה'- שמסכים עם שני הצדדים. רבי אליעזר מבקש מה' שישלח רמז ישיר ולא עקיף- ויוצאת בת-קול ואומרת לחכמים שהוא צודק. אמירה מפורשת. רבי יהושע לא מקבל גם את זה- **"לא בשמים היא"- כבר ניתנה תורה וה' נתן כבר תורה ואמר "אחרי רבים להטות"** אז שלא ימציא הלכות וכללים חדשים או ישנה אותם. הוא אומר ל**ה' ('המחוקק') שגם הוא כפוף לכללים שהוא עצמו יצר. ("שלטון החוק במחוקק")**.

**בבא מציעא נט, ב** (המשך)

רבי נתן (אחד החכמים) פוגש את אליהו הנביא ומסוקרן לדעת איך ה' מגיב על ההתנהלות של רבי יהושע. שהרי מצד אחד הוא יכול לכעוס- הוא שולח סימנים ברורים והם מתעלמים מהם ומתעקשים על עמדתם, ומצד שני אולי הוא מצדיק ואומר שזה מה שהוא אמר להם והוא לא יכול לשנות את דעתו יותר. הנביא עונה לו שה' שמח והם צודקים, "נצחוני בני"- אולי בשאלה המהותית רבי אליעזר צודק והיה עדיף לקבוע שהתנור טהור- מבחינה פרוצדורלית, כלומר **מסכים עם ההחלטה שלהם שאי אפשר לשנות את הדין, לא עם מהות הדין** (טמא/טהור).

ואז החכמים עושים מעשה קיצוני- הם מבטלים את כל הטהרות של רבי אליעזר, כל מה שהוא אמר עד כה שהוא טהור- ושורפים אותו. עפ"י דין מה שנפסק עד כה ממשיך להתקיים וזה רלוונטי רק לפסקי הדין הבאים, והם בכל זאת עושים את זה. הם רוצים להעביר מסר ברור וחד משמעי לא להתפתות שרבי אליעזר צודק, כי הם יכולים לא להקשיב לחכמים אם הוא משתמש בסימנים משמים. **אסור היה לו לקבל את עמדת הרוב ולנסות להשפיע עליה באמצעות כלים שמימיים**. בנוסף הם החליטו לנדות אותו. הם פחדו ללכת להודיע לו, כי הוא הראה את כוחו ועוצמתו. רבי עקיבא הולך, מתרחק ממנו ומתנהג אליו כמנודה, ורבי אליעזר מבין ושואל אותו. כשהוא מספר לו, רבי אליעזר מתנהג במנודה. רואים מזה שהוא לא מרדן בחכמים, אלא פשוט היה בטוח בצדקתו. הוא בוכה, והצער שלו מביא לנזק כלכלי (גם כן משמים). רבן גמליאל חושב שה' כועס עליו שהיה חלק מהתהליך הזה והוא כמעט טובע במים, והוא פונה לה' ואומר לו שהוא עשה את זה בשבילו, לכבודו ולכבוד התורה שלו, וכדי למנוע מחלוקות, זה לא היה ויכוח על כוח או סמכויות. ה' מקבל את הטענה הזו.

לאורך כל הסיפור יש מתח והוא מציג דילמה, אם יש משמעות לנבואה. אמנם החכמים כביכול מנצחים, ודחו את הבת-קול, אבל אין כאן הכרעה חד משמעית.

**תוספות, בבא מציעא, נט, ב** (רש"י)

גישת אמצע- שמנסה לגשר בין הגישות.

יש הבדל בין הסיפור של בית שמאי ובית הלל לבין המקרה שלנו. ההכרעה צריכה עקרונית להיות כדעת רוב, ובסיפור של רבי אליעזר היה רוב ברור- החכמים, ורבי יהושע מצד שני, והלכה כדעת הרוב ולא היה ספק שכך היה צריך לפסוק. השימוש בבת קול בנסיבות כאלה הוא לא לגיטימי.

בסיפור בית שמאי ובית הלל זה כן לגיטימי כי בית הלל היו רוב, אבל המיעוט של בית שמאי היה משמעותי יותר מספרית, והם היו יותר מקובלים (בשכלם) מבית הלל. לכן הרוב הוא לא מוחלט, אולי הרוב השכלי כביכול מחפה על הרוב המספרי, והם לא היו משוכנעים ב100% שצריך להכריע לפי הרוב. **בת הקול גם תמכה בחכמים שהיססו** ואמרה להם ללכת לפי הרוב.

לעומת זאת ב**מקרה של רבי אליעזר בת הקול סותרת את דעת הרוב, וזה לא מתקבל**. הסבר נוסף הוא שיכול להיות שבת הקול בסיפור הזה יצאה **רק בשביל כבודו**, הוא הזמין אותה, היא לא הגיעה בעצמה. כשהיא באה לא להכריע אלא כאקט של כבוד לא נקשיב לה. **אם היא מגיעה כדי להעביר הלכה מה' ששלח אותה, אפשר להסתמך עליה**.

כלומר אין צורך להכריע אם יש להקשיב לה או לא, אלא תלוי בנסיבות.

**אגרות הראי"ה א.קג** (הרב קוק)

הם מתארים את השתלשלות העברת התורה שבע"פ שביניהם הנביאים. אם המשנה דאגה לפרט שמהזקנים זה נמסר לנביאים, סביר להניח שהם נזכרו בנפרד כי **היה משקל להיותם נביאים**, זה לא היה מקרי שהם היו בדור הזה אלא הם מכוח הנבואה שלהם. עוד בסיס לטענה שהנביאים לקחו מכוח הנבואה חלק בפיתוח התורה שבע"פ.

הכהנים פועלים בכלים שמימיים, הם פועלים במישור המסורתי, קרובים לה', לבית המקדש. לעומת זאת השופט הוא ביטוי למי שפועל בכלים אנושיים, באמצעות השכל, הסברה, ההיגיון, כשתבוא לכהנים ולשופטים יש שתי סמכויות- נבואית ואנושית/שכלית.

ראיות שיש מקום גם לנבואה בענייני הלכה. אם יש הכרעה הלכתית ברורה, ואין שום ספק בכלים האנושיים, אז אומרים לא בשמים. **משתמשים בכלים שמימיים במקום שבו באמצעות הכלים האנושיים הצלחנו להגיע להכרעה ברורה**.

**שו"ת משפט כהן (עניני א"ע), צב** (הרב קוק)

הוא מציג מצד אחד את העמדה של לא בשמים, אבל גם אם יש שימוש בכלים שמימיים, זה **רק כשבת הקול באה מיוזמה שלה**, כשה' שלח אותה מיוזמתו. אם מדובר על בת קול שהוזמנה ע"י אנשים, כמו במקרה של רבי אליעזר, לזה לא מקשיבים. בנוסף, אם אין הכרעה ויש התלבטות, אפשר להשתמש בה כדי להכריע. אם מדובר בחוקים חדשים או כאלה שנשכחו, **בת קול לא יכולה לחדש הלכה/כלל**.

ניתן להציג את עניין בת הקול כשתי גישות מנוגדות, אבל ניתן גם לנסות לגשר ביניהן ולומר שבנסיבות מסוימות אפשר ובאחרות אי אפשר להקשיב לה.

# **הכרעה על פי רוב**

**תוספתא סנהדרין ז, ב**

מתי נזקקים למניין והצבעה? כשאין מסורת. אם יש שמועה (מסורת) פוסקים לפיה, גם אם אחד אומר ששמע ולמד אותה ושבעים אומרים שלא מכירים אותה. אם יש מחלוקת, דעות שונות, ולאף אחד אין מסורת- מעלים את העניין להצבעה.

אם יש מסורות שונות, סותרות, פוסקים לפי **רוב של הלכות** ולא לפי רוב של אנשים. כלומר אם אחד אומר שתי מסורות שלמד ושניים אומרים את אותה מסורת- דעת הרוב תהיה של האחד. כלומר כמה מסרו את המסורת ולא כמה יודעים אותה.

אם אין מסורת בכלל, אף לא אחת, ההכרעה תהיה ברוב רגיל של החכמים לפי הצבעה.

הדעות על מה עושים כשאין רוב נחלקות.

**בבלי עבודה זרה ז, א**

אם אין אפשרות להכריע באמצעות רוב- בודקים מי ג**דול בחוכמה ובמניין**. ככל הנראה הכוונה היא ל**מניין התלמידים** שלו, כי אז עמדתו יותר נפוצה והוא יותר מקובל.

אם גם זה לא עובד ואין גדול מחברו, הברירה השלישית היא **ללכת אחרי הדעה המחמירה**. כי אם תלך אחרי הדעה המקלה וזה אסור, אתה יכול לעבור על מה שאסור, לעומת ללכת אחרי המחמיר- אם מותר אתה לא חייב לעשות.

ר' יהושע בן קרחה מסייג ואומר שאם זה לפי **התורה**- ללכת לפי ה**מחמיר**, ואם דבר **חכמים**- לפי הגישה ה**מקלה** יותר.

16.11.10

# **הלכתא כבתראי (הלכה כאחרונים?)**

האם כאשר לפני הפוסק יש מחלוקת אבל המחלוקת היא מדורות שונים, האם הוא ייתן עדיפות לפוסק המוקדם או המאוחר יותר, או שלא ייתן עדיפות (כל מקרה לגופו)?

## תוקפו המחייב של התלמוד

תנאים הם חכמי המשנה, אמוראים הם חכמי התלמוד, הם המאוחרים יותר. ההנחה היא שה**אמוראים לא חולקים על תנאים**, ז"א אם יש עמדה תנאית אחת מוסכמת, אמורא לא יכול לחלוק עליה. אם יש מחלוקת בין התנאים- האמוראים יכולים להמשיך את המחלוקת- אמורא אחד יכול לתמוך בעמדה אחת, ואמורא אחר בעמדה אחרת. אבל בהנחה שיש עמדה תנאית אחת, לא יכול אמורא לחלוק עליה. חלק לא מבוטל מסוגיות התלמוד נסוג סביב העיקרון הזה. אמורא אומר משהו ואנחנו מקשים עליו- אומרים שמה שהוא אומר לא מסתדר כי יש משנה/תנא/ברייתא (כל מקור תנאי) שסותר את דבריו, דבריו יידחו- אלא אם כן יקרה אחד משניים:

1. ימצא מקור תנאי שדווקא תומך בשיטתו (**מחלוקת** תנאית והוא פוסק כתנא אחד ולא כתנא אחר).
2. יצליח **להסביר** את המקור התנאי שכביכול סותר את דבריו **באופן שלא יסתור את** **דבריו**-יציע פרשנות למקור התנאי, למשל שינוי בנסיבות.

במקביל, כמו שאמורא לא יחלוק על תנא, חכמים שהם מאוחרים לתלמוד (ראשונים, אחרונים, גאונים…) **לא יחלקו על מה שנאמר בתלמוד**. אם בתלמוד יש דעות שונות, החכם המאוחר יותר יכול לפסוק כעמדה אחת ולא כאחרת. אבל בהנחה שיש עמדה אמוראית אחת מוסכמת, לא יכול פוסק מאוחר יותר לחלוק על מה שנאמר בתלמוד.

למה?

למה אם חושב האמורא שהתנא טעה, למה הוא לא יכול לחלוק עליו, לחשוב אחרת? (ואותו דבר חכם על אמורא)

**הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה**

רבינא ורב אשי- אמוראים מסוף תקופת האמוראים- מקובל לומר שהם עשו עריכה של התלמוד הבבלי.

חלק מהתוקף של תקנה/מנהג/כלל שקבעו חכמים נובע מהעובד ש**הציבור קיבל את זה על עצמו**. אם חכמים התקינו תקנה והציבור בפועל אינו פועל לפיה, תוקפה יהיה מוחלש.

הרמב"ם אומר שבתקופת רבינא ורב אשי וכל סוף תקופת האמוראים, היה עדיין מרכז תורני אחד (לא היה פיזור של הפוסקים במקומות שונים), ולכן הוראה שתצא משם, מחכמי בבל אז, תפשוט בכל ישראל ותיעשה מחייבת.

הרמב"ם מתאר נסיבות היסטוריות, שאחרי תקופת התלמוד הבבלי כבר אין מוקד תורני אחד ויש פיזור, והתקשורת בין החכמים במקומות שונים נחלשת, וכבר יש פחות עיסוק בתורה, זה הופך להיות משהו שמיועד יותר ליחידי סגולה ופחות משהו המוני. כתוצאה מהפיזור הזה, גם אם התכנס בית דין של קהילה פלונית וגזר גזירה/תקנה, הגזירה הזאת לכל היותר קיבלה תוקף בקהילה הזאת או בקהילות סמוכות אולי. אבל לא בכל ישראל, לא עבר מיידית לכולם ולא כולם קיבלו את מרותו של אותו בית דין, ואז התקנה/גזירה הזאת הופכת להיות מחייבת רק את בני אותה קהילה ולא את כולם. לכן התקנות, בניגוד תקופת התלמוד בה הן חייבו את כולם, הפכו יותר מקומיות ולא כלליות.

עד תקופת התלמוד היה משהו כללי, אחרי זה כבר יש פיזור ואין עדיפות לבית דין ראשון או אחרון, אלא כל מקרה לגופו. אבל **הדברים שבתלמוד מחייבים את כולם, כי עליהם הסכימו כל ישראל, כל הציבור קיבל את התלמוד עליהם** כדבר מוסכם ולכן אי אפשר לחלוק עליו.

כלומר עמדת הרמב"ם היא שעקרונית, חכם מאוחר יכול לחלוק על חכם מוקדם יותר, גם חכם מהגאונים או הראשונים מבחינה רעיונית יכול היה לחלוק על האמוראים, אבל בגלל שכל ישראל קיבלו על עצמם כדבר מחייב- אי אפשר לחלוק. לתלמוד יש מעמד ותוקף מיוחד לא בגלל שהאמוראים הם חכמים מוקדמים או גדולים יותר, אלא בגלל שבדור שאחרי הגמרא כולם הסכימו לקבל את התלמוד כדבר מחייב.

**דרשות הר"ן- הדרוש השנים עשר**

עמדה דומה לשל הרמב"ם- גם הר"ן אומר שהתוקף המיוחד של התלמוד הוא בגלל שהוא התקבל ע"י רוב חכמי ישראל, ולכן אי אפשר לחלוק עליו.

**רמב"ם, ממרים, ב, א**

בית דין מאוחר יכול לחלוק על בית דין שקדם לו.

**כסף משנה, ממרים ב, א**

(ר' יוסף קארו- פירוש על הרמב"ם)

אומר שאם בית דין מאוחר יכול לחלוק על בית דין שקיים לו, למה לא חולקים אמוראים על תנאים? ניתן לומר שברמת העיקרון גם אמוראים יכולים לחלוק על תנאים וגם פוסקים מאוחרים יכולים לחלוק על אמוראים (מהבחינה שבית דין מאוחר יכול לחלוק על בית דין מוקדם יותר), אבל הסיבה שבעצם אי אפשר לחלוק עליהם היא שז**ה היה נוח, עשו יישור קו- אם הייתה עמדה מוסכמת בתנאים או באמוראים היה יותר נוח להמשיך לפעול לפי זה**. כלומר כי קיבלו אותם, ולא כי אסור היה לחלוק.

**הערות החזון איש על הדברי סופרים**

החזון איש לא מקבל את דעת הרמב"ם. הוא אומר שהסיבה שאמוראים לא יכולים לחלוק על תנאים ופוסקים מאוחרים יותר על אמוראים זה לא כי כולם קיבלו על עצמם את זה, ולא מטעמי נוחיות, אלא כי הם לא יכלו לחלוק- **הפער בין התנאים לאמוראים היה כזה שלא יכול להיות שאמורא הבין משהו שתנא לא הבין**. פער הדורות היה כ"כ גדול שלא הייתה ברירה אלא לקבל את דברי התנאים כמוסכמים, ואחר-כך לא הייתה ברירה אלא לקבל את דברי האמוראים כדברים מוסכמים. הם לא שקיבלו על עצמם, אלא פשוט לא יכלו אחרת, הם **לא ידעו מספיק כדי לחשוב אחרת**.

**שולחן ערוך חו"מ, כה, א**

(ר' יוסף קארו)

בהלכה יש מושג של בית דין שטעה, (לעומת במשפט הישראלי), יש טעות בדבר משנה ויש טעות בשיקול דעת. הכלל הוא שאם בית דין טעה בדבר משנה אפשר לבטל את פסק הדין שלו ולתת פסק דין חדש. אם טעה בשיקול דעת לא מבטלים, אבל ייתכן שבית הדין יצטרך לפצות את הצד שנפגע מפסק הדין שלו.

ר' יוסף קארו אומר- כל דיין שדן דיני ממונות וטעה, אם טעה בדברים הגלויים והידועים, כגון דינים המפורשים במשנה או בגמרא או בדברי הפוסקים (ההגדרה שלו לטעות בדבר משנה), חוזר הדין, ודנין אותו כהלכה.

הרמ"א- מקבל את זה, הפסיקה נגד המשנה או הגמרא (תלמוד) הם טעות בדבר משנה וצריך לבטל את הפסיקה. אבל לחלוק על דברי פוסקים- אפשר. אין להקל, אבל אם נראה מכוח ראיות מוכחות שהדין שונה ממה שהוחלט בדברי הפוסקים. כלומר מקבל את הלכתא כבתראי מבחינת הפוסקים.

# הלכה כבתראי? נעדיף ראשונים או אחרונים?

יש תפיסה הלכתית שיש סוג של ירידת הדורות, כי ככל שהולכים אחורה בזמן הם יותר קרובים למקור (הרי ההלכה עוברת מדור לדור), ולכן סביר להניח שהם יודעים יותר טוב. מצד שני, "**אין הדיין אלא מה שעיניו רואות**"- אני צריך לפסוק מה שנראה בעיניי כשאני בא לשפוט מקרה. יש מתח בין לתת כבוד לראשונים (לפוסקים המוקדמים) לבין התחושה של הפוסק המאוחר שחושב שהתשובה שלו נכונה יותר.

השאלה היא האם פוסק כשהוא מוצא מחלוקת בין פוסקים מאוחרים ומוקדמים, האם צריך לתת עדיפות לראשונים, למאוחרים יותר, או לא לתת לאף אחד מהם ולהתייחס רק לנסיבות, ההנמקות והמקרה עצמו? (3 אפשרויות).

**סדר תנאים ואמוראים, סימן כה (אמצע תקופת הגאונים, אחרי האמוראים, מחבר לא ידוע)**

כל מקום שיש מחלוקת בין שני תנאים או שני אמוראים זה עם זה (כשאתה לומד/קורא את התלמוד), והסוגיה התלמודית לא הכריעה הלכה לא כזה ולא כזה- לא הכריעה מה העמדה ההלכתית (לפעמים הסוגיה התלמודית מכריעה מה ההלכה מבין השניים)- התשובה מתחלקת לשתי תקופות-

* עד דורו של רבא (אמורא בבלי)- אם המחלוקת היא רב כנגד תלמידו- כלומר חכמים מדורות שונים, תפסוק כמו הרב ולא התלמיד, האמורא **המוקדם** יותר.
* מתקופתו של רבא ואילך (בערך מאמצע תקופת האמוראים)- אם המחלוקת היא בין אמוראים מאוחרים יותר- תעדיף דווקא את האמורא **המאוחר** יותר (הלכה כאחרונים).

**תוספות קידושין מה, ב ד"ה "הוה"**

חוזר על מה שראינו קודם- עד רבא מעדיפים את הפוסק המוקדם ומרבא נעדיף את הפוסק המאוחר.

למה? כי מתקופתו של רבא הם היו מדקדקים יותר מן הראשונים, **משהו השתנה בדרך הלימוד שלהם**, בצורת הלימוד, באופן שהם דקדקו ובדקו יותר, ולכן הלימוד שלהם היה טוב/ממצה/מקיף יותר ולכן נעדיף את עמדת הפוסקים המאוחרים.

**שו"ת מהר"יק סימן פד (ר' יוסף קולון)**

מתייחס לשאלה למה נעדיף אחרי רבא את הפוסקים המאוחרים. הוא אומר על פוסק שפסק נגד פוסקים אחרים בעניין מסוים, פסק כפוסק מוקדם ולא כפוסק מאוחר, וזו עוד סיבה למה היה צריך לפסוק אחרת (הלכה כבתראי).

יש תלמוד ירושלמי ובבלי- מקובל לומר שבמקום שבו יש מחלוקת בין התלמודים- פוסקים **כדעת התלמוד הבבלי**. למה? כי הוא יותר מאוחר, והלכה כבתראי. בנוסף, הוא גם **ראה את דברי זה שקדם לו- לנגד עיניו של הפוסק המאוחר עמדו דבריו של הפוסק המוקדם יותר**, ולא הפוך. ייתכן שאם הפוסק המאוחר היה חי מולו ומביא את הטיעונים שלו, אולי הפוסק המוקדם היה משנה את דעתו. ובמקרה ההפוך הפוסק המאוחר רואה את מה שאמר הפוסק המוקדם- הנימוקים וההסברים והראיות שלו, והוא מוכיח אחרת, הוא יכול לדון בזה ואם אומר אחרת כנראה יש לו סיבות טובות- אז יש לו עדיפות.

למה זה דווקא מתקופת רבא מעדיפים את הפוסק המאוחר?

היה **שינוי בסדרי הלימוד**. בתקופת התנאים והאמוראים הראשונים התלמיד עסק בעיקר בשינון של דברי רבו, הוא לא הכיר את כל העמדות והדעות. לכן התקופה זו עדיף לשאול את המוקדם יותר- את הרב- הוא יודע טוב יותר את מה שהוא העביר לתלמיד מאשר התלמיד. אבל החל מתקופתו של רבא הם הפסיקו לשנן וקלטו ממקומות שונים, למדו את כל המסורות וניסו לאמת ביניהן, להביא ראיות ונימוקים, להבחין ביניהן וכו', ולכן הלימוד השתנה ויצאה הלכה יותר ברורה ומדויקת, אז נעדיף את הפוסק המאוחר.

**שו"ת הרי"ד, סב (ר' ישעיה בן מאלי דיטראני)**

מתייחס גם הוא לשאלה של הלכה כבתראי ולתפיסה של ירידת הדורות. תחושה שאנחנו פחות טובים מקודמינו, אז איך אפשר לחלוק על מי שקדם לנו.

הוא אומר שלמרות שהוא "פרעוש" ולא עלה בדעתו לחלוק על רבינו יצחק, הוא בכל זאת יאמר את דעתו, לא משנה כמה גדול הוא היה. אבל גם הוא לא ימנע מלומר את דעתו ולחלוק עליהם- זה לא מתוך גאווה, הוא לא מרגיש שהוא טוב מהם או חכם מהם. אז איך הוא בכל זאת חולק עליהם?

אם תעמיד שני אנשים, ענק ונמוך, ותגיד לשניהם לצפות קדימה- הענק יראה למרחק רב יותר, עיניו נמצאות בגובה גדול יותר. אבל אם תרכיב את הננס על כתפי הענק- הננס יראה למרחק רב יותר, עכשיו עיניו בגובה רב יותר. אמנם תרומתו של הענק גדולה יותר לגובה ושל הננס היא קטנה, אבל הגובה המצטבר של הגמד הוא כרגע גדול משל הענק.

כלומר גם כשחולקים על דברי ראשונים, זה לא כי אנחנו מרגישים חכמים או גדולים מהם, אלא כי היתרון שלנו הוא ש**החוכמה** שלנו **מצטברת**- אספנו קצת והם נתנו הרבה, אבל הקצת על ההרבה- זה יותר מההרבה. לכן יש לנו במצטבר חוכמה גדולה יותר, ויש עדיפות לאחרונים. אם נאמר שמאוחר לא יכול לחלוק על פוסק שקדם לו כי הוא פחות חכם, מה יקרה אם נראה מחלוקת בין שני פוסקים מאותו דור שקדמו לנו? הם היו גדולים מאיתנו ולא נוכל להכריע במחלוקת? עדין נוכל לשקול את דברי זה מול דברי זה ולהכריע, כי הם נתנו את דבריהם ונימוקיהם ואנחנו יכולים לקבל עמדה אחת בעקבות זאת.

**שו"ת מהר"יק סימן צד**

המה"ריק אומר (אחרי שהבנו מה הגישה לגבי למה יש עדיפות לאחרונים)- שצריך לסייג את זה.

על מה ביססנו את הכלל הלכתא כבתראי? על ה**ידע המצטבר**, שפוסק מאוחר ראה את דברי המוקדם ולפיכך דן ופסק. אבל מה יקר אם נניח היה פוסק מוקדם שנתן פסק הלכה, והספר שלו לא מוכר (גנוז/לא התפרסם…), והפוסק המאוחר נתן תשובה אחרת מבלי שהכיר את זה שקדם לו- במקרה כזה אין סיבה להעדיף את הפוסק המאוחר. **העדיפות מתבססת על זה שיש חוכמה מצטברת, ואם הוא לא ראה את אותו ספר- אין** חוכמה מצטברת.

**שו"ת הרא"ש כלל נה סימן ט (ר' אשר בן יחיאל)**

נטענה נגד הרא"ש טענה- איך הוא מעז לחלוק על החכם רבי יעקב. הוא ענה שהטענה הזאת- שהרב הוא גדול ולכן אי אפשר לחלוק עליו- לא מקובלת עליו. **צריך לומר את מה שנראה לך**. יותר מזה, לא רק שהוא יכול לומר מה שהוא אומר- אלא הדעה של המאוחר עדיפה.

כפי שהזכרנו- טעות במשנה- פסק דין מתבטל, טעות בשיקול דעת- פסק הדין לא מתבטל.

הרא"ש אומר סביב זה, על השאלה מה מוגדר כטעות במשנה ומה מוגדר כטעות בשיקול דעת, הוא אומר שאפשר לחלוק על פוסקים מוקדמים, ואף נותנים עדיפות לפוסק המאוחר, אבל זה **נובע מזה שהמאוחר הכיר את דברי הפוסק הראשון ובכל זאת העדיף עמדה אחרת**, וגם בתנאי שהפוסק המאוחר הכיר את דברי הפוסק המוקדם.

(מחזק את מה שראינו קודם).

19.11.20

**שו"ת מהר"ם אלשקר סימן נד (משה בן יצחק אלאשקר)**

הכלל של הלכתא כבתראי נאמר בגאונים רק ביחס לדבריהם של האמוראים (מחלוקת בין אמוראים), הוא לא נאמר ביחס לפוסקים מאוחרים יותר, וגם לא הגיוני- כי מאיפה הם ידעו מי האחרונים? אולי יקומו אחרונים ברמה מאוד נמוכה? לא סביר שנתנו מראש הסכמה שלכל המאוחרים תהיה דעה מכרעת. הם ראו את המצב שלפניהם- האמוראים.

הוא מגיב על המה"ריק שאמר שהלכה כבתראי גם בפוסקים יותר מאוחרים, ואומר שלא נראה לו הגיוני. לא נשמע שהוא אמר דבר כזה, ואם כן- הוא הגזים לגמרי. צריך לתת עדיפות לראשונים. הדור הולך ופוחת, **אנחנו לא מבינים בכלל מה אמרו הראשונים, אז בדורות אחרינו בטח שלא יבינו** מה אמרו הראשונים, מה פתאום שנעדיף את דבריהם (של האחרונים)? הכלל הלכתא כבתראי היה נכון לשעתו, ביחס למחלוקות בין חכמי התלמוד.

**שו"ת גינת ורדים חלק חו"מ כלל ה, ג (ר' אברהם בן מרדכי הלוי)**

כמעט מילה במילה של הרב אלשקר, לא אומרים הלכתא כבתראי ביחס לפוסקים יותר מאוחרים.

**גט פשוט, כללים, ג' (ר' משה חביב)**

הוא נותן פרשנות מצמצמת לדברי המה"ריק- שהוא התכוון ש**הלכה כבתראי רק במקום שבו הפוסק המוקדם והמאוחר הם באותה רמה**. שניהם פוסקים שהקיפו את כל התלמוד, כל חלקיו, שניהם כתבו ספר הלכה מקיף לכל הנושאים… רק אז אפשר להגיד שיש עדיפות למאוחר. אבל **אם הפוסק המאוחר לא הגיע לרמתו/עמדתו של הפוסק המוקדם, מה פתאום שתתן עדיפות למאוחר**? (כלומר במצב כזה המה"ריק לא התכוון לתת פרשנות למאוחר). כלומר ברמה העיונית הוא לא רוצה לסתור את דברי המה"ריק ואומר שזה רק במקרה כזה, אבל בפועל הוא נותן פרשנות כ"כ מצמצמת שהוא מבטל את הכלל הלכתא כבתראי. (מעין עמדת גישור/עמדת ביניים).

**הקדמת הבית יוסף (ר' יוסף קארו)**

הוא אומר שיש בעיה גדולה, התורה נשכחה, אנחנו לא חכמים כמו שהיינו פעם, בכל דבר יש דעות שונות, יש לא תורה אחת אלא הרבה… וכשאדם רוצה לדעת איך לנהוג הוא לא יודע מה לעשות. לכאורה המצופה הוא שיבדוק ויבחן את כולן, כל הדעות בספרות, ילמד את כולן ויכריע. אך הוא אומר שזו אולי הדרך האידיאלית אך לא מעשית, אף אחד לא יעמוד בזה. לאף אחד אין באמת גישה לכל החומר, וגם אם יש- זה המון חומר והרבה מחלוקות והסתעפויות, יהיה קשה לאדם להתמצא בו. גם אם תתחיל, עד שתגיע לדבר השני כבר תשכח מה הדבר הראשון, וזה אם אתה רוצה לבחון נושא אחד- אם אתה רוצה להתמצא בכל הנושאים זה על גבול הבלתי אפשרי, אולי רק יחידי סגולה.

אפשרות אחרת- ללכת לספרי קיצור, אבל גם הם לא דבר טוב כי אתה רואה רק שורה תחתונה, לא רואים ממה היא נובעת, ואולי המקרה שתיתקל בו הוא שונה ולא תדע מה לעשות…

כלומר הפתרונות הקיימים לא מספיק טובים. צריך למצוא פתרון אחר.

אז הוא לוקח על עצמו את המשימה- הוא לוקח את כל הסוגיות ההלכתיות בכל נושא ואומר שיציג את החומר עד אליו יחד בספרו. הוא יציג את התמונה כולה למרות שבסוף יכריע. ככה יוכלו לקבל את הכל ממקור אחד. הוא מונה את כל הפוסקים החשובים שהיו עד אליו ואומר שלא צריך לגשת אליהם ישירות אלא כולם יופיעו בספר שלו, כולל הקבלה וספרי הסוד, כל התמונה כולה תהיה בספר.

הוא אומר שגם יעזור להכריע בין כל הדעות השונות- כדי להפוך את הכל לתורה אחת אחידה לכולם (ולא מתוך גאוותנות). איך הוא יכריע- באידיאל הוא היה אמור לקחת את כל החומר אחרי שפרק ופרס אותו לפניו כולל הנימוקים ומה כל אחד אומר, הוא צריך להיכנס לזה ולומר איזה נימוקים יותר או פחות חזקים וכו', ובסוף להכריע. אבל יש בכך שתי בעיות-

1. מי אנחנו שניכנס לנבכי דברי הראשונים ונכריע מי צודק? אנחנו לא מספיק ב**רמה** שונה כדי להכריע בדעות שלהם.
2. בעיה טכנית של **זמן**- הוא לא יספיק להביא הכרעה בכל שאלה ומחלוקת שיש, אף אחד לא יספיק.

השיטה האחרת שהוא מציע כדי להכריע- הוא לקח שלושה פוסקים- **הרמב"ם, הרי"ף, והרא"ש**, שכתבו ספרי הלכה שמקיפים את כל הנושאים, והיה להם מעמד חזק ונחשבים הפוסקים החשובים שקיימים. ו**מבין שלושתם הרוב קובע** (בדר"כ המחלוקת תהיה בין הרי"ף והרמב"ם לבין הרא"ש). **חוץ ממקרים חריגים- בהם לאחד שהוא המיעוט יש תמיכה מרוב החכמים המאוחרים יותר**, ואז נקבל את עמדתו.

אם אחד מהם מתייחס לשאלה, השני סותר אותו, והשלישי לא מתייחס אליה, ואין רוב- מתייחסים לפוסקים אחרים, ונלך לפי דעת **הרוב**. במקרים הרגילים בהם יש רוב בין שלושתם, הוא מתעלם משאר החכמים.

הוא ל**א מקבל את הכלל הלכה כבתראי**, אם היה מתייחס הוא היה צריך להתייחס לכל מאות החכמים.

(באופן עקרוני נותן העדפה לראשונים)

**רמ"א, חושן משפט סימן כה סעיף ב (משה בן ישראל איסרליש)**

כל מקום שדברי ראשונים כתובים והפוסקים האחרונים חולקים עליהם- הולכים כדברי אחרונים. הוא לא מגביל את הכלל הלכתא כדבראי לחכמי התלמוד, אלא גם הפוסקים האחרונים יותר אומרים **הלכתא כדברא**י. זה **בתנאי שהמאוחר ראה את דברי זה שקדם לו** ולא קיבל את דבריו.

(מאמץ את הכלל הלכתא כבתראי).

**שו"ת הרמ"א, כה (משה בן ישראל איסרליש)**

כאשר יש מחלוקת בין הרי"ף לבין בעלי התוספות (תלמידיו של רש"י שמאוחרים לרי"ף) צריך לפסוק לפי בעלי התוספות כי הם יותר מאוחרים. במקום בו הרא"ש והמרדכי חולקים נפסוק כדעתם, כי הם המאוחרים. הוא דוגל בכלל הלכתא כבתראי, תמיד צריך לפסוק כדעת הפוסק המאוחר, מאותן סיבות- הוא ראה את דברי מי שקדם לו בעוד המוקדם לא ראה את דברי המאוחר, ולו ראה- ייתכן שהיה משתכנע וחוזר בו מדבריו.

הוא מספר סיפור- הם פונים לרב שלום שכנ"ו שיכתוב ספר פסיקה והלכה, והוא סירב, כי הוא ידע שאם יכתוב ספר הלכה הוא יהיה אחרון וכולם יצטרכו לקבל את דעתו, גם אם חלק על ראשונים. הוא לא רוצה לקחת את האחריות הזאת.

כלומר **הכלל של הלכה כבתראי היה כ"כ חזק עד שגרם לאי כתיבת ספרי הלכה**, כמו במקרה הזה. הרמ"א בא ממסורת שנותנת חשיבות מרכזית לכלל הלכה כבתראי.

**הקדמת הרמ"א לדרכי משה**

אומר על ר' יוסף קארו- ששיטת הפסיקה שלו הייתה לפי שלושת הגדולים, שהוא הלך לפי הראשונים והתעלם מהאחרונים ומהכלל של הלכתא כבתראי. במסורת פסיקה שלנו הכלל היה תופס נפח מאוד חשוב, אי אפשר להתעלם מכל האחרונים. כתוצאה מזה שהוא התעלם מהם והעדיף את הראשונים, **נוצר פער בין ספר ההלכה שלו לבין המנהגים ההלכתיים שלנו (בני אשכנז, פולין)**, כי הוא התעלם מהאחרונים ואילו הם העדיפו את האחרונים, שהוא לא התייחס אליהם. הוא התעלם מהם בשני מובנים- גם כשהם חלקו או הכריעו אחרת ממנו, וגם בכל מיני שאלות חדשות שהם הביאו הוא התעלם מזה בשולחן ערוך ולא ציין אותם, נצמד רק למה שהרי"ף, הרמב"ם והרא"ש פסקו. לכן נוצר פער בין הפסיקה שלו לבין הפסיקה המקובלת אצלינו, והוא **נאלץ להתאים את הספר שלו גם לפסיקה האשכנזית**, כי הוא ספר נהדר מבחינת סוג הספר וכו' אבל לא התאים להם.

בתפיסה שלו, מה שעומד בבסיס המחלוקת בין הפסיקה שלו לבין הפסיקה של שולחן ערוך היא האם פוסקים לפי הלכה כבתראי.

מראה כמה לשאלה הזו הייתה משמעות בפסיקה, בהלכה.

# 

# סמכות חכמים כפרשנים

# 

# **תקדים**

השאלה אם תקדים הוא מחייב או לא מחייב. יש ספר הלכה, אדם כותב ספר הלכה- מה הדין, מתי עושים מה וכו'. תקדים עוסק במקרה ספציפי, שאלה ספציפית. השאלה היא אם מכאן ואילך כשתתעורר שאלה כזאת צריכים לפסוק כדעתו או שהתקדים הוא טוב לנסיבות האלה ולא רלוונטי בהכרח לנסיבות אחרות? מצד אחד יש ערך בתקדים מחייב- מאפשר ליצור יציבות בדין, אתה יודע לאן אתה הולך, לא יוצר מצב שכל בית משפט/בית דין/שופט פוסק משהו אחר. מצד שני כשקובעים תקדים מחייב, יוצרים קיבעון- כי לא מאפשרים שינוי, השמעת דעות נוספות, פיתוח. בנוסף, הרבה פעמים בתשובה למקרה קונקרטי לוקחים שיקולים שיכולים להשתנות מעניין לעניין.

אי אפשר לדעת אם הפוסק פסק לנסיבות ספציפיות או שהוא מתאים לכל מקרה כזה.

בהלכה אין תקדים מחייב, אין חובה לקבל תקדימים... אבל לתקדים יש משמעות, הוא הופך לחלק מארגז הכלים. יחד עם זאת, יש עמדות שונות בהקשר הזה, יש כאלה שנותנים לתקדים משקל יותר משמעותי ויש שפחות.

**בבלי בבא בתרא קל, ב**

רבא אומר לתלמידיו (רבא פפא ורב הונא) שכשיבוא פסק דין שלו לפניהם והם יחשבו שמשהו בו לא מסתדר להם, שלא יבטלו אותו אלא ישאלו אותו- אם הוא שכנע אותם, מה טוב. ואם לא שכנע- אולי הוא ישתכנע ויוותר. אבל מה יקרה אחרי שהוא ימות? הוא אומר אל תקרעו (תבטלו) אותו- כי אם הוא היה לפניהם אולי היה נותן להם את הסיבות שלו ומשכנע אותם. אבל אל תלמדו ממנו הלכה למעשה- אל תסיקו ממנו למקרים הבאים- כי "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות"- הדיין צריך לפסוק לפי מה שנראה לו, אז אם הם חושבים שהפס"ד שלו לא נכון- שיעשו מה שנראה להם.

העובדה שמישהו אחר יבטל את פסק הדין שלו יכולה לגרום למחלוקת כביכול בין בתי דין, לא רק מעניין של כבוד.

**רשב"ם (ר' שמואל בן מאיר מבעלי התוספות)**

אל תגמרו לדון ממנו אלא תדונו כפי שדעתכם נוטה, "אין הדיין אלא מה שליבו רואהו".

**ריטב"א (רבי יום טוב בן אשבילי)**

אומר שגם מה שאומר רבא- לא לקרוע ולא לבטל את פסק הדין שלו- זה בגלל שהם תלמידים שלו וצריכים לכבד אותו. אבל אם יהיה להם מקרה לא בדיוק אותו דבר או אלו לא תלמידים שלו- הכלל הבסיסי הוא "אין הדיין אלא מה שעיניו רואות"- הוא לא מחוייב לתקדימים לא של רבו ולא של אחרים אלא צריך לדון לפי מה שנראה לו.

23.11.20

**רמב"ם סנהדרין, כ, ח**

אם אדם בא לפסוק ויש בפניו דין/הלכה פסוקה בעניין הזה, והוא מדמה דבר לדבר ובלי להתייעץ למרות שיש לו עם מי (יש מישהו גדול ממנו בעיר)- דיין כזה עושה דבר רע. כי דימוי דבר לדבר והשוואה עלולים להוביל לטעויות. יכול להיות שנדמה דבר אחד לאחר ואנחנו לא יודעים על דבר או נסיבה כלשהי שאמורה להשפיע על שוני בין המקרים. לכן כל הדימויים יכולים להיות בעייתיים. אם אין לך ברירה ואתה היחיד באזור, זה בסדר, אבל אם יש מי שיסייע וייעץ ואתה לא עושה את זה- זה לא בסדר.

**סנהדרין, ו, ב**

רבי יהושע בן קרחה אומר שלמרות שאם אתה תלמיד שיושב בפני רבו ויש לך נימוק ונראה לא מכובד/לא נעים לומר לו כי הוא הרב- הוא לא צריך לשתוק, לא צריך לפחד מאף אחד. אלוהים נמצא עם הדיינים והם צריכים להיות מאוד זהירים כדי לא לקחת סיכון לפסוק דין לא נכון ואז שה' יכעס עליהם.

**רש"י, שם:**

דאין לו לדיין- לירא ולמנוע עצמו מן הדיין.

קודם הנימוק של "אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות"- היה בעיקר בהקשר של עצמאות הדיין, פה זה דווקא מהחשש שלו. היה אולי נוח יותר להסתמך על תקדים מהחשש לטעות, אז אומרים שלא- הוא צריך בכל זאת למרות החשש לעשות מה שנראה לו ולהיות עצמאי בדעותיו, לא להיתלות באחרים.

(הנמקות שאפשר לדלות מהמקורות למה לא לקבל תקדים כדבר מחייב)

כולם יסכימו שהתקדים לא מחייב מצד אחד, אבל מצד שני יסכימו שכולם יסכימו שהתקדים הופך לחלק מכלי העבודה של הדיין. הוא הופך למקור שמונח בפניו והוא יכול להיעזר בו ולעשות בו שימוש, אבל הוא לא מחוייב לאותו תקדים. הפער של מצד אחד לעשות בו שימוש ומצד שני לא להיות מחוייב לו מעלה את השאלה כמה משקל צריך לתת לתקדים.

**שו"ת מהרי"ל עב (רבי יעקב בן משה מולין)**

הוא חושב שיש מקום לסמוך על תקדימים (תשובות), ולא רק זה אלא שהם אף מקור טוב יותר מאשר ספרי פסיקה. כי ספר פסיקה דיבר ברמה התיאורטית, הוא לא ענה למקרה קונקרטי, לא היו בפניו צדדים. הפסיקה היא הלכה למעשה- מראה איך פוסק התמודד עם מקרה אמיתי, הלכה למעשה. הוא לא אומר שאי אפשר לסטות מהתקדים, אבל נותן משקל משמעותי יותר לתקדים.

**שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צז**

הוא נותן תשובה ואומר שזה תלוי בנסיבות. יכולים לומר למישהו שהוא לא עקבי, פעם פוסק ככה ופעם אחרת. אז הוא אומר שמי אפשר "להאשים" בחוסר עקביות הוא מי שכותב ספר הלכה, כי מי שכותב ספר הלכה עיוני אתה מצפה ממנו שיהיה עקבי ושיטתי. אבל כשנותנים תשובה למקרה קונקרטי אתה יכול להיות לא עקבי, כי לכל מקרה מתאימה תשובה אחרת. לכן אי אפשר לבוא בטענה לחוסר עקביות כשמדובר בתשובות.

התקדימים (המעשיות) לא מיותרים, הם לא נכתבו סתם. היתרון שהם נותנים הוא שיש בפניך גם תשובות קודמות ואפשר לקחת אותן בחשבון. כשאתה עובר על הרבה תשובות והרבה תקדימים, אתה לומד איזה שאלות נשאלות, אילו שיקולים נשקלים, וזה מלמד אותך איך לפסוק בפסקי דין. אבל הדיין צריך ללמוד כל מקרה לגופו, ולא אוטומטית לאמץ תקדימים.

נותן פחות משקל לתקדימים.

# **קים לי** **(אני סבור)**

טענת קים לי היא טענה מוזרה, כי היא חותרת תחת יכולת ההכרעה של בית הדין. זו טענה שאנחנו לא מוצאים בתלמוד, היא כנראה רמוזה כבר במאה ה-13 אצל אחד הראשונים אבל בעיקר מתפתחת מהמאה ה-15 והלאה.

טענת קים לי יכול לטעון רק המוחזק (בדר"כ הנתבע), רק אדם שיש לו את הנכס ביד. היא רלוונטית רק בדיני ממונות. אי אפשר ששני הצדדים יטענו טענת קים לי, רק הנתבע. המשמעות היא שאם יש בפני בית הדין דעות שונות בסוגיה (הנתבע מחזיק בנכס/זכות/כסף והתובע תובע את הדבר ממנו) בית הדין עצמו מבקש לפסוק שהנתבע חייב לשלם, הנתבע אומר שהוא לא יכול לומר שהוא חייב- כי הוא מצא עמדה בפוסקים שאומר שבנסיבות כאלה הוא פטור ולכן הוא לא יכול לחייב אותו. טענה זו פועלת נגד סמכות בית הדין כי תפקידו להכריע גם במקום שיש בו דעות שונות, וטענת קים לי בעצם משתקת את בית הדין- אומרת שהוא לא יכול לפסוק אחרת מהנתבע כי הוא חושב אחרת (בהתבסס על פסיקה אחרת). אילו היו בהלכה למשל 99% מדיני הממונות מוסכמים ורק במקרים בודדים הייתה מחלוקת- משקלה של טענת קים לי לא היה גבוה, כי בדר"כ יש עמדה אחת ובית הדין יפסוק לפניה, ואולי במקרה ספציפי בית הדין היה פוסק אחרת. אבל לא כך, כמעט בכל שאלה ונושא בדיני ממונות- יש עמדה חולקת. כמעט תמיד אפשר למצוא מישהו בעל דעה חולקת. ובמצב כזה, כמעט בכל מקרה, בהנחה שהנתבע למד/יודע/קיבל ייעוץ ויודע את הדעה החולקת הזאת ויטען קים לי, ואי אפשר לתבוע. מערכת שפועלת כך אין טעם בכלל לתבוע בה. היא מייתרת את בתי הדין.

מה הרעיון שעומד מאחורי טענת קים לי?

גישה אחת אומרת שזה חלק מהעיקרון של המוציא מחברו עליו הראיה. בדר"כ התובע הוא שמבקש לשנות את המצב הקיים (שהנכס/רכוש/כסף וכו' שנמצא בידיו של הנתבע והוא רוצה להוציא את זה ממנו), ועליו הנטל להוכיח ולשכנע את בית הדין שמגיע לו. אם נשאר ספק- הצד שעליו מוטל נטל הראיה יפסיד. כדי שתוכל להוציא ממני אתה צריך שתהיה לך עמדה חד משמעית. מאחר שיש איזשהו ספק הלכתי (פוסק שתומך בדעה אחרת) אין ודאות שאני חייב לשלם ולכן הטענה נדחית, בגלל קים לי.

אפשרות אחרת היא לומר שאולי יש שאלות משפטיות שיש להן יותר מתשובה אחת אפשרית נכונה, אז אי אפשר לאלץ לפסוק נגד העמדה שלי- גם היא נכונה.

עוד אפשרות היא שטענת קים לי לא עומדת במישור של פסק הדין. כלומר בית הדין יוכל לפסוק שהנתבע חייב, אבל בשלב ההוצאה לפועל אי אפשר יהיה להוציא מידי הנתבע כי הוא יטען טענת קים לי.

**אורים ותומים, חו"מ, קנ"ד (ר' יונתן אייבשיץ)**

אפילו במקרה אחד מתוך אלף אין הלכה פסוקה מוסכמת. ברוב המקרים יש מחלוקת, ואז לא יהיה טעם לתבוע כי תמיד הנתבע יוכל למצוא טענה שתומכת בדעתו. אם לוקחים את טענת קים לי באופן קיצוני המשמעות היא שאין משמעות לדין ולמשפט. לכן הוא אומר שצריך ישוב רב- כלומר לשקול בדעתנו היטב איך להגביל את התחום של טענת הקים לי. הוא חי יחסית קרוב לרמ"א ורבי יוסף קארו (פחות מ-200 שנה) והוא אומר שהוא **לא מאפשר לטעון טענת קים לי כנגד השולחן ערוך והרמ"א**. כלומר במקום שרבי יוסף קארו והרמ"א נחלקים יוכל מישהו לטעון טענת קים לי. אם הם לא התייחסו לעניין הזה- אפשר לטעון קים לי. אבל שאלה שהייתה נתונה בה מחלוקת ורבי יוסף קארו והרמ"א אימצו טענה אחת ודחו טענה אחרת- לא ניתן לטעון קים לי עם הטענה האחרת.

זה נותן פתרון חלקי לצמצום טענת קים לי.

**שו"ת מהר"יק, קמט (ר' יוסף קולון)**

מנסה גם הוא לצמצם את טענת קים לי- היא **רק בדיני ממונות** ולא באיסורים, ואפילו בדיני ממונות **לא ניתן לומר כשזו דעת יחיד מול דעת רבים**. אם רוב הפוסקים הגדולים, המרכזיים פסקו בדרך ודעה אחת, גם אם מצאת דעה חולקת- אתה לא יכול לטעון קים לי כי זו דעת יחיד ויותר שולית. דומה לטיעון הקודם.

**שו"ת רדב"ז ב, תתכה (ר' דוד בן זמרא)**

הובאה בפניו טענה בדיני ממונות והיו כמה שאלות בין התובע לנתבע. הנתבע שיחק עם טענת קים לי בהתאם לנוחיות שלו- פעם קים לי כדעה זאת ופעם קים לי כדעה של מישהו אחר, לא היה עקבי. הרדב"ז שואל בעצם אם זה תקין להשתמש בזה ככה, לאמץ כל פעם מה שנראה לי, או שצריך להיות עקבי. אפשר לומר קים לי כשיש ספק הלכתי, אז אי אפשר להוציא מהנתבע משהו בגלל הספק. אבל אפשר לראות את טענת הקים לי גם קצת אחרת- אדם שבא ואומר שהוא נוהג ופוסק בכל דרכיו לפי פוסק מסוים, ועכשיו רוצים לחייב אותו לפי פוסק אחר. אז הם לא יכולים, כי זה הפוסק שלי והדרך בה אני פועל בכל ענייני אל תחייבו אותי ללכת לפי גישה אחרת. אבל אם זה הטיעון- **זה צריך להיות עקבי**, אי אפשר לומר פעם לפי מישהו אחד ופעם לפי מישהו אחר ולא להיות עקבי אלא לפי איך שנוח. לכן אומר הרדב"ז שאי אפשר לטעון קים לי איך שרוצים אלא צריך להיות עקבי, ומעבר לזה הוא מצמצם עוד את הטענה.

1. יש **רב מקומי**, "אחראי" על המקום, הרב בקהילה שהתקבל עליה ומקבלים את דעתו. כאשר אני טוען קים לי כנגד הפוסק המקומי- הטענה לא תתקבל. הציבור קיבל על עצמו לנהוג לפי שיטתו של הרב המקומי, ואז אי אפשר לפסוק כנגדו וכנגד ההתחייבות שלך (אליו ולמקום).
2. בתנאי שלא נהגו כמותו באותו מקום- **לא כנגד המנהג המקומי**. גם אם אין פוסק מקומי אבל יש במקום מסוים מנהג לפסוק בדעת מסוימת, אתה לא יכול לטעון קים לי כנגד המנהג הזה. מי שנכנס לעסקאות וכו' מסתמך על המנהג הזה, כולם נכנסים תחתיו בעסקאות שלהם ומחוייבים אליו.
3. כדי שיהיה אפשר לטעון קים לי זה רק כשזו מחלוקת של **יחיד נגד יחיד ולא יחיד נגד רבים**. אם יש שתי עמדות- עמדת רוב ועמדת יחיד, אתה לא יכול לטעון קים לי נגד הרוב.

ובתנאי שהם שווים- לא שמדובר בפוסק ידוע ומפורסם מול פוסק "נידח" ופחות מוכר וידוע, פחות נחשב במעמדו. **כדי שתוכל לטעון קים לי גם כשזה יחיד מול יחיד- הם צריכים להיות במעמד פחות או יותר שווה**.

1. גם כשזה יחיד מול יחיד ושניהם שווים (ביכולת והידע)- זה **בתנאי ששניהם מפורסמים**- שהספרים של שניהם מוכרים ופשטו בכל ישראל, כלומר מכירים את עמדותיהם, מצטטים וכו'. אם אחד יותר מפורסם והשני פחות, לא תוכל לטעון קים לי נגד הפוסק היותר "נדיר".

ההגיון הוא שכשיש דעה מפורסמת יותר/דעת רוב/דעה מקובלת על המקום- סביר להניח שכולם תמיד פעלו לפיה ואי אפשר לבוא מתוך נוחות מסוימת ולסתור את הדעה הזו.

הוא אומר שאם לא תקבל את כל ההצעות שלו- לא ייפסק דין מעולם כי בהכל יש חילוקי דעות, וכל אחד יאמר קים לי כפלוני, אי אפשר יהיה להוציא ממנו ממון, וירבה הגזל והחמס.

26.11.20

**שו"ת הלכות קטנות חלק א סימן קפב**

האם בירושלים בתי הדין נוטים לקבל טענה של נתבע שאומר קים לי כדעת פלוני?

הוא אומר על עצמו כדיין שהוא לא מוכן לקבל טענה כזו, כי אם יקבל אותה- זה יבטל את כל החושן משפט מן העולם. למרות שטענת קים לי מופיעה בספרי פוסקים חשובים, אם אתה מקבל את הטענה אתה מכלה ממון של ישראלים ונותן יד לפושעים וחמסנים. הוא חושש שאם נאפשר טענת קים לי כל דיני התלמוד יתבטלו, כי תמיד אפשר יהיה למצוא דעה שסוברת כמו דעתי ולטעון קים לי, ואי אפשר יהיה להוציא ממון מנתבעים כדין.

יש עוד שאלות שקשורות לטענת קים לי, שעוסקות בשאלה האם את הטענה יעלה הדיין מיוזמתו או רק אם אחד הצדדים העלה אותה. כלומר אם הצד בדין לא העלה אותה, האם בית הדין יעלה אותה בשבילו ויאמר שאמנם הוא חשב שפלוני צריך להיות חייב, אבל לא פוסקים את זה להלכה כי הוא יכול לטעון טענת קים לי. הדעה הכללית היא שלא, רק אם הצדדים מעלים אותה. למרות שיש מקורות שמהם משתמע כאילו גם בית הדין עצמו לא יכול לפסוק כנגד הטענה הזאת אם הוא יכול לטעון קים לי.

# סמכות חכמים כמחוקקים

כל חקיקה של חכמים בעצם סותרת דין תורה. אבל יש סתירה חזקה וסתירה חלשה. אם מישהו אומר שאתה רשאי לעשות משהו, אתה לא חייב לעשות את זה, זה מותר לו אבל לא מחייב- אפשר לעשות את זה ואפשר לא. אבל אם מישהו אחר בא ואומר שאסור לעשות את זה- הוא לא סותר את הכלל שהראשון קבע, לא מתנגש אלא הוסיף חובה/איסור. זה סתירה חלשה אבל לא התנגשות חזיתית. לפעמים החכמים אוסרים משהו שהתורה התירה, או מתירים משהו שהתורה אסרה, ואז הם בעצם סותרים דין תורה.

שאלות שנדון בהן-

מאיפה נובעת הסמכות של החכמים להתקין תקנות, לגזור גזירות, להוסיף חובות דתיות?

ומאיפה נובעת החובה שלנו לציית לחכמים? אם הם קבעו משהו, למה אני כפוף להם ולא רק לתורה?

התורה קובעת שאסור להוסיף ולגרוע ממצוות התורה, אז איך יכולים חכמים להוסיף ולפעמים לגרוע מהוראות של התורה? מה הגבולות לזה?

מאיפה נובעת הסמכות של החכמים והחובה שלנו לציית להם?

**שבת כגף א**

עוסק בנרות חנוכה. חג חנוכה לא מופיע בתורה, הוא מאורע היסטורי שהחכמים החליטו שראוי לציין אותו בדרכים מסוימות ובין היתר הדלקת נרות כל שמונת ימי החג. אבל יש עוד כלל- לפני שאדם מקיים מצווה דתית, הוא מברך. יש מחלוקת על מה מברכים- על הדלקת הנר או כשרואים נר דלוק.

השאלה היא מה מברך- מה נוסח הברכה? הנוסח הרגיל- של "ברוך אתה ה' אלוהינו מלך העולם שקידשנו במצוותיו וציוונו להדליק נר של חנוכה"- היא בעייתית, כי ה' הרי לא ציווה את ההדלקה עלינו, אתה מברך את ה' על זה שהוא ציווה אותנו להדליק נר חנוכה כשבעצם מי שציווה את זה זה החכמים. נוסח הברכה על פניו לא מתאים, לא נכון. "והיכן ציוונו?".

הרב אויא מציע- התורה הורתה לנו לקיים את דברי החכמים ולא לסור מהם, והחובה הזאת לא נוגעת רק לפרשנות שלהם את התורה אלא גם לגזירות שלהם, ולכן כשאתה מדליק נר בחנוכה אמנם הציווי הישיר לכך הוא של החכמים אבל מי שציווה אותנו להקשיב להם זה ה', ולכן כשאנחנו מדליקים נר חנוכה אנחנו באופן עקיף ממלאים את הציווי של ה'. מסתמך על הפסוק "לא תסור ימין ושמאל…".

הרב נחמיה אומר משהו דומה אבל מסתמך על פסוק אחר- "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך". הפסוק הזה לא עוסק במחלוקת בין חכמים אלא מדברת באופן כללי (בפרידתו של משה מעם ישראל), ובין היתר נאמר שם שתשאל את זקניך- החכמים, והם יגידו לך. זה דומה בכך שהוא גם אומר שמי שציווה אותנו להקשיב לחכמים זה ה' (או משה כמביע את דבר ה') ולכן כשאתה מקשיב להם אתה מקשיב בעקיפין לה'. אבל בכל זאת יש הבדל, כי בעוד הפסוק הראשון מופיע בפרשה הלכתית, הפסוק השני הוא יותר הנחיה מוסרית וכללית, עם פחות הנחיה הלכתית, וזה נתפס כמקור יותר חלש.

למה ההבדל משנה? הרי המסקנה היא זהה. אכן אין משמעות ביומיום באשר למקור, בתפיסה ההלכתית אתה בכל מקרה חייב לקיים ולציית לדברי חכמים והמצוות שלהם, אבל יכול להיות שיש הבדל במצבים מסוימים שבהם אם המקור הוא יותר חלש יכול להיות שיהיה אפשר להימנע מהחובה ביתר קלות, או להקל בחובה.

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה**

הרמב"ם אומר שיש מצוות אחרות שהתחדשו אחרי מתן תורה, וקבעו אותן נביאים וחכמים והן פשטו בכל ישראל (כי הרי תקנה של חכמים כדי לקבל תוקף מלא צריכה שבפועל הציבור יקבל אותה). כמו מקרא מגילה, נר חנוכה, צום תשעה באב, עירובין (דיני שבת), ידיים (נטילת ידיים) וכו', שהן מצוות שהחכמים קבעו ויש לכל אחת מהן פירושים ודקדוקים.

הרמב"ם אומר שכל המצוות האלה שהתחדשו אחרי מתן תורה ע"י החכמים- אנחנו חייבים לקבל אותן ולשמור עליהן. הוא מאמץ את המקור הראשון והחזק יותר של "לא תסור מן הדבר אשר אני מצווה אתכם" כמקור לכך שיש חובה לקיים את מצוות החכמים.

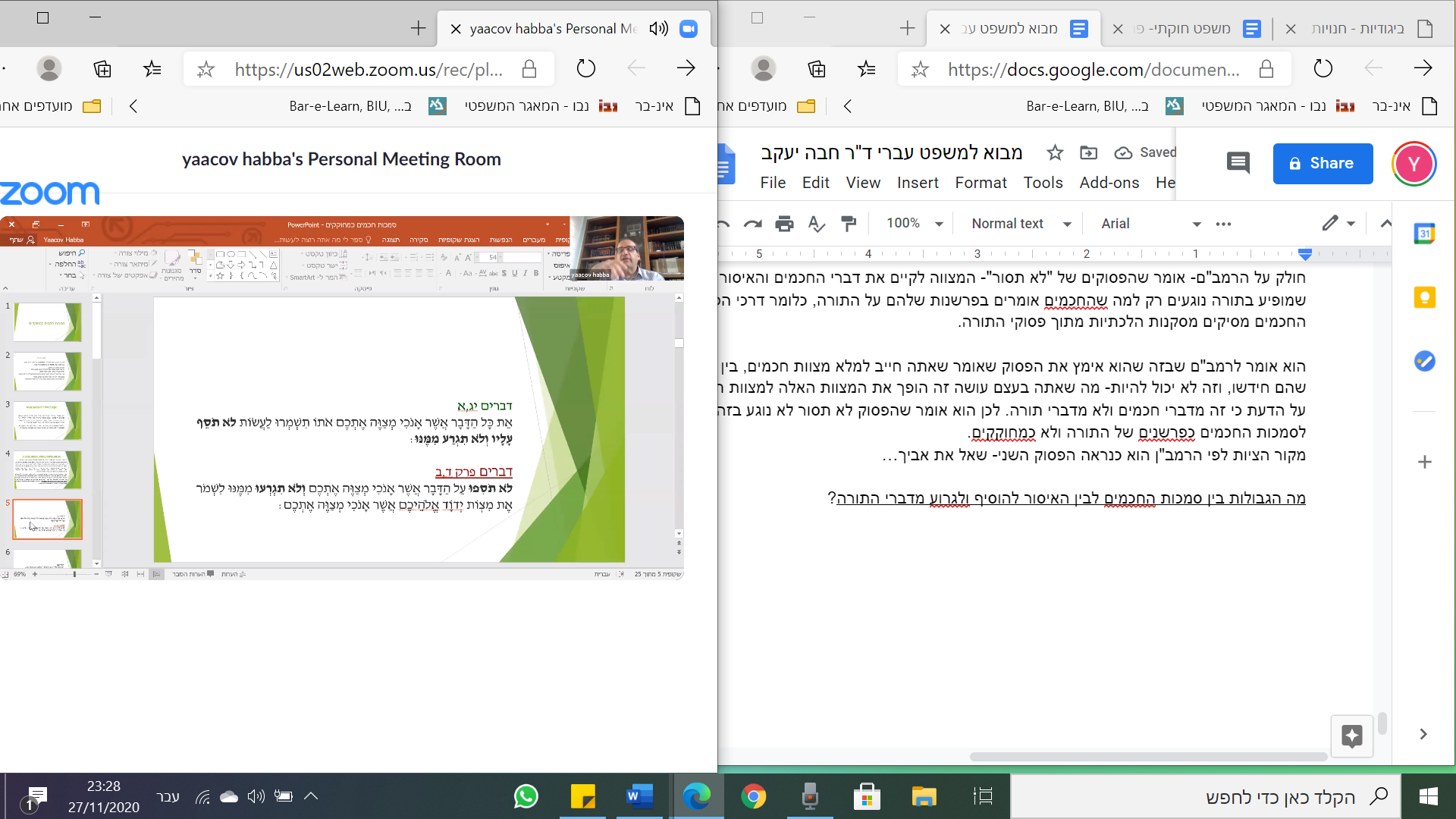
**השגות הרמב"ן לספר המצוות שורש א (רבי משה בן נחמן)**

חולק על הרמב"ם- אומר שהפסוקים של "לא תסור"- המצווה לקיים את דברי החכמים והאיסור לסטות מהם שמופיע בתורה נוגעים רק למה שהחכמים אומרים בפרשנות שלהם על התורה, כלומר דרכי הפרשנות שמתוכם החכמים מסיקים מסקנות הלכתיות מתוך פסוקי התורה.

הוא אומר לרמב"ם שבזה שהוא אימץ את הפסוק שאומר שאתה חייב למלא מצוות חכמים, בין השאר את המצוות שהם חידשו, וזה לא יכול להיות- מה שאתה בעצם עושה זה הופך את המצוות האלה למצוות תורה, וזה לא יעלה על הדעת כי זה מדברי חכמים ולא מדברי תורה. לכן הוא אומר שהפסוק לא תסור לא נוגע בזה אלא מתייחס רק לסמכות החכמים כפרשנים של התורה ולא כמחוקקים.

מקור הציות לפי הרמב"ן הוא כנראה הפסוק השני- שאל את אביך…

# מה הגבולות בין סמכות החכמים לבין האיסור להוסיף ולגרוע מדברי התורה?



לפי הפסוקים האלה ה' בעצם אומר שהוא נתן לנו מצוות, ואסור לנו להוסיף ולגרוע שום דבר. לא נוגע לפרשנות אלא רק לא לחדש מצווה/איסור חדש. מכאן שגם לחכמים כביכול אסור להוסיף ולגרוע- או לפחות צריך להסביר איך ניתן ליישב את הפער בין מצד אחד התפיסה שאומרת שלחכמים יש סמכות להוסיף על דין תורה ובתנאים מסוימים גם לגרוע, ומצד שני הפסוק אומר לא להוסיף ולגרוע.

הראשונים ניסו להתמודד עם השאלה הזאת.

**רש"י יג, א & רש"י ד, ב**

רש"י אומר שאם יש למשל מצווה להניח תפילין כל יום כמעט. בתוך התפילין יש קלף בו כתובות ארבע פרשיות בתורה- שבכל אחת מהן מופיעה המצווה של התפילין בתורה, שחוזרת על עצמה 4 פעמים. נניח שאני רוצה לשים תפילין ויש פרשה נוספת שאני רוצה להוסיף אותה לארבע האלה, או לחלופין לעשות 3 פרשות במקום 4, או למשל במקום ארבעת המינים להוסיף חמישי. מה עושים במקרה הזה?

לפי רש"י זה אסור- כי אסור להוסיף ולגרוע. להוסיף גזרה חדשה החכמים יכולים, אבל בתוכן הפנימי של מצווה אי אפשר, לא ניתן לשנות אותה. רש"י מפרש שהאיסור להוסיף ולגרוע הוא לא תוספת/גירעון של מצווה חדשה אלא **הרחבה/צמצום בתוך מצווה קיימת**. לכן לומר למשל להדליק נר חנוכה הם כן יכולים.

**ספר הכוזרי- מאמר שלישי אות מא (ר' יהודה הלוי)**

המלך הכוזרי שואל איך אפשר ליישב את סמכות החכמים להוסיף לבין האיסור להוסיף ולגרוע.

תשובת החבר- האיסור להוסיף ולגרוע נאמר לאדם הפרטי, אסור לכל אחד לחשוב שהוא יוסיף או יוריד משהו, לא לכל אחד יש שיקול דעת. אבל לחכמים מותר. כך הוא מיישב את הסתירה.

**הרשב"א, ראש השנה טז, א (ר' שלמה בן אדרת)**

יש בראש השנה מצווה לתקוע בשופר. הסוגיה מדברת על כמה תקיעות צריך לשמוע בשופר. החכמים בעצם הכפילו את כמות תקיעות השופר ששומעים בראש השנה. הרשב"א שואל איך אפשר? זה בל תוסיף, אסור להוסיף לפי רש"י הרי במצווה עצמה.

התשובה שלו- (משלב את רש"י והכוזרי) הוא מייחס את "בל תוסיף" להוספה/גריעה תוכן המצווה, אבל גם אומר שגם בזה- האיסור לשנות את התוכן הפנימי של המצווה הוא לאדם הפרטי, אבל החכמים יכולים.

הוא מביא דוגמא- יום טוב שני של גלויות- בתקופת הסנהדרין כדי לקבוע אם החודש הוא 29 או 30 יום היו שולחים אנשים להרים כדי שיצפו מתי הירח "נולד", ואם הם היו חוזרים ביום ה-30 היו מכריזים עליו כא' של החודש הבא, ואם לא- כל' של החודש הקודם. היו מכריזים על החודש בסנהדרין, ומודיעים על כך באמצעות מדורות על ראשי ההרים וזה היה עובר מאחד לשני. אבל כדי מי שגר מחוץ לארץ היו שולחים שליחים להודיע לכולם, ובתנאים של אז הם לא תמיד היו מספיקים להגיע בזמן לכל מקום ואנשים לא ידעו מה לעשות. לכן החכמים תיקנו שאת החגים האלה יחגגו בחוץ לארץ במקום יום אחד- **יומיים** (חוץ מכיפור).

אבל למשל בחג סוכות שהוא שבעה ימים, בגלל התקנה הזאת של יום טוב שני של גלויות- יושבים בסוכה שמונה ימים, והרי אסור להוסיף למצווה ויוצא שנוסף יום לישיבה בסוכה. למה זה לא נקרא תוספת? גם כאן הוא אומר שבגלל שזו תקנת חכמים זה אפשרי, אבל אם מישהו על דעת עצמו ירצה לשבת יום יותר כדי לקיים את מצוות הסוכה- זה לא בסדר.

**רמב"ם, ממרים, ב, ט**

מאחר שיש לבית דין סמכות להוסיף ולגזור דבר מותר, כלומר לאסור עלינו דבר שלפי התורה הוא מותר, והאיסור הזה יהיה תקף לתמיד, ובנסיבות מסוימות יכולים גם להתיר איסור תורה, איך זה מתיישב עם לא תוסיף ולא תגרע?

תשובתו של הרמב"ם- החכמים למדו שאסור לאכול בשר עם חלב אבל לפי התורה אסור רק בשר בהמה עם חלב, בשר עוף מותר. אם בית דין יבוא ויגיד שמותר בשר בהמה עם חלב, או הפוך- יאסור גם עוף עם חלב- הוא מוסיף. אבל אם הוא יגיד בשר עוף מותר ואנחנו נאסור אותו ונודיע לעם שהוא גזירה- אין זה מוסיף אלא עושה סייג לתורה.

כלומר מה שהרמב"ם אומר זה שהחכמים יכולים להוסיף ולגרוע כל עוד הם לא מייחסים את זה לתורה אלא אומרים שהם אלה שאוסרים את הדבר. ככה גם לגרוע- לא לומר שהתורה לא אסרה את זה, אלא לומר שהיא אסרה את זה והם עצמם בגלל שיקולים מסוימים מתירים את זה. כל עוד הם מייחסים את זה לעצמם, הם לא מוסיפים וגורעים מן התורה.

# מה הגבולות?

יש כלל שהחכמים רשאים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה, אבל לא רשאים בקום ועשה (למעט חריגים).

לעקור דבר מן התורה= להורות לנו לא לקיים דבר שהתורה חייבה או להתיר דבר שהתורה אסרה.

חכמים יכולים יכולים לומר לנו על מה שהתורה אמרה עליו תעשה- ש"נשב" ולא נעשה, תימנע מלעשות מה שהתורה הורתה לך כן לעשות. זה חכמים רשאים לעשות.

אבל בקום ועשה- הם לא רשאים, כלומר דבר שהתורה אמרה לא לעשות והם אומרים לעשות ולעבור על האיסור- הם לא רשאים (למעט חריגים ובמגבלות מסוימות).

דוגמא- גם אם ראש השנה חל בשבת מותר לתקוע בשופר. חכמים באו ואמרו שאם ראש השנה יוצא בשבת- אסור לתקוע בשופר. כלומר אם אני נענה לציווי החכמים, ועל פי דין תורה הייתי חייב לתקוע בשופר אבל לפי דין חכמים היה אסור לי לתקוע בשופר, ולא תקעתי בשופר- הם אמרו בעצם שב ואל תעשה, לא לקיים את החובה מהתורה. את זה יש לחכמים סמכות לעשות. כמובן משיקולים טובים- למשל למנוע מצב שמישהו יתקע בשופר בשבת וזה יגרור חילול שבת נוסף, ומניעת החילול היא סיבה טובה.

יש שאומרים שגם זה בלתי מוגבל, ובתנאי שהם לא מבטלים את המצווה לגמרי. למשל אם הם יבואו ויאמרו שמבטלים את מצוות שופר לגמרי. רק בזמנים/תנאים/נסיבות מסוימים.

# מתי לחכמים יש סמכות אם בכלל להורות לנו לעבור על איסור?

עקרונית הם לא יכולים, אבל יש מקרים חריגים-

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

בקטגוריות אלה אנחנו רואים שהסוגיה התירה לחכמים להורות לעבור על איסור.

# **הפקר בית דין**

(הפקר בית דין הוא הפקר- כלומר כשבית הדין מורה על הפקר ולא האדם עצמו ביוזמתו, הוא תקף)

**תוספתא שקלים א, ג**

כלאיים- איסור לגדל שני סוגי גידולים באותה ערוגה, אבל לא היו אוכפים את זה ואם כבר גידלת כלאיים- זה מותר באכילה. אז היו אנשים שלא היו מקפידים והיו מגדלים כלאיים למרות שעברו על איסור, כי הם לא מפסידים מזה.

בראש חודש אדר היו יוצאים שליחים ומקימים דוכנים כדי שאנשים יביאו חצי שקל לטובת קופת בית המקדש, ובאמצע חודש אדר כדי למנוע כלאיים היו שולחים פקחים (אחרי הגשם והנבטת הזרעים מצד אחד, ומצד שני לפני הקציר שבפסח, אז אפשר לראות בתקופה הזאת שיש כלאיים) ואיפה שהיו מוצאים כלאיים היו מפקירים את זה- אומרים שהתוצרת החלקאית בשדה הזה היא הפקר וכולם יכולים לבוא לקחת את זה. כך יש אינטרס לבעל השדה לא לגדל כלאיים כי הוא יודע שאז הסחורה שלו תופקר, והוא מסתכן בכך שהוא לא ירוויח ממנה שום דבר. מטרתו העיקרית של העונש היא אמצעי הרתעה בעיקר.

על פי דין אסור גזל- אסור להחזיק דבר שהוא לא שלי (גם אם פרצתי וגנבתי וגם אם זה הגיע אליי כדין, למשל השאלתי ולא החזרתי). על פי דין תורה אדם שגידל כלאיים הם שלו, אבל באים ואומרים שהכלאיים האלה הם הפקר וכולם יכולים לבוא לקחת- לכאורה הם **מתירים איסור גזל**. התורה אוסרת לקחת כי זה רכוש שלו והחכמים מתירים לעבור על זה בכך שאומרים שכן מותר לקחת.

30.11.20

**יבמות פט, ב**

# מאיפה מצאנו שיש לחכמים, לבית דין- סמכות להפקר (הפקר בית דין)?

מקור אחד לכך הוא בספר **עזרא**- עזרא היה מראשי החוזרים מגלות בבל לישראל והוא רצה לעשות אסיפת עם כדי לחזק עניינים דתיים שהיו רופפים. הוא קבע בין השאר שמי שלא יגיע לאסיפה- רכושו יוחרם, כדי להבטיח שאנשים יגיעו.

הסוגיה בתלמוד אומרת בעצם שאם עזרא עשה את זה, כנראה שיש סמכות לכך.

מקור נוסף לכך הוא בספר **יהושע**- שהוא הנביא שהכניס את עם ישראל לארץ. הוא מחלק את ארץ ישראל לנחלות. "...ראשי האבות"- אם אבא יכול לחלק בין ילדיו את רכושו לפי רצונו, לתת מתנות למי שהוא רוצה, כך גם המנהיגים יכולים להנחיל לעם מה ואיך שהם רוצים, ולחלק את הרכוש מחדש.

הביטוי "הפקר בית דין הפקר" הפך למקור לחלק גדול מתקנות חכמים בשני מובנים-

* **קנסות**. חכמים במהלך הדורות שהתקינו תקנה או רצו לקבוע משהו, לא היה להם אמצעי אכיפה כי לא היו מוסדות שלטון מסודרים, אז אחד האמצעים שהם השתמשו בהם הם קנסות (כעונש). מכוח מה יש להם את הסמכות לקנוס, לקחת ממון ממישהו? מהפקר בית דין הפקר. השתמשו בזה לא רק לקנסות אלא לכל תקנות ממוניות= כל רכוש שהיה שייך לפלוני, מכוח התקנה יהיה שייך למישהו אחר.

דוגמא: אם מישהו איבד שטר של 100 ש"ח ומצאתי אותו ברחוב, אני יכול לקחת אותו לעצמי- כי גם מי שאיבד אותו לא יוכל להוכיח שהוא זה שאיבד את השטר הספציפי הזה. אבל אם ילד בן 12 הרים אותו, וחטפתי את זה ממנו- השטר לפי דין תורה שלי, של החוטף- כי ילד מתחת לגיל 13 לא הגיע לגיל הכשרות המשפטית, הוא לא יכול לרכוש בעלות על משהו. ה-100 ש"ח שנשכחו- ההנחה היא שהבעלים שלהם התייאש מהם, ולכן הם הפקר. לכן הילד שהרים אותם לא זוכה להם.

החכמים התקינו תקנה שיהיה אסור לחטוף את זה לילד, ואם אני אחטוף בכל זאת- יהיה אפשר להוציא את זה ממני ולהחזיר לו. משמעות של תקנה כזאת היא שחכמים חשבו שהתוצאה על פי דין תורה היא לא טובה, כי זה לא טוב, מעודד אנשים לחטוף וכו'. הם לקחו כסף שעל פי דין תורה שייך לי ומכוח תקנת החכמים העבירו אותו למישהו אחר. מתוך הסמכות של "הפקר בית דין הפקר"- הם גם לקחו מהחוטף מכוח סמכות זו וגם החליטו להעביר את השטר לאותו ילד מאותה סמכות. יש בכל תקנה ממונית שינוי של הכלל שאם יש משהו הוא שייך או לי או לך.

**גיטין לו, א**

שנת שמיטה- משמעויותיה הן מגבלות בעבודה חקלאית ושמיטת חובות. הלל הזקן התקין תקנה שנקראת תקנת הפרוזבול- שאומרת שהחובות שנמחקים בשנה השביעית הם חובות פרטיים, אבל חובות לרשות ציבורית לא נמחקים- אם אדם חייב לבית דין החוב הזה לא נמחק. ב**פרוזבול** כשפלוני חייב לי כסף אני "ממחה" את הזכות (לקבל ממנו כסף) שיש לי כלפיו- לבית הדין. ואז זה חוב ציבורי והוא לא נמחק בשנה השביעית. לאחר מכן בית הדין הופך אותי למעין שליח כדי לגבות ממנו את החוב, וכך הכסף חוזר אליי.

הלל התקין את התקנה הזאת כי אנשים לא לוו כספים, נמנעו מלהלוות מחשש שהחוב יימחק בשנה השביעית, אז הוא רצה לעזור לעניים- שהפסיקו להלוות להם, ולעשירים- שעברו על הוראות התורה שאומרת שאסור להימנע מלהלוות כסף מחשש שהחוב יימחק בשביעית.

הגמרא שואלת האם ייתכן שהוא עשה את ה"תרגיל" הזה שהוא עוקף את הוראת התורה, שזה כמו לבטל אותה?

הסבר אחד אומר שהלל עשה זאת רק בזמנו, כי בזמנו כל דין שמיטה היה רק מדרבנן, וכדי ששמיטה תתפוס צריך שרוב היהודים יהיו בארץ ישראל וזה לא היה כך, ומאחר וזאת תקנת חכמים ולא דין תורה הוא יכול היה לעקוף אותה.

הסבר נוסף, של רבא (אמורא), שאומר שהלל יכול היה להתקין את התקנה הזאת שעוקפת את ההוראה ומוחקת אותה- למרות ששמיטה היא מהתורה והתקנה מתנגשת איתה, וזאת מכוח "הפקר בית דין הפקר". זו דוגמא לתקנה ממונית שנסמכת על העיקרון הזה.

# **הוראת שעה**

**יבמות צ, ב**

הברייתא אומרת שצריך להקשיב לנביא גם אם הוא אומר לנו לעבור על התורה, על איסור.

הסיפור של אליהו הנביא (כשהמלך בישראל היה אחאב) בהר הכרמל

העם עובד עבודה זרה, הנביא מוכיח אותם, ובסופו של דבר הוא אומר לאחאב שיהיו שנות רעב, ואכן קורה כך. אליהו מתחבא כדי שלא ניתן יהיה לפנות אליו או לבקש ממנו להתפלל וכו'. בשלב מסוים יש ויכוח בין אחאב לאליהו ואליהו מציע לעשות מבחן- הוא נביא ה', ואחאב עובד עבודה זרה, אז הוא מציע לו שייקח את מובילי העבודה הזרה שלו והם ילכו להר הכרמל ויקימו מזבח- לה' ולעבודה הזרה, שניהם יקריבו קורבן, אבל לא יביאו אש, ונראה מי יצליח להוריד אש פלאית מהשמיים כדי לשרוף את הקורבן. כך ידעו מי צודק ומי האלוהים האמיתי. הם עושים זאת, והאש של עובדי העבודה הזרה לא מגיעה, ושל אליהו כן- אפילו שהוא לא שם מים מסביב. ואז ברור לעם שה' הוא האלוהים האמיתי.

עפ"י ההלכה, מאז שנבנה בית המקדש- אסור להקריב קורבן מחוץ לבית המקדש (גם אם אין בית מקדש). אליהו בונה מזבח בהר הכרמל- וה' אפילו עוזר לו למרות שזו עבירה. איך הוא עושה זאת? הגמרא אומרת שזה היה מקרה מיוחד, וזאת הייתה הוראת שעה. היה בו צורך מיוחד, "להחזיר בתשובה" את העם. זה היה רגעי, זמני, ולכן זו לא הייתה עבירה. הוא לא מבטל את האיסור אלא עובר עליו באופן חד-פעמי וכדי למנוע עבירות אחרות של העם שיקרו אילולא ישכנע אותו.

**רמב"ם ממרים ב, ד**

הרמב"ם אומר שיש אפשרות לחכמים בדור מאוחר לבטל זמנית תקנה של חכמים בדור מוקדם כהוראת שעה. בהוראת שעה אפשר גם לבטל מצוות עשה וגם מצוות אל תעשה. לפעמים דווקא הפרת התורה תחזק את הביצוע שלה. למשל כתיבת התורה שבע"פ הייתה כהוראת שעה (גם אם היא עומדת כבר 2000 שנה, האיסור לא נמחק והיא ממשיכה פורמלית על תקן הוראה שעה).

# **הוראת שעה (בתחום הענישה)**

**בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה**

**סנהדרין מו, א**

עפ"י דין תורה יש מצבים שבהם יש לבית דין סמכות לתת עונש מוות או מלקות- כלומר עונש גופני. אבל אם בית דין ייתן לאדם עונש שלא מגיע לו- להלקות אדם שלא חייב מלקות למשל, בית הדין עצמו עובר עבירה. הכללים שאסור להרוג או להכות מישהו, חלים גם על בית הדין, אלא אם כן אדם חייב בעונש הזה.

על רקע זה מסופר סיפור על אדם שרכב על סוס בשבת בימי היוונים. רכיבה על סוס היא **לא** חילול שבת עפ"י דין תורה. החכמים, משיקולים שלהם, החליטו שאסור לרכב על סוס בשבת. עפ"י דין תורה, אם הוא מחלל שבת ונתמלאו כל תנאי הסף הנדרשים- עקרונית צריך בעונש מוות. אבל זה נכון רק לקריטריונים של דין תורה. האדם שרכב על הסוס אמנם הפר את תקנת החכמים אבל לא את דין התורה, לכן לפי הקריטריונים הרגילים הוא לא אמור לקבל עונש מוות. הוא הגיע לבית דין והוא סקל אותו (עונש מוות).

איך הוא הרשה לעצמו לעשות זאת?

לא מפני שהוא ראוי לכך לפי הקריטריונים של דין תורה, אלא **היה צורך מיוחד**. אולי בגלל שזה היה בימי היוונים (המלחמה איתם הייתה מלחמת תרבות, והייתה מלחמה פנימית בישראל בין כאלה שהיו נאמנים לגמרי למסורת לבין כאלה שהיו מוכנים לקבל את תרבות יוון כחלק מחייהם. אחד הדברים שנלחמו בהם היוונים היה השבת). המסר שהיה עובר אם היו שולחים את אותו אדם הביתה זה **היה נראה כאילו בית הדין מקל ראש בחילול שבת**, ולכן בית הדין חשב שצריך להרוג אותו, כהוראת שעה.

סיפור נוסף הוא על אדם ש"הטיח" את אשתו (קיים יחסי אישות לפי רש"י, ובאופן פומבי) והביאו אותו לבית הדין והלקו אותו. זו לא עבירה לנהוג לא בצניעות ובכל זאת נתנו לו מלקות, כי כנראה ש"השעה הייתה צריכה לכך".

בשתי הדוגמאות בית הדין מעניש אדם כשעל פי דין הוא לא חייב בעונש הזה ולא ראוי לזה עפ"י דין. לכאורה בית הדין הוא עבריין, הוא חרג ממסגרת הענישה של התורה. ובכל זאת הוא עושה את זה אבל מתוך הוראת שעה. הוא לא יכול לבטל לגמרי את האיסור או להחליט על עונש שלא בתורה (לתת מלכות/מוות למי שלא מגיע לו) אבל יכול לחרוג מהדין פעם אחת אם יש צורך שעתי כמו העברת מסר או הגברה וחיזוק של שמירת המצוות/הדין להמשך.

**רמב"ם סנהדרין כד, ד-ט**

בית דין שעושה את זה- זה לא מתוך רצון לעבור על התורה, אלא כ**סייג** לתורה.

הסמכות של הוראת שעה יכולה לגרום לבית הדין לאצבע קלה מדי על ההדק, כי זאת סמכות שהיא כמעט בלי מגבלות. אז הרמב"ם אומר שבית הדין צריך להפעיל את הסמכויות האלה לא בקלות אלא להיזהר.

הייחוד של הוראת שעה בענישה היא ש**נושא ענישת התורה מותנה בכך שיש סנהדרין** שיושב בבית המקדש, אחרת אין סמכות לתת לא עונש מוות ולא עונש מלקות. כלומר מרגע שלא היה בית מקדש ובית דין סירסנו את סמכות הענישה. איך אפשר להתנהל בלי סמכויות ענישה? בתקופה שגם לא היה שלטון אלא היו קהילות קהילות, ולא היה שלטון מרכזי או דין מלך, מה עושים? היו קהילות שקיבלו מהשלטון תחתיו הם חיים סמכויות ענישה- ממונית ולעתים אף גופנית ועונש מוות. אבל מכוח מה יכול בית דין לתת למישהו עונש מוות או מלקות, גם אם הוא עבר עבירה, אם אין סנהדרין? זו חריגה מהכללים. **את כל הענישה הם ביססו על הפקר בית דין הפקר** (אם זאת ענישה ממונית) ועל הוראת שעה (בענישה פיזית). הם כרגע בית הדין של הקהילה, הם לא קובעים הלכה לדורות אלא כביכול הוראת שעה. מאז שאין סנהדרין כל הענישה שהייתה- היא הוראת שעה.

# **הפקעת קידושין**

**משנה גיטין ד, א-ב**

אחד האיסורים הגדולים בתורה הוא איסור אשת איש. לפי ההלכה לאישה נשואה אסור לה לקיים יחסי אישות או להתחתן עם מישהו אחר כל עוד היא לא נפרדה מהאיש אליו היא הייתה נשואה, וזאת בשתי דרכים-

1. מוות
2. גט (שנעשה כדין וניתן ע"י בעלה כדין)

אם לא אלה- היא נחשבת אשת איש.

פעולה משפטית אפשר לעשות באמצעות שליח- הפעולה מתבצעת על-ידיו, אבל התוצאה תחול על השולח.

כשהשליח מעביר את הגט שנכתב כדין ע"י הבעל- לאישה באמצעות שליח, הגט חל על האישה, השינוי במצב המשפטי הוא על בני הזוג (גם האישה יכולה למנות שליח שיקבל את הגט מהאיש, או אפילו שניהם). כל עוד האישה לא קיבלה את הגט- היא לא גרושה.

אדם מסר לשליח את הגט כדי שייסע למסור אותו לידי האישה. אחרי שעה הוא מתחרט, רץ לשליח ואומר לו לעצור, ושהגט מבוטל. ברגע שהוא אמר את זה- הגט מבוטל. אבל לפי דין תורה האיש לא חייב לתפוס את השליח כדי לבטל את הגט- הוא יכול לעשות את זה גם מרחוק- הוא יכול ללכת לבית הדין ולהצהיר בפניהם שהוא מבטל את הגט שנשלח ע"י השליח לאישה.

לפי המשנה- יש לשולח שתי אפשרויות לבטל את הגט ששלח

* או לתפוס את השליח לפני שיגיע לאישה ולומר לו שהגט בטל
* או לנסות להשיג אותו ולהגיע לפניו לאישה, ולומר לה שיש שליח בדרך עם גט- והגט שבדרך הוא בטל.

אבל אם הוא לא הספיק והגט הגיע לידיה של האישה- מהרגע הזה הוא לא יכול לבטל אותו ולהתחרט.

* אופציה נוספת- ללכת לשלושה אנשים שיהיו לו בית דין ויבטלו את הגט.

זה יוצר קושי- כי במקביל השליח מגיע לאישה ונותן לה את הגט והיא חושבת שהיא גרושה, היא יכולה לחפש לה איש אחר או אפילו להתחתן וללדת ילדים מאיש אחר, וזה אסור לה כי הילד עלול להיות ממזר.

לכן רבן גמליאל מתקין תקנה שלא יבטלו את הגט מרחוק, זה לא ייחשב שהוא בוטל- מפני תיקון עולם- למנוע סיטואציה קשה ובעייתית.

03.12.20

**גיטין לג, א**

ברייתא שמביאה מחלוקת בין תנאים על משמעות התקנה של רבן גמליאל הזקן. מה קורה אם עוברים על תקנת החכמים שלא לבטל מרחוק את הגט, מישהו הולך ולמרות ששלח שליח מבטל את הגט בית דין- האם הגט תקף?

רבי יהודה הנשיא- התקנה של רבן גמליאל לא התערבה בדיני האישות של התורה, משמעותה היא הייתה שזה לא ראוי או כדאי שיעשו את זה, אבל אם מישהו כן כבר עבר על דבר החכמים זה אמנם לא בסדר אבל מבחינת התוצאה המשפטית דין תורה נשאר במקומו, הגט בטל.

רבן שמעון בן גמליאל- התקנה התערבה בעצם בדין תורה. אין טעם להתקין תקנה אם אין לה תוקף, כי כל אחד שישלח גט לאשתו ויתחרט יוכל ללכת לעבור על תקנת חכמים וללכת לבית דין. התקנה של רבן גמליאל רצתה לסגור את הפרצה, למנוע את זה, לכן אם מישהו עשה את זה בכל זאת- יש לזה תוקף- והגט לא יהיה בטל. יוצא מצב שיש אישה שלפי דין תורה הייתה אמורה להיות נשואה לבעל הראשון שלה ומכוח תקנת החכמים היא הופכת להיות גרושה.

לפי ההסבר של רבן שמואל בן גמליאל תקנת החכמים בעצם עוברת על איסור אשת איש שהוא איסור תורה וכביכול מתירה אותו. הסוגיה מתארת הקושי בזה- איך זה יעלה על הדעת שלוקחים אשת איש וכדי שכוח התקנה יהיה יפה מתירים אותה?

התשובה- זאת לא באמת התנגשות- כאדם מקדש אישה הוא עושה זאת על דעת חכמים (בתנאי להסכמת החכמים) ואם הם לא מסכימים- הקידושין בטלים. לכן הם יכולים להפקיע את הקידושין- לקבוע כאילו הם לא הסכימו מלכתחילה. ולגבי הממון שהועבר מהאיש לאישה (למשל הטבעת) שכביכול צריך לחזור אליו- נפתר באמצעות הפקר בית דין הפקר. הסוגיה בעצם מעדנת את הבעיה.

**ירושלמי גיטין ד מה, ב**

התלמוד הירושלמי מביא את אות הסוגיה ומוסיף שנכון שנכון אמר שמואל בן גמליאל, כי מה המשמעות של תקנה שאומרת "אל תעשו" אבל אם כן יעשו הגט יהיה בטל- סביר שהרוב יעברו על דבר חכמים בשביל לא לשחרר את האישה. רבן שמעון בן גמליאל אומר "דבר תורה הוא שיבטל"- אין ברירה, הרי מדין תורה הגט הוא מבוטל, וחכמים לא יכולים לעקור דבר מן התורה. הסוגיה אומרת שזה לא נכון, כי חכמים יכולים להורות לנו לעקור דין תורה ומביאה דוגמא:

עפ"י דין תורה אדם שיש לו תוצרת חקלאית צריך להפריש תרומות ומעשרות ממנה כתנאי לכך שהוא יוכל לאכול אותה. את התרומה הוא צריך לתת לכהנים ורק להם ובני ביתם מותר לאכול אותה. במצבים מסוימים אם תרמת- התרומה הזאת לא תופסת (לפי תקנת חכמים), למשל אדם שיש לו שמן וזיתים, או ענבים ויין, האם הוא צריך להפריש מכל דבר בנפרד או שניהם או שמספיק מאחד מהם כי אחד בא מהשני. עפ"י דין תורה אפשר, מכוח תקנת חכמים אי אפשר. והחכמים קבעו שאם עשית בניגוד לדבריהם- מה שעשית בטל. זהו בעצם ביטול של איסור מדין תורה.

לכן גם במקרה שלנו החכמים יכולים לעקור איסור תורה של אשת איש.

לעומת התלמוד הבבלי, **הירושלמי** לא נוקט בדרך העוקפת של התלמוד הבבלי שאמר שבעייתי שחכמים יתקינו תקנה שמתנגשת עם איסור ועקף את זה. הירושלמי פשוט אומר שלחכמים יש סמכות לבטל דין תורה, גם איסור. כך גם הם ביטלו את האיסור על מי שלא כהן לאכול את התרומה שמיועדת לכהנים וקבעו שלכל אחד מותר לאכול אותם.

בעצם יש כאן דרך שלישית בנוסף לגט כדין ומוות- הפקעת קידושין ע"י החכמים (לפי הבבלי לא ממש כי זה בעצם ביטול למפרע של הקידושין אבל לפי הירושלמי זה ממש התנגשות שהם מבטלים).

**בבלי בבא בתרא מח, ב**

יש גם סוגיות בתלמוד הבבלי שמדברות על הפקעת קידושין בלי התוספת של "כל המקדש על דעת חכמים הוא מקדש".

הסוגיה כאן מדברת על מקרה של אדם שכפה על אישה להתקדש (זה נחשב לפי ההלכה גמירות דעת למרות שנעשה תחת לחץ). הסוגיה אומרת שאם זה באישה- זה לא קידושין, כלומר אם כפו על אישה להתקדש והיא הסכימה, הקידושין לא תופסים, כי אותו איש שכפה עליה עשה זאת לא כהוגן, החכמים עשו איתו גם כן לא כהוגן- וסוטים מהכללים כמוהו, קובעים שלמרות שהאישה הסכימה ההסכמה שלה לא תקפה, הקידושין פוקעים. כלומר הם ממש מורים על ביטול איסור- לפי דין הקידושין תופסים והאישה נשואה, והחכמים מפקיעים אותם.

**יבמות קי, א**

אדם שעשה קידושי מחטף, הקדים מישהו שהאישה הייתה מיועדת לו. גם כאן הסוגיה אומרת שהוא עשה שלא כהוגן ולכן החכמים הפקיעו ממנו את הקידושין. גם כאן אין את עניין "כל המקדש על דעת חכמים הוא מקדש".

**תוספתות בבא בתרא מח, ב**

דבריהם של בעלי התוספות עומד על ההבדל של מתי יש להשתמש בכלל של "כל המקדש על דעת חכמים הוא מקדש" ומתי אי אפשר להשתמש בו. אנחנו רואים שיש סוגיות במיוחד בירושלמי אבל גם בבבלי שמהם עולה שיש לחכמים סמכות להפקיע קידושין למרות שזה נראה להפקיע דבר מן התורה. אמנם זה נעשה בנסיבות מיוחדות וברור במקרים האלה למה החכמים עושים זאת, ומדובר באנשים שסטו מהנורמה.

יש הבדל גם למעשה בין הביטול למפרע לבין הביטול השני שמופיע בעיקר בירושלמי.

אם הניסוח הוא "כל המקדש על דעת חכמים הוא מקדש" האישה שנים רבות חשבה שהיא נשואה והיא לא הייתה נשואה, אבל מבחינת הילדים שלה זה לא נורא, הם **לא ממזרים**. זה **ביטול למפרע**.

אם הניסוח הוא שהפקיעו את החכמים את הקידושין בלי להיזקק לתנאי המתלה, זה ביטול **מכאן ולהבא**, מכאן ואילך. ואז היא **לא פותרת את הילד** כי הוא נולד לפני כן.

# **הערמה על הדין**

הכוונה היא לשימוש בכלים שהדין מאפשר, אבל כדי לעקוף את הדין. כמו למשל בפרוזבול, בו הופכים את החוב לחוב כלפי בית הדין ובכך הוא חוב לרשות ציבורית ולא פרטית. זו מעין עקיפה של שמיטת החובות. היו סיבות טובות למה הם עשו את זה- כדי למנוע מצב שאנשים יחששו להלוות כספים. דוגמא נוספת- אסור למלווה לגבות ריבית, ואסור ללווה לגבות ריבית. חכמים יצרו דרך עוקפת לגביית ריבית, באמצעות דבר שנקרא **היתר עסקה**- הופך את ההלוואה למעין עסק משותף, ובעסקה עושים לפעמים שותפות, למשל אחד משקיע כסף ואחד ידע, ומתחלקים ברווח או בהפסד. ואם ההשקעה תשתלם זה רווח מעסקה משותפת ולא ריבית. בכך החכמים עשו מעקף שהפך את היחסים בין מלווה ללווה למעין יחסי עסקה וע"י כך הריבית שהם מקבלים היא חלק ברווחים שלהם ולא ריבית.

השאלה שעולה היא אם בעצם החכמים עובדים על עצמם? עוקפים את עצמם? מהם הגבולות של זה? למה זה לגיטימי?

07.12.20

**תלמוד ירושלמי (וילנא) מסכת יבמות הלכה יב**

התלמוד הירושלמי שואל מהו להערים, האם אפשר לעשות הערמה, ומביא דוגמא.

אדם שיש לו תוצרת חקלאית צריך להפריש תרומה שלפי חז"ל היא בערך 2%, וזה מותר באכילה רק לכהנים ובני ביתם. רבי טרפון היה אדם עשיר וקיבל הרבה תרומה מהרבה מקומות, ולעומת זאת היה מצב קשה ולאנשים אחרים לא היה מה לאכול. אז הוא הלך וקידש 300 נשים- כביכול התחתן עם 300 נשים. (לפי דין תורה לאיש מותר להיות נשוי להרבה נשים). הוא לא באמת קיים איתן חיי זוגיות, משפחה וכו' אלא נישואין פיקטיביים- כדי לתת להן אוכל כי היו לו הרבה תרומות ונכסים, שלא יכול היה לתת לעניים- כי תרומה מותרת באכילה רק לכהנים. ברגע שהן נישאו לו- הן הופעות להיות בנות בית שלו, ואז הן רשאיות לאכול מתרומה.

יש כאן שימוש במושג הנישואין שהוא עצמו לגיטימי, והוא השתמש במושג המשפטי, בפרוצדורה המשפטית הזאת באופן פיקטיבי- אבל כדין, ללא כוונה מהותית אלא רק פורמאלית כדי להאכיל את אותן נשים. הוא השתמש בכלים של הדין אבל לא למטרות הדין, כדי לעקוף את האיסור של נשים "זרות" לאכול מתרומה.

**משנה מסכת מעשר שני פרק ד משנה ד-ה**

כשלאדם יש תוצרת חקלאית הוא צריך להפריש תרומה, והיא מותרת באכילה רק לכהנים. בנוסף לזה הוא צריך להפריש עוד כל מיני מעשרות (מעשר-עשירית, 10%), למשל מעשר ראשון ללויים. בשנים מסוימות הוא מפריש מה שנקרא מעשר שני, 10% מתוך מה שנשאר. את הפירות מהמעשר הזה לוקחים (פיזית), עולים איתם לירושלים ואוכלים אותם שם. התורה הבינה שזה יכול להיות קשה- אדם גר רחוק ויש לו הרבה פירות, בעייתי לסחוב אותם לשם, זה קשה. לכן היא נתנה אופציה- אם אתה רוצה להשאיר את הפירות בבית אפשר להמיר אותם לכסף, ואותו לקחת לירושלים ולהשתמש בו שם. אבל מי שבוחר באופציה הזאת צריך להוסיף חומש (25% חמישית מ-125 ולא מ-100, חמישית היא כביכול "קנס"). אבל אם אדם פודה פירות מעשר שני שאינם שלו- הוא לא צריך להוסיף חומש. למשל אם לפלוני יש פירות מעשר שני ואני פודה לו אותם- אני לא צריך להוסיף חומש. רק בעל הפירות.

המשנה אומרת שאפשר להערים על מעשר שני- להימנע מתוספת החומש.

אם יש לי בן גדול אני נותן לו כסף במתנה ואומר לו לפדות את פירות מעשר שני שלי- ואז הוא צד שלישי ולא צריך להוסיף חומש. לפי הדין זה נכון, לגיטימי גם לתת כסף במתנה וגם לתת לצד ג' לפדות בשבילי את הפירות. אבל ברור שהמטרה של הדין לא הייתה לתת את הכסף במתנה ולחבר את שתי הפעולות לפעולה פיקטיבית כביכול, ושלא עושים את הפעולה המשפטית כי אנחנו רוצים לתת מתנה, אלא כדי להערים את החומש ולפטור את עצמי ממנו.

תרגיל נוסף שאפשר לעשות- אם אני בעל השדה ויש לי פירות לפדות במעשר שני- אני נותן אותם לחבר שלי כביכול במתנה, כלומר הוא בעל הפירות עכשיו. ואז אני פודה את הפירות בשבילו- נותן לו כסף עבור הפירות, ואז זה כאילו אני לא פודה את הפירות שלי אלא של מישהו אחר- וכך עקפתי את עניין החומש. גם כאן ברור שאני לא נותן לו אותם אמת במתנה אלא כדי שהוא פורמאלית יהיה הבעלים ואני אוכל להערים על החומש, ובכל זאת המשנה נותנת לגיטימציה להערמה כזו באמצעות פעולה פיקטיבית.

**תלמוד בבלי מסכת נדרים דף מח עמוד א**

יש בהלכה מושג של נדר- שמטרתו לחייב את עצמי במשהו ולא להתפתות לעשות מה שהבטחתי שלא אעשה. אם נדרתי למישהו- עשיתי איתו מעין הסכם, והוא התחייב כנגד זה למשהו אחר (כלומר התחייבות במסגרת חוזית, אדם לא יכול להוסיף על עצמו דין פלילי). בהלכה יש מה שנקרא נדר- כביכול קבלה על עצמי של איסור פלילי. מה שאני מתחייב לו ומקבל כנדר זה מחייב אותי, ואם אפר את הנדר אני אחשב כמי שעבר עבירה. באמצעות הנדר אני יכול לקבל על עצמי התחייבויות או איסורים שיחייבו אותי.

בתלמוד יש מקרה מיוחד- אדם קיבל על עצמו נדר שהוא לא יהנה מרכושו של השכן שלו. נדר כזה תופס- אסור לו לבקר אצלו או לאכול אצלו למשל כל עוד הנדר בתוקף. אבל צצה בעיה- והנודר רעב, אין לו מה לאכול. האופציה היחידה שיש לו היא לבקש משכנו אוכל, אבל הוא לא יכול כי נדר לא להנות מנכסיו. יש דרך פתרון- הנודר זקוק לאוכל, אז השכן ייתן אוכל במתנה ללוי, ואז הנודר יוכל לאכול אותו, כי זה כבר לא רכוש של השכן. ברור לכולם שכשהשכן נותן את המתנה ללוי הוא לא באמת התכוון לתת לו מתנות, אלא התכוון לתת את זה לנודר, אבל הוא לא יכול לעשות זאת ישירות אז הוא עוקף אותו כך שזה יגיע אליו. ברור שהמתנה היא פורמלית למרות שהיא כדין. לא כי הוא רצה שזה יישאר אצל לוי.

או למשל אב שנדר לא ליהנות מרכושו של הבן שלו. הבן מחתן את הבן שלו, כלומר הנכד של אביו, ורוצה להזמין את אביו לחתונה וישתתף בסעודה, אבל הוא לא יכול בגלל הנדר. הבן הולך לשכנו ואומר לו שהוא נותן לו את החצר שלו ואת הסעודה במתנה, ומסביר שזה כדי שאביו יוכל להשתתף בסעודה. השכן אומר לו שאם זה שלו במתנה- הוא מקדיש את זה לשמים, נותן את זה כתרומה לבית-המקדש. הבן אומר לו שהוא לא נתן לו את זה כדי שיקדיש לשמיים, הרי הסביר לו שזה כדי שאבא שלו יוכל להשתתף בסעודה. כלומר לא עבדה פה ההערמה של על הדין והעקיפה של הנדר.

הגמרא אומרת שזה לא נקרא מתנה- אנחנו מאפשרים להערים על הדין **אם עושים את הפעולה המשפטית בצורה מלאה**. אם הבן היה נותן לשכן את הסעודה כמתנה אמיתית, האב יכול היה להשתתף בסעודה. מתנה אמיתית- העברת בעלות מלאה, בלי "אבל" או תנאי כלשהו. ברגע שהבן העביר לשכן את הסעודה והחצר אבל אמר לו שזה רק כדי שאביו יוכל לאכול- הוא לא באמת נתן לו את זה במתנה, הפרוצדורה לא נעשתה במלואה.

**תלמוד בבלי מסכת שבת דף קכד עמוד א**

יש כלל בתורה שאסור לשחוט באותו יום את האמא ואת הבן- למשל פרה ואת העגל שלה. הגמרא דנה במקרה בו הפרה והבן שלה נפלו לבור- אין בעיה להוציא אחד מהם ולשחוט אותו כדי לאכול. אבל את השני- אם זה סתם שני עגלים למשל זה בסדר, אבל אם זה אם ובנה- יש מחלוקת אם מותר, אבל אחת הדעות (ר' יהושע) אומרת שנעלה את הראשון כדי לשחוט אותו, וכשהוא כבר למעלה, נאמר שהפרה דלילה ואנחנו רוצים בשר יותר טוב אז נרים גם את השנייה, ונבחר את מי משניהם לשחוט. זאת מעין הערמה כדי להוציא את שניהם מהבור. המטרה היא ברורה- זה תרגיל בשביל צער בע"ח, כדי לא להשאיר את הפרה/עגל בתוך הבור עד שייגמר היום. זו דוגמא פשוטה כי ברור לגמרי מה הייתה הסיבה מאחורי זה, וזה לא מתוך אינטרס או רווח אישי אלא ערך חשוב בהלכה של צער בע"ח. (אסור להעלות את שניהם מהבור)

**חידושי הרשב"א מסכת ביצה דף יא עמוד ב**

הרשב"א מתלבט בעצמו בשאלה הזאת- מה הגבולות של ההערמה? מתי זה בסדר ומתי לא?

הוא אומר שלא מדמים דבר לדבר- מקום שבו נאמר שהערמה מותרת היא מותרת, אבל לא לומדים מזה לדברים אחרים, כי היא מעוררת איזשהו קושי. הכוונה היא להיות זהיר- לא חסמו את הדרך בפני הערמה אבל מצד שני לא צריך לעשות בזה שימוש בלתי מבוקר.

**רש"י, ביצה, יז, ב**

ביום טוב להבדיל משבת מותר לבשל אוכל (ימי חגים שלא חלים בשבת). אבל מותר לבשל רק לאותו יום- אי אפשר להכין אוכל היום למוצאי החג. נניח שביום טוב הכנתי אוכל בכמות גדולה מעבר לנדרש- הגמרא אומרת שאם עשיתי את זה האוכל לא נאסר באכילה. אבל אם הערמתי- גמרתי לאכול ביום טוב, אני לא צפוי לאכול יותר, אבל הכנתי אוכל כי אולי יבוא אורח- למרות שאני יודע שלא, ובכל זאת אני מבשל ונתלה בזה. הגמרא אומרת שאסור יהיה לאכול את זה, לפחות לא בזמן שהיה לוקח לי לאכול את זה (למשל בשעתיים הראשונות של מוצאי החג) כדי שלא אהנה ממה שעשיתי ביום טוב באיסור.

רש"י אומר- אם ידעתי שאני לא צריך ובכוונה עשיתי את זה- מותר לי לאכול, אבל אם הערמתי אסור לי. לכאורה זה הפוך ומזיד זה יותר חמור. אבל רש"י אומר שיש בהערמה משהו יותר חמור, כי במזיד אדם עובר עבירה והוא יודע שהוא לא בסדר, וכולם יודעים שהוא עבריין ולא לומדים ממנו. אבל מי שעושה את זה בהערמה- לא יחזור בו, אחרים ילמדו ממנו, הוא כביכול מזלזל בדין. אמנם יש סוגיות בהן ההערמה מותרת, אבל צריך להיות זהירים עם הערמה כדי לא להפוך את הדין לדבר שכולם מזלזלים בו. קשה לתחם את קו הגבול מתי זה לגיטימי ומתי לא, אבל צריך להשתמש בהערמה במבוקר.

דוגמאות נוספות-

- היתר עסקה (דיברנו)

- בפסח אסור שיהיה חמץ ולהחזיק אותו. אם אחזיק אותו אצלי בפסח, אחרי פסח אסור יהיה לי לאכול אותו. נניח שאני בעל חנות וקניתי סחורה בעשרות אלפי שקלים ולא הצלחתי למכור הכל לפני פסח. חז"ל נתנו פתרון- מכירת חצץ- למכור אותו לגויים, שלהם מותר להחזיק חמץ בפסח. אחרי פסח הם ימכרו לך את זה בחזרה. אם זו הייתה מכירה אמיתית, והוא משלם עליו, ואחרי פסח עושים עסקה חדשה שאני קונה ממנו- ניחא. אבל עם הזמן זה הפך להיות טקס מלאכותי, חותמים על שטר שמסמיך את רב העיר למכור את החמץ שלי לגויים, וכך עשו גם כל מאה אלף האנשים בעיר, והרב שלא יודע להעריך את שווי החמץ הולך לגויים ועושה איתם עסק לפני פסח על כל החמץ של העיר תמורת סכום מסוים, ואומר שאם הם לא מחזיר לו את הכסף עד זמן מסוים, למשל שעה אחרי החג- המכירה מתבטלת. כולם מבינים שזה לא אמיתי- הגוי יודע ומשתף פעולה, שזה טקס שהיהודים צריכים לעשות. אבל כלפי חוץ החמץ שהיה אצלי נשאר אצלי בבית בארון- ואני משתמש בו אחרי פסח, לא הרגשתי שום חיסרון, לא באמת העברתי אותו פיזית ללא יהודי, לא הייתה העברת כספים באמת. חכמים במהלך הדורות שיתפו עם זה פעולה. הם אומרים שעדיף שמי יש לו מעט חמץ לא יעשה זאת אבל עדיין משתפים עם זה פעולה.

- בשנת שמיטה יש הגבלה על עבודת הקרקע. אסור לגדל גידולים חקלאיים. אחת האפשרויות שהועלתה ומשתמשים בה עד היום- עושים מכירה, בכאילו. היהודי מוכר את השדה שלו כביכול ללא-יהודי, ואז מותר לו לעבוד את האדמה שלו, וגם ליהודי מותר לעבוד את האדמה שלו שהיא עכשיו בבעלות הלא-יהודי. הסיבה הייתה שלא באמת אפשר היה לוותר על החקלאות (יש על זה מחלוקת), כי אם לא נשתמש בתרגיל הזה כל הישוב היה קורס, אז אין ברירה.

זה מעורר שאלה גם תיאולוגית- ה' הרי רצה שתהיה שנת שמיטה, אתם עובדים עליו? התשובה הפשוטה היא שלא, שחז"ל יודעים להשתמש בכלי ההלכה גם כדי להשיג מטרה אחרת שנוגדת את רוח ההלכה אבל בגלל שזו מטרה מתבקשת. כדי שלא יקרסו כלכלית (בדוגמא של היתר עסקה), או יגוועו ברעב (בדוגמא של 300 הנשים) או פרוזבול (כדי שלא ימנעו מלהלוות והעניים יפגעו מכך). החכמים לא יכולים לבטל את איסור עבודת האדמה אבל יכולים לעשות תרגיל בנסיבות המתאימות.

כל התרגילים שדיברנו עליהם, בין אם עושים אותם ברמה יותר כללית, או מאפשרים לפלוני לעשות אותם כי אפשרו לו לעקוף את הדין, זה **בתנאי שזה לא בא על צדדים אחרים**.

**שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צט, סעיפים ו-ז**

יש מושג במשפט העברי של **הברחת נכסים**. אני חייב כסף לפלוני ואני חייב לפרוע את החוב ואני לא רוצה, אז אני נותן את כל הנכסים שלי כביכול במתנה למישהו אחר. ואז כשיבוא הנושה אני אגיד שאין לי כסף/רכוש. גם החוק הישראלי מכיר במצב כזה. ברגע זה פוטרים אותי מלהשיב את החוב. בעצם כן היו לי- אבל עקפתי, נתתי את זה במתנה למישהו אבל לא מתנה אמיתית- גם הוא וגם אני יודעים שזו הברחת נכסים. השולחן ערוך אומר שזה לא יעזור- נכון שזהו הערמה אבל היא אסורה כי היא באה לפגוע במישהו אחר, לפעול בחוסר תום-לב כלפי מישהו אחר. אם המתנה הייתה אמיתית ולא רק כדי שהנושה לא יוכל לגבות אותה- אף אחד לא היה מבקש אותה חזרה.

מקרה נוסף, יותר מתוחכם- אני עושה תכנון מראש, יש לי נכסים ואני נותן אותם למישהו במתנה, ואז הולך לגבות כספים. כשיבוא הנושה לגבות את החוב, אני אגיד שאין לו נכסים, וששטר המתנה קודם לחוב, כלומר כשלקחתי את החוב הנכסים לא היו אצלי. השולחן ערוך אומר שאם ברור שנתתי את המתנה למישהו לא כי באמת רציתי לתת מתנה (ויעיד על כך אם הנכסים עדין בחזקתי, אם אני עדיין חי/עובד שם ורק פורמלית זה על שם מישהו אחר) עדין הנושה יוכל לגבות את החוב, כי ברור שהיה כאן תרגיל. ברור שהמטרה כאן היא לפגוע במישהו אחר- במלווה, בנושה.

**שו"ת הראש כלל עח סימן א**

ראובן היה חייב לשמעון, ונתן את כל הרכוש שלו ללוי כדי ששמעון לא יוכל לגבות. אם הולכים אחרי שיקול הדעת המוכח- מה שהוא נתן ללוי לא מועיל. ברור שזה לא רציני, לא סביר שאדם ישאר בעוני וחסר-כל ויעביר את כל נכסיו לצד ג' בלי להשאיר שום דבר לעצמו. ברור שהמטרה שלו היא לעקוף את החוב של שמעון ולכן זה לא יעזור לו ובכל זאת נגבה ממנו את החוב.

כלומר איפשרו לך להערים אבל לא כשזה כדי לפגוע במישהו אחר (לעומת אם היא באה לעקוף איסור דתי שזה בדר"כ בסדר).

10.12.20

# ביטול תקנות

האם לחכמים מותר לבטל תקנות? האם תקנת חכמים ניתנת לביטול בקלות יותר מדין תורה?

במקרים בהם ניתן לחרוג מדין תורה ברור **שניתן גם לחרוג מתקנת חכמים** (למשל **בהוראת שעה**).

האם חכמים בדור מאוחר רשאים לבטל לגמרי תקנות של חכמים מדור שקדם להם, ואם כן- באיזה קריטריונים? צריך להבחין בין שני מקרים- יש תקנות שהטעם (הסיבה) שלהן ברור ומוכר, החכמים שהתקינו את התקנה אמרו מה עומד מאחוריה. ויש מקרים אחרים בהם הם לא אמרו מה עומד מאחוריה.

דוגמא לתקנות ממוניות-

**משנה גיטין ד, ו**

שבוי- (הכוונה לחטיפה על רקע פלילי, לצורכי כסף). המשנה אומרת שלא משלמים עליהם מחיר מופקע, מוגזם. למה? מפני תיקון עולם. הסבר אחד הוא שזה כדי לא להכביד על העול הכלכלי של הציבור, כי הפדיון הוא מהקופה הציבורית. והסבר אחר הוא שתיקון עולם הוא כדי לא לעודד עוד מעשים כאלה או להביא לכך שהמחיר ימשיך ויעלה, כי אם החוטפים יראו שהם דורשים דרישות מוגזמות ונותנים להם- הם יעלו את המחיר עוד יותר, או שזה יעודד אותם לחטוף עוד אנשים.

גם לא מסייעים לשבויים לברוח, מפני תיקון עולם- כי יחזיקו אותם בתנאים קשים יותר, כדי שלא יוכלו לברוח. יתנקמו בשבוי אחר על זה שפלוני ברח.

**משנה גיטין ה, ח**

יש אמת מים ולכל אחד בשדה יש בור בו הוא צובר מים. יש ויכוח מי ימלא את הבור שלו, כי אם אני אעצור את המים כדי למלא את הבור זה לא יגיע למישהו אחר. כדי להימנע ממריבות כאלה החכמים תיקנו שבור שהכי קרוב לאמת המים יתמלא ראשון, כלומר הם עשו סדר בעניין.

נניח שפרסתי רשת בים וניצודו בה דגים, או רשת כדי לצוד בע"ח על פי דין פורמלי גם אם נלכד בע"ח ברשת- זה לא שלי, כי בהלכה כדי שלאדם תהיה בעלות על משהו הוא צריך לעשות מעשה קניין- אקט פורמלי, אחרת החפץ לא שייך לו. אז בעל-החיים שנלכד בשטח הפתוח לא שייך לאף אחד, אין לו בעלים. אם פרסתי רשת בחצר שלי, וזו חצר סגורה- זה שייך לי, החצר כביכול קונה בעבורי. אבל רשת בים או בשטח יבשתי פתוח, השטח לא שלי למרות שאני שמתי את הרשת. אז כל אחד יכול לקחת את בעל החיים אם הוא יעשה בו ראשון מעשה קניין. ברור שזה יכול ליצור ויכוחים- כי טרחתי, עבדתי, השקעתי זמן וכסף ולא הוגן שמישהו אחר ייקח את בעל-החיים שנתפס. זה יגרום לסכסוכים בין אנשים, לכן התקינו תקנה שלמרות שעפ"י דיני הקניין הפורמליים זה לא שלי, אבל מכוח חכמים אם מישהו ייקח את זה זו תהיה גזלה.

קטן (ילד מתחת לגיל 13) שוטה (אדם שאין לו דעת, הבנה, לא מבין את משמעות המעשה שלו) וחרש (חירש ואילם, שאינו יכול לתקשר עם הסביבה)- המשותף לשלושתם שאין להם יכולת כשרות משפטית- בין השאר אין להם יכולת לרכוש בעלות על משהו. אם מישהו מצא שטר של 100 ש"ח ברחוב הוא יכול לקחת אותם לעצמו. אם מצא אותו חירש, שוטה או קטן והרים את זה- זה לא שלו כי אין לו כשרות משפטית לרכוש בעלות. אם אני אבוא ואחטוף לו את זה- עפ"י דין תורה זה שלי, ה-100 ש"ח היה הפקר והראשון שיעשה בהם מעשה קניין יזכה בהם, אבל למרות שהם לקחו זה לא שלהם, כי אין להם גמירות דעת כדי לזכות בו. אבל ברור שזה יעורר ויכוחים או תחושה לא נוחה אצל אותו חרש/קטן/שוטה. אז חז"ל אמרו שלמרות שפורמלית אין פה מעשה קניין, משתמע חוסר צדק, ניצול של דיני הקניין הפורמליים כדי לעשוק את אותו אחד, ולכן הם התינו תקנה שמונעת את זה- שאם מישהו ייקח לו את השטר- זה ייחשב גזל.

המשותף לכל הדוגמאות- המשנה מסבירה לנו מה הנימוק שעומד מאחורי התקנות, מה הביא את החכמים להתקין אותן.

אבל לא כל פעם שחכמים מתקינים תקנה או גוזרים גזירה הם אומרים לנו מה הנימוק לכך.

**עבודה זרה לה, א**

כשהיו גוזרים גזרה בארץ ישראל לא היו מגלים לציבור מה הנימוק, הטעם עומד מאחורי הגזירה, אלא רק כעבור שנה. שמא יש אדם שהיא לא נראית לו ויבוא לזלזל בה. כי כל אחד יכול לחשוב לעצמו שהסיבה לא רלוונטית אליו ולכן הוא לא צריך להקפיד על הכלל. אבל אם לא אומרים מה הסיבה קשה לתקוף את התקנה. החכמים רצו שהציבור יקשיב להם ויקבל את הגזירה, ולוקח זמן עד שכלל חש צובר תאוצה והציבור מקבל אותו בפועל, אז על מנת שהציבור לא יחשוב אם מתאים לו או לא ואם הטעם רלוונטי לא, הם החליטו לא לגלות מה הסיבה ואז לא תהיה לציבור ברירה אלא לציית. כשיעבור זמן והדבר יקבל את התהודה המספקת יגלו מה הטעם. התוקף של התקנה הוא בין השאר מושפע מהעובדה אם היא התפשטה ברוב הציבור או לאף תקנה שלא פשטה בציבור והוא קיבל אותה עליו בפועל- היא לא תהיה תקפה או תהיה בעלת תוקף חלש יותר וקלה יותר לביטול, ולהיפך. לכן החכמים שמתקינים את התקנה יש להם אינטרס שהציבור יקבל אותה, יישמע לה ויפעל על פיה. **אחד הפרמטרים בביטול תקנה הוא האם היא התפשטה בפועל או לא**.

יש אפילו מקור של סוגיה במסכת שבת שבו חכמים נימקו את התקנה בנימוק לא נכון, כי החכמים חשבו שאם הם יתנו את הטעם הלא נכון אבל הוא זה שיתיישב יותר טוב על דעת הציבור ויגרום לקבלה גדולה יותר. כלומר לא תמיד הטעם שנתון הוא הנכון, ולפעמים אין טעם בכלל.

תקנות שהטעם שלהן איננו מוזכר

**משנה עדויות א, ה**

אם יש דעת רוב ודעת מיעוט, פוסקים הלכה כדעת הרוב- אז למה בכלל מזכירים את דעת המיעוט? אם יד שעת מיעוט זה נותן לגיטימציה להשתמש בה בתנאים מיוחדים, ואין אין דעת מיעוט אתה לא יכול לנהוג בניגוד לדעה המוסכמת כי זו כאילו תקנה ואי אפשר לבטל אותה, כי כדי שבית דין יוכל לבטל תקנה של בית דין שקדם לו, צריך שיתקיימו שני תנאים מצטברים בבית הדין המבטל- שיהיה גם **גדול בחוכמה וגם גדול במניין** מבית הדין שהתקין את התקנה. אם מתקיים רק תנאי אחד הוא לא יכול לבטל. גדול בחוכמה- חכמי בית הדין גדולים יותר, ידענים יותר (המשמעות היא שכמעט אפשר לבטל את התקנה כי קשה למצוא חכם מאוחר שגדול מחכם מוקדם ממנו, יש תחושה של ירידת הדורות). גדול במניין- מניין גדול יותר מספרית.

**עבודה זרה לו, א- לו, ב**

סוגיה שמדברת על משהו שכל דבר בית דין יכול לבטל **חוץ מ-18 גזירות** שאותן אפילו אם יבוא אליהו הנביא ובית דינו וירצו לבטל אותן- הם לא יכולים. ההנחה היא שאליהו ובית דינו הם בית הדין הגדול ביותר שהיה לחכמים בכל הדורות (בחוכמה). ואפילו הם אין בכוחם לבטל את התקנות האלה. הסוגיה מראה עוד פרמטר לביטול התקנות מעבר לגדולה בחוכמה ומניין.

"אין גוזרין גזירה על הציבור **אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה**"- מעורבות הציבור בתקנה היא מעורבות כפולה כביכול- התוקף של תקנה מושפע בין השאר מהשאלה אם היא פשטה בכל ישראל או לא. ככל שפשטה יותר כך קשה יותר לבטל אותה. אבל את עמדתו של הציבור לוקחים בחשבון גם מראש- כשהחכמים באים לגזור גזירה או להתקין תקנה הם צריכים לנסות להעריך אם בפועל הציבור יוכל לעמוד בדבר הזה. לכן אם החכמים מעריכים שלא, שלא יגזרו אותה מראש. זה צריך להיות שיקול שלוקחים אותו בחשבון, לא באמצעות סקר או משאל-עם אלא נסיון הערכה אם הציבור מסוגל לעמוד בזה.

**רמב"ם ממרים ב, ב-ג**

(חלק מהדברים שהוא אומר כאן לא מוסכמים על הכל)

גם הרמב"ם מדבר על העובדה שהתקנה צריכה לפשוט בכל ישראל. הוא חוזר גם על זה שבית דין אחר שרוצה לעקור תקנה של בית דין קודם לו, צריך בית הדין להיות גדול בחוכמה ובמניין, ואלה תנאים מצטברים. המניין מעורר קושי- הרי הסנהדרין מורכב תמיד מ-71 דיינים, אז איך ייתכן שבית-דין אחד יהיה גדול מאחר? הרמב"ם אומר שמחוץ לבית-הדין הגדול, הסנהדרין, יש עוד חכמים שהם לא חלק ממנו- אז השאלה היא כמה חכמים הביעו את דעתם החיובית על העניין הזה. סופרים את **מספר החכמים בסנהדרין+מספר החכמים שמחוצה לו**, אם המספר הרב יותר הוא של אלה הרוצים לבטל את התקנה- הם הרוב במניין, ולהיפך.

הוא מסייג את דבריו- הוא מרחיב את הרשימה שראינו קודם וסבור ש**כל גזרה שהיא סייג לאיסור תורה** (ולא רק 18 גזרות), כלומר הרחבת איסור תורה, **אם היא פשטה בכל ישראל- היא לא ניתנת לביטול**, גם לא ע"י בית-דין שגדול בחוכמה ובמניין. תקנה עם תוכן אחר- כן ניתנת לביטול ע"י בית דין כזה.

**רמב"ם ממרים ב, ה-ז**

הלכה ו- הרמב"ם אומר שמראש כשבית-דין מחליטים להתקין תקנה הם צריכים לקחת בחשבון את השיקול אם הציבור יכול לעמוד בזה או לא, ואם הם מעריכים שלא- לא גוזרים את התקנה הזאת. אם הם עשו הערכה כזאת והעריכו שהציבור כן יוכל לעמוד בגזרה מסוימת ולכן גזרו אותה, אבל בפועל העם פקפק בה והיא לא פשטה, הציבור לא קיבל אותה בפועל- כלומר החכמים טעו בהערכה שלהם שהציבור יהיה מסוגל לעמוד בה- **הגזרה בטלה ואסור לאכוף אותה**. לא צריך בית-דין שיבטל אותה, היא מראש לא נכנסה לתוקף.

הלכה ז- החכמים גזרו גזרה מתוך מחשבה שהציבור יוכל לעמוד בה, והיא אכן מחזיקה מעמד מספר שנים מתוך מחשבה שהציבור קיבל אותה, ואחרי זמן עושים בדיקה (למשל חכמים בדור הבא) ומגלים שהתקנה לא תפסה ורוב הציבור לא קיבל אותה, למרות הרושם שהיה שהיא כן. תקנה כזאת **ניתנת לביטול** (ולא בטלה מאליה כמו במקרה הקודם) ואין אף צורך בבית-דין גדול בחוכמה ובמניין אלא כל בית-דין יוכל לבטל אותה.

לסיכום, לפי הרמב"ם (מהקל עד הכי חמור):

* תקנה שמראש לא פשטה- לא נכנסה לתוקף
* תקנה שחשבו שהתפשטה והסתבר שלא- ניתנת לביטול ע"י כל בית דין
* תקנות רגילות שפשטו בכל ישראל ורוצה בית-דין לבטל אותן- יכול אם הוא גדול בחוכמה ובמניין
* כל גזרות חכמים שמרחיבות לאיסורי תורה ופשטו ברוב ישראל- לא ניתנות לביטול בכלל, גם לא ע"י בית-דין גדול בחוכמה ובמניין

**ביצה ה, א**

הגמרא אומרת שכל דבר שהתקבל במניין- בהצבעה- צריך מניין אחר כדי לבטל אותו. לפי התורה אדם שנטע עצים- ב-3 השנים הראשונות הפירות נחשבים עורלה ואסור לאכול אותם. בשנה ברביעית הם נקראים נטע/כרם רבעים והם מותרים באכילה, אבל צריך לקחת אותם לירושלים ולאכול אותם שם. אם לאדם קשה לסחוב את כל הפירות לירושלים הוא יכול להמיר את הפירות בכסף ואז הוא יכול לעשות עם הפירות מה שהוא רוצה, ואת הכסף הוא צריך לקחת לירושלים ולהשתמש בו בירושלים. זה עפ"י דין תורה. תקנת חכמים אמרה שמי שגר קרוב לירושלים ברדיוס מסוים (הליכה של עד יום אחד), לא יוכל להמיר את הפירות בכסף אלא יהיה חייב לקחת אותם פיזית לירושלים. הטעם לתקנה הזאת- כדי שירושלים כעיר בירה דתית יהיה בה הרבה עושר כלכלי- של אוכל, פירות, שזה יהיה זמין וכו'. ככל שיהיו יותר פירות בירושלים יהיה יותר שפע ויספיק יותר לאחרים, יותר אנשים יוכלו להשתמש בזה. אבל עפ"י דין תורה מותר לבוא עם כסף, ואז יווצר מצב הפוך- כולם יבואו עם כסף ולא יהיו מספיק פירות, אז המחיר יתייקר. לכן החליטו החכמים שיאסרו על מי שגר קרוב להחליף את הפירות בכסף.

הברייתא מספרת על מקרה שלר' אליעזר היה כרם רבעים במקום שקרוב לירושלים (אחרי חורבן בית-המקדש כשירושלים כבר לא תפקדה כעיר בירה דתית). הוא היה נחשב עשיר. לא היה לו זמן וכוח וכו' להעלות את הפירות שלו לירושלים, אז הוא החליט שהוא מפקיר אותם, מחלק לעניים ומי שרוצה ייקח. תלמידיו אמרו לו שאין צורך שיפקיר אלא הוא יכול להמיר אותם בכסף ולקחת אותו לירושלים- כי כבר התאספו חבריו החכמים להצבעה וביטלו את התקנה הזאת שמחייבת להביא את הפירות פיזית לירושלים. הם ביטלו אותה כי ירושלים כבר לא מתפקדת כעיר כזו חשובה שיש אינטרס מיוחד שיהיה בה שפע כלכלי ושל פירות.

הטעם של התקנה כאן היה מאוד ברור, לשמור על שפע בירושלים, והוא **לא רלוונטי יותר** כשהיא חרבה. אבל התקנה בכל זאת לא הייתה בטלה מאליה- התאספו חכמים והצביעו כדי לבטלה.

**רמב"ם ממרים ב, ב**

"אפילו בטל הטעם שבגללו גזרו הראשונים, או התקינו, אין האחרונים יכולין לבטל עד שיהיו גדולים מהם"- כלומר לפי דעת הרמב"ם, גם בתקנה שטעמה היה ידוע וההוא התבטל- **עדין צריך ביטול ע"י בית-דין שגדול בחוכמה ובמניין**. אין הבדל אם הטעם ידוע או לא ואם התקנה רלוונטית עוד או לא.

**הראב"ד** חולק עליו ואומר שאיך הרמב"ם דורש לביטול של תקנה שטעמה לא רלוונטי ביטול של בית-דין גדול בחוכמה ובמניין? הרי יש את הדוגמא של ירושלים עם הפירות שרבי יוחנן שהיה חי בדורו של רבי אליעזר- הוא ובית דינו ביטלו את התקנה על ירושלים למרות שהוא לא היה גדול כמו הראשון. אם דורשים בית-דין שגדול בחוכמה ובמניין בכל זאת, איך הוא ביטל את התקנה של ירושלים? הראב"ד אומר שבמקרה כזה **לא צריך בית-דין גדול בחוכמה ובמניין**.

**מאירי ביצה ה, א** (ר' מנחם בן שלמה המאירי)

המאירי אומר בניגוד לרמב"ם שאם מדובר בתקנה שטעמה ידוע והטעם התבטל- צריך ביטול, אבל **לא צריך בית-דין גדול בחוכמה ובמניין**.

**שו"ת הרא"ש ב, ח**

דעה יותר מרחיקת לכת- אם הטעם התבטל האיסור **מתבטל מאליו**, לא צריך בכלל בית-דין. התקנה לא רלוונטית עוד.

**רדב"ז ממרים ב, ב** (דוד בן שלמה אבן עזרא)

אנחנו לא אומרים שאף-על-פי שהתבטל הטעם לא נתבטלה התקנה, אלא רק כשהחכמים לא תלו את הטעם בתקנה. אבל אם תלו מראש את התקנה במפורש בטעם- והוא התבטל- לא צריך בית-דין והתקנה בטלה מאליה, כי זה כאילו מראש הותנה בזה, הובגלה בקיומן של נסיבות מסוימות.

רמב"ם- גם כאשר הטעם בטל צריך בית-דין גדול בחוכמה ובמניין שיבטל אותה

המאירי והראב"ד- צריך בית-דין אבל לא חובה שיהיה גדול בחכמה ובמניין

הרא"ש והרדב"ז- במקרים מסוימים ייתכן התקנה תתבטל מאליה, כשהחכמים תלו את התקנה בטעם והוא התבטל

בפועל, ברמת המעשה- אין כמעט תקנות שהתבטלו.

14.12.20

# תקנות הקהל

דרך נוספת שדרכה מותקנות תקנות (בנוסף לחכמים).

תקנות הקהל- תקנות שלא מתקינים חכמים אלא הציבור (אסיפת הציבור)- כשהוא מתאסף ומחליט להתקין תקנה.

**קבוצה יכולה לקבוע הסדר שיהיה לו תוקף של הסכם**- הסכם רב משתתפים, יהיה לו תוקף אם הוא נעשו לפי הכללים ולפי הדין והוא מחייב את כל הצדדים השותפים לו. אבל זאת לא תקנה- ההסכם מחייב רק את הצדדים ששותפים לו וחלק ממנו. מי שלא ידע עליו או חלק עליו- לא גמר בדעתו, ולכן אי אפשר לאכוף עליו את ההתחייבות הזו.

לעומת זאת אם יש לנו **סמכות** להתקין תקנה, היא מחייבת גם את מי שלא היה שותף בה וגם אם הוא התנגד לה.

העיסוק שלנו בתקנות הקהל מנסה לבחון האם יש לקהל סמכות להתקין תקנות לא כהסכם, אלא כאלה שיחייבו גם את מי שלא היה חלק ממנו, כלומר האם הקהל יכול להיות גוף מחוקק ולהיות תחליף או מקביל לחכמים?

**תוספתא בבא מציעא יא**

בני העיר (הציבור, אסיפת עם) יכולים לכפות זה את זה לבנות בית כנסת- או צורך ציבורי אחר- כלומר מכספים משותפים, לכפות לתת חלקנו לטובת בניית מבנה משותף לכלל הציבור, וגם אם מישהו לא ירצה להשתתף עדיין אפשר לכפות עליו להיות שותף. בני העיר יכולים להסכים ביניהם גם על משקל (מחיר)- שמחיר של מוצר מסוים לא יהיה מחיר מסוים, או לא יעלה וירד. וכך גם על שכר פועלים- שכר מינימום/מקסימום, שכר מחייב, כלומר תנאים שקשורים לעבודה וכו'. בני העיר רשאים לקבוע אותם (הסכמה הדדית), ולקנוס מי שיפר את אותו כלל, לאכוף את זה.

כל מי שפרתו תרעה בין הכרמים יהא נותן כך וכך- מצד אחד פרות מטבען מסתובבות בין הכרמים, ומצד שני צריך לדאוג שהן לא יזיקו, לכן אנחנו רוצים שבעל הפרה ידאג שהיא לא תרעה בכרמים אחרים כדי שלא תהרוס אותם.

מי שירעה את הפרות שלו בין הכרמים- יחייבו את הבעלים בקנס בלי קשר לנזק ובנפרד מעונש בנזיקין, אלא ע**ונש ברמה הציבורית**- על עצם זה שלא שמר עליה ונתן לה לרעות בשדה אחר, להיכנס לכרם אחר.

זכותה של קבוצה של בעלי מקצוע (צמרין- שעוסקים וצובעים צמר) לעשות ביניהם הסדר של חלוקת עבודה- כדי שלא תהיה תחרות ביניהם, למשל שכל עבודה שתגיע הם כולם יהיו שותפים בה. כאן לא מדובר בבני העיר אלא זו אגודה מקצועית ולא בני העיר. החמרים (אנשים שמנהגים את החמור ועושים "הובלות") רשאים לעשות הסדר (גם כאן זו מעין אגודה מקצועית) של מעין ביטוח הדדי- כל מי שהחמור שלו ימות ולא שפשיעה, ברשלנות, כולם יחד ייקנו לו חמור אחר (ואם הוא יבקש את הכסף לא יתנו לו, אלא יקנו לו חמור- כדי לוודא שהוא ישתמש בו לחמור והוא יוכל להמשיך לעבוד ולהתפרנס באמצעותו).

ראינו שני סוגים של הסדרים- האחד של **בני העיר** והשני בין **בעלי מקצוע**. ראינו שאפשר גם לאכוף את מי שמפר את הכלל.

זה המקור הכי קדום למעין תקנות הקהל. אנחנו לא מוצאים הרבה עיסוק בסוגיות התלמודיות בעניין הזה, בעיקר זה נולד מהמאה ה-12-13 והלאה, מסיבה די ברורה- כל עוד יש סנהדרין וגוף מחוקק, לא צריך תקנות קהל, היה גוף שמוסמך לקבוע את ההסדרים ולפתור בעיות. הצורך בתקנות קהל נולד מאוחר יותר, כשלא היה גוף מרכזי שבכוחו ובסמכותו להתקין תקנות שיחייבו את כולם, לכן היה צריך למצוא תחליף לכך.

**תשובות הגאונים שערי צדק ח"ד ש"ד, טז**

יש את הסכמת הזקנים (המנהיגים), ובני המדינה הם תחליף לזקנים, הם יכולים להחליף אותם. כל הציבור ובני העיר- יש להם אותה סמכות שיש לזקנים, למנהיגות הדתית-מדינית, והם יכולים גם כן להתקין תקנות ולכפות את זה אחד על השני.

אנחנו רואים כאן רמז גם בגאונים לעיסוק בתקנות הקהל.

בתקנות קהל התקנה חייבת להיות **שוויונית**, ולא תקנה שבאה לקפח דעה, עמדה, או קבוצת מיעוט.

**שו"ת יכין ובועז ב, כ**

כמו שיש רשות של בית דין להפקיר (הפקר בית דין הפקר- הסמכות שלהם להפקיר ממון) ולהתקין תקנה ממונית שעפ"י התורה אסורה ועפ"י תקנת חכמים הופכת מישהו לזכאי- **אותו כוח שיש לבית הדין יש גם לציבור**, אותן סמכויות.

**שו"ת הרשב"א ד, קפה**

הרשב"א נשאל שאלה- האם הציבור רשאי להתקין תקנות והסכמות וגדרים ביניהם ולקנוס ולענוש על הסכמותיהם שלא מדין התורה- כלומר לחייב או להעניש גם במקרים שעפ"י התורה לא חייבים או לא אמורים להעניש.

התשובה שלו- דבר ברור הוא ש**המעמד של תקנה של הציבור מחייבת כמו שדין תורה מחייב**, והם י**כולים גם להעניש**, לקבוע שיש קנס ועונש למי שעובר על כלל, אבל זה **בתנאי שההחלטה היא פה אחד**. גם לכל חבורה שיש לה משהו משותף- "חבורה שהם בני עניין אחד"- מותר להתקין תקנה או לקבוע הסכמה שמחייבת את כל אותה קבוצה.

**שו"ת הרשב"א א, א-רו**

שאלה-

הרשב"א נשאל האם התקנה תקפה או לא. התשובה ממחישה מאוד את עוצמת החכמים כי איסור אשת איש הוא איסור חמור מאוד, אסור לאישה נשואה לגור עם מישהו אחר. עפ"י דין תורה כדי שקידושין יהיו תקפים אדם צריך לקדש אישה בפני שני עדים (ונותן לה שווה הפרוטה, טבעת אך לא בהכרח, והוא מביעה הסכמה), וזה מספיק כדי שהם יהיו נשואים. התפתחה תופעה של פריצים- אנשים פרוצים, שנוהגים לא כשורה- שמקדשים נשים בסתר, מסתירים שני עדים וע"י כך "חוטפים" נשים, כלומר ברגע שאישה בוגרת (גיל 12 בערך) הם מקדשים אותה גם אם היא לא כ"כ מבינה מה הם עושים, והם מסתירים את שני העדים כדי שהיא לא תוכל לדעת שהם שם, היא לא מבינה עד הסוף את המשמעות ומסכימה- אז היא מקודשת. הם בעצם "תוקעים" את הילדה/בחורה/נערה הזאת.

עפ"י דין תורה גיל הנישואין הוא כשהיא מגיעה לבגרות, ומספיק שני עדים. אבל בגלל המצב שאנשים "רעים" ניצלו את זה (לא בכוח אלא קידשו אותן בסתר וסיבכו אותן), וכדי למנוע את קידושי המחטף האלה, התקינו תקנות שקידושין חייבים להיות בפני **עשרה אנשים**- זה מקשה יותר על מציאת אנשים שישתפו פעולה עם הליך כזה ויהיה קשה יותר לעשות את זה בסתר.

עוצמת התקנה היא חזקה מאוד ומרחיקת לכת- כי היא כביכול עוברת את דין התורה שלפיו האישה מקודשת כבר אם קידשו אותה מול שני עדים, והיא לא צריכה גט או כל דבר אחר למרות שהקידושין תקפים לפי דין תורה. הרשב"א נשאל האם יש ביד הקהל כוח לעשות דבר כזה.

תשובת הרשב"א- מותר בבירור לעשות כך, הם רשאים. למרות שלא מדובר בתקנה שמשמעותה רק ממונית אלא של **איסור והיתר**. לקהל יש סמכות מקבילה לבטל **(להפקיע) קידושין** כמו שהחכמים יכלו לבטל אותם.

**תשובה של רבינו גרשום מאור הגולה**

הוא מדבר על מקרה של תקנת קהל בדיני ממונות. יש כלל בהלכה שאם למשל ספינה נטרפה בים- טבעה, אנחנו מניחים שכל החפצים בה טבעו במים ובעל החפץ מתייאש ממנו. ברגע שההנחה היא שבעל החפץ התייאש- הוא ויתר על הבעלות והחפץ הופך להיות הפקר. אם מישהו מצא חפץ שנמשה מהמים זה שלו, הוא רשאי לקחת.

היה מקרה של ספינה עם המון סחורה טבעה בים והקהל עשה תקנה שכל מי שהגיע לידיו סחורה מהספינה הזו- יחזיר אותו לבעלים. הקהילה יכולה לקבוע ולאכוף את הכלל הזה רק על בני הקהילה. אדם שאינו יהודי הצליח לשים יד על חלק מהרכוש ומכר אותו לאחר- שהיה כן יהודי ומבני הקהילה. הבעלים של הרכוש הגיע אליו ואמר לו על הכלל שנקבע, ולכן הוא צריך להחזיר לו את הרכוש. אותו יהודי טען שזה לא כלל עפ"י דין תורה, לא לפי ההלכה ולא לפי התלמוד, זה הפקר לפיהם וכל אחד יכול לקחת. זה לא תקף אם הם קבעו אחרת. ר' גרשום אומר שברגע שהקהילה החליטו- הוא חייב להשיב את הרכוש, אפילו שהוא שילם עליו (כי הוא לא היה אמור לקנות אם הוא ידע שהרכוש שייך לאותה ספינה). **למרות שהתקנה סותרת את הכלל ההלכתי נכבד את תקנת הקהל** והרכוש יעבור לבעלים שלו.

תקנה יכולה לחרוג בדיני הממונות, וגם בדיני איסור והיתר (כמו הקידושין).

**שו"ת הרשב"א ג, תיא**

"וכן מה שיגזרו או יסכימו רובו של קהל בצרכי קהילה, שכיוון שעשו כן הרוב, אפילו בעל כרחם של יחידים, מה שעשו, עשוי"- קצת סותר מה שהוא אמר קודם- קודם הוא אמר שזה צריך להיות פה אחד, וכאן הוא מדבר על רוב.

רואים מכאן שיש סמכות לקהל להתקין לתקנות והיא סמכות רחבה מאוד, היא **מקבילה לסמכות של בית דין**. גם הקהילה **רשאית להתקין תקנות בדיני ממונות**, וכל תקנה בדיני ממונות משנה במידה מסוימת את סדר מערך הזכויות והחובות בקהילה, ו**אפילו בדיני איסור והיתר**- כל מקום שבית דין רשאי לעשות, גם הקהל יכול לעשות.

**שו"ת רשב"א ג, תיא**

כאמור, אחת השאלות המעניינות שנשאלות היא האם אפשר לראות בתקנת קהל כמחייבת גם את מי שלא היה שותף לה, כלומר:

א. היה שותף להליך אבל לא הסכים לתקנה

ב. הייתה לו הזדמנות להיות שותף אבל לא היה שותף להליך

ג. לא הייתה לו הזדמנות להיות שותף להליך

למה יש הבדל?

* אם כולם היו מגיעים לדיון ותקנו תקנה, והחליטו לפי דעת הרוב- גם מי שהיה בדעת מיעוט אבל השתתף בהליך, הוא כאילו מראש לקח על עצמו לקבל את דעת הרוב.
* אם לאדם הייתה הזדמנות להשתתף בהליך והוא בחר לא לבוא והתקבלה החלטה- אפשר לומר לו שהייתה לו אפשרות להביע את דעתו אבל בכך שהוא לא הגיע הוא כביכול הסכים לקחת על עצמו את ההחלטה שתתקבל גם בלעדיו.
* אם לא הייתה למישהו בכלל הזדמנות- למשל חדש בקבוצה וההחלטה התקבלה קודם, או מישהו שנולד אחרי שהיא תוקנה- האם התקנות תקפות עליו?
* אפשר לעשות גם הבחנה נוספת בין מי שהצטרף לקהילה לבין מי שנולד אחרי- כי מי שהצטרף לקח על עצמו את הכללים האלה בעצם רצונו ובחירתו להצטרף. לעומת זאת מי שנולד זה כביכול בעל כורחו.

גם במקור זה יש את העניין שלא גוזרים תקנת קהל אם היא לא תקנה שרוב הציבור יוכל לעמוד בה. כמו שכולם צריכים לציית לבית הדין הגדול ולמלך- כך צריכים לציית לקהל, **לרוב הקהל יש מעמד כמו של מלך**. הכל מחייב גם את מי שהיה חלק במעמד קבלת הכלל/התקנה, גם את המיעוט, גם את מי שלא השתתף כלל, והכל מחייב גם את הדורות הבאים, מי שנולד או הצטרף אחרי התקנה. אבל הוא מותיר פתח למחאה מפורשת- **מי שמוחה ואומר שאותו זה לא מחייב- אולי לא ניתן יהיה לאכוף את התקנה עליו**.

**שו"ת הרא"ש ו**

השאלה- אם כמה מהאנשים הרגילים בעיר יכולים לומר שאותם הכלל לא מחייב ולא חל עליהם, או להוציא את עצמם מגזרת חרם (אמצעי אכיפה, מלווה בסנקציה של חרם). התשובה- "אחרי רבים להטות". **כל מה שהסכימו הרבים, גם המיעוט צריך לקיים**. אם יחידים יוכלו לבטל הסכמת רוב, אף פעם לא תתאפשר הסכמת הקהל. הסכמת הרוב תתפרק אם לא כל אחד ייקח על עצמו את המגבלה/העול. אי אפשר לקבוע פרוצדורה של תקנת קהל ולא לאפשר פרוצדורה של אכיפת המיעוט, אף אחד לא יסכים לקבל אותה על עצמו כך.

**שו"ת לב שמח חו"מ, ה**

אם לא כן- כלומר אם לא נאכוף על המיעוט את דעת הרוב- הוא מדבר על מקרה בו יהיה מיעוט מתוחכם והוא לא יתנגד, אלא ייעדר מהאסיפה ויאמר שההחלטות התקבלו בהיעדרם ולכן הן לא מחייבות אותן. הלב שמח אומר שזה אותו רעיון- אם כל אחד שלא רוצה בתקנה הזאת יוכל לומר שהוא נעדר ולכן היא לא חלה עליו, ויברחו מלהצטרף להצבעה ולמניין- זה דבר שלא יכול להיות, לכן **ברור שתקנה מחייבת גם את המיעוט** אחרת אין משמעות לתקנת קהל.

אבל זו לא עמדה מוסכמת.

**מרדכי בבא קמא, קעט**

מצטט עמדה של רבינו תם (נכדו של רש"י, אחד מבעלי התוספות)- בני העיר רשאים להסיע ולהפסיד ממון (להטיל קנסות), אבל הוא קצת מסייג יותר את הסמכות להתקין תקנות ואומר שבני העיר רשאים לעשות זאת למי שנתרצה בתחילת התקנה ועתה עובר עליה. אבל להפקיע ממון שלא מדעת בעלים, אסור, למרות שהוא פותח פתח- אם לא על ידי הפקר ציבור או בית דין. אבל מעבר לפתח הזה הוא סבור שהסכמה צריכה להיות כללית על דעת האדם שעליו רוצים להפעיל את הכלל, ו**מי שלא הסכים לו אי אפשר לאכוף את זה עליו**. זאת כי המרדכי רואה בזה יותר **אופי של הסכם ופחות של תקנה**. ואם זה הסכם אי אפשר לאכוף אותו על מי שלא היה צד לו.

זו העמדה שלא רואה בתקנת הקהל תקנה אלא משהו הסכמי יותר. העמדה היותר מקובלת היא שלקהל כן יש סמכות להתקין תקנה ולא רק הסכם רב משתתפים, ולאכוף אותו.

**שו"ת הרשב"א אף תרי"ז**

את עניין האסיפה של כולם כדי להתקין תקנה, לדון ולהצביע- ניתן לעשות רק בקבוצות קטנות. ככל שהקבוצה גדולה זה יותר קשה ופחות מעשי שכולם יהיו. לכן יש בדר"כ ועד, נציגים שמנהלים את העניינים האלה. לכן תקנת קהל הפכה בהמשך לא לתקנות הקהל כפשוטן אלא לשל **נציגי קהל**. הסמכות להתקין תקנות בעצם עברה מבית הדין אל נציגי הקהל, לנציגות החברתית- שהרשב"א קורא לה "**שבעה טובי העיר**", שהם **אינם שבעה אנשים שמובחרים בחוכמה או בעושר או בכבוד, אלא שבעה אנשים שהציבור החליט ובחר** שיהיו "פרנסים סתם"- כלומר בלי שהוא הגביל אותם לעניין מסוים, אלא שיכולים להתעסק בכל עניין בענייני העיר. המעמד שלהם הוא כמו אפוטרופוס עליהם- **יכולים לקבל החלטות בשם הציבור**, כלומר מה שהם עושים מחייב את הציבור. ברגע שהם עושים משהו זה כאילו כל בני העיר עשו, גם בלי שאומרים להם שהם מוסמכים לעניין הספציפי הזה אלא מעצם מינויים. זה חייב להיות פורום של לפחות שבעה אנשים, ואם זה פורום מצומצם יותר הסמכויות שלו יותר מוגבלות.

יש הרבה דיון על הפורום הזה, אם ההחלטות שם צריכות להיות בדעת רוב, ואיזה רוב- מינימלי או מוחלט (לפחות ארבעה מתוך השבעה). הגיוני שיהיה צריך רוב של ארבעה כי אחרת ההחלטה יכולה לקף דעת מיעוט ולא דעת רוב, שהרי הם צריכים לייצג את דעת כל הציבור.

17.12.20

**בבא בתרא ט, א**

טבחים (שוחטים) עשו הסדר ביניהם שמי שיעבוד ביום של חברו (הם עשו חלוקה ביניהם מי עובד באיזה יום) יקרעו לו את העור (השוחט מקבל את העור של בעל החיים בשכר טרחה עבור המאמץ/העבודה שלו), והוא לא ירוויח שום דבר מזה שהוא פלש ליום לא שלו. אחד מהם שחט ביום לא שלו וקרעו לו את העור, והוא בא לפני רבא לדין וחייב את הקורע לשלם. השאלה היא אם הוא צריך לפצות אותו, והרבא אכן חייב את הקורע לשלם.

אחד האמוראים שאל אותו- הרי הייתה תוספתא בה בני קבוצות רשאים להגיע לכל מיני הסדרים ולאכוף ולקנוס את מי שעובר עליהם, אז למה הוא מחייב את הקורע לשלם? רבא נמנע מלענות. אמורא אמר אמר שטוב עשה שלא השיב, כי השאלה הייתה במקום. כל מה שאמרנו שאפשר לעשות עם הסדר כזה- זה **רק כשאין אדם חשוב בעיר**, אבל אם יש- הם לא יכולים לעשות דבר כזה על דעת עצמם. **כדי שההסדר הזה** (האם זה מקרה נקודתי או משהו רחב יותר?) **יהיה תקף הוא צריך להיות על דעתו של אדם חשוב** (מי ייקרא אדם חשוב?).

לגבי האדם החשוב- אחד המרכיבים של היותו של אדם בגדר אדם חשוב זה היותו תלמיד חכם.

איזה סוגי הסדרים דורשים את אותה הסכמה/אישור של האדם החשוב- אולי השאלה תלויה בשאלה למה צריך אישור של אדם חשוב? ישנן 3 סיבות אפשריות:

1. **כבוד**. לא ראוי שהציבור יקבל הסדרים ביניהם בלי שמיעת חוות דעתו של אותו אדם חשוב.
2. אנחנו רוצים מעין **פיקוח הלכתי**. כלומר להבטיח שהציבור לא מקבל תקנות שנוגדות את ההלכה.
3. כדי להבטיח שההסדר הזה **לא מקפח** אנשים אחרים.

אם הסיבה האחרונה היא הנכונה- זה סביר ורלוונטי יותר לתקנות או הסדרים של בעלי מקצוע, לא של בני העיר. כי אותם שוחטים למשל, שעושים ביניהם הסדר עבודה, יכולים להעלות את המחיר ובכך לפגוע בציבור. יכולה גם להיות תועלת- הבטחת מחיר לא גבוה מדי, פיזור הפרנסה בין כולם… אפשר לקבל הסדר כזה אבל צריך לוודא שהוא לא פוגע בצדדים אחרים (למשל ביתר בני העיר, כאמור).

אם מדובר בפיקוח הלכתי- זה יצטרך להיות נכון לא רק כשמדובר באגודה מקצועית אלא כשמדובר במשהו שנוגע לכלל בני העיר.

הראשונים נחלקים בשאלה הזאת- מתי נדרש אישור של אותו אדם חשוב.

**שו"ת הריב"ש, שצט**

מדבר על מה שנאמר באותה גמרא לגבי אישור של אדם חשוב- האישור הזה נדרש רק כשמדובר בתקנה של בני אומנויות שעשו ביניהם הסדר כזה. אבל **אם מדובר בכל בני העיר- הם יכולים להתנות ביניהם, ולא צריכים את ההסכמה של אדם חשוב**.

יכול להיות שהסיבה היא שהריב"ש תופס את האישור לא ככבוד ולא כפיקוח הלכתי, אלא יותר כדי להבטיח שבני האומנויות לא פוגעים בהסדרם ביתר הציבור (הוא לא אומר את זה).

**רא"ש בבא בתרא א, לג**

האישור של אדם חשוב **נדרש גם כאשר מדובר בתקנה של כל בני העיר**, ולאו דווקא בתקנה של אגודה מסוימת.

כאן ככה"נ הסיבה היא אחת משתיים- כבוד לאדם החשוב או דרישה של הפיקוח ההלכתי.

**שו"ת הריב"ש, שה**

הריב"ש מתייחס למקרה שדומה לסעיף לא חוקי בחוזה, כשהשאלה העולה היא אם כל החוזה בטל או רק הסעיף. הוא מביא מקרה. יש שטר (מכר, חוב, שטרות שעושים מסמכים) ויש בהלכה דיני שטרות, איך השטר צריך להיראות. הדין של אותם עובדי כוכבים הם גם כן צורה לשטר, ששונה מהצורה שלו בהלכה היהודית. הקהל הסכים ששטר שתקף בערכאה (הגוף השיפוטי) של הדין המקומי, של עובדי הכוכבים- יהיה תקף גם כשמדובר שעסקה בין יהודי ליהודי. (כשמדובר בדיני ממונות אין סיבה לא להחיל את הדין הפנימי שלנו, ואז היינו מצפים שהוא היה עושה את השטר לפי ההלכה היהודית, לעומת כשזה יהודי מול אינו יהודי- ברור שיתאים את עצמו אלינו). התקנה החליטה שנכבד גם בתוך הקהילה ובין יהודי ליהודי שטר שנעשה עפ"י הדין הזר.

הקהל יכול להתנות, ותקנתו תקפה כי זה כאילו כל אחד ואחד הסכים. בדיני ממונות שני צדדים יכולים להתנות, אם אני עושה עסקה עם פלוני שנינו יכולים להתנות ולהחליט שאנחנו עושים את העסקה לפי השטר של הדין הזר. מאחר ותנייה כזאת תקפה בין פרטים זו יכולה להיות גם תנייה של הקהל כולו. ולמה נכבד אותה? כי זה כאילו כל אחד ואחד שעשה עסקה הסכים וקיבל על עצמו את אותה תניית קהל כללית. אבל באותו שטר היה גם סעיף של ריבית- שאסורה עפ"י ההלכה. לכן הוא אומר ש**הקהל לא יכול להתנות במה שיש בו איסור ריבית**- גם אם הקהל קיבל על עצמו את השטרות של הדין הזר, אם השטר כולל סעיף של ריבית הסעיף הזה לא תקף, כי **על זה הקהל לא יכול להתנות, הוא לא יכול לבטל איסורים** (ריבית זה איסור ולא דבר שבממון). הריב"ש לא אומר שכל השטר נפסל בגלל הסעיף הזה, אלא רק הסעיף שעוסק בריבית יבוטל.

**שו"ת הרשב"א ז, רמ"ד**

הקהל הסכים שלא לשחק בקוביה- מעין משחקי מזל, על כסף, ולפי ההלכה משחק כזה הוא בעייתי- בעיקר כי יש בו בעיה שנקראת אסמכתא- כאשר אני עושה עם מישהו עסקה ומעביר למישהו כסף, זה צריך להיות בגמירות דעת של שני הצדדים. כשאני מתערב עם מישהו- למשל זורק קוביה, ומי שייצא לו מספר גבוה יותר ייזכה בכסף ששמו על השולחן- יש מחלוקת אם זה תופס או לא, אבל גם אם אני מעביר לו את הכסף יש כאן קצת בעיה של גזל. כי ההנחה שלנו היא כשאדם נכנס להתערבות כזאת הוא נכנס אלי המתוך אמונה או תקווה שהוא ינתח ויצליח, אם ידע שלא יצליח- הוא לא היה נכנס לעניין הזה. לכן כשאני נותן לו את הכסף אני נותן כי התחייבתי אבל לא בלב שלם, ולכן יש ספק של גזל (החזקת ממן של מישהו אחר שלא בהסכמתו).

הקהל הסכים שלא משחקים את משחק המזל הזה ושיחרימו את מי שיעבור על התקנה (זה איסור הלכתי אבל תקנת הקהל באה לחזק אותו כי הוא איסור יחסית חלש ורצו למנוע בתקנה הזאת שהקהל יתפתה לשחק). כמה מהקהל רצו להתיר- רצו לבטל את האיסור ולשחק בקוביה, והרשב"א נשאל אם אפשר. הוא עונה ש**הקהל לא יכול להסכים להתיר איסור**, אמנם יש לו סמכויות אבל היא סמכות לעשות דברים מותרים, אי אפשר שתקנת הקהל תעבור על איסור.

# מנהג

דרך נוספת באמצעותה אפשר ליצור נורמות בהלכה. מנהג הוא לכאורה משהו שצומח מלמטה. הוא לכאורה מרחיק לכת יותר מתקנה שצריכה להתקבל על העם, הציבור, הציבור הוא זה שיוזם את זה ויוצר את הנורמה מכוח ההתנהגות שלו. יש שני סוגים של מנהגים-

1. ביטוי להלכה קיימת
2. יוצר הלכה כביכול חדשה

**פסחים סו, א**

בפסח היה צריך להקריב קורבן. הברייתא מדברת על מקרה בו נשאלו חכמים- היום בו צריך להקריב את הקורבן חל ביום שבת. כשהיה בית מקדש, לפי מה שמתואר בתורה יש שני סוגים של קורבנות- קורבן פרטי, אדם שרוצה או צריך להביא קורבן, ויש קורבן ציבור, שמקריבים כל יום או במועדים מיוחדי בבית המקדש כקורבן שנלקח מהציבור כולו. בדר"כ בשבת אי אפשר לקחת סתם ככה קורבן ולשחוט אותו. אפשר להקריב קורבנות ציבור בבית המקדש, אבל קורבן פרטי אי אפשר להביא בשבת. קורבן פסח הוא "באמצע"- מצד אחד כל משפחה מביאה קורבן פסח משלה, מצד שני כל הציבור חייב להביא קורבן פסח. לכן הייתה התלבטות מה עושים. נדיר שאותו יום נופל בשבת ו**לא זכרו** אם מותר להקריב את הקורבן הזה בשבת או לא. שאלו אם מישהו יודע את התשובה לזה, וענו להם שיש אדם שעלה מבבל ויודע לענות על זה, אז קראו לו כדי שייתן תשובה. הוא דרש להם דרשה שכתוב בקורבן פסח שצריך להקריב אותו במועדו וגם על קורבן יומיומי זה כתוב. הוא לימד אותם שאפשר להקריב קורבן פסח בשבת. החליטו שאם הוא כזה חכם ויודע לענות על מה שהם לא, ימנו אותו כנשיא ושידרוש דרשות שבת. הוא אמר להם שהם נזקקו לו כי הם לא למדו מספיק.

שאלו אותו דבר נוסף- אם אפשר שכל אחד יביא סכין שחיטה בשבת, כי בעיקרון בעייתי לטלטל סכין שחיטה בשבת אבל כולם מביאים קורבן ביום הזה ולא יהיו מספיק סכינים במקדש כדי לשחוט את כל הקורבנות. הוא אמר שאת ההלכה הזאת גם הוא שכח, למרות שלימדו אותו איך מתמודדים עם זה. הוא נתן להם עצה לחכות למחר, כדי שהאנשים היותר מבוגרים שזוכרים מה היה לגבי הסכינים בפעם הקודמת כשהיום הזה נפל בשבת יאמרו להם. למחרת הסתבר שהציבור מצא פטנט- לקח את הסכין על הצמר או הקרניים של הבע"ח כי כך הוא לא סוחב את זה ביד. ברגע שהוא ראה את זה הוא נזכר שכך הייתה ההלכה לפי רבותיו.

כאן בעצם אמר הלל והחכמים לידו שהם לא יודעים איך להתנהג עם הסכין בשבת, אז נראה מה הציבור עושה וזה כנראה נכון. אבל כאן המנהג, ההתנהגות של הציבור- היא לא התנהגות שיוצרת הלכה חדשה, אלא ההנחה היא שהיא משקפת את ההלכה במקרה בו לא זוכרים את ההלכה. אין פה מנהג שיצר הלכה חדשה, אלא הוא ביטא ו**שיקף הלכה קיימת שנשכחה**.

מנהג כזה פחות מעניין אותנו בבחינת השאלה האם המנהג יכול לשמש כמקור ליצירת נורמות הלכתיות.

**ירושלמי פאה ז, ה**

כל הלכה שהיא רופפת בבית דין ואין את יודע מי טיבה, צא וראה מה הציבור נוהג, ונהוג.

**טור חושן משפט סימן שסח**

שאלה שתמיד מתעוררת- פלוני גזל או גנב ממישהו ואני קניתי מהגנב או הגזלן. האם זה שלי או שייך לבעלים? ההלכה מבחינה במצב הזה בין גנב לבין גזלן. גנב בלשון ההלכתית זה אדם שבא בסתר, הגזלן עושה את זה חשוף, רואים אותו. ההנחה היא שאדם שמשהו נגנב ממנו מתייאש, כי סיכוי נמוך שיידע מי הגנב. לעומת זאת מגזלה הוא לא מתייאש- כי הוא יודע מי הגזלן, הוא ראה אותו.

הטור אומר שמי שקונה או מציל מגזלן צריך להחזיר לבעלים- כי הבעלים לא התייאש אז החפץ לא הועבר אף פעם לבעלותו של המוכר, הוא מכר דבר שאיננו שלו וזה לא תקף, הבעלות לא עברה מאחד לאחר. היה מנהג באותה עיר שלא עשה הבחנה בין גנב לגזלן אלא כל מי שקונה בין אם מגנב ובין אם מגזלן- מחזיר את החפץ לבעלים אבל זכאי לקבל מהבעלים חזרה את מה ששילם. אז ביחס למה שקורה עם גנב החמירו עליו, כי עפ"י הדין המקורי הקונה מן הגנב זה נשאר אצלו. אותו דבר היה מגזלן.

הטור אומר שאם אכן זה היה המנהג במקומכם, כל אדם חייב שלא לשנות מן המנהג- הוא הופך להיות מחייב למרות שהוא שינה את ההלכה. מאיפה לומדים את זה ולמה שלמנהג יהיה ערך?

מקורות נוספים למנהג

**ילקוט שמעוני משלי כב, כג**

לא להשיג גבול של אבותיך- לא לשנות מנהג של אבותיך.

**38. שאילתות, עו**

לשמוע מוסר אביך ולא תטוש תורת אמך- להקשיב לאבא שלך כשהוא מוכיח אותך ואת המנהג של אמך.

**המאירי מגן אבות, עמ' ו**

המנהגות.

מקורות אלה מראים ציטוטים לא הלכתיים, שמחזקים את חובת הציות למנהג. זה לא מקור חזק אבל ממנו למדים את המקום לציית למנהגים.

**שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י**

יותר מסוייג לגבי תוקפם של מנהגים. הוא אומר שכל המנהגים שאמרו חכמים שיש ללכת אחרי המנהג, זה מנהג שנהגו לעשות **סייג והרחקה**. המנהג שיש לו תוקף הוא מנהג שבא להחמיר- לדוגמא אם הדין אומר שבערב פסח בבוקר מותר לעשות מלאכה ויש מנהג שאומר שמחמירים ולא עושים- המנהג השני יש לו תוקף כי הוא מנהג להחמיר. אבל אם מנהג יש בו עבירה צריך לשנות אותו, הוא כמובן לא תקף, הוא **לא יכול לסתור דין תורה**. זה באיסורים.

בעניין ממונות- הוא יוצא כנגד מנהגים גם בדיני ממונות. למרות שבדיני ממונות אפשר להתנות על מה שכתוב בתורה ולכן אפשר להתקין תקנה ממונית גם אם היא משנה מדין תורה, בתנאי שמדובר בתקנה של חכמים. אבל מנהג, אפיו אם הוא נמשך לאורך זמן- זה מנהג מוטעה, אי אפשר לשנות באמצעות מנהג גם בדיני ממונות. אין לו תוקף אלא אם הוא מחמיר, בא להרחיב איסור, לעשות סייג בהרחקה.

**שו"ת תשב"ץ א, מט**

כל היכן שאין איסור בדבר, אם נוהגים, מניחים אותם לנהוג כך… ואדרבה, מחייבים אותם לקיים את מנהג אבותיהם.

**שו"ת תשב"ץ חלק א סימן קנג**

דבר אחד- כל היכן שאין איסור אפילו נהגו שלא כהלכה, עוזבים אותם ולא מסלקים את המנהג.

דבר שני- אם זה לא מנהג מקומי אלא בעל **תחולה גיאוגרפית רחבה** יהיה יותר קשה לשנות אותו.

דבר שלישי- אם זה מנהג **גאונים** עוד יותר קשה לשנות אותו.

למנהג יש תוקף, ככל שהוא יותר עתיק ועם תפוצה רחבה יותר- קשה יותר לשנות אותו, ואפילו שהוא משנה מדין התלמוד- הוא תקף כל עוד זה לא לעבור על איסור. גישתו שונה מגישת הרא"ש.

**ירושלמי, בבא מציעא, ז, א**

משנה: דיני עבודה, דיני פועלים. אדם שוכר פועל ואומר לו שהוא שכר אותו להשכים ולהעריב, כלומר להתחיל לפני שהתחיל היום, משעת בוקר מוקדמת, ולהמשיך עד שעת ערב מאוחרת, חושך. למרות שאמרתי לו את זה מראש- אם מנהג המקום הוא שפועל נשכר רק מהזריחה עד השקיעה למשל- אני לא יכול לאלץ את הפועל לעבוד בשעות אחרות למרות שזה מה שהכתבתי לו מראש. אם המנהג המקומי הוא שנותנים לפועל אוכל- אני צריך לספק לו אוכל. אם המנהג הוא לספק לו ממתקים (מעבר לאוכל בסיסי)- נספק לו גם. המשנה בעצם אומרת שתנאי העבודה של הפועל נקבעים עפ"י מנהג המדינה. המשנה מספרת סיפור על בן ששכר פועלים וסיכם איתם שייתן להם אוכל. כשהם באו לאכול ארוחת צהריים, לא משנה מה נתנו להם הם אמרו שזה לא מספיק להם והם רוצים אוכל טוב עוד יותר. לא תוכל לבוא אליהם בתלונות. בגלל שהבטחת להם אוכל ולא סיכמת מה בדיוק, כל מה שהם יבקשו תצטרך לתת להם. אז לך מהר תגדיר מה האוכל הזה אומר.

רשב"ג אומר- הוא לא היה צריך להגדיר מראש את סוג האוכל כי הכל כמנהג המדינה. לכן אם המנהג הוא לתת פת וקטנית הם לא יכולים לדרוש מעבר לזה, גם אם זה לא הוגדר מראש כששכרו אותם.

על זה אומר הירושלמי- מכאן אני למד שהמנהג מבטל את ההלכה. כלומר אם יש מנהג ויש הלכה ויש פער ביניהם, המנהג גובר.

זו אמירה מאוד מרחיקת לכת, שנאמרת רק בהקשר ממוני, ועדיין היא אמירה חריפה יחסית ויש דיון רב בזה. הגישה המצמצמת לאמרה הזאת אומרת שזה רק בדיני עבודה.

**תענית, כו, ב**

מקור שמדבר על הלכה מסוימת.

יש שלושה ניסוחים לאימוץ עמדתו של רבי מאיר.

* **הלכה** כרבי מאיר
* **נהגו** העם ברבי מאיר
* **מנהג** כרבי מאיר

הסוגיה שואלת מה ההבדל אם בסופו של דבר נוהגים לפי רבי מאיר. התשובה-

מי שאומר הלכה כרבי מאיר- דורשים את זה, מורים את זה כהלכה, מלמדים באופן יזום.

מי שאומר מנהג כרבי מאיר- לא מלמדים את זה באופן יזום אבל אם מישהו שואל מורים לו שזה המנהג.

מי שאומר נהגו כרבי מאיר- גם אם מישהו שואל לא נגיד לו שנוהגים כך, אבל מי שיעשה לא נתקן אותו כי כך נהגו אז לא נתקן אותו.

ניתן לראות במקור הזה שלמרות שיש תוקף למנהג הוא לא שווה ערך להלכה מבחינת עוצמתו ותוקפו. לא מלמדים מנהג, רק נגיד אותו אם מישהו ישאל.

**שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן רס**

גם מנהג, כמו תקנת קהל וכמו ברוב המקרים בתקנת חכמים- לא יכול לעבור על איסורים. לא יהיה לו תוקף. הדוגמא שמובאת כאן היא מנהג בו את הקישוטים ששמים על ספרי התורה היו שמים בשמחת תורה על ראשי הילדים. האם מותר? (כי זה חפץ קודש לכאורה)

הוא אומר שעדיף שלא היו נוהגים כך, שלא היה מנהג כזה- לא רצוי להשתמש בחפץ שהוא קדושה לצורכי חולין. כלומר אם היה פה איסור מפורש אז היה אסור לעשות את זה. אבל למרות שזו לא התנהגות ראויה- אין איסור, אז הוא לא ימנע מהם להמשיך את מנהגם.

21.12.20

**שו"ת הרשב"א, ו, רנד**

סיפור של ראובן שהשיא את בתו לשמעון והאבא נתן נדוניה לבת, ולאה מתה, הבת מתה, וגם הנכדה. היה ויכוח בין האבא ראובן לבין החתן מי יורש את הנדוניה. לפי דין תורה הבעל יורש את אשתו ולכן הבעל הוא השריד היחיד מהאישה והוא צריך לירוש את הירושה. ראובן, האבא טוען שהוא רוצה לקבל את זה חזרה, ושזה מנהג המקום- מנהג שלהם בקהילה הוא שהם הולכים בעניין הזה לפי הדין הזר שקיים באותו מקום והוא קובע שבמקרה שלא נותר לבת זכר (היא מתה)- הנכסים עוברים לידי אביה. האב אמר שהוא רוצה לפעול כך גם במקרה הזה. הרשב"א שלל את זה ואמר שאמנם יכול שיהיה מנהג בענייני ממונות שיהיה גובר על ההלכה, כי המנהג הוא מעין התניה, כאילו התניתם ביניכם שהנדוניה תחזור לאבא. אבל הוא **לא מוכן לקבל מנהג רק כי אתם מאמצים דין זר**, כי אז יש פה כביכול תחרות בין הדין הדתי לבין הדין הזר והוא לא יכול לתת יד לסיטואציה שתעדיף דין זר על פני הדין הדתי, שלנו. לו היה מצטייר שזה כלל כי זה מה שנכון/נוח/יוצר סדר וכו' זו הייתה התניה לגיטימית, גם כתקנה היא לגיטימית, אבל מאחר שהניסוח היה שכולם יודעים שבעניין זה הולכים לפי דיני הגויים הרשב"א לא היה מוכן לקבל את זה כי ראה בזה תחרות כביכול לדין תורה והמנהג לא יכול להתחרות בדין תורה. אם זו הייתה תקנת חכמים או קהל למשל שמזכה את האב בנדוניה היא הייתה תקפה, רק בגלל שהם אימצו את הדין הזר זה יוצר קושי. ההבדל כאן הוא דק.

גם תקנה שחכמים מתקינים הרבה פעמים נובעת לא רק מזה שהם רצו למצוא פתרון לבעיה ובמקרה הגיעו לאותו פתרון שגם שיטת משפט אחרת הגיעה אליו, ברור שיש השפעות הדדיות עם שיטות משפט אחרות ומהסביבה. והגבול הוא עדין, אבל בכל זאת לרשב"א חשוב לשמור עליו כי אמירה שאומרת שמאמצים את הדין הזר כי הוא הדין הזר וכך כולם נוהגים- היא אמירה מסוכנת. כשהיהודים חיים תחת שלטון זר ותחת שתי מערכות משפט (היהודית הפנימית, והשלטונית הכללית), דווקא אז צריך למנוע את התחרות, ופוסקי ההלכה מנסים כמה שאפשר להשאיר את השיפוט בקהילה ואת מערכת החיים לפי ההלכה. אם זה היה מנהג עצמאי הרשב"א היה מוכן לקבל אותו.

**בבא מציעא עד, א**

מנהג הסוחרים- הסכם מכר ייכנס לתוקף כשהבעלות עוברת מהמוכר לקונה. כדי שיהיה לזה תוקף צריך שההסכם ילווה במה שקרוי בהלכה מעשה קניין. לעומת הדין הישראלי בו הסכם תקף גם אם לא הועבר המוצר למשל אלא רק סיכמנו בינינו, בהלכה כדי שהסכם ייכנס לתוקף צריך להיות מעשה קניין- אקט פורמלי שבדר"כ יעשה הקונה, והוא מסמל בעלות. למשל אם זה חפץ מיטלטל- הגבהת החפץ, אם כבד- משיכת החפץ, אם זה מקרקעין- שינוי פני הקרקע וכו'. הם יכולים להיחשב מעשי קניין כי מי שעושה את הפעולות האלה הוא בעלים. בדר"כ זה יעיד על גמירות הדעת של מי שעושה את מעשה הקניין או יהווה את גמירות הדעת, הוא יוצר אותה (למרות שברור שהוא לא מספיק כשלעצמו וצריך גם את גמירות הדעת עצמה).

הסוגיה בתלמוד דנה באדם שמייצר למשל יינות ויש לו חביות יין שאותן, כדי שתהליך הייצור של היין יסתיים והוא יישמר, מאחסנים בכל מיני מרתפים, מערות וכו'. נניח שסוחר רוצה לקנות מספר חביות יין כדי שיספיקו לו לזמן רב- אין לו איפה לשים את כל החביות. הוא רוכש אותו עדיין בתהליך הייצור שלו אז הוא לא יכול לקחת אותו אליו כי אין לו איפה לאחסן אותו. אז הוא רוכש מהיוצר את החביות ובמקום למשוך/להגביה אותן וכו' מה שלא כ"כ אפשרי ונוח, היו עושים מעין רישום, **חותמת** על החבית שמסמלת שהיא נרכשה על ידיו ושהיא נרכשה. זה חשוב אם הבעלות עברה או לו למקרים בהם חלק מהיין מחמיץ למשל, או שהמחיר עלה/ירד. זה משפיע על מי יפסיד מזה. השאלה היא האם הסימן שעשו על החבית תופס והאם הוא נחשב כמעביר בעלות וכתחליף למעשה קניין?

הסוגיה אומרת בסוף ש**אם מנהג המקום, מנהג הסוחרים הוא שבעלות בחביות עוברת באמצעות הרישום הזה- זה ייחשב כמעשה קניין** כי מנהג הסוחרים הוא שכך עושים מעשה קניין בחביות.

**שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רא**

אם סיכמו ביניהם, וסיכמו גם את המחיר, ועשו סימן, אפילו אם הוא עדיין לא שילם (כי לא צריך לשלם כדי שיהיה הסכם אלא מעשה קניין).

אם מנהג המדינה הוא שהרישום הזה מהווה מעשה קניין או תחליף לו, **למנהג יש תוקף** ואף אחד מהם לא יכול לחזור בו, זה הסכם מחייב, והקונה חייב לשלם את התמורה למוכר. יש גם הרחבה לדוגמא של הרישום- כל מנהג שהסוחרים נהגו לקנות בו ייחשבו כמעשה קניין ויחייב.

זה הכרה במנהג כתחליף למעשה הקניין הרגיל. זה גם היה שימושי מאוד.

פעם בעסקי יהלומים היה מקובל שכששני יהלומנים עושים ביניהם עסקה הם אומרים "מזל וברכה" וזה סימן שהם הסכימו ביניהם על עסקת מכירת יהלום. היו מספר מקרים שהגיעו לבית דין בהם צד אחד ביקש להתנער מההסכמה הזאת למרות שהייתה אמירה של מזל וברכה. השאלה הייתה האם האמירה הזאת של מזל וברכה מחייבת מבחינה הלכתית. הצד שמבקש לחזור בו טוען שלא היה מעשה קניין. בית הדין קבע בכמה פסקי דין ש**ההסכם מחייב**- אמנם לא היה מעשה קניין פורמלי אבל בגלל שזהו מנהג הסוחרים- סוחרי היהלומים- ו"מזל וברכה" מהווה מעין גמירות דעת/מעשה קניין, המעשה מחייב.

בהיעדר מעשה קניין מנהג הסוחרים הוא פתרון אפשרי (קניין סיטומתא- כינוי לקניין שנעשה ע"י מנהג הסוחרים). אפילו היום- כשקונים באינטרנט למשל ולא מתבצע מעשה קניין אבל מנהג הסוחרים כביכול הוא האישור באינטרנט שאנחנו רוצים את המוצר.

# דינא דמלכותא דינא

דיברנו עד כה על דרכים בהן נוצרות נורמות הלכתיות חדשות. זוהי דרך נוספת. הסוגיה יכולה להיות רלוונטית גם במציאות בה אנו חיים בארץ כיום. יהודים חיים כקהילות במקומות שונים תחת מערכת שלטונית משפטית זרה מבחינתם. ההלכה היהודית היא לא הלכה טריטוריאלית אלא היא מחייבת כל יהודי באשר הוא. התפיסה ההלכתית- לא רק הפן הדתי שלה וקיום המצוות הדתיות או האיסורים הדתיות אלא גם המשפט היהודי מחייב, הציפיה היא שאדם למרות שהוא נמצא וחי תחת שלטון זר ומערכת משפטית אחרת, המשפט שיחייב אותו הוא המשפט היהודי שחל עליו. יש מצבים בהם יהודי חי תחת שלטון זר ומנהל עסקים עם אנשים שאינם יהודיים והוא לא יכול לכפות אותם לנהל את מערכת היחסים העסקית לפי ההלכה היהודית, אי אפשר להכריח אותו או לאכוף את זה. מערכת הכללים שהעסקה עם לא-יהודי לא תתקיים לפי מערכת הדינים של ההלכה היהודית אלא לפי הדין הזר.

השאלה היא יותר לגבי הקהילה פנימה- האם הקהילה תאמץ לפעמים את הדין הזר מכוח היותו דין המלכות? זה מתחיל במקרים פשוטים יותר כמו החיוב לשלם מיסים- מקורו מהחלטה שלטונית, הוא לא כתוב בהלכה. האם אני כיהודי מחוייב מבחינה הלכתית לציית לכלל הזה? או רק חובה כאזרח (שאפשר בעיקרון להתחמק ממנה)?

דוגמא אחרת- יש למשל חוקי תעבורה שנקבעו ע"י השלטון, המדינה. האם מנקודת מבט דתית (מנק' מבט אזרחית ברור שאני חייב ויענישו אותי לפי החוק) אני מחוייב לזה? האם ההלכה היהודית מכירה בכוחה וסמכותה של המדינה שבה אתה חי לקבוע את הכלל הזה ואם אתה לא מקיים אותו אתה גם עובר בעקיפין על ההלכה ומפר אותה?

אם יש דין מדינה כלשהו שמחייב לעבור על איסורים- ברור שההלכה לא תכיר בזה, מדובר יותר בדיני ממונות או עניינים חברתיים.

בעצם השאלה הזאת היא חלק משאלת ההכרה של ההלכה במערכת שלטונית או בחוקים של מערכת שלטון זר.

**תלמוד בבלי מסכת נדרים דף כז עמ' ב**

אדם נודר נדר ואוסר על עצמו הנאה ממשהו למשל. באים מוכסים- גובי מס, ורוצים לקחת חלק מהתבואה שלי ואני לא רוצה שהם יקחו מס, אז המשנה אומרת שיש דרך להתחמק- לומר שהתבואה הזאת היא הקדש- תרומה, שאסור באכילה למי שאיננו כהן, או שזה של בית המלך, וההנחה היא שם המוכס יכבד את העובדה שזה חפץ/פירות שיש להם קדושה או שהם של המלך ולא ייקח אותו. כדי שהוא יאמין לי (הרי אני עובד עליו) אני נודר נדר שאני לא אהנה מהתבואה הזאת. אם לא צדקתי אני במילא לא אוכל להשתמש בזה כי אז הוא יבין שהשקר לא מועיל לי אם אני לא יכול להשתמש בזה. ולכן המשנה אומרת שכדי להתחמק מהמוכס אתה יכול לנדור לו נדר שלא תהנה מהתבואה. המשנה אומרת כביכול שאתה יכול להתעלם מהמוכס ולנסות לעקוף אותו ולהתחמק מהתשלום. זה מעורר קושי בסוגיה- איך אפשר להגיד דבר כזה אם דינא דמלכותא דינא? (דברי שמואל) דין המלכות הוא מחייב, אתה חייב לציית לדין המלכות אז איך יכול להיות שהמשנה נותנת לך טריק להתחמקות מתשלום המס? איך שמואל סותר את המשנה, הרי ברור שהוא הכיר אותה?

כדי ליישב את הסתירה בין השניים המשנה תאבחן בין הדברים- מה שהמשנה אמרה שמותר להתחמק מהמס זה בסיטואציה אחת, ומה שהמשנה אומרת זה בסיטואציה אחרת.

האמוראים אומרים שהמשנה שאמרה שאפשר לשקר את המוכס ולהתחמק מתשלום המס דיברה במקרה מיוחד. באמת דינא דמלכותא דינא וצריך לשלם מס גם מבחינה הלכתית, אבל ההתחמקות הייתה במקרה של מוכס שאין לו קצבה- מוכס שלא עובד עפ"י קריטריונים כדי להחליט כמה לגבות ממי, מוכס שלוקח כל מה שבא לו, ולכן ממוכס כזה אפשר להתחמק, הוא חורג מסמכותו. או שמדובר במוכס עומד מאליו- מתנדב לגבות מס, אין לו סמכות מהמלך, הוא לא פועל מכוח הדין ולכן אתה יכול להתחמק.

למה בעצם התפיסה של ההלכה היא שאתה מחוייב למערכת השלטונית שמחוץ להלכה? מה הדרך המשפטית שבאמצעותה ההלכה יכולה לחייב אותנו גם לכללים משפטיים זרים?

24.12.20

**למה יש חובה הלכתית לציית לדין המלך?**

**ר"ן (רבנו נסים)**

נימוק אחד רואים אצל הר"ן- כי הארץ שייכת למלך והוא יכול לומר להם שאם הם לא יעשו את המצוות שלו הוא יגרש אותם מהארץ. המלך הוא הריבון, "בעל הבית", ובתור הבעלים הוא יכול להכתיב כללים. זה לא שההלכה רואה במלך איזושהי סמכות חוקית-שלטונית, אלא יש לו זכות להכתיב כללים. במלך ישראל- זה לא ככה, המלך הוא לא הריבון אלא העם, הוא בעל הבית על הקרקע ולכן המלך לא יכול להכתיב לו איך להתנהג בקרקע ששייכת לעם ולא לו. הבעלות בקרקע היא הנימוק לכלל דינא דמלכותא דינא.

**רא"ש נדרים ג, יא**

אומר דברים דומים- הטעם לדינא מלכותא דינא הוא שכמו שהדיוט- אדם רגיל שאינו מלך- יכול להכתיב כללי התנהגות בתור בעל קרקע, אז ודאי שגם מלך בתור בעלים יכול להכתיב כללי התנהגות.

**רשב"ם מסכת בבא בתרא דף נד עמ' ב**

כל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו- החובה לציית לדין המלך לא נובעת מזה שהמלך הוא בעל הקרקע/בעל הבית ולכן הוא יכול לכפות עלינו כללי התנהגות. החובה נובעת מזה שאנחנו קיבלנו על עצמנו להתנהג עפ"י הכללים שלו. כל בני המלכות- היהודים שחיים באותה מלכות- הסכימו מרצונם לקבל את דיני המלך, מטעמי נוחות וסדר בעיקר. בגלל שהם מקבלים על עצמם את חוקי המלך זה מחייב אותם.

אם למשל עפ"י ההלכה היהודית הנכס/תשלום לא מגיע לי, ומכוח חוק המלך יחייבו אותי לשלם משהו או יזכו אותי במשהו- בקריטריונים של ההלכה זה גזל כי אני מחזיק בידי כסף/ממון/רכוש שלא שלי- הרשב"ם אומר שזה לא ייחשב גזל כי זה נעשה מכוח דין המלכות וההלכה הכירה בו כמחייב מכוח הסכמה שלנו לקבל אותו.

הרשב"ם מדבר על הסכמה- והוא לא מגביל את זה למלכי עובדי כוכבים אלא לא למלכי ישראל לעומת הר"ן.

**רמב"ם הלכות גזל ואבדה פרק ה הלכה יח**

הוא מדבר קודם על החובה לשלם את המס חוץ ממקרה מיוחד שהמוכס חורג מסמכותו וכו', ואז הוא שואל מי נקרא מלך. הנימוק שלו מאחורי החובה לציית למלך מבוסס על הסכמה כמו הרשב"ם. אבל ההסכמה היא לא לחוקי המלך ומשפטן אלא לכך שהוא יהיה אדון ואנחנו נהיה עבדים, ועבד מחוייב לעשות כל מה שהאדון אומר לו, העבד הוא רכוש של אדונו. אם הסכמנו להיות עבדי המלך אנחנו חייבים לעשות כל מה שהוא אומר. אצל הרשב"ם זו הסכמה שמזכירה יותר שלטון נבחר דמוקרטי, והרמב"ם מדבר על הסכמה לקבלו כמלך שאנחנו עבדים שלו.

**מסכת גיטין פרק א משנה ה**

שטר- מסמך משפטי- שטר חוב, שטר מכר, גט…

ערכאות של גויים- ערכאות זרות, שלא עפ"י ההלכה. הביטוי לא מתייחס דווקא לזהות של הדיין אלא לשל הדין, לכן גם מערכת המשפט של ישראל נחשבות ערכאות של גויים כי הם לא דנים לפי ההלכה וזה גם נחשב דין זר.

להלכה יש דיני שטרות- איך כל שטר צריך להיראות. נניח שהיהודים חיים תחת שלטון זר ועשו שטר בין שני יהודים אבל הוא נעשה עפ"י הכללים של הדין הזר ולא עפ"י ההלכה. הוא עולה בערכאות של הגויים, הן מקבלות אותו, הוא נעשה לפי הכללים שלהם. המשנה אומרת ששטר כזה, למרות שגם החותמים על השטר אינם יהודים, השטר הוא כשר. כלומר גם אנחנו אם השטר הזה יבוא לדיון בבית הדין של הקהילה היהודית אנחנו נכיר בו למרות שהוא לא נעשה עפ"י הקריטריונים של ההלכה היהודית. נכבד אותו כי דינא דמלכותא דינא.

רש"י מקשר את הנימוק של למה דינא דמלכותא דינא למצוות דינים שהיא חלק מ-7 מצוות בני נח. למרות שההלכה לא מחייבת את מי שאינו יהודי ולא אמורים לכפות או לאכוף אותה עליו, יש 7 מצוות שנקראות 7 מצוות בני נח שהן נתפסות כמצוות אוניברסליות, שמחייבות כל אדם באשר הוא אדם, גם אם הוא לא יהודי. אנחנו לא אמורים לאכוף את זה על אחרים אבל אנחנו לא כופים אותן. הן נקראות כך כיוון שלפי המסופר בתורה כל האנשים בעולם הם צאצאים של נח, ובנוסף כשנח יוצא מהתיבה אחרי המבול ה' מצווה אותו את אותן 7 מצוות.

1. גילוי עריות
2. שפיכות דמים
3. עבודה זרה
4. גזל (איסור לגנוב)
5. ברכת ה' (האיסור לקלל אותו)
6. איסור עבר מן החי (חובה להרוג את הבהמה לפני שאוכלים ממנה)
7. מצוות דינים- שתי גישות בראשונים- מצמצמת ומרחיבה.

המצמצמת- מצוות דינים היא מצווה לדון, להקים מערכת משפטית שתדון את מי שעובר על אחת משש המצוות האחרות. מצומצמת לאותן 6 מצוות שצריך לאכוף אותן.

המרחיבה- להקים מערכת משפטית שתעשה סדר בחברה, תקבע הסדרים וכו', בלי הגבלה ל-6 המצוות הללו. כלומר הם לא צריכים ללכת לפי ההלכה היהודית בלבד אלא פשוט שתהיה להם מערכת משפט כדי שהחברה שלהם תוכל להתקיים ולחיות באופן סביר. מצווה לחוקק חוקים ולקבוע דיני ממונות, לא בהכרח של ההלכה אבל שיהיו להם כללים.

רש"י אומר שאם מאמצים את הגישה המרחיבה- דינא דמלכותא דינא- ההלכה היא זו שהסמיכה את המלך הזר לקיים מערכת משפט. כשאותו מלך זר מחוקק חוקים וקובע דינים, ההכרה הכירה בסמכות שלו לכך ולכן היא גם מכירה בחוקים שלו כחוקים מחייבים. זו הסיבה שדינא דמלכות דין, המלך פועל במסגרת הסמכות שנינתה לו במצוות דינים.

**שו"ת בעלי התוספות סימן יב**

מדוע דינא דמלכותא דינא- יש מושג של תקנות חכמים, הם התקינו תקנות ממוניות מכוח כלל הפקר בית דין הפקר, ומכל מיני טעמים. אם אדם בנה למשל את הגג שלו מקורות עץ והוא חוזר מתשובה, גנב שחוזר בתשובה צריך להחזיר מה שהוא גנב לבעלים- לפרק את הגג ולהחזיר את הקורות. אבל הוא עלול להירתע מזה ולחשוב בשביל מה הוא חוזה בתשובה בכלל אם הוא מפסיד מזה. אם הוא מנסה באמת לשפר את דרכיו אומרים לו שהוא לא חייב לפרק את הקורות אלא להחזיר לו את השווי במקום כדי לעודד אותו. או תקנות מפני תיקון עולם. כל מקרים אלה הם כשהחכמים התקינו תקנות ששינו את המערך הממוני.

בבעלי התוספות נאמר שדין המלכות הוא לא דין שההלכה מחייבת באופן ישיר, אלא מה שההלכה והחכמים חייבוץ. דין המלך הוא דין זר, לא מחוייבים לו. אבל חכמים בתקופת שמואל האמורא ישבו ואמרו שחוקי המלך שהיו שנראו להם מתאימים, אז הם התקינו תקנה שחייבה להקשיב לדין המלך. החובה להקשיב לו היא לא כי יש לו סמכות אלא כי חכמים התקינו תקנה שאימצה את דין המלך וחייבה להקשיב לו. אבל אם זה נובע מכוח תקנה זה רלוונטי אולי רק לחוקים שהיו אז לנגד עיניהם אז. ההנמקה כאן הוא מכוח היותה בעצם תקנת חכמים.

יש הבדל בין הנימוק הזה לבין כל הקודמים- בהם הכרנו באופן ישיר בסמכות של המלך, וכאן אנחנו מכירים בסמכות החכמים ומכוחה בעקיפין את דין המלך.

אם אני מאמץ נימוק אחד או אחר זה יכול להשפיע על היקף החובה לציית לדין המלך. הנימוק יכתיב את היקף הכלל לכן ההנמקה חשובה לא רק ברמה התיאורטית.

יש שתי שאלות- מהי מלכות? מה מוגדר כמלכות, מיהו מלך? והשאלה השנייה- מהו דין? האם יש הגבלה או שזה בלתי מוגבל? האם יש תחומים מסוימים שבהם דינא דמלכותא דינא? (חוץ מאיסור והיתר, על זה בכלל מדובר וברור שלא)

# הגדרת המלך

**רמב"פ גזילה ואבידה ה, יח**

מלך שמטבעו (או טבעו, יש שתי גרסאות לדברי הרמב"ם) יוצא באותן הארצות. ...אבל אם אין מטבעו יוצר הרי הוא כגזלן. כלומר מי מוגדר כמלך? מי שהמטבע שדמותו חקוקה עליו- הציבור השתמש בו. זה כנראה אומר שהציבור קיבל אותו עליו. אם הציבור לא משתמש במטבעות שלו- הוא לא התקבל כמלך. כלומר כדי לבדוק אם הוא מלך נבדוק אם המטבע שלו התקבל (יצא בכל הארצות), אחרת הוא כמו גזלן, אין לו שום סמכות.

**שו"ת המהרי"ק קצ"ד** (ר' יוסף קולון)

הוא מביא בשם הרשב"א שהגדרת המלך לדינא דמלכותא דינא לא חייב להיות מלך מרכזי, זה יכול להיות גם שר שמונה בעיר, מושל מקומי. כמו ראש עיר למשל. לא חייב להיות שליט מרכזי אלא אפשר גם שמקומי, וגם הדין שלו יהיה מחייב.

המהרי"ק אומר שזה בכלל לא חייב להיות מלך, הוא מתבסס על הנימוק של הר"ן והראש שסמכות המלך נובעת מהעלות שלו בקרקע, ואם זה נובע מהבעלות שלו בקרקע זה לא חייב להיות מלך אלא יכול להיות גם הדיוט (אדם רגיל) שיכול להכתיב כללי התנהגות בשטח שלו. דינא מלכות דין לא צריך להיות מלך אלא כל מי שיש לו בעלות בקרקע. המציאות הרגילה היא שהמלך הוא בעלים על כל הארץ לכן היקף הכללים שהוא יכול לתת היא רחב יותר.

זה לא מוסכם על כולם.

**שו"ת מהרשד"ם** (ר' שמואל די מדינא)

מדבר על מציאות שהובאה בפניו של מלך משתנה, שאין מלך קבוע אלא כל פעם משנים את השליט. הוא שואל אם הכלל דינא דמלכותא דינא יחול במצב הזה. שליט שמתחלף אחת לזמן- על זה לא דיברו החכמים כשאמרו דינא דמלכותא דינה, אלא על מלך. (דומה לרמב"ם שהשתמע מדבריו שהוא דיבר על שליט כללי, לאורך זמן)

**שו"ת משפט כהן (ענייני א"י) סימן קמד, יד** (הרב קוק)

מלך על פניו היינו חושבים שזה מלך במובן המצומצם של המילה. אבל כשאין מלך מי קובע הסדרים, מחוקק חוקים, עושה סדר בחברה? כשאין מלך- העם כולו הוא הריבון. כאשר העם ממנה מנהיג עפ"י דעת הכלל הוא מקבל את סמכויות המלך (למרות שהוא שליט ולא מלך באמת), כי העם הוא התחליף של המלך והוא זה שמינה אותו. כלומר המלך הוא כל שלטון נבחר, ושלטון נבחר אפילו יותר טוב ממלך- כי הוא ממונה בהסכמה של הציבור, ולא בעל כורחנו כמו מינוי מלך.

# מלך ישראל

האם הכלל של דינא דמלכותא דינא רלוונטי גם למלך ישראל?

ברור שמקורו הכלל לא דיבר על מציאות של מלך ישראל כי המציאות הטבעית מנק' מבט של ההלכה הוא שמלך ישראל פועל עפ"י ההלכה, והחכמים מתקינים תקנות במידת הצורך. לא אמורה לכאורה להתעורר התנגשות בין דין המלכות לבין ההלכה. הכלל נולד על רקע מתח שקיים בין שלטון זר לבין יהודים, עם ישראל. ובכל זאת הראשונים כבר התחילו בדיון והוא התעצם ב-100 השנים האחרונות- האם הכלל רלוונטי גם במלכות ישראל. נולדה סיטואציה לא טבעית בה יש שלטון ישראל ויהודים חיים תחתיו, אבל יש לו מערכת כללים וחוקים אחרת, לא לפי ההלכה.

**ר"ן:** הכלל הוא רלוונטי דווקא במלכי עובדי כוכבים, ולא במלך ישראל או בארץ ישראל. היא לא שייכת לאף מלך אלא לעם ישראל, הם הריבון בה.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יא**

…"בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל".

מכוח הכלל דינא דמלכותא דינא אם המלך פועל לפי כללים שוויוניים וכו', יש חובה לשלם לו את המס, ומי שלא משלם אותו הוא גזלן- הוא גוזל את חלקו של המלך. הוא מחיל את הכלל לא רק על מלך גוי אלא גם על מלך ישראל. זה מתאים להנמקה שלו- הוא דיבר על ההסכמה, וההסכמה הזאת רלוונטית גם למלך ישראל.

**שמואל א פרק ח**

גם אם נניח שהכלל הספציפי הזה דינא דמלכותא דינא לא רלוונטי למלך ישראל, ייתכן שבכלל לא נצטרך אותו בשביל מלך ישראל- יש לו כלל מקביל. ספר שמואל הוא המקור לשאלה הזאת. לפני מלך היו שופטים, ושמואל היה האחרון, ולקראת סוף ימיו הגיעו אליו הזקנים וביקשו שימנה להם מלך (התורה עצמה אומרת שכשיגיעו לישראל שימנו לעצמם מלך, למרות שיש מחלוקת אם חייבים למנות אותו או שרק יש אופציה כזו). שמואל לא אוהב את הבקשה שלהם משתי סיבות כנראה- הראשונה היא שה' הוא המלך שלהם והוא רואה בזה מעין בגידה בו, והשנייה- לשמואל היו 2 בנים והוא ציפה שהם ימשיכו את תפקידו אחריו, וכשהם אומרים שהם רוצים מלך הם בעצם אומרים שהם לא רוצים את הבנים שלו. שמואל חוזר לה' וה' אומר שאין בעיה אם הם רוצים מלך, נמנה להם. שמואל מעביר את זה, ומתאר להם מה המלך יעשה כשהוא יהיה מלך, מה יהיה משפט המלך. על פניו הפסוקים הם מה ששמואל אומר ולא ברור אם זה ציווי ה' לומר את זה או ששמואל אומר זאת מיוזמתו. ברגע יהיה מלך הוא ייקח את הבנים שלהם וייתן להם עבודות כפייה- להיות נהגים, קוצרים, לוחמים שלו וכו'. גם את הבנות הוא ייקח- לטבחות, אופות וכו'. וגם את השדות, הכרמים, הרכוש וכו' הוא ייקח וייתן לעבדיו. הוא ייקח מיסים, את השפכות, את הצאן, החמורים וכו'... כולם יהיו עבדים שלו ולא יעזור להם להתלונן, הם אלה שרצו את המלך ואם יהיה מלך כך זה יהיה.

אפשר להבין את כוונתו של שמואל בשתי צורות:

האחת- הוא לא אהב את הבקשה של העם למנות מלך ומנסה לשכנע אותם לא למנות מלך, אז הוא מזהיר אותם מה יעשה המלך ומה יהיה בכוחו אם ימונה.

השנייה- שמואל אומר שמחובתו לומר להם את הכללים, ברגע שהם ממנים מלך שידעו שאלה סמכויותיו. יש לו סמכות לעשות כל מה שהוא רוצה. אז שיקחו בחשבון. כלומר תיאור סמכויותיו של המלך.

מאחר לא ברור לגמרי מה הוא מתכוון, נחלקו האמוראים על כך בתלמוד.

**תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף כ עמוד ב**

רב יהודה- כל הסמכויות ששמואל הנביא מתאר- למלך מותר לעשות את זה, הוא רשאי- אלה הן סמכויות המלך, לא משהו דמיוני.

רב- לא שבאמת יש סמכות למלך לעשות את כל הדברים האלה, אבל שמולא רוצה להפחיד אותם ולכן הוא אומר שהמלך יכול לעשות את זה ולא בהכרח שהוא רשאי.

**מאירי נדרים כז, ב** (ר' מנחם בן שלמה המאירי)

הוא אומר שהדיון אם דינא דמלכותא דינא חל במלך ישראל או לא- לא נזקקים לו בכלל במלך ישראל, כי הוא פוסק שכל מה שמתואר בספר שמואל- זה תיאור סמכויותיו של המלך. אז תיאור הסמכויות של מלך ישראל הוא בלתי מוגבל, הוא יכול לעשות מה שהוא רוצה. ממילא יש חובה לציית למלך כי זו חלק מהסמכות שלו. יש כלל מקביל של סמכויות המלך שמקנות לו סמכות בלתי מוגבלת, ולכן דווקא במלך שהוא לא מישראל שהסיפור בספר שמואל לא נוגע אליו- זקוק לכלל של דינא דמלכותא דינא. למלך ישראל יש אותן סמכויות ומעבר לזה אבל כי זה בתוך הגדרת המלך בישראל.

28.12.20

# היקף הכלל

גם מתוך הנחה שדינא דמלכותא דינא, האם זה נכון בכל דבר או שיש מגבלות? (מעבר לאיסור והיתר).

מצד אחד יהודים חיים תחת שלטון זר וצריכים להשתלב ולהתכתב עם הסביבה, ומצד שני יש נסיון לשמר את הדין ההלכתי. אם אנשים יאמצו הרבה את דין המלכות יתחילו ללכת אליו ולא לבית הדין של הקהילה. לכן יש כאן מתח. פוסקים רבים ניסו איכשהו להגביל את ההיקף של דינא דמלכותא דינא.

**שו"ת תשב"ץ א, קנח** (ר' שמעון בן צמח דוריאן)

ראינו במשנה בנדרים שכביכול מותר להעלים את המס וזה מתנגש עם הכלל דינא דמלכותא דינא והתירוץ היה שמותר לעשות את זה במוכס שאו שאין לו קצבה (לוקח בצורה לא שוויונית) או במוכס העומד מאליו.

מזה גוזר התשב"ץ שאם המלך/המלכות קבעו כלל שלא חל על כולם (אלא שבא לתפוס אדם מסוים), או שחל במקום אחד ולא חל במקום אחר- חוק כזה הוא לא חוק, חלק מכללי מלכות זה שמטילים הוראות וכללים אחידים, וכלל שרלוונטי רק במקום אחד ולא באחר הוא לא כלל שיחול עליו דינא דמלכותא דינא, אותו לא צריכים לאמץ.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יד**

אומר דברים דומים- אם המלך מחליט שהוא מפקיע רכוש מסוים של מישהו ללא כל קריטריונים אלא רק כי "מתחשק לו"- הרמב"ם אומר שזה לא דין, דין צריך להיות שוויוני וכללי, שעומד בכללי צדק. אנחנו לא נאמץ דין כזה בהלכה, היא לא תכיר בחוק כזה כתקף.

**שולחן ערוך חושן משפט סימן שסט סעיף ח**

מביא להלכה את מה שנאמר- למלך יש סמכות הפקעה, לצורכי ציבור וגם כענישה. אם הדין הוא כללי- למשל אם כל מי שעשה מסוג מסוים מפקיעים לו את הרכוש/שדה- ומישהו אחר קונה את השדה הזה- גם ההלכה תכיר בזכויות שיש לו על השדה. אבל אם לא מדובר באיסור של חוק אלא במלך שמחוקק חוק פרסונלי- ההלכה לא תכיר בחוק מהסוג הזה.

**רמ"א-** מתאר מחלקות בין פוסקים שמופיעה כבר בראשונים, (הוא לא אומר מי אומרים כל דבר)- יש שאומרים ש**לא אומרים דינא דמלכותא אלא במסים ומכסים התלויים בקרקע**.

המגבלה הזאת היא משתי סיבות-

ראשית, כי הסוגיות התלמודיות שמדברות על דינא דמלכותא דינא דיברו בעיקר בהקשר של מכסים ושל מקרקעין.

שנית, כמו הנימוק בדבריו של הר"ן על בעלות הקרקע.

החיבור של שני הדברים האלה ביחד יוצר מגבלה שלפיו דינא דמלכותא דינא רק במסים ונכסים התלויים בקרקע. אם מאמצים את הנימוק של בעלות המלך על הקרקע יש מקום למגבלה שזה יהיה רק במיסים, נכסים וקרקע, אבל לא בשום תחום פרטי אחר.

ומנגד יש חולקים שמתבססים למשל על הרשב"ם, שמקבלים את חוקי המלך ומנהגם בשביל סדר בחברה ומניעת מריבות. והם סבורים שצריך לקבל את דין המלך גם על עניינים שבין פרטים בחברה והכלל של דינא דמלכותא דינא לא מוגבל.

המגבלה של המיסים והקרקע אינה מגבלה מוסכמת, אבל היא מגבלה אפשרית לדינא דמלכותא דינא.

**מגיד משנה הלכות מלוה ולוה כז, א** (חיים ווידאל די טוליסה)

למרות שיש לנו את הכלל של דינא דמלכותא דינא זה משהו שהוא דווקא תועלת למלך בענייני המסים שלו ומה שהוא מחוקיו. אבל בדברים שבין אדם לחברו, אין דינו בהם דין.

**שולחן ערוך חושן משפט סימן שסט סעיף יא** (דברים של הרמ"א)

מביא את התשובה של הרשב"א, על המקרה של האישה שקיבלה נדוניה מהאבא והיא מתה, והבת מתה, והאבא דורש לקבל חזרה את הנדוניה ושהירושה של האישה לא תעבור לבעל, ואחת הטענות שלו הייתה שהם הולכים לפי דיני הגויים. אמרנו שזה מנהג זר ואין לקבלו כמנהג, וגם כתנאי זה נדחה כי האבא והבעל לא עשו אותו.

הרשב"א אומר שגם אין בזה משום דינא דמלכותא דינא, לא ניתן הכרה לדין כזה לאבא לקבל חזרה את הנדוניה. מגבילים את דינא דמלכותא דינא רק ל:

או בדבר שיש בו הנאה למלך (למשל מסים, דברים שהמלך באופן ישיר ירוויח מהם, או שהוא לתקנת בני המדינה (דברים שהמלך עושה לטובת הכלל, למשל הפקעת קרקע כדי שלכולם יהיה היכן לעבור). אבל בעניינים פרטיים, כמו כאן לגבי הנדוניה, אין סיבה לדון בדיני כוכבים- אחרת "בטלו כל דיני ישראל", אם ניתן תחולה רחבה מדי לא תהיה יותר משמעות לדיני ישראל.

**ריטב"א בבא בתרא נה, א**

מציג מגבלה נוספת- לא אומרים דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהם מחוקי המלכות הקבועים והידועים. אבל אם המלך קובע ועושה דין חדש, הוא לא דין עד שיסכימו עליו כל אנשי מלכותו.

המגבלה הזאת מתכתבת עם המקור בו בוסס הכלל דינא דמלכותא דינא על תקנת חכמים, כלומר הם התקינו תקנה שאימצה את דין המלכות. אם מבססים את דינא דמלכותא דינא על תקנת חכמים, התקנה יכלה לאמץ את דין המלכות שהיה בימי חז"ל, מה שהם ראו בפניהם. לא סביר שהחכמים התקינו תקנה שמכאן ואילך עד סוף הדורות כל מה שמלכים יחקקו נאמץ כתקנה. סביר יותר שהם התקינו תקנה שאימצה את החוקים או סוגי החוקים שהיו מוכרים להם אבל לא דברים חדשים. לכן הכלל דינא דמלכותא דינא מוגבל לחוקי המלך שהיו ידועים מאז ומתמיד, שהיו אצל המלכים הראשונים. אם בא מלך ועושה דין חדש, אין דינו דין (אלא אם מתקינים תקנה חדשה שמאמצת אותו).

**מגיד משנה גזילה ואבידה ה, יג**

הרמב"ם חולק על זה- אומר שהמלך יכול לעשות דין חדש. אבל הרמב"ם אימץ קודם את נימוק ההסכמה, אמנם הסכמה להיות עבדי המלך אבל אם זה נימוק ההסכמה אין סיבה להגביל את זה דווקא לחוקי המלך הראשונים אלא זה נכון גם למלך שקיים כעת, מסכימים למה שהוא ספציפית יחוקק.

הכוונה היא **לא** שאי אפשר ליישב את העמדה שמגבילה את חוקי המלך הראשונים או הפוך. כל אחת מהמגבלות אפשר ליישב עם הנימוקים השונים. כאינטואיציה ראשונית נימוק מסוים מתאים לעמדה מסוימת, אבל מגבלה כזאת לא בהכרח סותרת נימוקים אחרים, אבל מתיישבת טוב יותר עם הנימוק הרלוונטי. הצורך לדון בנימוקים השונים זה לא רק בהיבט התיאורטי אלא יכולה להיות לזה גם השלכה מעשית על היקף הכלל וכו'. בנוסף, כל המגבלות אינן מוסכמות על כולן, אלה מגבלות אפשריות שיש לקחת בחשבון.

**ש"ך חושן משפט סימן עג** (ר' שבתאי בן ר' מאיר כהן)

מעין מגבלת-על.

דן בשאלה שעסוקה במקרה של אדם שהלווה כסף למישהו אחר, והלווה נתן למלווה משכון. בהלכה יש כלל שסתם הלוואה למישהו, כשלא סוכם על תאריך פירעון- הוא יהיה כעבור 30 יום. אם כעבור 30 יום הוא לא מחזיר למלווה את הכסף ויש למלווה משכון, הוא יכול להתחיל בהליכים של מימוש המשכון לצורך גביית החוב. הדין באותה מדינה היה שהכלל הוא שנה. לכן אי אפשר לממש את המשכון אחרי 30 יום אלא רק כעבור שנה.

ההנחה שלו היא שלפי דיני ישראל זה 30 יום ולפי דין זר שנה, ושואל אם יגיד במקרה כזה דינא דמלכותא דינא. אם אתה מקבל את המגבלות שעליהן דיברנו- שזה רק בדבר להנאת המלך למשל, אז זה לא רלוונטי פה בכלל- אם אמכור כעבור 30 יום או שנה למלך לא תהיה שום תועלת, זה בין אדם פרטי לאדם פרטי, אין קשר למלך.

אבל גם אם אין כזאת מגבלה ונאמר שדינא דמלכותא דינא חל בכל דיני הממונות וגם בדברים שבין אדם לחברו מאמצים מדין המלכות, זה בתנאי שדין המלכות משלים דין תורה ולא סותר דין תורה. אם תתעורר שאלה שבה ההלכה לא נתנה תשובה או לא נתנה תשובה ברורה, אפשר לאמץ את דין המלכות. אבל אם יש הלכה חד משמעית וברורה כמו כאן- שמוכרים משכון תוך 30 יום, לא ייתכן שמכוח דינא דמלכותא דינא אנחנו נאמץ את הדין הזר והוא יגבר על דין ישראל. כי כשתעשה את זה אתה מכחיש דין ישראל- כלומר מבטל אותם או מקטין את מרחב המחייה שלהם, מצמצם את תחולתם.

רואים כאן את המתח עליו דיברנו, בין הרצון לשמר את עולם ההלכה כעולם חי, תקף, נוהג, רלוונטי, לבין הצורך בשילוב והתאמה של ההלכה. יש מערכת חיים שלמה וכוללת משפט ואת כל דיני המשפטים בין אדם לחברו, ואנחנו לא רוצים שהם יתבטלו.

# לסיכום

הסוגיה של דינא דמלכותא דינא מתקשרת מבחינתנו בשני עניינים.

1. עסקנו בדרכים שונות בהן נוצרות נורמות הלכתיות חדשות או משתנות נורמות הלכתיות. דינא דמלכותא דינא זה במידה מסוימת היא גם דרך כזו, אימוץ הלכות מדין זר.
2. דינא דמלכותא דינא בעצם נוגעת גם למציאות אקטואלית בה אנו חיים במדינת ישראל היום. יש בתי דין לדיני ממונות, הם קוראים לעצמם בתי דין אבל באופן רשמי/חוקי הם מוסדות בוררות. הם פותרים סכסוכים עפ"י ההלכה. נניח שצדדים החליטו לפתור את הסכסוך ביניהם לפי ההלכה- האם בית הדין יפסוק לפי שולחן ערוך בלבד או שיעניין אותו גם הדין המקומי, המשפט הישראלי למשל?

דוגמאות:

* עובד תובע את המעביד שלו שלא קיבל ממנו פיצויי פיטורים שמגיעים לו עפ"י הדין הישראלי, והוא מנהל את התביעה הממונית במוסד בוררות, בית דין שדן עפ"י ההלכה.
* עסקת מקרקעין שהיה בה מתווך והוא לא קיבל את שכרו, ויש ויכוח בינו לבין הצדדים בעסקה אם מגיע או לא מגיע לו לקבל דמי תיווך. הוא והלך ותובע את הצדדים בבית דין שדן עפ"י ההלכה.

האם בית הדין בדוגמאות אלה יתעניין בחוק המדינה וייתן לו משמעות כלשהי? (למשל שדין המדינה אומר שצריך לתת למתווך פיצויים).

ואם זה מעניין אותו והוא רוצה להשתמש בזה להלכה, מכוח מה הוא יכול להשתמש בזה?

1. אפשרות אחת היא דינא דמלכותא דינא. דין המלכות אומר שצריך לשלם פיצויים ואנחנו מאמצים אותו. מוגבל בכמה מגבלות-

* האם דינא דמלכותא דינא בכלל רלוונטי במלך ישראל?
* גם אם רלוונטי, אולי הוא מוגבל רק למסים ומקרקעין, או רק לדברים שהם להנאת המלך, או רק לדברים שלא עוברים על איסור תורה…

1. אפשרות נוספת היא להכיר בחוק המדינה/חוק הכנסת, כסוג של תקנת קהל. כי הרי זה לא כל הציבור בפועל מתקין את התקנה אלא שבעת חכמי העיר. אולי אפשר לראות בפרלמנט, בכנסת, כגוף שמייצג את הציבור, ומכוח כך הכללים שלו יכולים להיות מעין תקנת קהל ונוכל לאמץ אותו עם המגבלות של תקנת קהל.
2. אפשרות שלישית- לראות בזה מנהג. אם זה הנוהג הקיים אז נאמץ אותו מכוח היותו מנהג. למשל לפי הדוגמא- המנהג הוא לתת פיצויים.

היה דיון בבית דין רבני של גננות בקהילה החרדית שביקשו לקבל זכויות כמו גננות בישראל בכלל. אחד הפוסקים לא קיבל את זה לא כדינא דמלכותא דינא ולא כתקנת קהל (לפעמים עושים החלטות כאלה גם מהשקפה פוליטית, לא מאמצים דין מלכות כי זה ייתן לכנסת/להנהגה מעין מעמד מחייב), והסכים להתייחס לזה כמנהג- אבל אמר שאם זה מנהג צריך לבחון אותו בקהילה הרלוונטית, בקהילה החרדית רוב הגננות לא מקבלות את הזכויות הללו.

זו דוגמא לנפקות של הכרה בזה כמנהג. אם זה היה מוכר כדינא דמלכותא דינא זה לא היה משנה אם זה נוהג בפועל או לא.

האם בהקשר הפלילי (ברמה ההלכתית לא ברמה ההלכתית) אנחנו מכירים בסמכות של מדינה להעניש עבריינים (שלא עפ"י ההלכה)?

כאן העניין הרבה יותר פשוט- גם ההלכה בהקשר הענישה מכירה בסמכות של מלך להעניש עבריינים שלא עפ"י דין תורה. כאשר אדם עבר עבירה חברתית (ולא דתית כמו לאכול בשר וחלב) יש סמכות שיפוט מקבילה גם למלך. קודם נביא אותו לפני הסנהדרין ונבדוק אם יצא זכאי, ואז נעביר אותו לבית הדין של המלך- כי אולי בהקשר הדתי הוא ייצא זכאי ולפי דין המלך הוא יוענש. דין מלך יכול להעניש בלי כפיפות לדין תורה. הוא יכול לחרוג ממנו בכל המובנים. דין המדינה הוא בעצם דין מלך ולכן בהקשר הפלילי אין כ"כ תחרות בין דין המלך לדין התורה.

# משפט ומוסר

# ועשית הישר והטוב

**פס"ד כיתן נ' וייס**

עסק במקרה שעסק כשומר בחברת כיתן (חברת טקסטיל, מצעים וכו' אחת הגדולות והכי מגוונות, חברה כלכלית חזקה עם אחיזה משמעותית במשק). השומר קיבל נשק כדי לשמור והוא השתמש בו ורצח מישהו. המשפחה של הנרצח תבעה את חברת כיתן בתביעה נזיקית, בטענה שהם ידעו/היו צריכים לדעת שלשומר היו בעיות נפשיות מסוימות ולתת לו נשק זה מסוכן, וזה שהם נתנו לו נשק זו התרשלות. בערעור לעליון השופטים ניסו לפשר בין ההצדדים אך זה כשל. השופטים נתנו פס"ד שאין זכות לפיצוי נזיקי במקרה זה.

השופט אלון נתן פסק דין שבהקשר הנזיקי לא היה שונה מהשופטים האחרים, אבל הוא הוסיף את המישור של לפנים משורת הדין- אמר שהוא לא יכול לחייב אבל פונה לחברת כיתן ומבקש שתנהג לפנים משורת הדין ותשלם למשפחה הנפגעת את אותו סכום שהסכימה לשלם לפני כן כפשרה. שאר השופטים לא אהבו את ההערה הזאת, כי אין קשר בין זה לפסק דין, תפקיד השופט לפסוק לפי הדין ולא לייעץ לנהוג לפנים משורת הדין.

הויכוח הזה בין השופטים הוא לא ויכוח שנולד בחלל ריק. השופט אלון היה אמון על המשפט העברי ורצה ליצור השפעות שלו על המשפט הישראלי, לקח את הרעיון של לפנים משורת הדין כחלק מהדיון במשפט העברי. המשפט העברי משלב בתוכו גם שיקולים של לפנים משורת הדין.

**דוד המלך**- תואר כ"עושה צדקה ומשפט"- יש לכאורה סתירה בין השניים. צדקה זה לפנים משורת הדין, עושה איתך חסד. לעומת זאת משפט זה דין. איך אדם יכול לעשות יחד את שניהם? המדרש אומר שדוד המלך היה יושב בדין והיו באים לפניו למשל אדם עשיר ואדם עני, ולפי הדין העני היה חייב. אז הוא היה מחייב את העני לשלם אבל היה מרחם עליו, וכשהיה מסתיים הדיון הוא היה רודף אחרי העני ונותן לו כסף כדי שיהיה לו ממה לשלם את פסק הדין. כך הוא היה עושה גם משפט וגם צדקה. הוא עשה דין ולא פטר את העני מהחוב אבל נתן לו צדקה לאחר מכן.

גם השופט אלון לא חייב את כיתן בסתירה לזה שלפי הדין היא לא חייבת לשלם, אבל הוא ביקש ממנה לנהוג לפנים משורת הדין.

אמנם ברור שכל שיטת משפט שואפת להיות מוסרית. יש חיובים משפטיים- שהם אכיפים- אם מישהו חייב לי כסף ולא משלם לי ביה"מש ייקח ממנו בכוח. לעומת זאת יש חיובים מוסריים- מישהו שמחתן את הבן שלו למשל ואין לו כסף לזה, והוא מבקש עזרה, תרומה. ואני לא רוצה לתת לו. אם הוא יתבע אותי בבי"מש הוא לא יזכה כמובן בתביעתו, כי אין חובה שאעזור לו, וביה"מש לא אוכף חובות מוסריות, גם אם תהיה הסכמה כללית שצריך מבחינה מוסרית לעזור לו. אנחנו שואפים שחיובים משפטיים יהיו גם מוסריים, אבל בכל שיטת משפט יש חיובים שהם לא מוסריים. לא כל חובה מוסרית נכנסת לתוך החובה המשפטית. הן כן משפיעות עליו, למשל כשניתן לפרש חוק בדרך מוסרית ולא מוסרית- ביה"מש יעדיף את הפירוש המוסרי יותר, אבל הוא עדיין יפעל כאן לפי החוק, הוא רק מפרש אותו לפי שיקולים מוסריים.

אלון סבר שכן צריך להכניס את החובות המוסריות לתוך השיקולים של בית הדין לתוך עולם המשפט.

השאלה שנעסוק בה-

**עד כמה השיקולים המוסריים נלקחים בחשבון בתוך ההקשרים הממוניים?**

31.12.20

**דברים פרק ו**

(יז) שמור תשמרון את מצות ידוד אלהיכם ועדתיו וחקיו אשר צוך.

(יח) ועשית הישר והטוב בעיני ידוד למען ייטב לך ובאת וירשת את הארץ הטבה אשר נשבע ידוד לאבתיך.

ההנחה של חז"ל כאשר הם דורשים את פסוקי התורה בעיקר בחלק ההלכתי שלה, היא ששום דבר לא מיותר, לא פסוק ולא מילה/אות/שימוש ספציפי במילה מסוימת ולא אחרת וכו'. אם נסתכל על שני הפסוקים הללו וננסה לקרוא אותם, ניתקל בקושי- הפסוק הראשון אומר לשמור על המצוות, החוקים. הפסוק השני אומר לעשות את הישר והטוב בעיני השם ולמה? כדי שיהיה לך טוב ותירש את הארץ הטובה. מה מוסיפות המילים תעשה את הישר והטוב? הן אומרות בעצם מה שכבר אמר הפסוק הראשון- שתשמור על מה שה' אומר. כלומר החזרה של עשית הישר והטוב בעיני ה' היא כביכול מיותרת.

אז כנראה הפסוק הזה בא להוסיף משהו מעבר לאמור בפסוק יז.

**רמב"ן דברים ו פסוק יח**

מפרש את הפסוק השני. על דרך הפשט, עשיית הישר והטוב צריכה להיות **הסיבה**, כלומר לקיים את המצוות כי אתה רוצה לעשות את הישר והטוב בפני ה', ואם תעשה את זה גם ייטב לך.

אבל הציווי הזה הוא פשרה ולפנים משורת הדין- הפסוק הראשון אומר לשמור על החוק. והפסוק השני אומר לא רק לשמור על החוק אלא גם **להיות תם-לב**. בכל התנהלות שבין אדם לחברו, בדיני ממונות וכו' אדם יעשה הכל בתו"ל.

יש את המצוות שה' ציווה, וזה צריך לקיים ולעשות. אבל גם במה שהוא לא ציווה- **אם אתה בסיטואציה בה התורה לא אמרה איך אתה צריך להתנהג- צריך לשים מולך את עקרון עשיית הישר והטוב בפני ה'**- לחשוב מה ה' היה רוצה שתעשה ומה טוב וישר בעיניו, וכך להתנהג.

אחד מעקרונות היסוד שעומדים בבסיס האמונה ההלכתית- התורה היא תורת נצח, היא לא תשתנה. ברור לכולנו שהמציאות כן משתנית. איך אפשר להתאים את התורה שניתנה לפני אלפי שנים למה שקורה היום? דבר אחד- מתן התורה שבע"פ במקביל לתורה שבכתב- כי מה שכתוב לא ישתנה ובמה שבע"פ יש יותר מרחב תמרון.

אבל בנוסף, מה שאומר הרמב"ן- לא מעשי שהתורה תכלול בתוכה את כל האפשרויות, המצבים, הסיטואציות שיתרחשו מכאן ועד עולם. הוא כנראה לא מתכוון ב"אי אפשר" להיבט הטכני, אלא שלא רצוי, לא נכון להזכיר בתורה "כל הנהגות אדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוני הישוב והמדינות כלם" וכו', כי צריך **להשאיר מרחב גמישות** מסוים. התורה נתנה פרטים וכללים מסוימים (שצריך להבין למה דווקא אותם, אולי היא ראתה בהם כללים שהם נצחיים ולא צריכים שום גמישות) כמו לא תלך רכיל, לא תקום ולא תטור, לא תעמוד על דם רעך, לא תקלל חרש, מפני שיבה תקום וכו'. אבל מעבר לזה התורה אמרה גם עקרון- עשיית הישר והטוב, וזה מה שצריך להנחות אותך בכל משאך ומתנך עם הבריות. גם הפשרה אך שהיא חריגה מהדין- היא חלק מעשיית הישר והטוב והיא חלק מהדין.

זהו מבנה שמצד אחד נותן לנו אוסף של פרטים וכללים שהם ודאי מחייבים, אבל עשיית הישר והטוב הוא מעין **כלל-על** שצריך לרחף מעל כל ההתנהלות היומיומית שלנו, ובמיוחד בין אדם לחברו.

**ויקרא פרק יט**

(א) וידבר ידוד אל משה לאמר:

(ב) דבר אל כל עדת בני ישראל ואמרת אלהם **קדשים תהיו** כי אני ידוד אלהיכם.

הפסוק לכאורה מבטא רעיון דומה- יש ציווי להיות אנשים קדושים. אבל אין "רשימת מטלות" כדי לדעת מה צריך לעשות כדי להיות אדם קדוש. אפשר היה לומר שהכוונה היא למלא את כל הכללים והחוקים שיש, אבל הרי אמרנו שהתורה לא מוסיפה סתם ככה ציוויים.

**רמב"ן ויקרא פרק יא פסוק ב**

המילה קדושה בדר"כ מתפרשת אצל חז"ל כהימנעות מלעשות דברים. אבל ממה צריך להימנע כדי להפוך לקדוש? ברור שלהימנע מאיסורים, אבל מה מעבר לזה?

הרמב"ן מביא תחילה את פירושו של רש"י- שדורש לפי סמיכות, לפי מה שכתוב לפני כן. הפרק לפני כן עוסק באיסורי עריות, גילוי עריות. רש"י אומר שמאחר שהביטוי קדושים תהיו נסמך לפרק שעוסק במה מוגדר גילוי עריות, כנראה פירוש הדבר הוא להיהר באיסורי עריות, להקפיד בעניין הזה.

הרמב"ן אומר שקדושים תהיו, בדומה לעשיית הישר והטוב, הוא **עקרון-על**. יש רשימה של התנהגויות אסורות, וקדושים תהיו בא לומר שמה שלא אסור ומכך הוא לכאורה מותר- גם בו צריך להציב **גבולות**.

דוגמא: תהיה בשובעי יין- יין אם הוא מותר בשתייה (כשר) מותר לשתות כמה שרוצים, אין איסור לשתות מעל כמות מסוימת של יין. אבל אתה לא תהיה קדוש אם תשתה יין מהבוקר עד הערב, כי גם אם לא עברת איסור הלכתי, עדיין זה לא אומר שאתה צריך להפריז ולא לשים הגבלות.

גם אין איסור עפ"י התורה לדבר מילים לא יפות, אז לכאורה אפשר לקלל ולנבל כמה שרוצים. אבל אם תעשה את זה אתה תהיה **נבל ברשות התורה**. ברשות- כי זו לא עבירה, אבל אתה **מנצל את זה שהתורה לא אמרה**.

הנחיית העל הזאת לא פורטה לפרטים, למשל לא נאמר כמה יין מותר לשתות כדי להיות קדוש. לא נכון לתת הגדרות כי זה משתנה לפי האדם, הזמן, הנסיבות. הרעיון הוא לתת הנחיה כללית ולא גבול מסוים.

ההבדל בין הדברים הוא שעשיית **הישר והטוב** זה יותר במישור שבין **אדם לחברו**, ולהיות **קדושים** זה יותר בין **אדם למקום**, באיסורים.

אצל הרמב"ן יש מבנה שיטתי של פרטים ואז עקרון כללי, עקרונות-על.

רעיון עשיית הישר והטוב משפיע ב-3 רמות:

1. משפיע על **החכמים** ומופנה אליהם. עומד בבסיס תקנות חכמים, הם מתקינים תקנה כי הם רואים בה יישום של עשיית הישר והטוב. ברגע שהם התקינו את התקנה זה הופך להיות משפטי ולא מוסרי (זה כלל אכיף).
2. משפיע על פעילותו של **בית הדין**. כשבית הדין פוסק ומכריע הוא צריך לא רק לעשות את הדין הפורמלי אלא גם להגשים את עקרון עשיית הישר והטוב.
3. אדם באשר הוא- הציפייה מ**אדם פרטי** שיעשה וינהג לפי עקרון זה.

נראה יישום בכל אחת מהרמות הללו.

המישור הראשון

(החכמים התקינו תקנות שמבוססות על עקרון הישר והטוב)

# דינא דבר מצרא

דין של בר-גבול, דינו של השכן, זכות קדימה של שכן.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף קח, א-ב**

במשפט הישראלי עד שנת 1969 שבו נחקק חוק המקרקעין, דיני מקרקעין היו מבוססים על הדין העותמני שהיה בו מושג שנקרא **זכות קדימה**- אם יש לי דירה ואני רוצה להרחיב אותה, יש לי שתי אפשרויות- אני יכול או לעבור לדירה גדולה יותר או לרכוש דירה מעליה ולחבר את שתיהן. אבל בדירה השנייה גר אדם אחר, אז ברור שלא נסלק את השכן כי הוא רוצה דירה גדולה. כך גם הדין בשדה- יש לי שדה ואני רוצה עוד שטח, אבל בשטח הגובל לשדה שלי יש מישהו אחר, אי אפשר לסלק אותו.

מתי שאלת זכות הקדימה מתעוררת? כשהשכן מחליט למכור את אותה דירה או השדה. האם במקרה כזה יש לשכן זכות קדימה על פני צד ג'? הספק מתעורר כי מצד אחד יש ערך מוסף כששכן קונה דירה/שדה סמוכים (הרחבת הדירה, או לחרוש את השטח של השדות ברצף), שמי שאינו שכן אין לו את הערך המוסף הזה ולא צריך להיות לו אכפת אם לקנות את הדירה הזו או אחרת. מצד שני, אם השכן יודע שאני מאוד מעוניין בדירה וצד ג' מציע לו 100, הוא יכול לדרוש ממני 200, כי הוא יודע שאני אשלם כי יש לי בזה תועלת בזה שאין למישהו אחר. הוא ינצל את הרצון שלי כדי להרוויח עליי. עד שנת 1969 הייתה לשכן זכות קדימה. כשנחקק חוק המקרקעין היא בוטלה, היא נשארה בסיטואציות מיוחדות כמו במקרה של גירושין, משק חקלאי וכו', אבל ביחסי שכנות רגילים אין יותר זכות קדימה. זה בוטל כחלק מתפיסה של **זכות קניין**- אם זה קניין שלי ויש לי בעלות בנכס, יש לי יכולת להעביר אותה למי שאני רוצה. מתן זכות קדימה לשכן פוגע ביכולת ההעברה שלי ובבעלות שלי.

בהלכה זה נקרא דינא דבר מצרא (דומה לזכות הקדימה). התלמוד דן בזה בסוגיה:

הרב מדבר על מקרה מיוחד, אדם שמחזיק קרקע שנמצאת בין אחים או בין שותפים, כלומר יש לי קרקע באמצע ביניהם. כל עוד הקרקע בבעלותי כמובן שאף אחד לא יכול לסלק אותי ממנה. אבל השאלה היא בשלב שבו אני מוכר את הקרקע לצד ג', והשאלה היא אם אפשר לצד ג' להסתלק כי הוא נכנס בין שותפים, או שאי אפשר.

ר' יהודה אמר- האדם הזה שרכש קרקע שנמצאת בין אחים/שותפים- הוא חצוף- מתנהג התנהגות לא יפה, לא מוסרית, לא ראויה, אבל **לסלק אותו- אי אפשר**. בית הדין לא יוציא אותו משם. אין זכות קדימה משפטית אפילו לא בסיטואציה מיוחדת כזאת של אחים או שותפים. **אין בכלל זכות משפטית אלא רק מוסרית**.

ר' נחמן אומר- גם **מסלקים אותו**. סבור ש**במקרה מיוחד כזה בין אחים ושותפים זכות הקדימה היא לא רק זכות מוסרית אלא היא גם זכות משפטית**. בית הדין יסלק את הקונה (אם כי יחזירו לו מה ששילם אבל מהקרקע יסלקו אותו). אבל במקרה רגיל, כלומר בין "סתם שכנים" ולא אחים או שותפים, אי אפשר יהיה לסלק אותו, לא תהיה זכות משפטית.

חכמי נהרדעא אמרו- אפילו משכן רגיל מסלקים אותו- גם במקרה של שכן רגיל אנחנו נסלק את הקונה לטובת השכן, נגיד לו לוותר על הקרקע שרכש. **גם שכן רגיל יש לו זכות קדימה והיא משפטית ולא רק מוסרית**. למה? **משום שנאמר ועשית הישר והטוב בעיני ה'**. הרעיון של זכות קדימה מבטא, מוציא לפועל את הדרישה העקרונית לעשות את הישר והטוב, כי מבחינת המוכר לא אכפת לו למי הוא מוכר, הוא כבר ויתר על הקרקע. מבחינת צד ג' יש לו כסף והוא יכול לקנות קרקע במקום אחר. לא הייתה לו קרקע והוא נשאר באותו מצב. אבל מבחינתו של השכן, הוא השיג יתרון עצום- הוא מקבל קרקע שהוא לא יכול לקנות אחרת במקומה כי הוא רוצה קרקע צמודה לשלו. זה עושה איתו טוב וישר בלי לגרום שום נזק למישהו אחר.

כמובן ש**זה מותנה בכך שלא נגרם נזק לאף אחד אחר**. לכן הסוגיה אומרת ש**מתנה אין בה משום דינא דבר מצרא**.

לדוגמא- אם הייתי בעל השדה ואני נותן את זה במתנה למישהו אחר או שמישהו אחר קיבל אותה בירושה, אין דינא דבר מצרא. השכן **לא** יכול להגיד ליורשים לתת לו את הקרקע. כי **מתנה וירושה**- אי אפשר לומר לו לך תקבל מתנה אחרת, או תירש שדה אחר. זה לא כמו קנייה. אתה תפגע ביורש, במקבל המתנה.

עוד דוגמא מהגמרא- אם היו לי מספר שדות, שהן טובות ונותנות פירות, ומכרתי את כולן לצד ג', ואז בא שכן של אחת מהקרקעות ואומר שאותה אני לא יכול למכור ויש לו זכות קדימה, וכך גם עוד שכנים של עוד קרקעות. הקונה מגיע למוכר, לבעלים שהוא קנה ממנו את הקרקעות כולן כעסקת חבילה, ויגיד ש"בלע" את העסקה למרות שאת חלקן הוא רצה יותר וחלקן פחות, ועכשיו פתאום "מפרקים" את העסקה אז הוא לא רוצה את זה יותר. במקרה כזה שהוא **מכר כל נכסיו לאחד- אם נפעיל את דינא דבר מצרא המוכר עלול להיפגע**, העסקה יכולה להתפספס לו. לכן במקרה כזה **אין דינא דבר מצרא**.

דוגמא נוספת- ל**בעלים הראשונים**- כלומר אם שמעון מכר לראובן ואז ראובן מכר לשמעון. יגידו לשכן שירצה זכות קדימה שזה לא סתם צד ג' זר אלא בעל שדה קודם וההנחה היא שיש לו **אינטרס מיוחד** לקרקע שלו, יש לו קשר נפשי אליה, ובמקרה כזה **אם תיקח לו את הקרקע- תפגע בו**. בקרקע אחרת לא תהיה לו את האפשרות לחזור לרקע שהייתה פעם שלו.

כל מקום בו יכול להיגרם נזק לקונה או למוכר- לא יחול הכלל.

(הלכה נפסקה כחכמי נהרדעא).

**רש"י מסכת בבא מציעא, שם**

במקום שיש הפסד למוכר לא תתנו דינא דבר מצרא.

כלומר דינא דבר מצרא זה טובה שכביכול עושים עם שכן, בתנאי שלא יבוא על חשבון מישהו אחר.

יש לכאורה קושי פרוצדורלי- אומרים לקונה "תסתלק מהקרקע" ותקבל את כספך מהשכן. הרבה יותר פשוט היה לומר שכשיש זכות קדימה, הקונה לא יקנה כל עוד הוא לא בדק- כלומר המוכר צריך לתת לבעל הזכות לקנות ראשון ואז אם הוא לא רוצה למכור לצד ג'. גם צד ג' לא יקנה מן הסתם אם יש מישהו אחר עם זכות קדימה (וזה מה שכנראה גם היה קורה בפועל).

דרך "עקומה" זו נובעת כנראה מאחת משתי סיבות-

1. זה נותן אינדיקציה טובה על המחיר שאפשר לקבל על הקרקע, כי יהיה ויכוח בין המוכר לבין השכן כמה שווה הרקע.
2. בא להתגבר על בעיה של גמירות דעת- כשאני מוכר אני צריך לקנות מרצוני ושפלוני יקנה מרצונו. אם אני לא רוצה למכור לשכן שלי, ולא רצו לאלץ אותי למכור בעל כורחי, אז אמרו שכביכול אני אמכור למי שאני רוצה אבל נעשה פיקציה שהקונה שקנה היה כאילו שלוח של השכן, וכאילו קנה את זה בעבורו, ולא ידרש מעשה קניין נוסף.

זו דוגמא לתקנת חכמים שמבוססת באופן ברור ומובהק על עשיית הישר והטוב.

**טור חושן משפט סימן קעה**

"אם יש שום הפסד למוכר לא תקנו שלא תקנו למצרן דבר שהוא הפסד למוכר."

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לה, א**

# שומא הדר

שומא זה שמאות, מי שמעריך, קובע את שווי הקרקע. הדר- חזר. שומא חוזרת.

אדם לוקח הלוואה ומבטיח לפרוע אותה בעוד זמן מסוים. המלווה רוצה להיות בטוח שהכסף יחזור אליו (במידה והלווה לא שקרן). ישנם סוגים שונים של בטחונות, שאחד מהם הוא **שעבוד**- הוא משעבד לו נכס, **מקרקעין**. (הכוונה היא למצב שאין לו כסף או נכסים כדי לפרוע את החוב, לא כשיש לו והוא לא רוצה להחזיר). השיעבוד הכי מוכר הוא משכנתא כשקונים דירה. הבנק נותן הלוואה וכדי להבטיח שאני מחזיר לו הוא יוצר שעבוד על הדירה- אם לא ייפרע החוב הוא ישתמש בדירה. אומרים לבנק גם שיודיע ברבים על כך שהדירה משועבדת, כדי מי שרוצה לקנות אותה ייקח את זה בחשבון, ייזהר. אם הבנק משעבד לי את הדירה, כיום אפשר לבדוק את זה בלשכת המקרקעין. קונה יכול לדרוש גם מהמוכר שיגיד לבנק לשעבד דירה אחרת למשל. כדי שהרישום הזה יהיה אפקטיבי מצד אחד אבל לא יפגע בצד ג' מצד שני, **צריך לרשום אותו שיהיה ידוע לכל**.

ההלכה אומרת שאם מישהו מלווה כסף, אם כנגד ההלוואה נכתב **שטר**- אוטומטית כל נכסי המקרקעין של החייב משתעבדים למלווה. אם הגיע מועד הפירעון והנכסים נמצאים עדיין בידיו של הלווה ובבעלותו, המלווה יכול לקחת אותם (בתנאי שמשאירים אותו ב**תנאי מחייה מינימליים**). הבעיה מתעוררת כאשר נכסים אלה נמכרו לצד ג'. המלווה יוכל לבוא לקונה שקנה את המקרקעין (צד ג', ורק המקרקעין, לא במטלטלין) ולומר ש**השיעבוד שלו קדם לקנייה ולכן זכותו גוברת** והוא לוקח לו ואת הקרקע. הבעיה היא שבמצב כזה יבוא אותו צד ג' ויאמר למוכר שהלווה לקח לו את הנכס ושיחזיר לו את הכסף, והוא זכאי לכסף, אבל למלווה אין כסף, אחרת לא הייתה סיטואציה כזו מלכתחילה. כל עוד אין לו- מי שיצטרך "לרוץ אחריו" זה הקונה ולא המלווה. זה רק **בתנאי שיש שטר** כי אז יש קול, יש **פרסום**. אם לא היה שטר יכול להיות שההלוואה נעשתה בפני שני עדים, אבל אם יש שיעבוד הקונה לא יכול לדעת על זה. אם ההלוואה הייתה בשטר היא כוללת שיעבוד נכסים, ואם הייתה לא בשטר אין שיעבוד נכסים. הנכסים שמשתעבדים- כל **נכסי המקרקעין** של החייב.

אם מכרתי כל יום נכס אחר ויום אחרי זה בזבזתי את הכסף, ויום אחרי מגיע מועד הפירעון, הוא **ילך תמיד לקונה האחרון כי הוא זה שפגע בשיעבוד** של המלווה.

04.01.21

דין שומא הדר (שומה חוזרת) עסק בנושא של מימוש שיעבוד שיכול להיות בשני מקרים-

1. כשהחייב מכר את הקרקע לצד ג' והנושה מבקש לקחת מצד ג' את הקרקע.
2. במקרה שהקרקע עדיין נשארה אצל החייב והנושה מבקש לממש את הקרקע של החייב כאמצעי לגביית החוב.

הליך המימוש התבצע **באמצעות בית הדין**.

התהליך הזה של מימוש הקרקע, בין אם המלווה מממש את הקרקע ישירות מהמלווה או מהקונה אם הועברה לצד ג', זה כולל מספר שלבים.

1. שלב חיפוש נכסים- בית הדין מוציא **שטר חיפוש נכסים** לטובת הנושה, המלווה, שלפיו הוא אומר לו "לך תחפש אחר נכסי החייב"- כלומר תבוא לבית הדין עם תמונה מדויקת אילו נכסים יש לחייב, אילו נכסים נשארו לו ואיזה לא, אם מכר אותם אז מה סדר המכירה… דברים שישפיעו על איזו קרקע תמומש, אם בכלל לממש קרקע שנמכרה לצד ג', וכו'.
2. שלב דריסת רגל- **שטר אדרכתא**- מלשון דריכה. בית הדין מעביר **לחזקתו** (ולא בעלותו) של המלווה (הנושה) קרקע, או מהלווה או מצד ג' שהקרקע הועברה אליו מהלווה. כלומר הוא מחזיק בה אבל הוא עדיין לא שלו, הוא לא יכול לנהוג בה מנהג בעלים. גם לא עשו עדיין שמאות מדויקת בקרקע הזה.
3. שלב השומה- בית הדין עושה **הערכה מדויקת של שווי הקרקע** ובעקבותיה מעביר לבעלותו של המלווה קרקע כנגד ההלוואה. הקרקע הופכת להיות שלו והוא יכול לנהוג בה כמו שכל בעלים נוהג בקרקע שלו- למכור אותה, לגדל עליה וכו'.

בין שלב לשלב צריכים לעבור לפחות **30 יום** כדי לאפשר את פדיון החוב. יכול להיות שבינתיים החייב יצליח להשיג כסף ולפרוע את החוב ויהיה ניתן אז להפסיק את תהליך המימוש.

מה יקרה אם אחרי חודש/שנה/שנתיים יבוא הלווה למלווה או מי שהקרקע נטרפה ממנו, ויגיד שנכון שלפני X זמן טרפת לי קרקע (מימשת את השעבוד שלה) אבל הנה השגתי כסף- קח את כספף והחזר לי את הקרקע. האם הוא יכול לעשות את זה?

* אם שניהם מסכימים, כמובן שכן.

אבל לכפות על המלווה לפדות חזרה את הקרקע שלו-

* לפי דין התשובה צריכה להיות לא. בשלב השומה הקרקע עברה לבעלות המלווה. אף אחד לא יכול לאלץ אותי למכור קרקע שבבעלותי.

**ופה נכנסה תקנת חכמים של שומא הדר**:

חכמי נהרדעי- נתנו פרק זמן של **שנה** לשומא חוזרת, כלומר בה יכול הלווה לבוא למלווה ולתת לו את כספו תמורת הקרקע חזרה.

אמימר- (אמורא) אומר שגם הוא נמנה עם חכמי נהרדעי, והוא סבור ששומא חוזרת **"לעולם"**- לא רק אחרי שנה אלא גם אחרי שנים רבות, לא מוגבל בשנה.

למה? הוא תופס את זה כעשיית הישר והטוב. ככה"נ כיוון שלמלווה לא הייתה אמורה להיות קרקע, הוא היה אמור לקבל כסף וקיבל קרקע רק כי ללווה לא היה מה לשלם, ועכשיו יש לו.

**רמב"ם הלכות מלוה ולוה פרק כב הלכה טז**

כך פוסק גם הרמב"ם להלכה.

בגלל שזה מבוסס על עשיית הישר והטוב, כמו בדינא דבר מצרא- זה גם נימוק אבל גם קובע את מגבלות הכלל. לכן למשל הסוגיה אומרת שאם המלווה בינתיים הספיק להעביר את הקרקע לצד ג' (מכר, הוריש, נתן במתנה) אין שומא חוזרת. כלומר **הלווה/הנטרף הזכות שלו לפדות את הקרקע זה רק כאשר הקרקע עדיין בבעלותו של אותו מלווה**. כי כלפי המלווה אפשר לומר שהוא לא היה אמור לקבל קרקע אלא כסף, אבל אם הקרקע הועברה לצד ג' אי אפשר לומר לו את אותו בדבר. הוא קיבל/קנה/ירש את הקרקע עצמה.

היכולת קיימת רק כלפי המלווה ולא כלפי צד ג' שהקרקע הועברה אליו.

אם המלווה השקיע בקרקע- נטע בה עצים למשל והם עולים כסף. ברור שאם הלווה פודה את הקרקע הוא חייב **להשיב למלווה את הוצאותיו**.

ישנה **מחלוקת** לגבי אם המלווה **השביח** אותה-

למשל השקעתי 10, נטעתי עצים, ולאחר שהשבחתי אותה היא שווה 120 (כמו למשל אם קנינו דירה ב100 והשקענו 10 כדי לשפץ, אחרי שהשקעתי 110 לאחר השיפוץ אני אצליח למכור אותה ב120, הרווחתי והשבחתי בעוד 10).

האם הלווה יצטרך לשלם את ה10 רווח שנוצר מההשבחה? -מחלוקת.

אין גם כ"כ התייחסות בפוסקים התייחסות למקרה בו שווי הקרקע השתנה. ככל הנראה ישלם את המחיר המקורי (לפי ההיגיון, לא הגיוני שירוויח על חשבון המוכר, המלווה, אם ימכור אותה במחיר שגבוה מהמקורי למשל). לעומת זאת אם העלייה היא לא רק בשווי הקרקע אלא בשוק המקרקעין- ככה"נ היינו מאפשרים למלווה לקבל את הקרקע במחירה האמיתי ולא במחיר היסטורי שלה. זאת דוגמא ללמה המילה "לעולם" היא מטאפורית.

נראה שתי תקנות שמה שעומד מאחוריהן הוא עשיית הישר והטוב

כלומר שתי התקנות האלה הותקנו ע"י חכמים כשמה שעמד לעיניהם היה באופן מפורש של עשיית הישר והטוב ומימוש הרעיון הזה.

עד עכשיו דיברנו על עשיית הישר והטוב בנושא של החכמים כמתקיני תקנות.

עתה נראה איך בית הדין מממש את הרעיון הזה.

# **לפנים משורת הדין**

שורת הדין- מה שאתה חייב לעשות לפי דין

לפנים משורת הדין- חריגה מהדין, מעין חסד, ויתור

כיום הקונוטציה המוכרת לנו 'ללפנים משורת הדין' היא חסד, כלומר זו החלטה שלי ואני בוחר לנהוג בחסד אם אני רוצה. אני אחליט אם אני רוצה לוותר על זכות/נכס שלי. אבל בהלכה זה לא רק חסד שנתון כולו לשיקול דעתו של האדם הפרטי, אלא יש מעורבות של בית הדין עד כדי שבמצבים מסוימים בית הדין יכול גם לחייב אותך לנהוג לפנים משורת הדין. מה שיוצר קושי פנימי- אם מחייבים אותי זה כבר דין ולא לפנים משורת הדין.

**שמות פרק יח פסוק כ**

ה' אומר למשה להזהיר את העם מהחוקים והתורות…

ויש שוב כפילות בפסוק- תודיע להם את החוקים, התורות, הדרך שילכו בה, והמעשה אשר יעשו- המעשה הרי נגזר מהדרך, למה צריך להדגיש אותו בנפרד?

חז"ל אומרים שלפעמים יש הבדל בין הדרך (שהיא הדין) לבין המעשה, הפועל, שצריך לפעמים להיות חורג מן הדין. חז"ל רואים בפסוק הזה מקור נוסף לחשיבות לנהוג לפנים משורת הדין.

(ברור ש**לא מצופה שאדם תמיד תמיד ינהג לפי שורת הדין**, כי אז בעצם אין דין, מתבטל הדין, ויש גם פתח לרמאים).

כדי להבין מתי יש ציפיה מאדם לנהוג כך ומה תפקידו של בית הדין בהקשר הזה- נראה כמה סיפורים בתלמוד שבהם מתוארת התנהגות של לפנים משורת הדין שננסה לראות מה מאפיין אותם ואילו שיקולים ניתן להסיק מהם.

לקט הסיפורים הראשון- מתוך מצווה בתורה- **מצוות השבת אבידה**. הפסוק בתורה אומר שאם אתה מוצא מציאה אל תתעלם ממנה, אלא תשיב אותה לבעליה. לא כל אבידה חייבים להשיב- החובה היא רק במקרה שבו אנחנו מניחים שבעל האבידה לא התייאש ממנה. אם הוא התייאש ההנחה היא שהוא ויתר על הבעלות שלו, והחפץ הופך להיות הפקר ומי שמצא אותו יכול לקחת לעצמו.

איך נדע אם הוא התייאש? הרי אנחנו לא יודעים מי הבעלים כדי לשאול אותו. מבחן הייאוש הוא מבחן אובייקטיבי.

למשל:

* אם מצאתי חפץ ששווה פחות משווה פרוטה (שווי מינימלי) אנחנו נניח שאדם שאיבד דבר כזה התייאש ממנו. (גם אם יש מקרה ספציפי בו אדם יחפש עיפרון למשל בלי סוף ולא יתייאש, אבל המבחן הוא לא סובייקטיבי).
* מניחים שאדם התייאש גם כשמוצאים חפץ בלי סימן. בלי סימן אי אפשר לדעת אם החפץ של מי שטוען שאיבד אותו. בנוסף, אדם שאיבד חפץ שאין עליו סימנים מתייאש- כי הוא לא יוכל להוכיח שזה שלו (למשל שטר של 100 ש"ח). הסימן יכול להיות גם למשל בצורת הנחה של מטבעות כמגדל- גם אם על המטבעות עצמם אין סימן, צורת ההנחה תיחשב סימן.

סימן יכול להיות במשקל, במיקום, בגוף החפץ, במידה...

* אם מצאתי חפץ במקום שרוב המצויים בו אינם יהודים. חובת השבת אבידה שלי כיהודי היא חובת השבה גם ללא-יהודי. אבל הלא-יהודי לא מחוייב במצוות התורה, ובמקום כזה לרוב הנמצאים לא תהיה חובת השבת אבידה. הם יכולים לקחת את זה לעצמם. ממילא כשמישהו מאבד שם חפץ הוא אומר לעצמו סטטיסטית שרוב הסיכויים שמי שימצא אותו הוא לא-יהודי, ומותר לו לקחת את הדבר לעצמו והמאבד ממילא התייאש. כלומר הסיבה לייאוש כי כי אנחנו מניחים שרוב המצויים במקום אינם חייבים להשיב אבידה.
  + שאלה מעניינת תהיה מה קורה אם אותם אינם-יהודים שחיים שם יש להם חובת השבת אבידה מכוח הדין שלהם. אם נניח שרוב האנשים שומרים חוק, ההנחה תהיה כנראה שיחזירו את החפץ ושהמאבד לא התייאש כי הניח כך.

העיקרון המשותף לכל אלה- אם מניחים (אובייקטיבית) שמי שאיבד דבר מסוג זה התייאש ממנו- אפשר לקחת לעצמנו.

בהנחה שמצאתי חפץ שאין עליו ייאוש וצריך להשיב אותו בפועל- איך נאתר את בעל החפץ? המשנה קובעת:

שכשהיה בית מקדש, והייתה מצווה בחגים לעלות לרגל, היה מקום בירושלים בו היו מתרכזים מאבדים ומוצאים. המוצא היה אומר מה מצא והמאבד מה איבד ונותן סימנים, ואם זה תואם- מחזיר לו. כאשר אין בית מקדש התחליף הוא בתי כנסת (לא בהכרח במובנו כמקום תפילה, אלא כמקום כינוס, כמו מתנ"ס) ובתי מדרש, כי סביר להניח שמי שאיבד את זה חי באיזור, אז מפרסמים כך שמי שחי במקום יוכל לראות זאת. החוק הישראלי למשל קובע שמי שמצא מציאה מביא אותה למחלקת אבידות של המשטרה- ואז גם המאבדים יודעים שהם צריכים ללכת לשם כדי למצוא אותה.

בדר"כ חובת ההחזרה באה ביחד עם חובת ההכרזה- כי אם לא תכריז לא תוכל לקיים את חובת ההחזרה, ההשבה. אם מצאתי חפץ שאין עליו הנחה שהבעלים התייאש אני חייב להכריז עליו, המשנה אומרת שצריך לעשות פעולות אקטיביות של הכרזה על החפץ ופרסומו כדי לנסות לאתר את המאבד למשך בערך שנה ("שלושה רגלים"). אבל גם כעבור שנה זה לא עובר לבעלות המוצא אלא יהיה מונח "עד שיבוא אליהו"- אתה לא צריך להמשיך להכריז על זה אבל לשמור עד שיתגלה מי המאבד.

עוד שאלה שעולה- מה קורה אם נמצא חפץ שעשוי להתקלקל- למשל ארגז פירות, שאם ממשיכים להחזיק אותו זה יגרום נזק לבעלים? במקרה כזה ניתן למכור אותו ולשמור את הכסף.

אם מצאתי חפץ שדורש טיפול- למשל בע"ח, אם יש גם הכנסות ואפשר לקזז איתן את ההוצאות- אני מחזיק אותו שנה אצלי, וכעבור שנה מוכר אותו ושומר את הכסף. אם מדובר על חפץ שיש עליו הוצאות טיפול ואין הכנסות- אני מחזיק אותו 30 יום, ואז אני יכול למכור אותו ולשמור על הכסף. הכסף בשני המקרים לא הופך להיות שלי- אני שומר אותו לבעלים.

מצוות השבת אבידה היא חובה- אני לא יכול להתעלם אם הלכתי ומצאתי משהו. אם אני אתעלם אני עובר על מצווה מן התורה. יחד עם זאת, יש מקרים בהם כן ניתן להתעלם ואני לא חייב להרים את הכסף:

* אם מדובר בחפץ שזמן הטיפול בו שווה יותר מאשר שווי החפץ. למשל אם שעת עבודה שלי עד שארים אותו משם תהיה שווה 200 ש"ח והחפץ שווה 100 ש"ח. אני מפסיד יותר מאשר שווי החפץ. אני לא חייב להרים אותו ולטפל בו.
* זקן ואינה לפי כבודו- לא זקן לפי הגיל אלא אדם בעל מעמד גבוה (תלמיד חכם למשל), שלא לפי כבודו- לא מכבד את המעמד שלו להרים דבר כזה ברחוב. אם מצאתי דבר שגם לעצמי לא הייתי מרים, אין לי חובה להשיב ומותר להתעלם, להשאיר לטיפולו של מישהו אחר.

במקרים בהם אני שומר את הכסף- יש מעורבות של בית הדין, כדי לוודא שאני לא מרוויח על חשבון המלווה ומעריך את החפץ נכון.

עד כאן היה הדין עצמו.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב**

רב יהודה (אמורא מהדור השני, תלמידם של רב ושמואל) היה הולך אחרי שמואל (אמורא מהדור הראשון) בשוק של אנשים שמוכרים חיטה. נקודת המוצא היא שרוב המצויים בשוק הזה הם לא יהודים. הוא שואל אותו שאלה (עיונית)- אם הייתי הולך בשוק הזה ומוצא ארנק, מה היה הדין? ארנק הוא דבר שיש בו סימנים (זה היה שקית תפורה מבד אז כל אחד היה תפור אחרת). לפי הדין בגלל שהרוב לא יהודים היינו צריכים להניח שהמאבד התייאש, לכן שמואל אומר לו שהוא יכול לקחת. אבל אם יבוא מישהו שישמע שהוא מצא את הארנק ויתן לו סימנים תואמים- התשובה לפי דין אמורה להיות שלא צריך להחזיר, כי מבחן הייאוש הוא אובייקטיבי ובמקום כזה ההנחה היא שהמאבד התייאש (למרות שאותו אדם ספציפי לא התייאש, רץ אחריי/הגיע אליי וכו'). אבל שמואל עונה לו משהו אחר- אתה חייב להחזיר במקרה כזה. הסוגיה אומרת שתשובותיו בעצם סותרות זו את זו, והוא עונה שכוונתו בחובה להחזיר היא לפנים משורת הדין (למרות שלא עשית פעולות לאתר את הבעלים אבל הוא הגיע אליך, לפנים משורת הדין שתחזיר לו). כלומר חייב לנהוג לפנים משורת הדין. מאיפה שמואל לקח את זה? מאבא שלו- שפעם מצא חמורים במדבר והחזיר אותם לבעליהם לאחר שנה (שזה פרק הזמן המקסימלי שהוא היה צריך להחזיק ולשמור אותם, והוא החזיק למרות שעברה שנה והחזיר אותם לבעלים).

מיד לאחר מכן מובא סיפור נוסף שבו דעה שונה מדעת שמואל.

רבא (דור רביעי) ורב נחמן (דור שלישי)- שני דורות מאוחר יותר הולך רבא יחד עם רב נחמן בשוק של רצענים, גם בו רוב המצויים אינם יהודים, והוא שואל אותו אותה שאלה לגבי הארנק- והתשובה הראשונה היא אותו דבר- אם נמצא בשוק הזה ארנק אין חובה להחזיר. ואז הוא שואל אם מישהו בכל זאת בא ונתן סימן מה הדין- הוא עונה לו שלא, גם במקרה כזה אתה עדיין יכול לקחת את זה. ואז הוא שואל "ולא עומד וצווח"- כלומר המציאות מלמדת שבעל האבידה לא התייאש, אז למה לא צריך להחזיר לו? אומר לו רב נחמן- צריך להבחין בין שני סוגים של "צווחות". אדם שספינתו טבעה בים מתייאש, הוא יודע שאין לו סיכוי לקבל את הסחורה שלו שטבעה במים, אבל הוא צווח. הצווחה שלו מלמדת על צער, על עצב, לא על היעדר ייאוש. לכן אם כשהוא איבד את זה הוא התייאש ומאוחר יותר הבין שיש לו הזדמנות לקבל את זה אז חזר בו- הייאוש מראש היה ייאוש ולכן אפשר להשאיר את זה אצל עצמך.

הוא לא אוסר עליו להשיב את הארנק, אבל הוא לא חייב, בניגוד לשמואל אמר לו שהוא חייב להחזיר. כלומר יש מחלוקת אם יש או אין חובה במקרה כזה לנהוג לפנים משורת הדין.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל עמוד ב**

רבי ישמעאל ורבי יוסי הולכים בדרך. פוגש אותם אדם שנושא שק של זרדים, עצים, והוא עומד לנוח- והניח את השק על הרצפה. הוא רוצה להמשיך ללכת אז הוא מבקש מרבי ישמעאל שעובר במקום שיעזור לו להטעין את השק על הגב כדי שהוא יוכל להמשיך ללכת. רבי ישמעאל שואל אותו כמה זה שווה- הוא כנראה לא רוצה להתעסק עם זה כי זה מלוכלך והוא למשל בדרך לבית המדרש להעביר שיעור, או בחליפה וכו'. הוא רוצה לקנות את זה מהסבל כדי לא להתעסק עם זה ולכן שואל כמה זה שווה. הסבל אומר לו שחצי זוס ורבי ישמעאל נותן לו. עכשיו כשרבי ישמעאל קנה את השק, הוא צריך עקרונית לקחת אותו- הוא שלו עכשיו. אבל הוא מפקיר אותו- אחרת יעבור מישהו בטעות וייקח אותו, וזה ייחשב לגזל. הסבל ששומע את זה חוזר ואומר שזה שלו, והוא מבקש מרבי ישמעאל שוב שיעזור לו להרים אותו. רבי ישמעאל שוב נותן לו חצי זוס, קונה ממנו פעם נוספת, ושוב מפקיר. הסבל עושה זאת שוב. רבי ישמעאל אומר שהוא מפקיר את זה לכל העולם חוץ מלסבל. נוצרת בזה בעיה- כי אם הפקרתי כל אחד יכול לקחת, ואם אני אומר למישהו שאסור לו לקחת- זה מכוח בעלות, כלומר השארתי לעצמי בעלות על הדבר והוא לא הפקר. ההנחה היא שזו הייתה הדרך של רבי ישמעאל להיפטר מהסבל כי כנראה הוא לא למד הלכה ולא הבין זאת. אבל הגמרא שואלת- הייתה לו דרך אלגנטית יותר להתחמק מהסבל הזה- הוא יכול היה לומר לו שהוא זקן ואינה לפי כבודו. החובה לסייע לאדם להרים או להוריד מטען היא גם כן חובה שמופיעה בתורה. אבל זה חלק מהמצוות כמו השבת אבידה- שפטורים ממנה זקן שאינה לפי כבודו (רק מהרמה לא מהורדה). אז למה הוא היה צריך, במקום באחת משלוש הפעמים לומר לו את זה, כביכול להפקיר ולעשות את התרגיל כדי להיפטר מלעזור לו? הגמרא אומרת שרבי ישמעאל לא רצה להשתמש בפטור שלו- הוא רצה לנהוג לפנים משורת הדין, להיות כאחד האדם, לעזור לסבל ולא לנצל את מעמדו המיוחד שמקנה לו פטור.

שונה מהסיפור הקודם בשני מובנים:

1. בסיפור הזה מי שמחליט לנהוג לפנים משורת הדין הוא רבי ישמעאל בעצמו, מיוזמתו, ולא שמישהו אמר לו לנהוג כך. בסיפור הקודם רב יהודה שואל את שמואל ושמואל אומר לו שהוא חייב לנהוג לפנים משורת הדין.
2. כאן זה סיפור שבפועל קרה- הם הלכו בדרך ופגשו את הסבל וכו'. במקרה הקודם זה היה דיון יותר עיוני- התלמיד שאל את רבו שאלה תיאורטית, מה אם היה מוצא ארנק.

11.01.21

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף פג עמוד א**

רבה בר חנן שכר לו חברת הובלה שתוביל לו חביות יין, חבית יין נשברה בדרך וזה ככ"הנ היה יקר והוא דרש פיצוי. הוא לקח להם את הגלימה שלהם- המעיל העליון- כנראה לא היה להם כסף לשלם לו והוא רצה להבטיח שישלמו לו פיצוי על הנזק שגרמו, אז הוא לקח את הגלימה כערובה לתשלום, או לחילופין ישתמש בגלימה, ימכור אותה וישיג את הכסף. באו להתלונן בפני רב (רבו של רבה) שהוא לקח להם את הגלימה. רב אמר להם לתת לו את גלימתם. המשמעות היא בעצם שהוא מוותר על דמי הנזק. רבה שואל אם כך זה הדין? (אפשר לפרש בכעס, שהוא שואל מה פתאום שזה הדין, ואפשר לפרש כאילו מתעניין ופשוט רוצה לדעת מה הדין, כי זה לא מה שהרב לימד אותו, הוא יודע שבתור ניזוק הוא זכאי לפיצוי). הרב עונה לו- כי כתוב בספר משלי "למען תלך בדרך טובים וארחות צדיקים תשמור". כלומר הוא דורש מרבה לנהוג בדרך טובים, למרות שהוא צודק לגבי הדין לוותר להם. הדין הוא גם לנהוג לפנים משורת הדין. הוא מחזיר להם את הגלימה, והם לא מסתפקים בזה ואומרים שעניים הם ועובדים כל היום, כלומר הם רעבים ואין להם מה לאכול. רב אומר לרבה ללכת לתת להם את השכר שהובטח להם עבור עבודת הסבלות. רבה שואל שוב, כך הדין? כלומר גם גרמו לי נזק שאני מוותר עליו וגם אני צריך לשלם להם את שכרם? רב אומר לו שכן.

רב מחייב בעצם את רבה לנהוג לפנים משורת הדין. (רבה לא רצה לנהוג משורת הדין בעצמו, רב לכאורה מכריח אותו לוותר).

**רש"י, שם**

בדרך טובים- לפנים משורת הדין.

**תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צט עמוד ב**

רב חייא- דודו של רב והיה גם שולחני- פורט כסף, מעין בנקאי, שנחשב למומחה בעניינים האלה. המטבע בניגוד להיום לא היה שווה סכום כסף קבוע, אלא לפי המשקל, מידת השחיקה. היה גם את עניין הטבעת חותם המלך על מטבעות, ולפעמים הייתה תופעה שאנשים היו מטביעים מטבעות בעצמם ולא היו מזהים את המטבעות האלה, המטבע לא היה עובר לסוחר.

אישה מראה דינר לרבי חייא, כדי שיגיד אם הוא ראוי ועובר לסוחר, או לא. הוא אומר לה שכן, מטבע מעולה והיא תוכל להשתמש בו. לאחר כמה זמן היא חוזרת ואומרת לו שכל מי שהיא מנסה לשלם לו עם המטבע הזה אומר לה שהוא מזוייף, תוך שהיא לקחה את המטבע מסוחר בהסתמך על חוות דעתו. הוא אומר לרב שיחליף לה את המטבע ויכתוב בפנקס החשבונות שלו שהוא הפסיד בעסקה הזאת.

יש פה כלל שבאינטואיציה ראשונית ייראה לנו הפוך מהמחשבה המשפטית שלנו- בהלכה יש כלל שאם מדובר באדם שיש לו מומחיות מיוחדת והוא טעה בחוו"ד או בפעולה שלו- אנחנו מגדירים את הטעות שלו כאונס- העדר רשלנות. אבל כדי להיות חייב בפיצוי צריך לייחס לו מידת רשלנות. אנחנו יוצאים מנק' הנחה שאם הוא כזה מומחה בתחומו והוא טעה- כנראה שהטעות הייתה בלתי נמנעת ולכן הוא פטור מלפצות. במקרה הזה רבי חייא אכן היה מומחה גדול בתחומו לכן הוא פטור מרשלנות. באינטואיציה שלנו היינו חושבים שהולכים למומחה מיוחד דווקא כי יש לו יותר ידע וסיכוי קלוש שיטעה. אבל בהלכה טעות של בעל שם היא אונס- במובן של היעדר רשלנות. הסוגיה שואלת למה הוא היה חייב לשלם? כי הוא החליט לנהוג לפנים משורת הדין.

כאן ההתנהגות הזאת לא נכפתה עליו אלא זה היה מיוזמתו. ייתכן גם שהיה לו אינטרס לזה- אם ינהג כך, יבואו אליו יותר אנשים.

2 שאלות שאנחנו צריכים לדון בהן:

1. האם יש באמת חובה, מחויבות לנהוג לפנים משורת הדין מבחינה משפטית, או רק מוסרית?

ואם יש חובה כזאת- למה זה עדיין לפנים משורת הדין ולא הפך להיות דין?

1. מתי יש לנהוג לפנים משורת הדין? (ברור שלא תמיד)

**מרדכי בבא מציעא, רנז** (רבי מרדכי הכהן)

באשר לשאלה 1- על סיפור הארנק- אנחנו בבתי הדין שלנו (בזמנו של המרדכי) כופים על התנהגות לפנים משורת הדין. למדנו את זה מהסיפורים שמצאנו בתלמוד שבהם כפו אותה. הוא אומר שהם כופים את זה אם היכולת בידו לעשות. אחד הפרשנים מפרש את זה כאם הוא עשיר.

התורה מצווה באופן מפורש שאסור להעדיף את העשיר (כדי לא לפגוע בשמו) או העני (מרחמים) בדין. דיין שיפסוק לטובת עני למשל, במקום שזה לא נכון, הוא עובר על הדין. המרדכי אומר פה שהוא כופה לנהוג לפנים משורת הדין רק על מי שיש ביכולתו לעשות- זאת כפייה סלקטיבית, כי היא לא חלק מהדין עצמו. אם יהיה צד עני וצד עשיר- לא תהייה כפייה, רק על עשיר כלפי עני. מותר לעשות את זה למרות הדין של איסור העדפת עני/עשיר כי זה לפנים משורת הדין, ואסור להעדיף רק בדין עצמו.

החידוש בדבריו- שהוא אומר שהוא כופה את זה, יכול לחייב מישהו לנהוג לפנים משורת הדין.

הוא מצטט משפט מעקידת יצחק- למה שתחרב ירושלים אם העמידו בה דין תורה? -כי לא עשו לפנים משורת הדין ולא סייעו במקום בו היה הדבר נדרש.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק יא הלכה ז**

מתייחס לדין של מציאה שנמצאה במקום שרובו גויים.

הוא אומר שהוא לא חייב להחזיר, רק אם הוא רוצה. אין לפיו חובה לנהוג לפנים משורת הדין אלא אופציה.

**רא"ש בבא מציעא ב, ז**

מביא גם כן את הסיפור עם הארנק. הוא מפרש את דבריו של שמואל בתלמוד לא בחובה משפטית אלא יותר כחובה דתית, מוסרית. לכן בית הדין לא יכפה על מי שמצא את הארנק להחזיר אותו, הוא לא חייב בדין, אבל בהקשר המוסרי כתוב שיש חובה כזאת.

**בית יוסף חושן משפט סימן יב**

ר' יוסף קארו פוסק שלא כופים זאת- ואף מוזר בעיניו שיש מי שחשב אחרת (על המרדכי).

**שולחן ערוך חושן משפט סימן יב סעיף ב**

מביא את שתי הדעות. רואה בעיקרון את הדעה של המרדכי כלגיטימית, מוכן לקבל אותה. (אבל פוסק להלכה שלא).

יש גם דעות ביניים- שלא כופים כפייה רגילה, אבל כן כופים כפייה חלקית.

**פתחי תשובה, שם**

יש דרכי כפייה שונות שעומדות לרשותו של בית הדין:

דרך אחת- כפייה פיזית, בשוטים, מכים אותו עד שישלם.

דרך שנייה- באמצעות נידוי, חרם חברתי. המשמעות היא שאנשים לא יתעסקו איתו.

ויש כפייה בדברים- כלומר באמצעות לחץ. בתפיסה הדתית הדיינים מייצגים את ה', הוא כביכול נמצא איתם כשהם פוסקים את הדין. לכן עוד יותר, כשהדיינים אומרים לצד מסוים שהם מבקשים שישלם- לאמירה הזאת יש הרבה משמעות, אף אחד לא רוצה להרגיש אחר-כך שהוא מתנהג לא נכון מבחינה דתית-מוסרית אם סירב. במיוחד בתקופה ההיא שהייתה חשיבות רבה לדין ואנשים התחברו אליו יותר מהיום.

לעומת כפייה רגילה שכוללת את כל שלושת הדרכים, דרך הביניים של כפייה לנהוג לפנים משורת הדין היא כפייה באמצעים חלשים יותר- יש שאומרים שבנידוי כן, ויש שאומרים שאפילו נידוי זה עוצמתי מדי לשם כך, אז משתמשים לא בו אלא בכפייה בדברים. זו לא ממש כפייה אבל כן מעורבות, לחץ שבית הדין מפעיל על האדם כדי שישלם.

באשר לשאלה 2- מתי נצפה מאדם שינהג כך, מה הקריטריונים?

1. (שיקול אחד שראינו- המצב הכלכלי, פערי כוחות).
2. שיקול נוסף שעולה מהמקרים בתלמוד- המעמד הדתי, החברתי- נצפה מאדם שנמצא ברמה חברתית-דתית גבוהה יותר לנהוג לפנים משורת הדין יותר מאשר מאדם "רגיל".

בכל הסיפורים מהתלמוד שראינו מדובר באמוראים, אבל יש אולי גם עניין כללי יותר- הרמב"ם מדבר במקומות שונים על המצווה לקדש את שמו של ה' בעולם, ועל האיסור לחלל את שמו של ה' בעולם מצד שני. הוא מסביר מה נקרא לקדש ומה לחלל, ואחת הדוגמאות ל"לקדש שם שמיים" (את שמו של ה')- היא אם אדם למד הרבה תורה ומתנהג ביחסים בין אדם לחברו מעבר לנורמה הרגילה- הוא מקדש את שמו של ה' בעולם, כי אנשים אומרים שהתורה גרמה לו להיות אדם טוב יותר, נעים יותר, מכבד את הבריות… ולהיפך- אדם שעסק הרבה בתורה אבל ביחסים בין אדם לחברו התנהגותו שלילית, זה חילול ה'- כי יגידו מה שווה התורה אם ביומיום הוא מתנהג הפוך. נצפה ממי שרמתו החברתית-דתית גבוהה יותר לנהוג לפנים משורת הדין גם ביחסים שבין אדם לחברו.

**תוספות מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב**

בעלי התוספות מנתחים את המקרים שראינו ומקרים נוספים, ואומרים שעולים מהם עוד שני שיקולים:

1. האם ההתנהלות לפנים משורת הדין תדרוש מאדם להוציא כסף מכיסו, כלומר **תגרום** לו **הפסד**, או שלכל היותר **תמנע** ממנו **רווח**?

למשל בדוגמא עם הארנק- אם מצאתי ארנק ויגידו לי להחזיר אותו, אני לא מרעה את מצבי, לכל היותר נמנע ממני רווח שחשבתי שזכיתי בו.

במקרה של ר' ישמעאל עם הסבל- הוא לא נדרש להוציא כסף מכיסו, הוא יכול היה פשוט לעזור לו להרים.

לעומת זאת אם ניקח את המקרה של הסבלים או רבי חייא השולחני- ההתנהגות לפנים משורת הדין גרמה הפסד, הוא ויתר על הגלימה ושילם להם את שכרם. הוא ויתר על דמי הנזק, הוא ויתר על דבר שהוא שלו, הוא הפסיד מזה.

בעלי התוספות אומרים שכאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין איננה גורמת הפסד- הציפיה/חובה לנהוג לפנים משורת הדין חזקה יותר מאשר במקרה שבו משמעותה היא שאני צריך להוציא כסף מכיסי, שנגרם לי נזק.

1. האם ההתנהגות לפנים משורת הדין מחייבת אותי או גורמת לכך שאני עושה **משהו שאחרים לא חייבים** **בו**, או שהמשמעות שלה היא שאני **לא מנצל** איזשהו **פטור שיש לי** בגלל המעמד המיוחד שלי?

בדוגמא של ר' ישמעאל שמסייע להרים את השק- הוא לא היה חייב לעזור כי זקן ואינה לפי כבודו, לעומת רוב האנשים שאם היו עוברים שם כן היו צריכים לעזור לו. כלומר לר' ישמעאל יש פטור מיוחד, וההתנהגות שלו היא אי-ניצול הפטור שיש לו והתנהגות כאדם רגיל.

גם במקרה של ר' חייא השולחני- רוב בני האדם שהיו טועים בחוות-הדעת היו צריכים לפצות את האישה. אבל בגלל מעמדו המיוחד פטור, וכשהוא מפצה אותה הוא לא מנצל את הפטור שלו אלא מתנהג כמו רוב השולחנים ומפצה אותה.

לעומת זאת במקרה של רבה- ההתנהגות לפנים משורת הדין משמעותה להיות מעל הנורמה, כי כל בן אדם שהסבלים היו גורמים לו נזק היה זכאי לפיצוי מהם, זו לא זכות שיש דווקא לרבה בגלל מעמדו. הדרישה ממנו לבטל על הפיצוי היא ויתור על משהו שמגיע לכולם. פה ההתנהגות לפנים משורת הדין דורשת ממנו לעשות מעבר למה שהנורמה הרגילה מחייבת.

ככל שההתנהלות לפנים משורת הדין היא אי-ניצול פטור ייחודי שלי, הציפיה או החובה להתנהג כך היא גבוהה יותר.

סיכום 4 השיקולים**:**

* שיקול מעמד כלכלי
* שיקול מעמד דתי
* השאלה אם נגרם הפסד או לא
* השאלה אם זה פטור מיוחד או לא

השיקולים השונים יכולים להביא לתוצאות שונות. יש מקרים שהם לא מובהקים ולא כל השיקולים יתמכו או יתמכו פחות. לכן נאזן בין שיקולים שונים ונחשוב איזה משקל לתת לכל שיקול לאור הנסיבות.

אחת הטענות שיש כנגד עולם ההלכה היא שהיא מאוד פורמליסטית. אחת השאלות היא כמה לנהוג בכללים הפורמליים, או לפסוק יותר לפי חוש צדק, ערכים וכו'. הטענה היא שהכל נכנס לתבניות ואתה לא יכול לסטות ימינה ושמאלה. דברים כמו לפנים משורת הדין מאזנים את התמונה. ברור בהלכה שיש לזה מקום בה, מעורבות. במקום בו התוצאה הפורמלית בעיני בית הדין תיראה כמו אבל, דבר לא צודק וכו', אפשר לאזן את זה עם לפנים משורת הדין. זהו כלי שמאזן את הפורמליזם שמייחסים להלכה.

# חיוב בדיני שמיים

כלי נוסף למימוש עשיית הישר והטוב (אחרי לפנים משורת הדין).

הביטוי חיוב בדיני שמיים נאמר בעיקר בהקשר של דיני **נזיקין**. אם אדם אחראי לנזק הוא צריך לפצות את הניזוק. לעומת הדין הישראלי, בהלכה אנחנו מבחינים בהקשרים שונים בין מעשה לבין מחדל. בדר"כ נטיל על בן אדם אחריות מלאה על מעשים שהוא עשה, ופחות על מחדל- בין נזיקין שאדם עשה לבין נזיקין שהוא גרם (בעקיפין).

**משנה מסכת בבא קמא פרק ו**

הייתה לאדם אש, שהיא דבר מסוכן אם לא שומרים עליה. והוא מסר אותה לחירש (לא שומע ולא מדבר), שוטה (חסר הבנה) וקטן (בן 12-13)- שאין להם מספיק דעת, לא מבינים את המסוכנות בדבר כשאני מוסר להם אש. זה לא נקרא שהגנתי כראוי על אש- כי השגחה על אש זה למסור אותה לאדם פיקח. אותו שוטה/קטן/חירש הלך והצית את השדה של השכן- זה ייחשב כגרם- מעשה שאני גרמתי אבל לא עשיתי, לא הצטתי בעצמי באופן ישיר. יש לי אחריות עקיפה בכך שמסרתי את האש למי שלא יודע להשגיח עליה.

**תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף נה עמוד ב**

הגמרא מביאה דוגמא של אדם שנותן סם המוות לבהמת חברו- כלומר קונה רעל. אם לשכן שלי יש בע"ח (בהתייחסות אליו במובן הכלכלי, כעבודה) ואני לא אוהב אותו, אני הולך וקונה רעל. אם אני אאכיל אותו בידיים ברעל- אני חייב, האכלתי אותו ברעל בידיים. אבל אם אני אפזר אותו בשדה בו אותו ובע"ח מסתובב והוא יאכל אותו וימות, זה נקרא גרם. זה עקיף. לולא קניתי את הרעל ומפזר אותו בחצר הוא לא היה אוכל אותו ומת, יש קשר סיבתי, אבל בכל זאת ההלכה מבחינה בין גרם לנזק ישיר והחיוב הנזיקי הוא רק על נזק ישיר.

**אין קשר גם לשאלת הכוונה**- לא משנה אם רציתי או לא רציתי שהוא ימות, אם התכוונתי לגרום לו נזק. נזק עקיף נקרא **גרמא**. הוא לא יהיה חייב חיוב משפטי רגיל (שאדם מחויב בנזק ישיר).

\*יש נזקים שאדם גורם וכן יהיה חייב חיוב רגיל- גרמי.

לא מדובר בשוליים של דיני הנזיקין, חלק גדול מהם יהיה מקרים שהם גרמא (נזק בצורה עקיפה). בכל מקרה שאנחנו מסווגים בגרמא- אדם אמנם יהיה פטור מדיני אדם, כלומר בית המשפט לא יאכוף את החוב הזה, אבל כן יש חיוב בדיני שמיים. הוא לא פטור לגמרי אבל אין חיוב משפטי רגיל.

**רש"י- מסכת גיטין דף נג עמוד א**

רש"י לוקח את חייב בדין שמיים לכיוון הענישה- גם אם אדם פטור מלשלם על הנזק, משמיים יענישו אותו, כי הוא התכוון לגרום נזק.

\*לפי ההלכה אסור לגרום נזק, גם אני מוכן לגרום אותו ולשלם, זה אסור מלכתחילה.

**ראב"ן** (ר' אליעזר בר נתן)

בוחר להתמקד בפן אחר. מקום שאמרו חייב בדיני שמיים, זה לא שבית הדין אומר לך 'לך הביתה'. הם אמנם לא כופים עליו, אבל משתדלים לגרום לכך שישלם- אומרים לו שיש לו חובה כזאת.

זה משפט דתי, אדם ירצה למלא אחר רצונו של ה', שבית הדין משקף ומעביר לכאורה.

כי דינו מסור לך- אתה עלול להיענש אם לא תשלם. הוא לא מתרכז בתשלום עצמו, אלא אומר שאדם צריך **לרצות את חברו**, את הניזוק, ע"י זה שישלם לו- גם אם לא ישלם את מלוא הסכום ותהיה ביניהם כנראה פשרה כלשהי. מידת העוצמה והלחץ של בית הדין יפעיל על המזיק ישתנה לפי הנסיבות וזה כנראה ישפיע גם על הפשרה בין הצדדים.

**ים של שלמה** (ר' שלמה לוריא)

החיוב בדין שמיים זה משהו שבית הדין מעורב בו ויכול להתערב ול**לחוץ**.

**בית הבחירה** (ר' מנחם בן שלמה המאירי)

בהלכה יש הרבה אנשים שהם פסולי עדות, אם יש קושי בנאמנות שלו או שהוא נוגע בדבר וכו'. גזלן למשל הוא פסול עדות- שחייב לשלם ולא משלם, מחזיק בידיו כסף שאינו שלו.

המאירי אומר שמי שאמרנו עליו שהוא חייב בדיני שמיים- כלומר הוא חייב לשלם (למרות שאין עפ"י מה לאכוף את זה) ואם הוא לא משלם הוא גזלן ופסול עדות עד שישלם.

מחזק את המשמעות של חיוב בדיני שמיים. זה אמצעי שנותן לבית הדין יותר גמישות, עוזר לו להגיע לתוצאה שהיא לפנים משורת הדין.

14.01.21

דיברנו על עשיית הישר והטוב, שעובדת ב-3 רמות-

1. תקנות חכמים
2. בית הדין- לפנים משורת הדין, חיוב בדין שמיים
3. בדין הפרטי

ברור שהשאיפה והציפייה היא שאדם ישים לנגד עיניו את עשיית הישר והטוב, גם במקום שבו לא אומרים לך איך אתה צריך להתנהג, לפי שיקול דעת ונסיבות. אבל יש מקרים שבהם ההלכה או חז"ל הכתיבו לנו מהו הישר והטוב, איך הם היו רוצים שננהג- הנחיה שאינה מחייבת, בית הדין שלא אוכף אותה, אבל הוא גם לא מתערב בה (לעומת בדין שמיים). הדין מכווין התנהגות- מה היה טוב וראוי שתעשה, אבל בית הדין לא מעורב בעניין (לפחות לא באופן ישיר).

# רוח חכמים ומידת חסידות

**רוח חכמים נוחה הימנו**-לפעמים מנוסח גםכאין רוח חכמים נוחה. אם החכמים מרוצים מההתנהגות או לא. הכוונה כמובן לחכמים כמייצגים את התורה והלכה ולא כאנשים פרטיים.

**מידת חסידות**- חסיד- אדם שנוהג מעבר לנורמה הרגילה. מידת חסידות- אם אתה רוצה להיות "סופר בסדר" תתנהג כך.

בין שני הביטויים יש כנראה הבדל- רוח חכמים נוחה זה נכון לכולם ומידת חסידות מצפים רק מי שעומד במקום יותר גבוה. אנחנו נראה את זה במעורבב, לא נעשה את ההבחנה.

**תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף קלג עמוד ב**

אם אדם עושה צוואה, זה גובר על דין הירושה- הוא יכול לצוות למי להעניק את הרכוש אם לא רוצה שזה יתחלק לפי החוק. חוק הירושה מסדיר גם איך לערוך צוואה כדי שתכובד.

גם התורה קובעת כללי ירושה. הפרטים לא זהים לפרטים בחוק הישראלי. גם המשפט העברי פתח אופציה לחלק את הנכסים בשונה מן הדין, אבל התפיסה של המשפט העברי היא שאדם לא יכול לצוות מה יעשו בנכסים אחרי מותו. כשהוא מת- אוטומטית בעלותו פקעה. הפתרון של ההלכה הוא נתינת מתנה- בחייו. הבעיה היא שהוא רוצה לחלק מתנה אבל בינתיים להשתמש בנכסיו כרגיל, לא שישתלטו לו עליהם כשיש לו עוד זמן לחיות. אז יש לו אפשרות לחלק מתנה כך שהיא תיכנס לתוקפה רגע לפני המוות, וכך הוא גם משאיר לעצמו אפשרות לחזור בו לגביה. אחרי שהוא ימות נדע שדקה לפני כן הנכסים עברו למי שנתן אותם במתנה.

המשנה אומרת שמי שמחליט לכתוב שטר מתנה של נכסיו לאחרים ולא הכליל את בניו בירושה- מה שהוא עשה יהיה תקף משפטית, השטר יכובד. אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו.

**רשב"ם, שם**

אין לחכמים נחת רוח ממעשיו אלא חרון אף גורם להן, שכועסים עליו שהוא עקר נחלה (ירושה) של תורה.

כלומר עקרונית ומשפטית אדם יכול להעביר את נכסיו למי שירצה וזה יכובד, אבל מראש אומרים לו שידע שהחכמים לא היו מרוצים מהתנהגות כזאת. כי התפיסה העקרונית היא שאב אמור להעביר את הירושה לבניו, וזו הדרך בה התורה רצתה שינהג.

**רשב"ג** מסייג את זה קצת- אם בניו לא נוהגים כשורה, אז כל הכבוד, כלומר אולי טוב שלא נתן להם את הירושה.

למה לא הותקנה תקנה שתמנע את האפשרות הזאת?

יש עניין של שיקול דעת ונסיבות- למשל אם מישהו שיש לו הרבה כסף ורוצה לתרום לעניים, או לתת לבן אחד הכל כי יש לו מוגבלות כלשהי, כנראה לא יגידו על אלה שרוח חכמים אינה נוחה. המטרה היא להשאיר מידה מסוימת של גמישות.

**תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צד עמוד ב**

הלשון כאן היא שלילית- רוח חכמים לא נוחה.

הגזלן והמלווה בריבית צריך להחזיר ללווה או לנגזל מה שנלקח כדי להיות בסדר. יש 2 מקרים-

1. כשהוא נתפס, ואז מכריחים אותו להחזיר
2. אדם מיוזמתו- מחליט "לעשות תשובה", החליט שהוא חוזר בו

לפי ההלכה, אם מדובר בעניינים שבין אדם למקום, במקרים שאדם רוצה לחזור בו, הוא צריך לבקש סליחה מה' ולקבל על עצמו לא לעשות את זה בעתיד. אבל אם זה בין אדם לחברו, הוא צריך לרצות את חברו. הוא צריך להחזיר מה שלקח, אחרת זה לא נקרא שהוא שיפר דרכיו/עשה תשובה. יחד עם זאת, הנגזל יכול לוותר. אם הגזלן בא אל הנגזל הוא יכול למחול לו על החוב.

הברייתא אומרת שאם גזלן או מלווה בריבית בא להחזיר לך מה שהוא גזל- רוח חכמים תהיה נוחה אם תגיד שאתה מוותר לו, ולא תהיה נוחה אם תעמוד על שלך ותקבל את זה. למה? כי רוצים לעודד אותו לחזור בתשובה, להחזיר לדרך הישר, אבל הדרישה להחזיר מה שלקח מכל אחד עלולה להרתיע אותו (בסיפור זה מדובר על אדם שחי על גזל, וזה לא כ"כ מעשי להחזיר הכל ועדיין נרצה שהוא יפסיק לגזול).

ניתן להניח שצריך להבחין בין סיטואציות שונות, שלא מדובר בסוגיה על סכומים גדולים אלא מעט ממספר אנשים. כלומר שכשהוא בא להחזיר את זה אפשר להסתדר גם בלי, זה לא יהווה שינוי גדול בשביל הנגזל. הדין מכתיב כיוון, לא מכריח אותו לא לקבל אבל מעודד אומר שהיה רוצה שיוותר עדי לעזור לו ולעודד אותו.

**משנה מסכת שביעית פרק י, משנה ט**

מביאה 3 מקרים, התנהגויות- שבהם רוח החכמים נוחה.

1. המחזיר חוב בשביעית- למרות שאתה לא חייב, מצפים שאם יש אפשרות תחזיר את החוב בשביעית, רוח החכמים תהיה מרוצה מהתנהגות כזאת.
2. גר (אדם שהתגייר) כאילו נולד מחדש, העבר שלו נשאר בצד. אם יש לו ילדים, בן ובת (ואפילו הם התגיירו), הם יכולים להתחתן- כי הם כאילו התחילו מאפס, השושלת שלהם כביכול נמחקה (אמנם חכמים כן קבעו שאי אפשר, אבל עקרונית כן). הם כביכול לא ילדיו, לכן הם גם לא יורשים אותו. כשהוא מת, הנכסים שלו הופכים להיות הפקר- בעלותו הסתיימה והנכסים לא עוברים לאף אחד אחר, אין לו יורשים, כי אין לו כביכול משפחה מבחינה הלכתית. נכסי הפקר- הראשון שיעשה בהם מעשה קניין יזכה בהם. יש להניח אחד משניים-

* עוד לפני שהגר ימות הוא יעשה שטר מתנה ויצווה את הנכסים במתנה לילדיו.
* הראשונים שיגיעו במקום יהיו כנראה הילדים שלו וה הראשונים שיעשו את מעשה הקניין.

קושי מיוחד מתעורר כשהגר הלווה את הנכסים שלו למישהו אחר, ומת תוך כדי שהם אצל הלווה. הוא הראשון שיזכה בהם. הוא לא יצטרך להחזיר אותם, הכסף יישאר אצלו. אבל הילדים יפגעו מזה, לכן חז"ל אומרים שאמנם הלווה לא חייב להחזיר להם, אי אפשר לכפות את זה עליו, אבל רוח חכמים תהיה נוחה אם הוא כן יחזיר לילדים של הגר.

גם כאן- למה שלא יתקינו תקנה שאם גר מת על הלווה להחזיר את החוב לבניו?

השערה היא שזה בגלל מקור אחר בחז"ל שהחכמים לא מטריחים להתקין תקנה על מקרה שהוא לא כ"כ מציאותי, שהוא נדיר.

1. (נדבר בהמשך)

**תלמוד בבלי מסכת חולין דף קל עמוד ב**

לקט שכחה ופאה ומעשר עני- בשם אחד כולל זה נקרא מתנות עניים.

אדם שיש לו תבואה, גידולים חקלאיים, צריך להפריש חלק מהם לטובת עניים. פאה- כשאדם קוצר את השדה שלו הוא צריך להשאיר חלק (בממוצע 2%) שהוא לא קוצר בשביל העניים. לקט- כשהוא אוסף את התבואה ומרים אותה, אם נפלו לו כמה- הוא לא ירים את זה, ועני יוכל לבוא ולאסוף. שכחה- אם הוא אסף את התבואה ומרים חבילות חבילות ושכח חבילה אחת בחוץ- הוא לא יחזור לקחת אותה אלא ישאיר לטובת עניים. מעשר עני- בשנים שלישית ושישית מפרישים מעשר עני.

יש במשנה גם הגדרה למיהו עני ויכול להינות מהמתנת האלה- מי שאין לו 200 זוז, שזה פחות או יותר צרכי קיום מינימליים לאדם לשנה.

הברייתא מדברת על מקרה מיוחד- בעל בית (אדם שהוא לא עני, יש לו נכסים, פירות, פרנסה וכו') אבל הוא עובר ממקום למקום- עבר מהבית שלו למקום אחר והתעכב, הוא לא לקח מספיק כסף/אוכל ואין לו מה לאכול כרגע במקום החדש. מותר לו לקחת פאה/מעשר/לקח/שכחה במקום בו הוא נמצא- כי הוא עני כרגע במקום שבו הוא נמצא.

ומה קורה כשהוא חוזר הביתה? אם הוא אכל/לקח 100, האם יצטרך כשיחזור הביתה לשלם 100 לעניים?

אם הוא רוצה לנהוג מידת חסידות כשהוא יחזור לביתו הוא ישלם. הוא לא חייב לשלם כי היה לו מותר, גם כי הוא היה מוגדר כעני בתנאים בהם הוא היה, וגם כי זה ממון שאין לו תובעים- אין מי שיתבע אותו, אי אפשר להוכיח שאם לא היה לוקח את זה מישהו אחר היה לוקח. אי אפשר לדרוש ממנו לשלם, אבל אם הוא רוצה לנהוג מעל הנורמה המחייבת הוא יכול לשלם את ה-100 הזה ולתת לעניים.

כאמור, מידת חסידות לא מצופה מכל אחד. אולי פחות עוצמתי מרוח חכמים אינה נוחה.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא נא עמוד ב**

דין הונאה- אם אני קונה/מוכר חפץ בשווי שהפער שלו ממחיר השוק הוא יותר מ-20%, יש טענת הונאה. עד מתי אדם יכול לטעון טענת הונאה? השאלה עוד יותר חריפה כשמדובר במטבעות כסף, אם חשבנו שהם שווים פחות וגילינו שהם שווים יותר ויש פער. הבעיה היא גדולה יותר כי כסף עובר מיד ליד, הוא קיבל את הכסף ממישהו אחר והעביר אותו גם הלאה. אם אבוא מיד, אולי הוא עוד יוכל להחזיר, אבל אם אבוא אחרי זמן רב הוא לא יוכל להחזיר ולזכור למי נתן אותו ולאן זה הועבר, או מי הסוחר שממנו קיבל את המטבע.

לכן המשנה אומרת שפרק זמן ההונאה הוא פרק זמן קצר. אם אתה גר בעיר ויש לך שאלה לגבי המטבע- רוץ לשולחני ותשאל אותו. כמה זמן שיכול לקחת לשאול אותו- למשל שעתיים, שלוש שעות… זה יהיה פרק הזמן שעד אליו אפשר לטעון טענת הונאה. אם התמהמהת- אין לך זכות משפטית לטעון טענת הונאה.

אם אתה גר בכפר- עד ערב שבת. כי בכפר אין שולחני אז צריך לנסוע לעיר לבקש ממנו חוו"ד, ובערב שבת כולם נוסעים לעיר לקנות ולמכור סחורה ותוכל לשאול שולחני.

אם בכל זאת בא אדם אחרי פרק הזמן הזה, למשל אחרי כמה חודשים, ואומר שהשווי שהם חשבו לא היה נכון ומבקש פיצוי- עפ"י דין אין חובה לפצות אותו. אבל אם אתה רוצה לנהוג מידת חסידות, ואני אכן מזהה שזאת המטבע שאני נתתי לו, מידת חסידות- לפצות אותו.

18.01.21

**שו"ת תשב"ץ חלק ג, קצ**

הייתה אישה שאין לה נכסים, ואין לה כנראה ילדים, משפחה קרובה. היא חולה וכנראה מבינה שיש אפשרות שהיא לא תתרפא מהמחלה, והיא מחליטה להעביר את הנחלה- לעשות צוואה, (לתת את הירושה במתנה בעצם). יש לה קרוב משפחה (לא במעגל הראשון) שעפ"י דין תורה אמור יהיה לרשת אותה, אבל היא מעדיפה לתת את הנכסים והירושה לטובת עניים ובית כנסת, לתרום את כספה לטובתם ולטובת עניי העיר. בנוסף, הקרוב הזה שראוי לרשת אותה עפ"י דין תורה- הוא בעצמו גם כן עני, ויש לו בנים שהם בני תורה ובת שצריכה להינשא (והוא צריך לתת נדוניה) והוא נאלץ לקבץ נדבות בעיירות סמוכות, כלומר מצבו הכספי קשה.

השאלה- ההקדש שהאישה רוצה לעשות (שהוא למטרות חיוביות)- אם הוא ראוי, אם רוח חכמים נוחה עמה.

השואל לא שואל את התשב"ץ אם מותר לה לעשות את זה, וגם לא שואל האם לכבד את מה שהיא עשתה במידה והיא כבר עשתה את זה ומתה, או לפסול אותו?

ברור לשואל כנראה שאם היא כבר עשתה, מכבדים את זה, מבחינת ההיתר והתוקף המשפטי היא רשאית לעשות את זה והשואל מניח שאם היא מתה זה גם בתוקף. השאלה שלו היא אם דעת חכמים נוחה עם זה.

התשובה- כולם יודעים שמה שאמרו בגמרא (בתלמוד)- עצה לא לשתף פעולה במקום שבו אדם מבקש להעביר את נכסיו מבן רע לבן טוב או מבן לבת. כי רוח חכמים היא שהנכסים יעברו לפי ירושה עפ"י דין תורה. כשאדם מעביר מבן אחד לבן אחר, בסופו של דבר כל הבנים היו אמורים לרשת אותו, הוא לא מוציא את זה החוצה אלא משאיר בין הבנים רק עושה חלוקה אחרת. כך גם עם הבנות, הן כן ראויות לרשת בסיטואציות מסוימות, הן לא צד ג'. אם אפילו כשאדם מעביר את הנכסים בין ילדיו, והוא רק מחלק את זה אחרת- אפילו מזה הסוגיה מסתייגת ואומרת לא לעשות את זה, אז עוד יותר כשמדובר בצד ג', כמו הקדש של בית כנסת. זה נחשב מי שלא ראוי ליורשו. בית הכנסת עם הכסף או יחזק את בדקו (לשפץ, תיקונים) או לפרנסתו, הוצאות שוטפות- חשמל, שמן למאור וכו'. אלה הוצאות שאם לא תורמים- מוטלות על הציבור. כשהאישה הזאת נותנת את הנכסים שלה לטובת בית הכנסת- היא פוטרת את הציבור מזה, נותנת את זה לכל אחד ואחד מחברי הקהילה, כלומר הם לא יצטרכו להביא את הכסף למימון בית הכנסת כמו בדר"כ. האישה הזאת באופן עקיף נתנה את זה לכל אחד מהקהילה, מהציבור. זה אמנם לא מה שהיא ציפתה, אבל בית הכנסת יפטור את הציבור. זה כאילו היא לקחה את הנחלה מהקרוב הראוי ליורשה ונתנה ל-1000 צדדי ג', שאינם ראויים ליורשה. עם זה רוח חכמים לא נוחה.

הוא אומר שהיא בעצם נותנת לציבור ולעניים ולא לבית הכנסת, וזו הדוגמא הקלאסית לרוח חכמים אינה נוחה. באשר לעניים:

1. כשאר האישה תורמת, היא פוטרת את הציבור מחיובו לתת צדקה (שהיא מחייבת, לא וולונטרית, מעין מס). גם כאן היא כאילו לא נותנת לעניים אלא פוטרת את הציבור מלתת להם, כמו לבית הכנסת.
2. "עני המהפך בחררה"- סוגיה בה עני לוקח וחוטף מעני שנייה לפני שלקח משהו, והסוגיה אומרת שזה נקרא רשע, הוא כבר עוסק בזה אז לך חפש לך במקום אחר. גם כאן- העני הקרוב היה אמור להגיע אליו וכשיבואו עניים אחרים ויקחו את זה כשזה כמעט שלו, זה כמו עני המהפך בחררה.

אבל כל זה- אם האישה כבר עשתה זאת, נתנה את המתנה, זה לא מתבטל, פשוט לא ראוי לעשות כן. אבל אם היא עוד חיה וניתן להשפיע עליה- צריך לומר לה שעדיף לתת לעני הקרוב ולא לעניים זרים. כלומר דומה ל"מה שעשה עשוי, אבל רוח חכמים אינה נוחה עמהו".

אין בחלק זה חידוש גדול, גם עד עכשיו נאמר שמה שנעשה עשוי, ורוח חכמים לא נוחה עימנו. אבל מראים כאן לפי העובדות שבית הכנסת והעניים הם מעין צדדי ג' ולמרות שזה כביכול נראה כמטרות מוצדקות, עדיין רוח חכמים אינה נוחה.

התשב"ץ, במחשבה שנייה, מרחיק לכת ואומר שאפשר לבטל את המתנה ולא לכבד את הפעולה המשפטית ולתת לאותו קרוב.

איך אפשר לבטל?

באופן עקרוני זו מצווה אצל חז"ל לקיים את דברי המת, את צוואתו. אבל הוא מתבסס על דוגמא של ר' יהודה הנשיא (שהיה עשיר) שבונה עם הכסף בניין בית כנסת/שער מפואר ומראה לתלמידו שהוא השקיע בזה את הכסף, ותלמידו במקום להחמיא ולהתפלא כצפוי אומר בחריפות שהוא בבנייה הזאת לא השקיע כסף אלא חיים של אנשים כביכול- הוא היה צריך להשקיע בצרכים אחרים, אנושיים- כמו חינוך, בריאות, עניים וכו'. הוא משתמש בפסוק בו עם ישראל שכח את ה', ברור שכאן הוא לא רוצה לומר שרבי יהודה הנשיא הוא עבריין או פושע, אלא ששיקול הדעת שלו וסדרי העדיפויות שלו היו משובשים והוא היה צריך להשקיע את כספו בדברים היותר חשובים.

המשיב (התשב"ץ) אומר שמכאן אפשר להסיק את המסר שסדר העדיפויות הוא שצרכי העניים והחולים עדיפים על בניין בית כנסת. זה מתואר כמעשה עבירה כביכול. ויש הלכה- צוואה של שכיב מרע- בדר"כ מתנה דורשת מעשה קניין, אבל כשאדם שכיב מרע (גוסס) גם אם הוא לא עשה מעשה קניין מקשיבים לו למה שביקש וציווה. אבל לא נקשיב לו כאן, כי אנחנו מצפים שאדם לא יבקש לעשות עבירות מנכסיו, ואם הוא ציווה כנראה דעתו כבר לא הייתה שקולה.

לכן לא נקשיב לאישה שביקשה לתרום כספיה לבית הכנסת- זה כאילו ציוותה לתת למבנה במקום לעני, כמו במקרה של ר' יהודה הנשיא, ואמרנו שם שזה כמו לבנות לעבודה זרה, עבירה- היא כאילו ציוותה לעשות עבירה בנכסיה. לכן אין לכבד את בקשתה וצריך לתת נכסיה לזה שראוי ליורשה.

רוח חכמים לא נוחה- עניין לאדם עצמו איך להתנהג, אבל בעקיפין יכול להשפיע על בית הדין. לולא היו אומרים בחלק הראשון שרוח חכמים אינה נוחה, לא היה בונה המשיב את ה"קונסטרוקציה" שבנה בחלק השני כדי לבטל את הצוואה. רוח חכמים אינה נוחה לא היה מספיק כדי לבטל אותה, אבל זה נתן לו בסיס ולגיטימציה לבנות את הסיבה והדרך איך כן לבטל אותה. כלומר זה נתן לו לגיטימציה מוסרית למסקנה מרחיקת הלכת הזאת.

רואים כאן איך הפוסק מנסה לעקוף את "דרך המלך" כדי להגיע לתוצאה שנראית לו נכונה. כשהוא לא מסכים עם הדין הוא משחק עם הכללים והכלים הקיימים כדי להגיע לתוצאה שנראית לו נכונה בנסיבות העניין. זאת לעומת המשפט הישראלי, שבו חוקים אנושיים, והשופט יכול לתת להם פרשנות אחרת. בהלכה אלה חוקי האל ומטרת הפוסקים להגשים את רצונו. ההבנה כאן היא לפי הנסיבות בפני התשב"ץ. זו לא הלכה אבל זה כלי שניתן יהיה להשתמש בו במקרה מתאים.

# מי שפרע ומחוסר אמנה

מחוסר אמנה- אדם לא אמין, אי אפשר לסמוך עליו. דומה לרוח חכמים לא נוחה עמנו, החכמים לא מרוצים מהתנהגות כזו ולכן לא נאמין לו. שני הביטויים הללו מתקשרים לכל מה שאמרנו עד עכשיו, אבל הם ביטויים ייחודיים שהתלמוד מתייחס אליהם בהקשר ספציפי. עפ"י ההלכה כל עסקת מכר כדי להיכנס לתוקף צריך מעבר לגמירות דעת גם שיתלווה לעסקה מעשה קניין (סימול בעלות). מיטלטלין- משיכה והגבהה, מקרקעין- חפירה בקרקע, פריצת/נעילת גדר וכו', פעולות שעושה הקונה, שבדר"כ מי שעושה אותן הוא הבעלים וזה מסמל את העברת הבעלות. משפטית אם הולכים לבית הדין ולא היה מעשה קניין- זה לא מספיק כדי שהבעלות תעבור. אבל מבחינה מוסרית זה נראה לא טוב אם אדם חוזר בו מהעסקה.

למה משנה אם הבעלות עברה או לא? אם הדבר ניזוק, מי יפסיד. אם עוד לא היה מעשה קניין- המוכר יפסיד, אם היה מעשה קניין והבעלות עברה למוכר (גם אם פיזית נשאר עדיין אצל המוכר)- הקונה הפסיד.

בהקשר המוסרי מבחינים באיזה שלב של העסקה הצדדים נמצאים:

1. היו סתם דיבורים, לא סוכם כלום. התעניינות בלבד. אין משמעות, לא מחייב.
2. סוכמו הפרטים, המחיר וכו', אבל עדיין לא התחלנו במימוש, לא היה תשלום ולא היה מעשה קניין.
3. הכסף שולם, אבל עוד לא היה מעשה קניין.
4. בוצע מעשה קניין (גם אם הכסף לא הועבר הבעלות עברה).

במקרה של 3- שאדם שילם תמורה, זה יהיה עוד יותר לא מוסרי מ-2- שרק סוכמו הפרטים, כי אם שילמתי כסף זה עוד יותר מעיד על גמירות הדעת. כדי לבטא את חוסר המוסריות של זה שאדם חוזר בו אחרי ששילם תמורה ועוד לא היה מעשה קניין, בא הביטוי **מי שפרע**, וכדי לבטא את חוסר המוסריות במקרה בו סוכמו הפרטים אבל עוד לא בוצע שום דבר ולא שולם הכסף- נאמר הביטוי **מחוסר אמנה**. מי שפרע הוא ביטוי עוצמתי יותר, דומה לחייב בדיני שמיים, ומחוסר אמנה דומה יותר לרוח חכמים אינה נוחה עמנו.

**משנה מסכת בבא מציעא פרק ד**

מי שמשך (עשה מעשה קניין) פירות ועדיין לא שילם את התמורה- לא יכול לחזור בו, היה מעשה קניין. אבל אם עדיין לא עשה מעשה קניין- יכול לחזור בו. אבל מי שפרע (מי שהעניש) את אנשי דור המבול ואנשי דור הפלגה (ה') עתיד להפרע (להעניש) את מי שלא עומד בדבריו. כלומר אומרים לאדם שאמנם הוא יכול לחזור בו ברמה המשפטית, אבל כדאי שיזהר כי ה' יעניש אותו.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף מח עמוד ב**

דנה במה זה מי שפרע- האם רק מודיעים לו או שמקללים אותו? האם בית הדין רק אומר לאדם שה' עשוי להעניש אותו, או שאומרים לו שאם יחזור בו יקללו אותו שה' יעניש אותו? **להלכה נפסק** כדעת רבא- **שמקללים** אותו.

**רמב"ם הלכות מכירה פרק ז**

מי ששילם את התמורה אבל עדיין לא משך את הפירות, לא עשה מעשה קניין- מבחינה משפטית אין העברת בעלות, והוא חוזר בו- מקללים אותו, ואם הוא ממשיך להתעקש מחזירים לו את הכסף והעסקה תתבטל (אם הוא מוכן לשלם את המחיר). דומה לחיוב בדין שמיים, הענישה היא מה', משפטית הוא רשאי לחזור בו.

יכול להיות שחיוב בדיני שמיים מתאים פה, זה יהיה תלוי בנסיבות מתי להשתמש במה. אם הסיבות שאדם חוזר בו הן ממש לא מוסריות, בית הדין יגיד את זה בצורה חריפה יותר (מי שפרע), ואם הסיבות פחות נוראיות- יאמר זאת בצורה יותר רופפת (דיני שמיים).

אם היו רק דברים וסוכמו הדברים אבל עוד לא היה מעשה קניין ותשלום תמורה- ראוי שיעמוד בדבריו. אם יחזור בו הוא מחוסר אמנה, אי אפשר להאמין לו, לסמוך עליו. זה לא משהו שאדם היה רוצה, שאנשים לא ירצו לעשות איתו עסקות וכו'. מתקשר לרוח חכמים אינה נוחה עמנו.

הרמב"ם מוסיף גם- אדם ראוי לעמוד בדיבורו גם במתנות, לא רק בעסקאות- אם אמרת למישהו שתתן לו מתנה, הוא סמך על זה, ואם לא תתן לו הוא אמנם לא יכול לתבוע אותו, אבל הוא יהיה מחוסר אמנה כי הוא הבטיח משהו. אבל הרמב"ם מסייג- כשמדובר במתנה נבדוק כמה היא הייתה סבירה וכמה מניחים שהצד השני חשב או הסתמך על זה שיקבל אותה. אם זו מתנה קטנה, מועטת, סבירה- מצופה שהמבטיח יעמוד בזה. אם מדובר במתנה מוגזמת, לא הגיונית- נניח שהוא לא התכוון ברצינות לתת לו אותה והוא לא הסתמך על זה.

בניגוד למי שפרע ששם ראינו שבית הדין אקטיבי, מקלל וכו', ברוח חכמים אינה נוחה עמנו בית הדין לא מתערב, כך גם במחוסר אמנה.

07.01.21

# הרצאת השופט רובינשטיין

אין תחום כמעט שאי אפשר לשלב בו דברים מן המשפט העברי שיכולים לעזור לפסיקה.מופיע היום בחו"י המשפט שתוקן לפני שנים אחדות. כוונתו הייתה כשנחקק ב-1980-תש"ם לעקרונות החירות, השלום והצדק, והיה ויכוח על זה, לפני שנים אחדות הוסיפו את המשפט העברי- אבל רק כש: "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של **המשפט העברי** ומורשת ישראל."

מעטים המקרים בהם אין תשובה לא בחוק ולא בדבר חקיקה, לכן ההפניה לדבר הזה היא מאוד מצומצמת. כבר בעת חקיקת החוק התחילה מחלוקת בין אהרן ברק לבין מנחם אלון באשר למדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית והסינתזה בין שני הרכיבים האלה, וההזדמנויות הסטטוטוריות להפעיל את הסעיף הזה הן נדירות, כי אתה צריך קודם-כל לסרוק את כל מקורות המשפט הרגיל ורק אז תוכל לפנות למשפט העברי. התיקון היה סמלי בעיקר.

המשפט העברי שעוסקים בו לצורך ביה"מש זה ארון ספרים ואוצר ספרים לאומי, לא "עסק של דתיים". לא להרבה יש גם תנ"ך, גם תלמוד, משנה, ראשונים, אחרונים, שו"ת וכו'. יש משמעות לתרבות המדינה כיהודית. גם אנשים כמו אהרן ברק שפרשנותם הייתה יותר אוניברסלית ראו את זה במשקפיים תרבותיות יהודיות במובן המשפט הלאומי.

בפס"ד ביום פרישתו בנושא תחום המחייה שיש להסיר בבית הסוהר. מדינת ישראל נמצאת במקום לא טוב מבחינת הסטנדרטים המקובלים בעניין זה. פסק הדין מומש רק חלקית, עדיין בתהליך. אבל באותו פס"ד- האגודה לזכויות האזרח נ' השר לבטחון פנים ואח'- ניסה לדון במקומו של המשפט העברי בשיטת משפטנו. בקום המדינה היו שיזמו שהמשפט העברי יהפוך למשפט המדינה המוביל או לפחות חלק ממנו. נעשתה אפילו עבודה יסודית על התאמתו לצורכי מדינה שיש בה מיעוטים, נשים (שיש להן זכויות מעבר למובן הקלאסי)- חוקה לישראל עפ"י התורה. לא התקבל באופן אידאולוגי וגם לא באופן פרקטי כשהמדינה קמה בסערת מלחמה. זה חומרים שנשארו גנוזים המון שנים.

משם ואילך התקבל המשטר המנדטורי עם שינויים. זילברג, אלון, טירקל, אלון, אנגלרד… הכניסו את המשפט העברי והרגישו צורך לעשות זאת במשפט הנוהג. היום ישנם שופטים כמו הנדל, סולברג וכו'. רוב רובם של אלה שהביאו אותו היו בעלי רקע דתי, בין היתר בגלל בקיאות. היו גם מלצר, חשין…

יש 3 משוכות ששופט שרוצה להתייחס למשפט העברי צריך לעבור-

1. ידע- כל שופט יכול היום להגיע לתובנות עם כל המאגרים שיש היום, יותר קל מפעם. היו שופטים שחששו לטעות מחוסר בקיאות ולכן היססו ונמנעו מלהשתמש במשפט העברי. לא ראו עצמם כבני סמכא.
2. רצון- אתה צריך להרגיש שזה חלק תרבותי לאומי ולאו דווקא עניין דתי.
3. זמן- יש לשופטים הרבה תיקים וזה דבר שהוא תוספת/בונוס.

באופן אופייני הייתה מחלוקת בין השופט ברק לשופט אלון שהתמקדה בחוק יסודות המשפט, וזה בא לידי ביטוי במיוחד בד"נ הנדלס נ' בנק קופת עם- השופט אלון היה בטוח ש"מורשת ישראל" הם עקרונות המשפט העברי, ולכן המחוקק העניק מעמד בכורה בפרשנות למשפט העברי. ברק חשב שלא כך ושהמשפט העברי לא עדיף על מקורות אחרים, למרות שכתב לימים שזה חלק ממקורות המשפט של המדינה. ברק ראה את המשםט העברי במשקפיים יותר אוניברסליות- תרבות, ספרות וכד'. כשנחקק חו"י כבוד האדם וחירותו וחו"י חופש העיסוק הם התווכחו על השאלה מהם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית שכתובים בחוקי היסוד האלה. השופט אלון חשב שהם כוללים ספציפית את המשפט העברי ואילו ברק דיבר על הפשטה אוניברסלית יותר רחבה. גישות אלה לא הוכרעו.

אין מחלוקת שהמשפט העברי הוא מקור חשוב, וניתן לדעתו לגשר על השקפות אלון וברק ולא לדבר על תהום שפורע ביניהן. הבסיס היהודי, הציוני, תחיית העם וארצו, וזכויות אדם לכל- משותף לשתי ההשקפות.

אנגלרד כתב פעם שהוא ראה בשימוש במשפט העברי חשש ל"חילון" של המשפט העברי. אבל בהמשך הבין שזו הייתה שליחותו, להשמיע את קולו של המשפט העברי. סולברג- משפט עברי לתועלת- איך אתה משתמש למשפט בעברי לתועלת באותו פס"ד, לתת פרשנות שמועילה.

המשפט העברי נשאר, חוץ מחוק שיפוט בתי דין רבניים, נישואין וגירושין, ללומדי תורה וחוקרי ההיסטוריה. רובינשטיין מאמין שהסינתזה היא אפשרית, וכתביהם של מלומדים (אלון, גולג, אלבק, זילברג, פריימן, קירשנבאום ועוד…) וכל הדור החדש של חוקרי האוניברסיטאות, יצר קורפוס, אוצר בלום שמאפשר אותה השראה, והשקפתו האישית היא שהיא מתאימה את שביל הזהב. אפשר להביט על זה בשתי עדשות-

1. נכס תרבותי לאומי
2. עושר משפטי

הייתה טענה שהמשפט העברי והשימוש בו לא עולים בקנה אחד עם הנודא הדמוקרטי. רובינשטיין לא מסכים והוא חסיד בכל דבר לסינתזה והרמוניה. היה רוצה לראות גישה תרבותית-לאומית עם התייחסות למשפט העברי במשפט בהקשר כזה.

כשאתה עוסק במשמעות הלאומית, תרבותית, ערכית, אתה מפתח את המשפט הכללי בלי שאתה פוגע ביחס השוויוני של המיעוטים בישראל.

את הדוגמאות לשימוש במשפט העברי היה מחלק לשני סוגים:

1. שימוש במשפט עברי כי זה אינטגרלי לאותו נושא
2. השימוש בו במשפט הכללי, הפלילי, המנהלי, לצורך פרשנות

מושגי יסוד במשפט המדינה הם מקבילים למושגי יסוד במשפט העברי. צדק, יושר (במשפט העברי)- מקבילים להגינות, תו"ל. סוגיות במשפט העברי יכולות להיות בסיס מוסרי-משפטי בכתיבה שלנו.

תמיד עולה השאלה של מקומו של המשפט העברי במשפט המדינה. אבל יש שאלה של מקום המדינה במשפט העברי. יש שתי גישות-

1. הגישה של דינא דמלכותא
2. מלך ישראל- הכנסת וחקיקתה מהווה גם סוג של הסכמת הציבור כבסיס משפטי

רובינשטיין לא אוהב את הגישה של דינא דמלכותא כי זה הופך את מדינת ישראל לכמו הרבה מדינות אחרות בעולם, שגם שם לפעמים אין ברירה ומתייחסים לדין המקומי כדינא דמלכותא. עם המדינה היהודית זה לא רצוי.