מבוא למשפט עברי

מחברת קורס - התשפ"ב

המחברת כוללת בעיקרה תוכן סרטוני הלימוד ותוכן מטלות המודל (כולל הערות המתרגל כשנדרש).

טיפ ללמידה:

* במקום בו מופיע מקור ואחריו פסקת הסבר, לצורך הבנה מלאה יש לעיין ראשית במקור עצמו, אך במידת הצורך ניתן לדלג על המקור ישירות להסבר.
* נסו להבין את החוט המקשר בין כל אחד מחלקי הלימוד, באופן אישי סייע לא מעט בהבנה של החומר.
* קחו בערבון מוגבל ו...תהנו (:

**פרטים הושלמו מהמחברת של ירדן גרום⏐ מחברת גדולה – מבוא למשפט עברי ­­– התשפ"ב**

**תוכן העניינים**

[מבוא 3](#_Toc110255127)

[התנאה על מה שכתוב בתורה 3](#_Toc110255128)

[תורה שבכתב ותורה שבעל פה 6](#_Toc110255129)

[סמכות חכמים 9](#_Toc110255130)

[מחלוקת חכמים 20](#_Toc110255131)

["לא בשמים היא" – היחס בין הלכה לנבואה 24](#_Toc110255132)

[ההכרעה במחלוקת 33](#_Toc110255133)

["הלכתא כבתראי" – הלכה כאחרונים 37](#_Toc110255134)

[התקדים 44](#_Toc110255135)

[טענת "קים לי" (אני סבור) 46](#_Toc110255136)

[סמכות חכמים כמחוקקים 48](#_Toc110255137)

[הערמה על הדין 55](#_Toc110255138)

[ביטול תקנות חכמים 60](#_Toc110255139)

[תקנות הקהל 65](#_Toc110255140)

[המנהג 71](#_Toc110255141)

["דינא דמלכותא דינא" 75](#_Toc110255142)

[משפט מדינת ישראל 84](#_Toc110255143)

[משפט ומוסר – "ועשית הישר והטוב" 94](#_Toc110255144)

# מבוא

מה זה משפט עברי? הלכה יהודית, ובפרט הצד המשפטי של ההלכה (דיני ממונות, דיני נזיקין, דיני עונשין). המשפט העברי נלמד בהלכה היהודית ובמקורות עבריים בכלל, החל ממתן תורה. על מקורות המשפט העברי נמנים המשנה, התלמוד וספרות השו"ת. בחלק זה נעסוק בעיקר במשפט ההלכתי ולעיתים נדרש לעיין גם בהלכה שלא קשורה במשפט.

* המשנה - קובץ של דברי התנאים, נערכה בידי רבי, דור 6 לתנאים, 200 לספירה.
* ברייתא – מקור תנאי חיצוני למשנה. ברייתות ניתן למצוא בקבצים מסודרים כמו 'התוספתא' ומדרשי ההלכה. בנוסף, ניתן למצוא ברייתות הפזורות בתלמוד.

המשפט העברי הוא מונח חדש באופן יחסי, אותו טבעו 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 מוזכר המשפט העברי כנושא בתוך ההלכה.

למשפט העברי אחיזה מסוימת במשפט הישראלי, בהיותו חלק מהתרבות המשפטית בישראל.

# התנאה על מה שכתוב בתורה

מידת הגמישות של ההלכה

ככל שמדובר בדיני ממונות - "ממונא", מידת הגמישות גדולה יותר. ככל שמדובר בדיני איסורים - "איסורא", מרחב הגמישות מצומצם. כך, בדיני ממונות יתקינו חכמים תקנות שיש בהן סטייה מדין התורה. לעומת זאת, הם מוגבלים בהתקנת תקנות שיש בהן להתיר איסורים.

היכולת של אנשים פרטיים להתנות על הדין

במשפט העברי הייתה מחלוקת בין חכמי המשנה האם מותר להתנות על חוקי התורה. היו שסברו ש(כאשר מתנים על חוקי התורה) התנאי בטל. אחרים סברו שהמתנה על דבר שבממון - התנאי קיים.

נשווה זאת למשפט הישראלי. בדין הישראלי, הדין הפלילי הישראלי דומה לדיני איסורים. בשני המקרים עוסקים בהתנהגויות אסורות, כאשר ההוראות הן קוגנטיות.

**להלכה**: מותר להתנות על דבר שבממון.

* הוראות קוגנטיות – אינן ניתנות להתנאה.
* הוראות דיספוזיטיביות – הצדדים רשאים לסטות מההסדר החוקי בהסכמה.

לדוגמא - דיני השומרים: (מתי השומר חייב בפיצוי במקרה של נזק לחפץ עליו שמר – מידת האחריות)

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **סוג השומר** | **נזק בפשיעה** | **נזק ברשלנות קלה (גניבה או אבידה)** | **נזק באונס (ללא רשלנות)** | **נטל הראיה** |
| **שומר חינם** (לא מקבל תמורה עבור השמירה) | חייב | פטור | פטור | על השומר |
| **שומר שכר**(מקבל תמורה) | חייב | חייב | פטור | על השומר |
| **שוכר** (מקבל את החפץ לשימוש תמורת תשלום) | חייב | חייב | פטור | על השומר |
| **שואל**(מקבל את החפץ לשימוש ללא תשלום) | חייב | חייב  | חייב (פרט למקרה בו החפץ ניזוק כתוצאה מהשימוש שלשמו הושאל) | על השומר |

* **נטל הראיה** - חובת צד במשפט להוכיח את תוכן טענתו באמצעות ראיות קבילות, מהימנות ומספיקות.

במקרה בו השומר טוען לנסיבות הפוטרות אותו מאחריות לחפץ, נטל הראיה יוטל עליו. עם זאת, יוכל לצאת כדי נטל הראיה, באמצעות שבועה שלא פשע בשמירתו ולא לקח את החפץ לעצמו.

מוסד השבועה

יש שימוש רב במשפט העברי בשבועה. לרוב השבועה תוטל על הנתבע, כדי לקבל פטור מאשמה. לעיתים התובע נשבע, וזוכה בתביעתו. מוסד השבועה מבוסס על איסור הלכתי חמור להישבע לשווא ולשקר. כך, יוצאים הדיינים מהנחה שהצדדים למשפט ימנעו משבועה כזו.

**מסכת בבא מציעא**

"מתנה שומר חינם להיות פטור מהשבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר (שומר בשכר) והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם."

פירוש: מי שסבור שניתן להתנות על דבר שבממון, מכיר ביכולת הצדדים להסכים בניהם על תנאי שמירה שונים מאלו שהתורה קבעה. הם יהיו רשאים להסכים לתנאי המקל או המחמיר את אחריות השומר, או משנה את חובת ההוכחה ופוטר את השומר משבועה.

* התוספתא - קובץ של דברי תנאים שלא נכנסו למשנה. נערכה בידי רבי חייא, תלמידו של רבי, דור ראשון לאמוראים. בנוסף מכילה הרחבות למשנה, מקורות נוספים ועוד.

מקורות להבחנה בין דיני ממונות לאיסורים ביחס להתנאה:

1. **תוספתא, קידושין, ג**: התוספתא מונה 3 סוגי תנאים אותם עשוי להתנות איש המקדש אישה:
* תנאי מתלה – האיש מתנה את תוקף הקידושים בהסכמת אביו. אם האב לא הסכים – אין קידושים. התנאי תקף.
* תנאי בדבר שאינו של ממון – התנאה על איסור, התנאי בטל. אישה שלא נולדו ילדים ממנה או מבעלה (ובעלה מת), חייבת בייבום. כדי להשתחרר מהייבום עליה לעבור חליצה. נאסר עליה להינשא בדרך אחרת, אלא לאח הבעל. תנאי הפוטר אותה מהאיסור התורני ומאפשר לה להינשא בדרך אחרת אינו תקף.
* תנאי שבממון – תנאי הפוטר את הבעל מחובות ממוניות כלפי אשתו. התנאי תקף, כיוון שמוגדר כתנאי שבממון.
1. **משנה כתובות ט, א**: ע"פ המשנה, הבעל זכאי להנות מנכסי אשתו בזמן נישואיהן, וכן זכאי לרשתן אם תמות. המשנה דנה במקרה בו הבעל מוותר על נכסי אשתו – פירות או ירושה.

'הַכּוֹתֵב לְאִשְׁתּוֹ: "דִּין וּדְבָרִים אֵין לִי בִּנְכָסַיִךְ", הֲרֵי זֶה אוֹכֵל פֵּרוֹת בְּחַיֶּיהָ; וְאִם מֵתָה, יוֹרְשָׁהּ. אִם כֵּן, לָמָּה כָּתַב לָהּ: "דִּין וּדְבָרִים אֵין לִי בִּנְכָסַיִךְ"? שֶׁאִם מָכְרָה וְנָתְנָה, קַיָּם. כָּתַב לָהּ: "דִּין וּדְבָרִים אֵין לִי בִּנְכָסַיִךְ וּבְפֵרוֹתֵיהֶן", הֲרֵי זֶה אֵינוֹ אוֹכֵל פֵּרוֹת בְּחַיֶּיהָ; וְאִם מֵתָהּ, יוֹרְשָׁהּ.

רַבִּי יְהוּדָה אוֹמֵר: לְעוֹלָם אוֹכֵל פֵּרֵי פֵּרוֹת, עַד שֶׁיִּכְתֹּב לָהּ: דִּין וּדְבָרִים אֵין לִי בִּנְכָסַיִךְ וּבְפֵרוֹתֵיהֶן וּבְפֵרֵי פֵּרוֹתֵיהֶן עַד עוֹלָם. כָּתַב לָהּ: דִּין וּדְבָרִים אֵין לִי בִּנְכָסַיִךְ וּבְפֵרוֹתֵיהֶן וּבְפֵרֵי פֵּרוֹתֵיהֶן בְּחַיַּיִךְ וּבְמוֹתִיךְ, אֵינוֹ אוֹכֵל פֵּרוֹת בְּחַיֶּיהָ; וְאִם מֵתָה, אֵינוֹ יוֹרְשָׁהּ.

רַבָּן שִׁמְעוֹן בֶּן גַּמְלִיאֵל אוֹמֵר: אִם מֵתָה, יִירָשֶׁנָּה; מִפְּנֵי שֶׁהִתְנָה עַל מַה שֶׁכָּתוּב בַּתּוֹרָה, וְכָל הַמַּתְנֶה עַל מַה שֶּׁכָּתוּב בַּתּוֹרָה, תְּנָאוֹ בָּטֵל:'

המשנה מכירה בהתנאה בין הבעל לאישה. אולם, **כיוון שיש סטייה מין הדין, ההתנאה תפורש בצמצום**. רק התנאה מפורשת, שאינה משתמעת לשתי פנים, תאפשר לבעל לוותר על כל זכויותיו. דעת רבן שמעון בן גמליאל - לא ניתן להתנות כלל על דין תורה, גם בדיני ממונות, ולכן כל התנאה שכזו אינה תתפוס.

* הרמב"ם – רבי משה בן מימון, חי ופעל במאה ה-12 בספרד, צפון אפריקה, ישראל ומצרים. חיבר ספרים שונים, המפורסם שבהם הוא "משנה תורה לרמב"ם" שנקרא גם "היד החזקה". ספר זה הינו ספר הלכתי מקיף שהיה חדשני בתפיסתו. כמו כן כתב פירוש למשנה.
1. [**רמב"ם**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290521/290524/290525/I335327/%D7%A7%D7%99%D7%A9%D7%95%D7%A8%20%D7%9C%D7%91%D7%99%D7%95%D7%92%D7%A8%D7%A4%D7%99%D7%95%D7%AA-%20%D7%9E%D7%AA%D7%A0%D7%94.htm) **שמיטה ויובל ט, י:** המלווה לחברו כסף, ומתנה שהשנה השביעית לא תשמוט אותו – התנאי בטל (כיוון שאינו יכול להתנות על איסור). אם התנה שהחוב לא ימחק גם בשנה השביעית - יש לתנאי תוקף.

במקרה הראשון ההתנאה היא על האיסור – ולכן ההתנאה בטלה. במקרה השני התנאי הוא כלפי ההלוואה עצמה, וכיוון שניתן להתנות על ממונא להלכה, ההתנאה תקפה. **אדם לא יכול להוציא עצמו מהדין (גם לא דין ממוני), אלא יכול להתנות על הדין בדבר ספציפי, ולגבי עצמו**. אין התנערות מהדין הכללי, אלא התנאה על הדין הספציפי.

1. **רמב"ם הלכות מכירה פרק יג:**

הָאוֹמֵר לַחֲבֵרוֹ עַל מְנַת שְׁאֵין לָךְ עָלַי הוֹנָיָה (הונאה), יֵשׁ לוֹ עָלָיו הוֹנָיָה. בַּמֶּה דְּבָרִים אֲמוּרִים, בִּסְתָם, שְׁאֵינוּ יוֹדֵעַ כַּמָּה הוֹנָיָה יֵשׁ בּוֹ כְּדֵי שֶׁיִּמְחֹל. וְאֵין צָרִיךְ לוֹמַר אִם אָמַר לוֹ עַל מְנַת שְׁאֵין בּוֹ הוֹנָיָה, שֶׁהֲרֵי יֵשׁ בּוֹ. אֲבָל בַּמְּפָרֵשׁ--אֵין לוֹ הוֹנָיָה, שֶׁכָּל תְּנָאי שֶׁבְּמָמוֹן קַיָּם.

כֵּיצַד: מוֹכֵר שֶׁאָמַר לַלּוֹקֵחַ חֵפֶץ זֶה שֶׁאֲנִי נוֹתֵן לָךְ בְּמָאתַיִם, יוֹדֵעַ אֲנִי שְׁאֵינוּ שׁוֹוֶה אֵלָא מָנֶה (מאה), עַל מְנָת שְׁאֵין לָךְ עָלַי הוֹנָיָה, אֲנִי מוֹכֵר לָךְ--אֵין לוֹ עָלָיו הוֹנָיָה. וְכֵן לוֹקֵחַ שֶׁאָמַר לַמּוֹכֵר חֵפֶץ זֶה שֶׁאֲנִי לוֹקֵחַ מִמָּךְ בְּמֵאָה, יוֹדֵעַ אֲנִי שֶׁשּׁוֹוֶה מָאתַיִם, עַל מְנָת שְׁאֵין לָךְ עָלַי הוֹנָיָה, אֲנִי לוֹקֵחַ מִמָּךְ--אֵין לוֹ עָלָיו הוֹנָיָה.

* הרשב"א – רבי שלמה בן אדרת, מגדולי רבני ספרד במאה ה-13. כתב ספרי הלכה וספרי פרשנות לתלמוד. בין השאר יצאו תחת ידו ספרי השו"ת.
* ספרי השו"ת – ספרים המאגדים בתוכם מאגר של שאלות ותשובות הלכתיות, אשר נשאלו על ידי הציבור הרחב, ונענו על ידי רב אחד או קבוצה של רבנים.
1. **שו"ת הרשב"א חלק ו, רנד:** מסופר על ראובן שהשיא את ביתו לאה לשמעון ונתן לה נדוניה. לאה ילדה בת לשמעון, ומתה. לאחר זמן גם הבת מתה.

החתן טוען לדין תורה - לפיו הבעל יורש את אשתו ובתו. לעומתו, האב ראובן דרש משמעון את כסף הנדוניה שהעניק לו עם לאה ביתו לפי הנהוג בדיני הגויים, בטענה שבקהילתו אימצו היהודים את מנהג הגויים בעניין זה. (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 שהנדוניה תחזור אליו במקרה שבתו תמות - התניה הייתה מתקבלת. אך במקרה זה, כשההתנאה נעשתה תוך אימוץ של דין זר - דין הגויים. כיוון שכך, מדובר בפגיעה בהלכה היהודית ולכן התניה לא מתקבלת (אפילו אם שני הצדדים רוצים בכך).

המסקנה ע"פ הרשב"א: **אין לתת תוקף לתנאי שנעשה תוך אימוץ של הדין הזר**. מלמדנו כי יש חשיבות לניסוח ההתניה.

לסיכום:

א) לא ניתן להתנות על דבר איסור.

ב) ניתן להתנות על דבר שבממון. ההתניה צריכה להיות בלשון מפורשת וספציפית למקרה. ההתניה תפורש בצמצום, ואסור שתבוא מתוך ניסיון לחקות את הדין הזר.

ג) צריך את ידיעת והסכמת שני הצדים (כשרלוונטי).

ד) חריגים - לא בכל תחום הנוגע לכסף בהלכה, יסווג הדבר תחת 'ממונא'. כך למשל גביית ריבית – התחום מוגדר כ-'איסורא' והסכמת הצדדים להתנאה כאן לא תועיל.

# תורה שבכתב ותורה שבעל פה

"אלה החוקים והמשפטים **והתורות** אשר נתן ה' בינו ובין בני ישראל, **בהר סיני ביד משה**". מין הפסוק למדו חז"ל שהתורה מתחלקת לתורה שבכתב ולתורה שבע"פ. תורה בכתב כוללת 5 חומשי תורה. התורה שבע"פ כוללת הלכות וחוקים שנמסרים בע"פ מדור לדור. ההלכה נלמדת מהתורה (בין היתר) באמצעות מדרשי ההלכה.

* מדרש – שיטה לפירוש התורה. הפירוש נעשה בעיקר באמצעות פרשנות על דרך ה'דרש' (על משקל פשט-רמז-דרש-סוד), המהווה פרשנות מרחיבה למקור.

מדרשי הלכה:

מדרשי ההלכה מיוחסים לתקופת התנאים (חכמי המשנה). מדרשי ההלכה מהווים פרשנות של חז"ל למקרא, תוך הבאת ראיות לנכונות ההלכה מתוך התורה. בעוד המשנה מסודרת לפי נושאים, מדרשי ההלכה מסודרים לפי סדר הפסוקים בתורה. הם דורשים ומסיקים הלכות מפסוקי התורה.

מדרש ההלכה על חומש שמות נקרא "מכילתא", על חומש ויקרא נקרא: "ספרא" ועל חומשים במדבר ודברים נקרא: "ספרי". על חומש בראשית אין מדרש הלכה שכן אין בו כבמעט פסוקים הלכתיים. יש מדרשי הלכה מבתי מדרש שונים, בעיקר מבתי המדרש של רבי ישמעאל ורבי עקיבא שהיו ביניהם הבדלים באשר לדרך המדרש. כאמור, ובניגוד למשנה הכתובה לפי חלוקה לנושאים, מדרש ההלכה מסודר בהתאם לסדר פסוקי התורה ודורש לפי סדרם (ומסיק מסקנות הלכתיות).

עולה השאלה מדוע המבנה הכפול הזה? מדוע שלא תימסר כל התורה בכתב? יש מספר תשובות:

1. דרך לשמר את ייחודו של עם ישראל. תורה שבכתב גלויה לעולם, בעוד תורה שבע"פ נמסרת מדור לדור, בתוך עמ"י בלבד.
2. מבנה שבא להבטיח את נצחיות התורה תוך גמישות במתן הפתרונות. אי כתיבת התורה שבע"פ לא נובעת רק מקושי טכני. התורה היא תורת נצח שלא תשתנה לעולם, אולם המציאות מסביב משתנה: בתורה נרמזו יסודות ההלכה בקצרה - בתורה שבכתב, כאשר התורה שבע"פ מאפשרת לחכמים להתאים (אך לא לשנות או לסתור) את ההלכה למציאות המשתנה. (**ספר העיקרים מאמר שלישי, כג**)
* כתיבת התורה שבע"פ – במקור, נאסרה כתיבת תורה שבע"פ, ועם זאת נכתבה בתקופת התנאים, שמא תשכח. על השאלה כיצד נכתבה נדון בהמשך.

סוגי ההלכות הנכללות בתורה שבע"פ (**שיטת הרמב"ם**)

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות**

"לפיכך, היו חלקי הדינין המיוסדים בתורה על העיקרים האלה שהקדמנו נחלקים לחמשה חלקים:

החלק הראשון : **פירושים מקובלים מפי משה, ויש להם רמז בכתוב, ואפשר להוציאם בדרך סברא, וזה אין בו מחלוקת**, אבל [אלא] כשיאמר האחד: "כך קבלתי", אין לדבר עליו.

החלק השני: הם **הדינים שנאמר בהן: "הלכה למשה מסיני", ואין ראיות עליהם כמו שזכרנו, וזה כמו כן אין חולק עליו.**

החלק השלישי: **הדינין שהוציאו על דרכי הסברא ונפלה בם מחלוקת, כמו שזכרנו, ונפסק הדין בהן על פי הרוב**. וזה יקרה כשישתנה העיון.... אבל נפלה המחלוקת והעיון בדבר שלא נשמע בו הלכה, ותמצא בכל התלמוד שהם חוקרים על טעם הסברא שהוא גורם המחלוקת בין החולקים....

אבל, מי שיחשוב שהדינין שנחלקין בהם כמו כן מקובלים מפי משה, וחושבים שנפלה המחלוקת כדרך טעות ההלכות, או השכחה, או מפני שאחד מהם קבל קבלת אמת והשני טעה בקבלתו, או שכח, או לא שמע מפי רבו כל מה שצריך לשמוע.... זה הדבר מגונה מאד והוא דברי מי שאין לו שכל ואין בידו עיקרים ופוגם באנשים אשר נתקבלו מהם המצוות, וכל זה שווא ובטל.

והחלק הרביעי: **הם הגזרות שתקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור, כדי לעשותם סייג לתורה.** ועליהם צוה הקב"ה לעשותם. והוא מה שאמר במאמר הכללי: (ויקרא יח), "ושמרתם את משמרתי". ובאה בו הקבלה (יבמות דף כא) - עשו משמרת למשמרתי. והחכמים יקראו אותם גזרות. ולפעמים תפול בהם מחלוקת לפני החכם, שהוא אוסר כך מפני כך, ולא יסכים עליו חכם אחר. וזה הרבה בתלמוד, שאומרים רבי פלוני גזר כך, משום כך וכך, ורבי פלוני לא גזר. וזה כמו כן סבה מסבת המחלוקת. שהרי בשר עוף בחלב הוא גזרה מדרבנן, כדי להרחיק מן העברה, ולא נאסר בתורה אלא בשר בהמה וחיה אבל אסרו חכמים בשר עוף, כדי להרחיק מן האיסור. ויש מהם מי שלא יגזור גזרה זו, שרבי יוסי [הגלילי] היה מתיר בשר עוף בחלב, וכל אנשי עירו היו אוכלים אותו, כמו שנתפרסם בתלמוד (שבת דף קל.). וכשתפול הסכמה על אחת מן הגזרות, אין חולק עליה בשום פנים. וכשיהיה פשוט איסורה בכל ישראל, אין לחלוק על הגזרה ההיא. אפילו הנביאים בעצמם לא היו רשאים לבטל אותה. וכן אמרו בתלמוד, שאליהו ז"ל לא היה יכול לבטל אחד משמונה עשר דברים שגזרו בית שמאי ובית הלל. והביאו טעם על זה, לפי שאיסורן פשט בכל ישראל:

והחלק החמישי: **הם הדינים העשוים על דרך חקירה וההסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם, שאין בם תוספת במצוה ולא גרעון. או בדברים שהם תועלת לבני אדם בדברי תורה. וקראו אותם תקנות ומנהגים.** ואסור לעבור עליהם. וכבר אמר שלמה ע"ה [עליו השלום] על העובר עליהם (קהלת י): "ופורץ גדר ישכנו נחש"."

סיכום:

בהקדמת הרמב"ם לספרו 'פירוש המשנה' מתאר את חלקי התורה שבע"פ, תוך חלוקת ההלכות הנכללות בה ל-5 חלקים:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| חלק | ההלכות הכלולות בו | האם תיתכן מחלוקת בהלכות מסוג זה | מדוע? |
| ראשון | הלכות שנמסרו לפי המסורת למשה מהר סיני – וניתן היה להסיק אותם מכוח הסברה ומדרש מפסוקי התורה. | לא | ניתנו למשה בהר סיני ע"י אלוקים. המקור מאלוקים ולא תיתכן מחלוקת שנובעת משיבוש או טעות בהעברת המסורת. |
| שני | הלכות שנמסרו לפי המסורת למשה מהר סיני – ולא ניתן למצוא להן רמז בתורה שבכתב. | לא | ניתנו למשה בהר סיני ע"י אלוקים. המקור מאלוקים ולא תיתכן מחלוקת שנובעת משיבוש או טעות בהעברת המסורת. |
| שלישי | הלכות שהסיקו חכמים באמצעות מדרש פסוקי התורה. | כן | הדינים מוסקים ע"י החכמים לפי ההיגיון ובאמצעות פרשנות – **מעורב בלימוד שכל אנושי**, לכן הגיוני שתתאפשר מחלוקת. ההכרעה תהיה ע"פ רוב. |
| רביעי | גזירות שתקנו חכמים כדי להרחיק מין החטא – הרחבה של איסורי תורה. | כן | האיסור נובע מגזירת חכמים שלא הופיעה במפורש בתורה ומעורבת בה ההבנה האישית שלהם. כך, יתכנו חכמים שלא יגזרו את אותה הגזירה, ולמעשה יתירו מה שחכמים אחרים אסרו – ולכן יש לגיטימציה למחלוקת**אחרי שהתקבלה הגזירה בכל ישראל לא ניתן לחלוק.** |
| חמישי | הלכות שמקורם בדברי חכמים המהוות תקנות ומנהגים. | כן | הדינים נקבעים ע"י החכמים לפי ההיגיון לתועלת בני האדם. כך יתכן שבמקומות שונים החכמים יקבעו דברים שונים (ולמעשה יחלקו אחד על השני). **מעורבת הבנה אנושית ולכן הגיוני שתתאפשר מחלוקת.** |

לדעת הרמב"ם, בחלקים הראשון והשני לא תיתכן בשום אופן מחלוקת, כיוון שדברים אלו נמסרו ע"י האלוקים עצמו למשה (וממנו לדורות של חכמים). בניגוד לכך, תיכן מחלוקת בנוגע לחלק השלישי - שנוצר על ע"י בני אדם, כאשר תיווצר אי הסכמה בין החכמים בנוגע למשמעות הפסוקים. הרמב"ם שולל לחלוטין מחלוקת שהייתה יכולה לנבוע משיבוש בהעברת המסורת לאורך הדורות. בכך למעשה שולל אפשרות של שיבוש בנוגע להלכה שניתנה למשה בסיני במרוצת הדורות. בחלקים הרביעי והחמישי תיתכן מחלוקת לדעת הרמב"ם – כיוון שהן יצירה של שכל אנושי.

ההבחנה בין דין דאורייתא (מהתורה) לבין דין דרבנן (מחכמים)

ראשית, **נשים לב כי הבחנה זו חשובה בנוגע למגוון מקרים ובעלת השלכות על חיי המעשה**. כך למשל, ישנו כלל הקובע כי בספק כיצד מצווים לנהוג, כאשר הספק הוא דאורייתא יש חובה להחמיר. לעומת זאת, כאשר הספק הוא דרבנן ניתן להקל.

ההלכות בחלקים 1 ו-2 (ע"פ חלוקת הרמב"ם) הם הלכות שמקורן הוא דאורייתא. ההלכות בחלקים 4 ו-5 הן הלכות מדרבנן. ההלכות שבחלק ה-3 נתונות למחלוקת האם הן מדאורייתא או מדרבנן. מחד גיסא, הן הוסקו ע"י חכמים, ומאידך גיסא, הן פרי פרשנות ומדרש של התורה.

* הרמב"ן – רבי משה בן נחמן, מגדולי חכמי ספרד, המאה ה-13.

הרמב"ם והרמב"ן נחלקו בנוגע לשאלה זו בספר המצוות (ספר המונה את מצוות התורה). בתורה יש 613 מצוות, המתחלקות ל-365 מצוות לא תעשה (ציווי להימנע מעשייה), ו-248 מצוות עשה (ציווי לעשייה). זה הוא הבסיס המוסכם. מכאן, עלה דיון הלכתי בנוגע לאילו מצוות נכללות תחת אותן 613 מצוות. בדומה לפוסקים אחרים, גם הרמב"ם כתב ספר מצוות, כאשר הרמב"ן כתב עליו השגות.

ספר המצוות לרמב"ם

הספר מתחלק ל-2. לחלקו הראשון קורא הרמב"ם 'שורשים' – כללים שהנחו אותו בפירוט המצוות. החלק השני כולל את מניין המצוות עצמן. השורש הראשון קובע שבמניין המצוות נכללים רק דיני תורה (ולא הלכות שמקורן בדברי חכמים). השורש השני עוסק במעמדן של הלכות שנלמדו באמצעות **י"ג מידות שהתורה נדרשת בהן**.

* י"ג מידות שהתורה נדרשת בהן – טכניקות לפירוש התורה באמצעות מדרש.

הרמב"ם קובע כי אין למנות את כל מה שדרשו חכמים באמצעות י"ג המידות (לעיל) כמצוות דאורייתא. הלכות שנלמדות באמצעות מדרש הפסוקים – דרבנן, אלא אם כן חכמים הודיעו לנו במפורש שהן מהתורה.

כיצד יש להכריע האם המצוות הן דאורייתא או דרבנן?

לדעת **הרמב"ם**, אם החכמים שדרשו את הפסוקים ציינו במפורש כי מקור ההלכה הוא מהתורה - נחשבת היא כהלכה מדאורייתא. אם לא אמרו זאת מפורשות (ורק ציינו שהדבר נלמד מדברי התורה), ברירת המחדל היא שההלכה מדרבנן.

**הרמב"ן** חולק עליו וסובר הפוך. לדעתו, ברירת המחדל היא שהלכות שהסיקו חכמים באמצעות מדרש פסוקי התורה נחשבות כדין תורה, אלא אם צוין במפורש שהן מדרבנן.

# סמכות חכמים

הקדמה

שאלת סמכות חכמים תהיה הנושא המרכזי בקורס. שאלה זו נחלקת לשתי שאלות מרכזיות:

1. סמכות חכמים בפרשנות ובפסיקה
2. סמכות חכמים בתחום החקיקה

בפרשנות ובפסיקה

שאלת סמכות החכמים בתחום המדרש ופסיקת ההלכה היא שאלה מרכזית, דרכה נדון בין היתר במספר תחומים:

* היקף חובת הציות
* האם ייתכן שהחכמים טועים בפרשנות
* תופעת המחלוקת וריבוי הדעות
* הכרעה על פי רוב
* מעמדה של הנבואה בהקשר ההלכתי
* האם יש אמת הלכתית אחת

בתחום החקיקה

* האם ניתן לסתור או לשנות דין תורה
* מקור הסמכות לציית לתקנות של חכמים

סוגיה זו מובילה לדיון בנושא יצירת הנורמות ההלכתיות (תקנות, מנהגים, דינא דמלכותא ועוד). הדיון יעסוק, הן מבחינה פרוצדוראלית והן מבחינה מהותית, בגבולות של היצירה ההלכתית.

סמכות חכמים בתחום פסיקת ההלכה

מה היא **מקור החובה** לציית לפרשנות חכמים, ומה **היקף החובה**?

בין היתר נשאל האם יש חובה לציית לחכמים גם כאשר ברור שהם טועים (במקרה בו יש פער בין פרשנות חכמים לבין הפרשנות שבעינינו נכונה).

בהקבלה למשפט הישראלי, הפרשנות של ביהמ"ש העליון מחייבת, גם אם טעה בפרשנותו.

פרשנות ביהמ"ש מחייבת אף במקרים כאלה, כיוון:

1. בידי הח"כ האפשרות לתקן את הפרשנות המוטעית, באמצעות תיקון חקיקה.
2. המחוקק הוא זה שקבע שביהמ"ש הוא הגוף המוסמך לפרש את החוק. סמכותו מכוח חוק, ולכן גם אם טעה, פרשנותו מחייבת.
3. ביישום הפרשנות המוטעית (חלף ניסיון לפעול באופן שנראה לי נכון) נשמר הסדר והאחידות בפרשנות, ונמנעת מחלוקת.

החיסרון הבולט – יישום פרשנות שאינה נכונה.

* רש"י - ר' שלמה יצחקי [בן יצחק], צרפת, המאה ה-11.
* הר"ן - ר' ניסים בן ראובן גירונדי, ספרד, המאה ה-14.

הסמכות והיקפה

מקורות לחובת ציות טוטאלית:

**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 יְדֹוָד 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 יְדֹוָד 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 יְדֹוָד אֱלֹהֶיךָ אוֹ אֶל הַשֹּׁפֵט וּמֵת הָאִישׁ הַהוּא וּבִעַרְתָּ הָרָע מִיִּשְׂרָאֵל: (יג) וְכָל הָעָם יִשְׁמְעוּ וְיִרָאוּ וְלֹא יְזִידוּן עוֹד: ס

בפסוקים אלו מתוארת סיטואציה של "כי יפלא", כלומר מתעורר מצב של שאלה שאין לה פתרון, אין לה תשובה ברורה, והשואל מבקש הכרעה הלכתית. בפסוקים אלו נקבע כי הסמכות המוסמכת לדון במצבים כאלה, היא החכמים. בפסוקים אלו הם מכונים "הכהנים" ו"הלוויים", או ה"שופטים". ומקום הדיון הוא בבית המקדש.

ואכן, בשלב ראשון שבט לוי, שהוא מעצם טבעו אחראי לפן המוסרי הדתי והחינוכי של העם [השבט היחיד שלא חטא בחטא העגל, שבט שאין לו נחלה בארץ ישראל אלא הוא מפוזר בין השבטים השונים, השבט שאחראי על עבודת הקודש בבית המקדש, המקום בו יושבת הסנהדרין ועוד] הוא שעומד בראש המוסד ההלכתי העליון. בשלב מאוחר יותר, מסיבות היסטוריות וחברתיות שוב לא יוחד תפקיד זה דווקא לבני שבט לוי, והסנהדרין (בית הדין הגדול) הורכבה מבני כל השבטים.

בפסוקים אלו נקבעה גם חובת הציות למוסד הסנהדרין - "לא תסור ימין ושמאל", כאשר מי שלא סר למרותם, אלא "סר ימין ושמאל", צפוי לעונש מוות- "ומת האיש ההוא".

פסוקים אלו המתייחסים לעונש המוות, אומנם פורשו ע"י חז"ל כמתייחסים רק ל"זקן ממרא", כלומר, אחד מחכמי הסנהדרין עצמו שמורה הלכה בניגוד להכרעת הרוב בסנהדרין, אך יש בכך כדי להצביע על החומרה שבה רואה התורה את חוסר הציות לסנהדרין.

**רש"י במקום**

(ח) "כי יפלא - כל הפלאה לשון הבדלה ופרישה, שהדבר נבדל ומכוסה ממך: בין דם לדם - בין דם טמא לדם טהור: בין דין לדין - בין דין זכאי לדין חייב: בין נגע לנגע - בין נגע טמא לנגע טהור: דברי ריבות - שיהו חכמי העיר חולקים בדבר, זה מטמא וזה מטהר זה מחייב וזה מזכה: וקמת ועלית - מלמד שבית המקדש גבוה מכל המקומות:"

**רמב"ם הלכות ממרים פרק א**

הלכה א

"בית דין הגדול שבירושלים הם עיקר תורה שבעל פה, והם עמודי ההוראה ומהם חק ומשפט יוצא לכל ישראל, ועליהן הבטיחה תורה. שנאמר: "על פי התורה אשר יורוך" - זו מצות עשה. וכל המאמין במשה רבינו ובתורתו חייב לסמוך מעשה הדת עליהן ולישען עליהן."

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.

הלכה ב

כל מי שאינו עושה כהוראתן, עובר בלא תעשה. שנאמר: "לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". ואין לוקין על לאו זה מפני שניתן לאזהרת מיתת בית דין [בד"כ, למי שעובר על לאו, העונש הוא 40 מלקות, למעט במקרים מסויימים, כגון כאן שיש עונש מפורש אחר] שכל חכם שמורה על [בניגוד] דבריהם, מיתתו בחנק. שנאמר: "והאיש אשר יעשה בזדון" וגו'. אחד דברים שלמדו אותן מפי השמועה, והם תורה שבעל פה, ואחד דברים שלמדום מפי דעתם באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא, ואחד דברים שעשאום סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזרות והתקנות והמנהגות, כל אחד ואחד מאלו השלשה דברים, מצות עשה לשמוע להן, והעובר על כל אחד מהן עובר בלא תעשה.

הרי הוא אומר: "על פי התורה אשר יורוך"- אלו התקנות והגזירות והמנהגות שיורו בהם לרבים כדי לחזק הדת ולתקן העולם.

"ועל המשפט אשר יאמרו" - אלו דברים שילמדו אותן מן הדין באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן.

"מכל הדבר אשר יגידו לך" - זו הקבלה שקבלו איש מפי איש.

**ספרי דברים, קנד**

"ימין ושמאל" - **אפילו מראים בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם.**

* 'ספרי' - מדרש הלכה מתקופת התנאים על הספרים במדבר ודברים.

ע"פ ספרי, חובת הציות היא אבסולוטית, אפילו אם אומרים לך משהו שהוא לא נכון בבירור. חובת הציות חלה גם כאשר בעזרת היגיון פשוט נראה שהדברים אינם נכונים. בנוסף, ניתן ללמוד כי חובת הציות לדברי חכמים, אינה נובעת מההיגיון או האמת כפי שמובנת לנו (כך אפילו בדבר בסיסי כמו ההבדל בין ימין לשמאל). חובת הציות נובעת מהציווי ההלכתי, שמובא במקור בתורה "ימין ושמאל".

**רמב"ן דברים יז,יא**

(יא)" "ימין ושמאל" - אפילו אם אומר לך על ימין שהוא שמאל או על שמאל שהוא ימין, לשון רש"י.

וענינו, אפילו תחשוב בלבך שהם טועים, והדבר פשוט בעיניך כאשר אתה יודע בין ימינך לשמאלך, תעשה כמצותם. ואל תאמר: איך אוכל החֵלֶב [חלק שומני בבהמה שאסור באכילה, קל לטעות בינו לבין השומן המותר באכילה] הגמור הזה? או אהרוג האיש הנקי [חף מפשע] הזה? (כלומר מאחר שהאדם משוכנע שבית הדין טעו בהוראה שלהם, הוא חושש שאם יפעל בהתאם להוראה שלהם הוא למעשה עובר על כללי התורה). אבל תאמר:

כך צוה אותי האדון המצוה על המצות שאעשה בכל מצותיו ככל אשר יורוני העומדים לפניו במקום אשר יבחר.

**ועל משמעות דעתם נתן לי התורה אפילו יטעו**. וזה כעניין רבי יהושע עם רבן גמליאל ביום הכיפורים שחל להיות בחשבונו (להלן).

והצורך במצוה הזאת גדול מאד. **כי התורה נתנה לנו בכתב, וידוע הוא שלא ישתוו [יהיו זהות] הדעות בכל הדברים הנולדים, והנה ירבו המחלוקות ותעשה התורה כמה תורות**. וחתך לנו הכתוב הדין, שנשמע לבית דין הגדול העומד לפני השם במקום אשר יבחר בכל מה שיאמרו לנו בפירוש התורה. בין שקבלו פירושו עד מפי עד ומשה מפי הגבורה, או שיאמרו כן לפי משמעות המקרא או כוונתה. כי על הדעת שלהם הוא נותן לנו התורה, אפילו יהיה בעיניך כמחליף הימין בשמאל.

**וכל שכן שיש לך לחשוב שהם אומרים על ימין שהוא ימין, כי רוח השם על משרתי מקדשו ולא יעזוב את חסידיו**, לעולם נשמרו מן הטעות ומן המכשול.

ולשון ספרי (שופטים קנד): "אפילו מראין בעיניך על הימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין שמע להם":"

מכיר במתח הקיים אצל האדם 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 אלו החכמים ועל כן ההלכה היא לפי קביעתם. כל עוד זו ההכרעה השיפוטית זו ההלכה המחייבת.

דבר זה נחוץ לשם 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 - מצוה תצו**

שלא להמרות על פי בית דין הגדול שיעמדו לישראל:

שנמנענו מלחלוק על בעלי הקבלה עליהם השלום, ומלשנות את דבריהם ולצאת ממצותם בבל עניני התורה, ועל זה נאמר (דברים י"ז, י"א): "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". ואמרו זכרונם לברכה בספרי :"לא תסור" -זו מצות לא תעשה:

משרשי המצוה - לפי שדעות בני האדם חלוקין זה מזה, לא ישתוו לעולם, הרבה דעות בדברים. ויודע אדון הכל ברוך הוא, שאילו תהיה כוונת כתובי התורה מסורה ביד כל אחד ואחד מבני אדם איש איש כפי שכלו, יפרש כל אחד מהם דברי התורה כפי סברתו, וירבה המחלוקת בישראל במשמעות המצוות, ותעשה התורה ככמה תורות.

וכענין שכתבתי במצות "אחרי רבים להטות" [הלכה הקובעת כי ההכרעה מתבצעת על פי הרוב] (**בכסף תלוה בסימן ס"ז מצוה ע"ה**).

על כן, אלהינו שהוא אדון כל החכמות, השלים תורתנו תורת אמת עם המצוה הזאת שצונו להתנהג בה על פי הפירוש האמתי המקובל לחכמינו הקדמונים עליהם השלום. ובכל דור ודור גם כן שנשמע אל החכמים הנמצאים, שקבלו דבריהם ושתו מים מספריהם, ויגעו כמה יגיעות בימים ובלילות להבין עומק מיליהם ופליאות דעותיהם. ועם ההסכמה הזאת נכוין אל דרך האמת בידיעת התורה. וזולת זה, אם נתפתה אחר מחשבותינו ועניות דעתנו לא נצלח לכל.

ועל דרך האמת והשבח הגדול בזאת המצוה אמרו זכרונם לברכה ספרי: (כאן) "לא תסור ממנו ימין ושמאל", אפילו יאמרו לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין לא תסור ממצותם. כלומר, **שאפילו יהיו הם טועים בדבר אחד מן הדברים, אין ראוי לנו לחלוק עליהם. אבל נעשה כטעותם, וטוב לסבול טעות אחד ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו שבזה יהיה חורבן הדת וחלוק לב העם והפסד האומה לגמרי**. ומפני ענינים אלה נמסרה כוונת התורה אל חכמי ישראל, ונצטוו גם כן שיהיו לעולם כת מועטת מן החכמים כפופה לכת המרובין מן השורש הזה, וכמו שכתבתי שם במצות להטות אחרי רבים:

ספר החינוך קובע גם הוא חובת ציות מוחלטת, תוך הבנה שחכמים יכולים לטעות. עדיף לסבול טעויות בודדות (של חכמים), ולהרוויח את האמת לנצח, מאשר להינצל מטעויות בודדות שלהם, אבל לטעות בהמשך מתוך שימוש בפרשנות אישית שלנו (כאשר האופציה השנייה תוביל לריבוי מחלוקות, לחורבן הדת, ולהפסד מלא של האומה).

**דרשות הר"ן , דרוש ז**

"..אבל, מסר לו כלל אשר בו יודע האמת. והוא: "אחרי רבים להטות". וכן: "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך". וכשרבו המחלוקת בין החכמים, אם היה יחיד אצל רבים, היו קובעים הלכה כדברי המרובים. ואם רבים אצל רבים או יחיד אצל יחיד, כפי הנראה לחכמי הדור ההוא. שכבר נמסרה ההכרעה להם, כאמרו: "ובאת אל הכהנים הלוים או אל השופט אשר יהיה בימים ההם", וכן, "לא תסור" וגו. הרי שניתן רשות לחכמי הדורות להכריע במחלוקת החכמים כפי הנראה להם, ואף אם יהיו הקדומים מהם גדולים מהם ורבים מהם. **ונצטוינו לילך אחר הסכמתם הן שיסכימו לאמת או להפכו:"**

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 , דרוש יא**

"ואחר שהשלים מנוי מצות השופטים, וכחם, ויכלתם מהו, ומה ראוי שישתדלו בו יותר- והוא למחות זכר עבודה זרה. התחיל לבאר אל השופטים אם יקרה להם ספק בדבר מה, איך יתנהגו.

וצוה אליהם שיתנהגו בדבר ההוא על פי מה שיבררו בית דין הגדול העומד בלשכת הגזית. כאמרו: "כי יפלא ממך דבר וקמת ועלית אל המקום אשר יבחר ה' אלוקיך בו, על פי התורה אשר יורך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה. לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל ". ובא בקבלת רז"ל [רבותינו זכרונם לברכה] : אפי'[לו] אומר לך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין. כלומר , אפילו ברור לך הדבר שאין האמת כדברי הוראת הסנהדרין, אעפ"כ [אף על פי כן] שמע אליהם. **כי כן צוה ה' יתברך שננהוג בדיני התורה ומצותיה כפי מה שיכריעו הם, יסכימו [יקלעו] לאמת או לא יסכימו**....

**כן הענין במצוה זו בשוה, שהתורה השגיחה לתקן ההפסד שהיה אפשר שיפול תמיד, והוא פרוד הדעות והמחלוקת, ושתעשה תורה כשתי תורות, ותקנה ההפסד התמידי הזה, כשמסרה הכרעת הספקות לחכמי הדור, שעל הרוב ימשך מזה תקון ויהיה משפטם צודק. כי שגיאות החכמים הגדולים מועטות ממי שהוא למטה מהם בחכמה, וכל שכן כת הסנהדרין העומדים לפני ה' ית' במקדשו ששכינה שרויה עמהם. ועם היות שלפעמים אפשר שעל צד הפלא והזרות ישגו בדבר מה, לא חששה תורה להפסד ההוא הנופל מעט, כי ראוי לסבול אותו מצד רוב התקון הנמשך תמיד, ואי אפשר לתקן יותר מזה...**"

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.

חובת ציות אף אם חכמים טעו

לדעת הרמב"ן, ספר החינוך והר"ן יתכן שחכמים יטעו. **הרמב"ן** בראשית דבריו אומר שכן, אם כי בהמשך אומר שיש להניח שלא טועים כי יש להם רוח הקודש. **ספר החינוך והר"ן** סבורים שחכמים עשויים לטעות, אולם יש להניח שהטעויות שלהם נדירות ביותר.

מדוע יש לציית לחכמים אף אם הם טועים?

1. כדי למנוע ריבוי של מחלוקות ופירוד בעם.
2. עדיף לסבול טעויות בודדות (של חכמים), ולהרוויח את האמת לנצח, מאשר להינצל מטעויות בודדות שלהם, אבל לטעות בהמשך מתוך שימוש בפרשנות אישית שלנו (כאשר האופציה השנייה תוביל לריבוי מחלוקות, לחורבן הדת – פיצול התורה לכמה תורות, ולהפסד מלא של האומה).
3. יש להעדיף הפסד מועט עקב טעות חכמים (שמהווה דבר חריג) לטובת המשך קיום משפט הצדק התמידי שנעשה ע"י החכמים.
4. כי המחיר של העדר ציות יהיה כבד ממחיר הטעות. מה עוד שאלוקים ציווה אותנו לפעול על פי הפרשנות של החכמים.

"אפילו אומרים על שמאל שהוא ימין" - הסיבות להיקפה של חובת ציות (לאור דברי ספרי דברים, הרמב"ן וספר החינוך לעיל)

1. ברי כי התורה שניתנה בכתב יכולה להתפרש בדרכים שונות. אולם, **אם ילך כל אחד לפי פרשנותו**, במקום לציית לחכמים (שמכריעים לפי רוב) **ייוצר מצב שהתורה תהפוך להמון "תתי תורות"** כאשר כל אחד יפעל לפי פרשנותו, וזה יוביל לריבוי מחלוקות בעם ישראל (דבר שנחשב שלילי כיוון שמביא לפיצול ופירוד בעם). בנוסף, כיוון שהחכמים להם קיימת חובת הציות, פועלים וקובעים הלכות מתוקף הציווי שבתורה, **האל מסייע במעשיהם (שהוא המקור לכל הציוויים) ולא יאפשר לטעות לבוא על ידם**. לכן, אף אם נראה לנו ברור לחלוטין שאנו צודקים והחכמים טועים, כיוון שהאל לא יאפשר שטעות תבוא על ידם (משמע הטעות היא שלנו, אך אנו כנראה לא מבחינים בזה), עלינו לציית להם. כדי לוודא שהעם עושים באמת את רצון האל האמיתי יש לציית ציות גמור לחכמים - שטעות לא תבוא על ידם .
2. **היקף חובת הציות נובע מתוך הכרה ביגיעת חכמים**. כמי שעמלו רבות להבין וללמוד את פסוקי התורה וכוונתה, שלמדו את דברי חכמי התורות הקודמים (שפסקו הלכה גם הם) ומתוך הבנה של זה נבין שאין בדברי חכמים טעות. הציות הזה לחכמים בא להוציא אותנו מכלל טעות שאנו עלולים להביא את עצמינו אליה אם לא נקשיב להם, בהתבסס על האמור לעיל.
3. אף אם יתכן וחכמים טועים בדבריהם, מוטב לעם לציית לעם ולבצע דבר טעות באותה הפעם, ולהרוויח את שמירת דבריהם תמיד, **שהם נכונים וטובים לעם**. אי ציות מוחלט לדברי חכמים, עלול להוביל לחורבן הדת (עקב וריבוי מחלוקות, ופיצול התורה) וחורבן לגמרי של האומה **וחילוק לב העם** (שאף **יתפצל חברתית** כיוון שלא ילכו עוד בדרך אחת שתכוון אותם, אלא כל אחד ילך לפי דרכו ופרשנותו הוא).

המחשה יפה לרעיון הזה של חובת ציות מליאה ניתן למצוא במשנה במסכת ראש השנה:

**משנה מסכת ראש השנה, כה, ע"א**

הקדמה: מצוות קידוש החודש, המוטלת על בית דין, היא לקבוע את היום בו יחול ראש החודש. על מנת לקבוע את היום בו יחול ראש החודש, היה צורך לדעת באיזה יום 'מולד הירח - שפירושו מתי הירח נראה לראשונה לאחר שנעלם בסוף החודש. לצורך כך, היה מגיעים לבית הדין עדים שראו את הלבנה, לאחר שבית דין חקרו ומצאו שדבריהם אכן נכונים הכריזו בית דין, על אותו יום כראש החודש הבא. לדוגמה כאשר ביום ה-30 של החודש הגיעו עדים שראו את הלבנה, קבעו בית דין את יום ראש החודש לאותו היום, ונמצא שהחודש הקודם היה חודש חסר של 29 יום. אך כאשר לא הגיעו עדים שראו את החודש עד היום ה-31, (משקיעת החמה של היום 30 נחשב כיום הבא) אזי נקבע היום 31 לראש חודש והחודש שקדם לו היה חודש מלא בן 30 יום, ובלשון חז"ל נקרא 'חודש מעובר'. אפילו אם לא הגיעו עדים כלל ביום ה31 נקבע יום זה לראש חודש, מאחר שאין חודש יותר על 31 יום. **כמובן שלשאלה מתי ראש החודש יש השפעה על מועד החגים השונים** – ראש השנה, יום הכיפורים, פסח, סוכות, שבועות.

קידוש החודש היה נעשה בבית הדין שבארץ ישראל בלבד, והוא היה שולח שליחים לגלויות השונות כדי להודיע להם מתי הוכרז ראש החודש. מאחר שלא תמיד היו מספיקים השליחים להגיע, נהגו בחו"ל לחגוג יום נוסף בכל החגים זאת בשל הספק אם החודש הקודם הסתיים לאחר 29 ימים או 30. אגב, שנה על פי הירח היא כ- 354 ימים. שנת השמש (שנה אזרחית) היא 365 ימים. קידוש החודשים הוא על פי שנת הלבנה, אך הלוח היהודי מתאים עצמו גם לשנת החמה זאת באמצעות האפשרות להכריז על שנה כשנה מעוברת שיש בה חודש נוסף (אדר א' ואדר ב'. בערך אחת לשלוש שנים מתווסף חודש כזה שמחפה על הפער של 11 ימים בין שנת הלבנה לשנת החמה). **כיום לא מקדשים את החודש על פי ראיית המולד, ויש לוח קבוע הן לעניין מניין ימי החודש והן לעניין השנים המעוברות.**

"ועוד באו שנים ואמרו ראינוהו בזמנו ובליל עיבורו לא נראה וקיבלן רבן גמליאל. אמר רבי דוסא בן הורכינס: עדי שקר הן היאך מעידים על האשה שילדה ולמחר כריסה בין שיניה".

הטענה של העדים הייתה שהם ראו את מולד הירח בליל ה30, אולם בליל ה31 הירח לא נצפה. רבן גמליאל שהיה נשיא בית הדין קיבל את עדותם והפך את יום ה30 לראש החודש. רבי דוסא לעומת זאת סבר שהדבר לא הגיוני ומלמד על כך שהעדים הם עדי שקר ולא ניתן לסמוך עליהם. כתוצאה מכך נוצר פער האם א' בתשרי הוא ביום מסוים או למחרת, וכפועל יוצא מכך גם מועדו של יום הכיפורים היה נתון במחלוקת.

"אמר לו רבי יהושע רואה אני את דבריך. שלח לו ר"ג גוזרני עליך שתבא אצלי במקלך ובמעותיך ביוה"כ שחל להיות בחשבונך".

רבן גמליאל שהיה נשיא בית הדין חשש ככל הנראה שאם רבי יהושע ינהג כשיטתו, זה יערער את סמכותו ומעמדו של בית הדין גם בעיני הציבור, ולכן דרש מרבי יהושע "לחלל" את יום הכיפורים לפי חשבון הימים שלו, ולהפגין בכך את קבלת ההכרעה של בית הדין.

"הלך ומצאו רבי עקיבא מיצר. אמר לו יש לי ללמוד שכל מה שעשה ר"ג עשוי שנאמר (ויקרא כג, ד (אלה מועדי ה' מקראי קדש **אשר תקראו אתם** בין בזמנן בין שלא בזמנן אין לי מועדות אלא אלו".

רבי עקיבא פגש ברבי יהושע כשהוא מצטער. מצד אחד הוא מחויב להוראתו של רבן גמליאל, מצד שני הוא בטוח שרבן גמליאל טועה בהכרעה שלו וקשה לו לקבלה למעשה. רבי עקיבא "מנחם" את רבי יהושע בטענה שהתורה הסמיכה את בית הדין לקבוע את לוח השנה ובהתאם לכך את זמני החגים, ולכן גם אם בית הדין טעה אין בכך כלום. אולם הטיעון הזה לא שכנע מספיק את רבי יהושע והוא עדיין חש שלא בנוח.

"בא לו (רבי יהושע) אצל ר' דוסא בן הורכינס (מי שחלק בבית הדין על רבן גמליאל). אמר לו: אם באין אנו לדון אחר בית דינו של ר"ג (כלומר להרהר אחר מעמדו של בית הדין בטיעון שרבן גמליאל לא בקי מספיק) צריכין אנו לדון אחר כל בית דין ובית דין שעמד מימות משה ועד עכשיו. שנאמר (שמות כד, ט (ויעל משה ואהרן נדב ואביהוא ושבעים מזקני ישראל ולמה לא נתפרשו שמותן של זקנים אלא ללמד שכל שלשה ושלשה שעמדו בית דין על ישראל הרי הוא כבית דינו של משה. נטל מקלו ומעותיו בידו והלך ליבנה אצל ר"ג ביום שחל יוה"כ להיות בחשבונו. עמד ר"ג ונשקו על ראשו אמר לו בוא בשלום רבי ותלמידי רבי בחכמה ותלמידי שקבלת את דברי:"

הטיעון של רבי דוסא לפיו בית הדין של הדור הוא בית הדין המוסמך ואין להרהר אחריו, התקבל על דעתו של רבי יהושע, והוא קיים את הוראתו של רבן גמליאל.

בנוסף, מובאת הברייתא על הפסוק "ובאת אל השופט אשר יהיה בימים ההם". מדוע כתוב "בימים ההם"? הרי ברור שאדם הולך לשופט שבימיו (לכאורה צמד המילים הללו מיותרות, אולם דרך דרישת התורה מניחה שאין מילים מיותרות בה, ומנסה להבין מדוע הם בכל זאת הופיעו שם). התורה רוצה להגיד הוא שאין לערער אחר סמכותו של הדיין, ומדגישה שזה לא משנה מי השופט, צריך לציית לו. אין זה משנה אם בעבר היו חכמים יותר.

סיכום:

בתחילה שניהם בעלי תחושה חזקה מאוד של אמת בפרשנותם, ועומדים על דעתם לגבי מועד יום הכיפורים. לבסוף, המחויבות שלהם להכרעת הרוב בפסיקת ההלכה ע"י חכמי הדור הובילה אותם להסכמה (ר"ג נשאר בדעתו כנשיא בית הדין, ורבי יהושוע הלך לבסוף כדעת ר"ג שגדול ממנו במרות). לבסוף מוכח שלשניהם חשובה הכרעת ההלכה בהתאם לפרשנות בעלי הסמכות-ר"ג התעקש והורה לרבי יהושוע לחלל את יום הכיפורים לשיטתו (דבר חמור מאוד בהלכה) **כדי לחדד את עליונות סמכות בית הדין בקביעת מועדים**, ואילו רב יהושוע חילל את יום הכיפורים לשיטתו הוא, כדי לקיים את ציווי ר"ג (באופן שמראה שיום הכיפורים אכן לא חל כשיטתו, אלא כשיטת ר"ג). **ר"ג רצה שהדבר יהיה ברור, כנראה מחשש שסמכות בית הדין תתערער באופן כללי אם בית הדין לא יוכיח לכולם שגם הוא מקבל את המרות.**

חובת ציות מסויגת (יחסית)

**ירושלמי הוריות א,מה טור ד /ה"א**

"דתני [ששנינו]: יכול אם יאמרו לך על ימין שהיא שמאל ועל שמאל שהיא ימין תשמע להם? תלמוד לומר: "ללכת ימין ושמאל". שיאמרו לך על ימין שהוא ימין ועל שמאל שהיא שמאל".

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?

ע"פ הירושלמי, יש לציית להוראת חכמים **רק כאשר דבריהם באמת נכונים**, ואינם טועים, אם טעו אין צורך להקשיב להם. זאת **בניגוד לגישת הספרי** שיש לציית לחכמים אף אם טעו (הורו על ימין שהוא שמאל).

**משנה הוריות א, א** **מקור רשות**

הקדמה: על פי די התורה מי שביצע חטא (עבירה) בשוגג (סוג של רשלנות) חייב לכפר על כך באמצעות הבאת קרבן לבית המקדש (כשהיה בית מקדש). לעומת זאת אם בית דין קבע הלכה והציבור נהג על פיה, ובהמשך הסתבר לבית הדין שהוא טעה בהוראה הראשונה שנתן – במקרה כזה היחידים שפעלו על פי ההוראה המוטעית אינם חייבים להביא קרבן שכן לא ניתן לייחס להם רשלנות שכן הסתמכו על הוראה בית הדין. בית הדין עצמו יצטרך להביא קרבן לכפר על הטעות (הקרבן נקרא: "פר העלם דבר של ציבור").

**"**הורו בית דין לעבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה והלך היחיד ועשה שוגג על פיהם בין שעשו ועשה עמהן, בין שעשו ועשה אחריהן, בין שלא עשו ועשה, פטור [מקורבן], מפני שתלה בבית דין. הורו בית דין וידע אחד מהן שטעו או תלמיד והוא ראוי להוראה והלך ועשה על פיהן: בין שעשו ועשה עמהן, בין שעשו ועשה אחריהן, בין שלא עשו ועשה ,הרי זה חייב, מפני שלא תלה בבית דין. זה הכלל התולה בעצמו חייב והתולה בבית דין פטור:"

עם זאת קובעת הסוגיה שמי שהוא בבחינת "תלמיד הראוי להוראה" אשר ידע שבית הדין טעו בקביעה שלהם ובכל זאת פעל לפי הוראתם יהיה חייב להביא קרבן. הסוגיה מסבירה שהטעות שלו היתה בכך שחשב שעליו לציית לבית הדין גם כשידע שטעו. **מכאן, שעקרונית היה עליו להימנע מלציית להוראה של בית הדין, מה שמחזק את הגישה לפיה חובת הציות איננה מלאה.**

**בבלי, הוריות, ב, ע"ב**

"ראוי להוראה" וכו'. כגון מאן? [כגון מי?] אמר רבא: כגון שמעון בן עזאי ושמעון בן זומא. א"ל [אמר לו] אביי: כי האי גוונא מזיד הוא! [חכם בסדר גודל כזה שעושה ע"פ הוראת בי"ד למרות שיודע שהם טועים, הרי הוא מזיד, ופטור מהבאת קורבן!]

[ושואל רבא על אביי]: ולטעמיך [ולשיטתך], הא דתניא [זה ששנינו]:

(ויקרא ד) "בעשותה אחת" - יחיד העושה מפי עצמו, חייב; בהוראת ב"ד, פטור", כיצד? הורו ב"ד שחֵלֶב [שומן בבהמה שאסור לאכילה, ולעתים ניתן לטעות בינו לבין השומן המותר לאכילה] מותר, ונודע לאחד מהן שטעו, או תלמיד יושב לפניהן וראוי להוראה כגון שמעון בן עזאי, יכול יהא פטור? ת"ל [תלמוד לומר]: "בעשותה אחת". יחיד העושה על פי עצמו - חייב, בהוראת ב"ד - פטור! [וכאן רואים בפירוש שתלמיד כשמעון בן עזאי נחשב שוגג במקרה כזה!]

אלא היכי משכחת לה [אלא איך אתה מוצא סיטואציה שבה גדול כזה שוגג]? כגון דידע דאסור [שידע שהדבר אסור], וקא טעי [אלא שטעה] במצוה לשמוע דברי חכמי' [וסבר שבכל מקרה יש לשמוע בדברי חכמים]. לדידי נמי [לשיטתי, (רבא), גם מדובר במקרה שבו], דטעו במצוה לשמוע דברי חכמים.

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.

מסוגיה 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.

**קצות החושן, הקדמה**

"...אך לא ניתנה התורה למלאכי השרת, ואל האדם ניתנה, אשר לו שכל האנושי. ונתן לנו הקב"ה התורה ברוב רחמיו וחסדיו כפי הכרעת שכל האנושי, גם כי [=אם] אינו אמת בערך השכלים הנבדלים [מבחינה אובייקטיבית]".

* קצות החושן – ספר ביאור לחלק חושן משפט בשולחן ערוך, המשתמש בדברי השולחן ערוך לבירור סוגיו והעלאת חידושים; לר' אריה ליב בן ר' יוסף, גיליציה, המאה ה-18.

קצות החושן מדגיש שהתורה ניתנה לבני האדם (שיכולים לטעות) ולא למלאכים. אף אם יש פער בין הפרשנות לבין האמת השמיימית (טעות בהבנת המקור האלוקי) יש ציווי לציית לדברי חכמים-**כיוון שהציווי לקיים את התורה הוא בהתאם להבנה האנושית**.

**שו"ת אגרות משה, הקדמה**

* אגרות משה – ספר שו"ת הלכות לר' משה פינשטיין, ארה"ב, מאה 20.

"…אבל הוא מטעם, שהנכון לע"ד [לעניות דעתי] בזה, שהיו רשאין ומחוייבין חכמי דורות האחרונים להורות אף שלא היו נחשבין הגיע [ראויים] להוראה בדורות חכמי הגמרא. שיש ודאי לחוש [לחשוש] אולי לא כיוונו אמיתות הדין כפי שהוא האמת כלפי שמיא [השמים, הקב"ה].

אבל, האמת להוראה, כבר נאמר: "לא בשמים היא", אלא כפי שנראה להחכם אחרי שעיין כראוי לברר ההלכה בש"ס ובפוסקים כפי כחו בכובד ראש וביראה מהשי"ת [מה' יתברך], ונראה לו שכן הוא פסק הדין- הוא האמת להוראה, ומחוייב להורות כן, אף אם בעצם גליא כלפי שמיא [גלוי כלפי השמים] שאינו כן הפירוש.

ועל כזה נאמר שגם דבריו דברי אלקים חיים, מאחר שלו נראה הפירוש כמו שפסק, ולא היה סתירה לדבריו. ויקבל שכר על הוראתו אף שהאמת אינו כפירושו..

וזהו ענין כל מחלוקות רבותינו הראשונים והאחרונים. שזה אוסר וזה מתיר. שכל זמן שלא נפסק כחד, יכול כל אחד להורות במקומו כמו שסובר, אף שהדין האמיתי הוא רק כאחד מהן. ושני החכמים מקבלים שכר על הוראתם. ומטעם זה מצינו הרבה חלוקים גם באיסורים חמורים בין מקומות הנוהגים להורות כהרמב"ם והב"י [ספרד], ובין המקומות הנוהגים להורות כחכמי התוספות וכהרמ"א [אשכנז], ושניהם הם דברי אלקים חיים, אף שהאמת האמיתי גליא כלפי שמים שהוא רק כאחד מהם..

ופרש"י [ופירש רש"י] דאין לו לדיין לירא ולמנוע עצמו מן הדין אלא לפי מה שעיניו רואות לידון. ויתכוין להוציא לצדקו ולאמיתו, ושוב לא יענש עיי"ש. וכוונתו, דזהו האמת להוראה שמחוייב להזדקק ולהורות ולדון אף שאינו האמת ממש...

וכשיהיה מחלוקת, יעשו כפי הבנת רוב חכמי התורה, אף שאפשר שלא נתכוונו להאמת ,ולא היה דעת הקב"ה כן, **דהקב"ה נתן את התורה לישראל שיעשו כפי שיבינו את הכתוב ואת המסור בעל פה בסיני, לפי הבנתם, ויותר לא יפרש ולא יכריע השי"ת [ה' יתברך] בדיני התורה, שלא בשמים היא. אלא הסכים מתחלה להבנת ופירוש חכמי התורה**. ונמצא, שאותיות התורה הם מלכים שעושין כפי מה שמשמע מהתורה לחכמי התורה, אף שאולי לא היה זה כהבנת השי"ת...ומאחר שנתברר שהאמת להוראה הוא מה שנראה להחכם אחרי שעמל ויגע לברר ההלכה בש"ס ובפוסקים כפי כחו בכובד ראש וביראה מהשי"ת, שכן יש להורות למעשה. וזה מחוייב להורות. גם החכמים שבדור הזה יש להחשיבם הגיעו להוראה ומחוייבים להורות משום שהוראתם נחשב דין אמת".

הרב פינשטיין מוסיף על קצות החושן, וקובע שאף שיתכן שחכמים במקומות שונים יחלקו בניהם ולא יצליחו כולם להגיע לאמת האלוקית (שהרי האמת היא אחת, ואם יש סתירה בין דבריהם ודאי אחד מהם טועה), צריך בכל זאת לקיים את דבריהם ולא נחשב כטועים. ה' נתן את התורה והסמיך את החכמים לפרש אותה. חובת הציות היא מלאה – עד כדי מתן שכר לחכמים הטועים בדומה לחכמים שלא טעו. חובת ציות מלאה זו, לוקחת בחשבון מחירים של טעויות, משום היתרונות שקיימים בכלל ההכרעה הגורף.

גישה שלישית – פרשנות בית דין שחורגת מהכלל (ואינה טעות)

**ספר עקידת יצחק ,שער מג**

* ספר עקידת יצחק - ר' יצחק עראמה, ספרד,איטליה, המאה ה-15.

דבריו של רבי יצחק עראמה על הפסוק: "לֹא תָסוּר מִן הַדָּבָר אֲשֶׁר יַגִּידוּ לְךָ יָמִין וּשְׂמֹאל"

"כי יפלא ממך דבר למשפט... ובאת כל הכהנים...ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך.. על פי התורה אשר יורוך והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע וגו. "יאמר, כי כשיפלא [יעלם] מהם הדין באי זה מין שיהיה, שזה ההעלם על הרוב יהיה כשיתברר להם שאינם מסכימים השרשים הכוללים אל הענינים הנדונים, ויפלא בעיניהם לדונו בהם, או חוץ להם (כלומר לרוב חוסר הבהירות ההלכתית נובעת מהשאלה של היקף הכללים ההלכתיים והאם המקרה הפרטי מתאים לכלל או חורג ממנו), כי אז יהיה הדין ההוא נדון על פי בית דין הגדול, כי הוא (אלוקים) נותן בידם רשות גמורה לישר הנמוס ולתקנו, כפי מה שיראה בעיניהם לענין החלקי ההוא, וצוה שלא יסורו מכל אשר יגזרו בו ימין ושמאל. כי אותו דין שיאמרו, אף על פי שיצאו משורת הדין הכולל, הוא האמת העצמי מצד הענין ההוא החלקי. (כלומר ההכרעה של בית הדין במקרה הפרטי עשויה לסטות מן הכלל, אבל היא נכונה למקרה המסוים הזה).

וזהו שאמרו ז"ל (ספרי פ' שופטים): "אף על פי שיאמרו לך על ימין שמאל או על שמאל ימין", כל שכן שלא יאמרו אלא על ימין ימין ועל שמאל שמאל. ירצו, כי אף על פי שלפי השרשים הכוללים יראה בתחלה שהם אומרים על ימין שמאל ועל שמאל ימין, הנה לפי הענין הפרטי ההוא לא יאמרו אלא על ימין ימין ועל שמאל שמאל. (בעיני המתבונן הפשוט נראה כאילו הסטייה מן הכלל היא הפיכת ימין לשמאל. אולם האמת היא שבמקרה זה הנכון היה לסטות מן הכלל. כך שרק המתבונן סבור שהפכו כביכול ימין לשמאל אבל באמת החכמים לא טעו בהכרעתם.)

[ וכדי ליפות חכם בזה, להסיר מעליהם כל שוטן וטוען מהמשפטים הכתובים, אמר (דברים שם):" והאיש אשר יעשה בזדון לבלתי שמוע וגו' ומת האיש ההוא ובערת הרע מישראל". ומזה הורשו בית דין שבכל דור ודור, לדון וליסר ולהעניש כדין ושלא כדין, שהכוונה להם כדין מצד זה הדין החלקי, ושלא כדין מצד הכוללים. וכמו שאמרו (יבמות שם): "לא שהדין כך, אלא שהשעה צריכה לכך". כלומר לא שהדין הכולל הוא כך, אלא שזה הפרטי לפי צורך שאלתו הוא כך:

ולפי זה כבר תכלול התורה כל חלקי האנשים וכל פרטי מעשיהם, כמו שיתכן אל תורה תמימה ונמוס אלהי, הכולל בידיעתו העצומה כל ענייני הנמצאים ומקריהם בכל מיני פרטיותם, כמו שאמר המשורר (תהלים ל"ג :("היוצר יחד לבם המבין אל כל מעשיהם". והוא מה שאמרו ז"ל (שבת י' ע"א): "כל הדן דין אמת לאמתו נעשה שותף להקב"ה במעשה שמים וארץ", כי בזה יתקיימו האנשים על אותו הטבע והאופן שנבראו בו, לפי מה שהם עצמם, ועל זה השתוף נקראו השופטים (שמות כ"א) "אלהים" בכל מקום.

והנחש אמר (בראשית י"ג): " והייתם כאלהים יודעי טוב", ואמרו ז"ל (ב"ר פ' י"ט) "יוצרי עולמות.] "

**"אמנם, הדיינים הדנין תמיד לפי ההנחות הכוללות, עם שהם דנין דין אמת, הנה הם מחריבי עולם, וכמו שאמרו לא חרבה ירושלם אלא מפני שדנו בה דין אמת (ב"מ ל"ח ע"ב), כלומר לפי האמת הכולל, ובלתי מישירים אותו, אף כי יבא הצורך, אבל אמר יקוב הדין את ההר."**

**בדבריו, מבטא רבי יצחק עראמה התבטאות חריפה כנגד דיינים אשר פוסקים אוטומטית לפי הכללים, ולא בוחנים את הנסיבות הפרטניות של המקרה, שמא דווקא בנסיבות אלה אין להחיל את הכלל הרגיל.**

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 שהמקרה 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.

סיכום

היקף חובת הציות לדברי חכמים (עד כמה חובת הציות היא טוטלית, אם בכלל)

- "ספרי" – חובת הציות היא טוטאלית. גם כאשר אומרים על ימין שהוא שמאל (כאשר טעות החכמים ברורה), יש חובה לציית.

- הרמב"ן, ספר החינוך והר"ן מתייחסים ל-2 שאלות:

1. האם תיתכן טעות בפסיקת חכמים?
2. במידה ותיתכן טעות בדברי חכמים, מדוע שהציות לדבריהם יהיה טוטאלי?
	* הרמב"ן, ספר החינוך והר"ן מסכימים שייתכן שחכמים יטעו בפרשנותם ובפסיקת ההלכה. עם זאת, הם מדגישים שזה מצב נדיר ביותר.
	* בסוף דבריו, מבהיר הרמב"ן, כי מאחר ושורה על החכמים רוח הקב"ה, לא סביר שיטעו כלל.
	* הסיבות לציות הטוטאלי לדברי חכמים, אף בהנחה שתתכן טעות בדבריהם:
3. סיבה דתית – למנוע מצב של פיצול התורה. שימור מנגנון הכרעה ברור, ע"י גוף מוסדי אחד.
4. סיבה חברתית – "חילוק לב העם לגמרי" (ספר החינוך). אי הסכמה תוביל לחלוקת העם לקבוצות רבות, כאשר כל קבוצה תפעל בהתאם למנהג בהתאם למסורת הפסיקה והמנהגים שלה.
5. בחינה תודעתית של ציווי האל - אף בציות לדברי החכמים כשהורו טעות, קיימת שמירה על ציווי האל, שציווה אותנו לשמוע לדבריהם בהתאם לפרשנותם (ללא סיוג מקרי טעות) (הרמב"ן).
* מחיר הטעות כדאי לעומת האופציה של אי ציות מוחלט לדברי חכמים, שיכולה להביא לחוסר אחידות (ואף לפיצול האומה).
* התורה ניתנה לבני אדם כדי שיפרשו אותה בהתאם לשכלם האנושי, על אף פער אפשרי בין הפרשנות לבין הכוונה המקורית. (הבנה לכתחילה שטעות היא חלק מכללי המשחק, ועם זאת היא נדירה) (**הרב משה פינשטיין וקצות החושן**).

- בתלמוד הירושלמי (ואף בתלמוד הבבלי במסכת הוריות) מוצגת גישה שונה, הנוקטת בחובת ציות מוגבלת, כל עוד חכמים לא טעו.

* גישה זו מעלה קושי, כיוון שהאדם מין השורה אינו יכול לטעון כלפי בית הדין שטעה, ועל כן ספק האם קיים מי שיוכל לערער על סמכות הציות גם כשב"ד טעה.
* התשובה לכך נמצאת בהוריות, בבלי, הדנה על "תלמיד הראוי להוראה" – תלמיד חכם שראוי היה להימנות על ב"ד מבחינת ידיעותיו וחריפותו.
* הקונפליקט נפתר, ע"י כך שמי שאכן מותר לו לערער על סמכות חכמים, ולא לציית להם כאשר טעו, הוא תלמיד הראוי להוראה.
* רבי יצחק עראמה (בעל העקידה), מסביר את המדרש בספרי ככזה שדן בפירוש הנראה כטעות לצופה מהצד (שאינו בעל הבנה מספקת לפסיקת ההלכה), ואין מדובר לפיו על טעות אמיתית של חכמים. כך למשל, קביעת ב"ד לאי תחולת הכלל הכללי על מקרה הספציפי אינה מהווה טעות, אלא יישום מושכל של הכלל (במקרה זה חריגה ממנו) בשל נסיבות המקרה הספציפי.
* בעל העקידה מוסיף כי ב"ד שאינו מפעיל שיקול דעת ביישום הכללים הוא בבחינת "מחריב עולם" – פסיקה תמיד לפי דין תורה, ללא מתן אפשרות להתחשבות בנסיבות וסטייה מין הכללים במידת הצורך. הוא לומד זאת מין הפסוק "שלא חרבה ירושלים – אלא בשל כך שדנו בה דין תורה (לכאורה קושי כשדין תורה נתפס כדבר הראוי, אלא שאי סטייה מהם במקרה הראוי לכך היא דבר פסול).

# מחלוקת חכמים

* מה היה יחסם של חז"ל למחלוקות? האם היא כורח המציאות (בדיעבד) או שהיא דווקא רצויה ותורמת (לכתחילה)?
* מה מעמדה של דעת המיעוט במחלוקת?

גישה מסויגת למחלוקת

**תוספתא חגיגה ב**, **ט**

אָמַר רַבִּי יוֹסֵי: כַּתְּחִלָּה, לֹא הָיְתָה מַחְלֹקֶת בְּיִשְׂרָאֵל, אֶלָּא בֵּית דִּין שֶׁלְּשִׁבְעִים וְאֶחָד הָיָה בְּלִשְׁכַּת הַגָּזִית, וּשְׁאָר בָּתֵּי דִינִין שֶׁלְּעֶשְׂרִים וּשְׁלֹשָׁה עֶשְׂרִים וּשְׁלֹשָׁה הָיוּ בַעֲיָרוֹת שֶׁבְּאֶרֶץ יִשְׂרָאֵל. שְׁנֵי בָתֵּי דִינִין שֶׁלִּשְׁלֹשָׁה שְׁלֹשָׁה הָיוּ בִּירוּשָׁלַיִם, אֶחָד בְּהַר הַבַּיִת וְאֶחָד בַּחַיִל.

נִצְרַךְ אֶחָד מֵהֶן, הוֹלֵךְ אֵצֶל בֵּית דִּין שֶׁבְּעִירוֹ; אֵין בֵּית דִּין בְּעִירוֹ, הוֹלֵךְ אֵצֶל בֵּית דִּין הַסָּמוּךְ לְעִירוֹ. אִם שָׁמְעוּ (שקיבלו ושמעו במסורת מרבותיהם כיצד יש לנהוג), אָמְרוּ לָהֶן, וְאִם לָאו, הוּא וּמֻפְלָא שֶׁבָּהֶן בָּאִין לְבֵית דִּין שֶׁבְּהַר הַבַּיִת. אִם שָׁמְעוּ, אָמְרוּ לָהֶן, וְאִם לָאו, הוּא וּמֻפְלָא שֶׁבָּהֶן בָּאִין לְבֵית דִּין שֶׁבַּחַיִל. אִם שָׁמְעוּ, אָמְרוּ לָהֶן, וְאִם לָאו, אֵלּוּ וְאֵלּוּ בָּאִין לְבֵית דִּין שֶׁבְּלִשְׁכַּת הַגָּזִית. אַף עַל פִּי שֶׁהוּא שֶׁלְּשִׁבְעִים וְאֶחָד, אֵין פָּחוּת מֵעֶשְׂרִים וּשְׁלֹשָׁה.

נִצְרַךְ אֶחָד מֵהֶן לָצֵאת, רוֹאֶה, אִם יֵשׁ שָׁם עֶשְׂרִים וּשְׁלֹשָׁה, יוֹצֵא, אִם לָאו, אֵין יוֹצֵא עַד שֶׁיְּהוּ שָׁם עֶשְׂרִים וּשְׁלֹשָׁה. הָיוּ יוֹשְׁבִין מִתָּמִיד שֶׁלַּשַּׁחַר, עַד תָּמִיד שֶׁלְּבֵין הָעַרְבַּיִם, וּבַשַּׁבָּתוֹת וּבְיָמִים טוֹבִים, בָּאִין לְבֵית הַמִּדְרָשׁ שֶׁבְּהַר הַבַּיִת. נִשְׁאֲלָה הֲלָכָה, אִם שָׁמְעוּ, אָמְרוּ לָהֶם, וְאִם לָאו, עוֹמְדִין בְּמִנְיָן. אִם רַבּוּ הַמְטַמְּאִין, טִמְּאוּ; רַבּוּ הַמְטַהֲרִין טִהֲרוּ. מִשָּׁם הֲלָכָה יוֹצָא וְרוֹוַחַת בְּיִשְׂרָאֵל.

מִשֶּׁרַבּוּ תַּלְמִידֵי שַׁמַּי וְהִלֵּל שֶׁלֹּא שִׁמְּשׁוּ כָּל צָרְכָן (ככה"נ הכוונה שלא ירדו לסוף דעתם של רבותיהם בלימוד הלכותיהם), הִרְבּוּ מַחְלוֹקוֹת בְּיִשְׂרָאֵל, וְנֶעֱשׂוּ שְׁתֵּי תוֹרוֹת.

התוספתא מתארת את סדר הפנייה לבתי הדין השונים, כאשר עולה שאלה הלכתית שאין לאדם תשובה עליה. בתי הדין אינם כפופים אלו לאלו, מלבד לבית הדין הגדול (שם ישבו דיינים מעולים ביותר). ראשית, הפנייה נעשית לב"ד הקרוב, לאחר מכן לבתי הדין בירושלים. לבסוף ניגשים לבית הדין הגדול לצורך הכרעה. כאשר אין תשובה בשמועה (קבלה מרבותיהם), ההכרעה מתקבלת ע"פ רוב. ניתן דגש לקיומו של מספר מינימאלי דיינים – 23 – לצורך האפשרות לקבל הכרעה (לא תינן הכרעה בפחות מזה.

ההכרעה בכל בתי הדין תיעשה לפי שמועה בלבד (מסורת מרבותיהם). היחיד שיכול לקבל הכרעה שאינה ע"פ השמועה, המהווה סמכות פסיקה עצמית. כך, לא תיתכן מחלוקת (שהרי ב"ד הגדול בירושלים הוא היחיד המוסמך לפסוק גם כאשר אין 'שמועה' בנושא, והכרעת הרוב היא זו שמחייבת).

המחלוקת נתפסת כתקלה. דבר שנגרם עקב אי ביצוע כראוי של התפקיד המוטל על תלמידיהם של הילל ושמאי, שהביאו לפריחת המחלוקות.

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

בראשונה לא הייתה מחלוקת בישראל אלא על הסמיכה בלבד, ועמדו שמאי והלל ועשו אותן ארבע. משרבו תלמידי בית שמאי ותלמידי בית הלל, ולא שימשו את רביהן כל צורכן, ורבו המחלוקות בישראל, ונחלקו לשתי כתות - אלו מטמאין ואלו מטהרין. ועוד אינה עתידה לחזור למקומה, עד שיבוא בן דוד.

במקור – מחלוקת על נושא הסמיכה בלבד (האם מותר לסמוך על ראשי הקורבנות בביהמ"ק ביום טוב). האוסרים – פעולת הסמיכה אסורה ביום טוב. המתירים – הסמיכה הינה חלק מהשחיטה (שמותרת) ולכן מותרת.

עם השנים המחלוקות התרבו, עד רמת חוסר אפשרות לחזור חזרה.

המסקנה - המחלוקת מציאות של בדיעבד.

הפתרון - התערבות משיח בן דוד שיפסוק כיצד ראוי לנהוג (ויפתור את המחלוקת).

גישה חיובית למחלוקת

**ברייתא באבות דרבי נתן פרק יח, ב**

"דברי חכמים כדרבונות וכמסמרות נטועים בעלי אסופות" (קהלת יב)... בעלי אסופות אלו תלמידי חכמים שנכנסין ויושבין אסופות אסופות, אלו אוסרין ואלו מתירין, אלו מטמאין ואלו מטהרין, אלו פוסלין ואלו מכשירין. שמא יאמר לך אדם אשב ולא אשנה, תלמוד לומר נתנו מרועה אחד אל אחד בראם, ופרנס אחד נתנם, רבון כל המעשים אמרם. אף אתה עשה אזנך כאפרכסת: והכנס בהם דברי אוסרין ודברי מתירין, דברי מטמאים ודברי מטהרין, דברי פוסלין ודברי מכשירין.

התייחסות חיובית לריבוי הדעות. אף בלימוד התורה, גם כאשר ישנו ריבוי דעות (עד כדי דבר והיפוכו) קיים ערך. ע"פ הברייתא, ריבוי הדעות לכשעצמו הוא בעל ערך. כיוון שכולם ממקור אחד – המקור האלוקי, יש ערך בהכרת כולן, וכולן לגיטימיות.

**בבלי, עירובין (יג, ב)**

אָמַר רַבִּי אַבָּא, אָמַר שְׁמוּאֵל: שָׁלֹשׁ שָׁנִים נֶחְלְקוּ בֵּית־שַׁמַּאי וּבֵית־הִלֵּל, הַלָּלוּ אוֹמְרִים: הֲלָכָה כְּמוֹתֵנוּ, וְהַלָּלוּ אוֹמְרִים: הֲלָכָה כְּמוֹתֵנוּ, יָצְתָה בַּת־קוֹל וְאָמְרָה לָהֶם: אֵלּוּ וָאֵלּוּ דִּבְרֵי אֱלֹהִים חַיִּים הֵן, וַהֲלָכָה כְּדִבְרֵי בֵּית־הִלֵּל. וְכִי מֵאַחַר דְּאֵלּוּ וְאֵלּוּ דִּבְרֵי אֱלֹהִים חַיִּים הֵן, מִפְּנֵי מַה זָּכוּ בֵּית הִלֵּל לִקְבֹּעַ הֲלָכָה כְּמוֹתָן? מִפְּנֵי שֶׁנּוֹחִין וַעֲלוּבִין הָיוּ, וְשׁוֹנִין דִּבְרֵיהֶם וְדִבְרֵי בֵּית שַׁמַּאי. וְלֹא עוֹד אֶלָּא שֶׁמַּקְדִּימִין דִּבְרֵי בֵּית שַׁמַּאי לְדִבְרֵיהֶם.

מהמחלוקת שהייתה קיימת בית שמאי לבית הילל נלמדים כמה דברים חשובים:

* "אלו ואלו דברי אלוקים חיים". המחלוקת אינה עניין של נכון מול לא נכון, ברמה הרעיונית כל הדעות לגיטימיות.
* פסיקת המחלוקת באה עקב הצורך בהכרעה ברורה בפן המעשי.
* ההכרעה של בת קול כי הלכה כבית הילל, באה דווקא עקב כך שהם "נוחין ועלובין" נותנים מקום לדברי בית שמאי, ללא שלילת דברי הצד השני.
* לכאורה, קיימת חשיבות לאישיותו של הפוסק, לצורך השאלה האם לפסוק הלכה ממותו.
* לימוד מגוון הדעות, מביא לתוצאה מלובנת יותר ביחס לפסיקת ההלכה.
* הריטב"א – רבי יום טוב בן אברהם אלשבילי, ספרד, מאה 13-14.

**ריטב"א מסכת עירובין דף יג/ב**

"אלו ואלו דברי אלהים חיים" - שאלו רבני צרפת ז"ל: האיך אפשר שיהו אלו ואלו דברי אלהים חיים וזה אוסר וזה מתיר?

ותרצו: כי כשעלה משה למרום. לקבל התורה, הראו לו על כל דבר ודבר מ"ט פנים לאיסור ומ"ט פנים להיתר. ושאל להקב"ה על זה, ואמר (הקב"ה), שיהא זה מסור לחכמי ישראל שבבל דור ודור, ויהיה הכרעה כמותם.

ונכון הוא לפי הדרש, ובדרך האמת יש טעם סוד בדבר.

הריטב"א מסביר כי אלוקים הציג למשה מראש את העמדות הנימוקים השונים להתיר או לאסור, כשאת ההכרעה בין העמדות מסר בידי חכמים.

חשיבותה של דעת המיעוט

**תוספתא עדויות א, הלכה ב**

לעולם הלכה כדברי המרובין. לא הוזכרו דברי היחיד בין המרובין אלא לבטלן. ר' יהודה אומר: לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובין אלא שמא הוצרך להן שעה ויסמכו עליהן. וחכמים אומרים: לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובין אלא מתוך שזה אומר טמא וזה אומר טהור, זה אומר טמא כדברי ר' אליעזר, אמרו לו כדברי ר' אליעזר שמעתה.

מברייתא זו נלמדות מספר גישות ביחס לחשיבות דעת היחיד:

1. אין חשיבות לדעת היחיד. מוזכרת רק לצורך ביטולה – להראות שאינה הדעה הקובעת.
2. יש חשיבות להזכרת דעת המיעוט כשלעצמה – יתכנו מצבים בהם נדרש להסתמך עליה, למשל בשעת הדחק (ר' יהודה).
3. דעת מיעוט מוזכרת לצורך מקרים בהם היא תוצג ע"י תלמיד חכם כשמועה שקיבל מרבותיו. דעת המיעוט תדחה, מתוך הבנה שזו דעת מיעוט (חכמים).

**בבלי, שבת (מד, א)**

"תנו רבנן: מטלטלין [בשבת] נר [= כלי חרס שבו היו שמים שמן ופתילות ע"מ להדליק אור] חדש אבל לא ישן [שהוא מלוכלך מפיח, ועל כן הוא מוקצה בשבת ואסור לטלטלו], דברי רבי יהודה. רבי מאיר אומר: כל הנרות מטלטלין, חוץ מן הנר שהדליקו בו בשבת. רבי שמעון אומר: חוץ מן הנר הדולק בשבת [לדעת ר' שמעון אין בעיה של מוקצה, אך יש חשש שמא יכבה את הנר תוך כדי הזזתו, ומלאכת הכיבוי נאסרה בשבת]...

והא בעו מיניה דרב [והרי שאלו את רב]: מהו לטלטולי שרגא דחנוכתא [הָאם מותר לטלטל נר חנוכה, ולהכניסו הביתה לאַחר ההדלקה] מקמי [מחמת] חברי [=פרסיים, שאסרו להדליק נרות חנוכה] בשבתא [בשבת]? ואמר להו [ואמר לֶהם]: שפיר דמי [מותר, ולכאורה סובר רב כדעת המיעוט של ר' שמעון שאינו אוסר לטלטל מוקצה!]..

[ודוחה הגמרא]: שעת הדחק שאני [שונה]. דהא אמרו ליה [שהרי אמרו לו] רב כהנא ורב אשי לרב: הכי הלכתא [האומנם כך היא ההלכה]? - אמר להו [להם]: כדאי הוא רבי שמעון לסמוך עליו בשעת הדחק."

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).

רב פסק כדעת ר' יהודה, שהפמוט מוקצה ואסור לטלטלו. התעוררה בעיה בנר חנוכה שהודלק בליל שבת. בשאר השבוע, לאחר ההדלקה של הנרות (בחוץ) עבר זמן קצר, והכניסו את הכלי פנימה. בליל שבת זו בעיה – כיוון שגם לאחר שהנרות כבו, אסור לטלטל והכניס את הכלי. האמורא רב קבע שכאשר הייתה שעת דחק (שהיה מסוכן להדליק נרות בחוץ), מותר לטלטל נר אחר שכבה ולהכניס אותו לבית - זאת כדעת רבי שמעון, אף שהיה בדעת מיעוט ולא נפסקה הלכה כמותו.

זה מסביר את מה שאמר רבי יהודה בדבר הצורך והחשיבות המעשית להכיר וללמוד את דעת המיעוט. בנסיבות מיוחדת, ניתן לעשות בה שימוש.

כיצד נוצרה המחלוקת?

מתי עשויה להיווצר מחלוקת ומה הגורמים להיווצרותה?

**הרמב"ם, הקדמה לפירוש המשנה**

נזכיר את דעת הרמב"ם (מפורט בהרחבה בעמוד 5 במחברת): מחלוקת תיתכן אך ביחס להלכות שבהן מעורבת חשיבה אנושית. מחלוקת לא תיתכן בהכות שנתקבלו ישירות מהאל (הלכה למשה מסיני), ולעומת זאת תיתכן בהלכות הנובעות מהשכל האנושי, בהן יתכנו הבדלים בפרשנות, וביישום הלכים שהתורה נדרשת בהן.

הרמב"ם שולל לחלוטין מחלוקת הנובעת מטעות בהבנה, שיבוש במסורת או שכחה.

**מבוא לתלמוד, פרק ה**

במבוא לתלמוד, מביא הרב שמואל בן חופני 10 סיבות להיווצרות סתירות ומחלוקות במשנה ובתלמוד.

"...והסיבה השביעית: קצת ממוסרי השמועות היו שמים לב לשמועתם, וזוכרים אותה, ומקצתם לא נתנו ליבם עליה מחמת טירדה, וסברו בה שלא כמו שאמר המוסר.

והוא כאמרם [כמו שאמרו (שבועות כו,א)]: רב כהנה ורב אסה, כי הוה קימי מקמיה דרב [בשהיו קמים מלפני רב, בסוף הלימוד], מר |אחד מהם] אמר - הכי [כך] אמר רב, ומר אמ ר- הכי [כך] אמר רב.

כי הוה אתו לקמיה דרב [כאשר באו לפני רב], הוה אמר [היה אומר] כחד מינייהו באחד מהם].

אמר ליה [לו] אידך [השני]: אנא שיקרא דאמרית [האם שקר אמרתי]? אמר ליה [לו]: אנת, לבך אנסך [אתה, ליבך אנסך]."

לפי גישה זו, מחלוקת יכולה לנבוע גם מטעות בהבנה של השומע.

# "לא בשמים היא" – היחס בין הלכה לנבואה

מה הם הכלים שיכולים לסייע לפסיקת הלכה? והאם ניתן להשתמש בנבואה ובכלים שמימיים לצורך כך?

**בבלי תמורה טז, א**

"אמר רב יהודה אמר שמואל: שלשת אלפים הלכות נשתכחו בימי אבלו של משה [כשנפטר]. אמרו לו ליהושע [תלמידו של משה, המנהיג אחריו שהכניס את בני ישראל לארץ] שאל! [את הקב"ה מהם ההלכות שנשתכחו]. א"ל [אמר להם]: (דברים ל') "לא בשמים היא".

אמרו לו לשמואל [הנביא, כ- 350 שנה לאחר מכן] שאל! אמר להם: "אלה המצות" - שאין הנביא רשאי לחדש דבר מעתה.

אמר ר' יצחק נפחא: אף חטאת שמתו בעליה [קורבן חטאת שבעליו מת, מה דינו] נשתכחה בימי אבלו של משה. אמרו לפנחס [בנו של אלעזר הכהן] שאל! אמר ליה לא בשמים היא. א"ל לאלעזר [הכהן, בנו של אהרון]: שאל! אמר להם: "אלה המצות" - שאין **נביא** רשאי לחדש דבר מעתה".

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 כנביא כבר לא מורשה לשאול את אלוקים עליה. התורה אומנם ניתנה בנבואה, אולם זה היה מצב חד פעמי כשהתורה ניתנה למשה.** 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 מדבריו של אלעזר הכהן נשמע שאין משקל משמעותי לנבואה בקביעת ההלכה.

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.**

**רמב"ם יסודי התורה ט, א**

דבר ברור ומפורש בתורה שהיא מצוה עומדת לעולם ולעולמי עולמים, אין לה לא שינוי, ולא גרעון, ולא תוספת. שנאמר: "את כל הדבר אשר אנכי מצוה אתכם אותו תשמרון לעשות לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו". ונאמר: "והנגלות לנו ולבנינו עד עולם לעשות את כל דברי התורה הזאת". הא למדת שכל דברי תורה מצווין אנו לעשותן עד עולם. וכן הוא אומר: "חוקת עולם לדורותיכם". ונאמר: "לא בשמים היא". **הא למדת שאין נביא רשאי לחדש דבר מעתה**. לפיכך, אם יעמוד איש, בין מן האומות בין מישראל ויעשה אות ומופת ויאמר שה' שלחו **להוסיף** מצוה או **לגרוע** מצוה או **לפרש** במצוה מן המצות פירוש שלא שמענו ממשה, או שאמר שאותן המצות שנצטוו בהן ישראל אינן לעולם ולדורי דורות אלא מצות לפי זמן היו, הרי זה נביא שקר. שהרי בא להכחיש נבואתו של משה. ומיתתו בחנק על שהזיד לדבר בשם ה' אשר לא צוהו, שהוא ברוך שמו צוה למשה שהמצוה הזאת לנו ולבנינו עד עולם ולא איש אל ויכזב."

**דגשים**

1. הרמב"ם מציג גישה השוללת מכל וכל את סמכותו של הנביא בעניינים הלכתיים, ואפילו אם הוא מוכיח את דעתו באותות ובמופתים (שזו הדרך העיקרית של נביא להוכיח שהוא נביא אמת, על פי הרמב"ם).
2. נביא שמתבטא בענייני הלכה – מכוח הנבואה, יתפס כנביא שקר (אולם אין סתירה בין פעולתו של נביא, להיותו תלמיד חכם שיכול לפסוק הלכה).
3. אין מקום לקביעת הלכה מכוח הנבואה, משה קיבל נבואה שלא תהיה עוד התערבות נבואית בענייני הלכה, נביא שיפעל כנגד זה ברור על פי הרמב"ם שהוא נביא שקר. זאת גם כאשר הוא פוסק בנוגע לעניין מינורי ביותר.
4. הסמכות ההלכתית של הנביא נשללת הן לעניין חקיקה, הן לעניין ביטול הלכות, והן לעניין פרשנות.
5. הנביא יכול להיות גם חכם, ובהיותו חכם יכול לפסוק ולחדש הלכה, אך היותו נביא אינה מוסיפה אף לא משקל קל לדבריו.
6. יש הסוברים כי גישה זו של הרמב"ם, השוללת מעורבות של נבואה בהלכה, שורשיה בפולמוס עם הנצרות, ולאחר מכן עם האיסלאם, שכן דתות אלו אינן מתכחשות לברית ה"ישנה", אלא טוענות שבא נביא, וקבע כי הברית הישנה אינה עוד רלוונטית, בעקבות כשלון עם ישראל, ומעתה יש לנהוג על פי הבריתות ה"חדשות", שהן הן הדתות האמיתיות מעתה והלאה.

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות**

"ודע, שהנבואה אינה מועילה בפירושי התורה ובהוצאת ענפי המצות בשלש עשרה מדות. אבל [אלא], מה שיעשה יהושע ופנחס בענין העיון והסברא, הוא שיעשה רבינא ורב אשי. אבל, יתרון הנביא ופעלו במצוה, אם תשאל עליו, הוא חי נפשי, מן העיקרים הגדולים העצומים, שעליו משען הדת ויסודה. ואני רואה שזה המקום ראוי לבאר בו העיקר הזה… והמתנבא בשם יחלק גם כן לשני חלקים:

החלק הראשון, שיתנבא בשם האל, ויקרא ההמון להאמין בו, ויצוה על עבודתו, ויאמר שהקב"ה הוסיף במצות מצוה, או גרע מצוה מכלל המצות שאסף אותם ספר התורה. ואין הפרש בין שיוסיף ויגרע על הפסוק, ובין שיוסיף ויגרע על הפירוש המקובל… ואין להביט גם בזה לאות ולמופת, שהרי הנביא אשר הראה כל אנשי העולם אותותיו, והכניס בלבבנו להצדיקו ולהאמין בו, כמו שאמר הכתוב : (שמות יט) "וגם בך יאמינו לעולם" [= כלומר משה רבינו] , הוא הגיד לנו בשם הקב"ה, שלא תבא מאת הבורא תורה אחרת מלבד זאת. והוא מה שאמר (דברים לא) "לא בשמים היא". ועל כן אמרו עליהם השלום (מגילה דף ב ע"ב) , "אין נביא רשאי לחדש דבר מעתה". ואחר שידענו שטענתו טענת שקר על הקב"ה, וסמך לו מה שלא דבר לו, נתחייב להורגו…

וזה הנביא אשר צונו מה שצוה ביום שבת זה ועשינו דברו, אם יאמר לנו שתחום שבת\* אלפים אמה פחות אמה, או אלפים אמה ואמה, ויסמוך הדבר ההוא שעל דרך נבואה נאמר לו, לא על דרך עיון וסברא, נדע שהוא נביא שקר ויהרג בחנק: ועל זה הענין יש לך שתהיה סובר כל מה שיצוה אותך בו הנביא, וכל שתמצא במקרא מענין הנביא, שהוא סותר דבר מן המצות. וזה העיקר מפתח לכל העניו ההוא.

**ובזה לבדו יבדל הנביא משאר בני אדם במצות. אבל בעיון וסברא ובהשכיל המצות, הוא כשאר החכמים שהם כמוהו שאין להם נבואה. שהנביא כשיסבור סברא, ויסבור כמו כן מי שאינו נביא סברא,** **ויאמר הנביא כי הקב"ה אמר אלי שסברתי אמת, לא תשמע אליו. רק אלף נביאים כולם כאליהו ואלישע יהיו סוברין סברא אחת, ואלף חכמים וחכם סוברין הפך הסברא ההיא, אחרי רבים להטות, וההלכה כדברי האלף חכמים וחכם, לא כדברי האלף הנביאים הנכבדים**.

וכן אמרו החכמים (חולין קכד): האלהים, אילו אמרה לי יהושע בן נון בפומיה [בפיו], לא צייתנא ליה ולא שמענא מיניה [לא אציית לו ולא אשמע לו]. וכן עוד אמרו (יבמות דף קב ): "אם יבוא אליהו ויאמר חולצין\*\* במנעל שומעין לו. בסנדל , אין שומעין לו". ירצו לומר, שאין להוסיף ואין לגרוע במצוה על דרך נבואה, בשום פנים. וכן אם יעיד הנביא שהקב"ה אמר אליו שהדין במצוה פלונית כך, וכי סברת פלוני היא אמת, יהרג הנביא ההוא, שהוא נביא שקר, כמו שיסדנו, שאין תורה נתונה אחרי הנביא הראשון, ואין להוסיף ואין לגרוע, כמו שנאמר : (דברים ל) " לא בשמים היא". ולא הרשנו הקב"ה ללמוד מן הנביאים, אלא מן החכמים, אנשי הסברות והדעות. לא אמר: "ובאת אל **הנביא** אשר יהיה בימים ההם", אלא: "ובאת אל **הכהנים הלוים**, ואל **השופט** אשר יהיה בימים ההם" (שם יז, ). וכבר הפליגו החכמים לדבר בענין זה מאד, והוא האמת".

**\*תחום שבת- כחלק מקדושת השבת, והרצון שכל אדם יתרכז בשבת בעניינים רוחניים ולא במלאכות, מסעות וכד', יש איסור לצאת מחוץ למקום המושב מעבר למרחק מסויים. המקור לאיסור זה הוא בפסוק: "אל יצא איש ממקומו ביום השבת" [שמות טז,כט]. מדאורייתא, המרחק המותר הוא עד 12 מיל (כ- 12 קילומטר), אך חכמים הגבילו את המרחק ל- 2000 אמה (כ- 2 קילומטר).**

**\*חליצה - אדם שמת, ולא היו לו בנים, מצווה על אחיו לשאת את אלמנת אחיו (= ייבום) ולהקים זרע לאחיו המת. אם הוא מסרב לייבם, עליו לעשות חליצה, טקס משפיל שלאחריו נפטר האח מחובתו. הטקס כולל בתוכו אקט של חליצת הנעל ועל כן הוא ניקרא חליצה**.

ע"פ הרמב"ם, בעניין פרשנות התורה והמצוות (ענייני הלכה) הנבואה לא רלוונטית ואין הבדל בינה לבין תלמידי חכמים. 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.

בין אם אמר בשם האל (מכוח נבואתו) כי האל ציווה להוסיף מצווה, או לגרוע מצווה, בין אם שינה מתוכן הפסוקים, או שינה את הפרשנות המצויה. נביא שפועל בניגוד לכך חייב לפי הרמב"ם מיתה. עד כדי כך נשללת סמכות הנביא (דווקא מכוח נבואתו) לקבוע בענייני הלכה, שאפילו דברים פשוטים שלכאורה אינם בעלי חשיבות גדולה שיפסוק (כמו פסיקת מרחק מעט שונה ממה שפסקו חכמים לעניין תחום שבת) לא יתקבלו והוא יהרג.

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; הכלל הוא הכרעה על פי רוב.**

**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 שהסברא שהביא היא אמת זה לא מחזק את הדעה שלו.

**ירושלמי יבמות א, ב, מ"א/טור א**

הברייתא מתייחסת למחלוקת הידועה והארוכה בין בית הלל ובית שמאי. על פי הירושלמי, בסופו של דבר, מי שמכריע בחלוקת זאת, וקובע כי הלכה לדורות תיקבע על פי בית הלל זו ה"בת קול". יתכן ויש להבחין בין נבואה לבין "בת קול", שכן נביא הוא שליח המקבל מסרים מאת האל, ומעבירם לבני האדם, ואילו "בת קול" היא לכאורה מסר ישיר מאת הבורא בעצמו, ויתכן שמעמדה ותוקפה של ה"בת קול" חזק יותר, אך בכל מקרה מדובר כאן על התערבות "שמיימית", אלוקית, על-אנושית שמכריעה בנושא הלכתי. **הסוגיה אינה רואה בהכרעה השמיימית דבר לא לגיטימי.**

**בבלי עירובין יג, ב**

"אמר רבי אבא אמר שמואל: שלש שנים נחלקו בית שמאי ובית הלל. הללו אומרים הלכה כמותנו והללו אומרים הלכה כמותנו. יצאה בת קול ואמרה: אלו ואלו דברי אלהים חיים הן, והלכה כבית הלל. וכי מאחר שאלו ואלו דברי אלהים חיים, מפני מה זכו בית הלל לקבוע הלכה כמותן? - מפני שנוחין ועלובין היו, ושונין דבריהן ודברי בית שמאי. ולא עוד אלא שמקדימין דברי בית שמאי לדבריהן".

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.

בהתאם ל-2 המקורות המובאים לעיל (יבמות בירושלמי, ועירובין בבלי) עולה כי הנבואה (כאן באה לידי ביטוי כבת קול) אינה זו שמכוחה נפסקת הלכה במפורש. עם זאת, מכוחה נפסק על פי מי תיפסק ההלכה - בית הלל, כשבמובן מסוים יש בזה גם כדי להשפיע על ההלכה (בחירת הפוסק והיכרות עם פסיקותיו יש בה כדי לכוון לכיוון מסוים). מאידך, במקור מ'עירובין' נלמד שיש נימוק רציונאלי בחירה בבית הלל לפסיקת ההלכה, כך שבת קול לכאורה אינה משתמשת בעצם הסמכות הנבואית שלה לצורך השפעה על ענייני ההלכה (אלא מביאה נימוק רציונאלי כמובא לעיל), ומשמשת רק כמעין מסר מהאל עצמו לשאלה אחרי מי צריך ללכת בפסיקה בנוגע למחלוקת בניהם.

* ספר הכוזרי לרבי יהודה הלוי – ספר הגות יהודית, המספר סיפור מסגרת על מלך כוזר, הקורא לחכם יהודי, מוסלמי ונוצרי כדי להתעמת איתם על דתם. הספר מתאר את הדיון בין המלך לחכם היהודי.

**ספר הכוזרי - מאמר שלישי אות מ-מא**

**גם כאן (בדומה למקור ביבמות ירושלמי) ספר הכוזרי אינו רואה בהכרעה השמיימית דבר לא לגיטימי.**

הכוזרי דן בשאלה כיצד מתישבת סמכות חכמים להתקין תקנות ולגזור גזירות (על סמכות זו,ראו להלן בפרק: "סמכות חכמים בתחום החקיקה"), עם האיסור: "לֹא תֹסִפוּ עַל הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם וְלֹא תִגְרְעוּ מִמֶּנּוּ" (דברים ד,ב) וכן: "אֵת כָּל הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם אֹתוֹ תִשְׁמְרוּ לַעֲשׂוֹת לֹא תֹסֵף עָלָיו וְלֹא תִגְרַע מִמֶּנּוּ" (דברים יג,א)

(מ) "אמר הכוזרי: ואיך יתכן ליישב כל זה עם אזהרת: "לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו"?

(מא) אמר החבר: לא נאמרה אזהרה זו כי אם להמון העם. לבל יחדשו מצוות מדעתם, ולא יתחכמו לקבוע אותן תורה לפי סברותיהם בלבד, כמעשה הקראים. ולכן הזהירם הכתוב כי יקבלו רק מן **הנביאים** אשר יקומו אחרי משה, ומן **הכהנים ומן השופטים**, באמרו על אדות הנביא: "נביא אקים להם מקרב אחיהם כמוך..ודבר אליהם את כל אשר אצונו". ואשר לכהנים ולשופטים צוה לשמור לעשות ככל אשר יורו.

מאמר "לא תוסיפו על הדבר אשר אנכי מצוה אתכם היום ולא תגרעו ממנו", זאת אפוא כונתו: לא תוסיפו על הדבר אשר צויתיכם על ידי משה, או על ידי נביא מקרבך מאחיך לפי התנאים אשר נקבעו לנבואה, או, לא תוסיפו על הדבר אשר הסכימו עליו הכהנים והשופטים מן המקום אשר יבחר יי. **כי הללו מקבלים סיוע מן השכינה** . **ובהיות מספרם רב מאד לא יתכן כי יסכימו ביניהם לדבר המתנגד לתורה. וכן לא תתכן אצלם הטעות בהיות חכמתם רבה , אשר חלקה בא להם בירושה, חלקה מפאת כשרם הטבעי, וחלקה נקנה להם בעמלם**.

לפי הקבלה שבידנו מצוים היו הסנהדרין לדעת כל החכמות כלן בשלמות, ביחוד מאחר שרק מעט מאד נסתיעו בנבואה או בבת קול העומדת במקומה וכדומה.. ונתחיבנו לקבל קביעה זו כמצוה, כי מן המקום אשר יבחר יי באה. לפי התנאים שהזכרו, ויתכן כי בנבואה מאת האלוה יתברך באה, דבר שהוא בגדר האפשרות. ובזה נסתלק מן המבוכה בה מכניסים אותנו המביכים".

ע"פ הכוזרי, המופקדים על תחום החקיקה ההלכתית הינם הנביאים, הכהנים והשופטים שיקומו בעם אחרי משה. יתירה מכך אפילו החכמים והכהנים מלווים בסיוע של השכינה, דהיינו בסיוע רוחני.

בנוסף, מדברי ספר הכוזרי ניתן ללמוד כי לנביאים (בניגוד להמון העם) יש סמכות לפסוק בתחום ההלכה (זאת בניגוד לעמדת הרמב"ם). מהפסוק "לא תוסיפו על הדבר אשר אנכי מצוה אתכם היום ולא תגרעו ממנו" הוא לומד שאיסור התוספת לא כולל בתוכו את הנביאים שבעם (שעומדים בתנאים לנבואה), והם למשל כן יכולים להוסיף ציווים או לגרוע מהם.

 סיכום: מלך כוזר שואל את החכם לגבי הסמכות של חכמים להוסיף על מצוות התורה. המלך טוען כי אפשרות זו מתנגשת לכאורה עם האיסור להוסיף או לגרוע על התורה ומצוותיה. החכם היהודי עונה לו (עמדה מנוגדת לרמב״ם) שהכתוב מתייחס לאדם הפשוט אבל ישנם אלה שמותר להם להוסיף ולגרוע- חכמים ונביאים- וזה אפילו כתוב בפסוק עצמו. מסקנה הנלמדת מקטע זה: לדעת רבי יהודה הלוי - **הנביא יכול לצוות גם בענייני הלכה, מי שלא רשאי להוסיף זה המון העם.** לפי שיטתו של רבי יהודה הלוי מותר להוסיף מצווה ולכן, יש משקל לנבואה גם לענייני הלכה.

תהליך קביעת ההלכה, וכיצד ניתן לבסס את ההכרעה ההלכתית

**בבלי בבא מציעא נט, ב**

הקדמה: כלי חרש שלם, הריהו "מקבל טומאה". כלומר, אם יגע בו דבר טמא, כגון מת, אזי גם הכלי ייטמא. אך אם לא מדובר בכלי שלם, אין הוא מקבל טומאה. המחלוקת בסוגיא היא לגבי תנור הנקרא "עכנאי" (רש"י: עכנאי= נחש, על שם צורתו, כנחש מגולגל. תוספות: זה שמו של בעל התנור). תנור זה בנוי מחוליות, זו על גבי זו, כאשר בין חוליה לחוליה יש חול, לדבק את החוליות זו לזו, ואח"כ שורפים אותו בכבשן. לדעת ר' אלעזר, כיוון שהוא מורכב מחוליות חוליות, ובינהם חול, אין מדובר בכלי שלם, אלא ב"אדמה", ואין הוא מקבל טומאה. לדעת חכמים, מדובר בכלי חרש אחד, והוא יכול לקבל טומאה.

"וזה הוא תנור של עכנאי. מאי עכנאי? - אמר רב יהודה אמר שמואל: שהקיפו דברים כעכנא [נחש] זו, וטמאוהו. תנא: באותו היום השיב רבי אליעזר כל תשובות שבעולם ולא קיבלו הימנו. אמר להם: אם הלכה כמותי - חרוב זה יוכיח. נעקר חרוב ממקומו מאה אמה, ואמרי לה [ויש אומרים]: ארבע מאות אמה: אמרו לו: אין מביאין ראיה מן החרוב. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - אמת המים יוכיחו. חזרו אמת המים לאחוריהם. אמרו לו: אין מביאין ראיה מאמת המים. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - כותלי בית המדרש יוכיחו. הטו כותלי בית המדרש ליפול. גער בהם רבי יהושע, אמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה - אתם מה טיבכם? לא נפלו מפני כבודו של רבי יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של רבי אליעזר, ועדיין מטין ועומדין.

חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי - מן השמים יוכיחו. יצאתה בת קול ואמרה: מה לכם אצל רבי אליעזר שהלכה כמותו בכל מקום! עמד רבי יהושע על רגליו ואמר: לא בשמים היא (דברים ל'). - מאי לא בשמים היא? - אמר רבי ירמיה: שכבר נתנה תורה מהר סיני, אין אנו משגיחין בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה (שמות כ"ג): "אחרי רבים להטות".

אשכחיה [מצא, פגש] רבי נתן לאליהו, אמר ליה [לו]: מאי עביד קודשא בריך הוא בההיא שעתא? [מה עשה הקב"ה באותה שעה]?- אמר ליה [לו (אליהו)]: קא חייך [היה מחייך], ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני. אמרו: אותו היום הביאו כל טהרות שטיהר [בעבר] רבי אליעזר ושרפום באש, ונמנו עליו וברכוהו [נידו אותו]. ואמרו: מי ילך ויודיעו? אמר להם רבי עקיבא: אני אלך, שמא ילך אדם שאינו הגון ויודיעו, ונמצא מחריב את כל העולם כולו [בשל זעמו של ר' אליעזר]. מה עשה רבי עקיבא? לבש שחורים, ונתעטף שחורים, וישב לפניו בריחוק ארבע אמות. אמר לו רבי אליעזר: עקיבא, מה יום מיומים? אמר לו: רבי, כמדומה לי שחבירים בדילים ממך. - אף הוא קרע בגדיו וחלץ מנעליו, ונשמט וישב על גבי קרקע. זלגו עיניו דמעות, לקה העולם שליש בזיתים, ושליש בחטים, ושליש בשעורים. ויש אומרים: אף בצק שבידי אשה טפח.

תנא: אך [פורענות] גדול היה באותו היום, שבכל מקום שנתן בו עיניו רבי אליעזר- נשרף. ואף רבן גמליאל היה בא בספינה, עמד עליו נחשול לטבעו. אמר: כמדומה לי שאין זה אלא בשביל רבי אליעזר בן הורקנוס. עמד על רגליו ואמר: רבונו של עולם, גלוי וידוע לפניך שלא לכבודי עשיתי, ולא לכבוד בית אבא עשיתי, אלא לכבודך, שלא ירבו מחלוקות בישראל. נח הים מזעפו".

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 על דרך הראיה שהוא צודק והלכה כמותו, אך חכמים אינם מקבלים את דבריו. בעקבות זאת 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 **כתלי בית המדרש יזוזו**, והם אכן נטו לאלכסון אבל לא נפלו עד למטה. דבר זה מלמד על המתח בסוגיה, בנוגע לשאלה האם אמצעים ניסיים לגיטימיים בפסיקת ההלכה. מצד אחד התורה מין השמיים, וכיצד ניתן להתווכח עם מסר ניסי שהגיע מהאל עצמו. מצד שני, עמדת חכמים לפיה מרכע שניתנה תורה, הפרשנות ניתנה לחכמים ואין מקום לעוד התערבות מהשמים. החכמים לא משתכנעים וטוענים כלפיו שהוכחות שמימיות כאלה אינן חלק מכללי המשחק.

בשלב מסוים **יצאה בת קול** 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. ר' אליעזר עדיין אינו מקבל לאחר כל השיח הנ"ל בינו לבין חכמים את הכרעתם וטוען שהלכה כמותו.

ניסיונות ר' אליעזר לגייס אמצעים שמיימיים להוכחת צדקתו, מביאה את החכמים לצעד לא שגרתי חריג (לעומת מקרי מחלוקת אחרים):

1. פוסלים הכרעות הלכתיות של ר' אליעזר גם למפרע, ולא רק לעתיד.
2. הכריזו נידוי על ר אליעזר.

בהמשך, רואים שהעולם לוקה, כסימן משמיים וכהגנה על כבודו של ר' אליעזר. בין יתר האסונות שקרו בעולם, רבן גמליאל (נשיא בית הדין שקיבל את החלטת הנידוי) עומד לתבוע בספינה, ומניח שגם שזה עקב צערו של ר' אליעזר. הוא פונה בתפילה לאל ובדבריו מדגיש שכל מה שעשה נעשה לשם שמים וכדי שלא ירבו מחלוקות בישראל, או אז נח הים מזעפו.

הגמרא מספרת בהמשך שרבי נתן פגש את אליהו הנביא ושאל אותו מה חושב הקב"ה על המחלוקת. אליהו סיפר לו שהקב"ה אמר באותה עת **"נצחוני בניי נצחוני בניי"**. הסיפור מבטא היטב את המתח בנוגע לנושא של התערבות שמיימית בפסיקת ההלכה**.**

הסיפור שימש כמקור לרעיונות נוספים. השופט משה זילברג למשל ראה בסיפור זה ביטוי לרעיון של "שלטון החוק במחוקק": בסיפור זה גם האל שהוא מקור החוק כפוף כביכול לחוק שקבע בעצמו ולפסיקת חכמים.

**דגשים**

1. בסיפור זה, מוצגות שתי גישות. גישת ר' אליעזר שמנסה להוכיח את עמדתו באמצעות כלים מיסטיים, ולעומתו, גישת חכמים שאינם מקבלים ראיות כאלה. למעשה, מאחורי הסיפור ניתן להבחין במחלוקת רעיונית עד כמה ראוי שההכרעה תיעשה על פי כוח אנושי שיכלי, בהתאם לכללים הרגילים, או עד כמה יש מקום גם לכלים שמימיים או נבואיים.

2. יתכן, שהמחלוקת האידאולוגית העומדת מאחורי הויכוח המקומי לגבי טהרתו של התנור, היא הגורם לתגובתם החריפה והבלתי סטנדרטית של חכמים שהחליטו לנדות את ר' אלעזר, ושבניגוד למקובל, טימאו אף למפרע את כל הטהרות שטיהר ר' אלעזר בעבר, וזאת על מנת לדחות מכל וכל את הגישה שמציג ר' אלעזר.

(גם אצל פרשנים יותר מאוחרים יש ניסיון ליישב בין הגישות, כך למשל בעלי התוספות).

**ניתן לראות בתגובותיו של הקב"ה במקרה זה דואליות מסוימת:**

1. מחד, נכונותו לסייע לר' אלעזר להוכיח את צדקתו, ומאידך, תגובתו לאירוע, לפי עדותו של אליהו.
2. מחד מתרחשת התערבות אלוקית כאשר נטו כותלי בית המדרש ליפול, ומאידך נעשה נס נגדי באמצעות התערבות אלוקית, כאשר הקירות לא נפלו, ולא זו בבד אלא שנשארו במקומם (בניגוד לדרך הטבע).
3. מצד אחד בת קול (כמעין דבר האל בעולם הגשמי) באה וקובעת כי הלכה כדברי ר' אליעזר (הסכמה של האל לדבריו), ומצד שני מעיד אליהו הנביא לר' נתן, כי "אמר" הקב"ה באותה שעה "ניצחוני בני..", ולמעשה קיבל והסכים לדבריהם דווקא.
4. מצד אחד נעשו לר' אליעזר ניסים רבים (שביטאו את עלבונו / את הקושי והצער שבאי קבלת דבריו), ובהם בין היתר הנחשול בים שעמד להטביע את רבן גמליאל, ומצד שני (לאחר שנימק רבן גמליאל את מעשיו, נח הים מזעפו).

סיכום: הניסים שנעשו והניסים שנעשו כנגדם (ס' ב ו-ד לעיל), וכן הפער בין דברי בת קול לעדות אליהו הנביא מבטאים דואליות מסוימת בתגובתו של הקב"ה לאירוע.

**בעלי התוספות, בבא מציעא, שם**

" 'לא בשמים היא': והא דאמר דהלכה כבית הלל משום דיצאה בת קול, שאני הכא (שונה הדבר כאן) שבא לחלוק על דברי תורה דכתיב אחרי רבים להטות. אבל התם (שם) אדרבה בית הלל רובא (הם הרוב). אי לאו דהוה מספקא לן אי אזלינן בתר רובא משום דבית שמאי הוו חריפי טובא (היו חריפים יותר).בועוד דכאן לא יצאה בת קול אלא משום כבודו דרבי אליעזר שאמר מן השמים יוכיחו.... אין משגיחין:"

**"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. בית הלל מהווים את הרוב, ובת הקול משתלבת במהלך הטבעי של שימוש בכללי ההכרעה הרגילים. במקרה של ר' אליעזר **היה רוב ברור כנגדו** 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.**

* הראי"ה קוק - ר' אברהם יצחק הכהן קוק, לטביה, א"י, המאה 19-20.

**אגרות הראי"ה א, קג**

"…כי הך כללא [כלל זה] ד"לא בשמים היא", יש בו כמה הררים [שיטות ומחלוקות] גדולים. אע"פ ששיטת הרמב"ם היא ביסודי-התורה (פ"ט) דאין שייכות לנבואה לענין הלכה, מ"מ [מכל מקום], הלא שיטת התוס' (יבמות י"ד ד"ה רבי ועוד כ"מ) היא, דאין זה כלל גדול, ופשוט שהיו לכלל זה ג"כ [גם כן] יוצאים [מן הכלל], והיתה הנבואה מעולם פועלת ג"כ על הליכות תורה שבע"פ.

והכי [וכך] משמע פשטות המשנה דאבות : "וזקנים לנביאים" ["משה קיבל תורה מסיני ומסרה ליהושע ויהושע לזקנים וזקנים לנביאים.."], שהיה ערך לענין הנבואה בענין תורה שבעל פה. דדוחק הוא לומר שרק במקרה היתה המסורת ע"י נביאים, ובאמת לא פעלה כלום הנבואה בזה...

וי"ל [ויש לומר] **דבמקום שאין שם שום צד מקום ספק ע"פ** [על פי] **סברת העיון, שייך "לא בשמים היא" אליבא דכולי עלמא** [ לכל הדעות]. **אבל במקום שיש ע"פ עיון משורשי התורה הכתובה או המסורה צדדי ספק, כבר אין זה בכלל "לא בשמים היא**".

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.

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.

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

**שו"ת משפט כהן (עניני א"י), צב**

"ואולי י"ל [יש לומר], שאפילו אם נאמר דבדבר שאין זה נגד התורה, ולא יש [ואין ] ג"כ [גם כן] מקום לתלות מפני הכבוד, אז **סומכים על הוראה בהודעה מן השמים**, מ"מ [מכל מקום], זהו **דוקא כשתבא ידיעה מן השמים מאליה**, כמו ב"ק [בת קול] דיצאה ביבנה, (כבירושלמי ספ"ק דיבמות) דהלכה כבית הלל.

אבל לשאול מן השמים דבר של הוראה? זהו דבר נמנע [שמנועים מלעשותו] אחרי משרע"ה [משה רבינו עליו השלום], שרק הוא הי'[ה] אומר בבטחון: "עמדו ואשמעה מה יצוה ה' לכם". וע"כ [ועל כן] שם בתמורה, שאמרו להם: שאל, השיבו: "לא בשמים היא", ואין נביא רשאי וכו…וי"ל עוד, שיש חילוק בעיקר הדבר, באיזה אופן אפשר לסמוך על גילוי הוראת תורה ע"י נבואה ורוה"ק [ורוח הקודש], ובאיזה אופן אמרי'[נן] [אומרים] בהחלט: "לא בשמים היא".

"ש**אם ישנם שני צדדים ע"פ** [על פי] **פלפולא דאורייתא, שכל צד מראה פנים בתורה, אלא שההכרעה אינה ידועה**, אז **אפשר להכריע מן השמים** עכ"פ [על כל פנים] לדינא, כדקיי"ל [כדקיימא לן] כב"ק [כבת קול] דב"ה [דבית הלל]. שהיו טעמים ע"פ תורה הידועה לנו לשני הצדדים, אלא שהיתה ההכרעה בלתי ידועה. וע"כ [ועל כן] סמכו אב"ק [על בת הקול] , **שאין כאן חידוש תורה ממש, כיון שיסוד ההלכה היא בנויה בשני צדדיה ע"פ התורה, אלא שההכרעה באה מן השמים**. **אבל, במקום שאין ידוע כלל גם ענין הצדדים של הספק, בזה אמרי'**[נן] [אומרים] **שאין נביא רשאי לחדש דבר מעתה, אפילו כשאין כאן נגד התורה, מפני שנראה כתורה חדשה**…"

כאשר אין כל ספק בעניין ההלכתי ע"פ סברה ועיון, אז חל הכלל "לא בשמים היא" אין כוח לנבואה בפסיקת ההלכה. אולם, ככל ומתעורר ספק כאמור, הכלל לא חל, ואז באופן טבעי כן יש להם כוח כזה.

הבחנה אחת לדעתו היא בין מקרה בו יש **דיון הלכתי קיים** עם דעות לצדדים שונים - אז אין מקום לנבואה. **לעומת** זאת **חידוש הלכתי** – יכול שיעשה גם באמצעות נבואה.

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).

בעלי התוספות והרב קוק מנסים ליישב בין הגישות השונות. בנוגע לשאלה **מתי התערבותו של נביא או כח שמיימי אחר היא אפשרית ואף רצויה**, קובע הרב קוק קובע (בניגוד לרמב"ם), כי לכלל שלנבואה אין את הכוח בענייני הלכה יש חריגים. מהפס' "ומזקנים לנביאים" הוא לומד שלנביאים היה מעמד וסמכות בהלכה לעניין התורה שבעל הפה (היו חלק מההיררכיה בהעברתה). קובע כי כאשר אין כל ספק בעניין ההלכתי ע"פ סברה ועיון, אז חל הכלל "לא בשמים היא", ואין כוח לנבואה בפסיקת ההלכה. אולם, ככל ומתעורר ספק כאמור, הכלל לא חל, ואז באופן טבעי כן יש להם כוח כזה. **אין מקום להתערבות הנבואית, כאשר האדם הוא זה "המזמין" אותה**, (למשל ר' אליעזר ב'תנורו של עכנאי'), אולם כאשר היא משפיעה בענייני הלכה, **ללא הערבות האדם יש לקבלה ולסמוך על דבריה** (המחלוקת בין בית הלל ובית שמאי). משה רבנו נחשב לחריג בנבואה, ככזה ש"הזמין" את הנבואה ("עמדו ואשמעה מה יצוה ה' לכם"), כשאנו מקבלים את הציוויים שקיבל בנבואה.

כאשר כל אחד מין הצדדים החלוקים מפרש את התורה באופן שונה, **ולא נמצאת הכרעה, אז אפשר להכריע מהשמיים** (המחלוקת בין בית הלל ובית שמאי). **כאשר הבסיס ההלכתי למחלוקת הצדדים הוא מהתורה ומוכר, יש מקום לפסיקה שמיימית**, אולם כאשר גם בסיס זה לא ברור שמקורו מהתורה (אין אחיזה בסיסית בתורה שעל גביה הצדדים חולקים), אין מקום לחידוש מהנבואה, שדבר כזה יהווה ממש תורה חדשה.

סיכום: **תוספות** - כשבת הקול מחזקת את הכללים הלכתיים (כמו בית הלל שהם הרוב) מקשיבים לה, בניגוד לרוב לא. כשבת הקול רק מטעמי כבוד אז לא. **הרב קוק** – כאשר צדדי הספק מבוררים בכלים הרגילים ולא מצליחים להגיע להכרעה אז כן. אבל כלל חדש או כשאין ספק הלכתי אז לא.

סיכום הנושא:

שאלת היחס בין הנבואה ו"בת קול" לבין ההלכה, ועד כמה יש מקום לנבואה בענייני הלכה אינה מוסכמת.

יש לשים לב בין הדיון בנושא זה, לבין הדיון שערכנו בנוגע לסוגיית חובת הציות לדברי חכמים.

הגישה לפיה חלה חובת ציות לחכמים גם במקרים הנדירים שחכמים טועים (כיוון שהתורה מצווה אותה לקיים את המצוות לפי פרשנותם), מתקשרת לעמדה שאין מקום לנבואה בענייני ההלכה, אף שמבטאת טוב יותר את רצון האל.

לעומת זאת, הגישה שנותנת משקל לנבואה חותרת לאמת האלוקית, ומתקשרת לעמדה שאין לציית לחכמים כשברור לנו שהם טעו.

**גילויים והתגלויות** **נושא רשות**

ראינו את הגישות השונות לגבי שאלת ההכרעה ההלכתית על פי התערבות שמיימית או נבואית, או באמצעות "בת קול" וכדומה. לא ניתן לסיים פרק זה מבלי להזכיר מקרים (מעטים יחסים) בהם על פי המסורת, בפועל היו פוסקים שהכריעו על פי התגלות שהיתה להם, או מלאך שניגלה עליהם, או בסיוע שמיימי אחר:

א. ".. בשנת תתקי"ב אירע מעשה שהוציא חתני יין מחבית לכלי קטן ששתה ממנו גוי יין כשר, והתרתיו.. לאחר אכילה ישנתי, ובא אלי מורי בחלום והיה קורא: "השותים במזרקי יין.." (עמוס ו,ו)... וידעתי כי לא יפה התרתי, והתענתי ב' ימים.." [אבן העזר לראב"ן סימן כו]

ב. ".. פעם אחת אכל רבינו אפרים מדג שקורין ברבוטא, ובלילה נגלה לו זקן אחד בעל שיבה ובעל שיער והדר פנים ומגודל זקן, והביא לו קופה מלאה שרצים ואמר לו קום אכול.. בהקיצו ידע שאליהו זכור לטוב ניגלה אליו בחלום, ומהיום והלאה פירש מהם" [תשב"ץ, שנ"ב]

ג. ר' יצחק מווינא נסתפק איך לכתוב את השם "עקיבא" בגט, והראו לו בחלום פסוק: "אור זרוע לצדיק ולישרי לב שמחה" - סופי תיבות: עקיבה. ועל סמך זה הכריע לכתוב עקיבה. וכה היה החזון חשוב בעיניו עד אשר לזכרו קרא לסיפרו: "אור זרוע".

ד. .." ואע"פ שלא קיבלתי מרבותי שקיבלו מרבותיהם חילוק בין הקדים לו שכרו ללא הקדים, וכן דנים בכל צרפת, וכן דנתי אני עד עכשיו כדברי רבותי, חוזרני בי, כי נראה לי הלכה למעשה כמו שהוכחתי מפי בעל החלום.." [תשובות המהר"ם מרוטנברג, הלכות שכירות, לא]

ה. " שאלת ממני מי שיש לו תפילין לדעת רבינו תם, ורצה לעשותם לדעת רש"י, אם יש איסור בדבר.. אני נשאלתי על זה, והוריתי שהדבר מותר, ובאותה לילה הראוני בחלומי שלא הוריתי יפה, וחוזרני בי.." [שו"ת הרדב"ז ח"ו, סימן שני אלפים רפ"ו]

ו. ".. ואף על פי שדברי חלומות לא מעלין ולא מורידין ואין לסמוך עליהם, אליהו זכור לטוב נדמה לי בחלום, ושאלתי את פיו על הדבק שמכשירין בני האדם אם האמת איתם, ואמר לי בין הסרך בין הדבק שלא במקום רבותא- טריפה". [שו"ת הרי"ד, קיב]

ז. לר' יוסף קארו מחבר השולחן ערוך ניגלה באופן קבוע "המגיד" שגילה לו מסודות הקבלה ועוד, וחלק מהדברים שניגלו לו, הוא קיבץ בספר "מגיד ישרים" [החיד"א, שם הגדולים ערך יוסף קארו]

ח. התופעה הבולטת ביותר היא שו"ת שלם שבו מובאות שאלות ששאל רבי יעקב החסיד בשמים, והתשובות שענו לו מן השמים. תשובות אלו קובצו בשו"ת: "תשובות מן השמים", לר' יעקב ממרויש מבעלי התוספות בצרפת במאה ה-12-13.

# ההכרעה במחלוקת

כעת נעסוק בשאלת דרכי ההכרעה האנושית. ראשית נראה כי יש חשיבות למסורת האנושית העוברת מדור לדור. להכרעה נדרשים רק כאשר אין מסורת הלכתית בעניין זה, כשהכלל המרכזי הוא ההכרעה ע"פ רוב.

תוספתא סנהדרין ז, ב

"אחד אומר משום שמועה וכולם אומרים לא שמענו, לא על זה מנין (=הכרעה) עומד. (אלא) אחד אוסר ואחד מתיר אחד מטמא ואחד מטהר וכולן אומרים לא שמענו מנין עומד. אחד אומר משום שנים, ושנים אומרים משום אחד, יפה כח אחד האומר משום שנים מכח שנים האומרים משום אחד. עשרה אומרים משום אחד כולן אחד"

ראשית, התוספתא קובעת את עליונותה של המסורת ההלכתית – 'השמועה'. אם יש מסורת הלכתית, אין צורך להעמיד את העניין להכרעה, כשמכריעים ע"פ המסורת. גם אם המסורת ידועה רק לאחד, וכל השאר אומרים שלא שמעו על מסורת זו, העניין אינו עולה להכרעה, כיוון שיש מסורת (ומסתמכים עליה כאמור).

כאשר יש מחלוקת, ואין לאף אחד מהחכמים מסורת בדבר זה, יש להעלות את הנושא להצבעה ולהכריע ע"פ רוב. כאשר יש התנגשות בין מסורות שונות (כל צד טוען שלמד מרבותיו לימוד אחר, שהדבר אסור/מותר), אז יש להכריע **לפי רוב המסורות, ולא לפי רוב החכמים שיושבים כרגע בב"ד**, כיוון שהם מקבלי המסורת (מובאת בתוספתא דוגמא - 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. זאת, משום שעל אף שמדובר ביחיד לעומת רבים, דבריו משקפיו 2 מסורות. כיוון שמכריעים לפי המסורת ולא לפי החכמים היושבים בדין, מה שקובע הוא מספר המסורות, ולא מספר מקבלי המסורת (אפילו 10 שקיבלו מ-1).

הכרעה כשאין מסורת, ואין רוב

בבלי עבודה זרה ז, א

"תנו רבנן: הנשאל לחכם וטימא לא ישאל לחכם ויטהר. לחכם ואסר לא ישאל לחכם ויתיר. היו שנים אחד מטמא ואחד מטהר אחד אוסר ואחד מתיר, אם היה אחד מהם גדול מחבירו בחכמה ובמנין הלך אחריו. ואם לאו הלך אחר המחמיר. ר' יהושע בן קרחה אומר בשל תורה הלך אחר המחמיר בשל סופרים הלך אחר המיקל."

הברייתא מנסה לפשט את דרך קבלת ההכרעה למחפש התשובה. לכן, השואל חכם אחד שקבע שהדבר אסור, לא ישאל חכם אחר בתקווה לקבלת תשובה שהדבר טהור או מותר.

כעת, מתייחסת הברייתא למצב שונה, כאשר נשאלה שאלה 2 חכמים שווים, וכל אחד מהם נתן תשובה שונה. במצב כזה, אין רוב לדעה מסוימת שניתן להכריע על פיו. במקרה כזה יש להכריע ע"פ זה שגדול מחברו בחכמה ובמניין – ההכרעה תלך לפי הפוסק הגדול מבניהם הן בחוכמתו והן במניין (הכונה במניין ככה"נ למספר התלמידים שהעמיד הפוסק, או למספר התלמידים שמסכימים איתו). **כיוון שאי אפשר להכריע ע"פ רוב כמותי, מכריעים לפי מבחן איכותי**.

**כאשר גם המבחן האיכותי לא מסייע** – החכמים שווים ואין בניהם מי שגדול מחבירו, קובע תנא קמא - התנא הראשון בברייתא (שמו לא ידוע)**, שיש לנהוג בפועל כדעת המחמיר** (אוסר ולא מתיר, המטמא ולא מטהר וכו'). ר' יהושע בן קורחה מבחין, לעומת תנא קמא, בין דינים שמקורם מהתורה, לבין דינים שמקורם בתקנות וגזרות חכמים. **ר' יהושע בן קורחה קובע כי כאשר מדובר בדיני תורה יש להחמיר, ולעומת זאת כאשר מדובר בדיני דרבנן ניתן להקל**.

לסיכום הנושא:

הכרעה ע"פ רוב הייתה רלוונטית בעיקר כאשר היה קיים הסנהדרין – שיכל להכריע ע"פ רוב (שהיה קיים בתקופת קיומו של ביהמ"ק). מרגע שבטלה הסנהדרין מצב זה לא קיים, ואין גוף ריכוזי אחד שירכז את כל השאלות ההלכתיות. המצב נעשה מורכב יותר כאשר עם ישראל נפוץ בגולה (לא תמיד היה קשר בין הקהילות השונות). **ככל שהנושא הוכרע במשנה או בתלמוד – ההלכה תהיה כמו אותה ההכרעה של חז"ל שם, ובד"כ לא תהיה מחלוקת לאחר דברי המשנה והתלמוד**.

* הסנהדרין – בית הדין הגדול שישב בירושלים בתקופת בית המקדש. גוף ריכוזי בעל סמכות להכריע ע"פ רוב, המהווה פוסק עליון ואחרון, שעל החלטותיו אין עוררין.

סיכום דרכי ההכרעה השונות:

**במקרה בו קיימת מחלוקת** - הכלל המרכזי והבסיסי הוא הכרעה ע"פ רוב.

**במקרה בו יש מסורת בנושא** - כאשר יש מסורת הולכים ע"פ המסורת. יתרה מכך, אפילו אם רק דיין אחד מכיר את המסורת והרוב אינם יודעים עליה, עדיין יש לפסוק לפיו - **לפי המסורת.**

**במקרה בו יש מסורות סותרות** - במקרה סתירה בין מסורות בודקים כמה "חזקה" המסורת שכל חכם מייצג. אם חכם אחד אומר כי קיבל את המסורת מ-2 מקורות, ולעומתו שני חכמים אומרים שקיבלו את המסורת ממקור אחד, יש ללכת **לפי החכם הבודד** משום שקיבל את מסורתו מ-2 מקורות. **הדגש על מספר מעבירי המסורת, והעדפתם על פני מספר מקבלי המסורת**.

**במקרה בו אין רוב** - ילכו אחר החכם **הגדול במניין**. הכונה במניין היא כנראה למספר התלמידים שהעמיד הפוסק, או למספר התלמידים שמסכימים אתו.

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

\***רבי יהושע בן קורחה מסייג**- לדבריו בדין תורה צריך להחמיר ואילו בדין שמקורו מחכמים ניתן להקל.

תוקפו המחייב של התלמוד

מבוא:

ההכרעה על פי רוב הייתה מעשית בעיקר כשהיה גוף מרכזי כמו הסנהדרין – בית הדין הגדול שהיה מכריע באופן מרוכז. אולם כיצד מכריעים במחלוקות כשאין גוף מרכזי כזה?

בנושאים שהוכרעו בתלמוד, בדרך כלל לא תהיה מחלוקת לאחר מכן וההכרעה תהיה כפי שמופיע בתלמוד. כפי שהמשנה נתקבלה כדבר מחייב אצל האמוראים, ואין אמורא יכול לחלוק על דבר שנאמר במשנה ע"י התנאים, כך נתקבל התלמוד כמחייב אצל הדורות שלאחר מכן, ומקובל שלא ניתן לחלוק על הלכה שנאמרה והוכרעה בתלמוד.

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה**

"נמצא, רבינא ורב אשי [דור 6,7 לאמוראי בבל, חותמי התלמוד הבבלי] וחבריהם סוף גדולי חכמי ישראל, המעתיקים תורה שבעל פה, ושגזרו גזירות והתקינו תקנות והנהיגו מנהגות ופשטה גזירתם ותקנתם ומנהגותם בכל ישראל, בכל מקומות מושבותיהם.

ואחר בית דינו של רב אשי, שחיבר התלמוד בימי בנו, וגמרו, נתפזרו ישראל בכל הארצות פיזור יתר, והגיעו לקצוות ולאיים הרחוקים, ורבתה קטטה בעולם, ונשתבשו הדרכים בגייסות. ונתמעט תלמוד תורה, ולא נתכנסו ישראל ללמוד בישיבותיהם אלפים ורבבות כמו שהיו מקודם. אלא מתקבצים יחידים השרידים אשר ה' קורא בכל עיר ועיר ובכל מדינה ומדינה, ועוסקים בתורה, ומבינים בחיבורי החכמים כולם, ויודעים מהם דרך המשפט היאך הוא.

וכל בית דין שעמד אחר התלמוד בכל מדינה ומדינה וגזר או התקין או הנהיג לבני מדינתו, או לבני מדינות רבות - לא פשטו מעשיו בכל ישראל, מפני רוחק מושבותיהם, ושיבוש הדרכים. והיות בית דין של אותה המדינה יחידים, ובית דין הגדול של שבעים ואחד בטל מכמה שנים קודם חיבור התלמוד.

לפיכך, אין כופין אנשי מדינה זו לנהוג במנהג מדינה אחרת, ואין אומרין לבית דין זה לגזור גזירה שגזרה בית דין אחר במדינתו. וכן אם לימד אחד מהגאונים שדרך המשפט כך הוא, ונתבאר לבית דין אחר שעמד אחריו שאין זה דרך המשפט הכתוב בתלמוד - אין שומעין לראשון, אלא למי שהדעת נוטה לדבריו, בין ראשון, בין אחרון.

ודברים הללו, בדינים וגזירות ותקנות ומנהגות שנתחדשו אחר חיבור התלמוד. **אבל כל הדברים שבתלמוד הבבלי, חייבים כל ישראל ללכת בהן.** וכופין כל עיר ועיר וכל מדינה ומדינה לנהוג בכל המנהגות שנהגו חכמים שבתלמוד, ולגזור גזירותם וללכת בתקנותם.

הואיל וכל אותם הדברים שבתלמוד הסכימו עליהם כל ישראל, **ואותם החכמים** שהתקינו או שגזרו או שהנהיגו או שדנו דין ולימדו שהמשפט כך הוא הם כל חכמי ישראל או רובן, והן ששמעו הקבלה בעיקרי התורה כולה, דור אחר דור עד משה רבנו עליו השלום."

הרמב"ם, בראשית דבריו עומד על האבחנה בין כללים המופיעים בתלמוד, לכללים, גזרות ותקנות מאוחרים יותר, שהיו מקומיים, ועל כן לא ניתן לכופם על כל ישראל, אלא רק על מי שנמצא באותה קהילה. בסוף דבריו, מתייחס הרמב"ם למעמדו המיוחד של התלמוד.

ההבדל בין תקופת התלמוד לתקופות מאוחרות יותר על פי הרמב"ם

1. בתקופת התלמוד ישבו חכמי התלמוד והתקינו תקנות זהות לכל עם ישראל בכל מקומות מגוריהם (כאשר ניתן להניח שלא נפוצו עד כדי כך). לעומת זאת, בתקופה שלאחר מכן נפוצו עם ישראל בגלויות רחוקות מאוד, כאשר כל בית דין שעמד באותם מקומות גזר גזירות ותיקן תקנות לבני אותו המקום. יתרה מכך, אף אם תיקן ב"ד מסוים תקנות גם למדינות נוספות – ההלכה שלו לא פשטה לכלל ישראל (עקב המרחק).
2. בתקופת התלמוד רבים מעם ישראל ("רבבות") היו יושבים ללמוד בבתי המדרש. בתקופה שלאחר מכן נתמעט הלימוד המרוכז, והיו תלמידי החכמים שבכל מקום יושבים כיחידים ועוסקים בתורה ובמשפט התורני.
3. בתקופת התלמוד, לב"ד הגדול (הסנהדרין) הייתה הסמכות לפסוק הלכה לכל עם ישראל. לעומת זאת, בתקופה שלאחר מכן, כל ב"ד שעמד בכל מדינה ומדינה היו לעומת זאת דיינים יחידים.
4. בתקופת התלמוד, אז לסנהדרין כב"ד עליון הייתה הסמכות לכפות הלכה על כל עם ישראל - כשכל ישראל מחויבים להן. בניגוד לכך, בתקופה שלאחר מכן, אבדה הסמכות הזו ולא עמדה לכל אחד מב"ד שעמדו בכל מדינה ומדינה. דבר זה השפיעה על דרך קבלת ההכרעות ההלכתיות שלאחר תקופת התלמוד – בעיקר חוסר האפשרות לכפות הכרעה של ב"ד של מקום אחד, על ב"ד של מקום אחר ובני קהילתו.

המעמד המיוחד של התלמוד

יתרונו של התלמוד נובע מכך שפסיקת ההלכה עד תקופתו הייתה חלק ממסורת קבלת התורה שבע"פ החל ממשה רבינו בהר סיני, ועד לחכמים של תקופתו. כך, חכמים אלו קיבלו את עיקרי התורה כולה, ופסקו בהתאם והעבירו זאת מדור לדור. זאת, כאשר ההכרעה בכל אותם התקופות נתקבלה בהתאם לעיקרון של הכרעת הרוב, ובין היתר הייתה הסכמה של כל עם ישראל על אותו גוף שיפסוק להם הלכה (זאת בניגוד לתקופה שלאחר התלמוד, בה מצב הפירוד לא אפשר זאת).

**ההסכמה של כל חכמי ישראל לקבל אותם שנבעה גם מכך שכל או רוב חכמי ישראל דאז הסכימו עליהם.**

הרמב"ם מתייחס לתלמוד הבבלי בלבד. מקובל, שהתלמוד הבבלי עדיף על פני התלמוד הירושלמי, והתקבל יותר ממנו. הסיבות לכך היו סיבות חברתיות, היסטוריות, ואחרות. בין השאר, תרמו לעדיפות זו העובדה שהתלמוד הבבלי נחתם כמה דורות אחרי התלמוד הירושלמי (לגבי העדיפות של מקור מאוחר יותר, ראה בפרק הבא: "הלכתא כבתראי"), סמכותם וכוחם של גאוני בבל, וכן העובדה שלאחר חתימת התלמוד הירושלמי, חוסל המרכז הרוחני בארץ ישראל ונעלם, ואיתו אף נעלמה כמעט לגמרי ההתיישבות היהודית בארץ ישראל.

**דרשות הר"ן - הדרוש השנים עשר**

וזה ענין הסכמת הגמרא, ושאין ישראל רשאי לחלוק על דבריו כלל, והיא לנו מצות עשה מן התורה, לפי שבזמן ההוא היו חכמי ישראל מקובצים בישיבותיהם לאלפים ולרבבות… וכיון שהסכימו רוב מנין החכמים ההם בדברים המוסכמים בגמרא, נצטוינו לילך אחריהם מזאת המצוה שהיא אחרי רבים להטות.

* הכסף משנה - פירוש על ה"יד החזקה" לרמב"ם, ר' יוסף בן אפרים קארו [מחבר השו"ע].

**הכסף משנה, ממרים, א, א**

"ואם תאמר: אם כן, אמאי לא פליגי אמוראי אתנאי? דהא בכל דוכתא מקשינן לאמורא ממתניתין או מברייתא, וצריך לומר אנא דאמרי כי האי תנא, ואם לא יאמר כן, קשיא ליה? וכפי דברי רבינו, הרשות נתונה להם לחלוק על דברי התנאים!"

אם כן, מדוע לא חולקים האמוראים על התנאים? שהרי בכל מקום מקשים לאמורא ממשנה או מברייתא, ועליו לומר ולתרץ - אני אומר כאותו תנא הסובר כמוני, ואם לא יאמר כן, תהיה עליו קושיא? ואילו ע"פ דברי הרמב"ם מותר להם לחלוק על התנאים!

ואפשר לומר, שמיום חתימת המשנה, קיימו וקיבלו שדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים. וכן עשו גם בחתימת הגמרא, שמיום שנחתמה, לא ניתן רשות לשום אדם לחלוק עליה.

**לפי דעתו של הכסף משנה לא ניתן לחלוק על הוראות התלמוד**. על בסיס קבלה והסכמה של החכמים המאוחרים יותר שמיום שנחתמה והושלמה מלאכת עריכת התלמוד, נקבע שאין רשות לאף אדם לחלוק עליו (הסכמה כללית של חכמי התקופה שלא יחלקו על חכמי התקופה הקודמת).

* החזון איש – הרב אברהם ישעיה קרליץ, פולין, א"י, מאה 19- 20.

**הערות החזון איש על הדברי סופרים**

"אבל האמת בזה, שדור אחר המשנה ראו את מיעוט הלבבות נגד בעלי המשנה, וידעו לבטח שהאמת לעולם עם הראשונים. ואחרי שידעו אמיתת הדבר, שאי אפשר שישיגו הם האמת מה שלא השיג אחד מן התנאים, לא היו רשאים לחלוק, והיו רק שונים את כל דברי התנאים שקדמום.

וגם מחתימת התלמוד, בטלו דברי אמורא שאמר מחמת העלמת דברי התנא, ורק רב [דור ראשון לאמוראי בבל, היה רשאי לחלוק על התנאים] ברוחב לבבו, לא נתבטלו דבריו..

ומה שכתב מרן [ר' יוסף קארו, מחבר השולחן ערוך וכסף משנה] שקיבלו כן, לא טובה וחסד עשו עם הראשונים, אלא האמת חייב אותם. כי איך נעשה על דעתינו שדעתנו קצרה והאמת אין איתנו? וכה אנו עושים נגד הראשונים ז"ל?

ובאמת, הלא כל התורה בסיני ניתנה, אפילו מה שתלמיד ותיק [בקיא] עתיד לחדש, והתנאים החזירו מה שנשכח. ועד זמן רבי [רבי יהודה הנשיא, עורך המשנה, 200 לספירה] לא ניתגלה הכל, אבל בסוף משנה כבר נתגלה כל מה שראוי להתגלות, ולא יתגלה דבר מחודש, אלא נרמז הכל באחד מדברי התנאים."

מובא בשמו של החזון איש, כי מעמדם המיוחד של המשנה והתלמודמתבסס על **התפיסה של הדור המאוחר שהאמת מצויה עם הדור שקודם לו** (המשנה ולאחר מכן התלמוד), ולכן כלל אין מקום לחלוק אם כך. כן מבוסס על התפיסה של הפער בין הדורות – שהוביל אותם להבנה **שאין באפשרותם לתפוס ולהבין כלל מה שלא נתפס ע"י הדור הקודם** (וגם אז במצב כזה אין באמת לגיטימציה למחלוקת מצד הדור המאוחר). הנימוק מתבסס על תפיסה שאינה עשיית חסד עם הדור הקודם, אלא כורח, שכן אפשרות אחרת אינה סבירה. בנוסף, למשנה מעמד מיוחד בכך שעם חתימתה יש הבנה שלא יתגלה דבר חדש, אלא כל הלכות התורה כולה מצויות בדברי התנאים שבמשנה.

חלה "ירידת הדורות". הדורות המאוחרים לא קיבלו את התלמוד כמחייב מתוך בחירה מליאה, אלא מתוך הכרה בכך שחכמי התלמוד היו גדולים מהם ולכן ברור שהקביעות שלהם אמיתיות ונכונות יותר.

סיכום הגישות:

ישנן 2 גישות מרכזיות למקור כוחו המחייב של התלמוד, גישת הרמב"ם והכסף משנה, לעומת גישת החזון איש (האם מתקשר להסכמה או לא):

1. גישת הרמב"ם – כוחו של התלמוד נובע מכך שחכמי ישראל בדור שלאחר התלמוד, קיבלו אותו כמחייב, זאת הסיבה לגישתו שחכמי התלמוד לא חולקים על חכמי המשנה – קיבלו את הכרעת המשנה במקום בו יש עמדה מוסכמת, כמחייבת. **הסכמה מ"שיקולי נוחות", ולא עקב כורח המציאות.**

לאחרונה עלתה טענה שאין זו כוונתו של הרמב"ם בדבריו, אלא שהתייחס באופן ספציפי לתקנות של חכמי התלמוד שפשטו בקרב כל ישראל – ודווקא אז לא ניתנות לביטול, ושלא התייחס להכרעות הלכתיות של התלמוד עצמו.

1. גישת ר' יוסף קארו (כסף משנה) – מעמדו של שתלמוד נובע מהסכמת החכמים לקבלו כמחייב.
2. גישת החזון איש – מעמדו המיוחד של התלמוד לא נבע מהסכמים חכמים, אלא עקב הכרתם בפער בין חכמי התלמוד, לחכמים המאוחרים יותר (יתרון לחכמי התלמוד שלא באמת ניתן לגבור עליו). כך גם האמוראים לא חולקים על התנאים – עקב ההבנה של הפער ביניהם (לטובת התנאים שקדמו להם).

לסיכום: ללא תלות בשאלה מה הסיבה שהביאה למצב זה, ככל שהעניין הוכרע במשנה או בתלמוד, כך תהיה גם ההלכה. מתעוררת שאלה כיצד יש להכריע בסוגיות הלכתיות **שלא נדונו או הוכרעו כלל בתלמוד**, ויש בהן מחלוקת; לשם כך נוצרו כללי הכרעה נוספים (רשימה חלקית):

1. כאשר מובאת מחלוקת במשנה, ואחת הדעות מוזכרת ללא הבאת שמו של החכם שהביא אותה, בעוד הדעה הנגדית מובאת עם שם החכם שבשמו נאמרה – ההלכה נקבעת כדעה האנונימית. ההנחה היא שהדעה הזו משקפת את רוב התנאים, ועל כן אינה מצוינת בשמו של תנא מסוים. כלל הלכתי זה ידוע בשם "**הלכה כסתם משנה**".
2. "**יחיד ורבים הלכה כרבים**" – כלל עקרון ההכרעה ע"פ רוב.
3. "**בשל תורה הלוך אחר המחמיר. בדרבנן, הלוך אחר המקל**".
4. **כללי פסיקה "שמיים"** – יש מסורת שבמחלוקת בין זוג תנאים/אמוראים ספציפיים, ההלכה תהיה תמיד כדעת אחד מהם (יתכנו חריגים). כך, למשל, ר' ישמעאל ור' עקיבא – הלכה כדעת ר' עקיבא; אביי ורבא – הלכה כרבא (למעט מקרים מסוימים).

לעיתים תתכן סתירה בין הכללים השונים, אז יהיה צורך לאזן ולקבוע היררכיה בניהם. בנוסף, לכל כלל ישנו יוצאים מין הכלל. המסקנה בעקבות כך היא שמלאכת הפסיקה אינה מלאכה טכנית בלבד (שימוש בכללים מסוימים לצורך הגעה להכרעה הלכתית), אלא דורשת הרבה ידע ושיקול דעת.

# "הלכתא כבתראי" – הלכה כאחרונים

במקום בו יש מחלוקת בין פוסקים מוקדמים לפוסקים מאוחרים, עולה השאלה האם יש לפסוק לפי המוקמים או המאוחרים; או שמא לפסוק בכל מקרה לגופו – לפי מהות המקרה.

סדר תנאים ואמוראים סימן כה

"כל היכא דפליגי תרי תנאי או תרי אמוראי בהדי הדדי ולא אתמר הלכתא לא כמר ולא כמר, אי איכא רבה בהדי תלמודא -- לית הלכתא כתלמידא במקום רבה(כה) עד רבא, ומרבא ואילך הלכתא כבתראי."

כל מקום בו נחלקים 2 תנאים או 2 אמוראים זה עם זה, ולא נאמרה הלכה לא כזה ולא כזה. אם יש שם רב ותלמיד אין הלכה כתלמיד במקום רבו (הלכה לפי הרב – הקודם); כלל זה תקף עד תקופת "רבא" (אמורא בדור הרביעי של האמוראים). מרבא ואילך, הלכה כבתראי – כאחרון.

סיכום: **עד הדור הרביעי של האמוראים – פסיקה לפי דעת החכם המוקדם יותר בזמן ("הרב"). מתקופת רבא ואילך – פסיקה לפי דעת החכם המאוחר יותר ("התלמיד").**

עולה השאלה מדוע חל שינוי בהקשר זה, ומדוע השינוי חל דווקא ביחס לתקופת אביי ורבא?

* הגאונים – פעלו בבבל בתקופה שבין המאות ה-11-7, היו סמכות הלכתית עליונה בכל עמ"י.
* מהרי"ק – ר' יוסף קולון, צרפת – צפון איטליה, המאה ה-15.

שו"ת מהרי"ק סימן פד

"שהרי בכל מקום אנו פוסקים כדברי האחרונים, ומשום האי טעמא (טעם זה) פסקו הגאונים אשר מסרו לנו את התורה, שמאביי ורבא ואילך – הילכתא כבתרא. ואפילו בתלמיד נגד רב.

הרחבה - מהרי"ק מסביר בהמשך דבריו באמצעות הכלל של "הלכתא כבתרא" שיש מקום להעדיף את התלמוד הבבלי על פני התלמוד הירושלמי, כיוון שמבחינת התקופה הוא מאוחר לירושלמי (אולם העדפה זו היא העדפה לכאורה, כשהטיעון בעד העדפה זו אינו עומד תמיד).

אז מה הטעם להעדפה של האחרונים על פני המוקדמים?

"משום דבתראי ידעי במיליא קמאי, אבל קמאי לא ידעי במילי דבתראי. ומדחזינן דבתראי לא חשו למילי דקמאי אלמא קים להו דמאי שאמרי קמאי בהא דלאו מילי דסמכא נינהו"

משום שאחרונים ידעו והכירו את דברי הראשונים, ואילו הראשונים לא הכירו את דברי האחרונים. ומשראינו ומצאנו שהאחרונים לא חששו לדברי הראשונים – סברו שדברי הראשונים לא ניתן לסמוך עליהם, משמע שהאחרונים הכירו את דברי הראשונים, דנו בהם, ודחו אותם בתוך כלל שיקולי הפסיקה שלהם. אם דחו אותם ככה"נ סברו שלא נכונים. לעומת זאת הראשונים לא הכירו את נימוקי האחרונים, יתכן שלו היו מכירים את טיעוניהם הוי משתכנעים. לכן יש להעדיף את דברי האחרונים.

ומדוע כלל זה חל רק מתקופת אביי ורבא, ולא חל על מחלוקות מוקדמות יותר?

"דעד אביי ורבא לא היו התלמידים לומדים אלא על פי קבלת רבותיהם כפי מה שהיו שונים להם... ומשום כך ראוי לפסוק כדברי הרב, כיון שהתלמיד לא ידע אלא תוך (תוכן) דברי רבו. ודברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין? אבל מאביי ורבא ואילך למדו כל הדעות... שאביי ורבא התחילו ללמוד כל הברייתות, וישבו ותרצו את כולם שלא יקשה מזה על זה. ומתוך כך הוציאו כמה דינים והעמידו כמה שמועות על בוריין ועל אמתתם. וכן עשו כל הבאים אחריהם מדור ודור."

בתקופת אביי ורבא חל מהפך בסדרי הלימוד – עד תקופת היה התלמיד בעיקר לומד ומשנן את דברי רבותיו, ולפי שיטת לימוד זו דברי הרב עדיפים כיוון שהם המקור האותנטי. בתקופת אביי ורבא חל שינוי, כאשר התלמיד למד מגוון רחב של דעות שונות, אז ההלכה התבררה באופן מעמיק יותר. משכך, **מתקופה זו עדיפה עמדתו של החכם המאוחר יותר, כיוון שמשקפת לימוד יותר רחב ומעמיק**.

הנימוק של המהרי"ק מתבסס על כך שהמאוחר מכיר את דברי המוקדם, ומנימוקים שונים החליט לסטות מהם. לכן, ממשיך ואומר כך:

"אמת הוא, כי כאשר ימצאו דברי הגאונים הקדמונים כתובים על ספר ידוע ומפורסם, והפוסקים אחרונים יפסקו בהפך דבריהם, בהא ודאי מודינא לך (בזה ודאי אני מודה לך) דיש להלוך אחרי הפוסקים האחרונים. דודאי פשיטא הוא, שגם הם ידעו דברי הגאונים הראשונים, ואפילו הכי (כך) לא קבלו דבריהם. ודאי צריך לומר דטעמא (טעם) חזו (ראו) לחלוק על הראשונים (מצאו טעם וסיבה לחלוק על הראשונים), ואנו בעניותנו אין לנו להכריע כדברי הראשונים, אלא אחרי הפוסקים האחרונים יש לנו לפסוק.

דהא הוי ידעי במילי דקמאי טפי מינן, ולא חזו בהן טעמא [שהרי הם היו בקיאין בדברי הראשונים יותר מאיתנו ולא ראו בהם טעם].

ולפי הנראה לעניות דעתי, דדוקא היכא [היכן] שדברי הראשונים כתובים על ספר ידוע ומפורסם. אבל מה שנמצא כתוב בתשובת גאון אחד ולא עלה זכרונו על ספר ידוע, אפילו אם ימצא פוסק אחרון שיפסוק בהפך מהגאון הקודם לו, איכא למימר (יש לומר) דילמא לא שמיע ליה (שמא לא שמע) לאותו פוסק האחרון, ואי שמע הוה הדר ביה (ואם היה שומע היה חוזר בו)".

הסבר: **הנימוק להעדפת הפוסק המאוחר מבוסס על כך שהכיר את דברי המאוחר**, עיין ודן בהם, ודחה אותם. אולם כשדברי הפוסק המוקדם לא היו מוכרים ויתכן שהמאוחר כלל לא הכיר אותם, אין לתת עדיפות למאוחר. כפי שהמוקדם היה משתכנע אולי מנימוקי המאוחר, גם ההפך נכון (יתכן שהמאוחר היה מקבל את דברי המוקדם לו הכירם).

* המהרי"ק – רבי יוסף בן שלמה קולון, צרפת, איטליה, המאה ה-15.

דברים דומים כותב הרמ"א:

כל מקום בו דברי הראשונים כתובים על ספר ומפורסמים, והפוסקים האחרונים חולקים עליהם, הלכה לפי האחרונים (לפי הכלל של הלכתא כבתראי מתקופת אביי ורבא ואילך). אולם, אם נמצאה הלכה מסוימת מגאון (חכם מוקדם) שלא הייתה ידועה ומוכרת מלפני, וחכמים שבאו אחריו חולקים עליו, אין לפסוק לפי האחרונים אלא לפיו, כיוון שיתכן מאוד שלא הכירו את דבריו, ולו היו שומעים את דבריו, היו חוזרים בהם מפסיקתם.

* הרי"ד – ר' ישעיה בן מאלי דיטראני, איטליה, אשכנז, א"י, המאה ה-13.

שו"ת הרי"ד, סב

הרי"ד מסביר באמצעות משל את העדיפות שיש לתת לפוסק המאוחר. מבקש להתמודד בכך עם התפיסה של "**ירידת הדורות**" – הנחה סבירה שהחכמים הקודמים לנו גדולים מאיתנו כיוון שקרובים יותר למסורת ההלכתית. אם כך, **כיצד יתכן שנעניק עדיפות דווקא לחכם המאוחר**.

"עדי בשחק נאמן סלה, שאף במקום שנראה לי שאני אומר יפה על כל אחד מדברי רבותינו הראשונים ז"ל, חלילה שיחי(י)ני לבי לומר אף חכמתי עמדה לי, אני דן בעצמי משל הפילוסופים. (מתחיל להסביר את המשל) שמעתי מחכמי הפילוסופים: שאלו לגדול שבהם, ואמרו לו– הלא אנחנו מודים שהראשונים חכמו והשכילו יותר ממנו. והלא אנחנו מודים שאנו מדברים עליהם וסותרים דבריהם בהרבה מקומות, והאמת אתנו. היאך יכון הדבר הזה?

השיבם אמר להם: מי צופה למרחוק, הננס או הענק?

הוי אומר - הענק, שעיניו עומדות במקום גבוה יותר מן הננס. ואם תרכיב הננס על צוארי הענק, מי צופה יותר למרחוק? הוי אומר - הננס.

שעיניו גבוהות עכשיו יותר מעיני הענק. כך אנחנו. **ננסים רכובים על צוארי הענקים** - מפני שראינו חכמתם ואנו מעניקים עליה. ומכוח חכמתם חכמנו לומר כל מה שאנו אומרים, ולא שאנו גדולים מהם."

בחינה באופן מוחלט מי גדול ממי תביא למסקנה ברורה שהראשונים גדולים מין האחרונים. אף שהתוספת השולית של הידע הנצבר הולכת וקטנה לאורך השנים, הידע המצטבר (הידע המוקדם + הידע וההבנה של החכם המאוחר) גדול יותר. זאת, באותו האופן שהרעיון מובע במשל: אף שהננס אינו רואה למרחוק, והענק עדיף ממנו, כאשר הננס יושב על כתפי הענק, הוא רואה טוב אף מהענק.

**גישה זו, המעניקה עדיפות לדברי פוסקים מאוחרים, אינה גישה מוסכמת**.

הקדמת הרמב"ם למשנה תורה

קובע **שאין לתת עדיפות לראשונים או לאחרונים, אלא יש לדון בכל מקרה לגופו**.

חלק מהפוסקים סברו, כי לא רק שאין לתת עדיפות לחכמים המאוחרים, אלא שיש לתת עדיפות לחכמים המוקדמים (להלן).

* מהר"ם אלאשקר – משה בן יצחק אלאשקר, ספרד, קהיר, ירושלים; המאה ה15-16

שו"ת מהר"ם אלאשקר סימן נד

הכלל של **"הלכתא כבתראי"** נאמר בגאונים רק בייחס למחלוקת בין הדורות שקדמו להם מחכמי התלמוד, ולא נאמר לגבי פוסקים מאוחרים יותר. דוחה את דברי המהרי"ק, ואומר שמי שרוצה להקיש ולומר שהלכתא כבתראי תקף גם בפוסקים אחרונים אינו נשמע הגיוני, וגם אם כן אמר דבר כזה, הוא הגזים וזה **דבר שאינו סביר**. לתפיסתו ישנה **ירידת הדורות**, ולכן יש עדיפות לדברי פוסקים מוקדמים שהיו חכמים ובקיאים יותר. כמו כן, הגאונים לא שמעו את דבריו ולא ראו את דרכו, ולכן **לא הגיוני שהגאונים פוסקים כי הלכה כאחרונים גם לאחר תקופת האמוראים.**

* גט פשוט – פירוש על השו"ע הלכות גיטין, ר' משה חביב, א"י המאה ה-17.

גט פשוט, כללים, ג'

בספר גט פשוט חל אימוץ של מהר"ם אלאשקר. עם זאת, לגישתו אין סתירה בין דברים אלו לדבריו של המהרי"ק.

לדברי ה'גט פשוט', 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 (כמו הרי"ף והרמב"ם למשל), 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.

יש מי שסבור שבשאלה אם מאמצים את הכלל של "הלכה כבתראי", פוסקים אשכנזים נטו לאמץ את הכלל הזה, בעוד פוסקים ספרדים נטו לתת עדיפות לדעת החכמים המוקדמים. אחרים הטילו ספק האם הדעות בעניין זה חלוקות בהתאם למסורת הפסיקה, הספרדית לעומת האשכנזית.

ביטוי לאפשרות שהמחלוקת בנושא אכן נחלקת לפי מסורת הפסיקה המסוימת (ספרדית לעומת אשכנזית), ניתן לראות בויכוח שבין ר' יוסף קארו מחבר השולחן ערוך (מגדולי פוסקי ספרד), לבין הרמ"א מחבר המפה (מגדולי פוסקי אשכנז).

* הרא"ש – רבינו אשר בן יחיאל, אשכנז, צרפת, ספרד, המאות ה-13-14.

**הקדמת ר' יוסף קארו לספרו הבית יוסף**

הקדמה - רבי יוסף קארו בעל ה"שולחן ערוך" נולד בספרד בשנת רמ"ח (1488), ובהיותו בן ארבע גורש עם הוריו מספרד, והם התיישבו בתורכיה. משם עבר לבולגריה, בשנת 1536 עלה לארץ ישראל והתיישב בצפת. מפעלו ההלכתי מתחלק לשניים: "בית יוסף" בו הוא מאריך ומביא את המקורות השונים להלכה וה"שולחן ערוך" בו הוא מביא את תמצית ההלכה. הוא כתב גם את "כסף משנה" שהינו משנה תורה לרמב"ם וספרים נוספים.

רבי משה איסרלישׂ הידוע בכינויו הרמ"א היה בן דורו של רבי יוסף קארו, גר וכיהן ברבנות בפולין. הוא חיבר חיבורים הלכתיים והגותיים, והתפרסם בעיקר בשל כתיבת הגהות על השולחן ערוך שזכו לכינוי "המפה". הוא התכוון לכתוב ספר הלכה דומה לשולחן ערוך, אך משהקדימו רבי יוסף קארו, הוא שינה את תוכניתו והסתפק בכתיבת הגהות – הערות על השולחן ערוך. ההתאמות שהוא ערך לפסיקות השולחן ערוך התאימו את הספר גם למסורת הפסיקה האשכנזית, והפכו את הספר המשולב לספר פסיקה מקובל בכל קהילות ישראל.

בהקדמה לספרו "בית יוסף" מתאר רבי יוסף קארו את שיטת הפסיקה שלו (מומלץ לעיין בכל ההקדמה, אולם יש להתמקד בעיקר בקטע המודגש):

".. ויהי כי ארכו לנו הימים, הורקנו מכלי אל כלי, ובגולה הלכנו, וכמה צרות צרורות תכופות וצרות זו לזו באו עלינו עד כי נתקיים בנו בעונותינו: "ואבדה חכמת חכמיו" וגו' (ישעיה כט יד) ואזלת יד התורה ולומדיה, כי לא נעשית התורה כ- ב' תורות, אלא כתורות אין מספר..

ואם יאמר אדם בכל דין שיצטרך לחקור שרשו ומוצאו בדברי הגמרא והמפרשים והפוסקים כולם יכבד הדבר עליו מאד. כל שכן כי ילאה למצוא הפתח לדעת מקום הדין בתלמוד... כי עם היות שזיכנו הקב"ה לביאור הרב המגיד ז"ל [המגיד משנה] ולחיבור רבינו ירוחם, המורים לנו מקומות הדינים בתלמוד, המעיין בהם יבחין ויכיר חסרונו אם לא יהיה לו היקף גדול בתלמוד. וגם במקומות רבים יחפש ולא ימצא בדבריהם מורה [מראה] מקום לאותו הדין... והגם כי ידע מקום הדין בגמרא, יצטרך לעיין כל הסוגיא ההיא עם פירוש רש"י ותוספות, ואח"כ לעיין בדברי הרי"ף והרא"ש והר"ן והמרדכי, ואח"כ לעיין בהרמב"ם ושאר פוסקים וגם בדברי תשובות הגדולים הנמצאות אצלו לדעת אם הדין ההוא מוסכם מהכל או אם יש בו מחלוקת, וכמה מחלוקות בדבר, וכדברי מי ראוי להכריע. וזה דבר מבואר בעצמו שהוא דבר שאין לו קצבה :

ואם בדין הבא ליד האדם כך, במי שרוצה לידע שרשי כל הדינים על בוריים ולהקיף דברי כל החולקים בהם וחלוקי דברי כל אחד ואחד מהם על אחת כמה וכמה שיבצר ממנו. שאפילו יעיין בכל דין ודין דברי הגמרא והמפרשים ודברי כל הפוסקים שהוא טורח גדול מאד, השכחה מצויה באדם. ומה גם בדברים רבי ההסתעפות, ונמצא יגע לריק ח"ו [חס וחלילה]

ואם יאמר אדם לבחור בספרי הקוצרים [המקצרים] כסמ"ק [ספר מצוות קטן] והאגור והכל בו. באמת שזו דרך קצרה וארוכה. כי מעולם לא יוכל לדעת שום דין כהלכתו. ...

על כן, אני הדל באלפי [הקטן במשפחתי] יוסף במוהר"ר [בן מורנו הרב] אפרים במוהר"ר יוסף קאר"ו זלה"ה, קנאתי לה' צבאות, ונערתי חצני לסקל המסילה והסכמתי לחבר ספר כולל כל הדינים הנוהגים בביאור שרשיהם ומוצאיהם מהגמרא עם כל חילוקי סברות הפוסקים איש לא נעדר.

ולא ראיתי לעשות ספר זה חיבור בפני עצמו, כדי שלא אצטרך לכפול ולכתוב דברי מי שקדמני, ולכן הסכמתי לסמכו לאחד מהפוסקים המפורסמים.

ועלה בדעתי לסמכו לספר הרמב"ם ז"ל להיותו הפוסק היותר מפורסם בעולם. וחזרתי בי מפני שאינו מביא אלא סברא אחת. והייתי צריך להאריך ולכתוב שאר הפוסקים וטעמם. ולכן הסכמותי לסמכו לספר ארבעה טורים שחבר הרב רבינו יעקב בן הרא"ש ז"ל כי הוא כולל רוב דעות הפוסקים...

ואם הוא מוסכם, או אם הוא מחלוקת תנאים או אמוראים, והמחבר פסק כאחד מהם, ומאיזה טעם פסק כמותו. ואם מביא המחבר סברות פוסקים חולקים בדין ההוא, יבאר טעם כל אחד מהסברות, שרשה, ומוצאה מהתלמוד. ואם המחבר ישמיט סברת איזה פוסק, כמו שתמצא פעמים הרבה שהשמיט סברת הרי"ף, או סברת הרמב"ם, או סברת פוסקים אחרים, יביא סברת הפוסקים הנשמטים וטעמם. ואם דברי איזה מהפוסקים ההם, בין שמביאם המחבר, בין שאינו מביאם אינם מובנים, יבאר דבריהם. ובפרט דברי הרמב"ם ז"ל. כי בהרבה מקומות דבריו סתומים וחתומים, הם מתבארים בספר הזה על פי מה שפירשו בו מגיד משנה והר"ן. ולפעמים יקשה על פירושו, ויפרש בדרך אחרת. והמעיין, את אשר יבחר ירצה ויקרב. ובקצת מקומות שיש בדברי הרמב"ם שצריכים ביאור, והמפרשים הנזכרים לא דברו בו, יפרש דבריו. ואם המחבר הזה בעל הטורים מקשה על איזה מהפוסקים, יתרץ קושיתו או תמיהתו. ואם נמצא איזה דין מחודש בדברי איזה פוסק או מפרש ולא הביאו המחבר, יביאנו ויבאר טעמו :

נמצא, שמי שיהיה ספר זה לפניו, יהיו סדורים לפניו דברי התלמוד עם פירוש רש"י, והתוספות, והר"ן, ופסקי הרי"ף, והרא"ש, והמרדכי, והרמב"ם והגהותיו, ומגיר משנה, ורבינו ירוחם, וספר התרומה, ושיבולי הלקט, והרוקח, ושערי דורא, וספר התשב"ץ, וספר העיטור, ונימוקי יוסף, וסמ"ג, וסמ"ק, וארחות חיים, ותורת הבית, והגהות אשירי, וספר המנהיג, והאגור, וספר בעלי הנפש להראב"ד, ותשובות הרא"ש, והרשב"א, והר"י בר ששת, וה"ר שמעון בר צמח, ומהר"י קולון, ותרומת הדשן. כל דבריהם מבוארים היטיב, ובקצת מקומות מאמרי הזוהר.

**ועלה בדעתי, שאחר כל הדברים, אפסוק הלכה ואכריע בין הסברות. כי זהו התכלית להיות לנו תורה אחת ומשפט אחד. וראיתי, שאם באנו לומר שנכריע דין בין הפוסקים בטענות וראיות תלמודיות, הנה התוספות, וחידושי הרמב"ן, והרשב"א, והר"ן ז"ל, מלאים טענות וראיות לכל אחת מהדיעות. ומי זה אשר יערב לבו לגשת להוסיף טענות וראיות. ואיזהו אשר ימלאהו לבו להכניס ראשו בין ההרים הררי אל להכריע ביניהם על פי טענות וראיות, לסתור מה שביררו הם, או להכריע במה שלא הכריעו הם. כי בעונותינו הרבים קצר מצע שכלינו להבין דבריהם, כל שכן להתחכם עליהם. ולא עוד, אלא שאפילו היה אפשר לנו לדרוך דרך זה, לא היה ראוי להחזיק בה, לפי שהיא דרך ארוכה ביותר.**

**ולכן, הסכמתי בדעתי כי להיות שלשת עמודי ההוראה אשר הבית בית ישראל נשען עליהם בהוראותיהם, הלא המה** **הרי"ף, והרמב"ם, והרא"ש ז"ל, אמרתי אל לבי שבמקום ששנים מהם מסכימים לדעת אחת, נפסוק הלכה כמותם, אם לא במקצת מקומות שכל חכמי ישראל או רובם חולקין על הדעת ההוא, ולכן פשט המנהג בהיפך.**

**ומקום שאחד מן הג' העמודים הנזכרים לא גילה דעתו בדין ההוא, והשני עמודים הנשארין חולקין בדבר,** **הנה הרמב"ן, והרשב"א, והר"ן, והמרדכי, וסמ"ג ז"ל לפנינו. אל מקום אשר יהיה שמה הרוח, רוח אלהי"ן קדישין ללכת, נלך. כי אל הדעת אשר יטו רובן, כן נפסוק הלכה.**

ובמקום שלא גילה דעתו שום אחד מן הג' עמודים הנזכרים, נפסוק כדברי החכמים המפורסמים שכתבו דעתם בדין ההוא. ודרך זו, **דרך המלך**, נכונה וקרובה אל הדעת להרים מכשול.

ואם בקצת ארצות נהגו איסור בקצת דברים, אע"פ שאנו נכריע בהפך, יחזיקו במנהגם. כי כבר קבלו עליהם דברי החכם האוסר, ואסור להם לנהוג היתר. כדאיתא [כמו שנאמר] בפרק מקום שנהגו (פסחים נא):"

רוב הספרות ההלכתית מאותה נקודה 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 (ר' יצחק אלפסי), 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.

ככלל, 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. הבית יוסף הצהיר, שהכריע לפי **רוב פוסקים אחרים** רק כאשר לא ניתן היה להכריע לפי 3 עמודי הוראה אלה (למשל כאשר אחד מהם לא הביע עמדה בעניין, והשניים האחרים היו חלוקים בנושא).

**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, 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, תוך התנאה שהאחרון מכיר את דברי הראשון.**

הקדמת הרמ"א לדרכי משה

"והוא העיקר, והוא התכלית המבוקש בזה המחקר, כי ידוע שהרב המחבר הבית יוסף [מחבר השולחן ערוך], ובטבעו אל הגדולים נכסף, ופסק הלכה בכל מקום על פי שנים ושלושה עדים, המה הנחמדים, הרי"ף והרמב"ם והרא"ש.

בכל מקום שב' מהם לדעה אחת נצמדים, ולשאר רבוותא [חכמים] אדירי התורה לא חש עליהם, רק [אף] במקום גדולים עמד לפסוק הלכה כדברי שניהם, ואף כי הם קמאי [ראשונים] ולא בתראי [אחרונים].

ולא חש לדברים שצווחו בו קמאי דקמאי [ראשוני ראשונים], הלא הרי"ף שפסק סוף פרק ב' דעירובין, והסכימו עימו רבים לפסוק הלכה בכל מקום כבתראי ולא לחוש לדברי קמאי, ואפילו במקום הרב אצל תלמיד.

וכן פסקו האחרונים תמיד, ובראשם מהר"יק ומהרא"י בתשובותיהן הנעימות אשר האירו כל מחשך וגילו כל תעלומות, וע"י זה הדבר סתר כל המנהגים אשר באלו המדינות, אשר רובם בנוים על הכלל הזה בפשיטות ותמימות."

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 ולא התחשב מספיק בדעת הפוסקים המאוחרים, **נוצר פער בין ספר ההלכה והמנהגים בבית יוסף, לבין המנהגים של בני אשכנז,** מאחר ובני אשכנז פוסקים לפי כלל "הלכתא כבתראי" (כלל שהיה מושרש עמוק במסורת הפסיקה של הרמ"א). לכן הרמ"א נדרש 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".

שאלות ותשובות הרמ"א, כ

"וכן קבלתי הלכה למעשה מאדוני מורי אבי הגאון רבן ומאורן של כל בני הגולה מהר"ר שלום המכונה שכנ"ו זקצ"ל... אשר העמיד תלמידים הרבה מסוף העולם ועד סופו מפיו חיים ומימיו שותים. וחי נפשי עולמים דזמנין סגיאין [ שפעמים רבות ] בקשתי עם הרבה לומדים ממנו שיעשה פוסק ותשובתו היתה מחמת רוב חסידותו וענותנותו אשר היה עניו יותר מכל האדם אשר על פני האדמה. ואמר, יודע אני דשוב לא יפסקו כי אם כאשר אכתוב, מטעם דהלכה כבתרא, ואין רצוני שיסמכו העולם עלי, רצה לומר כגון היכא דאיכא פלוגתא ביני רבוותא (כגון כאשר ישנה מחלוקת בין גדולים) והוא יכריע או לפעמים יחלוק ואין לדיין כי אם מה שעיניו רואות, לכן יעשה כל אחד כפי הוראת שעה כאשר עם לבבו..."

סיכום:

הכלל הלכתא כבתראי מופיע לראשונה אצל הגאונים ביחס למחלוקות בתלמוד והוא תקף רק מאמצע תקופת האמוראים בשל השינוי שחל בסדרי הלימוד, לפיו הלימוד כלל מקורות שונים והתעמקות, ולא רק שינון של דברי הרב.

הפוסקים נחלקו האם הכלל הזה תקף גם ביחס למחלוקות מאוחרות. **הסיבה להעדיף את דברי הראשונים - ירידת הדורות**. הראשונים גדולים יותר בתורה וקרובים ביותר למסורת, ולכן יש להעדיף דבריהם. **סיבה להעדפת הפוסקים המאוחרים - דברי הראשונים היו גלויים למאוחרים, כשהמאוחרים העמיקו בדברי הראשונים וסתרו אותם.** לו היו הראשונים רואים את דברי האחרונים יתכן והיו מסכימים איתם. משכך יוצא, כי גם מי שנותן עדיפות לפוסק מאוחר, מתנה זאת בכך שהפוסק המאוחר הכיר ולמד את הפוסק שקדם לו.

כדי ליישב את הפער הזה (יתרון לאחרונים, לעומת הרעיון של ירידת הדורות) השתמשו במשל הננס והענק (מובא לעיל). המסקנה הנובעת ממשל זה היא שבסופו של דבר, הידע של המאוחר רב יותר. הבדל זה בתפיסות מתבטא במחלוקת בין הגישה הספרדית (הבית יוסף) (הלכה כראשונים) לבין גישת אשכנז (הרמ"א) (הלכה כאחרונים).

שלושת "עמודי הוראה" שלפיהם פסק ר' יוסף קארו הם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש. כאשר היה "תיקו", או כאשר הם לא התייחסו לנושא הנדון, היה נסמך על דעת הרמב"ן, הרשב"א, הר"ן, המרדכי וסמ"ג, והיה פוסק לפי הגישה שרובם נקטו בה.

הרמ"א מבקר דרך פסיקה זו של ר' יוסף קארו, פסיקת הלכה לפי ראשונים, ולא לפי אחרונים. הוא נסמך על דברי ראשונים (קמאי) כמו הרי"ף, אולם אף הרי"ף עצמו פסק, והסכימו איתו אחרים לגבי הכלל של פסיקה כאחרונים (בתראי). הרמ"א, בניגוד לר' יוסף קארו, מאמץ את הכלל "הלכתא כבתראי".

# התקדים

בהמשך לשאלת הלכתה כבתראי, עולה שאלת התקדים המחייב. כאשר מובאת בפני דיין שאלה שכבר הוכרעה לפני כן, עולה השאלה האם ועד כמה ההכרעה התקדימית מחייבת אותו, או שניתן לחרוג ממנה. כאשר אנו מדברים על תקדים, מדובר על פסק דין שניתן במקרה קונקרטי, בשונה מספר פסיקה עקרוני, והשאלה כמה הוא מחייב/מנחה באותו מקרה ובמקרים אחרים.

בשיטת המשפט הישראלי התקדים של ביהמ"ש העליון מחייב ערכאות נמוכות, אולם הוא עצמו יכול לסטות ממנו. פסיקה של ביהמ"ש המחוזי מנחה (תעמוד לנגד ערכאות זהות או נמוכות) אולם לא מחייבת (וניתן לסטות ממנה).

יתרונות התקדים המחייב: וודאות, יציבות, אחידות.

חסרונות התקדים המחייב: מצמצמם את מרחב שיקול הדעת של השופט, מנציח טעויות, נותן מעמד של מעין חוק ומחוקק – לשופט ולפסק הדין.

**כיצד יש להתייחס לפסיקה תקדימית?**

חשוב להדגיש כי לא מדובר בקודקסים של פסיקה (כמו ספרות הרמב"ם למשל), אלא לפסק דין בנושא ספציפי, באופן שבא לידי ביטוי בעיקר **בספרות השו"ת**. נקודת המוצא היא שלא חלה במשפט העברי דוקטרינת התקדים המחייב, והפוסק אינו מחויב להיצמד לפסיקה קודמת. כלל זה חל במידה רבה גם לגבי ספרי פסיקה (בשונה משו"ת). הכלל לפיו "**אין לדיין אלא מה שעיניו רואות**" הוא כלל יסוד המקנה לדיין חופש פעולה בבואו להכריע את הדין שבפניו. אין כפיפות של בתי הדי האזוריים של בית הדין הגדול (וכך גם בית הדין הגדול אינו כפוף לפסקיו). **עם זאת יש משמעות לתקדים – צריכים להיות שיקולים משמעותיים כדי לחרוג מפסיקה כפי שמופיעה בקודקסים ההלכתיים השונים**; אך גם לפסיקה בספרות השו"ת יש משמעות – חומר גלם העומד בפני הדיין בבואו לפסוק את הדין (מידת השימוש משתנה).

הנמקות לשלילת הדוקטרינה של התקדים המחייב:

1. החשש שמא ניסיון להשוות בין מקרים – דימוי "מילתא למילתא" עלול להביא לטעות (עקב היקשים לא נכונים) התלמוד דורש את הפס' במשלי: "רע ירוע כי ערב זר ושונא **תוקעים** בוטח", ודורש "רעה אחר רעה", ולומד את פירוש המילה "תוקע" כ-"תוקע עצמו לדבר הלכה"

מסכת יבמות (קט,ב)

הסבר מסוים לתוקע הוא: דיין שבא לפניו דין, והוא לומד הלכה, ומדמה דבר לדבר, ויש לו רב והוא לא שואל אותו. הסוגיה דנה **בסכנת ההיקש מתקדימים**. הסוגיה נותנת עדיפות להתייעצות עם רבו של הדיין, על פני עשייה עצמית של היקש.

נשים לב כי מדובר רק על מי שיש לו רב. עם זאת זה מבטא את הבעיות שבסוגיית הדימוי וההיקש ממקרה למקרה.

1. "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות". על הדיין לפסוק באופן עצמאי לפי הבנתו ושיקול דעתו.

הרמב"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 רעה ונחשב רשע.** מצב כזה מסוכן כיוון שעלול להביא לעיוות הדין.

בבלי בבא בתרא קל, ב

רבא אמר לרב פפא ולרב הונא (תלמידיו של רבא) - כאשר יגיע לפניכם פסק דין שלי ותראו בו דבר שלא נכון - אל תבטלו אותו עד שתבואו לפני. אם יש לי תירוץ אגיד לכם ואנסה לשכנעכם, ואם לא, אחזור בי מההלכה שאמרתי.

אך כשאמות ולא תוכלו לברר איתי את ההלכה, אם הלכה שאמרתי לא מקובלת עליכם, אל תבטלו אותה באותו מקרה (אם אתם חושבים שהיא לא נכונה) מחד – שמא היה יכול לתת להם הסבר, אולם מאידך אל תסיקו מזה למקרים דומים - מאחר ו-"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות". (בשני המקרים הקושי נובע מכך שאין להם אפשרות לברר אתו את כוונתו).

סנהדרין, ו, ב

"יהושע בן קרחה אומר המניין לתלמיד שיושב לפני רבו וראה זכות לעני וחובה לעשיר מניין שלא ישתוק שנאמר לא תגורו מפני איש רבי חנין אומר לא תכניס דבריך מפני איש ויהו עדים יודעים את מי הן מעידין ולפני מי הן מעידין ומי עתיד ליפרע מהן שנא' (דברים יט, יז) ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה' וויהו הדיינין יודעין את מי הן דנין ולפני מי הן דנין ומי עתיד ליפרע מהן שנא' (תהלים פב, א) אלהים נצב בעדת אל וכן ביהושפט הוא אומר (דברי הימים ב יט, ו) ויאמר אל השופטים ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפטו כי (אם) לה' שמא יאמר הדיין מה לי בצער הזה ת"ל עמכם בדבר משפט - אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות."

רש"י במקום מסביר כי "אל לו לדיין לירא ולמנוע עצמו מין הדין" – אל לו לדיין לירא מהכרעה בדין ולהסתתר מאחורי דברי רבותיו.

מוסיפה ושואלת התוספתא מדוע מופיע כפל הלשון בפסוק "ולא ענה על ריב לנטות, ואחרי רבים להטות"? התוספתא עונה שנלמד מכך שאל לו לדיין להסתפק בהליכה ונטייה אחרי רבו בשעת הדין, אלא עליו לפסוק בהתאם לדעתו.

על אף שראינו שמעמדו של התקדים בהלכה אינו מחייב, ישנן מחלוקות בנוגע ליחס הראוי אליו. חלק מין הפוסקים נתנו לו מעמד יותר מרכזי, בעוד אחרים סיפקו לו חשיבות פחותה.

* מהרי"ל – ר' יעקב בן משה מולין, גרמניה, מאה 14-15)

שו"ת מהרי"ל, סימן עב

"מה שכתבת שאין לסמוך על התשובות (תקדימים), אדרבה הלכה למעשה הוו וילפינן מינייהו טפי (ויש ללמוד מהם יותר) מדברי הפוסקים שלא היו בשעת הוראה... והתשובות שפסקו על המעשה היינו הלכה למעשה וכל רבותי שאחר התלמוד כולהו מייתו (כולם פוסקים) מתשובות דקמאי, ואנן יתמי (ואנחנו יתומים) (ביטוי להיותנו קטנים מהם בחכמה) דיתמי כל שכן וכל שכן"

**בתשובה זו, מקנה המהרי"ל לתקדים מעמד בכורה.**

שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צז

אל לו לדיין לפסוק רק לפי התקדימים, כי אז הוא "חלש ורפה" ומבטל את הפסוק "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות". מסביר כי הכתובים עצמם (המקרא) הם העיקר. על הדיין לבחון את ההחלטות וההכרעות שניתנו לפניו, לשקול אותם, ולהקיש למקרה שהוא דן בו דברים דומים. מסביר כי **הסוגיות המובאות בתלמוד, מטרתם בסופו של דבר היא סיוע בפיתוח שיקול דעת עצמאי לדיין**, ע"י בחינה ושמיעה מרובה של מקרים.

גם הוא מציע לעשות שימוש בפסיקה קודמת, אולם מדגיש כי על הדיין להכריע באופן עצמאי וכי אינו כפוף לתקדימי העבר.

**כאן מובאת גישה מסויגת יותר כלפי התקדימים.**

סיכום: **לתקדים במשפט העברי תפקיד משמעותי אך לא מחייב**. ישנן גישות הנותנות לו מעמד יותר משמעותי, בעוד אחרות מפחיתות בחשיבותו, ושמות דגש על שיקול דעתו העצמאי של הדיין.

# טענת "קים לי" (אני סבור)

עד כאן למדנו, שכאשר ישנה מחלוקת, ישנן דרכי הכרעה שונות לצורך הכרעה בנושא. עם זאת, הכרעת הפוסק לא תמיד יכולה להתממש, זאת בשל טענת "קִים לי". הטענה עלתה לראשונה ככה"נ במאה ה-15.

משמעותה המילולית של טענה זו היא 'אני סבור' / 'אני מוחזק'. מבחינה מהותית, הטענה הרלוונטית רק בדיני ממונות. טענת "קים לי" מאפשרת חתירה תחת יכולת ההכרעה של בית הדין. טענת "קים לי" יכול לטעון רק מי שהנכס נמצא אצלו - הנתבע ולא התובע, במחלוקת הלכתית בה הוא מעורב. אם במקרה מסוים בית הדין מבקש לפסוק שהנתבע חייב לשלם, הנתבע כביכול יגיב ויאמר לב"ד: "אתה לא יכול להגיד שאני חייב, כי מצאתי עמדה הלכתית אחרת שפוטרת אותי (הנתבע) מתשלום". מרגע שהנתבע טען זאת, **טענה זו משתקת את בית הדין, ולא יהיה בכוחו של ב"ד להוציא ממון מהנתבע, אף שלסברת בית הדין יש מקום לחייב את הנתבע.**

טענת "קים לי" מעצם טבעה לא נוגעת למחלוקת עובדתית, אלא לשאלה הלכתית-משפטית אודותיה יש ריבוי דעות. **מכוחה של טענה זו יכול הנתבע להשאיר אצלו את הממון** (כסף/נכס/זכות). **טענה זו לא יכולה להועיל לתובע, כדי שמכוחה ינסה להוציא ממון מהנתבע.**

דן בהרחבה בטענה זו המהרי"ק

ראשית, הוא מדגיש כי רשאי הנתבע לטעון '"קים לי"' כעמדה מסוימת, כך שלא ניתן יהיה לחייב אותו (מכיר באפשרות קיומה של טענה כאמור). **הוא מוסיף כי טענה זו רלוונטית רק בדיני ממונות, ולא בדיני איסורים** (ולא הפוך כפי שבסרטון-נבדק).

ההיגיון העומד מאחורי הצדקת טענת "קים לי":

1. **המחלוקת יוצרת ספק בדין. מאחר שהנתבע מעלה את טענת הספק, אין יכול להכריע עוד הדיין על פי העמדה המנוגדת**.

יש מי שמסביר זאת על פי "המוציא מחברו עליו הראייה". מי שתובע מחברו זכות, כסף או נכס, עליו נטל הראייה שאכן יש להעביר אליו את מה שתבע. אולם (בביקורת כנגד הסבר זה) עיקרון "המוציא מחברו עליו הראייה" נוגע למחלוקת **עובדתית**, בעוד טענת "קים לי" נוגעת למחלוקת **הלכתית-משפטית**. מרגע שטען הנתבע "קים לי", לא ניתן עוד לפסוק בוודאות כנגד הנתבע ולחייבו (עקב הספק).

1. **לשאלה משפטית אין בהכרח רק תשובה אחת נכונה. יכולות להיות תשובות שונות שאף אחת מהן איננה בגדר טעות**. לב"ד אמנם אין ספק בעמדתו אולם הנתבע סבור אחרת, וגם עמדתו לגיטימית הלכתית, וע"כ לא ניתן לחייבו - בניגוד לעמדה לה הוא טען.

נפקות להבדל בין 2 הנימוקים (לדוגמא): השאלה האם ב"ד יכול להעלות טענת "קים לי" לטובת הנתבע?

לפי המודל הראשון של ספק הלכתי, לכאורה כן. לפי המודל השני הקובע ששתי התשובות נכונות, ב"ד נתן פס"ד הנכון לפי דעתו, וע"כ אין מקום וצורך לטעון לטובת הנתבע טענת "קים לי".

הקושי אותו מעוררת טענת "קים לי"

טענה זו מעוררת **קושי רב**, שכן יש מחלוקות רבות בדיני ממונות, **וברוב המקרים יוכל הנתבע להביא דעה התומכת בעמדתו. במצב כזה אין משמעות ממשית להכרעותיו של בית הדין**.

* ר' יונתן אייבשיץ – אשכנז, המאה ה-17-18.
* אורים ותומים – פירוש על השולחן ערוך, חלק חושן משפט, שנכתב ע"י ר' יונתן אייבשיץ.

אורים ותומים, חושן משפט, קנ"ד

"בכל חושן משפט אין כאן הלכה פסוקה אחד מאלף... ויהיה ממש כל דאלים גבר [כל החזק יגבר]. ובעוונותינו הרבים נשכח התורה מאיתנו, אשר אין בכל חושן משפט ממש דין אחד שאין בו בכללים או בפרטים מחלוקת הפוסקים הראשונים או האחרונים, ואם כן, לשוא עמלו בונים (הדיינים), הפוסקים ומחברים בראיות שונות ופלפול עמוק בתורה. כי לעולם המוחזק יטעון: "קים לי", וחס ושלום תורתינו הפקר."

הוא מסביר בדבריו כי ב'חושן משפט' קיים ריבוי מחלוקות (עוסק בחלק המשפטי של ההלכה). אם כך, יוכל הנתבע תמיד לטעון טענת "קים לי" (באמצעות אחת מהדעות שבמחלוקת) ולהשאיר את הממון אצלו. כך, עבודת בית הדין תהפוך לחסרת טעם.

לאור זאת, **הוא מציע בהמשך דבריו לצמצם את טענת "קים לי"**: אם יש עמדה שמוסכמת על עמדת ר' יוסף קארו (מחבר ה"שולחן ערוך" וה"בית יוסף") וכן עמדת הרמ"א, כאשר הם לא הזכירו את העמדה החולקת על עמדתם, לא ניתן יהיה לטעון טענת "קים לי" כנגד עמדתם. (לומד שאם הרמ"א ור' יוסף קארו החליטו שלא להזכיר את העמדה החולקת עליהם, זה מספיק לסמוך על כך, ולא לקבל טענת "קים לי" שתטען לעמדה זו, נובע מהמעמד המיוחד של השולחן הערוך (עסקנו במעמדו המיוחד של השולחן ערוך בנושא "הלכתא כבתראי").

* הרדב"ז – ר' דוד בן שלמה אבן זמרא, ספרד, א"י, מצרים, המאה ה-15-16.

שו"ת רדב"ז, ב, תתכה

**הרדב"ז מבקש לצמצם את היקף תכולתה של טענת "קים לי"**. ראשית, דן בשאלה אם אדם יכול לטעון בשאלה הלכתית מסוימת "קים לי" בהתאם לעמדת פוסק אחד, ובשאלה הלכתית אחרת לטעון טענת "קים לי" בהתאם לעמדת פוסק אחר, הסותרת את טענת ה"קים לי" הקודמת.

לפיו, כל עוד מדובר באותו דיון הלכתי, הדבר בלתי אפשרי. הנימוק לכך יכול להיות נעוץ בחוסר תום הלב של הטוען. לכאורה, לא פסיקה או פוסק מסוים מעניים את הטוען, אלא הישג יתרון בדין שלא בהכרח מגיע לו.

עם זאת, אם טענות ה"קים לי" הסותרות (כאמור לעיל) מובאות בדיונים שונים (כשהטיעון השני בא לאחר גמר הדיון בנשוא הטיעון הראשון), לדעת הרדב"ז **הטענה** **כן עשויה** **להתקבל**.

הרדב"ז **מוסיף ומבקש לצמצם את תכולתה של טענה זו**, עקב הקושי הנובע ממנה (לעיל). זאת הוא עושה באמצעות **שורה של מגבלות** שהוא מציב ביחס אליה.

המגבלות על טיעון "קים לי" (ע"פ הרדב"ז):

1. לא ניתן לטעון "קים לי" **אם העמדה המנוגדת היא של הרב המקובל באותו מקום**.
2. לא ניתן לטעון "קים לי" **כעמדה הנוגדת מנהג ברור שנהוג במקום**.
3. לא ניתן לטעון "קים לי" **כעמדה שיש רוב ברור נגדה -** מחלוקת של יחיד מול רבים.
4. בהמשך למגבלה הקודמת, גם כאשר יש מחלוקת של יחיד מול יחיד, לא ניתן לטעון "קים לי" **כעמדה של פוסק זותר בניגוד לעמדתו של פוסק בכיר** (אלא הפוסקים צריכים להיות שווים בחכמתם).
5. בהמשך למגבלה הקודמת, לא ניתן לטעון "קים לי", במקרה של מחלוקת בין יחידים, אף אם הם שווים בחכמתם. **נדרש שיהיו מפורסמים באמצעות חיבוריהם (בישראל) באותה מידה – שיהיו דעותיהם בעלות תפוצה באותה מידה**.
6. **אם הדיין היושב בדין הוא בגדר** "**דיין מומחה**" (דיין מומחה שמקובל על הציבור), לא ניתן לטעון "קים לי" כנגד ההכרעה שלו.

נראה כי **מגבלות אלו של הרדב"ז על טענת ה"קים לי" כמעט ומאיינים את טענת ה"קים לי"**. הרדב"ז מסביר כי ללא קביעת מגבלות אלו "לא יפסק דין מעולם". בשל ריבוי המחלוקות, לולא צמצום ממשי של היקף טענת ה"קים לי", לא ניתן יהיה להוציא ממון מהנתבע בדרך מעשית. מציאות כזו, של ריבוי טענות "קים לי" תביא לריבוי גזל, ולקיפוח זכויותיהם של התובעים, שכן לא תהיה מספיק הרתעה להימנע מכך (ללא המגבלות).

* ר' יעקב חג'יז – מרוקו, א"י, המאה-17.

**שו"ת הלכות קטנות חלק א סימן קפב**

מובאת שם תשובה לשאלה – **האם מקבלים טענת "קים לי" בירושלים?**

הוא משיב שאין מקבלים טענה זו. זאת משום שבקבלת טענת קים לי יש משום **"חילול ממונם של ישראל"** - יהיה קשה מאוד לקבל טענה כזו - כל אחד יבוא ויטען קים לי. קבלת טענה זו עלולה להביא למצב של **ביטול כל ה"חושן משפט"** (הוזכר לעיל), ואף חמור מכך - **שכל דיני התלמוד יתבטלו**. הרי, תמיד ניתן למצוא טענה שמתאימה לנתבע (ככל והייתה מחלוקת בנושא, מה שקרה פעמים רבות) - וכך כל אחד יוכל להוציא ממון מאדם אחר לא בצדק.

סיכום: טענת "קים לי" יצרה לא מעט קושי. פוסקים שונים ניסו לבטלה, או לפחות להגביל את תחולתה. עם זאת, עד היום, חלק מבתי הדין הדנים בדיני ממונות על פי ההלכה (הנחשבים כבוררים על פי החוק הישראלי), מוכנים לקבל טענה זו בנסיבות מסוימות.

# סמכות חכמים כמחוקקים

מבוא

עד כה, עסקנו בסמכותם של חכמים כפרשנים וכמכריעים במחלוקת. בפרק זה ובפרקים הבאים נעסוק בסמכות של חכמים **כמחוקקים, מתקני תקנות וגוזרי גזרות**. נשים לב כי הביטוי תקנה מתייחס בעיקר לתקנות דתיות/ממוניות, בעוג הגזירות – לאיסורים.

כאשר עסקנו בסמכות חכמים כפרשנים, למדנו כי מקור החובה לציית לדבריהם הוא הפסוק "לא תסור מין הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". עם זאת, **מה המקור לציית לתקנות ולגזרות של חכמים?**

שבת כה, ב

הנושא נדון בסוגיה התלמודית העוסקת בחובה להדליק נרות בחנוכה: כאשר מקיימים מצוות עשה (אכילת מצה, הנחת תפילין וכו') מברכים לפני קיום המצווה. נוסח הברכה הינו "ברוך אתה ה' אלוקינו מלך העולם אשר **קדשנו במצוותיו וציוונו**...". אולם, חנוכה אינו חג מין התורה, אלא חג שנקבע מאוחר יותר על ידי חז"ל. כך, נוסח הברכה הרגיל מעלה קושי מסוים, שכן הוא כולל הודאה לאלוקים על כך שציוונו לקיים את המצווה איננו מתאים (שכפי שאמרנו הציווי אינו הגיע מהאלוקים, אלא מהווה תקנה מאוחרת של חז"ל).

"אמר רב חייא בר אשי אמר רב: המדליק נר של חנוכה צריך לברך. ורב ירמיה אמר: הרואה נר של חנוכה צריך לברך. אמר רב יהודה: יום ראשון – הרואה, מברך שתים, ומדליק, מברך שלש. מכאן ואילך - מדליק מברך שתים, ורואה מברך אחת... מאי מברך? מברך "אשר קדשנו במצותיו וצונו להדליק נר של חנוכה". והיכן צונו? רב אויא אמר: (דברים יז) ב"לא תסור". רב נחמיה אמר: (דברים לב) "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך".

כמענה לשאלה לעיל, הנוגעת למקור הציווי להדלקת נרות חנוכה, (הודאה על ציווי אלוקי, אף שהציווי לכאורה אינו כזה אלא נקבע ע"י חכמים), התלמוד מציע 2 מקורות אפשריים:

1. "**לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל**" – מקור זה מהווה (בנוסף לחיוב לציית לפרשנות חכמים את התורה, שלמדנו לעיל) גם חובה לציית לתקנות חכמים (דעת רב אויא).
2. "**שאל אביך ויגדך**" – דרך נוספת ללמוד על מקור הציות לתקנות חכמים (דעת רב נחמיה).

המקור השני פחות חזק מהמקור הראשון. זאת, משום שהפסוק הראשון הוא פסוק שמובא **בהקשר הלכתי** **כחלק מתרי"ג מצוות שלא לסור מדברי חכמים**, ואילו הפסוק השני הוא פסוק שמובא **בהקשר מוסרי - כללי ופחות הלכתי.**

הקדמת הרמב"ם למשנה תורה

"ויש מצוות אחרות שנתחדשו אחר מתן תורה, וקבעו אותם נביאים וחכמים, ופשטו בכל ישראל, כגון מקרא מגילה ונר חנוכה ותענית תשעה באב, ועירובין, וידיים, ויש לכל מצוה ומצוה מאלו פירושין ודיקדוקין. הכל יתבאר בחיבור זה. כל אלו המצוות שנתחדשו, חייבים אנו לקבלם ולשמרם. שנאמר: "לא תסור מן הדבר אשר אני מצווה אתכם...".

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. 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.

יש איסור מפורש בתורה להוסיף או לגרוע ממנה – אם כך, איך חכמים יכולים לעשות זאת?

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, שאינן מופיעות בה, ואף לגרוע מהוראות התורה (כפי שנראה בהמשך)?

הפרשנים השונים התייחסו לפער בין ההוראה התורנית האוסרת להוסיף ולגרוע, לבין קביעת חכמים כי יש להם סמכות כזו:

רש"י ד, ב

**האיסור להוסיף ולגרוע לא מתייחס לאיסור להוסיף איסורים חדשים או גזירות חדשות, אלא לשינוי פנימי בתוך המצווה**. למשל 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).

רשב"א, פירוש לתלמוד, ראש השנה טו ע"א

**האיסור להוסיף מופנה לאדם הפרטי** (כך למשל לכהן נאסר עליו להוסיף עוד ברכה לברכתו), אך לא מונע מהחכמים להוסיף מצוות, איסורים או תקנות - שנאמר "על פי התורה אשר יורוך" (שמלמד על סמכות זו של החכמים לפי הרשב"א).

ספר הכוזרי (לר' יהודה הלוי)

מלך כוזר שואל (כביכול) את החכם היהודי כיצד מתיישבת סמכות חכמים להתקין תקנות עם האיסור להוסיף על התורה. תשובת החכם היהודי היא – שהאזהרה נאמרה לאנשים הפשוטים שבעם, כדי שלא יחשבו שהם יכולים להוסיף ולגרוע לפי מחשבות ליבם בלבד – דבר פסול ואסור. אולם הכהנים, החכמים והנביאים רשאים להוסיף, ואולי אף לגרוע.

פירוש הפסוק "לֹא תֹסִפוּ, עַל-הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם, וְלֹא תִגְרְעוּ, מִמֶּנּוּ.." הינו שחל איסור להוסיף על דברי משה, דברי הנביאים, ודברי הכהנים והשופטים – שהם מקבלים סיוע מין השכינה (להם עצמם מותר להוסיף, אך לאחרים אסורים להוסיף על דבריהם).

רמב"ם ממרים, פרק ב, הלכה ט

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

הרמב"ם קובע שאסור להוסיף ולגרוע מציוויי התורה ולייחס זאת לתורה, אולם כאשר החכמים מבהירים שהדבר הוא פרי יוזמתם, הדבר אפשרי. כדוגמא, הוא מביא את האיסור לאכול בשר בחלב. מהתורה, האיסור הוא לאכול בשר בהמה וחיה עם חלב, כשעוף בחלב מותר. אולם, מחשש שהדבר יגרום לבלבול אסרו חז"ל גם עוף בחלב. לו היו מייחסים את האיסור הנוסף לתורה, היה בכך משום "**בל תוסיף**". אולם, כל עוד חכמים מבהירים שהאיסור מקורו בדברי חכמים, הדבר אפשרי ואף רצוי.

גבולות סמכות חכמים כמחוקקים - עקירת דבר מין התורה

כל עוד ההוראה של חכמים לא מתנגשת עם דין תורה, היא לא יוצרת קושי. כך בין בהוספת מצווה (הדלקת נרות חנוכה למשל), או הוספת איסור (איסור אכילת עוף וחלב למשל). אין בזה סטייה מכללי התורה.

**הקושי מתעורר כאשר חכמים מבקשים להתקין תקנה שסותרת דין תורה**. למשל להורות לנו שלא לקיים מצוות עשה, או להתיר לנו לעבור על איסור – מצוות לא תעשה.

עולה השאלה האם חכמים רשאים להתקין תקנה כזו שסותרת דין תורה – "לעקור דבר מין התורה"?

הכלל הוא שחכמים רשאים לעקור דבר מין התורה ב"**שב ואל תעשה**" – לתת הוראה להימנע מקיום חובה, אך לא יכולים לעקור דבר מין התורה ב"**קום ועשה**" – לתת הוראה לעבור על איסור**,** למעט חריגים.

על אף שחכמים רשאים לבטל מצוות עשה, הם יעשו זאת רק מטעמים מיוחדים, הקשורים בחיזוק שמירת ההלכה.

**דוגמא:** יש מצווה לתקוע בשופר בראש השנה וליטול 4 מינים בסוכות. חכמים אמרו שאסור לבצע פעולות אלה בשבת למרות שמהתורה זה מותר (עקרו דין מין התורה, כשמדובר בשבת). חכמים פחדו שאם אדם יתקע בשופר בשבת או יטול 4 מינים בסוכות, זה עלול להוביל לפעולות אסורות אחרות בשבת ולחילולה. ולכן אסרו את נטילת ארבעת המינים ותקיעה בשופר בשבת בשב ואל תעשה.

**לפי דעת חלק מהראשונים, הסמכות לבטל מצוות עשה, מותנית בכך שמדובר בביטול חלקי, ושאינו** **טוטאלי**. בהתאם לדוגמא לעיל, המצווה ככלל עדיין מתקיימת, והביטול של המצווה שעשו חכמים, נוגע רק למקרים בהם החג מתקיים ביום השבת, ואינו מהווה ביטול גמור של המצווה.

האתגר המשמעותי יותר הינו ביטול של מצוות לא תעשה – לאפשר או אף להורות לנו לבצע עבירה. ככלל, הדבר אינו אפשרי, אולם יש לכך חריגים. אנו נתייחס ל-4 קטגוריות:

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

הפקר בית דין

תוספתא שקלים א, ג

 "בחמשה עשר בו (בחודש אדר), שלוחי בית דין יוצאין ומפקירין את הכלאים."

על פי דין תורה, גידול כלאיים (מינים שונים) אסור. עקרונית אסור לעשות כלאים אבל הגידולים עצמם לא נאסרו, ומותרים באכילה. עקב כך היה חלק בציבור שלא הקפיד על האיסור (עברו על איסור גידול כלאיים, תוך יצירת אפשרות לאכול גידולים אלו). בט"ו בחודש אדר, כשהגידולים כבר נבטו והיו ניכרים, בית הדין היה שולח שליחים שיעברו ויחפשו אנשים שזרעו כלאים. כאשר השליחים הגיעו לשדה כזו, הם **הפקירו את גידולי הכלאים** - המשמעות היא הפקירו את הבעלות על התוצרת מבעל השדה - כך שהמון העם יכול לבוא ולקחת מהגידולים. דבר זה מהווה מעין קנס לבעל השדה, כדי להרתיע מגידול כלאיים.

הסוגיה התלמודית מעלה את השאלה **איך בית הדין יכול להכריז על הגידולים הללו הפקר?** הרי בפועל הם מותרים והם שייכים לבעל הבית - אין זו עבירה על איסור גזל?

הסוגיה מציעה 2 מקורות אפשריים מהתנ"ך כתשובה לשאלה:

1. כאשר עזרא שהיה ממנהיגי שיבת ציון אחרי גלות בבל מבקש לכנס אסיפת עם, הוא מאיים (מתוקף סמכותו כראש הגולה) להחרים את רכושו של מי שלא יגיע לאסיפה. כלומר**, יש לב"ד סמכות להורות על הפקעת רכוש**.
2. תיאור חלוקת הארץ לשבטים שונים שמופיע בספר יהושוע. הפסוק שם עושה היקש בין "אבות" ל-"מטות" (ראשי השבטים). חז"ל לומדים **שכמו שלאב יש סמכות להוריש את נכסיו לפי רצונו, כך לראשי העם יש סמכות לחלק את הרכוש כרצונם. מכאן, שיש להם סמכות להפקיע ממון מאחד, ולמוסרו לאחר**.

הגם שראינו שבמקור השתמשו בסמכות זו כאמצעי ענישה ואכיפה (כמו בעניין כלאיים), כלל זה היווה בהמשך מקור להרבה תקנות ממוניות של חז"ל.

מדוע זה מתקשר ל"עקירת דבר מין התורה" בקום ועשה?

 ע"פ התורה אסור לגזול. הגדרת הגזל אינה מתייחסת רק למי שנטל מחברו רכוש בכוח, אלא לכל מי שמחזיק ממון חברו שלא כדין. **כאשר חז"ל מתקינים תקנה ממונית שמשמעותה שמגיע לי רכוש שעל פי דין תורה לא מגיע לי, או שיש ליטול ממני רכוש שעל פי דין תורה שייך לי**, ומכוח התקנה יועבר למישהו אחר, **יש בכך לכאורה משום גזל**, ויש כאן בעצם עבירה על איסור, **אולם הכלל שנותן סמכות לחכמים להפקיר ממון, מאפשר זאת**.

הוראת שעה (כללית)

1. רמב"ם ממרים הלכה ב, ד

לכל ב"ד הסמכות "לעקור דבר מין התורה" כהוראת שעה (תקנה למועד מוגדר, ולא תקנה נצחית).

כהוראת שעה רשאים חכמים להורות לנו גם לעבור על "לא תעשה" (איסור). **הרמב"ם מדגיש שהשיקול הוא חיזוק השמירה על הדת**. הסוגיה בתלמוד למדה על סמכות זו של החכמים, מהסיפור התנ"כי על **אליהו הנביא בהר הכרמל**. אליהו הנביא מוכיח את העם על כך שהם עובדים עבודה זרה. הוא מציע לעם לבחון מי הוא האל האמיתי, **כדי להוכיח לעם את שקר עבודתם הזרה**. הוא יבנה מזבח לאלוקים, והם יבנו מזבח לאלילים שלהם. הוא מתנה את המבחן כך: אם תרד אש מהשמיים ותשרוף את הקורבן שלו, זה יהווה הוכחה שאלוקיו הוא האלוקים, וכן להפך. בסופו של המבחן (ובניגוד לעם) אליהו צולח את המבחן והעם מכריזים על ה' כאלוקים.

עולה קושי מהמבחן עצמו שאליהו הנביא ערך – לפי ההלכה אסור לבנות מזבח ולהקריב קורבן לאלוקים מחוץ לבית המקדש. כיצד עושה זאת אליהו בהר הכרמל? אליהו עושה זאת **כהוראת שעה, כדי להשיב את העם בתשובה** (היה צריך לקיים את המבחן במקום ניטראלי, בנוסף לא ניתן להקריב קורבן לעבודה זרה בבית המקדש, ולכן נעשה בהר הכרמל). **הדגש, גם בדברי הרמב"ם – הכל נעשה כהוראת שעה ולא כקביעה לדורות**.

1. שימוש בולט בפרוצדורה זו ניתן למצוא בהיתר של חז"ל לכתוב את התורה שבעל פה. במקור הדבר נאסר, אך חז"ל התירו זאת שמא תישכח. אמנם, מדובר בהיתר שנמשך מעל 2000 שנה. אולם התפיסה הרעיונית היא שזו **הוראת שעה שנובעת מאילוץ דתי**.

הוראת שעה בתחום הענישה

ההתייחסות אל הוראת שעה העוסקת בענישה כקטגוריה נפרדת נובעת מהשימוש התכוף שנעשה בה. הרעיון הוא שחכמים מענישים על מעשים שלא נקבע להם עונש כאמור בתורה (לא נקבע עונש כלל מהתורה אלא רק מציווי חכמים).

הברייתא בסנהדרין, מו

ראשית, **מובאת האמירה העקרונית לפיה ב"ד רשאי להעניש גם מי שלא מחויב בעונש לפי דין תורה, כאשר צרכי השעה מחייבים זאת** - "**מפני שהשעה צריכה לכך**", זו הוראת שעה שחכמים רואים בה צורך לשם הוקעת התנהגות מסוימת מהעם (ואולי אף הבהרה של החומרה היתרה שקיימת בה).

מובא מקרה של אדם שרכב על סוס בשבת בימי היוונים. חילול שבת במזיד מחייב מוות בסקילה. 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 העניש אותו במוות בסקילה. הסיבה היא צורך השעה לחזק את השבת, כדי שאנשים יזהרו יותר בשמירת השבת. נשים לב, כי משמעות הביטוי "מפני שהשעה צריכה לכך" כוונתו לעת חריגה בחיי האומה, ושמא אף לשפל רוחני של העם. על כן, תידרש הוראת השעה בתחום הענישה, לצורך הוקעת התנהגות, ואולי אף לצורך הרתעה (כאמור לעיל). במקרה זה, הוראה השעה תוקנה ככל הנראה בגלל צרות התקופה - זה היה בימי יוונים, והיוונים ניסו להעביר את עם ישראל על דתם, ונלחמו במיוחד נגד מצוות השבת. יתר על כן היה פילוג בתוך העם לגבי היחס הראוי לתרבות יוון, לכן היה צורך יותר גדול בהוראת שעה כדי 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, כיוון שלא עבר עבירה פורמלית, אך חכמים הלקו אותו. וזאת משום שהיה צורך שעה, חכמים ראו בהוקעת התנהגות זו מקרב העם צורך שעה, ככל הנראה כדי לחזק היבטים של צניעות.

רמב"ם סנהדין כד, ד-ט

**הרמב"ם פוסק להלכה כי חכמים יכולים לתת עונש שלא חייבים בו מעיקר הדין בהוראת שעה - בין מלקות ובין מיתה**. אין הסמכות כוללת אפשרות לסתור דברי תורה, אלא להוסיף סייג.

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

כל זאת בנוגע להוראת שעה (זמנית) אולם אין לחכמים סמכות לקבוע הוראה כזאת לדורות (המהווה הפך מהוראת שעה).

מדברים אלו, 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. הרמב"ם מביא בדבריו דוגמאות רבות לסמכויות אותן יכול ב"ד לקנות לעצמו במסגרת הוראת שעה (להחרים, לאסור, להפקיר ממון, לנדות ועוד) דבר שיש בו כדי ללמד על ההיקף הרחב שיש לב"ד בשימוש בסמכות זו (במקרים המתאימים).

הפקעת קידושין

נקדים ונבהיר כי לפי דין תורה נישואין בין איש לאישה פוקעים רק בגט שנמסר כדין מהאיש לאישה, או במוות של אחד מבני הזוג. כל עוד האישה נשואה, היא מוגדרת כאשת איש. חל איסור על מי שלא בן הזוג שלה לקיים עימה יחסי אישות. קיום יחסי אישות עם אישה נשואה נחשב חטא חמור מאוד. אישה שהרתה וילדה ילד שלא מבעלה, הילד נחשב ממזר, כאשר המשמעות היא שכמעט לא תהיה לו יכולת להינשא לפי ההלכה. הממזרות לא תלויה ברצון/בכוונת האישה (גם אם נאנסה הילד יחשב כממזר למשל).

המשנה בגיטין ד, א-ד

המשנה עוסקת במקרה בו האיש שלח לאישה גט באמצעות שליח. עקרונית, יכול הבעל לתת גט לשליח כדי שימסור אותו לאישה, כאשר התוצאה של הפעולה מיוחסת לשולח (זו פעולה משפטית ולכן הדבר אפשרי, השליח משמש למעשה כמעין כלי בידיו של השולח – השליח מבצע את הפעולה הפיזית, כאשר התוצאה מיוחסת לשולח).

ע"פ דין תורה, כל עוד לא מסר השליח את הגט לאישה, רשאי הבעל לבטל את השליחות.

החלק הראשון של המשנהמתאר את אופציות הביטול השונות העומדות בפני הבעל: להודיע בעצמו על הביטול, להודיע באמצעות שליח אחר לשליח הראשון שהגט מבוטל, להודיע לאישה עצמה שהגט שעתיד להגיע אליה מבוטל. כל עוד עשה זאת לפני שנמסר לאישה הגט, הגט מבוטל. לאחר שהגט נמסר לאישה, היא גורשה, ואין לו עוד יכולת לבטלו.

החלק השני של המשנה קובע שעקרונית יכול הבעל לבטל את הגט גם מרחוק, ע"י שיפנה לב"ד במקום מגוריו (גם אם אינו ב"ד פורמאלי) ויודיע בפניהם שהגט מבוטל.

ע"פ הדין המקורי, הביטול מרחוק (ע"י פנייה לב"ד) תופס והגט אינו גט. הקושי הוא שהשליח והאישה לא יודעים מזה. השליח ימסור הגט לאישה, היא תחשוב שהיא גרושה, תינשא ותוליד ילדים; או אז עלול להתברר שהאישה עודנה נשואה והילדים ממזרים. כל זאת למרות שהאישה פעלה בתום לב.

כדי לפתור את הבעיה שיכולה להיווצר מביטול כזה של הגט, התקין רבן גמליאל תקנה שאין לעשות ביטול כזה מרחוק, אלא רק באמצעות עצירת השליח לפני מסירת הגט לאישה, או הודעה לאישה על ביטול הגט לפני שהגט נמסר לה. הוא מנמק זאת ב"**תיקון עולם**", כלומר מניעת הכשלת האישה, והולדת ממזרים בשל הטעות.

הסוגיה התלמודית במקום מבררת מה בדיוק הייתה משמעות התקנה של רבן גמליאל:

בבלי מסכת גיטין לג, עמוד א

"תנו רבנן: בטלו – מבוטל, דברי רבי. רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו יכול - לא לבטלו ולא להוסיף על תנאו. שאם כן, מה כח ב"ד יפה? ומי איכא מידי דמדאורייתא בטל גיטא, ומשום - "מה כח ב"ד יפה" שרינן אשת איש לעלמא [מתירים אשת איש להינשא לעולם]? אין [כן], כל דמקדש אדעתא דרבנן [המקדש על דעתם של חכמים הוא] מקדש. ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה [והפקיעו רבנן את הקידושין ממנו, וביטלום]."

לדעת רבי (ר' יהודה הנשיא), התקנה אמנם ביקשה להימנע מביטול מרחוק, אך היה ומישהו פעל בניגוד לתקנה וביטל מרחוק, הביטול תקף - הגט אינו גט (על כל המשתמע מכך). לעומת זאת, לדעת רבן שמעון בן גמליאל, התקנה של חכמים הייתה מרחיקת לכת אף יותר – היא קבעה שאם מישהו ביטל את הגט מרחוק בניגוד לתקנת חכמים אין לביטול תוקף, הגט גט, והאישה מגורשת. הוא מנמק זאת בכך, שאלמלא נבטל את תוקפו של 'ביטול הגט' (שנעשה מרחוק), תהא זו תקנת חסרת שיניים.

עמדה זו של רבן שמעון בן גמליאל יוצרת קושי: משמעותה היא שמי שעשה ביטול כזה מרחוק, ע"פ דין תורה הביטול תופס והאישה אינה מגורשת וממשיכה בנישואיה. לעומת זאת, לפי התקנה הביטול אינו תופס, האישה מגורשת, ומותר לה להינשא לאחר כרצונה. יוצא מכאן, שמכוח תקנת חכמים, אישה שמדין תורה עדיין נשואה (ואסורה ביחסי אישות לאחר), תחשב לגרושה מכוח תקנת חכמים, ותהא מותרת ביחסי אישות לאחר (עימו תינשא). כלומר, **תקנת חכמים מתירה למעשה דבר שהיה אסור מין התורה** (שהרי מבחינת דין תורה ביטול הגט תופס והיא עודנה נשואה, ואסורה ביחסי אישות לאחר). **התקנה "עוקרת דבר מין התורה" ב'קום ועשה' - מתירה איסור**.

כיצד אפשרו חכמים את המהלך (מבחינה פרוצדוראלית)?

הם הסתמכו על הפסוק "**כל המקדש, על דעת חכמים מקדש**". זו מעין פיקציה של תנאי המתלה את הנישואין בהסכמת חכמים, ובעמידה בתנאים של החכמים. כך, החכמים מפקיעים את קידושין כי כביכול לא נתנו להם לכתחילה את הסכמתם, והנישואים נעשים בטלים למפרע.

החכמים השתמשו בסמכות זו, **רק במקרים מיוחדים של "הוא עשה שלא כהוגן והם עשו שלא כהוגן"**. במקרים בהם הבעל פעל שלא בהגינות (כמו במקרה זה), חכמים חרגו מהכלל הרגיל, וביטלו את הקידושין.

כך למשל, ביחס לאדם שקידש אישה, תוך הסכמה שהשיג ממנה באיומים; מי שחטף נערה וקידש אותה, וכיו"ב. בתלמוד מתוארת פרוצדורה של תנאי מתלה – הקידושין מותנים בהסכמת חכמים. במקרים מיוחדים מעין אלה, החכמים לא נותנים הסכמה זו, או אז הקידושין בטלים למפרע.

בתלמוד הירושלמי, ובחלק מסוגיות התלמוד הבבלי לא מוזכר הרעיון של התנאי המתלה, אלא רק סמכותם של חכמים להפקיע קידושין. יתכן שניסוח זה מלמד על סמכות מרחיקת לכת עוד יותר - הפקעת קידושין מכאן ולהבא (בדיעבד), גם ללא שימוש בפיקציה של תנאי מתלה.

הנפקות בין 2 הגישות השונות, תהיה בשאלה האם הקידושים במקרה כזה בטלים למפרע, וכאילו האיש לא קידש את האישה מעולם, או שמא הבטלות היא מכאן ולהבא – האישה אכן הייתה מקודשת ובני הזוג היו נשואים עד לרגע עד לרגע בו חכמים החליטו להפקיע את הקידושין.

נחדד, כי במקרה בו לבני הזוג יש ילדים, וחכמים קבעו ביטול של נישואיהם למפרע, הביטול למפרע אינו יוצר קושי. אמנם זה הופך את הילדים לכאלה שנולדו לזוג שכביכול איננו נשוי (כי נקבע שנישואיהם בטלים למפרע). אולם, מעמדם של ילדים שנולדו מחוץ לנישואים אינו נפגע ע"פ ההלכה (בניגוד לילדים שנולדו לאישה נשואה, ממי שאיננו מבעלה, אז יחשבו לממזרים).

סיכום – סמכויות חכמים:

1. להתקין תקנות ולגזור גזירות המרחיבות איסורים.
2. במקרים מסוימים, להורות שלא לקיים מצוות עשה (אך לא רשאים לבטלה לחלוטין).
3. לקבוע הוראה שמשמעותה לאפשר או אף להורות (לחייב) לעבור על איסור. דיברנו על 4 קטגוריות:
4. הכלל "הפקר בית דין הפקר" מאפשר לחכמים להתקין תקנות ממוניות מבלי שהזוכה מכוחן יחשב גזלן.
5. הוראת שעה כללית.
6. הוראת שעה ספציפית בתחום הענישה.
7. הסמכות להפקיע קידושין – או כסמכות ישירה, או מכוח הרעיון של "כל המקדש – על דעת החכמים מקדש".

# הערמה על הדין

מבוא

הערמה היא למעשה תיקון תקנות ע"י חכמים - באופן שאינו מתנגש חזיתית עם דין תורה, אלא בעקיפין "מערימות" עליו. **ה"הערמה" היא שימוש בכלים מתוך ההלכה כדי לעקוף אותה.**

דוגמאות להערמה על הדין:

1. **תקנת הפרוזבול** – חובות שמועד פירעונם בשנת השמיטה, אמורים להימחק. **באה תקנת הפרוזבול של הלל הזקן ו"עוקפת" את דין שמיטת החובות**. ההלכה קובעת שרק חובות פרטיים נמחקים, אולם חובות לרשות הציבורית אינם נמחקים. תקנת הפרוזבול יצרה מעין פיקציה הלכתית – לפיה המלווה ממחה לב"ד את זכויותיו כלפי הלווה, וכך החוב הופך לחוב כלפי ב"ד ואינו נשמט. הלל הזקן תיקן זאת מנימוק שלא לנעול דלת בפני לווים – כדי שהמלווים העשירים לא ימנעו מלהלוות לעניים (מתוך חשש סביר שהעניים לא יוכלו להשיב להם את החוב עד שנת השמיטה, הוא ישמט, וכתוצאה מכך לאותם עניים כלל לא ירצו להלוות מלכתחילה). בנוסף, יתכן שהתקנה תופסת רק בזמן שדין שמיטה אינו נוהג מין התורה. עם זאת, **ברור שיש כאן מעקף של הדין באמצעות "הערמה" ופיקציה של המחאת החוב**.
2. **היתר עסקה** – ע"פ ההלכה אסור לגבות ריבית. היתר עסקה בא לעקוף את האיסור ע"י פיקציה, לפיה הלוואה או חלקה מהווים כביכול השקעה במעין עסק משותף. בהתאם לכך, הריבית היא למעשה חלקו של המלווה ברווחים. מ**טרת הפרוצדורה היא לעקוף את איסור ריבית באמצעות הגדרה פיקטיבית של ההלוואה כעסקה**, לפחות כשמדובר בהלוואות על רקע עסקי, להבדיל מהלוואות על רקע סוציאלי.
3. **היתר מכירה=מכירת קרקע למי שאינו יהודי** – בשנת שמיטה קיימות מגבלות על עבודת הקרקע. כשהתחדש היישוב היהודי בא"י, ביקשו למנוע את הנזק שיגרם ליישוב כתוצאה מנטישת עבודת הקרקע בשנת השמיטה. הפתרון היה – מכירת הקרקע לגוי, מה שיאפשר גם ליהודי לעבוד את הקרקע (לפי הגישה המתירה את השימוש ב'היתר מכירה', הגוי אינו מצווה על השמיטה, ואף היהודי יכול לעבוד עבודות האסורות בשמיטה מדרבנן). המכירה נחזתה להיראות כרגילה, אולם מדובר במעין פיקציה, כאשר מטרת המכירה היא לעקוף את הדין, כשבסוף התקופה היא תחזור לבעליה.

בדוגמאות הללו מדובר בתקנות חכמים שמבוססות על הערמה על הדין. **ישנם מקרים, בהם הסוגיות אינן שוללות הערמה גם כשמדובר על מקרה ספציפי ולא תקנה כללית**.

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

"ומהו להערים (?) וכי רבי טרפון אביהן של כל ישראל לא הערים (?) קידש שלש מאות נשים בימי רעבון על מנת להאכילן בתרומה"

התרומה היא חלק מהתוצרת החקלאית שניתנת לכהנים ומותרת באכילה רק לכהנים ולבני ביתם.

רבי טרפון היה כהן עשיר, בעל מלאים רבים של תרומה. בשנת מחסור, הוא קידש 300 נשים, כדי שתוכלנה לאכול מהתרומה. ע"פ דין תורה מותר לאיש לשאת מספר נשים. ר' טרפון ניצל זאת, והשתמש במוסד הנישואים כדי לעקוף את הדין המגביל את הזכאים לאכול מהתרומה. ר' טרפון נשא את הנשים כדין, אולם לא למטרה של חיי אישות וזוגיות, אלא רק כדי לאפשר לנשים לאכול. **במקרה זה לא מדובר בהוראה או תקנה של חכמים,** **אלא פעולה של הפרט**, שבמסגרת הנסיבות חכמים רואים אותה בעין יפה.

**משנה מסכת מעשר שני פרק ד משנה ד-ה**

הקדמה: ע"פ ההלכה יש להפריש מהתוצרת החקלאית תרומות ומעשרות. ראשית, על התורם להפריש תרומה גדולה, שמדברי חכמים נקבע ששיעורה כ-2% מהתוצרת. אחרי שאדם הפריש תרומה הוא צריך להפריש עוד מעשר (10%), ובשנים מסוימות מתוך מחזור שנות השמיטה, עליו להפריש מעשר שני. דינו של מעשר פירות שני הוא העלאת הפירות לירושלים ואכילתם שם. לחלופין, ניתן לפדות את המעשר בכסף ואת הכסף לקחת לירושלים ולהשתמש בו שם (לרוב עקב קשיי מרחק ומשא של הפירות). אך, מי שבוחר בדרך הזו צריך להוסיף "חומש" (25%) על המעשר השני (תוספת כסף של 25% משווי סך הפירות, בנוסף למעשר השני). דרישת תוספת ה"חומש" היא רק מבעל הפירות עצמו; אדם שפודה פירות מעשר שני שאינם שלו - לא צריך להוסיף חומש.

**המשנה אומרת שניתן להערים על מעשר שני (להימנע מתוספת החומש). איך?**

אפשרות ראשונה - האב ייתן למי מילדיו הגדולים או לעבדו העברי (שיכולים לצבור רכוש משלהם) כסף בשווי הפירות (במתנה). מקבל הכסף יפדה את הפירות בכסף שקיבל, יחזיר את הכסף לאב - האב ייחשב צד ג' ולא יצטרך להוסיף חומש.

אפשרות שנייה - לתת את הפירות לחבר במתנה, ולפדות את הפירות מחברו על כסף שיש לו בבית. הפודה נחשב צד ג' ולא צריך להוסיף חומש. **מתנה מלאכותית לצורך הערמה על הדין.**

**מניסוח המשנה נראה שאינה שוללת סוג זה של הערמה.**

**תלמוד בבלי מסכת שבת דף קכד עמוד א**

יש כלל בתורה לפיו אסור לאדם לשחוט באותו היום את הפרה ואת העגל שלה ("אותה ואת בנה"). הסוגיה דנה במקרה שהפרה והעגל נפלו לבור ביום טוב. הבעיה המתעוררת כאן היא שביום טוב מותר להוציא מהבור את הפרה רק אם זה לצורך שחיטה ואכילה (אחרת האדם עובר על איסור מלאכה ביום טוב). יוצא מכאן, שמותר להוציא מהבור רק אחד מהם (כיוון שאסור לשחוט את שניהם באותו היום). **ר' יהושע** אומר שכדי להוציא את שניהם יש **להשתמש בהערמה.** האדם יוציא את הפרה בתחילה כדי לשחוט אותה, אך לאחר שיוציא אותה יחליט שהוא לא רוצה אותה לשחיטה אלא הוא רוצה את העגל ולכן מוציא גם את העגל מהבור. **ר' אליעזר** מונע זאת, שכן לטענתו אפשר להשאיר אחד מבעלי החיים בבור, ולהביא לו לשם אספקה של מזון.

במקרה זה המניע אינו יצירת רווח (כמו במקרה של אי תשלום חומש; לעיל), אלא מדובר במטרת מניעת צער בעלי חיים.

**משמעות ההערמה היא: יש מעין פרצה בחוק ההלכתי, המאפשרת לעקוף אותו (באמצעות הערמה).**

מגבלות על היכולת להערים

 **כפי שנלמד, חז"ל לא שוללים הערמות מסוג זה** (פרצה בחוק עצמו שמאפשרת לעקוף אותו). **עם זאת, יש להקפיד שהפעולה המשפטית תתבצע באופן תקין ועל פי כל הכללים ההלכתיים.**

**משנה נדרים, פרק ה, סימן ו**

"המודר הנאה מחברו ואין לו מה יאכל, נותנו לאחר לשום מתנה, והלה מותר בה."

יש בהלכה מושג שנקרא "נדר". משמעות הנדר היא קבלה של אדם על עצמו התחייבות או איסור מחייב, ואם יפר אותו - יחשב כעובר עברה (בהקבלה למשפט הישראלי, אנו רואים שהדין הישראלי שונה, כאשר במשפט בישראל אדם לא יכול להטיל על עצמו איסורים פליליים). באמצעות נדר ניתן לקבל על עצמך התחייבויות.

מובא במשנה מצב בו אדם קיבל על עצמו **נדר שלא יקבל כל טובת הנאה מחברו** (מתנות, אוכל, רכוש). הנודר נתקל בבעיה - אין לו אוכל. כעת הוא נזקק למזון מאותו חבר – אך לא יכול להפר את הנדר. **מה יעשה הנודר?**

על החבר לתת את האוכל במתנה לצד ג' (צד שלישי), אז הנודר יוכל לקחת את זה ממנו ולא ייווצר מצב שהוא נהנה מרכוש חברו - אלא מרכוש של מישהו אחר. ברור שהמתנה ניתנה כדי לאפשר עקיפה של הנדר, ובכל זאת הדבר אפשרי.

**עם זאת, כדי שהערמה תצליח, חייבת להתלוות למתנה (לאחר) גמירות דעת של ממש. אם המתנה ניתנת רק למראית עין, הדבר לא יתפוס.**

בהקשר לכך מסופר בתלמוד (על המשנה דלעיל):

**בבלי מסכת נדרים דף מח עמוד א**

"מעשה באחד בבית חורון שהיה אביו נודר הימנו הנאה והיה משיא את בנו ואמר לחברו חצר וסעודה נתונים הינן לפניך אלא כדי שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה אמר אם שלי הם הרי הם מוקדשין לשמים א"ל נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים (?) אמר לו נתת לי את שלך אלא שתהא אתה ואביך אוכלין ושותין ומתרצין זה לזה ויהא עון תלוי בראשו (?) אמרו חכמים כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת אינה מתנה."

מסופר על אב שנדר לא להנות מרכוש בנו. הבן מחתן את בנו (הנכד) ושניהם מעוניינים שהאב 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 ועל מנת שהאב יוכל להשתתף בסעודת החתונה". כדי לבחון את רצינות כוונותיו של הבן (נותן המתנה), השכן אומר לו "אם החצר והמזון אכן שלי, אני מקדיש את המתנה לשם שמיים (לבית המקדש)". אמר לו הבן – "וכי נתתי לך את שלי כדי שתקדיש זאת לשמים?? נתתי לך את זה כדי שאבי יוכל להשתתף!". החבר עונה לו "אם כך הוא מסרב לקבל את המתנה – ולסייע להם לעבור על הנדר".

**ההערמה במקרה כזה לא תופסת. למה?**

הסוגיה מסבירה כי **האפשרות להערים על הדין ניתנת בתנאי שהפעולה המשפטית תעשה כדין.** אם הבן היה נותן לשכנו את רכושו בצורה אמיתית עם גמירות דעת, היה האב רשאי להשתתף בסעודה, הגם שברור שמטרת המתנה היא לעקוף את הנדר (כיוון שהמתנה הוקנתה באופן מלא לחבר)**.** אולם במקרה זה לא הייתה לבן ג"ד של ממש, ומבחן ההקדש הדגיש זאת. כל מטרתה של מתנה היא העברת בעלות מלאה מאדם אחד לאחר. כאשר מציבים תנאים בנתינת המתנה (כמו כאן), אין העברת בעלות מלאה, יש עדיין שליטה (מלאה או חלקית) של הבעלים המקורי. משכך ההערמה לא צלחה, והמתנה אינה תקפה.

ראינו כמה דוגמאות של הערמה של שחז"ל לא שללו. עם זאת, **יש מקרים בהם חז"ל שללו הערמה, ואף הטילו סנקציה על המערים**.

**תלמוד בבלי, מסכת ביצה, יז, ב**

הסוגיה עוסקת בדיני יום טוב. יום טוב שונה משבת בכך שמותר לבצע מלאכה לצורך 'אוכל נפש' - עשיית מזונותיו של האדם להם הוא זקוק לאותו היום, ולא לימים שלאחר מכן.

הכנה מיום טוב לשבת אפשרית במסגרת חריג - 'עירוב תבשילין', שנעשה מלפני יום טוב. במידה ולא נעשה 'עירוב תבשילין', אין לבשל ביום טוב, גם לא לצורך שבת.

עם זאת, **קובעת הברייתא בתלמוד**:

"אבל מבשל הוא ליו"ט ואם הותיר הותיר לשבת ובלבד שלא יערים". כלומר, מותר לבשל בסיר גדול, כך שחלק מהאוכל שבושל ישאר לשבת, אך אסור להערים.

**רש"י במקום**:

"שלא יערים – לאחר שבשל לצורך. לומר עוד אני צריך להזמין אורחים ויבשל תבשילין אחרים ויתירם לשבת".

לבשל תבשילים אחרים בטענה שאולי יזדמנו לו אורחים בהמשך היום היא אסורה, כיוון שברור שכל כוונתו לבשל לצורך שבת ביום טוב. יתר על כן, אם אדם נקט בדרך הערמה זו יהיה לו אסור לאכול את התבשיל בשבת. על אף שיתכן, שאם היה עושה כן במזיד, היה לו מותר.

לכאורה עולה פה קושי – אדם פועל בדרך הערמה כדי לא לפעול פעולה אסורה במזיד (הכנת מזון מיום טוב לשבת, כשלא עשה עירוב תבשילין). אם כן, כיצד יתכן שאותה פעולה בהערמה אסורה, אך במזיד מותרת?

מסביר רש"י: **יש לומר שהחמירו חכמים בהערמה יותר ממזיד**. מי שנקט בדרך של הערמה, עלול להרגיש שנהג כדין (על אף שהוא עצמו עושה דבר אסור), לא ישוב מדרכו הרעה, ויתמיד בה; כשגם הסביבה עלולה לאמץ את התנהגותו. לעומת זאת, מי שנהג במזיד נחשב רשע שעובר על דברי חכמים, ואחרים לא לומדים מפעולותיו. יתר על כן, יתכן שעקבותיו ההבנה של האיסור שבמעשיו, יחזור בו מהם. **לכן קנסוהו חכמים**. **במקרה זה חז"ל שוללים את הערמה** (שלא כמו במקרים הקודמים שראינו).

**יוצא, שלעיתים היחס להערמה חמור מהיחס כלפי מי שפעל מתוך כוונה לעבור על הדין.**

עולה השאלה, באילו נסיבות חז"ל מאפשרים להערים, ומתי הם מסתייגים מביצוע הערמה?

**פירוש הרמב"ם למשנה, מסכת תמורה**

"והתחבולה המותרת נקראת הערמה, ושאינה מותרת – מרמה".

הרמב"ם עומד על כך שיש הערמות מותרות, וישנן אחרות שאסורות (ואז בגדר מרמה). עם זאת, הרמב"ם לא נותן לנו קריטריונים להבחין בניהם.

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

הרשב"א נוקט אף הוא בגישה כי ישנן הערמות מותרות, בעוד הערמות אחרות אסורות. עם זאת, **הרשב"א סבור כי אין קריטריונים ברורים להבחנה בין סוגי הערמות המותרות והאסורות**. ע"כ לא ניתן להשוות בין מקרים שונים "ואין אומרים בהערמות זו דומה לזו". **עם זאת, בהמשך דבריו הרשב"א מנסה להבחין בין מצבים שונים של הערמה**.

הערמה: גרימת נזק לאחר

על אף שיש מצבים בהם ניתן להערים על הדין, אין לעשות כן כאשר מטרת הערמה היא לגרום נזק לאחר, או להשיג לעצמי יתרון שלא כדין.

**שו"ת הרא"ש כלל ע"ח סימן א**

הרא"ש נשאל אודות מקרה בו ראובן חייב כסף לשמעון. שמעון הלווה לראובן כסף בע"פ – ההלוואה לא כללה שטר חוב. ע"כ, אינה כוללת בתוכה את שעבוד נכסיו של החייב (ראובן) למלווה (שמעון). על פי דין, אם מכר החייב נכסים, כולל נכסי מקרקעין, לצד ג', לא יוכל המלווה לדרוש לקבלם, במקרה שהלווה לא פורע את החוב. מאחר והנכסים לא היו משועבדים בעת המכירה, הקונה רכש נכס נקי משעבוד, ועל כן זכותו על הנכס גוברת.

במקרה דנן, נתן החייב שמעון את כל נכסיו במתנה לצד שלישי. **הרא"ש מניח שזה ניתן במתנה רק כדי להערים ולהבריח את הנכסים מהלווה**. **ע"כ קובע שאין תוקף למתנה**, **כאשר המלווה רשאי לדרוש את מימוש הנכסים כדי לקבל את כספו.**

נראה שאפשר לקשר דבריו אלו של הרא"ש, אל הדברים שהובאו לעיל (בבלי מסכת נדרים) ביחס להערמה שנעשית כדי להשתחרר מנדר. גם כאן ההנחה היא שלא הייתה ללווה ג"ד לתת את כל נכסיו במתנה לאותו צד ג'. לא סביר שהלווה לא יותיר לעצמו אפשרות להתקיים ו"יחזר על הפתחים". ע"כ המתנה (כביכול), נפסלת.

מסקנתו של הרא"ש מנוסחת באופן כללי יותר: "מכל אלה ראינו, שכל המכוון להערים, חכמי הגמרא עמדו כנגדו לבטל עורמתו...". הרא"ש קובע שיש להקיש דבר מדבר. חכמי התלמוד לא עסקו בכל הסוגיות הספציפיות האפשריות לעתיד לבוא. הרא"ש קובע כי כאן מדובר בדין גמור שמדובר בהערמה אסורה, כשההערכה ברורה ומוכחת (בנוגע למטרתו של הלווה בעודו נותן את כל נכסיו לצד ג').

הרא"ש מוסיף דוגמא נוספת ממקור אחר, הכוללת את תשובת רבו. שם, אדם רכש קרקע, וביקש לרשום אותה על שם אחיו במקום על שמו, ובכך להפקיע בהערמה את שעבוד אשתו בנכסיו (בניגוד לאמור בכתובתה). מציין כי ההכרעה שם הייתה, כי לאישה עומדת הזכות לגבות מהם את זכויותיה בנכס (עקב השעבוד), על אף הרישום על שם האח.

 **כיוון שהמערים כיוון להפקיע את תקנת חכמים (ולרוקן אותה למעשה מתוכן) ערמתו לא תועיל לו.**

השולחן ערוך פוסק את הכלל דלעיל להלכה:

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

"**החייב לחבירו ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו, לא תועיל ערמו** ויגבה בעל חוב חובו, אפילו הוא מלוה על פה, ממקבל המתנה, וישבע מקבל המתנה על דעת ב"ד בלא ערמה ומרמה כמה קבל מתנה מראובן, **ויגבו בית דין לבעל החוב חובו מכל מה שקבל מראובן**..."

**הרמ"א במקום**: אם בית הדין יסיק שהמתנה אמיתית, הוא כן יאשר אותה.

בהמשך דבריו, מוסיף הרמ"א כי גם כאשר אדם מבריח את נכסיו לפני מועד בקשת ההלוואה, זה לא ימנע מבעל החוב לגבות מהם (הלווה-נותן המתנה, ומקבלה) את חובו. נשים לב, כי מדובר במצב מיוחד (ומתוכנן) של הערמה, לפיו הלווה נתן מראש את כל נכסיו במתנה, לפני מועד ההלוואה, תוך תכנון מראש לפיו לא יהיו למלווה העתידי נכסים לגבות מהם את החוב.

השולחן ערוך **קובע, כי אם נותן המתנה (הלווה) לא העביר פיזית את הרכוש, אלא רק פורמאלית, הדבר מלמד שהמתנה לא ניתנה בכנות. לכן, זכותו של הנושה (המלווה) לגבות את חובו, קודמת לזכותו של מקבל המתנה, שכן ברור שמטרת ההעברה הייתה להערים על הנושה ולפגוע בו.**

**סיכום:**

**ראינו, שחכמים רשאים להתקין תקנות. לעיתים יש בתקנות משום** "הערמה על הדין'" – שימוש בכלים מתוך ההלכה כדי לעקוף את הדין**, כגון התקנות בנושא הפרוזבול, היתר עסקה וכו'. במקרים אחרים, כשיש נימוקים המצדיקים זאת, חז"ל נותנים לגיטימציה לאדם פרטי שמערים על הדין, כגון ר' טרפון שקידש 300 נשים. במקרה כזה, הדרישה היא שמבחינה פורמאלית הכל יתבצע לפי הכללים ההלכתיים, כך שהערמה תתבטא אך בשימוש בכללים מתוך הדין כדי להערים עליו. עם זאת, ראינו שכל זה לא מתאפשר כאשר המערים עושה כן כדי לקפח זכויות ממוניות שלא אדם אחר.**

# ביטול תקנות חכמים

עד כה, למדנו על סמכות חכמים להתקין תקנות – וגבולותיה. עקרונית חכמים אינם רשאים לבטל דין תורה, ובוודאי שלא לצמיתות. עם זאת, למדנו שחכמים רשאים לסטות מדין תורה בנסיבות מיוחדות, כגון ביטול מצוות עשה במקרים מיוחדים, או ביטול מצוות לא תעשה, בעיקר במסגרת של הוראת שעה.

כעת, נעסוק בשאלה **האם ניתן לבטל תקנת חכמים?** דהיינו, **האם חכמים בדור מאוחר רשאים לבטל תקנה או גזירה שנקבעה ע"י חכמים בדורות קודמים?**

נשים לב - באותם מקרים בהם ניתן לעקור דבר מין התורה (כגון בהוראת שעה), ניתן גם לעבור על גזירת חכמים (שהיא בעלת דרגה נורמטיבית נמוכה יותר מדין תורה).

דברים אלו מובאים ברמב"ם דלהלן:

**רמב"ם, הלכות ממרים, פרק ב, הלכה ד**

"**ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו (תקנות וגזרות) לפי שעה, אע"פ שהוא קטן מן הראשונים, שלא יהו גזרות אלו חמורין מדברי תורה עצמה - שאפילו דברי תורה יש לכל בית דין לעקרו הוראת שעה**.

כיצד? בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה מכין ועונשין שלא כדין אבל אין קובעין הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך הוא. וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים עושין לפי מה שצריכה השעה.

כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה כדי שיתקיימו [כולם]. כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה."

**עיקר הדיון שלנו ייסוב סביב השאלה, האם מתייחסים לתקנות חכמים בהקשר זה כאל דין תורה, כך שאינן ניתנות לשינוי אלא בהתאם לקריטריונים ביחס לדיני תורה** (אותם למדנו בנושא 'עקירת דבר מין התורה'). **או שמא, מאחר ותקנות חכמים אינן הוראות של האלוקים, אלא נקבעו ע"י החכמים מכוח שיכלם האנושי, אין מניעה שחכמים בדור מאוחר יותר יחשבו אחרת – ויבטלום**.

ביחס לשאלה זו יש להבדיל בין תקנות שטעמן ידוע – כלומר שחכמים גילו לנו את הנימוק לתיקון התקנה, לבין תקנות שלא ידוע לנו במפורש מה הטעם העומד מאחוריהן.

דוגמא לתקנות שטעמן נמסר לנו ע"י חז"ל, מופיעה במשנה, גיטין:

**משנה, גיטין, ד, ו**

"אין פודין את השבויין יותר על כדי דמיהן, **מפני תקון העולם**. ואין מבריחין את השבויין (מסייעים להם לברוח), **מפני תקון העולם**. רבן שמעון בן גמליאל אומר, **מפני תקנת השבויין**."

המשנה מתייחסת לפדיון שבויים (שבויים שנחטפו לשם כופר, להבדיל משבויי מלחמה), וקובעת כי אין לפדות אותם במחיר מופקע "מפני תיקון העולם". "תיקון העולם" יכול להתפרש בהקשר זה כחשש מהכבדה כלכלית על הציבור, או כדי לא לעודד מעשי חטיפה כאלו, והעלאת רף הדרישות מצד החוטפים.

הנפקות בין הטעמים היא במקרה בו יש מי שמוכן לקחת על עצמו את התשלום. במקרה כזה, הטעם הראשון כבר אינו רלוונטי (כיוון שאין הנטל נופל על הציבור), בעוד הטעם השני נותר בעינו (כיוון שעדיין יכול להשפיע לרעה על התנהגות חוטפים בעתיד כאמור לעיל).

בהמשך המשנה מופיעה תקנה נוספת, לפיה לא מסייעים לשבויים לברוח – "**מפני תיקון העולם**". שמא עקב הסיוע לשבוי בבריחה, יתנהגו השובים באכזריות עם שבויים בעתיד. לחלופין, לפי רבן שמעון בן גמליאל – "**מפני תקנת השבויים**"; דהיינו, לא מחשש לשבויים עתידיים, אלא שמא יתנהגו השובים באכזריות כלפי שבויים הנמצאים בידיהם עכשיו.

בהמשך המסכת מובאות תקנות – שמנומקות "**משום דרכי שלום**".

דוגמאות:

1. "בור שהוא קרוב לאמה מתמלא ראשון – 'מפני דרכי שלום' ". אמת המים יוצאת מהנהר ועוברת על שפת השדות, ומאמת המים כל אחד משקה את שדהו. יש חשש שאמת המים תתייבש, ולכן כל בעל שדה היה חופר בור בשפת שדהו, כדי שיהיה לו מאגר של מים. חכמים חששו ממריבה בין בעלי השדות, שינסו להטות כל אחד את אמת המים לכיוון הבור שהוא חפר. המים פורמאלית הינם הפקר, וכל אדם רשאי לעשות כן. אולם **מפני דרכי שלום** (כדי למנוע סכסוכים בין בעלי השדות), תקנו חכמים שבור שהכי קרוב לאמת המים מתמלא ראשון, לאחריו השני, וכן על זו הדרך.
2. תקנה נוספת מתייחסת למי ששם רשת במרחב ציבורי כדי צוד בה חיות או דגים. לפי דין תורה, בעל החיים שניצוד אינו שייך לבעל הרשת, שכן זו פרוסה ברשות הרבים. ע"כ, כל עוד לא עשה פורס הרשת 'מעשה קניין' (כמו הגבהת בעל החיים או הובלתו), הוא אינו בעליה של החיה, כשבמצב זה

יכול אדם אחר לקחת את מה שנתפס ברשת. עם זאת, **מפני דרכי שלום**, חכמים תיקנו שנטילת בעל החיים מתוך הרשת תחשב לגזל.

1. אדם שאינו בר דעת – אין לו כשרות משפטית לג"ד ובעלות, הרמת חפץ (שאינו שייך לאחר) על ידו לא מעבירה את החפץ לבעלותו. כך, על פי דין תורה מי שלקח מאדם כזה חפץ לא גזל ממנו. אבל חכמים תקנו **מפני דרכי שלום** שהחפץ יהיה שייך לאותו אדם שאינו בר דעת - וע"כ לקיחת החפץ ממנו תחשב לגזלה.

עם זאת, ישנם מקרים בהם חז"ל לא נתנו טעם לתקנות שלהם. ישנם מקרים אחרים, בהם נתנו חז"ל טעם לא נכון, כי חששו שהציבור לא יקבל את התקנה או הגזירה, אם יפורסם הטעם האמיתי.

**עבודה זרה לה, א**

**האמורא** **עולא**: כאשר חכמים היו גוזרים גזירה "במערבא" - בארץ ישראל (שמערבית לבבל), לא היו מגלים את הטעם, אלא לאחר 12 החודשים הראשונים לתיקונה, שמא יש אדם שהיא לא נראית בעיניו, ויזלזל בה.

**לחכמים היה רצון שהציבור יקבל את הגזירות ויקיים אותן. זה היה חשוב כיוון שזה חלק ממה שמקנה לתקנה תוקף. ההנחה הייתה שכאשר לא אמרו את הטעם, זה הגדיל את הסיכוי שאנשים ישמרו על התקנות**. זאת מאחר שכאשר אנשים לא יודעים מה טעם התקנה, הם לא יכולים לומר שלאור הטעם של התקנה (או הגזירה) היא לא נוגעת אליהם וכביכול להתיר לעצמם להימנע מביצועה.

**ביחס ליכולת לבטל תקנה, יש להבחין בין תקנות שטעמן ידוע, לכאלה שטעמן אינו ידוע.**

היכולת לבטל **תקנות שטעמן אינו ידוע בוודאות** לחכמים

**משנה עדויות א, ה**

"ולמה מזכירין דברי היחיד בין המרובין, הואיל ואין הלכה אלא כדברי המרובין? שאם יראה בית דין את דברי היחיד, ויסמוך עליו. **שאין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו, עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין**. היה גדול ממנו בחכמה אבל לא במנין, במנין אבל לא בחכמה, אינו יכול לבטל דבריו, עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין."

המשנה אומרת שכאשר ישנה דעת מיעוט, בית דין יכול להשתמש בה (לצורך ביטול דברי בית דין אחר). אך, כשאין דעת מיעוט, בית 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. לפי הרמב"ם, הכוונה **לכך שיש בדורו (של ב"ד הרוצה לבטל) מספר חכמים רב יותר, שהסכימו לדעת ב"ד שרוצה לקבוע שיש לבטל את התקנה.**

**כדי לבטל תקנה, צריך ב"ד להיות גדול בחכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה.**

סוגיות התלמוד במסכת שבת ובמסכת עבודה זרה, מוסיפות 2 גורמים נוספים לעניין היכולת לבטל תקנות:

1. **יש גזירות אשר לא ניתנות לביטול כלל.**
2. יש לבחון את השאלה האם התקנה פשטה והתקבלה. **כאשר התקנה פשטה והתקבלה, יכולת הביטול, אם בכלל תתאפשר, יותר מורכבת.**

באשר ליחס בין הגורמים השונים, נחלקו הראשונים.

**רמב"ם ממרים פרק ב, הלכות א-ז**

**הלכה א**

בית דין גדול שדרשו באחת מן המדות כפי מה שנראה בעיניהם שהדין כך, ודנו דין. ועמד אחריהם בבית דין אחר, ונראה לו טעם אחר לסתור אותו - הרי זה סותר ודן כפי מה שנראה בעיניו, שנאמר: "אל השופט אשר יהיה בימים ההם" **אינך חייב ללכת אלא אחר בית דין שבדורך**.

**הלכה ב**

בית דין שגזרו גזרה או תקנו תקנה והנהיגו מנהג, ופשט הדבר בכל ישראל. ועמד אחריהם בית דין אחר ובקש לבטל דברים הראשונים ולעקור אותה התקנה ואותה הגזרה ואותו המנהג, **אינו יכול עד שיהיה גדול מן הראשונים בחכמה ובמנין** היה גדול בחכמה אבל לא במנין במנין אבל לא בחכמה **אינו יכול לבטל את דבריו אפילו בטל הטעם שבגללו גזרו הראשונים או התקינו אין האחרונים יכולין לבטל עד שיהו גדולים מהם** והיאך יהיו גדולים מהם במנין הואיל וכל בית דין ובית דין של שבעים ואחד הוא זה מנין חכמי הדור שהסכימו וקבלו הדבר שאמרו בית דין הגדול ולא חלקו בו.

**הלכה ג**

במה דברים אמורים בדברים שלא אסרו אותן כדי לעשות סייג לתורה אלא כשאר דיני תורה **אבל דברים שראו בית דין לגזור ולאסרן לעשות סייג אם פשט איסורן בכל [ישראל] אין בית דין גדול אחר יכול לעקרן ולהתירן אפילו היה גדול מן הראשונים**.

**הלכה ד**

ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו לפי שעה אע"פ שהוא קטן מן הראשונים, שלא יהו גזרות אלו חמורין מדברי תורה עצמה - שאפילו דברי תורה יש לכל בית דין לעקרו **הוראת שעה**. כיצד(?) בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה **מכין ועונשין שלא כדין, אבל אין קובעין הדבר לדורות** ואומרים שהלכה כך הוא וכן **אם ראו** **לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים עושין לפי מה שצריכה השעה** כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה כדי שיתקיימו [כולם] כדרך שאמרו חכמים הראשונים חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה.

**הלכה ה**

בית דין שנראה להן לגזור גזירה או לתקן תקנה או להנהיג מנהג צריכין להתיישב בדבר ולידע תחלה אם רוב הצבור יכולין לעמוד בהן או אם אין יכולין לעמוד **ולעולם אין גוזרין גזירה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה**.

**הלכה ו**

הרי שגזרו בית דין גזירה ודימו שרוב הקהל יכולין לעמוד בה ואחר שגזרוה פקפקו העם בה ולא פשטה ברוב הקהל **הרי זו בטלה** **ואינן רשאין לכוף את העם ללכת בה**.

**הלכה ז**

גזרו ודימו שפשטה בכל ישראל, ועמד הדבר כן שנים רבות ולאחר זמן מרובה עמד בית דין אחר ובדק בכל ישראל וראה שאין אותה הגזרה פושטת בכל ישראל יש לו רשות לבטל ואפילו היה פחות מבית דין הראשון בחכמה ובמנין.

סיכום דבריו של הרמב"ם:

* לב"ד יש סמכות לפסוק הלכה כפי הבנתו, אף אם סותר הלכה של ב"ד קודם. "שנאמר: 'אל השופט אשר יהיה בימים ההם' **אינך חייב ללכת אלא אחר בית דין שבדורך"** (**הלכה א**).
* בית דין נותן משקל גבוה לעמדת הציבור בבואו להתקין תקנה. כבר בשלב בו ב"ד מתקין את התקנה, עליו לשקול **האם זו תקנה שהציבור יוכל לעמוד בה** (כשעצם היכולת להתקין תקנה ברת תוקף, תלויה (בין היתר) ביכולתו של הציבור לעמוד בה). אם ב"ד מעריך שזו תקנה שהציבור לא יהיה מסוגל לקיימה, עליו להימנע מראש מלחוקק אותה (**הלכה ה**).
* כאשר ב"ד חוקק תקנה או גזירה מתוך הנחה שהציבור יעמוד בה, אך בפועל התברר בסמוך להתקנתה שהציבור לא עמד בה, לא ניתן לכפותה על הציבור והיא למעשה בטלה (**הלכה ו**).

**יוצא מכאן שכדי שתקנה או גזירה יקבלו תוקף, לא מספיק שחכמים יחוקקו אותה, אלא נדרשת גם מעין גושפנקה של הציבור**.

* אם התקנה או הגזירה החזיקה מעמד שנים ארוכות מתוך הנחה שהציבור כולו קיבל אותה ונוהג על פיה, אך לאחר זמן הסתבר לב"ד שהיא לא התקבלה ע"י כל הציבור, ויש כאלה שלא קיימו אותה כבר מזמן התקנתה, הרי שתקנה כזו ניתנת לביטול ע"י ב"ד המאוחר, גם אם איננו גדול בחכמה ובמניין מב"ד שהתקין את התקנה. לשון הרמב"ם "ודימו שפשטה בכל ישראל". כלומר, **רק חשבו שהגזרה פשטה בתחילה** (ומלכתחילה היא לא פשטה). (**הלכה ז**).
* כאשר התקנה פשטה בכל ישראל, היא לא ניתנת לביטול, אלא ע"י ב"ד הגדול בחכמה ובמניין מבית הדין שחוקק אותה (**הלכה ב**).
* כאשר מדובר בגזירה, שהיא למעשה הרחבה של איסור תורה, היא לא ניתנת לביטול כלל (לפי הרמב"ם), גם לא ע"י ב"ד גדול בחכמה ובמניין (מבית הדין שתקנה). יהיה ניתן לבטל אותה זמנית במסגרת הוראת שעה, כמו שניתן להורות לעבור על איסור תורה בהוראת שעה (**הלכות ג-ד**).

**הדרישה לב"ד גדול בחכמה, בפועל מאיינת את האפשרות לבטל תקנות. קשה עד בלתי אפשרי שב"ד מאוחר יראה עצמו כגדול בחכמה מב"ד שקדם לו והתקין את התקנה.**

עד כאן לגבי תקנות שטעמן אינו ידוע באופן ודאי. כעת נעסוק בתקנות שטעמן ידוע.

היכולת לבטל **תקנות שטעמן ידוע** לחכמים

כל עוד הטעם רלוונטי, יש להניח שמעמדן כשל תקנות שטעמן לא ידוע. השאלה באשר לביטולם של תקנות שטעמן ידוע, מתעוררת כאשר הטעם הופך לבלתי רלוונטי.

**תלמוד בבלי, מסכת ביצה, ה, א**

**"כל דבר שבמניין - צריך מניין אחר להתירו".** כלומר, כל תקנה וגזירה שנקבעה במניין (בהצבעה בב"ד) יש צורך במניין אחר (הצבעה חוזרת) כדי להתירה ולהכריז על בטלותה. משמע, **הביטול לא נעשה מאליו**, אלא רק אם נתקבלה החלטה פורמאלית לבטל.

מובאת שם דוגמא ביחס ל-**"נטע רבעי"**. אדם שנטע עצים שנותנים פרי, בשלוש השנים הראשונות לאחר נטיעתם, הפירות נחשבים **"ערלה"** ואסורים באכילה. בשנה הרביעית הם נחשבים "**נטע רבעי**" - 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 (ולאכלם שם). עם זאת, **חכמים התקינו** **שאם אדם גר קרוב לירושלים הוא לא יוכל להמיר את הפירות בכסף, אלא חייב להעלותם לירושלים**. הטעם לתקנה היה "**לעטר את שווקי ירושלים"** - ככל שיהיו יותר פירות בירושלים, כך יהיה יותר שפע כלכלי וכך גם אחרים יוכלו להשתמש בפירות.

הגמרא מספרת על ר' אליעזר שהיה לו כרם רבעי (כרם שהגיע לשנה רביעית, וחל עליו "**נטע רבעי**") במקום שקרוב לירושלים, בתקופה שלאחר חורבן בית המקדש. בשל הטרחה הכרוכה בכך, הוא לא רצה להעלות את הפירות לירושלים ולכן הפקיר את פירותיו לעניים. תלמידיו באו ואמרו לו שהוא יכול לפדות את הפירות בכסף, שכן נמנו חכמים (התאספו להצבעה חוזרת בעניין) וביטלו את התקנה שאוסרת פדיון למי שגר בסמוך לירושלים. הטעם של "עיטור שווקי ירושלים" כבר לא היה רלוונטי לאחר החורבן, משום שלירושלים כבר אין מעמד חשוב. **מכאן ניתן להבין שלמרות שהטעם לא רלוונטי** (ירושלים חרבה)**, התקנה לא התבטלה מאליה, ועדיין היה צורך שב"ד יתיר את התקנה במניין.**

**הרמב"ם בהלכות ממרים**

"היה גדול בחכמה אבל לא במנין במנין אבל לא בחכמה אינו יכול לבטל את דבריו אפילו בטל הטעם שבגללו גזרו הראשונים או התקינו אין האחרונים יכולין לבטל עד שיהו גדולים מהם".

**הרמב"ם** אינו מבחין בין תקנה שטעמה ידוע והפך ללא רלוונטי, לבין תקנה אחרת. הוא מצריך בכל מקרה ב"ד גדול בחכמה ובמניין כדי לבטלה.

* הראב"ד – רבי אברהם בן דוד מפושקירה. צרפת, המאה ה-12.

**השגות הראב"ד על הרמב"ם** (רמב"ם, ממרים, הלכה ב)

הראב"ד מקשה על הרמב"ם. לטענתו, ר' יוחנן בן זכאי ובית דינו ביטלו את התקנה של "**נטע רבעי**", אף שהם לא היו גדולים בחכמה ובמניין מהדור שהתקין את התקנה. אם אכן צריך בית דין שגדול בחכמה ובמניין, כיצד ר' יוחנן ובית דינו ביטלו את התקנה?

**נראה שלפי הראב"ד - כאשר הטעם ידוע וכבר אינו רלוונטי, לא צריך בית דין שגדול בחכמה ובמניין.**

* המאירי - רבי מנחם בן שלמה המאירי, פרובאנס, המאה ה-13-14.

**פירוש המאירי לתלמוד הבבלי, ביצה, ה, א**

"כל דבר שנאסר במנין" – רוצה לומר בקבוץ חכמים שנתחברו על דבר זה במעמד. אף על פי שכבר עברה אותה סיבה שעל ידה אסרוהו, ואמדן הדעת הוא שאף הם (בית הדין שהתקין את התקנה), לא היו אוסרין את הדבר עכשו, אף על פי כן אי אפשר להתירה אלא במנין אחר. הן שכמותו, הן שפחות ממנו. אבל דבר שנאסר במנין, ולא עברה אותה סבה שנאסר הדבר על ידה, ועכשו רוצים לבטל אותו דבר, אין יכולין לבטלה, אלא אם כן היו גדולים מאותו מנין שאסרוהו בחכמה ובמנין.

**המאירי** מסיק וקובע, כי **כאשר הטעם ידוע ואינו רלוונטי עוד, ניתן לבטל את התקנה ע"י כל ב"ד, ולא צריך דווקא ב"ד שגדול בחכמה ובמניין**. אם הטעם ידוע ועודנו רלוונטי, לא ניתן לבטלו אלא ע"י ב"ד שגדול בחכמה ובמנין.

**שו"ת הרא"ש ב, ח**

הרא"ש, בנסיבות מסוימות, מרחיק לכת אף יותר. לפיו, **כאשר הטעם ידוע וברור, והתבטל הטעם לאיסור,** **לא צריך בית דין שיבטל את התקנה והיא מתבטלת מאליה.**

לטענת הרא"ש, במקרה של התקנה בנושא "**נטע רבעי**", נזקקו לביטול בבית דין, כי הטעם לא התבטל לגמרי. גם בימי החורבן היה ישוב בירושלים, והיה מקום לחשוב שעדיין יש מקום בתקנה, שלא מאפשרת לפדות את הפירות. אולם, כאשר אין כל עניין בטעם, התקנה תהא בטלה מאליה.

ניתן להתייחס לתקנה כזו **כתקנה מותנית**. דהיינו, גם כשהתקינו אותה, תוקפה היה תלוי ברלוונטיות של הטעם. לכן, **כאשר הטעם הופך להיות בלתי רלוונטי, תוקפה של התקנה גם הוא מתבטל מאליו.**

**הרדב"ז בפירושו לרמב"ם** (רמב"ם, ממרים, הלכה ב)

הכלל לפיו גם אם נתבטל הטעם לתקנה לא תתבטל התקנה, נוגע למצב בו התקינו תקנה "סתם" (תקנה שלא הוגדר לה טעם ספציפי ומוגדר). **אולם, אם כאשר תוקנה התקנה, תלו אותה בבירור בטעם מסוים, ונתבטל אותו הטעם, אף התקנה מתבטלת מאליה.**

היכולת לבטל תקנות שטעמן ידוע לחכמים - סיכום:

ביחס לתקנות שטעמן ידוע, קיימות מגוון דעות:

* **הרמב"ם** סובר שעניין הטעם אינו גורם שיש לו השפעה. הקריטריונים לביטול תקנה שטעמה ידוע, זהים לקריטריונים לביטול תקנה שטעמה אינו ידוע.
* **הראב"ד ו-המאירי** סוברים כי תקנה שטעמה ידוע, ניתנת לביטול גם ע"י ב"ד שאינו גדול בחכמה ובמניין.
* **הרא"ש** **ו-הרדב"ז** מרחיקים לכת אף יותר, וסוברים כי כאשר נתבטל טעמה של התקנה, התקנה בטלה מאליה (הרא"ש מדגיש את היות הטעם לתקנה ידוע ברור. הרדב"ז לעומתו נותן דגש על היות הטעם מסוים ומוגדר).

נשים לב - **למרות האפשרות העקרונית לבטל תקנות, בפועל זה כמעט לא קרה.** **קשה יהיה לב"ד מאוחר לראות בעצמו גדול בחכמה ובמניין, מבית דין שקדם לו.** **מה שכמעט מאיין את אפשרות הביטול**. **גם ביחס לתקנות שטעמן ידוע והטעם התבטל - יהיה קשה לבטלן, כיוון שלא תמיד בטוחים, שזהו הטעם היחיד לתיקונם.**

# תקנות הקהל

מבוא

עד כה עסקנו בסמכות חכמים להתקין תקנות, ובביטולם. אולם מעבר לתקנות חכמים, ישנם דרכים נוספות ליצירה של נורמות במשפט העברי: תקנות הקהל, מנהג, ודין המלכות.

כעת אנו נעסוק ב**תקנות הקהל**. מדובר בתקנות שמי שמתקין אותם, הם הציבור ולא החכמים. בהמשך נראה שלא מדובר דווקא בציבור עצמו, אלא בנציגי הציבור הקרויים "שבעת טובי העיר". נדגיש שאנו מבקשים לבחון את **הסמכות של הציבור להתקין תקנות ולאכוף אותן**. זאת, **להבדיל מהסכם** שיכול גם הוא להיות רב משתתפים ולכלול צדדים רבים. אם ההסכם נעשה כדין הוא מחייב את כל הצדדים לו, וייאכף עליהם ככל שלא יעמדו בו. אולם הסכם מחייב רק את מי שהיה חלק ממנו או את מי שבא מכוחו. לעומת זאת, **תקנה מחייבת את כלל הציבור, בין אם הסכימו להיכפף לה מראש ובין אם לאו**. בהנחה ויש סמכות לציבור להתקין תקנות, אז מרגע שיש רוב שמסכימים לתקנה הוא מחייב גם את המיעוט שלא הסכים.

מקור הסמכות

**תוספתא, בבא מציעא, פרק יא, הלכה יב**

"כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת, לקנות להן ספר תורה ונביאים. ורשאין בני העיר להתנות על השערים, ועל המדות, ועל שכר הפועלים. רשאין לעשות קיצתן (לקנוס מי שלא עומד בתקנות אלה). רשאין בני העיר לומר: כל מי שיראה אצל פלוני יהא נותן כך וכך, כל מי שיראה אצל מלכות יהא נותן כך וכך. כל מי שרצה או שתרעה פרתו בין הזרעים (כרמים), יהא נותן כך וכך. וכל מי שתרעה בהמה פלונית יהא נותן כך וכך. רשאין לעשות קיצתן. ורשאין הצמרין והצבעין לומר: כל מקח שיבא לעיר נהא כולנו שותפין בו.

רשאין הנחתומין לעשות רגועה ביניהן (לחלק ביניהם את העבודה). רשאין החמרין לומר: כל מי שימות לו חמור לעמוד (נעמיד) לו חמור אחר. מתה בכוסיא (בפשיעה),‏ אין צריכין להעמיד לו חמור. דלא בכוסיא, צריכין להעמיד לו חמור. ואם אמר: תנו לי, ואני לוקח לעצמי, אין שומעין לו. אלא לוקחין, ונותנין לו.

רשאין הספנין לומר: כל מי שתאבד ספינתו, נעמיד לו ספינה אחרת. אבדה בכוסיא אין צריכין להעמיד לו. דלא בכוסיא צריכין להעמיד לו. ואם פירש למקום שאין בני אדם פורשין, אין צריכין להעמיד לו."

התוספתא מתארת הסכמים שבני העיר יכולים לכפות אלה על אלה, כגון לבנות בית כנסת או מבנה ציבור, קביעת מחיר למוצר מסוים, שכר פועלים ועוד. הציבור רשאי לאכוף כללים אלה באמצעות הטלת קנסות על מי שיפר אותם. על פניו, קביעת הכלל לא מחייבת הסכמה פה אחד של כל הציבור. ע"כ, מדובר בכלל שיש לו אופי של תקנה ולא רק של הסכם.

בין הכללים המובאים בתוספתא, מובא כלל לפיו ניתן להטיל קנס על מי שפרתו תרעה בין הכרמים, זאת ככל הנראה כדי למנוע נזקים. לכתחילה, אם הפרה תגרום לבעל הכרם נזק, תהיה לו עילה נזיקית לתביעה כנגד בעל הפרה. התקנה מבקשת למנוע מראש את הנזקים ולכן קונסת את מי שפרתו נכנסה לכרם – במנותק מהשאלה אם ואיזה נזק נגרם. בהמשך, מדובר על כללים שנוגעים רק לקבוצה מסוימת בציבור. הצמרים והצבאים (העוסקים בצמר), רשאים להחליט לחלק בניהם את העבודה כדי למנוע מצב בו לאחד תהיה עבודה רבה בעוד לאחר לא יהיה ממה להתפרנס. החמרים והספנים רשאים לערוך מעין ביטוח הדדי, לפיו כל מי שחמורו (או ספינתו) ימות שלא מתוך פשיעה והזנחה של בעליו, כל החמרים/ספנים ירכשו עבורו חמור/ספינה חדשים. עוד מובא שם, כי המאבד אינו זכאי לקבל את דמי החמור/הספינה, אלא רק שירכשו עבורו את זה (כנראה כדי להבטיח שלא יעשה בכסף שימוש למטרות אחרות).

**במקורות חז"ל אין הד רחב לתקנות שתוקנו ע"י הקהל. הצורך נולד מאוחר יותר, כאשר לא היה גוף מרכזי שהיה יכול להתקין תקנות שיחייבו את כולם, ועלה צורך בתחליף.**

בתקופת הגאונים ניתן למצוא מקור מרומז לסמכות כזו.

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

לזקנים 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. כאשר קרה מקרה הנוגע לכלל הציבור, יש הצדקה להטיל תקנה על הציבור, שתשפיע עליו באופן שווה, ועל כל בני הציבור החובה לכוף עצמם לתקנה זו. בהקשר זה, זקנים אינם (ככל הנראה) דווקא תלמידי חכמים, אלא גם המנהיגים, אשר רשאים להתקין תקנות ולכפות את הציבור לפעול על פיהם.

* הרב צמח בן שלום דוראן – אלג'יר, המאה ה-15.

**שו"ת יכין ובועז ב, כ**

לא רק לבית דין, אלא גם לציבור יש כוח להתקין תקנות. לומד זאת **מהתוספתא בבבא מציעא (יא, יב)** (המובאת לעיל). קובע כי כמו ב"ד, גם הציבור יכולים להעניש ולהפקיר ממון, **אך בתנאי שיהיה בעצת אדם חשוב** (אודות דרישת אישור אדם חשוב – נדון בהמשך).

**שו"ת הרשב"א ד, קפה**

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

תשובתו של הרשב"א: כן, באופן חד משמעי. מסקנות הנלמדות מתשובת הרשב"א:

1. הציבור בעל סמכות להתקין תקנות, ויש לזה **תוקף כמו לדין תורה**.
2. כמו כן הציבור יכולים לקנוס (קנס/עונש) כל מי שעובר על דבריהם.
3. על התקנה להתקבל בציבור **פה אחד**, וללא חולקים.
4. קבוצה מוגדרת של בעלי מלאכה (כמו החמרים, הצבעים וכו') נחשבים כעיר בפני עצמה, ורשאים לתקן תקנות **שמחייבות את כל בני הקבוצה.** זאת, גם ללא הסכמת יתר בני העיר.

**עם זאת, נדרש שההסכמות הללו יעשו על דעת** **תלמיד חכם** **שבעיר, או** **אדם חשוב שנתמנה פרנס על העיר**. במידה ומי מהם (תלמיד חכם או פרנס) קיים בעיר, אולם התקנות התקבלו שלא מדעתם והסכמתם, אין תוקף לתקנות הללו.

גבולות הסמכות

עד כה דיברנו על מקור הסמכות של הקהל להתקין תקנות, כעת נעסוק בהיקפה של הסמכות. תקנה העוסקת בדיני ממונות יכולה לסתור דין תורה, זאת מתוך הכלל "הפקר בית דין הפקר", אשר יוחס גם לציבור.

* רבינו גרשום מאור הגולה – ר' גרשום בן יהודה, אשכנז – מגנצא (העיר מיינץ), המאה ה 10-11.

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

לפי **דיני השבת אבדה**, מוצא אבידה צריך להחזיר את האבידה לבעליה, כל עוד הוא לא התייאש מלמצוא אותה. ההלכה קובעת, שכאשר ספינה טובעת בים, יש הנחה שבעלי החפצים שהיו בספינה, התייאשו מהם. הייאוש הופך את החפצים להפקר, כי משמעות הייאוש היא וויתור של הבעלים על הבעלות על החפצים.

השאלה שנשאל רבינו גרשום מאור הגולה היא כדלהלן: ספינה מלאה בסחורה טבעה בים. **בני הקהילה התקינו תקנה, שאם יגיע לידי מישהו מבני הקהילה חפץ מהספינה, יהיה עליו להשיבו לבעליו**. זאת, על אף שלפי דין תורה החפץ שייך למוצא (כאמור לעיל). במקרה המדובר, החפץ נמצא ע"י גוי, שהתקנה לא חלה עליו. אותו אדם מכר את החפץ לראובן, ככה"נ במחיר מופחת. בעל החפץ במקור, דורש מראובן שישיב לו את החפץ, או לפחות את הפער בין שוביו האמיתי של החפץ, לבין המחיר ששילם תמורתו (בהתאם למה שנקבע בתקנה). ראובן מסרב, לטענתו התקנה לא מחייבת בהיותה סותרת את דין התלמוד.

**רבינו גרשום קובע שהתקנה מחייבת, ומחייב את השבת החפץ לבעליו.** **הוא פוסק כי תקנת הקהל הממונית שנקבעה שם יכולה לסתור את דין התורה, ועומדת בעינה**.

על אף שתקנה ממונית יכולה לסתור דין תורה, **ככל שמדובר באיסורים אין בכוח תקנת קהל לאפשר לעבור על איסור.**

* הריב"ש – הרב יצחק בן ששת בַּרְפָת, ספרד, צפון-אפריקה, המאה ה-14.

**שו"ת הריב"ש, שה**

מדובר על תקנה שהתקין הקהל, לפיה כל שטר שהותקן על ידי דיני הגויים, מקובל גם בעסקאות בין יהודי ליהודי. תקנה כזו תקפה, ושטר יהיה תקף גם לפי ההלכה. אולם, ככל שיש בשטרות אלה, ס' המחייב את הלווה בריבית, הס' אינו תקף. **ריבית אסורה ע"פ ההלכה, ואי אפשר להתירה מכוח תקנת הקהל.**

**שו"ת הרשב"א ז', רמ"ד**

"שאלת: הסכימו הקהל והחרימו שלא לשחק בקוביא, ואחר כך עמדו מקצת הקהל ורצו להתיר... התר זה יש בו ממש או לא:

תשובה:...האיך הסכימו הרבים להתיר האיסור, כל מי שמסכים להתיר זה, כמסכים לעשות עבירה אחת בכינופיא, וכל שהיו הנסכמים רבים, תהיה אותה ההסכמה רבת החטא רבת המהומה..."

**הרשב"א שולל תוקף מתקנה שבאה להתיר משחקי הימור, שכן הדבר אסור על פי ההלכה, ויש בו חשש גזל.**

**עם זאת, במקרים מיוחדים יש בכוח תקנת קהל להתיר איסור תורה.**

**שו"ת הרשב"א א, א-רו**

לפי דין תורה קידושי אישה צריכים להיעשות בהסכמה ובגמירות דעת של שני בני הזוג. בנוסף, עליהם לעשות זאת בפני 2 עדים כשרים לפי ההלכה. הכשרות המשפטית של נערה הוא עם הגיעה לבגרות (בערך בגיל 12.5). ככה"נ, במקומו של השואל היו מי שניצלו זאת לרעה - אנשים פרוצים "פריצים". אנשים אלו היו מקדשים נערות בפני 2 עדים, כאשר הן ככה"נ לא הבינו עד הסוף את משמעות הדבר. כך, הם למעשה נישאו בעל כורכן.

**נשאל הרשב"א** - האם יש תוקף לתקנה, שכל מי שיקדש שלא בפני עשרה, קידושיו בטלין.

כדי למנוע את הפרצה, תקנו באותה קהילה שקידושין חייבין להיעשות בפני עשרה (כנראה מתוך הנחה שיהיה קשה למצוא 10 שישתפו פעולה עם הפריץ). התקנה קבעה בנוסף, כי קידושין שלא בפני 10, בטלים – זאת בניגוד לדין תורה שמסתפק בשני עדים. על פניו יש כאן תקנה שמתנגשת עם דין תורה.

הרשב"א עונה שנראה לו בבירור **שבני העיר רשאים לעשות כן,** **אך בתנאי שכל אנשי העיר הסכימו לכך**. הוא מוסיף כי במידה ויש בעיר תלמיד חכם, שלא הסכים עמהם, אין סמכות להתקין את התקנה.

**הרשב"א בתשובתו עומד על 2 תנאים כדי שהייה תוקף לתקנת הקהל: הסכמה רחבה, ואישור אדם חשוב.** הרשב"א ככה"נ מסתמך על סמכות חכמים להפקיע קידושין (עליה למדנו לעיל). **החידוש בדבריו של הרשב"א הוא שניתן להפקיע קידושין גם אמצעות תקנת קהל, ולא רק באמצעות תקנת חכמים.**

ב**שו"ת הרשב"א ד, קפה** (אותו למדנו לעיל), הזכרנו כי על התקנה להתקבל בציבור פה אחד, וללא חולקים. עם זאת, בתשובה אחרת הוא מבהיר:

**שו"ת הרשב"א ג, תיא**

בתשובה לשאלה האם תקנות הקהל פועלות מדין **תקנה** או מדין **הסכם**, הרשב"א משיב וקובע שם כי **ניתן לתקן תקנות בהתאם להחלטת רוב** **הקהל, אשר יחייבו גם את היחידים שלא קיבלו על עצמם את התקנה.** עם זאת, צריך שהתקנה תהיה כזו שרוב הציבור יכולים לעמוד בה. הוא אומר שהמעמד של תקנת הקהל, הוא כשל בין הדין הגדול לעניין הזה, ולכן **גם מי שלא מסכים לתקנה מחויב אליה.** יוצא, שלדברי הרשב"א בתשובה זו, תקנות הקהל פועלות מדין תקנה ולא מדין הסכם.

מוסיף וקובע כי אף **כאשר מיעוט של קהל מתקן תקנה על הציבור, התקנה תחייב את כלל הציבור, ככל ואותו ציבור היה נוכח במעמד תיקון התקנה, ולא מיחה ביד המתקנים, או הוציא עצמו מהם** (יוצא מכאן ששתיקה ביחס לתיקון תקנה, מהווה הסכמה לה).

**שו"ת הרא"ש, ו**

הרא"ש מסביר, כי **אין ברירה אלא חייב להסתפק בהחלטת רוב לצורך תיקון תקנות**. אחרת (אם נדרוש הסכמה של כל הקהל), לא ניתן יהיה לתקן תקנות, כי תמיד יהיה מי שיתנגד. **הרא"ש דורש את הפסוק "ואחרי רבים להטות" גם לעניין זה,** וקובע כי הוא חל בכל מקום שנוגע להסכמה של רבים.

לאור כלל האמור לעיל, קובעים גם ראשונים נוספים:

* תקנת הקהל מחייבת את כל מי שהיה שותף להליך התקנתה – גם אם היה במיעוט שהתנגד לה.
* יתר על כן, גם מי שהייתה לו הזדמנות להיות שותף בתהליך, ובחר לא לקחת בו חלק, מחויב לתקנה.
* יש המגדילים וקובעים כי גם מי שלא הייתה לו כלל הזדמנות להשתתף בתהליך (כגון שהצטרף לקהילה לאחר תיקון התקנה או שנולד מאוחר יותר) יהיה מחויב לתקנות, אף אם תוקנו טרם זמנו; ע**מדה זו אינה מוסכמת על כל הפוסקים הראשונים**.
* 'המרדכי' – ר' מרדכי הכהן, אשכנז, המאה ה-13.

**המרדכי בבא קמא, קעט**

"ורשאין בני העיר להסיע ולהפסיד ממון את העובר על הקצבה שקצבו והתנו ביניהם לדעת כולם, שנתרצה בתחילת התקנה ועתה עובר עליה..." (**רבנו תם**).

המרדכי מצטט את עמדת **רבינו תם,** מבעלי התוספות. רבינו תם סבור כי לפחות ביחס לחלק מהתקנות ניתן לאכוף את התקנה רק ביחס למי שהסכים לה מראש. **לפי עמדה זו, התקנה מקבלת אופי יותר הסכמי ופחות חקיקתי.**

* רבנו תם – מבעלי התוספות, נכדו של רש"י.

עד כה, למדנו כי לכאורה, הליך תקנת הקהל נעשה בשותפות ממשית של כל הציבור. אולם, ברור שהליך כזה יכול להיות ישים רק בקהילה קטנה. בקהילה גדולה ההליך אינו מעשי. אז, המשמעות הפרקטית של דרישה כזו, היא שלא ניתן יהיה להתקין תקנות.

**שו"ת הרשב"א א, תרי"ז**

הרשב"א משיב ומסביר כי תקנות הקהל לא חייבות להיקבע ע"י כל הקהל, אלא מספיק שקבעו אותן **שבעת טובי העיר** (הנחשבים לאפוטרופוסים של כל בני העיר, וממילא החלטותיהם נחשבות כאילו כל הקהל קיבל אותם). אין הכוונה האנשים החכמים בתורה דווקא, אלא **לפרנסי העיר** שהציבור בחר בהם להיות ממונים על ענייני העיר. הרשב"א מוסיף כי הדרישה ל-7 דווקא (ולא פחות) עונה על הצורך להסכמה של הקהל. כאשר עומדים 7 טובי העיר, יש להם רשות לקבל כל החלטה ותקנה בענייני הציבור, אף כשלא העמידו כל עניין ועניין למבחן הציבור. אולם, אם מדובר בפחות מ-7, "אין כוחן שוה להיות ככל בני העיר, עד שיטלו רשות בפירוש מן בני העיר".

בהקשר לכך, יש דיון בפוסקים האם ההחלטה ע"י 7 טובי העיר צריכה להתקבל פה אחד, או ע"י רוב שלהם; האם יש דרישה לרוב מינימאלי בקבלת ההחלטות, ועוד (אנו לא נעסוק בשאלות אלה).

פיקוח הלכתי

עד כה למדנו, כי יש לחכמים סמכות להתקין תקנות. לאחר מכן למדנו כי לקהל, ולמעשה לנציגי הקהל, יש סמכות מקבילה. למדנו על עצם הסמכות, היקפה והפרוצדורה. מין הסתם, הסמכות הייתה שימושית יותר כשלא היה גוף מרכזי שבכוחו היה להתקין תקנות. **כעת, נבחן את שאלת הפיקוח ההלכתי על תקנות הקהל.**

**בבא בתרא ט, א**

הסוגיה בגמרא דנה בהסכם בין שוחטים, על חלוקת עבודה לפי ימים. בתוך כך, ההסכם קבע שמי שישחט ביום של חברו, ייקנס ויקרעו לו את העור של מה ששחט (ששימש כשכר טרחה עבור השחיטה).

היה שוחט ששחט ביום שלא שלו - וקרעו לו את העור כפי ההסכם. הוא הלך לאמורא רבא, ותבע בפניו את קורע העור בתביעת נזיקין. רבא חייב את מי שקרע את העור לשלם פיצוי. הגמרא שואלת למה, הרי ראינו בברייתא שאנשי העיר (ואף בני 'אגודות מקצועיות' כמובא כאן) יכולים לעשות הסדרים בניהם ואף לקנוס מי שמפר את הסכם. הגמרא משיבה כי כלל זה תקף רק כאשר **אין אדם חשוב בעיר**. אולם, כאשר **יש** **אדם חשוב בעיר**, **לא ניתן לקבוע הסדרים ללא הסכמתו**. מבלי להיכנס להגדרה המדויקת של אדם חשוב, נניח **לעניינו שאדם חשוב זה ככה"נ תלמיד חכם בעל מעמד בעיר**. כמו כן, כאשר יש בעיר אדם חשוב, אין אפילו לבני כל העיר רשות להתנות ולקבוע תקנות שלא בהסכמתו. (משמע שבעיר זו היה אדם חשוב, שלא ביקשו את אישורו לפני ההסכם). מהסוגיה לא ברור האם האישור של אדם חשוב נדרש בשל ככך שמדובר **בהסדר של אגודה מקצועית**, או שמא נדרש גם כאשר מדובר **בתקנת קהל רגילה שנוגעת לכלל הציבור**.

ראינו כי גם **הרשב"א**, בתשובות שונות (דלעיל), עמד על כך שתקנות הקהל מצריכות אישורו של אדם חשוב ככל שמצוי כזה בעיר. לעומת זאת, **הריב"ש** מגביל את הצורך באישור של אדם חשוב, להסדרים של בעלי מקצוע. אך תקנות של כלל הקהל אינן נדרשות לאישור כזה לדבריו (להלן).

**שו"ת הריב"ש שצט:**

הסכמה של בני הקהילה, המתאפשרת רק באישור של אדם חשוב, נדרשת רק במקרה של **"בני אומנויות"**. בלעדי הסכמתו, יוכלו לקבל על עצמם הסכמים (המחייבים כאמור רק את המסכימים), אך לא תקנות (בעלות תוקף מחייב על כל בני אותה הקבוצה). לעומתם, בני העיר יכולים להתקין תקנות גם בלי הסכמתו של אדם חשוב.

**יתכן ומחלוקת זו קשורה ונובעת מההנמקות השונות לצורך באישורו של אדם חשוב.**

הנימוקים השונים לצורך באישורו של אדם חשוב לצורך 'תקנות הקהל':

1. פיקוח הלכתי – להבטיח שההסדר או התקנה אינם חורגים מכללי ההלכה.
2. מניעת קיפוח – להבטיח שההסדר שהתקבל אינו מקפח אחרים.
3. אדם חשוב – מפאת כבודו של האדם החשוב, אין זה ראוי שייקבעו הסדרים שלא בתיאום איתו.

**לפי הנימוק הראשון**, שרואה בדרישה כנובעת מהצורך מפיקוח הלכתי, על פניו אין סיבה לחשוב שהאישור לא יידרש גם לתקנה של כל בני העיר. לעומת זאת, **לפי הנימוק השני**, לפיו האישור בא להבטיח שלא יקופחו זכויות של אחרים, מסתבר יותר שאישור זה נדרש בעיקר כשמדובר בהסדר של קהילה מקצועית. אז, יש חשש שהם יחשבו רק על האינטרסים של עצמם, ולא של כלל בני העיר. **לפי הנימוק השלישי,** לפיו האישור נדרש מפאת כבודו של האדם החשוב, הדרישה רלוונטית על פניו הן לתקנות של כל בני העיר והן להסדרים של אגודה מקצועית.

# המנהג

מבוא

עד כה, דנו בסמכות חכמים להתקין תקנות. כמו כן, ראינו כי גם לקהל או נציגיו יש סמכות להתקין תקנה. כעת נעסוק בדרך נוספת ליצירת נורמות הלכתיות – באמצעות המנהג. בניגוד **לתקנה שמוכתבת לציבור**, **המנהג לכאורה צומח מין הציבור** עד שהופך למחייב. אומנם, גם כשמדובר בתקנה יש לקחת בחשבון את יכולת הציבור לעמוד בה, ומידת התפשטותה בקהל משפיעה על תוקפה. עם זאת, המנהג (בניגוד לתקנה) נולד מראש מתוך התנהגותו של הציבור ומקבל תוקף רק בדיעבד.

הבחנה בין שני סוגים של מנהגים:

1. מנהג המבטא הלכה קיימת (ולא יוצר הלכה חדשה).
2. מנהג היוצר הלכה שהינה כביכול חדשה.

מנהג כביטוי להלכה קיימת

**מסכת פסחים סו ע"א**

הקדמה: התורה מצווה על הקרבת קורבן פסח בערב פסח – י"ד ניסן אחרי חצות היום. מצווה זו נהגה רק בזמן ביהמ"ק.

במקרה זה הייתה לחכמים התלבטות לגבי מקרה בו ערב פסח חל בשבת – ליל סדר חל בצאת שבת. עלתה השאלה האם ניתן להקריב קורבן פסח בשבת, או שיש בזה משום חילול שבת? השאלה נתלתה בשאלה רחבה יותר – האם יש לראות בקורבן פסח קורבן ציבור (כי כל הציבור מחויב בקורבן פסח), או קורבן יחיד (כי כל יחיד/משפחה מביאים קורבן פסח משלהם)? **בעוד קורבן יחיד אסור להקריב בשבת, קורבן ציבור יוקרב גם בשבת.**

"תנו רבנן: הלכה זו נתעלמה מבני בתירא. פעם אחת חל ארבעה עשר להיות בשבת. שכחו ולא ידעו אם פסח דוחה את השבת אם לאו. אמרו: כלום יש אדם שיודע אם פסח דוחה את השבת אם לאו? אמרו להם: אדם אחד יש שעלה מבבל, והלל הבבלי שמו, ששימש שני גדולי הדור שמעיה ואבטליון ויודע אם פסח דוחה את השבת אם לאו. שלחו וקראו לו. אמרו לו: כלום אתה יודע אם הפסח דוחה את השבת אם לאו?

אמר להם: וכי פסח אחד יש לנו בשנה שדוחה את השבת? והלא הרבה יותר ממאתים פסחים יש לנו בשנה שדוחין את השבת. אמרו לו: מנין לך? אמר להם: נאמר "מועדו" בפסח, ונאמר (במדבר כח) "מועדו" בתמיד. מה מועדו האמור בתמיד - דוחה את השבת, אף מועדו האמור בפסח – דוחה את השבת. ועוד, קל וחומר הוא: ומה תמיד שאין ענוש כרת דוחה את השבת, פסח שענוש כרת - אינו דין שדוחה את השבת?

מיד הושיבוהו בראשי ומינוהו נשיא עליהם, והיה דורש כל היום כולו בהלכות הפסח. התחיל מקנטרן בדברים, אמר להן: מי גרם לכם שאעלה מבבל ואהיה נשיא עליכם – עצלות שהיתה בכם, שלא שמשתם שני גדולי הדור שמעיה ואבטליון."

הלל הכריע שמקריבים קורבן פסח בשבת, כשאת ההלכה הוא שמע מפי שמעיה ואבטליון. לאחר שהשיב על שאלה זו, נשאל שאלה נוספת ביחס לכך. הנוהג היה שכל מי שמביא קורבן פסח, מביא עימו סכין שחיטה. בשבת אסור לטלטל סכין שחיטה, ועל כן יש להביא הסכין מערב שבת לאזור המקדש, עבור השחיטה בשבת. שאלו את הלל: במידה ואדם שכח ולא הביא סכין בשבת, מה הדין (האם יטלטל בשבת, או ימנע משחיטה כדי להימנע מטלטול)?

השיב להם הלל: "הלכה זו שמעתי ושכחתי. אלא, הנח להן לישראל אם אין נביאים הן - בני נביאים הן. למזור, מי שפסחו טלה – תוחבו בצמרו, מי שׂפסחו גדי - תוחבו בין קרניו. ראה מעשה ונזכר הלכה. ואמר: כך מקובלני מפי שמעיה ואבטליון."

הלל הניח שיש בציבור כאלה שזוכרים כיצד נהגו בעבר כשערב פסח חל בשבת, ולכן הציע להמתין ולראות כיצד ינהג הציבור. אכן, הסתבר שהציבור הביא את הסכין ב'שינוי' - בדרך לא שגרתית (תחוב בין הקרניים או בצמר). משראה זאת הלל, נזכר שאכן זו ההלכה. **במקרה זה אמנם ייחסו חשיבות למנהג, אלא שהמנהג לא ייצר הלכה חדשה, אלא ההנחה הייתה כי המנהג משקף נורמה קיימת שנשכחה בצוק העיתים**.

**ירושלמי פאה, פרק ז, הלכה ה**

"דאמר רבי אבין בשם רבי יהושע בן אלא כל הלכה שהיא רופפת בבית דין, ואין את יודע מה טיבה, צא וראה מה הציבור נוהג, ונהוג."

וכך מסביר הרא"ש את דברי התלמוד דלעיל:

**שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י**

"פירוש: אם יש רפיון בהלכה, שאין ברור לך כמי נפסקה ההלכה, וראית שנוהגים – לך אחר המנהג. ויש לתלות שנראה לגדולים שהנהיגו המנהג, שהלכה כן".

מנהג שמשנה או יוצר הלכה

**טור חושן משפט סימן שסח**

הקדמה: המקרה עוסק במקרה של מי שקנה חפץ גנוב. בהקשר זה יש הבחנה בסיסית ועקרונית בין ה'גנב' וה-'גזלן' – הגנב פועל בלילה ובסתר מבלי לחשוף את עצמו; לעומתו הגזלן באור יום כשהוא חשוף ונראה לסביבה.

ההנחה ההלכתית היא שאחרי גניבה בעל החפץ הנגנב מתייאש כיוון שלא יודע מי הגנב, בעוד שאחרי הגזילה הבעלים לא מתייאש כיוון שיודע מי הגזלן. **מבחן הייאוש** חשוב, שכן משמעות הייאוש היא ויתור על בעלות על החפץ, שמכשירה את מכירתו לצד ג'. עד שלא היה ייאוש החפץ היה שייך לבעליו, ולכן הקונה קנה חפץ שיש לו בעלים אחרים.

לאור האמור, הקונה מגנב לא חייב להשיב את החפץ לבעליו המקורי, בעוד במקרה של קנייה מגזלן יש חובה להשיב את החפץ לבעליו המקורי. אגב, גם במקרה של גניבה, יוכל הבעלים המקורי לתבוע את כספו מהגנב, אולם החפץ יישאר בבעלותו של מי שרכש אותו מהגנב (והוא לא יצטרך להשיבו לבעליו המקורי).

"המציל מן הגזלן או הקונה ממנו, לא קנה, וצריך להחזיר לבעלים... ומה שכתבתי שיש מנהג במקומכם שהקונה מהלסטין וגנבים מחזיר לבעלים ונוטל מה שהוציא. אם בודאי כך הוא, חייב כל אדם לבלתי שנות מנהגם וכל שכן בדבר שיש בו תקנה גדולה והסרת מריבה לפיכך עשו כמנהגכם ולא תשנו ושלום."

לפי המנהג המתואר באותו מקום, גם הקונה מין הגנב מחזיר את החפץ לבעלים, בניכוי מה ששילם. על אף שמנהג זה סוטה מין הדין, **בעל הטורים** מכיר בו, בעיקר כשהוא רואה בו מנהג ראוי. **במקרה זה המנהג למעשה יוצר הלכה, ואפילו שהיא כזו שנוגדת את הדין ההלכתי**. בכל זאת הוא מחייב את הקהילה בקיום המנהג, שזה היה מנהגה.

* **רבי יעקב בנו של רבנו אשר (בעל הטורים)** - המאה ה-13-14, ספרד. ספרו ארבעה טורים כולל ארבעה חלקים: אורח חיים, יורה דעה, חושן משפט ואבן העזר. על בסיס המבנה הזה כתב רבי יוסף קארו את ספריו ההלכתיים בית יוסף ושולחן ערוך.

**לעיתים המנהג מסייע בפסיקת ההלכה. אמנם אין כוחו חזק כשל הכרעה הלכתית מוסמכת, אך יש לו השפעה משמעותית.**

**בבלי תענית כו, ב**

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

"אמר רב יהודה אמר רב: הלכה כרבי מאיר. ורבי יוחנן אמר: נהגו העם כרבי מאיר. ורבא אמר: מנהג כרבי מאיר. מאן דאמר הלכה כרבי מאיר – דרשינן לה בפירקא. מאן דאמר מנהג – מידרשי לא דרשינן, אורויי מורינן. ומאן דאמר נהגו – אורויי לא מורינן, ואי עביד – עביד, ולא מהדרינן ליה."

כלומר, אם נקבע הלכה כחכם פלוני, זו הכרעה מחייבת שדורשים אותה בשיעור – מלמדים אותה בציבור. אם יש מנהג כחכם פלוני, לא דורשים זאת ברבים, אך כן מורים כך למי ששואל. **כאשר נאמר ביחס לעמדה מסוימת שנהגו על פיה (האפשרות השלישית), המשמעות היא שלא מעירים למי שנוהג על פיה, אך לא מורים זאת לעם, וגם לא ליחידים**.

מקור החובה לציית למנהג, והיקפה

באשר למקור ממנו לומדים על הערך של המנהג והחובה לפעול על פיו, מובאות הצעות שונות:

**משלי כח, כב**

"אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך". הסבירו אותו על דרך הדרש **שאין לשנות ממנהג אבות**.

**משלי א, ח**

"שמע בני מוסר אביך ואל תיטוש תורת אימך". גם פסוק זה נלמד על דרך הדרש **שאין לשנות ממנהג אבות**.

**המאירי בפירושו למסכת אבות**

"והוא מה שאמרו בירושלמי: "ואל תבוז כי זקנה אמך" (משלי כג , כב) - אלו המנהגות. ואחר שכן, ראוי לכל חכם ולכל בן מעלה להעמיד מנהג מקומו על מתכונתו, לבלתי השיג גבול האבות הקדומים והחכמים הראשונים, לשנות מנהג מקומו ללא צורך וללא סיבה."

על החובה לכבד מנהגים ולא לסטות מהם עמדו פוסקים רבים, **אשר הדגישו שהמנהג יכול לעיתים גם לסטות מדין תורה ובלבד שלא יתנגש עם איסור.**

**שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י** (שהובא לעיל)

"כל המנהגים שאמרו חכמים שיש לילך אחר המנהג , זהו מנהג שנהגו לעשות סייג והרחקה. כגון ההיא דתניא (פסחים נ): מקום שנהגו לעשות מלאכה בערבי פסחים עד חצות, עושים. שלא לעשות, אין עושים. דמן התורה אסור לעשות מלאכה מחצות ואילך, שהתחיל זמן שחיטת הפסח. ויש מקומות שעשו הרחקה ונמנעו מעשות מלאכה כל היום, **ואין לשנות המנהג... כל אלו המנהגים הם לדבר מצוה, לעשות סייג והרחקה, ואמרו חז"ל שאין לשנותן. אבל, אם נהגו במקומות מנהג שיש בו עבירה, יש לשנות המנהג, אפילו הנהיגו גדולים את המנהג**..."

**לעומת זאת, וביחס למנהגים הממוניים, הרא"ש מסויג יותר –**

"ובענין ממון, **יש כח ביד בית דין לתקן תקנות בענין ממון** לפי הזמן והצורך, אפילו להעביר מדין תורה וליטול מזה וליתן לזה ... **וכל זה בתקנה שבית דין מתקנים** ומפקירים ממון זה ונותנין אותו לזה; **אבל על פי המנהג, לא ידעתי איך יתנו ממונו של זה לזה? ... הלכך, אפילו נהגו כן דור אחר דור, על פי הראשונים, פשט טעות המנהג וצריך לבטלו, כי הוא לעבור על דברי תורה...**"

**שו"ת תשב"ץ א, מט**

התשב"ץ עומד אף הוא על חשיבותו של המנהג כל עוד הוא לא מתנגש עם איסור תורה.

"אם כן, אין במנהגכם חשש איסור, וחייבין אתם לעמוד עליו. וזהו מתורת המנהגות, **שכל היכן שאין איסור בדבר, אם נוהגים מניחים אותם לנהוג כך**; **ואדרבא מחייבים אותם לקיים את מנהג אבותיהם**."

* ר' שמעון בן צמח דוראן, צפון אפריקה, המאה ה-14. מחבר שו"ת התשב"ץ.

**שו"ת הרשב"א, ו, רנד** (עסקנו בסוגיה זו בתחילת הקורס)

הרשב"א מתייחס גם הוא למנהג שעקרונית יש לכבדו. אולם, **מנהג שמקורו בחיקוי דין זר, יש לפוסלו**. הרשב"א עוסק במקרה של אישה שמתה היא והבת שלה. ומתעורר ויכוח בין אביה לבעלה: האבא דרש מהבעל שיחזיר לו את כספי הנדוניה שנתן לביתו. לפי הדין, הבעל זכאי לרשת את אשתו, אולם האבא טען למנהג מקומי שאימץ את הדין הזר, ולפיו האבא זכאי לכספי הנדוניה.

"כן מפני שהוא משפט גויים באמת נראה לי ומכל מקום לנהוג שאסור לפי שהוא מחקה את הגויים וזהו שהזהירה תורה לפניהם ולא לפני גויים ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגויים ודיניהם."

**הרשב"א לא שולל באופן עקרוני את תוקפו של המנהג. אלא שהוא לא מקבל מנהג שנעשה מתוך כוונה לאמץ דין זר**.

מקומו של המנהג ביחס ל'דיני עבודה'

חז"ל נותנים מקום מיוחד למנהג ביחס ל"דיני עבודה", או '**דיני פועלים**' בלשון המשנה.

**משנה בבא מציעא ז**

"השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב, מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב, אינו רשאי לכופן. מקום שנהגו לזון, יזון, לספק במתיקה, יספק. הכל כמנהג המדינה."

המשנה בפרק השביעי של בבא מציעא, מתייחסת לשעות העבודה של פועל ולזכויותיו למזונות. **לפי המשנה מה שמחייב בעניינים אלה הוא מנהג המדינה**.

בהמשך המשנה, מובא מקרה בו הובטח לפועלים מזון, אך לא סוכם מה הוא כולל. **רבי מתיה** חשש שיהיה חייב לספק לפועלים כל מזון שירצו. אולם, **רבן שמעון בן גמליאל קובע כי לא היה צורך לסכם מראש מה בדיוק יקבלו הפועלים. שכן, מה שקובע בעניין זה הוא מנהג המדינה**.

"מעשה ברבי יוחנן בן מתיא שאמר לבנו, צא שכור לנו פועלים. הלך ופסק להם מזונות. וכשבא אצל אביו, אמר לו, בני, אפלו אם אתה עושה להם כסעודת שלמה (המלך) בשעתו, לא יצאת ידי חובתך עמהן, שהן בני אברהם יצחק ויעקב. אלא עד שלא יתחילו במלאכה צא ואמור להם, על מנת שאין לכם עלי אלא פת וקטנית בלבד.

רבן שמעון בן גמליאל אומר, לא היה צריך לומר, הכל כמנהג המדינה."

**תלמוד ירושלמי בבא מציעא ז, א**

התלמוד הירושלמי במקום (לעיל), מתבטא ביחס למשנה זו באופן מרחיק לכת – שמדגיש את כוחו של המנהג: **המנהג מבטל את ההלכה**.

**גם בבתי דין הפוסקים על פי ההלכה, ניתן משקל גבוה למנהג ככל שמדובר ב"דיני עבודה", ובעיקר ביחס לזכויות וחובות של עובדים.**

מקומו של המנהג ביחס ל"דיני קניין"

תחום נוסף בו קיבל המנהג מקום משמעותי, הוא "דיני הקניין".

על פי ההלכה, כדי שהסכמים בכלל והסכם מכר בפרט יהיו תקפים (והבעלות בחפץ הנמכר תעבור מהמוכר לקונה), יש צורך **במעשה קניין** שיתלווה לגמירות הדעת של הצדדים. מעשה הקניין הינו אקט פורמאלי, אותו לרוב מבצע הקונה, ומסמל את היותו הבעלים על החפץ הקנוי.

**לדוגמא**: הגבהת החפץ, משיכתו, או גרירתו – במטלטלין; שטר או חזקה (שינוי בקרקע, כמו גידור, פריצת גדר, שינוי פני הקרקע וכו') – במקרקעין.

**מעשה הקניין כשלעצמו אינו מעביר בעלות, אם לא התלוותה אליו גמירות הדעת**, אולם בכוחו של מעשה הקניין ליצור את ג"ד, או להעיד עליה. יש רשימה מוגדרת של פעולות שונות, שיחשבו ככאלה העונות על הצורך ב'מעשה קניין'.

**בבא מציעא עד, א**

הסוגיה מדברת על מעשה קניין מסוג אחר, שתוקפו נובע מהיותו נהוג בין הסוחרים, מה שקרוי שם: "**קניין סִיטוּמְתָא** " (=קניין חותמת). המשמעות היא מעין חותם של הקונה - רישום שהוא עושה על גבי חביות יין שרכש, וממשיכות להיות מאוכסנות אצל המוכר. הקונה לא עושה מעשה קניין רגיל, אלא את הרישום הזה בלבד. הנוהג היה לסמן באמצעות אותו רישום את החביות ששייכות לקונה. **הסוגיה קובעת שאם מנהג הסוחרים להחשיב זאת כמעשה קניין, יש למנהג תוקף והמכירה תקפה**.

**שולן ערוך, חושן משפט, סימן רא**

בדרכה של הגמרא המובאת לעיל, פוסק גם השולחן ערוך, ו**מוסיף כי גם כל דרך אחרת שמנהג הסוחרים לקנות באמצעותה, תהיה תקפה**.

"מכר לו בדברים בלבד, ופסקו הדמים, ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, אף על פי שלא נתן לו מהדמים כלום, כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע. ואם מנהג המדינה הוא שיקנה הרושם קנין גמור, נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו, וחייב זה ליתן הדמים... וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו**, כגון על ידי שנותן הלוקח למוכר, או על ידי שתוקע לו כפו פרוטה או במקום שנוהגים הסוחרים שמוסרים לקונה המפתח... וכן כל כיוצא בזה**."

בפסקי דין רבניים שונים, הכירו מכוח כלל זה, בביטוי-"מזל וברכה" שהיה מקובל בענף היהלומים, כמעשה קניין מחייב (וכן לגבי תקיעת כף וכדומה).

# "דינא דמלכותא דינא"

מבוא

בפרקים האחרונים עסקנו בדרכים שונות אשר באמצעותן נוצרות **נורמות חדשות במשפט העברי**. דנו בסמכות חכמים להתקין תקנות, תקנות קהל ומנהגים. דרך נוספת, היא באמצעות אימוץ של כללים מין הדין הזר (כשבסביבתו הלכה מתפקדת) לתוך המערכת ההלכתית. בלשון התלמוד, הכלל נקרא "**דינא דמלכותא דינא**" – **דין המלכות, דין הוא**.

המקור לכלל

הכלל נוצר עקב כך שיהודים לא חיו תחת שלטון ישראל אלא תחת שלטון זר, כשבאופן טבעי התעורר מתח בין המנהג והדין המקומי, לבין הדין הדתי.

מעצם טבעו, הכלל אינו יוצר נורמות המחייבות את כולם ולדורי דורות, אלא **תלוי מקום וזמן**. בכך, שונה הכלל מתקנות חכמים אשר מנקודת מבט הלכתית עשויות לחייב את כל היהודים באשר הם.

היהודים במקומות מגוריהם, חיים חיי כלכלה הכוללים עסקים, מסחר וכו' גם מול אנשים שאינם כפופים להלכה היהודית. זאת, כאשר יש כללים שלטוניים המחייבים את היהודים מכוח היותם בני המקום. **הכלל "דינא דמלכותא דינא" עוסק בשאלת מעמדם של כללים אלו מנקודת מבט הלכתית – השאלה אינה האם מבחינה אזרחית יש חובה לציית לכללים, אלא האם ההלכה מחייב ציות לכללים אלו**.

ניקח לדוגמא מדינה שקבעה חוקים הנועדים לשמירה על מרחק בין בתים, או חבות במס. אזרחי המדינה, ובתוך כך גם היהודי, מחויב בשמירה על כללי המדינה. **נניח לצורך הדוגמא, כי האזרח היהודי מעוניין להימנע מקיום חובותיו על פי המדינה.**

**השאלה האם ההלכה מכשירה התחמקות כזו? או שמא, מעבר לבעיה האזרחית, גם ההלכה מכירה בחובה לציית לכללי המדינה - כאשר במקרה כזה הנמנע אינו פועל כדין גם מבחינה הלכתית.**

**חשוב להדגיש: הסוגיה אינה עוסקת בדיני איסורים. מנקודת מבט הלכתית, אם השלטון יורה על הציבור לעבור על איסור דתי, לא יהיה תוקף הלכתי להוראה כזו.**

**העיסוק הוא בהקשרים ממוניים, שכפי שראינו, גם בהלכה עצמה יש מנגנון של סטייה מכללי התורה.**

בנוסף, חשוב לזכור כי הסוגיה התפתחה במציאות בה היהודים חיים בשלטון זר ומערכת משפטית משלו. מנקודת מבט הלכתית, כשהשלטון הוא שלטון ישראל, גם המשפט אמור להתאים להלכה – ולא אמורה להתעורר התנגשות מעין זו.

**משנה נדרים ג ד**

"נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין, שהיא תרומה, אף על פי שאינה תרומה; שהן של בית המלך, אף על פי שאינן של בית המלך."

נסביר ראשית מושגי יסוד – לצורך ביאור המשנה:

* **מהו נדר?** יצירה של התחייבות/איסור דתי, כאשר הפרתו מהווה הפרה של ציווי דתי(להרחבה [כאן](#נדר))**.**
* **מהי תרומה ומי חייב בה?** מי שיש לו תוצרת חקלאית, חייב בתרומות ומעשרות.(להרחבה [כאן](#תרומה)).

המשנה דנה במקרה בו מוכס בא לקחת ליהודי את רכושו כמס למלך. המשנה מאפשר לכאורה להתחמק מתשלום המס באמצעות נדר. היהודי יכול לומר למוכס שמדובר בתוצרת של תרומה (סוג של הקדש) כך שהמוכס יוותר עליה. כדי שהמוכס יאמין לו, הוא יחזק את דבריו באמצעות נדר, לפיו הוא מקבל על עצמו שלא להנות, או להפיק כל תועלת מהפירות. כך, גם אם הפירות אינן מיועדים לתרומה לא יוכל להנות מהם (חיזוק לדבריו שפירות אלו אכן מטרתם לתרומה ומשכנע את המוכס לוותר עליהם).

המשנה קובעת, שבקרה כזה בו הנדר נעשה רק כדי להתחמק מין המוכס, הוא לא מחייב את בעל הפירות (הנודר) והוא יוכל לעשות בהם שימוש רגיל.

לכאורה, נראה כי המשנה שנותנת לגיטימציה לבעל הפירות להתחמק מתשלום המס, באמצעות שימוש בפרוצדורה הנחזית כנדר.

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

סוגיית התלמוד תמהה על כך, שכן הכלל הוא שדין המלכות דין, ואם כן יש חובה לציית לדין המלכות המטיל חבות בתשלום מס. אם כך, כיצד מאפשרת המשנה לעקוף את החובה?

"והאמר (והרי אמר) שמואל: דינא דמלכותא דינא! אמר רב חנינא אמר רב כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה. דבי ר' ינאי אמר: במוכס העומד מאליו".

כדי ליישב את הפער בין דברי המשנה, לבין הכלל "דינא דמלכותא דינא", **מציעה הסוגיה שאכן דין המלכות מחייב**, אלא שבמקרה זה עוסקת המשנה באחד משני מקרים מיוחדים (המאפשרים חריגה מין הכלל):

1. מדובר במוכס ש"אין לו קצבה" – אין לו קריטריונים אותם הוא מפעיל על כולם באופן שווה, אלא נוטל מס כראות עיניו, ועל כן יש במעשהו משום גזל. **גבייה לא שוויונית.**
2. לחלופין, מדובר במוכס העומד מאליו – מוכס הגובה בחוסר סמכות, ומבלי שקיבל לכך הסמכה מהמלך. **גבייה בחוסר סמכות.**

**למעט מקרים מיוחדים אלו, ההלכה מכירה בכלל ובחובה לשלם את המס. לכן, אם אדם לא ישלם, הוא מפר חובה מבחינה הלכתית**.

הכלל מוזכר בתלמוד גם ביחס לחזקה במקרקעין ולשטרות, אולם הוא לא בהכרח מוגבל לתחומים אלו. באשר למקור הכלל, ולשאלה **מדוע שההלכה תיתן תוקף לדין זר** – נחלקו הדעות. **ניתן למצוא בין הפרשנים 5 נימוקים** **מרכזיים**. העיון בנימוקים חשוב כשלעצמו. אולם, בנוסף לכך, הנימוקים בעלי משמעות מבחינת **היקפו של הכלל**.

הנימוקים לכלל

***הר"ן* בפירושו למסכת נדרים**

*"וכתבו בתוספות, דדוקא במלכי עובדי כוכבים אמר דדינא דמלכותא דינא,* ***מפני שהארץ שלו, ויכול לומר להם: אם לא תעשו מצוותי, אגרש אתכם מן הארץ****.* ***אבל במלכי ישראל, לא. לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה****."*

***משנה גיטין א,ה***

*"כל השטרות העולים בערכאות של גוים [הנידונים בבתי דין של גויים], אף על פי שחותמיהם גוים כשרים. חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים [שטר שחרור של עבד כנעני]. ר' שמעון אומר אף אלו כשרין. לא הוזכרו [שאינם כשרים] אלא בזמן שנעשו בהדיוט."*

*רש"י במקום*

*"****כשרין*** *-**דדינא דמלכותא דינא. ואף על פי שהנותן והמקבל ישראלים הם.* ***חוץ מגיטי נשים*** *- ...אבל על הדינין נצטוו בני נח..."*

*רש"י מקשר את הכלל "דינא דמלכותא דינא"* ***למצוות הדינים*** *שהיא אחת מ-7 מצוות בני נח. מצוות בני נח הם מצוות אוניברסליות שמחייבות את כלל האנושות ואינן מיוחדות לעם ישראל (בניגוד לתרי"ג המצוות בהם נצטוו בני ישראל בלבד). גם בני ישראל היו במעמד זה עד שקיבלו תורה במעמד הר סיני.*

*מצוות אלו כוללות את 3 המצוות החמורות ביותר: איסור עבודה זרה, שפיכות דמים וגילוי עריות, וכן 4 מצוות נוספות שניתן לזוכרן ע"פ א"ב:* ***א****בר מן החי,* ***ב****רכת השם (איסור לקלל את הקב"ה),* ***ג****זל,* ***ד****ינים (מצווה להקים מערכת חקיקה ושפיטה מסודרת).*

*על פי רש"י, מאחר והגויים מצווים בהסדרת מערכת דינים, הרי שהדינים שלהם מעוגנים בסמכות התורה, ועל כן גם אנו מצווים להישמע לדינים אלו.*

***רשב"ם בבא בתרא נד, ב***

*והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא - כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם, דינא הוא.* ***שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, והלכך דין גמור הוא****. ואין למחזיק בממון חבירו על פי חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל.*

***רמב"ם גזלה ואבדה ה, יח***

*במה דברים אמורים: במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות.* ***שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים****. אבל אם אין מטבעו יוצא, הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין. וכן מלך זה וכל עבדיו כגזלן לכל דבר.*

***שו"ת בעלי התוספות סימן יב***

*כללו של דבר, אין דינא [דינו] דכל מלך ומלך העומד ומשנה דינא. אלא דינא דמלכותא [רק] בדברים שהנהיגו קדמוניהם.* ***דהפקיעו חכמים ממון במנהג המלכות כדרך שהפקיעו מפני תקנת השבים*** *[תקנות שתיקנו על מנת להקל על העבריינים לשוב בתשובה] ומפני תיקון העולם ומפני דרכי שלום.*

סיכום הנימוקים לכלל

1. **בעלות המלך בקרקע** - המלך הוא הבעלים על ארצו, כשהאזרחים יושבים בה כמתארחים בקרקע שלו. מכאן שיכול להכתיב להם כללים תוך איום בגירוש במקרה של אי ציות. כך גם על היהודים הנמצאים תחת חסותו חלה חובה לציית לכללים של המלך מעצם היותו בעל הקרקע. **הר"ן מדגיש שאין זו גישת ההלכה ביחס לא"י – אשר שייכת מבחינת ההלכה לעם ישראל, ולא למלך ישראל** (**הר"ן**).
2. **הסכמה לחוקי המלך** – דין המלכות לא מחייב בשל כפייה של המלך, אלא מתוך הסכמתם של התושבים, מרצונם, לחוקי המלך. ההלכה מכירה בהסכמה של הציבור לקבל את חוקי המלך, ולכן מחייבת גם את היהודים שחיים תחת שלטונו, שכן גם הם כלולים הסכמה הזו (**הרשב"ם**).
3. **הסכמה להיות עבדי המלך** – דין המלכות מחייב בשל ההסכמה לקבל את המלך כאדון, ולהיות עבדיו. כעבדיו הם מחויבים לציית לכללים (**הרמב"ם**).

ההבחנה בין הרשב"ם לרמב"ם: שניהם מבססים את מקור חובת הציות לדין המלך, על **יסוד ההסכמה** (בניגוד לכפייה). אולם, לשיטת הרמב"ם אין מדובר בהסכמה לחוקי המלך (כפי שנוקט הרשב"ם), אלא הסכמה לקבל את המלך עצמו כאדון. נפקות אפשרית לחילוק בין הרשב"ם לרמב"ם, תהיה (אולי) במקרה בו המלך חוקק כללים לא הגיוניים. אם ההסכמה היא להיות עבדי המלך, חלה חובת ציות לכל כלליו, בלי קשר לתוכנם. לעומת זאת, אם ההסכמה היא לחוקי המלך, **אולי** היא לא ניתנת לחוקים מקפחים.

1. א) הקדמה: לאורך הדרך ניסו פוסקים לשמר את השיפוט בין היהודים בבית הדין של הקהילה. עם זאת, במציאות יהודים עשו עסקים גם עם גויים, ולכן נזקקו גם לשלטון ולמערכת המשפט השלטונית (הזרה). כתוצאה מכך, לא פעם גם יהודים השתיתו עסקאות בניהם על דיני הגויים, המהווה דין זר. באופן ספציפי, כתבו שטרות על פי כלל הדין הזר להלכה. היה מקום לטעון שאם יגיע שטר כזה למימוש בב"ד של הקהילה היהודית - לא ניתן יהיה לאכוף אותו, כיוון שלא נעשה ע"פ כללי ההלכה. **המשנה במסכת גיטין** קובעת כי למרות האמור, ההלכה מכירה בתוקפו של שטר כזה, אשר 'עולה בערכאות של גויים' (שיש לו תוקף לפי הדין הזר). המשמעות היא, **שההלכה מכירה בשטר ממוני שנעשה בערכאות של גויים, זאת להבדיל מגט של אישה.** רש"י מסביר שההכרה הזו נסמכת על הכלל של "דינא דמלכותא דינא".
2. **סמכות מכוח 7 מצוות בני נוח** - הכלל "דינא דמלכותא דינא" נסמך על כך שההלכה מכירה בסמכות השלטונית של הגויים ליצור לעצמם מערכת דיני שטרות, מכוח **'מצוות דינים'**, הכלולה ב-7 מצוות בני נוח (אשר הגויים מצווים בהם) (**רש"י**).
3. **תקנת חכמים** - ההכרה בכלל "דינא דמלכותא דינא" אינו מהווה הכרה בסמכות המלך הגוי לחוקק חוקים שיחייבו את היהודים. היהודים מחויבים רק לחוקי התורה ולדברי חכמים. אולם, חכמים בתקופת האמוראים התקינו תקנה שקובעת חובה לציית לדין המלכות. כך, **החובה לציית לדין המלכות אינה נובעת מהכרה ישירה בדין הזר, אלא מתקנת חכמים שאימצה אותו**. חוקים חדשים של שלטון זר, שלא היו נהוגים בתקופת התלמוד, לא יחייבו את היהודים מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". שכן, יש להניח שכלל זה אימץ בתקנה רק את הכללים שהיו ידועים לחכמים בשעה שקבעו את התקנה. (**רבנו תם**).

היקפו של הכלל והמגבלות עליו

מגבלות שונות עולות מדברי פוסקים שונים ביחס להיקפו של הכלל. בהמשך נראה כי הן קשורות להנמקות השונות לכלל. אנו נמנה את המגבלות, על אף שלא כולן מקובלות על כל הפוסקים.

התייחסות החכמים לכללים 'פרסונאליים'

**שו"ת תשב"ץ א, קנח**

"וכל שכן אם אותו הדין שהוא רוצה להנהיג עתה, **לא הנהיגו בכל מלכותו, אלא בקצת מלכותו**. שאינו דין כלל. שאין זה מחוק המלכים להנהיג בעיר אחת ענין אחד שאינו נוהג בכל מדינות מלכותו. **ואם עשה כן, אין דינו דין.**"

**הרמב"ם, הלכות גזילה ואבידה ה, יד**

"כללו של דבר כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל. **וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל**."

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

"**אבל מלך שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא בדינים שחקק הרי זה גזלן** והלוקח ממנו מוציאין הבעלים מידו כללו של דבר כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל **וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידוע לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל**".

**הגהות הרמ"א לשולחן ערוך, חושן משפט, שסט, ח**

"יש אומרים שלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלוים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים, לא. ויש חולקין, וסבירא להו (וסבורים) דאמרינן (שאומרים) בכל דבר דינא דמלכותא דינא."

**הגהות הרמ"א לשולחן ערוך, חושן משפט, שסט, יא** (עסקנו במקרה להלן בהקשר אחר)

מדובר במקרה, בו מתה אישה, ובא אביה ודורש בחזרה את הנדוניה שהביא עם ביתו בנישואיה. זאת, כנהוג בדין המקומי, ובניגוד לדין תורה לפיו הבעל יורש את אשתו.

הרמ"א דוחה טענה אפשרית מצד האבא, להכיר בדין המקומי מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". זאת בנימוק **שאין מקום להכיר בכלל זה, אלא בחוק שיש בו הנאה ישירה למלך, או שהוא לתקנת בני המדינה**. אולם, **עניינים הקשורים במשפט הפרטי וביחסים בין אדם לחבריו - שאין בהם תועלת ישירה למלך, אינם כלולים בכלל "דינא דמלכותא דינא".** הרמא"א מוסיף ומסביר כי מתן תוקף לכלל "דינא דמלכותא דינא" גם במקרים כאלה, ייתר למעשה את כל דיני ישראל.

**ריטב"א בבא בתרא נה, א**

הכלל דינא דמלכותא דינא חל רק על חוקים ישנים שהנהיגו מלכים מאז ומקדם - "הקבועים והידועים". כלל לא חל על חוקים חדשים.

* הרב ש"ך – רבי שבתאי בן רבי מאיר הכהן, ליטא, המאה ה-17.

**ש"ך חושן משפט סימן עג**

לפי דין תורה המלווה כנגד משכון, יהיה ראשי להתחיל בהליכי מימוש של המשכון כעבור 30 יום. זאת כיוון שסתם הלוואה שלא מופיע בה זמן היא ל-30 יום (במידה וקיים סיכום אחר בין הצדדים, הוא זה שיקבע). הש"ך דוחה עמדה לפיה המימוש אפשרי רק כעבור שנה, שכן זהו דין המלכות. **גם אם נניח שהכלל "דינא דמלכותא דינא" נוגע גם למשפט הפרטי, הוא יהיה תקף כל עוד אין סתירה חזיתית בין דין המלכות לבין דין התורה. אולם כאשר יש להלכה עמדה ברורה בנושא, יש לפעול ע"פ ההלכה ולא ע"פ דין המלכות.**

"דינא דמלכותא דינא" – שאלות שמתעוררות

בין הראשונים נתונה מחלוקת ביחס לשאלה **האם הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל גם על מלך ישראל?** שאלה זו מתקשרת לטעמים השונים לכלל. כך גם שאלה נוספת – **האם דין המלכות מחייב דווקא כשמדובר על מלך כפשוטו, או בכל שלטון – לרבות שלטון נבחר?**

סיכום המגבלות על הכלל:

1. **חוק** (=דין המלכות) **המתנגש עם** **איסור הלכתי**, ההלכה לא תכיר בו.
2. ככל שהמלך קובע **כלל שאינו שוויוני**, אין חובה הלכתית לציית לו.
3. דין המלכות תקף רק לגבי **חוקים שקשורים למיסים ומקרקעין**.
4. דין המלכות תקף רק לגבי **חוק שצומחת ממנו תועלת ישירה למלך, או שהוא לתקנת בני המדינה**.
5. דין המלכות יהיה תקף **רק בנוגע לחוקי מלכות קדומים**, שהיו נהוגים מימים ימימה.
6. דין המלכות תקף רק **כשלא מתנגש עם הוראה הלכתית מפורשת. המגבלה רלוונטית גם לדיני ממונות ולא רק איסורים**.
7. דין המלכות יהיה **תקף כאשר פועל ביחס לכלל, ולא כשהחוק אישי**.
8. דין המלכות יהיה תקף רק כאשר מדובר **במלך ולא בשלטון נבחר**.
9. **דין המלכות תקף רק ביחס** למלך מאומות העולם ולא מלך ישראל**.**

הקשר בין הנימוקים לכלל "דינא דמלכותא דינא" לבין המגבלות עליו - האם רלוונטי להחיל מגבלה על הכלל "דינא דמלכותא דינא" לפי כל פרשן:

1. חוק (=דין המלכות) המתנגש עם איסור הלכתי, ההלכה לא תכיר בו – **המגבלה רלוונטית לכל הנימוקים,**  כיוון שהכלל (דינא דמלכותא דינא) חל רק בממונות ולא באיסורים.

2. ככל שהמלך קובע כלל שאינו שוויוני, אין חובה הלכתית לציית לו – **המגבלה רלוונטית לכל הנימוקים**. היות הכלל לא שוויוני זה סייג שנובע מהסוגיה עצמה.

3. דין המלכות תקף רק לגבי חוקים שקשורים למיסים ומקרקעין – **מתיישבת יותר עם ההסבר לפיו הסמכות נובעת מהבעלות של המלך בקרקע, כי הבעלות בקרקע מאפשרת ליצור כללים שתלויים בקרקע או מיסים שהם מעין דמי שימוש** (**הר"ן**). לעומת זאת, לפי המבססים זאת על יסוד ההסכמה, על פניו אין סיבה להגביל למיסים ולמקרקעין, כי אנו מקבלים מרצוננו גם כללים אחרים (**הרמב"ם והרשב"ם**)**.** לפי **רש"י** על פניו לא מוגבל **כי מצוות דינים לא עוסקת דווקא במקרקעין אלא בכלל במשפט פרטי**. לפי **ר"ת (רבנו תם**) על פניו אין סיבה להגביל כי יש להניח שהיו בתקופת התלמוד גם כללים שנגעו לנושאים אחרים.

4. רק חוק שצומחת ממנו תועלת (והנאה) ישירה למלך, או שהוא לתקנת בני המדינה – **מתיישבת יותר עם הכלל לפיו הסמכות נובעת מהבעלות של המלך בקרקע (הר"ן),** כי אם אין הנאה למלך אז למה שיכפה, גם אם הוא בעל הקרקע. אבל, יכול להיות רלבנטי אם נניח שהמלך יכול לקבוע כללי התנהגות בקרקע שלו בכל תחום. לעומת זאת, ככל שהכלל מבוסס על הסכמה לקבל את חוקי המלך (**הרשב"ם**) כדי לאפשר סדר חברתי, על פניו לא אמור להיות מוגבל רק לחוקים המקנים תועלת למלך, אלא גם לחוקים המקנים תועלת לחברה בכלל. ככל והכלל מבוסס על הסכמה להיות עבדי המלך (**הרמב"ם**), יכול להיות רלבנטי כמו הרשב"ם, מצד שני אם הם עבדים אז זה אולי לא מוגבל. לפי **רש"י** אין תשובה חד משמעית. לפי **ר"ת** הגיוני שהתקנה עסקה דווקא בזה אבל לא הכרחי.

5. דין המלכות יהיה תקף רק בנוגע לחוקי מלכות קדומים, שהיו נהוגים מימים ימימה – **מתיישבת יותר עם ההסבר לפיו אימוץ כללי המלכות מקורם בתקנת חכמים** (**ר"ת**) שמסתבר שאימצה את חוקי המלכים שהיו נהוגים בעת התקנתה, ולא חוקים עתידיים שלא ניתן היה לשער מה יהיה תוכנם. לפי נימוקי הפרשנים האחרים נראה שאין סיבה להגביל.

6. דין המלכות תקף רק כשלא מתנגש עם הוראה הלכתית מפורשת (גם לא בדיני ממונות) – **מתיישב עם כל ההנמקות**. עם זאת, יש מקום להתלבטות בנוגע להסבר לפיו ההכרה בכלל נובעת ממצוות דינים כחלק מ-7 מצוות בני נוח (**רש"י)**.

7. דין המלכות יהיה תקף כאשר פועל ביחס לכלל, ולא כשהחוק אישי – **רלוונטי לכל הנימוקים, שכן נובעת מתוך הסוגיה התלמודית**. דומה לחוק לא שוויוני.

8. דין המלכות יהיה תקף רק כאשר מדובר במלך ולא בשלטון נבחר – **ככל שהטעם מבוסס על בעלות המלך בקרקע** (**הר"ן**)**, זה מתיישב, כיוון שלא מתאים לשלטון נבחר**. ככל שמבססים את הכלל על יסוד ההסכמה, ובפרט הסכמה לחוקי המלך [**הרשב"ם**] (לעומת הסכמה להיות עבדיו [**הרמב"ם**]), הרי שההסכמה באה לידי ביטוי בצורה חזקה יותר דווקא כשמדובר בשלטון נבחר (ולכן נראה כלא מתיישב). לפי **רש"י** ולפי **ר"ת** על פניו אין סיבה להגביל.

9. דין המלכות תקף רק ביחס למלך מאומות העולם ולא מלך ישראל - לפי **הר"ן**, אכן רלוונטי (ויש להגביל) כי הקרקע בא"י לא שייכת למלך ישראל (אלא לעמ"י). לפי **הרשב"ם** (הסכמה לחוקי המלך), על פניו אין סיבה שלא תחול גם במלך מישראל. לפי **הרמב"ם** (הסכמה להיות עבדי המלך) תלוי בתפיסה (ביחס להסכמה של העם להיות עבדי המלך), אבל לא נראה שמתייחסים לעם כאל עבדים. לפי **רש"י**, יהיה תלוי בשאלה אם מצוות דינים רלבנטית גם למלך ישראל (לכאורה לא). לפי **ר"ת** המגבלה אינה רלוונטית לכלל, כיוון שעל פניו תקנת חכמים התייחסה **לדין זר** ולמלך גוי.

הגדרת המלך

מהי הגדרת ה'מלך'? בעצם השאלה הזו נחלקו הפוסקים.

**רמב"ם הלכות גזילה ואבידה ה יח**

"במה דברים אמורים: במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות. שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים. אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהם דין וכן מלך זה וכל עבדיו גזלנין לכל דבר."

היה נהוג אז שהמלך מטביע את חותמו על גבי המטבעות. **כאשר המטבע עם דמותו של המלך נסחרת בקרב הציבור הרחב,** **הדבר מלמד על כך שהציבור קיבל על עצמו את המלך כ'מלך'**. לכן הרמב"ם מגדיר מלך כמי שמטבעו יוצא באותן ארצות – שמיש ועובר לסוחר.

פירוש אחר לדבריו של הרמב"ם – ההגדרה היא **מלך שטבעו יוצא באותן הארצות**. לפי גרסה זו אין תלות במטבע. אלא, עצם העובדה שמלכותו של המלך מקובלת באותן ארצות עליהן הוא מולך, מגדירה אותו כמלך.

הגדרה זו של הרמב"ם (על שני פירושיה), תואמת את הנימוק שניתן לכלל "דינא דמלכותא דינא", שהתבסס על ההסכמה של העם להיות עבדי המלך.

**שו"ת המהרשד"ם חו"מ, שנ**

גם המהרשד"ם מסויג יותר, ומבקש להגביל את הכלל למלך דווקא.

"...ולא עוד, אלא כפי מה ששמעתי, אין להם דבר קבוע אלא שבכל חודש מעמידין מנהיג אחר. ומאן לימא לן [ומי יאמר לנו] דבכל כי האי גוונא מיירו רבנן [שגם במקרה כזה דיברו חכמים]? כפי הנראה מן התלמוד לא דיברו **אלא במקום מלך**."

* המהרשד"ם – ר' שמואל די מדינא, סלוניקי, המאה ה-16.

**שו"ת הרשב"א, א, תרלז**

**הרשב"א** מציע הגדרה רחבה יותר למלך, וכולל בה גם שר או מושל מקומי.

"עוד השיב: שכל שלטון ישראל הממונה בעירו ומושל במקומו, דינו דין. **והוא בעירו בכלל דינא דמלכותא דינא כל זמן שעושה כחוקי מקומו** **דומיא דמלך ממש**. זה ברור..."

**שו"ת המהרי"ק קצ"ד**

המהרי"ק מרחיב גם הוא את הגדרת המלך לעניין זה, ומבסס זאת דווקא על **הנימוק של הבעלות בקרקע**.

"וכל שכן לענין מכס במלכי אומות העולם, שהרי הקרקע שלהם ויכולים לומר לא יעבור שום יהודי בארצי אם לא יתן כך וכך. **ולא מבעיא מלך, אלא אפילו כל הדיוט יכול לפסוק כיוצא בזה בארצו**. כמו שכתב ר' אליעזר ממינץ, והביאו המרדכי בפרק הגוזל בתרא, וזה לשונו: "**והוא הדין בשני הדיוטות**, שאם קצבו שלא יהנה אדם מארצם אלא בקצבתם - שדיניהם דין."

לדבריו של המהרי"ק, **אם הנימוק לכלל "דינא דמלכותא דינא" הינו הבעלות בקרקע, אז חל על כל בעלים על הקרקע, ואפילו הדיוט יכול להכתיב כללים באשר לקרקע שלו**.

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

"...וחוץ מזה נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם ג"כ [גם כן] מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכיות של המשפטים ליד האומה בכללה. וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו, לענין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל. ואפילו בענינים פרטיים....אבל כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי, ע"פ דעת הכלל ודעת ב"ד , ודאי עומד הוא במקום מלך, לענין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל."

מדברי **הרב קוק** משתמע ששלטון נבחר עדיף על מלך, שכן יסוד ההסכמה בשלטון נבחר בא יותר לידי ביטוי. אמנם הרב קוק אומר את דבריו ביחס לסמכויות של מלך ישראל, אך על פניו אין סיבה להבחין (בין מלך ישראל למלך גוי).

תחולת הכלל על מלך ישראל

באשר לתחולת הכלל על מלך ישראל, נחזור ונציין כי הכלל במקורו בא להתמודד עם מציאות בה עם ישראל נתון תחת שלטון זר. מציאות זו יוצרת, מטבע הדברים, קונפליקטים, ודורשת התאמה.

**שלטון ישראל אמור בתפיסה ההלכתית לנהוג על פי ההלכה**. בכל זאת, מתעוררת שאלת סמכותו לחוקק חוקים.

**הר"ן בפירושו למסכת נדרים, פרק ג**

הר"ן (כפי שראינו לעיל), סבור שהכלל "דינא דמלכותא דינא" לא חל על מלך ישראל, שכן התפיסה ההלכתית היא שא"י שייכת לעמ"י ולא למלך.

"כתבו בתוספות, דדוקא במלכי עובדי כוכבים אמר דדינא דמלכותא דינא, מפני שהארץ שלו, ויכול לומר להם: אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ. אבל במלכי ישראל לא, לפי שא"י כל ישראל שותפין בה"

לאור הנימוק הזה, הסביר **הרשב"א** שאם תהיה מציאות של מלך ישראל בחוץ לארץ יחול הכלל "דינא דמלכותא דינא". שכן, רק לגבי א"י נאמר שהיא שייכת לעם ולא למלך. בחו"ל דינו של מלך ישראל כדינו של מלך אחר.

**הרמב"ם, ספר נזיקין, הלכות גזילה ואבידה, פרק ה, הלכה יא**

הרמב"ם מדגיש לעומת זאת **שהכלל חל גם על מלך ישראל**, אם כי הוא עוסק שם עיקר בשאלת הסמכות להטיל חיוב במס.

"במה דברים אמורים שהמוכס כליסטים? בזמן שהמוכס עכו"ם, או מוכס העומד מאליו, או מוכס העומד מחמת המלך ואין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה ומניח מה שירצה.

אבל מכס שפסקו המלך, ואמר שיקח שליש או רביע או דבר קצוב והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה למלך, ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך, אינו בחזקת גזלן, לפי שדין המלך דין הוא. ולא עוד, אלא שהוא עובר המבריח ממכס זה, מפני שהוא גוזל מנת המלך. **בין שהיה המלך עכו"ם בין שהיה המלך ישראל**."

**מאירי נדרים כז, ב**

המאירי מציע עמדה מעט מורכבת יותר. לשיטתו, אכן ההלכה מכירה בסמכותו של מלך ישראל לחוקק חוקים גם בתחום האזרחי, ויש חובה לציית להם. **אך חובת ציות זו לא מכוח הכלל של "דינא דמלכותא דינא" שנועד למלך זר, אלא מכוח משפט המלך שעוסק במלך ישראל**.

**משפט המלך** – משפט המלך מתואר בתנ"ך בספר שמואל, כאשר העם פונה למנהיגו שמואל הנביא, ומבקש למנות מלך. שמואל הנביא לא אוהב את הבקשה, מסיבות שונות. אחרי שאלוקים נענה לבקשת העם, **שמואל מתאר לעם את הצפוי להם לאחר שימונה להם מלך, ובתוך כך את העול שבמלכות מלך בשר ודם על העם.**

"וַיֹּאמֶר שְׁמוּאֵל, אֵת כָּל-דִּבְרֵי יְהוָה, אֶל-הָעָם, הַשֹּׁאֲלִים מֵאִתּוֹ מֶלֶךְ: ויאמר זֶה יִהְיֶה מִשְׁפַּט הַמֶּלֶךְ, אֲשֶׁר יִמְלֹךְ עֲלֵיכֶם: אֶת-בְּנֵיכֶם יִקָּח, וְשָׂם לוֹ בְּמֶרְכַּבְתּוֹ וּבְפָרָשָׁיו, וְרָצוּ, לִפְנֵי מֶרְכַּבְתּוֹ. וְלָשׂוּם לוֹ, שָׂרֵי אֲלָפִים וְשָׂרֵי חֲמִשִּׁים; וְלַחֲרֹשׁ חֲרִישׁוֹ וְלִקְצֹר קְצִירוֹ, וְלַעֲשׂוֹת כְּלֵי-מִלְחַמְתּוֹ וּכְלֵי רִכְבּוֹ. וְאֶת-בְּנוֹתֵיכֶם, יִקָּח, לְרַקָּחוֹת וּלְטַבָּחוֹת, וּלְאֹפוֹת. וְאֶת-שְׂדוֹתֵיכֶם וְאֶת-כַּרְמֵיכֶם וְזֵיתֵיכֶם, הַטּוֹבִים--יִקָּח; וְנָתַן, לַעֲבָדָיו. וְזַרְעֵיכֶם וְכַרְמֵיכֶם, יַעְשֹׂר; וְנָתַן לְסָרִיסָיו, וְלַעֲבָדָיו. וְאֶת-עַבְדֵיכֶם וְאֶת-שִׁפְחוֹתֵיכֶם וְאֶת-בַּחוּרֵיכֶם הַטּוֹבִים, וְאֶת-חֲמוֹרֵיכֶם--יִקָּח; וְעָשָׂה, לִמְלַאכְתּוֹ. צֹאנְכֶם, יַעְשֹׂר; וְאַתֶּם, תִּהְיוּ-לוֹ לַעֲבָדִים..." (שמואל א', פרק ח, פס' י-יז).

**בבלי, מסכת סנהדרין, דף כ עמוד ב**

נחלקו האמוראים באשר למשמעות דבריו של הנביא שמואל

"אמר רב יהודה אמר שמואל: כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו. רב אמר: לא נאמרה פרשה זו אלא לאיים עליהם שנאמר (דברים יז, טו) 'שום תשים עליך מלך' - שתהא אימתו עליך."

* עמדת האמורא שמואל: התיאור **אכן משקף את עמדת ההלכה באשר לסמכותו של מלך**.
* עמדת האמורא רב: התיאור **נועד רק כדי להפחיד את העם**, ואין הוא מתאר את סמכויותיו האמיתיות של המלך.

**פירוש המאירי למסכת נדרים, כ"ח ע"א**

המאירי פוסק כדעת האמורא שמואל, **ומסיק מכאן שיש חובה לציית למלך ישראל מכוח המתואר בפרשה זו**. לכן, הכלל "דינא דמלכותא דינא" מתייתר ככל שמדובר במלך ישראל.

"ודבר זה אין בו חלוק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם שהרי אף במלכי ישראל פסקנו ב(פרק ה)שני של סנהדרין שכל האמור בפרשת מלך על יד(י) שמואל הנביא מלך מותר בו. ובתוספות כתבו שלא נאמר כן אלא במלכי אומות העולם, אבל מלכי ישראל אין ידם תקפה לחדש בדינין כלום. והביאם לכך דעת האומר שכל האמור בפרשת מלך אף הוא אסור בו ולא נאמר אלא ליראם ולבהלם, ואם כן תפוק ליה משום דדינא דמלכותא דינא **ואין צורך בכך**, **שהרי פסקנו כל שבפרשת מלך מלך מותר בו**."

סיכום:

ראינו שההלכה מכירה בסמכותו של מלך לחוקק חוקים שמחייבים גם את בני מלכותו היהודים. זאת, מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". הראשונים העלו נימוקים שונים לביסוס הכלל, שמשפיעם גם על היקפו.

כלל זה משקף את המתח המובנה בין ההלכה היהודית, אשר מחייבת מבחינה הלכתית את היהודים באשר הם, לבין מערכת החוקים של השלטון הזר תחתיו הם חיים. ההלכה מבקשת מחד גיסא לאפשר התערבות סבירה בחיי מסחר וכלכלה, ומאידך גיסא להגן על המערכת ההלכתית ולשמור אותה רלוונטית גם בתחום דיני הממונות, ולא רק בהקשרים הדתיים האחרים שלה.

# משפט מדינת ישראל

מבוא

ביחידה הקודמת עסקנו בשאלה, **האם הכלל "דינא דמלכותא דינא" רלוונטי גם למלך ישראל? השאלה עלתה בשנים שלפני קום המדינה ולאחריה כשאלה אקטואלית.**

מנקודת מבטה של ההלכה, מלך ישראל, ושלטון ישראל בכלל, אמורים לפעול ע"פ ההלכה היהודית ובמסגרת הסמכויות שההלכה מעניקה להם. כך, השאלה לכאורה כלל לא הייתה אמורה להתעורר. עם זאת, המציאות היא שחוקי מדינת ישראל לא מושתתים על ההלכה היהודית, ועל כן מתעוררת שאלת מעמדם על פי ההלכה. מנקודת מבט אזרחית, חלה חובה לכבד חוקים – השאלה היא האם יש חובה כזו גם מבחינה דתית - **האם ישנה** **חובה דתית** **לקיום החוק האזרחי, מעבר לחובה האזרחית** (למשל חבות במס, חוקי מגן לעובדים..). מקרה בוחן נוסף הוא המשפט הפרטי – האם בית דין לדיני ממונות, שדן על פי ההלכה, ורשאי לעשות זאת מכוח חוק הבוררות, ייקח בחשבון גם את הוראות החוק (או רק את ההלכה הדתית).

חוק המדינה מאפשר לבוררים שלא לפסוק בהכרח לפי ההסדרים שבחוק האזרחי. כאשר ב"ד דן לפי נורמות דתיות, הוא לא מפר את חוקי המדינה. **הדיון הוא הלכתי פנימי – האם ההלכה תתחשב מרצונה גם בחוק האזרחי.**

השקפות עולם כמשליכות על ההכרה של ההלכה בחוק האזרחי:

* **מי שרואה במדינת ישראל התגשמות של חזון נבואי ומוצא בה ערך דתי** – יטה להכיר יותר בחוקי המדינה, ולתת להם מעמד חזק יותר.
* **מי שלא מוצא ערך דתי בהקמת מדינת ישראל** – יסתייג מהקמת המדינה ומהחוק האזרחי שלה.

אימוץ חוקי המדינה אל תוך ההלכה

אימוץ חוקי המדינה אל תוך ההלכה יכול שיעשה באמצעות הכרה ישירה או עקיפה:

* **הכרה ישירה** - הכרה בחוקי המדינה כחלק מדין מלך: "דינא דמלכותא דינא", או לחלופין חלק מתקנות הקהל.
* **הכרה עקיפה** - הכרה בחוקי המדינה מתוקף היותם מנהג.

**לגבי הכרה בחוקי המדינה מכוח דין המלכות**, הדבר תלוי בין השאר בשאלה האם הכלל "דינא דמלכותא דינא" תקף גם ביחס למלך ישראל, והאם רלוונטי גם לשלטון נבחר. למדנו, כי יש שורה של מגבלות ביחס לתכני החוקים שנכיר בהם כתקפים מכוח דין המלכות. לכן, ההלכה לא תכיר בהכרח בכל החקיקה האזרחית כמחייבת הלכתית, אלא רק בנושאים מוגבלים.

**לגבי הכרה בחוקי המדינה מכוח תקנות הקהל,** למדנו שתקנות הקהל לא מחייבות שותפות של כל הקהל בתהליך, אלא ניתן להסתפק בנציגיו. כך, לכאורה ניתן לראות בחברי הכנסת כנציגיו של הקהל הרשאים להתקין תקנות. עם זאת, עשוי להתעורר קושי באשר לצורך באישורו של אדם חשוב, ככל שהוא נוגע גם לתקנות קהל ולא רק לתקנות של בני אגודה מקצועית.

**לגבי הכרה בחוקי המדינה מתוקף היותם מנהג (הכרה עקיפה),** בדרך זו לא תינתן הכרה הלכתית למוסדות השלטון כגופים שהחקיקה שלהם מחייבת הלכתית. החיסרון של דרך זו הוא שההכרה בחוקי המדינה איננה מיידית, אלא רק לאחר שיוכח שהציבור נוהג על פי אותו חוק, שהפך להיות מנהג רווח.

דוגמא מעניינת להבדל בין הגישות ניתן למצוא בפס"ד רבני, בו תבעה קבוצה של גננות ברשת הגנים של אגודת ישראל את רשת הגנים. הן טענו כי לא מקבלות את כל הזכויות המגיעות להן לפי הוראות החוק וכללי משרד החינוך.

**הרב דיכובסקי** סבר שיש להכיר בכללי משרד החינוך מכוח היותם דין המלכות – המדינה. משכך, הם מחייבים גם את רשת הגנים של אגודת ישראל. ע"כ, תבע מהרשת להעניק לגננות את כל הזכויות המגיעות להן על פי חוק. **הרב שרמן** הכיר גם הוא עקרונית בהוראות החוק כמחייבות, אך רק מכוח היותן מנהג. לדבריו – רשת הגנים של אגודת ישראל לא אימצו מנהג זה. ע"כ, הגננות אינן זכאיות לכל אותן זכויות שהחוק מעניק, אך לא נהוג ברשת להעניקן.

אימוץ חוקי המדינה אל תוך ההלכה – הדין הפלילי

בכל הנוגע ל**דין הפלילי** העניין פשוט יותר, שכן עולה מדברי ראשונים, כי יש למלך ולשלטון סמכות להעניש עבריינים, לאו דווקא ע"פ דין תורה, וזאת כדי ליצור **סדר חברתי.** זאת בעיקר על רקע העובדה שגישת התורה מחייבת קיומו של סנהדרין בירושלים – שלא קיים כבר 2000 שנים.

**הרמב"ם, הלכות רוצח, פרק ב'**

"...וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבים מיתת בית דין, אם רצה מלך ישראל להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו..."

**רמב"ם הלכות מלכים פרק ג**

הלכה ח

"כל המורד במלך ישראל יש למלך רשות להרגו, אפילו גזר על אחד משאר העם שילך למקום פלוני ולא הלך או שלא יצא מביתו ויצא חייב מיתה, ואם רצה להרגו יהרג, שנאמר כל איש אשר ימרה את פיך, וכן כל המבזה את המלך או המחרפו יש למלך רשות להרגו, כשמעי בן גרא, ואין למלך רשות להרוג אלא בסייף בלבד, ויש לו לאסור ולהכות בשוטין לכבודו, אבל לא יפקיר ממון ואם הפקיר הרי זה גזל."

הלכה י

"כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה, או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או שונא שהרג בשגגה, יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה, והורג רבים ביום אחד ותולה ומניחן תלויים ימים רבים להטיל אימה ולשבר יד רשעי העולם."

הרמב"ם מדבר על סמכויות הענישה של המלך בעבירה של רצח, ובעבירה של מורד במלכות (מפר צו אישי של המלך). לא ברור מדבריו אם יש סמכות ענישה כזו גם בעבירות אחרות.

מי שמרחיב בעניין הוא הר"ן, אשר עוסק באריכות במבנה השלטוני האידיאלי על פי ההלכה, ובין השאר ביחס שבין בית הדין של הסנהדרין לסמכויות השיפוט של המלך.

**דרשות הר"ן, יא**

"אבל בעיני פשט הכתוב כך הוא. ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשופט שישפוט בין פרטיו... וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני... וישראל צריכין זה כיתר האומות. **ומלבד זה צריכין אליהם עוד לסיבה אחרת, והוא להעמיד חוקי התורה על תלם, (ולהעמיד) [ולהעניש] חייבי מלקיות וחייבי מיתות בית דין העוברים על חוקי התורה, עם היות שאין באותה עבירה הפסד ישוב מדיני כלל**. ואין ספק כי בכל אחד מהצדדים יזדמנו שני ענינים, האחד יחייב להעניש איזה איש כפי משפט אמיתי, והשני שאין ראוי להענישו כפי משפט צודק אמיתי, אבל יחוייב להענישו כפי תיקון סדר מדיני וכפי צורך השעה. והשם יתברך ייחד כל אחד מהענינים האלו לכת מיוחדת, וצוה שיתמנו השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי... ומפני שהסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים האל תיקונו במצות המלך..."

"...ולפיכך אני סובר וראוי שיאמן, שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כלל בתיקון הסידור המדיני...ואפשר שהם היו פונים יותר אל הענין אשר הוא יותר נשגב במעלה, ממה שהם היו פונים לתיקון קיבוצנו, כי התיקון ההוא, המלך אשר נעמיד עלינו ישלים ענינו, אבל השופטים והסנהדרין היה תכליתם לשפוט העם במשפט אמיתי צודק בעצמו...אבל בזמן שיהיו בישראל סנהדרין ומלך, הסנהדרין [הם] לשפוט את העם במשפט צדק לבד, לא לתיקון ענינם ביותר מזה, אם לא שיתן המלך להם כוחו. אבל כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכוחות, כח השופט וכח המלך...ואפשר עוד לומר שכל מה שנמשך למצות התורה, בין שהוא כפי (הפשט) [המשפט] הצודק, בין שהוא כפי צורך השעה, נמסר לבית דין...אבל תיקונם ביותר מזה, נמסר למלך, לא לשופט..."

לפי דבריו של הר"ן, כל חברה זקוקה לגוף שיפוטי שישפוט בין הפרטים בתוכה, וידאג לסדר חברתי. עם ישראל לא שונה בכך מכל חברה אחרת. עם ישראל זקוק לגוף שיפוטי מסיבה נוספת: "**להעמיד חוקי התורה על תלם, (ולהעמיד) [ולהעניש] חייבי מלקיות וחייבי מיתות בית דין העוברים על חוקי התורה...**". כשאדם עבר עבירה, יש להביאו ראשית בפני הסנהדרין, כדי שיבחנו האם הוא ראוי לעונש על פי הדין הצודק והאמיתי, דהיינו על פי גישת התורה. אם הגיעו הסנהדרין למסקנה כי העבריין אינו ראוי לענישה על פי כללי התורה, הוא יעבור לשיפוט של המלך. המלך יבחן האם הסדר החברתי מחייב את הענשת החייב. השיפוט של המלך אינו כפוף לכללים הנוקשים, הן המהותיים והן הפרוצדוראליים, של ענישת התורה. **המלך רשאי לפעול על פי שיקול דעתו, ובלבד שהמטרה תהיה חברתית ולא דתית.**

ע"פ הר"ן, יש לשלטון במדינת ישראל, סמכות ואולי אף חובה להשליט סדר בחברה. על כן, יש להם סמכות להעניש עבריינים לאו דווקא על פי הקריטריונים של דין תורה. לכן, בכל הנוגע לדין הפלילי, יש להניח שההלכה מכירה בו כמחייב.

אימוץ חוקי המדינה אל תוך ההלכה – הדין האזרחי

שאלה דומה מתעוררת בשאלת ההתייחסות למערכת בתי המשפט האזרחיים במדינת ישראל - **האם לפי ההלכה מותר, או אפילו חובה לפנות אליהם לפתרון סכסוכים?** **או שמא בכל הנוגע לדיני ממונות (הדין הפרטי), ההלכה שוללת פנייה אליהם ומחייבת פתרון הסכסוך על פי ההלכה**. הדיון אינו נוגע למשפט הציבורי, אלא אך למשפט הפרטי, שבהקשר אליו המדינה מאפשרת ואפילו מעודדת פתרון סכסוכים מחוץ לבתי המשפט.

סיכום העקרונות הכללים בנושא

1. ההלכה מכירה באפשרות למנות בתי דין של הדיוטות, דהיינו בתי דין שהדיינים בהם אינם בקיאים בדין תורה. ככה"נ חכמים שהתירו ב"ד כאלה, התירו זאת כיוון שזה היה עדיף בעיניהם על פני המצב בו יפנו יהודים לערכאות מקומיות. חז"ל העדיפו שהשיפוט יישאר (ככל הניתן) בתוך הקהילה היהודית. אולם, לפי רוב הפוסקים אפשרות זו קיימת רק במקום בו אין מי שבקיאים בדין תורה.
2. ככה"נ אפשרו בתי דין של הדיוטות רק בתנאי שישקלו על פי שיקול דעת, ולא על פי מערכת חוקים זרה להלכה, כמחייבת. לכן, ערכאות שדנות על פי שיקול דעת, יהיה יותר מקום להתיר פנייה אליהן על פי ההלכה.
3. הפוסקים מסויגים מהאפשרות שהציבור יקבל על עצמו דיינים שאינם מומחים. בנוסף, גם אם זה אפשרי, זה ככה"נ מצריך תקנת קהל, שאולי מצריכה אישור אדם חשוב – וזה לא ניתן.
4. קיים איסור הלכתי להתדיין בפני ערכאות גויים. ככה"נ, גם האיסור הזה התעצב כדי לשמר ככל הניתן את השיפוט בתוך הקהילה היהודית. יש הסבורים כי בתי המשפט של הארץ אינם בבחינת ערכאות של גויים, שכן השופטים ברובם יהודים. אולם, רוב הפוסקים סבורים שהאיסור לפנות לערכאות של גויים לא קשור לערכאות שיושבים בהן גויים דווקא אלא לאופי הדין, כך שהאיסור יחול גם כששופטים יהודים דנים על פי מערכת דינים הזרה להלכה.
5. בהנחה והפנייה לערכאות של גויים אסורה, אין בהסכמת הצדדים תועלת – שכבר ראינו שלא ניתן להתנות על איסור. עם זאת, יש מקורות מהם ניתן להסיק שהסכמת הצדדים עשויה להתגבר על האיסור במקרה זה, או לפחות להחליש אותו.
6. ככה"נ אין בכוחו של מנהג לפנות לערכאות כאלה כדי להתגבר על איסור.
7. כאשר הצד השני מסרב להתדיין על פי ההלכה, ניתן לקבל היתר לפנות לערכאות גויים, ובמקרה שלנו – למערכת האזרחית. כמו כן, ניתן לפנות לבתי משפט שפועלים על פי שיקול דעת, ולא על פי מערכת חוקים מחייבת. הוא הדין, שניתן לפנות למערכת המשפט לצורך הוצאה לפועל.

אלו הם העקרונות המרכזיים. עיקר הלימוד של הסוגייה ייעשה באמצעות מאמרו של פרופ' אליאב שוחטמן.

**מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל - פרופ' אליאב שוחטמן (סיכום של שילת לוי)**

* טיפ ללמידה: נסו להבחין בין פסיקותיהם של חכמי ההלכה היהודיים, ובין הפרשנות של פרופ' שוחטמן לדבריהם. יסייע להבנת הנושא - מעמדה של מערכת המשפט בישראל על פי ההלכה.

הנחת היסוד של ההלכה היא שכמו שיחידים מחויבים בקיום מצוות, כך גם החברה היהודית ככלל מחויבת להתאים את אורחות חייה הציבוריים ולהתנהל 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 ה-2, 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. אולם נשמע שההלכה מכירה בקיום מוסד משפטי יהודי שדייניו אינם מומחים, המכונה "**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:**

**השולחן ערוך**: 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 את 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. בבתי משפט אלו עוברים גם על "לפניהם ולא לפני הדיוטות", וגם על "לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים"*.*

**האם מותרת התדיינות בבתי משפט מכוח הסכמת הצדדים?**

**השולחן 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 המביא את דינו לערכאות 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 כספו בחזרה 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.

עם זאת, 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 זהות הערכאה). לא ניתן ללמוד מכאן על 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 מנהג 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. (**הרמב"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 אוכלוסייה 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 גבייה. כך גם 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 המסויגת 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 מסוימת, שאיננה בית דין, שתדון עבורו בתחום הפלילי.

קבלה 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 ולכאורה אכן אישור כזה ניתן.

לסיכום - משמעות האיסור להתדיין במערכת המשפט הכללית לא שוללת לגמרי את ההכרה ההלכתית במערכת הזו, אלא שוללת 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. 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.

כאשר 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 כאשר הנתבע 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 פתרון: חכמי ההלכה בזמנינו כבר קבעו כי אי אפשר לכפות נורמה דתית על מי שאינו 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 כשכל ההתדיינות נעשתה (לכאורה) על בסיס הסכמה (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 הפנייה 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 לגביהם 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 במסדות בוררות, 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 החילוני בצורה שווה.

**נקודות חשובות מהמאמר (לא ממצה)**

ערכאות שבסוריא

* בתי דין של הקהילה היהודית אשר הדיינים שבהם אינם מומחים ובקיאים בדין תורה.
* מותר להקים ולפנות לבתי דין כאלה כאשר מדובר בעיירות בהן אין דיינים הבקיאים בדין תורה.
* לבתי דין כאלה ממנים את החכמים שבאנשי העיר, אשר הציבור הסכים עליהם.
* הם נועדו למנוע פניה לערכאות זרות.
* הם ידונו על פי שיקול דעתם כבוררים ולא על פי מערכת מחייבת של דין זר. אמנם, מדברי המאירי ניתן היה להסיק שהם רשאים לדון על פי "נימוסים" – דין זר, אך **שוחטמן דוחה הסבר זה בדבריו**.

ערכאות אזרחיות בימינו

* לדעת שוחטמן לא ניתן להתיר בימינו פנייה לערכאות אזרחיות.
* ראשית, כיוון שהם דנים על פי מערכת חוקים מחייבת, שמבחינת ההלכה היא דין זר.
* שנית, יש בארץ בתי דין הבקיאים בדין תורה ודנים על פיו. אמנם, יש מי שממנו נשמע לכאורה שניתן להסכים על דיינים שאינם בקיאים גם כשיש בנמצא בקיאים, אולם לדעת שוחטמן זה רק אם זה ייעשה בדרך של התקנת תקנה.
* הטוענים כי הערכאות האזרחיות בימינו הם כערכאות של גויים, מבססים עמדתם על כך **שהאיסור בפניה לערכאות של גויים אינו נקבע על פי זהות הדיינים** **(יהודים או לא יהודים), אלא לפי מהות הדין על פיו הם דנים**. מאחר ובתי המשפט לא דנים על פי ההלכה, הם בבחינת ערכאות של גויים.
* לא ניתן לפנות לערכאות מכוח הסכמת הצדדים, זאת משום שמדובר על איסור ועל כן לא ניתן לפנות גם בהסכמה, כי ניתן להתנות רק על דיני ממונות ולא על איסורים.
* יש מקורות מהם משמע שאין בזה איסור (בפנייה לערכאות בהסכמת הצדדים), אולם שוחטמן סבור שמקורות אלו **רק באים לקבוע שאין להעניש את הפונים בהסכמה, אך לא להתיר את האיסור**.

# משפט ומוסר – "ועשית הישר והטוב"

מבוא

יחידה זו תעסוק ביחס בין חיובים ממוניים משפטיים, לחיובים ממוניים מוסריים. ככלל, ניתן לומר כי אחד ההבדלים בין הוראה משפטית להוראה מוסרית, הוא שהוראה משפטית אכיפה, בעוד שהוראה מוסרית בלתי אכיפה. אין הכוונה לומר שהוראה משפטית היא בלתי מוסרית, כמובן שהשאיפה היא שהוראות משפטיות תהיינה מוסריות, אולם הוראה מוסרית אינה בהכרח משפטית.

פס"ד כיתן נ' וייס

פסק הדין עוסק בתביעה נזיקית. התובע הפסיד בערכאה הראשונה וערער על ההחלטה. בית המשפט ניסה להביא את הצדדים לפשרה, לפיה חברת כיתן תשלם רק חלק מהסכום הנתבע. הנתבעת - חברת כיתן, הסכימה, אולם התובע סירב לפשרה.

**השופט מנחם אלון** כתב את פסק הדין, שברובו ניתח את השאלה הנזיקית. שם, הגיע למסקנה שדין הערעור להידחות. בחלק האחרון של פסק הדין, הוא פנה לחברת כיתן כדי שתפעל לפנים משורת הדין ותשלם לתובע את מה שהסכימה לשלם לו במסגרת הצעת הפשרה, על אף שהתובע הוא זה שדחה אותה. **הוא ביסס את פנייתו על המשפט העברי, שמעניק חשיבות להתנהגות של לפנים משורת הדין**.

**השופט שמגר** הסכים לניתוח המשפטי של השופט אלון. אולם, הוא הסתייג מהקריאה של השופט אלון לנתבעת לנהוג לפנים משורת הדין. לדברי השופט שמגר, תפקידו של בית המשפט לעשות דין, ולא לערב שיקולים של לפנים משורת הדין. יצוין, שגם לעמדתו של השופט שמגר, ניתן למצוא סימוכין במדרש.

**בבלי, מסכת סנהדרין, ו, עמוד ב**

"וכן בדוד הוא אומר (שמואל ב ח טו) [וימלך דוד על כל ישראל] ויהי דוד עושה משפט וצדקה [לכל עמו] והלא כל מקום שיש משפט אין צדקה וצדקה אין משפט? ... דן את הדין זיכה את הזכאי וחייב את החייב וראה שנתחייב עני ממון ושלם לו מתוך ביתו - זה 'משפט וצדקה': משפט לזה וצדקה לזה: משפט לזה - שהחזיר לו ממון, וצדקה לזה - ששילם לו מתוך ביתו."

ביושבו על כיסא הדיין, פעל דוד המלך על פי דין, וחייב את העני כשהדין דרש זאת. מחוצה לבית הדין (שלא במסגרת הדין הפורמאלי), הוא עשה צדקה עם העני, וסייע לו בפירעון של מה שחוייב בו. יוצא, כי הוא לא עירב שיקולים של לפנים משורת הדין, בשלב ובתוך מעשה הדין עצמו.

**אנו נתמקד בבחינת המקורות ההלכתיים הרבים, התומכים בעמדתו של השופט אלון.**

**דברים ו**

**יז** שָׁמוֹר תִּשְׁמְרוּן, אֶת-מִצְו‍ֹת יְהוָה אֱלֹהֵיכֶם, וְעֵדֹתָיו וְחֻקָּיו, אֲשֶׁר צִוָּךְ. **יח** וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב, בְּעֵינֵי יְהוָה--לְמַעַן, יִיטַב לָךְ, וּבָאתָ וְיָרַשְׁתָּ אֶת-הָאָרֶץ הַטֹּבָה, אֲשֶׁר-נִשְׁבַּע יְהוָה לַאֲבֹתֶיךָ.

הפסוק הראשון מצווה לשמור את כללי התורה. הפסוק השני מוסיף שיש לעשות את הישר והטוב בעיני ה'. ההנחה המדרשית של חז"ל כלפי התורה היא שאין מילים מיותרות בתורה, ואין הוראות חוזרות. אם כן, מה המוסיפה ההוראה לעשות הישר והטוב בעיני האלוקים, מעבר לחובה לקיים את מצוותיו?

הרמב"ן בפירושו לתורה, מתייחס למשמעות פסוק זה.

**רמב"ן דברים פרק ו, פסוק יח**

"ועשית הישר והטוב בעיני ה'" - על דרך הפשט יאמר תשמרו מצות השם ועדותיו וחקותיו ותכוין בעשייתן לעשות הטוב והישר בעיניו בלבד. ולמען ייטב לך – הבטחה, יאמר כי בעשותך הטוב בעיניו ייטב לך, כי השם מטיב לטובים ולישרים בלבותם.

ולרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה, כי מתחלה אמר שתשמור חקותיו ועדותיו אשר צוך, **ועתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו**, כי הוא אוהב הטוב והישר...".

הרמב"ן מסביר שהפסוק כפשוטו בא לומר כי יש לכוון בעת עשיית המצוות לעשות את הישר והטוב בעיני ה', ולא לעשותם מתוך מטרות תועלתניות. אולם, בהמשך דבריו הוא מביא את מדרש חז"ל, לפי הפסוק בא להנחות כיצד יש לנהוג בנושאים שה' לא ציווה עליהם בפירוש. במקרים כאלה העיקרון המנחה צריך להיות עשיית הישר והטוב בעיני ה' – לרבות פשרה, לפנים משורת הדין, ושיח נעים עם הבריות.

בהמשך דבריו, הוא מסביר מדוע יש צורך בהנחיית סל כזו:

"...וזה ענין גדול, לפי שאי אפשר להזכיר בתורה כל הנהגות האדם עם שכניו ורעיו וכל משאו ומתנו ותקוני הישוב והמדינות כלם. אבל אחרי שהזכיר מהם הרבה כגון לא תלך רכיל (ויקרא יט טז), לא תקום ולא תטור (שם פסוק יח), ולא תעמוד על דם רעך (שם פסוק טז), לא תקלל חרש (שם פסוק יד), מפני שיבה תקום (שם פסוק לב), וכיוצא בהן, חזר לומר בדרך כלל שיעשה הטוב והישר בכל דבר עד שיכנס בזה הפשרה ולפנים משורת הדין. וכגון מה שהזכירו בדינא דבר מצרא (ב"מ קח) ואפילו מה שאמרו (יומא פו) פרקו נאה ודבורו בנחת עם הבריות, עד שיקרא בכל ענין תם וישר".

לדעת הרמב"ן אי אפשר להזכיר בתורה את כל הנהגות האדם עם רעהו בכל מצב ובכל זמן. התורה מונה מצוות מסוימות (לא תיקום ולא תיטור, לא תעמוד על דם רעך וכו'). מעבר לזה, התורה קובעת עיקרון מנחה של עשיית הישר והטוב – מבלי להיכנס לכל הפרטים האפשריים שלו. נדמה, שבמילים "לפי שאי אפשר", אין כוונת הרמב"ן לקושי טכני שלא מאפשר להזכיר את כל הנהגות האדם, אלא לקושי מהותי. אחד מעיקרי האמונה, שהתורה היא תורת נצח, ומתאימה לכל הזמנים כולם. ברור שהחיים הם דינמיים ומתפתחים, ויש להתאים את הפתרונות שההלכה נותנת למציאות המשתנה. המבנה הזה, של עיקרון-על מנחה, מאפשר יתר גמישות במילוי שלו בתוכן – תוכן שאולי יהיה תלוי נסיבות.

מעניין לראות שלפי הרמב"ן, המבנה הזה של פרטים הלכתיים ועיקרון-על יסודי, שממנו ניתן לגזור פרטים נוספים, איננו ייחודי לתחום היחסים שבין אדם לחברו. גם ביחס לאיסורי התורה, הרמב"ן מזכיר עיקרון דומה:

**ויקרא, פרק יט, פסוק ב**

דַּבֵּר אֶל-כָּל-עֲדַת בְּנֵי-יִשְׂרָאֵל, וְאָמַרְתָּ אֲלֵהֶם--קְדֹשִׁים תִּהְיוּ: כִּי קָדוֹשׁ, אֲנִי יְהוָה אֱלֹהֵיכֶם.

קדושה מתפרשת בד"כ כפרישות והימנעו מדברים מסוימים. הפסוק מצווה להיות קדושים אך לא מסביר מה נדרש לשם כך. גם כאן, לא סביר שהכוונה היא רק הימנעות מאיסורי התורה (שכן הם כבר מפורשים במקומות אחרים).

**רש"י במקום (ויקרא, פרק יט, פסוק ב)**

הכוונה להיות זהיר באיסורי עריות, שמופיעים בפסוקים שקדמו לפסוק זה.

**הרמב"ן במקום**

הרמב"ן נותן לפסוק משמעות רחבה יותר: "והענין: כי התורה הזהירה בעריות ובמאכלים האסורים, והתירה הביאה איש באשתו ואכילת הבשר והיין. אם כן ימצא בעל התאוה מקום להיות שטוף בזמת אשתו או נשיו הרבות, ולהיות בסובאי יין בזוללי בשר למו, וידבר כרצונו בכל הנבלות - שלא הוזכר איסור זה בתורה, והנה יהיה נבל ברשות התורה. לפיכך בא הכתוב אחרי שפרט האיסורים שאסר אותם לגמרי, וצוה בדבר כללי שנהיה פרושים מן המותרות:"

לדברי הרמב"ן, המשמעות של הקדושה היא לא להיות "נבל ברשות התורה" – לא לנצל את היעדר האיסור להתנהגות שאינה הולמת. לדוגמא – לא להתמכר ליין, על אף שיין שהוכן על פי כל הכללים ההלכתיים מותר לשתייה, כך גם לגבי שאר **התאוות הגופניות, שאסור להפריז בהן, על אף שנעשות בדרכים המותרות**.

בכל אלה אין מגבלות פורמאליות, אך כל אחד צריך להציב לעצמו גבולות כדי לא להגזים ולהתמכר (עיקר העניין הוא איסור ההפרזה בתאוות הגוף והעולם הזה, בין אם מדובר בהתמכרות ממש ובין אם לאו).

בהמשך דבריו, מוסיף הרמב"ן כי ציווי זה בעל מבנה דומה לציווי לעשות הישר והטוב בעיני ה'. בשני המקרים, מדובר על עיקרון על שנותן הנחיה כללית להתנהגות במצבים משתנים. אולם, **בעוד ש"ועשית הישר והטוב" מתמקד ביחסים בין אדם לחבירו, הציווי "קדושים תהיו, כי קדוש אני ה' אלוקיכם" מתמקד במישור שבין אדם לאלוקים.**

"וזה דרך התורה - לפרוט ולכלול בכיוצא בזה. כי אחרי אזהרת פרטי הדינין בכל משא ומתן שבין בני אדם - לא תגנוב ולא תגזול ולא תונו ושאר האזהרות - אמר בכלל: ועשית הישר והטוב (דברים ו יח), שיכניס בעשה היושר וההשויה וכל לפנים משורת הדין לרצון חבריו כאשר אפרש (שם) בהגיעי למקומו ברצון הקב"ה. וכן בענין השבת."

**אנו נתמקד בציווי "ועשית הישר והטוב", שנוגע לתחום של דיני הממונות.**

ניתן לומר שכלל זה בא לידי ביטוי ב-3 מישורים:

1. זה ציווי שמופנה לחכמים עצמם, להתקין תקנות ממוניות שיביאו לידי ביטוי עיקרון זה.
2. ציווי שמופנה לבית הדין, שמעבר ליישום כללי הדין הפורמאלים, עליו לשאוף להגשים יעד זה של עשיית הישר והטוב.
3. מופנה גם לאדם הפרטי
4. כאשר אין הוראה מפורשת כיצד לנהוג – ההנחיה היא לעשות את הדבר הישר והטוב בעיני ה', הגם שלא תמיד נתון מענה ברור וחד משמעי בנוגע למה מצופה שנעשה.
5. כאשר ישנה הוראה מפורשת כיצד לנהוג (בנושאים בהם דרך הפעולה הנדרשת ברורה ומפורטת) – לעיתים יש לחרוג מההוראה המופרטת, ולפעול באופן שיגשים את עיקרון העל.

תקנות חכמים

תקנה של חכמים, גם בתחום דיני הממונות היא תקנה מחייבת ואכיפה (ולא רק הוראה מוסרית מומלצת). עם זאת, תקנות רבות של חכמים מבקשות ליישם את העיקרון של עשיית הישר והטוב.

דוגמאות לתקנות בהן נאמר במפורש כי הן נגזרות מעקרון עשיית הישר והטוב:

כפי שנראה, העיקרון של עשיית הישר והטוב אינו רק הנימוק לתקנות הללו, אלא גם קובע את גבולותיהן. הן מחייבות כל עוד הן אכן מגשימות את כלל הישר והטוב.

1. **"דינא דבר מצרא"** (פירוש מילולי: דין בין המיצר, הגבול). משמעות המונח המשפטי - זכות קדימה בין שכנים.

במשפט בישראלי, זכות הקדימה שהייתה לכל שכן מכוח החוק העותמאני בוטלה מתוך תפיסה של חופש הקניין, והזכות להעביר את הנכס לפי רצון הבעלים, כחלק מהגדרת הבעלות. ניתן אומנם ליצור זכות קדימה מכוח הסכם, אולם זכות הקדימה מכוח החוק נותרה רק בין יורשים של משק חקלאי, ובין בני זוג.

במשפט העברי, קיימת לכאורה זכות קדימה בין כל שכנים ששדותיהם גובלות זו בזו. **משמעות זכות הקדימה, ככל שהיא קיימת, היא שצד ג' לא יוכל לרכוש את השדה כל עוד לא וויתר השכן הגובל בשדה, על רכישתה. ע"פ ההלכה, השכן יוכל לאלץ צד' ג שרכש את הנכס, להעבירו אליו.**

סוגיית התלמוד מתייחסת לשאלה זו, ומצטטת מספר דעות של אמוראים באשר לכך.

**בבא מציעא, קח, ע"א**

"אמר רב יהודה אמר רב האי מאן דאחזיק ביני אחי וביני שותפי חציפא הוי סלוקי לא מסלקינן ליה ורב נחמן אמר זנמי מסלקינן ואי משום דינא דבר מצרא לא מסלקינן ליה נהרדעי אמרי חאפילו משום דינא דבר מצרא מסלקינן ליה משום שנאמר (דברים ו, יח) ועשית הישר והטוב בעיני ה'."

אמר רב יהודה בשם רב, מישהו שמחזיק קרקע – בין אחים או בין שותפים, קרוי חצוף, אך לא מסלקים אותו. רב נחמן אמר – שגם מסלקים אותו, אולם אם משום "דינא דבר מצרא" לא מסלקים אותו. חכמי נהרדעא אומרים - אפילו משום, דינא דבר מצרא, מסלקים אותו. מבססים זאת על הפסוק "ועשית הישר והטוב בעיני ה'".

הסוגיה עוסקת במקרה בו בעל שדה מוקף מכל צדדיו, בשדות השייכים לקבוצת יורשים או שותפים. כל עוד הוא מחזיק בשדהו, לא ניתן כמובן לדרוש את סילוקו. שאלת זכות הקדימה מתעוררת כאשר מכר את שדהו לצד ג'. רב יהודה בשם רב סבור – שאותו צד ג' הינו "חצוף" - בלתי הגון ובלתי מוסרי, אולם היורשים/השותפים לא יוכלו לסלקו מהשדה אותה רכש כדין. לעומת זאת, לדעת רב נחמן – יש ליורשים/לשותפים זכות לדרוש את סילוקו של הקונה מין הקרקע, והעברת אליהם. זאת כמובן בתנאי שיחזירו לו מה ששילם לבעלים המקורי. למעשה, רב נחמן מעניק לקבוצת השותפים מעין זכות קדימה, שכן היתרון שיצמח להם מבעלות על קרקע המצויה בין שדותיהם ברור, בעוד לצד ג' אין ערך מוסף מיוחד דווקא בקרקע זו. עם זאת, רב נחמן לא מקנה זכות כזו לשכן רגיל, אלא רק ליורשים/שותפים.

נדגיש, "דינא דבר מצרא" לא מונעת את רכישת הקרקע ע"י צד ג'. אלא מופעלת כלפי צד ג' ולא כלפי הבעלים. עושים מעין פיקציה, לפיה צד ג' היה שלוח של השכנים/השותפים, ורכש את הקרקע עבורם. ייתכן שדרך זו נועדה לבחון את מחיר השוק של הקרקע, ויתכן שבאה לפתור את הצורך בג"ד של המוכר. יש להניח, שברמה הפרקטית, לו היה נוהג משטר כזה – צד ג' ע"פ רוב היה נמנע מלרכוש את הקרקע כל עוד לא ווידא שהשכנים/היורשים מוותרים על זכותם העדיפה.

חכמי נהרדעא (עיר בבבל בה היה ריכוז של חכמים) סבורים – גם במקרה של שכן רגיל, תוענק לו זכות הקדימה, זכות משפטית לתבוע את סילוקו של צד ג' שרכש את הקרקע, והעברתה לבעלותו. זאת כמובן בתנאי שיחזיר לצד ג' מה ששילם. **חכמי נהרדעא מנמקים את הכלל של "דינא דבר מצרא" (זכות הקדימה), בכך שלדעתם מיישם את העיקרון של עשיית הישר והטוב.** הבעלים המקורי לא ניזוק כיוון שביקש למכור, ונכסו אכן נמכר במחיר שוק. לקונה לא ייגרם נזק משמעותי, שכן יכול לקנות קרקע חלופית. לשכן תצמח תועלת, שכן יש לו ערך מוסף בקבלת שדה שגובלת בשדה שכבר שלו, כשיוכל לעבדם כך יחד. בנוסף – **התועלת שלו לא באה על חשבון אחרים, ועל כן זה הישר והטוב**.

**במקום בו עלול להיגרם נזק כלכלי למוכר או לקונה – זכות הקדימה של השכן לא תיושם. שכן, במקרה כזה הטוב והישר כלפיו יבוא על חשבון מישהו אחר.** וכך מבואר בהמשך הסוגיה:

**בבא מציעא, קח, ע"ב**

"מתנה לית בה משום דינא דבר מצרא אמר אמימר באי כתב ליה אחריות אית בה משום דינא דבר מצרא גמכר כל נכסיו לאחד לית בה משום דינא דבר מצרא דלבעלים הראשונים לית בה משום דינא דבר מצרא".

כאשר הקרקע ניתנה לצד ג' במתנה ע"י הבעלים, לא יחול העיקרון של "דינא דבר מצרא", שכן הוא יפסיד את המתנה. זאת, למעט במצב בו הבעלים נתן למקבל המתנה אחריות לפצותו (שהבעלים יפצה את מקבל המתנה), במקרה בו הקרקע תילקח ממנו.

כשהבעלים מכר מספר שדות לקונה אחד, לא יוכלו השכנים של השדות לטעון לזכות קדימה, שכן העסקה כולה עלולה להתפוצץ והמוכר יפסיד מכך.

**רש"י במקום**

**לית בהו משום דינא דבר מצרא** - שלא תקנו חכמים ללוקח להסתלק, לעשות הישר והטוב לבעל המצר, שהוא רעה למוכר, שזה לא יקנה השאר, שימשוך את ידו בשביל זו, ובמקום פסידא דמוכר לא תקון דינא דבר מצרא..."

כאשר הבעלים מכר את השדה למי שהיה בעליה בעבר, גם אז לא יכול השכן לטעון "דינא דבר מצרא". לבעלים המקורי יש קשר מיוחד לשדה שלו, אותה ככל הנראה נאלץ למכור מסיבות כלכליות. כעת, כשהתאפשר לו ורכש אותה מחדש, מכירים בקשר המיוחד שלו לשדה, ולא מעדיפים את זכותו של השכן.

**טור חושן משפט, סימן קעה**

את העניין מסכם ר' יעקב בעל הטורים: "דינא דבר מצרא תקנת חכמים הוא משום ועשית הטוב והישר הואיל שהוא רוצה למכור טוב וישר הוא שיקננה המצרן יותר מאדם אחר הרחוק. לפיכך, אם יש שם שום הפסד (הפסד כלשהו, אפילו קטן) למוכר, לא תקנו (את התקנה למקרה כזה). שלא תקנו למצרן דבר שהוא הפסד למוכר."

הזכות של הסמוך לקרקע הצטמצמה מאוד ע"י הפוסקים במהלך הדורות. את רוב הסייגים ששמו לה, ניתן להסביר ברצון להבטיח שאכן מימוש הזכות הוא בבחינת הישר והטוב לאחד, ללא גרימת נזק לאחרים. נדגיש, דוגמא זו היא דוגמא לתקנת חכמים - מרגע התקנתה, הפכה עקרונית למחייבת, אולם ביסודה עומד העיקרון של עשיית הישר והטוב.

1. **"שומא הדר" – שמאות חוזרת.**

הקדמה: כשמלווה נותן הלוואה ללווה, הוא מבקש להבטיח ככל הניתן שיהיה לו ממה לגבות את חובו. כעיקרון, כל נכסי החייב, שיש לו במועד הפירעון (הן מקרקעין והן מטלטלין), משועבדים לחוב. המלווה יוכל לגבות מהם את חוו, בכפוף לכך שב"ד יותיר בידי הלווה את צורכי הקיום המינימאליים שלו.

אולם, קיים חשש הגיוני (לא מדובר בחשש רחוק), כי במועד הפירעון לא יהיו כל נכסים בידי הלווה. לכן, קבעה ההלכה, שכל הלוואה שנכתב בגינה שטר חוב, כוללת את שיעבוד נכסי המקרקעין של החייב. **המשמעות של השעבוד היא שזכותו של המלווה להיפרע מהם קודמת לזכותו של צד ג', שקיבל או רכש את הקרקע, לאחר מועד ההלוואה.** כמובן, המלווה יוכל להיפרע מנכסים אלא, רק כאשר אין נכסים אחרים שנותרו בידי החייב.

כאשר הלווה מכר בתקופה שבין מועד ההלוואה למועד הפירעון מספר נכסים, יוכל המלווה לפנות אך למלווה האחרון. אם הנכס שבידי האחרון לא יספיק, יוכל לפנות לזה שלפניו – וכן הלאה. הסיבה שהגבייה היא מין הקונה האחרון ואחורה, ולא מין הקונה הראשון, נובעת מכך שהקונה הראשון יכול לטעון כלפי המלווה: "הנחתי לך מקום לגבות הימנו". כלומר, שבעת שקנה הקונה הראשון את הנכס מאת החייב, הוא בדק ו-ווידא שנותרו בידי החייב די נכסים מהם יוכל המלווה לגבות את חובו. כדי שקונים יוכלו להיזהר שלא לקנות נכס משועבד, או לדאוג שיישארו בידי החייב מספיק נכסים, נקבע שהשעבוד חל רק כאשר נכתב שטר כנגד ההלוואה. שכן, שטר "יש לו קול"; דהיינו, יש לו פרסום. אז, השטר היה נכתב ע"י סופר העיר שהיה יושב בסמוך לב"ד, וממילא היה מרכז אצלו את המידע אודות החובות והחייבים. כך, הקונה יכול היה יכול לבדוק אצל הסופר אם יש שעבוד על נכסיו של מוכר הקרקע.

עיקרון זה דומה למרשם המקרקעין הקיים כיום. גם היום, כדי שזכותו של משעבד תגבר על זכותו של קונה מאוחר, על המשעבד לרשום את השעבוד בלשכת רישום המקרקעין. בנוסף, כך הקונה יוכל בדוק ולהיזהר.

בנסיבות בהם ב"ד מאפשר לנושה לממש קרקע של החייב, הליך המימוש יתבצע בשלבים, שיוצגו להלן.

שלבי פעולה (המרכזיים שבהם) עת מימוש קרקע של החייב ע"י הנושה:

1. כתיבת שטר חיפוש נכסים ע"י ב"ד. משמעות השטר היא שעל המלווה לחפש אחר נכסי החייב, כולל נכסים שמכר או העביר, אם אין לו די נכסים ברשותו. המטרה של תהליך זה היא לאפשר לב"ד לקבוע, האם בכלל, ואיזה נכס ימומש לטובת החזר ההלוואה.
2. שטר 'אדרכתא' – שטר דריסת רגל. ב"ד מאפשר למלווה להעביר לחזקתו מקרקעין של החייב, או מקרקעין שהיו של החייב. בשלב זה המקרקעין לא עוברים לבעלותו של הנושה, אלא ניתנת לו אפשרות לתפוס עליהם חזקה.
3. שלב השומה – העברת בעלות. ב"ד שם את המקרקעין (מעריך את שווים), ומעביר לבעלותו של המלווה קרקע כנגד ההלוואה.

נשים לב: בין שלב לשלב, יעברו **לפחות 30 יום**, כדי לאפשר ללווה לפרוע את החוב.

שלב השומה הוא שלב סופי. לאחריו הקרקע שייכת למלווה – שיכול לנהוג בה מנהג בעלים כולל העברתה לצד ג'. לכן, על פי דין, עקרונית גם אם ישיג הלווה כסף, הוא לא יוכל לדרוש את השבת המצב לקדמותו ואת פדיון המקרקעין. עם זאת, יוכל הלווה כמובן לרכוש את הקרקע מין המלווה שהוא כרגע הבעלים, אם יהיה המלווה חפץ למכרם, אך הלווה לא יוכל לכפות זאת.

למרות זאת, התערבו חז"ל, ואפשרו ללווה לפדות את הקרקע, גם אם המלווה מעוניין להשאירה בבעלותו.

**בבלי, בבא מציעא, לה**

"אמרי נהרדעי: שומא הדר (חוזרת) עד תריסר (שנים-עשר) ירחי שתא. ואמר אמימר: אנא מנהרדעא אנא וסבירא לי שומא הדר לעולם. והלכתא: שומא הדר לעולם משום שנאמר (דברים ז, יב) ועשית הישר והטוב".

חכמי נהרדעא סברו, ש**שומא חוזרת** בפרק זמן של שנה. דהיינו **שיש ללווה פרק זמן** של שנה**, בו יוכל לפדות חזרה את המקרקעין שלו.** אמימר (אחד מחכמי נהרדעא) סבור ששומא חוזרת לעולם, כך שזכות הפדיון אינה מוגבלת בזמן. ההלכה אכן נפסקה ששומא חוזרת לעולם בהתבסס על העיקרון של עשית הישר והטוב. במצב כאמור, הלווה יקבל לידיו חזרה את הקרקע. במקביל, המלוה שממילא היה אמור לקבל כסף, יוותר עם כספו. וכך פסק הרמב"ם (להלן).

**רמב"ם הלכות מלווה ולווה פרק כ"ב הלכה ט"ז**

"בית דין ששמו לבעל חוב - בין בנכסי לוה, בין במשועבדין שביד הלוקח, ולאחר זמן השיגה ידו של לוה או של נטרף או של יורשיהן, והביאו לבעל חוב את מעותיו, מסלקין אותו מאותה קרקע (כיוון) **שהשומא חוזרת לבעלים לעולם, משום שנאמר ועשית הישר והטוב**."

כמו ב-"דינא דבר מצרא" (דין בין הגבול) גם כאן, תקנת "שומא הדר" (שמאות חוזרת) מאפשרת ללווה לפדות את הקרקע כל עוד לא יגרם נזק לצדדים אחרים. לכן למשל, זכות הפדיון ניתנת כל עוד הקרקע בידי המלווה עצמו. אולם, אם העביר אותה לצד ג', בין בדרך של מתנה, ירושה או מכירה, לא יוכל המלווה לדרוש מאותו צד ג', את פדיונה. כך גם במצב בו המלווה השביח את הקרקע, אז יהיה זכאי, לכל הפחות, להחזר הוצאותיו. יש להניח שאם מחירי המקרקעין יתייקרו, גם אז תוגבל זכותו של הלווה לפדות את הקרקע.

סיכום:

עד כה, עמדנו על 2 תקנות חכמים **שהתלמוד מבסס במפורש** על העיקרון של "ועשית הישר והטוב". ב-2 הדוגמאות הללו, מדובר על תקנות, ולפיכך הן גם אכיפות. התקנות מדגימות כיצד יישמו חכמים את העיקרון של "ועשית הישר והטוב".

הכלים הקיימים בידי בית הדין ליישום הכלל ("ועשית הישר והטוב")

לפנים משורת הדין

במקרים שנציג להלן, נהגו, או קבעו שיש לנהוג, לפנים משורת הדין. לאחר מכן ננסה להבין את התמונה העולה מהם.

כדי להבין את כלל המקרים, נציג תחילה את עקרונות מצוות השבת אבידה (להלן).

סיכום עקרונות – מצוות השבת אבידה:

1. חובת השבת אבידה על פי סימנים - לפי התורה, קיימת חובה להשיב עבודה לבעליה. את ההשבה יש לבצע על פי סימנים, כדי לוודא שאכן תושב לבעלים האמיתיים. לפי התורה אין אופציה להתעלם מהמציאה, אלא יש חובה להרימה, ולנסות לאתר את הבעלים.
2. מקרים מיוחדים בהם ניתן להתעלם – במקרים מיוחדים ניתן להתעלם מהמציאה ולהשאירה במקום בו היא נמצאת, כך שמוצא אחר יטפל בה. כך למשל, כאשר מדובר ב'זקן ואינה לפי כבודו' (הטיפול והעיסוק באבידה הספציפית הזו). דהיינו, מי שאין מכבודו להרים חפץ מסוג זה ברחוב, וגם לעצמו לא היה עושה כן. או, מי שזמן ההתעסקות שלו באבידה, עולה על שוויה של האבידה.
3. כשהבעלים התייאשו, יכול המאבד לקחת לעצמו – כאשר ישנה הנחה אובייקטיבית [שבעל האבידה התייאש](#ייאוש), רשאי המוצא לקחתה לעצמו. מתי ההנחת הייאוש קיימת?
4. כאשר מדובר בחפץ שאין בו כל סימן זיהוי, ולכן הבעלים לא יוכלו להוכיח, שהחפץ שייך להם.
5. כאשר מדובר באבידה שאינה שווה פרוטה, דהיינו ערכה נמוך ואנשים בד"כ מוותרים עליה.
6. כאשר החפץ נמצא במקום בו רוב העוברים ושבים אינם יהודים. חובת השבת אבידה ההלכתית מחייבת יהודים בלבד (כמו כל מצוות התורה). מאחר ורוב הסיכויים שיימצא את האבידה מי שאינו יהודי, כשהמצווה אינה מחייבת אותו, הרי שבעלה אבידה מתייאש ממנה כי מניח שהיא לא תחזור אליו. שאלה מעניינית תהיה במקרה בו יש למי שאינם יהודים חובת השבת אבידה מכוח חוק או מערכת דינים אחרת. כמו כן, יצוין, שאין זה קשור לכך שעל פי חז"ל יש ליהודי חובה להשיב אבידה גם למי שאינו יהודי.
7. חובת הכרזה – כאשר המוצא חייב להחזיר את האבידה, הוא גם חייב להכריז עליה, כדי שבעל האבידה יוכל להגיע אליו ולתת סימנים. משך ההכרזה – כשנה. ההכרזה הייתה נעשית במיקום מיוחד בבית המקדש (עד שנחרב). לאחר חורבן הבית, נעשית במקומות ציבוריים.
8. המוצא לא רוכש בעלות גם לאחר תקופת ההכרזה – גם אם בתום תקופת ההכרזה לא אותרו הבעלים, המציאה לא תעבור לבעלות המוצא, עד שיבוא אליהו הנביא, כלשון המשנה. על המוצא להמשיך לשמור על האבידה, כשחלים עליו חיובי שומר, עד שיתגלו הבעלים.
9. מכירת מציאה שעלולה להתקלקל – כאשר מדובר במציאה שעלולה להתקלקל, על המוצא למוכרו, ולשמור את הכסף למאבד. אם המוצא מבקש לקנות בעצמו את החפץ, זה מצריך אישור ב"ד. זאת על מנת לוודא שהמחיר שנקבע עבור המציאה אכן הוגן.
10. מכירת מציאה שדורשת טיפול – כאשר מדובר במציאה שדורשת טיפול, כמו בעל חיים, מכירה המשנה ב-2 אופציות חלופיות וקובעת:
11. אם מדובר בבע"ח ש'אוכל ואינו עושה', דהיינו טיפולו כרוך בהוצאות, אך אינו מניב הכנסות, ניתן למוכרו כעבור 30 יום, ולשמור את הכסף לבעלים.
12. אם מדובר בבע"ח (או חפץ אחר) ש'אוכל ועושה', דהיינו יש הוצאות טיפול, אך גם הכנסות שמקזזות אותו, יש לשומרו שנה. כעבור שנה, יכול המוצא למוכרו ולשמור את הכסף לבעלים.
* בהערת אגב, הקביעה כי ניתן לקחת חפץ שלכתחילה שייך לאדם אחר, כאשר כרגע אינו מצוי בידיו, לכאורה מתמיהה, שהרי יש איסור גניבה וגזל. ואולם, ניתן לקחת את האבידה רק כאשר בעליה מתייאש ממנה; וכיצד זה מועיל לפתרון הקושי האמור? ישנה הנחה בסיסית, שכשאר אדם מתייאש מחפץ ששייך לו, הוא מייד בפעולת הייאוש מפקיר אותו לעולם, כאילו מכריז בקולו (ועושה זאת באמת באמצעות מעשיו) "האבידה אינה שלי ומשכך מותרת לכל העולם"=היא מופקרת. מרגע שהאבידה אינה של בעליה יותר, אין כל קושי הלכתי עבור המוצא להיות בעליה החדש.

נסקור להלן לקט מקרים בהם מופיעה התנהגות של לפנים משורת הדין, ולאחר מכן ננסה לבחון את התמונה העולה מהם.

**בבלי, בבא מציעא, כד, ע"ב**

"רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל בשוקא דבי דיסא א"ל מצא כאן ארנקי מהו אמר ליה הרי אלו שלו בא ישראל ונתן בה סימן מהו א"ל חייב להחזיר תרתי אמר ליה דלפנים משורת הדין כי הא דאבוה דשמואל אשכח הנך חמרי במדברא ואהדרינהו למרייהו לבתר תריסר ירחי שתא לפנים משורת הדין.."

רב יהודה היה מהלך אחרי שמואל בשוק של מוכרי חיטים. שואל רב יהודה את שמואל: אם נמצא כאן ארנק (שעל פי רוב יש בו סימנים, במקום בו רוב המצויים אינם יהודים), מה הדין?

שמואל עונה לרב יהודה, שהמוצא ארנק שעל פי רוב יש בו סימנים, במקום בו רוב המצויים אינם יהודים, רשאי לקחתו לעצמו וממילא גם לא חייב להכריז עליו (מתאים לעיקרון השלישי אותו מנינו). עם זאת, במענה לשאלה האם על המוצא להחזיר את הארנק, אם המאבד יגיע מיוזמתו וימסור סימנים, עונה שמואל, שכן, חייב להחזיר. רב יהודה משיב לו כי הדברים סותרים זה את זה.

כפי שראינו, כשיש חובה להשיב את האבידה, יש גם חובה להכריז עליה (הכלל הרביעי). לכן, תשובותיו של שמואל נראות כסותרות זו את זו. התלמוד מסביר שתשובתו של שמואל חייב להחזיר, היא במישור של 'לפנים משורת הדין'. עם זאת, יש לשים לב כי הניסוח הוא חייב להחזיר, ולא ניסוח כמו ראוי להחזיר או ניסוח דומה, שילמד כי אין מדובר בחובה משפטית, אלא מוסרית בלבד.

בהמשך הסוגיה מובא שגם אביו של שמואל נהג בנושא של אבידה לפנים משורת הדין, כאשר החזיר חמורים לבעליהם, כעבור יותר משנה. זאת על אף שהיה יכול למוכרם ולשמור למאבד את הכסף (הכלל השביעי).

**בבלי, בבא מציעא, ל, ע"ב**

"רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא פגע ביה ההוא גברא הוה דרי פתכא דאופי אותבינהו וקא מיתפח א"ל דלי לי אמר ליה כמה שוין א"ל פלגא דזוזא יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה הדר זכה בהו הדר יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה חזייה דהוה קא בעי למיהדר למזכיה בהו א"ל לכולי עלמא אפקרנהו ולך לא אפקרנהו... והא רבי ישמעאל ברבי יוסי זקן ואינו לפי כבודו הוה (!) ר' ישמעאל ברבי יוסי ולפנים משורת הדין הוא דעבד..."

רבי ישמעאל בנו של רבי יוסי הלך בדרך, וראה אדם נושא על גבו שק ורדים. הסבל הניח את השק על הארץ כדי לנוח. לאחר מכן ביקש מרבי ישמעאל לסייע לו בהטענת השק על גבו. רבי ישמעאל לא רצה לסייע עם השק - שאולי לא היה נקי או מסיבה אחרת, אך גם לא רצה לסרב לסבל. לכן, הוא העניק לסבל חצי זוז, שוויו של השק, וקנה אותו. לאחר מכן רבי ישמעאל הפקיר את השק, כך שמי שימצא אותו יוכל לקחתו לעצמו. הסבל שמע זאת, וזכה בשק לעצמו. והינה, שוב ביקש הסבל סיוע מרבי ישמעאל בטעינת השק על גבו. רבי ישמעאל שילם לסבל פעם נוספת חצי זוז, ושוב הפקיר את השק. משהבחין רבי ישמעאל שהסבל מנסה לזכות בשק פעם נוספת, הודיע שהוא מפקיר את השק לכל העולם, פרט לאותו סבל. בדרך אגב, מסבירה הסוגיה שכל מהותו של הפקר הוא וויתור על בעלות, וממילא אם רבי ישמעאל הפקיר באמת את השק, אין לו יותר כל זיקת בעלות אליו, וע"כ לא יכול היה למנוע מהסבל מלזכות בו שוב ושוב. אלא שרבי ישמעאל הניח שהסבל אינו מכיר את ההלכה, ולכן חשוב שהפקר תופס גם לחצאים, כך שרבי ישמעאל יכול גם להפקיר את השק, ועדיין למנוע מהסבל לזכות בו. לעניין דיני השבת אבידה, נלמד מכאן כי אין מציאות של הפקר לחצאים, אלא הפקר הוא מוחלט וביחס לכל העולם.

לעניינו, תמהה הסוגיה מדוע רבי ישמעאל לא ניצל את הפטור של שזקן ואינה לפי כבודו. תשובת הסוגיה היא שרבי ישמעאל ביקש לנהוג לפנים משורת הדים, לסייע לסבל, ולא לנצל את הפטור שמעמדו מקנה לו. נשים לב – רבי ישמעאל לא קיבל הנחיה לנהוג כך, וגם לא קבע שיש חובה כזו. אלא, הוא מיוזמתו החליט לנהוג לפנים משורת הדין.

**בבללי, בבא מציעא, דף פג, ע"א**

"רבה בר בר חנן תברו ליה הנהו שקולאי חביתא דחמרא שקל לגלימייהו אתו אמרו לרב אמר ליה הב להו גלימייהו אמר ליה דינא הכי אמר ליה אין (משלי ב, כ) למען תלך בדרך טובים יהיב להו גלימייהו אמרו ליה עניי אנן וטרחינן כולה יומא וכפינן ולית לן מידי אמר ליה זיל הב אגרייהו א"ל דינא הכי אמר ליה אין (משלי ב, כ) וארחות צדיקים תשמור:"

רבה בר בר חנן, שברו לו סבלים חבית של יין. לקח את גלימתם – המעיל שלהם, כעירבון לפיצוי על הנזק. הסבלים תבעו אותו לדין בפני רב. פסק רב לרבה בר בר חנן שיתן להם את גלימתם. שאל אותו רבה, כך הדין? ענה לו רב: כן, 'למען תלך בדרך טובים'. נתן רבה לסבלים את גלימתם. אמרו הסבלים, עניים אנחנו, טרחנו כל היום, ואנחנו רעבים ואין לנו כלום, שכן רבה לא שילם להם את שכרם. רב הורה לרבה, לך שלם להם את שכרם. שאל רבה את רב (בתמיהה) וכך הדין? ענה לו רב: כן 'ואורחות צדיקים תשמור'.

רבה תָּמֵהַּ על הוראותיו של רב, שכן אין זה הדין המוכר לו. על פי דיני הנזיקין הוא זכאי לפיצוי על החבית. רב משיב שזה (הוראותיו לרבה) הוא הדין, ומסתמך על פס' מספר משלי: "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור". דהיינו, יש לנהוג לפנים משורת הדין. נשים לב: רבה מיוזמתו לא נהג לפנים משורת הדין, **אלא רב הוא זה שהורה לו לעשות כן, ואף קבע שזה הוא הדין**.

**בבלי, בבא קמא, צט, ע"ב**

"..ההיא איתתא דאחזיא דינרא לרבי חייא אמר לה מעליא הוא למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה אחזיתיה ואמרו לי בישא הוא ולא קא נפיק לי אמר ליה לרב זיל חלפיה ניהלה וכתוב אפנקסי דין עסק ביש.."

רבי חייא היה שולחני – חלפן כספים, שהיה נחשב לבקיא ביותר בנושא מטבעות. אישה הראתה לרבי חייא מטבע, וביקשה את חוות דעתו היא זה מטבע עובר לסוחר. רבי חייא השיב שזה הוא מטבע מעולה. על סמך דברין, הסכימה האישה לקבלו. כעבור זמן, הסתבר לה שששאין מי שמוכל לקבל ממנה את הטבע. היא פנתה שוב לרבי חייא, שהחליף לה את המטבע, וספג בעצמו את ההפסד.

עקרונית לפי ההלכה, אם אדם נתן חוות דעת מוטעית, הוא עשוי להתחייב בפיצוי. אולם, אם מומחה גדול בתחום טעה, הטעות שלו מתבררת כאונס והיעדר רשלנות, ויהיה פטור. רבי חייא יכול היה לדחות את האישה בטענה שהוא מומחה גדול. למרות זאת, הוא פיצה את האישה שכן **ביקש לנהוג לפנים משורת הדין**.

לאור המקרים לעיל, עולות 2 שאלות:

1. האם יש חובה לפעול לפנים משורת הדין? והאם זו חובה אכיפה?
2. בין אם זו חובה משפטית, חובה מוסרית, או המלצה בלבד – מה הם הקריטריונים, דהיינו מתי יש חובה או ציפייה להתנהגות של לפנים משורת הדין?

ננסה לענות על השאלות:

**המרדכי בבא מציעא, רנז**

קובע המרדכי שבית הדין כופה על עשיית פעולה לפנים משורת הדין. הוא למד זאת מהניסוח של האמורא שמואל [במקרה של הארנק](#ארנק).

"וכיון דחזינן דהוו כייפי להו הכי כדאיתא פרק האומנין, גם אנן כייפין למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות (\*רוצה לומר שהוא עשיר). דתני רב יוסף והודעת להם את הדרך וכו' ואמר ר' יוחננן לא חרבה ירושלים אלא בשביל שהעמידו דבריהם על דין תורה ולא עשו לפנים משורת הדין. וכן הראב"ן ואבי"ה דכייפין להו לעשות לפנים משורת הדין."

כיוון שמצינו שהיו כופים להם (כופים לעשות לפנים משורת הדין), כמו שכתוב בפרק האומנים, גם אנו בבתי הדין שלנו כופים לעשות לפנים משורת הדין, אם היכולת בידו (של הנכפה) לעשות (\*רוצה לומר שהוא עשיר). שכן שנה רב יוסף "והודעת להם את הדרך וכו' " ואמר רבי יוחנן לא חרבה ירושלים אלא בשביל שהעמידו דבריהם על דין תורה ולא עשו לפנים משורת הדין. וכן הראב"ן ואבי"ה כופין לעשות לפנים משורת הדין. למרות שבית הדין כופה, זה עדיין במישור של לפנים משורת הדין – שכן הכפייה סלקטיבית. הכפייה תחול רק על מי שבידו לעשות, דהיינו שמצבו הכלכלי מאפשר לו לנהוג לפנים משורת הדין. לו היה מדובר בדין ממש, הרי שהתורה מזהירה מלהתחשב במעמדם הכלכלי של הצדדים בדיון.

* הראב"ן – רבי אליעזר בן נתן, מבעלי התוספות.
* הראבי"ה – רבי אליעזר בן יואל הלוי.

עמדתו של המרדכי (לעיל) וראשונים אחרים שהוא מצטט, אינה מוסכמת (ומצויה במחלוקת).

**פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן ז**

הרא"ש סבור כי אין כופין לעשות לפנים משורת הדין. גם הוא אומר זאת ביחס [למקרה של הארנק](#ארנק).

**הרמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, פרק י"א, הלכה ז**

"היה רוב העיר עכו"ם אם מצא במקום מן העיר שרוב המצויים שם ישראל חייב להכריז. אבל אם מצא בסרטיא ופלטיא גדולה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות שהעכו"ם מצויין שם תמיד ובכל מקום שהרבים מצויין שם הרי המציאה שלו. ואפילו בא ישראל ונתן סימניה. שהרי נתייאש ממנה כשנפלה מפני שהוא אומר עכו"ם מצאה אף על פי שהיא שלו, הרוצה לילך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משורת הדין מחזיר את האבדה לישראל כשיתן את סימניה."

**הפתחי תשובה, חושן ומשפט, יב**

מציע עמדת ביניים, לפיה ב"ד יפעיל אמצעי כפייה, אך לא מלאים.

"ועיין תומים שכתב דהך כפיה (כפיה זו) היינו בדברים - שאומרים לו חייב אתה לעשות כן, ואם אינך שומע אתה עבריין, אבל כולי עלמא מודים דאין כופין ב(אמצעות) שוטים ונידוי וכדומה... ודלא כתשובת צמח צדק דמסיק להלכה דכופין על ידי שמתא (נידוי)..."

* הפתחי תשובה – פירוש על השולחן ערוך של הרב אברהם צבי הירש אייזנשטט, רוסיה, המאה ה-19.

כפיה רגילה של בית הדין, עשויה לכלול כפיה פיזית – לרבות הכאה. כשמדובר על לפנים משורת הדין, הכפיה תיעשה באמצעים חלשים יותר, כמו כפייה בדברים. כפיה בדברים משמעותה לחץ ושכנוע ע"י בית הדין, או לכל היותר באמצעות נידוי של מי שמסרב לפעול כך. עולה השאלה **מהם השיקולים מתי ב"ד יכפה או ישכנע לפעול לפנים משורת הדין?**

1. הפער הכלכלי בין הצדדים – ככל שיש פער כלכלי גדול יותר, תהיה נטייה להפעיל את הכלל של לפנים משורת הדין.
2. קיימת ציפייה מתלמידי חכמים, שיגלו נכונות לפעול לפנים משורת הדין.

יתכן, והשיקול השני (ציפייה מתלמידי חכמים) מתקשר למצוות קידוש ה'. הרמב"ם, העוסק בהלכות קידוש ה', דן בדבר.

**הרמב"ם, הלכות יסודי תורה, פרק ה, הלכה יא**

כאשר תלמיד חכם מתנהג בחסד עם הבריות, יותר מאשר הנורמה הרגילה המחייבת זה קידוש ה'. כך גם להפך, אדם שלמד תורה ומתנהג עם הבריות בצורה קלוקלת, זה חילול ה'. ממילא, מצפים ממי שמעמדו הרוחני גבוה יותר, לנהוג ביתר גמישות גם ביחסים בין אדם לחברו, ולא לנהוג בבחינת "יקוב הדין את ההר".

בעלי התוספות מונים שני שיקולים נוספים:

1. האם יגרם לנוהג לפנים משורת הדין הפסד, או לכל היותר ימנע ממנו רווח. ככל שלא יגרם הפסד, החובה או הציפייה שינהג כך גבוהים יותר.

לכן, למשל במקרה של הסיוע בהטענת החפץ מבלי להזדקק לפטור של "זקן ואינה לפי כבודו", או במקרה של השבת הארנק, הציפייה ללפנים משורת הדין גבוהה יותר. לעומת זאת, במקרה של הפיצוי לסבלים, או המקרה של הפיצוי לאישה על המטבע, ההתנהגות לפנים משורת הדין גרמה הפסד למי שנהג כן. במקרה כזה, הציפייה אמורה להיות ברמה נמוכה יותר.

1. האם ההתנהגות לפנים משורת הדין – משמעותה היא שדורשים מאדם נורמות שהן מעל הנורמות הרגילות; או, שהמשמעות היא הימנעות מפטור מיוחד שיש לו.

כך למשל, רוב בני האדם צריכים לסייע בהטענת החפץ. לרבי ישמעאל, היה פטור של 'זקן ואינה לפי כבודו' ולפנים משורת הדין הוא לא מנצל את הפטור. הוא הדין לגבי רבי חייא, שלא מנצל את עובדת היותו מומחה כדי לפטור את עצמו מפיצוי של האישה עם המטבע. לעומת זאת, רבה לדוגמא, שנאלץ לוותר על פיצוי מהסבלים ששברו לו את החבית, התבקש לנהוג מעל הנורמה המקובלת ולוותר על פיצוי שכל ניזוק זכאי לו.

סיכום השיקולים:

1. המעמד הכלכלי.
2. המעמד הדתי-חברתי.
3. שאלת ההפסד.
4. השאלה האם מדובר בפטור מיוחד.

נשים לב, כי במקרים שונים השיקולים עשויים להביא לתוצאות שונות. לדוגמא, רבה במקרה של הסבלים ששברו חבית נמצא במעמד כלכלי וחברתי-דתי גבוה. אך, הוא לא מבקש לנצל פטור, וההתנהגות לפנים משורת הדין תגרום לו הפסד. **יש להניח כי בית הדין יאזן בין השיקולים.** במקרים מובהקים, גם אם אין כפיה ממש, יפעיל לחץ ממשי לפעול לפנים משורת הדין. במקרים פחות מובהקים, יפעיל לחץ מינורי יותר.

אם כך, המישור של לפנים משורת הדין, שלפי המקורות לעיל מצוי בארגז הכלים של בית הדין, מאפשר לו מידה של גמישות בדין. גמישות זו תסייע לב"ד להגיע לתוצאה צודקת ולא רק נכונה, וכן להגשים את עיקרון העל של "ועשית הישר והטוב".

חובת השבת אבידה – הדין הישראלי

המקור המרכזי המתייחס לחובת השבת אבידה בדין הישראלי, הינו **חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973**:

**הגדרות**

1.    בחוק זה –

           "אבידה" - מיטלטלין שאבדו לבעליהם, או שבנסיבות הענין יש להניח שיצאו משליטתם;

           "בעל" לגבי אבידה - לרבות מי שזכאי להחזיק בה.

**חובת המוצא**

2.    (א)  המוצא אבידה ונוטלה (להלן - המוצא) חייב להשיבה לבעלה או להודיע עליה בהקדם למשטרה, זולת אם בנסיבות הענין יש להניח שבעל האבידה התייאש ממנה מחמת מיעוט שוויה.

           (ב)  הודיע המוצא למשטרה, רשאי הוא למסור לה את האבידה והוא חייב לעשות כן אם היא דרשה זאת ממנו.

**אבידה שנמצאה ברשות הזולת**

3.    המוצא אבידה ברשותו של אדם אחר חייב להודיע עליה לבעל הרשות ולמסרה לו לפי דרישתו; קיבל בעל הרשות את האבידה לידו, יראו אותו כמוצא.

**אבידה שלא נתגלה בעלה**

4.    (א)  קיים המוצא הוראות סעיף 2 ולא נתגלה בעל האבידה תוך ארבעה חדשים, יראו כאילו התייאש ממנה והמוצא יהיה לבעל האבידה; התקופה האמורה תתחיל מהיום שהודיע למשטרה על האבידה, ואם לא היה עליו להודיע כאמור בסעיף 2(א) - מיום מציאתה.

           (ב)  לא קיים המוצא הוראות סעיף 2 ולא נתגלה בעל האבידה תוך ארבעה חדשים לאחר שנודע למשטרה על האבידה, יראו כאילו התייאש ממנה והמדינה תהיה לבעלת האבידה; והוא הדין אם המוצא מסר את האבידה למשטרה והיה לבעלה לפי סעיף קטן (א) אך לא דרש אותה תוך חדשיים לאחר שהיה לבעל כאמור.

           (ג)   שר המשטרה רשאי, בהתייעצות עם שר המשפטים, לקבוע בתקנות שעל אבידות יקרות ערך, או שניתן להניח שהן בעלות ערך רגשי מיוחד לבעליהן, ועל סוגים מיוחדים אחרים של אבידות, לא יחולו הוראות סעיף זה או שיחולו בהארכת התקופות האמורות בו או בשינויים אחרים שנקבעו בתקנות.

**פדיון האבידה**

5.    זכה המוצא או המדינה באבידה לפי סעיף 4, זכאי בעלה הקודם, תוך שנה לאחר הזכיה, לפדותה מהזוכה, או ממי שרכש אותה מן הזוכה שלא בתמורה, בתשלום שוויה בזמן הפדיון, זולת אם חל בה שינוי של ממש.

**מכירת האבידה**

6.    (א)  אבידה שהיא נכס שעלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר משוויו, או שהוצאות שמירתו אינן סבירות לעומת שוויו, או אבידה שהיא בעל חיים, רשאי המוצא למכרה בדרך סבירה, וכן רשאית לעשות המשטרה, אם האבידה נמסרה לה.

           (ב)  המוצא לא ימכור את האבידה כאמור אלא לאחר שהודיע על כך למשטרה זמן סביר מראש והמשטרה לא דרשה למסור לה את האבידה.

           (ג)   נמכרה האבידה, יבוא, לענין חוק זה, הפדיון במקומה.

**עבירות**

9.    מי שאינו מקיים את המוטל עליו לפי חוק זה, דינו - מאסר ששה חדשים או קנס 2,000 לירות.

השוואה בין ההסדרים שבמשפט העברי לבין ההסדרים שבחוק הישראלי

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **הדין הישראלי** | **הדין העברי** |
| **מהי אבידה** | מיטלטלין שאבדו לבעליהם, או שבנסיבות הענין יש להניח שיצאו משליטתם | חפצים שאבדו לבעליהם בלבד, בין אם מדובר בחיה או בחפץ |
| **בעלי האבידה** | בעליה לרבות מי שזכאי להחזיק בה | בעליה בלבד (ביחיד בעל היכולת להתייאש ממנה) |
| **חובת המוצא אבידה** | חובה חלה רק ברגע שנטל את האבידה.חובת השבה או הודעה למשטרה | חובה חלה מרגע שנמצאה, וכלל אסור להתעלם. חובת השבה בלבד, הכוללת הכרזה בהליך שלרוב יקח שנה |
| **סייגים לחובת המוצא** | למעט מקרים בהם יש להניח שבעל האבידה התייאש ממנה מחמת מיעוט שוויה | יש הנחה אובייקטיבית לגבי ייאוש במקרים הבאים:- חפץ ללא כל סימן זיהוי- אבידה שאינה שווה פרוטה (דומה לדין הישראלי)- החפץ נמצא במקום בו רוב העוברים ושבים אינם יהודים |
| **במקרה של הודעה לרשויות (משטרה)** | חובה למסור את האבידה לרשות | אין התייחסות לגבי זה |
| **אבידה שנמצאה ברשות הזולת**  | חלה חובה להודיע עליה לבעל הרשות ולמסרה לו לפי דרישתו | אין התייחסות מיוחדת לגבי זה  |
| **אבידה שלא נתגלה בעליה** | במקרה בו ניתנה הודעה למשטרה על האבידה - סופרים 4 חודשים מרגע ההודעה. מרגע זה ואילך, הבעלים המקורי מוחזק כמי שהתייאש והפקירה, והמוצא הופך לבעליה החדש.במקרה בו ניתנה הודעה למשטרה על האבידה – סופרים 4 חודשים, ומאותו רגע ואילך המדינה תהפוך לבעלים של החפץ. | יש למכור את האבידה (לרוב רק לאחר שנה), ולהחזיק בשווי הכספי שלה עד שבעליה ידרוש אותה, או עד בוא אליהו הנביא |
| **הוראות מיוחדות** | שר המשפטים רשאי להחריג אבידות מסוימות (יקרות ערך למשל) מחוק זה | במקרה בו מדובר במציאה (בע"ח) שטיפולו כרוך בהוצאות, אך אינו מניב הכנסות, ניתן לחרוג מהכלל של מכירת החפץ רק לאחר שנה, ולמכור את הבע"ח לאחר 30 יום בלבד. כמו כן, כאשר מדובר בחפץ שעלול להתקלקל, על המוצא למכור את החפץ, ולשמור את הכסף למאבד. |
| **פדיון האבידה** | בעליה המקורי של האבידה רשאי לפדותה מהמחזיק החדש בה (המוצא/המדינה/מיש רכש אותה שלא בתמורה. הפדיון יהיה באמצעות תתשלום שוויה בזמן הפדיון | אין המאבד צריך לשם עבור עצם החזרת האבידה לחזקתו. בנוסף יש לו זכות תמידית לקבלתה בחזרה (כל עוד לא התייאש כמובן). |
| **מכירת האבידה** | נכס שעלול להתקלקל או לאבד שיעור ניכר משוויו, או שהוצאות שמירתו אינן סבירות לעומת שוויו, או אבידה שהיא בעל חיים, המוכר/המשטרה רשאים למוכרה | בכל מצב לאחר פרק זמן מסויים (לרוב שנה) המוצא רשאי למכור את האבידה.נכס שעלול להתקלקל – מיידהוצאות שמירתו אינן סבירות לעומת שוויו – 'אוכל ואינו עושה' – לאחר 30 יום.אבידה שהיא בעל חיים – קיימת אבחנה בין בע"ח שהחזקתו מניבה רווח, אז ניתן למוכרו רק לאחר שנה.אם מדובר בבע"ח שמביא להוצאות אך לא להכנסות, ניתן למוכרו לאחר 30 יום |
| **עבירות** | מאסר חצי שנה או קנס | הפרה של חוקי התורה, וכן אפשרות לענישה על ידי ב"ד |

חיוב בדין שמיים

חיוב בדין שמיים, הוא כלי נוסף באמצעותו ניתן להגשים את היעד של עשיית הישר והטוב, כאשר מושג זה נאמר בעיקר בהקשר של דיני הנזיקין. ההלכה מבחינה בין **נזק שהאדם עושה בידיים – באופן ישיר**, לבין **נזק שאדם גורם לו בצורה יותר עקיפה, המכונה בהלכה 'גרמא'.**

במשפט הישראלי אין משמעות לאבחנה זו. אדרבא, רוב חיובי הנזיקין מבוססים על עוולת הרשלנות, במעשה או במחדל, שבמקרים רבים בהלכה היו מוגדרים כ'גרמא'. האבחנה בין מעשה ישיר לגרמא מתבטאת בהלכה בתחומים שונים. אולם, חלק זה נתמקד בהיבט של דיני הנזיקין, שביחס אליהם נאמר שהמזיק חייב בדיני שמיים.

כאשר אדם מזיק בידיים באופן ישיר, הוא יהיה חייב לפצות את הניזוק גם אם הוא לא היה רשלן, או שלכל היותר תידרש רשלנות קלה. אולם, נזיק שגורם את הנזק באופן שהוא קצת יותר עקיף – גרמא, יהיה פטור מדיני אדם. המשמעות היא שב"ד לא יאכוף עליו חיוב לשלם. עם זאת, הוא יהיה חייב בדיני שמיים.

**נבהיר, כי גם בהלכה יש נזקים עקיפים שמוגדרים כ-'גרמי', ובגינם יהיה חיוב נזיקי רגיל בדיני אדם.** אולם אנו לא נעסוק באבחנה בין 'גרמא' ל-'גרמי'. **אנו מבקשים להתמקד רק בביטוי "חייב בדיני שמיים" שנאמר ביחס למקרים שמוגדרים כ-'גרמא'.**

חשוב להדגיש – הגדרת הנזק כגרמא אינה קשורה לשאלת היסוד הנפשי, אלא לאופן בו נגרם הנזק. גם מזיק בכוונה שהזיק בדרך עקיפה יוגדר כמזיק בגרמא. עוד יודגש, שלא מדובר על מקרים שוליים בדיני הנזיקין. אדרבא, רוב האירועים הנזיקיים בגינם נהוג לחייב היום, ייכנסו בהלכה למסגרת של גרמא. נביא 3 דוגמאות מהגמרא:

**בבלי, בבא קמא, נה, ע"ב**

1. "הנותן סם המוות בפני בהמת חבירו".

מדובר באדם שמרעיל את בהמת חבירו ומביא למותה. לפי הסוגיה, אם הוא האכיל את הבהמה את הרעל בידיו, זה מעשה ישיר – ויהיה חייב חיוב משפטי רגיל. לעומת זאת, אם פיזר את הרעל בחצר, אפילו מתוך כוונה שהבמה תאכל אותו ותוזק, ואכן הבהמה אכלה אותו וניזוקה, המקרה יוגדר כגרמא. או אז המזיק יהיה פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים. אומנם, אילו לא היה המזיק מפזר את הרעל לא הייתה הבהמה ניזוקה. עם זאת, מי שאכל מהרעל זו הבהמה עצמה, כשהמזיק (רק) אִפְשֵׁר לזה להתרחש. לכן זה מוגדר כנזק עקיף.

1. "היודע עדות לחברו ואינו מעיד"

ראובן תובע את שמעון בטענה שהאחרון חייב לו כסף. על פי ההלכה, על ראובן להוכיח את טענתו על פי 2 עדים כשרים. לוי היה עד לאירוע ויכול להעיד. על פי ההלכה חובתו של לוי לעושות כן. אם לוי לא הגיע למסור עדות, וכתוצאה מכך ראובן לא זכה בתביעתו, יוגדר לוי כמי שגרם נזק לראובן – יוגדר כרמא. לכן, לוי יהיה פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים.

1. "הפורץ גדר בפני בהמת חברו".

בהמתו של פלוני הייתה כלואה מאחורי גדר. המזיק פרץ אץ הגדר ללא רשות. כתוצאה מכך, הבהמה ניזוקה, או אולי, או אולי הזיקה לצד ג'. לפורץ הגדר אחריות עקיפה, שכן מעשהו הוא זה שאפשר לנזק להתרחש. אולם מאחר שלא הזיק בידיו, אלא גרם לו בעקיפין, המקרה יודר כגרמא ושוב יחול הכלל של "פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים".

משמעותו של 'חיוב בדין שמיים'

**רש"י על מסכת גיטין, נב**

"פטור מדיני אדם – לשלם". וחייב בדיני שמים – פורענות לשלם לרשעים שנתכוין להפסיד את ישראל".

רש"י מתייחס לחיוב בדין שמיים כאל ענישה משמיים. דהיינו, ב"ד לא כופה לשלם, אך משמיים יענישו את המזיק (שם, רש"י מתייחס אל מי שהתכוון להזיק). יש להניח שגם לשיטת רש"י, אפ יבחר המזיק לשל זה יקל או יפטור אותו מעונש. עם זאת, רש"י בוחר להדגיש את הפן של הענישה. מדובר במשפט דתי, ולכן לאיום וענישה בדין שמיים יש משמעות.

**הראב"ן על בבא קמא, סימן יא**

הראב"ן בוחר להדגיש את מעמדו את בית הדין, גם כאשר מדובר על חיוב בדין שמיים.

"וכן בכל מקום שאמרו חייב בדיני שמיים, אם בא בפני בית דין צריכים להודיעו 'אין אנו כופים אותך' אבל צריך אתה לצאת ידי שמיים, כי דינו מסור לך. כדי שיתן לליבו, ירצה את חברו ויצא ידי שמים".

בית הדין אומנם פוטר את המזיק בגרמא, מדיני אדם - לא מטיל עליו חיוב משפטי רגיל לפצות את הניזוק. אך תפקידו של ב"ד לא מסתיים בזה, יש לו משמעות גם בדין שמים. זה אומנם לא כולל כפייה, אך על ב"ד להודיע למזיק שהוא יענש מדיני שמים אם לא ישלם. זאת, במטרה שיתן לליבו, וירצה את הניזוק באמצעות תשלום חלקי או מלא של הנזק.

לאמירה כזו של ב"ד בחברה דתית יש משמעות. גם אם התוצאה לא תהיה בהכרח תשלום של מלוא הנזק, יש להניח שהצדדים בעקבות אמירה כזו יגיעו להבנה ולו על תשלום חלק מהנזק.

**ים של שלמה על בבא קמא ו, ו**

"ומצאתי כתוב בתשובה וזה לשונו: נראה לי, היכן שנאמר חייב בדיני שמיים, אף על גב דאין לבית דין לכופו לשלם, מכל מקום בדברים ולא בכפיה יש לדוחקו...ולא נהירא לי... וכן מצאתי בספר צפנת פענח וזה לשונו: כל מקום שאמרו חייב בדיני שמיים, אם בא צריכין להודיעו אין אנו יכולים לחייב אותך, אבל צריך אתה לצאת ידי שמים. כי דינך מסור לו, כדי שיתן אל לבו וירצה את חבירו ויצא ידי שמים".

* רבי שלמה לוריא – פולין, המאה ה-16, מחבר "ים של שלמה", ו-"חכמת שלמה", הנחשבים לאבן יסוד בפרשנות התלמוד הבבלי.

ה"ים של שלמה" מצטט עמדה דומה (בהקשר להודעה למזיק על חובתו מדין שמיים), על אף שהוא עצמו מסויג ממנה. הביטוי בעמדה זו עוצמתי יותר, וכולל לא רק את ההודעה למזיק, אלא אף א דחיקת המזיק כדי ישלם, דהיינו, ללחוץ עליו שיעשה כן.

יש להניח שמידת הלחץ שבית הדין יפעיל על המזיק תלוי בנסיבות המקרה. כך למשל, כאשר המזיק התכוון לגרום את הנזק, בית הדין ילחץ יותר. לעומת זאת, כאשר היה מדובר ברשלנות, בית הדין ילחץ פחות. יתכן שבמסגרת שיקוליו עד כמה ללחוץ, הוא יקח בחשבון גם את מעמדם הכלכלי של הצדדים, בדומה למה שראינו בסוגיה של לפנים משורת הדין ([כאן](#כפיהבהתאםלמעמדכלכלי)). מידת הלחץ של בית הדין עשויה גם להשפיע על הפשרה שיעשו הצדדים בניהם. **ככל שהלחץ שיופעל על המזיק חזק יותר, כך החשש שלו מעונש גדול יותר, והאינטרס של הניזוק לוותר על חלק מהסכום קטן יותר; והפוך.** נדגיש (שוב) – למזיק יהיה אינטרס לרצות את הניזק שכן לחיוב דתי יש השפעה משמעותית. יתרה מכך, המזיק, גם בנסיבות של גרמא, מוגדר כמי שעבר עבירה. לדעת חלק מהראשונים, אם המזיק לא יפצה את הניזקו במלוא הנזק, או חלקו – בהסכמת הניזוק הוא יחשב כגזלן ופסול לעדות.

**בית הבחירה על מסכת בבא קמא, דף נו, ע"א**

"כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים, פירושו שהוא חייב בו בהישבון. הא לענין איסור, אף מה שהוא פטור בו מדיני שמים איסור מיהא יש בו, אלא שלענין השבון נאמרה. ומכאן כתבו גדולי הדורות שכל שנאמר עליו חייב בדיני שמים פסול הוא לעדות עד שישיב. והדברים נראין שמאחר שהוא חייב להשיב תורת גזלה חלה עליו עד שישיב".

אם המזיק לא יפצה את הניזקו במלוא הנזק, או חלקו – **בהסכמת הניזוק** הוא יחשב כגזלן. כגזלן, הוא יהיה פסול לעדות, ככל גזלן שחייב כסף ולא משלם.

כמו לפנים משורת הדין, גם חיוב בדין שמים, מעניקים שניהם לבית הדין כלים פחות פורמאליים ויותר גמישים, שיאפשרו לב"ד להגשים את היעד של עשיית הישר והטוב.

עיקרון עשיית הישר והטוב אצל האדם הפרטי - מידת חסידות ו-"רוח חכמים נוחה הימנו"

ראינו עד כה, איך הערך של עשיית הישר והטוב, מתבטא בתקנות חכמים, ובעבודתו של ב"ד. כעת נבחן כיצד מתבטא העיקרון של עשיית הישר והטוב בהתנהלות המצופה מהאדם הפרטי. יודגש שמעבר להנחיה הכללית לעשות הישר והטוב, במקרים מסוימים הדין כן מכתיב התנהגות, אך בית הדין אינו מעורב בהם (בביצועה בפועל). ב"ד אינו מעורב - לפחות באינו ישיר, בעקיפין זה עשוי להשפיע על עמדתו של בית הדין (נעסוק בכך בהמשך).

התייחסות חז"ל אל עיקרון עשיית הישר והטוב אצל האדם הפרטי

בספרות חז"ל קיימים 2 מינוחים הנוגעים לעניין:

1. רוח חכמים נוחה (או לא נוחה) ביחס להתנהלות מסוימת. כמובן, "רוח חכמים נוחה הימנו", ההתייחסות היא לחכמים כמייצגים את רוח התורה ואלוקים. **מופנה לכל אדם**.
2. מידת חסידות. **מופנה ליחידים שנוהגים מנהגי חסידות** (התנהגות ברוח ההלכה שהינה מעבר למחויב על פי ההלכה).

כאמור לעיל, ככל הנראה קיים הבדל בין המינוחים. עם זאת, בשני המינוחים לא מדובר על מעורבות ישירה של הבית הדין אלא בהנחיה אל האדם הפרטי. לכן, אנו נתייחס אליהם כאל מכלול אחד, ונראה דוגמאות עבור כל אחד מהם.

"רוח חכמים נוחה הימנו"

1. **ירושה וצוואה** – חוק הירושה בישראל מסדיר את חלוקת הירושה על פי דין. כמו כן הוא קובע, כי אם המוריש ערך בחייו צוואה תקפה (בהתאם לכללים), הצוואה תכובד והנכסים יחולקו על פי האמור בה.

מבנה עקרוני דומה קיים גם במשפט העברי – קיימת ירושה על פי דין, אם כי פרטיה שונים מפרטי החלוקה הקבועים במפשט הישראלי. במקביל, יש למוריש דרך לחלק את נכסיו באופן שונה, בדומה לצוואה. אם כי הפרוצדורה היא של מתנה שנותן המוריש, בעודו בחיים, שנכנסת לתוקף בסמוך למיתתו. תפיסת ההלכה היא שאדם לא יכול לצוות מה יעשו בנכסים לאחר מותו, שכן הוא כבר לא שולט בהם. לכן, הפרוצדורה היא של נתינת המתנה בעוד הנותן חי. כך, המוריש יוכל להמשיך ולהנות מין הנכסים, בעוד הם יועברו בפועל לזוכה על פי הצוואה רק בסמוך למיתת המוריש. בהמשך לכך, קובעת המשנה:

**משנה, בבא בתרא, ח, ה**

"הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו, מה שעשה עשוי, אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו. רבן שמעון בן גמליאל אומר, אם לא היו בניו נוהגין כשורה, זכור לטוב".

* מעשה עשוי – מעשה שלא ניתן לשנות את תוצאתו.

המשנה אומרת, שיש תוקף לשטר מתנה (צוואה) שכתב אדם לאחרים, על אף שהדיר את בניו – שהם היורשים הטבעיים שלו לפי דין, אולם רוח חכמים אינה נוחה ממעשיו. רבן שמעון בן גמליאל מסייג זאת מעט ואומר שאם בניו אינם נוהגים כשורה, יש לו לגיטימציה לעשות זאת.

**הרשב"ם בפירושו על 'אין רוח חכמים נוחה הימנו'**

"אין לחכמים נחת רוח ממעשיו אלא חרון אף גורם להן שכועסין עליו דקא עקר נחלא דאורייתא (שהוא עוקר נחלה של תורה)".

מובן, שרוח חכמים מייצגת את תפיסת התורה. בית הדין לא יפסול מתנה כזאת. עם זאת, המשנה נותנת הנחיה מה רצוי בהקשר לזה.

* פירוש הרשב"ם על המסכת הינו המשך לפירושו של רש"י על המסכת, לאחר שרש"י נפטר ולא הספיק לסיימו.
1. **גזלנים ומלווים בריבית**

**בבא קמא, צד, ע"ב**

"תנו רבנן: הגזלנין ומלוי ברבית שהחזירו - אין מקבלין מהן, והמקבל מהן - אין רוח חכמים נוחה הימנו. אמר רבי יוחנן בימי רבי נשנית משנה זו; דתניא; מעשה באדם אחד שבקש לעשות תשובה, א"ל אשתו: ריקה ('טיפש') אם אתה עושה תשובה, אפילו אבנט אינו שלך! ונמנע ולא עשה תשובה. באותה שעה אמרו: הגזלנין ומלוי רביות שהחזירו - אין מקבלין מהם, והמקבל מהם - אין רוח חכמים נוחה הימנו".

מי שגזל, או קיבל ריבית שאסורה על פי ההלכה, ומבקש לשוב לדרך המוטב, חייב להשיב כל מה שלקח או גבה שלא כדין. אם אדם גבה/לקח מהרבה אנשים סכומים קטנים, שהוא רוצה לשוב בתשובה יהיה לו מאוד קשה להחזיר את הכסף, וזה עלול להרתיע אותו מלשוב למוטב.

לכן אומרת הברייתא, שאם גזלן או מלווה בריבית מצד הדין אפשר לקחת ממנו, אך רוח חכמים אינה נוחה **ממי שמקבל את הכסף**. ההנחה היא שההפסד שנגרם לנגזל במקרה זה לא גדול, ואילו את הגזלן זה (הויתור על הדבר הקטן שלקח), ואילו את הגזלן זה יעודד לשינוי דרכיו.

1. **מספר דוגמאות שונות**

**משנה מסכת שביעית פרק י' משנה ט'**

"(**א**) המחזיר חוב בשביעית, רוח חכמים נוחה הימנו. (**ב**) הלוה מן הגר שנתגיירו בניו עמו, לא יחזיר לבניו. ואם החזיר, רוח חכמים נוחה הימנו. (**ג**) כל המטלטלין, נקנין במשיכה; וכל המקיים את דברו, רוח חכמים נוחה הימנו".

1. "המחזיר חוב בשביעית, רוח חכמים נוחה הימנו" – מקרה זה עוסק בשמיטת חובות. כפי שלמדנו, השנת השמיטה נמחקים חובות שמועד פירעונן בשנת השמיטה. עם זאת, קובעת המשנה שמי שמחזיר את חובו בשנת השמיטה רוח חכמים נוחה הימנו. יש להניח ששמיטת החבות באה לסייעה ללווים, שהם בד"כ בהנחה של התורה עניים. בהתאם לכך, בשנה השביעית הם אינם מתפרסים. **משפטית**, גם אם יש ללווה כסך הוא לא חייב להשיב את החוק – שהרי החוב נמחק. עם זאת, **מוסרית** זה נראה לא הוגן שאותו לווה ינצל את הפטור. מעבר לכך, זה עלול לגרום למלווים להימנע מלהלוות.
2. "הלוה מן הגר שנתגיירו בניו עמו, לא יחזיר לבניו. ואם החזיר, רוח חכמים נוחה הימנו" – מקרה זה עוסק בירושת הגר. על פי ההלכה, מי שעבר תהליך גיור והפך ליהודי, כאילו נולד מחדש. לדבר זה יש משמעות בין השאר על דיני היוחסין – ילדיו הביולוגים שנולדו לפני שהתגייר לא נחשבים פורמאלית כילדיו, גם אם התגיירו עימו. כאשר הוא נפטר, מאחר והלכתית הם אינם ילדיו, הם לא יורשים אותו. זאת, אלא אם ערך צוואה (בהתאם לפרוצדורה ההלכתית) שהיא 'מתנה מחיים'. אם לא נולדו לו ילדים אחרי שהתגייר, אז אין לו יורשים, ונכסיו אחרי מותו הם הפקר (הראשון שיזכה בהם הם יעברו לבעלותו).

המשנה מדברת על סיטואציה בה אדם לווה כסף מהגר, והגר המלווה מת. מאחר שהלווה מחזיק בכסף, הוא הראשון שזוכה בו. על כן אין ללווה חובה להשיב את הכסף לילדיו הביולוגים של הגר, שהלכתית אינם יורשים אותו כאמור. עם זאת, קובעת המשנה שרוח חכמים תהיה נוחה מלווה שיחזיר את הכסף לילדים הביולוגים. יש להניח שחכמים מעודדים התנהגות כזאת כדי שהילידים לא יחושו תחושת קיפוח. זאת, בעיקר על רקע הזהרות רבות בתורה מפני פגיעה בגר. כמו במקרים קודמים, גם כאן ב"ד לא התערב בעניין, אך הדין כן מבקש להכווין את התנהגותו של הלווה.

**עולה השאלה מדוע חכמים לא עשו צעד נוסף והתקינו תקנה שמחיבת את השבת הכסף לילדים?** אין לכך תשובה ברור, אם כי יתכן שהיעדר תיקון התקנה הינה על רקע היות נסיבות אלה נדירות.

1. "כל המטלטלין, נקנין במשיכה; וכל המקיים את דברו, רוח חכמים נוחה הימנו" – [נדון בהמשך](#כל_המקיים_את_דברו).

מידת חסידות

1. **דיני הונאה** – (כפי שלמדנו) דין הונאה משמעותו שאם חפץ נמכר בפער של 20% ומעלה מעל או מתחת למחיר השוק, יחול דין הונאה. זאת, גם אם הדבר נעשה בתום לב. המשמעות היא שהצד הנפגע רשאי לקבל את ההפרש או לבטל את העסקה (תלוי בנסיבות). דין הונאה חל גם בנוגע למטבעות. המשנה עוסקת בין השאר בפרק הזמן שעומד לרשותו של מי שקיבל מטבע, לטעון להונאה:

**משנה, בבלי בבא מציעא, דף ד, משנה ו**

"עד מתי מותר להחזיר? בכרכים – עד כדי שיראה לשולחני. בכפרים – עד ערבי שבתות. אם היה מכירה – אפילו לאחר שנים עשר חדש חֹדֶשׁ מקבלה הימנו. ואין לו עליו, אלא תרעומת".

כשהמיקום הוא בכרך – בעיר, פרק הזמן קצר יותר, והוא משך הזמן שיקח להראות את המטבע לשולחני, שמבין בכספים, ויוכל לאמת את שוויה. בכפר, בו אין בהכרח שולחני, הזמן הוא עד ערב שבת. שכן, אז בני הכפרים הולכים לעיר לקנות ולמכור סחורה.

פרקי הזמן ככלל קצרים, בשל אופייה של המטבע, שעוברת מיד ליד. ככל שיעבור פרק זמן ארוך יתר, זה יקשה להתחקות אחר גלגולה של המטבע (ויקשה על זיהויה ע"י הנותן כזו שהוא נתן). מוסיפה המשנה, שאם נותן המטבע מזהה שאכן זו המטבע שהוא נתן, יחזירה (המקבל לנותן) גם כעבור שנה, על אף שיש לו (הנותן במקור) תרעומת כנגד מי שקיבל אותה, על כך שלא הגיע בסמוך לקבלתה.

**בסוגיה התלמודית** מבהיר **רב חסדא**, שמידת חסידות שנו כאן. דהיינו, על פי דין אין חובה להשיב את המטבע לאחר פרק הזמן המינימאלי שנקבע, וזאת גם אם הנותן המקורי של המטבע מזהה אותה. רק מי שנוהג מנהג חסידות יסכים להשיבה.

1. **לקט, שכחה ופאה**

**הברייתא במסכת חולין דף קל ע"ב**

"תא שמע. בעל הבית שהיה עובר ממקום למקום, וצריך ליטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני - נוטל, ולכשיחזור ישלם, דברי רבי אליעזר. אמר רב חסדא: מידת חסידות שנו כאן."

אדם שיש לו תוצרת חקלאית צריך להפריש מתנות עניים:

- לקט – שיבולים בודדות שנפלו מידיו של הקוצר, תישאר על הארץ לטובת העניים

- שכחה – עומר שנשכח בשדה, ויישאר גם הוא לעניים.

- פאה – פאה היא קצה השדה, שתישאר בלתי קצורה, לטובת העניים.

- מעשר עני – (רק) בשנה השלישית והשישית במניין השנים לשמיטה (מחזור של 7 שנים, כאשר השנה השביעית היא שנת שמיטה), יש להפריש מעשר לטובת עניים.

השימוש במתנות עניים מותר רק למי שמוגדר כעני על פי הגדרות הלכתיות מסוימות.

הברייתא קובעת ש'בעל בית' (לענייננו אדם שאיננו עני), שנסע למקום אחר ואין לו כרגע מה לאכול, יכול להשתמש במתנות עניים – שכן כרגע הוא כמו עני. לכשיחזור לביתו, בנסיבות מסוימות אין לו חובה להפריש לעניים תוצרת כנגד מה שאכל. שכן, עשה זאת בהיתר. אף על פי כן, מידת חסידות – שיחזיר. דהיינו, **משפטית** – אין לו חובה להשיב, כשבנוסף כך אין מישהו ספציפי שיוכל לדרוש זאת. אבל, אם הוא מבקש להתנהג בנורמות של חסיד (נורמה שהיא מעבר לנורמה המחויבת על פי ההלכה כאמור), עליו להחזיר את הכסף.

**בכל המקרים הללו, בין שרוח חכמים נוחה או לא נוחה, ובין במקרים של מידת חסידות. לא מדובר בנורמות אכיפות.** יתרה מכך, שלא כמו ב-"לפנים משורת הדין", וב-"חיוב מדין שמיים", במקרים אלו ב"ד אינו לוחץ או משפיע לנהוג כך. עם זאת, וכפי שראינו הדין כן מנסה להכווין התנהגות במקרים אלה. כמובן, זה חלק מהעיקרון הכללי לפיו מצופה מאדם **לנהוג בכל דרכיו על פי הישר והטוב**.

כאמור, למרות שב"ד אינו מתערב במישרי במקרים אלה, באופן עקיף זה עשוי להשפיע על ההכרעה שלו.

**שו"ת תשב"ץ חלק ג,קצ**

**השאלה:**

עוד שאלת: אשה אחת יש לה נכסים.  וחלתה, ורצתה להעביר הנחל' (הנחלה) מקרובה הראוי ליורשה דבר תורה, ולהקדיש נכסיה לעניים או לבית הכנסת.  וקרובה היורש אותה הוא עני.  ויש לו בנים בני תורה, ויש לו בת צריכ' לינשא.  והוצרך לצאת מעירו לשאול מהקהילות להשיא את בתו.  זה ההקדש שרוצה האשה הזאת לעשות להעביר הנחלה מהקרוב הזה האם דעת חכמים נוחה הימנו אם לאו זהו עיקר השאלה:

**חלק א' של התשובה:**

הכל יודעים מה שאמרו בגמ' (בבא בתרא קכג,ב): לא תיהוי בי עיבורי אחסנתא אפי' מברא בישא (רע) לברא טבא (טוב) וכ"ש (וכל שכן) מברא לברתא (מבן לבת). ואם בראוים ליורשו אמרו כן, כ"ש [כל שכן] למי שאינו ראוי ליורשו כלל. כמו ההקדש ובית הכנסת. שהקדש בית הכנסת נ"ל (נראה לו) לחזק את בדקו, או לפרנסתו בשמן למאור ושאר צרכיו. **ודברים אלו הם מוטלים על הצבור**. והמקדיש נכסיו לזה אינו אלא לפטור הצבור מחיובם בהקדש זה, **והרי הוא מעביר הנחלה מהראוי ליורשו למי שאינו ראוי ליורשו**. המקדיש לעניים מתרי טעמי: **חדא שהוא פוטר הצבור מחיובם שהוא מוטל עליהם**. **ועוד שהוא מעביר נחלה מהראוי ליורשו לתת אותה לעניים שאינם ראויים ליורשו** ואם קרוביו הראויים ליורשו הם עניים ג"כ (גם כן) הוי כעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה ממנו שנק' רשע.

**אבל כל זה אינו לבטל המתנ'[ה] אם נעשית**, אלא שאין ראוי לעשותו.

**חלק ב' של התשובה:**

אבל אפשר לבטלה ממה שמצינו בירושלמי דזרעים בסוף פיאה (פ"ח ה"ח): ר' מחוי לרב תרעא לבי כנישתא  דקא בני אמ': כמה ממון שקעו אבותי במקום הזה. א"ל (אמר לו): אדרבא, כמה נפשות שקעו אבותיך במקום הזה וכי לא הוה תמן בר נש דמלף באוריי' או חולים המוטלים באשפה? קרא עליו המקרא הזה: "וישכח ישראל את עושהו ויבן היכלות" \* ע"כ (עד כאן) בירושלמי.

**ומכאן נרא'(ה) שיותר הי'(ה) המצוה ללמד התלמידי' ולפרנס העניי' מבנין בה"כ (בית הכנסת)** וכ"כ (וכן כתבו) קצת מהראשונים ז"ל וכיון שזה נכנס בכלל: "וישכח ישראל".. וכו'.  \*

וקי"ל :ש"מ (שכיב מרע) שצוה לעשות עביר'(ה) מנכסיו אין שומעין לו כמ"ש (כמו שכתב) הרמב"ם ז"ל בפרק ט' מהלכות זכיה ומתנה. א"כ [אם כן], הקדש זה בטל הוא, ויירשנה קרוב'(ו).

ובדרש: לא נתן שלמה מקדשי דוד אביו דבר במלאכת המקדש. אמר רעב הי'(ה) בימי אבא ג' שנים והיה לו לבזבז ההקדשות האלה להחיות בהם עניי ישראל:

["וישכח ישראל את עושהו, ויבן היכלות ויהודה הרבה ערים בצורות, ושילחתי אש בעריו ואכלה ארמנותיה". (הושע ח',יד)].

במקרה המתואר, מבקשת אישה חולה להעביר את נכסיה לטובת מטרות ציבוריות של בניית בית כנסת ופרנסת עניים. זאת, במקום שהנכסים יעברו לקרוב-רחוק שלה שהיה אמור לרשת אותה על פי דין, ושגם הוא עני וצריך כסף עבור בניו וכדי להשיא את בנותיו. התשב"ץ נשאל האם דעת חכמים נוחה מכך.

השואל לא מעלה על דעתו אופציה לפיה אין לאישה זכות משפטית לעשות זאת, או שאם תעשה כן, המתנה/צוואה תבוטל. ההתלבטות ככל הנראה נובעת מכך שמצד אחד האישה מבקשת לסטות מירושה על פי דין תורה, ובפרט כשהיורש עני בעצמו. מאידך, לא מדובר בבנה, כשהיא אינה מבקשת להעדיף אדם זר על פני קרוב משפחתה, אלא היא מבקשת לתת את רכושה לטובת מטרות ציבוריות חשובות. לכן, נראה שיש מקום לחשוב שחכמים לא יתנגדו לכך.

**בחלק הראשון** של התשובה, מסביר התשב"ץ שמאחר ותחזוקת בית הכנסת ופרנסת העניים מוטלת ממילא על הציבור, הרי שמתנת האישה תחסוך מהציבור את השתתפותם היחסית בהוצאות הציבוריות הללו. דהיינו, למעשה האישה מעבירה את הירושה מהקרוב הראוי לרשת אותה, להרבה צדדי ג' (שכל אחד מהם חוסך את דמי ההשתתפות כאמור). אם כך, זה הוא מקרה קלאסי של העברת ירושה שאין רוח חכמים נוחה הימנה, אם כי אי אפשר לבטל את המתנה אם כבר ניתנה.

נראה שחלק זה בתשובתו של התשב"ץ מתיישב עם הנלמד לעיל בהקשר לירושה. כפי שנלמד [לעיל](#הכותב_את_נכסיו_לאחרים), ניתן לתת את הירושה למי שלא זכאי לה לפי דין תורה, באמצעות מתנה שתינתן לפני המוות. עם זאת, וכפי שנלמד שם, על אף שהדבר מותר אין רוח חכמים נוחה עם מעשה כזה. עם זאת, נשים לב שמקרה כאן אין מדובר בהימנעות להוריש לבניה של אותה אישה, ומאידך לא מדובר בהורשה לאדם פרטי אחר.

**בחלק השני**, התשב"ץ מרחיק לכת יותר. הוא בונה קונסטרוקציה משפטית, המבוססת על סיפור מהתלמוד הירושלמי, לפיה מי שמעדיף לבנות בית כנסת על פני תמיכה בעניים ובתלמוד תורה הוא בבחינת רשע, וכאילו עבר עבירה. לפי ההלכה אין ממלאים אחר צוואה של גוסס שביקש לעשות עבירה בנכסיו, שכן מניחים שלא היה צלול כשציווה כן. בהתבסס על דברים אלו, קובע התשב"ץ שאין לקיים את הצוואה של האישה, כשיש מקום לבטלה גם אם כבר ניתנה.

בתשובתו בחלק זה, מסתמך התשב"ץ על סיפור בירושלמי על רב שמבקר את רבי על בית כנסת מפואר שבנה. לדעת רב היה עדיף שהכסף יושקע בחינוך ובסיוע לחולים (שנתפס כעבירה). מכאן הוא מקיש שסיוע לחלשים עדיף על השקעה בבניית בית כנסת. לבסוף לומד משלמה המלך, שלא השתמש בכלי אביו לטובת צרכי המקדש. נראה כי, תוך היקש מדבריו של שלמה המלך שאומר שאם אביו לא השתמש בזה לכלכל עניים כשהיו זקוקים לכך, ודאי שאין להשתמש בזה לצרכי המקדש; דבר המלמד על סדרי העדיפויות, ובמקרה שלנו שטובת העניים עדיפה על בית הכנסת. לכן, האשה שמעדיפה בית כנסת על קרובה העני מבצעת מעשה עבירה. על כן אין חובה למלא את רצונה.

התוצאה של התשב"ץ נראית כמאולצת, והבסיס שלה חלש, שכן הוא מסתמך על סיפור ולא על אמירה הלכתית, דבר הנראה כמפתיע. גם בסיפור בירושלמי (עליו מבסס התשב"ץ את החלק השני של תשובתו) יש להניח, כי רב לא התכוון לומר לרבי שהוא ביצע עבירה כשבנה את בית הכנסת, אלא ביקש לתהות על סידרי העדיפויות שלו. בנוסף, במקרה שלנו לא מדובר על בניית מבנה מפואר, אלא על תחזוקה שוטפת שלו. כמו כן, האישה התכוונה לתת מכספה גם לעניים. הקביעה של התשב"ץ מאוד מרחיקת לכת, בין היתר על רקע התפיסה העקרונית של ההלכה, על פיה יש לציית לדברי המת. אין ספק שלתשב"ץ הייתה תחושה שלא יהיה זה צודק למנוע מהקרוב העני את הירושה. לכן, הוא התאמץ להגיע לתוצאה שנראית בעיניו צודקת. זאת, **על רקע העובדה שרוח חכמים לא נוחה ממי שמדיר את יורשיו על פי דין**. נראה שקביל לגיטימציה מכך, ועל רקע זה הוא הרשה לעצמו למצוא את הדרך המשפטית לפסול את הצוואה; מכאן ההשפעה העקיפה של הקביעה של אין רוח חכמים נוחה הימנו.

נראה, כי תשובה זו מלמדת על היותו של התשב"ץ פוסק בעל 'כתפיים רחבות' ועל נכונות לתת פסק הלכה חדשני, יצירתי ומרחיק לכת. ככל הנראה, מגיע על רקע העובדות המיוחדות של המקרה, הכוללות קרוב עני שיפסיד את ההזדמנות לירושה שתחלץ אותו ממצבו הקשה.

מי שפרע ומחוסר אמנה

"מי שפרע" מזכיר את הביטוי 'חייב בדין שמים', בעוד "מחוסר אמנה" מתקשר למי ש'אין רוח חכמים נוחה הימנו'. נדון בהם בנפרד, שכן **שניהם עוסקים ספציפית במעמדה של עסקת מכר שלא הושלמה**. על פי ההלכה, כדי שעסקת מכר תושלם, צריך שיתלווה לה מעשה קניין, לצד גמירות הדעת של הצדדים. מעשה הקניין הוא על פעי רוב אקט פורמאלי, שעושה הקונה, שמסמל את העברת הבעלות לידיו. תפקיד מעשה הקנייה הוא ליצור את ג"ד או להעיד עליה; הוא אינו מספיק כשלעצמו. כל עוד לא בוצע מעשה קניין העסקה המשפטית לא הושלמה, ולכן הצדדים לא כפופים לה, כשמבחינה משפטית כל צד רשאי לחזור בו. זאת, גם אם סוכמו פרטי המכר, ואפילו אם שולמה התמורה. עם זאת, חז"ל ראו פגם מוסרי במי שחזור בו מין ההסכמה, הגם שהיא טרם מחייבת משפטית. ככל שהעסקה בשלב מתקדם יותר – כך הפגם המוסרי גדול יותר.

**הביטוי "מי שפרע..." מזכיר ענישה בידי שמים, ומתייחס למי שחוזר בו מין העסקה, אחרי שהייתה הסכמה על כל פרטי העסקה, ושולמה התמורה, כך שהיה חסר רק מעשה קניין.**

**הביטוי "מחוסר אמנה" מתייחס למי שחזר זו לאחר שהייתה הסכמה על הפרטים, אך טרם שולמה תמורה, ובנוסף היה חסר מעשה קנין.**

מי שפרע

**משנה, בבא מציעא, פרק ד**

"נתן לו מעות ולא משך הימנו פירות (כלומר לא עשה מעשה קניין), יכול לחזור בו, אבל אמרו **מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו**"

בסוגיה התלמודית (שם), נחלקו האמוראים האם בית הדין רק מיידע את מי שמבקש לחזור בו דיבורו, שהאלוקים עלול להיפרע ממנו (להענישו), או שמא בית הדין ממש מקלל אות שכך יקרה.

**הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז**

הלכה א

"מי שנתן הדמים ולא משך הפירות אף על פי שלא נקנו המטלטלין כמו שביארנו כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר לא עשה מעשה ישראל **וחייב לקבל מי שפרע** ואפילו נתן הערבון כל החוזר מקבל מי שפרע".

הלכה ב

"וכיצד מקבל מי שפרע (?) **אוררין אותו בבית דין** ואומרין מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים הוא יפרע ממי שאינו עומד בדבורו ואחר כך יחזור הדמים".

הרמב"ם פוסק להלכה שב"ד ממש מקלל אותו, עקב מעשהו.

מחוסר אמנה

מי שמבקש לחזור בו מהסכם המכר אחרי שהצדדים סיכמו את פרטי העסקה, אך טרם שולמה תמורה וגם לא בוצע מעשה קניין – יחשב מחוסר אמנה. כלומר, אדם בלתי אמין, שיש להניח שלא ירצו לעשות איתו עסקים.

**משנה, מסכת שביעית, פרק י, משנה ט**

"כל המטלטלין, נקנין במשיכה; וכל המקיים את דברו, רוח חכמים נוחה הימנו".

כאשר המוכר והקונה סיכמו את פרטי העסקה, אך עדיין לא שולמה התמורה – דהיינו נשאו ונתנו בדברים בע"פ ולא עשו מעשה קונקרטי. המשנה מתייחסת לאדם כזה כאל מי שאין רוח חכמים נוחה הימנו.

**הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז**

הלכה ח

"הנושא ונותן בדברים בלבד הרי זה ראוי לעמוד לו בדבורו (זו הציפייה המוסרית ממנו), אף על פי שלא לקח מן הדמים כלום ולא רשם ולא הניח משכון. וכל החוזר בו בין לוקח בין מוכר אע"פ שאינו חייב לקבל מי שפרע (כיוון שעוד לא שולמה תמורה) הרי זה ממחוסרי אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו".

הלכה ט

"וכן מי שאמר לחבירו ליתן לו מתנה ולא נתן הרי זה ממחוסרי אמנה, **במה דברים אמורים במתנה מועטת** שהרי סמכה דעתו של מקבל כשהבטיחו **אבל במתנה מרובה אין בה חסרון אמנה שהרי לא האמין זה שיתן לו דברים אלו עד שיקנה אותו בדברים שקונין בהן**".

מהלכה זו נלמד, שאפילו מי שהבטיח מתנה, מין הראוי שיעמוד בדיבורו. אדם כזה יחשב מחוסר אמנה אם יחזור בו, אלא אם מדובר בהבטחה למנתה בלתי סבירה, אז יש להניח שגם הצד השני לא ציפה באמת שההבטחה תמומש.

בדומה למה שראינו ביחס ל"חיוב בדין שמים" וב"לפנים משורת הדין", יש להניח שגם היישום של הכלל "מי שפרע" בידי ב"ד, יהיה תלוי נסיבות. ב"ד ילחץ יותר על המבקש לחזור בו מדיבורו, כשאין כל הצדקה סבירה לעשות כן, ואוי ילחץ פחות, כשיש הצדקה סבירה לחזרתו מדיבורו.

יישום מעניין של נושאים אלה ניתן למצוא בשו"ת שבות יעקב:

**שו"ת שבות יעקב חלק ב, קעח**

"ראובן שמכר לשמעון יין בעד אלף זהו'(בים) ונתן לו מאה זהובים, ומשך הלוקח (שמעון) אצלו היין, והמוכר עייל ונפק אזוזי (נכנס ויצא אחר כספו), וקודם שנתן לו המעות הוקר היין עד מחצה (התייקר ב-50%) ורוצה המוכר לחזור. אם יכול לחזור בו או לא".

* רבי יעקב ריישר, אשכנז, המאה ה-18.

במקרה המתואר ראובן מכר יין לשמעון, ששילם לו רק חלק מהתמורה. שמעון הקונה ביצע קניין משיכה. כמו כן, נתון כי המוכר חיזר אחר כספו. מחיר היין התייקר ב-50%, ולכן מבקש המוכר לחזור בו.

אומנם היה מעשה קניין, אך המוכר מסתמך על מה שנאמר בסוגיה התלמודית, לפיה גם כאשר בוצע מעשה קניין, אם המוכר מחזר באובססביות אחר כספי התמורה, הדבר עשוי ללמד על כך שלא הייתה לו ג"ד להעביר בעלות לקונה; על כן העסקה טרם הושלמה ולא מחייבת משפטית.

עם זאת, המשיב (בשו"ת) לא מרגיש ככל הנראה נוח עם מסקנה לפיה המוכר יוכל לבטל את העסקה. שכן, ברור לו כי הסיבה האמיתית בגינה המוכר מבקש לבטל את העסקה, היא העלייה המשמעותית במחיר היין. על כן, מוצא המשיב דרך לטעון כי במקרה זה, החיזור אחר הכסף אינו מצביע על חיסרון בגמירות הדעת:

"אך נראה לי דבנידון דידן דיינין ליה (דנין אותו) כמוכר שדהו מפני רעתה. דהא להדיא איתא בפרק ערבי פסחים דף קי"ג ע"א אמר רב לאיבו בריה (בנו): טרחי בך בשמעתא (בלימוד תורה) ולא מסתייע מלתא (הדבר), תא אגמרך מילי דעלמא (בוא ואלמדך הוויות העולם [ענייני חולין]). כל מילי זבין ותתחרט (כל דבר תמכור, [ואם תרצה, רשאי אתה] להתחרט) בר מחמרא זבין ולא תתחרט (חוץ מיין, שאותו תמכור, ולא תתחרט). ופרש"י "בר מחמרא" (חוץ מיין) שמא אלו לא מכרו היה מחמיץ...

הרי להדיא (הרי מפורש) דביין הוי כמוכר מפני רעתה. אם כן יש לומר דלכך עייל ונפק אזוזי (שמשום כך נכנס ויצא אחר כספו), שחשב אולי תחמיץ וקנה הלוקח הכל".

הסוגיה קובעת, שמי שמוכר שדהו "מפני רעתה", דהיינו שדה או סחורה גרועים, ומחזר אחר כספו, ההנחה היא שכן הייתה לו ג"ד למכור, שכן הוא מבקש להיפטר מהסחורה. החיזור אחר הכסף במקרה כזה, נובע מחשש שמא הקונה יתחרט.

על סמך הסיפור על רב ובנו, מניח המשיב שיין הוא סחורה גרועה – שכן הוא עלול להחמיץ. לכן, מגיע למסקנה שמוכר יין שמחזר אחר כספו, עושה כן משום שמכר סחורה גרועה, ולא משום היעדר ג"ד. מכאן הוא קובע, כי המוכר במקרה שלנו לא יוכל להיתלות בכך שחיזר אחר כספו ולבטל את העסקה.

**בדומה לתשובת התשב"ץ, ניכר שהשבות יעקב מתאמץ לבנות קונסטרוקציה משפטית שתאפשר לו להגיע לתוצאה הצודקת.**

גם בתשובה זו, ניתן ככל הנראה לראות שהפגם המוסרי שייחסו חז"ל למי שחוזר בו מין ההסכמות, השפיע, ולו בעקיפין, על המשיב. דבר זה נתן לו לגיטימציה לבנות מהלך שימנע מהמוכר לחזור בו.

הדבר ניכר גם בהמשך התשובה, בה הוא מנסה להסביר מדוע הגיע למסקנות הלכתיות מסיפור הלכתי, שעל פניו לא סופר במסגרת של דיון הלכתי. כמו בתשובה של התשב"ץ, גם בתשובה זו ניתן לעמוד על גדלותו של הפוסק, שמנסה להגיע לתוצאה שתראה בעינו צודקת ותגשים את היעד של עשיית הישר והטוב.