# **מבוא למשפט עברי**

מבוא –

מה זה משפט עברי?

הלכה יהודית, ובפרט הצד המשפטי של ההלכה. דיני ממונות, דיני נזיקין, דיני עונשין. באופן טבעי נעסוק בעיקר בעולם המשפט, לעיתים נדרש לעיין גם בהלכה שלא קשורה במשפט. משפט עברי הוא ביטוי דיי חדש שטבעו דווקא רוסים שלא מחויבים להלכה, מתוך השקפה כי לכל עם משפט משלו. הם ראו במשפט העברי משפט אזרחי המחובר למסורת, אך לא דתי. כשנטבע הביטוי הוא בא לבדל את המשפט העברי מן ההלכה. כיום כבר מוזכר כנושא בתוך ההלכה.

למה ללמוד משפט עברי?

המשפט העברי תורם לחשיבה המשפטית שלנו, למשפט העברי אחיזה מועטה במשפט הישראלי, בהיותו חלק מהתרבות המשפטית בישראל.

# **התניה במשפט העברי**

במשפט העברי ניתן להתנות על **דיני ממונות** בעוד על **דיני איסורים** לא ניתן להתנות.

חוק דיספוסיזטיבי: - ניתן להתניה

יש חוקים שניתן להתנות עליהם – הם תקפים כל עוד הצדדים לא החליטו אחרת. לדוגמא- חוק השומרים, התחייבתי לשמור למישהו על החפץ אבל התניתי ואמרתי שאני לא לוקחת אחריות עליו. החוק חל אלא אם כן החלטנו אחרת. אם דבר מסוים מהווה עבירה בתורה, זה שהצד השני מסכים לכך לא הופך אותו למותר.

חוק קוגנטי: - לא ניתן להתניה

יש חוקים שאי אפשר להתנות עליהם – הם תקפים תמיד. לדוגמא- משפט פלילי, תמיד אסור לרצוח ולא ניתן להתנות על כך. משפט אזרחי בדרך כלל ניתן להתניה אך לא תמיד (למשל דיני עבודה, גם אם המעסיק לא רוצה לתת תנאים מסוימים ואומר מראש שהוא לא ייתן לעובד את זכויותיו, אף שהמעסיק התנה את החוק, החוק חל עליו).

צריך לזכור שבמשפט עברי תמיד יש מרכיבים דתיים. הרבה פעמים יש עבירות שאין עליהן עונש פיזי, אלא ענישה בידי שמיים. מדובר במרכיב מרתיע שיוצר מוטיבציה דתית לשמור על החוק. מוטיבציה מסוג זה לא קיימת במשפט האזרחי. במשפט האזרחי ההרתעה נוצרת על ידי ענישה. כשמשווים בין השניים צריך להבין שיש מרכיבים ושיקולים ששייכים רק למשפט עברי ואין להם דמיון במשפט האזרחי.

התנאים נחלקו במשנה בשאלה האם ניתן להתנות על דיני ממונות לפי התורה, נקבע להלכה שניתן.

**משנה כתובות ט,א**

המשנה עוסקת בכתובה. לפי הכתובה, הבעל מחויב בדיני ממונות לאשתו, והבעל **"אוכל פירות"** כל הרווחים שהעסקים מניבים הולכים לבעל. גם אם הנכסים היו שייכים לאשה לפניי כן. כל עוד הם חיים ביחד לבעל זכויות על הנכסים, אם הבעל נפטר הכל הולך לאישה. המשנה מתייחסת למקרה שבו בני זוג מתחתנים ומעוניינים לקבוע ביניהם הסדר אחר.

מסופר על מקרה בו הבעל לא מעוניין בנכסי האישה, והוא אומר לה **"דין ודברים אין לי בנכסייך",** הדבר מתפרש כך שהנכס שייך לאישה ,היא יכולה למכור את הנכס אבל לא בחייו כי היא מחויבת לו **"לאכול פירות"** בחייו, ואם היא מתה הוא יורש את הנכס .

באמירה השנייה הוא אומר לה **"אין לי דין ודברים בנכסייך ופירותיהן ובפירות פירותיהן בחייך ובמותך".** מכוח אמירה זו היא רשאית גם למכור גם את הנכס, כי הוא אומר ספציפית שאין לו עניין גם בפירות שלה.

**אנחנו נוטים לפרש את ההתניה בצורה מצומצמת** כי ההנחה היא שאדם לא מוותר על זכויותיו. מותר לסטות אבל **הסטייה צריכה להיות ברורה,** אם היא לא ברורה נפרש אותה בצורה מצומצמת.

**תוספתא קידושין ג**

**"הריני מקדשך על מנת שירצה אבא"**- רצה האב, מקודשת. לא רצה, אינה מקודשת. מהווה תנאי מתלה-תקף בממונות.

**"על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם"**- כלה אומרת לחתנה: אני רוצה שתתחייב לי שאם אתה מת אני לא צריכה ייבום. במצב זה, גם אם יסכים לתנאי ויוותר על הייבום, התנאי לא תקף. זאת משום שלא מדובר בזכות ממונית שהוא יכול לוותר עליה**, מדובר באיסור מהתורה** ולכן **התניה לא תקפה.**

נניח שאדם אומר לאישה, אני רוצה לקדש אותך לאישה בתנאי שאת מוותרת על חובת המזונות. **התניה תקפה** כי מדובר בהתניה על **זכות שבממון.**

**שמות פרק כב**

דיני שומרים:

ו) "כִּי יִתֵּן אִישׁ אֶל רֵעֵהוּ כֶּסֶף אוֹ כֵלִים לִשְׁמֹר וְגֻנַּב מִבֵּית הָאִישׁ אִם יִמָּצֵא הַגַּנָּב יְשַׁלֵּם שְׁנָיִם [.........] (י) שְׁבֻעַת יְדֹוָד תִּהְיֶה בֵּין שְׁנֵיהֶם אִם לֹא שָׁלַח יָדוֹ בִּמְלֶאכֶת רֵעֵהוּ וְלָקַח בְּעָלָיו וְלֹא יְשַׁלֵּם: (יא) וְאִם גָּנֹב יִגָּנֵב מֵעִמּוֹ יְשַׁלֵּם לִבְעָלָיו: (יב) אִם טָרֹף יִטָּרֵף יְבִאֵהוּ עֵד הַטְּרֵפָה לֹא יְשַׁלֵּם: פ (יג) וְכִי יִשְׁאַל אִישׁ מֵעִם רֵעֵהוּ וְנִשְׁבַּר אוֹ מֵת בְּעָלָיו אֵין עִמּוֹ שַׁלֵּם יְשַׁלֵּם: (יד) אִם בְּעָלָיו עִמּוֹ לֹא יְשַׁלֵּם. אִם שָׂכִיר הוּא בָּא בִּשְׂכָרוֹ:"

יוזמה מצד הבעלים- יש **שומר חינם-** עושה טובה, ללא תמורה. ויש **שומר שכר-** מקבל תמורה.

יוזמה מצג השואל- **שוכר ושואל-** האדם זקוק לחפץ שלי ואני עושה לו טובה ונותן לו או שהוא משכיר ומשלם לי.

רמת האחריות של השומרים משתנה:

**שומר חינם**- רמת אחריות נמוכה, **שומר שכר ושוכר**- אחריות בינונית, **שואל-** רמה גבוהה.

**נטל הראייה-** נניח שאיתי קיבל את החפץ כדי לשמור עליו בחינם- והחפץ נגנב- האם עליו להוכיח שהחפץ נגנב או שנטל ההוכחה שהוא התרשל מוטל על הבעלים של החפץ?

**בהלכה, תמיד נטל האחריות מוטל על השומר**, שומר שמבקש להיות פטור מאחריות על חפץ שנאבד מוטל עליו נטל הראייה (להביא עדים שיוכיחו / להישבע).

**תלמוד בבלי בבא מציעא צד, א**

נאמר ונתתי למישהו חפץ יקר ואמרתי לו שאם יקרה משהו לחפץ הוא אחראי על כך. למרות שהוא שומר חינם אני מבקש ממנו לקחת את האחריות והא מסכים.

אם זה מה שהסכמנו- זה תקף, מאחר ומדובר בהתניה שבממון. וזה תקף גם אם שומר שכר אומר מראש שהוא לא לוקח אחריות (גם הפוך- השומר יכול להתנות שאין לו אחריות).המוכר גם יכול להתנות את השמירה על החפץ בכך שגם אם הוא נאבד, בעל החפץ יסמוך עליו והוא לא יצטרך להוכיח ע"י עדים/להישבע שהחפץ אכן נגנב. **ניתן להתנות גם על רמת האחריות וגם על חובת נטל הראייה, משום שמדובר בחיוב שבממון.**

במקור הזה מובאת המחלוקת בין רבי יהודה לפיו **ניתן להתנות** בדבר שבממון לבין רבי מאיר שטוען **שאין להתנות** גם בדיני ממונות. **ההלכה קבעה שמותר** להתנות על דבר שבממון.

איך מתנים בפועל? ע"י מעשה קניין (נרחיב על כך בהמשך).

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

המלווה לחברו כסף ומתנה שהחוב לא ימחק גם בשנה השביעית- יש לתנאי תוקף. **אדם לא יכול להוציא עצמו מהדין,** ולהגיד שהשנה לא תחול שנת שמיטה**, אלא יכול להתנות על הדין בדבר ספציפי.**

לסיכום:

א) אפשר להתנות על דבר שבממון ולא על דבר איסור.

ב) ההתניה צריכה להיות בלשונה מפורשת וספציפית למקרה.

ג) צריך שהנתונים יהיו מלאים בפני שני הצדדים.

א. הלכות מכירה

[**רמב"ם**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290521/290524/290525/I335327/קישור%20לביוגרפיות-%20מתנה.htm) **הלכות מכירה פרק יג**

אם אדם מוכר לאדם אחר חפץ, בסכום של מעל או מתחת ל 20% מערך החפץ- יחול דין הונאה. **הצד הנפגע יכול לדרוש את ביטול העסקה.**

**הלכה ג**

אדם מוכר לאדם חפץ ואומר שהוא לא יוכל לדרוש דין הונאה- **לא יתקיים התנאי שלו.**

**הלכה ד**

אם מוכר לאדם חפץ מסכום מופחת מערכו ומתנה את המכירה בכך שהקונה לא יוכל לטעון הונאה ולהפך - **הדין קיים!**

למשל: "אני יודע שזה לא שווה 200, אני אמכור לך את זה ב-200 רק אם לא תדרוש דין הונאה".

**התניה צריכה להיות ברורה ומקובלת על 2 הצדדים על מנת שתתקבל.**

ב. דיני ירושה

דינים אלה קובעים מי ירש את האדם הנפטר. לפי דין תורה אין צוואה. הנפטר, לפני מותו יכול לתת 'מתנה' שתינתן ליורשיו רק לאחר מותו. לפי דין תורה הבכור אמור ליטול פי שניים משאר האחים.

**תלמוד בבלי בבא בתרא קכו, ב**

אם אדם הדיר אחד מילדיו מהירושה או לא רצה שבנו הבכור יקבל פי 2 אמירתו לא תקפה! משום שיש פה **אמירה חד צדדית**, הבן לא היה שותף לאמירה זאת. (גם אם הבן הסכים, זה לא תקף כיוון שהנכסים עוד לא שלו. אם וויתר על נכסיו לאחר מות אביו- זו תחשב התניה אבל לא בגלל התנית אביו).

**כאשר רוצים להתנות על דין ממון, שני הצדדים צריכים להיות שותפים להתניה זו.**

**שו"ת הרשב"א חלק ו,רנד**

מסופר על ראובן שהשיא את ביתו- לאה לשמעון ונתן לה נדוניה. האישה ילדה בת ומתה, לאחר זמן גם הבת מתה. **לפי דין תורה** הבעל יורש את אשתו ובתו.

אולם, ראובן דרש משמעון את כסף הנדוניה לפי הנהוג בדיני הגויים, משום שכך נוהגים כולם (בלי לשלול את קיומו של דין התורה). ראובן השיא את בתו לשמעון והביא לה נדוניה על דעת כך שהכסף יחזור אליו אם יקרה לה משהו.

לפי הרשב"א, **אם היו קובעים לפני החתונה בצורה מופרשת** ואף אם לא אמרו בצורה מופרשת אבל ברור שכך נוהגים- התניה הייתה מתקבלת.

אך מכיוון שהתנה ע"י כך שהחיל על עצמו את **דין הגויים**. מדובר בפגיעה בהלכה היהודית ולכן התניה לא מתקבלת. **מלמדנו כי יש חשיבות לניסוח ההתניה.**

**לסיכום:**

**בדיני ממנות מותר להתנות בניגוד לדיני איסורים, אך יש מספר דברים שצריכים להתקיים על מנת שנוכל להתנות.**

הבדל נוסף בין דיני ממונות לאיסורים:

**שו"ת מהרי"ק , קמט**

אם יש שאלה על **איסור**, לא ברור אם אסור או מותר- **צריך לאסור.**

אם יש שאלה על **ממונות**, אם צריך לשלם או לא צריך לשלם- **פטור.**

**בספק ממונות יש להקל ואילו בספק איסורים יש להחמיר.**

# **תורה שבכתב ותורה שבע"פ**

**ספרא בחוקותי פרשה ב, ח,יב**

עם ישראל קיבל **שתי תורות**, תורה שבכתב (חמישה חומשי תורה) ותורה שבע"פ (מתחילה עם משה בהר סיני).

מדוע צריך גם תורה שבכתב וגם תורה שבע"פ ? למה לא הכל כתוב?

**ספר העיקרים מאמר שלישי,כג**

אי כתיבת התורה שבע"פ לא נובעת רק מקושי טכני. מדובר באחד מיסודות האמונה היהודית, התורה היא נצחית ואינה משתנה, אולם **המציאות משתנה ולכן יש להתאים את כללי ההלכה**. זאת הסיבה שיש תורה שבע"פ, על מנת שהחכמים **יתאימו** את הכללים (לא ישנו)- למציאות החדשה.

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות**

מתאר את חלקי התורה שבע"פ, לקוח מתוך הקדמת הרמב"ם לפירוש התורה.

התורה שבע"פ כוללת בתוכה חמישה חלקים: ניתן לחלקם גם לשלושה:

א. 1) הלכות, מצוות וכללים שנמסרו בע"פ למשה בהר סיני – **אך יש להן רמז** גם בתורה שבכתב.

2) הלכות, מצוות וכללים שנמסרו בע"פ למשה בהר סיני – **ולא ניתן למצוא להם** **רמז** בכתוב.

בשני המקרים תוקף ההלכות מחייב. **ולא ניתן לחלוק עליהן**, לפי המסורת הן התקבלו בהר סיני. דבר ה', לא ניתן לחלוק על האלוקים.

ב. 3) דינים שחכמים הסיקו על דרך הסברא – מתוך למידת התורה, משניות שונות והסקת הלכות לפי **ההיגיון** והשכל הישר. **יכולה להיות מחלוקת**, כי אנחנו אנושיים ומפרשים דברים בצורה שונה.

אם מדובר בהלכה הנובעת **ממסורת** – מקבלים אותה ולא ניתן לחלוק עליה. אם הסקת בעצמך מתוך **פרשנות**, יכולים אנו לחלוק עליך. הרמב"ם שולל אפשרות לפיה התורה שבע"פ הנתונה בסיני משתבשת עם השנים, מעדיף להתעלם מאפשרות זו כדי לא לערער את כל המסורת.

ג. 4) גזירות שתקנו נביאים וחכמים – התורה מחולקת לאיסורים וציווים. חכמים הרחיבו ב**איסורים** שונים מן התורה, שמו **גדר לפני החטא**. כדיי שחס וחלילה לא נגיע לחטא עצמו, ואם נעבור על האיסור, נעבור על איסור חכמים ולא על איסור תורה (למשל מן התורה נראה שמותר לאכול עוף וחלב, אך אסרו זאת כדי שלא נתבלבל ונאכל בשר וחלב). ברגע שחכמים אסרו זאת יש לי מצווה לשמוע בקולם. פה מעורבת ההבנה האנושית ולכן **יכולה להיות מחלוקת**.

5) הלכות שמקורם בדברי חכמים – עוסק במצוות ותקנות ממוניות ודתיות, בדומה לחלק הרביעי מקור ההלכות הוא מחכמים, אך פה מדובר ב**מצוות** ולא באיסורים. לא מתיימרים להגיד שזה מן התורה, אלא תועלת להסדרת החיים (למשל הדלקת נרות שבת / נרות חנוכה) גם פה **יכולה להיות מחלוקת**.

**אנחנו יודעים שחלק מההלכות מקורן מדאורייתא וחלק מדרבנן** – ביום יום זה לא משנה מה זה מה, אנחנו מחויבים לקיים את שניהם. זה יכול לשנות לשם גמישות הדין במקרים מסוימים.

אז איך נבדיל ביניהם?

לפעמים חכמים הסיקו משהו בעצמם, ונותנים לכך אסמכתא מן התורה ונראה כי מה שהסיקו מהווה דין תורה. בחלקן מקורן מן התורה כמו ב1,2 וחלקן מקורן מחכמים כמו ב4,5. אבל בחלק 3 מדובר בהלכה הנלמדת ממדרש הפסוקים. מה אז-

האם מדובר בדין מהתורה או מחכמים?

**ספר המצוות לרמב"ם שורש א**

המסגרת של התורה היא 613 מצוות, 248 עשה, 365 לא תעשה. התפתח ענף ספרותי שנקרא ספרי מצוות, ספרים המונים את המצוות לפי גישות שונות.

איך הרמב"ם מונה את המצוות? **מכניס רק מצוות שמקורן מן התורה ולא מחכמים.**

**ספר המצוות לרמב"ם שורש ב**

אז לשאלתנו, **איך אני מסווגת הלכה שנלמדה מן הפסוקים?**

לא יהיה נכון למנות בספר המצוות את כל הנלמד ממדרש פסוקי התורה שנלמד ע"י 13 המידות. עקרונית, מדאורייתא זה רק מה שמופיע בתורה מפורשות או שנמסר למשה בסיני. הלכה מחכמים הנובעת ממדרש הפסוקים נחשבת מדרבנן.

**הכלל:** אם החכמים שדרשו את הפסוקים **ציינו במפורש** כי מקור ההלכה היא מהתורה- נחשבת היא כהלכה מדאורייתא. אך אם לא אמרו זאת **מפורשות**, ורק ציינו שהדבר נלמד מדברי התורה, נחשבת כהלכה מדרבנן.

**השגות הרמב"ן לספר המצוות לרמב"ם שורש ב**

הרמב"ן כתב הערות לספר המצוות של הרמב"ם. לטענתו, **אם נמצאת הלכה הנלמדת מתוך הפסוקים, נחשבת היא מדאורייתא, אלא אם כן ציינו אחרת.**

# **סמכות חכמים כפרשנים**

מי נתן לחכמים סמכות לפרש את הפסוקים ולפסוק הלכה? מהי רמת המחויבות שלנו לפסיקתם?

**דברים פרק יז**

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

אם יש לך שאלה הלכתית שאתה לא יודע לפתור אותה והלכת אל הסמכות המקומית, וזה לא הועיל. יש לעלות אל בית הדין שבבית המקדש (הסנהדרין) כדי שיפתרו את הבעיה. וברגע שאמרו לך מה לעשות, יש לך חובה לציית לדבריהם. מי שבכוונה לא יציית לדבריהם, יש לתת לו עונש מוות, כל העם יפחדו ולא יעשו את המעשה הזה עוד. **עונש מוות?!**

חז"ל קבעו שלא מגיע לכל אדם שלא מציית לבית הדין עונש מוות. מדובר פה על מקרה ספציפי של **"זקן ממרה"** – אחד מחכמי הסנהדרין שלא מקבל את פסק הדין של הרוב, וממשיך להורות כדעתו (דעת המיעוט). פוגע בהכרעת הרוב וחותר תחת יסודות בית המשפט. הדבר נתפס כחמור מאוד ולכן הדין על כך הוא עונש מוות. נוסף על כך, חומרת העונש נובעת מכך שלא מדובר בסתם בית דין, אלא בבית הדין שבבית המקדש, הנועד לייצג את רצון האל.

**המסר המהותי שעולה מתוך הפסוקים הוא שיש לציית לבית המשפט ולסמכות חכמים.**

**רמב"ם -הלכות ממרים פרק א**

בית הדין הגדול בירושלים הם אלה שאחראים לפסוק ולקדם את התורה שבע"פ, יש **מצוות עשה** להקשיב לדבריהם ("על פי התורה אשר יורוך"). **ומצוות לא תעשה** להמרות את פיהם – ואז אם לא הקשבת עברת עבירה("לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל").

הרמב"ם קובע כי חובת הציות לחכמים היושבים בבית הדין משתרעת על כל התורה, על פרשנותם, על חידושיהם ועל המסורת שמעבירים הם מדור לדור. **הציות והאמונה בתורה שבע"פ היא חלק בלתי נפרד מקיום התורה.**

**ספרי דברים, קנד**

**אפילו אם אומרים לך משהו שהוא לא נכון בבירור, חובתך לציית לבית הדין היא מוחלטת.**

העניין תמוהה- לא מדובר פה במקרה שיש עליו מחלוקת, מדוב בטעות טוטאלית, אז מדוע?

**רמב"ן דברים יז,יא**

לדוגמא: אדם בא לבית הדין ושואל אותם שאלה הקשורה בכשרות, האם השומן בחיה נחשב חלב או לא? (חלב = חלקים שומניים בגוף החיה שאסור לאכול אותם). בית הדין הכריע שזה מותר באכילה והאדם משוכנע שבית הדין טעה. מבחינתו אם יאכל את זה ירגיש כעובר עבירה. קיים מתח בין הצורך לציית לחכמים לבין הצורך לקיים את ההלכה כראוי. רמב"ן אומר כי אין על אותו אדם לחשוב שהוא עושה משהו לא נכון, יש להבין כי מי שמוסמך על ידי ה' לפרש את החוקים זה בית המשפט (חכמים) ועל כן ההלכה היא לפי קביעתם. **כל עוד זו ההכרעה השיפוטית זו ההלכה המחייבת.** (כמו במשפט האזרחי, חוקי הכנסת מתקיימים לפי פירוש בית המשפט והם מחייבים) .

מדוע זה כך?

**שלא ייעשו כמה תורות**, לא ייתכן מצב כזה. חייב שיהיה **גוף אחד** שמוסמך להכריע בכל דילמה. ולכן הצורך במצווה הזאת גדול מאוד, אפילו במקרה של עבירה על ההלכה. ערך אחדות התורה גובר. נכון, לפעמים חכמים טועים, אך רוב הסיכויים שאתה טועה ולא החכמים.

[**ספר החינוך**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290530/I335344/ביוגרפיה-סמכות%20חכמים.htm) **- מצוה תצו**

חוזר על כל מה שנאמר לפניי כן. ומדגיש כי אפילו כשהם טועים, **עדיף שפה ושם נטעה כולנו יחד מאשר שכל אחד יעשה מה שהוא רוצה.**

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

**הקדמה- לוח השנה העברי:**

כיום יש לנו לוח שנה מסודר וידוע לנו אילו חודשים הם בעלי 29 יום ואיזה חודשים בעלי 30 יום. בעבר, בימי הסנהדרין לא היה לוח שנה מוכן וידוע מראש, **כל חודש** בית הדין היה שולח אנשים להרים שיבדקו מתי החודש "נולד". איך בודקים? הירח מתכסה מענניו בסוף החודש ובתחילת החודש הוא נגלה וכביכול "נולד מחדש". מכיוון שלא ידעו מתי נולד הירח, היו שולחים אנשים כבר ביום השלושים כדי שיבדקו האם נולד הירח. אם אותם אנשים העידו בבית הדין לפני היום השלושים כי הירח נולד- נקבע ראש חודש לאותו יום. אך אם לא, היום השלושים הוא חלק מהחודש שעבר ורק יום לאחר מכן מקדשים את החודש.

בגמרא מסופר על מקרה בו העדים ראו את הירח בליל השלושים, אך בליל השלושים ואחד הם לא ראו אותו (ירח לא יכול להיוולד ואז להעלם!). למרות זאת, רבן גמליאלשהיה הנשיא של בית הדין קיבל את דבריהם וקבע את ראש חודש ביום השלושים. ר' דוסא בן הרקינס אמר שאנשים אלו הם **עדי שקר**, והשווה זאת למקרה בו אישה מעידה כי היא ילדה ויום לאחר מכן היא עדיין בהריון. ר' יהושע (חכם אחר בבית מדרש) קיבל את דברי ר' דוסא ולא קיבל את דברי רבן גמליאל. בעקבות כך, רבן גמליאל דרש מר' יהושע לבוא אליו ולחלל את יום כיפור לפי חשבונו של ר' יהושע. (יש פער של יום בין יום כיפור של רבן גמליאל לשל ר' יהושע מכיוון שזה תלוי מתי מקדשים את החודש). ר' יהושע נמצא בדילמה מכיוון שמצד אחד הוא צריך להקשיב לנשיא של בית הדין, אך מצד שני יוצא שהוא מחלל את יום כיפור (לפי חשבונו). ר' יהושע הולך לר' דוסא בן הרקינס כדי לקבל ממנו עצה מה לעשות. ר' דוסא בן הרקינס עונה לו שאם לא יסמוך על בית דינו של רבן גמליאל, ייווצר מצב בו כל אחד יערער על בית הדין בימיו עד בית דינו של משה.

**"ויעל משה ואהרון ונדב ואביהוא ושבעים הזקנים"-** הסיבה שלא כתוב את שמות הזקנים היא כי כל בית דין שעמד לישראל, חייבים להישמע להוראותיו כאילו היה בית דינו של משה. ר' יהושע מקבל את דברי ר' דוסא בן הרקינס , מציית לדברי רבן גמליאל ומחלל את יום כיפור שיצא לפי חשבונו. לבסוף רבן גמליאל חיבק את ר' יהושע **וקרא לו "רבי ותלמידי"- רבי שגדול ממנו בחכמה ותלמידי שהקשיב לדבריו.**

הקטע עוסק בטענת **ירידת הדורות**, משווה בין משה ואהרון לבין שמואל וירובעל ומדגיש שזה לא משנה מי השופט, צריך לציית לו. מדוע כתוב "בימים ההם"? הרי ברור שאדם הולך לדיין שבימיו. התורה רוצה להגיד הוא שאין לערער אחר סמכותו של הדיין. **אל תטען שפעם השופטים היו שופטים בצדק והיום כבר לא, זה המוסד שקיים כרגע – עלייך לקבל את הכרעותיו**.

**דרשות** [**הר"ן**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290530/I335344/ביוגרפיה-סמכות%20חכמים.htm) **, דרוש ז**

ניתנה רשות לחכמי הדורות להכריע במחלוקות גם של דורות הקודמים להם, אפילו אם היו גדולים ורבים מהם. אנו מצווים ללכת אחר הכרעתם גם אם יכול להיות שבמקרים מסוימים החכמים טועים. יש כאן אמירה מפורשת כי יכול להיות שלא הצליחו להגיע לחקר האמת, ובכל זאת צריך ללכת אחר פסיקתם. החשש הוא מהיווצרותן של כמה תורות, על כן מסרה התורה את ההכרעה לחכמי הדור. החכמים הגדולים טעו רק במקרים חריגים מאוד וכל שכן הסנהדרין, ולכן **עדיף לשלם את המחיר של טעות שתהיה נדירה, ולהרוויח שלא יהיה פרוד דעות ושחס וחלילה התורה תהפך לכמה תורות.**

**דרשות** [**הר"ן**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290530/I335344/ביוגרפיה-סמכות%20חכמים.htm) **, דרוש יא**

ההפסד שהיה יכול להיות אם התורה לא הייתה קובעת מי מכריע בעת מחלוקת – היה **קריעת הדורות-פירוד דעות**. ולכן ה' נתן **לחכמים את הסמכות להכריע**. מצד אחד יש רצון להגיע לאמת ומצד שני יש סיכון שכל אחד יעשה מה שנראה לו ויהיו כמה תורות. **הסיכון הוא שנטעה מידי פעם אבל נרוויח שברוב רובם של המקרים לא יהיה פירוד דעות.**

[**קצות החושן**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290530/I335344/ביוגרפיה-סמכות%20חכמים.htm) **, הקדמה**

הכנסת מחוקקת חוק, ובית המשפט מפרש אותו- **התורה לא ניתנה למלאכים אלא לבני אדם.** לפעמים יכול שיהיה פער בין האמת השמיימית להכרעה האנושית. אך עם ישראל צווה ע"י ה' לקיים את התורה **לפי ההבנה האנושית.**

**שו"ת** [**אגרות משה**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290530/I335344/ביוגרפיה-סמכות%20חכמים.htm) **, הקדמה**

יכול להיות שרוב החכמים לא יצליחו לכוון לכוונה האלוקית בהכרעתם ובכל זאת אנו צריכים ללכת לפי הכרעתם ולא נחשב כטועים. **כי ה' נתן לנו את התורה וגם הסמיך אותנו לפרש אותה,** ה' כביכול אומר – "תעשה מה שחכמים מבינים מהרצון האלוקי". יש חובת ציות מלאה שלוקחת בחשבון מחירים של טעויות, משום היתרונות שבכלל ההכרעה הגורף.

**ירושלמי הוריות א, מה טור ד, ה"א**

מסכת הוריות עוסקת בהוראה מוטעית של בית הדין.במקרה המתואר בגמרא, חכמים נתנו הוראה מוטעית וכולם פעלו על פיה. לאחר מכן חכמים הודיעו שהם טעו.

במצב בו אדם עובר עבירה בשוגג הוא חייב להביא קורבן. אך כשמדובר בטעות שנגרמה בשל הוראה מוטעית של בית דין לא כל אחד צריך להביא קורבן, במקרה כזה בית הדין צריך להביא קורבן שיכפר על הטעות של כולם- קורבן זה נקרא "פר היעלם דבר". מסכת הוריות דנה ביחס בין טעות של בית הדין לטעות פרטית.

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

**תלמוד בבלי מסכת הוריות ב, ב**

**אדם חכם** שלא מחכמי בית הדין, יודע שבית הדין טעה, ובכל זאת, על אף שמלומד ויודע שטעו עשה את הטעות של בית הדין – **צריך להביא קורבן עצמי ולא להיתלות על טעות חכמים.** הקורבן הוא לא על כך שעשה את המעשה, אלא על כך שהקשיב לחכמי בית הדין למרות שידע שטועים. לומדים מזה שאין חובת ציות להקשיב לחכמים אם אתה חושב שהם טועים. כמו כן, רק מי שהוא בבחינת **תלמיד וראוי להוראה** חייב להביא קורבן ולא כל יחיד חייב. יש כאן חובת ציות מוגבלת שלא חלה על כל אחד.

מסוגייה זו עולה כי **רק תלמיד חכם וגדול** יכול לא לציית להוראה אם הוא חושב שבית הדין טועה.

בסוגיית זקן ממרא אמרנו שהוא לא בסדר כי הוא מורה לאחרים כפי דעת המיעוט שלו. גם כאן, **מותר לתלמיד חכם להורות לעצמו** לפי גישה זו, **אבל לאחרים בכל מקרה אסור לו להורות.**

נלמדים 2 דברים:

1. אין חובת ציות מלאה לדברי חכמים.

2. אם אתה מלומד(=ראוי להוראה) ויודע שטעית כשהקשבת לחכמים – עליך להביא קורבן עצמי.

**ספר עקידת יצחק ,שער מג**

אם יש שאלה הלכתית פשוטה בית הדין לא נצרך להתלבט בפסיקה. במקרה שיש לבית הדין התלבטות, את הכללים הם מכירים, אך כעת בא לפניהם **מקרה חריג**, והשאלה היא **האם הכלל חל** על המקרה הזה או שהוא חורג מגבולות הדין. כל עוד המקרה הוא מקרה ברור אין סיבה שתהיה התלבטות. אך כשצריך להסיק את התשובה מתוך הלכות אחרות שלא נקבעו למקרה הקונקרטי, ייתכן שיתעורר ויכוח.

הוראה של בית הדין אי אפשר לסור ממנה. אפילו אם בית הדין מכריע שהמקרה הזה חורג מן הכלל. אם בוחנים רק לפי הכללים נראה שבית הדין טועה, אך אם בוחנים בהתאמה למקרה הפרטי רואים שהיה צורך לחרוג מהכלל. החובה היא לציית לחכמים גם כשאתה חושב שהם טועים, כי אין לך **שיקול דעת**, אתה – **האדם הרגיל, אין לך את היכולת לראות את המכלול של הדברים, זה תפקידו של בית הדין, הוא פוסק את הנכון למציאות**. דיין שחי רק לפי החוקים ולא מתאים את הדין למקרה הפרטי - מחריב עולם. צריך שיקול דעת. ירושלים חרבה כי דנו בה דין אמת – ולא הפעילו שיקול דעת.

# **מחלוקת חכמים**

איך מכריעים במחלוקת?

האם המחלוקת מהווה תקלה שלילית / דבר מקדם ומחדד שיש בו יתרון וחיוביות?

**תוספתא חגיגה ב , ט**

רבי יוסי אומר שבמקור לא הייתה מחלוקת בין החכמים. היה גוף מוסדי גדול שכלל בית דין גדול של 71 דיינים (סנהדרין), שני בתי דין בהר הבית של שלושה דיינים ובתי דין רבים שישבו בעיירות שונות בארץ שהורכבו מ23 דיינים. זה עזר לפתור את המחלוקת, מאחר שאם הייתה שאלה הלכתית, אדם היה הולך לבית הדין שבעירו. אם בית הדין לא הכיר את ההלכה – כלומר לא שמע את הדין מרבותיו, לא היו מנסים לפסוק בעצמם, אלא השואל והדיין הבכיר של הרכב בית הדין היו הולכים לברר את השאלה בבית הדין שבהר הבית (של השלושה). אם הם לא שמעו הלכו לבית הדין שבאזור החיל (גם של שלושה אבל יותר חשוב). אם גם הם לא ידעו, הלכו לבית הדין הגדול שבלשכת הגזית (הסנהדרין). גם בבית הדין הגדול לפני שהתיישבו לדון בעניין, בדקו האם יש להם מסורת הלכתית בעניין, ואם אין מסורת הם דנים בהלכה, מעמידים את הדבר להצבעה ופוסקים הלכה לפי הרוב.

הליך זה מסביר לנו למה **לא הייתה מחלוקת**, כי בית הדין היה מעלה את המחלוקת להצבעה, והיה מכריע בסוגייה. כלומר הדעה החולקת הייתה מתבטלת. רק בשלב הדיוני היא הייתה קיימת.

רבי יוסי ממשיך ואומר שכאשר רבו תלמידי שמאי והלל "שלא שימשו כל צרכן" (כלומר לא למדו ברצינות מרבותיהם על דרכי הפסיקה - לא התחדדו מספיק) זה יצר מחלוקות. כנראה זה "שלא שימשו כל צרכן" **גרם לשחיקה במנגנון ההכרעה הברור שהיה מקובל על כולם.**

**מניסוח זה נראה שמחלוקת היא לא דבר אידיאלי, המחלוקת נוצרה בעקבות ירידת הדורות.**

**תלמוד ירושלמי מסכת חגיגה פרק ב, הלכה ב**

לפי הירושלמי, לא היו מחלוקות עד לתקופת הזוגות, **ברגע שנוצרה המחלוקת צריך ללמוד לחיות עם המחלוקת.** לא ניתן להחזיר את הגלגל לאחור, זה המצב עד שיבוא המשיח.

עולה משני מקורות אלו כי המחלוקת בהכרעה ההלכתית **לא נתפסת כדבר רצוי ואידיאלי.**

להלן גישה אחרת במקורות, שרואה ערך בריבוי הדעות:

**תוספתא עדויות א, ד**

**הכלל** הוא שתמיד מכריעים **לפי דעת רוב**, אז **למה מזכירים את דעת המיעוט** (את המחלוקת)? לא רק שזה לא רלוונטי- זה יכול להחליש את דעת הרוב.

מדוע מזכירים את דעת המיעוט?

א. ר' יהודה: כדי להגיד שהדברים שנאמרו **בדעת מיעוט לא רלוונטיים** ואין להם חשיבות – לבטל אותם, מזכירים אותם רק כדי שאנשים לא יתבלבלו. אם אדם יגיד שהמסורת שלו אומרת א'ב'- נוכל להגיד לו שהמסורת שלו היא **דעת מיעוט.** מחזק בעצם את עמדת הרוב.

ב. ר' אליעזר: מאפסנים את הדעה הזו במדף האחורי, כדי שנוכל לשלוף אותה בעת הצורך ולעשות בה שימוש. **גם דעת המיעוט היא לגיטימית.** זה שהיא לא הוכרעה בדעת רוב לא אומר שאין לה משמעות (לדוגמא בשעת דחק, כשמסוכן להדליק נר בחוץ).

**שבת מד, א**

המשנה עוסקת בנר (=פמוט שמן). לפי הדין- בשבת אסור להזיז את הנר כשהוא דולק. אך האם מותר לטלטל אותו כשהוא לא בשימוש? בשאלה זו נחלקו התנאים:

1. **ר' יהודה:** אם אף פעם לא השתמשת בו- מותר לטלטל, אם השתמשת -אסור (הכי מחמיר).

2. **ר' מאיר:** כל נר שעשו בו שימוש בשבת הזאת אסור בשימוש, אם בשבת אחרת- מותר (ביניים).

3. **ר' שמעון:** כל נר שדולק אסור לטלטל אותו, אם הוא כבוי מותר (הכי מקל).

**נפסק לפי ר' מאיר**. למרות זאת הגמרא אמרה שכאשר הייתה **שעת דחק** (שהיה מסוכן להדליק נרות בחוץ), האמורא רב התיר לטלטל נר אחר שכבה ולהכניס אותו לבית, זאת כדעת רבי שמעון שהיה בדעת מיעוט ולא נפסקה הלכה כמותו. כלומר, **רואים שהסתמכו על דעת מיעוט, כאשר היה מצב קיצוני שהצריך הסתמכות על דעת מיעוט.** זה מסביר את מה שאמר רבי יהודה בצורך ובחשיבות המעשית להזכיר דעת מיעוט (מוציאים את הדעה מהמדף האחורי ומשתמשים בה- מהווה "כלי נוסף").

נראה עוד גישה שתומכת בקיום מחלוקות:

**אבות דרבי נתן פרק יח נוסחה א**

ישנה דעה לפיה ריבוי הדעות עלול להביא את האדם לייאוש, תגידו את השורה התחתונה! זה מבלבל ומה זה מעניין מה היה הוויכוח? פשוט תגידו מה לעשות. זה ימנע ממני לשבת ולשנן- כי זה מייאש. **במסכת אבות נאמר כי עלינו להכיר את המחלוקת- התהליך של ריבוי הדעות הוא תהליך חשוב, אין פה נכון ולא נכון- כל הדעות מקורן מה' ובסוף צריך להחליט מה עושים.** ממקור זה רואים שעצם ריבוי הדעות מהווה **דבר חיובי ומפרה**..

איך יכול להיות שכל המחלוקות ניתנו מאלוקים?

**ריטב"א מסכת עירובין דף יג/ב**

הייתה מחלוקת בגמרא, יצאה בת קול ואמרה שהלכה כבית הלל. אם שניהם נכונים- אז למה הלכה כבית הלל? הגמרא אמרה על המחלוקת של בית הלל ובית שמאי **"שאלו ואלו דברי אלוקים חיים"** למרות שההלכה נפסקה כבית הלל (כי היו יותר צנועים ומחוברים לבריות). הריטב"א שאל כיצד יכול להיות שאלו ואלו דברי אלוקים חיים? והביא את הסבר רבני צרפת (בעלי התוספות) שכאשר משה רבינו עלה למרום, הוא קיבל עמדות רבות ושונות בפסיקה. **הקב"ה אמר למשה שחכמי הדור מקבלים כלים כיצד להכריע בכל מחלוקת. לכן אלו ואלו דברי אלוקים חיים, כי יש לגיטימית גם לדעה שלא נפסקה, מאחר וגם היא מקורה באלוקים.** לא מדובר בתופעה שהתרחשה ובדיעבד מכירים בה- המחלוקת היא מלכתחילה, ככה ה' עיצב את זה, **זו תופעה רצויה.**

באיזה סוגי הלכות יכולה להיות מחלוקת?

ראינו את דעת הרמב"ם בהקדמה לפירוש המשניות שבשני החלקים הראשונים לא יכולה להיות מחלוקת. ובחלק השלישי הרביעי והחמישי יכולה להיות מחלוקת בגלל שהחשיבה האנושית מעורבת.

**מבוא התלמוד ה**

אומר כי בדברי הגאונים ישנה **גישה לפיה גם בשני החלקים הראשונים יכולה להיות מחלוקת,** **כגון מקרה בו אדם לא שם ליבו לזכור את מה שקיבל ונוצר שיבוש בהעברת המסורת.**

יש לנו מחלוקת. מה הם הכלים שיכולים לעזור לנו לפתור את המחלוקת?

האם ניתן להשתמש בכלים שמימיים לפתירת המחלוקת?

**תלמוד בבלי מסכת תמורה דף טז עמוד א**

**"לא בשמים היא"**

מתוארת מציאות לפיה אחרי מותו של משה נשתכחו 3000 הלכות שמשה קיבל מה' ולימד את עם ישראל. ביקשו מיהושע לשאול את הקב"ה מהם ההלכות עוד פעם, ויהושע ענה שכתוב בתורה **"לא בשמים היא".** מפשט הפסוק עולה כי אפשר לקיים את התורה וזה לא בשמים לקיים אותה, אלא זה אפשרי. אבל יהושע משתמש בזה כדי להגיד **שהתורה ניתנה לנו כבר, היא לא בשמים, ולכן הוא כבר לא מורשה לשאול את אלוקים עליה.** אח"כ הלכו העם לשמואל וביקשו ממנו לשאול את הקב"ה. שמואל ענה שנביא לא רשאי לחדש מצוות באמצעות נבואה, דבר זה היה אפשרי רק בזמן משה. גם בהמשך רואים אותו רעיון עם עוד אנשים.

תורה ניתנה פעם אחת ע"י ה' למשה. נביאים וחכמים אומרים כי לכאורה ידיהם כבולות, הם לא יכולים לשאול את ה' על זה כי **התורה ניתנה מהשמיים פעם אחת- מאז ה' לא מתערב ולא מחדש.** גם אם נשתכחו הלכות ולא מצליחים לשחזר אותם- אין מה לעשות.

**המסר שעולה מהמקור הוא שהתורה כבר לא נמצאת בשמים, אלא בארץ, ואין היתר לבקש מאלוקים לגלות לנו דבר ששכחנו.**

הרמב"ם מאמץ גישה זו-

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות**

בעניין פרשנות התורה הנבואה לא רלוונטית. הרמב"ם שולל כל קשר בין נבואה להלכה. הרמב"ם אומר שכדי שנביא יחשב כנביא אמת צריך שני תנאים: **א)** שהוא מראה לנו כוחות על טבעיים. **ב)** שהוא אדם שמבחינת האישיות שלו ראוי לנבואה.

הרמב"ם אומר שלמרות זאת, לנבואה אין משקל בענייני הלכה ובפרשנות התורה ע"פ כללי הפרשנות של התורה (13 מידות). גם נביא יכול לפרש הלכה אם פועל לפי שכלו, ולא ע"פ נבואה, מתוקף היותו תלמיד חכם. **אין לנביא המכריע מתקוף חוכמתו אף יתרון או חיסרון בהיותו נביא על פני חכם אחר שאינו נביא.**

**אם נביא יגיד במסגרת הנבואה שהקב"ה אמר שצריך להוסיף מצווה חדשה או לגרוע מצווה מכלל המצוות, גם אם זה שינוי קטן הוא נביא שקר.** אפילו אם הוא יביא אות או מופת לדבריו, וזאת משום שמשה רבינו גדול הנביאים כבר אמר לנו בשם אלוקים, שלא תבוא תורה נוספת מהשמים, וזה מה שנאמר באמירה **"לא בשמים היא"**. גם כשנביא אומר שהקב"ה אומר שה' אמר לו שהסברה שהביא היא אמת זה לא מחזק את הדעה שלו.

יש עמדה אחרת ביחס לנבואה:

**ספר הכוזרי - מאמר שלישי אות מא**

החכם היהודי אומר למלך שיש מצוות שנוספו מדברי חכמים- החכמים הוסיפו וגרעו מצוות. הכוזרי שואל אותו איך זה יתכן מאחר ואסור להוסיף ולגרוע מהתורה. היהודי עונה לו (עמדה מנוגדת לרמב״ם) שהכתוב מתייחס להמון העם אבל ישנם אלה שמותר להם להוסיף ולגרוע- חכמים ונביאים- וזה אפילו כתוב בפסוק עצמו. **הנביא יכול לצוות גם בענייני הלכה, מי שלא רשאי להוסיף זה המון העם.** לפי שיטתו של יהודה הלוי מותר להוסיף מצווה ולכן, יש משקל לנבואה גם לענייני הלכה.

במקור אחר מתוארת מחלוקת בין בית הלל לבית שמאי שהתרחשה כמה שנים, עד שיצאה בת קול (קול שמיימי) ואמרה שאלו ואלו דברי אלוקים חיים, אך הלכה כבית הלל. **מקור זה תומך בעמדת הכוזרי, שכן נראה כי הכריעו הלכה ע"פ סוג של נבואה.**

**תלמוד בבלי מסכת עירובין דף יג עמוד ב**

אם יש מחלוקת בין בית שמאי לבית הלל, יש ללכת לפי בית הלל. זאת כי בית הלל היו צנועים יותר ונוחים יותר. קודם היו לומדים את דברי בית שמאי ורק אז את שלהם. תלמידי בית הלל היו מוכנים לשמוע גם את טענת הנגד ולכן התשובות שלהן יותר מבוררות.

נראה עוד מקור מתקופת הראשונים שאימץ גישה זו:

**בבא מציעא, נט, ב**

**סיפור "תנורו של עכנאי":**

היה **תנור שבור** שחיברו את השברים שלו מחדש. התעוררה מחלוקת בין חכמים לרבי אליעזר. לפי חכמים זה נקרא כלי שלם ולכן הוא יכול להיות **טמא**, ואילו לדעת רבי אליעזר התנור הזה עדיין מוגדר שבור ולכן הוא **טהור** (לא קריטי לענייננו להבין את משמעות המחלוקת). רבי אליעזר מנסה לשכנע את חכמים שהוא צודק ולא הולך לו. אח"כ הוא הביא כל מיני סימנים משמים להוכיח שהלכה כמותו. הוא אמר שאם הוא צודק **עץ החרוב** יזוז וכך אכן קרה. אח"כ הוא אמר אם הוא צודק **הנחל יזוז** לאחור וכך אכן קרה. אח"כ הוא אמר שאם הוא צודק **הכתלים יזוזו**, והם אכן נטו לאלכסון אבל לא נפלו עד למטה (אולי יש כאן מסר שיש מקום לשתי גישות; מצד אחד גישה שמכירה בעניין שמיימי בהלכה כשיטת רבי אליעזר ולכן הכותל נוטה, ומצד שני גישה שלא הולכים אחר דברים משמים בפסיקת הלכה ולכן הכותל לא נופל לגמרי, וזה כשיטת חכמים).

באיזה שלב **יצאה בת קול** (סוג של נבואה) ואמרה **שהלכה כרבי אליעזר**. למרות זאת רבי יהושע אמר שלא פוסקים כמו רבי אליעזר, כי הכלל ההלכתי הוא **"לא בשמים",** כלומר לא פוסקים הלכה לפי מסרים משמיים, אלא רק לפי חוכמת בני אדם. מאחר שחכמים הם הרוב הלכה כמותם.

הגמרא מספרת בהמשך שרבי נתן פגש את אליהו הנביא ושאל אותו מה חושב הקב"ה על המחלוקת. אליהו סיפר לו שהקב"ה אמר לו **"נצחוני בני נצחוני"**. כלומר חכמים כביכול נצחו אותי, כי נכון שאני שלחתי להם בת קול להגיד שאין הלכה כמו חכמים, אבל חכמים עשו כהוגן שלא הקשיבו למסרים והלכו לפי כללי הפסיקה שהקב"ה הוריד לארץ. **כלומר, הקב"ה קובע במחלוקת זו כי חכמים צדקו שלא פסקו ע"פ ניסים ובת קול.**

יש כאן מחלוקת עקרונית האם לגיטימי להכניס כוחות שמימיים לפסיקת הלכה (רבי אליעזר) או שזה לא לגיטימי (רבי יהושע וחכמים) וצריך להכריע רק לפי בני אדם.

לכאורה היה מקום להגיד שעמדתו של רבי אליעזר נראית הגיונית, כי הוא מדבר על מצב בו משמים חושבים כמותו, ואילו חכמים מדברים על כללים לפיהם מכריעים הלכה. חכמים מבינים את החשש שהציבור יחשוב שרבי אליעזר צודק. הם פועלים באופן חריג ומבטלים את פסקי הדין של רבי אליעזר גם למפרע; הם טימאו את כל התנורים שרבי אליעזר טיהר בעבר. למרות שבדר"כ פסק הלכה תקף מכאן ולהבא. החכמים נידו את רבי אליעזר (המנודה צריך להתנהג כאבל). הם עשו את זה כדי להראות שהגישה של רבי אליעזר היא לא מקובלת בכלל. רבי עקיבא הלך בעצמו להודיע לרבי אליעזר שהוא מנודה, כדי שהוא לא יכעס ויחריב את העולם. רבי אליעזר התעצב ובעקבות העצבות שלו נגרמו נזקים גדולים בעולם (למשל תבואה שלא צומחת). רבן גמליאל התפלל לקב"ה ואמר שהם נידו את רבי אליעזר בלית ברירה, כי אם היו פוסקים כמו בת קול זה היה גורם לערעור על כללי הפסיקה. הקב"ה קיבל את התפילה והנזקים בעולם נפסקו.

**רואים מן הסיפור כי אין הכרעה מוחלטת מי צודק במחלוקת. אמנם חכמים דוחים את בת קול, אבל אלוקים עצמו פעם תומך בחכמים ופעם ברבי אליעזר. אז מה אם בת קול יצאה? "לא בשמים היא"!!! התורה פה ולחכמים הסמכות לפרש אותה ו"אחרי רבים להטות" צריך ללכת עם דעת רוב החכמים.**

הסיפור מתאר יפה את השאלה האת לתת לבת קול משקל לענייני פסיקת הלכה.

גם אצל פרשנים יותר מאוחרים יש ניסיון ליישב בין הגישות.

גישת האמצע: מתי כן ומתי לא?

**תוספות, בבא מציעא, נט, ב**

**"לא** **בשמים היא**"- לא להסס לפעול ע"פ דעת הרוב של החכמים, הנבואה יכולה לשמש **כתמיכה.**

במקרה שלנו בת קול לא יצאה כדי לתמוך בהכרעת חכמים, אלא כדי לכבד את ר' אליעזר ולכן לא נקבל את הכרעתה.

לא מדובר פה בגישות סותרות. **יש נסיבות שבהן כן נקבל את הכרעתה ויש נסיבות שלא.** מוצעת גישה לפיה כשבת קול באה לתמוך בהכרעת הרוב- יש לקבל את דברה.

בפירוש זה מנסים לגשר על הפער, האם להכריע עפ"י בת קול או לא לתת לה משקל. במקרה הנ"ל נאמר כי המקרה שונה מהמחלוקת בין בית שמאי לבית הלל. בדר"כ צריך לפסוק כדעת הרוב. השימוש בבת קול במקרה זה אינו לגיטימי. במחלוקת בין בית שמאי לבין בית הלל הייתה **מחלוקת מספרית לא חד משמעית**, בית שמאי היו יותר חריפים בשכלם ובית הלל היו נוחים יותר. הפער המספרי אינו מהותי ולכן יש צורך בחיזוק חיצוני המובא בדרך של בת קול. במקרה של ר' אליעזר **היה רוב ברור** ובת קול הורתה לסטות מהכלל של אחרי רבים להטות. לכן הם אומרים שאין להשתמש בהכרעתה, ניתן להשתמש בהכרעתה רק אם היא מחזקת את דעת הרוב, את הכלל הקבוע.

דעה נוספת היא שהיא יצאה רק **משום כבודו** של ר' אליעזר ולא כי הוא צודק. במקרה כזה שהיא לא באה מעצמה אלא כאקט של כבוד לקריאתו של החכם **אין להסתמך עליה.**

**מפירוש זה נראה שהעמדות בדבר שימוש בנבואה אינן בהכרח סותרות זו את זו, אלא יכולות להתיישב האחת עם השנייה על פי המקרה הרלוונטי.**

**אגרות** [**הראי"ה**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290532/I335354/לא%20בשמים%20היא-ביוגרפיה.htm) **א,קג**

הרב קוק מביא עמדה שונה מעמדת הרמב"ם (שטען שאין משקל כלל לבת קול בהלכה). לפי הגישה שהראי"ה מאמץ- לפעמים יש לנבואה/בת קול חשיבות בענייני הלכה.

**הכלל:** כאשר בכללים האנושיים אפשר להגיע להכרעה ברורה (כמו בתנורו של עכנאי שהיה רוב ברור לחכמים) אנחנו נפעל לפי הכללים האנושיים. **אבל במקום שלא ניתן להכריע מכוח הכללים האנושיים, ניתן יהיה להיעזר בכלים שמימיים כמו בת קול.**

למה כתוב בפסוק גם כהנים וגם שופטים? **לכל אחד תפקיד אחר. הכוהנים משתמשים בכלים השמיימיים כדי להכריע והשופטים משתמשים בכלים שכליים כדי להכריע.** השימוש בכלים שמימיים ייעשה רק כשלא הגענו להכרעה ברורה.

יש השתלשלות בהעברת התורה ע"י החכמים לנביאים, אין זה מקרה שהפרידו את הנביאים משאר הזקנים, יש כאן ביסוס לטענה שהנביאים השתמשו בנבואה כחלק מתהליך פסיקות ההלכה.

**שו"ת** [**משפט כהן**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290532/I335354/לא%20בשמים%20היא-ביוגרפיה.htm) **(עניני א"י), צב**

אם יש 2 צדדים לדין ואין הכרעה ברורה – אפשר להכריע מן השמים. אולם במקום שלא ידועים צדדי הדין ויש ספק, אין איסור הסתמכות על השמים.

הרב קוק מאריך בדבריו, וטוען שבמקרים בהם בת הקול "הוזמנה" מתוך כבוד, אין להתייחס אליה (כמו בתנורו של עכנאי). במקום שבו יש הלכה שיש דילמה בפרשנות שלה ומיצינו את הכלים האנושיים, בת קול יכולה להתערב ולסייע בהכרעה (מחלוקת בית הלל ובית שמאי).

לסיכום- אין להתחשב בדברי בת קול כשהיא "מוזמנת" אלא רק כשה' שולחה על דעת עצמו. ואם יש 2 צדדים חלוקים וההכרעה אינה ידועה, אז אפשר להיעזר בבת קול.

**אם יש חוק וקיימת דילמה לגביו, בת קול יכולה להכריע. אבל כאשר אין חוק, בת קול לא יכולה לחוקק חוק חדש.**

# **הכרעה על פי רוב**

**תוספתא סנהדרין ז, ב**

לכתחילה פוסקים על פי **מסורת**, אם יש מחלוקת בנוגע לנושא מסוים ואין לאף אחד מסורת בעניין- פוסקים על פי **דעת הרוב.**

מה קורה כשהמסורות סותרות?

התוספתא אומרת שאפילו אם רק חכם אחד אומר שיש לו מסורת שכך וכך הלכה מקבלים את דבריו. מתי כן מצביעים על שאלה הלכתית? כאשר יש מחלוקת בין החכמים האם אסור או מותר, ולאף אחד אין מסורת בדבר, במקרה זה מעמידים את השאלה להצבעה ומכריעים על פי רוב. התוספתא אומרת שאם אדם אחד אומר שיש לו מסורת ושקיבל אותה **משני חכמים** **שונים**, וחכם אחר או אפילו כמה חכמים אומרים שיש להם מסורת אחרת, אבל שקיבלו אותה רק **מחכם** **אחד**, הדין הוא שהולכים אחר מי **שקיבל משני חכמים כי זה הרוב**. כלומר הולכים לפי רוב המסורות, ולא לפי רוב החכמים ששמעו כך או אחרת. וזאת משום שמסורת לא מבוססת על שיקול דעת אלא על קבלה, ולכן מסתכלים אחר כמות המסורות היותר גדולה.

**בבלי עבודה זרה ז, א**

מה קורה כשאין מסורת, ואין רוב?

מי שהכי **גדול בתורה, ו"גדול במניין"** יש לו הכי הרבה תלמידים – הוא יפסוק. אם גם את זה אין- וכל החכמים שווים, תלך **לפי הדעה המחמירה ביותר.**

הברייתא המובאת בתלמוד אומרת שאם אדם הלך לחכם לשאול שאלה, והוא פסק לו שהדבר טמא, אין לו לחפש חכם אחר שיפסוק לו אחרת ויטהר. הרעיון הוא לא רק לשמור על אחידות וסדר, אלא אף לשמור על **כבודו של החכם הראשון.**

אם היו שני חכמים, שאחד טימא ואחד טיהר כיצד אמורים להכריע? הברייתא אומרת שאם אחד מהם חכם יותר **יש לילך לפי הגדול יותר בחוכמה או במניין** (יותר תלמידים, או מבוגר יותר), ואם **שניהם שווים יש להחמיר**. כלומר כשאין רוב כמותי, הולכים אחר רוב איכותי – למי יש יותר ידע.

דעה נוספת- רבי יהושע בן קרחה אומר שכאשר יש שתי דעות ואין יכולת להכריע, **בדין תורה יש להחמיר ובדין חכמים יש להקל** (אפשר לדון האם הוא חולק או מסכים עם התנא הראשון).

בדר"כ במצב של מחלוקת הולכים אחרי הרוב, אבל יש לזכור שלכל כלל יש יוצא מן הכלל, ולפעמים לא הולכים אחר הרוב.

**יש עוד כללי הכרעה במצבים שאין בהם רוב.** לפעמים זה כללי הכרעה לפי שמות (למשל כל מחלוקת רבי ישמעאל ורבי עקיבא הלכה כרבי עקיבא) ולפעמים כללים אחרים.

לסיכום- סיטואציות שונות בהם דעת הרוב לא קובעת:

**במקרה בו יש מסורת**- הרי כאשר יש מסורת ואפילו רק דיין אחד מכיר את המסורת והרוב אינם יודעים עליה, עדיין יש לפסוק לפיו- **לפי המסורת.**

**במקרה בו יש מסורות סותרות-** שהרי בודקים כמה מסורות כל חכם מייצג, אם חכם אחד אומר כי קיבל את המסורת מ2 מקורות ושני חכמים קיבלו מסורת ממקור אחד- יש ללכת **לפי החכם הבודד** משום שקיבל את מסורתו מ2 מקורות.

**במקרה בו אין רוב-** ילכו אחר החכם **הגדול במניין** (לא ברור בדיוק מהו המניין, סוברים שמי שיש לו תלמידים רבים יותר).

**במקרה בו אין רוב ואין חכם אחד שגדול מהחכם האחר-** יש ללכת לפי **הדעה המחמירה**.

\*רבי יהושוע מסייג- בדין תורה צריך להחמיר ואילו בדין חכמים להקל.

האם כאשר לפני הפוסק יש מחלוקת בין דורות שונים- האם תינתן עדיפות לפוסק המאוחר? המוקדם? אולי אין קשר- ויפסוק לפי מהות?

# **"הלכתא כבתראי" – הלכה כאחרונים**

ההנחה המקובלת היא שלאמורא אין לגיטימיות לחלוק על תנא. אמורא יכול להכריע בין תנאים, או לפרש על מה תנא דיבר, אבל לא לחלוק ישירות. כמו כן, פוסקים מאוחרים יותר אינם יכולים לחלוק על הכרעת התלמוד, אם אין בסוגייה מחלוקת בין האמוראים. אמורא לא יכול לחלוק על תנאים- פוסק מאוחר מהאמוראים, לא יחלוק על דברי האמוראים הראשונים.

מבוא-

**הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה**

הרמב"ם מסביר שבתקופת התלמוד, כל דבר שגזרו חכמי התלמוד התפשט בקרב כל ישראל, ואי אפשר היה לחלוק עליו. אבל לאחר תקופת התלמוד היו בתי דין במקומות שונים, וכל גזירה הייתה מקומית. אי אפשר לחלוק על הנאמר בתלמוד, כי החכמים שאחרי תקופת התלמוד קיבלו על עצמם את התלמוד כמחייב. (כנראה קיבלו על עצמם לא לחלוק בגלל גדלותם של חכמי התלמוד). עקרונית היה אפשר לקבוע שחולקים על התלמוד, אבל **חכמי ישראל הסכימו לקבל על עצמם את התלמוד כמחייב.**

הר"ן כתב דברים דומים לרמב"ם:

**דרשות הר"ן:**

התוקף המיוחד של התלמוד **נובע מכך שהתקבל ע"י כל ישראל** ולכן אי אפשר לחלוק עליו.

[**כסף משנה , ממרים ב, א**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290534/I335360/תוקפו%20של%20התלמוד-ביוגרפיה.htm)

מיום שנחתמה הגמרא, לא ניתן רשות לשום אדם לחלוק עליה.

הכסף משנה מתייחס לדברי הרמב"ם בהלכות ממרים בפרק ב הלכה א. בו נאמר שבית דין מאוחר יכול לחלוק על בית דין שקדם לו **בפרשנות** על פסוקי התורה. שואל על כך הכסף משנה למה אמוראים לא יכולים לחלוק על תנאים, וחכמים מאוחרים יותר אינם יכולים לחלוק על אמוראים? **ועונה כי חכמים קיבלו על עצמם לא לחלוק.**

כלומר הכוח הגדול של התלמוד והמשנה **נובע מהסכמה.** סביר להניח כי הסכמה הזו נבעה משיקולי סדר, ומכך שהם ראו את הדור לפניהם כגדולים יותר, ולכן כקבלה מרצון הם החליטו לא לחלוק.

ברמת העקרון בית דין אחרון יכול לחלוק על בית דין קודם.... אז למה לא חולקים על תנאים ואמוראים? **משום הסכמה כללית-** הסכימו על דבריהם ומאז אי אפשר לחלוק עליהם- כי דבריהם התקבלו ע"י העם.

**הערות** [**החזון איש**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290534/I335360/תוקפו%20של%20התלמוד-ביוגרפיה.htm) **על הדברי סופרים**

החזון איש **לא מקבל את דברי הרמב"ם**, הסיבה שלא ניתן לחלוק על תנאים ואמוראים היא כי הם לא יכלו לחלוק אחד על השני. **פער הדורות ביניהם היה כל כך גדול שלא היה על מה לא להסכים. הם לא היו באותה רמת הבנה בכלל.**

זה מוביל אותנו לשאלה של "הלכה כבתראי" – הלכה כאחרונים.

האם יש ליתן עדיפות לפוסק היותר מוקדם או ליותר מאוחר?

מצד אחד תפיסת **ירידת הדורות** מהווה שיקול ללכת אחר החכם המוקדם. מצד שני יש מקום להעדיף את הפוסק המאוחר מאחר שיש לו **ידע מצטבר**, והוא ראה את הטענות של הראשון, בניגוד לראשון שלא ראה את כל הטענות של האחרון.

התלבטות זו עולה במחלוקת בין אמוראים מדורות שונים, ובמחלוקת בין חכמים בדור מאוחר יותר מתקופות שונות.

**ש**[**ולחן ערוך**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290534/I335360/תוקפו%20של%20התלמוד-ביוגרפיה.htm) **חו"מ, כה, א**

בית דין שטעה בדיני ממונות, אם טעה בדבר המשנה- ניתן לבטל את פסק הדין. ואם טעה בשיקול דעת- לא מבטלים את גזר הדין אך יכול להיות שבית הדין יצטרך לפצות את הצד הפגוע.

**הגדרת הטעות בדבר משנה- פסיקה כנגד** **המשנה או הגמרא או דברי הפוסקים (הראשונים).**

**הרמ"א:**

הרמ"א טוען ש'טעות בדבר משנה' – אינה כוללת סטייה מדברי פוסקים קודמים. **משאיר פתח לחלוק על דברי הפוסקים.**

[**סדר תנאים ואמוראים**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **, סימן כה**

בכל מקום שבו יש מחלוקת בין שני אמוראים / שני תנאים, ולא נקבעה כמי ההלכה- איך אדם שבא בתקופה מאוחרת יותר מכריע??

יש לחלק את התקופות לשניים:

**עד לדור של רבא-** חכמים מוקדמים יותר- תפסוק לפי האמורא המוקדם יותר, יש לתת עדיפות לפוסק המוקדם.

**אחרי הדור של רבא-** חכמים מאוחרים יותר- תפסוק לפי האמורא המאוחר יותר, יש לתת עדיפות לפוסק המאוחר.

**תוספות קידושין מה, ב ד"ה "הוה"**

חוזר על דבר סדר האמוראים ותנאים ונותן טעם: מדוע אחרי דורו של רבא (אמצע תקופת האמוראים) נעדיף את דעת האחרונים? כי מדורו של רבא **הקפידו יותר לדבוק בהלכה ולדקדק.**

**גישה זו קובעת שיש לפסוק לפי פוסקים מאוחרים יותר.**

**שו"ת** [**מהרי"ק**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **סימן פד**

ר' יוסף קולון עוסק בשאלה מדוע בתקופה שאחר רבא, נאמר שהפוסקים המאוחרים מדקדקים יותר.

מדוע פוסקים לפי המאוחר? **משום שהפוסק המאוחר מכיר את דברי הפוסק המוקדם ועדיין חושב אחרת**, לעומת הפוסק המוקדם שאינו ראה את דברי הפוסק המאוחר, ויכול להיות שהיה פוסק אחרת אם היה שומע את דברי המאוחר.

כלומר, אנו פוסקים לפי הפוסקים האחרונים משום שהפוסק המאוחר דן בדברי הפוסק שקדם לו, התייחס לדבריו ופסק מתוך כך.

מדוע עקרון זה נכון רק לאחר תקופת רבא?

משום שלפני תקופת רבא, הפוסקים למדו את ההלכה **מרבניהם בלבד**- ולא הכירו את כל העמדות והדעות השונות (שיננו את דברי רבם).

ולאחר תקופת רבא, הפוסקים למדו את **כל המקורות** ולא רק את המקור שרבם לימד אותם. לימוד ועיון בכל הדעות והגישות.

**מתוך כך, ברור שלפני תקופת רבא, הפוסק שהכי קרוב למקור הוא רלוונטי יותר, אך לאחר תקופת רבא, הלימוד התבסס על כלל המקורות. יש להעדיף את פסיקתו של הפוסק שפגש יותר מקורות ודעות ומתוך כך פסק.**

**שו"ת** [**הרי"ד**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **, סב**

מדבר על תחושת **ירידת הדורות**, אם אנחנו פחות טובים מהדורות הקודמים, איך נוכל להעדיף את דברי האחרונים על הראשונים?

בנושא מסוים, חולק הרי"ד על רבי יצחק- ואומרים לו איך אתה מעז לחלוק עליו?? והוא אומר חס וחלילה, אני כלום! אבל בכל זאת אני אומר את דעתי ולא משנה מה אמרו לפני כן. **אם השכל שלי אומר אחרת- אני לא אמנע מלומר את זה.** וגם כשאני חושב שאני צודק מהקודמים- זה לא מתוך גאווה, איך ניתן להסביר זאת? **מדברי חכמי הפילוסופים** – אם תעמיד שני אנשים- ענק וננס. מי יראה יותר רחוק? הענק. אבל אם תרכיב את הננס על גבי הענק- הענק יראה יותר רחוק. כשמסתכלים על האחרונים- אכן הם לא יודעים הרבה, אך כשמסתכלים על דברי אחרונים המסתמכים על דברי ראשונים- יראו האחרונים יותר מהראשונים. **כשאנו חולקים זה לא מתוך גאווה, אנחנו הוספנו קצת ידע, נכון- הראשונים חכמים מאיתנו, אבל הידע שלנו הוא ידע מצטבר.**

**שו"ת** [**מהרי"ק**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **סימן צד**

על מה ביססנו את הכלל "הלכתא כבתראי"? **על הידע המצטבר של דורות מאוחרים יותר**. אבל- במקרה שבו הפוסק המאוחר לא ראה את דברי מי שקדם לו – **אין לתת עדיפות לפוסק המאוחר, כי כל העדיפות נובעת מהחוכמה המצטברת.**

**שו"ת** [**הרא"ש**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **כלל נה סימן ט**

נטענה נגד הרא"ש טענה- איך אתה מעז לחלוק על חכם ר' יעקב?? אמר הרא"ש, הטענה לפיה אי אפשר לחלוק על מישהו לא מקובלת עלי, **אפשר לחלוק, בתנאי שהפוסק המאוחר הכיר את דברי הראשונים והעדיף לפסוק אחרת.** כל העדיפות מתבססת על הידע המצטבר. לא מחדש הרבה, רק מחזק.

כפי שראינו במקום שבו יש מחלוקת באמוראים, עד תקופתו של רבא מעדיפים את האמורא המוקדם, אך מתקופת רבא מעדיפים את האמורא המאוחר יותר. האם הכלל נכון גם ביחס לפוסקים מאוחרים יותר?

כלומר פוסק במאה ה-12 מול פוסק במאה ה-14, האם מקבלים את דעת הפוסק המאוחר?

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה:**

צריך לדון **כל מקרה לגופו,** ואין עדיפות לפוסקים מאוחרים. אין מקום לתת עדיפות לא למוקדם ולא למאוחר. **כל דיין יחליט לפי דעתו.**

**שו"ת** [**מהר"ם אלשקר**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **סימן נד**

הכלל של **"הלכתא כבתראי"** נאמר בגאונים רק בייחס למחלוקת בין אמוראים לתנאים, ולא נאמר לגבי פוסקים מאוחרים יותר. מה שאמר המהרי"ק שהלכתא כבתראי תקף גם בפוסקים אחרונים אינו נשמע הגיוני, וגם אם כן אמר דבר כזה, הוא הגזים וזה **דבר שאינו סביר**. לא יעלה על הדעת להגיד הלכתא כבתראי מכיוון שייתכן והפוסק האחרון לא היה תלמיד חכם רציני ולא סביר שההלכה תהיה כמותו. כמו כן, הגאונים לא שמעו את דבריו ולא ראו את דרכו, ולכן **לא הגיוני שהגאונים פוסקים כי הלכה כאחרונים גם לאחר תקופת האמוראים.**

**שו"ת** [**גינת ורדים**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **חלק חו"מ כלל ה,ג**

אם יש מחלוקת בין פוסקים ראשונים לאחרונים, **לא אומרים "הלכתא כבתראי".**

**גט פשוט, כללים, ג'**

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

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

**הקדמת** [**הבית יוסף**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm)

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

ר' יוסף קארו מסביר כיצד הוא הכריע בהלכה בין הדעות השונות. הוא מכריע בהלכה כדי שתהיה תורה אחידה לכולם, זאת כי **אי אפשר רק לאסוף את כל החומר, צריך לתת גם את ההכרעה הסופית**. הבית יוסף מציג **הבדל בין האידיאל למציאות** בשיטת ההכרעה. באידיאל צריך לקחת את כל הפוסקים ואת כל הנימוקים של כל פוסק ובכך להכריע.

אך ישנן שתי בעיות בשיטה זו:

1. אנחנו לא **ברמה מספיק גבוהה** כדי להכריע בין הדעות. צריך להיות ברמה יותר גבוהה משאר הפוסקים כדי להכריע מי צודק.

2. **לוקח המון זמן** מכיוון שצריך להתפלפל בנימוקיו של כל אחד, ומבחינה מעשית זה לא ריאלי.

**לכן הבית יוסף החליט לפסוק לפי שלושה פוסקים מאוד חשובים שחיו עד תקופתו**- הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש. שלושתם כתבו ספר הלכה שמקיף את כל הנושאים ולכן הוא בחר בהם. ספרם של הרי"ף והרא"ש מסודרים לפי סדר התלמוד, והרמב"ם לפי חלוקה לנושאים. שלושה ספרים אלו מקיפים את כל ההלכה, וכל ישראל מקבלים ונשענים על הוראותיהם.

הבית יוסף לא מתחשב בפוסקים אחרים, לא בפוסקים שלפניהם ולא אחריהם. אם יש מחלוקת בין שלושתם- פוסק לפי הרוב. לרוב, כאשר יש מחלוקת בין שלושתם **הרי"ף והרמב"ם** יהיו בצד אחד מאחר והגיעו מאותה מסורת פסיקה ו**הרא"ש** יהיה בצד השני. במקרים חריגים לא פוסקים לפי הרוב, אך כך יהיה רק במצב שבו לפוסק שבדעת המיעוט יש תמיכה של חכמי ישראל, ואז נפסוק לפי דעתו.

ישנה תקופה של 300 שנה בין הרא"ש לבית יוסף, אך ר' יוסף קארו מתעלם מכל הפוסקים שהיו בתקופה שבין תקופת חייו של הרא"ש לכתיבת הבית יוסף.

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

**ר' יוסף קארו אינו מקבל את כלל "הלכתא כבתראי", רואים זאת גם בכך שהוא מתעלם מכל הפוסקים שבין הרמב"ם הרא"ש והרי"ף ועד כתיבת הבית יוסף.**

[**רמ"א**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **, חושן משפט סימן כה סעיף ב**

בכל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים והפוסקים האחרונים חולקים עליהם- הלכה כאחרונים. זה רק **בתנאי** שהפוסק המאוחר **ראה והכיר** את דברי מי שקדם לו. **הרמ"א מאמץ את הכלל הלכתא כבתראי, בהתנאה שהאחרון מכיר את דברי הראשון.**

**הקדמת** [**הרמ"א**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290529/290535/I335365/הלכתא%20כבתראי-ביוגרפיה.htm) **לדרכי משה**

כאמור, שיטת הפסיקה של הבית יוסף הייתה לפי הרוב בשלושת הפוסקים הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש, תוך התעלמות מהכלל "הלכתא כבתראי". כתוצאה מכך שהבית יוסף העדיף את הראשונים, **נוצר פער בין ספר ההלכה והמנהגים בבית יוסף, לבין המנהגים של בני אשכנז,** מאחר ובני אשכנז פוסקים לפי כלל "הלכתא כבתראי". לכן הרמ"א נאלץ להתאים את השולחן ערוך לפסיקה האשכנזית.

מה שעומד מאחורי חילוקי הדעות בין השולחן ערוך לבין הרמ"א הוא הכלל "הלכתא כבתראי". הרמ"א הרגיש כי מחובתו למצוא דרך **לגשר על הפער** שנוצר. הדרך שמצא הייתה כתיבת "דרכי משה".

# **מעמד התקדים**

**תקדים מחייב**

תקדים עוסק במקרה קונקרטי, ודן בשאלה ספציפית. כאשר דיין פוסק במקרה ספציפי- האם החלטה זו הופכת לתקדים? כלומר, מכאן ואילך פוסקים לפי פסק דין זה, או שמא פסק הדין רלוונטי רק למקרה הספציפי ועל כן הוא לא מחייב?

היתרון בתקדים הוא שבכך לא כל בית דין יפסוק דבר אחר, אלא כולם פוסקים באופן **אחיד**. תקדים מחייב מאפשר ליצור **יציבות**. החיסרון בתקדים הוא יצירת **קיבעון**, לא מאפשר פיתוח. כמו כן, רבות נשקלים שיקולים העלולים להשתנות ממקרה למקרה. לעיתים תקדים נאמר בנסיבות ספציפיות ולנסיבות אחרות הוא לא מתאים.

איך מתייחסים לתקדים בהלכה?

בהלכה, מצד אחד- **אין חובה** לקבל תקדים מחייב, ומצד שני- **יש לו משמעות**. התקדים הוא כן **חלק מהכלים** העומדים לרשות הפוסק. עם זאת, ישנם עמדות שונות בנושא.

**בבלי בבא בתרא קל,ב**

רבא אמר לרב פפא ולרב הונא(בנו של ר' יהושע)- כאשר יגיע לפניכם פסק דין שלי ותראו בו דבר שלא נכון- אל תבטלו אותו עד שאבוא לפניכם. אם יש לי תירוץ אגיד לכם, ואם לא אחזור בי מההלכה שאמרתי. אך כשאמות אם הלכה שאמרתי לא מקובלת עליכם, אתם לא חייבים לקבל אותה אם אתם חושבים שהיא לא נכונה. במקרה הספציפי והקונקרטי הזה אל תבטלו את ההלכה, אך בעתיד אינכם חייבים לפסוק לפיה מאחר ו **"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".**

**רשב"ם**

אל תלמדו ותפסקו בדין **אלא כפי שאתם חושבים**. גישה זו נובעת מהסברה לפיה **"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".**

**ריטב"א**

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

**רמב"ם סנהדרין, כ, ח**

מי שפוסק בעניין מסוים ויש לפניו פסיקה אחרת באותו עניין והוא **לא הולך להתייעץ** עם מי שנתן את הפסיקה הקודמת **עושה לרעה.**

החשש הוא שדימוי אחד של מקרה למקרה אחר עלול להביא להיקשים לא נכונים. **ולכן יש להתייעץ.**

**סנהדרין, ו, ב**

"אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות" – **התקדים לא מחייב כי זה מסיר ממני אחריות ואל לי לפחד, אסור לי להיתלות על אחרים.** לכאורה יהיה לי נוח להסתמך עליו אבל רצוי שלא.

כולם יסכימו שהתקדים לא מחייב אבל **אין ספק שהוא הופך להיות חלק מכלי העבודה** של הדיין. הוא **יכול** לעשות בו שימוש אך **הוא לא מחויב לכך.**

**שו"ת מהרי"ל סימן עב**

יש מקום לסמוך על תקדימים- לא רק שטוב לסמוך עליהם- זה **אפילו עדיף על ספר פסיקה, כי זה מיושם במציאות.** זה מקור טוב יותר- מביא הלכה למעשה. לא אומר שזה מחייב אבל אומר שטוב לעשות זאת.

**שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צד**

נותן תשובה ואומר שהיא תלויה בנסיבות שמא מישהו יגיד לו שהוא לא עקבי. בחוסר עקביות אפשר להאשים את מי שכותב ספר הלכה- מאחר ובמעשה זה יש ציפייה שיפעל בשיטתיות ובעקביות. בנתינת פסק הלכה במקרה קונקרטי אין חובה להיות עקבי כי הפוסק נותן מענה לאירוע מסוים. התקדימים לא מיותרים, לא נכתבו סתם. **מצד אחד הם לא מחייבים ומצד שני לא ניתנו סתם. הם הופכים להיות חלק מארגז הכלים של הדיין**. אלו מלמדים את הדיין שיקול דעת טוב, ונותנים כלים מנחים לאיך לפסוק באופן כללי, לאו דווקא באים ללמד על מקרה קונקרטי.

# **טענת "קים לי" (אני סבור)**

מה זה טענת קים לי?

טענה הרלוונטית רק בדיני ממונות. טענת קים לי מאפשרת חתירה תחת יכולת ההכרעה של בית הדין, התפתחה החל מהמאה ה-15. טענת קים לי יכול לטעון רק מי שהנכס נמצא אצלו- הנתבע ולא התובע. אם במקרה מסוים בית הדין מבקש לפסוק שהנתבע חייב לשלם, הנתבע יגיב ויאמר- "אתה לא יכול להגיד שאני חייב, כי מצאתי עמדה של רב אחר שפוסקת אחרת- יש לי על מי לסמוך שבמקרה הזה אני פטור"- **טענה זו משתקת את בית הדין.**

מה הבעייתיות בטענת קים לי?

**כמעט בכל נושא ניתן למצוא מחלוקת,** תוכל למצוא מישהו שתומך בעמדה שנוחה לך כנתבע. ואם כך- יוכל הנתבע להשתחרר מכל פסיקה- אז אין טעם ללכת ולתבוע בכלל.

מה הרעיון שעומד מאחורי טענת קים לי?

1) חלק מעיקרון **"המוציא מחברו עליו הראיה"** על פי רוב הנכס נמצא בידיו של הנתבע והתובע מבקש להוציא את הרכוש הנתבע. מי שמבקש לשנות את המציאות הקיימת – הוא זה שצריך להביא ראיה שעמדתו צודקת. **המשמעות של קים לי היא שהצד שלא הצליח להוכיח את טענתו יפסיד**. יש הטוענים שזה המקור של הכלל "קים לי". אדם שטוען קים לי יגיד- "מצאתי פוסק שפוסק לפי עמדתי ולכן הטענה נדחית".

2) **אין תשובה אחת נכונה לשאלה משפטית** ולכן, אתה לא יכול לפסוק בניגוד לדעתי.

יש הטוענים כי טענת קים לי לא עומדת בשלב **היישום** בפועל, **מדובר בטענה בעייתית.**

**אורים ותומים, חו"מ , קנ"ד**

ב99% מהמקרים יש מחלוקת במקורות ואין טעם לתבוע. אם לוקחים טענה זו באופן קיצוני לא צריך דין ודיין. לכן צריך **"יישוב רב"** צריך לשקול היטיב **איך להגביל את עקרון "קים לי".**

איך?

**כללי צמצום:** אי אפשר לטעון טענת קים לי כנגד דעתם של ר' יוסף קארו והרמ"א **בשו"ע.**

צמצום זה לטענת קים לי לא פותר את הבעיה באופן מלא כי עם השנים רצות וצצות עוד סוגיות שלא נקבעו בשו"ע.

**שו"ת מהרי"ק, קמט**

איך מציע להגביל?

**1. נוגע רק לדיני ממונות ולא לדיני איסור והיתר.**

**2.** לא ניתן לטעון טענת קים לי **בדעת יחיד מול טענת רבים.** ברגע שרוב הפוסקים המרכזיים פסקו בצורה אחת- לא יכול להיות שתביא דעת נגד אחת והיא תגבור.

**שו"ת רדב"ז, ב, תכחה**

הובאה בפני הרדב"ז טענה שנוגעת לדיני ממונות. עלתה שורה של טענות במחלוקת והנתבע שיחק בטענת קים לי לפי מה שנוח לו בצורה לא עקבית (כל פעם הביא דעה של מישהו אחר) האם ניתן לעשות זאת או שנדרשת עקביות? התשובה היא **שעליך ללכת בצורה עקבית אחרי פוסק אחד**, הרדב"ז מנצל את ההזדמנות ואומר שמעבר לכך יש עוד צמצומים לטענת קים לי:

(1) **"מארע דעתרא"** - הרב המקומי, או זה שנוהגים לפסוק כדעתו. כאשר אני טוען טענת קים לי כנגד הפוסק המקומי זה לא תופס. כי הציבור קיבל על עצמו לנהוג ע"פ אותו פוסק. זה נוגד את ההתחייבות הכללית שנטל על עצמו הציבור.

(2) ניתן לטעון טענת קים לי **בתנאי שאין מנהג מקומי** באותו נושא- לא ניתן לסתור את מנהג המקום.

(3) **ניתן לחלוק רק שמדובר ביחיד כנגד יחיד ולא ברבים כנגד יחיד**. כי אם רוב הפוסקים חייבו משהו- אתה לא יכול ללכת עם דעת המיעוט. אבל אם יש אחד כזה ואחד כזה אז ניתן להביא את הצד שמועיל לך.

(4) **בתנאי ששווים בחוכמתם-** שניהם נחשבים ומפורסמים. אתה לא יכול לטעון טענת קים לי ולהביא דעה של רב פחות נחשב מהרב שבית הדין פסק לפיו.

(5) גם חכמים שווים, **נדרש שיהיו מפורסמים באותה מידה**, משתמשים בפסיקותיהם ומצטטים אותם במידה שווה.

**ההיגיון** בכל הצמצומים הוא שבדרך כלל אנשים מתנהלים לפי נוהגים מסוימים. סביר להניח שיפעלו לפי המקובל, המפורסם וכו'..

מאחר ומדובר **בטענה בעייתית**, שלא מאפשרת לבית הדין לפסוק בדיני ממונות - הפוסקים מצמצמים אותה.

סיכום הגבלות הרדב"ז:

לא ניתן קים לי כנגד הפוסק המקומי.

לא ניתן לטעון קים לי נגד מנהג ברור במקום.

לא ניתן לטעון קים לי דעת יחיד מול רבים.

קים לי יחיד מול יחיד – רק כשהם שווים בחוכמתם.

קים לי יחיד מול יחד – רק כשהם שווים בפרסומם.

מה הביא אותו להגביל כך את טענת "קים לי"?

אם כל פעם תביא רב אחר בצורה לא עקבית אתה **תעשה צחוק מחכמים**.

**שו"ת הלכות קטנות חלק א סימן קפב**

האם בבתי הדין בירושלים מקבלים את טענת קים לי?

**לא**. כי בקבלת טענת קים לי יש משום **"חילול ממונם של ישראל"-** יהיה קשה מאוד לקבל טענה כזו - כל אחד יבוא ויטען קים לי. חס וחלילה כל דיני התלמוד יתבטלו, הרי תמיד ניתן למצוא טענה שמתאימה לי- וכך כל אחד יוכל להוציא ממון מאדם אחר לא בצדק.

# **סמכות חכמים כמחוקקים**

1) מאיפה נובעת הסמכות של חכמים להוסיף גזרות ותקנות?

**שבת כג, א**

נוסח ברכת הדלקת נרות חנוכה: "אשר קדשנו במצוותיו וציוונו להדליק נר של חנוכה" – הנוסח בעייתי- מה זה ציוונו????? **אין ציווי כזה בתורה, מדובר בציווי חכמים. על פניו נראה כי נוסח הברכה לא נכון.**

הגמרא אומרת שהמדליק נר חנוכה מברך כאילו הקב"ה ציווה אותו להדליק נר חנוכה ("אשר קידשנו במצוותיו ויצוונו"). מדובר במצוות חכמים - כיצד ניתן לברך בנוסח בו נרמז כי מדובר בציווי של הקב"ה כאשר ציווי זה הוא מחכמים באופן מובהק??

הגמרא מביאה שני הסברים:

**הסבר אחד** הוא של רב אויא לפיו זה נלמד מהפסוק **"לא תסור ימין או שמאל".** פסוק זה הוא המקור שלפיו אסור לסור מדברי חכמים, ורב אויא לומד ממנו חובה לציית למצוות ותקנות שלהם. **אלוקים ציווה אותנו לא לסור מדברי חכמים, ובאופן עקיף כשמדליק הוא את נר חנוכה הוא מקשיב לקב"ה בכך שמציית לדברי חכמים.**

**הסבר שני** של רב נחמיה, שזה נלמד מהפסוק **"שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך".** רב נחמיה מתייחס לפסוק זה כציווי מהתורה המחייב אותנו מוסרית לציית לחכמים.

פחות חזק מהפסוק הראשון שהביא רב אויא. כי הפסוק של רב אויא הוא פסוק שמובא **בהקשר הלכתי** כחלק מתרי"ג מצוות לא לסור מדברי חכמים, ואילו הפסוק של רב נחמיה הוא פסוק שמובא **בהקשר מוסרי**- כללי ופחות הלכתי.

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה**

הרמב"ם אומר שכל מצוות חכמים שנתחדשו כמו מקרא מגילה או נר חנוכה, אנו צריכים לקבלם בגלל הפסוק **"לא תסור".** הוא **מאמץ את הדעה הראשונה של רב אויא**, שהפסוק לא תסור הוא המקור לציווי שלא לסטות מדברי חכמים.

**השגות הרמב"ן לספר המצוות שורש א**

**הרמב"ן חולק על הרמב"ם.** הוא אומר שהפסוק **"לא תסור"** מדבר רק על הוראות התורה שחכמים הסיקו מתוך פרשנות על התורה, או שעברו הלכה למשה מסיני. אבל **התקנות והגזירות שגזרו חכמים לשמירת התורה והמצוות, כמו נר חנוכה או מקרא מגילה, אינן כלולות בפסוק "לא תסור".**

לפי הרמב"ם כשלא מדליקים נר חנוכה עוברים על **דין תורה**, ואילו לפי **הרמב"ן** עוברים על **דין חכמים** בלבד. כנראה הרמב"ן מסתמך על הפסוק השני שרב נחמיה הביא שהוא פסוק מוסרי. אין הרבה נפקות מעשית בין השיטות, זה מלמד על התפיסה לגבי תקנות חכמים.

2) אם יש איסור מפורש בתורה להוסיף או לגרוע ממנה – איך חכמים יכולים?

**דברים פרק ד, ב**

"לֹא תֹסִפוּ, עַל-הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם, וְלֹא תִגְרְעוּ, מִמֶּנּוּ--לִשְׁמֹר, אֶת-מִצְוֺת יְהוָה אֱלֹהֵיכֶם, אֲשֶׁר אָנֹכִי, מְצַוֶּה אֶתְכֶם"

הפסוק מדבר בפשטות על האיסור להוסיף ולגרוע מהתורה, יש לשאול- כיצד חכמים יכולים לגזור גזירות ולתקן תקנות בנוסף לתורה?

ישנם מספר הסברים לקושיה:

**1. רש"י ד, ב**

האיסור להוסיף ולגרוע לא מתייחס לאיסור **להוסיף** איסורים חדשים או גזירות חדשות, אלא **לשינוי פנימי** בתוך המצווה. למשל בתוך התפילין רשומות 4 פרשות. רש"י מסביר שיש איסור להוסיף עוד פרשה לתפילין, או להוריד פרשה אחת – כלומר זה איסור בתוך המצווה ולא משהו נפרד מהמצווה שחכמים מוספים. אותו דבר לגבי הוספת מין חמישי ל-4 המינים בחג הסוכות, או לגרוע מין אחד וליטול רק 3 מינים. **כלומר האיסור חל על שינוי בתוך מצווה קיימת בתורה, אבל ניתן להוסיף משהו חדש (אולי גם לגרוע ולהגיד לא לעשות בכלל מצווה זה אפשרי).**

**2. רמב"ם ממרים, סוף פרק ב**

הרמב"ם מקדים ואומר כי איסור דבר מותר יכול לחול לדורות, אבל **התרת איסור תורה מותרת רק זמנית.**

**מה שאסור זה להוסיף ולגרוע ולייחס זאת לתורה**. למשל, מהתורה עוף בחלב מותר. חכמים יכולים להגיד שהם מוסיפים איסור מדבריהם, אבל לא יכולים להגיד שהתורה אוסרת זאת. אותו דבר לגבי נרות חנוכה, הם יכולים להגיד שהם הוסיפו את זה, אבל לא שהתורה אמרה שצריך להוסיף.

כנראה זה חלק מהתפיסה של הרמב"ם **שהתורה היא נצחית ולא משתנה**, ולכן אין להגיד שמשהו שלא כתוב בתורה הוא כאילו כתוב בה.

**3. ספר הכוזרי – מאמר שלישי אות מא**

איסור "לא תסור" **נאמר להמון העם**, אבל הכוהנים, השופטים והחכמים **יכולים להוסיף ולגרוע.**

**4. רשב"א ראש השנה טו ע"א**

הרשב"א חוזר על עמדת הכוזרי - **האיסור** להוסיף ולגרוע הוא רק **לאדם הפרטי**, **לחכמים יש סמכות להוסיף ולגרוע פנימית (בתוך המצווה).**

מגבלות הכוח של חכמים

כשחכמים מוסיפים איסור חדש, או מצווה חדשה, על פניו לא מתעורר קושי גדול, כי זה לא מנוגד למצוות התורה. למשל נר חנוכה לא מתנגש עם משהו שהתורה ציוותה, וגם האיסור לאכול עוף בחלב לא מתנגש עם דבר תורה. התורה לא אמרה שחובה לאכול עוף בחלב, אלא רק שזה לא אסור... כלומר, **כשחכמים מרחיבים איסור, או מוסיפים מצווה, לכאורה המגבלות פחות קיימות**. הם רק צריכים לדאוג לכך שזו תהיה תקנה שהציבור יכול לעמוד בה.

כאשר חכמים מורים לא לעשות משהו שהתורה אמרה לעשות, או שאומרים לעשות משהו שהתורה אמרה שאין לעשות - **כוחם יהיה יותר מוגבל בשל התנגשות ישירה עם התורה.**

מתי חכמים יכולים להורות לא לקיים מצווה, או לעבור על איסור?

**הכלל:** מותר לחכמים לעקור דבר מן התורה **בשב ואל תעשה**, ועקרונית פרט למקרים חריגים, אין סמכות לחכמים לעקור דבר מן התורה **בקום ועשה.**

**הסבר:** חכמים יכולים לעקור מצווה מן התורה בשב ואל תעשה. משמע- התורה ציוותה לעשות משהו- וחכמים אומרים לאדם לשבת ולא לעשות את המצווה. חכמים רשאים לעשות זאת במגבלות מסוימות.

לעומת זאת, כשהתורה אמרה לא לעשות משהו, וחכמים אומרים קום ועשה את הדבר, עקרונית אין להם יכולת לעשות זאת (אלא בתנאים מסוימים שנביא בהמשך).

כשחכמים מורים לא לקיים מצווה, או לעבור על איסור, אין זה נעשה מתוך שיקול שלא בא לחכמים לקיים את המצווה הזו. אלא מותך שיקולים של **סדר חברתי**, או כדי **להגביר את קיום מצוות התורה**.

הוראת חכמים שלא לקיים מצווה בשב ואל תעשה:

**דוגמא:** יש מצווה בראש השנה לשמוע תקיעת שופר. בדין תורה גם כאשר ראש השנה חל בשבת, תוקעים בשופר בשבת, כי תקיעת שופר לא נחשבת מלאכה מהתורה. באו חכמים ואסרו לתקוע בשופר כאשר ראש השנה חל בשבת – כלומר, הם אסרו לשמוע שופר בשבת בשב ואל תעשה.

**עוד דוגמא:** נטילת 4 מינים בסוכות, חכמים אמרו לא ליטול 4 מינים בשבת למרות שמהתורה זה מותר. חכמים פחדו שאם אדם יתקע בשופר בשבת או יטול 4 מינים בסוכות, זה עלול להוביל לפעולות אסורות אחרות בשבת. ולכן אסרו את נטילת ארבעת המינים בשבת בשב ולא תעשה.

חלק מהראשונים אומרים שגם **עיקרון זה מסויג**. כלומר, **גם בשב ואל תעשה**, חכמים יכולים לעקור **רק אם הם לא אוסרים את המצווה לגמרי**. למשל, חכמים לא יכולים להגיד שלעולם אין לתקוע בשופר, אלא הם יכולים להגיד, שרק בשנה שראש השנה חל בשבת לא לתקוע, ואז תקיעת שופר מתבטלת רק כשראש השנה חל בשבת, אבל לא נעקרת לתמיד.

הוראת חכמים שלא לקיים מצווה בקום ועשה:

באופן עקרוני חכמים לא יכולים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה, אבל יש מקרים חריגים בהם זה אפשרי - כגון נסיבות של פיקוח נפש. למשל אדם זקוק לתרופה מצילת חיים, ישנה חובה לחלל את השבת כדי להצילו.

אין סמכות לעקור דבר מהתורה בקום ועשה – מלבד ב- 4 דרכים:

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

נפרט על יכולתם המוגבלת של חכמים לעקור דבר בקום ועשה:

**(1) הפקר בית דין:**

**תוספתא שקלים א, ג**

באמצע חודש אדר שליחי בית הדין היו יוצאים ומפקירים גידולים אסורים באיסור כלאים (איסור לגדל 2 זנים מסוימים ביחד). עקרונית אסור לעשות כלאים אבל הגידולים לא נאסרו ומותרים באכילה. בית הדין שלח שליחים שיעברו ויחפשו אנשים שזרעו כלאים (העדיפו לעבור עברה אבל העיקר לאכול). השליחים יגיעו לשדה ויפקירו את גידולי הכלאים. כך המון העם יכול לבוא ולקחת מהגידולים. יוצא שבעל הגידולים לא מרוויח מהמעשה שלו, והעם מרוויח אוכל.

השאלה: איך בית הדין יכול להכריז על הגידולים הללו הפקר? הרי בפועל הם מותרים והם שייכים לבעל הבית אין זו עבירה על איסור גזל?

הכלל: **הפקר בית דין הפקר** - לבית הדין יש סמכות להפקיר דברים ואין זה נחשה לאיסור גזל.

**יבמות פט, ב**

הגמרא מתארת שעזרא כינס את אספת העם, וכדי לתמרץ את העם להגיע, הוא אומר שמי שלא יבוא לאספה יפקירו את כל רכושו ויחרימוהו. **עזרא השתמש בסמכות בית הדין להפיק ממון בשביל להרתיע את מי שלא יגיע ע"י ענישה, ולא בשביל ליצר סדר חברתי-כלכלי חדש.**

**גיטין לו, א**

רבא אמר: **"הפקר בית דין הפקר".**

מהתורה כל חוב נמחק בשנה השביעית – נקרא שמיטת כספים. דבר זה עלול גרם לאנשים לחשוש להלוות לאחרים כי בשנה השביעית החוב שלהם ימחק ולא יוחזר להם. שמיטת כספים במקור נועדה לעזור לעניים. הלל רואה ששמיטת הכספים מתחילה לפעול נגד העניים. אנשים לא רוצים להלוות להם, מתוך חשש כי כספם לא יוחזר. לכן הוא מתקין תקנה שנקראת **"תקנת פרוזבול"**, מטרת התקנה היא לעקוף את דיני השמיטה בקביעה כי חובות אלו לא ימחקו בשנה השביעית.

איך זה עובד?

חז"ל אומרים שמדין תורה רק חובות פרטיים נמחקים ולא חובות פרטיים השייכים לרשות ציבורית. לכן מדין תורה, **אם פלוני יעביר את שטר החוב שלו לבית הדין החוב הזה לא ימחק**, מאחר שזה הפך לחוב ציבורי ולא פרטי.הלל לקח את העקרון הזה והקל עוד יותר.הוא קבע שלא חייבים למסור את השטר פיזית לבית הדין. אלא **מספיק שהמלווה ילך לבית דין של שלושה אנשים, ויאמר להם נוסח מסוים שהופך את שטר החוב שלו לחוב ציבורי, והחוב לא יישמט.**

הלל חוסך את העברת השטר בהפיכת החוב לחוב ציבורי. במאמר מוסגר, תקנתו הפכה לסטנדרט עד כדי כך שאם תובע טוען שהנתבע חייב לו כסף והנתבע אומר לו שהחוב נמחק, **בית הדין מזכיר לתובע שבטח היה לו שטר פרוזבול שהלך לאיבוד (!!).**

דין זה מעורר קושי, מדין תורה שביעית משמטת, אם כך כיצד הלל יכול לעקוף את השמיטה?

תירוץ אחד של הגמרא הוא כי הלל תיקן את תקנת הפרוזבול **דווקא** **בזמן הזה (של הלל) ששביעית חלה רק מדברי חכמים,** כי **שמיטת כספים בשביעית חלה מהתורה רק כשיש רוב יהודי בארץ ישראל, אך בזמן של הלל אין רוב יהודים בארץ ישראל** (בגלל שבתקופה זו כל דין שמיטת כספים הוא מדברי חכמים הלל יכול לבטל אותו ע"י תקנת פרוזבול).

הגמרא שאלה אח"כ שאלה בכיוון הפוך:

בשביעית בזמן הזה מהתורה אין שמיטת כספים, אך לפני שהלל תיקן את תקנת הפרוזבול, חז"ל באו ואמרו שמתקיימת שמיטת כספים מדברי חכמים.

כיצד חכמים יכלו להשמיט כסף (לבטל חוב) שמהתורה הלווה היה צריך להשיב למלווה?

הגמרא מביאה שני תירוצים:

אביימתרץ שהם תיקנו זאת **בשב ואל תעשה**. כלומר, חובת ההשבה של הלווה להחזיר את החוב היא מצוות עשה, וחכמים יכולים להורות לבטל מצוות עשה בשב ולא תעשה.

רבא מתרץ תירוץ אחר שחשוב לענייננו - **הפקר בית דין הפקר**. מדין תורה אומר רבא, אם לווה מסרב להחזיר למלווה כסף שהוא חייב לו, הוא גזלן. וא"כ זו מצוות לא תעשה (לא תגזול) לא להחזיר את הכסף ולא רק מצוות עשה, הוא מסביר שחכמים למרות זאת יכולים לאפשר ללווה לא להחזיר את הכסף, וזאת מצד שהפקר בית דין הפקר. כלומר שיש לחכמים סמכות להפקיר ממונו של אדם. רואים כאן שהפקר בית דין הפקר יכול לעבוד גם לעניין כנגד איסור של לא תגזול.

**הפקר בית הדין עובד כתיקון חברתי בדיני ממונות, לא רק ככלי ענישה או הרתעה.**

**(2) הוראת שעה:**

**יבמות צ,ב**

הגמרא אומרת שחכמים יכולים לעקור מצווה בהוראת שעה.

**המקור שמתיר לחכמים בהוראת שעה לעבור על איסור תורה בקום עשה מופיע בספר מלכים.**

**מלכים א, יח**

בפסוק זה מאתגר אליהו את אחאב לקיים מבחן. אחאב יביא את נביאי העבודה זרה שלו לכרמל, והם יבנו מזבח וגם אליהו יבנה מזבח ושניהם יקריבו קורבן. במבחן ייבדק למי תרד אש מן השמים ותאכל את הקורבן, וכך יגלו כולם של מי האלוקים האמיתי. לקורבן העבודה הזרה האש לא ירדה מן השמים, ולקורבן של אליהו ירדה אש ושרפה את הקורבן.

בתורה יש איסור במות. במה זה מזבח, וברגע שנבנה בית המקדש בירושלים, **אסור להקריב קורבן מחוץ לבית המקדש שבירושלים**, ואם אין בית המקדש לא מקריבים קורבנות. בזמן אליהו בית המקדש כבר נבנה, אם כך- כיצד אליהו במה מזבח בהר הכרמל והקריב קורבן? התלמוד ענה על השאלה הזו- **אליהו עשה זאת כהוראת שעה, שרעיונה היה להראות לעם שה' הוא האלוקים, ולגרום לעם להפסיק לעבוד עבודה זרה.** אליהו עבר על איסור במות על מנת להתמודד עם בעיית העבודה הזרה עימה התמודד העם באותה שעה.

**רמב"ם ממרים הלכה ב, ד**

מסכם את הכלל לפיו הוראת שעה מותרת:

הכלל הקלאסי להוראת שעה, זה **שהתירו לכתוב את התורה שבע"פ למרות שמהתורה זה אסור.** וזאת משום "עת לעשות לה' הפרו תורתך" – כדי שלא תשכח התורה. זה נקרא הוראת שעה בגלל שלא רוצים לשנות את זה לתמיד, **אלא עושים זאת כדי לחזק את התורה ושמירת המצוות.** "כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה".

נתייחס לעוד נושא בהוראת שעה:

**(3) ענישה במסגרת הוראת שעה**

תנאים לענישה:

1. סנהדרין שיושב בבית המקדש.

2. עדים כשרים שראו את כל המקרה.

3. העדים הזהירו את העבריין לפני המעשה.

4. העבריין ביצע את העבירה מתוך מודעות ובכוונה.

**סנהדרין מו, א**

היה מקרה של אדם שרכב על סוס בשבת בימי היוונים. מהתורה זה לא אסור, אבל חכמים אסרו זאת בשבת. בעיקרון **חכמים לא יכולים לתת עונש מיתה למי שעבר על איסור חכמים** כמו לרכב על סוס בשבת. **למרות זאת מובא כאן מקרה של אדם שרכב על סוס בשבת ובית הדין נתן לו עונש סקילה.** הסיבה היא כי היה **צורך שעה** לחזק את השבת, כדי שאנשים יזהרו יותר בשמירת השבת. כנראה בגלל שזה היה בימי יוונים, והיוונים ניסו להעביר את עם ישראל על דתם, לכן היה צורך יותר גדול לחזק את הדת.

במקור זה מובא עוד סיפור, מסופר על אדם שקיים יחסי אישות עם אשתו בצורה פומבית ולא צנועה. מדין תורה הוא לא היה חייב מלקות, אך חכמים הלקו אותו. וזאת משום שהיה צורך שעה, **חכמים ראו בהוקעת התנהגות זו מקרב העם צורך שעה.**

נעיין בדברי הרמב"ם שפוסק זאת להלכה:

**רמב"ם סנהדין כד, ד-ט**

הרמב"ם פוסק להלכה כי **חכמים יכולים לתת עונש שלא חייבים בו מעיקר הדין בהוראת שעה.**

הרמב"ם בהמשך אומר, שיש חשש שחכמים יעשו שימוש רחב מידי באפשרות שלהם, ולכן הוא מזהיר את החכמים להיות מאוד זהירים בהפעלת הסמכות.

עולה כי יש לחכמים סמכות להטיל הוראת שעה, ואף להעניש, מדובר בחידוש, מאחר ולחכמים אין סמכות הלכתית לדון בדיני נפשות (עונש מיתה או מלקות), מאז שהסנהדרין כבר לא יושב בירושלים. ובכל זאת, יש היתר לבתי הדין לפעול כך בהוראת שעה.

**(4) הפקעת קידושין**

כאשר איש ואישה נישאו לפי ההלכה, הדרך לפרק את הנישואים זה או מוות של אחד הצדדים, או נתינת גט. יש מושג של שליחות, שמשמעו אפשרות למנות שליח לעשות פעולה עבור המשלח ושהתוצאה המשפטית תחול על המשלח ולא על השליח. **אפשר להיות שליח רק בדבר שיש בו פעולה משפטית**, לא שייך לתת לשליח לעשות פעולה שאין לה השלכה משפטית (כמו הנחת תפילין).

גם קידושין אפשר לעשות ע"י שליח, שיקדש שליח אישה בשביל המשלח. הפעולה הפיזית של העברת הטבעת מיד השליח ליד האישה, יוצרת שינוי במעמד של הזוג. גם גט ניתן לתת ע"י שליח, ההשלכה המשפטית תהיה שבני הזוג לא יהיו נשואים.

**המשנה בגיטין ד, א-ד**

ניתן למסור ולקבל גט ע"י שליח, כל עוד השליח לא הגיע לאישה- היא עדיין נשואה. אם הבעל החליט בסוף לא להתגרש יש לו 4 אפשרויות:

1. להשיג את השליח ולהגיד לו לחזור.

2. לשלוח שליח שיעצור את השליח הראשון.

3. לשלוח שליח לאישה ולהגיד לה להתעלם מהגט.

4. ללכת לבית הדין במקום מגוריו להצהיר כי הגט מבוטל.

**אם הגט כבר הגיע לידה של האישה הבעל לא יכול לבטל את הגט**.

המשנה בהמשך (משנה ב) אומרת שבתחילה היה ניתן לבטל את הגט ע"י זה שהבעל היה הולך לבית הדין (כל שלושה אנשים לצורך זה) בעירו, ואומר להם לפני שהשליח היה מגיע לאשתו עם הגט, שהגט שנתן לשליח מבוטל. **הבעיה בדבר הזה שהשליח לא ידע הרבה פעמים שהגט בוטל, וגם האישה לא ידעה על כך, ואז היא עלולה להתחתן עם מישהו אחר בלי לדעת שלא קיבלה גט.** לאור זאת רבן גמליאל ביטל את האפשרות ללכת לבית הדין ולבטל את הגט- **מפני תיקון העולם.** שלא יקרה המצב שתיארנו.

מה קורה אם הבעל התעלם מתקנתו של רבן גמליאל והלך לבטל גט בפני בית הדין. לפי דין תורה ביטול הגט הזה תקף?

האם רבן גמליאל תיקן שגם אם אדם יפעל נגד הוראתו הגט לא יבוטל למרות שמדין תורה הוא בטל? או שמא הוא רק אמר שלכתחילה לא לעשות זאת אבל אם עשו זאת בדיעבד הגט בטל?

בשאלה הזו נחלקו התנאים:

**בבלי מסכת גיטין לג, עמוד א**

הגמרא מביאה ברייתא המתארת מחלוקת בין תנאים הדנים בהיקף תקנתו של רבן גמליאל. התנאים נחלקים בשאלה מה קורה אם אדם עובר על התקנה-

רבי יהודה הנשיא סבר כי רבן גמליאל הסכים שאם **בדיעבד** הבעל עבר על התקנה לפיה אסור לבטל בבית דין וביטל את הגט בבית דין, הגט יהיה **מבוטל**. בגלל שזהו דין תורה ורבן גמליאל לא רצה לעקור אותו.

**מנגד,** סבר רבן שמעון בן גמליאל, שלפי רבן גמליאל, אם אדם עבר על התקנה שלו וביטל את הגט בבית הדין, **אף בדיעבד הביטול שלו לא יחול**, והאישה תהיה מגורשת, למרות שמהתורה היא אינה מגורשת. כלומר לפי רשב"ג התקנה של רבן גמליאל מהווה התערבות משמעותית בדיני האישות. לדבריו רבן גמליאל ביטל את דין התורה לפיו הגט מבוטל, **והתיר איסור אשת איש מהתורה** (חמור מאוד).

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

כיצד רבן גמליאל לפי הסבר רשב"ג יכול היה לעשות זאת?

**התלמוד הבבלי** עונה **שכל המקדש על דעת חכמים מקדש, וחכמים הפקיעו את הקידושין ממנו- הנישואים לא היו תקפים מעולם.**

מה הכוונה? **הכוונה היא שכל אדם כשמקדש אישה מקדש אותה בתנאי מתלה שחכמים יסכימו לקידושין**. לכן, אם חכמים (או במקרה שלנו רבן גמליאל) אומרים שהם לא מסכימים לקידושין, הם יכולים להגיד שהקידושין לא חלים. זה לא שחכמים מבטלים את הקידושים לפי הסבר זה, אלא שהם משתמשים בתנאי המתלה שחל לפני הקידושין, כדי לבטל קידושין למפרע ולהגיד שהקידושין אף פעם לא חלו, כי לא התקיים התנאי שחכמים יסכימו לקידושין. אבל עדיין יש בעיה, איש מקדש אישה בקידושי כסף (טבעת), אז מה קורה עם הכסף שנתן לאישה? **הגמרא עונה שבית הדין** **קובעים שכחלק מזה שהם ביטלו את הקידושין, הם כאילו מפקירים את הכסף שנתן האיש לאישה, ולכן הכסף יכול להישאר אצלה.**

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

למרות שאם חכמים מבטלים את הקידושין, יוצא בדיעבד שכל יחסי האישות שקיימו הזוג היו ללא נישואין, אין בזה כל כך בעיה (יחסית), כי ילדים לזוג שקיים יחסי אישות ללא נישואין, לא הופכים להיות ממזרים.

**ירושלמי גיטין ד' מ"ה, ב**

גם כאן הגמרא מביאה את המחלוקת בין רבי יהודה הנשיא לרבן שמעון בן גמליאל. הירושלמי מוסיף כי **רבן שמעון בן גמליאל כביכול צודק**. אם כן מדוע רבי אמר שמותר לבטל והגט אינו גט? רבי אומר שאי אפשר לעקור דבר תורה ולכן תקנת חכמים לא יכולה להגיד דבר המנוגד לכך.

בהמשך הסוגייה, הגמרא אומרת שדברי רבי אינם נכונים, וכי חכמים יכולים להורות לנו לעקור דבר תורה.

הגמרא מביאה דוגמא כדי להוכיח את טענתה:

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

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

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

**התלמוד הירושלמי** לא מביא את החלק הראשון המובא בתלמוד הבבלי "כל המקדש על דעת חכמים מקדש" - כלומר שאפשר להפקיע את הקידושין. אלא הירושלמי אומר ישר שחכמים ממש יכולים להפקיע את הקידושין, בלי קשר לכך שכל המקדש על דעת חכמים מקדש ע"י תנאי מתלה. **בפשטות לפי הירושלמי ההפקעה של הקידושין אינה למפרע כמו ההבנה של התלמוד הבבלי שמדבר על תנאי מתלה, אלא ביטול הקידושין הוא מכאן ולהבא.** הראשונים נחלקו בשאלה האם חכמים מבטלים את הקידושין למפרע או רק מכאן ולהבא.

(עוד הערה: הפוסקים לא רצו להשתמש בהפקעת קידושין כדי להתיר ממזרים).

**בבלי מסכת בבא בתרא דף מ"ח עמוד ב':**

הסוגייה מדברת על מקרה שבו **איש כפה על אישה להתקדש**.

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

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

**בבלי מסכת יבמות דף ק"י עמוד א':**

אדם שעשה קידושי מחטף, כלומר מדובר בילדה בגיל 12 שאדם מסוים מכנסה לחופה, ואדם אחר מקדים את האיש הראשון ומקדש אותה. חכמים קובעים כי **הקידושין של הילדה עם האדם שחטף אותה אינם קידושין, מכיוון שעשה שלא כהוגן ולכן כך גם מתנהגים אתו.**

לחכמים יש כוח לעקור דבר מן התורה, מכיוון שכל המקדש על דעת חכמים מקדש. רק במקרים שיש צורך מיוחד חכמים מפקיעים את הקידושין. **הנישואין בטלים מכאן ולהבא ולא למפרע.**

הנסיבות להפקעת הקידושין הם נסיבות מיוחדות. לא מדובר באדם שהתנהג בצורה נורמטיבית, אלא הוא סטה מהנורמה. הסטייה לא הייתה מחייבת לביטול הקידושין, אך בגלל סטייה זו חכמים קבעו שכן לבטל את הקידושין.

יש הבדל בין הסוגיות- לפי הניסוח בגיטין כתוב **"כל המקדש, על דעת חכמים מקדש".** לכן, כאשר חכמים מבטלים את הנישואים אנו אומרים שמלכתחילה **היא לא הייתה נשואה לעולם**. ביטול הנישואים הוא למפרע. לעומת זאת בסוגיה בבא בתרא וביבמות הגמרא אינה מביאה את הנוסח של "כל המקדש על דעת חכמים מקדש", אלא רק את העובדה כי **לחכמים יש את הסמכות לבטל את הקידושין**, ולכן הביטול בסוגיות אלה זה **מכאן ולהבא.**

# **הערמה על הדין**

**הערמה היא שימוש בדין כדי לעקוף דין אחר.**

לדוגמא, **תקנת הפרוזבול** היא הערמה על הדין, **שהרי בא הלל הזקן "ועקף" את כללי השמיטה**. יש כאן שימוש בפרוצדורה (מעין תרגיל) שהדין מאפשר אותה, כדי לעקוף את הדין.

דוגמא נוספת לכך היא **ריבית**, ע"פ הדין אסור להלוות בריבית. חכמים יצרו דרך עוקפת לאיסור ריבית באמצעות "היתר עסקה", ובכך הפכו את ההלוואה למעין עסק משותף. בהלוואה מלווים סכום כסף מסוים ועל פי הדין הלווה מחויב להחזיר בדיוק את אותו הסכום שלווה. לעומת זאת, בעסקה עושים שותפות- לאדם יש כסף ולאדם אחר יש ידע , בסוף הם ירוויחו כסף ולכן יתחלקו ברווח או בהפסד. בעסקה יש רווחים ולכן זה לא נחשב ריבית כי האדם מקבל את הרווחים ולא ריבית מהאדם השני. **ההערמה הופכת את היחסים מיחסי מלווה ולווה לשותפים בעסקה.** אם התורה אמרה שאסור לקחת ריבית, איך חכמים יכולים לעשות תרגיל עוקף שכזה?

חכמים לוקחים דין ומשתמשים בו כדי לעקוף דין אחר. כיצד זה דבר לגיטימי?

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

אדם שיש לו תוצרת חקלאית צריך להפריש תרומה (לפי חז"ל 2%, לפי התורה קצת פחות) ורק לכוהנים ומשפחתם מותר לאכול את התרומה. ר' טרפון היה כהן וקיבל את התרומות. היה לו הרבה תרומות ובאותה שנה היה מצב כלכלי קשה מאוד. הלך ר' טרפון והתחתן עם 300 נשים, במטרה לתת אוכל לכל אותן 300 נשים. מדובר על שימוש במושג משפטי של נישואים שהוא למעשה לגיטימי (מדין תורה מותר להתחתן עם יותר מאישה אחת). כמובן שר' טרפון לא התכוון לחיות איתן, מדובר בנישואים פיקטיביים. ר' טרפון לא עשה מעשה שלא כדין, הוא נשא אותם כדין, אך מבחינה מהותית לא התכוון לכך, כל מה שהתכוון הוא **שפורמאלית** יהיו נשואות לו. **ר' טרפון הערים על הדין. משמע, השתמש בכלים של הדין על מנת לעקוף את האיסור.**

**משנה מסכת מעשר שני פרק ד משנה ד-ה**

אחרי שאדם הפריש תרומה הוא צריך להפריש עוד מעשרות (10%), ובשנים מסוימות מתוך מחזור שנות השמיטה, עליו להפריש מעשר שני. דינו של מעשר פירות שני הוא העלאת הפירות לירושלים ואכילתם שם. התורה הבינה שקשה לקיים את הדין הזה, מה אם אתה גר רחוק ויש לך המון פירות? הפתרון: לפדות (להמיר) את המעשר בכסף ואת הכסף לקחת לירושלים ולהשתמש בו שם, אך מי שבוחר בדרך הזו צריך להוסיף "חומש" (25%). אדם צד ג' שפודה מעשר שני- לא צריך להוסיף חומש.

**המשנה אומרת שניתן להערים על מעשר שני (להימנע מתוספת החומש) איך? לתת לבן הגדול שלך כסף בשווי הפירות, הוא יפדה את הפירות בכסף, יחזיר את הכסף לאב- האב ייחשב צד ג' ולא יצטרך להוסיף חומש.**

בעצם לקחנו את האפשרות לתת מתנה, ואת האפשרות להעביר את פדיון הפירות לצד ג'. באופן מלאכותי, כי הרי ברור שלא נתן לבנו סתם את הכסף, אלא על מנת להיפטר מתשלום החומש.

**עוד דרך** להערים על הדין ולהימנע מתשלום חומש: בהימצאותי בשדה, אני נותן את הפירות לחבר במתנה, ואז החבר מחזיר לי ואני נחשב צד ג' ולא צריך לשלם חומש. **מתנה מלאכותית לצורך הערמה על הדין.**

**בבלי מסכת נדרים דף מח עמוד א**

יש בהלכה מושג שנקרא "נדר". ברגע שנדרתי נדר, אסור לי להפר אותו, ואם אפר אותו- אחשב כעובר עברה. באמצעות נדר ניתן לקבל על עצמך התחייבויות.

**אדם קיבל על עצמו נדר** לא להנות מרכושו של שכנו (מתנות, אוכל, רכוש). נדר כזה תופס. הנודר נתקל בבעיה - אין לו אוכל. האופציה היחידה שלו היא ללכת לשכנו ולבקש אוכל. **מה יעשה הנודר?** או למשל אם יזמין אותו שכנו לחתונה של בנו.. **מה יעשה?**

על השכן לקחת אוכל, לתת אותו למישהו אחר במתנה ואז הנודר יוכל לקחת את זה ממנו ולא ייצא שהוא נהנה מרכוש שכנו - אלא מרכוש של מישהו אחר. ברור שהשכן לא רוצה לתת את המתנה לאיש האחר, אלא לשכן הנודר. **זוהי מתנה שניתנה לצורך פורמאלי לצורך הסדרת מעמד משפטי.**

מעשה באב בבית חורון שנדר לא להנות מרכוש בנו. הבן מחתן את בנו (הנכד) ומעוניין שאביו יבוא לחתונה. אך האב לא יכול, הוא נדר נדר. הלך הבן לשכן שלו ואמר לו "אני נותן לך את סעודת החתונה במתנה, כי אבי נדר שלא להנות מרכושי". השכן אומר לו "אוקיי, אני מקדיש את המתנה לשם שמיים, תרומה". אמר לו הבן – " נתתי לך את שלי כדי שתקדיש זאת לשמים?? נתתי לך את זה כדי שאבי יוכל להשתתף!!" - **ההערמה לא עבדה כאן. למה??**

מה ההבדל? **האפשרות להערים על הדין ניתנת בתנאי שהפעולה תעשה כדין- אם הבן היה נותן לשכנו בצורה אמיתית, זה היה נחשב.** אך מאחר שנתן לו את המתנה ואמר לו אבל אל תעשה ככה וככה. לא באמת ניתנה פה מתנה. ברגע שהבן נתן לו "מתנה" ואמר לו- "אני נותן לך כדי שאבי יוכל לאכול, ואתה לא יכול להקדיש את זה לשם שמיים" המתנה לא נחשבת אמיתית. אם היה השכן נותן לשם שמיים והבן לא היה אומר לו לא- ההערמה הייתה תופסת. המתנה המלאכותית צריכה להינתן באמת בצורה מלאה ואמיתית. בעצם השכן העמיד אותו באיזה מבחן, והבן נכשל במבחן.

**בדוגמא הקודמת של קידוש 300 נשים, הפעולה נעשתה כדין, אכן הוא לא התכוון לחיות איתן, אך קידש אותן כהלכה על מנת לתת להן אוכל**. גם פה, המתנה לא ניתנה על מנת להעשיר את השכן, אך היה צריך לתת את המתנה בלי להגיד לשכן מה לעשות בה ומה לא- כי אז זו לא באמת מתנה.

**תלמוד בבלי מסכת שבת דף קכד עמוד א**

יש כלל בתורה לפיו אסור לאדם לשחוט באותו היום את הפרה והעגל שלה ("אותה ואת בנה"). הגמרא דנה במקרה שהפרה והעגל נפלו לבור ביום טוב. הבעייתיות כאן היא שמותר להוציא מהבור את הפרה רק אם זה לצורך אכילה (אחרת האדם עובר על איסור מלאכה ביום טוב), ולכן מותר להוציא מהבור רק אחד מהם- מכיוון שאסור לשחוט את שניהם באותו היום. על כן, ר' יהושע אומר שכדי להוציא את שניהם יש **להשתמש בתרגיל.** האדם יוציא את הפרה בתחילה כדי לשחוט אותה, אך לאחר שיוציא אותה יגיד שהוא לא רוצה אותה אלא הוא רוצה את העגל ולכן מוציא גם את העגל מהבור. **התרגיל ברור - יש במקרה הזה צער בעלי חיים, ולכן מנסים למצוא תרגיל להוציא את הפרה השנייה**. דוגמא זו יחסית פשוטה, כי פה ברור לגמרי מה עומד מאחורי ההערמה הזאת- אין כאן רווח של אי תשלום חומש, או לאכילת עוד פרה- מדובר במטרת מניעת צער בעלי חיים.

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

**לא מדמים הערמה להערמה**. מקום שבו ההערמה מותרת, לא מסיקים ממנה שהערמה אחרת מותרת. "לא אומרים זו דומה לזו" כי זו דרך קצת בעייתית. בעצם אומר הרשב"א **שיש להיות** **זהירים** ולא להשתמש בהערמה **בצורה מתירנית.**

**רש"י, ביצה, יז, ב**

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

רש"י אומר **שלפעמים הערמה יותר גרועה ממזיד**, מכיוון שזה נראה שאדם עושה דבר שהוא בסדר, ולכן אנשים ילמדו ממעשיו, לכן חכמים החליטו לתת לאותו אדם קנס. לעומת זאת, מי שעושה במזיד אנשים יודעים שהוא רשע ולא ילמדו ממנו.

**מצד אחד יש אפשרות לעקוף את הדין על ידי הערמה, אך מצד שני השימוש בה צריך להיות מבוקר.**

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

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

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

כיצד הערמה זה דבר לגיטימי? הרי זה נראה שאנו "עובדים על אלוקים", כיצד זה יתכן?

אלוקים נותן לנו את הכלים הללו ולכן זה אפשרי. אנחנו לא עובדים על התורה אלא לוקחים את הכללים של התורה ומשתמשים בהם בהתאם לנסיבות כשצריך. **אי אפשר לגמרי לעקור דבר מהתורה, אך בנסיבות המתאימות ניתן לעשות מעין תרגיל.**

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

אדם לא יכול להערים על הדין אם זה מזיק לאדם אחר. כאשר אדם חייב כסף לאחד אחר, הוא חייב לפרוע את החוב. נניח אדם לא רוצה לפרוע את החוב ולכן הוא נותן את כל רכושו לאדם שלישי. כשבאים לפרוע את החוב, האדם יגיד שאין לו כסף כדי להחזיר לו את החוב. פה האדם לא רצה להשיב את החוב ולכן נתן לאדם אחר את הרכוש שלו במתנה. אך כולם יודעים שהמתנה הזאת לא אמיתית. **השולחן ערוך אומר שהערמה זו לא תופסת כי היא מזיקה לאדם שחייבים לו את החוב.**

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

**שו"ת הרא"ש כלל עח סימן א**

כאשר אדם חייב כסף לאדם אחר ולכן מעביר את כל כספו לאדם שלישי כדי להימנע מפירעון החוב- **זה לא תופס.**

**עולה מכלל הדוגמאות שכאשר ההערמה נעשית על מנת לפגוע באדם אחר- ההערמה לא תופסת. אך אם ההערמה באה לעקוף איסור דתי, הדבר מתאפשר.**

# **ביטול תקנות חכמים**

ראינו כי לחכמים הסמכות להתקין תקנות: האם ניתן לבטל תקנת חכמים?

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

מתי חכמים יכולים לבטל תקנות שחכמים לפניהם תקנו?

ברור שבמקרים שאפשר לבטל דין תורה, אפשר גם לבטל דין חכמים. למשל לבטל תקנת חכמים בהוראת שעה.

**דוגמא המחדדת את השאלה:** מקרה של יום טוב שני של גלויות (בני חוץ לארץ).

בתקופת המשנה היו קובעים מתי יחול ראש חודש על ידי עדים שראו את הלבנה. מאחר שלא היו מספיקים להודיע למקומות בחוץ לארץ מתי חל ראש חודש, היו שומרים בחוץ לארץ מחמת ספק יום טוב נוסף. באיזה שלב, כבר היה לוח מסודר מתי חל ראש חודש בלי צורך להסתמך על עדים. לכן לא היה צריך להודיע לכולם, כי כולם ידעו מתי חל ראש חודש על פי הלוח. למרות זאת חכמים לא ביטלו את יום טוב שני של גלויות, כי חששו שבהמשך כשיבנה בית המקדש ויחזרו לקבוע מתי ראש חודש על פי עדים, עלולים לשכוח את כיצד לעשות זאת. לכאורה כיום כבר לא רלוונטי לעשות יום טוב שני בחו"ל מחמת ספק מתי ראש חודש חל, כי גם אם נחזור לקבוע ראש חודש ע"י עדים, קל להודיע לרבים מתי ראש חודש חל ע"י אמצעי התקשורת. **נשאלת השאלה האם חכמים יכולים לבטל את התקנה שנקבעה לעשות יום טוב שני בחו"ל.** מקרה זה עוד פשוט יחסית, כי טעם התקנה כתוב. ועדיין זה לא כזה פשוט, והראייה לכך שלא ביטלו את יום טוב שני של גלויות.

**תקנות שבהן הטעם מוכר לנו:**

**משנה גיטין ד, ו**

המשנה אומרת שאין פודים אנשים שנלקחו בשבי יותר מכדי דמיהם. כלומר, אסור לפדות שבויים ביותר מהשווי שהם שווים. הטעם לכך אומרת המשנה מפני תיקון העולם.

הגמרא מביאה שני הסברים למה הכוונה **"מפני תיקון העולם"**. דעה אחת אומרת, שהכוונה שלא פודים שבויים ביותר משווים כדי **לא להכביד כלכלית** על הציבור. דעה אחת מסבירה שכוונת תיקון העולם היא **לא לעודד חטיפה** של עוד יהודים. הנפקות בין הטעמים, במקרה שיש קרוב של השבוי שמוכן לשלם בעצמו כדי לפדות את קרובו. מהטעם של הכבדה כלכלית יהיה מותר לפדות, כי הוא לא מכביד על הציבור אלא משלם בעצמו, אך מהטעם שלא ירבו לחטוף יהודים, יהיה אסור גם לאדם פרטי לפדות שבוי ביותר מערכו.

דוגמא נוספת לתקנת חכמים שהטעם שלה ידוע:

**משנה גיטין ה, ח**

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

דוגמא נוספת- אדם שם רשת במרחב ציבורי כדי לתפוס בה חיות או דגים, יכול אדם אחר לקחת את מה שנתפס ברשת, כי זה מרחב ציבורי ולא רשות פרטית, בדומה לכך גם עם רשת צייד. חכמים תיקנו שזה יהיה גזל לקחת את מה שנתפס ברשת **מפני דרכי שלום** (שלא יהיה ריבים).

דוגמא נוספת- חרש (לא שומע ולא מדבר), שוטה וקטן אין להם קניין, ומהתורה מי שלקח מהם חפץ לא גזל מהם. **אבל חכמים תקנו מפני דרכי שלום שיש איסור לגזול מהם**.

יש תקנות שחכמים לא הביאו את הטעם, ואפילו לפעמים בכוונה.

**תקנות שלא מובא בהן הטעם:**

**עבודה זרה לה, א**

האמורא עולא אמר שכאשר חכמים היו גוזרים גזירה בארץ ישראל לא היו מגלים את הטעם ב-12 החודשים הראשונים, כדי שהציבור יקיים אותן. הסיבה לכך, נובעת מכך שהתוקף של תקנות חכמים שהציבור לא קיים אותן הוא מוחלש. **לחכמים היה רצון שהציבור יקבל את הגזירות, וכאשר לא אמרו את הטעם, זה הגדיל את הסיכוי שאנשים ישמרו על התקנות**. זאת מאחר שכאשר שאנשים לא יודעים מה טעם התקנה, הם לא יכולים להתלבט האם הם מסכימים עם טעם התקנה, ולכן רבים יקיימו את התקנה בתמימות.

יש מקור בגמרא לפיו במקרים מסוימים חכמים אף נתנו טעם לא נכון כדי שהציבור יקשיב להם.

**כשטעם התקנה לא כתוב יותר קשה לבטל את תקנת החכמים.** הסיבה לכך שאולי הטעם שחכמים תקנו את התקנה הוא בגלל סיבה מסוימת שאנחנו לא יודעים, ולכן יותר נחשוש לבטל את התקנה מהטעם שהיא כבר לא רלוונטית. כהערה מקדימה, לפי הרמב"ם זה לא משנה האם הטעם כתוב או לא, אבל לפי חכמים אחרים יש לכך משמעות.

נקודות המוצא היא המשנה בעדויות:

**משנה עדויות א, ה**

המשנה אמרה שבית דין לא יכול לבטל דברי בית דין אחר, **עד שיהיה גדול ממנו בחוכמה ובמניין** (תנאים מצטברים). בחוכמה הכוונה שהחכמים בבית הדין המבטל הם גדולים יותר בחוכמה מאלה שתיקנו את התקנה. לגבי גדול במניין יש כמה הסברים: יש אומרים שיש **יותר חכמים שמבטלים** מאשר אלה שתיקנו את התקנה (אבל זה בעייתי כי יש רק 71 חכמים שיושבים בבית הדין), יש אומרים שבמניין הכוונה **למספר התלמידים**, ויש אומרים שהכוונה **לכמות החכמים** שהסכימו לדעת חכמים שתיקנו את התקנה.

**עבודה זרה לו, א-לו, ב**

הגמרא אומרת שישנם 18 תקנות שאפילו אליהו הנביא ובית דינו לא יכולים לבטלן (אליהו ובית דינו מהווים את בית הדין הכי נחשב). השמונה עשרה גזירות המדוברות בסוגייה זו הן תקנות שחכמים תיקנו כאשר הם התכנסו. גזירות אלו תוקנו ע"י בית שמאי, שניצלו את המצב שהם היו מרובים מבית הלל, וגזרו 18 גזירות שהם חשבו שהיו נצרכות. **ניתן לראות שישנם גזירות שלא ניתנות לביטול גם אם בית הדין גדול בחכמה ובמניין.**

בהמשך הסוגייה נאמר כי **תוקף של תקנה מושפע מהעובדה אם היא פשטה בכל ישראל או לא- האם הציבור קיבל את התקנה?**

**בנוסף,** **לא גוזרים גזירה על הציבור אלא אם רוב הציבור יכולים לעמוד בה.** חכמים צריכים לחשוב מראש האם הציבור יוכל לעמוד בגזירה שגזרו. לכן, אם החכמים חושבים שהציבור לא יכול לעמוד בגזירה מסוימת, הם לא יגזרו אותה מלכתחילה. אין טעם להטיל כל מיני מגבלות על הציבור אם הם בכל מקרה לא יוכלו לעמוד בהן.

**רמב"ם ממרים ב, ב-ג**

במקרה בו בית דין גזרו גזריה או תקנה, והדבר פשט בכל ישראל, ועמד בית דין אחריהם וביקש לעקור את אותה התקנה, **אינו יכול עד שיהיה גדול בחכמה ובמניין**, ושני התנאים הינם מצטברים.

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

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

**רמב"ם ממרים ב, ה-ז**

**לא גוזרים גזירה על הציבור אלא אם כן הציבור יכול לעמוד בה**. החכמים צריכים מראש לשקול האם הציבור יכול לעמוד בתקנה או לא. אם בית הדין העריכו שהציבור יכול לעמוד בגזירה, אך בפועל הגזירה לא תפסה (מכיוון שכנראה הם טעו בהערכה שלהם), התקנה בטלה והחכמים לא רשאים לאכוף אותה. **הואיל ומראש הציבור לא קיבל את התקנה, היא לעולם לא נכנסה לתוקף ולכן היא בטלה מאליה**. אם חכמים גזרו גזירה מתוך מחשבה שהציבור יוכל לעמוד בה, ואכן הגזירה התפשטה בכל ישראל. לאחר זמן החכמים בדור הבא רואים שבפועל התקנה לא תפסה ורוב הציבור לא קיבל אותה- תקנה כזאת ניתן לבטל גם אם בית הדין בדור המאוחר לא גדול בחכמה ובמניין. **תקנה מסוג זה לא בטלה מאליה אלא ניתנת לביטול.**

**רמב"ם ממרים ב, ב**

גם אם הטעם ידוע והטעם התבטל צריך ביטול ע"י בית דין גדול בחכמה ובמניין, **כל זמן שרוצים לבטל תקנה צריך בית דין גדול בחכמה ובמניין.**

**ביצה ה, א**

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

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

**הראב"ד**

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

**שו"ת הרא"ש ב, ח**

אם הטעם ידוע והטעם מתבטל, **לא צריך בית דין שיבטל את התקנה והיא מתבטלת מאליה.**

**רדב"ז ממרים ב, ב**

**התקנה מתבטלת מאליה כי כביכול התקנה הותנתה מראש בתנאי מסוים, וברגע שהתנאי בטל התקנה גם כן בטלה.** מראש כאשר חכמים התקינו את התקנה, הם הגבילו אותה בנסיבות מסוימות. כביכול חכמים אמרו שהתקנה בתוקף כל עוד הנסיבות לא משנות, ולכן לא צריך בית דין שיבטל את התקנה.

# **תקנות קהל**

**תוספתא בבא מציעא יא**

התוספתא אומרת שכופים בני העיר זה את זה לבנות בית כנסת, לקבוע קנסות ולקבוע מחירים מוסכמים. למשל בהלכה כד, רשאים הצבעים להגיד שכל מקח שיבוא לעיר, יהיו כולם שותפים בו ולא יתחרו אחד בשני. עוד דוגמא, רשאים ספנים להגיד שכל מי שטובעת ספינתו, קונים לו ספינה אחרת, כל עוד הוא לא התרשל.

ממקור זה אנו לומדים **שיש אפשרות לבני העיר להתקין תקנות** שנוגעות לצרכי ציבור, לקנסות ולאכיפת דברים ציבוריים.

**תשובות הגאונים שערי צדק חלק ד' ש"ד, ט"ז:**

לזקנים (המנהיגים) יש סמכות להתקין תקנות, וכך גם **לכל הציבור** יש את אותה סמכות שיש **למנהיגים**, והם יכולים להתקין תקנות ולכפות את הציבור לפעול ע"פ התקנות. גם בתקנות הקהל התקנה צריכה להיות שוויונית ולא אחת שבאה לקפח את דעת המיעוט.

**שו"ת רבינו גרשום מאור הגולה סימן סז**

לפי **דיני השבת אבדה**, מוצא אבדה צריך להחזיר לבעליו את האבדה כל עוד הוא לא התייאש מלמצוא אותה. המשנה אומרת שאבדה שנסחפה בזרם מים, אפשר לקחת אותה כי ההנחה היא שהאדם התייאש מלמצוא את האבדה. קרה מקרה מיוחד, של ספינה שטבעה במים, וחלק מהאנשים הצליחו להינצל ולקחו חלק מהרכוש (זאת לפי ההלכה שאבדה שנסחפה במים מותר לקחתה). **הציבור הסכימו בניהם להחזיר את האבדות לבעלים, למרות ש"שטפן הנהר".** הם יכלו לעשות זאת למרות שמדין תורה לא צריך להחזיר אבדה במקרה זה, בגלל שהפקר בית דין הפקר (יש כוח לחכמים להפקיר רכוש). שואל רבינו גרשום, כיצד אנשים פשוטים יכולים לתקן זאת? והוא עונה **שברגע שהקהל או פרנסי הקהל התקינו תקנה, היא הופכת לתקנה מחייבת**, ולא רק בית דין חשוב כמו הסנהדרין יכול לעשות זאת.

**שו"ת יכין ובועז ב, כ**

לא רק לבית דין, אלא גם לציבור יש כוח להתקין תקנות. הציבור יכולים להעניש ולהפקיר ממון (בתנאי שיהיה בעצת אדם חשוב – נשאיר לאח"כ). **משווה את הציבור לבית הדין**. במקום שיש בית דין הוא יעשה את זה, אבל **אם אין**, אז הציבור יכול להתקין תקנות.

**שו"ת הרשב"א ד, קפה**

האם ציבור יכולים להתקין תקנות, לקנוס ולהעניש גם לפי דינים שלא מופיעים בתורה?

כן, ציבור יכול לעשות זאת, ו**יש לזה תוקף כמו לדין תורה**. אך זה בתנאי שכולם הסכימו לתקנה- **פה אחד**. כל חבורה שיש להם משהו משותף כמו החמרים, הצבעים וכו', נחשבים כעיר בפני עצמה והם יכולים לעשות תקנות והסכמים **שמחייבים את כל הקבוצה.**

**שו"ת הרשב"א א, א-רו**

לפי דין תורה מספיק לקדש אישה בפני שני עדים. האם יש תוקף לתקנה שתקנו קהל, שכל מי שיקדש שלא בפני עשרה לא יהיו קידושיו קידושין?

התפתחה תופעה שאנשים נהגו כפריצים ועשו קידושי מחטף- הם היו מקדשים אישה בסתר, לוקחים אישה בפני שני עדים (לפעמים האישה לא ידעה שיש עדים כי לפעמים הסתירו אותם), ובגלל שהאישה לא הייתה מבינה מה בדיוק קורה, היא הייתה מסכימה לקידושין ואז היא נחשבת אישה מקודשת.

לכן שאלו את הרשב"א האם יש כוח ביד הציבור להתקין תקנה שמשמעותה לבטל איסור תורה. הרשב"א עונה שנראה לו **בבירור** שבני העיר רשאים לעשות כן, **אך בתנאי שכל אנשי העיר הסכימו לכך**. משמעות התקנה היא שאנו מתירים אישה שע"פ דין תורה היא מקודשת, להתקדש לאיש אחר והיא לא נחשבת לאשת איש (מהקידושין הראשונים). **הקהל יכול לבטל קידושין כמו שבית הדין רשאי.**

הסיבה לכך היא שהציבור יכולים להפקיר ממון של אדם פרטי. לכן, על ידי זה שהם **מפקירים את ממונו של מי שקידש**, זה כאילו קידושיה של האישה בכסף לא התקיימו, מאחר שהכסף לא היה שלו. **רואים שגם במקרה של דין תורה תקנת קהל יכולה לחול.**

**שו"ת הרשב"א ג, תיא**

האם תקנות הקהל פועלות מדין **תקנה** או מדין **הסכם**? הרשב"א אומר שזה עובד **מדין תקנה**, ולכן אפשר לעשות זאת גם נגד יחידים שלא קיבלו על עצמם את התקנה. אבל צריך לעשות תקנה שרוב הציבור יכולים לעמוד בה. הוא אומר שהמעמד של תקנת הקהל, היא **כשל** בין הדין הגדול לעניין הזה, ולכן **גם מי שלא מסכים לתקנה מחויב אליה.**

**שו"ת הרא"ש ו,ה, ו,**

**מיעוט מחויב להחלטת הרוב**, כי אם לא כן, אף פעם לא יסכימו הקהל על שום דבר. אם יהיו יחידים שלא יהיו מחויבים לשלם למשל, אף אחד לא ירצה להיות הפראייר שמשלם, כשיש כאלה שלא משלמים. לכן קובע שגם היחידים מחויבים לקביעת הרוב.

**שו"ב לב ישמח חו"מ ה**

קובע **שאדם שלא היה** בישיבה שקבעו בה את התקנה, **לא פטור מהתקנה**. כי אם נגיד שהוא יהיה פטור, כל אחד שלא נראית בעיניו ההחלטה, לא יהיה בישיבה שקובעים אותה, כדי להיפטר ממחויבות כלפיה.

ישנה גישה אחרת:

**מרדכי בבא קמא, קעט**

התקנה מחייבת **רק מי שהיה חלק מהתקנה** - גם מיעוט שהתנגד מחויב לתקנה. אבל מי שלא היה בזמן התקנה כגון שלא היה בזמן האספה, הצטרף לעיר מאוחר יותר, או נולד מאוחר יותר, התקנה לא מחייבת אותו. זה עדיין לא לגמרי עובד מדין הסכם כי כן הרוב יכול לכפות על מיעוט, אבל התקנה **לא חלה על מי שלא היה חלק מהתהליך**. לדבריו, זו הופכת למעין **תקנה מוגבלת**. זאת כי אם לא הסכים מראש כביכול התקנה נחשבת כהסכם, ובהסכם אפשר לחייב רק את הצדדים הקשורים להסכם ולא את כולם.

**שו"ת הרשב"א א, תרי"ז**

תקנות הקהל לא חייבות להיקבע ע"י כל הקהל, אלא מספיק שקבעו אותן **שבעת טובי העיר**. אין הכוונה האנשים החכמים בתורה דווקא, אלא **לפרנסי העיר** שהציבור בחר בהם להיות ממונים על ענייני העיר.

**רואים שהסמכות להתקין תקנות עברה מהחכמים אל פרנסי הקהל**.

איך מתקבלות ההחלטות בשבעת טובי העיר? יש דיון באחרונים האם צריך פה אחד והאם צריך שכולם יהיו נוכחים בהצבעה....

פיקוח על תקנות קהל

**בבא בתרא ט, א**

הסוגייה בגמרא מספרת שהיה הסכם בין שוחטים שכל שוחט יש לו את היום שבו הוא שוחט. וההסכם קבע שמי שישחט ביום של חברו, יקרעו לו את העור של מה ששחט (ששימש כשכר עבור השחיטה). היה שוחט ששחט ביום שלא שלו וקרעו לו את העור כפי ההסכם. הוא הלך לאמורא רבא לקבל פיצוי, ורבא באמת חייב את מי שקרע את העור לשלם פיצוי. הגמרא שאלה למה, הרי ראינו בברייתא שאנשי העיר יכולים לעשות הסדרים בניהם כולל לקנוס מי שמפר את הסכם? הגמרא ענתה שאם יש **אדם חשוב בעיר** לא ניתן לקבוע הסדרים ללא הסכמתו ובעיר זו היה אדם חשוב שלא ביקשו את אישורו לפני ההסכם. נניח שאדם חשוב לצורך העניין שלנו זה תלמיד חכם.

מתעוררות שתי שאלות:

נתחיל בשאלה הראשונה ונביא נימוק אחד, ועוד נימוק המתחלק לשניים:

**א)** **למה** צריך אישור של אדם חשוב?

**א**(1) מפאת **כבודו** של אדם חשוב. זה לא מכובד לעשות הסכמים הנוגעים לכלל שלא בכפוף לאישורו.

(2) האישור של אדם חשוב הוא לא רק מטעמי כבוד, אלא **עניין מהותי**. זה סוג של איזון או פיקוח מול רשויות. פיקוח על מה? שתי אפשרויות ניתן לתת: **א)** **פיקוח הלכתי** - להבטיח שלא נעשים דברים החורגים מגבולות ההלכה**ב)** יכול להיות שזה לא פיקוח הלכתי, אלא יותר **פיקוח חברתי**. כלומר לבדוק שבעלי מקצועות לא עושים הסכמים המעלים מחירים או פוגעים בציבור בצורה אחרת. האישור מוודא שההסדר לא פוגע באופן מהותי בציבור. שיקול זה אמנם יותר בולט בחשיבותו נגד אגודה מקצועית שלא תעשוק את הציבור, אבל הוא חשוב גם כנגד תקנה של כל הקהל שהרוב לא יעשוק את המיעוט למשל.

**ב)** **מתי** צריך היתר של אדם חשוב, האם רק כשמדובר בהסדר של אגודה מקצועית או גם בתקנת קהל עבור כלל הציבור?

אם **טעם האישור** הוא מפאת **כבודו** של האדם החשוב לכאורה, זה לא משנה אם זה תקנת קהל כללית או של אגודה מקצועית. אם **מטרת האישור** להבטיח שלא תהיה **פגיעה בציבור** זה הרבה יותר משמעותי כשמדובר באגודה מקצועית, אך פחות משמעותי בתקנות קהל, וזאת מאחר שבתקנות של כל הקהל האינטרסים של כולם נמצאים על השולחן. אבל גם כאן זה יכול להיות משמעותי. אם מטרת האישור היא **משיקול הלכתי** זה לכאורה **משמעותי בשני המקרים**.

**שו"ת הירב"ש שצט:**

האישור של אדם חשוב, חשוב במקרה של **"בני אומנויות"**, אבל בני העיר יכולים להתקין תקנות גם בלי הסכמתו של אדם חשוב. כדי שלא יקפחו את שאר בני העיר.

**רא"ש בבא בתרא א', ג'**

לטענתו, אדם חשוב יכול להיות רבא, שהוא מנהיג בעיר ומגדולי האמוראים. בכל תקנת קהל, גם אם היא לא קשורה לאגודות מקצועיות, **נדרש אישור של איש חכם**. לטענת הרא"ש, הסיבה להיוועצות עם אדם חכם היא לשם **פיקוח** הלכתי או עניין של **כבוד** .

**שו"ת הריב"ש, שה**

עוסק בשטרות חוזיים (שטר מכר, הלוואה, וכו'). מסופר על תקנה שהתקין הקהל, לפיה כל שטר שהותקן על ידי הדין הזר מקובל גם בעסקאות בין יהודי ליהודי, בניגוד לדינים שהותקנו בנוגע למראה השטר בהלכה היהודית (כלומר, השטרות הזרים לא עמדו בכללי ההלכה בנוגע למראם). לפי הריב"ש, **ניתן** יהיה לקבל תקנת קהל ו**להתנות עלייה**. עם זאת, **אי אפשר לעבור** לשם כך **על איסור** הלכה (לצורך העניין, אם יש סעיף העוסק בריבית, שאסורה בהלכה). במקרה בו יש סעיף עליו חל איסור הלכה, הוא מבוטל (ולא כל השטר!).

**שו"ת הרשב"א ז', רמ"ד**

מסופר על **משחקי מזל**. בעקרון, משחקי מזל מעוררים בעיה הלכתית. למה? במשחקי מזל, יש מנצח ומפסיד. אם אדם ניצח והמפסיד נותן לו כסף, ייתכן שהוא לא עושה את זה בגמירות דעת ואז עולה **חשש לאיסור גזל**, גם אם הוא עקיף.

הקהל החליט להתקין תקנה לפיה משחקי מזל מוחרמים ואסור לשחק בהם, ואז חלק קטן ממנו רצה להתיר. שואלים האם ניתן להתיר משחקי מזל? אסור. למה? **תקנת הקהל לא יכולה להתיר איסור בהלכה.**

# **מנהג**

הקדמה-

עד כה, עסקנו בשתי דרכים ליצור נורמות בהלכה: תקנת חכמים ותקנת הקהל. כעת נדון בדרך השלישית: **מנהג.**

מנהג הוא דבר ש"צומח מלמטה", כלומר מגיע מהעם. צריך להבחין בין שני סוגי מנהגים. ראינו שיש מדרש יוצר (יוצר הלכה חדשה מדרשה) ומדרש מקיים (הסמכת הלכה מוכרת על פסוק). יש מנהג יוצר שיוצר הלכה חדשה והוא מקור נורמטיבי, ויש מנהג מקיים שרק עוזר לנו לשחזר הלכה קיימת.

ביחס למנהג מקיים שרק מזכיר הלכה- נביא כמה מקורות:

**סוגייה במסכת פסחים סו ע"א**

הייתה שאלה על פסח שחל בשבת, כששכחו להביא סכין לפני שבת ורוצים לטלטל את הסכין בשבת כדי לשחוט איתה את קרבן הפסח. הלל שכח את ההלכה ואמר כי יש לראות מה העם נוהג. אח"כ ראו שכל הציבור שמו את הסכין בתור הצמר או בין הקרניים של הגדי או הטלה וככה טלטלו את הסכין. הלל ראה את זה ונזכר שכך שמע באמת משמעיה ואבטליון שזו ההלכה.

במקרה זה המנהג לא יצר דבר חדש, אלא הלל שכח מה עושים, **וע"י ראיית מנהג הציבור ידע מה היא ההלכה**.

דוגמא נוספת:

**טור חושן משפט סימן שסח**

ההלכה קובעת שאדם שגזלו לו חפץ (לקחו מולו חפץ באור יום) לא מתייאש מלהשיג את החפץ (בגלל שיודע מי גזל ממנו), ולכן הקונה מהגזלן צריך להחזיר את החפץ לבעלים המקורי. אבל אדם שגנבו ממנו (לקחו ממנו בסתר) **ההלכה אומרת שהוא מתייאש מלהחזיר את החפץ שלו** (כי הוא לא יודע מי הבעלים) ולכן הקונה מגנב לא צריך להחזיר לבעלים המקורי את החפץ. **היה מנהג באותו מקום שהקונה גם מגנב וגם גזלן מחזיר לבעלים** (בעוד לפי ההלכה לא צריך להחזיר בקונה מגנב). ועוד מנהג היה במקום שהבעלים צריכים לשלם לקונה, את התמורה ששילם לגנב/גזלן.

**הטור אומר שיש לקיים את המנהג כי יש למנהג ערך. זה נלמד מפסוק בתורה "לא תסיג גבול רעך אשר גבלו ראשונים".** פשט הפסוק לא מדבר על מנהגים אלא מדבר על לא להשיג גבול של נחלה שלא שלך. הטור מצא אסמכתא (רמז) מהתורה שלא לסטות ממנהגים שקבעו הראשונים. סתירה?! לא, זה מקור דיי חלש, אבל יש כאן צורת דרישה מסוימת המחייבת לציית למנהג.

מהיכן לומדים שיש למנהג ערך ושיש חובה לציית למנהגים?

**ילקוט שמעוני משלי כ"ב, כ"ג**:

כתוב בפסוק **"אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך"-** אל תשנה מנהג של אבותיך.

**שאילתות דרבי אחאי, ע"ו:**

לומדים שמנהג הוא חובה מהפסוק **"שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך"-** אל תנטוש את המנהג.

**ירושלמי פאה ז, ה**

עוסק במקרה שבו נתקלים בהלכה "רופפת", כלומר הלכה שבית הדין לא זוכרים אותה או מסופקים לגביה. במקרה זה ניתן לראות איך הציבור נוהג ומתוך כך לדעת מה ההלכה.

אפשר היה להגיד מה אכפת לי מה הציבור עושה?! אבל **המקורות מראים שיש משמעות למה שהציבור עושה.**

יש מקרים שמנהג יכול גם לחדש הלכה. יש לשאול מאיפה יודעים שיש למנהג כזה מקור סמכות נורמטיבית?

**שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י**

במקור זה הרא"ש התבטא באופן **מסויג** ביחס למנהגים. הביא את הירושלמי שכשלא יודעים מה ההלכה יש ללכת אחר הציבור, כי אנחנו מניחים שהמנהג משקף הלכה ולא טעות. אבל במקום שאין רפיון בהלכה - **כשהמנהג סותר איסור, ברור שאין לילך אחר המנהג**. גם בענייני ממון בית דין יכול לתקן תקנות, אבל **מנהג לא יכול לבטל דין תורה גם של ממון.**

מנגד ישנה גישה אחרת:

**שו"ת תשב"ץ א, מט**

**כל עוד המנהג לא סותר איסור** חייבים לקבל מנהג אבות – התשב"ץ מתבטא בצורה התומכת במנהג.

**שו"ת תשב"ץ חלק א סימן קנג**

אם מנהג לא סותר דין יש לו תוקף. ככל שנוהגים יותר אנשים את המנהג והוא משתרע על מקומות רחבים יותר כך כוחו רחב יותר. כל שכן אם זה מנהג גאונים (קשה לשנות מנהג קדום). עוד אומר שאם זה מנהג **שלא סותר איסור תורה יש לו תוקף**. גם אם המנהג **סותר דיני ממונות יש לו תוקף**. אם המנהג **סותר דין תורה** של **איסורים** (לא של ממונות) **אין לו תוקף.**

**בניגוד** לרא"ש שלא נתן למנהג כוח נגד דיני ממונות התשב"ץ נותן למנהג כוח במצב כזה.

ישנה התבטאות מרחיקת לכת בתלמוד הירושלמי ביחס למנהגים, סביר להניח שזה מדבר רק בנסיבות שהירושלמי דיבר. אם כי יש שאומרים שזה פועל בנסיבות גם יותר רחבות:

**תלמוד ירושלמי בבא מציעא ז, א**

משנה בבא מציעא **דנה בדיני פועלים**. המשנה אומרת שמקום שנהגו שהפועלים עובדים בשעות מסוימות, בעל הבית לא יכול לחייב את הפועלים לעבוד בשעות שלא כפי מנהג המקום. כמו כן מקום שהמנהג לתת לפועלים אוכל מסוים יש לספק את אותו אוכל כפי מנהג המדינה. המשנה מספרת על רבי יוחנן בן מתיא שביקש מבנו לשכור להם פועלים. הבן לא סיכם עם הפועלים איזה אוכל ייתן להם. רבי יוחנן בן מתיא חשש ואמר לבנו שאם הוא לא סיכם עם הפועלים על התפריט, כל אוכל שיביאו לפועלים הם יגידו שזה לא מספיק. לכן אמר לבנו שכל עוד הפועלים לא התחילו לעבוד, לסכם איתם שיקבלו ארוחה פשוטה של פת וקטניות. רשב"ג חלק עליו ואמר שהפועלים בכל מקרה לא יוכלו לדרוש מה שהם רוצים. **הכלל אומר שצריך לתת להם את סוג האוכל כפי מנהג המדינה.**

הגמרא שם הביאה את רב הושעיה שאמר **שמנהג מבטל הלכה**. האם זו אמירה שנאמרה רק בענייני עבודה או גם בהקשרים נוספים? יש על זה דיונים.

גם אם נניח שזה רק בזכויות פועלים, העוצמה של הביטוי לפיו מנהג גובר על הלכה חשוב לנו, לפחות בהקשרים מסוימים למנהג יש משקל מאוד חזק.

עוד נקודה לעניין מנהג:

**בבלי תענית כו, ב**

המשנה דנה בשאלה מתי הכוהנים "נושאין את כפיהם" ומברכים את העם ביום כיפור. לפי ר' מאיר הכוהנים מברכים גם בתפילת מנחה ונעילה, ולפי לחכמים רק בשחרית ובמוסף.

יש כאן שלושה ביטויים: **הלכה** כרבי מאיר, **נהגו** העם כרבי מאיר, **מנהג** כרבי מאיר. הגמרא מסבירה שכשאומרים את הביטוי **הלכה** זה אומר שדורשים את ההלכה בשיעור לרבים. כשאומרים את הביטוי **מנהג**, זה אומר שלא מלמדים ברבים, אבל מי ששואל מה לעשות אומרים לו שזאת הלכה. וכשכתוב הביטוי **נהגו**, מי ששואל לא אומרים לו לעשות כפי איך שנהגו בעבר, אבל אם הוא עושה ככה לא אומרים לו שהיה לא בסדר.

**רואים מכאן שיש משמעות למנהג אבל לא ברמה של ההלכה.**

**שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן ר"ס:**

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

**שו"ת הרשב"א, ו, רנד**

במקרה זה עסקנו, מזווית שונה, בתחילת הסמסטר. מסופר על אב שהכניס את בתו בברית הנישואין עם נדוניה לשמעון. היא ילדה לשמעון בת אך גם היא וגם בתה נפטרו. מי יורש אותה? לפי דין תורה, הבעל יורש את אשתו. **טען האב, שמנהג המקום הוא שהאב יורש את בתו אם נפטרה ואין לה ממשיכים**. הרשב"א שולל דבריו ואומר שאמנם, ייתכן שיהיה מנהג בענייני ממונות שיגבר על דין תורה אבל מאחר והצדדים **לא התנו על כך מראש**, **אסור ליצור "תחרות" בין הדין הזר לדין היהודי.** הרשב"א עושה כאן הבדל עדין, מאחר ואם הייתה תניה מפורשת או תקנת קהל בין הצדדים הוא היה מקבל אותה.

**בבא מציעא עד, א**

לפי ההלכה, כדי שהסכם מכר יכנס לתוקף, צריך להתקיים **מעשה קניין ממשי**, למשל בחפץ מטלטל- הרמת החפץ, במקרקעין- שינוי פני הקרקע. בדין הכללי- בהינתן גמירות דעת בין הצדדים, על אף שהעסקה לא בוצעה, היא קיימת. בהלכה, גמירות הדעת צריכה להיות מלווה במעשה קניין.

מסופר על אדם שמייצר יינות בחביות יין. את היין הוא מאכסן במרתפים/מערות. חנווני רצה לקנות מספר חביות יין, ואין לו איפה לשים את היין בתנאים המתאימים. מה ישמש כמעשה קניין??? **התגבש מנהג** לפיו כאשר אדם רוכש מהמוכר את החביות, שמים חותמת על כל חבית שהוא רוכש, נקרא **"קניין סיטומתא"** (חותמת) (או אם היין לא מוכן עדיין - לא יוכל לקחת אותו).

למה זה חושב? כי אם קרה משהו ליין- בהנחה שלא הייתה רשלנות, ההפסד הוא של הקונה. או אם המחיר של היין ירד, עכשיו ירצה הקונה להתנער מהעסקה.. ולכן **חשוב שהדברים יהיו ברורים**. ביין מנהג הסוחרים לא היה להגביהה את החבית או למשוך אותה (פשוט לא אפשרי פיזית..)

האם זה נחשב כתחליף למעשה הקניין הרגיל? **אם מנהג המקום הוא שהבעלות של החביות עוברת באמצעות סימונן- זה נחשב כמעשה קניין.**

**שולן ערוך, חושן משפט, סימן רא**

סיכם המוכר עם הקונה את המחיר, **ורשמו סימן על המכר**,המכר שייך לקונה כעת. אפילו אם עוד לא שילם- **נחשבת העסקה כעסקה גמורה** והצדדים לא יכולים לחזור בהם. **כל דרך שהסוחרים נהגו לקנות בו (לקיחת פרוטה, תקיעת כף, מסירת מפתח, סימון המכר) נחשב כמעשה קניין מחייב.**

מדובר בשימוש במנהג כתחליף למעשה הקניין הרגיל בהלכה.

האם כשיהלומנים אומרים **"מזל וברכה"** נחשב הדבר למעשה קניין?? בית הדין פסק כי מאחר שזהו מנהג סוחרי היהלומנים צמד המילים מהווה מעשה קניין המבטא את גמירות הדעת. ולכן, למרות שלא היה מעשה קניין, **מכירים** **אנו בעסקאות כאלה כעסקאות מחייבות.**

מאחר שמנהג הסוחרים כיום הוא כי עסקת מקרקעין מתממשת רק ברישומה בלשכה- **בית הדין מייחס לרישום משמעות מכוח היותו מנהג.**

דרך פעולה זו נקראת **- "קניין סיטומתא" -** יישום של מנהג הפוטר מבעיות הלכתיות.

# **"דינא דמלכותא דינא"**

דיברנו על דרכים שבהם נוצרות נורמות הלכתיות: סמכות חכמים לחוקק, להערים, לבטל תקנות, תקנות קהל. כעת נדבר על דרך נוספת של יצירת נורמות- **"דינא דמלכותא דינא".**

יהודים חיים כקהילות תחת מערכות שלטוניות משפטיות זרות. ההלכה היהודית היא **לא הלכה טריטוריאלית**. היא לא מחייבת במקום מסוים- אלא מחייבת כל יהודי באשר הוא בכל מקום. ונוסיף כי ההלכה גם לא מנסה לכפות את עצמה על לא יהודים.

למשל אם יש דין מקומי בנוגע לתשלום מיסים- ויש לי אפשרות להתחמק ממנו- האם מבחינה הלכתית זה מותר? או שמא ההלכה מחייבת לשלם את המס למרות שחובה זו היא מכוח השלטון הזר (ולא הלכתית)?

דוגמא נוספת, חוקי התעבורה (תמרורים, רמזורים)- מי קבע אותם? המדינה, השלטון הכללי ולא ההלכה. האם מנקודת מבט דתית **אני מחויבת לציית לכללים אלו?** (דין אזרחי - ברור. אבל הלכתית?) **כן**, מבחינה הלכתית יש חובה לציית לכללי השלטון שאתה חי תחתיו. אז אם אתה עובר על כלל שלטוני אתה עובר גם על ההלכה.

ברור שאם יש דין שלטוני שמורה לעבור על **איסור והיתר**- "דינא דמלכותא דינא" **לא תקף**. אנו מדברים על תחומים **ממוניים וחברתיים** שאינם נוגדים את ההלכה. ברוב התקופות דיני השלטון לא דרשו מהציבור לעשות מעשים אסורים. אלא בתקופות שמד.

**תלמוד בבלי מסכת נדרים דף כז עמוד ב**

עוסק בנדרים, אדם נודר נדר כדי להימנע מהנאה כלשהי. לפי המשנה, אם מישהו בא לקחת מיסים מאדם, הוא יכול להימנע מלתת אותם על ידי כך שהוא ינדור נדר שכסף זה יוקדש לטובת הכוהנים. ואז הגובה יכבד את זה ולא ייקח מיסים, אף שהוא לא נדר כל נדר ואין תרומה לאף כוהן. **המשנה מציעה כאן בעצם דרך להתחמקות מתשלום מיסים**.

אומר שמואל (אמורא): דין המקום מחייב, ואתה מחויב לעמוד בו.

אמורא לא יכול לחלוק על תנא, למדנו את זה בהתחלה.. איך פותרים את הקושי? המשנה אומרת שאפשר לרמות, שמואל אומר שאסור.

**מבחינים בין הדברים כך שהם יוכלו "לחיות יחד":**

בעקרון, גם לפי הדינים הזרים וגם לפי המשנה, חייבים לציית לדין הזר המקומי! למה היא מאפשרת במקרה שלנו לרמות? כי המקרה הזה מיוחד: הגובה במקרה שלנו **לא הגדיר קריטריונים לגבייה** ולוקח מה שהוא רוצה תוך שהוא פועל באי שוויוניות **ולא פועל מכוח דיני המלכות**, ולכן לא חייבים לציית לו.

**תלמוד בבלי בבא בתרא דף נה עמוד א:**

"דינא דמלכותא דינא"- גם **בדיני מקרקעין**, בהלכה ישיבה על קרקע לא מקנה עליה זכות. הישיבה בקרקע מעל 3 שנים היא ראייתית ולא מהותית (לא מוכיחה שהיא שלו). הגמרא מספרת שהיה דין פרסי לפיו אדם שישב על קרקע ושילם מיסים במשך 40 שנה מקבל בעלות על הקרקע. כיוצא מ"דינא דמלכותא דינא" - ההלכה מכירה בכך.

**ר"ן (רבנו ניסים)**

**במוכס שאין לו קצבה**- לוקח מה שבא לו בלי כללים, לא צריך לתת, כיוון שהמוכס **גוזל**, לא מדובר בדין מלכות.

**במוכס העומד מאליו**- מוכס שלא גובה מטעם המלכות.

אך במלכי עובדי כוכבים "דינא דמלכותא דינא", כיוון שהארץ שייכת לו **ויכול לגרש אותם** אם לא יקשיבו לו. אבל בארץ ישראל לא נאמר ככה כי הארץ שייכת לעם (יש לציית במדינות גויים **מפחד** הגירוש).

למה יש חובה הלכתית לציית לדין המלך?

כי התפיסה היא שהמלך הוא הריבון- בעל הבית, **וצריך לכבד** אותו בבית שלו.

**רא"ש נדרים ג, יא**

אומר דברים דומים, **הארץ היא בבעלות המלך**, הוא הבעלים ויכול להכתיב כללי התנהגות.

**רשב"ם מסכת בבא בתרא דף נד עמוד ב**

אנו צריכים לציית לחוקי המקום כי בכך שבאנו לגור במקום הזה- **קיבלנו על עצמנו את חוקיו.**

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

מבסס את הכלל על **הסכמה** כמו הרשב"ם אבל בניסוח אחר- לא כי הסכימו לחוקים הספציפיים הקיימים, אלא כי **הסכימו להיות עבדי המלך**- כל מה שיצווה אנחנו צריכים לציית לו. אצל הרשב"ם זה נשמע שמדובר במעין דמוקרטיה, אצל הרמב"ם זה נשמע שמדובר ביחסי אדון ועבדים.

**משנה מסכת גיטין פרק א משנה ה**

שטר הוא מסמך משפטי, ערכאות גויים זה ערכאות של מערכות משפט זרות- לא מתייחס לזהותו של הדיין אלא של הדין. על כן גם הערכאות במדינת ישראל נחשבות לערכאות גויים כי הם נידונות ע"פ הדין ההלכתי.

נניח **ששני יהודים** עשו שטר **לפי ערכאות גויים**, אומרת המשנה כי שטר כזה **כשר**- אם שטר זה יבוא לדיון בבית הדין ההלכתי של הקהילה אנו נכיר בו. למרות ששני הצדים יהודיים.

**למה?** ע"פ **7 מצוות בני נוח**. 7 מצוות בני נוח הן מצוות אוניברסליות שמחייבות כל אדם, גם את הגויים. נקראות 7 מצוות בני נוח כי ה' צווה בזה את נוח והרי כל העולם נחרב במבול אז כל יושבי העולם הם בני נוח. ביניהם- גילוי עריות, שפיכות דמים, עבודה זרה, גזל, ברכת ה', אבר מן החי (איסור לאכול מבע"ח בעודו בחיים), מצוות דינים.

**מצוות דינים –** 2 גישות.

מצמצמת- מצווה להקים מערכת משפט שתדון את מי שעובר על אחת משש המצוות האחרות.

מרחיבה- מצווה להקים מערכת משפטית כללית שתעשה סדר בחברה - בלי קשר לכללים של היהדות.

אז מדוע צריך לציית לכללי הדין הזר?

**כי התורה היא שציוותה עליו לקבוע חוקים אלו, סמכותו ניתנה מהתורה. אז אנחנו גם מחויבים בכלליו.**

מדוע דין המלכות דין הוא?

**שו"ת בעלי התוספות סימן יב**

דין המלכות הוא לא דין שההלכה מכירה בו באופן ישיר. ישבו חכמים בתקופת חז"ל ואמרו שהחוקים נראים מתאימים וטובים לכן התקינו תקנה לפיה חובה להקשיב לדין המלך. החובה לא נובעת מסמכות- אנחנו לא מכירים בסמכותו. **עליינו לציית לו מכוח תקנת חכמים.** למה זה חשוב? כי אז יכול להיות ש"דינא דמלכותא דינא" הוא **כלל שתקף רק לתקופה שבה קבעו את התקנה**. כי אז חכמים חשבו שהדינים מתאימים- ומאז הדינים השתנו.

בכל המקורות הכרנו באופן כזה או אחר הכרנו בסמכותו של המלך לקבוע דינים מחייבים. **במקרה זה אנו לא מקבלים את סמכותו אלא את סמכות חכמים שגזרו עלינו לקיים את דין המלך.**

הנמקות אלה חשובות לא רק בהיבט המהותי אלא גם בהיבט הפרקטי- הנימוק הוא שמכתיב את היקף הכלל.

מהו היקף הכלל? מתי הוא חל ומתי לא?

1. מה זה מלכות/ מלך?

2. מה זה דין? מה הוא תחום הדין בו הכלל כן תקף?

**הגדרת מלך**

**רמב"ם גזילה ואבידה ה, יח**

**"מלך שמטבעו יוצא באותן הארצות"-** המטבע הוא סימן לריבונות, אז היה מקובל שדמותו של המלך חקוקה על המטבע. אם אני אטביע את הפרצוף שלי על מטבע- אף אחד לא יקבל את המטבע הזה... משתמע מכך כי בכך שבני הארץ משתמשים במטבע- סימן שהם קיבלו אותו כמלך. אם לא מקבלים אותו כמלך לא ישתמשו במטבע שלו.

על כן, **כדי לבדוק מי מלך, נבדוק האם המטבע שלו בשימוש.** אם הוא בשימוש יש למלך סמכות כי העם קיבל אותו למלך כעולה ממבחן המטבע.

**שו"ת המהרי"ק קצ"ד**

**כל מי שיש לו בעלות על הקרקע-** כמו שכשמישהו נמצא בבית שלי הוא מחויב לכללים שלי, כך כשאתה נמצא בקרקע של המלך אתה צריך להקשיב לכללים שלו. בדרך כלל השטח בממלכה שייך למלך. הדבר לא מוסכם על כולם.

**שו"ת מהרשד"ם חו"מ שנ**

מה שמייחד מלך הוא שהוא **שליט ללא הגבלה**. הכלל לא תקף למלך מתחלף.

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

באמירה "מלך" על פניו נחשוב שמדובר במובן המצומצם של המילה- אך **כשאין מלך, מי קובע? העם כולו**. כאשר העם ממנה מנהיג ע"פ דעת הכלל- על אף שהוא לא מלך, הוא מקבל החלטות. סמכותו היא מתוקף קבלתו ע"י הציבור. יוצא מדבריו של הרב קוק כי **המילה "מלך" מתייחסת לכל שליט נבחר.** אפילו יותר טוב כאשר השליט נבחר ע"י הציבור- כי אז יש הסכמה כללית.

**מלך ישראל**

האם הכלל "דינא דמלכותא דינא" רלוונטי גם למלך ישראל?

הדין לא מדבר על זה כי התפיסה היא שבאופן טבעי מלך ישראל פועל ע"פ ההלכה. על פניו הכלל "דינא דמלכותא דינא" בכלל לא נדרש במלכות ישראל. הדיון על כך התחיל בתקופת הראשונים והתעורר באופן משמעותי עם הקמת מדינת ישראל- הוקם שלטון ישראלי, שלא מתנהל ע"פ ההלכה. האם ההלכה תיתן משקל לכללי שלטון זה מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא"?

**ר"ן**

לא. **הכלל תקף רק למלך שאינו מעם ישראל**. כי שם התפיסה היא שהמלך הוא הבעלים על הקרקע. זו לא התפיסה בארץ ישראל שהקרקע שייכת לעמ"י (ולה' כמובן).

לעומת זאת:

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

מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא"- יש חובה לשלם את המס ומי שלא משלם את המס הוא גזלן- **אין הבחנה בין מלך גוי למלך מישראל**- בשני המצבים אתה גוזל. **הכלל אכן חל גם על מלך ישראל.**

**שמואל א פרק ח**

לקראת סוף ימיו של שמואל מגיעים אליו זקני העם ומבקשים ממנו למנות מלך (התורה אומרת שכשמגיעים לארץ יש למנות מלך, יש מחלוקת אם זו חובה או רשות) שמואל לא אוהב את הבקשה משתי סיבות: מרד באלוקים- ה' הוא המלך. לשמואל 2 בנים ושמואל מצפה שהבנים שלו יהיו מלכים. שמואל פונה לה' וה' אומר לו למנות מלך. שמואל אומר אוקיי, ואז אומר להם **"ואלו משפטי המלך" - זה מה שיהיה פה כשיהיה מלך:** את בניכם ייקח המלך לעבודות כפייה (מלחמה, עבודה), וגם את בנותיכם לאופות ומנקות. גם את השדות והרכוש שלכם הוא ייקח וייתן למכריו, הוא ייקח מכם מיסים וייתן לעבדיו. אתם רוצים מלך- אוקיי- אבל זה מה שיהיה. ואז אתם תבואו ותצעקו ולא יהיה מה לעשות. אתם רציתם מלך.

ניתן להבין את דבריו ב-2 צורות:

1. לא אהב את הבקשה ומנסה לשכנע אותם לא למנות מלך ע"י **הפחדה לשם הרתעה.** גם אם בפועל לא יעשה זאת- הוא יכול.

2. מרגיש שמחובתו **לספר להם מה יהיו סמכויותיו**.

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

אמורא שמואל- אכן, המלך יכול לעשות את כל זה, זה לא דמיוני.

אמורא רב- המלך לא באמת יכול לעשות זאת, שמואל רק מנסה להפחיד אותם.

**מאירי נדרים כז, ב**

לא נזקקים לדיון הזה במקרה של מלך ישראל, כי לפי תיאור הסמכויות של המלך בשמואל א' הן בלתי מוגבלות. אנו לא נזקקים לכלל- יש לנו כלל מקביל בנושא אותו הביא שמואל- **מלך ישראל רשאי לעשות הכל, מכוח כלל נפרד- כלל סמכות המלך.** **ולא מכוח כלל "דינא דמלכותא דינא".**

רעיון "דינא דמלכותא דינא" נולד כדי להתמודד עם סוגיות שעולות במגורים תחת שלטון זר. ככל שמשתמשים יותר בדין הגויים ככה יישכח דין ההלכה. **לכן, הפוסקים ניסו להגביל את הכלל לנושאים מתוחמים. מתוך רצון לשמור על הזהות היהודית ולא לעבור על דין ההלכה.**

**היקף הכלל**

**שו"ת תשב"ץ א,קנח**

אם המלך קובע כלל שלא שוויוני למשל שמחיל את החובה רק על עיר אחת ולא על ערים אחרות אין חובה לציית לו. הכוונה היא **שהחוק צריך להיות שוויוני**. כמובן שיש חריגים, באופן טבעי, כמו מס שלא חל על מובטלים למשל אבל הכלל צריך להיות שוויוני.

**רמב"ם הלכות אבידה וגזלה פרק ה הלכה יד**

אם המלך החליט להפקיע את החצר שלי- זה לא דין, **הדין שנאמץ חייב להיות דין כללי ושוויוני, הוגן וצודק.**

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

למלך יש סמכות הפקעה לצרכי ציבור וענישה. אם מדובר בדין כללי- כל מי שעשה א ו-ב מפקיעים לו את השדה, ההלכה תכיר בזה (ולמשל לא תצווה להחזיר את השדה אם יהודי קנה מהמלך וגילה שזה גזל). **אם מדובר בחוק פרסונלי- לא נכיר בו. אם מדובר בחוק כללי- נכיר בו.**

**מגיד משנה הלכות מלוה ולוה כז, א**

הכלל "דינא דמלכותא דינא"- נאמר לתועלת **בענייניי המיסים**. הכלל לא מתייחס למקרים של בן אדם לחברו.

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

אישה שמתה בלי ילדים לפי דין תורה הבעל יורשה, ולפי הדין המקומי הוריה יורשים אותה. הרמ"א מצטט את המהרי"ק שאומר שלא אומרים "דינא דמלכותא דינא" **במקרה של שאלת ירושה,** כי לא אומרים "דינא דמלכותא דינא" **אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שנתקן לתקנת בני המדינה** (עניין ציבורי), אבל **דברים שהם פרטיים בין אדם לחברו לא אומרים** "דינא דמלכותא דינא". דעה זה לא מוסכמת על כולם ויש הסוברים שגם במשפט הפרטי הכלל חל.

הרמ"א נותן נימוק נוסף שלא אומרים כאן "דינא דמלכותא דינא" **בגלל שאם נרחיב את המושג יותר מידי יתבטלו כל דיני הממונות במשפט העברי.**

"דינא דמלכותא דינא" עובד מתוקף כך שאנו מסכימים לחוקי המלך ורוצים סדר בחברה או שעובד איפה שחכמים הסכימו, הנימוק הנוסף שנותן הרמ"א פחות מובן. יכול להיות שהטעם האחרון של הרמ"א תלוי בהנמקות השונות אבל לא בהכרח.

**הרשב"א גיטין י ע"ב**

סבור ש"דינא דמלכותא דינא" זה **לא רק בדברים שיש בהם הנאה למלך.**

**ריטב"א בבא בתרא נה, א**

מביא מגבלה נוספת בשם הר"י והרמב"ן שאין אומרים "דינא דמלכותא דינא" אלא בדינים שהיו מקובלים אצל המלכים הראשונים, אבל בכללים חדשים לא אומרים. זה מתיישב עם הנמקת רבינו תם שזו תקנת חכמים שאימצה דין זר, ותקנת חכמים חלה רק על חוקים שהיו ידועים בזמנם והיא **לא צ'ק פתוח** מכאן ולהבא. **כדי לאמץ חוקים צריך תקנת חכמים חדשה.**

**מגיד משנה גזילה ואבידה**

מביא בשם הרמב"ן ש"דינא דמלכותא דינא" זה **לא בדברים חדשים**. מבהיר שהרמב"ם לא מקבל מגבלה זו כי הוא לא מבסס את "דינא דמלכותא דינא" על תקנת חכמים, **אלא על ההסכמה להיות עבדים** ולכן זה לא קשור דווקא לחוקים שכבר היו.

עניין אחרון בהקשר זה:

**ש"ך חושן משפט סימן עג**

לפי המשפט העברי סתם הלוואה שלא מופיע בה זמן היא ל- 30 יום. לכן המלווה יכול לקחת את המשכון של הלווה אחרי 30 יום. באותו מקום, לפי דין המלכות היה ניתן למלווה למכור את המשכון רק אחרי שנה. הרמ"א אמר שצריך ללכת אחר הדין המקומי, כי **הוא העדיף את הדעה שאומרים "דינא דמלכותא דינא" בכל דבר, ולא רק במיסים ובמכסים.**

הש"ך **לא הסכים** עם זה ואמר שכיוון שעל פי דין תורה אפשר למכור אחרי 30 יום **אין ללמוד מדיני גויים**. לפוסקים שאומרים ש"דינא דמלכותא דניא" זה רק בדברים שהם להנאת המלך ברור שלא שייך כאן הכלל. הש"ך קובע שאפילו לפוסקים הסוברים שאומרים "דינא דמלכותא דינא" בכל דבר, זה דווקא בדבר שהוא לא נגד תורתנו אלא בדברים שההלכה לא מתייחסת אליהם וקיימת **לקונה**. אבל כיוון שהדין מפורט בתורה שאפשר למכור אחרי 30 יום אי אפשר ללמוד מדיני הגויים. **נימוק זה ממחיש את החשש של הפוסקים למתוח את הגבולות יותר מידי ובכך תימחק ההלכה בדיני ממונות.**

מה קורה בישראל?

ראינו שיש בתי דין של דיני ממונות (בוררות) שמנסים לפתור סכסוכים ע"פ ההלכה בהסכמת שני הצדדים. האם בית המשפט יקבע רק ע"פ ההלכה או שיתחשב בדין הכללי-הישראלי? או שיגיד "דינא דמלכותא דינא". או שיגיד שהכלל לא רלוונטי למלך ישראל, או אופציה אחרת ממה שראינו, או לראות בחוק המדינה סוג של תקנת קהל (שנקבעה ע"י שבעת טובי העיר- הכנסת). רואים שיש נפקות לדרך שבה מסתכלים על משהו- מנהג/ תקנת קהל/ "דינא דמלכותא דינא". יש שאלה של השקפת עולם בכל בית דין אבל הכלים הם אותם כלים.

מה קורה בהקשר הפלילי? האם אנו מכירים בסמכות המדינה להעניש עבריינים?

במשפט הישראלי קל יותר לאמץ את הדין הפלילי מאשר הכלכלי, כי לפלילי אין התייחסות רלוונטית לימינו בתורה, אך עם זאת רבנים מסוימים עומדים על הקושי בוויתור מוחלט על תחום זה של ההלכה.

**לפי גישת הרבנים, החוק הישראלי צריך "להתבסס" על כללי ההלכה, ולהיות מושפע ממנה, אך כמובן המדינה לא מאמצת את ההלכה, ואין איך לאכוף אותה.**

# **משפט ומוסר ועשיית הישר והטוב**

הקדמה-

**פסק דין כיתן נ וייס:**

עסק במקרה של שומר שהועסק בחברת כיתן, השומר השתמש בנשק שקיבל בעבודה ורצח מישהו. המשפחה של הנרצח תבעה את כיתן בתביעה נזיקית, בטענה כי "ידעתם שהאדם הזה לא 100%, התרשלתם ונתתם לו נשק". בפסק הדין המחוזי התביעה התקבלה. כיתן ערערה- בית המשפט ניסה להביאם לפשרה, הם לא הגיעו לפשרה. השופטים נתנו פסק דין לפיו המשפחה לא זכאית לפיצויים לפי דיני הנזיקין. אחד השופטים בהרכב היה מנחם אלון. אלון הסכים עם כולם אך הוסיף בסוף כי **ע"פ דין** כיתן לא צריכה לשלם. אך פנה לחברת כיתן שתשלם למשפחה **לפנים משורת הדין** כדי לעזור להם, בלי לחייב, כפנייה. השופטים האחרים לא אהבו את ההערה הזו. תפקידם של שופטים הוא לפסוק דין- לא תפקידים לבקש מאנשים לפעול לפנים משורת הדין. כל עוד ניסינו לפשר זה משהו אחד, אבל מרגע שלא הגענו לפשרה ונדרשים אנו לפסוק אין מקום להערה כזו. השופט אלון לקח את זה מהמשפט העברי שמשלב בתוכו גם שיקולים של "לפנים משורת הדין". השופטים האחרים לא תמכו בגישה הזו. גם לגישתם יש סימוכין בהלכה, **דוד המלך** היה יושב בדין- ואם העני היה חייב היה מחייב אותו. ואח"כ היה רודף אחריו במרכבה ונותן לו כסף כדי שיהיה לו ממה לשלם. בתוך בית המשפט עשה **צדק**- מחוץ לבית המשפט- **צדקה**. אין לצדקה מקום בבית הדין. האם שיקולים מוסריים יכולים להיכנס לבית המשפט? ברור שכל שיטת המשפט שואפת להיות מוסרית. בכל שיטה יש חיוב משפטי ומוסרי- מה ההבדל ביניהם? **חיוב משפטי הוא חיוב אכיף**, ניתן לחייב אדם לציית לו, **חיוב מוסרי הוא לפנים משורת הדין, לא ניתן לאכוף אותו.** בית משפט יגיע למסקנה כי במקרה מסוים יש חובה מוסרית ולא משפטית הוא לא יאכוף אותה. השופט אלון כן מכניס את החובות המוסריות לתוך עולם המשפט. התחומים הם לא שחור ולבן, יש ערבוב בין המשפט והמוסר.

עד כמה השיקולים המוסריים נלקחים בחשבון בתוך השיקולים הממוניים?

**דברים פרק ו**

"שמור ותשמרון את מצוות ה' אלהיכן ועדותיו וחוקיו אשר ציווך"

"ועשית הישר והטוב בעיני ה' למען ייטב לך ובאות וירשת את הארץ הטובה אשר נשבע ה' לאבותיך"

הנחת המוצא של חכמים היא שאין שום דבר סתמי בתורה, לכל מילה/אות/חזרתיות יש משמעות.

לכאורה מתעורר פה קושי בין הפסוקים : מה זו החזרתיות המיותרת הזו? **מה הפסוק השני בא להוסיף על הראשון? מה זה אומר לעשות את "הישר והטוב" בנוסף לקיום המצוות?**

**רמב"ן דברים פרק ו פסוק יח**

"ועשית הישר והטוב בעיני ה'"

**לפי הפשט-** הפסוק השני מהווה מניע. תקיים את המצוות **כי** אתה רוצה לעשות את הישר והטוב.

**לפי הדרש-** הפסוק הראשון בא לומר- תשמור על החוק.

הפסוק השני בא לומר- תהיה תם לב (מעבר לקיום הפורמאלי של החוזה) עקרון על מופשט שנותן רעיון כללי ולא הוראת טכניות.

לפי הרמב"ן יש את החוקים והמצוות שה' ציווה אותנו בהם **ויש גם את המקרים שבהם לא ברור בדיוק מה החוקים לפי ה'** - אז גם במקרים האלה- **עלייך לפעול לפי "הטוב והישר בעיני ה".**

לפי היהדות- **התורה היא תורת נצח**- היא לא תשתנה. אך ברור, שהמציאות כן משתנה (עולם המסחר, תפיסות חברתיות).

איך התורה מתאימה את עצמה למציאות של היום? (תורה שבכתב ותורה שבע"פ).

לכאורה לא מעשי שהתורה תכלול את כל הסיטואציות מכאן ועד עולם **"אי אפשר לכלול הכל"** (לא מבחינה טכנית, אלא מעשית, יש להשאיר מרחב תמרון) לא נכון לקבוע ולפרט הכל מראש (קצת כמו חוזה - עמום כדי להתאים לסיטואציות שונות). **מעבר לכל החוקים, התורה נתנה לך הנחייה כללית "לעשות את הישר והטוב" ועלייך לפעול כך בכל מצב- גם כשאין דין, זה הדין.** זה מבנה שנותן אוסף של כללים מחייבים "לא תלך רכיל" "לא תעמוד על דם רעך" וכו'. בנוסף קיים כלל של עשיית הישר והטוב שצריך לרחף מעל כל דבר שאתה עושה בחיים.

אצל הרמב"ן המבנה הזה הוא מבנה חוזר:

**ויקרא פרק יט** (לפני חומש דברים)

"וידבר ה' אל משה לאמור"

"דבר אל כל עדת בני ישראל ואומרת אליהם קדושים תהיו כי קדוש אני ה' אליהכם"

**מה זה אומר "להיות אנשים קדושים"?** זה עמום. מה זה אומר?

קדוש = פרישות. ממה אני צריך לפרוש כדי להיות קדוש?

אחת הדרכים כדי לדרוש פרקים בתורה זה על כלל הסמיכות- כששני דברים מובאים אחד אחרי השני יש לכך משמעות:

הוא מביא את רש"י שהסביר שהכוונה להיות פרוש מהעריות. ומסביר שאין הפרישות מתכוונת "לפרוש מקיום עריות" **בדומה לעשיית הישר והטוב- מדובר בעיקרון על.** כל מה שלא אסור- לכאורה מותר. **זה שזה לא אסור לא אומר שראתה לא צריך להגביל את עצמך**. למשל יין: בשום מקום לא כתוב כמה לשתות. לא עברת על סעיף פורמאלי בתורה. אבל- אתה לא תהיה קדוש. לא נאמר בתורה שאסור לדבר במילים לא יפות- אז לא עברתי עבירה פורמאלית. נכון- לא עברת על עבירה אבל אתה תהיה בבחינת "נבל ברשות התורה"- התורה לא אסרה עלך זה באופן פורמאלי. **התורה לא אסרה על - יחסי אישות/יין/קללות- אבל יש הנחייה כללית לנהוג בצורה קדושה.**

מה ההבדל ביניהם?

**עשיית הישר והטוב-** בן אדם לחברו. **תהיו קדושים-** בן אדם למקום.

זה המבנה של פירושי הרמב"ן- עקרון כללי ופרטים בתוכו.

אנו נתמקד **בעשיית הישר והטוב.**

**עיקרון עשיית הישר והטוב משפיע ב 3 רמות:**

1) על חכמים- התקנת תקנות כפועל יוצא מעשיית הישר והטוב. ברגע שחכמים התקינו את התקנה זה הופך להיות משפטי ולא מוסרי.

2) על פעילותו של בית הדין- כשבית הדין פוסק עליו לא רק להתחשב בדין הפורמאלי אלא גם בהגשמת העיקרון הכללי של עשיית הישר והטוב.

3) על האדם הפרטי- שינהג בכל סיטואציה בחייו ע"פ עיקרון זה.

נדון בשלותם לפי הסדר:

1) השפעה על חכמים:

**"דינא דבר מצרא"- זכות קידמה של שכן**

נגיד שאני גרה בדירה מסוימת אבל היא צפופה לי. אני יכולה לעבור דירה או לקנות את זו מעלי ולהרחיב את הדירה שלי- אבל מה אם גר מישהו אחר מעלי? אף אחד לא יעלה על דעתו שאני אעיף את השכן שלי (זה במקור דוגמא על שדה) מתי שאלת זכות הקדימה מתעוררת? **כאשר אותו שכן מחליט למכור את הדירה. האם במקרה כזה יש לי זכות קדימה על צד ג'?** מה זה משנה למי הוא מוכר? השכן ישיג יתרון גדול יותר בקניית השדה- יותר מסתם אדם אחר. לחילופין המוכר יודע שהשכן אפילו ישלם יותר כי יש לו יותר תועלת במכר. האם לאפשר דבר כזה או לא? זכות הקדימה בישראל עד 1969 אמרה שכן- יש זכות קדימה לשכן. ב-1969 נחקק חוק המקרקעין והעיקרון הזה בוטל- למה? כחלק מתפיסת חופש הקניין- חלק מחופש הקניין שלי זה להעביר את הקניין שלי למי שאני רק רוצה.

איך זה מתקשר להלכה??

התלמוד דן בזה בבא מציע:

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

מישהו שמחזיק או החזיק קרקע בין אחים או שותפים-

השאלה מתעוררת בשלב שבו בעל הקרקע האמצעית מחליט למכורה לצד ג'- האם ניתן לסלק את צד ג'?? (לבקש ממנו לקחת כסף וללכת..)

רב: צד ג' הוא חצוף אבל **לא ניתן לסלק אותו**. אין זכות קדימה משפטית במצב הזה (אולי מוסרית אבל לא משפטית).

רב נחמן: קונה **קרקע בין אחים או שותפים - מסלקים אותו**, מדובר במקרה מיוחד שבו זכות הקדימה היא לא רק מוסרית אלא גם משפטית. בית הדין יסלק את הקונה והם יצטרכו לשלם לו. **לא תקף** בסיטואציה בה הקרקע לא נמצאת בין אחים או שותפים.

חכמי נהרדע- **אפילו במקרה של שכן רגיל (לא אח או שותף) - נסלק את הקונה לטובת השכן.** תקבל את כספך ותסתלק. וזאת משום "ועשית הישר והטוב בעייני ה" ולמה זאת- זה לא באמת משנה למוכר אם זה הולך לשכן או צד ג'. מבחינת השכן - יש הפסד גדול ואין לו תחליף לנכס הזה- לקונה ניתן להגיד "תחפש קרקע אחרת". כמובן שזה מותנה בכך שלא נגרם נזק לאף אדם אחר.

מה אם הדבר התקבל **בירושה? או במתנה?** - **זה לא תקף** לא ניתן להעיף את צד ג'. כי מתנה וירושה לא נקנו- הם הורשו. זכות קדימה במצב כזה **מהווה פגיעה** ביורש / במקבל המתנה.

או **קרקעות שנקנו בעסקת חבילה**- ואז אם יפרקו לו את החבילה בשל "דינא דבר מצרא" זה **יפגע בו**. אין לו מה לעשות עם העסקה הזו כבר. ולכן זה לא תקף..

**אם השדה חזר לבעלים המקורי שלו- ואתה לוקח לו את הקרקע- אתה פוגע בו ולכן הכלל לא יחול**. גם במקרה זה, זה לא יחול (מי שמכר לי את הקרקע). כי בדרך כלל לאדם יש קשר אישי לנכס שלו.

**בכל מקום שבו ייגרם נזק לקונה או למוכר- הדין לא יחול. זוהי טובה שאנו עושים עם שכן- רק בתנאי שזה לא בא על חשבון פגיעה במישהו אחר.**

למה בדינא דבר מצרא נותנים לקונה לקנות ואז מסלקים אותו, ולא ישר אומרים שהמוכר לא יכול למכור?

סיבה אחת כי בדרך הזו כשיש זכות קדימה לקונה **יודעים מה המחיר** של הקרקע. ברגע שצד ג' משלם אפשר לדעת כמה השכן שרוצה לקנות, צריך לשלם טכנית.

סיבה שנייה היא עניין **גמירות הדעת**. כדי שעסקת מכר תחול צריך רצון לקנות. נניח שהמוכר לא רוצה למכור, לשכן יש בעיה לאלץ אותו למכור, כי אולי הוא לא גמר בדעתו למכור. ברגע שהמוכר מכר לצד ג' החוק יצר פיקציה כאילו צד ג' הוא השליח של השכן לקנות את הקרקע למרות שהוא לא מינה אותו, וכך מתגברים על גמירות הדעת. צד ג' לא צריך אפילו להודיע למוכר שהוא קונה עבור השכן שלו. יצרנו שליחות מכוח החוק כדי להתגבר על בעיית גמירות הדעת.

יש לשים לב **שדינא דבר מצרא היא תקנת חכמים היוצרת חיוב משפטי שניתן לאכיפה ולא רק אמירה מוסרית.** אבל הדין מבוסס על עיקרון עשיית הישר והטוב.

**רש"י מסכת בבא מציעא:**

**"דינא דבר מצרא"** מהווה טובה שעושים עם אותו שכן **בתנאי שלא תבוא על חשבון מישהו אחר**.

**טור חושן משפט סימן קעה:**

**"דינא דבר מצרא"** מהווה תקנת חכמים **הנובעת מעקרון עשית הישר והטוב** (דוגמא לתקנה שהמקור שלה הוא ועשית הישר והטוב).

עוד תקנה המבוססת על עקרון עשיית הישר והטוב:

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ה א:**

**"שומא הדר"**

אמרי נהרדעי: אדם לווה כסף, והגיע למועד הפירעון בלי כסף להחזיר. פונים לשעבוד נכסים ומביאים למלווה (למשל משכנתא על דירה). הבעיה היא כאשר הנכסים נמכרו לצד ג', אז רק אם יש שטר הלוואה יכול להוציא מידי הקונה את הנכס (מקרקעין).

התהליך כולל שלושה שלבים-

צריך **לבוא לבית הדין** ולהציג שהלווה חייב כסף. אם הלווה יכחיש צריך להוכיח את ההלוואה.

1. בית הדין **מוציא שטר חיפוש** נכסים בעבור המלווה (נכסי החייב).

2. **שטר "אדרחתא"**- שטר דריסת רגל- בשלב זה בית הדין מעביר **לחזקתו** קרקע ששייכת ללווה (או לצד ג' שאליו החייב העביר אותו) (חזקה ולא בעלות!) שיהיה לו משהו ביד בינתיים.

3. "**שומא הדר"** (הערכה מדויקת- שמאות) בשלב זה בית הדין מעריך את שומת הקרקע על מנת להעביר למלווה, ואז הקרקע **הופכת להיות שלו** לכל דבר.

בין שלב לשלב צריכים לעבור **שלושים יום**. זאת על מנת לאפשר לחייב לפרוע את חובו, במידה ויצליח.

מאחר שהקרקע עברה בשלב זה לבעלותו של המלווה לא ניתן לחייב אותו להחזיר אותה.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל"ה עמוד א'**

**תקנת "שומא הדר" =** תקנה שתיקנו חכמי נהרדע לפיה יש תקופת זמן של שנה, בה החייב יכול לבוא למלווה עם הכסף שהיה חייב לו ולפדות את הקרקע מהלווה.

בא חכם אחר (אמימר) וסבר **שהדבר לא מוגבל בשנה- בכל שלב ניתן לבוא ולבקש את הקרקע-** וזאת משום עשיית הישר והטוב. כי המלווה היה אמור להיות עם כסף ולא עם קרקע, קרקע בימים אלה לא הניבה כסף- היא הייתה למגורים או חקלאות.

**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 בינתיים **הספיק להעביר את הקרקע לצד ג' - אין שומה חוזרת**. הזכות לפדות את הקרקע קיימת רק כל עוד הקרקע בבעלות אותו לווה. כי מלכתחילה לא הייתה אמורה להיות לו קרקע אלא כסף. לצד ג' לא ניתן לומר זאת.

במקרה שהמלווה **השקיע בקרקע** (נטע עצים), והחייב בא לפדות בחזרה את הקרקע, **החייב צריך לשלם לו את ההוצאות שהשקיע לשם השבחת הקרקע.**

בפוסקים אין כל כך התייחסות לעליית ערך של קרקע. לדעת חבה הגיוני לחשוב שהמחיר שצריך לשלם החייב יהיה בהתאם לעליית הערך (לא במצב של אינפלציה, במצב של עליית ערך).

2) השפעה על פעלותו של בית הדין

**לפנים משורת הדין**

לא מדובר בחסד, בית הדין יכול לחייב אותי לנהוג לפנים משורת הדין. לכאורה יש פה סתירה- אם זו חובה- אז למה זה לא נקרא דין?

**שמות פרק יח פסוק כ**

"וְהִזְהַרְתָּה אֶתְהֶם אֶת הַחֻקִּים וְאֶת הַתּוֹרֹת וְהוֹדַעְתָּ לָהֶם אֶת הַדֶּרֶךְ יֵלְכוּ בָהּ וְאֶת הַמַּעֲשֶׂה אֲשֶׁר יַעֲשׂוּ".

**חז"ל אומרים שלפעמים יש הבדל בין הדרך- שהיא הדין, לבין המעשה- התנהגות לפנים משורת הדין.**

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

**דיני השבת אבידה**

"לֹא תִרְאֶה אֶת חֲמוֹר אָחִיךָ אוֹ שׁוֹרוֹ נֹפְלִים בַּדֶּרֶךְ וְהִתְעַלַּמְתָּ מֵהֶם הָקֵם תָּקִים עִמּוֹ."

איזו אבדה יש חובה להשיב?

רק אבדה שניתן להניח כי בעל האבדה לא "התייאש מן האבדה". ההנחה היא שברגע שאדם מתייאש מן האבדה הוא בעצם הפקיר את הרכוש שלו וויתר על הבעלות.

מתי אנו מניחים שהבעלים התייאש??? הרי אנו לא יודעים מי הבעלים.

מבחן הייאוש הוא **מבחן אובייקטיבי** ולא סובייקטיבי. אובייקטיבית אדם לא יחפש עיפרון או שקית... אבל שרשרת זהב, באופן אובייקטיבי, כל אדם יחפש. ההנחה היא שרוב בני האדם מתייאשים אם איבדו חפץ ששוויו פחות משווה פרוטה. ולכן **אם אדם מצא חפץ ששווה פחות מפרוטה הוא יכול לקחת אותו.**

בנוסף, כאשר נמצא **חפץ שאין בו סימן**- גם נניח שהאדם התייאש. מדובר בחפץ שלא ניתן לזהותו. למשל טבעת יהלום שאין עליה שום סימן- אין לי איך לוודא שהטבעת אכן שייכת לאדם מסוים. ולכן מניחים שהאדם התייאש כי אין לו שום דרך להוכיח שהאבדה שלו (אותו דין עם שטר של 200 שקל- אין לי איך להוכיח שזה שלי) סימן יכול להוות כל מיני דברים- משקל, צורה, מיקום, צורת הנחה.

אם מצאתי חפץ **במקום שרוב המצויים בו אינם יהודים**. אני צריך להשיבו בין אם המאבד הוא גוי או יהודי. אך מצוות השבה של התורה מחייבת רק יהודים, אז אם מצאתי במקום שבו כולם גויים - אני יכול להניח שאין חובת השבת אבדה. כי סטטיסטית יש הכי הרבה סיכויים שגוי ימצא את האבדה **ואז ידוע שהמאבד התייאש כי ברור לו שזה לא יחזור אליו,** לכן גם אם יהודי מוצא את זה... הוא יכול להניח שהמאבד התייאש.

מה קורה עם **גוי המחויב מכוח חוקי המדינה בחובת השבת אבדה?** יכול להיות שלא אתייאש. כי אני יודע שבאותו אזור הגויים מחויבים בחוק הישראלי. **מבחן הייאוש סובב סביב ההנחה של המאבד שהחפץ יחזור אליו או לא יחזור אליו.** אז גם אם הם לא מחויבים מכוח ההלכה היהודית ויש להם חובה מכוח חוק - **אז גם ניתן להניח שהמאבד באותו מקרה לא התייאש.**

**העיקרון- אם ישנה הנחה אובייקטיבית כי אדם שאיבד את האבדה שמצאתי התייאש ממציאתה- מותר לי לקחת אותה.**

לסיכום, שלוש סיבות לייאוש-

החפץ **פחות משווה פרוטה**.

החפץ שווה יותר מפרוטה אבל **ללא סימן**.

החפץ נמצא במקום **שרוב המצויים בו אינם מחויבים בהשבת אבדה**.

במידה ומצאתי חפץ שאין עליו חזקת ייאוש- איך אני מחזירה אותו?

פעם הייתה בירושלים פינה בעת העלייה לרגל בו היו מתרכזים (נקרא "בית כנסת"-בית כינוס) כל המאבדים והמוצאים ומפרסמים את האבדה (בישראל יש מחלקת אבדות של המשטרה). הרעיון הוא לתת פינה פומבית שאליה ידע המאבד להגיע. בדרך כלל חובת ההחזרה באה יחד אם חובת ההכרזה על מציאת האבדה. אז אם מצאתי חפץ שאובייקטיבית לא מתייאשים ממציאתו- **עליי להכריז על מציאתו.**

כמה זמן עליי להכריז??? (לפרסם)

**המשנה אומרת שנה** (שלושה רגלים, לא תמיד יוצא שנה).

בתפיסה של ההלכה- גם כעבור שנה זה לא עובר לבעלותו של המוצא, **אתה יכול להפסיק לעשות פעולות אקטיביות להשבתו, אבל החפץ עדיין לא שייך לך.** אתהצריך לשמור אותו **"עד שיבוא אליהו".** (בחוק הישראלי- אם הבאתי למשטרה וכעבור ארבעה חודשים לא נמצא המאבד- זה עובר למוצא).

**פסק דין הנדלס נ' קופת עם**: אדם ביקר בכספת ומצא ניירות ערך. המאבד לא נמצא והמוצא רצה אותם. הבנק לא רצה לתת. לא התפרש לפי המשפט עברי (הובא ע"י אלון בדעת מיעוט).

מה קורה אם אני מוצא חפץ שעלול להתקלקל??? ארגז פירות, ארגז חלב....

במקרה כזה **ניתן למכור אותו** (אפשר גם לעצמי) ואז אם יבוא המאבד- אחזיר לו את הכסף.

אם מצאתי **חפץ שדורש טיפול**- חמור למשל, הכלל אומר שאם אני יכול לקזז את ההכנסות מבעל החיים עם ההוצאות עליו- אני **מחזיק אותו שנה** ואז אני **יכול למכור** אותו ולשמור את הכסף בעבור הבעלים.

אם מדובר **בחיה שלא מניבה כסף**- אני מחויבת לטפל בה **30 יום** ואז אני **יכולה למכור** ולשמור את הכסף לבעלים.

**חובת השבת אבדה היא חובה-** אם מצאתי משהו אני מחויבת לטפל בעניין- אם אני מתעלמת אני עוברת על איסור תורה. אסור להתעלם ולעצום עיניים ("לא תראה... והתעלמת מהם").

יש מקרים בהם מותר לי להתעלם-

1) אם מדובר בחפץ **שזמן הטיפול בו שווה יותר מהחפץ** (מצאתי ערמת עצים להסקה- כבד והזמן שלי עולה יותר מהשווי).

2) **"זקן ואינה לפי כבודו"**- אדם שמצא דבר שלא מכבודו להרים מותר לו להשאיר על הרצפה שמישהו אחר ירים.

עד כה דיברנו על הדין.

3) **אם יש מניעה הלכתית**- כהן שרואה מציאה בבית קברות אבל אסור לו להיכנס.

כעת נדבר על מקרים של לפנים משורת הדין:

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כ"ד עמוד ב'**

**1)** רב יהודה היה הולך אחרי רבו שמואל **בשוק מכירת חיטה** (שמואל- אמורא בדור הראשון, רב יהודה- אמורא בדור השני- תלמידו של שמואל). רוב המצויים באותו שוק בבבל לא היו יהודים. תוך כדי הליכה התלמיד שואל את רבו- **אם הייתי מוצא פה ארנק- מה הדין?** (גם אז ארנק היה דבר שיש בו סימנים- נהגו לתפור מחתיכות בדים). אז מדוע הוא שאל את השאלה? כי רוב המצויים במקום לא יהודים. **שמואל עונה לו כי מי שמצא יכול לקחת את זה לעצמו כי אפשר להניח שהאדם התייאש.** מוסיף רב יהודה ושואל- מה קורה אם **לקחתי** את זה לעצמי **ואז אדם בא ונותן לי סימנים ואכן האבדה היא שלו**. האם אני צריך לתת לו את זה? על פניו ההיגיון אומר שצריך להחזיר, **אך על פי דין עושה רושם שלא צריך להחזיר- כי מבחן הייאוש הוא מבחן אובייקטיבי ולא סובייקטיבי**. לכן זה לא אמור לשנות אם אותו אדם סובייקטיבית לא התייאש. שמואל עונה לו דבר אחר- **אתה חייב להחזיר את הארנק במקרה כזה.**

אומרת המשנה **"תרתא"-** מדובר בשתי מצוות סותרות. מה קורה פה? תחליטו? אמר לו רב שמואל- לא התבלבלתי- אתה חייב להחזיר **"לפנים משורת הדין".** ע"פ דין זה שלך. אבל לפנים משורת הדין אתה חייב להחזיר. (הוא לא אמר "כדאי שתחזיר" או "ראוי שתחזיר" – אלא **חייב**!!! אתה חייב לפעול לפנים משורת הדין ולהחזיר לו את הארנק). שמואל למד זאת מאביו שמצא פעם חמורים וטיפל בהם מעבר לשנה ואז נמצא המאבד ואבא שלו לא מכר את החמורים- נהג לפנים משורת הדין, המשיך לטפל בהם ולבסוף החזיר אותם לבעליהם.

**2)** רבא (אמורא דור רביעי) ורב נחמן (אמורא דור שלישי). הולכים יחד ב**שוק של "רצענים"** וגם פה מדובר בשוק שיש בו רוב גויים. רבא שואל אותו **מה קורה אם נמצא פה ארנק ולקחתי אותו ואז מישהו בא לבקש אותו- מה הדין?** אומר לו רב נחמן- **אתה לא חייב להחזיר לו.** רבא אומר לו – אבל המאבד עומד וצווח!! מה? אני לא אחזיר לו???? אומר לו רב נחמן צריך להבדיל בין 2 סוגי צוות- **"צווחת ייאוש"** (הספינה טבעה, אין מה לעשות) ו**"צווחת חיפוש כשיש סיכוי למצוא"** ופה אין סיכוי. רב נחמן לא אומר לו שאסור להחזיר- הוא יכול אם בא לו- פשוט **מהדין הוא לא חייב.**

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

**3)** רבי שמואל ורבי יוסי הולכים בדרך- הם פוגשים **אדם שנושא שק עצים ועוצר לנוח** ומניח את השק על הרצפה. כעת הוא רוצה להמשיך ללכת והוא **מבקש עזרה** מרבי ישמעאל שיעמיס לו על הגב. **רבי ישמעאל לא רוצה להתעסק עם זה** (הוא לבוש ונקי) אז הוא אומר לו תגיד לי כמה זה שווה ואשלם לך. אז **הוא קונה את זה ממנו בחצי זוז**. הוא לא רוצה לקחת אותו אז הוא **מפקיר** אותו. צריך להפקיר כדי שאם מישהו ייקח את זה **הוא לא יעבור על איסור גזל**... מה קורה אם הסבל עושה את זה שוב?? אמר לו **"לכל העולם הפקרתי ולך לא הפקרתי".** **איך זה הגיוני?** כל הרעיון של הפקר זה להתנתק מהבעלות על החפץ. נכון. אבל רבי ישמעאל מניח שהסבל **לא בקיא בהלכה וכך "הוריד אותו ממנו".** נשאלת השאלה- למה הוא לא אמר לו "זקן ואינה לפי כבודו"?? **מכוח הדין** היה לרבי ישמעאל פטור מזה, **אך לא רצה לנצל את "הפטור שהיה לו מהדין" והחליט לנהוג לפנים משורת הדין ולעזור לסבל.** בסיפור הזה מי שמחליט לנהוג לפנים משורת הדין זה רבי ישמעאל בעצמו, בסיפור הקודם רבי נחמן מחייב את תלמידו לנהוג כך. פה זה **סיטואציה אמיתית.** במקרה הקודם מדובר **בדיון עיוני** ולא במקרה ממשי.

**בבלי מסכת בבא מציעא פג עמוד א**

**4)** סבלים שברו לרבה בר חנן חבית של יין. הוא לקח מהסבלים את הגלימה שלהם (מעיל עליון) כעירבון למה שהפסידו לו משבירת החבית (לא היה להם כסף לתת לו). הלכו הסבלים תבעו אותו לדין אצל האמורא רב, רב אמר לו להחזיר להם את הגלימה. **רבה שאל אותו למה צריך להחזיר להם את הגלימה?** ענה לו רב בגלל הפסוק במשלי **"למען תלך בדרך טובים"**.רש"י מסביר שהפסוק מורה **לנהוג לפנים משורת הדין**. הסבלים לא הסתפקו ואמרו לרב שהם טרחו כל היום ולא קיבלו שכר על העבודה שלהם (הם שכירי יום ולא יהיה להם אוכל). **רב אמר לו לתת להם כסף על העבודה למרות שהם שברו חביות.** שאל אותו רבה **וכי זה הדין?** אמר לו רב- **"וארחות צדיקים תשמור"**. כלומר, אתה צריך לנהוג לפנים משורת הדין.

רב מאלץ את רבה במקרה הזה לנהוג לפנים משורת הדין. במקרה של שמואל עם הארנק זו הייתה שאלה **עיונית**, וכאן זו שאלה **מעשית** ממש.

עוד מקרה**:**

**בבלי מסכת בבא קמא צט עמוד ב'**

**5)** רבי חייא היה **"שולחני"** (מומחה לכספים). באה אישה הראתה לרבי חייא מטבע ושאלה לחוות דעתו האם זה מטבע ראוי שעובר לסוחר. **לפי דין ההלכה אם אדם נתן חוות דעת מוטעית והוא מומחה ממש, הוא פטור, כי ההנחה שהוא אנוס.** רבי חייא שהיה מומחה אמר לה שהמטבע טוב. כעבור זמן באה האישה לפניו ואמרה לו שאמרו לה שהמטבע מזויף, ובגלל חוות דעתו הפסידה. רבי חייא אמר לרב להחליף לאישה את המטבע למטבע טוב, ולכתוב שהוא הפסיד בעסקה הזו בפנקס שלו. הגמרא שאלה למה החזיר לאישה כסף, **הרי לפי הדין מומחה פטור מאחריות?** הגמרא ענתה **שרבי חייא פעל לפנים משורת הדין.**

כאן רבי חייא פעל לפנים משורת הדין מיוזמתו. אפשר היה גם להגיד שזה אינטרס שלו לשמור על השם הטוב שלו. אבל מכל מקום מבחינת הדין הוא לא היה חייב לפצות.

(אונס= העדר רשלנות מוחלט)

מה עולה מכל המקרים?

שתי שאלות:

א) האם יש חובה לפעול לפנים משורת הדין שניתן לאכוף, או שזו רק חובה מוסרית, ולא משפטית, ולכן לא ניתן לאכוף אותה?

ב) מה הקריטריונים לקבוע שבמקרה מסוים צריך לפעול לפנים משורת הדין?

השאלות מתחברות זו לזו.

נתחיל בשאלה האם יש חובה /כפייה לנהוג לפנים משורת הדין?

בשאלה זו יש מחלוקת:

**מרדכי בבא מציעא רנ"ז**

מכיוון שבתלמוד היו כופים לנהוג לפנים משורת הדין, כך גם בבתי הדין בדורו של המרדכי (המאה ה-13) היו כופים לנהוג לפנים משורת הדין, כך נלמד מהסיפור של שמואל והארנק בשוק הגויים. אולם **הכפייה תהיה רק אם היכולת בידו לעשות- כלומר אם הוא עשיר.**

התורה מצווה באופן מפורש **איסור לדיין להעדיף עני או עשיר בדין**- לרחם על העני ולוותר לו, להעדיף את העשיר, כי אם לא זו פגיעה בשם הטוב שלו. בדין צריך לנהוג ביושר ובצדק, ומעמדו הכלכלי של בעלי הדין לא רלוונטי. למרות זאת, המרדכי אומר **שהכפייה** לנהוג לפנים משורת הדין היא רק על מי **שהיכולת** בידו לפעול כך.

יש שני מישורים של הדין: **הדין המקורי**, ההלכה, לפיה 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 לשם התנהגות 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 ביחס לעשיר. ר' יוחנן אמר שירושלים חרבה מכיוון שלא נהגו לפנים משורת הדין, ולכן המרדכי **מייחס להתנהגות זו חשיבות רבה**. כמו כן, גם הראב"ן והראבי"ה פוסקים כי צריך לכפות התנהגות כזאת.

**רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק י"א הלכה ז'**

הרמב"ם מתייחס לדין מציאת אבדה 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**

**אין כופים בלפנים משורת הדין**. ומה שנאמר בגמרא שחייב להחזיר זו רק **חובה אישית מוסרית** על האדם, אבל אין הכוונה שכופים בפועל.

המחלוקת בין הראשונים באה לידי ביטוי בבית יוסף:

**בית יוסף חושן משפט סימן יב**

מצטט את רבינו ירוחם בשם הרא"ש שלא **כופים לפעול לפנים משורת הדין.** הוא לא חוזר על זה בשו"ע וכנראה בגלל שהוא כבר מסכים למה שכתב בבית יוסף.

**רמ"א על השו"ע חושן משפט סימן יב**

מקבל את שתי הגישות **לכפות** לנהוג לפנים משורת הדין **ולא לכפות** ורואה את העמדה של המרדכי כלגיטימית (בניגוד לבית יוסף).

**פתחי תשובה חו"מ יב**

לבית הדין יש כמה דרכים לכפות: **פיזית** (מכות), **נפשית** (נידוי), **בדברים** (לחץ- אמנם לא מחייבים אבל ללחץ יש משמעות רבה כאשר בבתי דין יושבים אנשים שאלוקים איתם כשהם פוסקים דין, לפי ההלכה).

פתחי תשובה מביא עמדה לפיה **כופים**, ובהמשך מביא את האורים ותומים שכתב **שכופים זה דווקא במילים**, כלומר שאומרים לאדם שאם הוא לא שומע הוא נחשב עבריין (כפייה בדברים זה להפעיל לחץ ע"י בית הדין), אבל לא כופים בשוטים (מלקות), חרם, או נידוי חברתי. וזה לא כשיטת הצמח צדק שסובר שכופים ע"י נידוי.

רואים 3 גישות:

א) בית דין **יכול** לכפות כמו בדין רגיל **בכל האמצעים** הרגילים שיש לו.

ב) בית דין **לא יכול לכפות**.

ג) יש כפייה אבל לא מלאה. כלומר **יש כאן כפייה** אבל **באמצעי כפייה יותר קלים.**

נחזור למרדכי שאמר שכופים אם היכולת בידו לעשות. **מה הכוונה?** אחד הפרשנים מסביר שהכוונה שלשיטת המרדכי כופים **אם הוא עשיר**. בעיקרון לא יכולים לפי התורה לעשות הפליה בדין בין עשיר לבין עני ולמשל לחייב את העשיר למרות שפטור בגלל שיש לו כסף. אבל בלפנים משורת הדין אומר המרדכי שכופים לפעול רק אם האדם הוא בעל אמצעים. בגלל שזה לפנים משורת הדין, זה יכול להיות דין סלקטיבי. רק אם זה היה לפי דין שחייב לשלם, לא היה ניתן להבחין אם הוא עשיר או עני. **הכפייה הסלקטיבית מלמדת שזה נשאר בתוך המסגרת של לפנים משורת הדין. לא נקבעה תקנת חכמים שאדם צריך לוותר לסבלים שלו למשל.**

מתי נחייב אדם לפי השיטות השונות לנהוג לפנים משורת הדין?

ברור שלא תמיד, כי אם תמיד נכפה- אין משמעות לדין.

א) שיקול אחד ראינו שכשיש **שיקול כלכלי.** ככל שיש פער יותר גדול בין הצדדים, תהיה נטייה לפעול לפנים משורת הדין.

ב) שיקול נוסף הרמב"ם בהלכות יסודי התורה מדבר על מצוות קידוש השם ומנגד האיסור לחלל את שמו של אלוקים בעולם. הרמב"ם כותב שם בין היתר, שאם אדם הוא תלמיד חכם והוא מתנהג **בבין אדם לחברו** בצורה שמעבר לנורמה הרגילה- **זה קידוש השם**. מנגד אם תלמיד חכם מתנהג בצורה הפחותה מהנורמות הרגילות- **הוא מחלל את השם**. כי אנשים מייחסים את ההתנהגות של האדם לתורה. יש ציפייה מאדם שמעמדו הדתי והחברתי גבוה, להתנהג בצורה המעבר לנורמות הרגילות בבין אדם לחברו. כלומר שיקול נוסף הוא **ככל שהמעמד החברתי והדתי גבוה יותר**, תהיה ציפייה לפעול לפנים משורת הדין. ויכול להיות שזה ההסבר למקרים אותם ראינו בגמרא.

בעלי התוספות מעלים עוד שני שיקולים:

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

ג) כאשר התנהגות של לפנים משורת הדין גורמת **הפסד**, פחות נצפה מהאדם לפעול לפנים משורת הדין. אם ההתנהגות רק גורמת הפסד רווח, נצפה לפעול לפנים משורת הדין.

השלכה של מה שאמרנו לגבי המקרים שראינו בשיעור הקודם

**למשל המקרה של הארנק:** לא נגרם הפסד כי הארנק לא היה של המוצא לפני, והוא לא נדרש להוציא מכיסו כסף כשהחזיר אותו לפנים משורת הדין. במקרה של רבי ישמעאל שעוזר לסבל. נכון שרבי ישמעאל בפועל עוזר לו ע"י זה שקונה ממנו בחצי זוז את השק, אבל עקרונית התנהגות של לפנים משורת הדין לא חייבה אותו לקנות את השק - הוא יכול היה רק להרים את השק ולהעמיס על הסבל. לכן במקרים האלה ההתנהגות של לפנים משורת הדין לא גורמת הפסד. במקרה של הסבלים ששברו את החבית, כשרבה פועל בלפנים משורת הדין הוא נשאר במינוס. כי הייתה לו חבית והיא נשברה. כן נגרם הפסד בהתנהגות של לפנים משורת הדין. גם במקרה של רבי חייא שפיצה את האישה בלפנים משורת הדין יש הפסד מבחינתו.

אז במקרים מהסוג שההתנהגות לפנים משורת הדין לא גורמת הפסד, הציפיה לפעול לפנים משורת הדין גבוהה יותר. כשהתנהגות של לפנים משורת הדין גורמת הפסד, הציפייה לפעול כך היא נמוכה.

שיקול נוסף שמעלים:

ד) האם התנהגות לפנים משורת הדין מחייבת אותי **לוותר על פריווילגיה** מיוחדת שיש לי, או לוותר על משהו שלכולם מגיע?

נראה זאת דרך המקרים:

כאשר רבי ישמעאל עוזר לסבל להרים את השק, היה לו פטור ספציפי להרים את השק בגלל שהוא **"זקן ואינו לפי כבודו".** אבל לשאר בני האדם היה חובה להרים את השק. רבי ישמעאל רצה לנהוג כמו כל בני האדם ולוותר על הפריווילגיה המיוחדת שלו. הוא הדין אצל רבי חייא השולחני; אדם רגיל שהיה נותן חוות דעת לא נכונה על המטבע היה צריך לתת לאישה פיצוי. לו אישית היה פטור כי הוא מומחה מיוחד שבהלכה פטור מלשלם. רבי חייא לא רצה להשתמש בפטור המיוחד שלו. בשני המקרים החכמים לא השתמשו בפטור שיש להם, מאחר שלא רצו להשתמש בפטור מיוחד שיש רק להם. לעומת זאת במקרה של רבה עם הסבלים ששברו לו את החבית, לא הייתה זכות מיוחדת לרבה לקבל פיצוי שנדרש לוותר עליה, אלא כל אדם שנגרם לו נזק ע"י סבלים זכאי לפיצוי מהסבלים גם כשהם לא עשו בכוונה. גם במקרה של האדם שמצא את הארנק, לא היה פטור מיוחד למוצא מלהחזיר.

**כאשר לפעול לפנים משורת הדין אומר לוותר על פריווילגיה מיוחדת, הציפייה לפעול לפנים משורת הדין חזקה יותר. אבל כאשר הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין היא לוותר על משהו שלכולם מגיע לקבל, הציפייה לפעול נמוכה יותר.**

השיקולים יכולים להוביל באותו מקרה לתוצאות שונות.

במקרה של **רבה עם הסבלים,** אם מסתכלים על השיקול של הפער הכלכלי (הוא היה עשיר והם היו עניים) או המעמד הדתי צריך לוותר, אבל אם זה שיקול של פריווילגיה מיוחדת או שנגרם לו הפסד, הוא לא צריך לוותר כי אין לו פריווילגיה מיוחדת ונגרם לו הפסד.

במקרה של **רבי חייא,** מצד המעמד הכלכלי לא בטוח שהוא עשיר יותר מהאישה. מעמד דתי קיים כאן. מצד פריווילגיה זה קיים וזה תומך בללכת בלפנים משורת הדין. לפי השיקול שנגרם לו הפסד, כן נגרם לו הפסד וזה פחות תומך בלפנים משורת הדין.

אם כל השיקולים תומכים לפעול לפנים משורת הדין או שכולם תומכים בלהפך, קל יותר להכריע האם יש לפעול לפנים משורת הדין. כשיש כמה שיקולים המביאים לתוצאות שונות זה יותר מורכב להכריע.

לסיכום השיקולים: **מעמדו הכלכלי של האדם**, **מעמדו הדתי-חברתי של האדם**, **הפסד מול רווח**, **ויתור על פטור**.

ננסה לחבר את הדברים:

אפשר לחשוב על מערך שלם של אפשרויות שעומדות לפני בית הדין, כשבמקרים קיצוניים בית הדין יכפה ממש, ובמקרים פחות חמורים ילחץ פחות, והכל לפי העניין. בית הדין יבדוק כמה המקרה חד משמעי עד שצריך לפעול לפנים משורת הדין.

זה מאזן את התפיסה של ההלכה שנתפסת פורמליסטית. בתי המשפט בישראל אוהבים להכניס שיקול דעת, ולא אוהבים כללים של שחור לבן.

דיברנו על עשיית הישר והטוב והראנו איך בית הדין עושה זאת. אחד מהכלים זה ע"י הכלל של לפנים משורת הדין. עתה נדבר על כלי נוסף של **חיוב בדיני שמים**.

מה הכוונה חייב בדין שמים? לעיתים בית דין ארצי לא יכול לחייב אותך (לכפות), אבל דין שמים (אלוקים) מחייב אותך. זה לא אומר שאדם פטור, אלא שבית דין לא יכול לחייב, מדובר **בחובה דתית-מוסרית**.

החיוב בדיני שמים מובא בעיקר בהקשר של דיני נזיקין.

**חיוב בדיני שמיים**

ההלכה מבחינה בין נזק שנעשה בידיים **באופן ישיר**, לבין נזק שנגרם **כתוצאה** מהתנהגות **עקיפה** - **גרמא** (לגרום).

נביא כמה דוגמאות:

**א)** אדם **מאכיל** סם המוות בפני בהמת חברו, זה ממש נזק בידיים כי נותן לה את סם המוות **ישירות**. במקרה כזה **צריך לשלם**. אבל אם פיזר את הרעל בחצר והבהמה אכלה את הרעל זה **גרמא.** למרות שעשה זאת בכוונה, זה **מעשה עקיף** ולכן יהיה **פטור** מדיני אדם וחייב בדיני שמיים – בית דין לא יכול לחייבו.

**ב)** אדם **שיודע עדות** לטובת חברו ולא מעיד עבורו- מפר חובה. בגלל שלא מעיד לטובת חברו, חברו לא יכול לקבל את הכסף שלו. זה **נזק עקיף - גרמא** ולכן חייב רק בדיני שמים אבל לא בדיני אדם – בית דין לא יכול לחייבו.

**ג)** אדם ששוכר **עדי שקר** להעיד, זה גם **גרמא** וחייב רק בדיני שמים.

**ד)** אדם **שורף שטר חוב**, באופן ישיר הוא שרף שטר נייר שזה כמעט חסר ערך, אבל באופן עקיף הוא גרם נזק שלא יוכל המלווה להוציא את הכסף מהלווה (זו דוגמא פחות טובה, כי לפי חלק מהשיטות במקרה זה יהיה חייב).

בדיני הנזקין היום במשפט הישראלי אין משמעות להבחנה זו.

פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים נאמר בהקשר של **גרמא בנזקין.**

הערה חשובה

גרמא **לא נוגעת לשאלת היסוד הנפשי**. אפשר לעשות נזק בכוונה בגרמא. גם כשאדם מתכוון, אם הוא פעל בגרמא הוא יהיה פטור בדיני אדם. וכן להפך אפשר להזיק ישירות ללא כוונה.

**רש"י גיטין נג ע"א**

"פטור מדיני אדם לשלם"

"וחייב בדיני שמים, פורענות לשלם לרשעים שנתכוין להפסיד את ישראל".

חייב בדיני שמים זה אומר שלמרות שלא יענישו אותו בבית דין, משמים יענישו את האדם כי הוא התכוון לגרום נזק. רש"י ככל הנראה גם מסכים שאם ישלם, יהיה פטור בדיני שמים.

זה יכול לעבוד רק בחברה שחשוב לפרטים בה לקיים מצוות.

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

**משנה מסכת בבא קמא פרק ו' משנה ד'**

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

**בבא קמא דף נ"ה עמוד ב'**

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

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

**ראב"ן, בבא קמא סימן "א**

במקום שנאמר כי אדם חייב בדיני שמים הכוונה היא שבית הדין לא כופים את האדם לשלם, אך הם **לוחצים ודוחפים** את האדם לשלם **כדי שירצה את חברו.** ההנחה היא שהאדם רוצה לעשות את רצון ה' ולמלא את חובתו הדתית, ולכן גם ללא כפייה יש סבירות שהוא ישלם. בנוסף, **כדאי לשלם כדי להיפטר מעונש שמיים.** בגלל שלמזיק יש חיוב בדיני שמיים הוא ינסה לרצות את הניזוק, אפילו חלק מהתשלום. התשלום שהאדם ישלם (כשיש לו פטור) קשור לנסיבות ולמידת הלחץ שבית הדין מפעיל.

**ים של שלמה, בבא קמא ו, ו**

**חיוב בדין שמיים לא מנותק מבית הדין.** למרות שבית הדין לא כופה אותו לשלם, **בית הדין יכול** **להפעיל לחץ.**

**מאירי בית הבחירה מסכת בבא קמא דף נ"ו עמוד א'**

בניגוד למשפט הישראלי, במשפט העברי ישנם הרבה **פסולי עדות**- אנשים שמראש יש איתם בעיית נאמנות. לפעמים זה בגלל שהעד קרוב לאחד מבעלי הדין, ויש גם אנשים שהם תמיד פסולי עדות, לדוגמא גזלן. גזלן הוא אדם שחייב לשלם ולא משלם- שהרי הוא מחזיק בידו כסף שלא שלו. **המאירי אומר שכל אדם שחייב בדיני שמיים פסול לעדות, מכיוון שבפועל הוא חייב לשלם אך אין אמצעי אחר כדי לאכוף את החיוב.** חיוב בדיני שמיים פירושו שיש חיוב לשלם אך אין אכיפה. הציפייה היא שאדם שחייב בדיני שמיים ישלם, ובית הדין יכול להפעיל את אמצעי ההשפעה שיש לו כדי לגרום לאדם לשלם.

3) השפעה על האדם הפרטי

חז"ל הכתיבו לנו מהו אותו ישר וטוב שהם רוצים שננהג לפיו אך אין הם מחייבים בו אלא רק מתווים את הדרך.

**מידת חסידות / רוח חכמים נוחה הימנו**

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

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

**בבלי מסכת בבא בתרא דף קל"ג עמוד ב':**

**הקדמה-** חוק ירושה הוא חוק במשפט הישראלי העוסק בדיני ירושה. דיני הירושה קובעים מה יעלה בגורל נכסיו של אדם במותו. במדינת ישראל החוק קובע כיצד מחלקים את הירושה של הנפטר במעגלי קרבה שונים. יחד עם זאת, אם אדם מעוניין לחלק את נכסיו באופן שונה מהקבוע בחוק, החוק לא מונע אפשרות זו, 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. דיני הירושה הקבועים בתורה 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 במשפט העברי ישנה אפשרות לחלק את הנכסים באופן שונה מהקבוע בכללי הירושה ההלכתיים. **אולם אדם לא יכול לצוות מה לעשות עם נכסיו לאחר מותו**. זאת כי ברגע שאדם מת אוטומטית בעלותו פוקעת, ולכן הוא לא יכול לצוות מה יעשו בנכסיו כאשר אין לו בעלות עליהם.

הפתרון: **נתינת נכסיו תחשב 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 (אדם לא יכול לתת את רכושו אחרי מותו כי ברגע שמת בעלותו פוקעת).

המשנה מספרת על מקרה 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), ועל הנכסים לעבור לאותם אנשים. אולם, המשנה אומרת **שאין רוח חכמים נוחה הימנו- ההתנהגות הזו אינה ראויה**. אדם יכול לתת את נכסיו למי שהוא רוצה כל עוד הוא עושה זאת ע"פ הפרוצדורה שההלכה קבעה, אך מראש אומרים לו שחכמים אינם מרוצים מהתנהגות שכזו. ר' שמעון בן גמליאל אומר שאם בניו של אותו אדם לא הלכו בדרך טובה, טוב שהאב לא נתן לבניו את הנכס.

**רשב"ם, שם**

באמירה **"אין רוח חכמים נוחה הימנו"**,הכוונה היא כי לחכמים אין נחת רוח ממנו. הרשב"ם מוסיף כי אותו אדם **עקר נחלה מהתורה**. כשהתורה מתייחסת לדיני ירושה היא מתייחסת לנכס העיקרי של האדם- נחלתו. הנחלה היא אמצעי הייצור הנמצא ברשות באמצעותו מפרנס את משפחתו, ולכן כשהוא נפטר הוא מעביר אותו לבניו. (יכול להיות שזאת הסיבה שהירושה לא עוברת לבנות- במציאות בתקופה הזו, הבנות לא היו צריכות לפרנס וזה היה התפקיד של הבנים, ברור שכיום המציאות השתנתה).

**בבלי מסכת בבא קמא דף צ"ד עמוד ב'**

הברייתא מדברת על אנשים שגוזלים מאחרים ע"י **הלוואה 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 מה' 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. אדם שגזל מאדם אחר ובא לרצות את חברו, בנוסף צריך להחזיר את החפץ שגזל, אך ייתכן והאדם הנפגע יוותר וימחל לגזלן. הברייתא אומרת, שאם הגזלן בא כדי להחזיר את הכסף/החפץ שלקח, **רוח חכמים תהיה נוחה אם תוותר לו ולא** **תיקח את הכסף בחזרה**. אנו רוצים **לעודד אותו** לחזור לדרך הטובה והישרה, ואם נגיד לו שהוא מחויב להחזיר את כל הכסף ייתכן וזה **ירתיע אותו**. מניחים שמדובר באדם שגזל מהרבה אנשים, אך לקח מכל אחד מעט. ברור שאם הגזלן לקח סכום משמעותי לא נבקש מהאדם לוותר על הכסף. אך כאשר מדובר במצב שבו אין הבדל גדול בין אם האדם מקבל את הכסף בחזרה או לא, נבקש ממנו לוותר לגזלן, שכן עבור הגזלן שצריך להחזיר לכל אחד את הכסף זה כן שינוי דרמטי. גם כאן, **לא אוסרים על האדם לעמוד על שלו** וברור שאין תקנה שאומרת לגזלן לא להחזיר את הכסף, **אך יש בקשה לנקוט בהתנהגות שחכמים מרוצים ממנו.**

**משנה מסכת שביעית פרק י' משנה ט'**

המשנה מתארת שלוש התנהגויות שחכמים מעודדים: אנו נדון ב-2

**1) אדם** **שמחזיר את חובו בשנה השביעית רוח חכמים נוחה הימנו-**

כל החובות נמחקים בשנה השביעית. 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 עני הלווה כסף ולאחר מכן יוצא ממעגל העוני ויש לו כסף כדי להחזיר את החוב- ובכל זאת נתלה על הדין שזהו שנת שמיטה ולכן חושב שאינו חייב להחזיר את חובו. עלול לגרום למלווה 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 יחזיר את חובו.** (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 במטרה אותה ניסינו להשיג.

**2)** **אדם שלווה 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 שלו, **ברמה ההלכתית** הם לא נחשבים ילדיו. **מכיוון שהילדים כאילו לא ילדיו, הם אינם יורשים אותו ע"פ הדין**. אם אין לו ילדים לאחר הגיור אין לו יורשים, נכסיו הם הפקר, **הראשון 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 נמצאו אצל האדם במותו של הגר ולכן הוא זוכה בהם. מבחינה מהותית הילדים ירגישו שנעשה להם עוול, שהרי הגר הוא אביהם. **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.

עד כה עסקנו בדעת חכמים שנחה מאדם. כעת נדון **במידת החסידות**:

**בבלי מסכת חולין דף ק"ל עמוד ב'**

ישנם כמה מצוות שנועדו לעזור לעניים- ביניהם לקט, שכחה, פאה ומעשר עני, כאשר יש לאדם גידולים הוא צריך להפריש חלק מתבואתו לעניים. **פאה** היא חלק מהתבואה 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 הגדירו כי עני הוא אדם שיש לו פחות מ-200 זוז, סכום זה הוא הסכום המספיק לצורכי קיום מינימליים של האדם למשך שנה. רק מי שיש לו פחות מ-200 זוז רשאי לקחת ממתנות עניים.

הסוגייה מדברת על בעל בית (אדם 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.

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. אך אין כאן חובה על האדם לשלם מכיוון שבאותו הזמן הוא היה נחשב עני, בנוסף על כך, מדובר בממון שאין לו תובעים ואף אחד לא יכול להוכיח שהוא צריך להחזיר את התשלום. חכמים אומרים לאותו אדם **שאם הוא רוצה** לנהוג במידת חסידות הוא ישלם לעניים כנגד מה שאכל, **אין הוא חייב** להחזיר את השווי לאותם עניים בעיר שממנה קיבל את האוכל, אלא יכול להחזיר לעניים שבעירו.

**בבלי בבא מציעא דף נא עמוד ב'**

**דין הונאה** חל כאשר אדם מוכר או קונה חפץ **בפער של 20% ממחירו בשוק**, במקרה זה אפשר לטעון טענת הונאה.

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 הכפר 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 (חודש/חודשיים) ובא עם טענת הונאה, ע"פ הדין לא צריך לקבל את הטענה. **עם זאת, אם האדם שמואשם בהונאה מזהה את המטבע (גם אם עבר הזמן), מידת החסידות מציעה שהוא יחזיר את כספו של הנפגע, למרות שאין לו חובה לעשות כך.**

**שו"ת תשב"ץ חלק ג', קצ**

מסופר על **אישה בעלת נכסים** שאין לה משפחה קרובה, האישה חלתה וכנראה חשבה שיכול להיות שלא תצא מהמחלה. על כן, רצתה להסדיר מה יעלה בגורל נכסיה כשתמות. האישה החליטה שרוצה היא **להעביר את נחלתה** **מקרובה הרחוק** המיועד לרשת אותה לפי דין תורה **לבית הכנסת או לעניים**. אותו קרוב הראוי לרשת אותה גם הוא עני ויש לו בנים בני תורה (תשלום שכר לימוד) ובת שצריכה להינשא (נדוניה). עד כדי כך אין לו כסף שהלך הוא לחפש נדבות בקהילות סמוכות כדי שיוכל למצוא חתן לבתו.

**שאלה:**

האישה רוצה להקדיש את נכסיה לעניים ולבית הכנסת במקום לאותו קרוב. האם דעת חכמים נוחה הימנה או אם לאו??

השואל לא שואל האם זה מותר, ברור לא שזה מותר, וגם לא שואל אם בדיעבד יש לפסול דבר כזה. ברור לשואל שאם היא עשתה את זה כבר- זה תקף. הוא שואל האם זה ראוי בעיניי חכמים (השואל מתלבט מה לייעץ לה לפני מעשה). מצד אחד קשה להניח שהקדש למטרות נעלות שכאלה הם לא ראויות ומצד שני גם הקדש לקרוב הוא ראוי וקדוש.

**תשובה:**

אין לשתף פעולה במקום שבו אדם מבקש להעביר את נכסיו מיורשו כדין ליורש אחר. אפילו מבן רע לטוב או מבן לבת- למה? כי רוח חכמים נוחה לפי דין תורה, אל תיטול בזה חלק. אם אפילו בנוגע לאנשים ראויים לירושה אמרו לא להיות שותף- וזאת כאשר הוא לא מוציא את הירושה לצד ג'. ואפילו במצב כזה הסוגייה מסתייגת- אז **כל שכן**- כאשר אדם מעביר את ירושתו לצד ג' שאין לו זכות כלל.

**הקדש בית כנסת-** נועד לחזק את בדקו או לפרנס את שאר צורכו של בית הכנסת. דברים אלו מוטלים על הציבור בדר"כ. ברגע שהאישה מקדישה את נכסיה לבית הכנסת- היא פוטרת את הציבור מחיובים אלו- היא באופן עקיף הורישה את הכסף לכל אחד מהקהילה כי עכשיו לא יצטרכו לתת את חלקם. כאילו לקחה מאותו יורש ונתנה לאלף צדדי ג' זרים (יותר קל להבין את זה שבית הכנסת הוא צד ג' זר- ולכן הסביר את זה בפריטה לפרטים).

**הקדש לעניים-** אותו סיפור- היא פוטרת את הציבור מחובותיו לעניים, אז זה לא באמת שהיא נותנת לעניים- היא פוטרת את הציבור מהוצאותיו לעניים.

כל זה לא בא לבטל את המתנה אם נתנה כבר ומתה. אך אם עוד לא עשתה זאת- יש לומר לה שהדבר לא ראוי וראוי כי היא תיתן את נכסיה לאותו קרוב.

עד כה, אין חידוש גדול, שכן פועל המשיב באופן קלאסי לפי כללי הפסיקה הרגילים.

**החידוש:**

אפשר להרחיק לכת עוד יותר ולא רק להגיד שזה לא ראוי- אלא גם אם עשתה את זה כבר- **אתם יכולים לא לכבד את מה שעשתה ולבטלו.**

באופן כללי גישת חז"ל אומרת שחובה לקיים את דברי המת- התשב"ץ אומר שעל אף זאת ניתן לבטל את דבריה- על סמך מה?

**סיפור בגמרא-** רבי יהודה הנשיא הולך עם רב בדרך ומראה לו שער מפואר שהשקיע את כספו בבנייתו, רב אומר לו- אם היית יודע כמה כסף השקיעו אבותיי במקום הזה.. **לא השקעת כאן כסף אלא חיי אדם**- לא היו צורכי חינוך/בריאות בעיר שלך?? מה אתה בונה בניין כ"כ מפואר? היית צריך לתעל את כספך לצרכים יותר חשובים. (התלמוד לא תמיד מדויק היסטורית- לפעמים בא להעביר מסר).

יש סדר עניינים הגיוני- לפני שמשקעים בדברים מפוארים- יש להשקיע בצרכים אנושיים. הוא לא מנסה להגיד שרבי יהודה הנשיא פושע, אלא ששיקול דעתו היה קצת משובש. הוא מצטט פסוק קשה מאוד שמבקר את העם שבנו היכל עבודה זרה כדי להמחיש כמה גרוע סדר העדיפויות של רבי.

מכאן נראה שלפי סדרי העדיפויות הראויים- צרכי העניים עדיפים על בניית בית כנסת, וכך כתבו גם הראשונים וכיוון שזה מתואר כמעשה עבירה.

צוואה של **"שכיב מרע"** המבקש לעשות דבר אסור- אין לעשות זאת (למרות החובה להקשיב לציווי של אדם גוסס). למה לא נקשיב? כי לא סביר שאדם רגע לפני מותו יצווה לעשות עבירות מנכסיו לא צריך להקשיב לו כי יש הנחה שהוא לא התכוון לכך.

אותה אישה ציוותה לתת לבית הכנסת- **לתת למבנה במקום לעני מסכן**- כמו רבי יהודה הנשיא. כביכול ציוותה לעשות **עבירה** מנכסיה ולכן אין לעשות את דבריה.

לדעת ד"ר חבה מדובר **ב"הררים התלויים על שערה"-** הבסיס של ההר קצת תלוש. התשב"ץ בנה הר כדי להגיע לתוצאה שרצה. יש פה קונסטרוקציה משפטית מאוד מאוד דחוקה.

רואים כי כאשר רוח חכמים לא נוחה זה עניין אישי של האדם עצמו אך בעקיפין זה כן משפיע על בית הדין. לולא היו אומרים לנו חכמים שרוח חכמים לא נוחה ממנו לא היה המשיב בונה את הקונסטרוקציה המשפטית הזו. הוא בנה את הקונסטרוקציה המשפטית על רקע העובדה שרוח חכמים לא נוחה ממנו.

ממקור זה אנו רואים איך **רוח חכמים יכולה להשפיע על בית הדין**. כשמגיע לפוסק מקרה- הוא רוצה להגיע לתוצאה שנראית לו נכונה- והוא ישחק בכללים ויבנה קונסטרוקציה בכלים הקיימים המאפשרת לו הגיע לאותה תוצאה.

האם בכל מקרה דומה לזה נפסוק כך? לא- **בכל מקרה נבחן את הנסיבות**. אותה פסיקה הפכה להיות כלי פסקה לגיטימי שניתן לשימוש במקרה המתאים אבל לא הפך לפסק דין מחייב. בתשובה זו יש המחשה של השפעה עקיפה של רוח חכמים על הדין.

**מי שפרע ומחוסר אמנה**

עד כה דיברנו על מקרים מסוימים בהם בית דין מתערב כמו למשל דין שמיים. **מחוסר אמנה הוא אדם לא אמין** ולכן רוח חכמים פחות נוחה עימו. במי שפרע ומחוסר אמנה ההקשר הוא ספציפי, כדי שעסקת מכר תכנס לתוקף לא מספיק גמירות דעת של הצדדים אלא יש צורך גם במעשה קניין= אקט שעושה הקונה המסמן בעלות. יחד עם זאת מבחינה מוסרית זה נראה לא טוב , כי כן הייתה גמירות דעת למכור את החפץ (למשל מחשב שסוכם למכור ב1000 לפני מעשה הקניין ואז מישהו מציע לו 1100 אז הוא רוצה לחזור בו, זה לא הוגן).

מבחינים כאן בשלושה מצבים:

1. היו רק דיבורים, לא סוכם דבר- מקרה כזה **לא מחייב**

2. סוכמו הפרטים ולא התחיל מימוש, אין תשלום ואין מעשה קניין- **יותר מחייב**

3. הכסף שולם וטרם נעשה מעשה קניין- **יותר מחייב**

4. נעשה מעשה קניין (גם אם לא שולם הכסף)- **מחייב**

בשני המקרים האמצעיים לא בוצע מעשה קניין והאדם כביכול לא מסרב אבל אם שולם כסף זה מעיד יותר על גמירות הדעת, בשני המקרים אין חיוב עדיין אבל זה **לא מוסרי** לחזור מהעסקה.

**משנה מסכת בבא מציא פרק ד**

**מי שפרע=** יותר עוצמתי, מתקשר לחייב בדיני שמיים. מתייחס למי שלא ביצע מעשה קניין אבל כן שילם.

**מחוסר אמנה=** פחות עוצמתי, מתקשר לרוח חכמים אינה נוחה. לא בוצע מעשה קניין אבל גם לא שילם.

אמנם אתה יכול לחזור בך ברמה המשפטית כי לא היה מעשה קניין אבל אלוהים יכול להעניש אותך (מי שהעניש את אנשי דור המבול, דור הפלגה)

נחלקו בתלמוד על משמעות "מי שפרע":

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

האם מדובר על מקרה בו אומרים לו שאלוהים יעניש אותו או שמקללים אותו בכך שאלוהים יעניש אותו?

נקבע עפ"י דעתו של רבא= **מקללים אותו שאלוהים יעניש אותו.**

**רמב"ם הלכות מכירה פרק ז**

מקללים אותו בעונש ואז אם הוא עדיין מתעקש ניתן להחזיר לו את העסקה ולא לחייבו.

מחוסר אמנה- לא בוצע מעשה קניין ולא היה תשלום תמורה. רוח חכמים לא נוחה הימנו כי הוא לא אמין. **בית הדין לא יאמר לו שהוא לא אמין.**

אדם **ראוי שיעמוד בדיבורו** לא רק בעסקאות אלא גם במתנות. הוא צריך להיות אמין ולעמוד אחר דבריו.

הרמב"ם אומר שכשמדובר במתנה בודקים כמה סביר שהוא אכן יביא את המתנה וכמה המקבל מסתמך על לקבל אותה, למשל מתנה בסדר גודל לא הגיוני- בית מתנה ליום הולדת. אם זו **מתנה סבירה** **ייחשב כמחוסר אמנה** אם לא נתן אותה, אך **במתנה גדולה ולא סבירה** הצד השני לא מסתמך עליה ומי שלא נתן **לא ייחשב כמחוסר אמנה.**

# **השופט אליקים רובינשטיין**

שירת בביהמ"ש העליון למעלה מ-13 שנים, רואה במלאכת שילוב המשפט העברי שליחות. לפעמים שילב משפט עברי כדי להראות רלוונטיות ולפעמים הרגיש שהדבר פשוט מתבקש.

אין תחום כמעט שלא ניתן לשלב בו מקורות מן המשפט העברי בפסיקה.

היום הדבר מעוגן בחוק יסוד: השפיטה- "יפורשו בהתאם לעקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל". לא נכתב במפורש משפט עברי. ולפני שנים אחדות הוסיפו את צמד המילים "בהתאם למשפט העברי" אך גם זה נוסף בהסתייגות כי פירוש זה ייעשה רק אם לא יימצא פירוש מתאים יותר. מבחינה נורמאטיבית פורמאלית- ההפניה למשפט העברי מצומצמת.

ההזדמנויות הסטטוטוריות להפעלת הסעיף נדירות ביותר משום שניתן להשתמש בו רק כשאין מוצא אחר בחוק הישראלי.

מהו אותו משפט עברי שבא לידי ביטוי בבית המשפט?

"זה לא עסק של הדתיים"- זה אוצר תרבות לאומי, השייך לכל עם ישראל על כל גווניו. לא לכל עם יש כל כך הרבה מקורות העוסקים במשפט ודין. קיום האוצר הזה הוא לא נחלת הדתיים בלבד- אלא אוצר לאומי. מדינת ישראל היא יהודית ודמוקרטית. תרבות המדינה כמדינה יהודית כוללת באופן מובהק את המשפט העברי.

מדינת ישראל לא נמצאת במקום טוב לפי הסטנדרטים המקובלים בעניין תנאי המחייה בבתי הסוהר (נידון ב**בג"ץ האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים 1892/14**).

ישנו קושי לשלב את המשפט העברי במדינה בה יש נשים-מיעוטים וכו'. היו מלומדים שניסו להפוך את המשפט העברי למשפט נוהג במדינת ישראל ועבדו רבות להתאימו למציאות הישראלית.

(השופטים זילברג, אלון, אנגלרד, טל, הנדל, סולברג ועוד שהשתמשו במשפט העברי, רובם הגיעו מרקע דתי, אך לא כולם).

יש להבדיל בין מקומות בהן הכרחי להביא את דברי המשפט העברי ויש מקומות בהם שופטים מביאים את דברי המשפט העברי מתוך חיבה אישית.

שופטים רבים דתיים ושאינם דתיים הרגישו צורך לשלב את דברי המשפט העברי בפסיקתם. אך רוב רובם של השופטם ששילבו את השפט העברי בפסיקתם.

ישנם 3 משוכות ששופט צריך לעבור לפני שיכול להגיע לתובנות מתוך המשפט העברי בפסיקתם:

1. **משוכת הידע-** היום יותר קל להעמיק וללמוד כי יש המון ספרים והכל נורא נגיש באינטרנט. ובכל זאת, שופטים נתקלים בחוסר בטחון וחשש להיתפס בטעות.

2. **משוכת הרצון-** לא כל שופט מרגיש קשור למשפט העברי, יש שמרגישים שהמשפט העברי הוא לדתיים.

3. **משוכת הזמן-** התעמקות במשפט העברי היא "בונוס", לשופט יש המון תיקים והעמקה במשפט העברי דורשת אורח רוח וזמן.

באופן אופייני- התגלעה מחלוקת בין השופט ברק לשופט אילון בפסק דין- **13/80 הנדלסון נ' קופת עם**. השופט אלון חשב שהמילים "מורשת ישראל" הם עקרונות המשפט העברי, והמחוקק העניק חשיבות ראשונה למשפט העברי, ברק כאמור ראה זאת בצורה תרבותית יותר. הוויכוח המשיך והקרין על פירוש המילים "מדינה יהודית ודמוקרטית" בחוק היסוד. הגישות לא הוכרעו, וספק אם יוכרעו ואם יש צורך להכרעה. הוכנס תיקון לחוק, אך הוא לא שינה הרבה את המציאות.

לפי פרופ' **אליעזר דולדמן**- "דרושה מידה רבה של טאקט ושל מתינות בכל הצדדים, עמידה עיקשת על עקרונות עיקשת על חילוניות או על מחויבות להלכה לא תוכל לצלוח".

אין מחלוקת כי המשפט העברי הוא מקור חשוב. ניתן לגשר את המחלוקת בין ברק לאילון. ברק הוא ניצול שואה שניצל בגטו קובא- לקחיו הם: הצורך בבית לעם היהודי ושמירה על זכויות האדם כדי שלא ינהגו באחרים כמו שנהגו בנו בשואה.

פרופ' **אנגלרד** כתב בשנות ה-60 כי ראה בשימוש במשפט העברי **חשש "לחילון"** של המשפט העביר. אך כשהגיע לבית המשפט העליון הרגיש כי שימוש במשפט העברי מהווה שליחות.

**טירקל** קרא לזה **"שימוש בתועלת"-** המשפט העברי גמיש ורחב אופקים, ולא יתכן שמדינת ישראל תשתמש בשיטת משפט אחרת, אך גברה המחאה נגד ניסיון התאמת דברי תורה לצורך המדינה, ולכן נשאר המשפט העברי, בעיקר ללומדי תורה ולחוקרי ההיסטוריה.

**חיים כהן**- כתב כי "אמונה באלוהיותו של החוק ונצחיותו מנעה בעד המשפט העברי כדי להתקבל כדין של מדינת ישראל".

**הרב הרצוג**- "על המשפט העברי לשמש כמשפט הרשמי של מדינת ישראל".

שמדינה יהודית לא תשתמש במשפט העברי?? גם השופטים אגרנט וברק התייחסו כמה פעמים לסוגייה.

הועלתה טענה לפיה המשפט העברי לא עולה בקנה אחד עם הרעיון הדמוקרטי. רובינשטיין מאמין באופן אישי שהסינתזה היא אפשרית- כתביהם של המלומדים בני הדור החדש של חוקרי האוניברסיטאות יצא קומפוס של אוצר בלום שמאפשר את שילוב המשפט העברי בפסיקה.

ניתן להתייחס לזה ב-2 עדשות-

1. נכס תרבותי לאומי

2. עושר משפטי

אפילו בתביעה ייצוגית- תחום מודרני, ניתן לעשות שימוש במשפט העברי.

ישנה טענה לפיה השימוש במשפט העברי לא עולה בקנה אחד עם העקרונות הדמוקרטיים. רובינשטיין הוא חסיד של סינתזה ומאמין כי ניתן לשלב בין הדברים.

כשעוסקים במהות המשפט העברי ניתן לעשות זאת בלי לפגוע במעמדם של שאר הפרטים הלא יהודים במדינה.

דוגמאות:

**1. שימוש במשפט עברי כאינטגרלי והכרחי לאותו נושא:**

מטבע הדברים כשבית המשפט עוסק בתחום שהיש בו היבט של משפט עברי כמו דיני משפחה ייעשה שימוש במשפט העברי.

ספרו של גרשון גרמן- דינא דמלכותא מול גישת מלך ישראל- הכנסת בחקיקתה מהווה את הסכמת הציבור כבסיס משפטי. האם המשפט העברי הוא דינא דמלכותא דינא, איך בתי דין רבניים מתייחסים למשפט המדינה?

כמה גישות: מלך ישראל/ דינא דמלכותא דינא/ הסכמת הציבור כבסיס משפטי הלכתי.

רובינשטיין לא אוהב את השימוש בכלל דינא דמלכותא דינא, כי מדובר במדינה יהודית וזה לא רצוי. יש להתייחס לגישה שהכנסת מייצגת הסכמת ציבור לגבי חוקי המדינה.

עגונה- היום מדובר במקרים נדירים, האישה קשורה לבעלה כמו עוגן- כי מסרב הוא לתת לה גט. במשפט העברי רק גבר יכול לתת גט. החוק הישראלי מחייב את הבעל לתת גט, ניתן להטיל סנקצייה של מאסר.

הרחקות דרבינו תם- כשמרחיקים אדם מחיי קהילה – יש בכך סנקציה יעילה לסרבני גט.

בית דין רבני הטיל על אדם שסירב לתת גט ולא נמצא בארץ הרחקות דרבנו תם- לא נידוי מוחלט אלא הרחקה חברתית. על יסוד המשפט העברי נפסק הדין במשפט הישראלי במקרה זה.

גט מצפת- אישה שבעלה צמח ואין אפשרות שיקום לחיים רגילים, ורוצה להשתחרר מהנישואים. בית הדין הרבני מצא דרך, שקשה מבחינה הלכתית, לפיה בית הדין הוא שליח של האדם מתוך השערה שהאדם היה מסכים לכך. הייתה שאלה שעלתה מערעור של אדם שלא היה שייך לנושא. השאלה הגיעה לבג"ץ.

מקרה נוסף- הפקעת גט כשהבעל הוא סרבן רובינשטיין היה בדעת מיעוט ואחר כך תוקן החוק.

שמיטה- עלתה שאלה של היתר המכירה, שנקבע כדי לעזור לחידוש היישוב והחקלאות בארץ בקום המדינה(בשנת שמיטה יש איסור לעבוד את האדמה ויש שמיטת חובות). 120 שנים היה מושג של היתר מכירה של הקרקעות ללא יהודים לאותה שנה, כדי שיוכלו לעבוד את הקרקע. 120 שנה היה מושג שנקרא היתר המכירה, לא מבטלים דבר כזה בדיון סתמי.

דוגמא אחרת היא הריסת בתי הכנסת בגוש קטיף. הרבנות ראשית אישרה את העניין.

בנושא המקווה- אם יש וויכוח לפי מי בונים את המקווה- לדין הישראלי יש צורך במשפט העברי כדי לדון בנושא. נושאי כשרות, ועוד עניינים בעלי השקה דתית.

**2. שימוש במשפט הכללי הפלילי האזרחי מנהלי לצורך פרשנות לשם מתן פסק דין:**

לשון הרע- **2121/12 פלוני נ' אילנה דיין אורבך**- עלתה שאלה של פרשנות נגד לשון הרע. הגישה העקרונית של רובינשטיין באותו דיון הייתה כי האיזון בין השם הטוב לחופש הביטוי היא על יסוד החפץ חיים (רובינשטיין היה במיעוט). כבוד האדם היא זכות לשם טוב- פשט. חופש הביטוי- דרש. בעיניי רובינשטיין לפי גישה זו האיזון צריך להיות לכיוון השם הטוב.

נושאים המשיקים לתחום הפלילי- למשל תנאי המחייה של אסירים בבית הכלא. כתב על זה ר' חיים פלאג'י- אם אדם הולך לכלא, אין לאסור במקום עם תנאי מחייה ירודים מאוד. התייחסות לאדם במעצר צבאי- יש לכבד את האדם, צלם אלוקים. יחס לאישה, זכות שתיקה ועוד נושאים עם חומר במשפט העברי. ראיות נסיבתיות בדיני ראיות. מעמד עדות, נזיקין ועוד.

נושאים בתחום האזרחי- חובת מעקה, נלקח מהמשפט העברי, קשורים שקשורים בביטחון, נושאים שקשורים לחינוך, נזיקין- נזק עקיף ונזק ישיר: יש נזק שההלכה מכירה בו ויש נזק שלא, חובת התרגום לנאשם, זכות השתיקה, ראיות נסיבתיות בדיני ראיות, יחס לעובד במשפט העברי- המשפט העברי מתייחס לעובדים זרים, איסור אפליה, ישנו ערך גדול במשפט העברי בשקיפות.

**לסיכום:**

א. המשפט העברי איננו עסק של דתיים אלא תרבות לאומית.

ב. המשפט העברי יכול להיות רלוונטי להרבה מאוד תחומים.

**רובינשטיין מאמין בהרמוניה.**

# **מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל (פרופ' אליאב שוחטמן)**

**סיכום של שילת לוי**

הנחת היסוד של ההלכה היא שכמו שיחידים מחויבים בקיום מצוות, כך גם החברה היהודית ככלל מחויבת להתאים את אורחות חייה הציבוריים על בסיס התורה. מכאן שהמדינה היהודית-ריבונית צריכה לאמץ לה את התורה כבסיס משפטי. המצב הנוכחי אינו מגשים השקפה זו- כיוון שמוסדות המדינה בחרו שלא לאמץ את הדין היהודי אלא בצורה מצומצמת (דיני אישות). מערכת המשפט פועלת על פי "חוק זר"- ולא על פי הדין היהודי. כשישנה התנגשות בין ה2, עומד שומר המצוות בפני דילמה למי הוא מחויב לציית ויותר מזה- לאיזו מערכת שיפוטית לפנות.

**האיסור להתדיין בערכאות של גויים ובבתי דין של הדיוטות:**

כיצד מתייחסת ההלכה לפנייה לבית משפט כללי בתחום שאפשר לפנות בו לבית דין רבני?

מקור בברייתא בגיטין:

1. אסור להתדיין בערכאות של גויים

2. אסור להתדיין בבית משפט יהודי שלא מורכב מדיינים מומחים (אלא מהדיוטות).

לכאורה כשמדובר בבית משפט ישראלי, הוא "עובר" את המבחן הראשון, שהרי מדובר ביהודים ולא בגויים. אולי ניתן לאסור ע"פ המבחן השני- נשמע שההלכה מכירה בקיום מוסד משפטי יהודי שדייניו אינם מומחים- מכונה "**ערכאות שבסוריא".** נשאל- האם ביהמ"ש יכול להנות ממעמד של "ערכאות שבסוריא" וכך לזכות בהכרה הלכתית שתכשיר את ההתדיינות בו?

**מעמדם של בתי המשפט כבתי דין של הדיוטות:**

בשו"ע: נפסק כי מי שממנה דיין שלא בקיא בחכמת התורה עובר עבירה.

הרמ"א: מוסיף שם את דין "ערכאות שבסוריא": עיירות שאין בהם דיינים חכמים, ימנו אנשים פשוטים כדי שלא ילכו לערכאות גויים. כיוון שבני העיר קבלו אותם עליהם, אי אפשר לפסול אותם מלדון.

הרשב"א: מקור דבריו של הרמ"א הוא ברשב"א, שמתייחס במקור לעיירות של אנאלפביתים. מדובר **בהוראת שעה** נוכח המציאות- חכמים העדיפו דיינים יהודים גם אם הדיוטות ואנאלפביתים, מאשר ערכאות של גויים.

הר"ן: ערכאות שבסוריא הם דיינים שלא יודעים דין תורה, והם ממונים רק במקום בו אין בני תורה. לפי הר"ן דיינים אלו דנים על פי **שיקול דעתם,** ולא ע"פ מערכת חוקים מחייבת של דין זר.

החזון איש: ערכאות שבסוריא הם דיינים שדנים ע"פ שכלם המוסרי, ולא רשאים לדון ע"פ חוקי עמים או לחוקק חוקים חדשים. הם דנים ע"פ שיקול דעתם כבוררים.

המאירי: **"שדנים לאומד הדעת ובחוקים ונימוסים**"- משתמע שערכאות שבסוריא דנים גם ע"פ מערכת חוקים זרים. כותב המאמר מבין כי המאירי לא מתאר שאותם דיינים דנים ע"פ חוק זר מחייב, שהרי לא מדובר בבית משפט של המדינה- אלא בית משפט יהודי. ואם כן היו דנים ע"פ החוק המחייב, איך יש מקום ל"אומד הדעת"? לכן הכותב מבין כי המאירי אומר שיש לדייני ערכאות שבסוריא היתר לחקות דין זר כדרך אפשרית להכרעה- אבל לא מחייבת.

- שיפוט ע"י גוף שאינו כפוף למערכת חוקים מחייבת- מותר. כמו גופים מקצועיים, מנהגי סוחרים, וכו.

- יוצא עד כה כי בתי המשפט בישראל לא נכנסים תחת הגדרת "ערכאות שבסוריא" כיון שהם דנים ע"פ מערכת החוקים המחייבת של המשפט הישראלי, ולא על פי שיקול דעתם. קל וחומר במציאות בה קיימים בתי דין רבניים כאלטרנטיבה- ולא ניתן להחיל את הוראת השעה של ערכאות שבסוריא במציאות כזו.

התשב"ץ: מזכיר מקרה של בני עיר שהסכימו למנות דיינים שידונו ע"פ שיקול דעתם, ובמקרים של מחלוקת- ישאלו את החכמים שבדור ההוא. התשב"ץ קובע כי מרגע שקיבלו התקנה הזו, בית הדין הזה מחייב. מכאן משתמע לכאורה שהציבור רשאי למנות דיינים שאינם מומחים- גם כשיש בעיר מומחים (שהרי במקרים מסוימים יפנו לאותם המומחים). אך אח"כ מסביר התשב"ץ כי אותה תקנה תוקנה בשיתוף והסכמת חכמי העיר, ובוודאי שאי אפשר לתקן תקנה כזו שלא בפניהם. כלומר **תוקף התקנה מותנה בקבלת אישור של אדם חשוב-סמכות הלכתית, אם ישנה כזו**.

הרשב"ש (בנו של התשב"ץ): דן במעמד של בית דין המורכב מדיינים פסולים, שהציבור קיבל על עצמו. לכאורה נדמה כי הציבור יכול לקבל על עצמו דיינים פסולים, אפילו אם מצויים חכמים שיכולים להיות דיינים.

אך הרשב"ש אומר כי ע"י תקנה ניתן למנות דיין פסול- ותקנה מעצם הגדרתה דורשת אישור של אדם חשוב. אם יש אדם חשוב- הוא יצטרך לאשר את המינוי הפסול, אם אין אדם חשוב- התקנה צריכה את אישור כולם, ומי שלא אישר את התקנה, לא מחוייב בה.

**דעת חכמי זמננו:**

ניתן לראות את הרבנות הראשית כ"אדם חשוב" בישראל. ומכך תפקידה לאשר את חוקי הכנסת וללא אישור זה לכאורה לא ניתן לראות אותם כתקפים מדין תקנות קהל. ברור **שאישור כזה לא ניתן.** יוצא כי בנסיבות בהן יש אפשרות להתדיין בדין תורה, אין לפנות למערכת המשפט הכללית בישראל, מפני איסור "**לפניהם ולא לפני הדיוטות".**

**מעמדם של בתי המשפט לאור האיסור להתדיין בערכאות של גויים:**

שאלת איסור "**לפניהם ולא לפני גויים**":

ע"פ הכותב, איסור לפנות לערכאות גויים לא נובע מזהות אישיותם של השופטים **כגויים,** אלא מפני מערכת הדינים המחייבת אותם- מערכת דינים שאינה הדין היהודי, דהיינו **חוק זר**. (אם הסיבה הייתה כי הוא גוי, היה אסור להתדיין לפניו גם בתור בורר הדן ע"פ שיקול דעתו).

הרמב"ן: איסור פנייה לערכאות גויים נובע ממתן העדפה למערכת משפט זר על פני דין תורה- דבר הגורם חילול השם.

תפיסה זו רואה **בדין הזר- פסול, ולא בדיין הזר.**

הרמב"ם, הלכות סנהדרין: "כל הדן **בדייני** עכו"ם ו**בערכאות** שלהן.. הרי זה רשע". אפשר לומר שהרמב"ם לא התכוון ב"דייני עכו"ם" לבתי הדין שלהם, כיוון שאח"כ הוסיף "ובערכאות שלהן". הכותב מציע שהגרסה הנכונה של הרמב"ם היא "כל הדן ב**דיני** עכו"ם".

כך יוצא שמצוות התורה: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם"- תכליתה כי כל שאלה משפטית תוכרע ע"פ דין תורה, ולכן הכרעה בערכאות גויים אסורה כיוון שמנוגדת לתכלית זו. על כן בתי המשפט בישראל לעניין תכלית זו הם בגדר ערכאות גויים- כיוון שלא דנים ע"פ דין תורה. ובבתי משפט אלו עוברים גם על "לפניהם ולא לפני הדיוטות", וגם על "לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים".

**האם מותרת התדיינות בבתי משפט מכוח הסכמת הצדדים?**

שולחן ערוך: הסכם בין הצדדים לא יכול לבטל את איסור ההתדיינות בערכאות גויים. למרות דין זה ישנם מקורות שמשתמעת מהם מסקנה הפוכה:

המהר"ם מרוטנברג: מביא תקנה המיוחסת לרבינו תם, ממנה משתמע כי כאשר יש הסכמה בין בעלי הדין להתדיין בערכאות גויים, מותר.

הכותב סובר כי כוונת התקנה היא שאין להחרים ולנדות אדם אלא אם כן תבע את חברו בערכאות גויים נגד רצונו- ולא ניתן להטיל עליו עונש זה אם הסכים לכך. בעצם התקנה באה **לחזק את האיסור** (להטיל עונש על הדן בערכאות גויים), אך מציבה סייג לעונש זה. בוודאי התקנה לא באה להתיר את האיסור לדון בערכאות אלו, איסור שמקורו בתלמוד ולכן לא ניתן לביטול.

החיד"א: מביא את הרמ"ך, שאומר כי במקום בו לווה התנה שיוכל לקחת את הכסף חזרה בין בדין ישראל בין בדין גויים, הלווה שמוציא את הכסף מהמלווה בערכאות גויים אינו נחשב גזלן ואינו חייב להחזיר את הכסף. ממנו משתמע שיש תוקף להסכם להתדיין בערכאות גויים- שהרי מכבדים את ההכרעה ואינו צריך להחזיר את הכסף.

אך אין להסיק מכך שההתדיינות מותרת, אלא שההתחייבות החוזית עצמה בין הצדדים הייתה מחייבת. ומאחר וההתחייבות החוזית תקפה- גם הזכות הממונית שנוצרה ממנה בעלת תוקף (למרות הערכאה). לא ניתן ללמוד מכאן היתר לכתחילה לפנות לערכאות.

לסיכום- **אין מקור המוכיח תוקף מחייב לכתחילה להסכם להתדיין בערכאות גויים.**

**האם איסור הליכה לערכאות בא מכוח המנהג?**

אולי ניתן לומר, כי למרות שמדובר באיסור (כפי שהוכחנו), במשך הדורות לא הקפידו עליו ולכן יש בידינו מנגד להתדיין בערכאות גויים- והוא מנהג שגובר על הדין?

ר שלמה קלוגר: "מנהג..לילך בערכאות בלי רשות בית דין". הכותב סבור כי כוונתו של ר' קלוגר היא בעצם כי יהודי שזכה בדין ישראל אבל לא יכול להוציא את פסק הדין לפועל בבית דין של ישראל, יכול לפנות לערכאות גויים שיאכפו את פסק הדין. פנייה זו היא שאיננה דורשת רשות מבית דין.

ר' עקיבא בחידושו לשו"ע: לכאורה אומר שבמקום בו יש מנהג להתדיין "בפני אחרים", המנהג גובר על ההלכה ומבטל אותה ואפשר לדון כך. אך עיון במקורות שמזכיר ר' עקיבא (מהרש"ך) מראה כי בפני אחרים פירושו **בהתדיינות בפני בורר,** הדן ע"פ מנהגי הסוחרים, ולא בערכאות של גויים הדנים על פי דין המדינה.

צריך לזכור שכלל בסיסי במנהגים הוא **שמנהג לא יכול להתיר איסור.** "מנהג מבטל הלכה" נוהג רק בדיני ממונות, בהם מותר להתנות בניגוד לדין.

הרב עובדיה יוסף: דן בשאלה האם מותר לפנות לבית משפט לקבלת צו ירושה, והאם במקרה זה איסור הערכאות מותר בשל מנהג הארץ להתדיין בהם? הרב עובדיה יוסף עונה כי אסור לסמוך על מנהג כזה, שכן **אין רשות לנהוג מנהג המתיר איסור.**

**האם בכוחו של חוק הכנסת להתיר את האיסור לפנות לערכאות?**

התשובה בפשטות היא: לא. הכרה הלכתית בחקיקת הכנסת יכולה להינתן מכוח 3 עקרונות:

1. משפט המלך

2. דינא דמלכותא דינא

3. סמכות הציבור להתקין תקנות

משפט המלך:

חלה על המלך החובה לשמור את מצוות התורה. יש לו סמכויות מיוחדות, אך אין לו סמכות לעבור על איסורים.

ר"ן: פעולות המלך צריכות לחזק ולדאוג כי חוקי התורה יישמרו.(ובוודאי הוא אינו יעבור עליהם).

המהר"ץ חיות: בעניינים שאין למלך תועלת מיוחדת בהם (לשלטונו), הוא אינו שונה משאר האנשים המחוייבים לשמור על מצוות התורה.

דינא דמלכותא דינא:

מקובל כי כלל זה לא חל בדיני איסורים. (רמב"ם- חל רק בדיני ממונות).

הרשב"ץ: כל דבר שיש בו איסור, לא ניתן לומר בו דינא דמלכותא דינא ולהתירו. חל רק בדיני ממונות. בתשובה אחרת מתייחס במפורש לסוגיית ערכאות גויים ואומר כי לא ניתן לטעון לדינא דמלכותא דינא.

תקנות קהל:

כנ"ל, סמכות המתייחסת לדיני ממונות בלבד ולא נוגעת לדיני איסור והיתר.

הריב"ש: הקהל יכול לתקן תקנה בדיני ממון אך אם התנו על איסור ריבית (איסור תורה) התנאי לא קיים, כיוון שכמו שהיחיד לא יכול להתנות על ריבית, כך גם הקהל.

מכאן **שאין בסיס להכרה בחוקי הכנסת הפוגעים בדיני איסור והיתר.** בגלל שפנייה לערכאות היא איסור, כפי שהראינו, חוקי הכנסת לא יכולים להתירו.

**האם ההלכה שוללת כל הכרה שהיא מבתי המשפט?**

לכאורה נאמר כי יהודי צריך ללכת להתדיין על פי דין תורה. אך אין לומר כי הדין היהודי שולל הכרה הלכתית אבסולוטית ממערכת בתי המשפט, וזאת בשל הטעמים הבאים:

נחזור לרשב"ש שדנו בו בהתחלה. הוא כתב כי אם אין אדם חשוב צריך שהתקנה תאושר ע"י כולם- אבל מי שלא קיבל אותה לא חייב בה. אין זה אומר שהיא בטלה. ניתן להקיש ממה שאמר הרשב"ש על מינוי דיין פסול באישור אדם חשוב, להכרה במערכת המשפטית של מדינת ישראל. המדינה, שיש בה אדם חשוב- יכולה למנות דיינים פסולים, הם שופטים שאינם דנים דין תורה- כפוף לאישור האדם החשוב דהיינו הסמכות ההלכתית העליונה במדינה.

אישור כזה לא ניתן, ועל כן אוכלוסיה הרואה עצמה כפופה להלכה אינה חייבת להתדיין בפני בתי המשפט של המדינה. אך במצבנו כיום, בו רוב ישראל אינם רואים עצמם מחוייבים בתורה ומצוות ועל כן מחוייבים לדין המדינה, במצב זה לא יתכן שההלכה היהודית לא תכיר במוסד המשפטי שהרי היא תגרום לאנרכיה.

לכן הכרח הוא לאמץ את שיטת הרשב"ש- כשאין אפשרות לקבל את הסכמת כולם להתדיין בבית דין רבני, ניתן יהיה להכיר במערכת המשפט הכללית. כיוון שלא ניתן להישאר בלא הכרעה משפטית, תכיר ההלכה בבתי המשפט שמינויים מוסכם על רוב האזרחים, כמוסדות הפועלים כדין **ושמותר לפנות אליהם בנסיבות בהם אין אפשרות לקיים דין תורה- בשל היעדר הסכמה של כל הצדדים.**

הרב מרדכי אליהו: יש תחומים בהם מותר לפנות למערכת השלטונית-משפטית כמו גבייה-הוצאה לפועל, שהיא הגוף היחיד המבצע גביה. וגם במצבים בהם אין ברירה- כשאחד הצדדים לא מוכן לפנות לבית דין רבני, כשהחוק לא מאפשר התדיינות אלא בבתי המשפט של המדינה וכו'. במצבים כאלו אין איסור לפנות למערכת משפטית של המדינה.

מפסיקת בית הדין הרבני בחיפה עולה כי יש אפילו אינטרס הלכתי בקיום בתי משפט אזרחיים לצד הרבניים, כדי **שהתובע יוכל באמצעותם לזכות במה שאינו יכול לזכות על פי דין תורה.** המקרה היה מקרה בו אדם ניסה "לעקוץ" בהסתמכות על דין תורה לפיו אשתו איננה אשתו לפי ההלכה, ולכן לא מגיע לה כלום. בית הדין קבע כי אדם הטוען שהוא רוצה להתדיין בבית דין רבני אך ברור כי כוונתו היא לפטור עצמו מתשלום, בית הדין יתיר לתבוע אותו בדין האזרחי כדי ששם יזכה בדין.

**ההכרה המסוייגת של ההלכה במערכת המשפט הכללית היא הכרה "בדיעבדית" לאור המצב החברתי במדינה.**

**התחום הפלילי:**

מלכתחילה, דיני נפשות צריך לדון בפני הרכב של 23. אך נפסק כי בזמן הזה כל בית דין יכולים לדון את כל העונשים.

הרמ"א: בהמשך הלכה זו כותב, כי גם טובי העיר (מעין אפוטרופוסים שבני העיר ממנים עליהם שיחליטו בשבילם) רשאים לדון בפלילים. מכאן ניתן לומר כי אין מניעה שכיום הציבור יקבל על עצמו סמכות שאיננה בית דין שידון עבורו בתחום הפלילי.

קבלת כזו של הציבור דורשת אישור אדם חשוב- האם חכמי ההלכה בדורנו הסכימו להפקיד את סמכות הענישה בידי בית המשפט מכוח חקיקת הכנסת?

הכותב סובר שהתשובה חיובית. רבנים גדולים לפני ואחרי הקמת המדינה קבעו כי יש סמכות למדינה לחוקק חוקים במשפט הפלילי ולשפוט עבריינים- ובוודאי אישור הרבנים נחשב אישור אדם חשוב. סמכות לדון במשפט הפלילי יכולה להינתן הן מכוח דינא דמלכותא דינא, או דין המלך- ואז אין צורך באדם חשוב, או מכוח תקנת קהל- ואז יש צורך ואכן אישור כזה ניתן.

לסיכום- משמעות האיסור להתדיין במערכת המשפט הכללית לא שוללת לגמרי את ההכרה ההלכתית במערכת הזו, אלא שלילת הכרה במקרים בהם ניתן היה לדון בדין תורה. בנסיבות בהן לא ניתן לדון בדין תורה- בין בשל אי הסכמה של הצדדים או בין בשל התנגדות המחוקק- ההלכה מכירה בפסיקת בתי המשפט של המדינה.

**השתלבותם של שופטים ועו"ד שומרי מצוות במערכת השיפוט:**

אין פסול בכהונה של שופט או עו"ד שומרי מצוות, ואף רבנים הביעו דעה בדבר חשיבות כהונה בתפקידים אלו. הבעיה מתעוררת בתחום המשפט הפרטי- דיני הממונות, בו ההלכה לא מכירה בחוק המדינה כמחייב ומחליף לדין היהודי. מה יעשו בעלי תפקידים אלו על מנת לא לעבור על איסור "ערכאות"?

**ביחס לשופט:**

הוא יכול להציע פשרה, וכך מדובר במעין בוררות כיוון שהשופט לא הכריע לפי מערכת חוקים שאיננה דין תורה, אלא על פי שיקול דעתו. במקום בו לא מוכנים הצדדים להתפשר

אם הסכימו שני הצדדים לא להתדיין בבית דין רבני ובכך הראו שהם מקבלים על עצמם את חוקי המשפט הישראלי- ניתן להשתמש בתשובת הרשב"ש לפיה ציבור שקיבל על עצמו דיינים פסולים- הקבלה מחייבת אותם. כך אין מניעה הלכתית שהשופט יפסוק לפי החוק.

אם התובע רוצה בית דין רבני- לפי הדין רשאי לתבוע בבית דין של גויים בשביל לקבל את מה שראוי לו ולכן מותר בבית משפט.

הבעיה היא כשהנתבע רוצה בית דין רבני- לפי הרשב"ש הסכמת הציבור מחייבת רק את מי שקיבל על עצמו את המינוי הפסול ולכן הנתבע לא יכול לכפות עליו להישפט בדין זר. הכותב מציע פיתרון: חכמי ההלכה בזמנינו כבר קבעו כי אי אפשר לכפות נורמה דתית על מי שאינה מקבלה ברצון. מצב זה יכול לשמש יסוד לקיום **הסכמה מכללא** של כל נתבע שומר מצוות- שיקבל על עצמו שיפוט של בית משפט כשהתובע אינו חפץ בדין תורה. הרי הנתבע לא יכול לבקש שלא להישפט, ולא ניתן לדון בבית דין רבני בשל התנגדות התובע- אז מוכרח הנתבע להישפט בדין הכללי. כך פעולתו של השופט מותרת- שכל ההתדיינות נעשתה מהסכמה (גם אם הסכמה מכללא).

**ביחס לעו"ד:**

הרב עובדיה יוסף: עו"ד שנדרש לייצג תובע בענייני ממון חייב להימנע מלעשות זאת בבית משפט שכן הוא מסייע ביד עוברי עבירה. אבל מותר לו לייצג נתבע שנאנס לבוא כיוון שהתובע מסרב להתדיין בדין תורה.

השאלה היא מה הדין אם עו"ד מייצג את התובע שאינו מוכן להתדיין בבית דין רבני, בעוד הנתבע חפץ בדין תורה? יש מקום לקבל גם כאן את ההצעה של תנאי מכללא. בנוסף, אם לא עו"ד הזה, יבוא עו"ד אחר וייצגו- זה שאדם לא מוכן לייצג את התובע לא אומר שהוא מונע מה"עבירה" להתרחש. **אין כאן איסור של מסייע ביד עוברי עבירה.**

**חובתם של חכמי ההלכה בדורנו:**

המציאות מראה כי איסור ההליכה לערכאות לא ממש מרתיע את ציבור שומרי המצוות מלהתייצב בבתי המשפט. מצב זה הוא טרגדיה מבחינת קיום דין תורה במדינת ישראל. במשך דורות היה מובן מאליו שעניינים בין אדם לחברו מובאים בפני בית דין רבני- מציאות שנהגה כשלעם היהודי אין מדינה ריבונית. אז קל וחומר שבישראל הריבונית היה מצופה שכך יימשך.

ניתן לומר שהסיבה היא חינוך לקוי- לא השרישו את חומרת האיסור, ואת חשיבות דין התורה. לדעת הכותב יש גורם נוסף- האיסור הוא בבחינת גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה. למה?

כיוון שיש עקרונות שמציבים את האדם במצב נחות בבית הדין הרבני בהשוואה למצבו בבית המשפט. לדוגמא:

1. הזוכה בדר"כ לא זכאי להוצאות משפט וכל צד נושא בהוצאותיו

2. הסכום שנקבע לזוכה לא ישולם בתוספת הפרשי הצמדה

אלו גורמים שירתיעו את התובע הסביר להגיע לבית הדין הרבני, כיוון שיש להם **משמעות כלכלית גבוהה.**

**הצורך בתקנות:**

2 עקרונות אלו ניתנים לשינוי ע"י התקנת תקנות. אינפלציה וירידות ערך כבר קרו בהיסטוריה וחכמים הגנו על נושים שלא יאבדו את כספם באמצעות תקנות. כך צריכים לנהוג גם חכמים היום.

בעניין הוצאות משפט- אין מניעה הלכתית לחיוב בהם. ואף בית הדין הרבני הגדול בירושלים כבר פסק כך בעבר, ולבסוף נפסק כי בתי הדין הרבניים יכולים לפסוק הוצאות משפט ע"פ שיקול דעתם.

ישנה חזקה הלכתית לפיה מטבע האדם הוא עלול לעבור על איסורים על מנת להציל את כספו- ומכוח חזקה זו התירו לפעמים איסורים. חכמי ישראל נקראים לא להתיר איסורים, אלא לעשות דבר קל יותר- להתקין תקנות ובכך למנוע מאנשים לעבור על איסור הליכה לערכאות.

**סיכום:**

לאור דרישת ההלכה שכל בעיה שטעונה הכרעה משפטית תובא בפני בית דין הדן דין תורה, הרי **כשיש אפשרות** כזאת- **חובה להתדיין שם ואסור להתדיין בבית משפט**. התדיינות בפני בית דין רבני מתאפשרת רק **בדיני ממונות** ולכן גם רק עליהם חל האיסור. בנושאים אחרים אין מניעה להתדיין בפני בית משפט, ואף ההלכה מכירה בבתי משפט אלו, הכרה המאפשרת לשומר מצוות לכהן כשופט במסגרת מערכת המשפט הכללית.

לכאורה ניתן היה לומר שעיקרון שלטון החוק מחיל חובת התדיינות של כולם בבתי המשפט של המדינה- אך אין זה נכון כיוון שהמחוקק הישראלי מכיר בבוררות ואף רוצה בקיומם כדי להקל על העומס בבתי המשפט. לכן, אין בעיה חוקית בשלילה הלכתית של התדיינות בבית משפט בנושאים ממוניים, כדי לחייב את שומרי המצוות לדון בפני בית דין רבני. כדי שחיוב זה יהיה יעיל חכמים בדורנו צריכים להתקין תקנות שישוו את סיכויי התובע לממש את זכויותיו- בבית הדין הרבני ובבית המשפט בצורה שווה.