**מחברת מבוא למשפט עברי התשפ"א**

**שיעור 1**

משפט עברי הוא **ההלכה היהודית.** החלק המשפטי של ההלכה.
לתוכו נכנסים דיני ממונות, משפט פלילי וכו. נזדקק לדוגמאות מחלקים דתיים יותר של ההלכה.

הביטוי משפט עברי נטבע ע"י חוקרים מלומדים רוסים שלא מחויבים להלכה בהכרח. הייתה גישה משפטית שדורשת שילוב בין המשפט להיסטוריה והתרבות, וכך גם ליהודים.
**לא משפט הלכתי, אלא אזרחי המחובר למסורת היהודית.**

**חוק דיספוזיטיבי –** **ניתן להתנות עליו**, תקף כל עוד הצדדים לא מסכימים ביניהם אחרת.
דוג' מחוק השומרים (מבוסס על המשפט העברי. בבא מציעא) – שאחד הצדדים יכול להתנות לפני השמירה תנאים מסוימים לגבי השמירה, והשני יכול לסרב או להסכים.

**חוק קוגנטי –** **בלתי ניתן להתניה**, א"א להסכים על משהו אחר. בעבירה על החוק הקוגנטי יש פגיעה מעבר לפגיעה בצדדים, אלא במוסכמויות וערכים מעבר.
דוג' מדיני עבודה – בעל עסק לא יכול להתנות תנאים שסותרים את הזכויות הבסיסיות, גם אם עובד חותם על העסקה שכזו כי המעביד הוא החזק והעובד הוא החלש ויסכים מתוך מצוקה, נניח הזקוק לעבודה. החוק לא נותן לנצל את חולשות החלש.

**בין המשפט העברי לאזרחי:**

בניגוד למשפט **האזרחי**, שהמקור שלו הוא בנ"א והחברה היוצרת את המשפט **יכולה לשנות** ברצותה תוך פרוצדורה מסוימת, המשפט העברי הוא משפט דתי והמקור הוא עליון, אלוהים.
יש שיקולים דתיים במשפט העברי. לדוג', יש פעולות שאין עליהן עונש, כי הנחת המוצא של המשפט העברי היא שיש דין שמיים שממנו נובעת גם הרתעה (מחד רצון לקיים דין שמיים, מאידך פחד לא לקיים). במשפט האזרחי זה לא יהיה רלוונטי. מה שכן יש זה בסיס מוסרי. אך לעבירות שאין בסיס מוסרי – העונש הוא המרתיע. בסופו של דבר, יש שיקולים שמתאימים רק למשפט הדתי.

למרות האמור, **אכן ניתן להתנות על חוקים במשפט העברי**. אומנם, **א"א** להתנות על **איסורים** מוחלטים, **גם אם יש הסכמה משני הצדדים.**

ישנה הבחנה בין דיני ממונות לדיני נפשות. **בדיני נפשות א"א להתנות**, והעונש הוא גופני – מוות או מלקות, **ובדיני ממונות** (הדומים למשפט האזרחי) נחלקו התנאים, ופסקו **שאפשר להתנות** תוך **סייגים מסוימים.** העונש הוא ממוני.

**דוגמאות להתניות, וחידוד אופן ההתניה:**

1. **פירוט התנאי -** התניה צריכה להיות **ברורה ומפורטת,** ואם איננה, **הפירוש יהיה מצמצם**.
**משנה כתובות ט,א:** כתובה מסדירה את **היחסים הממוניים** בין בני זוג. אישה המגיעה למערכת זוגית עם ממון משלה מתחייבת לתת פירות לבעל. הרכוש עובר לבעל ומשמש אותו והיא איננה יכולה אפילו למכור את רכושה כי זה שייך לו. בעת פרידה, ע"י גט או מות הבעל, הנכסים חוזרים אל האישה.
אם בני הזוג רוצים להסכים על **הסכם אחר** - הגבר מתנה "דין ודברים אין לי בנכסייך". התנאי תופס **רק** לגבי מכירה; מותר לה למכור אך שאר העניינים נשארים כרגיל. כלומר, כל עוד היא לא מכרה – הוא אוכל פירות, ואם מתה הוא יורש אותה.
**אם פירט יותר** "..בנכסיך ופירותיהן", ואפילו "ובפירי פירותיהן בחייך ומותך" – **התנאי תקף.** בד"כ מפרשים כמה שיותר מצמצם, כי **ההנחה היא שהאדם לא מוותר בד"כ על זכויותיו.** הזכות הבסיסית – היא של הבעל. היכולת לסטות מהזכויות לא תהיה פשוטה, אלא **בהתאם לכללים שהדין קבע.** **ככל שיהיה יותר פירוט יהיה יותר תוקף.**
2. **ההבדל בין דבר שבממון לבין דבר שלא בממון -** דבר שבממון (שאר וכסות) תופס, איסור (ייבום) לא תופס. **תוספתא** **קידושין ג הלכה:** דוג' **לתנאי מתלה.** קיום החוזה תלוי בתנאי חיצוני.
אשתו של אדם שמת ללא ילדים **אסורה** בנישואין לאחר מלבד אח הבעל. אם האח לא רוצה מתקיים טקס חליצה – השפלת האחים שלא רוצים להמשיך את זרע אחיהם. זו **לא זכות ממונית** שניתנת לה, כי הרי יש לה אינטרס להינשא לאחיו, שידאגו ויכלכלו אותה, **אלא איסור.** גם אם תתנה חוסר רצון כזה מראש והבעל יסכים - **התנאי בטל**, כי זה איננו דבר בממון, **וא"א להתנות על איסורים**.
לעומת זאת, אם הבעל מתנה על **שאר וכסות – התנאי תקף, כי זה ממון.**

יש איסורים **שמקורם בממון**, אבל הם עדיין **איסורים**. כמו איסור ריבית. איסור ריבית יהיה ביו"ד ולא בחושן משפט.

1. **מרחב ההתניה בדבר שבממון –** ההתניה בממון **תופסת במרחבים רבים** (כמו אחריות ונטל הוכחה) ומתבצעת כמו כל התחייבות אחרת בהלכה. ניתן להתנות גם בע"פ ולא רק בכתב (מקרקעין זה בכתב), אך צריך **אקט חיצוני** שיסמל.
**שמות פרק כב, בבא מציעא צד, א:** ארבעה סוגי שומרים:
שומר חינם – שמירה ללא תמורה ושכר. היוזמה מגיעה מבעל החפץ. רמת האחריות של השומר יחסית נמוכה.
שואל/שוכר – היוזמה מגיעה מהכיוון ההפוך – מהשומרים. רמת האחריות של השואל תהיה גבוהה כי איננו נותן תמורה לשימוש ושל השוכר תהיה בינונית.

**רמת האחריות משפיעה על נטל ההוכחה** – האם ההוכחה תוטל על הבעלים או על השומר. האם השומר יחויב או שיהיה פטור מתשלום במקרה של נזק. **בהלכה תמיד נטל ההוכחה מוטל על השומר** – כי הוא החזיק בחפץ. השומר יכול להישבע או להביא ראיה חיצונית, עדים, לדבריו.

**דוג' להתניה** – חיוב שומר חינם במקרה של גניבה, **למרות** **שע"פ הדין** איננו חייב. השומר יכול להסכים כי יש לו אינטרס שגם לו יעזרו בעתיד. זהו **תנאי בממון, ולכן ההתניה תופסת.** ניתן להתנות גם על האחריות, על נטל הראיה ואפילו על שבועה. **מאחר שזה דבר שבממון ניתן להתנות על הכל.**

1. **רמבם שמיטה ויובל ט, י** – כל שנה שביעית היא שנת שמיטה. יש לה 2 משמעויות: המשמעות העיקרית בשנת שמיטה היא מגבלות בעבודת הקרקע, ודבר נוסף - בסוף השנה השביעית החובות נשמטים. יש קשר בין הדברים – כשלאדם אין עבודת אדמה אין לו פרנסה, ואז יש מקום לדון בענייני ההלוואות. ההלוואה נתפסת בתלמוד כחלק ממצוות צדקה, ואף יותר נחשבת, כי כך יקום בעצמו. הלווה בד"כ יהיה עשיר והמלווה עני.
יש דיון האם אפשר להתנות לגבי שמיטת החובות בשנה השביעית ומחלק – אם מתנים על החוב עצמו – התנאי תקף, אם מתנים על השמיטה "שלא תשמטני שביעית" – **התנאי בטל, כי א"א לבטל את דין השביעית**, אלא לבטל חוב מסוים בשנה הספציפית. **לא להפקיע עצמך מהדין, אלא בנקודה הספציפית**.

**כאשר יש התניה – היא צריכה להיות מסוימת ומתוך כפיפות לשאר חלות הדין.** **הניסוח משמעותי.**
(דרך נוספת לעקוף את השמיטה – פרוזבול. החובות הפרטיים הם היחידים שנשמטים, והציבוריים לא. הפרוזבול מעביר זכויות פרטיות לציבוריות – העברת הקניין לב"ד ובכך לא נשמט).

**שיעור 2**

1. **דין הונאה – רמבם הלכות מכירה יג** **–** הונאה כיום היא בקונוטציה של תרמית. במשפט העברי זה לא בהכרח. הדוג' מהרמב"ם – מכירת חפץ בעל מחיר כללי קבוע, בסכום גבוה יותר לפחות ב20 אחוז – מחילה דין הונאה. אפילו בתו"ל - זה **לא קשור בהטעיה.**

האם מוכר יכול להתנות שהוא מוכר במחיר גבוה יותר מבלי שיחול עליו דין הונאה? **תלוי בניסוח ההתניה.**
ההיגיון מאחורי היכולת להתנות על הכתוב בתורה זה שמדובר בדיני ממונות. אם מביאים למישהו מתנה – א"א להתחרט, העברת הקניין נשארת בבעלות המקבל. כנ"ל לגבי ויתור – אם מישהו חייב לי כסף ואני מוותרת על חלק מהכסף ואז אני מתחרטת – הויתור עדיין תקף.
כשמעניקים זכות ממונית שלא זכאים לה ע"פ דין היא צריכה להיות בהסכמת שני הצדדים. הצדדים צריכים לדעת על מה הם מוותרים. א"א להגיד בכלליות – לא תחול טענת הונאה, אלא לפרט במה ההונאה ולדרוש הסכמה מהצד השני. א"א להפקיע את עצמך מדין ההונאה אלא בעניין הספציפי.

**הויתור חייב להיות:
מסוים ולא כללי – לא להפקיע את עצמך מהדין הכללי, אלא במקרה המסוים.**

**מפורש - שכולם יודעים מה הוא אומר. מבינים את ההשלכות.**

1. **בבא בתרא קכו, ב –** ענייני **ירושה**. יש כללים מסוימים (כמו חוק הירושה) כשמישהו מת, אלא אם עושה צוואה שעומדת בחוק.

בהלכה, אדם לא יכול לעשות צוואה, כי אין דרך להחליט על נכסים שלך אם אתה כבר מת. הם כבר לא שלך כי אין אתה. אלא **אפשר לעקוף את זה ולתת במתנה ולא כירושה.**חלק מדיני הירושה שהתורה קובעת זה שהבכור מקבל יותר אחוזים – 20 אחוזים ולא 16 אחוזים.
אם אדם מתנה שהבן שלו לא יקבל חלק מהירושה – התנאי לא תקף, כי א"א להתנות על הכתוב בתורה. אבל זה דיני ממונות. נכון, אך – **אין פה הסכמה של הצד השני**. אישה יכולה לוותר על מזונות, אבל זה מבחירה שלה.

אדם צריך להסכים לותר על זכות שלו. ברגע שהאבא מת, אוטומטית יש לבן זכות לקבל ירושה. זו זכות קיימת. אז **א"א לוותר על הזכות הקיימת שלו במקומו**, אלא אם הוא מסכים.

אם מסכים והאבא מת – יכול לוותר על החלק שלו. רק אחרי המוות שלו זה רלוונטי כי רק אז הקניין עובר אליו.
אם האבא עוד בחיים – הילד מוותר על משהו שעוד אין לו, זה דבר שלא בא לעולם. אז זה לא רלוונטי.
התנאי – שהצד השני היה שותף להחלטה.

**בדיני איסורים א"א להתנות, בממונות כן בתנאי:**

**מפורשת בצמצום, מוסכמת, מסוימת ובהירה.**

**לא יכולה להפקיע את הדין, אלא במקרה הספציפי**.

האבחנה בין דיני ממונות לאיסורים היא רחבה לא רק בענייני ההתניות. בענייני ממונות יש **יותר גמישות** מאשר דיני האיסורים – מעמדן של תקנות. בדיני ממונות יש יותר סמכות לתקן תקנות. כאשר יש דין זר – האם ההלכה מכירה בו? בדיני איסורים זה בעייתי, בדיני ממונות – אפשר יהיה איכשהו להחיל את הדין הזר. זה עדיין קשה. עניין ההתניה משקף גמישות רחבה יותר בדיני ממונות יותר מאשר דיני איסורים בו מרחב הגמישות מצומצם.

ההתניה בדיני הממונות והגמישות **עדיין לא אומרת שזה עסק פרוץ:**

**שו"ת הרשבא חלק ו, רנד** – שו"ת זה קצת כמו פס"ד, רק לא מחייב, נותן תשובות לשאלות קונקרטיות שנשאל.

שאלה האם אפשר להחיל תנאי מדיני גויים בסגנון של תנאי מכללא – תנאי מובן מאליו – על דיני ממונות יהודיים.

הרשב"א עונה שגם אם לא נאמר תנאי מפורש וזה הנוהג בישראל – אפשר לנהוג כך.
**אבל לא באימוץ דיני גויים**. הנוהג מדברי השאלה עולה "הכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים" – מי התיר לזה לקרות, להפוך דין גויים לדין הנהוג בישראל?
ולכן התנאי לא תקף. הנוהג מבוסס על דין זר שלא יכול לגבור על הלכה. זה עדיין לא בתוקף של איסורים – אבל זה בעייתי. אם יתנו את זה כי זה הנוהג בישראל בלי קשר – זה יתפוס.

המתח הזה בין התערות בחברה – לקהילה היהודית – מלווה לאורך הדרך ומשפיע בתחומים שונים.

האבחנה בין דיני ממונות לדיני איסורים **לא חשובה רק לענייני הגמישות אלא לעניינים נוספים כמו מצבי ספק:**

**שו"ת מהרי"ק, קמט –** מדבר על הפער בין איסור לממון – **ספק איסור לחומרא ספק ממון לקולא.** אם אתה מתלבט אם אתה חייב כסף או לא, אתה יכול להקל.

**מה הכוונה פה לספק?**

המוציא מחברו עליו הראיה. אם יש **מחלוקת לגבי עובדות** – הצד התובע צריך להוכיח שהעובדות נכונות. **הספק בממון הוא איננו עובדתי, אלא הלכתי, לא ברור אם מבחינת התורה חייבים או לא. ואז אפשר להקל. לעומת איסור – שמספק אוסרים.**

אבל יש גם עניין **של גזל** מעבר לממון – להחזיק בידיי ממון לא שלי.

ואז השאלה הופכת להיות עם בחינה נוספת – של איסור. כי אסור לגזול.

**יש ספק לשני הצדדים – של האיסור ושל הממון.**

**שערי יושר שער ה פרק א עונה** – קודם כל צריך להכריע אם חייבים את החוב או לא -ומשם אפשר לדון בדין הגזל. **האיסור רוכב על גבי הממון** – ואם מכריעים בשאלת הממון, האיסור פוקע מעצמו.

..

**שיעור 3 תורה שבכתב ותורה שבע"פ:**

פס' יב בויקרא כותב: "אלה החוקים והמשפטים **והתורות**..."

הספרא (מדרש הלכה) דורש **"תורות" – אחת בכתב ואחת בע"פ.**
המסורת ההלכתית ע"פ הספרא (מדרש הלכה) – עמ"י מקבל שתי תורות, אחת בכתב ואחת בע"פ ועוברת מדור לדור. במקור, אסור היה לכתוב את התושב"ע.

**למה יש 2 תורות? למה להביא אחת בע"פ?**

**הרי יש סכנות של שכחה ושינוי וטעויות בתושב"ע, וממילא זה נכתב בסוף מקשיים טכניים.**

**ספר העיקרים מאמר שלישי כג (בכללי מקור מעניין על התושב"ע) –**כי ישנם דברים שמתחדשים בדורות. אחד מיסודות האמונה – **נצחיות התורה.** התורה לא משתנה ורלוונטית תמיד. וזה נכון, אבל המציאות משתנה. **הכללים זהים אבל המציאות משתנה, וצריך להתאים את אותם הכללים למציאות המשתנה.**

מאחר שהמציאות מתחדשת – **זה לא היה נכון שהתורה תכתוב הכל, אלא להשאיר מקום לחכמים להוציא מתוך הכללים הקיימים את הפרטים המתחדשים בכל דור ודור.** אולי הכלל ייראה כמשתנה אך זה לא שינוי הכלל אלא שינוי המציאות – והכלל הקיים נראה מתבטא בצורה שונה.

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות – לדעתו התושב"ע כוללת בתוכה 5 חלקים (בהמשך מצמצם חלקים ל3):**

**שני החלקים הראשונים** הם פירושים והלכות **שנמסרו במסורת למשה בהר סיני יחד עם התורה שבכתב.** ההבדל הוא שהחלק **הראשון** מדבר על פירושים **שיש להם ראיה בתורה** **שבכתב** ואפשר להוציא אותם בדרך סברא, ולחלק **השני** **אין** שום רמז.

כך או כך, א"א לחלוק עליהן, כי למרות שאין ראיה בכתב **א"א לחלוק על המסורת ההלכתית שניתנה ישירות מהא-ל.**

מדגיש את האיסור לחלוק למרות שמבחינה טבעית אנשים יכולים לשגות בהבנה, כדי לא לפתוח פתח לערער על כל המסורת.

**החלק השלישי** הוא הלכות שחכמים הסיקו **בדרך סברא**. פה **תיתכן מחלוקת** כי היגיון של אדם אחד שונה משל אדם אחר. הכרעת המחלוקת תיעשה ע"י סברת הרוב.
אם הלכה (מה שקיבלנו מסיני) – נקבל. אם דין (מחלוקת חכמים) – אפשר לחלוק.

**החלק הרביעי** הן **גזרות** שתיקנו נביאים וחכמים. סייגים. איסורים **המרחיבים את האיסור המקורי מהתורה ע"מ להרחיק ממנו.** דוג' – הרחבת איסור בשר בקר עם חלב לבשר עוף. מבחינת המחויבות **לכאורה** זה לא משנה, שהרי התורה ציוותה לציית לדברי חכמים. המקור הנורמטיבי לא רלוונטי שכן ממילא מחויבים בשני הדברים. זה רלוונטי במקרי ספק – **שספק דרבנן לקולא**.

גם פה **תיתכן מחלוקת** כי כאמור – כל מקום שאין את הציווי הישיר האלוקי ומעורב העיון האנושי – יש דעות שונות.

**החלק החמישי –** בדומה לחלק הרביעי – **כללים שמקורם בדברי חכמים. ההבדל** הוא **שהחלק הרביעי עוסק באיסורים**, **והחלק החמישי** **עוסק בנושאים אחרים** כמו דיני ממונות או תקנות דתיות. יש בתקנותיהם תועלות – **להסדרת החיים** (כמו בדיני ממונות) או **להשלמת מהות** ראויה (כמו הדלקת נרות שבת) וכו'. גם פה יכולה להיות מחלוקת לגבי צורך ואופן התקנה.

לשיטת הרמב"ם כלולים 3 חלקים בתושב"ע: החלק הראשון והשני הן הלכות שנמסרו למשה בהר סיני, שחלקן מעוגנות בכתובים וחלקן לא. א"א לחלוק עליהן. החלק השלישי – פרשנות חכמים על פסוקי התורה. החלק הרביעי והחמישי – הלכות שמקורן בדברי חכמים. כל שאר החלקים הללו ניתנים למחלוקת.

**איך נדע לזהות אם מקור המצווה או דאורייתא או דרבנן?** זה לא משנה מעשית ביום יום, אלא למקרי ספק וצרכים מיוחדים וגם לעתים במידת הגמישות.

אם נרצה לסווג מדברי הרמב"ם לדין תורה ודין חכמים – החלק השלישי נותר בעינו. אומנם מבוסס על הפסוקים אך לא מפורש בכתוב. לפעמים חכמים חושבים שזה מה שהתורה התכוונה לומר ולפעמים פשוט היה להם נוח לבסס את דבריהם שלהם.

**ספר המצוות לרמב"ם שורש ב' –** המצוות מחולקות לשתיים -**עשה ואל תעשה. נורמות דרושות או איסורים**. יש מס' מוסכם של מצוות עשה ולא תעשה (613), אך מחלוקת לגבי התוכן של כל אחד מהם. בספר הזה הרמב"ם מונה את כל המצוות על פיו. בחלק הראשון יש לו שורשים וכללים – כלי עבודה, ובחלק השני ההלכות עצמן.

**הכלל הראשון של הרמב"ם – מכניס רק מצוות שמקורן בתורה ולא בדברי חכמים**. שהרי המספר 613 מצוות – מתייחס לדברי תורה. הכלל השני נוגע לשאלתנו – כיצד לסווג הלכה שנלמדה מחז"ל באמצעות פסוקי התורה.

לדעת **הרמב**"**ם** לא כל ההלכות שנלמדו בדרש הן דברי תורה אך לא כולן גם דברי חכמים. **הכלל הוא כזה:** אם החכמים **מציינים במפורש שזו הלכה למשה מסיני** או שמקורה מן התורה (בכתב או בע"פ) – **דינה דין תורה**. אם לא ציינו במפורש למרות שזה מבוסס על פסוקים – יסווג כדין דרבנן.

**השגות הרמב"ן לספר המצוות לרמב"ם שורש ב** **–** סובר ההפך – כל עוד חכמים **לא ציינו במפורש שהפס' להלכה הוא רק אסמכתא** – דינה **דין תורה**.

התחלנו עם מתנה על מה שכתוב בתורה כדי להבחין בין איסור וממון ולהציג את הגמישות המתאפשרת בעקבות.

**שיעור 4**

**סמכות חכמים – פרשנות והכרעה במחלוקת**

**הסמכות והיקפה**

נדון בסמכות חכמים כפרשני התורה וכמכריעים במחלוקת. בהמשך נדון בסמכותם כמחוקקים ומתקני תקנות.

**דברים פרק יז** – כאשר תהיה **שאלה** בדינים כלשהם בד"כ פונים לסמכות המקומית, ובסופו של דבר מתקדמים עד שמגיעים אל **הכהנים והלווים והשופט** שעומדים בראש העולם הדתי וביניהם גם עולם המשפט, לכן פונים גם לשופט.
הללו יורו לשואל כיצד לנהוג, והשואל מחויב לנהוג כמותם **בדיוק** כפי שציוו. מי שלא נוהג כמותם נענש בעונש מוות והדבר מהווה הרתעה.

מפרשים **שעונש** **המוות** ניתן לא לאדם רגיל שלא מציית אלא **לזקן ממרא**, אחד מחכמי ב"ד שלא מקבל את ההכרעה **וחותר תחת יסודות המערכת ומורה על הלכה אחרת כנגד הכרעת הרוב.**

ב"ד הוא בימ"ש בעל קונוטציה דתית והכרעה דתית, והפגיעה בדבר האל תהיה חמורה יותר לעתים מעבירות אחרות.

הדבר שעולה מהפסוקים הוא **החובה לציית לדברי בית הדין.**

**לשיטת הרמב"ם** א"א להפריד בין תורה שבכתב לתורה שבע"פ. פוסק את החובה להקשיב לחכמי ישראל כמצוות **עשה** – "ע"פ התורה אשר יורוך" ואת העבירה של מי שלא מכיר בסמכות חכמים ועובר על דברי תורה כמצוות **לא תעשה** – "לא תסור".

גזרת חכמים משתרעת על כל חלקי התורה – על מסקנות הלכתיות והמסורות וכו'. גם על התקנות והגזרות וכו.

**הדבר הכללי שעולה מהרמב"ם – חובה כללית לציות לדברי חכמים. למה? והאם היא טוטאלית או בעלת סייגים?**

**שתי גישות לכך:**

1. **חובת ציות מלאה.** לוקחת בחשבון מחיר של טעויות. בד"כ ההנחה היא שהלכת חכמים נכונה כי ה' מכווין אותם (רוח ה'), וגם הגיוני שרוב מלומד צודק. בכ"מ זה לא נחשב טעות כי התורה ניתנה ע"מ שחכמים יפרשו אותה.
2. **חובת ציות מוגבלת** עם יכולת בקרה למי שמסוגל כמו ת"ח ראוי להוראה.

**הספרי** על דברים (אותו שם גם לבמדבר) אומר **שהחובה לציית לב"ד קיימת אפילו אם אומרים דברים לא הגיוניים** (על ימין שהיא שמאל וכו). **מהמדרש עולה חובת ציות מלאה** גם אם בטוחים שהם טועים.

חובת הציות עולה מהעובדה שלחכמים ישנה **הסמכות שניתנת מהא-ל**. כמובן שאם בת קול תצא נקשיב לה ולא להם. והמדרש פוסק **שאפילו במקרים ברורים וחדים ולא במקרים מעורפלים** שאפשר לסבור כמותם כי יש דעות שונות – צריך לציית להם. הדבר דורש הסבר:

**רש"י –** אפילו אם אומר לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין – לא מפרט. **גם אם אומרים דבר שסבורים שטעות – יש חובה לציית**.

**הרמב"ן** מצטט את רש"י (על ימין שמאל וכו') **ומסביר את ההיגיון העומד מאחורי**; הא-ל נתן את התורה שהסמיכה את החכמים, ולכן **1. כאשר מקיימים את דבריהם מקיימים את רצון הא-ל,** גם אם זה נראה סותר. כמו שהמחוקק מסמיך את השופטים לפרש את החוקים.

הצורך לציית גם במקרים שנראה שגוי הוא ש"התורה נתנה לנו בכתב וידוע הוא שלא ישתוו הדעות בכל הדברים הנולדים, והנה ירבו המחלוקות ותעשה התורה כמה תורות". **2. בכל יתכנו מחלוקות, ולא רוצים לפצל את התורה.**

**הרמב"ם** דיבר בשיעור הקודם על מחלוקת – במקום שהשכל האנושי מעורב, לא יהיה ברור. וכך גם **הרמב"ן** – אם לא תהיה הלכה ברורה – כל אחד יהיה משוכנע בדעתו והתורה תתחלק לכמה תורות. **חייב שיהיה גוף אחד שמוסמך להכריע.**

אומר ששווה לשלם את המחיר כדי שלא ירבו מחלוקות ויתפלגו כמה תורות. אבל **מעבר לכך, צריך להאמין בחכמים שאינם טועים כי יש עליהם רוח ה'.** סביר להניח שאינם טועים ושאתה מפרש דבר נכון כטעות.

**רש"י מדבר על חובת הציות המלאה, והרמב"ן מסביר מה עומד מאחורי זה.**

**ספר החינוך** (ספר מצוות מפרט את הרמב"ם). לא מוסיף דבר שונה אבל מרחיב את הרמב"ן – עדיף לסבול כמה טעויות מאשר לפזר את התורה לחלוטין ע"י פילוגה לדעות שונות. **שיהיה גוף שכולם מסורים תחת דעתו. שלא יהיה הפסד דתי ומדיני-חברתי.**

**הרמב"ן** בדבריו מצטט את **הגמרא בראש השנה -** מחלוקת בקביעת לוח השנה העברי. ר"ג כפה על ר' יהושע לחלל את יוה"כ שיצא לספירתו, **כדי שיהיה דין אחד לכולם**. רוצים **להעצים ולשמור על סמכות דברי חכמים.** אם מהרהרים אחר ב"ד אחד, יתחילו לברר אחרי כל ב"ד.

בהמשך הגמרא מביאה ברייתא שבכוונה לא מפרשים את שמות הדיינים בבתי הדין כי **זה לא משנה מי עומד במוסד, צריך לציית להם משום שמשתייכים לעצם המוסד.**בנוסף מסבירה את הפס' "ובאת אל הכוהנים הלווים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם" – לסמוך על הדיין **בימיך כאילו הוא היחיד, לא להשוות לדורות קודמים וגם אם פחות מעריכים.**

**שיעור 5**

**הר"ן** (דרשות הר"ן, דרוש ז,יא) מצטרף לאמירה שצריך ללכת אחר הכרעת חכמים גם אם טועים וסוטים מהאמת, וגם אם מכריעים במחלוקת של דורות קודמים; גדולים וחכמים מהם. ומוסיף הסבר:

מחד, יש רצון להגיע לאמת. אבל **כשאין פרוצדורה ברורה להכרעת מחלוקות יש סיכון שיווצרו כמה אמיתות.** נוצרים **פיצול דעות ופיצול תורה.** החכמים מכריעים ע"י **רוב,** שזה בהכרח צודק. מעבר לכך, סביר להניח שהם **גדולים וחכמים מהאדם הפשוט** כך שמה שאדם יחשוב שטעות, בעצם הוא הנכון.

וגם אם יש טעויות, זה מחיר ששווה לשלם. כך לרוב לא יהיו פירוד דעות. **עדיף ללכת לעתים רחוקות אחרי טעות קטנה ולסבול אותה מאשר לפצל לכמה תורות.**

**דעות נוספות בסגנון:**

**קצות החושן, פירוש לשו"ע, הקדמה –** כמו שהכנסת נתנה סמכות לביהמ"ש לפרש, ולעתים ביהמ"ש יפרש בצורה שונה מהחוק עצמו, כך התורה. יש שכל של מלאכים, **ויש שכל אנושי –** **שניתנה לו הסמכות מהקב"ה להכריע, וזה בסדר אם טועים כי זו המטרה לא לחפש אמת שמימית אלא ע"פ האנושיות,** מה שחכמים קובעים.

**שו"ת אגרות משה, הקדמה –** יתכן מצב שהכרעת הרוב של חכמים תהיה שונה מכוונת האלוקים, ובכ"ז הולכים לפיהם, כי הסמכות **ניתנה להם ע"פ הבנתם.** ללכת אחרי הטעות שלהם זו לא טעות. **"לא בשמיים היא".**

**הגישה השניה –**

**ירושלמי הוריות א, מה טור –** מסכת הוריות עוסקת בהוראות (הוריות) ב"ד מוטעות. אם ב"ד נותן הכרעה לעשות משהו שאסור, וחוזרים בהם, יוצא שכל מי שעשה לפני שחזרו בהם – עבר עבירה בשוגג. העובר עבירה בשוגג היה צריך לכפר (רשלנות כי לא למדת ולא בדקת את העובדות וכו), אבל **כאשר זו הוראת ב"ד שמוטעית – לא צריך שכל אדם יביא קורבן, אלא הכל נבע מהם, והם אלה שצריכים להביא קורבן** – פר העלם דבר של ציבור, נעלם דבר מציבור.

**מה היחס? מתי רואים בזה טעות של ב"ד ומתי טעות יחיד?**

הירושלמי מביא ברייתא **שדומה לספרי במשמעות הפוכה** – יכול אם יאמרו לך על ימין שהיא שמאל ועל שמאל שהיא ימין תשמע להם?! אלא **ללכת כשאומרים לך ימין שהוא ימין ושמאל שהוא שמאל.**

**חובת ציות מסויגת – צריך להקשיב להם כל עוד לא טועים, אם טעו – לא להקשיב להם.**

הגישה הזו מעוררת קושי כיוון **שמעבר לעניין פיצול התורה, מי קובע שחכמים טעו?**
האם כל אדם יכול? או שצריך להיות בסדר גודל מסוים כדי להביע עמדה?

**משנה הוריות, בבלי -** "התולה בעצמו חייב והתולה בב"ד פטור". אם **תלמיד חכם** וראוי להוראה ידע שטועים ונהג כמוהם – **צריך להביא קורבן עצמי**. הגמרא מסבירה – **הקורבן לא על עצם הפעולה והטעות שב"ד הנחו, אלא כנגד הטעות שחשב שצריך לציית לדברי חכמים.**

משמע:

1. **אין חובת ציות מלאה**, ואדרבה, אם אתה חושב שיש טעות אתה טועה אם פעלת כך.
2. לעניין קורבנות – **רק אדם שבאמת מבין** (ת"ח ראוי להוראה) שיש טעות ופועל כך **חייב בקורבן.**

**העקידת יצחק** **משלב בין הגישות**, ומביא סוויץ' על "לא תסור מכל אשר יורו לך ימין ושמאל" –

**בעיניך נראה שמאל ימין וימין שמאל,** כי האדם הרגיל יודע את הכללים ולא מתי אפשר לסטות מהם, **ותפקיד ב"ד הוא** **התאמת הכלל למקרה פרטי, ולפעמים זה נראה סטייה, אבל זה לא**. נק' המבט של האדם הפרטי כללית ושל ב"ד לוקחת בחשבון את המקרה הקונקרטי.

שוני בנסיבות יכול להשפיע על הדין. בד"כ לב"ד תהיה התלבטות אם המקרה עומד או חורג מן הכלל. האם המקרה נכנס לגבולות התחולה של הדין או יוצא מהגבולות. כשיוצאים מגבולות נראים בעיני האדם הפשוט וחסר שיקול הדעת הנחוץ כטעות, כי הוא מסתכל על הכלל בצורה רובוטית ולא על התמונה המלאה. דיין שלא מרחיב או מצמצם וחורג מהכלל אלא רק ע"פ הכללים – מחריב עולם.

**מחלוקת**

היקף סמכות חכמים כמכריעים במחלוקות. נדבר על עצם תופעת המחלוקת והאם רצויה או לא, ומתוך כך לכללי ההכרעה. נדרשים לא לדעת את ההלכה הטכנית אלא לדעת ליישם במקרים משתנים. קביעתם מחייבת.

אך מהי תופעת המחלוקת והאם יש יתרון בריבוי הדעות? **האם היא חיובית ומקדמת ומועילה או שהיא תקלה?**
**החשש** **ממחלוקות – אלוהים אמר דבר אחד, ואם יש הרבה דעות יש ספק בדבריו.** על פניו במשפט דתי בו התפיסה המקור הוא אלוקים, נשמע שזה שלילי.

**ברור שצריך להכריע. ולמצוא מנגנון משקלל ומכריע, אך האם יש עוד צדדים?**

**התוספתא בחגיגה ב,ט –** המשנה מחולקת לשישה סדרים בנושאים אחרים ומסכתות שונות. תוספתא זה קובץ מקביל למשנה שלא נכנס אליה. ויכול להיות ברייתא (כל תוספתא יכולה להיות ברייתא אבל לא כל ברייתא היא בהכרח תוספתא) חגיגה עוסקת בדיני יו"ט.

התוספתא מציגה מציאות אידילית של תפקוד בתי הדין, גם אם לא מתארת פרוטוקול היסטורי מדויק, אלא הראוי ע"פ ה"תקנון".

ר' יוסי: **"כתחילה, לא הייתה מחלוקת בישראל" – נשמע התייחסות שלילית למחלוקת.** פעםםם היה טוב ולא היו מחלוקות, היוםם בסדר חייב.

איך לא היו מחלוקות? מתאר מציאות אידילית שהיה ב"ד גדול של 71 דיינים בביהמ"ק ושאר בתי הדין היו מפוזרים בעיירות שונות בירושלים עם 23 דיינים – כדי שיהיה אפשרות להכריע במחלוקות גם של דיני נפשות. או אם זה רק דיני ממונות צריך רק 3.

**שיעור 6**

התוספתא שראינו לעיל (ב,ט) – מתארת מצב בו אדם או שני אנשים פונים לב"ד הקרוב ביותר למגוריהם.

**התמודדות בתי הדין** ע"פ התוספתא**:**

תפקיד בתי הדין הוא **העברת המסורת ההלכתית.** אם אין או לא יודעים – לא עונים, אלא מתקדמים גבוה יותר **עד בית הדין הגדול.** **גם ביה"ד הגדול פוסקים ע"פ מסורת.** יתכן מצב שהם **מודעים למסורת גם אם הקודמים לא ידעו, כי אכן בקיאים יותר וגדולים בלימודם.** אם גם להם אין מסורת הלכתית – **עומדים במניין (=הצבעה**, לא מניין של תפילה) ומכריעים ע"פ **רוב.**

**ביה"ד הגדול בלשכת הגזית היה אקטיבי,** לא רק מחכה שישאלו, אלא גם **פוסקים הלכות בעניינים שנראה להם.**

ברגע שבית הדין פסק (מותר, אסור, טמא, טהור) – **מפיצים את ההלכה והופכת רווחת ומחייבת בישראל, לאותו הדור ולדור הבא -מכוח המסורת.**

**למה לא פונים ישר לב"ד הגדול?**

1. קרבה **גיאוגרפית** אליו מקנה **ידע של הלכות שנתחדשו וטרם הספיקו להתפשט** לבתי דין באיזור. לכן לעתים זה יספיק.
2. **ההבדל בין בתי הדין השונים** זה לא רק במיקום אלא גם **בהיררכיה.** בתי הדין מורכבים ע"פ חכמים ברמת חוכמה וגדלות בתורה ע"פ סדר עולה – **וייתכן שיהיו כאלה אחרים שיודעים.**

התיאור פה **מתאר מציאות שלא יכולות להיות מחלוקות כי יש מבנה מאוד היררכי** ורק גוף אחד שיכול להכריע במחלוקות.

ולכן זה **מתקשר לניסוח השלילי שהציגה התוספתא** – בתחילה לא היו מחלוקות בישראל, אכן זהו המצב המתוקן והאידיאלי. המסר פה הוא **שמחלוקת היא תקלה.**

**אז איך נוצרה תופעת המחלוקת?**

נקודת המפנה היא כביכול **משרבו תלמידי הלל ושמאי** **שלא שימשו כל צרכן** – לא היו מספיק בקרבת חכמים בשביל ללבן מספיק, לא עשו סטאז' – הרבו מחלוקות בישראל.

מקור נוסף באותו כיוון, אבל מוסיף נק' נוספת:

**ירושלמי, חגיגה ב,ב:** **בהתחלה לא היו מחלוקות,** וטוב שכך, כי הסיבה למחלוקות היא תלמידים שלא שימשו את רבותיהם. מה שהירושלמי מוסיף – **אינה עתידה לחזור למקומה** עד שיבוא בן דוד, **ברגע שהרכבת התחילה לנסוע, כבר א"א לחזור אחורה.** ועכשיו המציאות היא שיש מחלוקות.

המקורות הללו מעלות יחס שלילי לתופעת המחלוקת.
המקור השני משלים עם המציאות, אך אם היה בכוחנו זה היה מתבטל.

[לבסוף, יש מנגנון הכרעה ברור. כלפי חוץ נראה שאין מחלוקות, המדובר הוא על התהליכים הפנימיים.]

מקור נוסף משמש כמקור **מעבר** בין הגישה הזו לגישה שרואה יתרון במחלוקת:

**תוספתא עדויות א,א –** מסכת עדויות עוסקת בעניינים הלכתיים ללא נושא מסוים. **הכלל הפסיקתי הברור ביותר בתוספתא – הכרעת הרוב.**

ומכך התוספתא מעלה שאלה – **אם מכריעים ע"פ הרוב,** **למה להזכיר את דעת המיעוט,** לפעמים זה עלול אפילו להחליש את פסק הדין? **2** **גישות: אחת הרואה בדעת המיעוט דבר חיובי ואחת שלא.**

1. **דעת המיעוט כדבר שלילי –** ת"ק וחכמים: **לדעת המיעוט כשלעצמה אין חשיבות ומציינים אותה רק כדי למנוע מחלוקות בעתיד.** מסבירים **כדי לבטל** אותה. (כל אחד אומר מה הרב שלו אמר לו, ויתכן שיחלקו) – ייתכן שמסורת כלשהי אכן נאמרה, אך יש לנו הוכחה שהיא נדחתה.
2. **דעת המיעוט כדבר חיובי –** ר' יהודה: דעת המיעוט לגיטימית, לא נבחרה כי הרוב לא בחרו בה. חשוב **שתישאר למקרה שנצטרך** **ונוכל לסמוך עליה.** דעת המיעוט מוזכרת ההפך מהגישה הראשונה – אלא כדי לומר שהיא **לגיטימית, ולא נבחרה רק כי הרוב לא בחרו** **בה.** ויש בה ערך.

**דוג' לשימוש בדעת המיעוט בעת צורך:**

**שבת מד,א –** דין מוקצה – משהו שלא אסור מדין תורה אך מקצים אותו מדעתנו בכל מקרה.

הגמרא עוסקת בדין האסור של **טלטול הנר,** והשאלה מה קורה כאשר איננו דולק, כשלא בשימוש.
בברייתא יש **3 דעות תנאים בשאלה האם מותר ומתי:**

1. ר' יהודה – אם הנר **חדש ולא שומש אף פעם**, אפשר לטלטל כי על פניו עוד לא נעשה בו שימוש ואפשר לשנות את ייעודו ולהחליט שלא יעשה בו דבר אסור.
2. ר' מאיר – **גם נר שהיה בשימוש מותר**, חוץ מנר שהיה דלוק בכניסת השבת (גם אם עכשיו כבוי)
3. ר' שמעון – מטלטלים **כל נר, מלבד נר דולק.**

ההלכה נפסקה כר' מאיר. לאחר מכן תלמידי רב שאלו אותו לגבי נרות חנוכה שנפל בשבת; הדליקו בחצרות וזה עורר בעיה עם השלטון. ביום-יום אפשר לכבות אחרי חצי שעה ויכניסו, אבל בשבת זה בעייתי אם אסור להרים כי מסתכנים בכך. רב פסק **שראוי ר' שמעון לסמוך עליו בשעת הדחק.** במקום לפסוק שידליקו מוקדם יותר לפני שבת, שיקיימו כדין.

**מתכתב עם שיטתו של ר' יהודה – עמדה לגיטימית וקיימת, חלק מהשימוש גם אם איננה ביום-יום. כשצריך אפשר להשתמש בה.**

הגישה החיובית:

**אבות דרבי נתן א, יח –** התוספתא מתארת מצב של **ריבוי דעות וחשש שאנשים לא יטרחו ללמוד את כל הדינים**. אלא עונים "ניתנו מרועה אחד" – התהליך הוא חשוב, הכל מכוון לדעתו של הקב"ה, **כל הדעות נכונות ואומנם צריך רק להחליט איך מתנהגים למעשה. אבל חשוב ללמוד הכל.**

**איך יש מצב בו כל הדעות נכונות?**

**ריטב"א עירובין יג: -** במחלוקת לא נגמרת בין ב"ש לב"ה **יצאה בת קול ואמרה "אלו ואלו דברי אלהים חיים".** [בהמשך כידוע נכרע שבחרו בב"ה משתי סיבות: בגלל ענוותנותם, כך שפסיקתם הייתה יותר רלוונטית לחיים היומיומיים. דעה נוספת – הקדימו את הדעה השניה לדבריהם, מה שמקנה דעה מזוככת יותר, אחרי ששמענו הכל ודנו בהכל הגענו למסקנה אחרת.]

**לענייננו, איך יכול להיות שאלו ואלו דברי אלהים חיים?**

**נאמר, שכשמשה עלה למרום, ה' נתן לו דעות בעד ונגד לגבי כל עניין.** משה לא ידע מה לעשות ואיך להכריע. מלמד **שמקור המחלוקת הוא מהאל.** את חומרי הגלם. נתן את הכל ואת **היכולת להכריע נתן בידיים שלנו.**

מחלוקת היא דבר חיובי, כל הדעות השונות לא נולדו היום, ויש כלים לכל וצריך לדעת להשתמש בהן.

**המסר שעולה – ריבוי הדעות איננה דבר שלילי אלא הפוך, רצוי לכתחילה.**

איך מחליטים על שעת הדחק?

**שיעור 7**

**הרמב"ם** סבור שבהלכות שהועברו במסורת למשה מסיני – לא יכולה להיות מחלוקת אלא רק בחלקים השלישי, הרביעי והחמישי, מפני **שהמחלוקת לא יכולה להיות בשיבוש מהעברת המסורת, בדבר האלוקים המפורש, אלא רק במה שחכמים תיקנו.**

**שיטת הרמב"ם לא מוסכמת על הכל.**

**מבוא התלמוד, ה (גאונים, לפני הרמב"ם) – תיתכן מחלוקת בהלכה שהיא חלק ממסורת,** כי חלק יודעים טוב את המסורת, וחלק לא מבינים בדיוק וזה משתבש בדרך. שיבוש בהבנה, בזיכרון וכו.

**הרמב"ם יוצא נגד דבר כזה** – לא ייתכנו טעויות בדרך. אין בלבולים אין חוסר הבנה. דוחה מכל גישה שמאפשרת מחלוקת משיבושים, **כי לא רוצה לפתוח פתח לערעור על סמכות המסורת.**

זו **השלמה של תופעת המחלוקת – האם היא רצויה או לא.**

**כלים לגיטימיים או בלתי לגיטימיים בהכרעת המחלוקת:**

האם ניתן להשתמש בכלים שמימיים להכרעה במחלוקת? סימן משמיים לגבי הנכון או לא?

**"לא בשמיים היא" – בבלי, תמורה טז א –** מתואר **ששכחו המון הלכות ומבקשים לשאול את האלוקים שיגיד מה הדין, אבל עונים שלא.** לא בשמיים היא. לא יעזור לשאול את האלוקים. זה לא רלוונטי. תורה ניתנה פעם אחת. **נכון שבמסורת ההלכתית התורה ניתנת בנבואה, אבל מכאן ואילך אין התחדשות הלכה בנוגע לנבואה.** ידיהם של הנביאים כבולות, מקבלים את דבר אלוקים אך לא יכולים להכריע בהלכה.

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות –** הראשון בראשונים שמאמץ את לא בשמיים היא. **נבואה לא מוסיפה כלום למעמדם של חכמים. יהיו ככלל.** הסברא והעיון צריכים לנבוע כמו מכל חכם ולא מנבואה.

**תפקיד הנביא בענייני רשות** – לצאת למלחמה או לא, **להוכיח** את העם, **לעודד** לקיים מצוות **ולמוסריות**. אבל **בענייני המצוות ופרשנותן – אין לו תפקיד כנביא** **(אם חכם, יש לו מכוח זה שחכם).**

**נביא שקר החייב מיתה** – נביא שציווה את ההמון לשמוע בקול האלוקים, אממה, **מוסיף או גורע מצוות בשם ה',** בין מהתורה בין מסורת מסיני. **לא יכול להיות שאלוקים ציווה דבר כזה כי הוא בעצמו אמר שלא ימסור תורה באמצעות נבואה**. ולכן אם נביא מתנבא בכך – נביא **שקר**.

**גם אם נתקיימו בנביא מדדים לנביא אמת**: 1. **אישיות** המתאימה לנבואה 2. **אותות** ומופתים. גם אם **בעבר היה מוסכם** ונהגנו לפיו, **כל עוד** **סיפר נבואה על מצווה** הוא נביא **שקר**.

דוג': **מחלוקת בין שני חכמים גם אם אחד נביא שאומר שאלוהים נגלה ואומר שהוא צודק, לא מקשיבים לו. אחרי רבים להטות**, גם אם השניים נביאים. **לנבואה אין משקל בענייני הלכה.**

**לסיכום**: לנביא **אין שום תפקיד בעניין הלכה,** תפקידו לחזק ולדרבן בהלכה ועוד, אבל לא יכול להתנבא בענייני הלכה – אם עושה זאת, נביא שקר, למרות שעמד במבחנים של נביא אמת.

**העמדה הזו לא מוסכמת על הראשונים ואפילו בתלמוד מוצאים גישה אחרת:**

**בבלי, עירובין, יג: - דוג' שהלכה כן נפסקה מהשמיים –** בנוגע **להכרעה מי צודק, ב"ה או ב"ש.** אלו ואלו דברים אלוקים חיים **והלכה כב"ה.** .

**ריה"ל, הכוזרי, מאמר שלישי אות מא –** הכוזרי שואל על **סמכות החכמים להוסיף תקנות** שקצת **סותרת את הפסוק לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו.**

והחבר עונה לו – מה שכתוב **לא להוסיף ולגרוע זה לאדם הפשוט, אבל לנביאים והחכמים מותר.** לפי דעתו, **חלק מתפקיד הנביא זה לחדש הלכות.** **המשותף לכהנים, השופטים והנביאים** זה שמקבלים **סיוע נסתר מהאלוקים.**

עד כה מצינו **שתי גישות:**

1. **לא בשמיים היא: חז"ל** –מצד אחד נשכחו הלכות **ולא משחזרים** אותם, **הרמב"ם** שרואה בכל התערבות של נביא נבואת **שקר**.
2. **סיוע מהשמיים: חז"ל –** **בת קול** מכריעה **כב"ה**, **הכוזרי** – **לנביא סמכות לגיטימית,** יש לנביא משקל בענייני הלכה.

**ההבדל** בין הרמב"ם לכוזרי **ביחס לנבואה:**

**ברמב"ם** – אם הנביא הוא **גם חכם,** יש לו **מעמד** בעניין הלכה.

**בכוזרי** – גם אם הנביא הוא **רק נביא** יש לו **מעמד** בעניין הלכה.

**שיעור 8**

**בבא מציעא, נט, ב – תנורו של עכנאי – לא מן השמיים. שלטון החוק למחוקק:**

**מחלוקת בין ר' אליעזר וחכמים** בשאלה אם התנור שלם כדי לדעת אם מקבל טומאה או לא. **ר' אליעזר נמצא בדעת מיעוט ועושה מאמץ לשכנע את חכמים בצדקת טענתו.** מביא ראיות קונקרטיות לדבריו. כשלא מצליח לשכנע אותם **עובר לכלים לא קונבנציונליים – שמיימיים.** עדיין **לא משתכנעים, כי מבחינתם מסתכלים על כלים אנושיים.** ואפילו ר' יהושע מבקר את הסיוע השמיימי שמקבל ר' אליעזר – אנחנו בויכוח אנושי, למה אתה מתערב. ואלוקים נשאר בשני הקטבים, בעד שניהם. עונה לר' אליעזר ומסכים עם ר' יהושע שלא צריך כלים שמיימיים.

ואז ר' אליעזר מוכיח ישירות מן השמיים, ולא בצורה עקיפה כמו כל מה שהיה לפני כן, **יצאה בת קול והכריזה שהוא צודק.** ור' יהושע מתנגד – **לא בשמיים היא.**

ומוסיפים – **מאז שניתנה תורה מסיני לא משגיחים בבת קול כי הרי נקבע בתורה שאחרי רבים להטות.** זה לא מהשמיים יותר. **שלטון החוק למחוקק** – **אם הכנסת קבעה כללים הם מחייבים גם אותה.** כנ"ל הא-לוהים.

לאחר מכן, **חכמים משנים את כל ההלכות שפסק ר' אליעזר**. שזה משונה, כי בבי"מ לא מבטלים הלכות רטרואקטיבית. אם יש הלכה חדשה היא מחייבת לעתיד, ולא משנים את העבר. **ביטול ההלכות בעייתי מבחינה דתית, ובכל זאת פועלים בדרך קיצונית כזו. ואפילו מנדים אותו.** ר' אליעזר קיבל את הנידוי מיד בהכנעה, דבר שמסמל **שאיננו מרדן בצורה דווקאית אלא היה בטוח בצדקתו. לא כפר בסמכות בית הדין, אלא רק רצה לשכנע.**

מעבירים **מסר –** גם אם הוא **צודק, אסור** היה לו **להכריע ולהשפיע על דעת הרוב באמצעות כלים שמיימיים.**

המסר מהסיפור על **דרך ההכרעה** הוא **התלבטות:**

1. האם יש **מקום לכוחות שמיימיים** בפסיקת הלכה
2. האם מחילים את **"אחרי רבים להטות"** גם **במחיר של פגיעה במהות?** שהרי ר' אליעזר צדק במקרה הזה.

במקרה הזה **אין נוקאאוט** – יש **תמיכה משמיים בר' אליעזר,** ומצד שני יש גם **תמיכה בחכמים; "נצחוני בניי".**

יש פה מקום גם למסורת מול חידוש – יש מתח בין קידוש המסורת לבין הרצון לחדש של ר' אליעזר.

**גישור בין הדעות, יש מקרים שבת קול תופסת ויש שלא:**

 **תוס'** (בעלי התוספות היו הנכדים של רשי)**, בבא מציעא נט,ב –**

**מעמתים** בין הסיפור של **"לא בשמיים היא"** לבין **הכרעת המחלוקת** של ב"ש וב"ה ע"י **בת קול**. ומיישבים שיש **נסיבות בהן בת קול תקבל משמעות ויש שלא.** תלוי בשאלה **האם תומכת או סותרת את כללי ההכרעה הרגילים.**

במקרה **אחד** – בת קול **סותרת את הדין שנוצר ע"פ הרוב** שנפסק מהתורה, ולכן **לא מתקבלת.**

במקרה **אחר** – בת קול תומכת בדין ורק מחזקת אותו יותר, אפשר להשתמש בה כחיזוק לעמדה הרגילה. הייתה **דילמה האם גם כשהצד השני חכם יותר (ב"ש) הולכים ע"פ הרוב.** בת קול לא הכריעה את ההלכה בשבילם, אלא **חיזקה את דרך ההכרעה שידוע שנכונה ממילא.** ולכן **מתקבלת.**

**הסבר שני,** בת הקול בסיפור של ר' אליעזר **יצאה רק משום כבודו של ר' אליעזר כי הזמין אותה,** ואם כבר ביקש אז תצא כי לא רוצים להוריד ממעמדו אם ביקש. אבל בת הקול **לא יצאה אקטיבית ועצמאית ולכן אין לה כ"כ מעמד.**

**לסיכום: השאלה היא לשם מה בת קול יצאה –**

1. **לשם הכרעה וסתירת הדין או לשם הכרעה ותמיכה בדין.**
2. **לשם הכרעה או לשם כבוד ר' אליעזר**

**נלמד מכאן שלפרוצדורה יש שיקול, ולא מסתכלים רק על המהות.**

לדעת **הר"ן** זה **ניסיון לחכמים אם ממשיכים לאכוף את הכללים כמו שצריך** או שישברו בגלל בת קול.

גם הרב קוק מתייחס לעניין של "לא בשמיים":

**אגרות הראיה, א, קג – ראיה** לסמכות הנביאים בתושב"ע: **המשנה הראשונה של מסירת התורה (משה קיבל תורה מסיני..)** מכילה את **הנביאים**.

כתוב גם כהנים וגם שופטים? כי הכהנים שמיימיים יותר, עובדים במקדש בכלים שמייימיים והשופטים יותר אנושיים. **לדעת הרב קוק – אם יש הכרעה הלכתית ברורה ואין צד של מקום של ספק אז אומרים לא בשמיים היא. אם לא הצלחנו להגיע להכרעה ברורה – משתמשים בכלים שמיימיים.**

**שו"ת משפט כהן, צב –** שתי אפשרויות **לקבל בת קול:**

1. שיטת **התוס'**, אם זה בא **מפאת הכבוד או לגופו של עניין**.
2. כשיש **שתי דעות שיסודן בתורה כך ששתיהן בטוח נכונות.** אבל **כשאין דין** בכלל בת קול **לא יכולה לתת אחד.**

**סיכום כל הדברים:**

בסיפור של ב"ש וב"ה יש ספק הלכתי, **אם אחרי כל הנימוקים- לא מגיעים להכרעה אפשר להיעזר.**

בשחזור הלכות שנשכחו – זה הלכות לא מוכרות, שכחו שמשה לימד משהו מסוים, לא מתחבטים אם כן או לא – **ושימוש בבת קול יחדש חוק חדש מה שאסור.**

**אם יש חוק ויש דילמה בשאלת הפרשנות – בת קול יכולה להתערב. אבל לא יכולה לחוקק חוק חדש.**

דיון עיוני ולא מעשי. אין שימוש של פוסקי הלכה בכלים שמיימיים כדי להכריע הלכה.

אחרי שדנו שאלה האם משתמשים בכלים שמיימיים כדי להכריע הלכה נדבר על הכלל הבסיסי – רוב.

**כללי הכרעה:**

1. **הכרעת הרוב**
2. **הלכתא כבתראי**
3. **תקדים**
4. **קים לי**
5. **הכרעת הרוב –**

**הכלל הבסיסי של הכרעת ההלכה הוא ע"פ רוב.**

**תוספתא סנהדרין, ז, ב –** מכריעים בדעת **רוב כשאין מסורת**. אפילו אם יש אדם אחד מול 70 דיינים שיש לו מסורת הולכים על פיו. וצריך להיות **אמון גדול בחכם שיש לו מסורת.**

כשיש **מסורות סותרות**, **לא** מונים את **הרוב ע"פ הכמות שמחזיקה אותה מסורת,** אלא ע"פ **כמות המסורות לאותו אדם.** כאשר אדם לומד **מכמה רבנים את אותה המסורת** – היא הקבילה.

**מונים ע"פ כמה מסורות יש ולא כמה אנשים מחזיקים במסורת.**

**מה קורה כשיש מחלוקת ואין מסורות ואין רוב?** (אחד מול אחד, עשרים מול עשרים) בב"ד עקרונית תמיד יש רוב, יש מספר אי זוגי אבל בתלמוד יכול להיות שאין אי זוגי ואין אפשרות להכריע ביניהם

**בבלי ע"ז, ז,א –** לפי **הגדול בחכמה ובמניין.** (לא ידוע כ"כ איך מכריעים מי יותר חכם, אבל מניין – זה מניין תלמידים. **ככל שיש יותר תלמידים העמדה יותר נפוצה**).

אם אין רוב – מי גדול מחברו.

**ר' יהושע –דאורייתא לחומרא דרבנן לקולא**.

**שיעור 9 / יעקב חבה– סמכות החכמים (הסיכום הנ"ל נלקח מנועם רוזנשטיין)**

**תוקפו המחייב של התלמוד הלכתא כבתראי:**

רקע: תוקפו המחייב של התלמוד:

\*אמוראים הם חכמי התלמוד (במשנה הם תנאים).

**כלל פסיקה** - כאשר יש עמדה תנאית אחת, אמורא לא יכול לחלוק עליה.

**דרכים לאמורא לגבור על עמדת התנאים –**

1. מציאת **מקור קדום** התומך בעמדתו.

2. מציאת **פרשנות** למקור התנאי שמסביר למה עמדתו האמוראית מסכימה עם אותה עמדה תנאית.

- דורות אחרי תקופת האמוראים, גם אינם יכולים לחלוק על עמדה אמוראית ברורה.

**[הקדמת הרמבם לספר היד החזקה] –**

\*רבינא ורב אשי – סוף תקופת התלמוד, מקובל שהם חתמו את התלמוד.

**מקור התוקף של פסק** – כשהוא מתפשט ומתקבל ע"י עם ישראל בכללותו.

לאחר בית דינו של רב אשי, התפזרה היהדות בעולם ואין מוקד תורני– ולכן, כל בית דין שעמד לאחר הפיזור – פסקיו לא התפשטו וחייבו רק קהילות מסויימות ולכן תוקפם חלש יותר.

**תוקף התלמוד –** בניגוד לדור לאחר הפיזור, כל ישראל קיבלו על עצמם את התלמוד ולכן הוא מחייב ואין לחלוק עליו.

\***שיטת הרמב"ם שחכם מאוחר עקרונית יכול לחלוק על קודמו, אבל תוקפו של התלמוד נובע לא מחוכמת החכמים אלא מהקבלה של ישראל את התלמוד.**

**[דרשות הרן – הדרוש השנים עשר] –**

**תוקפו של התלמוד –** בגלל שהוא התקבל ע"י רוב חכמי ישראל (כמו כל ישראל עצמם).

**[רמבם ממרים ב,א] –**

בה"ד מאוחר יכול לחלוק על קודמו.

**[כסף משנה, ממרים ב,א]** – פרשן על הרמב"ם.

**מקשה על הרמב"ם –** אז למה האמוראים אינם יכולים לחלוק על התנאים?

**תשובה –** עקרונית מאוחר יכול לחלוק על המוקדם, אולם, בחתימת המשנה, קיבלו עליהם האמוראים שאין להם לחלוק על התנאים. וכיוון שקיבלו על עצמם ישראל לא לחלוק על אמוראים והם על תנאים – זה תוקף ההוראה.

**[הערות החזון איש על הדברי סופרים]** – מקור מאוחר שחולק על דברי הרמב"ם

הסיבה שאחרונים לא חולקים על האמוראים והם על תנאים – **כיוון חלישות הדעת ופער הדורות** שהאחרונים לא מגיעים להבנת של האמוראים והם ביחס לתנאים (ולא כמו הרמבם בגלל שקיבלו על עצמם).

**[שולחן ערוך חו"מ, כה, א]** –

**שו"ע**: דיין שטעה בניגוד לדיני המשנה, הגמרא או בדברי הפוסקים, יש לחזור על הדין ולפסוק נכון.

**\*טעות בדברי המקור הדין חוזר, טעות בשיקול הדעת אין דין חוזר.**

**רמ"א**: חולק שאין מחויבות לדברי פוסקים, אבל ישנה מחויבות לחיבורים הלכתיים שנתפשטו ברוב ישראל, אלא אם לאותו אדם יש מנהג מאבותיו (מסורת).

**\*מסכימים על תוקפם של המשנה ותלמוד, לעומת דברי הפוסקים שהשו"ע נותר להם תוקף והרמ"א כן משאיר פתח לחלוק עליהם.**

**הלכתא כבתראי:**

רקע –

**ירידת הדורות –** ככל שהזמן חולף, אנחנו מתרחקים ממקור התורה ( מעמד מתן תורה) ולכן תהיה ירידה בהבנה.

אין לדיין אלא מה שעיניו רואות – על הפוסק לפסוק לפי דעתו ולפי מה שהוא רואה.

**מתח –** למי יש לתת עדיפות?

1. לחכמים הקודמים.

2. לחכמים האחרונים.

3. לאף אחד מהם.

**[סדר תנאים ואמוראים, סימן כ"ה] –**

כל מקום שיש מחלוקת בין תנאים או אמוראים זה עם זה, והסוגייה לא מכריעה מי ניצח, אם המחולקת היא רב כנגד תלמידו, הרב מנצח עד תקופת רבא (שם של אמורא מדור הרביעי לאמוראים), אחריו הלכה כתלמיד.

**[תוספות קידושין מה,ב ד"ה "הוה"] –**

הלכה כדברי הרב באמוראים ראשונים עד אביי ורבא. אבל אח"כ פוסקים כבתראי (פוסק מאוחר) – בגלל שהחל מאביי ורבא הם **שינו את דרך לימודים ודיקדקו יותר בהלכה ולכן הם קודמים** (דקדקו יותר מן הראשונים להעמיד הלכה על בוריה).

**[שו"ת מהרי"ק סימן פ"ד] –**

* יש ללכת אחרי האחרונים בלהקל וקל וחומר בלהחמיר שהרי בכל מקום פוסקים לפי האחרונים ואפילו תלמיד נגד רב
* **בבלי מול ירושלמי –** התלמוד הבבלי הוא מאוחר לירושלמי ולכן הוא ראה את דברי הירושלמי (ולא הפוך), ולכן הוא מכליל בדעתו גם את הירושלמי ולקח את זה בחשבון כשהוא פוסק.
* האחרונים יודעים גם את דברי הראשונים שיקללו אותם בשיטתם ופסקו.
* **מה מיוחד בתקופת אביי ורבא –** דרך הלימוד השתנתה – עד אותה תקופה התלמיד היה עוסק בשינון דברי רבו וזהו. החל מאביי ורבא התחילו ללמוד את כל הדעות.

**[שות הריד, סב] –** מסביר את היחס בין חכמת הקודמים לאחרונים.

* אנחנו כפרוש ביחס לאחרונים.
* אם שכלו יחלוק אפילו על יהושע כך יהיה.
* אין זה מצד גאווה שהוא יותר חכמם מהם – אם כך אז איך הוא חולק?
* משל הפילוסופים: מי צופה לרחוק? הננס או הענק?, בוודאי הענק, אבל אם הנסס יהיה על הענק מי יראה לרחוק? הננס.

**כלומר, חוכמתנו הגדולה לא מצד שכלנו העצמי, אלא מפני שאנחנו משקללים במוחנו את כל חכמת כל הדורות (חכמה מצטברת).**

מכוח זה, האחרון שחלשה דעתו מהראשונים, יכול לפסוק ולחלוק על דברי הראשונים.

**[שות מהריק סימן פ"ד]** – מגביל את כלל הלכה כאחרון

**הכלל** בהלכא כבתראי **– אם דברי הפוסק הקודם לא היו ידועים לפוסק האחרון, הוא לא שיקלל בדעתו ולכן יש לפסוק לפי הראשון.**

**[שות הראש כלל נה סימן ט]** – מחזק את הטענה.

* אין להעדיף חכם קודם מפני חכמתו.
* יש לקבל את סברת האחרונים כיוון שהיא משקללת ומכריעה בין הדעות הקודמים ועמדו על עיקר הדברים.

**שיעור 10 – הלכה כבתראי המשך – סיכום שלי**

מקור הכלל הוא מהגאונים ביחס לדברי האמוראים.

הגורם לכלל הוא השינוי בצורת הלימוד.

עד אז היו משננים את דברי רבו, ואז הרב הוא עדיף

ואז החלו לדון בדברי הרב ובמסורת ולהתפלפל על זה, ולכן ככל שיותר מאוחר יותר צודק.

ואז שאלנו האם יש עניין להכריע ככה גם בפוסקים המאוחרים יותר, או שהכלל הזה היה נכון רק לתקופת האמוראים ומאז זה כל מקרה לגופו.

לשיטת **הרמב"ם** (הקדמת הרמב"ם למשנה תורה) אין עדיפות לפוסקים מאוחרים וכל מקרה לגופו.

לעומתו, **המהרי"ק** סבור שזה נאמר גם ביחס לפוסקים מאוחרים כיוון שהפוסק המאוחר ראה את דברי הקודם לו, ובכל זאת בחר אחרת. ויתכן והפוסק השני אם היה באמת רואה את הנימוקים של הפוסק המאוחר יותר – אולי היה משנה דעתו.

כך גם סובר **הרא"ש.**

אך זה **מותנה בכך שהפוסק המאוחר הכיר את דברי הפוסק המוקדם.**

**הרי"ד** ניסה לתת פשר יותר פילוסופי לעניין הזה:

מחד פער הדורות, ירידת הדורות. הראשונים היו חכמים יותר.

מאידך, לדורות המאוחרים יותר יש יותר "ניסיון חיים" וראיה מצטברת, ולכן הגיוני שהלכה כבתראי.

**הרמב"ם** לא מעדיף את האחרונים, אך גם לא את הראשונים. צריך לדון כל מקרה לגופו. אין כלל.

יש פוסקים שחשבו שצריך לתת **עדיפות לדברי הראשונים:**

**שו"ת מהר"ם אלשקר סימן נד –** הכלל הזה נאמר בגאונים **רק ביחס לדבריהם של האמוראים**. ולא ביחס לפוסקים מאוחרים יותר.

לדעתו זה **לא הגיוני** שהגאונים הכריעו כך גם לפוסקים מאוחרים כי **אין להם את היכולת להכריע מה יהיה בעתיד ואם באמת יהיו אנשים מתאימים לתפקיד.**

מעמתים את המהרם עם המהריק שסובר שצריך להעדיף את האחרונים, ושולל דבריו.

אם יש מחלוקת בין הראשונים לאחרונים לא אומרים הלכה כבתראי.

כך סובר גם **השו"ת גינת ורד חלק חו"מ כלל ה,ג**.

**גט פשוט, כללים, ג** – אומר משהו מעט שונה **ומאזן**. לא יוצא נגד המהריק כמו המהרם, אבל נותן **פרשנות מצמצמת** לדברי המהרי"ק.

לדעתו המהרי"ק התכוון **שהלכתא כבתראי רק כאשר הפוסק הראשון והאחרון באותו רמה למדנית ועיונית.**

לא שולל את הלכה כבתראי, אלא מצמצם אותה כמעט לחלוטין.

השאלה הזו ממשיכה:

**הקדמת הבית יוסף** (של ר' יוסף קארו. סוג של פירוש על ארבעה טורים, ספר הלכה שנכתב ע"י ר' יעקב בנו של רבנו אשר. מחולק לארבעה חלקים: או"ח, יו"ד, אה"ע וחו"מ. הבית יוסף מוסיף ראשונים עליו ומכריע. על הבית יוסף ישנו השו"ע שהוא פשוט יותר קצר ומתומצת. הלכה למעשה. זה הבייסיק גם מבחינה ספרותית של ספרי הלכה, וגם מבחינה הלכתית. בהקדמה לב"י מספר איך הכריע בהלכה) –

לדעתו ברור **שהדרך האידיאלית להכריע היא ללמוד בעיון את היקף הסוגייה ואת כל הראשונים עליה**. אבל זה לא מעשי, כי אין גישה לכל החומר וגם אם יש, קשה להתמצא עם הכמות. ולכן, אומר שהוא יעשה את זה בשבילנו. מחקר מעמיק של כל ההשתלשלות מהגמרא עד הראשונים בהתבסס על ארבעה טורים.

בנוסף מספר איך הכריע להלכה בעצמו. צריך להכריע כדי שתהיה תורה אחידה ושנלך ע"פ אותם כללי ומנהגים וכדי שלא כל אחד יקח אחרת את הכתוב בספרו.

**כלל ההכרעה שלו:**

**באידיאל** – היה צריך לקחת כל נושא אחרי שהקיף את כל הסוגייה והעמיק, לבחון את הנימוקים השונים ולהכריע.

שתי **בעיות** בהכרעה הזו:

1. מי אני? אני לא מספיק ברמה גבוהה בשביל להכריע. **אם אני ברמה תחתיהם, איך אבחן שתי דעות ואכריע מה יותר נכון?**
2. לא מספיק שאכריע, אני צריך **לנמק** כל דבר. ואז זה שוב נכנס לכל **הבלאגן** הכמותי.

אז **פרקטית** – איך להכריע כשיש דעות שונות?

לוקח את **הריף הראש והרמבם** שכתבו ספרי הלכות מקיפים בכל הנושאים, ונחשבים בעם לפוסקים חשובים, ומכריע ע"פ רוב.

**מבין שלושתם הרוב קובע.** רק אם דעת היחיד התקבלה מאוד בעם ויש צורך לקבל אותה – יקבל אותה.

בד"כ הריף והרמבם יהיו זהים כי הם מאותה מסורת פסיקה, הראש במקור הגיע מארצות אשכנז ולכן קצת שונה.

**מה עושים כשאין רוב? בוחן גם פוסקים אחרים.**

לא תמיד פעל לפי השיטה הזו והרבה פעמים העדיף פוסקים אחרים גם בלי קשר לרוב.

**בכלל לא מקבל את הכלל הלכתא כבתראי.**

**הרמ"א, חושן משפט כה,ב –** מחיל את **הלכתא כבתראי** גם על דברי הראשונים והאחרונים, **בתנאי שהמאוחר ראה את מה שקדם לו.**

**שו"ת הרמ"א, כה –** יש חשיבות מרכזית לכלל הלכתא כבתראי, בצורה כזו שאם אחרון יכריע אפילו אין סיבה לפנות לדורות שלפניו.

**הקדמת הרמ"א לדרכי משה –** מבקר את הב"י שמתעלם מהאחרונים ופונה ישר אל הרמב"ם, הרי"ף והרא"ש.

הדבר יצר פער בין הספר של ר' יוסף קארו לבין הרמ"א.

לא התייחס אליהם בשני מובנים:

1. לא קיבל את ההכרעות השונות משלו
2. התעלם מהכרעות חדשות שהביאו.

**בתפיסה של הרמ"א קבלת הכלל הלכתא כבתראי יצר את הפער בין הפסיקות שלהם**. כמובן שזה לא הדבר היחיד, אך יש לזה משקל משמעותי.

**לדעת הב"י אין תוקף להלכתא כבתראי, לדעת הרמ"א כן.**

**תקדים**

מה זה?

יש ספר הלכה שפוסק דינים – ספר חוקים.

תקדים עוסק במקרה קונקרטי – פס"ד.

האם התקדים הוא מחייב או שלא רלוונטי לסיבות אחרות?

מחד, יש ערך בתקדים מחייב. מאפשר יציבות וידיעה. רוצים דין אחיד.

מאידך יוצר קיבעון כי לא שומעים דעות נוספות.

עניין נוסף, פעמים רבות תשובה קונקרטית מכילה שיקולים המשתנים מעניין לעניין.

גם המשפט הישראלי דן בשאלת התקדים ויצרו איזון – מחד רוצים יציבות, ולכן כל הערכאות מתחת לעליון פוסקות כמו התקדים, מאידך כדי למנוע קיבעון – ישנו ביהמ"ש העליון.

**האם תקדים – תשובה למקרה קונקרטי – מחייב או לא בהלכה היהודית?**

התשובה המסגרתית -

**בהלכה ברור שאין חובה לקבל תקדימים, אבל לתקדים יש משמעות והוא חלק גדול בארגז הכלים.** זה כלי שאפשר להשתמש בו אבל אפשר גם לא.

אך יש עמדות שונות שנותנות משקל רב או פחות למסגרת הזו.

לבחון הכל:]]

**בבלי, בבא בתרא, קל, ב –** "**אין לדיין אלא מה שעיניו רואות**" בא מורה לרב פפא ורב הונא שאחרי מותו **לא יבטלו לחלוטין את דעתו,** שהרי אם היה בחיים היה מנמק ואולי גם משכנע אותם, אבל גם מוסיף **שאינם מחויבים לו**.

השופט צריך לפסוק בהתאם למה שמבין, ולא להתחייב למה שלפניו – **עצמאות השופט**.

בנוסף, הדיין הראשון צריך לבטל בעצמו כדי לשמור על **יציבות של בתי הדין** ולא שכל דיין יבטל את קודמו.

לא מחויבים, אבל גם לא מבטלים.

**רשב"ם –** מפרש **כפשט**. "אין לדיין אלא שעיניו רואות".

**ריטב"א** –במקרה הזה צריכים לא לבטל את דעתו לחלוטין כי הם התלמידים הישירים שלו, **אבל אם נתקלים בסתם דעה מוקדמת אפשר לבטלה.**

לדעת **הרמב"ם** דיין שרק מקיש ממקרים שונים שוגה כי **דינים משתנים ע"פ הנסיבות.** לוודא]]

**שיעור 11**

ניואנס דומה לאין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות:

**סנהדרין ו,ב –** אפילו תלמיד מול הרב צריך לתקנו במקרה עיוות הדין. לדיין אין מה לפחד מיראת הדין. לא רק מהיבט אובדן שיקול הדעת העצמאי, אלא **שלא יחשוש וישתתק כשעומד מול תקדים.**

**יש ניואנסים שונים בהקשר הזה. כולם מסכימים שאין תקדים מחייב מחד, אך גם שהוא הופך חלק מכלי העבודה של הדיין.**

ויש דעות שונות אצל הפוסקים לגבי **המשקל שצריך לתת לתקדימים:**

**שו"ת מהריל, סימן עב –** לדעתו לא רק שצריך לסמוך על תקדימים אלא שהם אפילו **מעבר לספר פסיקה**, כי ספר פסיקה לא מתאים למקרה קונקרטי והרבה פעמים יש פער בין ההיבט העיוני למעשי. ולכן **התשובה התקדימית היא מקור טוב יותר כי היא הלכה למעשה, ביצוע הדין בפועל.**

נמצא בסקאלה לכיוון החיוב מאשר לכיוון הלא מחייב בכלל. לא מחייב אבל בעל משקל משמעותי.

דוגמא בכיוון אחר:

**שו"ת ר' אברהם בן הרמב"ם סימן צז –** התקדים **לא מחייב.** הדיין צריך לבחון כל מקרה לגופו, **ותקדימים מהווים כלי עזר להבנת הדין עצמו ולהבנת הכלים המנחים המסייעים בהגעה אליו.** התקדימים מסייעים ללמוד את דרך הפסיקה, דרך ההתמודדות, והכלים השונים והמשקלים שנותנים להם.

הפוקוס פה אחרת. במקור הקודם התקדים היה בעל משקל משמעותי ופה הוא יותר מסוים, ללמוד את הקווים המנחים.

**סוגייה הקשורה להכרעת ההלכה – קים לי:**

טענת קים לי **חותרת תחת חופש ההכרעה של הדיין.** רלוונטית רק **כאשר יש ספק בדיני ממונות** (אם ההלכות היו מוכרעות, לא היה צורך בטענה, אבל לרוב דיני ממונות נמצאים במחלוקת, של שתי אסכולות או רוב ומיעוט)**.**

אדם אחד **מחזיק** בממון כלשהו (חזקה היא תנאי לכך), ואדם אחר רוצה להוציא ממנו את זה. גם אם הדיין קובע שהנתבע חייב, **הנתבע יכול להביא מקור לדבריו לזה שהוא פטור, והדיין לא יכול לחייבו**. טענת קים לי נטענת **רק ע"י הנתבע** (המוציא מחברו עליו הראיה).

אין תשובה אחת נכונה בשאלות משפטיות, כולם ניתנו מרועה אחד ומכיוון שכך, **אי אפשר לאלץ מישהו בניגוד לעמדתו כדי להוציא ממנו דברים.**

העמדה הכללית של רוב הפוסקים היא שקים לי לא **נטענת אלא ע"י הצדדים עצמם.**

**צריך סיבות טובות לקים לי, אחרת מה הטעם להגיע לב"ד לתבוע אם ממילא יהיה קים לי?**

**אורים ותומים, חו"מ, קנ"ד –** **א"א לטעון קים לי כנגד ר' יוסף קארו והרמ"א.** אלא אם נחלקים או לא התייחסו לעניין הזה. אבל אם שניהם אימצו עמדה אחת ודחו אחרת – א"א לטעון קים לי נגדה.

למה דווקא השו"ע והרמ"א? כי זה **הספר המקובל בקהילות ישראל** וזו דרך טובה ליישר קו. צריך **לצמצם את היכולת לטעון קים לי** כי לא ניתן יהיה לצאת מזה.

**שו"ת מהרי"ק, קמט –** גם הוא מנסה לצמצם את טענת הקים לי. **א"א לטעון קים לי כשזה דעת יחיד מול רבים.**

**שות רדב"ז, ב, תתכה –** מצמצם כדי שלא יעשו צחוק מחכמים.

כיוון שהטיעון הוא – אל תפסקו לי ע"פ פוסק אחר כי יש לי פוסק מסוים על פיו אני הולך ולכן ב"ד מחויב להסכים – **צריך עקביות והליכה אחרי אותו פוסק כל פעם,** ולא לנקוט בדרך הנוחה.

**צמצומים נוספים –**

א"א לטעון קים לי **נגד רב או מנהג המקום** כי כפופים להם, או **נגד הרב המקובל.**

קים לי ייעשה רק במקרה של יחיד **נגד יחיד השווים בחוכמתם ובמעמדם בציבור.**

**שו"ת הלכות קטנות חלק א סימן קפב –** **יוצא נגד קים לי,** מתבטא בחריפות וטוען שזה **גזל ופגיעה בממון של ישראל.** מעבר לכך, **אם משתמשים בזה, מה צורך בחושן-משפט?** כל דיני הממונות יתבטלו ולא ניתן יהיה להוציא ממון גם מנתבעים כדין.

**שיעור 12**

סמכות חכמים מתחלקת לשלוש: סמכות חכמים כמפרשים, כמכריעים במחלוקת וכמחוקקים (על השניים הראשונים דיברנו).

**סמכות חכמים כמחוקקים**

יש פעמים שהחכמים רק מוסיפים על דין תורה, מוסיפים איסור או משהו.

אבל יש **פעמים של התנגשות בין דין תורה לדין דרבנן.**

לפני שנדון בזה נדון בשאלה **מאיפה נובעת הסמכות להתקין תקנות**, להוסיף חובות וכו', ומאיפה **החובה שלנו** **לציית להם?**

**[תקנה = תוספת, גזירה = איסור** תקנת חכמים צריכה להתקבל ע"י הציבור. אם לא פשטו בישראל – אין להם מעמד.**]**

**שבת כג,א –** חנוכה לא מופיע בתורה, אלא היה **מאורע היסטורי שחכמים החליטו שראוי לציינו בדרכים מסוימות.** אז תיקנו הדלקת נרות שמונה ימים.

יש מחלוקת אם מברכים על הדלקת הנר עצמו או על ראיית הנר הדלוק.והשאלה העיקרית היא – **מה מברכים.**

התשובה הקלאסית היא הנוסח הכללי. אבל הרי **כביכול "וצוונו" לא רלוונטי, כי חכמים הם אלה שציוו.**

**למה אפשר לומר "וצוונו":**

1. **"לא תסור" –** פס' שנאמר **בהקשר הלכתי**. עד עכשיו הסתכלנו על הפס' שאסור לסור מדבריהם של חכמים כשמפרשים את התורה. אבל רב אויא אומר שזה **נוגע גם לגזירות והתקנות שלהם עצמם.** נכון שהציווי הישיר נחשב מאלוקים, אבל **עצם זה שממלאים אחר סמכות חכמים – ממלאים עקיפין את הציווי האלוקי.**
2. **"שאל אביך ויגדך זקניך (=חכמים) ויאמרו לך" –** הפס' הזה נאמר בהקשר של פרשת האזינו, **דברי תוכחה ומוסר וכו', ולא פרשה הלכתית שמורה על הלכות קונקרטיות.** גם רב נחמיה אומר שההקשבה לחכמים היא הקשבה בעקיפין לאלוקים.

השוני הוא – **שהפס' השני לא חיוב, אלא דבר מוסר, וזה מקור יותר חלש**.

למה זה רלוונטי שהמקור חלש יותר? הרי בכ"מ מחויבים לציית לדבריהם, בלי קשר למקור.

**עקרונית, בבסיס בכמ צריך לקיים, אך יש הבדל שיבוא לידי ביטוי במקרים מיוחדים. יהיה יותר קל לסגת ממנו.**

**ההבדל הזה בא לידי ביטוי במחלוקת בין הרמבם לרמבן:**

**הקדמת הרמבם למשנה תורה –** הרמב"ם מאמץ את **"לא תסור"** **כמקור המחייב להקשיב לדברי חכמים.**

הרמב"ם מונה **בספר המצוות** את כל מצוות דאורייתא, אך לא את המצוות של חכמים, **אלא את המצווה לשמוע לדברי חכמים.** קיום תקנת חכמים מהווה **בנוסף קיום מצוות דאורייתא לציית לדבריהם**.

**השגות הרמבן לספר המצוות שורש א –** לדעת הרמב"ן, **לא תסור זה רק על מה שחכמים מפרשים בפרשנות התורה** – שנלמדים מיג מידות. רק אז חייבים לקבל את דברי חכמים.

**אבל התקנות והגזרות** שנועדו לשמור ולגדר את התורה, להרחיב את תחומי האיסור – **"לא תסור" זה רמז, ולא המקור להקשיב לחכמים.** כי אז הופך את דבריהם לדברי תורה, ובעבירה על דבריהם עוברים על דברי תורה.

הפס' רלוונטי רק למקור לפרשנות, אך לא לחובת הציות. מקור חובת הציות כנראה יהיה הפס' השני, שאל אביך.

**לדעת הרמב"ם – כשלא מקשיבים לדברי חכמים עוברים על איסור דאורייתא, לדעת הרמבן – על רוח הדאורייתא, לא על איסור.**

**דברים יג,א, ד,ב –** שאלה מקדמית נוספת היא **התנגשות של סמכות חכמים לבין פסוק שמופיע פעמיים בתורה – האיסור להוסיף ולגרוע על דברי תורה.**

**[**אם מפרשים את דברי התורה – אין בעיה כזו, רק אם מצווים משהו חדש, כמו, למשל, נרות חנוכה.**]**

**איך ליישב את הפער שלחכמים יש סמכות להוסיף תקנות חדשות ואפילו לגרוע מדין תורה במקרים מסוימים.**

הראשונים ניסו להסביר את הפער הזה.

**רשי** מצטט את המדרש על הפסוקים הללו, ואומר **ש"לא תוסיפו" נאמר רק על דברים מסוימים – כמו איסור על הוספת פרשייה לתפילין, ברכה לברכת כהנים וכו'.**

**רשי** מיישב את הקושי – האיסור להוסיף ולגרוע לא מתייחסים להוספת מצוות חדשות, אלא **בתוך מצוות התורה הקיימות. אסור לשנות את תוכן המצווה הקיימת מהתורה.**

**הכוזרי, מאמר שלישי, מא –** האיסור להוסיף ולגרוע תלוי נסיבות. הוא **חל על האדם הפרטי, אך לא על חכמים.**

**הרשב"א, ר"ה, טז,א – משלב** בין רש"י לכוזרי. על זה שחכמים הכפילו את מספר התקיעות בר"ה. (כביכול עומד נגד רש"י – כי זו הוספה לתוכן המצווה עצמה!)

**האיסור להוסיף ולגרוע** הוא רק **בתוכן המצווה** – כמו רשי, **ורק על האדם הפרטי** – כמו הכוזרי.

ע"מ לחזק עמדתו מביא **דוגמא על קביעת חודשים.** יו"ט שני של גלויות שניתקן ע"מ למנוע בלבול בימי החג.

[היום התקנה הזו כבר לא רלוונטית ונוגעת לשאלה האם חכמים מאוחרים יכולים לבטל תקנות קודמות]

יש פה **הוספה של דברי הכוזרי על דברי רשי – כל עוד החכמים הוסיפו, למרות שזה דין תורה, זה תקף.**

עד כאן – אם אדם רוצה להמשיך לשבת בסוכה בשביל מצווה לא יכול, אם חכמים יתקנו את זה – יהיה לזה תוקף.

**רמב"ם, ממרים, ב,ט –** לחכמים יש את הסמכות, **אך לא יכולים לייחס את זה לתורה**. האיסור להוסיף ולגרוע זה לשנות את התורה. **כל עוד זה מיוחס להם – הם רשאים להוסיף ובתנאים מסוימים אף לגרוע.**

**מה הגבולות?**

יש הוראות שלא מתנגשות עם התורה, אם חכמים אוסרים עוף עם חלב, זה לא התנגשות חזיתית. לכן לכאורה אין להם מגבלה על תקנות וגזירות. מרחיבים את תחום האיסור כדי שלא תתקרב לאיסור.

הכוח האמיתי של חכמים יבוא לידי ביטוי בהתנגשות חזיתית – התורה מצווה וחכמים אוסרים או להפך.

**והכלל הוא כזה: חכמים רשאים לעקור דבר מן התורה ע"י שב ואל תעשה, אך לא רשאים לעקור קום ועשה.**

יכולים להורות לא לעשות משהו שהתורה ציוותה לעשות, אך לא יכולים להורות לעשות משהו שהתורה ציוותה לא לעשות.

**לא מוסמכים עקרונית לעבור על איסור.**

**דוג' להוראה לא לקיים מצווה:** הציווי לתקוע בשופר רלוונטי לכל זמן, אך חכמים אסרו לתקוע בשבת. כנל נטילת לולב.

**צריכה להיות להם סיבה טובה לצוות לא לקיים מצווה.** נניח חילול שבת זו סיבה טובה.

ויש ראשונים שאומרים שגם זה **מוגבל, בתנאי שלא מבטלים לגמרי את המצווה.** אם היו מחליטים לבטל לגמרי את המצווה – זה בעייתי. אלא **יכולים לבטל בתנאים וזמנים מסוימים ולא לבטל את המשמעות.**

עקרונית חכמים יכולים לא רק להוסיף אלא גם לגרוע חובה דתית

**שיעור 13**

ההקשר היותר מעניין הוא קום ועשה – **מתי חכמים יכולים להתיר לעשות משהו שאסור?**
עקרונית זה לא אפשרי, אבל יש **מקרים חריגים**:

1. **הפקר בית דין – הפקר** –

**תוספתא שקלים א,ג –** איסור כלאיים מופיע בתורה – איסור לגדל יחד שני סוגי גידולים. אך מותרים לאכילה בדיעבד. **בגלל שאין סנקציה עומדת וזה מותר לאכילה אנשים היו מגדלים למרות האיסור.** דאז **ב"ד היו יוצאים לגידולים ומפקירים את החלקים בשדה בהם היו כלאיים**.

**התירו איסור גזל –** מפקירים את השדה שמדין תורה נחשב של האדם, לאנשים אחרים ומתירים להם לאכול. מעין ענישה והרתעה.

**יבמות פט, ב –** **מאיפה לבית הדין הסמכות לפעול בניגוד לתורה?** (ביהמ"ש הרי לא יכול לפעול לא ע"פ החוק).

הסוגיא מציעה **2 מקורות** אפשריים לזה מהנ"ך **–**

1. **עזרא** – שקבע שמי שלא מגיע לאסיפה יוחרם רכושו. **דוג' לאפשרות להחרים רכוש כסנקציה ועידוד לאכיפה**. הפקר כאמצעי ענישה.
2. **יהושע** – כמו שאבא יכול לחלק את רכושו בין ילדיו ע"פ רצונו, גם המנהיגים יכולים להנחיל לעם מה שהם רוצים – להחליט מה שייך למי ולהנחיל את זה לאחרים. עוד **דוג' שב"ד יכול לחלק ממון למישהו אחר, להפקיר ולתת למישהו אחר.**

**המקור בספר עזרא מקנה סמכות להחרים, והמקור בספר יהושע מקנה גם סמכות להעביר את הרכוש מאחד לאחר**. מוסיף על עזרא.

**הביטוי הפקר בית דין הפקר הפך להיות חלק גדול בסמכות חכמים** רוב התקנות הממוניות של חכמים מסתמכות על הכלל הזה:

1. **קנסות –** מי שלא מקיים תקנות חכמים נקנס. הקנסות הוטלו לכל תקנות ממוניות – רכוש שע"פ דין היה שייך לפלוני, מכוח ב"ד יהיה שייך למישהו אחר.
2. **אבדות ומציאות** – מציאות של קטין (מתחת לגיל 13) גם ללא סימנים לא נחשבות שלו כי אין לו חזקה עליהן. אם מישהו חוטף ממנו את המציאה – היא **שייכת לחוטף מדין תורה, אך חכמים תיקנו הפקר ב"ד הפקר** – מפקירים את המציאה מהחוטף ומעבירים לבעלות אבי הילד המוצא.

**כל תקנה ממונית משנה את דיני הממונות שבתורה.** כי בגדול מדין תורה הרכוש שיש למישהו שייך לאותו המישהו, אבל הם יכולים לשנות את החזקות.

1. **שמיטה –** הלל התקין תקנת **פרוזבול** – החובות שנמחקים בשנת שמיטה הם רק בין אנשים פרטיים, ולא נמחקים חובות עם רשויות ציבוריות. אז **מה שעושים כדי לעקוף את השמיטה – מעבירים את החוב לבית הדין – ואז יוצא שהחייב חייב לב"ד, והחוב לא נמחק.** אח"כ ב"ד הופך לשליח וגובה את החוב בשביל בעל החוב.

**סוג של הערמה על החוק. איך הלל עשה זאת?**

ברמה **המהותית** – עשה זאת כי **ראה שאנשים נמנעו מלהלוות כספים מחשש שמא החוב ימחק** בשנה השביעית. מה שמוליד שתי עבירות: **על איסור תורה** שאסור להתחמק מהלוואות בגלל שמיטה, **ופגיעה בעניים.** לכן תיקן תקנה שמשמעותה סיוע לעניים.

**הלל לא תיקן תקנה בוטה, לא מחק את השמיטה אלא עוקף את השביעית בצורה קיצונית.**

**גיטין לו, א** – רבא מסביר את הסמכות של הלל. **התקנה של הלל אכן התנגשה עם דין תורה** (ולמעשה ביטלה אותו. למעשה – לא להלכה) – ועשה זאת **מכוח הפקר ב"ד הפקר.** יש פה כסף שהיה אמור להישאר אצל החייב, ומפקירים אותו ממנו ומעבירים לבעל החוב. תקנת הפרוזבול – מחייבת מישהו במשהו שמעיקר הדין איננו חייב.

למה זה לעבור על איסור? כי יש איסור גזל. **גזל זה גם כאשר מחזיקים בידיי ממון שלא כדין.** כל זמן שמישהו צריך לשלם למישהו ולא עושה זאת הוא גזלן. **אם מדין תורה הכסף שייך לחייב, הוצאה ממנו אמורה להיות גזל. ומכוח הפקר ב"ד – מתגברין על האיסור כדין** (אם בעל החוב היה מאיים על החייב ומוציא ממנו את הכסף זה היה לא כדין).

**התגברות על לא תעשה**.

**הוראת שעה:**

1. **הוראת שעה כללית**
2. **הוראת שעה בענישה**
3. **הוראת שעה כללית –**

**יבמות צ,ב** – אליהו בהר הכרמל. אליהו נביא כשהמלך בישראל הוא אחאב. העם עובד ע"ז, ואליהו אומר שהולכות להיות שלוש שנות רעב. אליהו מתחבא כדי שלא יבקשו ממנו להתפלל. **אליהו מציע לאחאב לעשות מבחן – ללכת להר הכרמל ולהקים מזבח – כל אחד יקריב לאלוהים שלו** – אליהו לקבה ואחאב לאלילים שלו. לא יביאו אש, **ויבדקו למי יורדת אש מהשמיים** לקחת את הקורבן. האש יוצאת לאליהו בלבד.

**ע"פ ההלכה –** מרגע שנחרב ביהמק **אסור להקים מזבח מחוץ לביהמק (איסור במות)** – אליהו עושה זאת בהר הכרמל ואלוהים אפילו מסייע לו. ואליהו אומר- זו הייתה **הוראת שעה ע"מ לגרום לעם לחזור בתשובה ולהפסיק לעבוד ע"ז,** מראה להם משהו שיוכיח להם מי האלוהים האמיתי**.**

**הגמרא אומרת** שכביכול **עבר עבירה, אבל זה לא בדיוק זה למען מטרה מסוימת.** כמו – חלל עליו שבת אחת עמ שישמור שבתות הרבה (חילול שבת עמ להציל מישהו אחר). יעבור עבירה פעם אחת בתקווה שזה יבער את ע"ז.

**מעשה אסור כהוראת שעה ולא ככלל במידה ויש צורך מיוחד ומטרות נכונות – אפשרי.**

**רמב"ם ממרים ב,ד –** הרמב"ם מדבר על תקנת חכמים – יש אפשרות לדור מאוחר לבטל את הדור המוקדם בהוראת שעה. ואומר **שב"ד יכול לעקור אפילו דברי תורה מכוח הוראת שעה – אפשר גם לבטל מצווה לא תעשה.** (כמו שרופא יכול לחתוך יד של מישו ע"מ שיחיה, ככה יחתכו ד"ת ע"מ שיקיימו את השאר, חלל עליו שבת וכו)

**עת לעשות לה' הפרו תורתך – דווקא הפרת התורה תגרום לקיימה**, מאותו הכוח גם כתבו את התושבע שהייתה אסורה בהעלאה על כתב. וזו **הוראת שעה שנמשכת לדורות. אבל ברמה ההצהרתית זו הוראת שעה,** לא מחקו את האיסור, אין להם סמכות למחוק חוק, לא יכולים לבטל את התורה, אלא כהוראת שעה מתירים לעבור על האיסור. (כמו הוראת שעה תקנת חירום במדינה)

1. **הוראת שעה בענישה –**

**"בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה"**

**סנהדרין, מו,א –** על **דין תורה יש ענישה גופנית** (עונש מוות או מלקות). יש 36 סוגי עבירות שגוררות מלקות, ויש 39 סוגי מלקות שאפשר לתת. הענישה הזו לא הייתה מתבצעת ככ בפועל בגלל דרישות סף פרוצדורליות, אך באופן כללי לב"ד הסמכות לתת עונש כרצונם בדיני תורה. **אם ב"ד יתן לאדם** **עונש שלא מגיע לו – עובר עבירה**. כי סתם ככה אסור להכות ולהרוג.

**בסנהדרין** יש סיפור על **אדם שרכב על סוס (שמותר דאורייתא ואסור דרבנן), וב"ד גזרו עליו עונש מוות.** איך? לא כי ראוי לכך ע"פ דין תורה אלא **מהוראת שעה – היה צורך מיוחד.** רכב על סוס בימי היוונים והמלחמה בתקופתם הייתה בעיקר מלחמת תרבות, נגד השבת. אז חכמים עשו כל מה שיכולים נגד היהודים המתייוונים שחיללו שבת והביאו את תרבות יוון. **מבחינת המחויבות ההלכתית אדם כפוף לדין תורה ולדין חכמים באותה מידה, ולא יודעים מה תקנת חכמים ומה דאורייתא. ויכול להיות שבאותה תק' של המתייוונים יכול להיות רחש בעם שאפילו ב"ד מקל בחילול שבת (אנשים יחשבו שזה דאורייתא). השעה הייתה צריכה לכך שיהרגו אותו.**

**דוג' נוספת** – **אדם שבעל את אשתו תחת עץ התאנה**, בפומביות וב"ד הלקו אותו, מהוראת שעה.

בשתי הדוגמאות הללו ב"ד מעניש אדם שלא ראוי עפ דין לאותו העונש. לכאורה ב"ד הזה הוא עבריין – אך יכול לעשות זאת מהוראת שעה**. הרעיון בהוראת שעה הוא חיזוק ההלכה – אם פעם אחת נחרוג מהדין למרות שע"פ הדין לא חייבים בעונש כזה** **– זה יגביר את האכיפה.** משלמים מחיר חד"פ שיביא תועלת.

**רמב"ם סנהדרין כד, ד,ט –** ב"ד **שעושה זאת למען סייג לתורה** ולא מרצון לעבור על ד"ת – יכול. הכל מתוך זה שזו הוראת שעה ולא לדורות. הרמב"ם אומר שזה יכול לתת לב"ד אצבע קלה על ההדק ויכול להיות שיפעילו אתזה יותר מדי. ולכן אומר **שב"ד צריך לשים לנגד עיניו – שלא יהיה כבוד הבריות קל בעיניו – להיזהר.**

נקודה חשובה נוספת – **מה הייחוד של הוראת שעה בענישה? למה לציין זאת במיוחד ולא בהוראת שעה כללית?**

**מבוססים על כללים שונים**. ברגע **שאין ביהמ"ק אין סמכויות ענישה גופניות גם על דין תורה**. היו קהילות שקיבלו זאת מהשלטון המקומי, להקים ב"ד לרבות עונש מוות. אך זה לא ע"פ דין, וצריך סנהדרין וביהמ"ק והתראה ועדויות. ולכן **ביססו את כל הענישה על הכלל הפקר בד הפקר, ואם זה ענישה פיזית ביססו על הוראת שעה. ב"ד** (=כל ב"ד). לא קובעים זאת לדורות, אלא כהוראת שעה, גם אם נמשך זמן. **כי לא היו דרכים אחרות להעניש.**

**אם זו ענישה ממונית – הפקר ב"ד הפקר**

**אם זה גופני – תחת הסמכות הפורמלית של הוראת שעה ב"ד.**

ולמה צריך משהו פורמלי? כי צריך סמכויות. זה שהשלטון מקנה כוח לא נותן, צריך את זה מכוח דין תורה.

**שיעור 14**

1. **הפקעת קידושין – משנה גיטין ד, א-ב –**

אחד האיסורים הוא איסור אשת איש. פרידה מעיקר הדין יכולה להיעשות רק ע"י מות הבעל או גט ע"פ דין.כל עוד קשר הנישואין לא הסתיים כך – נחשבת אשת איש. בהמשך מוסיפים הפקעת קידושין.

זה יוצר עגינות ב2 מובנים:1. אם מישהו נעדר 2. מסורבות גט.

קידושין וגירושין הן פעולות משפטיות. המשמעות של גט יוצרת שינוי במעמד האישי של בני הזוג. אומנם זו פעולה פיזית של העברת גט, אבל התוצאה היא משפטית, גירושין.

**פעולות משפטיות יכולות שייעשו ע"י שליח, והתוצאה מיוחסת לשולח. ייפוי כוח. גט הוא פעולה משפטית, ולכן יכול להתבצע ע"י שליח.** גם האישה יכולה למנות שליח שיקבל את הגט.

כל עוד האישה לא מקבלת את הגט לידיים שלה – לא נחשבת גרושה.

אם האיש עוצר את השליח – הגט בוטל, כי הגט כשלעצמו אין לו מעמד, אלא הוא מבטא את רצון האיש.

**מעיקר הדין, ע"פ דין תורה, כל עוד הגט לא נמסר לאישה – הבעל יכול לבטל את הגט גם בלי למסור לשליח, אלא יכול ללכת לב"ד ולהכריז זאת.**

זה יוצר **קושי** גדול, כי האישה שמקבלת את הגט חושבת שגרושה ובינתיים נישאת כאשת איש ומביאה ילדים ממזרים.

המשנה מביאה את **ר"ג שביטל את התקנה הזו מפני תיקון העולם.** כל עוד גט לא נמסר לאישה היא לא גרושה.

**גיטין לג,א –** מחלוקת בשאלה **מה קרה אם אדם עבר על התקנה, ובכ"ז הגיע לבטל בב"ד.** האם הגט בטל או לא?

**ר' יהודה הנשיא** – לכתחילה א"א לעשות זאת, אבל **בדיעבד, הגט. בטל. דין תורה עומד על קנו.** התוצאה המשפטית תהיה בהתאם.

**רשב"ג** –מה התועלת בתקנה הזו אם כל מתחרט יכול לעבור על התקנה? **התקנה הזו צריכה להיות אקטיבית, למנוע ביטול מרחוק. הגט תקף.**

לדעת רשבג התקנה הזו **מרחיקת לכת** כי היא מתערבת בדיני נישואין וגירושין – **מדין תורה האישה נשואה, וחכמים בתקנתם יוצרים את זה שהיא איננה נשואה.**

בעצם חכמים מתירים איסור אשת איש. הגמרא מזדעקת, **בשביל לתת מעמד לתקנת חכמים מתירים איסור?**

ועונה הגמרא, **כן**. **אדם מקדש אישה על דעת חכמים, זה תנאי מתלה.** מקדש בתנאי שהחכמים יסכימו, ובאמת בד"כ הם מסכימים. אבל יש להם סמכות גם לא להסכים, ואז הקידושין בטלים. **אבל לא רק שבטלים אלא לא היו אף פעם. כי מראש היו תלויים בחכמים.**

האמצעים יכולים להתבטל, כי הם רק חפצים ואין להם מעמד משפטי (קניין כסף)

וקידושי הביאה יהפכו לבעילת זנות (פחות חמור אם לא אשת איש, לכן הם גם לא ממזרים)

לכן לחכמים הכוח להפקיע את הקידושין.

**הסוגייא אומרת שאין באמת התנגשות בין דין תורה לחכמים, אלא עצם הקידושין לא היו כדין, כי צריכים להיעשות ע"פ חכמים. ולכן ביטלו למפרע את הסכמתם. עוקפים את האיסור.**

**ירושלמי, גיטין ד מה, ב –** הסוגייא אומרת שרבי יהודה הנשיא טועה, כי **חכמים יכולים אפילו לעקור דין תורה**, ומדגימים מזיתים וענבים של תרומה שהתירו לאכילה לכלל הציבור.

**הבבלי** אומר שא"א להתקין תקנה שמתנגשת עם איסור, **ועוקפים** את זה עם כך **שהאיסור לא חל** כי מתקדשים על דעת חכמים. **הירושלמי** אומר **שחכמים** יכולים **להתיר** גם **איסור דין תורה.**

**בבא בתרא מח, ב –** פה **לא מביאים את "כל המקדש על דעת חכמים מקדש".**

יש שאלה מה זה בכלל רצון, גמ"ד. האם כל ביטוי חיצוני (גם אם כיוונו לי אקדח לרקה, ואמרתי כן, הסכמתי) או שתלויים בכוונת הצדדים. **לפי ההלכה ביטוי חיצוני נחשב לגמ"ד, ולא משנה כוונת הצדדים.**

אותה שאלה יכולה להיות גם בקידושין – מכריחים איש לקדש אישה, או שמכריחים אישה להינשא לאיש. מה תוקף הקידושין? **אם מכריחים אישה ומסכימה הקידושין לא תופסים. אבל רגע, אמרנו שגמ"ד בהלכה היא רק ביטוי חיצוני, אז איך לא נשואה?**

הסוגייא עונה – הוא **עשה שלא כהוגן, וע"כ יעשו גם לו שלא כהוגן, יסטו מהכללים (ע"פ תורה הם נשואים) ויפקיעו את הקידושין.**

פה לא אמרו כל המקדש, לא תלו את זה בכך שגם ככה התקדשו על דעת חכמים, אלא ממש **התירו לעבור על איסור.**

**יבמות קי,א –** אותו דבר, אין את העניין של כל המקדש ועדיין מפקיעים.

**התוספות (שם)** אומרים שבאמת **יש סוגיות שמהן יש סמכות לחכמים לעקור דבר מן התורה,** להפקיע קידושין ולא כי נעשו על דעת חכמים, בנסיבות מסוימות.

**יש הבדל בין שתי האופציות, בין הביטול למפרע לבין עקירת דבר מן התורה.**

**אם הניסוח הוא כל המקדש – זה ביטול למפרע.**

**אם משמיטים את הניסוח, הביטול הוא מכאן ולהבא.**

**נ"מ לגבי ממזר – אם מפקיעים מעיקרם, למפרע, אפשר להתיר ממזרים.**

**הערמה על הדין**

**לעקוף דין תורה ע"י דבר שהדין מאפשר.** פרוזבול הוא דוגמא להערמה; מעבירים את החוב אל ב"ד בשביל שלא יישמט בשמיטה. יש פה תרגיל שחכמים עושים כדי לעקוף את הדין.

היתר העסקה – הפיכת היחסים בין מלווה ללווה למעין עסקה, וכך עוקפים את איסור ריבית ע"י תירוץ של לשאת ברווחים.

**מה קורה פה? חכמים מערימים על התורה? על עצמם?**

חכמים משתמשים בחוק כדי לעקוף את החוק – להעביר חוב לדין זה מותר, לא לשמוט לב"ד זה מותר. אבל עושים הכל בצורה מלאכותית. לפעמים הערמה נעשית באופן אישי, חכמים נותנים לגיטימציה לכך, ואז זה לא בדיוק תקנה.

**מה הגבולות? ולמה זה לגיטימי לעשות זאת?**

**שיעור 15**

שימוש פיקטיבי בכלים שהדין מאפשר ע"מ לעקוף את הדין. זה לא בדיוק סתירה, אלא עקיפה. חכמים השתמשו בזה לפעמים בצורה בומבסטית לפעמים מינורית. יש להדגיש שזה הערמה על דין שלא פוגעת ספציפית במישהו אחר.

**ירושלמי, יבמות, ד,יב –** כל אדם שיש לו תוצרת חקלאית, חייב להפריש בממוצע 2 אחוזים לתרומה. תרומה מותרת לאכילה רק לכהנים ולמשפחותיהם.

**ר' טרפון הכהן קיבל הרבה תרומות והיה אדם עשיר שלא באמת הזדקק לזה, ובאותה תקופה היה מצב קשה בעם. לכן קידש 300 נשים כדי שיוכלו לאכול** (=אשתו של כהן מותרת לאכילה)

השתמש במושג הנישואין בצורה פיקטיבית. פורמלית לא עשה משהו שלא כדין, השיא את כולן בצורה נכונה. אפילו הייתה גמ"ד להינשא. אלא מבחינה מהותית לא באמת התכוון לחיות איתן.

**השתמש בפרוצדורה לא למען הכוונה המהותית שלה, אלא בשביל להאכיל את הנשים הללו. ובמובן הזה זו קצת הערמה – השתמש בכלי הדין אך לא למטרות הדין.**

**משנה, מסכת מעשר שני, פרק ד משנה ד-ה –** כל **בעל שדה** צריך להפריש מעשר נוסף, מעשר שני – בשנים א',ב',ד',ה, במחזור של שבע שנים**. הפרשת הפירות פיזית העלאתן לירושלים ואכילתן בירושלים.** יחד עם זאת, התורה הבינה שזה יכול להיות קשה – לעלות עם כל הפירות הכבדים עד ירושלים. לכן **יש אופציה "לחלל" את הפירות – לפדות אותם בכסף.** להמיר את הקדושה שיש בפירות לכסף, ואת הכסף לקחת לירושלים ולהשתמש שם. אך **מי שבוחר באופציה הזו צריך להוסיף חומש – 25 אחוז, קנס.**

אדם שרוצה לקחת את הכסף, יכול להמיר אבל אז צריך להוסיף קנס.

**אם אדם פודה פירות מעשר שני שאינם שלו, לא צריך להוסיף חומש.** רק בעל הפירות שפודה את המעשר צריך להוסיף. אך צד ג לא מחויב.

**המשנה אומרת שאפשר להערים ולהימנע מהוספת החומש ע"י הבן הגדול** (=אם קטן כל מה שמקבל הקטן שייך לאבא, אז זה לא עוזר). האב מעניק במתנה את הפירות לבנו, ובנו הולך לפדות. ואז יוצא שצד ג פודה ולא מחויב בחומש.

נתינת מתנה מותרת. פדיון ללא חומש ע"י צד ג מותרת.

אך **ברור שלא באמת מדובר פה בנתינת מתנה, אלא שימוש בפרוצדורות הללו בצורה פיקטיבית.** האדם עושה את הפעולה המשפטית המלאה – נותן באמת מתנה, אבל ברור שלא באמת מתכוון לתת את המתנה אלא בשביל פטור מהחומש.

**טריק נוסף שאפשר – "מתנה" לחבר שלי עוד בשדה, נתינת הפירות לאחר, ואז בעל השדה המקורי הופך להיות צד שלישי והולך לפדות את השדה שכביכול לא שלו ופטור מחומש.** בסופו של דבר החבר מחזיר לבעל השדה את השדה.

**נדרים מח. –** בנדר אפשר לקחת על עצמי איסורים או התחייבויות לקיים משהו, ואם מפרים – זו עבירה.

**המודר הנאה מחברו – אם מישהו נודר לא להנות ממישהו אחר, לא יכול להפר את הנדר ואסור לו להנות מנכסיו של מישהו אחר.**

ונניח שיש בעיה. הבן של שמעון מתחתן, וראובן שנדר לא להנות משמעון לא יכול להגיע. **הטריק לעקוף את זה – שמעון יכול לקחת אוכל ולתת אותו ללוי במתנה, ואז ראובן לוקח את זה מלוי, ואת זה יכול כי לא נהנה משמעון אלא מלוי.** ברור לכולם שהנתינה משמעון ללוי היא פיקטיבית. פורמלית זה מתנה, זה נעשה כדין, אבל לא מסיבות אמיתיות.

הגמרא נותנת מקרה: אבא שנדר לא להנות מנכסי בנו. ואז הבן שלו מחתן את הנכד ורוצה שאביו יגיע.

יצחק נדר שלא יהנה מיעקב. יעקב מחתן את ראובן בנו. יעקב הולך לשכן שלו ונותן לו את החצר והסעודה במתנה, ואפילו מציין שעושה זאת ע"מ שיצחק יהנה, וכך יצחק יכול לאכול.

**ואז השכן בא אליו בהפוכה ובוחן אותו – אומר לו, אם באמת אתה נותן לי במתנה, אני מקדיש את זה לשמיים.**

**ויעקב אומר מה אתה עושה, נתתי לך את זה לא בשביל שתקדיש לשמיים.**

והשכן עונה – אז מה אתה רוצה לעקוף את הדין ולהטיל עלי את החטא?

**והגמרא אומרת: כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת – אינה מתנה.**

הגמרא אומרת שזה לא נחשב מתנה. יעקב נתן את הנכס במתנה כדי להערים על הדין.

למה פה זה לא עבד? הרי המודר הנאה מחבירו יכול לאכול בעקיפין.

**ההבדל דק – אפשר לעקוף את הדין, אך בצורה הנכונה.**

אם בעל הסעודה היה נותן את המתנה בצורה אמיתית זה היה תופס.

א"א להתנות מתנות. א"א לעשות תנאים. כי כל המטרה במתנה זה שזה כבר לא שייך לי, והתנאה מקנה כמו זכות להשתמש אבל לא העברת בעלות אמיתית.

 זה לא **שימוש מלא בפרוצדורה. אם היה נותן את זה בצורה אמיתית** (להסכים שאפילו להעביר את זה לצד שלישי) אז זה נחשב.

**אפשר להערים על הדין, אך זה צריך להיעשות באופן משפטי מלא.**

עסקאות מלאכותיות של נתינת מתנה לא מרצון אמיתי להעניק מתנה – עובדות. אבל עסקאות מלאכותיות שהמתנה עצמה לא אמיתית – זה לא תופס.

אם ר' טרפון לא באמת היה מקדש את האישה כדין, נשותיו לא היו יכולות לאכול בתרומה.

**בבלי, שבת, קכד. -** איסור לשחוט באותו יום את הפרה ואת העגל. האמא והבן.

אם ביום טוב אדם רואה פרה ועגל שנפלו לבור ורוצה לעזור להן, יכול להעלות את הפרה כי ביום טוב אפשר לשחוט ע"מ לאכול. ומה עושים עם העגל? הגמרא אומרת **שאפשר להגיד שהפרה לא נראית לי טוב ואני לא רוצה לאכול אותה, וזה מקנה אפשרות להוציא גם את העגל.**

פה יש סיבה אחרת – יש פה **סיבה טובה ולא אינטרס פרטי של אדם,** אז ברור שההערמה נעשית לא לצורך רווח אישי. אבל כשזה לרווח אישי מתעורר קצת קושי, כי הרי יש מהות להלכה הפורמלית, ואם היא מצווה משהו יש לכך סיבה. אם צריך להוסיף חומש אז זה מה שצריך, לעקוף את זה זה לא נשמע טוב.

**דוג' נוספת להערמה – היתר עסקה.** הפיכת הלוואה ל**"עסקה משותפת" ע"מ לעקוף את איסור הריבית.** הגדרת היחסים כאילו אין פה מלווה ולווה ואז הריבית יוצאת חלק של צד ברווח.

**דוג' נוספת – מכירת חמץ.** אם באמת היינו מוכרים ומעבירים את החמץ לגוי זה היה בסדר. אבל מה שעושים באמת זה מקנים לרב את הסמכות למכור את החמץ יחד עם כל החמץ של כל התושבים באמצעות שטר, בלי דיוק אפילו כמה חמץ יש לכל אדם, ומתנים את זה ע"מ לבטל את העסקה. ואז הבעלות חוזרת.

אדם סוגר בארון את החמץ שלו, ולא באמת מעביר את הבעלות לאדם אחר, **אין באמת שום פרוצדורה אלא זה יותר טקסי. ובכ"ז משתפים עם זה פעולה.**

זה לא בהינף יד, יש **שיקולים רבים שצריך לשקול. אבל שמים דברים אחד מול השני – בחמץ ובשמיטה וכו'. ויש באמת השלכות כבדות לאיסורים, אנשים יכולים להיפגע כלכלית קשה.**

זה ממש פרוצדורות שחזל אפשרו – לעקוף את הדין בצורה לגיטימית.

זה מעורר **שאלה דתית – אם אלוהים רצה שנת שמיטה, אז מה אתם עובדים עליו**?

לא עובדים עליו, כי **הוא נתן לנו את הכלים.** להפך, זה היופי, להשתמש בכלי ההלכה גם כדי **להשיג מטרה אחרת הנוגדת אומנם את רוח ההלכה, אך מקדמים מטרה אחרת.**

לא באמת רוצים שאנשים יקדשו סתם נשים, אבל במקרה שהיה עם ר' טרפון – נשים רבות רעבות מול תרומות רבות שייזרקו – ברור שלגיטימי להשתמש במושג הקידושין בצורה פיקטיבית.

וכך ברור שפרוזבול ושמיטה וכו' שזו בעיה לאומית זה מאפשר.

**משתמשים בכללים בהתאם לצרכים שלנו. בנסיבות מסוימות ערכים אחרים גוברים.**

א"א לשים איקס, אבל אם אפשר לעשות משהו פורמלית אפשרי בנסיבות המתאימות – לעשות.

**יש מקרים שבהם הסוגייא מנעה הערמה:**

**חידושי הרשבא, ביצה יא: -** הרשב"א תוהה **מה הגבולות** של זה. מה הדין מאחורי.

**הכלל: לא אומרים בהערמות שזו דומה לזו. לא לומדים ומרחיבים את אפשרויות הערמה מעבר למה שיודעים שאפשר.**

לא חוסמים את הדרך להערים על הדין, מצד שני יש לעשות שימוש מבוקר.

**רש"י, ביצה, יז, ב –** ביו"ט מותר לבשל **–** מלאכת אוכל נפש. אך אפשר לבשל רק לאותו יום, ולא לימים לאחר מכן.

נניח שאדם הכין אוכל בכמות גדולה מעבר לנדרש זה בסדר, לא נאסר לאכילה. כי משמש גם לחג וגם להמשך

אבל אם אדם מערים ואחרי שאכל אומר שרוצה לבשל כי אולי יבוא אורח (למרות שיודע שלא באמת יבוא אורח) – זה אסור באכילה לפחות למשך הזמן במוצח שיקח לי להכין.

**רש"י אומר שיש בהערמה משהו יותר חמור מעבירה.** כי אדם שעובר עבירה יודע שעושה משהו לא טוב וכולם יודעים שהוא לא בסדר ולא יחזור על זה. אבל **הערמה נראית כמו משהו בסדר, וזה יגרום לאדם ולסביבה לזלזל בהלכה.**

מחד ההלכה מאפשרת זאת, מצד שני אסור להפוך את הדין לדבר שאפשר לזלזל בו

**קשה לומר איפה בדיוק התפר, לכן הרשבא אומר בעמימות – איפה שאמרו שאפשר להערים תערים ואיפה שלא, לא. מצמצם.**

**כל התרגילים האלה שמקנים אפשרות להערים על הדין לא תופסים אם יש פגיעה במישהו אחר:**

**שו"ע חו"מ צט ו-ז –** אם אדם צריך להחזיר חוב ואין לו מאיפה אפשר לבטל את החוב בנסיבות מסוימות. אך **אם אדם רוצה להתחמק מהשבת החוב ולכן נותן במתנה את הרכוש שלו לפלוני כדי שיצטייר כאילו אין לו – זו הערמה אסורה. פוגעת באחר.**

השו"ע נותן עוד **מקרה יותר מתוחכם – תכנון מראש.** מראש לתת את הנכסים במתנה למישהו אחר, ואז לקחת חובות. ככה יוצא שלאדם לא היו נכסים לכתחילה ונראה כאילו אין לו נכסים כשבאים לגבות ממנו את החוב – עדיין אסור. אם ברור שהאדם עשה זאת ע"מ לפגוע באחר – הוא עדיין גר בנכסיו רק החזקה לא עליו – **העסקה בטלה.**

**שו"ת הרא"ש כלל עח סימן א –** הולכים אחרי **אומדנא דמוכח** – שק"ד מוכח. **ברור שכאשר אדם עני באמת מבטלים את החוב, אך אם לא, משאירים לו את החוב.** ואסור לאפשר להערים במקרים כאלה.

**אפשר להערים, כל עוד לא פוגעים במישהו אחר. כל עוד זה רק איסור דתי איכשהו אפשר, כי זה ערך מול ערך, אבל אסור שזה יבוא על חשבון מישהו אחר.**

**שיעור 16 – ביטול תקנות**

מה מעמד תקנת חכמים? האם חכמים יכולים לבטל תקנות של החכמים שלפניהם או שמשנתקנו ואילך יש להם מעמד של דין תורה? באילו קריטריונים?

בהוראת שעה ודאי יש אפשרות, כי אפשר גם בדין תורה.

**יש להבחין בין שני סוגי תקנות, תקנות עם טעם מפורש וכאלה שאינן:**

סוגי תקנות מפורשת לדוגמא:

**גיטין ד,ו** – מפני תיקון עולם או מפני תיקון שבויים.

**גיטין ה,ח** – מפני דרכי שלום.

אך לא בכל תקנה או גזירה נתון הטעם:

**ע"ז, לה, א** – הגמרא מספרת **שבא"י חכמים לא היו מפרשים את תקנותיהם אלא לאחרי שנה לתקנתם, כדי שלא יזלזלו בתקנות.** שלא יחשבו שהטעם לא רלוונטי לגביהם ספציפית, ולכן לא יקיימו את הכלל (אם לא ידוע הטעם קשה לתקוף את התקנה). לכלל חדש לוקח זמן ולא רוצים שיזלזלו בו לכתחילה.
**תוקף התקנה או הגזירה מושפע ממידת התפשטותם בקרב הציבור**. אם העם לא קיבל על עצמו – התוקף שלהם חלש או כלל לא קיים. לכן **לחכמים יש אינטרס שקודם כל יקיימו את התקנה או הגזירה כדי שלא יוכלו להוביל לביטולה.**במקרים מסוימים יש טעם ובמקרים אחרים אין בכוונה תחילה.

**מכאן נובע: שאלת ביטול התקנה מושפע בין השאר בשאלה האם טעם התקנה מוכר או לא.**

**משנה עדויות א,ה –** המשנה דנה בשאלה למה להזכיר את דעת המיעוט במחלוקות. עונה שבשביל שתהיה אופציה לבטל בעתיד. כי סתם כך **בשביל שב"ד יוכל לבטל דינים של ב"ד הקודם שלו דרושים שני תנאים מצטברים:** שב"ד המאוחר יהיה גדול גם **בחוכמה** (= כמעט וא"א לבטל בגלל זה, עקב ירידת הדורות. לא סביר שב"ד יגיד שגדול מקודמו) וגם **במניין** (=תנאי יותר פשוט, מספרי) מב"ד שהתקין את התקנה.

**בפועל, המשמעות של התנאים הללו (בעיקר בגלל החוכמה) זה שכמעט ולא ניתן לבטל תקנות.**

**ע"ז לו,א-לו,ב –** הסוגייא אומרת שיש **18 גזירות שא"א לבטל כלל,** גם לא ע"י ב"ד שגדול בחכמה ובמניין (18 גזירות שנתקנו ע"י ב"ש).
דבר נוסף שנאמר, **לא גוזרים גזירות אא"כ רוב הצבור יכולים לעמוד בהן.** האישור של הציבור הוא זה שמתקף את התקנות, והנ"ל ניתן ע"י ביצוע התקנה בפועל.

פה לומדים דבר נוסף – **שעמדת הציבור נלקחת בחשבון מראש.**

**רמב"ם ממרים ב, ב-ג –** מתאר את הדברים **ומסכם, אך בצורה שלא מקובלת על כולם**.

הרמבם אומר שצריך ב"ד גדול בחכמה ובמניין בד"כ, **ומרחיב** את הרשימה של 18 הגזירות.
**אם מדובר בגזירת חכמים שמרחיבה איסור תורה – לא ניתנת לביטול בכלל.
אם מדובר בתקנה שלא מרחיבה איסור תורה – צריך ב"ד גדול בחכמה ובמניין.**

וגם הוא אומר – מראש לא גוזרים גזירה אם רוב הציבור לא יכול לעמוד בה. וגם אם גזרו – כל עוד לא התקבלה בציבור – יכולה להתבטל.

תקנה **שלא פשטה** בכל ישראל **–** אין לה תוקף**. בטלה מאליה.**
תקנה **שחשבו שפשטה, אך גילו שלא בכל הציבור –** לפי **הרמב"ם** ניתנת לביטול גם **בלי ב"ד גדול בחכמה ובמניין.**תקנה **רגילה –** בלי קשר להרחבה ואיסורים –ניתנת לביטול רק אם עומדת בתנאי של **ב"ד גדול בחכמה ובמניין.**
תקנה **שפשטה בכל ישראל** – **לא ניתן יהיה לבטלה בכלל.**

**ביצה ה,א –** כל דבר שבמניין צריך מניין אחר להתירו. **כל דבר שהתקיים בהצבעה – צריך להתבטל בהצבעה**.
בשלוש השנים הראשונות לנטיעת עץ, הפירות נחשבים עורלה. בשנה הרביעית הם כרם רביעי – מותרים לאכילה בירושלים בלבד. אם לאדם קשה לסחוב את כל הפירות הוא יכול לפדות את הפירות בכסף, ולקחת את הכסף לירושלים ולצרוכו שם.
תקנת חכמים שמי שגר קרוב לירושלים במרחק יום הליכה – חייב לקחת את הפירות עצמן לירושלים. מדוע?

יש אינטרס שירושלים תהיה עשירה כלכלית ע"י פירות וכו'. ככל שיהיו יותר פירות יהיה יותר שפע.
**ע"פ דין תורה אפשר להמיר בכסף. ואז לא יהיה שפע כלכלי כזה. לכן חכמים אסרו את החלפת הפירות בכסף על אנשים שגרים קרוב לירושלים – מרחק יום הליכה.**הטעם הזה לא רלוונטי כשירושלים חרבה, כשביהמ"ק חרב. לכן **חכמים החליטו לבטל את התקנה (והיא איננה בטלה מאליה).**

**הרמב"ם (שם)** – גם תקנה שטעמה ידוע וידוע שהתבטל – **עדיין צריך ב"ד גדול בחכמה ובמניין. לדעתו אין נ"מ לטעם ולרלוונטיות.**

**הראב"ד והמאירי –**  אם מדובר **בטעם ידוע** שהתבטל – **כל ב"ד יכול לבטל** ולא רק אחד שגדול בחכמה ובמניין.

**שות הראש ב,ח** – **קיצוני** יותר. **אם הטעם מתבטל התקנה מתבטלת מאליה** כי כבר איננה רלוונטית.
**רדב"ז ממרים ב,ב** – מצטרף לראש. מתייחסים לתקנה כאילו מראש הותנתה בטעם שלה. קיומה מוגבל לנסיבות מסוימות. אבל אם הנסיבות משתנות הטעם בטל.

**שלוש עמדות:**

**הרמב"ם – הכי קיצוני – גם כשהטעם בטל צריך ב"ד שיבטל את התקנה**

**הראב"ד והמאירי – צריך ב"ד גם לא גדול בחכמה ובמניין**

**הרא"ש והרדב"ז – לקיצון הנגדי. כאשר ברור שהתקנה תלויה בטעם – ביטול הטעם כביטול התקנה. התקנה בטלה מאליה.**

בפועל אין כמעט תקנות שהתבטלו, כי יש חשש לשנות תקנות גם כאשר התקנה נראית על פניה כלא רלוונטית. אז דיברנו על הפרוצדורה העקרונית.

**שיעור 17 – תקנות הקהל – נלקח מרוזנשטיין**

בשיעורים הבאים: נלמד על דרכים נוספות ליצירת נורמות בחברה היהודית.

**אחת הדרכים הינה:** תקנות הקהל.

שיעור שלנו:

**תקנות הקהל =** תקנות שלא תוקנו ע"י חכמים אלא **ע"י הציבור** (ציבור שהתאסף לשם כך).
התקנה **מחייבת גם את מי שלא לקח בה חלק,** בשונה מהסכם שכפופים אליו רק הצדדים להסכם.

**השאלה:** האם קהל יכול להוות **גוף מחוקק שלא רק מחליט על הסכמים אלא גם על תקנות ממש?**

**[תוספתא בבא מציעא יא]** – המקור הקדום ביותר לתקנות קהל.
המקור מפרט הסכמים/תקנות מגוונות **שבני העיר יכולים לקבוע ולחייב את שאר הציבור או קבוצה מסוימת**.
לדוג': לכפות על העברת כספים לטובת בניית בית כנסת או כתיבת ספר תורה, לקצוב את שכר פועלים, מידות כסף, קנסות, גוף מקצוע שמחליט לגבי תחומו עניינים מסוימים ועוד.

\*אין כל כך מקורות קדומים שעוסקים בתקנות הללו עד המאה ה-13, **אולי הסיבה היא:** שבתקופה הקדומה הגופים **המחוקקים כמו הסנהדרין תפקדו כראוי. ובמשך הזמן שגופים אלו נחלשו, הכוח עבר לציבור בכללותו** וכך נוצרו תקנות הקהל ותוקפם.

**[תשובות הגאונים שערי צדק ח"ד ש"ד, טז]** – **לכל בני המדינה** יש סמכות כמו לחכמים – לתקן תקנות ולהכפיף את שאר בני המדינה לתקנות הללו.

**[שות יכין ובועז ב,כ]** –הציבור **רשאים להפקיר ולהעניש** כמו שלחכמים ניתנה סמכות זו.

**[שות הרשבא ד, קפה]** – הציבור רשאי **להתקין תקנות והסכמות וגדרים וכו'** שלא מדין תורה, והחלטותיהם יהיו כמו של **דין תורה.** **התנאי** היחיד לכך הוא **הסכמת כל הציבור.**
**[שות הרשבא א, א-רו]** – מקור נוסף שלו – **עוצמת תקנת הקהל בניגוד לדין התורה.**
**נשאל:** קהל תיקנו שקידושין יעשו רק למול 10 גברים, ובמידה ולא כך , אין קידושין (בניגוד לדרישת התורה רק ל2 עדים)?
**תשובתו:** בשורת הדין הדבר מותר. מלבד, **שכל בני העיר** יסכימו לכך ובמידה ויש שם **תלמיד חכם** ולא הסכים אז לא.
\*המשמעות של התקנה היא שאישה שלפי התורה נחשבת מקודשת (שצריך רק 2 עדים), תקנת הקהל פסלה את קידושיה בפחות מ10 אנשים **והיא יכולה להינשא ללא גט כשלפי התורה בעיקרון היא תעבור על איסור אשת איש.**

**[תקנה שהביא רבינו גרשום] –
ההלכה:** אם אדם משה חפץ מהמים, רשאי **לקחת לעצמו**, כיוון שכנראה הבעלים התייאש.
**התקנה:** היה סיפור מפורסם שספינה גדולה טבעה, והותקנה תקנה שמי שהגיע לידיו רכוש מהספינה, צריך **להחזיר** (כמובן עפ סימנים וכו) לבעלים.
**הדילמה:** גוי מצא רכוש ומכרו לשמעון. בא ראובן בעל הרכוש שעל הספינה, ותבע את שמעון בגלל התקנה. קבל שמעון על התביעה כיוון שאינה לפי דין תורה.
**נפסק:** אומר רבנו גרשום - **ברגע שהקהילה החליטה, למרות שמניחים שבעל הרכוש התייאש ואפילו נקנה מגוי, חובה להשיב לבעלים, למרות שזה סותר לכאורה את הכלל ההלכתי.**

**[שות הרשבא ג, תיא]** – מקור נוסף (**שונה קצת בדרישה**).
מה שיסכימו **רובו של הציבור בצרכי הקהילה,** אפילו נגד דעת היחידים – נקבע.

**לסיכום הרשב"א – מעמד תקנת הקהל כדין תורה, ויכולה לעתים אף לעמוד מול דין תורה. דורשת את הסכמת רוב הציבור ותלמיד חכם (אם יש).**

**\*אנחנו רואים מהמקורות שתקנת הקהל חלה בדיני ממונות ואפילו גם במקרים מסוימים של איסורים והיתרים בניגוד לדעת התורה.**

**3 רמות חיוב אפשריות לתקנת הקהל:**

**1. המיעוט שלקח חלק בתהליך נכפף להחלטת הרוב** - כל השותפים לקחו בחשבון שאולי לא יעשו כרצונם ועדיין לקחו חלק).

**2. מיעוט שהייתה לו הזדמנות אבל בפועל לא לקח חלק ועדיין נכפף** - הייתה לו הזדמנות והוא בחר שלא וזה אומר שכל החלטה שתתקבל הוא מקבל.

3. **מיעוט שלא הייתה באפשרותו לקחת חלק בתהליך** (לא נולד, חדש וכו') – האם זה כמו בחוקים היום שהחוק כולל את כל מי שהיה ויהיה?

דעות שסוברות שיש תוקף מלא לתקנת הקהל:

**[שות הרשבא ג, תיא]** – **רוב הקהל = דין מלך.**
החלטות של רוב הקהל יש להן דין מלך והן **מחייבות את כל הרמות** ואפילו כאלה שלא היו או שטרם נולדו.

**[שות הראש ו]** – **אי אפשר לפרוש מהחלטת הציבור.**
**נשאל:** האם מיעוט יכול להוציא עצמו מהחלטות של כלל הציבור?
**תשובתו:** הכלל, **אחרי רבים להטות**, והמיעוט חייב ללכת לפי החלטתם.
**סיבה:** שאם לא כך, אף פעם לא תהיה הסכמה בציבור כי אף אחד לא ירצה להיות פראייר.

**[שות לב שמח חו"מ, ה] –** אם לא נאכוף את המיעוט להחלטת הרוב – **המיעוט יברחו מלהיות חלק מהציבור.**

דעות שסוברות שאין תוקף לתקנת הקהל:

**[מרדכי בבא קמא, קעט]** – **חולק על תוקף תקנת הקהל.**
מסייג את סמכות הציבור לתקן תקנות – התקנה חלה **רק על מי שהתרצה לתקנה מלכתחילה.**\*כנראה המרדכי רואה בתקנה הקהל יותר **הסכם** שמי שלא חלק ממנו לא מחויב לו.\*למרות זאת, **דעת הרוב לא עם המרדכי.**

**[שות הרשבא א, תריז]** – **טובי העיר (=לא בהכרח חכמים או עשירים, אלא סתם נציגי ציבור) במקום אספת הקהל.**טובי העיר = לא עשירים וחכמים דווקא אלא אנשים שהציבור העמיד שיהיו פרנסים סתם בענייני העיר (סתם הכוונה שלא תחמו אותם לנושא מסוים).

**7 טובי העיר יכולים לתקן תקנות עבור כלל הציבור בכל הסוגיות הרלונטיות**. לדעת הרב, פחות מ 7 פרנסים לא יכולים לתקן תקנות כיוון שזה לא כוח מספיק להכפיף את כל הציבור אם הציבור נתן את רשותו במפורש.

**שיעור 18 – תקנת הקהל המשך – שלי**

בשיעור הקודם ראינו שגם הציבור יכול לתקן תקנות בתחומים ממוניים (ובמקרים חריגים כמו בנושאי איסור והיתר). **האם צריך פיקוח [הלכתי] על תקנות הקהל?**

**בבא בתרא ט,א – הגבלה לתקנת הקהל**טבחים עשו הסדר ביניהם שמי שיעבוד ביום שלא שלו ייקנס, ע"מ לחלק בצורה הוגנת שכולם יוכלו להתפרנס. רבא חייב את הקונס בפיצויים לטבח הנקנס. והשאלה היא איך, שהרי למדנו שיש לציבור סמכות לתקן לעצמם! רב פפא עונה, **שבכל מקרה נדרשת הסכמת אדם חשוב.**

**מכאן עולות מספר שאלות:**

1. **מיהו אדם חשוב –** אחד המרכיבים זה ת"ח.
2. **למה צריך אדם חשוב** – לכל אלמנט נ"מ אחרת לגבי מתי נדרש אישורו:

א. כבוד אליו.
ב. פיקוח הלכתי – יהיה נכון גם כשמדובר בכלל בני העיר.
ג. להבטיח שההסדר לא מקפח אנשים אחרים (יתאים יותר לבעלי מקצוע).

1. **מתי** נדרש אישור של אדם חשוב – על **איזה סוגי הסדרים**.

**הראשונים נחלקים בשאלה מתי נדרש אותו אישור של אדם חשוב:**

**הריב"ש** – האישור נדרש **רק כשיש תקנה (הסדר) של בעלי מקצוע**.
אם מדובר בכל אנשי העיר, יכולים להתנות ביניהם ולא צריכים את הסכמת האדם החשוב.
**יתכן** שהריבש תופס את הצורך באדם החשוב יותר כדי להבטיח שההסדר **לא מקפח** אנשים אחרים.

לעומת זאת, לשיטת **הרא"ש** – אישור אדם חשוב נדרשת **גם בתקנה של כל בני העיר,** ולא רק של אגודה מסוימת. הסיבה יכולה להיות אחת משתיים: **כבוד אל האדם, או שנדרשת מידה של פיקוח הלכתי.**

**הריב"ש** – **הקהל לא יכול לתקן בניגוד לאיסור תורה.**
ישנה שאלה בחוזים בלתי חוקיים האם הסעיף הלא חוקי מבטל את הסעיף הספציפי או את החוזה כולו. הריבש מתייחס למקרה דומה, ואגב זה מתייחס גם למקרה שלנו.
**הקהל קבע תקנה שמכבדת שטר בין יהודים שנעשו ע"פ הדין הזר,** למרות שמעיקר הדין יהודים חייבים לעשות שטר רק ע"פ הדין היהודי.  **הריבש** פוסק שאכן **התקנה התקבלה,** כיוון שכל מי שבחר להשתמש בשטר כזה **קיבל על עצמו את תקנת הציבור.**אולם, במידה ובשטר יש סע' של **ריבית (שאסור בדיני התורה) הסע' בטל.**מדברי הריב"ש עולים שני דברים: **\*הקהל יכול לתקן בענייני ממונות ולא בענייני איסורים.**\*הריב"ש לא ביטל את כל השטר מלבד הסע' הבעייתי.

**שו"ת הרשב"א ז, רמ"ד – הקהל לא יכול לתקן בניגוד לאיסור תורה.**צדדים נכנסים למשחקי מזל בשביל לזכות ולקבל כסף, כאשר הוא מפסיד הוא לא באמת רוצה להעביר את הכסף ולכן יש כאן **שמץ של גזל לקחת ממנו את הכסף** (וזאת למרות שהוא נכנס בגמ"ד לסיטואציה הזו). **הקהל החרים את משחקי הקובייה, ולאחר מכן מיעוט רצה להתירם.**
הרשבא עונה **שקהל לא יכולים להתיר איסור,** משחק בקוביה הוא איסור באופן כללי. הסמכות המוקנית להם היא בגדר המותר. זה לכאורה פשוט, כי אפילו חכמים לא יכולים.
**איך הייתה הסכמה לאסור אם זה ממילא אסור? כי זה כנראה איסור חלש, ורצו לחזק את העניין הזה.**

**לסיכום עניין תקנת הקהל:**

* יש עוד פרוצדורה אחרת לתיקון תקנות: לא רק חכמים יכולים לתקן תקנות, אלא, גם הציבור יכול.
* לא תמיד מדובר באספה של כל הציבור אלא לעיתים רק נציגים מהציבור (טובי העם).
* תקנת הקהל לא יכול להיות באיסורים.
* תנאי לתוקף התקנה – אישור של האדם החשוב בעיר – או רק בתקנות של בעלי מקצוע או לכל הקהל (מחלוקת).

**מנהג**

יש שלוש דרכים לקבוע נורמות חדשות:

1. **תקנת חכמים** – מתוך החכמים
2. **תקנת קהל** – מהציבור או מנהיגיו
3. **מנהג** – לכאורה משהו שצומח מלמטה.

**גם כשדיברנו על תקנת החכמים אמרנו שיש משמעות לציבור – אין גוזרים תקנה אא"כ הציבור יכול לעמוד בה,** וחלק מתוקף התקנה עומד מול השאלה אם הציבור נוהג אותה. אך פה, לא רק מתחשבים בציבור, **אלא הציבור יוצר.**

**יש שני סוגי מנהגים (דומה למדרש יוצר ומדרש מקיים):
1. מנהג המבטא הלכה קיימת.
2. מנהג היוצר הלכה חדשה.**

**ירושלמי פאה ז, ה – מנהג כביטוי להלכה.** כל הלכה שלא ברורה אצל החכמים – כדאי **לצאת ולראות מה הציבור נוהג וכך לעשות.**

**פסחים סו,א –** קורבנות ציבור ניתנים להקרבה בשבת, וקורבן פרטי לא. קורבן פסח הוא משהו באמצע – מחד כל משפחה מביאה משלה, מאידך כל משפחה מחויבת להביא.
הברייתא מדברת על מקרה שפסח יצא בשבת, והתלבטו בשאלה הזו, אם פסח דוחה שבת או לא.
פנו להלל הזקן, והוא הסביר להם למה פסח דוחה שבת. עקב כך מינוהו כנשיא עליהם.
שאלו אותו עוד שאלה – לגבי טלטול הסכין בשבת. ואמר – הלכה זו ידעתי ושכחתי. אלא, **הנח להן לישראל אם אין נביאים הן, בני נביאים הן. בטוח יש מישהו מבוגר שזוכר מה צריך לעשות.** ובאמת התנהלו כרגיל ואז נזכר ואמר, כן נזכרתי וזו באמת ההלכה.

**זו דוגמא למנהג המבטא הלכה קיימת.** לא יודע מה הדין ומברר מה הציבור עושה ע"מ לראות מה ההלכה.

זו דוגמא למנהג שפחות מעניין אותנו, כי אנחנו רוצים לבחון את השאלה **האם המנהג יכול לשמש כמקור ליצירת נורמות הלכתיות.**

**טור חו"מ, שס"ח** – **מנהג יוצר. שינוי בהלכה ממונית מחייב.** ההלכה מבדילה בין גנב לגזלן. גנב זה מישהו שמגיע בסתר, וגזלן עושה לאור יום.
ההנחה היא שאדם שנגנב ממנו – מתייאש מלהחזיר את הגניבה, והנגזל עוד מצפה לקבל ולמצוא את הגזלן.
מי שמציל מהגזלן או קנה ממנו את הגזל – צריך להחזיר לבעלים, כי הבעלים לא ויתר על בעלותו והמכירה לא נמכרה כדין. **היה מנהג בעיר מסוימת שגם מי שקונה מגנב או לסטין צריך להחזיר לבעלים.** **אומר הטור – אם זה באמת המנהג – לאדם אסור להשתמט ממנו.**

**למה שהמנהג יהיה תקף? כי גם הבעלים לא מתייאש וגם הקונה יודע שכפוף למנהג הזה.** נכנסים לעולם הקניה על דעת המנהג. מבחן הייאוש הוא מבחן אובייקטיבי -הדין קובע מתי יש ייאוש.

**ושואל, מאיפה לומדים שיש ערך למנהג?**

**ילקוט שמעוני, משלי כב, כג –** רשב"י דורש "אל תסג גבול עולם" – אל תשנה מנהג אבותיך.
**שאילתות עו –** "אל תיטוש תורת אמך" – מנהג.
**המאירי –** "ואל תבוז כי זקנה אמך".

המקור הוא איננו דין הלכתי. **הפסוקים המובאים הם לא פסוקים הלכתיים**. זוהי רק אסמכתא שמקנה רעיון. זה לא מקור חזק. **ובכ"ז מכאן למדים שיש חובה או מקום לציית למנהגים.**

**שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י** – חולק על הטור בנו. **מנהג בעל תוקף הוא אחד שמרחיב איסור בלבד (סייג).** מנהג שמסייג איסור ברור שיש תוקף, מנהג שמתיר איסור ברור שאין תוקף.
אך בעניין ממונות יש בכוח ב"ד בלבד לעקור דבר מהתורה ולתקן תקנות. אבל מנהג, גם אם היה לאורך זמן, מוטעה. כי **א"א ע"פ מנהג לשנות גם לא בדיני ממונות.**

**הרא"ש מסויג יותר מכוחו של המנהג, וסובר שמנהג תקף הוא אך מנהג שמרחיב איסור.**

**שות תשב"ץ א,קנג – למנהג יש תוקף.** ככל שיותר עתיק יותר קשה לשנותו. **וגם אם משנה מדין התלמוד – הוא תקף, כל עוד לא עובר על איסור.** מה נותן כוח למנהג?
1. מנהג לאורך זמן – מנהג של דורות לא משנים, אלא אם מתיר איסור תורה.
2. תחולה גיאוגרפית – המנהג חזק יותר אם נהוג במספר מקומות.
3. מנהג מתקופת הגאונים.

**ירושלמי, משנה, בבא מציעא, ז,א –** הפרק השביעי בב"מ עוסק **בדיני עבודה**. אדם שכר פועל. אם יש מנהג של שעות עבודה מסוימות, גם אם הבעלים שוכר אותו לכל היום – עובד רק בשעות המנהג. אם יש מנהג להאכיל או לתת לו דברי מתיקה – מחויב בכך. **דיני העבודה נקבעים לפי מנהג המדינה.**

מנגד, **אם יש מנהג מסוים, הפועלים לא יכולים לדרוש משהו מעבר**. הבעלים לא צריך להתנות להם מה יביא להם.

מהמשנה הזו מסיק רב הושעיה **שהמנהג מבטל את ההלכה – מנהג גובר.**
ומסייגים: תקף **רק בדיני ממונות.**
הגישה **המצמצמת** אומרת שזה **רק** בהקשר של **דיני עבודה.**

**ובאמת פוסקים נותנים משקל גבוה למנהג, בגלל הירושלמי.**

**דעות שסוברות שכוחו של מנהג לא זהה לשל ההלכה:**

**תענית כו,ב –** שלושה ניסוחים לאימוץ עמדתו של ר' מאיר:
1. הלכה כר' מאיר
2. מנהג כר' מאיר
3. נהגו כר' מאיר

**האם יש משמעות לניסוח?
מי שאומר הלכה – מלמדים את ההלכה הזו באופן יזום.
מי שאומר מנהג – לא מלמדים באופן יזום, אבל אם מישהו שואל, נגיד לו.
מי שאומר נהגו – גם אם מישהו שואל לא נגיד, אבל לא נתקן את מי שעושה.**

למרות שיש תוקף למנהג, זה בכ"ז לא שווה ערך להלכה מבחינת העוצמה והתוקף, הראיה – **שלא תמיד מלמדים את המנהג באופן אקטיבי.**

**שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמבן רס –** גם מנהג כמו תקנת קהל וכמו לרוב תקנת חכמים – **לא יכול לבטל איסורים**. מדגים מקרה שרצו להשתמש בכיסוי לספר תורה. הוא אומר שאין פה איסור מפורש ולכן לא יבטלם ממנהגם, למרות שזה לא ראוי.

**שיעור 19**

**שות הרשב"א ו,רנד –** ויכוח בין בעל לאבא לגבי מי יירש את האישה שמתה, בנדוניא שהאבא נתן – שעל דעת הנדוניא הזו נישאו. **טענת האב היא שזה מנהג המקום – הולכים לפי הדין הזר** שקובע שבמקרה שהבת מתה, הנכסים עוברים לידי אביה. **הרשב"א שלל זאת.** יכול שיהיה מנהג שגובר על התנייה, **לו היו מציינים שיש לזה משמעות – שיש לזה טעמים טובים שבגללם מאמצים זאת, זה היה לגיטימי. אך** **לא מוכנים לקבל מנהג רק בגלל שמאמצים דין זר** כי אז יש תחרות בין הדין הדתי לדין הזר, ולא רוצה לתת יד בהעדפה של דין זר בלבד.

**האמירה של הרשב"א – א"א לאמץ דין זר בגלל היותו דין זר, כי אם כך תמיד יבחרו להעדיף את הדין הזר. צריך סיבות מהותיות לכך.**

כל חיי המסחר של היהודים מתנהלים מול הסביבה, היומיום שלהם הוא תחת שתי מערכות משפטיות – המשפט הדתי והאזרחי, והדבר עלול ליצור סוג של מתח ותחרות, ופוסקי ההלכה מנסים להשאיר את השיפוט ההלכתי ואת הקהילה וכו'.

**בבא מציעא עד,א – קניין סיטומתא; מנהג הסוחרים (חשוב!)**

הסכם מכר (העברת בעלות) נכנס לתוקף כאשר מבצעים מעשה קניין (אקט פורמלי המסמל בעלות. במטלטלין – הגבהת החפץ או משיכתו, במקרקעין – שינוי פני הקרקע – גידור, נעילה, חפירה). הדבר מעיד על גמ"ד. ההסכם מחייב גם אם עדיין לא בוצע ההסכם בפועל – לא הביאו את המוצר או הכסף. שלב הביצוע יהיה העברת התמורה או המוצר. אם אחד ירצה להתחרט – אפשר יהיה לאכוף עליו את ההסכם (כמובן שיכול להיות ויכוח אם היה הסכם).

הסוגייא דנה בשאלה האם סימון חביות יין יכול להקנות בעלות, שהרי אין הגבהה של החבית או מעשה קניין אחר. ואומרת: **אם מנהג המקום הוא שהבעלות עוברת באמצעות הרישום הזה, זה נחשב קניין, למרות שלא בוצע מעשה קניין כהגדרתו בהלכה. כיוון שזה מנהג הסוחרים**.

**שו"ע חו"מ, רא** – מרחיב ואומר **שכל מנהג סוחרים, אפילו הסכם בע"פ עם סימן מיוחד ללא שום אקט פורמלי – הופך להסכם מחייב.** אחת הדרכים לפתור את בעיית הקניין כיום היא מנהג הסוחרים. אם זהו המנהג – יש לו תוקף הלכתי.

[מה קורה כאשר יש עסקה אלקטרונית – צדדים שלא מכירים ובלי אינטרקציה – רק מעבירים תשלום וחפץ אחד לשני. אין שום מעשה קניין. (אם צד אחד גוי ברור שלא משנה, נניח שיש שני צדדים כפופים להלכה).

האם דרוש מעשה כלשהו פשוט אחר מסוגי הקניין הנמנים במקורות, או שהמנהג יהיה תקף גם אם המנהג הוא שלא יתבצע שום מעשה. יש מחלוקת בפוסקים. פוסקים לכאן ולכאן. מי שסובר שצריך מעשה קניין ימצא אותו בדרכים יצירתיות.

בכל מקרה, הסכמים שנעשו ללא שום אקט כלשהו של מעשה קניין מחייבים. גם אם לא משפטית, מוסרית].

**קניין סיטומתא מחייב רק במקום שנהגו בו – תלוי במנהג המקום.**

**דינא דמלכותא דינא**

בשיעורים האחרונים דנו **בדרכים ליצירת נורמות משפטיות חדשות:**  **סמכות חכמים** – היכולת לתקן ולבטל תקנות חכמים מכוח הכלל הפקר ב"ד. **תקנות קהל** – גוף מקביל לתקנות חכמים. **מנהג** – לא תקנה אבל דרך מסוימת ליצירת נורמות. ועכשיו נדבר על דרך נוספת – **דינא דמלכותא דינא**. ונראה זאת בהקשר רחב יותר.

מערכת השיפוט היהודית, כמו גם האיסורים וההלכה בכללותה, מחייבת כל יהודי ללא קשר למיקומו הגיאוגרפי.

במצבים שיהודי חי תחת שלטון זר ומקיים עסקים עם גויים, ולא יכול להתנהל תחת המערכת ההלכתית (אם עושים עסק עם גוי, א"א לכפות אותו להתדיין בב"ד יהודי או לנהוג מנהגים יהודים) אז מערכת הכללים תהיה של הדין הזר. יהודי אחר אפשר להכריח ברמה הדתית – לא פיזית, אבל הוא מחויב לזה ברמה עקרונית.

**האם הקהילה היהודית בהתנהלותה הפנימית יכולה לאמץ לעצמה את הדין הזר מכוח היותו דין המלכות? אם כן, האם הדין הזר מחייב הלכתית או רק אזרחית?**

**דינא דמלכותא לא עוסק בדיני איסור והיתר, אלא בדיני ממונות או הסדרים חברתיים שאינם נוגדים את ההלכה.**

הדיון בסוגייא של דינא דמלכותא במקורו לא התייחס לשלטון בארץ אלא יותר לשלטון זר, וניסו לבחון האם זה תקף גם במדינת ישראל, שזה שלטון ישראלי לא הלכתי.

**שיעור 20 – המשך דינא דמלכותא דינא**

**בבלי, נדרים, כז:** – ישנה אפשרות במשנה לרמות את המוכס ע"מ שלא יקח תבואה, והגמרא שואלת כיצד, שהרי דינא דמלכותא דינא. והגמרא עונה **שבעיקרון דינא דמלכותא וכו' אבל יש חריגים**: נניח במוכס שאין לו קצבה (חוסר שק"ד), נוטל כל מה שרוצה או במוכס שלא קיבל את המינוי להיות (חוסר סמכות). **בבלי, בבא בתרא** – אותו הכלל המכיר בדין המלכות רק בהקשר נוסף, בדיני מקרקעין.

**אם ההלכה היהודית מחייבת כל יהודי בכל מיקום טריטוריאלי, למה יש חובת ציות הלכתית לעוד מערכת חוקים? ומה הדרך המשפטית באמצעותה אפשר לחייב גם לכללים משפטיים זרים?**

**הר"ן על נדרים (שם) מביא את התוספות –** יש חובה לציית לדין המלכות **כדי להימנע מסכנה.** תפיסה גלותית. שהמלך לא יגרש את היהודים שלא מצייתים לו. מדבריו עולה **שאין למלך מעמד או סמכות חוקית שלטונית, אלא פשוט בתור אורחים אצל בעל הבית, נצטרך לכבד אותו.**

**ראש נדרים ג, יא –** אומר דברים דומים, הארץ היא בבעלות המלך, **הוא הבעלים ויכול להכתיב כללי התנהגות. כמו שאדם רגיל כאשר הוא הבעלים יכול להכתיב כללי התנהגות, כך גם למלך הסמכות.**

**ר"ן, רא"ש – סמכות המלך נובעת מבעלותו ותו לא.**

**רשב"ם בבא בתרא נד: -** המחויבות לציית לדין המלכות זה לא כי הוא בעל הבית המכתיב, **אין עניין של בעלות, אלא שהיהודים הסכימו לקבל על עצמם את חוקי המלך, וע"כ מחויבים.** הרשבם מדבר על **הסכמה**. לא מגביל למלכי עובדי כוכבים ולא מלכי ישראל.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה ה, יח** – מבסס על **הסכמה** כמו הרשב"ם בצורה שונה. אצל הרשב"ם ההסכמה היא לחוקי המלך ומשפטיו, אצל הרמב"ם זה **הסכמה שהוא יהיה המלך והם יהיו עבדים. ההסכמה באה לידי ביטוי לקבלו כמלך, וממילא מה שאומר מחייב.**

**משנה, גיטין א,ה** – ערכאות גויים נחשבות כך (לפי חלק מפוסקי ההלכה) ע"פ הדין בו דנים. שטרות צריכים להיעשות ע"פ ההלכה היהודית. ובכ"ז, **שטר בין שני יהודים שנכתב ע"פ כללי הדין הזר** (ברור שאם זה היה בין יהודי לגוי לא היינו מצפים שהגוי יתחייב בהלכה והיו עושים בדין הזר) **כשר, כי דינא דמלכותא.** מדוע?

**רשי (שם) –** **מקשר לשבע מצוות בני נוח.** שבע מצוות בני נוח הן תפיסות אוניברסליות. כשנחרב העולם נוח לקח על עצמו מצוות, ומכיוון שהיה היחיד בעולם כולם יצאו מזרעו וכולם מחויבים בהן. אוכפים אותם על גוי שרוצה להיחשב גר תושב (ולא גוי אזרח שיש פחות זכויות). כל הגויים מחויבים. אך בשביל לגור אצל היהודים – גם יאכפו את זה על גוי.

**המצווה השביעית והאחרונה היא מצוות דינים. ולה שתי גישות:**

1. הגישה **המצמצמת** – אכיפה, מצווה **לדון את מי שעובר על אחת ממצוות בני נוח.**
2. הגישה **המרחיבה** – מצווה **להקים מערכת משפט כלשהי שתעשה סדר בחברה.**

רש"י אומר **שאם מאמצים את הגישה המרחיבה, הכלל הוא דינא דמלכותא כיוון שההלכה היא זו שהסמיכה את המלך להקים את מערכת המשפט הזו, ומאחר שההלכה הכירה במערכת – היא מכירה גם בחוקים.**  פועל במסגרת הסמכות שניתנה לו ממצוות דינים.

**שו"ת בעלי התוספות סימן יב** –התוס' אומרים שדין המלכות הוא דין זר וההלכה לא מכירה בו באופן ישיר. אלא **חכמים ראו עניין בתקנות המלך ותיקנו תקנות כאלה מכוחם. על כן ישראל מחויבים.** א"א להיכפף לחלוטין, כי מי יודע מה המלכות תחוקק.
בכל הנימוקים הקודמים הכרנו בצורה כלשהי בסמכות המלך, **פה כלל לא מכירים בסמכות הישירה של המלך, אלא מכירים בסמכות של חכמים לתקן תקנות.**

 **לסיכום:**

1. **בעלות** – ר"ן, רא"ש
2. **הסכמה וקבלת חוקי המלך על עצמם** – רשב"ם.
3. **הסכמה וקבלת המלך על עצמם** – רמב"ם.
4. **דינא דמלכותא מכוח הסמכות במצוות דינים** – רש"י.
5. **תקנת חכמים כתקנת המלך** – תוס'.

להנמקות הללו יש גם נ"מ פרקטיות והן אינן רק עיוניות. **הנימוקים משפיעים על היקף החובה לציית למלך ככלל.**

**היקף הכלל דינא דמלכותא דינא
מתי רלוונטי ומתי לא, ונתקשר לשאלת הנימוק:**

מכאן נגזרות שתי שאלות:

1. **מי מוגדר כמלך.**
2. **מה הדין** – באילו נושאים.
3. **הגדרת המלך –**

**רמב"ם גזילה ואבידה ה,יח** – מי מוגדר כמלך – **מי שמטבעו יוצא באותן הארצות**. המטבע היא חלק מסימני הריבונות של המדינה. בימה"ב היה מקובל שדמותו של מלך חקוקה על המטבע. **אם הציבור משתמש במטבע סימן שהתקבל ע"י העם כמלך. הסכמה.** אם אין לו מטבע הוא כמו גזלן, ואין לו סמכות.

**הרשב"א** – הגדרת המלך שלדבריו דינא דמלכותא, לא חייב להיות מלך מרכזי אלא מושל מקומי, שר מקומי – כמו ראש עיר. **לא חייב להיות שליט מרכזי אלא גם שליט מקומי,** וגם הדין שלו מחייב.

**שו"ת המהרי"ק קצ"ד** **–** מתבסס על הרא"ש והרמב"ם **שסמכות המלך נובעת מהבעלות שלו בקרקע, ואומר שלא צריך מלך, אלא אפשר גם הדיוט.** לכן אומר המהריק שדין המלכות דין – כל מי שיש לו בעלות בקרקע, לא בהכרח מלך, פשוט בד"כ למלך יש את הסמכות הזו ולאדם פרטי יש בעלות על דבר קטן. פשוט **אין הבדל** **עקרוני, נובע מעניין הבעלות.**

זה לא מוסכם על כולם:

**שו"ת מהרשד"ם חו"מ שנ –** צריך שליט לאורך זמן (קצת כמו הרמב"ם, שהרי מטבע זה אחרי המון זמן) – **חכמים דיברו דווקא במלך. אחד קבוע.**

**שו"ת משפט כהן קמד יד (הרב קוק) –** **אם אין מלך העם כולו הוא הריבון.** כאשר העם ממנה מנהיג **ע"פ דעת הכלל** – הנבחר מקבל את הסמכות של המלך.

קצת דומה למה שראינו בהקשר של תקנות – החכמים הם הסמכות, הסמכות המקבילה לחכמים זה הציבור, והם ממנים את שבעת טובי העיר. כנל פה.

הרב קוק אומר אפילו ששלטון נבחר זה יותר טוב ממלך – כי כשממנים מלך הוא בא בעל כרחנו. **כאשר המלך נבחר ע"י הציבור, יסוד ההסכמה בא יותר לידי ביטוי. ולכן יש נימוק יותר חזק להכיר בסמכותו.** מאמץ את ההנמקה של הרשב"ם שמדובר בחוקי המלך ברגע שקיבלנו על עצמנו זו לא הסכמה מאולצת.

[לא חייב מלך אלא אפשר שלטון נבחר (הרב קוק). הרשב"א – מלך במובן הרחב, שליט כללי או מקומי, או כמו המהריק – כל בעל קרקע (ההבדל הוא בכמות, לבעל קרקע יש פחות סמכויות על קרקעות).]

**האם דינא דמלכותא רלוונטי למלך ישראל? ואם לא, האם יש חובת ציות אחרת למלך?**

ברור שהכלל דינא דמלכותא במקורו לא דיבר על מציאות של מלך ישראל, כי **מנק' מבט הלכתית המציאות הטבעית היא שמלך ישראל פועל ע"פ ההלכה, ואם צריך תקנות יש חכמים** ולכאורה לא אמורה להיות התנגשות בין המלך להלכה (קצת נאיבי). מדובר על שלטון זר. **ובכ"ז דנים בזה.**

**ר"ן** – דווקא בעובדי כוכבים שיש עליהם סכנת גירוש במדינות זרות, אבל מלך כלשהו (יהודי או שלא) **בא"י – זה לא רלוונטי, כי ההנחה שבא"י כולם שותפים על הקרקע, ולא רק המלך בעל הקרקע.**

היום, גם במדינות שיש מלך – המלך לא בעלים על הקרקע. ואם זה הנימוק לדינא דמלכותא – זה לא רלוונטי במקומות שהמלך לא בעל הבית.

לעומתו, **הרמב"ם הלכות גזלה ואבדה ה,יא** – (לעיל) ומוסיף הרמב"ם – בין שהיה המלך גוי ובין שהיה מלך ישראל.
**אצל הרמב"ם זה מבוסס על הסכמה לכן תקף גם על מלך ישראל**.

**יש כלל מקביל לסמכותו של מלך ישראל. המקור למלך ישראל:**

**שמואל א, ח** – העם מבקשים מלך ושמואל לא מסכים כי יש את הקב"ה. מתעקשים ונכנע להם, ומתחיל לתאר להם את "משפט המלך" – דברים שבכוחו של המלך לעשות; לקחת להם מיסים, את הילדים לעבדים, את התבואה וכו'.

לא ברור מה כוונת שמואל בכך שאומר זאת. **אפשר להבין בשתי צורות:**

**בבלי סנהדרין כ:** -

1. אפשרות אחת (שמואל) **– תיאור סמכויות המלך**
2. אפשרות שניה (רב) – **לא באמת סמכויות המלך אלא רק להפחיד אותם (כדי שיצייתו לו או שיתחרטו)**

**למה זה חשוב לענייננו?**

**מאירי נדרים כז, ב –** כל מה שמתואר בספר שמואל – **מלך מותר בהם. יש למלך סמכויות בלתי מוגבלות.**

**משמע: לא נזקקים לכלל "דינא דמלכותא" בנוגע למלך ישראל, כי ממילא יש כלל מחייב אחר "משפט המלך" המקנה למלך ישראל את סמכותו.**

התוצאה זהה – מלך ישראל מחייב אך מכוח כלל נפרד ולא דינא דמלכותא.

**שיעור 21**

**מה היקף הכלל?**

במקורו התמודד הכלל עם מציאות שבה יהודים חיים תחת שלטון זר וזה יוצר מתיחויות. מחד, יהודים צריכים להתכתב עם הסביבה, בשלטון הזר. מאידך, ניסיון לשמר את הדין ההלכתי (גם במובן המצוות וגם דיני הממונות). **כאשר מאמצים את דינא דמלכותא אז ממעיטים בערך של הדין ההלכתי, ולא יצטרכו יותר לב"ד הקהילתי** (כי אם מאמצים את הדין שלהם כנראה הם אלה שיבינו בו הכי טוב, אז נלך אליהם שידונו).

**בגלל המתח הזה פוסקים ניסו להגביל את הכלל של דינא לתחומים מצומצמים.**

**שו"ת תשבץ א, קנח –** ראינו את המקור הזה אחרי נדרים והעלמת המס, אחד התירוצים שם היה שהמשנה מתירה במוכס שאין לו קצבה או במוכס העומד מאליו. מזה גוזר התשב"ץ **שחלק מכללי מלכות זה הטלת חובות אחידות. אם הכלל לא קבוע לכולם, אלא פרסונלי, הוא לא נכנס בגדר דינא דמלכותא ולא צריך לאמצו. הדין הכללי צריך להיות שוויוני.**

הדין הכללי צריך להיות שוויוני (כולם משלמים מס) – אבל אפשר לבוא לקראת, אם יש ילדים אז נקבל הנחה, ואם גם לך יהיה ילדים תקבל הנחה. שונות רלוונטית. ברור שמי שלא מרוויח לא משלם מיסים – אבל לשלם זה עדיין הכלל.

**רמב"ם גזלה ואבדה ה, יד** – הרמב"ם מבחין בין דין כללי לדין פרסונלי – **דין כללי זה לא גזל, דין פרסונלי זה גזל** (אם המלך הפקיר רק את הקרקע שלי ספציפית זה בעייתי. אך אם המלך עשה זאת מכוח הזרוע אין לי מה לעשות, השאלה אם מכירים בזה הלכתית). **קריטריונים בסיסיים של חוק הוגן ושוויוני, ולא אחד שלא עומד בכללי צדק בסיסיים.
המגיד משנה הלכות מלוה ולוה כז,א –** דומה לרמב"ם.

**שו"ע חו"מ שסט,ח** – מביא **להלכה** **את הרמב"ם** – למלך יש סמכות הפקעה לצרכי ציבור, ויש לו גם סמכות כענישה. אם הדין הזה כללי – שכל מי שעשה את העבירה הרכוש שלו יופקע – עכשיו גם אם אני קונה ההלכה תכיר בזכויות שלי בשדה. אבל **אם זה חוק פרסונלי – אין היכר הלכתי.**

**מגבלות נוספות:**

**רמ"א (שם)** – מתאר מחלוקת בין פוסקים (מופיעה בראשונים) – מגבלות לכלל דינא דמלכותא:

1. **דינא דמלכותא –** **בנכסים התלויים בקרקע** – משתי סיבות:
א. הסוגיות התלמודיות של דינא דמלכותא דיברו בעיקר דיני מקרקעין (הר"ן)
ב. אם מאמצים את הנימוק של בעלות המלך על הקרקע – אז יש מקום לומר שזה מיסים נכסים וקרקעות.
2. **דינא דמלכותא בכל דבר –** מתבססים על **הרשב"ם** – קבלת חוקי המלך ומנהגיו – רוצים סדר בחברה. מקבלים את חוקי המלך לא רק המסוימים אלא גם הכלליים, נוח לנו שיהיה סדר בחברה.

**שו"ע חו"מ שסט, יא** – מתבסס על דברי הרשב"א בסוגייה של ירושת האישה (האב או הבעל) שהכריע שהאב לא יכול לרשת רק ע"ס דיני גויים. ומוסיף השו"ע, דינא דמלכותא מוגבל לשני מצבים:

1. **דבר שיש בו הנאה למלך (הנאה ישירה, כמו מיסים).**
2. **לתקנת בני המדינה (לטובת הכלל).**

**הרמ"א** **(שם)** – מביא את הסוגייה בדבריו של הרשב"א. הרשב"א התמודד בכמה רמות, ודחה:
1. אם זה היה **תנאי ספציפי** זה היה תקף, אבל מאחר שלא עשו כלל כזה, אלא יש פה תנאי מכללא שכל מי שמתחתן עושה על דין הגויים זה לא מתקבל.
2. להכיר בזה **כמנהג**, ודוחה גם את זה כי זה מנהג המבוסס על דין זר.
3. להכיר מכוח **דינא דמלכותא** – וגם את זה דוחה, כי דינא דמלכותא זה רק בדבר שיש הנאה למלך או לתקנת בני המדינה.

הדין לענניינו: לא נכיר את הכסף לאבא ע"ב הכלל שלנו – אבל כאן גם לא חל הכלל כי הוא **חל רק בדבר שיש בו הנאה למלך** (מיסים החרמת נכסים) **או שהוא תקנה בני המדינה, אבל בעניין פרטי לא נקבל את דיני הגויים כי ככה יתבטלו כל דיני ישראל.**

**השו"ע והרמ"א סוברים שלא דנים ע"פ דיני כוכבים כי אז דיני ישראל יתבטלו.**

**ריטב"א בבא בתרא נה,א** ודברים דומים גם המגיד משנה גזילה ואבידה ה, יג – **א"א לחוקק דין חדש, גם אם מקובל על הכל, אלא רק מה שהיה ידוע מפעם.**
מתכתב עם **התוס'** שראינו בעבר, **שדינא דמלכותא מבוסס על תקנת חכמים.** ואם כך, הם תיקנו בדורם את מה שהסכימו איתו, ולא קבעו שניתן יהיה לעשות זאת גם בעתיד. (אם יש חכמים שיתקנו, אפשר שדין חדש יהיה דין). **הרמב"ם לא מקבל את זה – לדעת הרמב"ם אפשר דין חדש.** הרמב"ם מנמק על **הסכמת העם**, ואז אין סיבה להגביל לחוקי המלך הראשונים, אלא ההסכמה קיימת למה שחוקק גם כעת.

**הש"ך – עיקרון על המרחף מעל כל דינא דמלכותא** – ההלכה היהודית אומרת למכור משכון (הלווה נותן למלווה) תוך 30 יום, והגויים שנה. האם לומר דינא דמלכותא?

**גם אם דינא דמלכותא חל בכל דיני הממונות – זה בתנאי שדין המלכות משלים דין תורה, וכאשר אין פירוט הלכתי.** אם תתעורר שאלה שאין תשובה ברורה מההלכה – אפשר לאמץ את דין המלכות. אם יש תשובה ברורה כמו כאן, שיש 30 יום, לא הגיוני שדינא דמלכותא יגבר, כי זה מקטין את מרחב דיני ישראל, מצמצם את תחולתם.

**סיכום מגבלות על דינא דמלכותא:**

1. **דין כללי ושיוויוני** (תשב"ץ, רמב"ם, מגיד משנה, שו"ע**)**
2. **להנאת המלך** (שו"ע, רמ"א)
3. **לטובת הכלל** (שו"ע, רמ"א)
4. **חוקי המלך הידועים ולא חדשים** (ריטב"א)
5. **מגבלת על – דיני המלכות יכולים רק להשלים דין תורה ולא לבטל אותם, ורק כאשר אין פירוט הלכתי** (השך)

**הדין הזר כיום בהלכה – נלקח מרוזנשטיין**

כיום קיימים בתי דין רבניים הפוסקים ע"פ דין תורה, ורק כאשר 2 הצדדים מעוניינים בכך. פעם היו דנים בכל הסוגיות (עד בגץ סימה שנשללה מהם הסמכות גם בהסכמת הצדדים לדון בדיני ממונות).

שאלה: **האם דיון כיום בבית דין רבני יתחשב בדין הזר (חוקי המדינה) בפסיקתו או רק בהלכה**? ואם הוא ישתמש בדין המדינה **מאיזה כוח?**

תשובה: אם כן, מכוח -

1. **דינא דמלכותא דינא –** כלל מוגבל שלא יהיה שייך בכל המקרים.
כך למשל תהיה מחלוקת האם זה רלוונטי במלך ישראל, וגם אם כן, עדיין יהיו את כל ההגבלות שהזכרנו לעיל.
2. **תקנת קהל –** הכנסת זה כמו תקנת קהל על הגבלותיו.
3. **מנהג –** לא מכירים בכנסת מכוח דינא דמלכותא או תקנת הקהל, אלא מכוח המנהג שהתפשט בעם.

נפקא מינה בין הכוחות:

סיפור: קבוצת גננות שהיו חברות באגודת ישראל (ארגון חרדי), ותבעו בבית דין רבני את האגודה בשביל לקבל זכויות כמו גננות אחרות במדינה.

הרב דיכובסקי – צריך לתת להם מכוח דינא דמלכותא ותקנה. ואז יש לכך תוקף בכ"מ.

הרב שרמן – מוכן רק מכוח מנהג ואז זה בתנאי שהמנהג באמת תקף (=תקף בקהילה המסוימת - ובקהילה החרדית אין את המנהג הזה שהן רוצות) – לכן הן לא זכאיות.
כלומר, רוצה להגביל – מנהג הוא לא כמו שאר הדברים, ותלוי בקיבולו בציבור. לא רוצה לתת לחוקי המדינה תוקף מחייב.

\* בתי הדין של הציבור הדתי לאומי נותן יותר משקל לדין המדינה למול בתי הדין החרדיים שיתנו פחות.

**קבלת סמכות המדינה בדין הפלילי:**

ההלכה באופן כללי, מכירה בסמכות של מלך להעניש עבריין שלא לפי דין התורה (כלומר, עבר עבירה חברתית ולא דתית). יש סמכות שיפוט מקבילה למלך. ולכן **אין כל כך בעיה לקבל את סמכות המדינה.**

מחלוקת בעניין: בקום המדינה החרדים קיבלו את הדין הפלילי של המדינה, אבל הרב הרצוג (רבה הראשון של המדינה) אמר שגם בדין הפלילי אנחנו נצפה שהוא יתכתב עם ההלכה באופן מסוים ולא נישכח את ההלכה בדינים הללו).

**משפט ומוסר – מכאן ואילך נלקח ממאירה כהן** (הדגשות שלי)

**דברים פרק ו' פס' י"ז-י"ח –**
יז) "שמור תשמרון את מצוות ה' אלוקיכם ועדותיו וחוקיו אשר צווך"

יח) **"ועשית הישר והטוב** בעיני ה' למען ייטב לך..."

 ההנחה של חז"ל כאשר הם דורשים את פסוקי התורה, היא ששום דבר לא מיותר. שום פסוק לא נכתב סתם, ואם פסוק, מילה ואפילו אות נכתבו פעם נוספת זה בא להוסיף, וחז"ל ינסו להסיק מההוספה מסקנה הלכתית.

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

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

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

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

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

פס' דומה:

**ויקרא פרק י"ט פס' א'-ב' –** "**קדושים תהיו** כי קדוש אני ה' אלוקיכם".

יש כאן ציווי להיות אנשים קדושים. מה הפירוש של להיות אנשים קדושים? ניתן להגיד כי להיות קדוש פירושו לקיים את המצוות. אולם בכל מצווה שכתובה בתורה יש ציווי לקיימו, והתורה לא מוסיפה מילה שהיא מיותרת. אם כן, מה ההוראה הזאת מוסיפה?

**רמב"ן ויקרא פרק י"ט פס' ב'** – אחד הדרכים **לדרוש פסוקים בתורה זה על כלל הסמיכות.** כאשר נושאים מובאים אחד אחרי השני שהם לא בהכרח קשורים זה לזה, הסמיכות של הנושאים מלמדת אותנו דבר. הרמב"ן מביא תחילה את דברי רש"י האומר שצריך לבדוק מה כתוב בפסוקים לפני כדי להבין מהי הכוונה של "קדושים תהיו". **הפסוקים שלפני מדברים על איסור גילוי עריות וכל הגדרותיה, ומיד אח"כ מופיע "קדושים תהיו".**

**רש"י** אומר שכוונת הפסוק "קדושים תהיו" הוא **לפרוש מהעריות** ולהיות זהיר באיסור זה.

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

**לסיכום: נראה שאצל הרמב"ן יש מבנה שיטתי של פרטים ועיקרון על.
"ועשית הישר והטוב" – במישור של בין אדם לחברו.
"קדושים תהיו" – במישור של איסורים, בין אדם למקום.**

**העקרון של עשיית הישר והטוב משפיע בשלושה מישורים:**

1. **תקנות חכמים**- עקרון זה עומד בבסיס תקנות חכמים. כאשר חכמים מתקנים תקנה הם רואים יישום של עשיית הישר והטוב. ברגע שהחכמים מתקנים זאת בתקנה, הם **הופכים את החיוב המוסרי לחיוב משפטי.**
2. **בית הדין**- כשבית הדין פוסק הוא צריך **לא רק לעשות את הדין הפורמאלי,** אלא גם להגשים את העקרון.
3. **האדם הפרטי באשר הוא**- ישנה ציפייה מכל אדם פרטי שהוא **ינהג ע"פ עקרון עשיית הישר והטוב.**
4. **המישור הראשון - השפעת העיקרון "ועשית הישר והטוב" על תקנות חכמים:** דינא דבר מצרא ושומא הדר.
5. **"דינא דבר מצרא"- דין בן השכן –** תקנה המבוססת על ועשית הישר והטוב.

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

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

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

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

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

**רש"י, בבא מציעא (שם) – הכלל "דינא דבר מצרא" לא תקף כאשר עלול להיגרם נזק למוכר או לקונה.**

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

1. **אומדן ברור לשווי הקרקע –** ככה המוכר לא ירמה את השכן שלו כי יודע שהוא צריך את הקרקע.
2. **אינדציקציה לגמ"ד** – בא להתגבר על המצב של היעדר גמ"ד- צריך שהמוכר ימכור עם גמירת דעת ושהקונה יקנה עם גמירת דעת. אולם, אם המוכר לא רוצה למכור את הקרקע לשכן ישנה בעיה של גמירת דעת. לכן, צד ג' הוא כביכול שלוח של השכן וקנה עבורו את הקרקע, ולכן ניתן להעביר את הקרקע לשכן גם בלי מעשה קניין נוסף. מכוח הדין הפכו את צד ג' לשלוח של השכן.

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

**מגבלות על דינא דבר מצרא:**

1. **מתנה וירושה –**  אין בהם משום "דינא דבר מצרא". אם אדם נותן לאדם אחר את קרקעו, או שהקרקע עוברת בירושה, אין את הדין של דינא דבר מצרא והשכן לא רשאי לסלק את האדם שקיבל את הקרקע. לא ניתן להגיד לאדם שקיבל מתנה או ירושה לקבל מתנה אחרת, ולכן אם נגיד שיש זכות קדימה לשכן אנו פוגעים ביורשים.
2. **לא לפגוע במוכר – עסקת חבילה של מספר שדות לצד ג' –** אם לאדם היו מספר שדות והוא מכר את כל שדותיו ב"עסקת חבילה" לצד ג', אין בה משום "דינא דבר מצרא". שכן, אם שכן יבוא ויגיד שיש לו זכות קדימה, צד ג' יכול לבוא למוכר ולטעון כי הוא קנה את כל השדות בעסקת חבילה, אך אם מפרקים את החבילה הוא כבר אינו מעוניין בעסקה. אם נפעיל את דינא דבר מצרא אנו עלולים לפגוע במוכר.
3. **זכות קדימה לבעלים הראשונים** – ראובן שמכר את השדה שלו לשמעון, ושנים אחרי שמעון רצה למכור את השדה וראובן מבקש לקנות את הקרקע, ראובן מקבל את הקרקע ולא השכן, מכיוון שלבעלים הראשונים יש זכות קדימה. אם השכן בא ומבקש את הקרקע אומרים שהכלל של דינא דבר מצרא אינו תקף, מכיוון שזה יפגע בקונה שהוא הבעלים הראשונים.
4. **שומא הדר – התנהגות לפנים משורת הדין:**

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

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

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

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

בין כל שלב צריך לחכות 30 יום למקרה והלווה יכול לפרוע את החוב שלו.

**מעיקר הדין, במצב שבו הלווה בא לאחר תקופה ארוכה עם כסף להחזיר למלווה, ודורש לפדות את הקרקע, הלווה לא יכול לכפות על המלווה להחזיר את הגלגל לאחור ולאפשר לו לפדות את הקרקע בחזרה**, שהרי הקרקע בבעלותו של המלווה, ומכיוון שזה בבעלות המלווה לא ניתן לכפות עליו.

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

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

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

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

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

1. **המישור השני השפעת העיקרון "ועשית הישר והטוב" ע"י בית הדין**

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

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

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

**דיני השבת אבידה – רקע:**

"כי תראה שור או חמור.. לא תוכל להתעלם" – לא להתעלם ממציאות, להשיבן לבעליהן. מכאן למדים את העיקרון הכללי של חובת השבת אבידה. **מה היקף הכלל?**
**לא חייבים להשיב כל אבידה אלא רק אבידה שאנו מניחים שבעל החפץ לא התייאש ממנה.** ההנחה היא שברגע שבעל החפץ התייאש מלמצוא אותו הוא ויתר על הבעלות, ולכן החפץ הפקר. ברגע שהאדם מוותר על בעלות החפץ והוא הופך להפקר, לא ניתן לדרוש לקבל אותו בחזרה. **מבחן הייאוש הוא מבחן אובייקטיבי** ולא בודקים כל מקרה לגופו אם הבעלים התייאשו או לא. לדוג':

**1. במקרה והחפץ הוא פחות מ"שווה פרוטה"-** כלומר יש לו שווי מינימלי, מניחים שאותו אדם שאיבד את החפץ התייאש ממנו. לכן, אם אדם מצא חפץ שהוא פחות משווה פרוטה אין לו חובה להחזירו.

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

**3. במקרה שהחפץ נמצא במקום שרוב הנמצאים בו אינם יהודים.** מצוות השבת אבידה מחייבת רק יהודים, ולכן במקום שבו רוב הנמצאים אינם יהודים, הם יכולים לקחת את החפץ לעצמם ולא מחויבים להחזירו. כאשר אדם מאבד חפץ במקום כזה, הוא מניח כי רוב הסיכויים שגוי מצא את החפץ מכיוון שהוא אינו מחויב במצווה, ולכן בעל החפץ מתייאש מלמצוא אותו.
במצב שבו החוק מכוח מערכת כללים אחרת מחייב להחזיר את האבדה, יתכן ובעל החפץ לא התייאש מכיוון שהוא מניח שע"פ החוק המדיני, המוצא חייב להחזיר את האבדה. שאלת הייאוש תלויה לגבי השאלה האם יש חובה להחזיר את החפץ, שהרי אם יש חובה, גם אם היא לא הלכתית, יתכן שבעל החפץ לא התייאש.

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

**מה קורה במצב שמוצאים חפץ שעלול להתקלקל ולאחר כמה זמן כבר לא שווה כלום?** במצב כזה אפשר **למכור את החפץ ולשמור את הכסף עד שהבעלים יבואו.** הכסף לא הופך להיות של המוצא אלא הוא רק נשאר אצלו עד שהבעלים מגיעים. אם נמצא **חפץ שדורש טיפול**, **הכלל הוא – אם יש גם הכנסות ולא רק הוצאות, וההכנסות יכולות להתקזז עם ההוצאות – יש צורך לשמור שנה. אם יש רק הוצאות – 30 יום.** המוצא יכול לקנות את החפץ, אך זה צריך לקרות מול בית דין כדי לוודא שהוא אינו קונה את החפץ במחיר מוזל. במקרה שהבעלים יבואו, הם יקבלו את הכסף והמוצא יקבל את החפץ (שהרי הוא קנה אותו).

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

1. **חפץ שזמן הטיפול בו שווה יותר מהחפץ, או אם המוצא מפסיד יותר משווי החפץ.** במקרה כזה אפשר להתעלם ולחכות שאדם אחר ישיב את האבדה.
2. **"זקן ואינה לפי כבודו"-** זקן לא במובן של גיל, אלא הכוונה לאדם מכובד. אם אדם מוצא ברחוב חפץ שזה לא מכבודו להרים את החפץ, וגם במקרה רגיל הוא לא היה מסתובב עם חפץ כזה הוא אינו מחויב לעשות את מצוות השבת אבדה. הפטור אינו אומר כי לאדם מותר לקחת את החפץ בעצמו, אלא שהוא לא צריך לעשות פעולה אקטיבית כדי להשיבו.

**עד כה הדין של השבת אבדה. איך הלפנים משורת הדין נכנס לכאן?**

1. **השבת אבידה**

**בבלי בב"מ כד: -** רב יהודה ושמואל הולכים **בשוק של גויים**, ורב יהודה שואל שאלה – **אם אני מוצא פה ארנק** (פעם כל אחד היה תופר לעצמו אז היו סימנים), **האם אני צריך להשיב?**

**מעיקר הדין לא.** אבל מה קורה אם המאבד שומע על המציאה (שהרי המוצא לא צריך להחזיר אז לא הכריז), ונותן סימנים? האם יש חובת החזרה?
**מעיקר הדין, אין צורך להחזיר, כי מבחן הייאוש הוא אובייקטיבי.** רוב האנשים המאבדים חפץ במקום כזה מתייאשים. זה שבמקרה הזה קרה משהו אחר ומישהו לא התייאש – אין עדיין חובת החזרה.

**שמואל עונה – אתה חייב להחזיר במקרה כזה אם האדם צדק בסימנים.**

תרתי דסתרי! שתי תשובות סותרות – אם מניחים שהמאבד התייאש, אז למה להחזיר. אם יש אופציה שלא התייאש – אז למה אין חובת הכרזה?

**ושמואל** אומר, **החובה** להחזיר היא לפנים משורת הדין. **ע"פ דין באמת מציאה כזו לא דורשת השבת אבדה. אבל למרות שלא עושים פעולות לאתר את הבעלים – יש להחזיר.
ודוק: שמואל לא אומר את זה במובן "ראוי". אלא "חייב" להחזיר.**מאיפה שמואל לקחת את זה? למד את זה מאבא שלו שמצא חמור ושמר אותו גם אחרי שנה.

מיד אחרי זה מופיע **סיפור דומה** בו הדעה אחרת משל שמואל.

רבא ורב נחמן בשוק של רצענים. אותה שאלה: מצא ארנק מה הדין. בגדול, שלו.

ורב נחמן עונה – גם אם מישהו בא ונתן סימנים, הרי אלו שלו. לא חייבים להחזיר.
ורבא שואל – אבל אם הוא עומד וצועק ומכריז שזה שלו?

רב נחמן – הצווחה מלמדת על עצב ולא על היעדר ייאוש, כמו שאם ספינה טבעה בים, לא מצפים שהיא תחזור.

**רב נחמן לא אומר אסור להחזיר, אבל גם לא מחייב. בניגוד לשמואל שמחייב להחזיר.**

**מחלוקת: האם יש חובה לנהוג לפנים משורת הדין (שמואל) או שאין (רב נחמן).
הרמב"ם פוסק כמו רב נחמן – יכול אם רוצה.**

1. **מצוות פריקה וטעינה – זקן ושאינה לפי כבודו**

**בבלי, בבא מציעא, ל: –**  מסופר על ר' ישמעאל בנו של ר' יוסי שהלך בדרך ופגש אדם שהיה לו שק כבד. אותו אדם ביקש מר' ישמעאל לעזור לו להרים את השק. ר' ישמעאל לא רצה להתלכלך ע"י הרמת השק, ולכן שאל אותו כמה השק שווה וקנה את השק מאותו אדם. מכיוון שר' ישמעאל לא רצה להרים את השק, הוא הפקיר אותו כך שכל אחד יוכל לבוא ולקחת, בלי להכשיל אותם באיסור גזל (שהרי אם לא מפקיר הם שייכים לו, ואם אדם לוקח אותם הוא עובר על גזל). אותו אדם היה באזור ולכן הוא זכה בשק, ושוב ביקש מר' ישמעאל לעזור לו להרים אותו. שוב ר' ישמעאל שילם לו את הערך של השק כדי שהוא לא יצטרך להרים אותו. ר' ישמעאל ראה שאותו אדם רוצה לזכות בשק פעם נוספת, ולכן אמר שהוא מפקיר את השק לכולם חוץ מלאותו אדם. הרעיון של הפקר זה ויתור בעלות, ורק מכוח בעלות ניתן להגיד לאדם שהוא לא יכול לקחת את השק, ולכן אם האדם היה מנסה לזכות בשק פעם שלישית הוא באמת היה זוכה בו. הגמרא שואלת מדוע ר' ישמעאל לא השתמש כבר בפעם הראשונה בפטור שיש לו- שזה לא לפי כבודו שהוא ירים את השק? הגמרא עונה **שר' ישמעאל התנהג לפנים משורת הדין, והוא לא רצה לנצל את הפטור שיש לו, ולכן החליט לעזור לאותו אדם, גם אם זה ע"י נתינת כסף.**

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

1. ויתור על חובות ותשלום שכר עובדים

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

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

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

1. דין מומחה

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. מעמדו הכלכלי של האדם- ככל שיש פערי כוחות גדולים יותר מבחינה כלכלית, כך ניטה יותר לכפות.

2. מעמדו הדתי-חברתי של האדם- ככל שאדם נמצא ברמה חברתית-דתית גבוהה יותר, נצפה ממנו לנהוג יותר לפנים משורת הדין**. הרמב"ם** מדבר בהקשרים שונים על המצווה של קידוש שם ה' והאיסור לחלל את שם ה'. אחת הדוגמאות לקידוש ה' הוא שכאשר אדם לומד הרבה תורה ומתנהג בין אדם לחברו מעבר לנורמה הרגילה, הוא מקדש שם ה'. אנשים יראו את התנהגותו ויגידו כי התורה הפכה אותו לאדם נעים וטוב יותר (וכך גם הפוך לגבי חילול ה').

3**. הפסד מול מניעת רווח-** צריך לבדוק האם ההתנהגות של לפנים משורת הדין תגרום לאדם הפסד, או שלכל היותר תמנע ממנו רווח. לדוגמא, אדם שמצא ארנק במקום שהרוב גויים- אם אומרים לאדם להחזיר את הארנק הוא לא מפסיד כלום, אלא נמנע ממנו רווח. אם ההתנהגות לכל היותר לא גורמת לרווח, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין תהיה חזקה יותר ממקרה שבו התנהגות זו גורמת להפסד.

4. ויתור על פטור- האם הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין דורשת מהאדם לעשות דבר שאחרים לא חייבים לעשות, או שהיא מחייבת אותו לוותר על זכות יתר. בסיפור של ר' ישמעאל והסבל עם השק, ר' ישמעאל לא היה חייב לעזור לאותו סבל, שכן הוא "זקן ואינה לפי כבודו". גם ר' חייא לא היה חייב לנהוג לפנים משורת הדין ולשלם לאישה, אלא היה לו פטור בשל מעמדו המיוחד, והוא ויתר עליה. לעומת זאת, הסיפור עם רבה בר חנן והסבלים, הדרישה לוותר על הפיצויים זה לא דרישה של וויתור על זכות מיוחדת. כל אדם היה זכאי לקבל פיצויים על נזק שנגרם לו. ככל שההתנהגות של לפנים משורת הדין פירושה לנהוג מעבר לסטנדרט, הציפייה נמוכה יותר מאשר אי-ניצול פטור.

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

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

חיוב בדיני שמים

הביטוי חיוב בדיני שמיים נאמר בעיקר בהקשר של דיני נזיקין. אדם שעשה נזק צריך לפצות את חברו. בין אם הזיק במעשה בין אם במחדל. אחת העוולות בנזיקין היא רשלנות. **בהלכה יש הבחנה בין מעשה למחדל.** מטילים בד"כ עונש על מעשה שעשה מאשר על מחדל. בהקשר הנזיקי יש משהו מיוחד. **מבחינים בין נזקים שאדם עשה לנזקים שאדם גרם – בצורה עקיפה. בצורה זה נקרא "גרמא".**

למשל:

**משנה בבא קמא ו –** ראובן **שלח אש ביד שמעון, חירש שוטה וקטן.** אם שמעון יצית שדה – זה "גרמא" לראובן. אז הוא פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים.

**בבלי, בבא קמא, נה: -** אדם שנותן סם מוות בבהמת חברו שמפיק ממנה כלכלה. אם אותו אדם נותן לה ישירות את הסם – הוא חייב. **אם הוא מפזר והבהמה אכלה – זה "גרמא".** זה עקיף. למרות שיש קש"ס בין ההתנהגות של האדם לתוצאה, ויש כוונה תחילה לגרום נזק.

**חיוב משפטי רגיל זה רק כאשר אדם עושה נזק באופן ישיר.** ביהמ"ש לא יאכוף את החוב, אבל אין פטור גמור. יש חיוב דתי ולא משפטי.

[במאמר מוסגר, ההבחנה לא מדויקת בין נזק ישיר לנזק עקיף, כי יש נזקים שאדם גורם – שהם לא ישירים והם מסווגים כ"גרמי".]

**מה המשמעות של חיוב בדין שמיים?** יש ניואנסים שונים:

**רש"י גיטין נג.** – **העונש** **יהיה משמיים.** אסור לגרום נזק גם לפי רשי כמובן. לכתחילה אסור לעשות את הנזק, אין ספק. לא רק לעשות נזק אסור, אלא אפילו לגרום נזק אסור. אבל **לעניין התשלום – אם פטורים מדיני אדם לפי רש"י וחייבים בדיני שמיים – העונש יגיע בידי שמיים.**

לעומת זאת,

**הראב"ן, בב"ק, סימן יא נה: -** לא סותר את רשי אבל מתמקד בפן אחר. ב"ד אומנם **לא כופה על האדם לשלם, אבל מחייבים אותו.** ואז למה שאדם יעשה??כי זה **משפט דתי, ויש לזה משמעות.** בכללי, אם האדם לא ישלם – ייענש בידי שמיים.התוצאה היא כדי שהאדם יתן אל ליבו **וירצה את חבירו** ויצא ידי שמיים. **התשלום שהאדם ישלם (כשיש לו פטור) קשורה לנסיבות ולמידת הלחץ שבית הדין מפעיל.**

**לא צריך רק לשלם פורמלית, אלא לרצות את הניזוק שהרי אם הדיין מחייב את המזיק לשלם הניזוק לא ירצה פשרה. אבל אם הניזוק יודע שהוא לא ישלם מאומה מלבד פשרה – הוא יסכים לפשרה.**

מידת הלחץ שב"ד יפעיל על המזיק החייב בדין שמיים ישתנה ע"פ הנסיבות. קצת כמו לפנים משורת הדין – יש דין פורמלי שאא לסטות ממנו, אבל יש חיוב בדין שמיים בו יש תמרון לב"ד. **ככל שב"ד ילחץ יותר, הפשרה תהיה בסכום גבוה יותר**. ככל שפחות, כנל.

**ים של שלמה, בב"ק ו,ו –** החיוב בדין שמיים לא מנותק מב"ד. **ב"ד מעורב בכך.** מידת הלחץ שב"ד יפעיל תלוית נסיבות.

**המאירי, בית הבחירה, בב"ק, נו.** – במשפט הישראלי אין הרבה פסולי עדות. אם יש קושי כלשהו – הוא ילקח בחשבון במהימנות העדות, אבל לכתחילה כמעט כל עדות עוברת סף. לעומת זאת, בהלכה יש הרבה פסולי עדות. אחד מהם זה הגזלן. גזלן הוא גם החייב לשלם ולא משלם. **המאירי אומר שאדם שחייב בדין שמיים מחויב בתשלום. גם אם אין ב"ד המסוגל לאכוף זאת. ואם לא משלם נחשב כגזלן.** זו לא חובה ערטילאית, אלא פשוט לא כופים. וזה מחזק את המעמד של החיוב.

**גרמא = נזק עקיף.** לדוג': **הנותן אש** ביד חרש קטן ושוטה, **המפזר רעל** בחצר חברו.
**המזיק פטור מדיני אדם אך חייב בדיני שמיים. ישנה מחלוקת מה משמעות החיוב:
1. רש"י –** חיוב בדיני שמיים כאמצעי **ענישה
2. ראבן, ים של שלמה –** חיוב בדיני שמיים כאמצעי **אכיפת התשלום.
3. מאירי –** משמעות גבוהה, החייב בדיני שמיים **פסול לעדות, ע"מ לאכוף את התשלום.**

**ב"ד לוחץ – מידת הכפייה כדי לגרום**

**עשיית הישר והטוב ביחס לאדם הפרטי:**

**רוח חכמים נוחה הימנו ומידת חסידות**

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

ישנם **שני ביטויים לעשיית הישר והטוב ביחס לאדם הפרטי:**
1 **רוח חכמים נוחה הימנו** – כלומר חכמים מרוצים מהתנהגותו של האדם – **מופנה לכולם**.
2. **מידת חסידות** – כלומר אדם שנוהג מעבר לנורמה הרגילה. **דרישה גבוהה יותר, רק לאנשים ספציפיים ומיוחדים.**

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

גם **במשפט העברי** ישנם **כללי ירושה שהתורה קבעה.** הפרטים של דיני הירושה של התורה שונים מדיני הירושה של המשפט הישראלי. לדוגמא, במשפט **העברי האיש יורש את אשתו, אך האישה אינה יורשת את בעלה.** מי שיורש את האיש זה **הבנים** של הזוג**, ולא הבנות** **(אלא אם כן אין בנים ואז הבנות כן יורשות).** הפרטים והכללים של המשפט העברי אינם זהים למשפט הישראלי.

**גם המשפט העברי פתח אופציה לחלק את הנכסים באופן שונה מכללי הירושה. אולם אדם לא יכול לצוות מה לעשות עם נכסיו לאחר מותו. ברגע שאדם מת אוטומטית בעלותו פקעה, ולכן הוא לא יכול לצוות מה יעשו בנכסיו כאשר אין לו בעלות עליהם.** לכן הפתרון הוא **שהנכסים נחשבים כמתנה**. האדם עדיין אינו רוצה לחלק את מתנתו מכיוון שהוא עדיין בחיים, ולא רוצה שאחרים ישתלטו לו על הנכסים. לפיכך, **מתנים את נתינת המתנה ואומרים שהיא נכנסת לתוקף רגע לפני מות האדם.**

1. **ירושה**

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

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

1. **ויתור על גזל**

**בבלי מסכת בבא קמא דף צ"ד עמוד ב':** הברייתא מדברת על **אנשים שגוזלים ומלווים בריבית, ואם הם רוצים להחזיר לך את הכסף, יש הנחייה לא לקחת אותו מהם.** ייתכן ואדם חי מגזל או הלוואה בריבית, ומחליט מיוזמתו האישית לשנות את דרכיו, ולכן מחליט להחזיר את הכסף מכל האנשים שלקח מהם שלא כהוגן. לפי הכללים ההלכתיים, **כאשר אדם רוצה לחזור בתשובה בעבירות שבין אדם למקום, הוא צריך לבקש סליחה מאלוקים ולקבל על עצמו לא לעבור על העבירה שוב. כאשר מדובר בעבירה שבין אדם לחברו, האדם חייב בנוסף לרצות את חברו ולבקש ממנו סליחה.** אם הוא לא ריצה את חברו, העבירה לא נמחקה. אם אדם גזל מאדם אחר והוא בא לרצות את חברו, יחד עם זאת הוא צריך להחזיר את החפץ שגזל, אך ייתכן והאדם יוותר וימחל לגזלן. **הברייתא אומרת, שאם הגזלן בא כדי להחזיר את הכסף/ החפץ שלקח, רוח חכמים תהיה נוחה אם תוותר לו ולא תיקח את הכסף בחזרה.**

**אנו רוצים לעודד אותו לחזור לדרך הטובה והישרה, ואם נגיד לו שהוא מחויב להחזיר את כל הכסף ייתכן וזה ירתיע אותו** (=תקנת השבים). מניחים שמדובר באדם שגזל מהרבה אנשים, אך לקח מכל אחד מעט. ברור שאם הגזלן לקח סכום משמעותי לא נבקש מהאדם לוותר על הכסף. אך כאשר מדובר במצב שבו אין הבדל גדול בין אם האדם מקבל את הכסף בחזרה או לא, נבקש ממנו לוותר לגזלן, שכן עבור הגזלן שצריך להחזיר לכל אחד את הכסף זה כן שינוי דרמטי. גם כאן, **לא אוסרים על האדם לעמוד על שלו וברור שאין תקנה שאומרת לגזלן לא להחזיר את הכסף, אך יש בקשה להתנהג בהתנהגות שחכמים מרוצים ממנו.**

**משנה מסכת שביעית פרק י' משנה ט':** המשנה מתארת **שלוש התנהגויות שחכמים מעודדים**:

1. **המחזיר חוב בשנה השביעית** – הראשונה היא שאדם שמחזיר את חובו בשנה השביעית רוח חכמים נוחה הימנו. כל החובות שמועד פירעונם בשנה השביעית נמחקים. הסיבה לכך היא שאנו תופסים את ההלוואה כחלק ממצוות צדקה. בשנה השביעית אי אפשר לעבוד את האדמה ולכן אין מקור פרנסה. מכיוון שללווה אין ממה להחזיר, מוותרים לו על חובו.

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

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

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

**חסידות**

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

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

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

**הזמן המוגדר לטענת הונאה הוא הזמן הסביר שאפשר ללכת להראות לשולחני את המטבע.**

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

בס"ד

**עשיית הישר והטוב במישור הפרטי**

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

**שו"ת תשב"ץ חלק ג', ק"צ**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**מי שפרע ומחוסר אמנה**

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

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

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

**מי שפרע** מדבר על מצב **שהתמורה שולמה** – יותר חזק, יותר כמו **חיוב בדיני שמיים.**

**מחוסר אמנה** מדבר על **מצב שסוכמו הפרטים** – פחות חזק, יותר כמו **רוח חכמים.**

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

"מי שפרע (מי שהעניש) מאנשי דור המבול וכו', הוא **עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדיבורו**" – אומנם **אפשר להתחמק ברמה המשפטית, אבל אלוהים יכול להעניש אותך ככה.**

**בבלי מסכת בבא מציעא דף מ"ח עמוד ב':** בסוגייה זה יותר בוטה: **האם אומרים תחזור בך או שאלוהים יעניש אותך, או שממש מקללים אותו שאלוהים יעניש אותו?** רבא אומר **שאופציה ב',** וכך פוסק **הרמב"ם** להלכה:

**רמב"ם הלכות מכירה פרק ז –** ב"ד **מקלל את מי שאינו עומד בדיבורו**, ורק אם הוא ממשיך להתעקש – אפשר לבטל את העסקה (**מי שפרע**)

ומוסיף, **מחוסר אמנה** עוסק במקרה **שלא רק שלא נעשה מעשה קניין אלא גם לא שולמה תמורה,** לא היה מעשה מקדים והשלב פחות מתקדם. כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר, גם אם לא חייב לקבל את מי שפרע, הרי זה **מחוסר אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו.**

יש לזה משמעות, **קשה לומר על בנאדם שהוא לא אמין, לא ירצו לקיים איתו עסקאות בעתיד וכו'.** אבל אין פה כלום מעבר, **אין פה יכולת של ב"ד.**במצב של **נתינת מתנה גם יש עניין של מחוסר אמנה**, אבל **הרמב"ם מסייג שמדובר רק במתנה סבירה – ועד כמה מניחים שהצד השני הסתמך על קבלת המתנה הזו.** להבטיח אוטו זה לא סביר, וצד לא אמור להסתמך עלזה באמת.

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

**בניגוד למי שפרע ששם ב"ד אקטיבי, במחוסר אמנה וברוח חכמים, ב"ד לא מתערב – לא נוח להם, אבל יעשה**.