**מבוא למשפט עברי – מחברת מצטברת**

**שיעור 1 – מתנה על מה שכתוב בתורה**

ישנם שני סוגי חוקים:

1. חוק דיספוזיטיבי: חוק ש**ניתן להתנות עליו**. הצדדים יכולים להתנות עליו כל עוד יש הסכמה ביניהם.
2. חוק קוגנטי: חוק ש**לא ניתן להתנות עליו**. גם אם הצדדים הסכימו על כך ביניהם הדבר לא יתאפשר.

דיני ממונות מול דיני איסורים:

* **דיני איסורים** – המותר והאסור. לא נהוג להקל, לא גמיש. לא ניתן להתנות עליהם.
* **דיני ממונות** – יחסים בין אישיים. ניתן להקל במידת הצורך, גמיש יותר כי העונשים בידי האדם.

**הוראה דיספוזיטיבית:**

**דיני שומרים** – תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

**אפשר להתנות את דיני השמירה, ישנן דרגות לאדם השומר:**

* שומר חינם: אדם נתן לאדם אחר לשמור כסף או כלים בלי שיקבל תמורה. אם הם נגנבו, יש לשומר אחריות נמוכה על החפץ:
* אם מוצאים את הגנב, הגנב משלם פי שתיים.
* אם לא מוצאים את הגנב, השומר צריך להישבע ששמר כראוי ושלא גנב, ואז הוא לא יצטרך לשלם.
* שומר שכר: אדם נתן לאדם אחר לשמור על בהמה, עם קבלת תמורה.יש לשומר אחריות בינונית. אם השומר טוען שהבהמה מתה ואין לכך עדים, הוא צריך להישבע והוא יהיה פטור. אם הוא טוען שהבהמה נגנבה הוא צריך לשלם.
* שואל: אדם שנתן לאדם אחר להשתמש בחפץ מבלי תמורה. אחריות השמירה גבוהה, כיוון שנעשתה לו "טובה".
* שוכר: אדם שנתן לאדם אחר להשתמש בחפץ בתמורה, אחריות בינונית.

נטל הראייה וכן האחריות מוטלים תמיד על השומר. עם זאת, לעניין השאלה האם השומר והבעלים יכולים להתנות על דברים אלו הייתה מחלוקת משום שמקור הדין בתורה. ר׳ יהודה קבע ש**ניתן להתנות על דבר שבממון גם אם מקורו בתורה**, בעוד ר׳ שמעון לא מאפשר זאת. **הלכה נקבעה כר׳ יהודה** ולכן התניה כזו בדיני שומרים תתאפשר, משום שמדובר בדבר שבממון. שומר חינם יכול להיות פטור משבועה, שואל יכול להיות פטור מלשלם ושומר שכר יכול להיות פטור משבועה ומלשלם. כלומר, **מי שמכיר באפשרות להתנות על ממונות, סובר שבדיני שומרים הצדדים יכולים להסכים על תנאי שמירה שונים ממה שהתורה קבעה**, בין אם זה מחמיר או מקל, או משנה את חובת ההוכחה.

נטל ההוכחה לכך ששומר לא חייב לשלם, יהיה על השומר. אך, הוא יכול לצאת ידי חובה בשבועה שלא פשע בשמירה ולא לקח את החפץ לעצמו.
**במשפט העברי נעשה שימוש רב במושג שבועה** – בד"כ על הנתבע, שנשבע ואז הוא פטור (לעיתים על התובע). הבסיס להסתמכות על כך הוא ששבועת שווא זה חמור ומניחים שאדם ימנע משבועת שקר.

**ההבחנה בין דיני ממונות לבין דיני איסורים ביחס להתנאה:**

**נישואין** – תוספתא קידושין:

3 תנאים שעשוי להתנות איש שמקדש אישה:

1. תנאי מתלה: תולה את תוקף הקידושין בהסכמת האב. הלכה לפיה נישואים מותנים בתנאי מתלה **רק אם אב הכלה יסכים לנישואים**.
2. התנאה על איסור: ייבום = מצווה לפיה אם החתן מת ואין להם ילדים, הכלה צריכה להתחתן עם אחד מאחיו. התניה שמנסה לעקוף את ייבום לא יכולה לעמוד, מאחר שההתניה היא על איסור ולא על ממון. **אסור לאישה להינשא כל עוד לא היו חליצה או ייבום**. לא תקף.
3. תנאי שבממון: תנאי הפוטר את הבעל מחובות ממוניות כלפי אשתו. תנאי כזה קיים ותקף, שכן הוא תנאי שבממון.

**נכסי אישה נשואה** – משנה, מסכת כתובות:

לפי ההלכה, במקרה בו אישה מקבלת נכסים לפני נישואיה או במהלך נישואיה, הנכסים האלו שייכים לה ולא לתא המשפחתי. עם זאת, בתקופת החיים המשותפים, הפירות של הנכס שייכים לבעל, ואם היא מתה תוך כדי הנישואין הוא זכאי לרשת אותה. התפיסה הממונית בהלכה זו היא שהאיש מחויב לדאוג לאישה בכל צרכיה, ובתמורה האישה צריכה לתת את הכנסותיה לאיש. בפקיעת הנישואין (הבעל מת לפני האישה/גירושין), האישה היא זו שתקבל חזרה את הנכסים. המשנה מתייחסת למקרה בו הבעל מוותר מראש על זכויותיו בנכסי אשתו.

1. הבעל יכול להתנות על הזכויות הממוניות שלו בנכסי האישה, כלומר לוותר עליהן, אך ההתניה חייבת להיות מפורשת. האמירה "דין ודברים אין לי בנכסיך" אינה מפורשת, לכן הפרשנות תהיה בצמצום. לפי הפרשנות המצמצמת, הוויתור הוא לא על הפירות והירושה, אלא הבעל נותן לאישה אפשרות למכור את הנכסים והוא עדיין נהנה מהפירות ומהירושה.
2. אם ההתניה מפורשת, למשל "דין ודברים אין לי בנכסייך ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותך", הבעל באמת לא נהנה כלל מאף היבט של נכסי ופירות האישה. המשנה מכירה בהתנאה שכוללת ויתור מלא של זכויות הבעל בנכסי האישה, **אך היא צריכה להיות התנאה מפורשת**. **אחרת, היא תתפרש בצמצום כי יש כאן סטיה מהדין**.
3. ר' שמעון בן גמליאל **מתנגד**. גם אם נכתבה תניה מפורשת, **הבעל ירש את האישה כשהיא תמות**. הוא סובר שהתנאה על דין תורה, גם בממון, בטלה.

**דין שמיטת כספים, הלוואה בשמיטה** – רמב"ם שמיטה ויובל ט, י:

כל שבע שנים יש שנת שמיטה, וכחלק ממנה יש גם שמיטת חובות.

הרמב״ם מסביר שאם המלווה קובע תנאי מתלה להלוואה לפיו שנת שמיטה לא תחול על החוב, התנאי לא תקף. זאת, **משום שמדובר בביטול דין תורה** ואדם לא יכול להוציא עצמו מהדין.

לעומת זאת, אם המלווה והלווה מתנים שהחוב הספציפי לא יישמט, התנאי תקף. זאת, **משום שאותו אדם חייב את עצמו בממון שהתורה לא חייבה** ותנאי שבממון קיים.

אם אדם רוצה שחוב מסוים לא יישמט ורוצה להתנות על זה: האמירה לפיה "שלא תשמטנו שביעית" כללית מאוד ולכן לא קבילה, כיוון שהתניה מפקיעה את האדם מכל הדין. אולם, האמירה "שלא ישמיט חוב זה אפילו בשביעית" היא תניה מסוימת ומפורשת, שלא מפקיעה את כל הדין אלא רק במקרה מסוים, ולכן קבילה.

**התניה צריכה להיות מפורשת, להיות רלוונטית למקרה ספציפי (ולא לכל החוק) ולהתפרש באופן מצמצם (חריגה קטנה ככל הניתן מהדין).**

**הונאה** – רמב״ם, הלכות מכירה:

הונאה = עסקת מכר במחיר שאינו מחיר השוק.

דין הונאה הוא דין שחל רק במיטלטלין ורק כשתנאי השוק קבועים. לפי דין זה במקרה בו דבר נמכר בסטייה של 20% ממחיר השוק, גם אם נעשה בתום לב, ייחשב כהונאה.

המשמעות המעשית לקביעה זו היא שהצד הנפגע יוכל לבטל את העסקה או לבקש את הפער בחזרה.

הרמב״ם מסביר כי **אדם לא יוכל לקבוע תנאי לפיו לצד השני לא יכולה להיות טענת הונאה**. אם הנפגע יסכים לוותר על הפגיעה ולהחשיבה כמתנה הדבר יתאפשר, אך ורק אם שני הצדדים מודעים למהלך, למשמעות הוויתור ומסכימים לו.

מכאן ניתן ללמוד כי על התניה להיות ברורה ומקובלת על שני הצדדים על מנת שיהיה לה תוקף.

**ניתן להתנות על דין בממון אם זו התניה מפורשת שמתייחסת לעסקה ספציפית**.

1. במידה ואדם מבצע עסקה ומתנה אותה בכך שהקונה לא יטען טענת הונאה ("על מנת שאין עלי הונאה"), כשמדובר ב"סתם", בלי פירוש – התנאי לא עומד.
2. אולם ניתן להתנות על ההונאה במפורש – למחול על הזכות הממונית. על שני הצדדים **לבטא הסכמה** מודעת לכך ששווי הממכר שונה מהתשלום שניתן.
3. **הוויתור לא יכול להיות כללי – הנפגע חייב להיות מודע לוויתור הספציפי ולהגיד זאת במפורש**.

שו״ת הרשב״א:

מקרה בו ראובן חיתן את לאה ביתו עם שמעון. לזוג נולדה בת, אך גם היא וגם לאה נפטרו. ראובן דורש משמעון את הנדוניה בטענה שזה הדין במקום מגוריהם (דין גויים). הרשב״א **לא מוכן לקבל את הטענה וקובע שהדין לא חל משום שמבוסס על דין גויים** (אם היו מתנים זאת באופן אישי לפני החתונה הדין היה תקף). מכאן, ניתן ללמוד כי יש חשיבות למניע של התניה, כאן המניע הוא התחקות אחר דיני גויים.

**לגבי תנאי מכללא ניתן להתנות במידה ומדובר בנוהג ברור שכולם נוהגים על פיו**. המטרה הייתה **לשמר את השיפוט בתוך הקהילה היהודית**, ולא לעודד התחקות אחר גויים.

**צוואה** – תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא:

לפי ההלכה לא ניתן לעשות צוואה. כחלק מדיני הירושה נקבע כי הבן בכור יקבל כפול ושאר האחים יתחלקו שווה בשווה ביתר. התניה של אדם על דין זה לא תהיה תקפה, שכן **היא התניה על דין תורה**. בנוסף, **אין הסכמה של שני הצדדים**, שכן הבן הבכור לא שותף לאמירה.

על מנת שתנאי כזה יהיה תקף שני הצדדים צריכים להיות שותפים לו, בדגש על הצד הנפגע.

שו״ת מהרי״ק:

כאשר מדובר בספק ממונות יש להקל וכאשר יש ספק איסורים יש להחמיר.

במקרים בהם יש נושא ובו שני ספקות מקבילים, נבדוק מה הספק הבסיסי עליו מונח השני ונבחן לפיו.

סיכום:

**אסור להתנות בדיני איסורים, אך בדיני ממונות מותר** בכפוף למגבלות:

* אדם לא יכול להפקיע עצמו מהדין (שמיטת חובות).
* תמיד תיבחר הפרשנות המצמצמת ביותר. סטייה מינימלית מהדין (שמיטה, נכסי אישה נשואה).
* ההתנאה צריכה להיות מפורשת וספציפית (נכסי אישה נשואה, שמיטה).
* ההתנאה לא יכולה להגיע מרצון לחקות את הדין הזר (נדוניה).
* שני הצדדים צריכים להיות מודעים לוויתור ולהביע זאת מפורשות (הונאה, צוואה).

**תורה שבכתב ותורה שבעל פה**

מקורות המשפט העברי:

* **תורה שבכתב** – התנ"ך, חמישה חומשי תורה. ע"פ המסורת, נכתב ע"י משה.
* **תורה שבעל פה** – מכלול הפירושים וההלכות שאינם כתובים, שעברו במסורת או התחדשו ע"י חכמים. ע"פ חז"ל היא ניתנה למשה בהר סיני בע״פ ועוברת מדור לדור.

למה המבנה היה ככה מלכתחילה?

1. לשמר את ייחודו של עם ישראל: בעוד התורה שבכתב גלויה לכולם, התורה שבע״פ עוברת מדור לדור בלבד.
2. ספר העיקרים: לפי ר' יוסף אלבו, כדי שתהיה גמישות ויכולת להתאים את כללי ההלכה הנצחיים למציאות המשתנה.

**סוגי ההוראות הנכללות בתורה שבעל פה:**

הקדמת הרמב״ם לפירוש המשניות:

הרמב״ם מחלק את התורה שבע״פ ל-5 חלקים:

* חלק ראשון: הלכות שניתנו למשה בסיני, שיש להן ראיה בכתוב. ניתן להסיקן מכוח הסברה או מדרש. אין מחלוקת.
* חלק שני: הלכות שניתנו למשה בסיני, שאין להם ראיות בתורה שבכתב. אין מחלוקת.
* חלק שלישי: הלכות שחכמים מסיקים ע״י מדרש הפסוקים. יש מחלוקת, כיוון שמדובר בפרשנות סובייקטיבית. ההלכה תיפסק ע"פ דעת הרוב.
* חלק רביעי: הרחבות של חכמים על גזירות ואיסורים קיימים. לגבי הרחבות אלו יכולה להיות מחלוקת בעת היווצרותן, ואז ניתן לדון עליהן. מהרגע שהגזירה המורחבת נגזרה והציבור קיבל אותה, לא ניתן לחלוק עליה, **יש לה תוקף של דין תורה**.
* חלק חמישי: דינים שקובעים חכמים ע״י חקירה והסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם. דינים שיצרו חכמים העוסקים בדיני ממונות ותקנות דתיות. יש מחלוקת, אך **מרגע שהוחלט התקנה מחייבת**.

המקור של החלק הראשון והשני הוא **בתורה** שניתנה למשה בהר סיני, ולכן לא תיתכן עליה מחלוקת. לעומת זאת, בחלקים השלישי, רביעי וחמישי המקור הוא **מחכמים**, ולכן תיתן מחלוקת, שכן הם יצירה של השכל האנושי.

* **דין דאורייתא** – הלכות שמקורן בתורה. אם יש ספק, נחמיר. חלק 1,2.
* **דין דרבנן** – הלכות שמקורן בדברי חכמים. אם יש ספק,ניתן להקל. חלק 4,5.

החלק השלישי נותר במחלוקת בין הרמב״ם והרמב״ן:

רמב״ם, ספר מצוות:

**רק הלכה שנאמר לגביה במפורש שהיא מהתורה, היא מהתורה**. 613 המצוות הן מהתורה, וניתן להוסיף עליהן את דברי החכמים, אך לא כחלק מהן משום שאלו יהיו רק מצוות מהתורה.

ברירת המחדל שהלכות שנלמדות באמצעות מדרש הפסוקים הוא דרבנן, אלא אם אמרו החכמים במפורש שהן מהתורה. כל זמן שאין אמירה מפורשת מצד חכמים מדובר בדין חכמים, ואם ציינו מפורשות יהיה מדובר בדין תורה. **ברירת המחדל היא שההלכות הן דרבנן**.

רמב״ן, השגות לספר המצוות לרמב״ם:

קובע כלל הפוך. **ברירת המחדל היא שהלכות הן מהתורה** ורק כאשר נאמר במפורש שמדובר בדברי חכמים, ההלכה היא מחכמים.
ברירת המחדל היא שההלכות שנלמדות מהפסוקים הן דין תורה, אלא אם נאמר בפירוש שהן דרבנן.

כל זמן שאין אמירה מדובר בדין תורה, אם ציינו מפורשות יהיה מדובר בדין חכמים.

**שיעור 2 – סמכות חכמים במדרש ובפסיקה**

סוגי סמכות:

1. **פירוש** **התורה** – סמכות חכמים בתחום המדרש ופסיקת ההלכה.
2. **חקיקת חוקים** – סמכות חכמים בתחום החקיקה.

**מקור החובה לציית לפרשנות החכמים והיקף החובה:**

בדין הישראלי, פרשנות ביהמ"ש העליון היא המחייבת – כל עוד עמדתו לא השתנתה, על האזרח לציית לו גם אם לדעתו ביהמ"ש טועה. נימוקים לכך:

1. לחברי הכנסת יש אפשרות לתקן את הפרשנות המוטעית או את החוק.
2. הגוף המחוקק שהוא שהסמיך את ביהמ"ש לפרש את החוק.
3. יש חשיבות בשמירה על סדר ואחידות, כדי למנוע מחלוקת וחוסר הסכמה.

לקביעה זו יש מחיר של סטייה ממה שעשוי להראות כמו הפרשנות הנכונה. מה עושים בדין העברי, במקרה בו יש התנגשות בין פרשנות שנראית למישהו נכונה לבין מה שקבעו חכמים?
נקודת המוצא למקור הסמכות נמצאת בספר דברים. עונש המוות שנקבע למי שפעל בניגוד להוראת בית הדין מראה עד כמה הציות הזה בסיסי בעיני התורה.

**מקור הסמכות** – דברים פרק י״ז:

כאשר לאדם הייתה שאלה הלכתית שלא ידע מה התשובה עליה היה נדרש ללכת ללשכת הגזית בבית המקדש, שם ישב ביה״ד הגדול – הסנהדרין. ביה״ד (החכמים) היה נותן תשובה ופוסק הלכה ואותו אדם היה **מחויב לציית להכרעתו**. אדם שבכוונה לא הקשיב להכרעה דינו היה מוות.

לפי חז"ל – עונש מוות נוהג רק בזקן ממרא, שהוא אחד מחכמי הסנהדרין שחולק על דעת הרוב ומורה לפעול בניגוד להכרעתם (דעת מיעוט). אולם, ניתן להקיש מכאן על המחויבות הבסיסית לציית לבית הדין. יש לציית לביה״ד ולסמכות חכמים.

**גישות לציות לבית הדין:**

1. **ציות מוחלט:**

**ספרי** – מדרש הלכה:

החובה היא חובה מוחלטת. גם כאשר ביה"ד אומר דבר לא נכון באופן מפורש יש לשמוע בקולו. גם אם אומרים שימין זה שמאל ושמאל זה ימין, כלומר **גם אם ברור שהם טועים ישנה חובת ציות מלאה**.

**רמב״ן** – דברים יז, כא:

תחילה, לא שולל אפשרות שהחכמים טועים. אולם, בסוף דבריו **קובע כי החכמים לא טועים אף פעם**. גם במקרה בו אדם חושב שהחכמים טועים, יש לבצע את מה שהם קובעים. הקב"ה ציווה לקיים את המצוות, שאחת מהן היא מצווה לפיה יש להקשיב לדברי חכמים.

הסיבות לחובת הציות המלאה:

* טעם רוחני: יש להניח שהחכמים לא טועים, מאחר שיש להם השראה מה'. **לרוב הטעות היא אצל האדם**. לכן, לא סביר שיטעו.
* טעם דתי: ע"מ לשמר את התורה כתורה אחידה לאורך דורות. על כן, **חייבים מנגנון אכיפה ברור**.
* טעם חברתי: **אי הסכמה תיצור מסורות פסיקה שונות** שילכו ויסתעפו, והעם יתפצל.

לסיכום, הטעות אפשרית גם אם היא נדירה, אך מחיר הטעות כדאי לעומת חוסר אחידות ופיצול בעם. הרמב"ן מדגיש שגם ברמה התודעתית – יש להפנים שה' ציווה על המצוות וקבע גם ש**עלינו לקבל את פרשנות החכמים**. אז גם אם פועלים לפי הוראת חכמים שגויה **לא מפרים את דברי האל**.

החכמים הוסמכו ע״י ה׳ לפרש את החוקים ועל כן **ההלכה תהיה לפי קביעתם**.

קצות חושן והרב משה פינשטיין:

התורה ניתנה לבני אדם כדי שילמדו ויפרשו אותה בהתאם לשכלם האנושי, הגם שייתכן שיהיו מקרים בהם האמת האנושית תהיה שונה מזו האלוקית.

**ה׳ נתן לנו את התורה וגם הסמיך אותנו לפרש אותה**. יש חובת ציות מלאה שלוקחת בחשבון גם טעויות אפשריות משום שאנו מעדיפים את יתרון ההכרעה.

**רש"י** (פרשנים לספר דברים יז):

גם אם אומרים לך שימין זה שמאל ושמאל זה ימין – אתה חייב לשמוע לו.

* שתי פרשנויות: כשבית הדין צודק, על אחת כמה וכמה יש לשמוע לו, בנוסף ביה"ד בד"כ לא טועה.
* במקרה בו החכמים טועים ואומרים משהו שונה מהתורה – הם כנראה מבינים יותר ממי שמגיע אליהם לפסיקה, וכנראה שהם למעשה כן פוסקים נכון ובהתאם לתורה.

**רמב״ם** – הלכות ממרים:

**יש חובת עשה להקשיב לדברי חכמים ואיסור לא תעשה לסור מדבריהם** ימין ושמאל. החובות נוגעות בכל דיני התורה ובכל הפרשנויות והחידושים. הוא מסביר כי הציות להם וההליכה לפי התושב״ע היא חלק בלתי נפרד מהתורה שבכתב.

דעות לפיהן עדיף טעות אחת נקודתית מאשר שאנשים לא יצייתו יותר לדעות חכמים:

ספר החינוך:

**המטרה** – **להימנע מכך שכל אחד יפרש את התורה לפי דעתו** ולפי הבנתו, מאחר שזה **יוביל לפילוג**. גם אם החכמים טועים יש לפעול לפי דבריהם, מאחר שטעות נקודתית עדיפה מאשר חוסר אחידות הלכתי.

תלמוד בבלי מסכת ראש השנה, קידוש החודש:

המטרה: **למנוע ערעור על הסמכות המוסדית של ביה"ד**. מחלוקת בביה"ד בנוגע למועד בו חל ראש השנה ומכך גם על מועד יום הכיפורים. ר' גמליאל, נשיא ביה"ד, הכריע כדעה מסוימת ור' יהושע לא הסכים אתו. ר' יהושע מתבקש לעבור עבירה בשביל לא לערער על בית דין. הוא התלבט ולבסוף הכריע עקב נימוקו של ר' דוסא, לפיו **אין לערער אחר מעמד ביה"ד המוסמך גם אם הוא טעה וגם אם לא משתווה בחוכמתו לבתי דין שקדמו לו**. המדרש מסביר שאין לערער אחר מעמדו של ביה"ד גם אם בעבר היו חכמים גדולים יותר.
המסקנה: **ביה"ד יכול להפעיל את השיקולים שלו ע"מ לקבוע הלכה מסוימת**. אם ניתן לערער על קביעה של ביה"ד יבחנו כל קביעה של כל בית דין שהיה מאז משה, ובכך תתערער הסמכות המוסדית של ביה"ד. זה לא משנה מי הדיין – ברגע שהוא בעל הסמכות, צריך לציית לו.

**אין לערער אחר מעמד בית הדין המוסמך גם אם הוא טעה וגם אם בעבר היו חכמים גדולים יותר**.

דרשות הר״ן:

**יש להקשיב לבית הדין, גם אם חושבים שהם טועים – אולי הם טועים, זה אפשרי**. הסיבה היא מנגנון ההכרעה, שהוא הכרעה ע"פ רוב וניתן להניח שהרוב יגיע לאמת, שגיאות החכמים מועטות. **עדיף לסבול טעות ושכולם יפעלו באותה הצורה מאשר שכל אחד יפעל לפי רצונו**. הנזק מאי-ציות גדול יותר מהנזק מציות לטעות.

1. **ציות חלקי: חובת ציות מוגבלת לכך שחכמים לא טעו**

תלמוד ירושלמי, מסכת הוריות:

**יש לציית לביה"ד כל עוד בטוחים שהוא אינו טועה**. עוסק במקרה בו חכמים נתנו הוראה מוטעית, כולם הקשיבו ואח״כ כשהבינו שטעו הוציאו על כך הודעה. כשאדם עובר עבירה בטעות עליו להקריב קורבן אישי. במקרים של עבירה שנגרמה עקב טעות של ביה״ד, חכמים הם אלו שיצטרכו להביא קורבן עבור כולם. **כשביה״ד מורה לפעול בצורה לא נכונה לא צריך להקשיב להם**. כלומר חובת הציות היא כל עוד החכמים לא טעו.

גישה זו מעוררת קושי, שכן מי יכול לקבוע שבית הדין טעה?

תלמוד בבלי, מסכת הוריות:

מקרה בו יש הוראה של בית דין שמכילה טעות אבל קיים חכם (דיין או תלמיד הראוי להוראה) שמודע לטעות – אם החכם יציית לפסיקת ביה"ד הוא יהיה חייב בקורבן, שכן **נראה אותו כמי שמודע לטעות ולכן הוא לא צריך לציית ציות מלא**. גם לפי הגישה המאפשרת לא לציית לחכמים אם סוברים שהם טעו – מדובר על תלמיד חכם, לא כל אדם, אלא מי שהוא בעצמו תלמיד חכם שהיה ראוי לשבת בביה"ד.

מכאן לומדים שיש חובת ציות גם כשחכמים טועים, ורק מי שהוא תלמיד חכם יכול לא לציית להוראה אם חושב שטעו. זה **תקף רק לגבי עצמו**, אך לא לאחרים.

עקידת יצחק:

**ביה"ד לא טועה, אלא רק מי שמגיע לביה"ד סבור שהוא טועה**, מאחר שהוא לא מודע ובקיא מספיק ע"מ להבין שביה"ד פירש את הכלל כראוי (גם אם פירוש כראוי דורש סטייה מהכלל). אין פה טעות, אלא יישום שונה של הכלל, שלאדם הפשוט עשוי להראות כטעות.

* תפקיד בית הדין הוא למעשה **לפרש את החוק ולהבין האם חוק כזה או אחר חל על מקרה קונקרטי**.
* יכול להיות מקרה בו **בית הדין יקבע שמקרה ספציפי שונה מהכלל המוכר**. על פניו ניתן לחשוב שבית הדין טעה, אבל למעשה המקרה הספציפי הזה לא תואם לכלל וראוי להחריג ממנו.
* תפיסה חריפה, לפיה **דיין שפוסק רק לפי הדין ולא בוחן האם המקרה הקונקרטי דורש סטייה מהכלל הוא למעשה מחריב את העולם** (על בסיס אמרת חז"ל "לא חרבה ירושלים אלא בשל כך שדנו בה דין תורה" – דנו רק ע"פ דין תורה, ללא התחשבות בשיקולים נוספים, ולכן לעולם לא מוצא לנכון לסטות מהכללים).

**שיעור 3 – מחלוקת בין חכמים**

חלק מסמכותם של חכמים היא שבמקום בו יש מחלוקת עליהם להכריע בה. אך האם היא מהווה תקלה ממנה רוצים להימנע או שהיא דבר טוב ומקדם? בעצם, האם המחלוקת רצויה?



**נגד המחלוקת:**

תוספתא חגיגה:

**המחלוקת אינה רצויה, והיא תוצאה של תקלה**. ברמה האידיאלית צריך להיות גוף אחד בלבד שמכריע בשאלות הלכתיות כשההכרעות שלו מחייבות את כולם. כיום אין לנו גוף כזה ולכן נוצרו מחלוקות.

בעבר לא הייתה מחלוקת – היה את ביה"ד הגדול בבית המקדש ואת בתי הדין ברחבי הארץ. בירושלים היה ביה"ד הגדול (בלשכת הגזית – בבית המקדש), ו2 בתי דין קטנים בהרכב של 3 דיינים, גם הם בהר הבית (לא הייתה היררכיה בין בתי הדין – מלבד ביה"ד הגדול).

* אדם היה הולך לביה"ד בעירו, ואם לא היה אז לעיר הסמוכה.
* אם הדיינים הכירו את ההלכה (ע"פ שמועה – קיבלו מרבותיהם, יש להם מסורת הלכתית בעניין זה) היו מכריעים לפיה, אם לא אז פונים לערכאה גבוהה – עד שמגיעים לבסוף לביה"ד הגדול (בו חובת נוכחות של לפחות 23 דיינים ע"מ לקיים את הדיון).
* בביה"ד הגדול מעלים את השאלה, ובמידה וההלכה מוכרת פוסקים לפיה. אם לא מכירים את ההלכה יש לקבוע אותה מחדש ביחס למקרה המסוים. ע"מ לקבוע הלכה נדרש מניין, כל אחד מביע את עמדתו וההכרעה נקבעת לפי הרוב. ההכרעה הופכת לאחר מכן להלכה מחייבת. לשאר בתי הדין אין סמכות פסיקה עצמאית, אלא רק יכולים להעביר את המסורת המוכרת. רק ביה"ד הגדול יכול להכריע – ולכן לא תתכן מחלוקת.
* תלמידי בית שמאי ובית הלל שלמדו אבל לא שימשו תלמידי חכמים – לא בדקו איך החכם פוסק ולמדו ממנו, לכן הם יצרו מחלוקות בישראל. מחלוקות אלו הובילו לכך שהיו שתי תורות בישראל, כשכל אחד פעל לפי הצד עמו הוא מסכים.

תלמוד ירושלמי, מסכת חגיגה:

בדומה לתוספתא, נקבע ש**תחילה לא הייתה מחלוקת בישראל פרט לעניין ספציפי** (סמיכה על ראש הקורבן ביום טוב). בית שמאי ובית הלל הפכו את המחלוקת האחת לארבע מחלוקות. עם הזמן, התרבו תלמידיהם שלא שמשו את רביהן כל צורכן, רבו מחלוקות בישראל, התורה נחלקה לשתיים ואין דרך חזרה מכך (עד שיגיע המשיח).

המחלוקת היא לא דבר רצוי, אך ברגע שנוצרה המחלוקת צריך ללמוד לחיות איתה. למרות שיש הכרה בכך שלא ניתן להחזיר את גלגלי המחלוקת לאחור, אלא אם יגיע המשיח.

**בעד המחלוקת:**

מסכת אבות דרבי נתן:

**המחלוקות לגיטימיות**, כל העמדות מקורן ב-ה' ולכן יש ללמוד את כל הדעות. בסופו של דבר מכריעים, אך שורש כל הדעות הן מדבר האלוקים. יש ערך לריבוי דעות ומחלוקות.

הגענו למצב בו יש הרבה אנשים שדנים בהלכה וכל אחד קובע משהו אחר ומגיע למסקנות אחרות. המצב יכול לגרום לאנשים להגיד שהם אינם מעוניינים ללמוד, אך בגלל שכל תלמידי החכמים נבראו ע״י ה׳, כל הדעות מקורן מאלוקים ולכן יש ללמוד את כולן.

איך יכול להיות שכל הדעות אשר אומרות דבר והיפוכו הן דבר אלוקים?

התלמוד הבבלי, מסכת עירובין:

**גישה אוהדת למחלוקת** – נוצרה מלכתחילה ולא בדיעבד. בגמרא מתואר מצב של ריבוי מחלוקות בין בית שמאי לבית הלל. בת קול (קול שמיימי) יוצאת ואומרת: "אלו ואלו דברי אלוקים, אך ההלכה כבית הלל". צריך להכריע איכשהו, אך ברמה הרעיונית **כל הדעות נכונות ולגיטימיות**. ההכרעה כבית הלל אינה כי הם צודקים יותר, אלא כי בית הלל היו נוחים, צנועים, מנומסים.

הבנות אפשריות לשאלה – למה ההלכה כבית הלל?

* בגלל שהקדימו את דברי בית שמאי לדבריהם. ההלכה שלהם יותר מזוככת, כי היא **לוקחת בחשבון גם את דברי הצד השני**, ורק אז מכריעה. כך ניתן להגיע לתוצאה מלובנת יותר.
* בית הלל מחוברים יותר לבריות ולכן **ההכרעה ההלכתית שלהם יותר מתאימה לחיים בפועל**.

ריטב״א:

איך יכול להיות ששתי הדעות יכולות להיות דברי אלוקים? משה קיבל מסיני 49 נימוקים לאסור ולהתיר כל דבר. כלומר, ריבוי הדעות מקורו בה', ואת זכות ההכרעה הוא נתן לחכמים. כלומר, **ריבוי הדעות היה מלכתחילה**, כך שנוכל להתאים את ההלכה למציאות משתנה.

המהר"ל מפראג בספרו **מאמץ את העמדה לפיה ריבוי הדעות הוא חיובי ולדעתו אף הכרחי**.

**חשיבותה של דעת המיעוט:**

תוספתא עדויות:

הכלל: כאשר יש מחלוקת, ההכרעה היא לפי דעת הרוב. אם ההלכה היא כדעת הרוב למה צריך להזכיר את דעת המיעוט?

* תנא קמא: **החשיבות של דעת המיעוט היא רק כדי לבטלה**. במקרה של סתירה או מחלוקת – נוכל להגיד שמדובר בדעת מיעוט ולכן לא נתקבלה, **יוצר וודאות הלכתית**.
* חכמים: דעת המיעוט מוזכרת רק כדי שאם יציג חכם בביה"ד קבלה מרבותיו שהיא כדעת המיעוט, ניתן יהיה לדחותה מתוך הבנה שאמנם יש לה מקור, אך היא משקפת דעת מיעוט.
* ר' יהודה: **יש חשיבות להזכרת דעת המיעוט בפני עצמה**, היא נשמרת משום שהיא חשובה. במקרים מסוימים יכולים לעשות בה שימוש אם יש צורך מיוחד. יש להזכיר אותה כדי ש**בשעת הצורך יכירו אותה ויוכלו להשתמש בה** (לדוגמא בשעת הדחק).

דוגמא לשימוש בדעת מיעוט בשעת הדחק מופיעה במסכת שבת:

בשבת ישנם חפצים המוגדרים כמוקצה ובהם אסור לגעת במהלך השבת, אחד מהם הוא נר דולק. **עלתה השאלה האם ניתן לטלטל פמוט לאחר שכבה נרו?**

* ר׳ יהודה (המחמיר): אם נעשה בו שימוש אסור לטלטל. אם לא נעשה בו שימוש, מותר מכיוון שאפשר להחליט שיהיה לו שימוש אחר שכן מותר בשבת.
* ר׳ מאיר (ביניים): אם נעשה בו שימוש באותה שבת, אסור. אם נעשה בו שימוש בעבר, מותר.
* ר׳ שמעון (מקל): אם הנר דולק, אסור. אם הנר כבוי, מותר.

**נפסק כדעת ר' מאיר**.

האם מותר לטלטל נרות חנוכה בשבת? **היסטורית** – מדובר בתקופה בה מסוכן להדליק נר חנוכה בחוץ, כפי שצריך, אז הדליקו אותו וכשכבה הכניסו אותו פנימה. בשבת הייתה דילמה מה לעשות, כיוון שההלכה כרבי מאיר, לפיה אסור לטלטל אותו אם היה דלוק בתחילת שבת. הגיע רב שהסביר שאכן נקבעה הלכה לפי ר' מאיר, אבל דעת ר' שמעון היא עמדה קיימת ולגיטימית שניתן להשתמש בה בשעת הדחק (כשאין ברירה). לכן ניתן להתיר את עמדתו של ר' שמעון – **דעת מיעוט**, ולאפשר את טלטול הנר שכבה.

**באיזה מקרים תיתכן מחלוקת?**

כלל הכרעה בסיסי – **מכריעים ע"פ רוב**. האם המחלוקת היא מלכתחילה או בדיעבד?

רמב"ם: מחלוקת תתכן ביחס להלכות בהן מעורבת החשיבה האנושית. יכולה להיות מחלוקת בהלכות שחכמים מסיקים מתוך דרשת הפסוקים, בגזירות ובתקנות חכמים, מכיוון שכל אלו נלמדים ע"פ השכל האנושי בצורה סובייקטיבית. אולם, **לא יכולה להיווצר מחלוקת בהלכות שהן בגדר הלכה למשה בסיני**. **הוא שולל מכל וכל מחלוקת שנוצרה עקב טעות בהבנה, שכחה או טעות במסורת**.

הרב שמואל בן חופני: חולק על הרמב"ם. **יכולה להיות מחלוקת גם בהלכה למשה מסיני** – המסורת יכולה להשתבש כשעוברת מדור לדור. מחלוקת יכולה לנבוע גם משכחה או טעות בהבנה.

**שיעור 4 – "לא בשמיים היא": היחס בין נבואה והלכה**

איך ניתן להתמודד עם המחלוקת? האם ניתן להיעזר בכלים שמימיים לצורך הכרעה?

תלמוד בבלי, מסכת תמורה:

אחרי מותו של משה נשכחו 3,000 הלכות שהוא מסר לעם. העם ביקש ממנהיגיו שישאלו את ה׳ מה הן אותן הלכות, אך הוא לא הסכים, בנימוק כי התורה "**לא בשמיים היא**", **התורה כבר לא נמצאת בשמיים**. התורה כבר ניתנה לעם, ולכן הוא לא מורשה לשאול אותה בשנית מה׳.

נביא לא יכול לחדש הלכות ע"י נבואה – ה' כביכול "לא מתערב" במחלוקות, ולא נותן תשובה למחלוקת. גם אם נדרש לוותר על אלפי הלכות – **הנבואה לא יכולה להתערב**.

מכאן ניתן ללמוד כי התורה ניתנה פעם אחת מהשמיים ולאחר מכן ה׳ לא מתערב ולא מחדש הלכות.

הקדמת הרמב״ם למשנה:

**שולל קשר בין הלכה לנבואה** – הנבואה לא רלוונטית לפרשנות התורה. מעמד הנביאים זהה למעמד החכמים חסרי הנבואה – לנביא אין כוח לפרש את המצוות.

יש 2 סוגי נביאים: נביא אמת ונביא שקר (נביא שקר עונשו מוות). גם נביא שהוכח שניבא נבואות אמת בעבר – אם יתבטא בענייני הלכה מכוח הנבואה, יוגדר כנביא שקר. אם הוא תלמיד חכם, הוא יכול להתבטא בהלכה מחוכמתו ולימודו, אך לא בשם נבואה. ה' לא מנבא לנביא בענייני מצוות. **משה קיבל נבואה שלא ניתן לחדש עוד הלכה בעזרת נבואה**. לכן, נביא שיעשה זאת יוגדר כנביא שקר.

דוגמא לנבואה בעניין מצוות: התחום שמותר ללכת בו בשבת הוא 2000 אמה. אם נביא יחדש שה' מסר שהתחום השתנה, אפילו שינוי מינורי (2001 אמה) – הוא נביא שקר ודינו מוות.

במחלוקת בין חכם לנביא: אין יתרון לנביא ומכריעם על פי רוב. **תפקיד הנביא הוא לחנך את העם למצוות ולחזק את ההלכה הקיימת,** **אין לו סמכות לשינוי ההלכה**. אם 1001 חכמים שאינם נביאים יחשבו משהו אחד, ו1000 חכמים שהם גם נביאים יחשבו משהו אחר – **ההכרעה היא על פי הרוב**, ללא משמעות לזה שהאחרים נביאים.

ייתכן שהמקור להתנגדותו העזה של הרמב"ם להתערבות נבואה בהלכה הוא על מנת להבהיר שאיננו כמו הנצרות והאסלאם.

עירובין:

בת קול יצאה וקבעה כי **ההלכה כבית הלל**. למה הכרעת בת קול נתפסה כלגיטימית?

ספר הכוזרי:

**מותר לנביא לחדש הלכה** – החכמים יכולים להוסיף או לגרוע מצווה/איסור, משום שרק לאדם הפשוט אסור לעשות זאת. **העם צריך להקשיב לחכמים** (הנביאים, הכוהנים והשופטים) **שלהם הסמכות לכך**. הכוהנים והשופטים מקבלים סיוע מהשכינה, לכן ודאי שגם הנביא, שיכול לחדש הלכות מנבואה.

מתקיים דיון על הפסוק ״לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו״ ובו השאלה האם חכמים יכולים לשנות הלכות או לא? החכם עונה כי האיסור מתייחס לעם ולא לחכמים ולנביאים, להם מותר לחדש דברים בעניין ההלכה. **כוחם הוא מה׳ ועליהם להשתמש בו לטובת הכרעת ההלכה**.

ראינו שתי גישות מרכזיות ביחס לסימן משמיים כהכרעה במחלוקת:

1. הרמב"ם: לנביא **אין** סמכות להתערב בענייני הלכה.
2. הכוזרי: לנביא **יש** סמכות להתערב בענייני הלכה.

מסכת בבא מציעא:

**הסיפור ״תנורו של עכנאי״:** הייתה מחלוקת בין חכמים באשר לשאלה האם תנור שבנוי מחוליות הוא חיבור שלם או לא. שאלה זו משפיעה על דיני טומאה וטהרה, האם הכלי יכול לקבל טומאה או לא.

החכמים סברו שהכלי מוגדר כשלם ועל כן יכול להיות טמא, לעומת זאת ר׳ אליעזר סבר שהכלי מוגדר כשבור ועל כן לא יכול להיות טמא.

כדי לשכנע את החכמים בצדקתו מנסה ר׳ אליעזר לעשות שימוש בסימנים שמיימיים: תזוזת עץ החרוב, היפוך המים, נטיית הכתלים ועוד. כל הסימנים מראים שהוא צודק, אולם הוא בדעת מיעוט אל מול החכמים.

למרות כל אלו, ר׳ יהושע מזכיר ואומר כי ״**לא בשמיים היא**״, ועל כן לא פוסקים הלכה לפי סימנים משמיים, אלא לפי חוכמת בני אדם והכרעת הרוב.

בהמשך פוגש ר׳ נתן את אליהו הנביא ושואל אותו לפי מי יש לפסוק? הוא עונה לו ש**ה׳ קובע כי במחלוקת זו החכמים צדקו שפסקו לפי הכרעת הרוב**. החכמים, שחוששים כי הציבור יחשוב שר׳ אליעזר צודק, מנדים אותו ופוסלים את כל פסקי הדין שלו בענייני טומאה וטהרה, גם למפרע. העולם לוקה כסימן והגנה על כבוד ר' אליעזר – התבואה לוקה, הים סוער.

רבן גמליאל מתפלל לה׳ ומבקש ממנו שיתקן את הנזקים שגרם ר׳ אליעזר, שכן עשו כל מה שעשו בלית ברירה על מנת לא לערער את כללי הפסיקה ההלכתיים.

בסיפור זה ה׳ תומך גם בר׳ אליעזר וגם בחכמים, אך עם זאת לומדים מכאן כי לחכמים ניתנה הסמכות לפרש את התורה ומכריעים לפי דעת הרוב, לבת הקול ולסימנים אין כל משמעות בהכרעה.

**התורה נמסרה לעם בנבואה באופן חד פעמי, ומעתה הנבואה לא עוסקת עוד בקביעת הלכה**.

* השופט זילברג ראה בסיפור זה מקור לכך שגם המחוקק כפוף לחוקים שהוא קבע.

תוספות, מסכת בבא מציעא:

עוסקים בפער בין המקרה של בת קול שהכריזה: "הלכה כבית הלל", לבין מקרה תנורו של עכנאי בו לא מקשיבים לבת קול. **מבחינים בין בת קול שמחזקת את הכללים** (כמו בית הלל שהיו הרוב) **לבין כזו המפרה אותם** (רבי אליעזר שהיה בדעת מיעוט).

ההבדלים בין המקרים:

1. **ר' אליעזר הוא דעת מיעוט שחולקת על הרוב**, לעומת בית הלל שהלכה נקבעה כמותם כי הם היו הרוב. בנוסף, בית שמאי היו חריפים יותר מבית הלל ולכן **היה בסיס להתלבטות** לפי מי מכריעים הלכה. לכן, היה צורך בהכרעה של בת קול.
כשבת קול **תמכה בכלל ההלכתי** (פסיקה ע"פ רוב – בית הלל) – יש להקשיב לה. אולם, כשבת קול **סתרה את הכלל ההלכתי** (הצדיקה את דעת המיעוט של ר' אליעזר) – אין להקשיב לה.
2. בת קול בתנורו של עכנאי באה רק משום כבודו של ר' אליעזר, ובגלל שזימן אותה, ולכן לא סומכים עליה. אולם, במקרה של הלכה כבית הלל – בת קול באה והכריזה מיוזמתה ולכן ניתן לסמוך עליה.

העמדות הסותרות בדבר שימוש בנבואה לא בהכרח סותרות זו את זו, אלא **מתיישבות אחת עם השנייה בהתאם לנסיבות המקרה**.

הרב קוק באגרות הראי״ה:

**יש מקום לנבואה/כלים שמימיים גם בהכרעה הלכתית**, **אך רק כמוצא אחרון**, **כאשר לא ניתן להגיע להכרעה ע"פ השכל האנושי או ע"פ דרכי הלימוד הרגילות**. כאשר מסקנת העיון ברורה וניתן להכריע בדרכי הלימוד הרגילות לא ניתן להסתייע בבת קול, אך אם יש ספק ניתן להכריע לפי בת קול. הנביאים הם חלק מהשתלשלות מסירת התושב"ע ועל כן לא ניתן למחוק את תפקידם.
יש 2 סוגי סמכויות וצריך לציית לשניהם: סמכות אנושית (חכמים) וסמכות נבואית (נביאים).

במקום בו לא ניתן להכריע ע״פ הכלים האנושיים אפשר להיעזר בכלים שמימיים כמו בת קול.

שו״ת משפט כהן:

הבחנה בין **מסר משמיים** לבין **פניה לשמיים**:
אם בת קול יוצאת מעצמה ופוסקת (הלכה כבית הלל), יש להתייחס לכך. אך, אם נביא פונה בבקשה לבת קול (ר' אליעזר), אין להתייחס לכך.

מבדיל בין מקרה בו יש דיון הלכתי, אשר בו יש דעות לכאן ולכאן, לבין חידוש הלכתי שיכול להיעשות בעזרת נבואה. **במקום בו קיימת הלכה וישנה התלבטות על הפרשנות** **ניתן להשתמש בבת קול**. בת קול יכולה לחדש הלכה.

העמדה לפיה יש לציית לחכמים גם כשהם טועים מתקשרת לעמדה לפיה אין מקום לנבואה בענייני הלכה. הגישה שנותנת משקל לנבואה נותנת משקל לאמת האלוקית, ומתאימה לגישה בה אם ברור שחכמים טעו לא צריך לציית להם.

**שיעור 5 – דרכי ההכרעה האנושיות**

ישנה חשיבות למסורת הלכתית. **כשאין מסורת** – **הכלל המרכזי הוא שמכריעים ע"פ רוב**.

**הכרעה לפי רוב:**

תוספתא סנהדרין:

**תחילה יש לפסוק לפי מסורת**. אולם, אם אין מסורת בעניין, פוסקים לפי דעת הרוב. רק כאשר **יש מחלוקת**, **ואין מסורת הלכתית בשאלה** – **יש להכריע ע"פ רוב**.

מה נעשה אם יש מסורות אך הן סותרות?

* במקרה בו רק אחד אומר שיש מסורת וכל השאר לא מכירים את המסורת – המסורת הזו היא הקובעת.
* במקרה בו אין בכלל מסורת יש להעלות את הסוגייה להצבעה והנושא יוכרע לפי רוב.
* במקרה בו יש שתי מסורות סותרות צריך להצביע ולהחליט לפי הרוב.
* כשיש מחלוקת בין מסורות סותרות, מעדיפים את הרוב של המסורות על פני הרוב של השומעים. לדוגמא, במקרה בו אדם אחד (מיעוט) מתבסס על שתי מסורות (קיבל משני רבותיו) ושני אנשים (רוב) מתבססים על מסורת אחת (קיבלו מאותו רב) הפוכה, הדעה שתתקבל היא זו של האחד שמתבסס על שתי מסורות.
* כשאין מסורת ואין רוב – הולכים אחרי חכם הגדול בחכמה ובמניין (לפי מספר תלמידים). אם יש 2 שווים מכריעים כדעה המחמירה.

ברייתא עבודה זרה:

**אדם ששאל רב וקיבל תשובה – לא ישאל רב אחר** (כדי למנוע מצב שאדם שואל עד שמוצא את התשובה שהוא רוצה). אך, אם הוא שאל מראש כמה חכמים שנתנו תשובות שונות ואין רוב (כלומר לא ניתן להכריע ע"פ רוב כמותי), אז מכריעים לפני רוב איכותי – **החכם הגדול יותר בחכמה ובמניין** (לפי מספר תלמידים). אם **החכמים שווים** – פועלים כדעת המחמיר. ר' יהושע בן קרחה טוען שבדיני תורה יש להחמיר, ובדיני דרבנן ניתן להקל.

**תוקפו המחייב של התלמוד**

מרגע שבטלה הסנהדרין – אין עוד גוף ריכוזי שיכול לרכז את כל השאלות של העם ולהכריע, והעם מפוזר בגלויות שונות. אם ההלכה הוכרעה במשנה או בתלמוד – היא המחייבת.

**יש שתי גישות בנוגע למקור כוחו המיוחד של התלמוד:**

1. הסכמה:
* **הרמב"ם:** חכמי ישראל בדור שאחרי התלמוד קיבלו אותו כמחייב (זו גם הסיבה לכך שחכמי הגמרא קיבלו את הכרעת המשנה כמחייבת ולא חלקו על תנאים). כלומר, **כוחו של התלמוד אינו מחייב מהמציאות, אלא הגיע מתוך הסכמה**. יש טענה שהרמב"ם מדבר פה על תקנות של חכמי התלמוד שפשטו בכל ישראל, ולא להכרעות של התלמוד עצמו. אך יש מקורות נוספים שסבורים שמעמדו של התלמוד נובע מהסכמת החכמים לקבלו כמחייב.
* **רבי יוסף קארו, הכסף משנה:** מיום חתימת המשנה חכמי הדור החליטו שדורות אחרונים לא יחלקו על הדורות הקודמים, וכך קרה גם בחתימת הגמרא.
* **הר"ן, הדרוש ה12:** התוקף המיוחד של התלמוד נובע מכך ש**רוב חכמי ישראל קיבלו אותו**.
1. פערי חוכמה וידע בין הדורות:
* **החזון איש:** הכרה של החכמים המאוחרים בעוצמת הפער בין חכמי התלמוד לחכמים המאוחרים יותר. "ירידת הדורות" – **הדורות המאוחרים לא יכולים לחלוק על הדור הגדול מהם** שוודאי הבין וידע טוב יותר. כך גם האמוראים לא חולקים על התנאים בגלל הפער ביניהם – ודאי ש**האמת עם התנאים**, שקדמו להם והיו חכמים יותר.

**מעמד התלמוד:** נוצר ע"י האמוראים והינו **מחייב**.

* **אמורא לא יכול לחלוק על תנא**.
* **לא ניתן לחלוק על מה שנפסק בתלמוד** ע"י פרשן מאוחר.

**כיצד ניתן לחלוק על מה שנאמר אחרי התלמוד?**

הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה:

חלק מהתוקף של תקנה/כלל/מנהג הוא שהציבור קיבל אותם על עצמו. **התלמוד נכתב כשבבל הייתה מרכז רוחני עולמי בו נכתבו כל פסקי ההלכה** – הקביעות בתלמוד חייבו את כל העם והם קיבל את סמכותו עליו. לאחר התלמוד, התפזר המרכז לכמה מרכזים שונים, אשר פסקו באופן שונה אחד מהשני. משום שלא ניתן לכפות על מחוז מסוים לפעול כפסיקת מחוז אחר, ניתן לחלוק על מה שנאמר אחרי התלמוד, ואין משקל לסדר הכרונולוגי של הדורות. **התוקף של התלמוד נובע מההסכמה הקולקטיבית של עם ישראל לקבל אותו על עצמו ולא כי הם הדור הקדום**.

רמב"ם הלכות ממרים:

בית דין מאוחר יכול לחלוק על בית דין שקדם לו.

כסף משנה (פירוש על הרמב"ם), ממרים:

עולה השאלה – אם הרמב"ם אמר שבית דין מאוחר יכול לחלוק על בית דין שקדם לו, למה מקובל שאמורא לא יכול לחלוק על תנא (הדור שלפניו)?

התשובה – עקרונית, מותר לאמורא לחלוק על תנא. אך, **מיום חתימת המשנה עם ישראל קיבל על עצמו שדורות אחרונים לא חולקים על ראשונים**, וכך גם בחתימת הגמרא – **האמוראים החליטו שהם מקבלים את המשנה בלי לחלוק עליה** (חשבו שהתנאים גדולים מהם, וכן על מנת לבצע סדר בהלכה). הסיבה שלא ניתן לחלוק על תנאים ואמוראים היא כי עם ישראל קיבלו זאת על עצמם.

הערות החזון איש:

חולק על הרמב"ם – תנאים ואמוראים מחייבים לא בגלל שהעם קיבל אותם, אלא **קבלת הדברים היא בלית ברירה בשל רמתם הפחותה של האמוראים ביחס לתנאים** – פער ידע בין הדורות.

**ככל שהעניין הוכרע במשנה או בתלמוד** – **ההלכה תהיה כפי הכרעה זו**.

**כללי פסיקה והכרעה נוספים**

כיצד ניתן להכריע בשאלות שלא הוכרעו או שלא נדונו בתלמוד?

1. **הלכה כסתם משנה**: כאשר יש מחלוקת במשנה, דעה אחת מצוינת ללא שם החכם, ודעה אחרת מובאת בשם תנא: ההלכה נקבעת כדעה האנונימית – מניחים שהיא מקובלת על רוב החכמים ולכן לא צוינה בשם.
2. **יחיד ורבים**: הלכה כרבים. כלל שמיישם את עקרון "הלכה על פי רוב".
3. **דינים**: דיני תורה – מחמירים. דיני דרבנן – מקילים.
4. **כללי פסיקה שמיים**: כללים שונים למחלוקת בין שני חכמים ספציפיים. לדוג', ר' ישמעאל ור' עקיבא – הלכה כר' עקיבא. אביי ורבא – הלכה כרבא.
5. **התנגשות בין הכללים**: יש לקבוע את ההיררכיה ביניהם. לכל כלל יש חריגים. מלאכת הפסיקה אינה טכנית, אלא דורשת ידע ושיקול דעת.
6. **הלכה כבתראי**: הלכה כחכם המאוחר יותר.

**שיעור 6 – הלכתא כבתראי**

במקום בו יש מחלוקת בין פוסקים מוקדמים ובין פוסקים מאוחרים, למי יש לתת עדיפות?

* **הלכתה כבתראי:** כלל לפיו, בפסיקה בין דברי הלכה נעדיף את דברי האחרונים על דברי קודמיהם, מתוך הנחה שהאחרונים הכירו את דברי קודמיהם, ואם פסקו אחרת – זה בכוונה.
* **ירידת הדורות:** מאחר שההלכה מתבססת הרבה על מסורת שעוברת מדור לדור, אפשר להגיד שככל שהולכים אחורה בזמן המסורת יותר מקורית ולכן יש יותר משקל לפוסק מוקדם.

**התומכים בהלכה כבתראי:**

סדר תנאים ואמוראים:

הופעה לראשונה של הכלל "הלכתא כבתראי". בכל מקום ששני תנאים או אמוראים חלוקים, ולא נאמרה הלכה לא ככזה ולא ככזה:

* עד תקופת רבא: הכלל היה שמעדיפים את החכם המוקדם. כאשר ישנה מחלוקת בין רב לתלמידו – מכריעים ע"פ הרב (כדעת החכם המוקדם יותר מבחינת זמן).
* החל מתקופת רבא: הכלל הוא להעדיף את החכם המאוחר. כאשר ישנה מחלוקת בין אמוראים – פוסקים לפי המאוחר, אפילו אם מדובר בתלמיד נגד רבו.
* בעצם, מחלקים לשתי תקופות. עד תקופת רבא (הדור הרביעי של האמוראים) – ההלכה כדעת המוקדם יותר. **מתקופת רבא ואילך – ההכרעה כדעת המאוחר יותר, כלומר "הלכה כבתראי"**.

שו״ת מהרי״ק:

למה פוסקים לפי המאוחר? מכיוון שהפוסק המאוחר מכיר את דבריו של הפוסק המוקדם וחולק עליהם במודע, ואילו הפוסק המוקדם מכיר את דבריו בלבד. מקובל כי במחלוקת בין התלמוד הבבלי לירושלמי פוסקים לפי הבבלי, מכיוון שהוא נחתם מאוחר יותר כרונולוגית, ולכן אם יש סתירה אז היא במכוון ובמודע. **היתרון של הפוסק המאוחר הוא שהוא מכיר את שיקוליו של המוקדם, ואם לא הכריע כדבריו זה נובע מסיבה מכוונת**.

לסיכום, משום שהמאוחר רואה את כלל הדברים ופוסק מתוכם, **נעדיף להכריע לפיו**. אולם, **אם דברי הפוסק המוקדם לא היו מוכרים לפוסק המאוחר – אין להעדיף את המאוחר**, כי ההעדפה מתבססת על זה שהמאוחר הכיר את המוקדם וחלק עליו מסיבה מסוימת.

למה כלל זה אינו חל על התקופה שלפני אביי ורבא? עד ימיהם תלמידים קיבלו את דברי הרבנים מבלי לחלוק עליהם ובעיקר עסקו בשינון שלהם. אולם אחריהם, **החלו התלמידים ללמוד את כל הדעות ולכן הוכרעה הלכה בצורה יותר ברורה ע"פ יותר מקורות**. בתקופת השינון – נעדיף את דעת המוקדם, שוודאי גרסתו קרובה יותר למקור. אך לאחר השינוי בסדרי הלימוד, לחכם המאוחר יותר היה לימוד מעמיק ונרחב יותר, והוא הכיר את דברי החכם המוקדם, ועוד מקורות רבים ובכך ההלכה נלמדה בדרך יותר מעמיקה. לכן, אם חלק על המוקדם – כנראה זה בכוונה.

שו״ת מהרי"ק סימן צ"ד:

הסיבה ל"הלכתא כבתראי" היא **הידע המצטבר**. במקרה שהפוסק המאוחר לא ראה את דברי מי שקדם לו, או כאשר דברי המוקדם לא ידועים – אין העדפה לפוסק המאוחר, שאולי אם היה מכיר את דברי המוקדם, לא היה חולק. כשאין ידע מצטבר אין עדיפות לפוסק המאוחר.

הרמ"א, חושן משפט:

כל מקום בו דברי הראשונים כתובים ומפורסמים, והאחרונים חולקים עליהם – **הלכה כאחרונים, בתנאי שהפוסק המאוחר ראה את דברי הקודם לו**. מאמץ את "הלכתא כבתראי". אולם, אם דברי הראשונים לא כתובים, והמאוחרים חולקים עליו – אין סיבה לפסוק כפי המאוחרים, הרי ייתכן שהם לא הכירו את הראשון, ואם היו מכירים – היו חוזרים בהם.

שו״ת הרי״ד:

משל הננס והענק: מציג את העמדה לפיה **המוקדמים חכמים יותר, אך יתרון האחרונים הוא הידע המצטבר**. הענק רואה למרחק רב יותר מהננס שכן הוא גבוה יותר, אך אם הננס יעמוד על גב הענק, הוא זה שיראה טוב יותר. כך גם האחרונים הם ננסים על גבי ענקים ולכן יש להעדיפם, שכן **הם רואים את כלל הדעות ויכולים לפסוק בצורה טובה יותר** – ידע מצטבר עדיף.

הכלל: אם הרי"ד נתקל בעמדה שהוא חולק עליה הוא מביע את עמדתו לגביה, ללא תלות במי אמר אותה.

**התומכים בדיון בכל מקרה לגופו:**

הקדמת הרמב״ם למשנה תורה:

**אין לתת עדיפות לפוסקים מאוחרים** על מוקדמים, אלא לדון בכל מקרה לגופו.

**התומכים בהעדפת הראשונים:**

שו״ת מהר״ם אלאשקר:

חולק על המהרי"ק. לדעתו, **הכלל "הלכה כבתראי" תקף רק ביחס לחכמי התלמוד**. לא ייתכן שהגאונים קבעו מראש כלל נצחי שמעדיף את האחרונים – מבלי שהכירו אותם. יש לתת עדיפות לדברי פוסקים מוקדמים שהיו בקיאים וחכמים יותר. כלומר, מחלק לשתי תקופות – בתקופת התלמוד הכלל חל, אולם מסוף תקופת התלמוד הכלל לא חל, אלא הלכה כמוקדמים יותר.

מהר"ם חביב, גט פשוט, כללים:

לדעתו, גם המהרי"ק התכוון לתת קדימות רק לאחרונים בעלי ידע נרחב, ששווים בידע שלהם לראשונים. **יש לנהוג ע"פ כלל "הלכה כבתראי" בתנאי שהפוסק המאוחר שווה ערך לפוסק המוקדם**. פוסק יהיה שווה ערך לקודמו אם כתב חיבור המקיף את כל התלמוד/ספרו התפרסם באותה המידה וכו'.
הגבלה: לא מקיימים את הכלל אם קשה להוכיח שהאחרונים זהים ברמתם לראשונים.

**אשכנזים נטו לאמץ את הכלל "הלכה כבתראי", ואילו הספרדים נטו להעדיף את הראשונים**.ביטוי למחלוקת זו ניתן לראות בוויכוח בין ר' יוסף קארו לבין הרמ"א:

שולחן ערוך – ר' יוסף קארו:

**אינו מקבל את הכלל "הלכה כבתראי"** – הוא מתעלם מהפוסקים שבין הרמב"ם לרא"ש, ובין הרא"ש לימיו של ר' יוסף קארו. במקום לפסוק על פי האחרון, פוסק על פי הרוב מ"שלושת עמודי ההוראה".

* כתב את הספר משום שהאמין שלא כל אדם רגיל יכול לדון בכל שאלה, ולכן יש ליצור ספר הלכה מאגד חדש (במקום הרבה ספרים קודמים לו). **החליט להכריע בין הדעות בשביל ליצור הלכה אחידה**.
* האידיאל הוא ללמוד את הנושא ואת כל דברי הראשונים והאחרונים, וכך להכריע. אולם אין בידו לעשות כן כי החומר עצום.
* לכן, קובע "משוואת פסיקה": ע"פ דעת שלושת גדולי הדורות (שלושת עמודי הוראה): הרי"ף, הרא"ש ורמב"ם:
* אם כולם הסכימו – פוסק כמותם.
* אם יש מחלוקת של שניים מול אחד – פוסק כרוב (בד"כ הרמב"ם והרי"ף מול הרא"ש, ולכן בד"כ יפסוק לפיהם).
* אם לכל פוסק יש דעה אחרת או אם מדובר בסוגייה שלא דנו בה – יפסוק לפי חכמים מקובלים אחרים שדנו בנושא (מציין את הרמב"ן, הרשב"א, הר"ן, המרדכי וסמ"ג).

הקדמת הרמ"א לדרכי משה:

שיטת הפסיקה של הבית יוסף סותרת את הכלל "הלכה כבתראי". **הרמ"א מאמץ את הכלל "הלכה כבתראי"**, ולכן נוצר פער בין ההלכה של הרמ"א להלכה של השולחן ערוך. הרמ"א קיבל את "הלכתא כבתראי" מרבו, שסרב לכתוב ספר פסיקה מכיוון שהיה צנועה, ולא רצה שכולם יסמכו עליו בתור פוסק מאוחר. הרמ"א נאלץ להתאים את השולחן ערוך לפסיקה האשכנזית שהולכת ע"פ הלכתא כבתראי.

האם כלל "הלכתא כבתראי" תקף גם לאחר מחלוקות מאוחרות יותר?

* **סיבה להעדפת הראשונים:** תפיסה של ירידת הדורות, הראשונים היו גדולים יותר והיו קרובים למסורת.
* **סיבה להעדפת האחרונים:** האחרונים ראו את נימוקי הראשונים, התעמקו בדבריהם וסתרו אותם. ייתכן שהראשונים היו מסכימים איתם אם היו חיים בתקופה זו. מכאן, גם מי שמעניק העדפה לאחרונים מעניק זאת בתנאי שהאחרונים ראו את דברי קודמיהם.

**שיעור 7 – סוגיית תקדים**

תקדים הינו פסיקת ביהמ"ש בנושא ספציפי. השאלה שעולה הינה עד כמה תקדים הלכתי מחייב?

במשפט הישראלי: תקדים ביהמ"ש העליון מחייב את הערכאות הנמוכות יותר, אך העליון יכול לסטות מתקדים שקבע. פסיקה של מחוזי אינה מחייבת, אך היא מנחה את בתי המשפט האחרים.

יתרונות התקדים: וודאות, יציבות, אחידות בפסיקה, מתנה מדיניות חברתית.

חסרונות התקדים: מצמצם את שיקול הדעת של השופט, מנציח טעויות, הופך את השופט למעין מחוקק, לא תוכל להיות התחשבות קונקרטית בנושא מסוים, אשר מאפשרת הכנסת שיקולים חיצוניים.

**נקודת המוצא היא שבמשפט עברי, תקדים אינו מחייב**. בהלכה אין מושג תקדים מחייב (פוסק מאוחר יכול לחלוק על קודמיו) כדי להעניק חופש שיפוט לדיין, **אך אין זה אומר שלתקדים אין מעמד**.

כלל יסוד: אין לדיין אלא מה שעיניו רואות – **לדיין יש חופש פעולה בבואו להכריע את הדין**. כך גם בית דין אזורי למשל לא כפוף לפסיקה של בית הדין הגדול. יחד עם זאת, **התקדים הוא חלק מהכלים והחומרים שיש לפני הפוסק והוא יכול להשתמש בו**. מידת השימוש משתנה.

**נימוקים לשלילת עקרון התקדים המחייב:**

* הניסיון להשוות בין מקרים שונים, להקיש ממקרה למקרה, עלול להוביל לטעויות.
תלמוד בבלי, יבמות:
דורש את הפסוק "רע ירוע כי ערב זר ושונא תקועים בוטח". "רעה אחר רעה" תגיע בגלל "תוקע עצמו לדבר הלכה" – התוקע הוא דיין שבא לפניו דין, והוא פוסק מתוך דימוי דבר לדבר, מקדיש על דעת עצמו, ולא מתייעץ עם רבו. **יש סכנה בהיקש מתקדימים** – **עדיף שהדיין יתייעץ עם רבו במקרה הקונקרטי**, ולא יעשה היקשים על דעת עצמו.

רמב"ם סנהדרין כ, ח:

**בעד פסיקה קונקרטית**. דיין שפוסק על פי תקדים – השוואה של המקרה לפסק דין דומה – מבלי להתייעץ עם חכם – שוגה, כיוון שדימוי מקרה למקרה יכול להוליד טעויות בדין (הנסיבות שונות). **השוואת מקרים היא שלילית ועלולה להוביל לטעויות**.

* "אין לדיין אלא מה שעיניו רואות" – עצמאות הפסיקה של הדיין לפי הבנתו ושיקול דעתו.
תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא:

**אין לבטל פס"ד שנראה שגוי** אלא לשאול את מי שנתן אותו, כדי שיעמוד על הדבר. רבא אמר לר' פפא ור' הונא (תלמידיו) שלא יבטלו פסקי דין שלו שנראים להם כשגויים, עד שיסביר להם מדוע פסק כך. **אם קיימת טעות, יעמוד על טעמה, ואם אין טעם יבטל פסיקתו**. לאחר מותו אין לבטל את פסק הדין, אך מצד שני גם **אין ללמוד ממנו למקרים הבאים,** **כי** **אין לדיין אלא מה שעיניו רואות** (גם כשמסביר להם את הטעם, אין זה נהפך לתקדים מחייב).
מסכת סנהדרין ו, ב:
במקרה בו הרב טוען דבר אחד ותלמידו סובר אחרת, על התלמיד להגיד את דעתו – "לא תגורו מפני איש" – לא לפחד להגיד את דעתו. רש"י מסביר ש**הדיין חייב להיות עצמאי בהכרעותיו, ולא להסתתר מאחורי דעות רבותיו מפחד שיטעה**. אין לחשוש מהאחריות הכרוכה בפסיקה, או מהעונש מה' על פסיקת טעות, כיוון ש"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות".

תוספתא סנהדרין ג, ח:
אל תגיד בשעת הדין "דיי שאראה כרבי", אלא **אמור מה שבדעתך**.

**התקדים אינו מחייב**, אך יש דעות שונות באשר למעמדו: יש פוסקים שנתנו לו מעמד מרכזי יותר, ואחרים שייחסו לו פחות חשיבות.

שו״ת מהר״ל סימן ע"ב: תמיכה בתקדים

**יש מקום לסמוך על התקדים**, והוא מקור עדיף מאשר לסמוך על ספרי הלכה, מכיוון ש**תקדים הוא הלכה למעשה** (בפועל) **ולכן הוא יותר מהימן**. ספרי ההלכה לא עוסקים במקרים ספציפיים וקונקרטיים בניגוד לתקדים. **מעניק לתקדים משקל משמעותי יותר**.

שו״ת ר׳ אברהם בן הרמב״ם: הסתייגות לתקדים

**השימוש בתקדים תלוי בנסיבות**. ראוי כי הדיין יהיה חשוף לתקדימים ויעיין בהם בפסיקתו, אך הוא אינו כפוף להם – יש שימוש לתקדימים, **על הדיין לעיין בהם, אבל לפסוק בהתאם למקרה הקונקרטי לגופו**. מדגיש את זה ש**הדיין לא כפוף לתקדים ועליו להיות עצמאי**.

סיכום: **לתקדים במשפט העברי יש תפקיד משמעותי, אך לא מחייב**. יש גישות שונות באשר למעמדו. בכל מקרה, הוא חלק מ"כלי העבודה" של הדיין.

* בספרי פסיקה: נצפה לעקביות הלכתית.
* בתקדים, במקרה קונקרטי שבא לפני הדיין: לא נצפה לעקביות, כיוון שהפסיקה תלויה בנסיבות. על הדיין לפעול כפי שעיניו רואות, כל מקרה לגופו.

**שיעור 8 – טענת "קים לי"**

קים לי = אני סבור, אני אומר.

ראינו שכאשר יש מחלוקת בשאלה מסוימת, יש דרכי הכרעה מגוונות בהן יכול לנקוט הפוסק ע"מ להכריע את הדין. אך, לא תמיד הכרעתו יכולה להתממש, בגלל **טענת "קים לי", שיכול לטעון הנתבע בענייני ממון**.

**טענת "קים לי":**כאשר קיימת דעה החולקת על פסיקת הדיין במקרה מסוים, הנתבע יכול לטעון כי הוא מצדד בדעה החולקת שפוטרת אותו מתשלום, ולכן אינו מחויב לקיים את פסק הדין (כלומר, לשלם את חובו).

אפילו שביה"ד סבור שהדעה הנכונה היא זו שמחייבת את הנתבע – **הוא לא יכול להכריח אותו לשלם אם הנתבע הולך לפי השיטה שמזכה אותו**. טענת קים לי לא נוגעת לשאלות עובדתיות, אלא **רק לשאלה הלכתית-משפטית**, אודותיה יש ריבוי דעות.

טענת קים לי עומדת רק לזכות הנתבע, אך לא לתובע – התובע לא יכול להוציא מהנתבע כסף בשימוש בטענת "קים לי".

מהרי"ק:

הראשון שהתייחס לאפשרות של טענת קים לי. **מצמצם את טענת קים לי לענייני ממונות בלבד** (ולא איסורים). בכפוף לסייג: **לא ניתן לטעון קים לי בדעת יחיד מול רבים**.

**הטעמים לטענת "קים לי":**

1. **המחלוקת יוצרת ספק בדין:** טענה זו יוצרת ספק בדין שכן, היא מציגה אפשרות להבנה אחרת של המצב שהיא לא כדעת ביה"ד. מאחר שהנתבע מעלה את טענת הספק הדיין לא יכול להכריע כעמדה הנוגדת. ניתן לקשר זאת גם לעקרון "המוציא מחברו עליו הראיה" שקובע כי מי שמעוניין לשנות את המצב הקיים הוא שצריך להוכיח ולהביא ראיות חד משמעיות לצדקתו. אם יש דעה סותרת – ההוכחה אינה חד משמעית, והתובע צריך לסתור אותה ע"מ שיוכל להוציא ממון מהנתבע. השוני הוא שטענת "קים לי" נוגעת למחלוקת הלכתית, ואילו "המוציא מחברו" נוגע למחלוקת עובדתית.
2. **לשאלה משפטית אין בהכרח תשובה אחת נכונה:** יכולות להיות תשובות שונות ולגיטימיות, אשר אף אחת מהן איננה טעות. לביה"ד אין ספק בעמדתו, אך הנתבע סבור אחרת וגם עמדתו לגיטימית, ולא ניתן לחייב אותו בניגוד לעמדה מאחוריה הוא עומד.

האם ביה״ד יכול לעלות מיוזמתו טענת קים לי עבור הנתבע?

לפי ההסבר הראשון – **כן**. לפי ההסבר השני – **לא**, כי ביה"ד יכול לקבוע מה נכון לדעתו ולא צריך לטעון עבור הנתבע טענת קים לי.

**הקושי בטענת קים לי:**

אורים ותומים חושן משפט:

ברוב המקרים בדיני ממונות ישנה מחלוקת. **אם מקבלים את טענת "קים לי" אין טעם לתבוע כי תמיד הנתבע ימצא פרצה של דעה שטוענת הפוך, וישאיר את הרכוש אצלו**. טענת קים לי יכולה להפוך את התורה להפקר. "לשווא עמלו בונים": אין טעם לעבודת בתי הדין והחכמים.
לכן, **האורים ותומים מצמצם את טענת קים לי** – אם יש עמדה שמוסכמת על השולחן ערוך (ר' יוסף קארו) ועל הרמ"א, ושניהם לא הזכירו דעה חולקת – **לא ניתן לטעון קים לי**.
רק אם השו"ע והרמ"א חולקים זה על זה, או ששניהם לא דנו בסוגיה – **ניתן לטעון קים לי**.
הסיבה: השו"ע והרמ"א **הפך למחייב** בכל ישראל ולכן **הוא הקובע**.

שו"ת רדב"ז:

מצמצם את השימוש בטענת קים לי וקובע מגבלות בנוגע לשימוש בטענה:

* לא ניתן לטעון קים לי **אם העמדה הנוגדת היא של הרב המקובל באותו מקום**.
* לא ניתן לטעון קים לי **כעמדה הנוגדת מנהג ברור שנהוג באותו מקום**.
* לא ניתן לטעון קים לי **כפוסק יחיד מול פוסקים רבים** (עמדה שיש נגדה רוב ברור).
* במחלוקת של יחיד נגד יחיד – לא ניתן לטעון קים לי **כאשר מדובר בפוסק יחיד שרמתו פחותה מפוסק יחיד שרמתו גבוהה יותר** (ניתן לטעון רק אם העמדות נאמרו ע"י חכמים ששווים במעמדם).
* במחלוקת של יחיד נגד יחיד, בעלי רמה זהה, אך **רק אחד התפרסם** (פסיקותיו וכתביו נודעו לציבור) – **לא ניתן לטעון** **כנגד המפורסם**.

פוסקים יחידים צריכים להיות שווים בחוכמה ובפרסום:

* לא ניתן לטעון טענת קים לי אם הדיין שישב והכריע בדין הוא **מומחה לרבים** – **דיין מומחה שמקובל על הציבור**.
* **הצורך בעקביות** – ברגע שאימצת עמדה מסוימת בטענת קים לי, **עלייך לדבוק בה ולא ניתן לשנות את העמדה בהתאם לעמדה הנוחה ביותר**. לא ניתן לטעון באותו דיון "קים לי" כפוסק א' בשאלה אחת, ו"קים לי" כפוסק ב', בניגוד לפוסק א', בשאלה אחרת. ההסבר לכך הוא כי זו התנהגות בחוסר תום לב המראה שלא פוסק מסוים חשוב לטוען, אלא ניסיון לזכות בדין. אך, ניתן לטעון קים לי לפי פוסקים שונים אם מדובר בדיונים שונים.

הרדב"ז מסביר שקבע את כל הכללים האלו, מכיוון שאם לא נצמצם באופן משמעותי את טענת "קים לי", **ריבוי המחלוקות יוביל לכך שלא ניתן יהיה להוציא ממון מאף נתבע**. זה עלול לעודד גזל – קיפוח זכויות של אחרים, כי לא תהיה הרתעה לכך, כל נתבע ימצא דעה שתוכיח שהוא יכול להשאיר את הממון אצלו.

שו״ת הלכות קטנות:

1. לא ניתן לטעון טענת קים לי בביה"ד הגדול בירושלים. **מתנגד לחלוטין לקים לי**, כי **אם יקבלו אותה יתבטל עם השנים כל המשפט העברי**, כל ספר חושן משפט של בעל הטורים שמלא במחלוקות, וגם כל דיני הגמרא שמלאים במחלוקות יתבטלו.
2. ביה"ד לא יכול להעלות טענת קים לי, אלא רק הנתבע.

**הקשיים בטענת קים לי:**

* פוגעת בתפקיד ביה"ד: טענת קים לי מפריעה לו בתפקידו לפסוק את הדין ומשתקת את ביה"ד.
* יכולה להיות מסוכנת למשפט: כל אחד שיפסקו לו חיוב יחפש טענת קים לי ויתחמק.
* יכולה לתת לגיטימציה לגניבה/אי-השבה: המחזיק בנכס שלא כדין יסתמך על כך שימצא טענת קים לי, אם ייפסק שהנכס לא שלו.
* הרחבה יתר על המידה: בשלב מסוים, עצם ההכרה בטענה יוביל לשימוש נרחב בה.

לסיכום, טענת קים לי **יצרה קושי רב ופוסקים שונים ניסו לבטל או להגביל אותה**. עם זאת, עד היום חלק מבתי הדין שדנים בענייני ממונות ע"פ ההלכה (ונחשבים כבוררים מכוח החוק הישראלי), **מוכנים לקבל טענת "קים לי" בנסיבות מסוימות**.

**שיעור 9 – סמכות חכמים כמחוקקים**

תקנה = תקנות דתיות או ממוניות. גזרה = איסור.

עד כה למדנו שהמקור לחובת ציות לחכמים בנושאי פרשנות הוא מהפתגם "לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל". נשאלת השאלה מהו המקור לחובת ציות לתקנות ולגזרות אותן קובעים חכמים?

**המקורות לסמכות החכמים:**

שבת כה, ב: המקור לברכה לגבי מצוות שאינן מהתורה:

כאשר אדם מקיים מצוות עשה, הוא מברך: "אשר קידשנו במצוותיו וציוונו".

השאלה: כאשר אדם מקיים מצוות הדלקת נר חנוכה, עליו לברך "ברוך אתה ה' אלוקינו מלך העולם **אשר קידשנו במצוותיו וציוונו** להדליק נר של חנוכה". עם זאת, מצוות נרות חנוכה לא מופיעה בתורה, אלא **נקבעה על ידי חז"ל (חכמים)**. ולכן ישנה בעיה לברך, משום שהברכה היא כאמור "אשר ציוונו במצוותיו", והרי ה' לא ציווה במפורש לחגוג את חג החנוכה.

אז היכן ה' ציווה אותנו?

* רבי אויא: **"לא תסור"** – למדנו שזהו המקור לחיוב לציית לפרשנות חכמים. לפי דעה זו, הוא מקור גם לחובת הציות לתקנות. ה' ציווה לקיים את תקנות החכמים, ומכאן שקיום תקנות של חכמים הוא ציווי עקיף של ה' – כמו תקנת הדלקת הנרות בחנוכה.
* ר' נחמיה: **"שאל אביך ויגדך..."** – על עם ישראל לשמוע לדברי החכמים (מקור חלש יותר מאחר ולא תסור נוגע להלכה באופן ישיר).
* הקדמת הרמב"ם למשנה תורה: **"לא תסור"** – יש לקיים את מצוות החכמים, כקיום עקיף של מצוות ה'. כדי שתקנת חכמים תקבל תוקף היא צריכה להתפשט בכל העם. אם לא התפשטה בכל העם, המחויבות כלפיה נמוכה יותר.
* השגות הרמב"ן לספר המצוות שורש א: **חולק על הרמב"ם** – "לא תסור" מתייחס רק לפרשנות חכמים. אם נגיד שהמקור הוא "לא תסור" נהפוך את תקנות חכמים למצוות מהתורה – דבר שלא מתקבל על הדעת. המקור על פיו הוא **"שאל אביך ויגדך..."** – זוהי מצווה לשמוע בקול חכמים. תזכורת: לפי הרמב"ן, כל עוד לא אמרו אחרת – הלכה היא מהתורה. רק אם אמרו במפורש שהיא מחכמים, אז היא מחכמים.

**כיצד רשאים חכמים להוסיף או לגרוע מהוראות התורה?**

דברים פרק ד, ב:

"**לא תוסיפו** על הדבר אשר אנוכי מצוה אתכם **ולא תגרעו** ממנו לשמור את מצוות ה' אשר אנכי מצוה אתכם" – אסור להוסיף או לגרוע ממצוות התורה. עצם הסמכות של חכמים להוסיף מצוות, גזירות ותקנות מעורר קושי. כיצד הם רשאים לעשות זאת?

* רש"י על דברים, פרק ד, ב: **אסור להוסיף/לגרוע חלקים** מתוך מצווה קיימת, אבל מותר להוסיף או לגרוע מצווה שלמה חדשה.
* הכוזרי – מאמר שלישי: **האיסור להוסיף/לגרוע ניתן לאדם הפשוט, שלא יוסיף מצוות על דעת עצמו**. לחכמים, כהנים ונביאים יש את שיקול הדעת והסמכות להוסיף ולגרוע. האיסור מופנה לאדם הפשוט.
* הרשב"א, ראש השנה טז א: **האיסור להוסיף מופנה לאדם הפרטי, אך לא מתייחס לחכמים**. לחכמים מותר להוסיף מצוות, איסורים או תקנות. לדוגמא, כהן לא יכול להוסיף מילים לברכת כהנים על דעת עצמו. הוא לא יכול להוסיף או לגרוע, אבל החכם יכול לעשות זאת עבורו (שילוב בין רש"י לכוזרי).
* הרמב"ם, הלכות ממרים ב: **מותר לחכמים להוסיף, אך עליהם להדגיש כי התוספת אינה מהתורה אלא מהם, מחכמים**. דוגמת גדי בחלב אימו – אם החכם היה אומר כי התורה אוסרת אכילת עוף בחלב, זה מייחס את התוספת לתורה וזה אסור. יש לומר כי התורה אינה אוסרת זאת, אך החכמים כן. חכמים אסרו אכילת עוף בחלב כסייג, כדי שלא יגיעו לאכילת גדי בחלב אימו. אם קובעים את הסייג ומבהירים שמקור האיסור הוא בדברי חכמים, זה אפשרי ואף רצוי.

**גבולות סמכות חכמים כמחוקקים – עקירת דבר מן התורה**

כאשר חכמים מוסיפים מצווה או איסור אין התנגשות עם מצוות התורה. הקושי מתעורר כאשר חכמים מבקשים להתקין תקנה שסותרת דין תורה. כלומר, להורות על ביטול של מצוות עשה, או להתיר מצוות לא תעשה.

הכלל: **החכמים רשאים לעקור דבר מן התורה, בשב ואל תעשה ואינם רשאים לעקור דבר מן התורה, בקום ועשה, אלא במקרים חריגים**.

הסבר: **החכמים רשאים לעקור דבר מן התורה, בשב ואל תעשה** – החכמים רשאים להורות לאדם לא לעשות דבר שהתורה הורתה לו לעשות, כלומר לבטל מצוות עשה. הם יעשו זאת **רק במקרים מיוחדים שקשורים בחיזוק שמירת ההלכה**. לדוגמא – לפי התורה, מצוות לולב ושופר חלות גם בשבת. חכמים אמרו כי הן לא חלות בשבת, משום שהן עלולות לגרור מעשי חילול אחרים ולכן, ביטלו מצוות עשה.

לפי חלק מהראשונים, הסמכות לבטל מצוות עשה מותנת בכך שלא מדובר על ביטול מוחלט, אלא חלקי. כלומר, לא מבטלים את מצוות השופר באופן כולל, אלא רק כאשר ראש השנה חל בשבת.

**החכמים אינם רשאים לעקור דבר מן התורה, בקום ועשה, אלא במקרים חריגים** – לחכמים אסור להורות לאדם לעשות דבר שהתורה הורתה לו לא לעשות, כלומר ביטול מצוות לא תעשה, אלא במקרים חריגים. כשמאפשרים או מורים על ביצוע עבירה, היינו אישור של מצווה שאסור לעשות, זהו האתגר המשמעותי יותר, ולכן אפשרי רק במקרים חריגים.

**החריגים לביטול מצוות אל תעשה:**

1. **הפקר בית דין הפקר:** בית הדין יכול להפקיר רכוש כאמצעי ענישה.

תוספתא שקלים א, ג:

שדות כלאיים הם שדות בהם גדלים גידולי כלאיים (2 זנים מסוימים יחד), דבר שאסור מן התורה. אולם, האיסור עוסק בגידול אך לא באכילה של יבול שגדל כך. זה גרם לכך שאנשים רבים לא הקפידו על איסור הגידול. לכן, באמצע חודש אדר שלוחי ביה"ד היו סוקרים את השדות ע"מ לאתר שדות בהם יש כלאיים, ושדות כאלו היו מופקעים. כלומר, לבעלים אין יותר זכות על השדה וכל אחד רשאי לקחת את התוצרת. זהו מעין **קנס למי שעבר על דין התורה**. **זהו המקור הראשון בו בית הדין מפקיר ממון, והשתמש בכלי ההפקר כמקור עונשי**. חכמים מתירים איסור גזל על מנת להרתיע חקלאים מלזרוע כלאיים.

התלמוד מחפש מקור לזכות חכמים להפקיע את רכושו של אדם:

בבלי מסכת יבמות פט, ב:

הסוגייה מציעה 2 מקורות לסמכות להפקיר רכוש של אדם:

* ספר עזרא: "כל אשר לא יבא לשלושת הימים כעצת השרים והזקנים, יחרם כל רכושו" – **איימו בהחרמת רכוש למי שלא יגיע לאספה**. כלומר, **לביה"ד יש סמכות להפקיע רכוש**.
* ספר יהושע: "וראשי האבות למטות בני ישראל" – למה צריך גם את ראשי האבות וגם ראשי המטות? היקש בין אבות לראשי המטות (השבטים): כמו שאבא יכול לחלק את רכושו לבניו כפי שיחפוץ, כך גם המנהיגים. **ביה"ד רשאי להחליט על רכוש העם ולחלקו כפי שיחפוץ, ובתוך זה גם להפקיע ממון**.
1. **הוראת שעה:** נסיבות בהן ראוי לעבור עבירה על מנת לקיים מצוות בהמשך.

רמב״ם ממרים ב, ד:

* חכמים בדור מאוחר יכולים לבטל תקנת חכמים מדור קודם דרך הוראת שעה (מזכיר את "חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה"). **ניתן לעבור על משהו באופן נקודתי, למען חיזוק השמירה על הדת**.
* אפילו דברי תורה אפשר להפר בהוראת שעה.
* בהוראת שעה ניתן לבטל מצוות עשה וגם מצוות לא תעשה.
* דגש על כך שהכול נעשה כהוראת שעה ולא כקביעה לדורות.
* דוגמא – קיים איסור לכתוב את התורה שבע"פ, אך עד ימינו חל כהוראת שעה היתר על כך (לאור ירידת הדורות והחשש משכחת התורה). ההיתר הזה נמשך מעל לאלפיים שנה, אך מבחינה רעיונות זו הוראת שעה שנובעת מאילוץ דתי.

מסכת יבמות צ' ע"ב:

המקור בו מופיעה סמכות חכמים להורות לעבור על מצוות "לא תעשה" בהוראת שעה.
הסיפור של אליהו בהר הכרמל – אליהו הנביא עובר על איסור במות (קורבן מחוץ לבית המקדש) **בהוראת שעה, על מנת להחזיר את העם בתשובה**. זו הייתה הוראת שעה – מקרה רגעי בו **מותר היה לעבור על איסור לאור צורך גדול**.

1. **הוראת שעה במסגרת ענישה:**

מסכת סנהדרין מו, א:

העונשים הנפוצים הינם הענשה במוות/מלקות. הענישה הזו דורשת משפט בסנהדרין, בבית המקדש וקיום תנאי סף (שני עדים לא פסולים שראו את הנאשם תוך ביצוע העבירה והזהירו אותו שמדובר בעבירה). בפועל, קשה להגיע למצב בו הענישה מיושמת. אם ביה"ד מעניש מעבר למה שצריך הוא למעשה עובר עבירה. אך יש פה **אמירה עקרונית לפיה בי"ד רשאי להעניש גם את מי שלא מחיוב בעונש מדין תורה, אם צורכי השעה מחייבים זאת**. מובאות שתי דוגמאות:

1. עונש מוות למי שרכב על סוס בשבת – עונשו של מחלל שבת הוא סקילה, אך אין איסור תורה על רכיבה על סוס בשבת, אלא זה איסור מדברי חכמים. במקרה זה ביה"ד החליט להטיל עונש מוות על מי שרכב על סוס בשבת משום ש"השעה הייתה צריכה לכך". אולי על רקע ניסיונות היוונים להעביר את עם ישראל על דתנו, בין השאר לגרום לו לחלל שבת. בנוסף, בתוך העם היה מאבק פנימי האם ועד כמה לקבל את התרבות היוונית. אולי לכן חכמים הדגישו את החשיבות של שמירת השבת.
2. עונש מלקות לאדם שנהג שלא בצניעות וקיים יחסי מין עם אשתו במקום גלוי. לא עבר על עבירה פורמאלית ומדין תורה לא היה צריך להיענש. אך, ביה"ד פסק לו מלקות, אולי כדי לחזק את השמירה על הצניעות.

רמב״ם סנהדרין כד, ד-ט:

ביה"ד מעניש במקרים אלו על מנת לעשות סייג לתורה. צריך להיזהר עם סמכות של הוראת שעה – היא עלולה לגרום לביה"ד להיות עם אצבע קלה על ההדק. לכן, **הוא מוסיף כהרתעה לביה"ד את הצורך במחשבה על כבוד הבריות** – **על ביה"ד להיות זהיר בענישת אדם שע"פ דין אין להענישו**. **מדגיש גם את זה שמדובר בהוראת שעה, זה לא לדורות**. לדוגמא, אם מענישים מישהו למרות שאין שני עדים כפי הנדרש, זה לא מתיר ככלל להעניש ללא שני עדים, אלא רק במקרה זה, בהוראה שעה. דוגמא נוספת, אם מנדים מישהו שאינו בן נידוי לפי הדין, זה רק במקרה זה, זה לא משנה את הדין לדורות.

למעשה, לביה"ד אין סמכות להעניש כשאין בית מקדש. לכן, **כל ענישה שביה"ד מפעיל, מגיעה מכוח הוראת שעה**.

1. **הפקעת קידושין:**

כשאיש ואישה מתחתנים הדרך לפירוק הנישואים היא רק ע״י מות אחד הצדדים, מתן גט (מדין תורה) או הפקעת קידושין ע"י חכמים בנסיבות מסוימות (מסמכות חכמים כמחוקקים).

משנה גיטין ד, א-ב:

המקרה המדובר עוסק באיש ששלח לאשתו גט באמצעות שליח. דבר זה אפשרי, מאחר וגירושין היא פעולה משפטית שניתן לבצעה באמצעות שליח. כל עוד לא שלח השליח את הגט, רשאי הבעל לבטלו.

המשנה מתארת אפשרויות שונות לבעל לביטול הגט: (1) בעצמו (2) באמצעות שליח להודיע לשליח המקורי שהגט מבוטל (3) לשלוח שליח שיודיע לאישה שהגט שעתיד להגיע אליה מבוטל.

כל עוד אחת מאלו נעשו לפני השליחה, הביטול תקף. אך אם הגיע הגט, האישה מגורשת.

אפשרות נוספת שיש לבעל ובה נתמקד, היא **ביטול מרוחק –** **להגיע לבי"ד ולבטל את הגט דרכם ע"י הצהרה שהוא רוצה לבטל את הגט שנשלח**. **עקרונית לפי דין התורה דרך זו תקפה ומבטלת את הגט**. הבעיה היא שהאישה אינה יודעת שהגט מבוטל. הגט יכול להגיע לאישה וזו תחשוב שהיא מגורשת. היא עלולה להינשא ולהוליד ילדים בתום לב, ולמרות זאת ילדיה יהיו ממזרים והיא תעבור על איסור חמור של "אשת איש".

כמענה לבעיה זו, **התקין רבן גמליאל תקנה לפיה אין לעשות ביטול מרחוק** (ביטול בבי"ד), אלא רק באמצעות עצירת השליח, או הודעה מראש לאישה. **הנימוק בלשון המשנה היא משום תיקון עולם** – למנוע את הכשלת האישה ולמנוע הולדת ילדים ממזרים. בתקנה זו, רבן גמליאל בעצם מתיר לאישה, שע"פ דין נחשבת נשואה, לעבור על מצוות אל תעשה (כלומר, להתחתן עם אדם אחר ולהביא ילדים).

תלמוד בבלי, גיטין לו, א:

מחלוקת בין התנאים בנוגע למשמעות תקנת רבן גמליאל, עד כמה היא מחייבת?

* רבי יהודה הנשיא: התקנה תקפה, אין לבטל גט מרחוק. אבל, אם מישהו לא מציית לתקנה ועדיין מבטל מרחוק, הגט בטל. כלומר, התקנה חסרת שיניים, משום שאין סנקציה.
* רבן שמעון בן גמליאל: לתקנה אין סנקציה ולכן אנשים לא יצייתו לה. לדעתו, גם אם מישהו יבטל את הגט מרחוק, הביטול פשוט לא ייחשב והאישה תהיה גרושה. כלומר, נותן תוקף רחב מאוד לתקנה ומבטל דין תורה.

עמדה זו של רשב"ג יוצרת קושי. לפי דין תורה, הגט יכול להיות מבוטל מרחוק. אך לפי תקנת חכמים, לדעת רשב"ג, הגט אינו מבוטל במצב זה. למעשה, התוצאה היא שאישה שבוטל הגט שלה מרחוק, לפי דין תורה נשואה ואסורה להיות עם כל אדם אחר, בעוד לפי תקנת חכמים, האישה נחשבת כגרושה ויכולה להינשא לכל אדם. במילים אחרות, אישה שלפי דין התורה אסורה באיסור החמור של אשת איש, תהיה מותרת לפי חכמים. **חכמים בעצם מתירים דבר שהיה צריך להיות אסור מהתורה**. לשון אחרת, **התקנה עוקרת דבר מן התורה ב"קום עשה"**, מתירה את האיסור.

איך חכמים יכולים ע"י התקנה להתיר איסור אשת איש?

**גישה 1 – "כל המקדש – על דעת חכמים מקדש":** מעין פיקציה של תנאי המתלה את הקידושין בהסכמת חכמים. כשאדם מקדש אישה קיים תנאי מכללא לפיו הקידושין נעשים כל עוד החכמים מתירים זאת. לאור זאת, **חכמים יכולים לבטל את הקידושין למפרע בכל עת, כאילו לא נתנו את סמכותם לכך מעולם**. חכמים כביכול מראש לא הסכימו לנישואים, ולכן הביטול למפרע – כאילו הם לא היו נשואים מעולם והאישה יכולה להתחתן עם כל אדם. חכמים השתמשו בזה רק במקרים מיוחדים. למשל, במקרה בו הבעל פעל שלא בהגינות (קידש אישה באיומים וכו'). במצב זה, כנגד התנהגותו הבלתי סבירה של הבעל, גם חכמים משתמשים באופן חריג בסמכותם. במקרים אלו **חכמים משתמשים בסמכותם והקידושין בטלים למפרע**.

**גישה 2 –** מדובר בתנאי מתלה (הסכמת חכמים) **המאפשר לחכמים להפקיע קידושין בדיעבד**.

בתלמוד הירושלמי ובחלק מהסוגיות בתלמוד הבבלי, לא מוזכר הרעיון של התנאי המתלה, וההסבר למורכבות שהוצגה הוא **סמכותם של חכמים להפקיע קידושין בלבד**. היעדר תנאי הופך את סמכותם לחזקה עוד יותר, כיוון שהם יכולים להפקיע קידושין מכאן ולהבא, ולא רק להחשיב זאת כאילו הזוג לא היה נשוי מעולם.

הנפקות בין שתי הגישות: **האם הקידושין בטלים למפרע או מכאן ולהבא?** במקרה הראשון – הם לא התקדשו זו לזה מעולם, ואילו במקרה השני – הם היו נשואים עד לרגע בו החכמים החליטו להפקיע את הקידושין.

**סיכום:** לחכמים יש סמכות להתקין תקנות ולגזור גזרות המרחיבות איסורים, להורות שלא לקיים מצוות עשה, לאפשר או להורות לעבור על איסור במקרים מסוימים – הפקר בית דין, הוראת שעה, הוראת שעה בתחום הענישה והפקעת קידושין.

**שיעור 10 – הערמה על הדין**

הערמה = עשיית שימוש בדין כדי לעקוף דין אחר. אלו תקנות שלא מתנגשות עם דין תורה, אלא מערימות עליו. כלומר, **שימוש בכלים הלכתיים ע"מ לעקוף את ההלכה**.

**דוגמאות להערמה על הדין ע"י תקנת חכמים כללית:**

* **תקנת הפרוזבול:** לפי ההלכה, החובות שמועד פירעונם הוא בשנת השמיטה נמחקים. החובות הנמחקים הם רק חובות פרטיים, אך לא חובות לרשות הציבורית. בגלל השמיטה, אנשים לא רצו להלוות זה לזה. לכן, הלל הזקן תקן את תקנת הפרוזבול והיא יצרה סוג של פיקציה. לפי התקנה המלווה מעביר את זכויותיו כלפי הלווה אל ביה"ד, ואז החוב הופך לחוב כלפי ביה"ד ולא נשמט. אמנם, הלל תקן זאת מנימוק שלא לנעול דלת בפני לווים, כלומר כדי שהמלווים העשירים לא ימנעו מלהלוות לעניים. ברור שיש פה מעקף של הדין באמצעות ניצול פרצה ופיקציה של העברת החוב.
* **איסור ריבית:** ע"פ ההלכה אסור לגבות ריבית. חכמים יצרו דרך עוקפת לאיסור ריבית באמצעות "היתר עסקה" – הופכים הלוואה לעסק משותף. בשותפות, ניתן לראות את הכסף כחלק מהרווח ולא כריבית. ברור לכל שהאנשים לא שותפים אלא מדובר בהלוואה, אך ההערמה נועדה כדי שלא יימנעו מלהלוות אחד לשני בגלל איסור ריבית.
* **מכירת קרקע בשנת שמיטה לגוי:** בשנת שמיטה אסור לעבוד את הקרקע והדבר גורם נזק גדול לשדות וליישוב היהודי בארץ ישראל. לכן, מוכרים את השדות לגוי וכך מותר לעבוד בה, כי היא אינה שייכת ליהודי ולכן לא חייבת בשמיטה. ברור שזו מכירת פיקציה, ושבסוף השנה הגוי ימכור את הקרקע בחזרה ליהודי. הסיבה להערמה היא מניעת נזק כלכלי.

**מקרים שבהם הערמה מתאפשרת גם אם מדובר במקרה ספציפי:**

תלמוד ירושלמי, יבמות, ד, י"ב:

חקלאים מחויבים לתרום תרומה מהיבול ורק לכוהנים מותר לאכול ממנה. בתקופת רעב, ר' טרפון הכהן העשיר קידש 300 נשים כדי שיוכל לחלוק איתן את האוכל. הנישואים לא היו נישואים מלאים, אלא **פורמליים בלבד**, כי נשות כהן יכולות לאכול מהתרומה. **ההערמה כאן היא שימוש במושג המשפטי של נישואין והרווח ההלכתי הנובע ממנו, מבלי להתכוון לנישואים אמיתיים**. מדובר על פעולה פרטית שעשה תוך הערמה, וחכמים ראו זאת במקרה זה בעין יפה.

משנה מעשר עני ד, ד-ה:

כחלק מהפרשת התרומות והמעשרות אדם צריך להפריש מעשר שני בשנים מסוימות ובו יצטרך לעלות עם הפירות לירושלים ולאכלם שם. אפשרות נוספת שעומדת בפניו היא לפדות את הפירות בכסף, להוסיף חומש (שווי הפרות ועוד 20% מהשווי) ואת הכסף לקחת לירושלים.

המשנה מציגה דרכים להערים בצורה כזו שניתן לפדות את הפירות ללא הוספת חומש:

* אב שנותן לילדיו הגדולים/לעבד העברי את הכסף "במתנה" ואומר להם בכסף הזה לפדות את הפירות. כך, הבן/העבד לא חייבים להוסיף חומש, כי הפירות לא שלהם.
* אדם נותן לחברו את הפירות "במתנה" ופודה אותם בכספו. כיוון שהפירות כבר לא נחשבים שלו, הוא לא מחויב להוסיף עליהם אחוזים.

**ההערמה נחשבת הלכתית רק אם עושים את הפעולה המשפטית במלואה**. **אם עושים אותה במלואה, כלומר גם אם הכוונה להערמה ברורה – עדיין ניתן להשתמש בה**.

תלמוד בבלי, מסכת שבת:

בתורה יש כלל לפיו אסור לאדם לשחוט את הפרה והעגל שלה באותו היום. הגמרא דנה במקרה בו פרה ועגל נופלים לבור ביום טוב. הבעיה היא שהדרך היחידה לחלצם מהבור היא רק אם זה יהיה מתוך מטרה לשחוט אותם. לכן, אפשר להוציא מהבור רק אחד מהם כי אי אפשר לשחוט את שניהם באותו יום.

איך ניתן לעשות זאת למרות האיסור לשחוט את שניהם באותו יום? ר׳ יהושע מציע שהאדם יוציא אחד מהם, מתוך כוונה לשחוט את אותו אחד. אך לאחר שיחלץ אותו, הוא יתחרט ויחליט שהוא רוצה לשחוט את השני ולאכול אותו. לפיכך, הוא יוציא אותו וישחט אותו במקום. כך, הוא לא יעבור על האיסור, אך גם יחלץ את שניהם.

בניגוד למקרים הקודמים, בהם **ההערמה נבעה מטעמים כלכליים**, כאן המניע הוא מניעת צער בע״ח.

**מגבלות על היכולת להערים:**

ההערמה היא מעין **פרצה בחוק המאפשרת לעקוף אותו**. חז"ל לא שוללים הערמות מסוג זה, אך יש להקפיד על כך ש**הפעולה המשפטית תתבצע במלואה ובאופן תקין**.

פעולת ההערמה צריכה להיערך באופן תקין, לפי כל הכללים המשפטיים.

בבלי נדרים:

במשפט הישראלי, אדם יכול להחליט שהוא מגביל את עצמו (למשל, הופך לטבעוני), אך זה בינו לבין עצמו, ואין משמעות להפרה של זה. במשפט העברי, קיים מושג "נדר" בו אדם מקבל על עצמו מגבלה מסוימת, ואם יפר אותה יחשב כמי שעבר על איסור.

ראובן נדר על עצמו שלא יקבל שום טובת הנאה מחברו. ראובן נמצא במצוקה כלכלית ושמעון חברו רוצה לתת לו אוכל, אך בעקבות הנדר אסור לו. שמעון יכול לתת את האוכל במתנה לצד ג', שייתן אותו לראובן וכך הוא יוכל לאכול ממנו למרות הנדר. **ברור לכל שהמתנה פורמלית, אך היא יכולה לעקוף את האיסור כי הפעולה המשפטית מבוצעת**. **כדי שההערמה תצליח, חייבת להתלוות אליה גמירות דעת של ממש**. אחרת, אם המתנה היא רק למראית עין, היא לא תקפה.

אברהם, נדר לא להנות מהרכוש של בנו יצחק. יצחק מחתן את בנו (הנכד של אברהם). אברהם לא יכול לבוא לחתונה בעקבות הנדר. לכן, יצחק הולך לשכנו ומעביר לו את חצרו ורכושו במתנה, כך שסעודת החתונה תהיה מרכוש השכן ואברהם יוכל לבוא לחתונה. ע"מ לבדוק את רצינות המתנה, השכן אומר שהוא מקדיש את המתנה לבית המקדש, ויצחק מתנגד ומסביר כי המתנה נועדה לסעודת החתונה. השכן עונה שאם כך, הוא מסרב לקבל את המתנה כדי לסייע לבן ולאבא לעבור על הנדר. זו **דוגמא להערמה שלא תקפה, משום שהפעולה המשפטית לא התבצעה במלואה** – אם מוסיפים תנאי או סייג למתנה, היא לא נחשבת מתנה. אם הרכוש באמת היה עובר, השכן היה יכול לתרום את הכסף. לכן, לא התבצעה מתנה ואברהם לא יכול לבוא לחתונה. גם כשניתן להערים על הדין, זה בתנאי שעושים את הפעולה המשפטית באופן מלא ותקין (גם אם ברור שזה ע"מ להערים על הדין).

**מקרים בהם חז"ל שללו הערמה, ואף הטילו סנקציה על מי שפעל בדרך זו:**

חידושי הרשב"א מסכת ביצה:

מותר לבשל אוכל בחג רק לצורך החג. אם שבת צמודה ליום טוב, ניתן להתיר בישול ביום טוב לשבת בעזרת עירוב תבשילין. לולא זה, אסור. לפי הגמרא, אם אדם הכין בחג יותר מדי אוכל מותר לאכול ממנו גם בשבת שצמודה לחג. אך אם אדם **הערים** – הכין מראש כמות גדולה של אוכל, למקרה שיגיע אורח, כשהוא יודע שלא יגיע וכל כוונתו היא לבשל לשבת – אסור לאכול מהאוכל הזה בשבת. כאן רואים ש**ההערמה גרועה יותר ממזיד**. רש"י מסביר ש**הערמה היא חמורה וגרועה יותר ממי שעובר על האיסור במזיד**. שכן, מי שעובר במזיד יודע כי הוא עובר על איסור ואחרים לא ילמדו ממנו. לעומת זאת, מי שפועל בהערמה, חושב שהוא פועל כדין ואחרים יכולים ללמוד ממנו ולעבור על האיסור גם כן. **חכמים מטילים קנס על המערים ולכן מחמירים איתו את העונש**. מכאן לומדים כי מצד אחד ניתן להערים על הדין, אך מצד שני הדבר צריך להיעשות באופן מבוקר וזהיר. במקרה זה, חז"ל **שללו את ההערמה**.

**מתי חכמים מאפשרים הערמה ומתי הם מסתייגים ממנה?**

רמב"ם, פירוש למשנה (מסכת תמורה): התחבולה המותרת נקראת "הערמה", וכשאינה מותרת היא נקראת "מרמה". **יש הערמות מותרות ואסורות**, אך הוא לא נותן קריטריונים להבחנה.

הרשב"א: סבור ש**אין קריטריונים ברורים להבחנה**, ולכן לא ניתן להשוות בין מקרים שונים וללמוד מהערמה אחת על אחרת.

**הערמה הפוגעת באדם אחר**:

שו״ת הרא״ש כלל ע"י סימן א:

נשאל אודות מקרה בו ראובן חייב כסף לשמעון. ההלוואה נעשתה בעל פה, כלומר לא התלווה לה שטר חוב ולכן היא לא כוללת את שיעבוד נכסי החייב (ראובן). לפי דין, אם הלווה מכר נכסים (כולל מקרקעין) לצד ג', המלווה לא יוכל לדרוש לקבלם במקרה שהלווה לא פורע את החוב. בגלל שההלוואה בע"פ, הנכסים לא היו משועבדים ולכן זכות הקונה (צד ג'), שרכש נכס נקי משעבוד, גוברת על זכות המלווה. פה מדובר על מקרה בו הלווה העביר לצד ג' את נכסיו במתנה וכך, למלווה לא תהיה זכות על נכסיו. הרא"ש מניח ש**המתנה ניתנה רק כדי להערים** ולהבריח את הנכסים מהמלווה. לכן, **אין תוקף למתנה** והמלווה רשאי לדרוש את מימוש הנכסים כדי לקבל את כספו, אפילו שהנכס לא היה משועבד פורמאלית. בעצם, ההנחה של הרא"ש היא ש**לא הייתה גמירות דעת במתן המתנה, לכן היא נפסלת**.
המסקנה מנוסחת באופן כללי: **כל מי שהתכוון לעשות משהו רק כדי להערים, ללא גמירות דעת ופעולה משפטית שלמה, חכמי הגמרא עמדו כנגדו לבטל הערמתו**.

מזכיר מקרה ששמע מרבו: מישהו רכש קרקע ורשם אותה על שם האח כדי שאשתו לא תוכל לגבות ממנה את דמי כתובתה, אך ברור שהרישום נעשה רק כדי למנוע מהאישה את הזכויות שלה. לכן, רואים את הקרקע כשייכת לאיש הראשון, ואשתו יכולה לתבוע ממנה את דמי כתובתה.

במקרה כמו בדוגמא של העברת כל הכסף במתנה כדי להיפטר מהחוב – ההערמה לא קבילה. **הערמה יכולה לעקוף דין דתי כל עוד היא לא פוגעת באדם אחר**.

שולחן ערוך, חושן משפט:

* כשאדם חייב כסף לאדם אחר הוא חייב לפרוע את החוב. לא ניתן להשתמש בהערמה, כלומר לא ניתן לתת את הרכוש לצד ג' וכך להישאר מחוסר רכוש ולכן לא לשלם את החוב. **הערמה לא קבילה כשהיא מזיקה לאדם אחר**. גם אם הוא הלווה בעל פה, עדיין יצטרך לשלם את החוב מהנכסים שלכאורה נתן במתנה כדי להתחמק מהחוב.
הרמ"א: אם ביה"ד יסיק שהמתנה ניתנה באמת, כלומר עם גמירות דעת, היא כן נחשבת והמקבל יכול להחזיק בה ולא ישלמו ממנה את החוב.
* אדם נותן מראש את כל רכושו במתנה למישהו, ואח"כ לוקח הלוואה, בידיעה שלא יוכלו לדרוש ממנו את הכסף כשאין לו רכוש (הוא העביר אותו במתנה). אם הלווה לא העביר את כל רכושו פיזית אלא רק פורמלית – זה מלמד שהמתנה לא נעשתה בכנות, וזכותו של המלווה לגבות את חובו קודמת לזכותו של מקבל המתנה. גם כאן, **ההערמה לא תפטור את האדם מלשלם את החוב כיוון שמטרתה היא להערים על המלווה ולפגוע בו**.

מכאן לומדים שכאשר ההערמה נעשית כדי לפגוע באחר, היא לא תקפה, אך כשההערמה נעשית כדי לעקוף איסור דתי, היא תקפה.

סיכום: ראינו שחכמים רשאים להתקין תקנות. לעיתים יש בהן הערמה על הדין. כשיש נימוקים לכך והכל נעשה לפי הכללים חכמים נותנים לכך לגיטימציה. אך יש מקרים בהם זה לא מתאפשר – כשהמערים עושה זאת כדי לקפח זכויות ממוניות של אדם אחר ובכך, פוגע בו.

**שיעור 11 – ביטול תקנות חכמים**

האם חכמים בדור מאוחר יכולים לבטל תקנה או גזרה שקבעו חכמים מוקדמים יותר?

רמב״ם, הלכות ממרים:

מובן שכמו שחכמים יכולים לבטל דין תורה בהוראת שעה, הם יכולים לעקור תקנה בהוראת שעה.
האם ניתן לבטל תקנות לדורות? איך יש להתייחס אל התקנות? אפשרות אחת – כמו **דין תורה**, ואז הן ניתנות לשינוי רק בקריטריונים שהזכרנו ביחידות הקודמות. אפשרות שנייה – כמו **תקנות חכמים**, מכיוון שהן תקנות שהתקינו חכמים מכוח שכלם האנושי, אז אין מניעה שחכמים שחושבים אחרת יבטלו אותן.

נבחין בין שני מקרים: כשהטעם של התקנה ידוע (החכמים גילו מה עומד מאחורי התקנה), וכשהוא אינו ידוע. **אם לא יודעים מה הסיבה שהביאה את החכמים להתקין את התקנה – קשה יותר לבטל אותה**.

**תקנות שטעמן ידוע:**

1. **פדיון שבויים** (משנה גיטין): תקנה לפיה אסור לפדות שבויים ביותר מהשווי שהם שווים והסיבה לכך היא מפני תיקון עולם. מהו תיקון עולם? אפשרות אחת היא כדי לא להכביד כלכלית על הציבור. אפשרות נוספת היא לא לעודד חטיפה של שבויים נוספים.

ההבדל בין האפשרויות: אם אדם עשיר יציע לפדות את השבויים לא יהיה עול כלכלי על הציבור, אבל יישאר הטעם של חשש מחטיפות עתידיות.

1. **הברחת שבויים** (משנה גיטין): אסור לסייע לשבויים לברוח מהשובים שלהם כדי שהם לא יתעללו ויחמירו עם השבויים העתידיים או עם השבויים שעדיין שם.
2. **בור שקרוב לאמה** (משנה גיטין): אמת מים שיוצאת מנהר ומשקה את השדות בדרכה. מחשש להתייבשות האמה כל בעל שדה היה חופר בור בקצה השדה שלו כדי שיהיה לו מאגר מים. החכמים חששו שתהיה מריבה בין בעלי השדות שתיגרם ע״י ניסיון להטיית האמה מצד אחד מהבעלים. לכן, למרות שהאמה היא הפקר ולכאורה זה אפשרי, חכמים תיקנו שהבור שקרוב לאמה הוא שמתמלא ראשון. הסיבה לתקנה היא דרכי שלום.
3. **רשתות ציד** (משנה גיטין): לפי דין תורה מי ששם רשת ברשות הציבור על מנת לתפוס חיות, כל מה שנלכד הוא הפקר וכל אדם יכול לבוא ולקחת, החיה שהוא צד אינה שייכת לו, אלא אם הוא עושה פעולה שמבטאת את קניינו בחיה. לכאורה, האדם הראשון שמרים את החיה לוקח אותה גם אם הוא לא הצייד, אולם חכמים תיקנו שדבר כזה ייחשב כגזל על מנת שלא יהיו ריבים. הסיבה לתקנה היא דרכי שלום.
4. **לקיחה מלא ברי דעת**: לפי דין תורה לאנשים חירשים, אילמים, שוטים וקטינים אין קניין (אין כשרות משפטית), ולכן לכאורה כל אחד יכול לבוא ולקחת מהם והדבר לא ייחשב גזל. עם זאת, חכמים תיקנו שלקיחה מהם תיחשב גזל על מנת שלא תהיה פגיעה בהם. הסיבה לתקנה היא דרכי שלום.

**תקנות שטעמן אינו ידוע:**

עבודה זרה:

**לפעמים חכמים בכוונה לא אמרו את הטעם לתקנה**. כאשר גזרו גזירה בא"י היו מגלים את הסיבה לגזירתה רק לאחר שנה (כשהתקנה כבר פשטה בארץ והרוב היו נוהגים לפיה), מאחר ולא רצו שהציבור לא יקיים את התקנה מזלזול או חוסר הסכמה לטעם העומד מאחוריה. אם הציבור לא יודע את טעם התקנה, יש פחות מקום לחלוק עליה או לטעון שהיא לא רלוונטית, והיא יותר תתקבל. לאחר 12 חודשים, אחרי שהתקנה השתרשה, כבר ניתן לפרסם את הטעם. אם יודעים את הטעם לתקנה קל יותר לבטלה, ויש משקל להתפשטות התקנה בציבור. לכן, חשוב להבחין בין תקנות שטעמן ידוע, לבין תקנות שטעמן אינו ידוע.

**איך ניתן לבטל תקנות?**

משנה, מסכת עדויות:

מדוע מזכירים את דעת המיעוט בנוסף לדעת הרוב, כשהרי ההלכה עצמה נקבעת לפי דעת הרוב? תשובה אפשרית היא **כדי שיהיה אפשר להסתמך על דעת המיעוט בעת הצורך, למשל, כשצריך לשנות את התקנה לאור המציאות**. ביה"ד האחרון יסתמך על דעת המיעוט ויתאים את התקנה לדעת המיעוט, אך אם לא מוזכרת דעת מיעוט בנושא, ביה"ד לא יכול לבטל תקנה של בי"ד קודם, אלא אם הוא גדול ממנו בחכמה ובמניין. בי"ד שיגדיר עצמו כגדול בחכמה ובמניין זה מצב נדיר, ולכן קשה להגיע למצב בו מבטלים תקנה. ע"מ לבטל תקנה, יש צורך בדעת מיעוט, ואם אין כזו, בי"ד צריך להיות גדול בחכמה ובמניין מביה"ד שתיקן את התקנה.

עבודה זרה ל"ו:

יש 18 תקנות שאפילו אליהו הנביא ובית דינו (ביה"ד הנחשב ביותר) **לא יוכלו לבטל, גם אם ביה"ד יהיה גדול בחכמה ובמניין**.

מסכת שבת, מסכת עבודה זרה:

**יש גזרות אשר לא ניתנות לביטול כלל**. פרמטר נוסף לביטול – האם התקנה התקבלה? **ככל שהתקנה פשטה יותר בציבור, קשה יותר לבטל אותה**.

**ביטול תקנות שטעמן אינו ידוע:**

רמב״ם, הלכות ממרים:

* כבר בשלב התקנת התקנה – **ביה"ד צריך לשקול האם זו גזרה שהציבור יכול לעמוד בה**. אם ביה"ד מעריך שמדובר **בתקנה שהציבור לא יכול לעמוד בה** – עליו להימנע מראש ולא לחוקק אותה.
* אם ביה"ד סבר שהציבור יוכל לעמוד בתקנה ולכן תיקן אותה, אך **התברר בסמוך להתקנתה שהציבור לא עמד בה** – לא ניתן לכפותה על הציבור והיא למעשה בטלה.
המשמעות: ע"מ שתקנה תכנס לתוקף, לא מספיק שחכמים יחוקקו אותה, אלא **נדרשת גושפנקה של הציבור**.
* אם התקנה החזיקה מעמד במשך שנים ארוכות מתוך הנחה שהציבור קיבל אותה, אך לאחר שנים **התברר לביה"ד שהיא לא התקבלה על כל הציבור ושיש כאלו שלא קיימו אותה כבר מזמן התקנתה,** ביה"ד יכול לבטלה, גם אם אינו גדול בחכמה ובמניין מביה"ד שהתקין אותה.
* **כאשר התקנה פשטה בכל ישראל** – היא לא ניתנת לביטול, אלא ע"י בי"ד גדול בחכמה ובמניין מביה"ד שתקן אותה.
* כאשר מדובר ב**גזרה שהיא למעשה הרחבה של איסור תורה** (למשל, איסור על אכילת עוף בחלב) – לא ניתן לבטלה כלל, גם לא בי"ד גדול יותר. **ניתן לבטל אותה זמנית במסגרת הוראת שעה** (כפי שניתן להורות לעבור על איסור תורה בהוראת שעה. ע"מ שלא יחשבו שהגזרה חמורה יותר מדין תורה).
* **הדרישה לבית דין גדול בחכמה** בפועל תגרום לזה שלא תהיה אפשרות לבטל את התקנה, כי בי"ד לא יגיד שהוא גדול במניין ובחכמה מבי"ד מוקדם יותר.

לפי הרמב"ם ישנן 4 קטגוריות של ביטול (מהקל אל הכבד):

1. תקנות שמההתחלה ראו שלא פשטו בישראל: מתבטלות אוטומטית. אם ראו שהציבור לא עומד בתקנה, היא בטלה ולא תיאכף.
2. תקנות שחשבו שהן התקבלו אך למעשה הן לא פשטו בכל ישראל ומצאו שהגזירה אף פעם לא התקבלה: לא תתבטל אוטומטית, אלא בפרוצדורת ביטול ע"י כל בית דין, גם כזה שלא גדול בחכמה ובמניין.
3. גזירות שאינן סייג לתורה ופשטו בכל ישראל: תקנות וגזרות שהן לא הרחבה על דיני תורה (לא סייג לתורה), ניתנות לביטול ע״י בי"ד גדול בחכמה ומניין (המשמעות, לרוב לא יוכלו לבטל כאמור).
4. תקנות שמהוות סייגים לתורה: מקבל מעמד של דין תורה, לא ניתנת לביטול בכלל (רק בהוראת שעה), גם לא ע״י בית דין שגדול בחכמה ובמניין.

**ביטול תקנות שטעמן ידוע:**

כל עוד הטעם רלוונטי, מעמדן הוא כשל תקנות שטעמן לא ידוע וניתן לבטל רק בתנאים שלעיל. מתעוררת שאלה בנוגע **לתקנות שטעמן ידוע והוא כבר לא רלוונטי:**

בבלי מסכת ביצה ה' ע"א:

**"דבר שבמניין צריך מניין אחר להתירו"** – תקנה שהתקבלה בהצבעה בביה"ד, יש צורך בהצבעה חוזרת ע"מ לבטלה. הביטול לא קורה באופן אוטומטי כאשר הטעם הופך ללא רלוונטי. הדוגמא בסוגיה היא על נטע רבעי: "נטע רבעי" – שלוש שנים ראשונות של עץ אסור לאכול את הפירות שלו. בשנה רביעית מותר, אך חובה לאכול בירושלים. בעקרון, אם לא ניתן להגיע לירושלים אפשר לפדות בכסף ולהביא את הכסף לירושלים ולקנות בו אוכל. חכמים תקנו שאדם שגר קרוב לירושלים לא יוכל לפדות בכסף. הסיבה: "לעטר שווקי ירושלים בפירות" – שיהיה שפע כלכלי בירושלים, שתהיה עיר מסחר גדולה. מסופר על ר' אליעזר שגר קרוב לירושלים. הוא לא רצה לעלות לירושלים ולכן הפקיר את הפירות לעניים. תלמידיו אמרו לו שהוא יכול לפדות אותם בכסף, למרות התקנה שאסרה, כי **חכמים התכנסו וביטלו את התקנה** (לירושלים כבר לא היה מעמד חשוב כי זה היה אחרי חורבן בית שני).

**רואים כי גם כשהטעם ידוע, והוא לא רלוונטי, עדיין צריך מניין שיתיר את ביטול התקנה**.

רמב"ם הלכות ממרים ב,ב:

**גם אם הטעם ידוע ולא רלוונטי עדיין צריך בי"ד גדול בחכמה ובמניין שיבטל את התקנה**.

הראב"ד:

חולק על הרמב"ם. **אם יודעים מה הטעם והטעם כבר לא רלוונטי, ניתן לבטל את התקנה בלי בי"ד גדול בחכמה ובמניין** (אך היא לא בטלה מאליה). הוכחה מהסיפור במסכת ביצה – התקנה בוטלה מבלי בי"ד גדול בחכמה ובמניין.

המאירי, מסכת ביצה ה, א:

כמו הראב"ד, חולק על הרמב"ם:

1. **כל בי"ד יכול לבטל תקנה שהטעם שלה כבר לא רלוונטי**, כל עוד בי"ד מבטל, היא לא מתבטלת מאליה.
2. **כדי לבטל תקנה שהטעם שלה רלוונטי צריך בי"ד גדול בחכמה ובמניין**.

שו"ת הרא"ש:

**כאשר הטעם ברור והתבטל התקנה תהיה בטלה מאליה**. אם ידוע הטעם ובטל הטעם – האיסור בטל מאליו, ואין צורך בפרוצדורה של בי"ד לביטולו. בתקנת נטע רבעי היו צריכים בי"ד כי עדיין היה ישוב בירושלים ויכולת לחשוב שיש עניין בטעם. אבל אם אין כל עניין בטעם התקנה בטלה מאליה.
ניתן לראות תקנה כזו כתקנה מותנת – כבר כשהתקינו אותה תוקפה היה תלוי בטעם שלה. לכן, **אם הטעם לא רלוונטי, תוקפה של התקנה בטל**.

הרדב"ז ממרים ב ב:

"אם נתבטל הדבר ההוא, נתבטלה התקנה" = **אם ידוע הטעם ובטל הטעם, האיסור בטל מאליו ואין צורך בפרוצדורה לביטולו** (דומה לרא"ש). זה קורה רק כאשר התקנה תלויה בטעם זה במפורש (אם התקנה לא תלויה בטעם צריך בי"ד שיבטלה).

לסיכום, ישנן 3 דעות:

1. רמב"ם: צריך בי"ד גדול בחוכמה ובמניין לביטול התקנה.
2. המאירי והראב"ד: צריך בי"ד שיבטל את התקנה, גם אם לא גדול בחוכמה ומניין.
3. הרא"ש והרדב"ז: התקנה בטלה מאליה.

**בפועל, כמעט ולא בוטלו תקנות**. גם תקנות שידוע טעמן, כי לא היו בטוחים שזה הטעם היחיד.

**שיעור 12 – תקנות הקהל**

מעבר לתקנות של חכמים, יש דרכים נוספות באמצעותן ניתן ליצור נורמות משפטיות במשפט העברי, אחת מהן היא **תקנות הקהל**. תקנות אלו הן תקנות שהציבור מתקין ומחוקק, ולא החכמים. כלומר, הציבור מתאסף, מקבל החלטה משותפת ומחליט לתקן תקנה. **ברגע שהתקנה התקבלה ברוב היא הופכת למחייבת**.

יש להבדיל בין תקנה להסכם:

* **הסכם:** יכול להיות רב משתתפים. הוא מחייב רק את מי שהיה חלק ממנו, ולא את כל הציבור.
* **תקנה:** מחייבת את כלל הציבור, גם את מי שלא הסכים. אם נניח שלציבור יש סמכות להתקין תקנות – אם יש רוב שמסכים לתקנה, גם המיעוט חייב לציית תקנה.

**מקור הסמכות לתקנות הקהל:**

תוספתא, מסכת בבא מציעא:

**בני העיר רשאים לקבל החלטות על עצמם ולכפות אותן על הכלל** – להתנות על דיני ממון שונים (שערים, מידות, שכר פועלים וכו'), לכפות בניית מבנה ציבורי מכספי הציבור גם אם ישנה התנגדות, ואף לקנוס את מי שלא עומד בהתניות הללו. כלל נוסף מטיל קנס על מי שפרתו רועה בין הכרמים, גם אם לא הזיקה. **התקנה מבקשת למנוע מראש את הנזק**.

בעלי מקצוע ובני העיר יכולים לקבוע לעצמם כללים מסוימים:

* הצבעין והצמרין יכולים לקבוע כי לא יתחרו על מקח שמגיע לעיר ותהיה חלוקה של העבודה ושל ההכנסות – מונעים ירידת מחירים.
* אופים יכולים להסכים לחלק ביניהם את העבודה בצורה מסוימת.
* החמרין והספנים יכולים לקבוע מעין "ביטוח שיתופי" שבמסגרתו מי שמת חמורו/טובעת ספינתו, אז יעמידו לו חמור/ספינה במקומו, בתנאי שלא פשע והזניח את החומר/ספינה.
"יעמידו לו" = יקנו בעבורו, אך לא יתנו לו את הכסף כדי שיקנה בעצמו, כדי שלא ישתמש בו לדברים אחרים.
* קביעת משכורות או תנאי עבודה.

**הציבור יכול לאכוף את הכללים באמצעות הטלת קנסות על המפרים**. על פניו, קביעת הכלל מחייבת גם את מי שלא הסכים לו, ולכן **לכללים יש אופי של תקנה**, ולא רק של הסכם.

במקורות חז"ל אין עיסוק רחב בתקנות הקהל. **הצורך נולד מאוחר יותר**, **כאשר כבר לא היה גוף מרכזי שיכול היה לחייב את כולם, וצריך היה למצוא תחליף**.

תשובות הגאונים שערי צדק:

תקנות הציבור חייבות להיות שוויוניות. **גוף שיכול להתקין תקנות הוא "זקנים"** (גוף של חכמים או מנהיגים), אולם **גם שאר העם יכול לעשות כך ואף יכול לאכוף אותן**.

שו״ת יכין ובועז:

מקור מפורש לתקנות הציבור. **הציבור יכול לתקן, לקנוס ולהפקיר תקנות ממוניות, כמו ביה"ד**. מכאן ש**מעמד הציבור שווה למעמד החכמים**, אך בתנאי שיהיה בעצת אדם חשוב.

שו״ת הרשב״א:

**הציבור רשאי לתקן תקנות ולעשות הסכמות שמעמדן יהיה כדין תורה** – "והריהו קיים כדין תורה". הציבור מחויב לציית לדין התורה ולכן **הציבור מחויב לציית לתקנות וההסכמות של הציבור**. ניתן להטיל סנקציות על מי שלא נוהג לפי ההסכמות שלהם, ו**בלבד שההסכמה הייתה פה אחד** **ללא חולקים** (ניתן להסתכל על כך כחוזה רב משתתפים).

**קבוצה מוגדרת של בעלי מלאכה רשאית לקבוע תקנות לעצמה, גם ללא הסכמת יתר בני העיר**, משום שהם קבוצה נפרדת בפני עצמה.

בסוף דבריו מתייחס לצורך באישור אדם חשוב.

**היקף הסמכות של תקנות הקהל:**

* תקנה שעוסקת בדיני ממונות יכולה לסתור דין תורה מכוח הכלל ״הפקר בית דין הפקר״ שיוחס גם לציבור.

שו"ת רבינו גרשום מאור הגולה:

ההלכה קובעת שאם ספינה טבעה בים, ויש הנחה שבעלי החפצים שהיו בה התייאשו (ויתרו על חפציהם), והייאוש הופך את החפצים להפקר. רבינו גרשום נשאל לגבי ספינה מלאה בסחורה שטבעה בים, ובני הקהילה התקינו שאם מישהו מהקהילה ימצא חפצים מהספינה, יהיה עליו להחזירו למוצא. החפץ נמצא ע"י גוי (שהתקנה לא חלה עליו), אבל הגוי מכר את זה ליהודי, ראובן, במחיר מופקע. שמעון, בעל החפץ, דורש מראובן שיחזיר לו את החפץ, או לפחות את הפער בין השווי האמיתי לבין המחיר ששילם תמורתו. ראובן לא הסכים, בטענה שהתקנה לא מחייבת וסותרת את דין התורה. רבינו גרשום נותן תוקף לתקנה ומחייב את ראובן להחזיר לשמעון את החפץ. כלומר, רבינו גרשום **נותן תוקף לתקנה ומחייב את ההשבה**.

* תקנת ציבור יכולה לסתור את דין התורה רק בדיני ממונות, אך לא באיסורים.

שו"ת הריב״ש:

מתייחס לתקנת קהל שהכשירה שטר שנעשה ע"פ דין גויים, גם כששני הצדדים יהודיים – התקנה תקפה והשטר תקף. אך, אם יש בשטר סעיף של ריבית, התקנה לא תהיה תקפה, שכן איסור ריבית הוא **איסור תורה שאותו אי אפשר להתיר ע"י תקנת קהל**.

שו"ת הרשב״א:

שלילת תוקף של תקנה שמתירה הימורים, שכן **זה אסור מדין תורה** משום שיש בהם חשש לגזל.

* במקרים מיוחדים יש בכוח תקנת קהל להתיר איסור תורה.

שו"ת הרשב״א:

לפי דין תורה – קידושי אישה תקפים בנוכחות שני עדים כשרים. הכשרות המשפטית של נערה להינשא היא כשהיא מגיעה לגיל בגרות, בערך בגיל 12.5. בקהילה שבה הייתה בעיית פריצות וניצול נשים צעירות על מנת לקדשן, התקינו תקנה לפיה קידושין צריכים להיעשות בנוכחות של 10 עדים, ואם לא הם בטלים למפרע. תקנה זו הותקנה מתוך מחשבה שלא ימצאו 10 אנשים שיסכימו לתת יד לפריצות הזו. **התקנה כביכול מתנגשת עם דין תורה, שכן לפי דין תורה קידושין דורשים שני עדים בלבד**. הרשב"א קובע שאנשי העיר רשאים לתקן תקנה המצריכה 10 עדים בקידושין, ומבטלת את התוקף של קידושין שנעשו בפני שני עדים בלבד. **תקנה זו מצריכה הסכמה רחבה של בני העיר ואישור אדם חשוב** – אם היה בעיר תלמיד חכם שלא הסכים לתקנה היא לא תקפה.
בפועל, התקנה הזו מתירה איסור: קידושין בפני שני אנשים לא תקפים, ולכן אישה שקודשה בפני שניים היא מותרת לפי דין תורה, אך אסורה לפי תקנת הקהל, וכך **התקנה אינה מתירה את האישה שהתקדשה בפני שני עדים בלבד, שע"פ התורה נחשבת נשואה, היינו בניגוד לדין תורה**. לקהל יש כוח לבטל קידושין, כמו בי"ד. כנראה הוא **מסתמך על היכולת של בית דין להפקיע קידושין**, אך סובר שיש אותה גם לקהל.

הוא דורש 2 תנאים: (1) **הסכמה רחבה** (2) **אישור של אדם חשוב**.

**האם צריך הסכמה של רוב הציבור או של כל הציבור?**

בתשובות קודמות ראינו ש**יש צורך בהסכמה פה אחד**, אך **יש דעות נוספות**:

שו"ת הרשב״א:

**רוב מספיק, אין צורך בהסכמה פה אחד**. לרוב יש סמכות של דין מלך.

* הציבור רשאי להתקין תקנות כל עוד: (1) הוסכם על פי רוב (2) הציבור יכול לעמוד בתקנה.
* לא כל העם צריך להיות חלק מההחלטה. התקנות חלות גם על: (1) מי שלא נכח בעת קבלת ההחלטה (2) מי שנולד אחרי שהתקבלה התקנה (3) מי שנכח והיה בדעת מיעוט (אם לא אמר במפורש שהוציא עצמו מהכלל אז קיבל על עצמו את הכלל).

שו"ת הרא"ש:

אין ברירה אלא להסתפק ברוב, כי **הדרישה לפה אחד אינה ריאלית**. כשיש הסכמת רוב ויש יוצאים מהכלל, **על המיעוט לקבל את החלטת הרוב, אחרת אין לתקנה משמעות**. "אחרי רבים להטות" מדבר גם על תקנות קהל ולא רק על תקנות חכמים.

ראשונים נוספים קובעים ש**תקנת קהל מחייבת את כל מי שהיה חלק בתהליך התקנתה**, גם אם היה במיעוט שהתנגד. יתרה מכך, **גם מי שהייתה לו הזדמנות לקחת חלק ונמנע מכך מחויב לתקנה**. יש שקובעים שגם **מי שלא הייתה לו הזדמנות לקחת חלק בהליך** (למשל מי שהצטרף לקהילה רק אח"כ, או נולד רק אח"כ) **מחויב לתקנה**. יש שחולקים על זה:

מרדכי בבא קמא:

מצטט את עמדת רבנו תם: תקנת הקהל היא **הסכם רב משתתפים ולכן מחייבת רק את מי שהיה שותף להליך**. מי שנולד אחרי שהתקבלה התקנה לא מחויב לאותה ההחלטה מאחר שלא לקח בה חלק וכך גם מי שלא קיבל אותה על עצמו מלכתחילה. ניתן לאכוף את התקנה רק על מי שהסכים לה מראש.

עד כה ראינו הליך תיקון תקנה שמערב את כל בני הקהילה, אך **כשהקהילה גדולה זה לא ריאלי**. לכן, ישנו מושג של "שבעה טובי העיר".

שו"ת הרשב"א:

די בהחלטת שבעה מנציגי הקהילה אם הם נבחרו/התמנו מטעם הציבור ובאו ממנו = "שבעת טובי העיר". הם אינם בהכרח החכמים/המכובדים, אלא **מנהיגים חברתיים**, אפוטרופוסים של העם. **ההחלטות שלהם ייחשבו לתקנות הקהל**.

**פיקוח הלכתי על תקנות הקהל:**

בבא בתרא:

קבוצת שוחטים חילקה ביניהם את העבודה לפי ימים (חלק עבדו ביום מסוים, וחלק ביום אחר). השכר היומי היה עור הבהמה. כחלק מההסדר, הוחלט כי אם שוחט ישחט ביום לא שלו (לא יציית לתקנה) יקרעו לו את עור הבהמה שקיבל בתמורה (מעין קנס). שוחט אחד אכן שחט ביום לא שלו וקרעו לו את עור הבהמה, הוא תבע את מי שקרע לו את העור תביעה נזיקית.
הובאה שאלה לחכם והחכם אמר שצריך לפצות את השוחט על העור שנקרע. האנשים תמהו, מכיוון שמותר לקבוצה לקבוע לעצמה תקנות ולקנוס את מי שסוטה מהתקנה. התשובה הייתה ש**מותר לקבוצה להתקין לעצמה תקנות רק אם אין אדם חשוב בעיר**. אם יש אדם חשוב חייבים את הסכמתו על מנת שהתקנה תהיה מחייבת. **אין תוקף להסכמה על תקנה אם היא לא קיבלה את הסכמתו של אדם חשוב שנמצא בעיר**.

מסוגייה זו לא ברור אם הצורך באישור של אדם חשוב נדרש רק בהסדר של אגודה מקצועית, או גם בתקנת קהל רגילה שנוגעת לכלל הציבור. ישנה מחלוקת על כך:

* הרא"ש במסכת בבא בתרא: **בכל מקרה של קבלת החלטה במתכונת של תקנת הקהל** (בין אם באגודה מקצועית ובין אם בציבור כולו) **יש צורך באישור של אדם חשוב מטעם העיר** וזאת או מפאת כבודו של האדם החשוב או בשביל פיקוח הלכתי.
* הרשב"א: **תקנות הקהל מצריכות את אישורו של אדם חשוב, ככל שיש כזה בעיר**.
* שו"ת הריב"ש שצ"ט: בני עיר שעושים הסדר ביניהם (מתקינים תקנות) לא צריכים אישור של אדם חשוב. **רק אגודות מקצועיות** (בני אומנויות) **צריכות הסכמה של אדם חשוב** בהסדר ביניהם. כנראה הסיבה היא כי רואים באדם החשוב ערובה לכך שהתקנה לא תקפח את יתר בני העיר.

ייתכן שהמחלוקת בנוגע לצורך בהסכמת אדם חשוב נוגעת לנימוקים השונים לצורך הזה:

1. **פיקוח הלכתי:** להבטיח שהתקנה אינה חורגת מכללי ההלכה. רלוונטי גם לבני העיר וגם לאגודה מקצועית.
2. **להבטיח שההסדר לא מקפח אחרים:** נדרש יותר בהסדר של אגודה מקצועית, שעלולים לחשוב רק על האינטרסים שלהם ולקפח את בני העיר.
3. **מפאת כבודו של האדם החשוב:** אין זה ראוי שייקבעו הסדרים שלא בתיאום עימו. רלוונטי גם לבני העיר וגם לאגודה מקצועית.

**שיעור 13 – המנהג**

דרך נוספת ליצירת נורמות משפטיות במשפט העברי היא **המנהג**. המנהג צומח מהציבור עד שהופך למחייב ומקבל תוקף רק בדיעבד. תקנה מוטלת ומידת התפשטותה משפיעה על תוקפה, ואילו מנהג נולד מראש מההתנהגות של הציבור ומקבל תוקף בדיעבד. ישנם שני סוגי מנהגים:

1. **מנהג מקיים – ביטוי להלכה קיימת:** מגלה הלכה קיימת באמצעות הסתכלות על התנהלות העם הנוכחית.

תלמוד בבלי, מסכת פסחים:

ישנה הלכה לשחוט קורבן פסח בערב פסח, גם אם ערב פסח חל בשבת. בני בתירא (מקום) שכחו מה ההלכה במקרה כזה, אם מותר לשחוט קורבן פסח בשבת או שמא הדבר מהווה חילול שבת. הלל הבבלי ענה להם ש**מותר להקריב את הקורבן בשבת** ואמר ששמע זאת משמעיה ומאבטליון.
לאחר שהשיב על כך, נשאל גם מה יעשה אדם אם שכח להביא את סכין השחיטה מבעוד מועד? משום שלא זכר את התשובה, **הציע שיחכו לראות מה יעשה העם וכך ייזכרו בהלכה**. יום למחרת ראו שאנשים מביאים את הסכין ״בשינוי״, כלומר בצמר או בקרניים של הבהמה לשחיטה. הלל אמר ש**זו ההלכה** ששמע משמעיה ואבטליון.

כאן רואים **חשיבות למנהג שמשקף הלכה קיימת שנשכחה**, כלומר אין פה יצירת נורמה חדשה, אלא מנהג שמבטא הלכה קיימת.
תלמוד ירושלמי, מסכת פאה:
כל הלכה שביה"ד מתלבט לגביה, או הלכה רופפת (שלא יודעים מהי), **יש לצאת ולבדוק כיצד הציבור נוהג בפועל, וזה ייקבע כהלכה**. מה שנהוג בציבור הוא שיקוף של הלכה קיימת, לכן במידה ושכחנו הלכה ניתן להסתכל על מה שנהוג ולהיזכר בה.
הרא״ש:

אם יש רפיון בהלכה, ולא ברור כמי נפסקה ההלכה, **וראית איך נוהגים** – **יש ללכת אחרי המנהג**, אפשר לסמוך על זה שגדולים פסקו את ההלכה הזו ולכן היא נהוגה.

1. **מנהג יוצר – מנהג היוצר הלכה חדשה:** יצירת נורמה הלכתית חדשה מתוך התנהלות העם הנוכחית.טור חושן משפט:
**כשיש מנהג שונה מההלכה, כולם מחויבים למנהג ויש לאמץ אותו**.
* ההבדל בין גזל וגניבה: גניבה נעשית בהסתר (הגנב פועל בלילה וקשה לגלותו), ואילו גזל נעשה בגלוי (הגזלן פועל באור יום וקל לגלותו). ע"פ ההלכה, ההנחה היא שבגניבה אדם מתייאש מלחפש את האבדה, ובגזל הוא אינו מתייאש, שכן הוא ראה את הגזלן. לכן, ע"פ דין תורה, אם אדם קנה את החפץ הגזול הוא צריך להחזירו לבעלים כי הוא עדיין לא התייאש, בניגוד לחפץ גנוב.
* ע"פ הטור, **קיים מנהג שלא מבדיל בין גניבה לגזלה**, לפיו בכל מקרה הרכוש יחזור לבעלים אך הבעלים ישיב לקונה את מה ששילם עבורו. **המנהג מחייב, למרות שהוא שונה מההלכה, בגלל שזהו מנהג המקום**. כאן רואים שהמנהג יוצר הלכה חדשה, הוא נוגד את הדין, ובכל זאת מחייב את הקהילה שזה מנהגה.

**לעיתים המנהג מסייע לפסיקת ההלכה** – הוא אינו חזק כהכרעה הלכתית מוסמכת, אך יש לו השפעה משמעותית. דוגמא:

תלמוד בבלי, מסכת תענית:
מובאת שאלה ויש שלושה ניסוחים לדעת ר' מאיר. משמעות כל התייחסות:

* **הלכה כר' מאיר:** מורים לכולם שזו ההלכה, הכרעה מחייבת שמלמדים בציבור.
* **מנהג כרי מאיר:** לא מורים לעשות כך ברבים, אבל אם אדם שואל מה ההלכה אומרים לו אותה.
* **נהגו העם כר' מאיר:** לא מעירים לאדם שנוהג כך, היינו נוהג ע"פ העמדה המקובלת, אך גם לא מורים זאת לשאר הציבור.

**מקור החובה לציית למנהג:**

* ילקוט שמעוני משלי: "אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך" – אין לשנות מנהג אבות.
* ספר משלי: "שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך" – אין לשנות מנהג אבות.
* המאירי, פירוש למסכת אבות: במשלי נאמר "ואל תבוז כי זקנה אמך", הירושלמי אומר על זה שראוי שכל אחד ינהג כמנהג מקומו ולא ישנה אותו שלא לצורך.

**המנהג יכול גם לסטות מדין תורה, כל עוד הוא לא מתנגש עם איסור:**

שו"ת הרא"ש:

בדיני איסורים **מנהג יכול להרחיב איסור, אבל לא לבטל אותו**. לדוגמא בפסח אסור לאכול חמץ. אצל אשכנזים קיים מנהג לפיו לא אוכלים גם קטניות – זוהי **הרחבה של האיסור ע"י מנהג**. כל המנהגים שחכמים אמרו שיש ללכת לפיהם, אלו מנהגים שנועדו לעשות סייג לדין ולהרחיק מהעבירה.

**אם הציבור נוהג מנהג מוטעה שיש בו עבירה יש לבטלו** (אפילו אם גדולים תקנו את המנהג).

בדיני ממונות: הרא"ש **מסתייג מהיכולת של הציבור להשתית מנהגים הקשורים בדיני ממונות**. **בי"ד הוא זה שאמור לעשות זאת, ע"י תקנה**.

שו"ת תשב"ץ:

מנהג שלא סותר איסור תורה והעם נוהג כך, הם רשאים לנהוג לפיו והוא יהיה בעל תוקף. ויותר מכך, יש לקיים את מנהג האבות.

ככל שמנהג **עתיק יותר**, ובתפוצה גיאוגרפית גדולה יותר, כך **התוקף שלו חזק יותר**. גם אם המנהג סוטה מההלכה **מותר לנהוג בו כל עוד הוא לא מורה לעבור על איסור תורה**.

שו"ת הרשב"א:

למדנו על המקרה בו היה נהוג שאם מתו אישה ובתה, הנדוניה חוזרת לאבי האישה, משום שזה היה המנהג המקומי שאימץ את הדין הזר. הרשב"א לא שולל את תוקף המנהג בכלל, אך הוא **לא מקבל מנהג שנעשה מתוך כוונה לאמץ דין זר**.

**חז"ל מעניקים מעמד מיוחד למנהג בנוגע לדיני פועלים ודיני עבודה:**

בבא מציעא:

המשנה מלמדת ש**תנאי עבודה של פועל תלויים במנהג המקום**, ולא בשוכר של הפועל. השוכר חייב לספק את התנאים שקבעה המדינה. זה הדדי, כלומר, גם לטובת הפועלים אך גם לטובת השוכר. למשל, גם אם סוכם שהפועלים יקבלו אוכל – המזונות שיש לתת להם תלויים במנהג המקום. הפועלים לא יכולים לדרוש יותר. המנהג משפיע על הזכויות והחובות של הפועלים. מכאן, לומדת הגמרא ש**אם יש פער בין מנהג להלכה – המנהג גובר על ההלכה, ואף מבטל אותה**. מעניק למנהג כוח חזק. נאמר בהקשר ממוני, ולכן זה לא תקף לגבי מנהג שאומר לעבור על איסור. בבתי דין הפוסקים ע"פ ההלכה, **ניתן משקל גבוה למנהג ככל שמדובר בדיני עבודה**.

**תחום נוסף שבו קיבל המנהג מקום משמעותי הוא דיני הקניין:**

ע"פ ההלכה, כדי שבעלות בחפץ תעבור מהמוכר לקונה יש צורך בגמירות דעת וכן, במעשה קניין – אקט פורמלי, שבד"כ הקונה מבצע. לדוגמא, הגבהת חפץ, משיכת חפץ, שינוי בקרקע וכו'. אם אין גמירות דעת, מעשה הקניין לבדו לא מעביר בעלות, אך הוא יכול להעיד על גמירות דעת. בעקרון יש רשימה מוגדרת של פעולות המוגדרות כמעשי קניין כאלה.

בבא מציעא:

מציגה מעשה קניין מסוג אחר, שתוקפו מגיע מכך שהוא נהוג בין הסוחרים. **קניין סיטומתא** – מעין חותם שהקונה שם על חביות היין שהוא קנה והחביות נשארות עדיין אצל המוכר. הסוגייה קובעת ש**אם מנהג הסוחרים מחשיב זאת כמעשה קניין, יש לו תוקף** והמכירה תקפה.

השולחן ערוך:
**כל דרך אחרת שמנהג הסוחרים לקנות באמצעותה, תהיה תקפה**. מכוח פסיקה זו של הרמב"ם, יש פסקי דין רבניים שהכירו באיחול "מזל וברכה" שהיה מקובל בענף היהלומים כמעשה קניין מחייב, או לעיתים בתקיעת כף וכו'.

**שיעור 14 – דינא דמלכותא דינא**

"דינא דמלכותא דינא" = **דין המלכות, דין הוא**.

דרך נוספת ליצירת נורמות משפטיות במשפט העברי היא אימוץ כללים מהדין הזר למערכת ההלכתית – **דינא דמלכותא דינא**. אימוץ זה אינו יוצר נורמות שמחייבות את כולם ואת כל הדורות, אלא מדובר ב**נורמות שתלויות במקום ובזמן**. לא עוסק בדיני איסורים אלא בדיני ממונות בלבד, משום שברור שאין תוקף הלכתי להוראה של בית דין זר שרוצה שיהודים יעברו על איסור.

הכלל נוצר עקב כך שהיהודים חיו בתוך סביבה לא יהודית, ונוצר מתח בין הדין המקומי (הזר) לדין היהודי. היהודים ניהלו חיי מסחר, כלכלה וכו', גם מול אנשים שאינם יהודים. היו כללים שלטוניים שחייבו אותם מתוקף היותם תושבי המקום.
השאלה היא האם ההלכה מחייבת ציות לכללים אלו? ברור שחייבים לציית להם מטעם הדין האזרחי, אך האם גם ההלכה מחייבת ציות לכללים אלו? **ההלכה מכירה בחובה לציית לכללי המדינה, כלומר לדין הזר**.

היחס בין המשפט בהלכה לשלטון הזר: כאשר יהודים חיו בשלטון זר שאינו הלכתי, עלו שאלות בנוגע למחויבות ציותם לחוקים אלו. האם יש בעיה הלכתית, כשעוברים "עבירה" אזרחית?

משנה, מסכת נדרים:

תרומה = מי שיש לו תוצרת חקלאית חייב להפריש ממנה תרומה לכוהנים.

המשנה מתייחסת למקרה בו מוכס (אדם הגובה מיסים) בא לקחת מיהודי את רכושו כמס למלך. המשנה מאפשרת להתחמק מתשלום המס באמצעות נדר. כלומר, היהודי יכול להגיד שהתוצרת היא תרומה, וע"מ שהמוכס יאמין לו הוא נודר שלא ייהנה מהפירות. המשנה קובעת שבמקרה בו הנדר נעשה רק כדי להתחמק מהמוכס – הוא לא מחייב את הנודר, והוא אכן יכול להנות מהפירות. נראה ש**המשנה נותנת ליהודי לגיטימציה להתחמק מהמס באמצעות שימוש בנדר**.

התלמוד הבבלי במסכת נדרים תמהה על כך, איך זה הגיוני שהמשנה נותנת לגיטימציה לדבר כזה? שהרי, **לפי הכלל "דינא דמלכותא דינא" יש תוקף לכללי המדינה האזרחיים ויש חובת ציות להם**.
כיצד מאפשרת המשנה לעקוף את החובה? במשנה לא מדובר על היתר כללי, אלא היתר במקרים מסוימים. כלומר, **הדין הזר מחייב מבחינה הלכתית, אולם המקרה הזה הוא מקרה מיוחד** – (1) אין למוכס קצבה (נוטל מס כראות עיניו, לא באופן שווה, לכן יש בזה גזל). (2) מוכס שגובה בחוסר סמכות, כלומר לא קיבל הסמכה מהמלך.

ככלל, ההלכה מכירה בחובה לשלם את המס. לכן, אם אדם לא ישלם, הוא יפר חובה הלכתית. אולם, בשני מצבים אלו הכלל לא חל והמשנה **אפשרה התחמקות מתשלום המס**.

תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא:

הכלל מוזכר תחילה בנוגע לחזקה במקרקעין ולדיני שטרות (דיני חוזים), אך חל בתחומים נוספים.

**הנימוקים לכלל:**

* הר"ן: **בעלות המלך בקרקע**. האזרחים יושבים בקרקע כאורחים, ולכן המלך רשאי להכתיב להם חוקים. במידה והעם לא יציית לדברי המלך, הוא יכול לגרש אותם מארצו. אולם, הכלל לא תקף למלכי ישראל משום שהמדינה שייכת לכולם באופן שווה (לעם ולמלך כאחד).
* משנה גיטין: מתקיים דיון מהו היקף הכלל בעניין שטרות (חוזים). חכמים קבעו כי כל השטרות תקפים, מלבד אלו העוסקים בגט ובשחרור עבד (משום שאלו עניינים דתיים). אולם, לפי ר' שמעון, הכלל תקף גם לגבי שטרות שעוסקים בגט ושחרור עבד. למה הכלל חל לפי משנה זו?

רש"י: **סמכות מכוח שבע מצוות בני נוח והקשר של עם ישראל אליהן**. מצוות נוח מחייבות את כל העולם, לא רק את היהודים. אחת המצוות האלו בהן מצווים גם הגויים היא להקים מערכת דינים, כלומר מערכת משפט. מאחר ומקור הציווי להם הוא בתורה (מצוות נוח), הרי שמערכת הדינים שיקימו מעוגנת בתורה. מכאן שעם ישראל, המצווה לקיים את מצוות התורה מצווה לשמוע גם לחוקי וכללי מערכת הדינים אותה יקימו הגויים.

* הרשב"ם: **הסכמה לחוקי המלך** **– יסוד ההסכמה**. דין המלכות לא מחייב מתוך כפייה, אלא כי התושבים בחרו באותו מלך, ולכן הם מקבלים מרצונם את חוקי המלך ומשפטיו. ההלכה מכירה בהסכמת הציבור לקבל את חוקי המלך, ולכן מחייבת גם את היהודים שחיים תחת שלטונו, הכלולים בהסכמה זו.
* הרמב"ם: **הסכמה להיות עבדי המלך**. הכלל תקף רק באשר למלכים אשר נבחרו ויש לגיטימציה לשלטונם. מקבלים את המלך כאדון ומסכימים להיות עבדיו. כעבדים, עליהם לציית לחוקי המלך.
ההבדל בין הגישות של הרמב"ם והרשב"ם: הרמב״ם מסתמך על העובדה שהעם הסכים להיות עבדיו של המלך ועל כן יש לציית לדבריו. כאשר המלך מחוקק כללים לא הגיוניים – אם הסכימו להיות עבדים יש לציית, אך אם הסכימו לחוקי המלך (לפי הרשב"ם) – אולי לא הסכימו לחוקים מקפחים.
* בעלי התוספות – רבנו תם: **תקנת חכמים**. הכלל לא מהווה הכרה בסמכות המלך להתקין תקנות שיחייבו את היהודים מבחינה הלכתית. היהודים חייבים לציית רק לדין היהודי, אך בתקופת האמוראים חכמים התקינו תקנה שעל היהודים לציית גם לדין הזר במקום מושבם. לכן, גם מבחינה דתית, יש לציית לכך. הסמכות לא מגיעה מתוך הכרה ישירה בדין הזר, אלא מתקנת חכמים שקבעה שיש לציית לחוקים אלו. אולם, חוקים חדשים שלא היו נהוגים בתקופת התלמוד אינם מחייבים את היהודים, כי מניחים שהתקנה אמצה רק את הכללים אותם הכירו החכמים בעת שתקנו את התקנה.

**המגבלות לכלל:**

1. **חוק שמתנגש עם איסור הלכתי:** לא נכיר בו ולא יהיה בעל תוקף מכוח הכלל.
2. **כלל לא שוויוני:** אין חובה לציית לו.
שו"ת תשב״ץ: הנהגה של כלל מסוים רק בחלק מהממלכה מהווה דבר לא שוויוני ולכן לא יהיה תקף. הרמב״ם: כלל פרסונלי לא מחייב מכוח הכלל. הדין צריך להיות כללי.

שולחן ערוך: כללים פרסונליים לא מחייבים מכוח הכלל, שכן כל דין שתקף רק לאיש אחר נחשב גזל.

1. **רק חוקים שקשורים למיסים ומקרקעין:**הרמ״א, חושן משפט: הכלל תקף רק בנוגע למיסים ומקרקעין. ייתכן שמגבלה זו נובעת מכך שהתלמוד מציג את הכלל בעיקר בנושאים אלו.
2. **רק חוקים שצומחת מהם תועלת ישירה למלך או לבני המדינה:**הרמ״א: כללים שהם לטובת המלך או לטובת הציבור יהיו בעלי תוקף מכוח הכלל. לעומת זאת כללים שהם במשפט הפרטי לטובת אדם פרטי, דינים שבין אדם וחברו לא עומדים מכוח הכלל.
3. **רק חוקי מלכות ישנים ולא חדשים:**הריטב״א: הכלל חל על חוקים ישנים שהיו נהוגים מימים ימימה, אך לא על חוקים חדשים.
4. **רק חוק שלא מתנגש עם הוראה הלכתית מפורשת:**

הש"ך, חושן משפט: ע"פ התורה, המלווה כנגד משכון יוכל לממש את המשכון לאחר 30 יום (כל עוד לא סוכם אחרת). הש"ך דוחה עמדה לפיה המימוש אפשרי רק אחרי שנה, כשזה דין המלכות. גם אם נגיד שדין המלכות תקף גם במשפט הפרטי, זה רק כאשר הוא לא מתנגש עם ההלכה. כאשר להלכה יש עמדה ברורה בנושא – יש לפעול על פי ההלכה ולא על פי דין המלכות.

**הקשר בין המגבלות לנימוקים:**

1. חוק שמתנגש עם איסור לא תקף: רלוונטי לכל הנימוקים, כי הכלל חל רק בדיני ממונות ולא בדיני איסורים.
2. על החוק להיות כללי ושוויוני: רלוונטי לכל הנימוקים.
3. רק חוקים שקשורים למיסים ומקרקעין: רלוונטי לסמכות הנובעת מבעלות המלך בקרקע. אם הכלל מבוסס על יסוד ההסכמה – אין סיבה להגביל רק למיסים ומקרקעין.
4. רק חוקים המסבים למלך תועלת ישירה או לבני המדינה: רלוונטי לסמכות הנובעת מבעלות המלך בקרקע. אם הכלל מבוסס על יסוד הסכמה – אין סיבה להגביל רק לחוקים המועילים למלך, אלא יכול להתאים גם לחוקים המסבים תועלת וסדר לחברה.
5. רק חוקים הנהוגים מימים ימימה: מתיישבת עם ההסבר של רבנו תם, לפיו מקור הסמכות הוא בתקנת חכמים שקיבלו עליהם את החוקים שהיו נהוגים בזמנם, ולא חוקים עתידיים שהם לא הכירו.
6. רק חוקים שלא סותרים הוראה הלכתית מפורשת: רלוונטית לכל הנימוקים.

האם הכלל עוסק במלך כפשוטו או בכל שלטון, כולל שלטון נבחר? גם שאלה זו תלויה בהנמקות השונות:

* ככל שהטעם מבוסס על **בעלות המלך בקרקע**: לא תקף בשלטון נבחר.
* ככל שהטעם מבוסס על **יסוד ההסכמה**: הסכמה באה לידי ביטוי באופן חזק יותר בשלטון נבחר.

**מיהו מלך?**

רמב״ם גזלה ואבדה:

**כאשר מטבע עם דמות המלך עליו עובר לסוחר** (כלומר המטבע התקבל ושמיש בקרב העם) – הדבר **מעיד על כך שהעם קיבל את המלך**.
גרסה אחרת: "מלך שמטבעו יוצא בכל הארצות" – אין צורך במטבע, אלא פשוט ברור לעם שהוא המלך וכולם מסכימים על כך.

ההגדרה של הרמב"ם תואמת לנימוקו לכלל: הסכמה לקבל את המלך כשליט ולהיות עבדיו.

שו"ת מהרשד״ם:

מבקש להגביל את הכלל למלך דווקא. **חל רק על מלך קבוע**, ולא על כל שליט, כי הוא יכול להתחלף בתכיפות. במציאות בה אין מלך קבוע, הכלל לא תקף.

שו"ת הרשב״א:

מציע **הגדרה רחבה יותר** למלך. מלך יכול להיות גם שר או מושל מקומי.

שו"ת המהרי״ק:

**מרחיב את הגדרת המלך**, ותולה אותה בבעלות על הקרקע. **הבעלים על הקרקע יכול להכתיב כללי התנהגות** ולהיות "מלך". לא משנה מי הוא, אפילו הדיוט יכול להכתיב כללים באשר לקרקע שלו.

מכאן ש**הכלל אינו חל רק על המלך, אלא על כל אדם השולט בארץ** (אף שליט מקומי, כמו ראש עיר). הוא נתפס כ"בעל הבית" ומכאן סמכותו.

שו"ת משפט כהן הרב קוק:

**שלטון נבחר עדיף על מלך**, כי שם יסוד ההסכמה בא יותר לידי ביטוי. **מלך לא צריך להיות מלך מבחינה מילולית**, אלא פשוט **יש צורך בשלטון כלשהו**. כשאין מלך העם הוא הריבון, והמנהיג שימנה העם ישמש כמלך. **הציבור מקנה למנהיג שנבחר את סמכויות המלך**.

* מסתמך על נימוק הרשב"ם: כוח המלך בא מהסכמת העם שימלוך עליהם.
* בניגוד לדעת המהרשד"ם: שלטון דמוקרטי יכול להיות אף טוב יותר, כי הוא מקובל יותר על העם, והרי כוח המלך מגיע מעצם קבלת העם עליו.

**הכלל ביחס למלך ישראל:**

כזכור, הכלל בא להתמודד עם מציאות בה יהודים נמצאים תחת שלטון זר וישנו קונפליקט בין דיני המלכות לבין תוקפם ההלכתי. אידיאלית, **שלטון ישראל ינהג ע"פ ההלכה**.
מתעוררת שאלת סמכותו של מלך ישראל לחוקק חוקים:

הר״ן:

החובה היא דווקא במלכי גויים, כיוון שהם יכולים לגרש אותנו מארצם. **ארץ ישראל שייכת לעם ישראל ולא למלך, לכן הכלל לא רלוונטי בארץ ישראל**. גם אם שולט בא"י מלך גוי אין חובה לציית לו כי הוא לא הבעלים על הקרקע.

הרשב״א:

**על** **מלך ישראל בחו״ל חל הכלל**, אך על מלך ישראל בא״י לא.

רמב״ם, הלכות גזילה ואבידה:

**הכלל חל גם על מלך ישראל וגם על מלך גוי כאחד**, משום שהכלל נובע מהסכמתו של העם לקבל על עצמם את חוקיו. מתעסק בעיקר בסמכות המלך להטיל חיוב מס.

שמואל א׳, פרק ח׳:

עד תקופה מסוימת לא היה מלך בישראל, אלא שופטים. לקראת מות שמואל, העם מבקש למנות מלך. שמואל חושב שהבקשה היא מעין מרד בה' (כי ה' הוא המלך ולא צריך מלך אחר). לבסוף שמואל מסכים, אך חוזה מה המלך יעשה לעם – מתאר כל מיני תיאורי אימה (ייקח את הילדים לעבדות, את הכסף והרכוש לעצמו וכו'). משפט המלך מתאר את זכויותיו של המלך.

מה משמעות דברי שמואל הנביא?

בבלי, מסכת סנהדרין:

האמוראים נחלקו במשמעות דבריו של שמואל הנביא. האם הוא מתאר את הסמכויות האמיתיות של המלך, או שהוא רק ניסה להרתיע את העם, להוריד אותם מהרעיון של מלך?

* שמואל: משפט המלך משקף את עמדת ההלכה באשר לסמכויות המלך. כלומר, אלו סמכויות המלך ע"פ ההלכה.
* רב: התיאור נועד רק כדי להפחיד את העם, והוא לא מתאר את סמכויותיו האמיתיות של המלך.
* המאירי: מסכים עם דעתו של שמואל. ההלכה מתירה למלך ישראל לחוקק חוקים בתחום האזרחי ויש חובה לציית להם, זאת **מכוח משפט המלך** בספר שמואל ולא מכוח "דינא דמלכותא דינא". לכן, **הכלל מתייתר במקרה של מלך ישראל**.

**לסיכום,** **ההלכה מכירה בסמכותו של מלך לחוקק חוקים שמחייבים גם את בני מלכותו היהודים מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא"**. הכלל משקף את המתח המובנה בין ההלכה היהודית לבין מערכת החוקים של השלטון הזר תחתיו הם חיים. ההלכה מבקשת לאפשר התבססות במקום הזר בחיי מסחר וכלכלה, אך גם להגן על המערכת ההלכתית ולשמור אותה רלוונטית גם בתחום דיני הממונות.

**שיעור 15 – משפט מדינת ישראל**

עם קום המדינה, דנו רבות בשאלה האם ניתן לאמץ את הכלל "דינא דמלכותא דינא" במדינת השלטון הישראלי החילוני. שאלה זו לא הוכרעה עד היום. על פי ראיית התורה, **שלטון ישראל אמור לפעול לפי ההלכה ובמסגרת סמכויות ההלכה**. אולם, בפועל, **חוקי מדינת ישראל לא מושתתים על ההלכה**, ולכן **מתעוררת שאלה לגבי מעמדם ע"פ הלכה**. ברור שיש חובה אזרחית לציית להם, אך האם יש חובת ציות מבחינה דתית?
לדוגמא, אם המדינה מטילה חובה לשלם מס, האם יש גם חובה הלכתית לשלם מס זה? וכשבית דין דן בענייני ממונות – האם עליו להתחשב בחוק, או רק במקורות ההלכתיים?
חוק המדינה מאפשר לבוררים שלא לפסוק בהכרח לפי החוק. לכן, **כשבי"ד דן לפי נורמות הלכתיות, הוא לא מפר בכך את חוקי המדינה**. אך האם ההלכה תתחשב מרצונה בחוקי המדינה?

הכרה דתית בחוקי המדינה מושפעת מהשקפת עולם:

מי שרואה במדינת ישראל התגשמות חזונם של הנביאים ומוצא בה ערך דתי – יכיר יותר בחוקי המדינה גם מבחינה דתית. לעומת זאת, מי שלא מייחס למדינה ערך דתי – יסתייג יותר מהכרה כזו.

**אימוץ הדין האזרחי אל המערכת ההלכתית:**

1. **הכרה ישירה:** הכרה בדיני המדינה מכוח "דינא דמלכותא דינא" או תקנות קהל.

"דינא דמלכותא דינא": הדבר תלוי בשאלה האם הכלל רלוונטי למלך ישראל בארץ ישראל, והאם הוא תקף גם בנוגע לשלטון נבחר.
ישנן מגבלות בכלל זה – לא כל דין מלכות יכול להיכלל בכלל "דינא דמלכותא דינא". לכן, **ההלכה לא תכיר בהכרח בכל החקיקה כמחייבת הלכתית, אלא רק בנושאים מוגבלים**.

תקנות קהל: **חברי כנסת מהווים נציגי הקהל והם רשאים להתקין תקנות**. התקנות לא מחייבות שותפות של כל הקהל בתהליך. הקושי בדבר הוא הצורך באישור אדם חשוב לתקנות אלו.

1. **הכרה עקיפה:** הכרה בדיני המדינה מכוח היותם מנהג.

בדרך זו, **לא מעניקים הכרה הלכתית למוסדות השלטון כגופים שהחלטותיהם מחייבות הלכתית**. החיסרון הוא שההכרה אינה מיידית בעת החקיקה, אלא רק לאחר שהוכח שהחוק באמת הפך לרווח.

הבדל בין הגישות:

פס״ד רבני של גננות אגודת ישראל נ׳ אגודת ישראל:

גננות הגישו תביעה בבי"ד רבני, שרשת הגנים בה הן עבדו (אגודת ישראל) לא העניקה להן זכויות המגיעות להן לפי החוק ולפי כללי משרד החינוך.

* הרב דייכובסקי: **יש להכיר בכללי משרד החינוך** **מכוח היותם דין מלכות** – "דינא דמלכותא דינא". דינים אלו מחייבים גם את הגנים. על הרשות להעניק לגננות את כל הזכויות המגיעות להן ע"פ חוק.
* הרב שרמן: "דינא מלכותא דינא" לא תקף בישראל. **יש להכיר בכללי משרד החינוך מכוח היותם מנהג**. אך, משום שברשת הגנים לא אמצו את המנהג, הגננות לא זכאיות לקבל זכויות אלו.

**אימוץ הדין הפלילי אל המערכת ההלכתית:**

הדבר פשוט יותר, שכן כבר מדברי ראשונים עולה כי **למדינה יש סמכות להעניש גם שלא לפי דין תורה כדי ליצור סדר בחברה**. הסיבה לכך היא בעיקר כי **לשם ענישה פלילית חייבים אישור של הסנהדרין** ובימינו אין סנהדרין.

רמב״ם, הלכות רוצח:

גם מי שלפי המשפט העברי לא חייב בדין מיתה, **ניתן להענישו אם לפי דין מקום יהיה חייב**. כלומר, אם בבי"ד יצא זכאי, אולם **מלך ישראל רוצה להרוג אותו ע"פ דין המלכות, הוא רשאי**.

רמב״ם, הלכות מלכים:

למלך יש רשות להרוג כל מי שמרד, המר את פיו או ביזה אותו. זאת מפני תיקון עולם. **למלך יש סמכויות ענישה בעבירות של רצח ומרידה במלכות**. לא ברור אם יש סמכות ענישה גם בעבירות אחרות.

הר״ן:

עוסק בין השאר ביחס בין בי"ד של הסנהדרין לסמכויות השיפוט של המלך. **כל חברה זקוקה לגוף שיפוטי שידאג לסדר חברתי**. עם ישראל לא שונה מכל חברה אחרת, וזקוק גם לגוף שיפוטי כזה. בנוסף, הוא זקוק לגוף שיפוטי מעוד סיבה – ע"מ **לשמור על חוקי התורה ולהעניש אנשים שחייבים עונש מדין תורה**.

הוא מציע מבנה לפיו תחילה, פונים לסנהדרין. אם הם יחליטו שמדובר בדבר שראוי לעונש לפי דין תורה, הוא ישפוט את המקרה. אולם, אם הם יגיעו למסקנה ש**העבריין לא ראוי לעונש לפי דין תורה, המקרה יעבור לשיפוט אזרחי – שיפוט של המלך**. המלך יבדוק האם הסדר החברתי מחייב את הענשתו. **מטרת הענישה הזו היא חברתית ולא דתית**. המלך לא כפוף לכללים הנוקשים של ענישת התורה, הן הפרוצדורליים והן המהותיים.

**לשלטון של מדינת ישראל יש סמכות ואף חובה להשליט סדר בחברה, ומתוך כך הסמכות להעניש עבריינים שלא חייבים לפי דין תורה**. **לכן, ניתן להניח שההלכה מכירה בדין הפלילי כמחייב**.

**ההתייחסות למערכת בתי משפט האזרחיים בישראל:**

האם ע"פ ההלכה מותר או שיש חובה לפנות לביהמ"ש האזרחיים לפתרון סכסוכים או שמא יש לפנות רק לדין תורה?

בדיני ממונות ההלכה שוללת פניה אליהם ומחייבת פתרון ע"פ ההלכה. מדובר רק על המשפט הפרטי, לא הציבורי. במשפט הפרטי, המדינה מעודדת פתרון סכסוכים מחוץ לביהמ"ש. אז אולי אין מקום בכלל לפנות לביהמ"ש, ויש לפתור אותם רק לפי הדין העברי.

סיכום עקרונות כללים בנושא:

מאמרו של שוחטמן:

**בתי דין של הדיוטות** = בתי דין בהם הדיינים אינם בקיאים בדין התורה.

1. ההלכה מכירה באפשרות למנות **בתי דין של הדיוטות**. ככל הנראה, חכמים התירו זאת כי זה עדיף על פני פנייה לערכאות מקומיות (כלומר שלטון זר). חז"ל העדיפו שהשיפוט יישאר בתוך הקהילה היהודית. לפי רוב הפוסקים, **אפשרות זו קיימת רק במקום בו אין מי שבקיא בדין תורה**.
2. **בתי דין של הדיוטות אפשריים רק בתנאי שהם דנים לפי שיקול דעת**, ולא ע"פ מערכת חוקים זרה להלכה. לכן, יש יותר מקום להתיר פנייה לערכאות ששופטות ע"פ שיקול דעת ולא ע"פ דין זר מחייב.
3. **הפוסקים מסויגים מהאפשרות שהציבור יקבל על עצמו דיינים שאינם בקיאים בדין תורה**. גם אם זה אפשרי, זה ככל הנראה מצריך תקנת קהל שמצריכה אישור אדם חשוב, ואין אישור כזה.
4. **קיים איסור הלכתי להתדיין בפני ערכאות של גויים**. ככל הנראה, האיסור הזה התעצם כדילשמר את השיפוט בתוך הקהילה היהודית. יש שסוברים שבתי המשפט בארץ אינם ערכאות של גויים כי רוב השופטים יהודים. אך, **רוב הפוסקים סוברים שהגדרת בי"ד של גויים לא תלויה בזהות הדיינים, אלא באופי הדין**. לכן, **האיסור חל גם כששופטים יהודיים דנים ע"פ מערכת דינים שזרה להלכה**.
5. בהנחה שהפנייה לערכאות של גויים אסורה – **אין בהסכמת הצדדים לכך תועלת, הרי לא ניתן להתנות על איסור**. אך, יש מקורות מהם ניתן להסיק שהסכמת הצדדים עשויה להתגבר על איסורים, או להחליש את האיסורים. שוחטמן מפריך אפשרות זו.
6. **אין בכוחו של מנהג** **כדי** **להתגבר על האיסור**. נראה כי בארץ ישנו מנהג, לפיו כולם פונים לערכאות אזרחיות, אולם גם מנהג זה אינו רשאי להתגבר על האיסור לפנייה לערכאות אלו.
7. אם הצד שני מסרב להתדיין לפי ההלכה, ניתן **לקבל היתר** **לפנות לערכאות אזרחיות**.
8. ניתן **לפנות לבתי משפט שפועלים ע"פ שיקול דעת** ולא על פי מערכת חוקים מחייבת.
9. ניתן **לפנות למערכת המשפט לצורך הוצאה לפועל** (אכיפה). כלומר, פסק הדין יינתן בבי"ד והאכיפה שלו יכולה להיעשות בבימ"ש.

**פרופ' אליאב שוחטמן – מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל**

הנחת היסוד של ההלכה היא שכמו שיחידים מחויבים בקיום מצוות, כך גם **החברה היהודית ככלל מחויבת להתאים את אורחות חייה הציבוריים על בסיס התורה**. מכאן, ש**המדינה היהודית-ריבונית צריכה לאמץ 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 ע"פ "חוק זר" ולא ע"פ הדין היהודי. כשישנה התנגשות בין שני הדינים, עומד שומר המצוות בפני דילמה למי הוא מחויב לציית וכן, לאיזו מערכת שיפוטית לפנות.

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

כיצד מתייחסת ההלכה לפנייה לבימ"ש כללי בתחום שאפשר לפנות בו לבי"ד רבני?

ברייתא בגיטין:

1. אסור להתדיין בערכאות של גויים.
2. אסור להתדיין בבימ"ש יהודי שלא מורכב מדיינים מומחים בתורה (אלא מהדיוטות).

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

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

1. "ערכאות שבסוריא"

שו"ע: מי שממנה דיין שאינו בקיא בתורה עובר עבירה.

הרמ"א: מוסיף את דין "ערכאות שבסוריא" – במקום שבו אין חכמים הראויים להיות דיינים, או שכולם עמי הארץ, וזקוקים לדיינים (ע"מ שלא ילכו לערכאות של גויים) – ממנים את הטובים והחכמים שבהם, ואפילו שמעיקר הדין הם לא ראויים להיות דיינים, כיוון שבני העיר קיבלו אותם עליהם, אין לפסול אותם.

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 הם הדיוטות ואנאלפביתים, מאשר ערכאות של גויים. כל המציאות המאפשרת בי"ד שכזה היא רק קיומה של מציאות בה אין דיינים מומחים.

הר"ן: "ערכאות שבסוריא" הם דיינים שלא יודעים דין תורה, והם ממונים רק במקום בו אין בני תורה. לפיו, דיינים אלו דנים ע"פ 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.

סיכום עד כה: מה שמייחד את "ערכאות שבסוריא" הוא שמדובר בדיינים המוסכמים ע"י הציבור, ושאינם דנים ע"פ מערכת של חוק זר כדין מחייב, אלא דנים ע"פ שיקול דעתם כבוררים.

1. ערכאות הדנים לפי "חוקים ונימוסים" – שיטת המאירי

המאירי: "שדנים לאומד הדעת ובחוקים ונימוסים" – "ערכאות שבסוריא" דנים גם ע"פ מערכת חוקים זרים. שוחטמן מתקן הבנה זו ומסביר כי המאירי לא מתאר שאותם דיינים דנים ע"פ חוק זר מחייב, שהרי לא מדובר בבימ"ש של המדינה. בנוסף, אם הם היו דנים לפי החוק – איך יכלו להתחשב ב"אומד הדעת"?

כוונתו של המאירי היא שבערכאות שבסוריא, הדיינים דנים לפי אומד דעתם והדין הזר יכול להיות חלק ממכלול השיקולים שלהם. כלומר, במידת הצורך יש להם היתר ליטול דוגמא מהחוק הזר, אך זה לא מחייב.

* שיפוט ע"י גוף שאינו כפוף למערכת חוקים מחייבת – **מותר**. כמו גופים מקצועיים, מנהגי סוחרים, וכו'. גופים אלו לא דנים לפי חוק זר מחייב, אלא לפי שיקול דעתם ולפי מנהג הסוחרים וכו'.
* במצב בו הרשות או הגורם הרשמי לא פוסק לפי דין זר, אלא דן לפי שיקול דעתו – **מותר**. לדוגמא, פנייה לרשויות המוסמכות לעניין זכויותיהם של שוכרי דירות, או שיפוט בפני פקיד מוסמך לעניין חוק בתים משותפים, שמכריע לפי מומחיותו ושיקול דעתו.
* יוצא עד כה כי בתי המשפט בישראל לא נכנסים תחת הגדרת "ערכאות שבסוריא" כיוון שהם **דנים ע"פ מערכת החוקים המחייבת של המשפט הישראלי**, ולא ע"פ שיקול דעתם. קל וחומר במציאות בה קיימים בתי דין רבניים כאלטרנטיבה, לא ניתן להחיל את הוראת השעה של "ערכאות שבסוריא".
1. תשובת התשב"ץ

התשב"ץ מזכיר מקרה של בני עיר שהסכימו למנות דיינים שידונו ע"פ שיקול דעתם, ובמקרים של מחלוקת ישאלו את החכמים שבדור ההוא. קובע כי מרגע שקיבלו תקנה זו, 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 כי הדיינים האלו לא ידונו על פי הדין הזר, אלא לפי שיקול דעתם, ואותה תקנה תוקנה בשיתוף ובהסכמת חכמי העיר, ובוודאי שאי אפשר לתקן תקנה כזו שלא בפניהם. כלומר, **תוקף התקנה מותנה בקבלת אישור של אדם חשוב – סמכות הלכתית, אם ישנה כזו**. במדינת ישראל יש אנשים חשובים שלא נתנו הסמכתם לבתי המשפט, כך שלא ניתן להחיל פה את תשובת התשב"ץ. מה גם שבתי המשפט שלנו שופטים על פי דין זר ממש, ולא על פי שיקול דעת השופטים.

1. תשובת הרשב"ש

הרשב"ש דן במעמד של בי"ד המורכב מדיינים פסולים (דיינים שאינם מומחים), שהציבור קיבל על עצמו. לכאורה נדמה כי הציבור יכול לקבל על עצמו דיינים פסולים, אפילו אם מצויים חכמים שיכולים להיות דיינים. אך, הוא 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 מחויב בה.

1. דעת רבני 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**".

**ג. 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, אך מותר לבוא לפני בורר גוי.

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 כפסול, ולא בדיין הזר.

הרמב"ם, הלכות סנהדרין:

"כל הדן בדייני עכו"ם ובערכאות שלהם הרי זה רשע". אפשר לומר שהרמב"ם לא התכוון ב"דייני עכו"ם" לבתי הדין שלהם, כיוון שאח"כ הוסיף "ובערכאות שלהם". שוחטמן מציע שהגרסה הנכונה של הרמב"ם היא "כל הדן בדיני עכו"ם". כלומר, יש שני איסורים – התדיינות ע"פ דין זר והתדיינות בבימ"ש של גויים.

כך, יוצא שמצוות התורה: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" – תכליתה כי כל שאלה משפטית תוכרע ע"פ דין תורה,ולכןהכרעה 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 הדין "לפניהם ולא לפני הדיוטות", וגם על "לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים"**.

**ד. האם מותרת התדיינות בבתי משפט מכוח הסכמת הצדדים?**

הסכם בין הצדדים לא יכול לבטל את איסור ההתדיינות בערכאות גויים.

השולחן ערוך:

אסור לדון בפני דייני עכו"ם ובערכאות שלהם, וגם אם הסכימו הצדדים לכך – עדיין אסור. "הרי זה רשע, וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבנו".

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, מותר להתדיין בערכאות גויים.

הכותב סובר כי כוונת התקנה היא שאין להחרים ולנדות אדם, אלא אם תבע את חברו בערכאות גויים נגד רצונו, ולא ניתן להטיל עליו עונש זה, אם החבר הסכים לכך. בעצם **התקנה באה לחזק את האיסור** (להטיל עונש על הדן בערכאות גויים), אך מציבה סייג לעונש זה (רק אם אין הסכמה ואחד הצדדים הכריח את האחר להתדיין בבי"ד של גויים). בוודאי התקנה לא באה להתיר את האיסור לדון בערכאות אלו, איסור שמקורו בתלמוד ולכן לא ניתן לביטול.

שוחטמן מזכיר שרעיון דומה מוזכר בדברי בעל כנסת הגדולה ביחס למה שכתב הבית יוסף בשם רבינו ירוחם – ממקור מסוים נשמע שלכאורה אם שני בעלי הדין מסכימים ניתן לפנות לערכאות של גויים, אך לא כן, אלא ההבנה הנכונה היא שאם אחד מכריח את השני – מנדים אותו, אבל אם שניהם מסכימים – לא מנדים אותם, אך זה אסור.

החיד"א:

מביא את הרמ"ך, שאומר כי במקום בו לווה התנה שיוכל לקחת את הכסף חזרה בין בדין ישראל ובין 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 שקיבל בגלל התערבות הערכאה.

אך, אין להסיק מכך שההתדיינות מותרת, אלא שההתחייבות החוזית עצמה בין הצדדים הייתה מחייבת. אמנם, בביצוע ההתחייבות לדון בבי"ד של גויים יש משום איסור ולכן בי"ד לא יאכוף את ביצועה, אבל התנאי לא בטל מעיקרו, אלא בלתי ניתן לאכיפה בלבד. מאחר וההתחייבות החוזית תקפה, גם הזכות הממונית שנוצרה ממנה בעלת תוקף (למרות הערכאה). אם כבר נעשתה העבירה, וניתן פס"ד בערכאות של גויים, הוא מחייב. לא ניתן ללמוד מכאן על היתר לכתחילה לפנות לערכאות.

לסיכום, **אין מקור המוכיח תוקף מחייב לכתחילה להסכם להתדיין בערכאות גויים**. לכל היותר, לשיטת החיד"א והרמ"ך – אם הצדדים הסכימו לדון בערכאות של גויים וכבר עשו זאת, הם עשו זאת באיסור, אך פסק הדין תקף.

**ה. האם איסור הליכה לערכאות בטל מכוח המנהג?**

אולי ניתן לומר, כי למרות שמדובר באיסור, במשך הדורות לא הקפידו עליו ולכן יש בידינו מנהג להתדיין בערכאות גויים. האם המנהג גובר על הדין?

ר' שלמה קלוגר:

"מנהג... לילך בערכאות בלי רשות בית דין". שוחטמן 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. בעצם יש פה רק "הוצאה לפועל" של מה שנפסק לו בדין תורה.

ר' עקיבא איגר בחידושו לשו"ע:

במקום בו יש מנהג להתדיין "בפני אחרים", המנהג גובר על ההלכה ומבטל אותה ואפשר לדון כך. אך עיון במקורות שמזכיר ר' עקיבא מראה כי בפני אחרים פירושו בהתדיינות בפני בורר, הדן ע"פ מנהגי הסוחרים, ולא בערכאות של גויים הדנים ע"פ דין המדינה. כך פסק גם ביה"ד הרבני באשדוד – בפנייה לבורר אין משום פנייה לערכאות. אך בפנייה לבימ"ש שדן ע"פ מערכת חוקים זרה לתורה, יש משום פנייה לערכאות.

צריך לזכור שכלל בסיסי במנהגים הוא ש**מנהג לא יכול להתיר איסור**. "מנהג מבטל הלכה" נוהג רק בדיני ממונות, בהם מותר להתנות בניגוד לדין.

הרב עובדיה יוסף:

דן בשאלה האם מותר לפנות לבימ"ש 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. האיסור להתדיין בערכאות, גם בהסכמה, מבוסס על דעת כל חכמי ישראל ואין בכוחו של מנהג להתירו. אם יש מקורות שנראה שמתירים זאת – הם אינם מכשירים מעשה אסור, אלא קובעים הסדר שאינו אסור (כמו פנייה לבוררות, אך לא למערכת שיפוט הדנה ע"פ חוק זר כמחייב).

**סיכום:**

לאור דרישת ההלכה שכל בעיה שטעונה הכרעה משפטית תובא בפני בי"ד הדן דין תורה, הרי **כשיש אפשרות כזאת חובה להתדיין שם ואסור להתדיין בבימ"ש**. התדיינות בפני בי"ד רבני מתאפשרת רק **בדיני ממונות** ולכן גם רק עליהם חל האיסור. בנושאים אחרים אין מניעה להתדיין בפני בימ"ש, ואף ההלכה מכירה בבימ"ש אלו, הכרה המאפשרת לשומר מצוות לכהן כשופט במסגרת מערכת המשפט הכללית.

לכאורה, ניתן היה לומר שעיקרון שלטון החוק מחיל חובת התדיינות של כולם בבתי המשפט של המדינה, אך אין זה נכון כיוון שהמחוקק הישראלי מכיר בבוררות ואף רוצה בקיומה כדי להקל על העומס בבתי המשפט. לכן, אין בעיה חוקית בשלילה הלכתית של התדיינות בבימ"ש בנושאים ממוניים, כדי לחייב את שומרי המצוות לדון בפני בי"ד רבני. כדי שחיוב זה יהיה יעיל, חכמים בדורנו צריכים להתקין תקנות שישוו את סיכויי התובע לממש את זכויותיו בבי"ד רבני ובבימ"ש בצורה שווה.

**שיעור 16 – משפט ומוסר: "ועשית הישר והטוב"**

עוסק ביחס בין חיובים ממוניים משפטיים ובין חיובים ממוניים מוסריים. ככלל, אחד ההבדלים בין הוראה משפטית ובין הוראה מוסרית הוא כי **הוראה משפטית היא הוראה אכיפה בעוד הוראה מוסרית אינה אכיפה**. עולה השאלה, האם יש לאכוף חובה מוסרית שלא מבוססת בדין?

ע"א 350/77 כיתן נ׳ וייס:

תביעה נזיקית בה וייס תבע את כיתן. אדם שעבד כשומר בכיתן, הייתה לו גישה לאקדח, לקח אותו והרג את וייס, עו"ד שלו. משפחתו של וייס תבעה את כיתן ברשלנות, שלא השגיחו על האקדח, ביהמ"ש דחה את התביעה והמשפחה ערערה לעליון. החברה הסכימה לפשרת תשלום פיצויים, אך המשפחה התנגדה.

השופט אלון: דחה את התביעה. הוא פנה לכיתן ומבקש מהם **לנהוג לפנים משורת הדין** לשלם למשפחה את הפיצוי לו הסכימו בפשרה. הוא **ביסס זאת על המשפט העברי שמעניק חשיבות להתנהגות לפנים משורת הדין**.

השופט שמגר: הסכים עם פסק דינו של אלון, אך **הסתייג מקריאתו לנהוג לפנים משורת הדין**. זאת משום ש**תפקיד ביהמ״ש הוא לפעול כדין ולא לערב שיקולים של לפני משורת הדין**.

לדבריו של שמגר ניתן למצוא ביסוס במשפט העברי במדרש על דוד המלך:

סנהדרין דף ו':
"ויהי דוד עושה משפט וצדקה". מסופר כי **דוד המלך היה עושה משפט רק לפי הדין ללא עירוב כל שיקול זר**. וכך, גם אם היה עומד בפניו אדם עני, אם היה זה מהדין היה מחייבו. הוא **לא עירב שיקולים של לפנים משורת הדין** בתוך הדין עצמו, אלא עשה צדקה מחוץ לביה״ד באופן עצמאי. כלומר, הוא עשה צדקה, אך מחוץ לביהמ"ש, לא כחלק מהדין. **יש מקום לפעול לפנים משורת הדין רק לאחר שנגמר הדין**.

נתמקד בבחינת המקורות ההלכתיים התומכים בעמדתו של אלון. מכאן עולה השאלה **מה תפקידו של ביהמ"ש?** האם רק לעשות דין או לפעמים לעשות מה שנראה צודק גם אם זה לפנים משורת הדין?

ספר דברים, פרק ח:

פסוק י"ז: **"שמור תשמרון, את מצות ה'..."** – מצווה לשמור את כללי התורה.

פסוק י"ח: **"ועשית הישר והטוב, בעיני ה'..."** – מצווה לעשות את הישר והטוב בעיני ה׳.

לכאורה, הפסוקים נראים זהים, אך ההנחה המדרשית של חז"ל היא כי **אין חזרות מיותרות**, לכן סימן שגם פסוק י"ח מחדש משהו.

**מדוע יש צורך בשני פסוקים שלכאורה אומרים אותו דבר?**

הרמב״ן:

תחילה אומר שפירוש הפסוק הוא ש**בעת עשיית המצוות יש לכוון לעשיית הישר והטוב** (ולא ע"מ לקבל שכר או תועלת), אך לאחר מכן מביא מדרש ומסביר ש**העיקרון צריך להנחות את ההתנהגות שלנו ביחס לנושאים שה' לא ציווה עליהם בפירוש**. העיקרון המנחה הוא עשיית הישר והטוב בעיני ה' – לרבות פשרה, לפנים משורת הדין ושיח נעים עם הבריות.

למה צריך "הוראת סל" כזו? לא ניתן להזכיר בתורה את כל התנהגויות האדם עם האנשים הסובבים אותו. התורה מונה מצוות מסוימות, ומעבר לזה קובעת עקרון מנחה שלא נכנס לכל הפרטים.

הקושי לפיו לא ניתן להזכיר בתורה את כל ההתנהגויות של האדם הוא לא רק קושי טכני, אלא **עקרון מהותי**. אחד מעיקרי האמונה הוא שהתורה היא תורת נצח, אולם החיים דינמיים. לכן, יש להתאים את הפתרונות ההלכתיים למציאות המשתנה. המבנה של **עיקרון על מנחה** **מאפשר גמישות במילוי תוכנו בהתאם למציאות**.

**"**הוראת הסל" של 'הישר והטוב' היא אינה הוראת הסל היחידה לדעת הרמב"ן. **ישנה הוראת סל דומה בעניין** **"קדושים תהיו"** – **בין אדם לאלוקים**:

ויקרא, פרק י"ט, פרשת קדושים: "קדושים תהיו, כי קדוש, אני ה' אלוקיכם".

קדושה היא בד"כ פרישות, **הימנעות מדברים מסוימים**. הפסוק לא מסביר ממה צריך לפרוש.
ישנם חכמים שפירשו מושג זה:

* רש"י: **התרחקות מאיסורי עריות** שמופיעים בפסוקים הקודמים לפני פסוק זה. כלומר, יש קשר בין הפסוקים.
* הרמב"ן: **לא להיות נבל ברשות התורה**, וגם ביחס להגשמת עקרון עשיית הישר והטוב. **להימנע מהתנהגות לא הולמת**, גם אם אין עליה איסור. לדוגמא, לא להתמכר ליין, אפילו שמהתורה מותר לשתות יין, לא לדבר בגסות וכו'.

מדובר על עיקרון על שמנחה בצורה כללית כיצד להתנהג.

**עקרון הישר והטוב בתחום של דיני הממונות:**

פרשנות הרמב"ן לפסוקים:

* פסוק י"ז: יש לעשות את מה שה' מצווה. **רלוונטי לדין** – לפי הפשט, תקיים את הציוויים של ה'.
* פסוק י"ח: יש לעשות הישר והטוב בעיני ה'. **רלוונטי לפנים משורת הדין** (לפי הדרש) – כשאין ציווי כיצד לנהוג, עדיין תתנהג ע"פ האופן הישר והטוב בעייני ה', וזאת בשל הצורך המוסרי לעשות כן.

עקרון "לפנים משורת הדין" בא לידי ביטוי ב-3 מישורים:

1. **חכמים:** יתקינו תקנות ממוניות שיביאו לידי ביטוי את העיקרון הנ״ל.
2. **בתי הדין:** מעבר ליישום הכללים הפורמליים, ישאפו להגשים גם את היעד של עשיית הטוב והישר.
3. **האדם הפרטי:** כשאין הוראה מפורשת מה לעשות, על האדם לנהוג לפי עיקרון עשיית הישר והטוב.

**אופן מימוש העיקרון של עשיית הישר והטוב ע"י חכמים:**

תקנת חכמים בתחום דיני הממונות אינה רק הוראה מומלצת, אלא **מחייבת**. אך, יש תקנות (מחייבות) שמנסות ליישם את עשיית הישר והטוב. העקרון הזה הוא גם הנימוק לתקנות וגם קובע את גבולותיהן. כלומר, הן מחייבות כל עוד הן מגשימות את העקרון של עשיית הישר והטוב.

דוגמאות לתקנות אלו:

1. **"דינא דבר מצרא" – זכות ראשונים:**

דין בין המצר (גבול) = **זכות קדימה בין שכנים**.

במשפט העברי, זכות הקדימה נותרה במצב שבו ישנם שכנים ששדותיהם גובלים אחד עם השני. המשמעות של זכות זו היא ש**צד ג' לא יוכל לרכוש את השדה כל עוד השכן לא ויתר עליו**. למעשה, בפועל זה אומר ש**השכן יכול לאלץ את צד ג' שרכש את הנכס להעבירו אליו**.

זוהי תקנת חכמים המבוססת על עקרון הישר והטוב אשר הפכה להיות מחייבת. כלומר, תקנת חכמים שתוקנה לאור עיקרון הישר והטוב ונסמכת עליו. כשקיום התקנה לא מקיים את הישר והטוב, לא נשתמש בה. לפי טור חושן משפט, **דינא דבר מצרא יתקיים רק כשעולה בקנה אחד עם עקרון הישר והטוב**.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

מקרה בו בעל שדה אחד מוקף מכל צדדיו בשדות השייכים לקבוצת יורשים או שותפים. כל עוד הוא מחזיק בשדה שלו, אין להם את היכולת לסלקו, אך עולה שאלת זכות הקדימה כאשר הוא מכר את השדה לצד ג'. מתי קיימת הזכות לסלק את צד ג'?

* רבי יהודה: **מדובר בזכות מוסרית בלבד לסלק את צד ג', ולא זכות משפטית**. מי שקנה את הקרקע שנמצאת בין קרקעות של אחים/שותפים הוא לא מוסרי, אבל לא יסולק. ז"א, לא ניתן לפנות לצד ג' בטענה משפטית כי אין לו זכות קדימה משפטית שניתן לאכוף נגדו.
* רב נחמן: **מדובר בזכות משפטית לסלק את צד ג'**. לקבוצה יש זכות קדימה משפטית, ולכן אם צד ג' רכש את השדה ביניהם ניתן לחייב אותו למכור להם את השדה. היתרון שיצמח לשותפים מהקרקע גדול, יש ערך מוסף רב, אבל לצד ג' אין עניין מיוחד דווקא בקרקע הזו, ולכן זכותם גוברת. אולם, **במקרה של שכן רגיל** (המקרה הקלאסי של דינא דבר מצרא) **אין זכות קדימה משפטית**.
* חכמי נהרדעא: **בכל מקרה, כולל במקרה של שכן רגיל, יש זכות קדימה משפטית ע"פ עקרון עשיית הישר והטוב**.המוכר לא מפסיד דבר מלתת זכות ראשונים לשכן, שכן הרווח שלו נותר זהה בעוד לשכן יש ערך מוסף. התועלת לא מגיעה על חשבון צדדים אחרים. צד ג', שיאלץ למכור את הקרקע, יקבל בחזרה את מה ששילם, ומבחינתו אין עדיפות דווקא לקרקע הזו.

רש"י במסכת בבא מציעא:

"דינא דבר מצרא" לא תקף כשהוא גורם נזק למישהו. אין זכות קדימה במקרים הבאים:

1. **הוא גורם רעה לבעל השטח המוכר/לקונה**.
2. **כאשר המוכר נתן את הקרקע במתנה לצד ג'** – אם יקיימו את דינא דבר מצרא הוא לא יקבל כלום ויישאר מופסד.
החריג: אם בעל הקרקע המקורי נתן לו אחריות על המתנה, כלומר הוא קבע מראש שיפצה אותו אם הקרקע תילקח ממנו.
3. **"מכר כל נכסיו לאחד"** –כשלאדם יש הרבה שדות והוא מוכר את כולם לאדם אחד, כי העסקה מתבססת על כך שכל השדות נמכרים יחד ולא רוצים להפילה.
4. **במכירה לבעלים ראשונים** – אם המוכר שהקרקע שלו, מוכר אותה בחזרה למי שהוא קנה ממנו במקור. לבעלים המקורי יש קשר מיוחד לשדה.

טור חושן משפט:

**דינא דבר מצרא יתקיים רק כשעולה בקנה אחד עם עקרון הישר והטוב**. במקרה הרגיל, תגרם תועלת גדולה יותר לשכן ולכן יש למכור לו. אך, במקרה בו נגרם נזק כלכלי והפסד למוכר או לקונה, הדין לא חל.

עם הזמן הותקנו עוד כללים רבים למתי הדין לא תקף, ע"מ לוודא שלא יגרם נזק לאחר. בפועל יוצא שהדין כמעט ולא תקף.

1. **"שומא הדר" – שיעבוד נכסים בהלוואה:**

שומא הדר = **שמאות חוזרת**.

כשמלווה נותן הלוואה למישהו, הוא רוצה להבטיח ככל הניתן שיוכל להיפרע מהחייב בהמשך. לכן, בעת מועד הפירעון כל נכסי החייב משועבדים לחוב, כך שהמלווה יוכל להיפרע מהם במקרה הצורך, זאת בתנאי שביה״ד משאיר ללווה את צרכי הקיום המינימליים שלו.

יש חשש שבמועד הפירעון, החייב יישאר ללא נכסים כלל. לכן, ההלכה קבעה שכל הלוואה שנכתב בגינה שטר חוב כוללת את שיעבוד הנכסים של החייב. משמעות השעבוד היא ש**זכות המלווה להיפרע מהנכסים קודמת לזכותו של צד ג׳ שקיבל/רכש את הקרקע לאחר מועד ההלוואה**.

אם במועד פירעון החוב לא נותרו בידי הלווה נכסים, המלווה יכול להיפרע מהנכסים המשועבדים. אם יש כמה נכסים משועבדים וכולם נמכרו – סדר הגבייה הוא מהנכס שנמכר אחרון, לאחד לפני אחרון וכו'. הסיבה לסדר הגבייה: הקונה הראשון יכול לטעון כלפי המלווה שכאשר הוא קנה את הנכס הוא בדק שיש בידי הלווה מספיק נכסים אחרים מהם יוכל המלווה לגבות את החוב. האחרון לא יכול להגיד את זה.

כדי שקונים יוכלו להיזהר ולא לקנות נכס משועבד נקבע ש**השעבוד חל רק כאשר נכתב שטר נגד ההלוואה – שטר יש לו קול, יש לו פרסום**. השטר נכתב ע"י סופר מיוחד וכל מי שרצה לקנות נכס היה יכול לבדוק אצלו אם חל שעבוד על הנכס. דומה מאוד לעסקאות במקרקעין כיום.

כשבית הדין מאפשר למלווה לממש קרקע של החייב, הליך המימוש יתבצע בשלבים:

1. **שטר חיפוש נכסים**: ביה"ד כותב שטר שמשמעותו היא שעל המלווה לחפש אחר נכסי החייב, כדי לאפשר לביה"ד לקבוע איזה נכס ימומש לטובת החזר ההלוואה.
2. **שטר אדרכתא, דריסת רגל**: ביה״ד מאפשר למלווה להעביר לחזקתו מקרקעין ששייך לחייב או לצד ג׳ אליו הועבר, כך שבינתיים יהיה בידו נכס שיוכל לתפוס עליו חזקה.
3. **שומה, העברת בעלות**:הערכת שווי והעברת בעלות. הערכה מדויקת, שמאות של הנכס. ביה״ד מעריך את ערך הקרקע על מנת להעביר למלווה ואז הקרקע הופכת להיות שלו לכל דבר.

בין כל אחד מהשלבים יש 30 ימים בהם החייב יכול לפרוע את חובו, כך שאם יצליח התהליך ייפסק. אחרי שלב השומה, הקרקע שייכת למלווה, הוא הבעלים של הנכס לכל דבר ועניין. ע"פ דין, גם אם הלווה השיג את הכסף, המלווה (הבעלים החדש של הקרקע) לא חייב להחזיר לו את הקרקע שהרי היא כבר ברשותו. אך, חכמים תקנו שהוא חייב – **שומא הדר**.

שומא הדר לעולם: במידה ואדם השיג את הכסף הדרוש לשם החזרת חוב, לאחר שמועד הפירעון עבר ועוקל לו דבר מה 'המכסה' את שווי החוב, הוא יוכל עדיין להחזיר את החוב לבעליו ולקבל בתמורה את הרכוש שעוקל לו. זכות הלווה להשיב את ההלוואה ולקבל חזרה את הנכסים שניתנו למלווה עומדת לזכות לתמיד.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

חכמים תקנו תקנת "שומא חוזרת" – עקרון האומר שאם הלווה השיג את הכסף, המלווה צריך להחזיר לו את הקרקע. ישנן כמה דעות בנוגע להלכה זו, הנוגעות לשאלה תוך כמה זמן יכול החייב להחזיר את החוב ולקבל את הקרקע?

* חכמי נהרדעי: החייב יכול להתחרט תוך **שנה**.
* האמורא אמימר: החייב יכול להתחרט **תמיד**, זה מתיישב עם עקרון הישר והטוב – המלווה לא מפסיד מזה דבר (מקבל את הכסף שמגיע לו) והחייב מרוויח.

**ההלכה נפסקה כאמימר** – השומא חוזרת לעולם, מתוך עקרון עשיית הישר והטוב.

רמב״ם, הלכות מלווה ולווה:

**יש למכור ללווה בחזרה את הקרקע מידי המלווה לעולם** מתוך עקרון הישר והטוב, אבל רק אם היא בבעלות המלווה. **אם המלווה העבירה הלאה לצד ג'** (הוריש/נתן מתנה/מכר) **לא ניתן להשיבה ללווה**, משום שהדבר פוגע בצד ג'. כאן בא לידי ביטוי שעיקרון הישר והטוב תקף כל עוד הוא לא פוגע באחר.

כשהמלווה השקיע בקרקע ומכך **נגרם לה שבח**, **על הלווה להעניק למלווה את ההשקעה**. יש להניח שזכות הלווה לפדות את הקרקע (לפחות בסכום החוב המקורי) תוגבל גם כאשר מחירה עלה.

**אופן מימוש העיקרון של עשיית הישר והטוב ע"י בית הדין:**

1. **לפנים משורת הדין:** ביה״ד יכול לחייב לנהוג לפנים משורת הדין.

חובת השבת אבדה – עקרונות בסיסיים:

1. לפי דין תורה, **קיימת חובת השבת אבדה על פי סימנים לבעליה**. אסור להתעלם מהאבדה, **יש חובה לנסות ולאתר את הבעלים**.
2. **במקרים מיוחדים ניתן להתעלם מהאבדה**. לדוגמא, אם מדובר באדם זקן שלא מכבודו לאסוף את אותה האבדה, או מי שזמן ההתעסקות שלו עם האבדה עולה על השווי שלה.
3. **אם הבעלים התייאש המוצא יכול לקחת את האבדה לעצמו**. דוגמאות לייאוש בעלים:
* אין בחפץ שום סימן זיהוי והבעלים לא יוכלו להוכיח שהאבדה שייכת לו.
* כאשר האבדה לא שווה פרוטה, ערך נמוך מאוד ואנשים בד"כ מוותרים עליה.
* כאשר החפץ נמצא במקום בו רוב העוברים והשבים אינם יהודים, שכן לא מוטלת עליהם חובה להחזיר את החפץ.
1. **כשאדם מוצא אבדה הוא חייב להכריז על מציאתה כדי שהבעלים יוכל לבוא לאסוף אותה**. משך ההכרזה הוא שנה ומתבצעת במקום מיוחד (בבית המקדש או בכל מקום ציבורי אחר).
2. **גם אם אחרי ההכרזה לא נמצאו הבעלים המציאה אינה בבעלות המוצא**, אלא **היא נשמרת** עד שיבוא אליהו הנביא ויתגלו הבעלים. כלומר, לא יהיה יותר ספק ויגלו מי הבעלים.
3. **כשמדובר בחפץ שעלול להתקלקל המוצא צריך למכור אותו ולשמור את הכסף עבור הבעלים**. אם המוצא רוצה לקנות בעצמו, יש לקבל אישור מביה״ד על כך שהמחיר הוגן.
4. **כשמדובר במציאה שדורשת טיפול ומניבה תועלת** **יש לשמור שנה ואחרי שנה למכור** (תרנגול/פרה). **כשמדובר במציאה שדורשת הוצאות טיפול ולא מניבה תועלת** **יש לשמור חודש ואח״כ למכור** (כלב/חתול).

הבעייתיות: לא ניתן לחייב באמת לבצע פעולה דרך "לפנים משורת הדין", הרי דין הוא חובה, ואילו לפנים משורת הדין אינה חובה. זה מעלה כל מיני שאלות.

מקרים בהם מופיעה התנהגות של לפני משורת הדין:

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

ר' יהודה הלך בשוק אחרי שמואל ושאל אותו שאלות.

* שאלה: מה דינו של ארנק שנמצא בשוק שבו רוב העוברים אינם יהודים?
תשובה: המוצא יכול לקחת את הארנק לעצמו, שכן מניחים שבעל האבדה התייאש, משום שרוב העוברים בשוק לא מחויבים להחזיר את האבדה.
* שאלה: מה הדין לגבי אדם שטוען שהאבדה שלו ומוסר סימנים?
תשובה: **עקרונית אין חובה להחזיר**, אך שמואל טוען ש**חייב להחזיר**.

ר' יהודה מצביע על הסתירה: אם הוא לא חייב להכריז על מציאת האבדה, אז בעקרון הארנק שלו ולכן, הוא גם לא חייב להחזירו. מדוע בכל זאת הוא חייב להחזיר אם מגיע הבעלים? **שמואל** **מיישב את הסתירה בנימוק של לפנים משורת הדין**.

הניסוח לא מציג זאת כ"לפנים משורת הדין", אלא כחובה להחזיר את הארנק ולנהוג לפנים משורת הדין.

שמואל הסיק את דרכו מאביו, אשר השיב חמור שמצא במדבר לאחר יותר משנה, למרות שהיה יוכל למכור אותו ולשמור למאבד את הכסף. זו התנהגות לפנים משורת הדין. ההבדל הוא שאביו של שמואל נהג לפנים משורת הדין מרצונו בעוד שמואל טוען שקיימת **חובה לנהוג לפנים משורת הדין**.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

סיפור הסבל:

ר' ישמעאל הלך ופגש בדרכו סבל, שהניח שק על הארץ על מנת לנוח. כדי להמשיך ללכת, נדרש לסיוע להעלות את השק על גבו וביקש את עזרתו. משום שלא רצה לעזור, שאל כמה שווה השק ורכש אותו, ואז הפקיר אותו לכל מי שרוצה לקחת. הסבל לקח לעצמו את השק וביקש מר' ישמעאל עזרה פעם נוספת. ר' ישמעאל קנה את השק שוב והפקיר אותו שוב, והפעם קבע שהוא מפקיר את השק לכל העולם חוץ מלסבל.

בפועל, זהו לא באמת הפקר. הרי כאשר מקיימים הפקר, בעל החפץ מוותר על הבעלות במאה אחוז ולא ניתן למנוע מאדם מסוים לקחת את ההפקר. הסבל לא הכיר עקרון זה ולכן, ר' ישמעאל ניצל זאת ע"מ למנוע ממנו להתעשר על חשבונו.

ר' ישמעאל היה יכול לנצל את הפטור של "זקן שאינה לפי כבודו" שמעמדו מעניק לו, ואז להתעלם מהאבדה, כלומר לא לעזור לסבל. למה הוא לא ניצל את הפטור הזה? משום שהוא לא היה מעוניין להימנע מהסיטואציה דרך "זקן שאינה לפי כבודו", שכן נהג לפנים משורת הדין.

ההבדל בין הסיפורים: ר' ישמעאל **נוהג לפנים משורת הדין מיוזמתו, באופן עצמאי**, בעוד **שמואל מחייב את ר' יהודה לנהוג לפנים משורת הדין**. בנוסף, זהו סיפור ממשי, לעומת הסיפור התיאורטי הקודם.

תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

רבא בר בר חנן שכר חברת סבלים שיעבירו עבורו חביות יין, אך הם שברו את החביות. הוא ביקש פיצוי עבור זאת, אך הם סירבו. על כן, רבא לקח את גלימתם כמעין סעד עצמי. הסבלים עתרו בפני רב אמורא, והוא פסק כי יש להשיב להם את גלימתם. הפועלים התלוננו שהם רעבים, שכן רבא לא שילם להם את שכרם. רב הורה לו לשלם את שכרם. רבא מתפלא ושואל אם זה הדין – הרי לפי דיני הנזיקין עליהם לפצות אותו. רב עונה לו שזהו הדין: "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור" – **יש לנהוג לפנים משורת הדין**. גם פה, נקבע שזה הדין.

תלמוד בבלי, מסכת בבא קמא:

גברת הלכה לרבי חייא, שמקצועו זיהוי מטבעות, בכדי לגלות את ערכו של מטבע שהתכוונה לרכוש. חייא מסר כי המטבע טוב ועל כן היא רכשה אותו ושילמה בעבורו סחורה. עם זאת, כשניסתה להשתמש בו, המטבע לא התקבל. לפי ההלכה, אם אדם נתן חוות דעת מוטעית הוא עלול להתחייב בפיצוי. אך, אם מומחה גדול בתחום, כמו ר' חייא, טעה, זה מתפרש כהיעדר רשלנות, והוא פטור מפיצוי. ר' חייא יכול היה לדחות את טענת האישה, כי הוא מומחה גדול, אך הוא החליט לנהוג לפנים משורת הדין, לפצות אותה על ההפסד ולרשום בספריו את ההפסד.

האם יש חובה לנהוג לפנים משורת הדין?

1. **חובה – כפייה**

המרדכי: **ביה"ד כופה על לפנים משורת הדין**, כמו שלמדנו מהניסוח של שמואל בסיפור הארנק. עם זאת, הכפייה תיעשה רק על מי שיש לו יכולת לנהוג כך, שיש לו אמצעים וכסף לכך.

1. **לא חובה – המלצה חמה**

הרא״ש: **ביה"ד לא כופה לנהוג לפנים משורת הדין**. נותן דוגמא למקרה של מציאת הארנק, אין כפייה להשבה כי אין כפייה לנהוג לפנים משורת הדין. ביחס לחיוב של ר' שמואל, ייתכן והוא התכוון לחיוב מוסרי ולא חיוב דתי.

הרמב״ם: **מי שרוצה ללכת בדרך הישר והטוב ינהג לפנים משורת הדין**, אבל זו לא חובה. נותן דוגמה לפיה אם אדם מצא דבר במקום שהרוב גויים, הוא יוכל לקחת לעצמו ולא להכריז שמצא כי חזקה שהמאבד התייאש. אם המאבד בא ונתן סימנים, ניתן להשיב לו לפנים משורת הדין, אך הוא לא מחויב. אם הוא מעוניין ללכת בדרך הישר והטוב יעשה זאת וזאת בהתאם לשיקול דעתו, זו לא חובה.

1. **ביניים – כפייה חלקית**

פתחי תשובה: **ביה"ד כופה באמצעות אמצעי כפייה מוחלשים**. אומרים לאדם שהוא חייב, אחרת יהיה עבריין. כלומר, מנסים לשכנע, או לכל היותר נידוי. לא מפעילים את כל אמצעי הכפייה הרגילים.

שיקולים בציפייה לנהוג לפנים משורת הדין – מתי נצפה מאדם לנהוג לפנים משורת הדין?

* פער כלכלי: ככל שיש בין הצדדים פער כלכלי גדול יותר, תהיה נטייה להפעיל את הכלל.
* מעמד חברתי/דתי: קיימת ציפייה מתלמידי חכמים שיגלו נכונות לפעול לפנים משורת הדין. אולי מתקשר גם למצוות קידוש ה'.

הרמב"ם: אם אדם למד תורה ונוהג ביחסי אדם וחברו מעל המצופה הוא מקדש את ה' ואם הוא פוגע באנשים ומזלזל הוא מחלל את ה'. מכאן, אדם שמעמדו החברתי/דתי גבוה צריך לנהוג בזהירות יתרה בהתנהגות שלו. לדוגמא, סיפורו של ר' חייא ששילם עבור מטבע שהעריך באופן שגוי למרות שלא היה חייב.

* הפסד מול רווח: האם ייגרם למי שנוהג לפנים משורת הדין הפסד, או לכל היותר יימנע ממנו רווח? ככל שלא יגרם הפסד, הציפייה לנהוג לפנים משורת הדין גבוהה יותר. לדוג', בהשבת הארנק או הסיוע בהטענת החפץ – הציפייה גבוהה יותר כי אין פה הפסד ממש. אולם, במקרה של הפיצוי לסבלים והמטבע – ההתנהגות גרמה הפסד למי שנהג כן ולכן הציפייה נמוכה יותר.
* פריבילגיה מול נורמה: האם הדרישה להתנהגות זו גבוהה מהנורמות הרגילות, או שמדברים על הימנעות מפטור מיוחד? יש צפייה גבוהה יותר לוויתור על פטור מיוחד (ר' חייא, ר' ישמעאל – מקרה בו אדם לא מנצל פטור שיש לו, אלא מתנהג לפי הנורמה), ואילו ציפייה נמוכה בקשר להתנהגות מעל הנורמה המקובלת (לדוג' הסיפור של הסבלים – התנהגות שהיא מעבר לנורמה הרגילה).

**בכל מקרה ספציפי, יישקלו השיקולים הרלוונטיים למקרה**. לעיתים שיקולים יסתרו אלו את אלו, ובכל מקרה ביה"ד יאזן בין השיקולים.

לעיתים ביה"ד יפעיל לחץ חזק להתנהגות לפנים משורות הדין, לעיתים חלש, לפעמים בכלל לא.

המישור של לפנים משורת הדין מצוי בארגז הכלים של ביה"ד ומאפשר לו גמישות בדין, שתעזור להגיע לתוצאה שאינה רק נכונה אלא גם צודקת, ומגשימה את עקרון עשיית הישר והטוב.

הדין הישראלי מול הדין העברי בנושא השבת אבדה:

|  |  |
| --- | --- |
| **דין ישראלי** | **דין עברי** |
| נקבע כי כל זמן שלא ניתן להניח כי בעל האבדה התייאש ממנה משום מיעוט שוויה, קיימת החובה להשיבה לידי הבעלים או המשטרה.  | מצוינות נסיבות נוספות על זו שבדין הישראלי, בהן לא קיימת חובת ההשבה והן: כאשר בחפץ אין סימן וכאשר הרוב הנמצא במקום הוא אינו יהודי. |
| יש התייחסות לאבדה שנמצאה אצל הזולת.  | אין התייחסות. |
| אם תוך 4 חודשים ממציאת האבדה או מסירתה למשטרה לא נאספה, המוצא זכה. | התקופה הנדרשת היא שנה, אך עם זאת גם בתום השנה האבדה לא שייכת למוצא אלא היא נשארת אצלו עד שיבוא אליהו הנביא ויגיד למי היא שייכת.  |
| יש דיון בנושא בעלות המדינה או החלטת שר המשפטים באשר לאבדה. | אין דיון בנושא. אולם, ניתן אולי לראות את הקביעה כי אליהו יבוא ויקבע למי שייכת האבדה כמקבילה אפשרית. |
| אם בעל האבדה לא ביקש את שאיבד תוך 4 חודשים, תהיה לו שנה לקנות מהמוצא את האבדה בשוויה המלא כל עוד לא נעשה בה שינוי. | בעל האבדה צריך להוכיח שהאבדה שלו ע"פ מתן סימנים ואם אכן הוכח הדבר יש להשיב לו את שלו. |
| ישנה התייחסות לסוג האבדה ושוויה הרגשי/ממוני.  | ישנה התייחסות רק לנסיבות ומאפייני האבדה. |
| מכירת האבדה במקרים בהם מדובר בחפץ בר קלקול או חפץ הדורש טיפול/חיה שאינה מניבה כסף, המוצא ימכור את האבדה וישמור את הכסף לבעלים. | דומה. |
| העונש בעבור אי מילוי הכתוב בחוק הוא קנס או מאסר בפועל. | העונש הינו ״עבירה על איסור הלכתי״. |

1. **חיוב בדין שמיים:**

כלי נוסף שמאפשר לבית הדין לפעול למען עשיית הישר והטוב. רלוונטי בעיקר בדיני הנזיקין. יש הבחנה בין נזק שאדם עושה באופן ישיר, בידיו, לבין נזק שאדם גורם בעקיפין, גרמא.

תלמוד בבלי, מסכת בבא קמא:

בהלכה יש **הבדל בין נזק ישיר שמבצע אדם לבין נזק עקיף שגורם אדם** (גרמא). ההבחנה חשובה במקרים בהם ישנו פטור כאשר הנזק הנגרם הוא עקיף, ולכן האדם אינו חייב לשלם – פטור מדיני אדם (ביה"ד לא יחייב את המזיק ולא יאכוף תשלום).

כשהנזק נגרם באופן ישיר המזיק יהיה חייב בבי"ד, כשהאדם הזיק בגרמא (בעקיפין) הוא יתחייב בדיני שמיים.
הגדרת הנזק כגרמא לא קשורה ליסוד הנפשי, אלא לאופן בו נגרם הנזק. גם מזיק בכוונה שהזיק בדרך עקיפה יכול להיות מזיק בגרמא.

דוגמאות לנזק בגרמא:

1. **נותן סם מוות בפני בהמת חברו:** אדם שמרעיל את בהמת חברו ומביא למותה. אם הוא האכיל את הבהמה ברעל בעצמו – מדובר במעשה ישיר והוא יהיה חייב בבי״ד. לעומת זאת, אם רק פיזר את הרעל בחצרו והבהמה אכלה ממנו – מדובר בגרמא והמזיק יהיה חייב בדיני שמיים.
2. **היודע עדות לחברו ואינו מעיד:** כדי להוכיח טענה בדיני ממונות, על אדם להביא שני עדים כשרים שיתמכו בדברים. העד מחויב להעיד. אם אדם שיודע שהוא עד יימנע מלהעיד וכתוצאה מכך החבר הפסיד בתביעתו, הוא ייחשב כמי שגרם נזק בעקיפין – גרמא והוא יחויב בדיני שמיים.
3. **הפורץ גדר בפני בהמת חברו:** מזיק שפורץ גדר ללא רשות, שמאחוריה יש בהמה של מישהו, ואותה בהמה ניזוקה או הזיקה לצד ג', הפורץ יחשב כמזיק בגרמא ויחויב בדין שמיים. המעשה שלו הוא שאפשר את הנזק, אך לא ביצע את הנזק ישירות.

מה המשמעות של הכלל?

רש״י, מסכת גיטין:

**מדגיש את הפן של הענישה**. מתייחס לחיוב בדיני שמיים כאל ענישה משמיים. בי"ד לא כופה לשלם פיצוי על נזק בגרמא, אך משמיים יענישו את המזיק. מדבר על מזיק בגרמא שהתכוון להזיק. לפי רש"י, אם המזיק יבחר לשלם – זה יקל או יפטור אותו מעונש.

ראב״ן, מסכת בבא קמא:

**מדגיש את מעמדו של בית הדין גם כשמדובר בחיוב בדין שמיים**. סוג של איום מצד ביה"ד – "אנחנו לא יכולים לכפות עליך לשלם, אבל תדע שאתה אמור מדין שמיים, ואם לא – תיענש מדין שמיים". לאמירה כזו יש משמעות – גם אם זה לא יוביל לתשלום מלא. המשמעויות:

1. **המטרה היא לגרום לאדם לשלם** (מעין איום). ביה"ד צריך להשתמש בחיוב בדיני שמיים כתמריץ למזיק לשלם לניזוק. ניתן להשתמש בכלי זה רק בחברה שחוששת מדין שמים. שונה מבי"ד, שהחשש הוא מתגובה משפטית (מעצר, מאסר).
2. יש משמעות לדברי ביה"ד.
3. לא ניתן לכפות על האדם את התשלום.
4. אין הכרח לשלם את כל הסכום, ניתן להגיע להסדר כלשהו. ההסדר ואחוזי התשלום תלויים במידת הנזק שגרם המזיק, מידת האשמה, כוונה, חומרת המעשה ושיקולים שונים ונוספים.

משנה מסכת בבא קמא, ים של שלמה:

מצטט עמדה דומה לראב"ן, אבל מסתייג ממנו. לפי עמדה זו, לא רק מודיעים למזיק, אלא דוחקים אותו לשלם. מן הסתם, מידת הלחץ שיפעילו קשורה לנסיבות (אם התכוון להזיק או שזה קרה בטעות, מעמדו הכלכלי וכו'). מידת הלחץ של ביה"ד יכולה להשפיע גם על הפשרה שיעשו הצדדים בניהם. ככל שביה"ד לוחץ יותר, החייב בדין שמיים יהיה מוכן לשלם יותר, לניזוק יש אינטרס נמוך יותר לוותר על התשלום.

למזיק יש אינטרס לפצות את הניזוק, שכן לחיוב דתי יש משמעות. יתרה מכך, המזיק מוגדר כמי שעבר עבירה, ולדעת חלק מהראשונים (למשל המאירי), אם הוא לא יפצה את הניזוק, על כל הנזק או על חלקו, הוא יחשב לגזלן ויהיה פסול לעדות.

המאירי:

התוצאה של הפרת חיוב דין שמיים: **אדם שביה"ד חייב אותו לשלם והוא לא שילם ייחשב גזלן ויהיה פסול לעדות** (מזיק ישיר). זה לא עונש, אלא תוצאת מדיניות (אדם לא אמין). כמו כן, אדם שביה"ד קבע כי הוא מחויב בדין שמים הוא גם גזלן ופסול לעדות. ביה"ד אמנם לא יכול לאכוף, אבל ההתייחסות אליהם זהה.

המסקנות: (1) מוסרית אתה מחויב לקיים את חיוב דין השמים. (2) ביהמ"ש יכול להפעיל לחץ כדי שתקיים את החיוב.

**אופן מימוש העיקרון של עשיית הישר והטוב בהתנהלות המצופה מהאדם הפרטי:**

**במקרים של רוח חכמים ומידת חסידות לא מדובר על נורמות אכיפות**. **הדין מנסה להכווין התנהגות**, אך ביה"ד לא לוחץ או משפיע.

1. **רוח חכמים נוחה/לא נוחה הימנו**

רוח חכמים נוחה/לא נוחה מהתנהלות מסוימת של האדם. רוח חכמים כמייצגים את רוח התורה ואלוקים.

דיני ירושה וצוואה:

דיני ירושה וצוואה בישראל קובעים שהמוריש יכול לעשות צוואה ואם תהיה לפי הכללים נכבד אותה. אולם, במשפט העברי קיימים דיני חלוקת ירושה, אך אינם זהים לחוק הישראלי (לדוג', האיש יורש את אשתו, האישה לא יורשת את בעלה). בהלכה, אדם אינו יכול לכתוב צוואה. כשהוא מת, אין לו שליטה בנכסים שלו ולכן לא יכול להחליט עליהם. לכן, קיים הליך של "מתנה מחיים" – האדם יכול לתת את הנכסים שלו במתנה שתיכנס לתוקפה רגע לפני מותו.

דעות החכמים:

* תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא: ניתן שלא למסור את נכסיך לבניך, אלא לצד ג', אולם "אין רוח החכמים נוחה" עם זה.התפיסה היא שבאופן טבעי נכסים אמורים לעבור לבנים.
* רשב"ם: הכוונה ב"אין רוח החכמים נוחה" היא שהחכמים אינם מרוצים מההתנהגות, היא גורמת להם לחרון אף. מטרת רוח החכמים היא להכווין את ההתנהגות, בכך שאנשים כן יורישו לבניהם את הנחלה. רוח החכמים עשויה להיות תלויה במציאות – מידור מלא של ילדים או חלוקת הנכסים בין הילדים לבין צדדי ג', וכו' – יש להם **מרחב תמרון**.
* ר' שמעון בן גמליאל: מציע עמדה אחרת – אם הבנים לא נהגו כשורה, האדם יוריש את נכסיו לצד ג'.

**גזלן** – בבלי, מסכת בבא קמא:

ההלכה אוסרת על הלוואה בריבית. מי שמלווה בריבית הוא גזלן, כלומר חי חיי גזל. מי שגזל גזלות מרובות בשווי קטן, ומעוניין לחזור בתשובה, צריך להשיב את כל מה שלקח ובכך יכפר על מעשיו.

הבעיה: הדבר עלול להרתיע אנשים מהתשובה – הגזלן גזל כל חייו סכומים קטנים וזה הבסיס של כל מה שיש לו, כעת אם ירצה לחזור בתשובה, הוא יחשוב בשנית כי אם יחזיר את כל רכושו לאנשים מהם גזל, יכנס למצוקה כלכלית. פתרון החכמים:

הגזלן צריך להציע להחזיר את מה שגזל ובנוסף, הנגזל צריך לוותר על ההשבה, שכן "רוח חכמים לא נוחה" עם קבלת הכסף בחזרה, על אף שלפי דין ניתן לקבל. סיפורו של גזלן שרצה לעשות תשובה ואשתו אמרה כי אם יחזיר את שגזל, לא יישאר להם דבר שכן כל דבריהם גנובים, ולכן הוא לא עשה תשובה. מניחים שההפסד שנגרם לנגזל, אם יוותר על ההשבה לא גדול, ואת הגזלן זה יעודד לשנות את דרכיו (יוכל לחזור בתשובה, בלי להישאר חסר כל). רוח חכמים לא נוחה עם העובדה שגזלנים לא יוכלו לחזור בתשובה. כאשר הנגזלים יבינו שרוח חכמים לא נוחה עם התנהגות זו, הם יוותרו על ההשבה.

**שמיטת חובות** – משנה, מסכת שביעית:

מתוארים 3 מעשים שרוח החכמים נוחה עמם:

1. **החזרת חובות בשנת שמיטה ע"י אדם אמיד:** בשנת שמיטה החובות נמחקים, אבל רוח החכמים תהיה נוחה אם אדם אמיד עדיין ישלם את החובות שלו גם בשנת שמיטה. **המטרה היא לעזור לחלשים**, ומהסיבה הזו עשיר שלא מחזיר את חובותיו ונותן להם להימחק, למרות שבאופן משפטי-עקרוני הוא יכול לעשות את זה, זה לא הוגן, וזה עלול לגרום לזה שאנשים לא ירצו להלוות לאחרים. לכן, חכמים מעודדים להחזיר את החוב, "רוח החכמים תהיה נוחה עמו" אם כן יחזיר את החוב.
2. **הלוואה מגר והחזר החוב לבניו של גר שנפטר:** כשאדם מתגייר הוא כאילו נולד מחדש, ולכן אם כל ילדיו הם לפני שהתגייר, וכן אין לו חוזה מתנה לגבי רכושו (ואז הם הפקר) אז למעשה אין לו יורשים במותו. כשהרכוש הפקר – מי שקרוב אליו יכול ליטול אותו. מכאן, כשאדם לווה מגר שהולך לעולמו, החוב הופך להפקר והלווה יכול להיות הראשון שיזכה בכסף. מבחינה משפטית הלווה לא חייב להחזיר את החוב לבניו. עם זאת, רוח החכמים תהיה נוחה אם כן יחזיר את החוב לבניו של הגר. אולי זה **כדי שהילדים לא ירגישו תחושת קיפוח**. מדוע חכמים לא תקנו תקנה שמחייבת את השבת הכסף? אין תשובה ברורה, אולי כי זה מקרה נדיר.
3. **משיכת חפץ:** חפץ עובר לאחר פעולת משיכה, ואם לא התבצעה פעולת משיכה – לא עבר ע"פ דין. רוח החכמים נוחה עם כך שהמוכר יעמוד במילתו ויקיים את עסקת המכר, גם אם לא התבצעה פעולת משיכה.
4. **מידת חסידות**

רוח חסידות – מופנה ליחידים הנוהגים מידת חסידות. חסידות מלשון חסד, כלומר אנשים שנוהגים בצורה מחמירה יותר מבחינה דתית.

**הונאה במטבעות** – תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא:

תזכורת – אם חפץ נמכר בפער של 20% לאחד הצדדים (גם אם זה בתום לב) – הצד הנפגע יכול לקבל את ההפרש/לבטל את העסקה, משום שזו הונאה. דין הונאה חל גם במטבעות.

ישנו דיון בפרק הזמן שעומד לרשותו של מי שקיבל מטבע לטעון טענת הונאה. פרקי הזמן קצרים, כי מטבע עובר מיד ליד. ככל שיעבור הזמן יהיה קשה יותר להתחקות אחר מקורו.

בכפר – עד ערב שבת, כי אז בני הכפרים הולכים לעיר ושם יכולים למצוא מישהו שבקיא במטבעות.
בעיר – עד כדי שיראה לשולחני, משך הזמן שייקח לך להראות את המטבע למישהו שמבין בכספים.

את טענת ההונאה במטבע **יש לטעון באופן מידי ולאחר מכן לברר את הנושא בזמן הנדרש לכך**, כלומר, לתת מספיק זמן לבירור העניין.

אם אתה מעוניין לטעון טענת הונאה על מטבע ורק לאחר שנה מצאת את האדם שנתן לך את המטבע, והוא מזהה אותו, אתה יכול לדרוש ממנו פיצוי – ע"פ המשנה, עליו לפצות אותך. יש לו מקום לכעוס כי באת לאחר שעבר הרבה זמן, אך עדיין עליו להשיב את סכום הכסף שהמטבע היה שווה. הגמרא מסבירה שזו מידת חסידות – ע"פ דין הוא לא חייב להחזיר לך את הכסף לאחר פרק הזמן המקסימלי, גם אם הוא מזהה שהוא מכר לך את המטבע. אבל אם הוא רוצה לנהוג במידת החסידות, הוא יכול לפצות.

תלמוד בבלי, מסכת חולין:

במקרה שבעל בית (אדם עשיר) יוצא למסע ולוקח צידה לדרך, אך הצידה נגמרת, הוא נחשב כעני ולכן מותר לו להשתמש במתנות העניים, שכן הוא מוגדר כעני באותו רגע.

מתנות עניים – לכל בעל שדה קיימת חובה להותיר בשדה שלו מתנות לעניים.

**מבחינה משפטית, האדם העשיר לא חייב להחזיר את השווי של מה שהשתמש** (לבני עירו, בכל אופן, הרי לא ישוב עוד לאותו מקום ויחזיר את הכספים לאותם האנשים), מאחר ומדובר בממון שאין לו תובעים (כי זו תרומה), אבל מידת החסידות אומרת שיחזיר. זאת, מכיוון שאדם אשר נהנה והוא עשיר מספיק, צריך להחזיר את שווי ההנאה. בעצם, אם הוא רוצה לנהוג במידת חסידות הוא אמור להחזיר, אך לפי דין, הוא לא חייב.

**בית הדין לא מתערב בהתנהגות בין אדם לחברו, אך באופן עקיף התנהגותם עשויה להשפיע על ההכרעה:**

מתן תרומה לבית כנסת בצוואה: אישה בעלת נכסים ובעלת קרובי משפחה שע"פ דיני הירושה אמורים לרשת אותה. אולם, אם תרצה להוריש את נכסיה לעניים/לבית הכנסת, בעוד הקרוב שאמור לרשת אותה הוא אדם עני ויש לו ילדים – דעת חכמים לא נוחה עם פעולה זו. מקורות:

שו"ת תשב"ץ:

**כלל הבסיס: נכסים אמורים לעבור באופן טבעי ליורש הרגיל**. הגמרא מסתייגת מהעברת נכסים אף בין הילדים עצמם, וכמובן שכך גם לצד ג'. לכאורה, העברת הנכסים טובה משום שהיא לעניים/בית כנסת, אבל בפועל לבית כנסת הציבור נותן כסף, וככה הציבור מקבל פטור מהתשלום. כלומר, היא למעשה מחלקת כסף לציבור (הציבור היה תורם אלמלא הייתה מעבירה את הירושה). עקרון דומה חל כלפי העניים, שכן תפקיד כל אדם בקהילה לתת צדקה כדי לתמוך בעניים. מכאן שהיא מחלקת את הירושה להרבה צדדים שלישיים במקום לאדם הקרוב הראוי לרשת אותה, ודעת חכמים אינה נוחה עם מתנה זו.

אבל אם המתנה כבר ניתנה, אז ניתנה. תחילה נקבע שאי אפשר לבטל את המתנה אם כבר נתנה.

אולם, בחלק השני של התשובה, התשב"ץ פוסק ש**אפשר לבטל את המתנה**, ומחפש מקור שיתמוך בדעה זו. מבחינה הלכתית, נקבע כי ניתן לבטל צוואה כזו (גם אחרי מות המוריש), למרות שהיא תקפה משפטית.

התשב"ץ מבסס את פסיקתו על סיפור מהירושלמי, לפיו מי שמעדיף לבנות בית כנסת על פני תמיכה בעניים ולימוד תורה – הוא בבחינת רשע וכאילו עבר עבירה. לפי ההלכה, לא ממלאים אחר צוואה של גוסס שביקש לעבור עבירה, מתוך הנחה שלא היה צלול ולכן, **אין לקיים את צוואת האישה וניתן לבטלה**. לכאורה, זוהי תוצאה מאולצת עם בסיס חלש, גם על רקע התפיסה העקרונית שיש לציית לכבוד המת. כנראה לתשב"ץ היה ברור שיש פה חוסר צדק ולכן, **ניסה לבנות תשתית משפטית שתאפשר לשנות את הדין**, לקח צעד קדימה את "אין רוח חכמים נוחה הימנו". על רקע זה, הרשה לעצמו למצוא דרך משפטית, גם אם דחוקה, לפסול את הצוואה.

**זו ההשפעה העקיפה של הקביעה "אין רוח חכמים נוחה" על הדין**. מידת החסידות ורוח חכמים אמנם לא מחייבות את ביה"ד, אך הן יכולות להשפיע באופן עקיף על פסיקתו.

**"מי שפרע" או "מחוסר אמונה":**

"מי שפרע" מזכיר את "חייב בדין שמיים". **מי שחזר בו מעסקה לאחר ששולמה מהצד השני, ולא קיים את חלקו, רק משום שלא התרחש מעשה קניין** – ייענש משמיים.

"מחוסר אמונה" מזכיר את "אין רוח חכמים נוחה הימנו". **מי שחזר בו מעסקה, ולא שילם את הצד שלו או לא נתן את המתנה שהבטיח** – פחות גרוע מאשר "מי שפרע", אך עדיין **מעורר אי-נוחות**, שכן אתה נחשב לאדם שלא ניתן לסמוך עליו.

משנה, מסכת בבא מציעא:

"מי שפרע":

כדי שעסקת קניין תקבל תוקף צריך מעשה קניין נוסף על גמירות דעת. מעשה הקניין הוא לרוב אקט פורמאלי שעושה הקונה, שמסמל את העברת הבעלות לידיו. רק לאחר מעשה הקניין העסקה נכנסת לתוקף, ועד אז כל צד רשאי לחזור בו מהעסקה. מכאן, גם אם סוכמו כל הפרטים, ואפילו אם שילם צד לעסקה באופן מלא עבור x, כל עוד לא היה מעשה קניין, העסקה לא הושלמה והוא רשאי להתחרט.
אך, חז"ל ראו פגם מוסרי במי שחזר בו אחרי שהייתה הסכמה, גם אם היא עוד לא מחייבת מבחינה משפטית. ככל שהעסקה בשלב מתקדם יותר – הפגם המוסרי גדול יותר.

דעת חכמים לא נוחה עם חזרה מעסקה לאחר ששולמה התמורה, למרות שזה קביל משפטית. **מי שחזר בו מעסקה לאחר ששולמה התמורה, אך לא נעשה מעשה קניין, ייחשב כ"מי שפרע" –** ייענש משמיים.
יש מחלוקת בגמרא: האם בי"ד רק **מיידע** את מי שחזר בו מהעסקה לאחר התשלום, שה' עלול להעניש אותו, או שבי"ד ממש **מקלל** אותו שכך יקרה?

הרמב"ם: לחזור בך אחרי ששילמת זהו "לא מעשה ישראל", ו**ביה"ד מקלל את מי שעושה כן**. לכן, סביר כי אדם שיוכרז עליו "מי שפרע" יחזור בו מהחזרה שלו, וימשיך בעסקה.

היישום של הכלל "מי שפרע" בידי ביה"ד יהיה תלוי בנסיבות. ביה"ד ילחץ יותר אם לא היו נסיבות המצדיקות את החזרה מהמכירה, וילחץ פחות אם הייתה הצדקה סבירה לחזרה.

"מחוסר אמונה":

**מי שחזר בו לאחר שהייתה הסכמה על הפרטים, אך לפני ששולמה התמורה (ולא נעשה מעשה קניין), ייחשב בתור "מחוסר אמונה"**. הוא ייחשב לאדם בלתי אמין ויתכן שלא ירצו לעשות עימו עסקים.
המשנה בשביעית: מתייחסת לאדם כזה כאל אדם שאין רוח חכמים נוחה הימנו.
הרמב"ם: מי שניהל מו"מ, ראוי שיעמוד בדיבורו גם אם לא הועבר כסף ולא הונח משכון, וכל החוזר בו – לא חייב לקבל "מי שפרע" אבל הוא "מחוסר אמונה" ואין רוח חכמים נוחה הימנו. גם מי שהבטיח מתנה ראוי שיעמוד בדיבורו, ולא – יחשב למחוסר אמונה. אלא אם מדובר בהבטחה למתנה בלתי סבירה, ואז סביר להניח שהצד השני לא באמת ציפה שההבטחה תמומש.

שו"ת שבות יעקב:

כמו התשב"ץ, גם הוא בונה קונסטרוקציה מעניינת על מנת שיוכל להגיע לתוצאה הרצויה.

השאלה: ראובן מכר יין לשמעון. שמעון שילם רק חלק מהתמורה אך ביצע קניין משיכה. ראובן, המוכר, חיזר אחר כספו. בהמשך, מחיר היין התייקר ב50% ולכן, ראובן מבקש לחזור בו מהעסקה. אמנם היה מעשה קניין, אך המוכר מסתמך על סוגיה תלמודית האומרת שאם מוכר מחזר באובססיביות אחרי כספי התרומה, זה עשוי ללמד על כך שלא הייתה לו גמירות דעת בעת המכירה, ולכן העסקה טרם הושלמה ולא מחייבת משפטית. יש מקור, לפיו אם המוכר "מחזר אחר כספו" (תובע מהלקוח שוב ושוב את הכסף) זה מלמד על כך שאין גמירת דעת ואין עסקה.

אך, ברור לשואל שהסיבה האמיתית לזה שהמוכר מחזר אחר כספו היא כי הוא רוצה את היין בחזרה, שכן מחיר היין עלה. המשיב מוצא דרך לטעון שבמקרה זה החיזור אחר הכסף אינו מצביע על חסרון בגמירות הדעת:

מי שמוכר "שדהו מפני רעתה" – שדה או סחורה גרועים שעלולים להתקלקל, ואז מחזר אחר כספו – זה לא מראה על חוסר גמירות דעת, אלא על זה שהוא חושש שמא הקונה יתחרט כי מדובר בסחורה רעה.

על סמך הסיפור זה, המשיב מניח שיין הוא סחורה גרועה כי הוא עלול להחמיץ, וזה שהמוכר מחזר אחר כספו לא מעיד על חוסר גמירות דעת, אלא על החשש שלו שמכר סחורה גרועה. לכן, המוכר לא יכול להתלות בזה שהוא מחזר אחר כספו כדי לבטל את העסקה, שכן הוא רק רוצה לבצע עסקה רווחית יותר ובזמן ביצוע העסקה המקורית הייתה לו גמירות דעת.

גם כאן, ניתן לראות שהפגם המוסרי שחז"ל ייחסו למי שחוזר בו מההסכמות השפיע על המשיב, ונתן לו לגיטימציה לבנות מהלך שימנע מהמוכר לחזור בו. רואים זאת גם מהמשך התשובה, בה הוא מסביר איך הוא הגיע למסקנה הלכתית דרך סיפור תלמודי שלא סופר במסגרת הלכתית. גם בתשובה זו ניתן ללמוד על **גדלותו של הפוסק, שמנסה בכל דרך להגיע לתוצאה שתהיה צודקת בעיניו, ותגשים את עשיית "הישר והטוב"**.