**מבוא למשפט עברי- מחברת מצטברת**

**ד"ר יעקב חבה**

**תשע"ג**

**בר אבליס**

הציון מורכב משלושה חלקים:

מבחן מבוא 20%

נוכחות פעילה 10%

מבחן סוף סמסטר 70%

\*\*במקומות המצוינים- מתוך סיכומיו של ארז נעים (תודה).

**מה זה משפט עברי?**

הביטוי משפט עברי נולד לפני כ 100 שנה ע"י משכילים יהודים מרוסיה שלא ראו עצמם כפופים להלכה. אורך חייהם לא היה ע"י תורה ומצוות אולם זה היה חלק מתנועת החייאת הלאום העברי. שראו את המשפט מחובר לתרבות. הייתה להם מחשבה שיש להחיות את המשפט התרבותי לאומי של עם ישראל שזה בעצם ההלכה. ומנגד לא רצו לדבר על הלכה כי לא ראו עצמם כפופים לתורה ומצוות. אלא הם רצו להיות מושפעים על ידי ההלכה. ולכן, חיפשו ביטוי שיאפיין משפט שבבסיסו התרבות הלאומית היהודית בלי מחויבות לכללים ההלכתיים הללו- ביטוי זה: "המשפט העברי". הם יצרו משהו חדש שנשען על מה שיש מדורות קודמים. הוציאו כתב עת "המפשט העברי", וחברת "המשפט עברי" , כתבים, וספרים- למשל, ספר שכתב פלטיאל דייקן- "דיני עונשין" שישה כרחים במשפט העברי- הוא לקח את פקודת העונשין המנדטורית ועבר על חלקה הכללי לפי סעיפיה וניסה לתת סעיפים מקבילים שיהיו מבוססים על ההלכה. זה היה מין נסיון להשוואה. שימי לב, הוא לא התיימר לומר שהספר שלו הוא ספר הלכה אלא רק חיבר ספר שקיבל השראה (וקצת יותר) מעולם ההלכה היהודי.

העסק של "המשפט העברי" כשל. לימים הביטוי "משפט עברי" גוייר- והעיסוק במשפט העברי חזר להיות עיסוק של אלו שרואים עצמם כן כפופים להלכה ולמצוות ולכן הביטוי משפט עברי השתנה. כיום גם פוסקי הלכה לפי המסורת היהודית משתמשים בביטוי "משפט עברי" (הם כמובן לא מתייחסים לביטוי המקורי).

כיום הביטוי נפוץ ושמיש וכוונתו- הלכה- אולי קצת במובן יותר רחב- המקורות המסורתיים של ההלכה.

**ההבדל בין המשפט העברי להלכה**: **דינים שבממון לעומת דיני איסורים**

כשמדברים על משפט עברי לא מתכוונים בדר"כ לדיני איסורים/היתרים (דיני שבת או מצוות התלויות בארץ או דיני טומאה ואיסורים לבשר חלב וכדומה)- אלא מתכוונים לנושאים היותר משפטיים שבהלכה- דינים שבממון (דין אזרחי,פלילי,ציבורי,דיני אישות (זה על התפר)). למרות שמבחינת עולם ההלכה אין הבדל בין סוגי ההלכות. ההבחנה הינה מלאכותית והיא נובעת מטעמים של נוחיות.

הבחנה בין סוגים שונים של מצוות שהם בעלי אופי שיכלי חברתי (דינים שבממון) לבין מצוות בעלות אופי דתי(דיני איסורים)- הבחנה זו קיימת גם בהלכה. היא לא משיקה בדיוק להבחנה בין משפט עברי לעומת הלכה שאיננה חלק מהמשפט העברי - אבל הבחנה זו (בין דינים שבממון לדיני איסורים) בעלת מאפיינים דומים ומזכירה את ההבחנה בין משפט עברי להלכה.

שימי לב, גם כשעוסקים בעניינים חברתיים (דינים שבממון) העולם הדתי משפיע עליהם: לדוגמא:

* משפט פלילי- המאפיין הבסיסי ביותר במשפט פלילי שיש עבירה וסנקציה. בהלכה לעיתים העונש יהיה עונש בדין שמיים. במקרים מסוימים האדם שעבר עבירה לא ייענש אלא ע"י דין שמיים וזאת מסיבות שונות (צמצום העבירה חוסר סנקציה וכדומה). ההסתמכות על דין שמיים אפשרית רק בגלל המאפיינים של המשפט שהוא דתי. וכל השפעת הפן הדתית באה לידי ביטוי בהקשר המשפטי.
* דיני נזיקין- אדם מזיק לחברו וצריך לשלם על הנזק שגרם. בהלכה יש מצבים שעפ"י ההלכה הוא יהיה פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים- ז"א העובדה שגם בדיני הנזיקין שהם לכאורה עניין משפטי בין אדם לחברו – גם שם משתמשים בכלים דתיים.
* שני צדדים עשו בינהם הסכם מכר- אם ההסכם משפטי הוא יאכף. אם הוא לא משפטי לא יהיה ניתן לאכוף עליו. גם בהלכה יש התייחסות לכך- אם יש הסכם משפטי מחייב אף צד לא יכול לחזור בו. אם איו הסכם משפטי מחייב כל צד יוכל לחזור בו. בנוסף בהלכה יש מצבי ביניים בהם יש הסכמה (עדיין אין הסכם מלאה על כל מרכיביו) הסכמה זו מצד אחד לא תהיה אכיפה בדרך הרגילה. מצד שני, בית הדין לא יתנער לחלוטין מההסכמה הזו אלא בית הדין יאמר לצד שמבקש לחזור בו שהוא מקבל קללה - שמשמיים יענישו אותו. הדבר יכול לגרום לאנשים להיבהל ולכן ישלימו את ההסכם מהפחד מאותה קללה. שימוש בכלי כזה הוא דתי.

**הבחנה בין דינים שבממון לבין דיני איסורים:**

* **יכולת ההתנייה על הדינים**- במשפט הישראלי יש חוקים קוגנטיים וחוקים דיספוזיטיביים. אותו הדבר גם בהלכה- הכלל הוא: "**המתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים, באיסורים תנאו בטל**".

הלכה זו הייתה מחלוקת בין התנאים וההלכה נפסקה בתלמוד.

* **דבר שבממון- אפשר להתנות עליו**.

 למשל: דיני שומרים: מסדיר מערכת יחסים שבממון – ניתן להתנייה. נניח אני מבקש ממישהו שישמור לי על חפץ והשומר הסכים לשמור- המשמעות היא שעשינו ביננו הסכם שמירה. רמת האחריות של השומר עולה מסוג השומר- אם זה שומר חינם רמת האחריות שלו נמוכה וכדומה. אם הם הסכימו שהוא ישמור בחינם ברמת אחריות של שומר בכסף- ההסכם בינהם תקף. זהו רצונם.

* **דבר שבאיסורים- אנחנו לא יכולים להתנות עליו.**

למשל: עפ"י ההלכה יש איסור לגבות ריבית. אדם שגבה ריבית עפ"י ההלכה מוגדר כגזלן. נניח שמלווה ולווה הסכימו בינהם על הריבית מרצונם החופשי- להסכמה בינהם לא יהיה תוקף.

מדוגמא זו אנו למדים כי דינים שעוסקים בממון-כסף (ריבית) יכולים להיות מסווגים כאיסורים ולא יהיו חלקי מדיני הממון, עניין זה חשוב לצורך האיסור/התרה של ההתניות על דינים אלו.

קיימת דרך לעקוף את האיסור על הריבית בהלכה, כמו לדוג’ היתר עסקה הפוכה- מע’ יחסים בין מלווה ללווה למע’ יחסים של שותפים עיסקיים- ברגע שמע’ יחסים היא עסקית אז הריבית מוגדרת כפורמלית כחלק מהרווחים ולא כחלק מריבית ולכן היא לא אסורה. היתר זה מאפשר לבנקים לגבות ריביות.

ההלכה כעניין דתי לא מתיישב עם היכולת לעקוף את איסור הריבית (כיוון שאנו מעוניינים להגשים את מטרות ההלכה, את רוח ההלכה) איסור הריבית הותקן בתורה, כהלוואה לעני, בתורה ההלוואה נתפסת כחלק ממצוות הצדקה. הרמב”ם אומר שיש מס’ מעלות במצוות הצדקה- ולתת הלוואה לעני היא מצווה גדולה יותר מאשר נתינת מתנה. כוחה של ההלוואה היא השתת האחריות על העני, מעלה גבוהה יותר היא ליצור יחסים עסקיים עם עני.

ההקשר בתורה הוא הקשר של סיוע לעני, ובהקשר זה התורה אוסרת על ריבית. אך במקרים בהם לא מדובר על הלוואה בין עשיר לעני, אלא על בסיס עסקי- אז אין סיבה לאסור ריבית בנסיבות אלו, כיוון שפורמלית זה עדיין ריבית ניתן לעשות היתר עסקה ולעקוף איסור זה. אך אם מלווה לאדם הלוואה כסיוע- לא ראוי לעשות היתר עסקה כיוון שזה מתנגש באופן מהותי עם הרעיון שלא לגבות ריבית מאדם עני.

ההבדל בין המקרה של השומרים למקרה של הריבית הוא שדיני השומרים לא נוגעים לשאלת האסור והמותר- הם באים להסדיר מערכת יחסים בין שני פרטים בחברה (בין שומר לבעלים) ככל הצדדים האלו מצליחים להסדיר את התנאים בינהם- הדין מאפשר להם לפעול כרצונם. הריבית לא מוגדר כעניין שבין אדם לחברו אלא כמו עניין שבין אדם למקום- ולמרות שהעבירה הזו היא כלפי אדם ההסכמה של הלווה לא תעזור.

שימי לב, גם הכללים שנוגעים לאדם וחברו המקור שלהם הוא אלוקי וגם הם נוגעים לאלוקים. כל הכללים נובעים מהתורה או חז"ל (גם הם מאלוקים). אולם, ניתן לומר שכללים שעיקרם באים להסדיר מערכת יחסים בין בני אדם ולא לקבוע מה אסור ומה מותר הם דומה לבחנה בין דין אזרחי לדין פלילי.

דוגמאות לדינים שההבחנה בין דין שבממון לדין שבאיסור- עלולה לבלבל:

אפשר להתנות/אי אפשר להתנות:

* משנה: “מתנה שומר חינם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם”.

"מתנה שומר חינם להיות פטור משבועה"- יש 2 שאלות:

א. מתי השומר אחראי כלפי הבעלים?

ב. שאלה במונחים של היום- על מי יוטל נטל הראייה להוכיח?

התשובה בהלכה היא שהשומר צריך הוכיח- עליו נטל הראייה. וזאת משום שיותר קל לו להוכיח משום שהחפץ היה אצלו. ומשום שהמוציא מחברו עליו הראייה- נטל הראייה עליו- ברגע שהוא מודה שהוא שמר על החפץ חלה עליו חובת השבה ומשום שהוא מנסה להיפטר מחובת ההשבה- עליו יוטל נטל ההוכחה להוכיח שהחפץ אבד ושיפטרו אותו מההשבה.

בהלכה לעיתים אפשר לצאת מנטל הראייה ע"י שבועה- אחד המקרים הללו זה השומר. שומר שרוצה להיפטר מחובתו להשיב את ההשבה כי קרתה תקלה שלא במסגרת אחריות יכול או להביא עדים מה קרה או לחלופין להישבע שהחפץ לא אצלו.

ניתן להתנות על דין זה- הצדדים יכולים להסכים לשנות גם את נטל הראייה.

* **תלמוד, הלכה ז’:** “הריני מקדשך ע”מ שירצה אבא- רצה האב, מקודשת. לא רצה, אינה מקודשת. על מנת שאם מתי לא תהיה זקוקה ליבם (אשה שמתה בלא בנים, ולבעלה יש אח שאינו נשוי, חייב האח לייבם, לישא את אשת אחיו המת ע”מ להקים זרע ושם לאחיו או לחילופין, לעשות חליצה -כלומר טקס מסויים שבעקבותיו הוא פטור מלייבמה). הרי זו מקודשת, ובטל תנאו, שהתנה על מה שכתוב בתורה. וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל. על מנת שאין ליך עלי שאר כסות ועונה (שאר- מזון, כסות- בגד, עונה- יחסי אישות). הרי זו מקודשת ותנאו בטל”.

מדובר על אדם שעושה תנאי במסגרת קידוש אישה- הוא מקדש אישה בתנאי שאבא שלו מסכים. בקידוש אישה עפ"י ההלכה אדם נותן לאישה טבעת וזה מהווה סוג של מעשה קניין. מעשה קניין בהלכה הוא אקט פורמאלי שמעיד על ג"ד. בהלכה לא מנתחים את הנסיבות שבודקות ג"ד אלא רק בודקים את מעשה הקניין. רצון האב מהווה תנאי מתלה- ברגע שהוא לא מתקיים ההסכם בטל והקידושין לא יתקיימו.

מה שמעניין אותנו-התנאי של- "על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבום" . ניסו למצוא פתרונות לעקוף את עניין היבום. אז אדם אומר לאישה שהוא מקדש אותה ושהוא יעשה תנאי- שהוא מוותר לאישה על היבום- אם הוא ימות הוא משחרר אותה מיבום- תנאי זה לא תופס- אי אפשר להתנות על עניין היבום. למרות שהתורה מציגה את היבום כדי להקים משפחה (שם למת) , האיסור מלהנשא לאדם אחר היא גם איסור דתי. כל עוד אח הבעל המת לא עשה חליצה/ייבום- היא כמו אישה נשואה/עגונה ואסור לה להינשא לאדם אחר. התנייה על מזונות- תופסת כיוון שמדובר בענייני ממונות.

* **רמב”ם הלכות מכירה פרק י”ג: הלכה ג’:** “האומר לחברו: על מנת שאין לך עליי אונייה (הונאה) יש עליו הונייה. במה דברים אמורים בסתם. שאין אדם יודע כמה יש בהונייה כדי שיימחול. ואין צורך לומר אם אמר לו: על מנת שאין בך הונייה, שהרי יש בו. אבל במפרש, אין לו הונייה, שכל תנאי שבממון קיים”.

עצם העובדה שהחפץ נמכר במחיר יקר/זול ממחיר השוק- יש הונאה. אם החפץ נמכר ביותר/פחות מ20% ממחיר השוק יש הונאה. אם יש פער של פחות מ20% אז אין הונאה.

המשמעות של הונאה- היא שהצד הנפגע (זה ששילם יותר/זה שקיבל פחות) אות צד יכול לדרוש את ההפרש או לחילופין לבטל את עסקת המכר.

לא צריך להתקיים יסוד נפשי של רמאות. לעיתים מחיר שוק הוא תלוי נסיבות ולכן דין הונאה לא חל על כל פער אלא רק החל מפער של 20%.

דין ההונאה ע”פ התורה חל רק על מטלטלין ולא על מקרקעין (ששם כל מכירה היא לגופה של העיסקה ואין מחיר שוק קבוע)- לגבי זה יש מחלוקת ויש הטוענים כי דין הונאה במקרה של מקרקעין יחול בהפרש של 100% פער כלומר כאשר המחיר כפול (שיטת רבנו תם).

הרמב”ם אומר שכאשר אדם המוכר מוצרים יקרים מלכתחילה וקובע מראש (למשל ע”י שלט) כי דין הונאה לא חל עליו- אין תוקף לקביעה זו. לעומת זאת, אם יבוא קונה מסויים ויבקש לקנות מוצר ספציפי והמוכר יידע אותו שהוא יכול למצוא את אותו מוצר במחיר מוזל- ואם הוא בכל זאת רוצה לקנות- לא יחול עליו דין הונאה- בהקשר הספציפי הזה התנייה כזו היא תקפה. וגם להיפך כאשר הקונה מיידע את המוכר שהמוצר נמכר במחיר גבוה יותר.

הונאה זו תרמית וניתן לתפוס את זה כאיסור- ואז לא ניתן להתנות על זה כלל, אך הונאה בהקשר זה הוא לאו דווקא תרמית כיוון שיכול ויקרה בתו”ל, הקביעה היא שדין הונאה מסווג כדבר שבממון וניתן להתנות עליו, אך הרמב”ם מסייג זאת לסוגי תניות- תנייה כללית לא תקפה כאמור, ואילו תנייה ספציפית תקפה.

* **רמב”ם שמיטה ויובל ט, י:** “המלווה את חבירו, והתנה עימו שלא תשמטנו שביעית, הרי זה נשמט. שאינו יכול לבטל את דין השביעית.

התנה עימו של ישמיט הוא חוב זה, ואפילו בשביעית תנאו קיים. שכל תנאי שבממון קיים. ונמצא זה חייב עצמו בממון שלא חייבתו תורה- שהוא חייב”.

לשנת שמיטה 2 משמעויות עיקריות:

1. מגבלה בעבודת הקרקע- אסור לעבד את הקרקע ולנטוע דברים חדשים וגם מה שכבר קיים משנים קודמות על העץ לא שייך לי.

2. שמיטת חובות- כל החובות הפרטיים שמועד פרעונם בשנת השמיטה (יש הסבורים שגם אחרי שנת השמיטה)- נמחקים ולא תהיה חובה להשיב אותו.

הקשר בשני הדברים הוא שבשנת השמיטה אנשים לא עובדים ולכן את להם את היכולת להחזיר חובות. (הפרנסה העיקרית בתורה היא הקרקע). ניתן לראות בכך גם היבטים סוציאליים.

גם על שמיטת חובות מצאו דרך לעקוף באמצעות שטר פרוזבול שמשמעותו שאדם מנחה את החוב שיש לו כלפי החייב לבית הדין- ואז בעצם הופל את החוב הפרטי לחוב לרשות הציבורית- חוב כזה איננו נמחק ובית הדין ממנה את המלווה כשליח לגבות את החוב עבורו. זו אכיפה פורמאלית. אולם, מה עם השאלה המהותית? נעסוק בזה בהמשך. אחד השיקולים לתקנת הפרוזבול הוא שיקול פרקטי כי בגלל שנת השמיטה אנשים הפסיקו ללוות כספים ולכן עקיפה זו גרמה להם להמשיך ללוות.

דברי הרמב"ם: המלוה את חבירו, והתנה עמו שלא תשמטנו שביעי, הרי זה נשמט. שאינו יכול לבטל דין השיביעית. התנה עמו שלא ישמיט וא חוב זה, ואפילו בשביעית תנאו קיים. שכל תנאיו שבממון קיים. ונמצא זה חייב בממון שלא חייבתו תורה- שהוא חייב.

אין אפשרות בחירה לאדם הוא מחויב על פי ההלכה ולא יכול לבחור לבטל את השמיטה. כל יהודי מחויב כיהודי לנהוג עפ"י ההלכה וחל עלייך דין שמיטה ואי אפשר להחליט שדין זה לא מחייב אותך. אתה יכול בעסקה ספציפית להחליט שדין שמיטה לא יחול על דין זה (דמו בדין ההונאה) אבל אי אפשר לבטל את דין השמיטה בכלליות לגבי כל הזמן.

* **שו”ת הרשבא (רבי שלמה בן אדרת, ספרד, מאה ה13) חלק ו, רנד:** להעתיק מהמצגת את הציטוט.

לפו המנהג אדם שמשיא את בתו נותן לה נדוניה. הנדוניה ממשיכה להיות שלה גם במקרה והנישואים פוקעים. במקרה של פקיעת הנישואים מחמת מות האישה- הבעל יורש את אשתו והנגוניה הופכת להיות של הבעל. אם נולדו מהאישה ילדים והם בחיים- זה פחות מעיק על החותן כי הרכוש משרת את נכדיו. אולם, אחד המצבים מהם חששו האבות הוא שהבת תמות בלי ילדים והחתן ישאר כיורש של האישה עפ"י דין והאב רוצה שהנדוניה תחזור אליו (במאמר מוסגר: היו קהילות שהתקינו תקנות שזיכו את האב לקבל חזרה את הנדוניה, לפעמים התנו זאת במשך הנישואים וכדומה- שאלה זו העסיקה הרבה את פוסקי ההלכה).

במקרה דנן האב רוצה את הנדוניה והוא משתמש בתנאי- הוא אומר שכך נהוג באותה עיר אצל הגויים ומכוח אותו תנאי מכללא הוא רוצה לקבל חזרה את כספו. הרשב"א אומר "כל דבר שבממון תנאו קיים" ובאמת אמרו שמתנים בעניין זה- באופן עקרוני מדובר על דבר שבממון ובדבר זה תנאו קיים ולכן יכול האבא במסגרת ההסכם שלו עם החתן לתת נדוניה: אפשר היה להתנות שהנדוניה תחזור חזרה לאבא אם הבת תמות ולא ישארו ילדים. במקרה דנן הם לא התנו זאת. ולמרות זאת, הרשב"א אומר שבאופן עקרוני דרישת האב תקפה אבל הוא מסייג זאת- "מפני שהוא משפט הגויים באמת נראה לי שאסור מפני שהוא מחקה את הגויים ודינהם.." ז"א הרשב"א אומר שבאופן עקרוני ניתן להתנות אבל יכולת ההתנאה הזו לא יכולה להיות סוג של מעקף לכל המערכת כי אם הצדדים היו מתנים בינהם ניחא- אבל פה יש תנאי מכללא- ותנאי מכללא זה אומר שאנו הולכים לפי הדין הזר- הדין של הגויים וההתנאה הכללית היא שאנחנו מאמצים את הדין הזר כקהילה- לזה הרשב"א לא מסכים! **אי אפשר להתנות תנאי מככללא שמשמעותו שאנחנו מבטלים דין תורה ומאצמים דין זר** מה שיכול להוביל למצב קשה ויביא לביטול ההלכות. \*\*נראה בהמשך שכשההלכה מתחשבת בדין הזר זה תמיד התחשבות נקודתית ולא כללית. "ואם נאמר כן, דהיינו נאפשר התנאה כזו בטלה ירושה של הבכור ובכל הנחלות תירש הבת עם הבנים ובכלל נעקור את כל דיני התורה" ולא זו הייתה הכוונה שלנו באיפשור יכולת ההתנאה!

לסיכום, דיברנו על יכולת ההתנאה. האמת שלא מדובר רק בהתנאה. גם כשמדובר על תקנות של חכמים, מנהג, יכולת לעיתים לעקור דבר מן התורה (לבטל כלל של התורה), מקומה של הסברה בהקשרים מסויימים- ככל שמדובר בעניינים שבממון הגמישות גדולה יותר (באה לידי ביטוי בהתנאה, התקנת תקנות, מתן תוקף וכדומה)- בעניינים שעוסקים בדבר שבהיתר לא יהיה אפשר להתנות, היה פחות משקל לתקנות ומנהגים וכדומה (כאלו שמשנות את האיסור).

**מידת הגמישות שיש לנו בדיני ממונות גדולה באופן משמעותי מבעניינים של איסור והיתר.**

**הבחנה בין תורה שבכתב לתורה שבע"פ**

במסורת ההלכתית מדברים על תורה שבכתב ותורה שבע"פ.

התורה שבכתת זה בעצם חמשת חומשי תורה.

התורה שבע"פ- כל השאר.

תורה שבע"פ חלקה במסורת ההלכתית ניתנה למשה בהר סיני.

מדרש ספרא בחוקותי פרשה ב, ח, יב "אלה החוקים והמשפטים והתורות אשר נתן ה' בינו ובין ישראל, בהר סיני ביד משה".

עולה השאלה:מה ז"א "תורות"? במסורת ההלכתית ניתנה למשה לא רק התורה שבכתה אלא גם התורה שבע"פ- פרושים, ביאורים, הסברים ודברים שלא נלמדים ישירות מהתורה. הביטוי התורה שבע"פ לא מתייחס רק להלכות אלו שניתנו למשה בסיני אלא לכל הפעילות התורתית של חז"ל (תקנו,ת גזרות, פרושים לתורה באמצעות י"ג מידות שהתורה נדרשת בהם או באמצעים אחרים) כל אלו נכנסים לתורה שבע"פ. ז"א גם עניינים שנתחדשו במהלך הדורות ע"י חכמים.

בשלב הראשון- עפ"י המסורת משה מקבל מה' בסיני תורה שבכתב ותורה שבע"פ- למה?

נכון היה לכאורה לתת הכל כתורה שבכתב- הרי בע"פ אפשר לשכוח, להתבלב וכו'.

על זה נאמר ע"י רבי יוסף אלבו כי משום שאי אפשר שתורת ה' תהיה שלמה שתספיק לכל הזמן כי הדברים שמתחדשים כל הזמן רבים יותר משיכללו בספר ולכן ניתנו למשה דברים כלליים בע"פ כדי שיוכלו להתאים את התורה למציאות המשתנה.

גם פה לכאורה ה' יכל היה לחשוב על מציאות משתנה ולתת פתרונות גם למציאות המשתנה ולעשות ספר גדול שיכלול הכל. אולם, הכוונה היא שהתורה היא תורה נצחית והיא אינה משתנה ויכולת השינוי והגמישות כשמדובר בתורה שבכתב היא מאוד מוגברת- דווקא בגלל זה צריך את התורה שבע"פ כי התורה שבע"פ יכולה להיות יותר דינאמית ולהתאים פתרונות למציאות המשתנה.

תורה שבע"פ בחלקה מיוחסת למה שניתן למשה בהר סיני והיא כוללת גם את "היצירה" של חז"ל .

הרמב"ם שמדבר על המונח "תורה שבע"פ" אומר כי התורה בע"פ כוללת חמישה חלקים- וזאת בהקדמה שכתב לפירוש המשניות: בהקדמה הוא עוסק ביחס שבין התורה שבכתב לתורה שבע"פ: מהם חלקי התורה שבע"פ:

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

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

המשותף בשניהם הם הלכה למשה בסיני- הם הלכות שעפ"י המסורת הגיעו למשה מהר סיני יחד עם התורה שבכתב.

ההבדל הוא שבחלק הראשון ניתן לגבות את אותה הלכה למשה בסיני בדרך מדרש ע"י פסוקי התורה. בעוד שבחלק השני מדובר בהלכות שניתנו למשה בסיני שאין להן אסמכתא בכתב. אולם, בין אם יש גיבוי או אין גיבוי אלו הם הלכות שניתנו למשה בהר סיני ולכן אומר הרמב"ם לא יתכן שתהיה בהן מחלוקת. וזאת משום שיש משמעות עצומה למסורת, דהיינו, אם יש ביננו עכשיו ויכוח האם ההלכה בעניין מסויימת היא כזו או כזו – הפרשנות מהמסורת מדורות קודמים (כזו שעוברת מדור לדור ואם נגיע אחורה נגיע למשה) גוברת על עמדה או דעה שהתחדשה ע"י החכמים מכוח פרשנות או סברה וכדומה. אם ההלכה נתקבלה ע"י אלוקים למשה בהר סיני אי אפשר להתווכח עם דברי ה'.

**החלק השלישי:** דינים שהוציאו על דרכי הסברה- ז"א לא הלכות שעפ"י המסורת נאמרו למשה בהר סיני אלא הלכות שחידשו חכמים מעצמם. הכוונה לחידוש ההלכה היא באמצעות דרשה שחכמים עשו לתורה (פירשו אותה עפ"י י"ג מידות) – ואם נפלה בהם מחלוקת- נפסק הדין בהם עפ"י הרוב. הרמב"ם אומר שטבעי שבדינים אלו יהיו מחלוקות כי זה משכל של בני אדם ולא מהקב"ה.

**החלק הרביעי:** גזירות שתיקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור כדי לעשותם סייג לתורה ועליהם ציווה הקב"ה לעשותם והוא מה שאמר שמאמר הכללי- ספר ויקרא יח': "ושמרתם את משרתי"- ז"א תעשו משמרת למה שאני ציוויתי לשמור. לדוגמא: איסור אכילת עוף בחלב- עפ"י ההלכה כתוב לא תבשל גדי בחלב אמו- ז"א אסור לאכול בשר עם חלב. עפ"י התורה האיסור הוא על איסור בשר בהמה אבל בשר עוף עם חלב לא נאסר בתורה וחכמים הם שאסרו זאת- ע"מ שעשו משמרת ממשמרתי- ז"א להרחיק האדם מהעבירה- זו דוגמא לגזירה של חכמים- בגזירה זו יכולה להיות מחלוקת. איסור זה הוא מדברי חכמים- לא מפרשנות של פסוקי התורה אלא מגזירת החכמים (על הסמכות שלהם לגזור גזירות נדבר בהמשך).

**החלק החמישי:** דינים העשויים על דרך חקירה והסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם, שאין בהם תוספת במצוה ולא גרעון. או בדברים שהם תועלת לבני אדם בדברי תורה. וקראו אותם תקנות ומנהגים. אסור לעבור עליהם. תקנות- בדומה לגזירות אלו כללים שחידשו החכמים מיוזמתם (לא מתוך פרשנות של פסוקי התורה) ההבדל בין גזירה לבין תקנה- (המשותף זה ששניהם כללים שמקורם בחכמים והם אלו שיצרו אותם ללא הסתמכות על פסוקי התורה) הגזירות דומות יותר לדיני האיסורים (זו הרחבה לאיסורים שבתורה) לעומת זאת, התקנה עוסקת יותר בעניינים שבין אדם לחברו. למשל, אדם שיש לו שדה ומוכר את השדה שלו יש לשכן זכות קדימה לרכוש את אותה קרקע. זו תקנה של חכמים שאין בה תוספת במצווה או גרעון ממצווה. זו תקנה שבאה להסדיר יחסים בין בני אדם בלי קשר למצוות.

**דאורייתא אל מול דרבנן**

אנו מבחינים בין שני סוגי הלכות: בין הלכות שמקורם בתורה (מדאורייתא) לבין הלכות מדברי חכמים (מדרבנן). החובה לציית ולשמור היא עקרונית זהה בשני המקורות. וזאת משום שלחכמים יש סמכות להתקין תקנות ולגזור גזירות- סמכות זו נשאבת מהתורה ומשום הסמכות הזו יש חובה לציית לדברי החכמים. ובכל זאת, החלוקה לדאורייתא ולדרבנן יש לה חשיבות בהקשרים שונים, שברמה כללית הגמישות שיש בהלכה שמקורה מדברי חכמים- גדולה יותר מגמישות שבדאורייתא. באופן עקרוני אין סמכות לבטל הלכה שמקורה מדאורייתא אולם, תקנה ניתנת לביטול באופן יחסית קל יותר וניתן לבטל אותה (לפחות ברמה הפורמאלית).

הבדל נוסף הוא שספק בהלכה שמקורה מדברי חכמים- אפשר להקל. ספק בהלכה שמדרבנן- צריך להחמיר.

\*\*שימי לב, הלכות מדאורייתא הם לא רק הלכות מהתורה שבכתב אלא גם מהתורה שבע"פ.

אילו הלכות מדרבנן ואילו מדאורייתא?

קבוצה ראשונה ושנייה- **הלכות למשה מסיני**- אין ספק- מדאורייתא.

קבוצה השלישית -**דינים שהוציאו על דרכי הסברה**- יש קצת בעייתיות- אלו הלכות שחכמים לומדים אותם ממדרש של פסוקי התורה. וזאת משום שהלכות אלו שנלמדות עפ"י י"ג מידות- הם שני סוגים של מדרשים:

יש לעיתים שחכמים באמת או שידעו הלכה או שדרשו אותה והגיעו למסקנה שזה מה שהתורה רוצה ללמד אותנו. ויש לעיתים שחכמים המציאו הלכה והסמיכו אותה על פסוק שבתורה וככה זה נתפס כמשהו שנובע מהתורה ויש יותר מוטיבציה לקיים אותה מאשר משהו שהחכמים סתם המציאו- זה מזכיר את ההבחנה בין מדרש יוצר ומדרש מקיים. ולכן, כשנתקלים במדרש בהלכה שנסמכת על פסוק אנו לא יודעים אם זו הלכה שבאמת היא מדאורייתא או שאולי זו חכמה שחכמים חידשו בעצמם ורק הסמיכו אותה על פסוק שבתורה.

ולכן בסיווג ההלכות מהקבוצה השלישית יש מחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן: עפ"י המסורת ההלכתית יש 613 מצוות שמחולקות לעשה ולא תעשה- נתון זה לא מוטל בספק. השאלה היא איך מונים את המצוות ומה תוכנם- שאלה זו נתונה במחלוקת ולכן התפתח ענף ספרותי שנקרא ספרי מצוות שתפקידם למנות את המצוות. לרמב"ם יש ספר מצוות שהחלק השני בו מונה את תרי"ג מצוות ובחלק הראשון הרמב"ם מספר אילו כללים הנחו אותו במחשבה אילו מצוות להכניס. כללים אלו שהנחו אותו- מכונים שרשים:

השרש הראשון- לתוך מניין תרי"ג מצוות נכנסים רק מצוות מדאורייתא. זה ברור ומוסכם על כולם.

השרש השני- המחלוקת בין הרמב"ם לרמב"ן. עיקר המחלוקת:

**הרמב"ם** אומר שהלכה תתקבל ב613 מצוות רק אם חכמי התלמוד ציינו במפורש בתלמוד שההלכה הזו מקורה מהתורה- תסווג כמדאורייתא והוא יכניס אותה ל613 מצוות. אבל אם הם שתקו ולא אמרו שזה מדאורייתא אני אניח שזה מדרבנן ולא אכניס אותה למניין המצוות.

**הרמב"ן** (רבי משה בן נחמן) שכתב השגות על ספר המצוות של הרמב"ם ובעניין השרש השני אומר הפוך מהרמב"ם- כל עוד לא נאמר לי אחרת אני מניח שזה מדאורייתא- רק אם בתלמוד נאמר במפורש שההלכה מקורה מדברי חכמים והפסוק הוא אסמכתא ולא מקור להלכה- רק אז אניח שזה מדרבנן.

אם נסכם את שניהם יחד נגיע להבנה **שאם נאמר במפורש שהלכה זו מקורה מן התורה- כולם יסכימו שהיא מדאורייתא**. **אם נאמר במפורש שההלכה היא מדרבנן- כולם יסכימו שהלכה זו מדרבנן**. **המחלוקת תהיה באותן הלכות שנלמדו בי"ג מידות שהתורה נדרשת בהם ויש שתיקה בתלמוד. הרמב"ם יאמר שזה מדרבנן. הרמב"ן יגיד שזה מדאורייתא ויש מחלוקת אם להכניס אותם לתרי"ג מצוות.**

**סמכות החכמים**

* סמכותם בתחום המדרש- פסיקת ההלכה.
* סמכותם להתקן תקנות.
* סוגיית הארמה.
* **סמכותם בתחום המדרש- פסיקת הלכה: פרשנות והכרעה במחלוקת**

נקודת המוצא לעניין סמכות חכמים בכלל היא פרשה קצרה בספר דברים פרק יז' פס' ח'-יג'

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

**מה תעשה עם ההתלבטות הזאת**?

אם יש לך התלבטות תלך למקום אשר יבחר השם- לבית המקדש ושם יש לפנות לכהנים וללויים והם יגידו לך מה ההלכה במקרה שהתלבטת ויש לפעול עפ"י מה שיגידו ולשמור הלכה זו ולא לסטות ממנה לא ימינה ולא שמאלה. ואדם שלא מציית להלכה זו במזיד – ימות. וכולם ישמעו ויראו.

**מיהו המזיד שיהיה חייב מיתה?**

חז"ל אומרים שהכוונה היא רק למי שאנו מגדירים בהלכה כזקן ממרא (אחד מחכמי הסנהדרין שהורה את מה שהורה ויוצא נגד פסק הוראה של הסנהדרין. נניח שרוב החכמים החליטו שההלכ היא כזו ואחד מחכמי הדין יוצא וממשיך להורות לאחרים כדעת המיעוט- הוא זה שיחויב במיתה).

**היקף חובת הציות**

מה היקף חובת הציות לדבריהם של החכמים? האם חובת הציות היא מלאה טוטאלית או שמא יש בכל זאת פתח לשיקול דעת לחשוב שחכמים אולי טעו?

**קיימות מספר גישות להיקף חובת הציות:**

גישה ראשונה- **חובת ציות מלאה**:

* **מדרש שרש"י מביא לפסוק י'**- "ימין ושמאל" מפרש רש"י שיש **חובת ציות מלאה**. הוא מדגשים שגם כאשר חכמים אומרים לך שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין וגם אם ברור לי שהם טועים- עדיין אני חייבת לציית להם!

למה יש חובת ציות מלאה כשברור שלנו שהחכמים טועים?

* **בפירוש הרמב"ן על התורה**- הוא מסביר את דברי רש"י: "אפילו תחשוב בליבך שהם טועים והדבר פשוט בעינייך כאשר אתה יודע בין ימינך לשמאלך תעשה כמצוותם ולא תאמר איך אוכל החלב הגמור הזה (שומן בבהמה שאסור לאכילה) ? או אהרוג האיש הנקי הזה? אבל תאמר: כך צוה אותי האדון המצוה על המצות שאעשה בכל מצותיו ככל אשר יורוני העומדים לפניו מקום אשר יבחר. ועל משמעות דעתם נתן לי התורה אפילו יטעו". כשאני מיישם משהו שנראה לי שהוא לא נכון עליי לזכור שאני מבצע מה שהקב"ה ציווה. אותו אלוקים שקבע את כללי התורה הוא זה שקבע שהפרשנות המוסכמת היא מה שחכמים בבית הדין של הסנהדרים יפרשו- ולכן מה שעליי לקיים זה לא מה שנראה לי שהתורה אומרת אלא את התורה איך שפירשו החכמים. ברגע שהגוף המוסמכך שקבע הקב"ה לפרש את התורה מכריע את הפרשנות בדרך מסויימת מכאן ואילך זה כאילו מה שהתורה ציוותה. וגם אם נראה בעיניי שזה שמאל ימין וימין שמאל- כנראה שאני טועה ולא הם.

הרמב"ן לא פוסל את זה שיכול להיות שהחכמים בפרשנותם כיוונו לא לאן שהקב"ה רצה- אולם הקב"ה ציווה אותך לקיים את התורה לפי פרשנות החכמים- אתה עשה את מה שאלוקים ציווה אותך למרות שאולי הקב"ה התכוון למשהו אחר.

הרמב"ן אומר- למה צריך לציית לדברי החכמים- למה חשוב היה לתורה לקבוע גוף מוסמך אחד וכולם חייבים לציית לו?- וזאת "כי התורה ניתנה לנו בכתה וידוע הוא שלא ישתוו הדעות בכל הדברים הנולדים וירבו המחלוקות ועשה התורה לכמה תורות". הרמב"ן אומר שיש דברים בתורה שנזקקים לפרשנות החכמים- ברגע שיש פרשנות עפ"י שכלם של בני אדם יכולה להיות מחלוקת ואם כל אחד יאחוז בדעתו כבר לא תהיה תורה אחת אלא כמה תורות.

הרמב"ן מוסיף משפט שמשנה כיוון- עד עכשיו הבנו שהוא לא שולל אפשרות שחכמים טעו- לא שולל שיש לגיטימציה גם לפרשנות החולקת על החכמים. אולם עכשיו הוא אומר שנקבע מנגנון הכרעה שחייבים לפעול על פיו- מנגנון זה הוא ההכרעה של החכמים של הסנהדרין. מוסיף הרמב"ן ואומר שאני לא צריך לחשוב שחכמים טועים אלא שהם מכוונים לדבר הנכון. על סמך מה לחשוב שהחכמים לא טועים? כי רוח השם איתם כשבאים לפרש את התורה ולכן סביר להניח שאלוקים מכוון את שכלם שיאמרו נכונה וגם נראה לי שהם טועים- אני זו שטועה.

* **ספר החינוך** אומר בנושא- שכל אדם מפרש את דברי התורה לפי סברתו ואז תעשה התורה לכמה תורות. על כן ה' השלים את התורה עם המצווה שציוונו להתנהג בה עפ"י הפירוש האמיתי המקובל לחכמינו הקדמונים. ועל דרך האמת והשבח הגדול בזאת המצוה אמרו חז"ל לא תזוז ימין ושמאל אפילו אמרו לך שימין הוא שמאל ושמאל הוא ימין ואפילו היו הם טועים אין ראוי לנו לחלוק עליהם ונעשה כטעותם **וטוב לסבול טעות אחת והיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד ולא יעשה כל אחד לפי דעתו ויהיה הכל חורבה**. ז"א אפילו וטעו הם ונלך על פיהם- עדיף שנסבול טעות אחת וכל השאר יהיה בסדר מאשר שנלך איש עפ"י דרכו והכל יהיה בבלגאן. ספר החינוך יוצא מהנחה שיכול והחכמים טעו- ואנו עושים דבר לא טוב. אבל עדיף שפה ושם במקרה בודד נעשה טעות משום שהחכמים טעו ושאר הדברים נלך על פיהם ונעשה הרוב כרצון השם.

מקור שמיישם את הרעיון של הרמב"ם ושל ספר החינוך- ראש השנה כה,א: הלוח העברי הוא לפי הירח. החודש אמור להיות 29 וחצי ימים בערך. חודש מעובר הוא חודש של 30 יום. איך היו מחליטים אם לעבר את החודש? היו יוצאים להרים ומסתכלים מתי הירח כביכול "נולד" מחדש וברגע שהיו רואים זאת היו מכריזים על ראש חודש חדש. אם במהלך היום ה30 היו רואים את הירח נולד היו מכריזים על היום של ראש החודש. היו שולחים עדים שהיו רואים מה שרואים והיו חוזרים לבית הדין ומספרים מה שראו. אם תיארו נכון- היו מכריזים על היום כראש חודש.

מעשה שבאו שניים ואמרו שראו את הירח בערב הראשון ובערב השני לא ראו אותו (מוזר) ורבנן גמיאל קיבל עדותם. ורבי יוחנן בן נורי אמר שהם עדי שקר. לא יכול להיות שיום אחד ראו אותו ויום לאחר מכן לא ראו. (החשיבות לנכונות הקביעות היא שיש השלכה על החגים במיוחד על יום כיפור). להשלים את הסיפור מהמצגת

מכיוון שמה שחשוב זה לא באמת מתי חל יום הכיפורים אלא מתי בית הדין החליט שחל יום הכיפורים- לכן מה שחשוב זה החלטתו של רבן גמליאל. בעניין השאלה מתי חל ראש חודש א חג מסויים- דורש הכרזה של בית הדין. רבי עקיבא אומר זאת- וזה כ"כ נכון שלעיתים חכמים היו מחליטים לעבר את החודש מסיבות פרקטיות (למשל עיבור חודש ככה שיום כיפור לא יצא צמוד לשבת) וזאת למרות שראו את הירח במוצאי היום ה29 אז הכריזו את ראש החודש ביום ה31- ז"א החכמים לא מחויבים להכרזת ראש החודש עפ"י הירח- מותר להם לקחת שיקולים פרקטיים. דהיינו השאלה מתי חל יום כיפור הוא לא קביעה שמימית. ולכן רבי עקיבא אומר לרבי יהושע שאפילו אם הוא צודק מבחינה עניינית לא משנה זה כי זה עפ"י ההכרעה של רבן גמליאל. כך שגם אם נדמה לך שאתה מחלל את כיפור כי היום כיפור ורבן גמיאל קבע שזה מחר אז זה בסדר. רבי יהושע לא משתכנע כ"כ מדברי רבי עקיבא ולכן הוא הולך לרבי דוסא בן ארכינוס משום שגם הוא חלק על רבן גמליאל. אולם, רבי דוסא, למרות שחלק על רבן גמליאל, אומר כי אם נחלוק על דברי רבן גמליאל שהוא ראש בית הדין נצתרך לחלוק על כל בית דין מאז ימי משה. למרות שהוא לא חושב שרבן גמליאל חכם מדי זה הגוף המוסמך וחובת הציות לגוף המוסמך לא קשור לזהות החכם אלא לסמכות בית הדין. מנימוק זה משתכנע רבי יהושע והולך ביום הכיפורים לרבן גמליאל. ורבן גמליאן מנשק את רבי יהושע על ראשו ואומר לו: בוא בשלום רבי ותלמידי! רבי בחכמה ותלמידי- שקיבלת את דברי.

* **הספרות המאוחרת יותר- "קצות החושן"** (מעין פרוש לשולחן ערוך-חלק חושן משפט) .

אומר שיש איזו אמת טהורה אחת ויש אמת של השכל האנושי. ברוב המקרים האמיתות הללו מתלכדות אולם יכול ויהיה הבדל בינהם. אבל הקב"ה נתן לנו את התורה לפי הכרעת השכל האנושי.

לפי **איגרות משה של הרב משה פינשטיין** אומר כי הקב"ה נתן את התורה לישראל שיעשו אותה לפי הבנתם ויותר לא יפרש ולא יכריע הקב"ה בדיני התורה- שוב רואים את הרעיון שהתורה מחייבת אותנו כפי שאנחו בני האדם מבינים אותה. יכול ויש פער בין כוונת הקב"ה לבין פירוש החכמים אולם חובת הציות לתורה היא כפי שהחכמים פירשו אותה.

\*\*זו גישה אחת שראינו בספרי, הרמב"ם, הרן, ספר החינוך- גישה הקובעת חובת ציות מלאה לדברי החכמים- או כי יש הנחה שהחכמים לא טועים או כי יש אפשרות שהם טועים אבל שווה לשלם את מחיר הטעות.

גישה שנייה- **חובת ציות מסוייגת**:

נמצאת כבר במקורות של חז"ל שקובעת חובת ציות מסוייגת במקרה שבו החכמים טועים-

* **תלמוד ירושלמי**- מסכת הוריות א,מה טור ד/ה"א- עוסקת במקרים שבית דין נתן הוראה ובית הדין גילה שהוראה זו מוטעת והציבור כבר פעל עפ"י הוראה זו- האם עלינו להתייחס לציבור שפעל עפ"י הפעולה הראשונה כשוגים וכדומה? התלמוד הירושלמי מביא ברייתא: יכול שיאמרו לך על ימין שהיא שמאל ועל שמאל שהיא ימין תשמע להם? תלמוד לומר "ללכת ימין ושמאל". שיאמרו לך ימין שהוא ימין ועל שמאל שהיא שמאל. **ז"א יש ללכת על פיהם רק כשהם צודקים**. אם אני משוכנע שהחכמים טועים בהכרעתם אני יכול להמשיך לפעול על פי הבנתי שלי.

שילוב של הגישה הראשונה והשנייה-

* **ספר עקידת יצחק**, שער מג של ר' יצחק עראמה,ספרד,איטליה.

מתי יכולה להיווסד סיטואציה של ספק בהלכה? יש כללים (הלכות) שונים, בא בפנייך מקרה ויש כללים ספציפים ויש לבחון אם המקרה נכנס לכלל או לא? השאלות שלנו יהיו תמיד על גבולות הכללים- מה הגבול שעליו חל הכלל? כשאין הסכמה ביישום הכללים אל המקרה דנן- אז יש ספק בהלכה. במקרה כזה שיש התלבטות זו- נפנה לבית הדין הגדול הסנהדרין כי אלוקים נותן בידם רשות גמורה לקבוע האם הכלל משתרע גם על המקרה הזה או אולי להחריג את המקרה הזה. ומה שיגזרו אין לסור ממנו ימין או שמאל. וגם אם החכמים יבואו ויגידו שמקרה זה חריג והכלל לא חל עליו זה לא כי הם טעו אלא כי הם חשבו שהכלל לא חל על המקרה הספציפי הזה ובמקרה ספציפי זה הנכון הוא לסטות מהכלל. ז"א למרות שזה נחזה כאילו הם סוטים מהכלל הם לא באמת סוטים ממנו כי הנכון הוא שבמקרה זה יש להחיל כלל אחרת או לסטות מהכלל הקיים. ז"א אם נראה לנו שהם אמרו על ימין-שמאל אנחנו טועים והם צודקים!

**תופעת המחלוקת-**

הספרות ההלכתית מלאה במחלוקות. תופעה זאת של המחלוקת מעלה דילמה: האם אנו מתייחסים למחלוקת כדבר רצוי, מעשיר וטוב לעולמה של ההלכה, או שמא המחלוקת היא סוג של תקלה שלא אמורה להיות. מאחר שאנו מתייחסים לתורה כתורה משמיים, לכאורה אין מקום למחלוקת, הרי ה' יודע מה הוא רוצה שנעשה. אם אנו נחלקים מראה במובן מסויים על סוג של פספוס.

**גם על שאלה זו- האם המחלוקת היא דבר רצוי או לא- יש מחלוקת:**

**המחלוקת כדבר לא רצוי:**

* **תוספתא חגיגה פרק ב' הלכה ט'**- אמר ר' יוסף: בתחילה לא הייתה מחלוקת בישראל- הכל היה מוסכם. איך? בגלל שהיה את בית הדין של 71 בלשכת הגזית (בתוך בית המקדש בהר הבית) ושאר בתי דינים של 23 היו בעיירות שבארץ ישראל (עפ"י ההלכה דיני נפשות צריך בבית דין של 23 כשמדובר בעניין ממוני אפשר להסתפק בבית דין של 3 ולכן היו בית דין "סנהדרין קטנה" של 23 רבנים). 2 בתי דין של שלושה היו בירושלים אחד בהר הבית ואחד בחיל (בהר הבית פנימי יותר).

המשך התוספתא מתארת איך היו מכריעים במחלוקת: לאחד האזרחים יש שאלה הלכתית והוא צריך תשובה- הוא הולך לבית הדין שבעירו (כי זה קרוב אליו). אם בעירו אין בית דין- הולך לסמוך לעירו. אם בית הדין שמעו (שמעו את הדבר כבר בעבר – בבית הדין הזה לא דנים בעניין לגופו ושומעים דעות וכו' אלא רק אם יש להם מסורת הלכתית שיש כבר תשובה לשאלה כזו- נותנים את התשובה לאדם הנצרך) אבל אם לאו- הם לא מנסים לפתור את הבעיה כי בית הדין הזה לא מוסמך להכריע הלכה ולכן הדיין הבכיר בתוך בית הדין של 23 והאדם שבעל הבעיה- הולכים לבית הדין שבהר הבית (זה גם בית דין של 23 רק שמצוי בהר הבית) וזאת משום שבית הדין בהר הבית אולי כן שמע על עניין (הן בגלל קרבתו לבית הדין הגדול והן בגלל שהחכמים שיושבים שם הם קצת מעל החכמים שבערים. ולכן לבית הדין שבהר הבית יש כוח עודף) ומציגים את השאלה בפני בית הדין שבהר הבית (גם הוא אין בסמכותו לחדש הלכה) וגם הם אם הם שמעו (יודעים את התשבה לשאלה) אומרים להם- ואם לאו- אלו ואלו הולכים לבית הדין שבחיל (גם בית דין של 23 דיינים אבל קרוב עוד יותר לבית הדין הגדול- גם הוא לא יכול לפסוק הלכה אלא רק להעביר מסורת) אם שמעו אמרו להם- ואם לא הולכים אלו ואלו ואלו לבית הדין שבלשכת הגזית- בית הדין הגדול מורכב מ71 דיינים אבל חייבים להיות לפחות 23 דיינים (ואם לא היו אף אחד לא יכל לעזוב עד שישלימו ל23 דיינים)- בית הדין הזה לא היה רק יושב וממתין לשאלות הציבור אלא הוא היה סוג של בית מדרש שמעלה שאלות יזומות לא בהכרח כתשובה לשאלה ספציפית. הלכות שקבעו היו עוברות הלאה. גם בבית הדין הגדול- נשאלה הלכה- אם שמעו, אמרו להם (ז"א גם להם אם יש מסורת הלכתית כבר בשאלה שנשאלה לא צריך להביא אותה להכרעה הלכתית ובזה מסתיים העניין) אם לא שמעו- אז נזקקים להכרעה הלכתית- כיצד מכריעים בשאלה? עושים הצבעה- אם הרוב חשבו טמא- טמא אם הרוב חשב טהור- טהור. ההכרעה היא הכרעה בדעת רוב (בהמשך נדבר על איך הרוב היה נספר)- משם ההלכה יוצאת ורווחת בישראל.

ולכן התוספתא אומרת שלא יכולה להיות מחלוקת- משום שיש כאן מנגנון הכרעה אחד וברור- בית הדין הגדול! ברגע שיש מסורת הלכתית זה מחייב את כולם.

ממשיכה התוספתא ואומרת שברמת האידיאל לא הייתה אמורה להיות מחלוקת בגלל התהליך המתואר הנ"ל. אולם, הייתה ירידת הדורות- "משרבו תלמדי שמיי והלל שלא שימשו כל צרכן" (לא דייקו ולא ירדו לסוף דעתם של רבותיהם)- הרבו מחלוקות ונעשו שתי תורות.

**מה שעולה מדיון זה היא שתופעת המחלוקת היא לא דבר רצוי**- מה שהיה אמור לקרות הוא שלא תהיה מחלוקת בישראל בשל התהליך הנ"ל. אולם, משום שהייתה ירידת הדורות, נוצרות המחלוקות.

* **תלמוד ירושלמי חגיגה ב, עז טור ד/ ה"ב**- הייתה מחלוקת בעניין שקשור על סמיכה לקורבן. עמודו שמאי והלל ועשו אותן 4 מחלוקות. משרבו תלמידי ב"ש ותלמידי ב"ה לא שימשו את רביהן כל צורכן, ורבו המחלוקות בישראל. ונחלקו לשתי כתות, אילו מטמאין ואילו מטהרין. ועוד אינה עתידה להפתר עד ביאת המשיח.

**מקור תלמודי זה אומר שמשנפרצה הדרך של המחלוקת אי אפשר ליישב אותן ורק בביאת המשיח יפתרו המחלוקות**.

**המחלוקת כאלמנט מעשיר בהלכה:**

* **מקור בתוספתא- מסכת אבות דרבי נתן יח נוסחה א**- מסכת זו מיוחדת כי אינה עוסקת בהלכה אלא בענייני מוסר ודרך ארץ, תובנות חיים וכדומה-

בספר קוהלת נאמר: " דברי חכמים כדורבנות וכמסמרות נטוים בעלי אסופות נתנו מרועה אחד" יב, יא

"בעלי אסופות"- אלו תלמידי חכמים שנכנסים ויושבים אסופות אסופות- אלו אוסרים ואלו מטירים ושומעים דעות רבות. עולה השאלה למה בכלל צריך ללמוד? הרי יש ריבוי דעות. התלמוד אומר: "נתנו מרועה אחד" – אל תחשוב אשב ולא אשנה אלא דע לך שכל הדעות כולן ניתנו מרועה אחד- אל אחד- וכל מגוון הדעות בעצם מקורם אחד והוא ה'. ולכן גם אתה תקשיב לכל ריבוי הדעות ותלמד את כולן ואל תחשוב שדעה אחת היא נכונה ואחת היא לא נכונה כי גם מי שאומר אסור וגם מי שאומר מותר מקורם מה' (בהמשך נדון איך זה הגיוני).

**מקור זה מראה לנו שאת המחלוקות- הדעות השונות- לא רואים כסוג של תקלה אלא כמשהו שמעשיר.**

הגמרא אומרת שגם דברי בית שמאי וגם דברי בית הלל הם דברי אלוקים חיים- וההלכה כבית הלל. ושואלת הגמרא למה ההלכה כבית הלל? התשובה היא משום שאנשי בית הלל היו ענווים והיו מקדימים את דברי בית שמאי לדבריהם- ז"א למרות שדברי שמאי והלל הם דבר והיפוכו וההלכה נכרעה כדעת בית הלל משום שאנשי בית הלל היו אנשים יותר צנועים וענווים.

* **ריטב"א מסכת עירובין דף יג/ב-**

"אלו ואלו דברי אלוקים חיים"- איך זה יתכן? הריטב"א מצטט את חכמי צרפת ואמרת כי כשעלה משה למרום לקבל תורה, הראו לו על כל דבר 49 נימוקים למה דבר אסור ולמה דבר מותר וה' אמר למשה שיש מלא הנמקות סותרות בלי להכריע וחכמי הדורות הם אלו שיכריעו ויגידו אם מותר או אסור.

**המשמעות היא שגם דעה אחת וגם ההפוכה היא לגיטימית והמחלוקת היא דבר טוב**.

"אלו ואלו דברי אלוקים חיים" איך זה יתכן?- כיצד יתכן שדעות שונות, שתיהן טובות ונכונות?

**עפ"י רש"י** - כאשר מתעוררת שאלה ואחד אומר מותר והשני אסור- למה? כל אחד נותן נימוק לדעתו. מאיפה הוא לוקח את הנימוק ומחליט אם זה מותר או אסור? רש"י אומר שהפוסק ההלכתי מדמה עניין לעניין- מנסה לדמות את העניין לעניין קודם- לעיתים הדמיון בין מקרים עומד על חוט השערה והוא מפעיל שיקול דעת אם זה יהיה אסור או מותר ולפעמים מספיק שיש הבדל מאוד קל בין מקרה למקרה כדי שהדין ישתנה. ובגלל שאלו דברים כ"כ דקים אנו לא יכולים לומר שהחכם שפסק כביכול לא נכון אמר דברי הבל משום שגם דבריו הם דברי חכמה. והכל אפשר לראות כדברי אלוקים חיים משום שכולם משתמשים באותם כללים ועקרונות ועיקר השאלה היא האם לדמות לכאן או לשם. עצם ריבוי הדעות יכול להביא לתשובות נכונות יותר.

* **תוספתא מסכת עדויות א,ד**- מסכת מיוחד כיוון שבניגוד לשאר המסכתות שעוסקות כל אחת בעניין מסוים, מסכת זו כשמה כן היא, מביאה עדויות של חכמים ששמעו מרבותיהם בעניינים שונים ולא בנושא מוגדר.

בין השאר נאמר שם כך: "לעולם הלכה כדברי מרובין. לא הוזכרו דברי היחיד בין המרובין אלא לבטלן".

התוספתא מתייחס לשאלה הבא: יש מנגנון הכרעה והוא- הכרעה כדעת הרוב. אם יש ויכוח הלכתי מסויים שהיה למשל בין התנאים ורובם חשבו א' ומעטים חשבו ב'- ההלכה נפסקה כדעת הרוב. התוספתא אומרת שלכאורה המשנה הייתה צריכה להביא בפנינו את דעת הרוב כי דעת המיעוט לא רלוונטית.

האם יש צורך בהבאת דעת המיעוט? קיימות כמה דעות:

* לא הוזכרו דברי היחיד אלא כדי לבטלם- יש להזכיר את דעת המיעוט כדי להזכיר שהדעה הזו לא נכונה. אם אנו לא יודעים שהייתה פעם דעת מיעוט ויש דילמה ויש שמועה שזה היה מותר ושמועה שזה היה אסור- איך נכריע? אבל אם השמועה עוברת כעמדה כפולה ומציגה גם את דעת הרוב וגם את דעת המיעוט ואז אם אני יגיד שמשהו מותר כי ככה למדתי מרבותי- יהיה קל יותר לבטל את דברי כי ישר נוכל להגיד שרבותיי היו בדעת מיעוט ולכן למדתי כך. ז"א דעת היחיד מובאת כדי שנדע בעתיד שזו לא עמדה שיש לה אחיזה בהלכה.
* רבי יהודה אומר: "לא הוזכרו דברי היחיד בין המרובים אלא שמא תצתרך להם שעה ויסמכו עליהם"- דעת המיעוט מובאת לא רק כדי לדחות אותה ולהגיד שהיא לא רלוונטית אלא כי רוצים ללמד אותנו שגם עמדת המיעוט היא עמדה רלוונטית ויכולה להיות לה אחיזה בהלכה. יש בה משהו פרקטי. אמנם ההלכה נפסקה עפ"י דעת הרוב אבל משום שיש גם דעת מיעוט, במצבים מסויימים אולי נוכל לאמץ אותה- הכוונה היא שאם אנו רק יודעים שמשהו אסור וזה הכל אי אפשר להתיר אותו בשום נסיבות- אולם אם יש לי דעה שאומרת שהדבר מותר אז ברגע שיחולו נסיבות מסויימות אולי נוכל לאפשר את אותה דעת מיעוט ולפעול על פיה משום שגם היא לגיטימית.

דוגמא להסתמכות על דעת מיעוט- **מסכת שבת מד,א**- יש מחלוקת בשאלה האם מותר לטלטל את הנר (הפמוט) אחרי שכבה? בעניין יש דעות שונות כאשר רבי יהודה אומר שאסור ורבי שמעון אומר שמותר- ההלכה נפסקה כדעת רבי יהודה –אסור לטלטל את הנר גם אחרי שכבה. מספרת הגמרא שבתקופה מסויימת היו הגויים אוסרים על היהודים להדליק נרות כי היו חושבים שהיו עושים כשפים. עלתה בעיה בחנוכה כי מדליקים את הנרות בחצרות הבתים וברגע שכבה הנר היו צריכים להחזיר את הנר פנימה – כשיוצאת שבת בחנוכה מדליקים את הנר לפני כניסת השבת ואז אסור היה להכניס את הפמוט פנימה. אם לא תכניס את הנר יענישו אותך הגויים ואם לא תדליק לא קיימת את המצווה. ולכן הרב אמר שמותר להחזיר את הנר אחרי שכבה. העובדה שיש דעת מיעוט של רבי שמעון שהתיר את טלטול הנר ולא העלימו את דעתו- מלמדת שעמדתו נתפסת כלגיטימית ומשום כך אפשר בשעת הדחק להשתמש בדעת המיעוט שלו.

"לא משמיים היא"- ההכרעה נתונה בידי חכמים ולא נצתוות יותר מהשמיים:

* **בבלי תמורה טז, א-** משה מקבל את התורה מהר סיני בכתב ובע"פ- תורה שבע"פ יכולה להשכח. מתואר בתלמוד ששלושת אלפים הלכות נשכחו. אמרו ליהושוע (תלמידו של משה המנהיג שהכניס אותם אחר כך לא"י) שישאל את הקב"ה מה ההלכות שנשכחו. יהושע אמר הוא לא יכול לשאול את הקב"ה מה ההלכות שנשתכחו משום שהתורה ניתנה מהשמיים אבל הקב"ה נתן לנו אותה ועזב- עכשיו היא שלכם ואני לא מתערב.

אמרו לשמואל הנביא (שנתפס גדול ושקול למשה ואהרון)- שאל! את הקב"ה על ההלכות שנשכחו. שמואל אומר שאלה המצוות ואין הנביא רשאי לחדש דבר מעתה- ז"א המצוות האלה ציוה השם את משה בהר סיני ויותר אין אמירה של אלוקים בעניינים הלכתיים- מכאן ואילך הקב"ה לא מצוה יותר.

\*\*גם תשובתו של יהושע וגם של שמואל באה לומר שהם כנביאים לא יכולים לחדש יותר דבר- כי השם לא מצוה יותר מהשמים ועלינו להסתדר בכוחות עצמינו.

**ממקור זה אנו רואים שאין מקום לנבואה בענייני הלכה- משמיים לא מתערבים יותר בדברים הלכתיים. ואפילו וההלכה נשתכחה הנביאים לא יכולים לחדשה.**

* **בבלי בבא מציע נט,ב- סיפור**: סיפור על תנורו של עכנאי- עכנאי הוא אדם שהתנור שלו היה מיוחד. ההלכה קובעת שכלי שמחובר לאדמה הוא לא יכול לקבל טומאה ורק דבר שמטלטל יכול לקבל טומאה. לפי ההלכה ברגע שדבר שהיה טמא נשבר- הטומאה פוקעת ממנו. התנור של עכנאי היה מיוחד והתעוררה מחלוקת בין החכמים בשאלה האם התנור שלו טמא או טהור? המחלוקת בין החכמים לרבי אליעזר שהוא סבור שהוא טהור והחכמים שהוא טמא. באותו היום מנסה רבי אליעזר לשכנע את החכמים בצדקת דבריו ולא מצליח לשכנע את החכמים. אומר רבי אליעזר שהוא ינסה דרכי הוכחה אחרות- אומר רבי אליעזר שעץ החרוב ליד בית המדרש יוכיח להם שהוא צודק- מה שקורה זה שמיד נעקר החרוב מהאדמה- איך שהחרוב שומע שרבי אליעזר גייס אותו לויכוח הוא נעקר חצי מטר ממקומו (ממש זז). במקרה זה חייבים להאמין לו- סימן משמיים. אבל החכמים אומרים שהחרוב זו לא ראייה לגיטימית כדי לשכנע אותם. רבי אליעזר מנסה משהו אחר- אומר להם שאם הוא צודק אז המים יוכיחו שהוא צודק- מה שקורה הוא שאמת המים שבנויה בשיפוע קל, התחילו לזרום בה המים בכיוון הפוך (המים מתגייסים בטובותו של רבי אליעזר) במקרה זה- חייבים להאמין לו- אות משמיים. ועדיין החכמים לא מאמינים לו. עוד הפעם מנסה רבי אליעזר- אם הוא צודק כתלי בית המדש יוכיחו לו- מה שקורה זה שכותלי בית המדרש מתחילים ליפול מה שיוצר אפילו סכנת חיים- במקרה זה חייבים להאמין לו כי זה אות משמיים ואפילו אות חזק יותר. מה שקורה זה שרבי יהושע גער בקירות ואמר עד כאן! אומר לקירות- למה אתם מחליטים להתערב בויכוח ביננו לרבי אליעזר. אז הקירות לא נפלו מפני כבודו של רבי יהושע ולא התיישרו מפני כבודו של רבי אליעזר. אם הקירות הם סימן משמיים- אז באיזו זכות רבי יהושע אומר לו לא להתערב? עוד הפעם מנסה רבי אליעזר ואומר שאם הוא צודק- השמיים יוכיחו. מה שקורה זה שיצאה בת קול (משהו שמיימי) ואמרה: מה לכם אצל רבי אליעזר שהלכה כמותו בכל מקום? (אומרת שרבי אליעזר צודק בכל דבר). אחרי דבר כזה- חייבים להאמין לו! ועדיין החכמים לא מקבלים את דעתו. רבי יהושע אומר "לא בשמיים היא!". רבי ירמיה אמר שכבר ניתנה התורה מהר סיני אין אנו משגיחים בבת קול- בעצם הוא מציד טענה כלפי הקב"ה הוא אומר שברגע שהתורה ניתנה הקב"ה נתן לנו כלל הלכה שלא לשאול בשמיים מה ההלכה אלא להחליט לבד מה נכון- ולכן הוא אומר לקב"ה שהוא לא יכול לסתור עצמו עכשיו.

מספרת הגמרא בהמשך- רבי נתן היה אחד החכמים ופגש את אליהו הנביא שלא מת ומדי פעם יורד את העולם- שאל אותו רבי נתן על מה עשה הקב"ה בזמן הויכוח של רבי אליעזר בתנור עכנאי? אליהו הנביא אומר שהקב"ה צוחק ואומר- "בניי ניצחוני"- ז"א החכמים הביאו טיעון חזק נגד הקב"ה והם צודקים.

החכמים כוסעים על רבי אליעזר וטוענים שהוא השתמש בכלי לא לגיטימי (סימנים משמיים). ולכן רוצים לנדות אותו. אולם, החכמים שראו את כוחו של רבי אליעזר מפחדים לנדות אותו. רבי עקיבא מתנדב ללכת משום שהוא חברו. רבי עקביא מתיישב בריחוק ארבע אמות ובלבוש בגדים שחורים. אומר רבי עקיבא שהחכמים החליטו לנדות אותו ולכן הוא מתנהג אליו כמנודה. רבי אליעזר מקבל את הנידוי ומתחיל להתנהג כמנודה ועוול. הברייתא אומרת שמרוב הצער שנגרם לרבי אליעזר התקלקלו חיטות ושעורות ובצקים לא טפחו.. וכדומה. רואים שכל העולם מתגייס לטובתו של רבי אליעזר וצערו מביא פורענות על כל העולם. ואפילו רבן גמליאל שהיה בים כמעט טבע. רבן גמליאל פונה לקב"ה ואומר שכל מה שעשו לרבי אליעזר לא היה מטעמי כבוד אישי אלא רק לשם שמים כדי שלא ירבו מחלוקות בישראל ושמחלוקת תוכרע בדעת רוב ואף אחד לא ינצל את כוחו כדי להוכיח כך או אחרת.

**הסיפור בא ללמד אותנו ששימוש בכלים שמימיים (בת קול, הוכחות מיסטיות וכו') לא לגיטימי כשעוסקים בעניינים הלכתיים. עניינים הלכתיים "לא בשמיים הם" וההלכות מוכרעות עפ"י המנגנון שנקבע בתורה.**

אימוץ של גישה זו:

**רמב"ם יסודי התורה ט,א**- דבר ברור ומפורש בתורה שהיא מצוה עומדת לעולם ולעולמי עולמים, אין לה לא שינוי, ולא גרעון. "את כל הדבר אשר אנוכי מצוה אתכם אותו תשמרון לעשות לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו" ונאמר: והנגלות לנו ולבנינו עד עולם לעשות כל דברי התורה הזאת". גם נביא שיבוא ויעשה לנו אותות ומופתים שמלמדים על היותו שליח ה'- ברגע שיאמר משהו שנוגע לתוספת/ גריעה/ שינוי מהלכה- נביא זה הוא נביא שקר למרות כל הסימנים שהוא נביא אמת. וזאת משום שלא יכול להיות שהקב"ה יצווה נביא בענייני הלכה וזאת משום שהקב"ה אמר במפורש "לא בשמיים היא". הקב"ה לא מתערב בענייני הלכה והוא עצמו קבע זאת. (שימי לב, שהרמב"ם רומז כנגד הנצרות והאיסלאם- שכן הם לא מתנגדים ליהודות אלא טוענים לנביא חדש והלכות חדשות וזה לא יכול להיות!).

**הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות**- פירוש התורה עפ"י י"ג מידות אין לנבואה יכולת להתערב בפרשנות התורה ופסיקת ההלכה.

הרמב"ם מדבר על נביאי שקר- אומר שאם יבוא נביא ויגיד שיש לקיים את מצוות התורה (שזה בסדר כי זה תפקידו של הנביא) ואחרי זה יאמר שהקב"ה הוסיף מצוות או גרע מצוות וגם אם יוסיף או יגרע על הפירוש המקובל- נביא זה הוא נביא שקר. כי גדול הנביאים משה אמר לנו שלא תבוא תורה אחרת מאשר זו. וגם אם הנביא הזה אמר 100 נבואות של אמת ואמר אחת שהיא בעניין הלכתי- חייב מיתה ככל נביא שקר. שימי לב שהנביא יכול להיות חכם ולהגיע על דרך סברה לחידוש הלכה וזה בסדר. אבל אם יאמר שהקב"ה הוא שאמר שככה היא הלכה- אז נביא שקר הוא. תכונות הנבואה של הנביא אין להם קשר לעולם ההלכה. הגוף שקיבל את הסמכות להכריע בענייני הלכה הוא הכהנים, והלויים ולא הנביאים.

עמדה זו ניתן להביא ב2 צורות:

1. יש אמת אחת- הקב"ה ידע מה הוא רוצה. אולם יכול להיות שחכמים טועים לפעמים אבל עדיף לספוג טעות אחת בכדי שתהיה יציבות בהלכה וכל השאר יהה בסדר. בדוגמא של עכנאי סימני שמיים אומרים שאנו טועים- אבל עדיין הקב"ה אמר לנו שאנו יכולים לשלם מחיר שלפעמים נטעה ולא נגיע לכוונתו האמיתית בכדי ליצור יציבות הלכתית. ולכן לא מקבלים גם את סימני שמיים שכן יכול להיות והם אינן סימני שמיים באמת.

2. אין אמת אחת- יש אמיתות שונות שיכולות להיות נכונות. ולכן כשחכמים בוחרים עמדה מסויימת לא היה נכון לומר שהם פועלים בניגוד להכרעה של האלוקים.

גישה שמייחסת משמעות לסימני נבואה משמיים-

* **התלמוד הירושלמי** בנוגע למחלוקת של בית שמאי ובית הלל- המחלוקת הוכרעה לפי בית הלל. למה?

בנוסף לכך שהיו ענווים- אומר תלמוד- שמכריעים שהלכה כבית הלל כי יוצאת בת קול- יש סימן משמיים. ז"א פעם באיזה עניין מסויים יצאה בת קול ואמרה כי יש להכריע לפי בית הלל וקיבלו זאת. אולם, זה בניגוד חמור למה שראינו במחלוקת של תנורו של עכנאי שם לא מקבלים את בת קול כדבר לגיטימי. ואילו פה מכריעים כבית הלל בגלל בת קול.

זה מראה לנו שיש מקורות שכן מייחסים לנבואה הכרעה בענייני הלכה.

* **ספר הכוזרי- מאמר שלישי אות מא**- דברי רבי יהודה הלוי מתקופת הראשונים בן דורו של הרמב"ם- ספר הכוזרי הוא ספר הגות שעוסק בתפיסות עולם ולא בהלכות- עוסק בשאלה האם מותר לחכמים להתקין תקנה, לגרוע/ להוסיף ממצווה וכדומה? בעקרון כן.

הכוזרי שואל את רבי יהודה הלוי: איך עובדה זו מתיישבת עם הפסוק בתורה שאומר שאסור להוסיף או לגרוע? אמר רבי יהודה הלוי "שלא נאמרה אזהרה זו אלא להמון העם". אבל לכהניםם ולשפוטים ולנביאים מותר להוסיף ולגרוע. ויש חובה לציית לדברי החכמים. אנו רואים כי בניגוד לרמב"ם שאמר שאין לנביאים כוח בהלכה רבי יהודה הנביא אומר שלנביאים מותר להוסיף ולגרוע. איך יתכן? רבי יהודה אומר הפוך לגמרי מהרבמ"ם ואומר שזה שהנביא יכול להוסיף דברי הלכה זה ברור לו- כי יש לו כוח מהאלוקים. ודווקא בקשר לחכם- הוא טורח להסביר למה בכלל יש לחכם כוח? ואומר שגם החכמים מקבלים את עזרת השכינה. שימי לב, אומר שהנביאים בטח שבטח שיש להם את הכוח. ואת זה הוא לומד בשל מעמדה של בת קול בקשר להכרעת המחלוקת בין בית שמאי לבית הלל.

נסיונות לגשר בין שתי העמדות-

* **שו"ת משפט כהן, צב** - הרב קוק הראב הראשי הראשון לישראל: עושה הבחנה בין שני מצבים- הוא כן מקבל כלגיטימי בת קול או הוראה שמימית בענייני הלכה ובלבד ששהוראה הזו לא יזומה על ידנינו אלא נעשתה מאליה. למשל הסיפור של בית הלל ובית שמאי שיצאה בת קול ואמרה שההלכה היא כבית הלל- מקבולת משום שלא פנו לקב"ה שיכריע את ההלכה אלא בת הקול יצאה מיוזמתה. ובסיפור של רבי אליעזר בתנור של עכנאי שם הוא הזמין את בת הקול- היא לא מתקבלת.

ההבחנה נוספת שהוא מציע היא שכאשר אי אפשר לחדש דבר שלא היה קיים באמצעות בת קול או באמצעות נבואה, אולם במקום בו הדברים קיימים וידועים ויש לנו רק ספק איך להכריע (כמו בסיפור של בית שמאי ובית הלל שם טעמיהם ידועים ודבריהם של השניים לגיטימיים) וההכרעה היא פשוט איך לנהוג ולא מי צודק ומי טועה אז יכולה ההכרעה להיעשות ע"י בת קול.

הבחנה זו לא מתיישבת עם כל הסיפורים משום שאז במקרה של רבי אליעזר היה מקום להשתמש בבת קול מפני שהייתה רק מחלוקת ונדרשה הכרעה הלכה למעשה.

בפועל לא היו שימושים בנבואות שכן לא היו התגלויות של בת קול או משהו בסגנון.

קיימות 2 דוגמאות יותר מוכרות בהם כן נעשה שימוש:

* **שו"ת מן השמיים** - הספר של הרב מרגליות "תשובות מהשמיים" שם את כל התשובות הוא טוען שקיבל מהשמיים- בעקרון הספר שלו לא התקבל כספר חשוב וכזה שאין בלתו.
* **"מגיד מישרים"** - סיפרו של רבי יוסף קארו שכתב את שולחן ערוך- בספר הוא עוסק בסודות שהתגלו לו משמיים.

\*\*דוגמאות אלו הם חריגות ולא נראה שיש עוד ספר שבאופן שיטתי מצטט דברים שהתקבלו לו מהשמיים. יש פה ושם ראשונים ואחרונים שיש להם מעט דברים שקיבלו מהשמיים כתוספת לסוגייה אך לא כמקור ראשון.

וזאת משום שהתקבלה יותר דעתו של הרמב"ם שלא מאפשר קבלה של סימני שמיים או משום שהשמיים בפועל לא בדיוק נענים לנו בזמן האחרון.

אם תשובות מהשמיים לא- אז איך מכריעים?

**סמכות חכמים בתחום המדרש ופסיקת הלכה- הכרעה על פי רוב**

בעקרון נהגו "**אחרי רבים להטות**"- ביטוי זה נאמר בעקרון ביחס לבית דין שם מכריעים עפ"י דעת הרוב ולא כדעת המיעוט. אולם, השימוש בכלל זה הוא כבר מעבר לשימוש בסנהדרין- במקום בו יש מחלוקת בתלמוד שבתקופתו כבר אין סנהדרין ויש רק ספרי פסיקה שונים ודעות שונות שיש להכריע בינהם (הכוונה שהם לא יושבים במסודר ומעלים טענות בינהם אלא צריך להכריע כדעה זו או אחרת מלקט הדעות) ואז הכלל שהולכים עפ"י רוב הכוונה עפ"י רוב בשנים השונות.

\*\*שימי לב, לא תמיד ההכרעה היא עפ"י רוב ויש מקרים של חריגה- הכלל של הרוב הוא לא כלל שאין בלתו אולם יש לו משקל מאוד גדול.

משמעות הרוב השתנתה במהלך השנים:

**תוספתא סנהדרין ז,ב**- קובץ של דברי התנאים שלא נכנסו למשנה-

מראה לנו איך מיישמים את כלל ההכרעה עפ"י רוב:

דנים ביום אחד באדם שמקיים יחסי אישות עם אישה שלא אשתו גם האדם וגם האישה עימה מקיים יחסים נחשבים לנואף ונואפת שניהם חייבים מיתה אבל לא באותו היום- קודם דנים את האחד ואז דנים את השניה כי אפשר להוציא להורג יותר מאדם אחד ביום (שלא להראות שהאצבע קלה מדי על ההדק). וכל הצבעה בעניינם נעשת בנפרד וההצבעה צריכה להיות במקום גדול ונאמר "**שלא נמנים על שמועה**"- הכוונה היא שאם קיימת מסורת הלכתית בעניין מסויים- לא מעלים להצבעת הרוב. קיימים מספר מצבים:

* אם יש שמועה:: אם הבאנו את העניין להכרעה בסנהדרין ואחד החכמים אומר שהוא שמע שיש תשובה לשאלה- אם יש מסורת הלכתית איך נוהגים בעניין זה- גם אם הוא רק אחד מהם ואף אחד אחר לא שמע, העובדה שהוא שמע מתקבלת משום שיש מסורת והמסורת היא חזקה יותר מדעתם של הרוב במקרה זה. **ולא מעלים את העניין להכרעת רוב**. שימי לב, לא מדובר בדעתו שלו כדעת מיעוט אלא הוא מביא את המסורת שהייתה קיימת.
* אם אין שמועה: כאשר יש ויכוח בין חכמי הסנהדרים וחלק אמרים כך וחלק אחרת ואין לאף אחד שמועה (ז"א לא יודעים מה המסורת אומרת בשאלה זו) אז מניין עומד- **מעלים את העניין להכרעת הרוב**.
* שמועה ממקור אחד לעומת שמועה ממספר מקורות: אם נוצרת סיטואציה שיש יותר ממסורת הלכתית אחת ובמקרה בו שניים אומרים ששמעו מסורת ממקור אחד ואילו אחד אומר ששמע מסורת ממספר מקורות שונים אז מה שאומר היחיד גוברת. **מה שמכריע זה לא רוב שומרי המסורת אלא רוב מעבירי המסורת**.

(השלמה לנושא הזה למעלה) הרב שמואל בן חופני גאון אומר שיכולה להיות מחלוקת שנובעת מטעות מהעברת מסורות שונות.
הרמב"ם אומר שלא תיתכן טעות במסורת והוא שולל את זה כי הוא חושש שזה פותח פתח לערעור המסורת כולה למרות שבפועל זה כן יכול לקרות.

יש מקור של הגאונים שאומר שכן יכולה להיות.

**הכרעה באין רוב**- הכרעה על פי רוב רלוונטית רק במצב שיש בו סנהדרין שם באמת היה ניתן להעמיד עניין להצבעה. מצב זה לא קיים מרגע שבוטלה הסנהדרין. השאלה הנשאלת היא כיצד ניתן להכריע בשאלות הלכתיות שלא הוכרעו בתלמוד או שאלות שלא נידונו כלל בתלמוד? לשם כך, נוצרו **כללי פסיקה והכרעה נוספים**:

* הלכה כסתם משנה- כלומר, כאשר נאמרה הלכה בלא להזכיר את שמו של החכם, הלכה כמותו.
* יחיד ורבים הלכה כרבים.
* בדאורייתא, הלוך אחר המחמיר. בדרבנן, הלוך אחר המקל.
* כללי פסיקה שמיימים- כאשר יש מחלוקת בין שני חכמים ספציפיים , תמיד הלכה כאחד מהם. כגון:

רבי ישמעאל ורבי עקיבא – הלכה כרבי עקיבא.

רב אחנא ורבינא- הלכה כמיקל.

ר' יהודה ור' שמעון- הלכה כרבי יהודה ועוד.

איך קובעים עפ"י מי ללכת? יש שיקולים שונים לכך כמו רוב, חכמה וכו'.

**הקדמת הרמב"ם לספר "היד החזקה"** מדבר על מעמדו של התלמוד - מקובל לומר שמורא לא יכול לחלוק על תנא אולם יכול להיות שמורא לא הכיר את דברי התנאים ובמקום בו יש עמדה תנאית אחת ללא מחלוקת ועמדת המורא סותרת- עמדתו של המורא תידחה. התלמוד בדר"כ יטה לנסות ליישב בין השניים כי חלק גדול מתפקידו של התלמוד בין היתר הוא לנסות ליישב סתירות או לתמוך באחת העמדות. הנטייה הראשונה במחלוקת בין מורא לתנא זה ליישב בינהם. אותו הדבר ביחס של בין חכמי התלמוד לחכמים שאחריהם- אף אחד מהחכמים שאחרי התלמוד לא יחלקו על הנאמר בו. אם בתלמוד יש רק עמדה אחת מוצגת לא יקום אף אחד מאוחר יותר ויגיד שהוא פוסק בניגוד לתלמוד. חכמי התלמוד מחוייבים למשנה והמאוחרים לתלמוד מחוייבים לתלמוד.

השאלה ממה נובע כוחם העודף של חכמי המשנה על פני חכמי התלמוד וחכמי התלמוד על פני מאוחרים יותר?

**הרמב"ם** מתאר את השתלשלות ההלכה- אומר ש**כל הדברים שבתלמוד הבבלי חייבים כל ישראל ללכת בהם.** תקנה מאוחרת שהתקינו חכמים בקהילה אחת לא מחייבת בהכרח קהילה אחרת. אולם **תקנות שמופיעות במשנה ובתלמוד מחייבות את כלל ישראל**. מה ההבדל ולמה זה כך? הרמב"ם אומר ש**משום שכל אותם הדברים שבתלמוד הסכימו עליהם כל ישראל**- יש פה מעין ישור קו של הסכמה רצונית שהחכמים שאחרי התלמוד החליטו שכל מה שנאמר בתלמוד מקובל עליהם וכתוצאה מהסכמה זו לא חולקים על מה שנאמר בתלמוד. זה לא שהייתה מחויבות של האמוראים לקבל את מה שאמרו התנאים אלא זו החלטה רצונית שלהם.

הסיבות לקבלה הרצונית: מתוך הכרה בכוח העודף שיש להם לא מבחינה מוסדית אלא מבחינת קרבה למסורת ומשום הטיעון של ירידת הדורות או מטעמים של נוחיות, חברתיות, הרצון למנוע מחלוקות וכדומה.

**הערות החזון איש על דברי הסופרים**- אומר שקבלת התלמוד והמשנה הוא מלית ברירה, משום שלא יכול להיות שאנחנו נגיע לאמת שהם הגיעו- ברור שהאמת איתם ולכן אין לנו ברירה אלא לקבל את דבריהם והקבלה של דברי המשנה והתלמוד לא נובעת מרצון נוחיות וכדומה אלא מחוסר ברירה.

מה מוגדר טעות בדבר משנה?

ההלכה מבחינה בין 2 סוגי טעויות- טעות בדבר משנה וטעות בשיקול דעת.

* טעות בדבר משנה- טעות ברורה, מפורשת וחד משמעית- כתוב ככה ועשיתי משהו אחר.
* טעות בשיקול דעת- לא טעות מפורשת ופסק הדין שלי לא סותר דברים מפורשים אחרים.

ההשלכות:

* טעות בדבר משנה- פסק הדין יתוקן.
* טעות בשיקול דעת- פסק הדין לא ישונה אבל הדיין שטעה עשוי להיות מחויב לפצות את הצד הנפגע.

**שולחן ערוך חו"מ כה,א**- מגדיר טעות בדבר משנה כטעות בדינים המצויים במשנה, בגמרא או בדברי הפוסקים- פסק הלכה שנוגד דברים אלו הוא טעות גלויה וידועה משום שאי אפשר לחלוק על הדברים הנאמרים שם. שולחן ערוך אומר שגם לדברי הפוסקים יש מעמד של משנה ותלמוד ולא יהיה ניתן לחלוק עליהם.

**רבי משה איסרליש (רמ"א)** לא מסכים עם שולחן ערוך- הוא אומר שאם פסק ההלכה נוגד משנה או תלמוד זו טעות בדבר משנה והדין חוזר אולם אם מדובר בפסק הלכה שנוגד את דברי הפוסקים זו לא בהכרח טעות כי על דברי הפוסקים מותר לנו לחלוק.

\*\***מפה אנו למדים כי שולחן ערוך נותן מעמד לפוסקים הראשונים דומה למעמד המשנה והתלמוד ואומר שאי אפשר לחלוק על דבריהם.**

ההבדל בין הרמ"א לשולחן ערוך מקשר אותנו להבדל נוסף בינהם:

**הלכתא כבתראי**

אם יש מחלוקת בין פוסקים ראשונים לפוסקים אחרונים אנו נעדיף את דבריהם של הפוסקים האחרונים מהפוסקים שקדמו להם.

הכלל הלכתא כבתראי במקורו נאמר ביחס למחלוקת בתוך התלמוד בין חכמי התלמוד ואמר שיש להעדיף את האמורא המאוחר על האמורא הראשון.

**"סדר תנאים ואמוראים"**- המקור הקדום לכלל הלכתא כבתראי מופיע אצל הגאונים בספר "הנקרא" - כל מקום שחולקים שני תנאים או שני אמוראים זה על זה ולא נפסקה הלכה לא כזה ולא כזה (התלמוד לעיתים מסיים סוגייה פתוחה ולא מכריע) אם יש רב החולק על תלמידו (המחלוקת היא בין דורות שונים) אין הלכה כתלמיד במקום רבו- ההלכה תהיה כדעת החכם המוקדם. אבל מדורו של רבא (אמצע תקופת האמוראים דור רביעי לאמוראים) ההלכה כאחרון.

הגאונים אומרים שיש שינוי- **עד תקופתו של אמורא רבא מעדיפים את המוקדם על המאוחר אולם אם המאוחר הוא מדורו של רבא ואילך מעדיפים את דברים של האמורא המאוחר על המוקדם וחל הכלל "הלכתא כבתראי".**

למה חל מהפך זה? **משום שאמוראים מדור רבא דקדקו יותר להעמיד הלכה כנדרש וזאת משום שהיה שינוי בסדרי הלימוד**:

**המארי"ק** אומר שבתקופה של אביי ורבא השתנו סדרי הלימוד: בעוד שעד התקופה שלהם כל אחד שינן מה שלמד מרביו ושיננו את מה שלימודו אותם רבותיהם הקודמים ולכן אם כל מה שהתלמיד עושה זה לחזור על מה שהרב אמר אז ברור שהרב יודע יותר טוב מה שהוא אמר. אולם מדורו של רבא החל לימוד פעיל בו התלמידים דנים בכל העמדות כולם ומכריעים בדעה מסויימת בעצמם. בשיטה זו במובן מסויים התמונה שיש בידי התלמיד רחבה יותר ממה שהיה בידי רבו וכך לתלמיד יש כוח עודף על כוחו של הרב ולכן הכלל יהיה הלכתא כבתראי.

השאלה היא האם הכלל הלכתא כבתראי ממשיך גם בתקופות מאוחרות יותר? העניין נתון במחלוקת.

אולם, אם יש ירידת הדורות איך אנו הולכים עפ"י הפוסק המאוחר?

**שו"ת הרי"ד, סב**- ר' ישעיה שואל איך יחלוק על הרב הגדול רבינו יצחק זצ"ל (הרי"ף)? אחד הטיעונים שהעלו כנגד הרי"ד הוא איך הוא מעז לחלוק על הרי"ף. הרי"ד מתמודד עם שאלה זו ואומר שהרי"ף אכן גדול ממנו אולם נותן את הדוגמא של הננס והענק- הענק רואה למרחק רב יותר מהננס אולם אם נרכיב את הננס על כתפי הענק יראה הננס למרחק רב יותר. לגישתו, אנחנו הרבה פחות חכמים מאלה שלפנינו כי יש ירידת דורות אולם לנו יש את כל החוכמה המצטברת שהייתה לפניי והחוכמה הקטנה שלי מתווספת לחכמה של אלה שלפניי ולכן במצטבר לנו יש חוכמה כללית גדולה יותר. בנוסף גם מבחינה עניינית- אם תאמר שאני לא יכול לחלוק על חכם שקדם לי- מה אני יעשה במצב של מחלוקת בין שני חכמים בני אותו דור? אם לא ינתן לי שיקול הדעת ולא תהיה ההנחה שיש לי חכמה מצטברת גדולה יותר לא אוכל להחליט במחלוקת כזו. ולכן ברור שלנו האחרונים מותר לחלוק על אלו שקדמו לנו מתוך הבנה שיש לנו ידע מצטבר גדול יותר ולכן מותר לי לחלוק על זה שקדם לי.

**מחלוקת בין הראש לראב"ד**-

*הראב"ד* אומר שאם פוסק מאוחר חלק על אחד מדברי הגאונים תיחשב טעות בדבר משנה וזאת גם אם היו לו סיבות טובות לחלוק על דברי הגאונים משום שאין לנו את הכוח לחלוק על דברי הגאונים.

*הרא"ש* אומר שאנו בתקופה של אחרי התלמוד ועתה הכל פתוח. אם יש מחלוקת שנובעת מכך שיש לי ראיות נגד הגאונים אז ניתן עדיפות לדברי האחרון כי הוא לקח בחשבון את דברי הראשון והראשון לא לקח בחשבון את דברי האחרון.

יש הטוענים שמסורת הפסיקה האשכנזית אימצה את הכלל הלכתא כבתראי והספרדים לא- אפשר להתווכח על אמירה זו. מה שבטוחה זה שהיו גישות פסיקה שונות.

**הרמ"א** תמך בדבריו של רבו שלום שכנא שתמך בהלכה כבתראי בהבנה שכל איש בשעתו צריך לנהוג כפי שהוא רואה לנכון והוא לא רוצה לקבוע לדורות.

**ר' יוסף קארו ב"בית יוסף"** לא מכריע מעצמו באופן עקרוני. הוא קובע כלל טכני- לא נדרש לדון בטיעונים של אחרים כי מי הוא לעומתם? ולכן הוא בעצם **רואה את דבריהם של הראשונים כיותר מחייבים ובמקום שהם נחלקים הוא יוצר כלל טכני לבחור** איזה דעה חזקה יותר אבל בעצם התפקיד שלו הוא לא מכריע.

**הקדמת הרמ"א לדרכי משה**- פירוש על הטור, רבי משה בן ישראל איסרליש- הקדמה זו מקבילה להקדמה של שולחן ערוך שמתארת איך הוא פסק הלכה- רבי יוסף קארו, ב"בית יוסף" אומר שהוא עצמו לא מכריע, הוא קובע כלל טכני כי הוא לא רוצה להכריע מבין החכמים שקדמו לו ולכן הוא רואה את דברי הראשונים כדברים יותר מחייבים ובמקום בו הם נחלקים הוא יוצר כלל טכני של רוב ומיעוט עם חריגים מסויימים.

הרמ"א יוצא נגד זה - רמ"א אומר שהמחלוקות בין השולחן הערוך לבין מה שהוא פוסק יסודם הוא בכלל והלכתא כבתראי. שולחן ערוך לא הלך לפי והלכתא כבתראי והעדיף את הפוסקים הראשונים ואילו הרמ"א מעדיף את הכלל והלכתא כבתראי.

גם "בית יוסף" הספרדי מעדיף את הפוסקים הראשונים.

גם בית יוסף וגם הרמ"א מסכימים שהראשונים חכמים יותר אבל הרמ"א חושב שלאחרונים יש חוכמה מצטברת גדולה יותר.

**סמכות חכמים בתחום המדרש ופסיקת הלכה- קים לי**

דיברנו על כך שיש מחלוקות ובמחלוקת צריך להכריע. בימינו כיום הערכאה העליונה מכריעה ואין חולקים עליה. במקום בו יש עמדות שונות הכרעת השופט היא לא בהכרח האמת אולם היא הכרעה מוסדית. מסתבר שבהלכה העניין לא לגמרי פשוט (אך ורק בעניין של דיני ממונות) פה נכנסת טענה מיוחדת שנקראת "קים לי"- הפירוש הוא ידוע לי, אני סבור וכדומה.

טענת הקים לי יכולה להיטען בסיטואציה הבאה: בעניין בו יש דעות שונות ויש מחלוקת התפקיד הברור של הדיין הוא להכריע בין הדעות. במידה והכריע שהתובע חייב- לא יהיה התובע חייב למלא את פסק הדין וזאת במידה והוא סבור כדעה האחרת(הדעה בה הדיין לא נקט) לפי דעה זו, הוא פטור ולא חייב. במצב בו הוא קיימת דעה שלפיה הוא לא חייב- הוא טוען "קים לי".

**טענת קים לי אין בכוחה להוציא ממון אלא רק להשאר מחזיק באותו ממון שכבר נמצא אצלך.**

**טענת קים לי בכוחה למנוע הוצאת ממון מהנתבע, אך אין בכוחה להוציא או להעביר ממון לתובע.**

נניח ובית הדין קבע שהנתבע פטור מלשלם אבל התובע יביא דעה אחרת שאומרת שהנתבע חייב לשלם לו- התובע לא יוכל להגיד "קים לי" משום שאין בכוחה לגרום לנתבע לשלם אלא יש בכוחה רק למנוע הוצאת הנכס מהנתבע אל התובע.

טענת הקים לי לא אומרת בהכרח שבית הדין טעה בפסק הדין אלא אומרת שביהמ"ש לא יכול לממש את פסק דינו.

בהלכה יש מושג של **תפיסה**- למשל התובע חושב שהנתבע חייב לו כסף אז הוא הולך בכוח ולוקח את מה שחייב לו- האם הוא הופך להיות המחזיק? העובדה שלקחת בכוח לא תהפוך אותו למחזיק בנסיבות רגילות כי אז יהיה תוהו ובוהו ויהיה יתרון למי שלקח בכוח כי נטל השכנוע יעבור לצד השני. אולם, יש מקרים מסויימים שהם מקרי שוליים שתפיסה יכולה להואיל- במצבים מסויימים, אם לקחת אי אפשר להוציא ממך. ז"א בית הדין מלכתחילה לא יפסוק שמגיע לך אבל אם כבר לקחת הוא לא יוכל לקחת ממך חזרה.

האם תפיסה יכולה להואיל לתובע במצב בו הוא טוען קים לי?

ראובן תובע את שמעון ובית הדין סבור שהתביעה צריכה להידחות. ראובן לוקח משמעון בכוח וטוען שלא יכולים להוציא ממנו בחזרה וזאת בשל טענת קים לי. קים לי אין בכוחה להוציא אלא רק להשאיר את המצב כפי שהוא. אם אני שיניתי את המצב האם טענת קים לי יכולה להשאיר את המצב כך או שראובן צריך להחזיר לשמעון? זה מקרה מסובך יותר. המקרה הפשוט של קים לי הוא שהנתבע לא ממלא אחר פסק הדין כי הוא סבור שלו קים לי.

\*\*ביהמ"ש לא מעלה מיוזמתו טענת קים לי.

הפוסקים עצמם הבינו שטענת קים לי קצת יוצאת משליטה והיו **פוסקים שניסו להגביל ולצמצם את טענת "קים לי"** בדרכים שונות:

* **אורים ותומים, חו"מ קנ"ד**- מעלה את הבעייתיות בטענת קים לי- ר' יונתן אייבשיץ- חי במאה ה17 בערך 150 שנה אחרי ר' יוסף קארו והרמא ורוצה לעשות יישור קו- לגישתו לטעון טענת קים לי זה הכרעה ברורה כנגד שולחן ערוך והרמא (ספר מקובל בכל קהילות ישראל שפוסקים על פיו). אומר **שלא ניתן לטעון קים לי כנגד ההלכות של שולחן ערוך והרמ"א**. הנימוק שלו הוא פרקטי- אם נאפשר קבלת טענת קים לי אז אין טעם לפסיקה בכלל. שולחן ערוך והרמא הפכו להיות ספר מוסכם ע"י כולם ולכן דווקא עליהם הוא מתנגד לטענת קים לי וזה מהווה ישור קו.
* **שו"ת רדב"ז**- דן בשאלה אם אפשר לטעון טענת קים לי ומנסה לצמצם אותה-

כדי שניתן יהיה לטעון טענת קים לי יש לעמוד ברשימת תנאים מצטברים:

1. מרא דאתרא – "בעל המקום" לא במובן הקנייני אלא הפוסק של אותה הקהילה- (מעין תואר כבוד) לעמדתו בדרך כלל תהיה עדיפות על פני עמדה של פוסקים אחרים שאינם מבעלי המקום. לעיתים פוסק אחר גם לא ירצה להתערב מול פוסק זה. הרדבז אומר ש**אי אפשר לטעון טענת קים לי כנגד מרא דעתא**- כנגד הפוסק המקובל באותו מקום.
2. דלא נהגו כמותיה (שלא נהגו כמוהו באותו מקום)- **לא ניתן לטעון קים לי כנגד מנהג לפסוק בדרך מסויימת**. אנשים פועלים בסביבה מוכרת לפי הכללים הנהוגים ולכן סביר להניח שאם יש מנהג לפסוק כדעת פלוני לא סביר שאדם אחרת יבוא ויגיד קים לי שיש לפסוק כדעת מישהו אחר.
3. דהוי פלוגתא דיחיד כנגד יחיד- **אם יש דעת רבים ודעת יחיד אני לא אוכל לטעון קים לי כדעת היחיד**. רק אם יש יחיד נגד יחיד אז אפשר לטעון קים לי. במקום בו יש דעת רוב אי אפשר להגיד לדיין שיפסוק כדעת המיעוט. שימי לב, יחיד כנגד יחיד זה לאו דווקא אחד נגד אחד- הכוונה היא לרוב משמעותי שפוסק כעמדה מסויימת ולא תיטען קים לי למקום בו יש עמדת מיעוט.
4. דהוי פלוגתא בשווים- גם כשיש יחיד מול יחיד לא בודקים רק מספרית אלא בודקים מהותית מיהו הפוסק. **אם יש פוסק אחד גדול ויש פוסק אחר זוטר יותר- זו לא מחלוקת שוות כוחות ולא נטען קים לי כדעת הפוסק הזוטר.** השאלה מי נחשב פוסק גדול יותר לא מכריעים ע"י מבחנים אלא שאלה זו היא בעלת נסיבות הסטוריות.
5. דשניהם מפורסמים, שנמצאו חיבוריהם, ונתפשטו דבריהם ברוב ישראל-**לא יכול לטעון טענת קים לי כדעה נדירה ולא מוכרת**. היא חייבת להיות מוכרת.

בהצטברות כל הטיעונים האלו מצמצים את השימוש בטענת הקים לי. יש הסבורים כי מגבלות אלו חמורות מדי. גם כיום משתמשים בטענת קים לי, היא לא מאפשרת התפרעות יותר מדי אולם במצבים בהם יש ספק גדול ויש 2 עמדות גדולות למשל שולחן ערוך מול הרמא אפשר לטעון קים לי.

לסיכום, ראינו עקרונות חשובים של פסיקת ההלכה. דנו בסמכות חכמים כפרשנים ונדון בסמכות חכמים קצת שונה של חכמים כ"מחוקקים"- מתקיני תקנות וגוזרי גזרות.

כשחכמים מתקינים תקנה הם לא מפרשים את התורה אלא אומרים בפירוש כי התורה לא התייחסה לעניין זה והם קובעים שככה זה יהיה.

הביטוי תקנות בדר"כ נוגע יותר לעניינים ממוניים.

הביטוי גזירות נוגע יותר לענייני איסור והיתר.

**היקף הסמכות של חכמים להתקין תקנות**

מחלוקת בגמרא במסכת שבת- קיימת מחלוקת בין רמב"ם לרמב"ן-

ציווי להדליק נר חנוכה לא מצוין בתורה וזה תקנת חכמים. בברכה אומרים שהקב"ה ציוונו להדליק נר חנוכה. אולם זה לא ציווי של השם. אבל יש חובה לציית לדברי חכמים ולכן כביכול בהדלקת הנרות אנו מקיים בעקיפים את מצוות השם. ולכן הברכה היא לא דבר שקר.

הרמב"ם אומר שכל המצוות שנתחדשו, חייבים אנו לקבלם ולשמרם, שנאמר: "לא תסור מן הדבר..." אם לא אדליק נרות חנוכה, בעקיפין אעבור על דין תורה, כיוון שעלי ללכת כדרך חכמים (כלומר אעבור על דין תורה שמחייבני ללכת בעקבות חכמים).

הרמב"ן אומר שהביטוי "לא תסור" מתייחס לפרשנות החכמים ולא לחכמים כמחוקקים, ולכן אם לא מצייתים לתקנת חכמים, לא עוברים בהכרח על מצוות התורה (אולי על הנחייה, שאינה כלולה בתרי"ג מצוות).

עקרונית, ע"פ שניהם, יש חובה לציית לדברי חכמים.

אחרי שראינו שיש עקרונית חובה לשמוע לדברי חכמים, והמקור לאותה חובה – עולה השאלה בדבר סמכותם של החכמים לגרוע, להוסיף על דברי התורה.

ישנם שני פסוקי בתורה בעלי עקרון דומה:

דברים יד,א:

דברים פרק ד,ב:

**ב** לֹא תֹסִפוּ, עַל-הַדָּבָר אֲשֶׁר אָנֹכִי מְצַוֶּה אֶתְכֶם, וְלֹא תִגְרְעוּ, מִמֶּנּוּ--לִשְׁמֹר, אֶת-מִצְו‍ֹת יְהוָה אֱלֹהֵיכֶם, אֲשֶׁר אָנֹכִי, מְצַוֶּה אֶתְכֶם.

**פסוק זה אומר שאסור לחכמים להוסיף ולא לגרוע על דברי התורה. אם כך משתמע שאסור להתקין תקנות וגזירות ולגרוע מהתורה. אמנם חכמים כן עושים זאת.**

קיימים הסברים שונים לכך:

* **כוזרי, ג, מא**- ראה לעיל "לא בשמים היא"- האיסור להוסיף ולגרוע הוא לאנשים הרגילים ואילו לחכמים מותר.
* **רש"י י"ג,א**- בפירושו לתורה מביא מדרש הלכה שאומר מה זה "לא תוסיף עליו"- חמישה טוטפות (תפילין), חמישה מינין בלולב, ארבעה ברכות לברכת הכהנים כדומה. לדעת רש"י לא להוסיף זה אומר לא להוסיף או לגרוע על הפרשות שיש בתפילין, להוסיף או לגרוע על/מ ארבעת המינים וכדומה. האיסור לא להוסיף ולא לגרוע הוא בתוך המצווה- ז"א לשנות את המצווה באופן שאני ארחיב או אצמצם אותה כך שאני יגרע מהמצווה עצמה. להוסיף מצווה חדשה או לגרוע מהמצוות זה בסדר. ולכן הפסוקים הנ"ל לא פוגעים בסמכות החכמים. **אסור להוסיף ולגרוע בתוך המצווה**.
* **רמב"ם בהלכות ממרים**- דוגמאת בשר בחלב. חכמים אומרים שאסור עוף בחלב כדי שלא יתבלבלו. מה שאסור לחכמים לעשות זה לבוא ולומר שבשר עוף בחלב אסור מהתורה- אסור להם להוסיף משהו ולייחס אותו לתורה. כל עוד הם אוסרים (כביכול מוסיפים על התורה) אבל לא מייחסים אותה לתורה אלא אומרים שהם אוסרים על זה מנימוקיהם שלהם זה בסדר. הם לא מוסיפים / גורעים על/מ התורה שכן הם מייחסים את התוספת/ הגרעון לעצמם. **אסור להוסיף ולגרוע ולייחס זאת לתורה אולם, מותר להוסיף/לגרוע אם מייחסים זאת לעצמם.**

**\*\*הראב"ד משיג על דברים של הרמב"ם**- דברי הרמב"ם הם דברי הבל- מאמץ את גישתו של רש"י- האיסור להוסיף /לגרוע זה בקשר למצוות עשה (תפילין, לולב וכדומה) . הוא דוחה את פירוש הרמב"ם שכן החכמים יכולים להוסיף על דברי תורה ולייחס את זה לתורה ולא פעם אנו מוצאים בתלמוד עניין מסויים שלמדים אותו מתוך פסוק ובהמשך התלמוד עצמו אומר שהלימוד הוא לא מהפסוק אלא הפסוק הוא אסמכתא (זוהי תקנת חכמים שרק הסמיכו על פסוק מהתורה כדי לזכור את ההלכה וכדי שהציבור יתעודד בקלות רבה יוצר לציות התקנה).

ככל שמדובר על להוסיף ולגרוע- **להחמיר זה לכאורה תמיד בסדר** (כשזה לא בא על חשבון דברים אחרים סביבתיים) והוא הדין גם **להוסיף מצוות חדשות- על זה כולם מסכימים שזה בסדר.**

עיקר כוחם של החכמים לא ניכר דווקא במקום בו הם מוסיפים אלא דווקא יבוא לידי ביטוי במקום בו הם יכולים לסתור דין תורה- ז"א לומר לאדם לא לעשות דבר שהתורה אמרה לעשות או להפך ולכן עיקר הדיון בסמכות החכמים להתקין תקנות או גזרות נייחד לשאלה **מתי יכולה אותה תקנה/ גזרה לעמוד בסתירה לדין תורה:**

**לעקור דבר מהתורה ב"שב ואל תעשה"**

הכלל הוא שחכמים רשאים לעקור דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה" אבל הם לא יכולים לעקור דבר מהתורה ב"קום ועשה"- ז"א יכולים להגיד לנו לא לבצע משהו ספציפי שהתורה אומרת לבצע.

למשל, בראש השנה אחת המצוות החשובות היא לשמוע תקיעת שופר. על פי דין תורה גם אם ראש השנה חל בשבת תוקעים בשופר והיא לא נחשבת חילול שבת מדין שבת וחובה לתקוע בשופר. חכמים החליטו משיקולים שלהם (חששו שתקיעת שופר יכולה לגרום לחילול שבת) ואמרו לא לתקוע בשופר- עקרו דבר מהתורה ב"שב ואל תעשה". בדומה לזה גם בחג סוכות על פי דין תורה אם סוכות חל בשבת נוטלים 4 מינים וחכמים שחששו שזה יגרום לחילול שבת ואמרו שאם חל סוכות בשבת לא ליטול 4 המינים- עקרו דבר מהתורה בשב ואל תעשה.

הרשב"א מסייג ואומר שנכון שחכמים יכולים לעקור מהתורה בשב ואל תעשה אבל זה **בתנאי שהם לא מבטלים לחלוטין את המצווה**. ז"א שלא יבינו מדבריהם שהם מוחקים לגמרי את תקיעת השופר. חלק זה של הוראת אי קיום מצווה בשב ואל תעשה- פשוט יותר והוא בסדר, החכמים מוסמכים לו.

**לעקור דבר מהתורה ב"קום ועשה**"- להתיר לאדם לעשות משהו שהתורה אסרה עליו לעשות. לבטל מצוות לא תעשה- חכמים לא מוסמכים.

לכלל זה יש כמה חריגים: **מקרים בהם חכמים יכולים לעקור דבר מהתורה ב"קום ועשה":**

1**. הוראות שעה:**

* **יבמות צ,ב**- מסכת יבמות שעוסקת בדיני יבום- מובאת ברייתא- **בהוראת שעה ולא באופן קבוע**- אם נביא אומר לך לעבור על מצווה מהתורה לפי שעה (לא כדבר קבוע)- אז תשמע לו. לכאורה למדים מכך שניתן לעקור דבר מהתורה ב"קום ועשה" . אומרת הגמרא שזה בסדר רק במסגרת של הוראת שעה. חכמים לומדים על סמכותם זו מתוך מלכים א,יח – בכל תקופת הנביאים הטרידו אותם העובדה שעם ישראל עבד במקביל עבודה זרה. תקופת אכאב מלך ישראל והיה רעב 3 שנים. אליהו הנביא מציע לעשות מבחן בהר הכרמל לבדוק ולהוכיח שאין באמת אלוהים אחרים. אם תרד אש מהשמיים לשרוף את הקורבן של אליהו אז יש רק ה' אחד. עובדי האלילים מקריבים קורבן ולא יורדת אש מהשמיים ואילו על הקורבן של אליהו כן. מה שמוכיח כי ה' הוא האלוקים. קיימת הלכה שאומרת שאחרי שנבנה בית המקדש אסור להקריב קורבן בבמה (מחוץ לבית המקדש). כשאליהו עושה קורבן על ההר הוא עובר עבירה. איך הוא הרשה זאת לעצמו? זו הייתה הוראת השעה- היה צורך מיוחד. ומכאן למדים כי אפשר לעקור דבר מהתורה ע"י "קום ועשה" אם מדובר בהוראת השעה.

דוגמא נוספת- תורה שבע"פ אסור לכתוב אותה ובכל זאת כתבו את התורה שבע"פ ע"י רבי יהודה הנשיא (וגם כבר לפניו האמת)- איך הרשה לעצמו? הוא עשה זאת על פי צו השעה . לכאורה הוראת שעה זו נמשכת כבר 2000 שנה אולם זה עדיין נחשב להוראת השעה.

דוגמא נוספת- דוגמאת הסוס והיוונים- אסור לרכב על סוס בשבת מדרבנן (להשלים)

**2.הוראת שעה בענישה**:

ספציפית בדין הפלילי- ביהמ"ש רשאי להעניש בהוראת השעה תוך סטייה מהדין המהותי וסטייה מהגישה של התורה, סטייה מדיני ההוראות, פרוצדורה וכדומה כל עוד זה הוראת השעה.

את עונשי התורה אפשר לתת רק אם יש סנהדרין. נניח ובית דין רוצה להעניש אדם על עבירה על דין תורה הוא לא יכול להעניש כי אין לו סמכות. אולם הוא יכול להעניש במסגרת הוראת שעה. ולכן כל ענישה ככל שהייתה כזו התבוססה באופן פורמאלי על הוראת השעה- הם מוסמכים להעניש מתוקף הוראת שעה המסמיכה אותם להעניש למרות שהתורה לא מסמיכה אותם.

**הרמב"ם בהלכות סנהדרין**- בקשר לענישה מתוקף הלכת השעה- יש להתיר הלכות לפי צו השעה בזהירות וקפידה רבה.

**3. הפקר בית דין – הפקר:**

לפי ההלכה יש איסור גזל - אסור שימצא בידי נכס שהוא איננו שלי ושאיני מחזיק בו כדין .

* **התוספתא במסכת שקלים**- אומרת שהפקר בית דין- הפקר: יש איסור בתורה לגדל כלאים ( למשל אם יש לי כרם של גפנים ואני מגדל בתוך הכרם ללא המרחק הנדרש גם חיטה או שעורה או משהו אחר, זה אסור על פי דין תורה ואסור לאכול את זה. מדרבנן הרחיבו את איסור כלאים לסוגים אחרים של גידולים שאסור לגדל אותם באותה ערוגה) – כחלק מהאכיפה על איסור כלאיים היו יוצאים שלוחי בית דין ומפקירים את הכלאיים- בעצם מסירים את הבעלות של בעל השדה באותם כלאיים וברגע שזה הפקר כל אחד רשאי לקחת את זה וזה סוג של מעין קנס ומוטיבציה זו תגרום לאנשים להישמר באותו איסור של כלאיים. התוספתא אומרת- מאיפה לבית הדין יש סמכות להפקיר את אותם כלאיים? הרי אם בית הדין מפקיר שלא כדין הוא בבחינת גזלן. כדי שתהיה סמכות לחכמים להפקיר את אותם כלאיים צריך שההלכה תקנה להם סמכות להפקיר רכוש של אדם כדי שההפקר הזה יתפוס. ולהפקר זה תהיה משמעות משפטית. וזה יגרום לכך שבעלות הבעלים תוסר וכל מי שיקח מזה לא יחשב לגזלן. הסמכות שלהם היא מתוך הכלל של "הפקר בית דין- הפקר" .
* הסוגיה **ביבמות** אומרת מאיפה הסמכות להפקר בית דין- מביאה שתי פסוקים מהתנ"ך שמהם למדים שיש סמכות לבית דין להפקיר רכוש:
* פס' מספר עזרא- עזרא היה מראשי החוזרים מגלות בבל בין תקופת בית ראשון לשני לארץ ישראל. עזרא רוצה לכנס את כל תושביה היהודים של ארץ ישראל באסיפה כללית הוא קובע שבעוד שלושה ימים צריכים כולם להתאסף וכדי לגרום לאנשים להגיע לאסיפה הציבורית הוא אומר שכל מי שלא יתייצב למעמד זה- יוחרם כל רכושו. – בעצם, עזרא מאיים בסוג של סנקציה על כל העם- הסנקציה היא החרמת הרכוש. לא יתכן שעזרא פועל שלא כדין ולכן מפה למדים שיש לבית דין סמכות להפקיר ממון. (גם פה כמו בדין הכלאיים ההפקר הוא סוג של ענישה ומשתמשים בפרוצדורה זו של הפקר בית דין כדי להעניש את הלא מקיימים וכדי להרתיע).
* פס' בספר יהושע- מתאר את חלוקת הנחלות בארץ ישראל שהתחלקה לשבטים- "אלה נחלות אשר נחלו יהושע בן נון..." כמו שאבא שיש לו רכוש יכול לעשות עם רכושו מה שרוצה- אומר המדרש שעשה היקש בין ראשי הציבור (בית דין) לבין האבות אומר לנו שגם בית הדין מנחיל את העם כל מה שירצו- ז"א הכל זה קופה ציבורים ואפשר לחלק למי שרוצים מה שרוצים. וכך לפי ר' אלעזר נובעת הזמכות של היפקר בית דין- הפקר. בפסוק זה רואים את הסמכות של לא רק להפקיר אלא גם להפקיר ולתת למישהו אחר.
* **פרוזבול**- על פי דין הלווה לא חייב להחזיק את ההלוואה בשנה השביעית- המשמעות של הפרוזבול היא שעל פי דין תורה הלווה לא חייב אולם מכוח סוג של תקנת חכמים שהתקין הלל (הפרוזבול) הלווה חייב להחזיר. עולה השאלה- על פי איזו סמכות היה יכול הלל להתקין את הפרוזובול- אחת התשובות: כי הפקר בית דין הפקר- בגלל שלבית דין יש את הסמכות הזו. זה מה שעושה הלל- ממון שהיה צריך על פי דין תורה להשאר בידיו של הלווה- מעביר אותו הלל לידיו של המלווה.

**הפקר בית דין- הפקר הוא הדרך בה מתגברים על סוגיית הגזל. לכן זה גם מסווג תחת הקטגוריה של לעקור דבר מהתורה ב"קום ועשה". הרי יש איסור בתורה של "אל תגזול" . הפקר בית דין- הפקר הוא דוגמא לסמכות חכמים לסטות מדין תורה ב"קום ועשה".**

\*\*הפקר בית דין הפקר שימש בסיס משפטי לתקנות חכמים בדיני ממונות.

**4. הפקעת קידושין:**

על פי ההלכה אדם מקדש אישה בדר"כ ב"קידושי כסף"- הטבעת שנותן האיש לאישה ואיתה מקדש אותה מהווה שובר שווה כסף וזאת משום שבהלכה התחייבות מכר כדי שיהיה לה תוקף צריכה להיות מלווה במעשה קניין שמהווה אקט פורמאלי שעושה המתחייב שיוצר או מעיד על גמירות הדעת. כאשר אישה מתקדשת לאיש (בין אם נשאה לו ובין אם לא- כי בתקופת המשנה היה עובר פרק זמן בין הקידושין ובין הנישואין שאותם היו עושים מאוחר יותר). מרגע שאיש ואישה התקדשו זה עם זו האישה נמצאת במעמד של "אשת איש- אישה נשואה". על פי הדין אשת איש אסור לה לחיות עם מישהו אחר ולקיים יחסי אישות עם מישהו אחר כל עוד לא התגרשה כדין- גט לפי הכללים של דיני הגיטין. על פי ההלכה אישה נשואה/מקודשת אם היא הרתה למישהו אחר שאיננו בעלה- הילד נחשב כממזר. משמעות הממזר מבחינת המעמד האישי שלו היא קשה משום שהוא כמעט ולא יכול להנשא. הגט צריל להימסר לאישה ולא מספיק שהוא כתוב. המסירה יכולה להתבצע ע"י שליח. והאישה יכולה למנות שליח שיקבל עבורה את הגט. ברגע שהגט נמסר לאישה היא מגורשת.

* **המשנה במסכת גיטין פרק ד', משניות א', ב'-** אומרת המשנה שאפשר לתת את הגט לאישה באמצעות שליח. אם הבעל מסר את הגט בידי השליח- האישה תהיה מגורשת כשהגט נמסר לאישה. כל עוד הגט לא נמסר לידי האישה (או שלוחה שלה) הבעל יכול להתחרט. אם נניח ראובן נמצא בחו"ל ושלח את הגט עם השליח, כל עוד השליח לא נתן את הגט הוא יכול להתקשר או להגיע אליה עוד לפני שהשליח מגיע ולהגיד לה שהוא מבטל את הגט והגט שתקבל הוא חסר ערך. אם הבעל ביטל את הגט לפני שקיבלה אותו הגט לא תופס. אם הגט הגיעה לידי האישה לפני הביטול – אי אפשר לבטל את הגט. המשנה ממשיכה ומספרת שפעם, לפני תקנתו של רבן גמליאן הזקן- "היה עושה בית דין במקום אחר ומבטלו"- ז"א בעל ששל שליח להביא ומתחרט לפני שהגיע הגט, יכול היה ללכת לבית דין בעירו ולהצהיר שם שהוא שלח גט לאשתו והוא כעת מבטל אותו וככה הוא לא צריך לדאוג לרוץ אחרי השליח. מה שיכול לקרות במצב זה שהאישה תקבל את הגט ולא תדע על הביטול והיא תלך ותתחתן ותביא ילדים ממזרים ואחרי כמה שנים יחזור הבעל ותצא תסבוכת שלמה. הילדים יהיו ממזרים בלא אשמת האישה בכלל. בגלל סיטואציה מסובכת זו בה נגרם עוול לאישה ולילדים, התקין רבן גמליאן הזקן תקנה שלא עושים כן מפני תיקון עולם- הוא **התקין תקנה שקובעת שאי אפשר לעשות ביטול כזה מרחוק בבית דין בעיר הבעל ולבטל את הגט.**

**בדור מאוחר יותר נחלקו תנאים- ר' יהודה הנשיא ורבן שמעון בן גמליאל- על תוקפה של התקנה של רבנן גמליאל הזקן:**

* **גיטין לג,א-** פירשו את תקנת רבן גמליאן הזקן בשתי דרכים:

דעת רבי יהודה הנשיא- התקנה אומרת שאי אפשר לבטל מרחוק- ז"א ביטול כזה מהווה עבירה. אבל לא התערבה בתוצאות של הדין האישי במעמד האישי בהנחה שהיה ביטול כזה. ז"א אם אני עבריין שלא מציית לתקנת חכמים ובכל זאת ביטלתי את הגט בביטול כזה מרחוק הביטול עדיין תקף והגט הוא לא גט. וכל ההשלכות של ביטול הגט על האישה תקפות. כוונת אפשרות זו היא שרבן גמליאל הזקן לא התערב בדיני האישות, הוא רק ניסה למנוע הגעה למציאות כזו.

דעת רבן שמעון גמליאל- טוען "איזו מן תקנה זו אם אין לה שיניים?" אין משמעות לתקנה של רבנן גמליאן הזקן אם אתה קובע שהביטול הוא לא ביטול. לגישתו, התקנה קבעה שאם אתה מבטל מרחוק את הגט הביטול הוא לא ביטול ואין ערך למה שעשית- הגט הוא גט.

**אנו רואים במקרה זה שרבן גמליאל הזקן עוקר דבר מהתורה ב"קום ועשה"- אסור לאישה לחיות עם מישהו אחר כי היא לא גרושה אולם החכמים התקינו תקנה שבסיטואציה מיוחדת זו הילדים לא יחשבו ממזרים. בכל שרבן גמליאל הזקן מאשר את הגט שכביכול בכלל בוטל בעירו של הבעל- הוא עוקר דבר מהתורה בכך שהוא כאילו מאפשר לאישה נשואה לגור/לקיים יחסי אישות עם גבר אחר. (וזאת בניגוד לאיסור תורה).**

שואלת הגמרא מאיזו סמכות קובע רבן גמליאן הזקן תקנה זו וכביכול מבטל קידושין? התשובה היא משום ש"כל המקדש אישה על דעת חכמים מקדש"- ז"א כל קידוש הוא לראות עיניהם של החכמים ועל כן יש להם סמכות לבטל קידושין.

ובנוסף, בביטול הקידושין הייתה צריכה האישה כביכול להחזיר לבעל את כסף הקידושין- אולם, הפקר בית דין הפקר. מצטרפת הסמכות הזו של החכמים ומשאירה אצל האישה את הטבעת.

* **התלמוד הירושלמי**- מביא סוגיה זו בניסוח אחר, בוטה יותר- הירושלמי אומר שרבן שמעון בן גמליאל צודק- אין טעם לתקנה אם הביטול נשאר בתוקף. לדבריו הסיבה שלפיה רבי יהודה הנשיא לא מאפשר את הביטול ומותיר את דין התורה על קנו היא משום שחכמים לא יכולים לעקור דבר מהתורה עם תקנה שלהם. אולם **התלמוד הירושלמי אומר שהחכמים כן יכולים לעקור דבר מהתורה**- הם מנמקים זאת על בסיס "דין התרומה" שעל פיו אדם שהפריש פירות מסויימים יחשבו לתורה וזה אומר שהפירות האלו אסורים לאכילה אלא רק לכהנים ורק בטהרה. בהקשר שלנו, מי שאיננו כהן אסור לו לאכול תרומה. וכך מצאנו שחכמים עוקרים דבר מהתורה: יש מציאות מסויימת שאם הפרשתי פירות תרומה ועל פי תקנת חכמים התרומה הזאת איננה תרומה ומותרת באכילה לכל אחד. וכך יש מציאות שמכוח תקנת חכמים הפירות הללו מותרים לאכילה אותו הדבר הם יכולים לעקור דבר מהתורה בעניין הפקעת הקידושין. שימי לב, הירושלמי לא מזכיר את הפרוצדרושה של "כל המקדש על דעת חכמים מקדש" על פי תנאי מכללא. החשיבות שהירושלמי לא מזכיר תנאי מכללא זה היא שבניגוד לבבלי שאומר כאילו הקידושין אף פעם לא היו הירושלמי אומר שמעתה והלאה הקידושין לא תקפים.

בהנחה שחכמים התקינו תקנה / גזרו גזירה- **האם ניתן לבטל את התקנה/הגזירה?**

ראינו שדין תורה ניתן לבטל/ לעקוף בשב ואל תעשה ובקום ועשה במצבים מסויימים. אך מה קורה עם ביטול תקנות חכמים?

למשל, התקנה שאסור לאכול עוף בחלב- יקום חכם אחר ויגיד שאין צורך בכך כי עוף לא דומה לבשר וכו' וכו'. האם חכמים מוסמכים לבטל תקנה / גזירה של חכמים שקדמו להם? שימי לב, ברור שבמקרים בהם ניתן לבטל דין תורה אז אפשר לבטל תקנות/ גזירות חכמים- לא יתכן שמעמד תקנות חכמים יהיה גבוה מדין תורה.

לכאורה, ניתן להגיד שאם בני אדם התקינו אזי בני אדם יכולים לבטל. אולם יש דיון בנושא:

ראשית, **יש להבחין בין 2 סוגי תקנות**:

א. **תקנות שהנימוק שלהם ידוע**- למשל, תקנות על פדיון השבויים לשם תיקון עולם, מציאת חרש, שוטה וקטן יש בהם משום גזל- הותקנו משום דרכי שלום).

ב. **תקנות שהנימוק שלהם לא נאמר במפורש**.

אם חכמים מראש הסבירו את הסיבה להתקן התקנה, וסיבה זו כבר לא רלוונטית, לכאורה, אפשר ביתר קלות לבטל את התקנה או שתתבטל מאליה. לעומת זאת, יש מקרים שחכמים לא אומרים את הטעם לתקנה (שימי לב, שאם לא אמרו סיבה זה לא אומר שאין סיבה לכך וגם אנו יכולים לשער מה הסיבה להתקן התקנה). לעיתים, ההעלמה של הטעם היה מכוון. מקרים בהם העלימו את הטעם להתקן התקנה, במכוון:

* **מסכת עבודה זרה**- אומרת **שכשהיו גוזרים גזירה בא"י לא היו מגלים טעמה בשנה הראשונה**. וזאת משום שאם נותנים את הנימוק יכולים אנשים להתנגד לנימוק ולא לקיים את הגזירה. לעומת זאת, כשלא אומרים את הסיבה אזי מקיימים אותה מהספק פן הסיבה באמת חשובה. אחרי שנה היו מגלים משום שאחרי שתקנה תופסת אחיזה ואנשים פועלים לפייה היכולת לבטל אותה קשה יותר.

\*\*מדוגמא זו אנו למדים לכך שבכוונה לא היו מגלים טעמים.

* היו **מצבים בהם חכמים היו מגלים טעם לא אמיתי** לתקנה ויכול להיות שהסתירו את הסיבה האמיתית משום שהיא לא חזקה דייה. דבר זה מקשה עלינו את ביטול התקנה כי אולי הטעם הידוע לנו הוא לא הטעם הנכון.

יותר קל לבטל תקנה וגזירה כשהטעם שלה ידועה מאשר תקנה שהטעם שלה לא ידוע.

**קריטריונים לביטול בתקנות שלא ידוע טעמם:**

* **משנה עדויות א,ה-** אין בית דין יכול לבטל בית דין חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמניין. המשנה נותנת לנו כלל לגבי תקנות שהטעם שלהם איננו מוכר. ז"א בית דין מוסמך לבטל תקנה/ גזירה של בית דין שקדם לו בשני תנאים מצטברים: גדול ממנו בחכמה וגדול ממנו במניין.

*מהו בית דין גדול בחכמה*? החכמה המצטברת בבית הדין גדולה יותר- לא ידוע איך מודדים זאת וגם המניין לא חשוב במיוחד. זה לא חשוב במיוחד משם שאין מציאות בה בית דין מאוחר ראה עצמו גדול בחכמה ובמניין מבית דין שקדם לו. ולכן רעיונית הסמכות קיימת אולם מעשית היא לא מיושמת תחת תנאים אלו.

* **מסכת עבודה זרה-** קריטריון נוסף שנלקח בחשבון זו השאלה אם התקנה פשטה בכל ישראל? ככל שהתקנה פשטה בכל ישראל/ברוב ישראל (זה שנוי במחלוקת אם צריך ברוב ישראל או בכל ישראל)- יכולת הביטול קשה יותר.

כולם לוקחים בחשבון את הגורמים הללו אולם יש דעות שונות בראשנים אם קריטריונים אלו מצטברים או לא:

גישת הרמב"ם-

* **רמב"ם ממרים ב', ב-ג-** בית דין שגזרו גזירה או התקינו תקנה ופשט המנהג בכל ישראל ועמד אחריהם בית דין אחר וביקש לעקור את אותה תקנה/גזירה/מנהג לא יכול עד שיהיה גדול מהראשונים בחכמה ובמניין- שניהם יחד בהצטבר!

עפ"י הרמב"ם קיימים שלושה מצבים בהתחשב בשני העקרונות הבאים:

כשמדובר בתקנה/גזירה שעשו חכמים סייג לתורה- כלומר הרחבה של איסור.

כשזה פשט בכל ישראל.

1. יש תקנות וגזירות שלא ניתנות לביטול כלל, גם לא ע"י בית דין שגדול בחכמה ובמניין. וזאת כאשר מתקיימים שני העקרונות הנ"ל. למשל, בשר עוף בחלב גזרו כדי להרחיב איסור קיים כדי שלא יהיה בלבול. ואם גזירה זו פשטה בכל ישראל. לא יוכלו לבטל גזירה זו גם אם זה יהיה בית דין גדול בחכמה ובמניין. מעמדה כמו דין תורה.
2. תקנות/גזירות שהם לא הרחבה של איסור אלא תקנה אחרת שפשטה בכל ישראל- תהיה ניתנת לביטול ע"י בית דין גדול בחכמה ובמניין.
3. תקנות שמלכתחילה לא פשטו בכל ישראל בין אם היא מרחיבה איסור או לא- היא בטלה מאליה ואין צורך בתהליך ביטול, לתקנה אין תוקף.
4. תקנה שהחזיקה מעמד ועמדה תקופה מסויימת ולאחר תקופה זו הסתבר שהיא לא פשטה בכל ישראל, צריכה תהליך ביטול במידה ורוצים לבטלה. בית הדין המבטל יכול להיות לא גדול במניין ובחכמה מבית הדין שהתקין אותה.

\*\*השאלה אם פשטה בכל ישראל או לא פשטה בכל ישראל היא לא רק שאלה של בדיעבד אלא היא קריטריון של מלכחילה. כשבית דין מתקינים תקנה / גזירה עליהם לשאול עצמם האם הציבור יהיה מסוגל לעמוד בזה? אם ההערכה היא שהציבור לא יצליח לעמוד בה, מראש לא אמורים להתקין תקנה כזו. ולכן תקנה שלא פשטה בכל ישראל היא סוג של תקלה. שכן, חשבו שהציבור כן יעמוד בה ובפועל הוא לא עמד בה ולכן תקנה זו ניתנת לביטול/ בטלה מאליה.

**ביטול תקנות שטעמן ידוע:**

* **מסכת ביצה**- עוסקת בדינים שקשורים ביום טוב- במסכת נאמר שיש בהלכה מושג של "עורלה"- כשאדם נוטע עץ הפירות שהעץ נוטע ב3 שנים הראשונות לנטייתו, נחשבים לעורלה והם אסורים לאכילה ויש להשמידם. הפירות של השנה הרביעית (נטע רבעי) הפירות הם קודש הילולים לשם- בעל הפירות צריך להעלות אותם לירושלים ולאכול אותם שם. אדם לאדם קשה להעלות את הפירות לירושלים הוא יכול לפדות אותם בכסף ואת הכסף לעלות לירושלים. את הפירות יש לפדות לא ב100% אלא בתוספת של 25% נקרא "תוספת החומש"- עד כאן זה דין תורה. חכמים התקינו תקנה שבאיזור גאוגרפי מסויים (יש הגדרה של גבולותיו במשנה) במרחק מסויים מסביב לירושלים, מי שמגדל פירות ברדיוס הזה שנקבע, לא יכול לפדות את הפירות אלא חייב להעלות אותם לירושלים. חכמים מסיבירם שהטעם לתקנה הוא כדי לעתר שווקי ירושלים בפירות. ז"א כדי ליצור שפע בירושלים שכן היא עיר מרכז וחייבת להיות שופעת והפירות של השנה הרביעית מהווים את השפע הזה. הגמרא מספרת לרבי אליעזר היה כרם של פירות, בתוך התחום שסמוך לירושלים. הוא חי בתקופה שאחרי חורבן בית המקדש. הוא לא יכל לפדות אותם בשל התקנה של החכמים והיה חייב להעלות את הפירות פיזית לירושלים. רבי אליעזר רצה להפקיר את הפירות (לתת אותם לאחרים) וע"י כך הוא יפטר מהעלייה לירושלים. אמרו לו תלמידיו כי הוא לא צריך להפקיד את הפירות כי נמנו חכמים וביטלו את התקנה. חכמים ביטלו את התקנה משום שהיא כבר לא עונה על הטעם, שכן הטעם לתקנה היה כדי להעשיר את ירושלים ובית המקדש. ברגע שירולשים חרבה האינטרס של עיתור שווקי ירושלים לפירות איננו קיים והטעם בטל. ולכן נמנו חכמים על ביטול התקנה.

**מסיפור זה למדים 2 דברים**:

א. תקנה שבטל טעמה- ניתן לבטל אותה.

ב. צריך לבטל אותה.

מתוך הסוגייה עולה שכל בית דין יכול לבטל אותה (נראה בהמשך מה הראשונים חושבים על זה).

שכן המשמעות של הדרישה שבית דין המבטל יהיה גדול בחכמה ובמניין היא שאף בית דין לא יבטל את התקנה שכן אף בית דין לא יאמר שהוא גדול בחכמה מבית דין קדום.

גישת הראשונים:

* **רמב"ם ממרים ב,ב**- אותה ההלכה שקראנו לפני כן- לגישת הרמב"ם, אין הבדל בין תקנה שהטעם שלה מוכר לנו לתקנה שטעמה לא מוכר לנו ובין תקנה שטעמה ידוע ובטל הטעם- עדיין צריכה ביטול וע"י בית דין שגדול בחכמה ובמניין מבית דין שהתקין התקנה. במקרה בו התקנה פשטה בארץ ואפילו חלף טעמה- ניתנת לביטול רק ע"י בית דין שגדול בחכמה ובמניין.
* **הראב"ד** סובר אחרת ומקשה על הרמב"ם- הוא מעלה את הסוגייה של ביטול התקנה של העלת פירות לירושלים ע"י יוחנן בן זכאי ולא היה גדול מהראשונים שהתקינו אותה. ולכן לגישת הראב"ד תקנה שטעמה חלף ניתנת לביטול ע"י בית דין שלא גדול בחכמה ובמניין.
* **המאירי במסכת ביצה**- מסכים עם דעתו של הראב"ד אם מדובר בתקנה שטעמה בטל היא ניתנת לביטול גם ע"י בין דין רגיל.

ישנם ראשונים שמרחיקים לכת יותר וסבורים שתקנה כזו שטעמה ידוע והטעם איננו רלוונטי יותר- אפילו בטלה מאליה ואין צורך בהליך ביטול:

* **שו"ת הרא"ש ב,ח-** ר' אשר בן יחיאל, אכנז, צרפת, ספרד מאה 13-14- מכיוון שטעם האיסור ידוע, אם התבטל הטעם בטל האיסור ממילא. לגישתו, אם לא ברור בוודאות שאכן זה הטעם של התקנה או שאם יודעים שזה הטעם אנו לא יודעים בוודאות שהטעם לא רלוונטי- אז יצתרכו בית דין. אולם כשידוע בוודאות מה טעם התקנה ושטעמה בטל בוודאות- היא בטלה מאליה.
* **רדב"ז ממרים ב,ב-** אין צורך בביטול התקנה שטעמה חלף יכולה להיות בטלה מאליה (חבה קצת מסייג בדבריו שכן ההנחה היא שבדר"כ יגידו החכמים שהם לא בטוחים מה הטעם או לא בטוחים שהוא לא רלוונטי ולכל היותר יבטלו אותה רק ע"י בית דין שגדול במניין ובחוכמה- ז"א ימעיטו להשתמש בסמכות זו).

**סמכות חכמים בתחום החקיקה- תקנות קהל**

כשאין בית דין גדול וסנהדרין מי מוסמך להתקין תקנות? חכמים. אילו חכמים? בעייתי.

עולה השאלה אם כך, מה עושים? כיום המצב הוא בעצם שאי אפשר להתקין תקנות.

**תקנות קהל** הם סוג של אסיפות עם בהם הציבור מקבל על עצמו כל מיני החלטות.

הבעייתיות היא שניתן לאכוף הסכם רק על מי שגמר בדעתו להסכים על נושא זה. אם נתייחס לעצמנו כמתקינים תקנה עפ"י קביעת הרוב שמחייבת את המיעוט אולי לא יהיה זה הוגן כלפיהם.

ההבדל אם מדובר בסוג של הסכם או בתקנה היא קודם כל השאלה האם ניתן לאכוף את אותו כלל על כאלה שיתנגדו לו, או על מצתרפים אחרים לקבוצה.

בהלכה קיים הבדל נוסף בהגדרה של תקנה לבין הסכם- נוגע לשאלה האם צריך מעשה קניין? הביטוי מעשה קניין מהווה סממן לגמירות דעת במעשה מכר ובכל התחייבות שהיא. אם מדובר בהסכם רב משתתפים אז כל אחד חייב לעשות מעשה קניין. אולם, אם זו תקנה זה יחייב אותנו גם ללא מעשה קניין. ולכן להבחנה בין תקנה להסכם רב משתתפים יש השלכות:

א. האם צריך מעשה קניין או לא.

ב. האם זה יחייב גם את מי שהתנגד, לא היה או הצתרף מאוחר יותר.

ציבור יכול לקבל על עצמו כל מני דברים באחת משני דרכים או הסכם בו צריך מעשה קניין או תקנה בה לא צריך. התקנה יכולה להיות או ע"י מי שהוסמך להתקין תקנות (חכמים) או לחלופין ע"י הציבור שיחייבו אותו מבלי מעשה קניין וגם אם לא היה נוכח/לא הסכים באותו הרגע. או בדרך של הסכם רב משתתפים בו צריך מעשה קניין בדר"כ.

מקור יחסית קדום לאפשרות של תקנות קהל נמצאות כבר בתוספתא שהיא מקור תנאי:

* **תוספתא בבא מציעא יא**- "כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת ולקנות להן ספר תורה ונביאים (בני העיר כופים תשלום לטובת אינטרס הציבור, מכל בני העיר). ורשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המידות ועל שכר פועלין (לקבוע את גובה המס). רשאין לעשות קיצתן (בני העיר יכולים לכפות ולקנוס את מי שעובר על תקנתם, כדי להרתיע).

"רשאין נחתומין (הטבחים) לעשות רגיעה (הסכם שעיקרו חלוקת ימי עבודה) ביניהן. רשאין החמרין (בעלי החמורים) לומר: "כל מי שתמות חמורו, נעמיד לו חמור אחר". אם כן, **גם בני אגודה מקצועית יכולים לקבוע מעין תקנות קהל.**

זה שהחמרים יכולים להסכים בינהם לא מהווה חידוש של התוספתא ולכן אנו רואים שהתוספתא מביאה את החידוש שמדובר בתקנת קהל שכן זה הסכם שלא נלווה לו מעשה קניין והוא מחייב את כולם. התוספתא קובעת שבני העיר יכולים לעשות כך- היא לא מציגה לנו פשוט את ההסטוריה מה נעשה אז, אלא היא מתארת את זה בצורה שמראה לנו שמדובר בתקנה ולא סתם סיפור על הסכם שנעשה בין בני עיר - לא סתם סיפור הסטורי).

גם בתק' הגאונים רואים שהייתה חקיקה עצמאית של הקהילות השונות, אם כי אין מדובר בתופעה גורפת, כפי שאנו מוצאים בתקופות שלאחר מכן:

* **תשובות הגאונים שערי צדק ח"ד ש"ד, טז**- נאמר שהסכמת הזקנים תחייב את כלל הציבור (זה כבר לא הסכם אלא תקנה שכן זוהי קבוצת זקנים שהחלטותם מחייבת את כולם).

תקנות שיש להן השלכה ממונית, חכמים יכולים להתקין מכוח הכלל של הפקר בית דין הפקר. אומרים חכמים שכמו כך, גם הפקר ציבור הפקר- כמו שלחכמים יש סמכות זו כך גם לציבור יש סמכות כזו:

* **שו"ת יכין ובועז**- כמו שיש רשות ביד בית דין להפקיר ולעשות תקנות כך גם לציבור יש כוח ורשות להתקין תקנות ממוניות שמשמעותן העברת נכסים שבניגוד בית דין תורה- וזאת בהסתמכות על התוספתא בבא מציעא שלעיל "תמצינו למדין מזה, שהציבור רשאין הם להעניש, ולהפקיר, כמו שיכולין ב"ד להעניש ולהפקיר, אף בתנאי שיהיה בעצת אדם חשוב".

עמדות שונות לגבי סמכות הציבור להתקן תקנות:

* **שו"ת הרשב"א**- מדובר על תקנה של הקידושין בה כדי לקדש אישה צריך 2 עדים כשרים. העדים נדרשים כעדי קיום ולא רק עדי ראייה. היו קהילות שהתקינו תקנה שקידושין צריכים להיות לפני 10 עדים וזאת כדי למנוע קידושי מחטף. מה קורה במצב בו אדם בכל זאת קידש בפני 2 עדים? נניח ואדם קידש אישה גם בגיל מבוגר (כך שאין חשד לקידושי מחטף) אלא בפני 5 אנשים? מה משמעות העבירה על התקנה מבחינת דיני האישות? האם הקידושין תקפים? עפ"י דין תורה האישה מקודשת. אולם, היו כאלו שאמרו שמכוח התקנה הקידושין לא יתפסו (תקנה מאוד מרחיקת לכת). **הרשב"א אומר שלפי שורת הדין נראה שאנשי העיר רשאים לעשות זאת**. למרות שמשמעות התקנה מרחיקה לכת ומשפיעה על דיני האישות שהם דיני איסור והיתר.
* **שו"ת הרשב"א ג**- אומר ש**סמכות הרוב שוות ערך לסמכות בית הדין הגדול** וכמו שבית הדין יכול להתקין תקנה מבלי לשאול על הסכמת הציבור. כשבית דין מתקין תקנה קיימת דרישה לכך שהתקנה תהיה כזו שכל הציבור יוכל לעמוד בה. אותו הדבר גם רוב הציבור- יכול להתקין תקנה כמו בית דין הגדול וכמו שמלך יכול לעשות זאת.
* **שו"ת הרא"ש**- לעיתים כשהיו רוצים להתקין תקנה ולתת לה תוקף- היו גוזרים חרם על מי שלא יקיים את התקנה. הרא"ש טוען שעפ"י התורה –"**אחרי רבים להטות**"- אם לא היה מנגנון שהרוב יכול לחייב את המיעוט אף פעם לא תהיה הסכמה. ולכן **אין משמעות במתן סמכות לציבור להתקין תקנות ולהגיע למסקנות אם אתה לא נותן סמכות לרוב לחייב את המיעוט.**
* **מרדכי בבא קמא, קעט**- מרדכי הכהן, אשכנז , מאה 13- מצטט את רבינו תם שחולק, וסובר **שאין יכול הרוב לכפות על המיעוט אלא אם כן מראש המיעוט קיבל על עצמו להישמע לתקנות הקהל**. לדעתו, הסמכות לכפות בקנסות ובחרמות קיימת רק אם הייתה הסכמה, ולאחריה מסרב המיעוט להישמע להוראה. הרוב לא יכול לכפות על המיעוט והתקנה תחייב רק את אלה שמראש הסכימו לה ופתאום מתחרטים. לגישת ד"ר חבה, עדיין גם לפי שיטה זו זה לא לגמרי הסכם רב משתתפים אלא סוג של תקנה בגלל הויתור על מעשה הקניין.

עד כה הצגנו את תקנת הקהל כהסכמה של הציבור, הקהל כולו שמחליף כביכול את החכמים/ הזקנים. אולם זה לא מסתיים כאן:

* **שו"ת הרשב"א א, תרי"ז**- הרשב"א מתאר מצב בו לא כל הציבור שותף לתקנה אלא **מספיק שרק נציגי הציבור יהיו שותפים לתקנה ולא באמת צריך אסיפת עם**. אותם נבחרי ציבור נקראי "**שבעת טובי העיר**". החלטותיהם יחייבו את כולם. המשמעות המעשית היא שבכך עברו ממצב בו החכמים מתקינים תקנות למצב של גוף אזרחי שמתקין תקנות. שכן אלו נציגי הציבור אינם בהכרח חכמים יותר.

מחלוקת בנוגע אישור איש חשוב את תקנת הקהל:

* **בבא בתרא**- שוחטים שעשו בינהם סוג של הסכמה על חלוקת ימי עבודה עם סנקציה, כל מי שישחט לא ביום שלו, יקרעו את העורות שלו (היה מקובל שהשכר של השוחט הוא העור של הבהמה). זה היווה מעין קנס המוני על מי שיעבור על ההסכמה בינהם. קרה מקרה בו אחד מהם שחט ביום של חברו ולכן קרעו לו את העור. הסוגייה מדברת על 2 שוחטים שהסכימו בינהם אולם את קריעת העור עשו אנשים רבים (היה לשניים האלו גיבוי מסביב). הצד הניזוק תבע את אלו שקרעו לו את העורות ורבא מחייב אותם בפיצוי. אולם, ראינו בתוספתא שרשאים הנחתומים לחלק בינם את העבודה ולקבוע סנקציה בצד זה. אז מדוע הרבא לא כיבד את ההסכמה בינהם וקבע פיצוי? אומרת הגמרא- רבא מסייג את התוספתא שאיפשרה קביעת הסכמה כזו משום שההסכמה נעשתה במקום בו יש אדם חשוב. ז"א **במקום בו יש אדם חשוב יש ללכת לאדם החשוב כדי שיאשר את ההסכמה שלהם ויתן לה תוקף**. **במקום בו אין אדם חשוב אפשר לעשות הסכם לבד**. זהות האדם החשוב נתונה במחלוקת אולם זה אמור להיות סוג של תלמיד חכם. כדי שיהיה תוקף משפטי מחייב להסכמה צריך אישור אדם חשוב.
* **שו"ת הריב"ש-** מתייחס לסיפור השוחטים ואומר **שהדרישה לאדם חשוב היא דווקא כאשר מדובר בהסכמה של אגודה מקצועית**. אולם כשיש הסכמה של בני העיר (שאין להם אינטרסים מסויימים) לא צריך אישור של אדם חשוב וההסכמה שלהם תקפה. ולכן בסיפור השוחטים בגלל שדובר באגודה קצועית, היה צורך באישור אדם חשוב.
* **הרא"ש**- חולק על כך ואומר **שהאישור של אדם חשוב נזקקים לו בכל תקנת קהל**.

המחלוקת נובעת מהשאלה למה צריך אישור אדם חשוב? יכול להיות שזה נוצר ע"מ שיהיה פיקוח הלכתי כדי שתקנה מסויימת לא תחרוג מגבולות ההלכה. אם כן, כל עוד החכמים מתקינים את התקנה אין צורך בפיקוח הלכתי, אולם כשנותנים לקהל את הסמכות והוא לא בקיא כ"כ בהלכה יש צורך בפיקוח. דעה נוספת היא שאומרים שזה פשוט מתוך כבוד לחכמים כדי להראות שלא ויתרנו לגמרי על הסמכויות שלהם.

**לפי הריב"ש** כשמדובר בתקנה של כלל הציבור אין פגיעה באינטרסים של הציבור שכן הם מנסים להטיב עם כולם ואילו בתקנה של האגודה הציבורית יש צורך באישור שכן הם יכולים להתקין תקנה שתהיה למען האינטרסים שלהם ובניגוד לאינטרסים של הציבור.

תקנת קהל שסותרת דין תורה- לא תקפה!

שימי לב, ברור שהציבור לא יכול לעשות משהו שנוגד את ההלכה, לקבוע תקנה שמשמעותה לעבור על איסור. למשל, דוגמא מתוך **הריב"ש** שמדבר על שטר חוב שכלל בתוכו גם ריבית כאשר לפי ההלכה אסור לגבות ריבית. הקהל הסכימו שהשטר הזה כולל הריבית יחייב. השאלה אם יש תוקף להסכמה זו או לא? הריב"ש אומר שלא. למרות הסכמת הציבור אין להסכמה תוקף שכן חכמים לא יכולים להתקין תקנה שהיא עבירה על איסור, לכן ודאי שגם הציבור לא יוכל לעשות זאת.

**נושא המנהג**

(מנהג הוא לא בדיוק תקנות חכמים אלא משהו שעולה מהשטח אולם נדבר עליו בהקשר של תקנות חכמים שכן המנהג הוא מקור ליצירה / חידוש/ פסיקת הלכה ובמובן זה הוא דומה לתקנות של חכמים. יש להניח שגם מנהג בסופו של דבר לא נוצר בחלל ריק אלא יש מעורבות חכמים אם ביצירת המנהג או אם בהתפתחותו או במתן גושפנקה לו. ולכן, עניין המנהג כמקור משפטי נתייחס אליו בצמידות להתייחסות של תקנות חכמים ופעילות החכמים כמחדשי הלכה, מוסיפי הלכות וחכמים שחושפים הלכה מדין תורה כפרשנים או כמכריעי הלכה).

**מנהג יכול להיות משני סוגים:**

1. מנהג שלא מחדש שום דבר, ורק מעיד מהי ההלכה.

2. מנהג כיוצר הלכה- מצבים מרחיקי לכת יותר בהם המנהג ממש יוצר הלכה חדשה:

1. מנהג סותר דין תורה. (מרחיק לכת).
2. מנהג לא סותר דין תורה.

1. **מנהג שלא מחדש דבר**-**מעיד הלכה**- פשוט יותר שכן הוא רק מסייע לגלות הלכה שאנו לא זוכרים מהי:

* **ברייתא ממסכת פסחים**- אומרת הברייתא, כיום אין בית מקדש ולכן לא מכירים את נושא ההלכה. כשהיה בית מקדש עיקר חג הפסח היה הקרבת קורבן פסח שהייתה נעשת בערב החג אחר הצהריים- היו מקריבים את הקורבן ובערב אוכלים אותו. יש כלל שאומר שבדר"כ אדם שרוצה להביא קורבן כיחיד בין אם רוצה ובין אם חייב, לא יכול להביא קורבן כזה בשבת. שכן כל הקרבת קורבן יש בה פעולות הכרוחות בחילול שבת. קורבן ציבור לעומת זאת מותר להביא בשבת שכן כל יום יש קורבן קבוע שמקריבים ויש קורבנות מיוחדים לשבת. עם קורבן פסח התעוררה בעיה מיוחד שכן מצד אחד, בקורבן פסח כל אחד או כל משפחה מתארגנת ומביאה קורבן פסח וכך היו מקריבים מאות ואלפי קורבנות כאשר כל קורבן הוא קורבן יחיד. מצד שני, לקורבן פסח יש מאפיינים של קורבן ציבור שכן הוא חובה וכל הציבור צריך להביא אותו. עלתה השאלה אם זה נחשב קורבן ציבור או קורבן יחיד? השאלה נדרשה משום שאם פסח חל בשבת, האם אפשר להקריב את הקרבן שבשבת אחר הצהריים. פסח חל במוצ"ש אחת ל20 שנה בערך וזה לא משהו שכיח ולכן **לא זכרו** אם פסח דוחה את השבת או לא. הציבור חיפש אדם שיגיד להם מה ההלכה והפנו אותם להלל שבה מבבל ונתן להם את התשובה שמקריבים קורבן גם בשבת. בגלל שהתלהבו מהידע שלו מינו אותו לנשיא עליהם בהלכות הפסח. הלל "עוקץ" אותם על שלא היה אף אחד מבינהם שידע את ההלכה והיו צריכים למנות אותו שהוא עולה חדש. ולכן אנשי העם שאלו אותו שאלה נוספת שקשורה בזה: כדי לשחוט את הקורבן לא חייבים כהנים אלא גם בעל הקורבן יכול. שאלוהו, מה קורה אם שכחו להביא סכין מערב שבת, האם מותר יהיה להביא את הסכין מערב שבת? (הרי בשבת אסור לטלטל את הסכין) התשובה היא שבשבת אסור לעשות מה שאפשר היה לעשות לפני השבת אלא רק מה שמוכרחים לעשות בשבת. להביא את הסכין אפשר להביא ביום שישי ולכן ביום שבת אסור להביא את הסכין. את הקרבת הקורבן אי אפשר לעשות לפני שבת כי חובה בשבת. הלל אומר להם שדווקא הלכה זו הוא **לא זוכר** ותפסו אותו בשכחה. אולם, הלל נותן להם עצה- **לחכות ולראות מה אנשים אחרים עושים** (אולי זקנים שזוכרים מה ההלכה בנושא). הברייתא מספרת שאלו שהביאו בעלי חיים קשרו את הסכין על בעל החיים- **ברגע שראה את המעשה- נזכר בהלכה**! אחרי שראה את מנהג הציבור נזכר שככה צריכים לעשות. מה שאנו רואים במקרה דנן הוא שיש מנהג, **ומנהג זה לא יצר את ההלכה אלא המנהג הזכיר את ההלכה**. שכן, סביר להניח שהמנהג של האנשים הוא עפ"י הלכה קדומה.
* **ירושלמי פאה ז,ה**- אומר שבמידה ואדם לא זוכר את ההלכה- **יש לצאת ולראות כיצד נוהגים האנשים שכן מנהג הציבור מניחים שמשקף את ההלכה ולכן מאמצים את המנהג לתוך ההלכה**.

\*\* בשני המקורות הללו אין מנהג שקובע הלכה חדשה אלא רק מסייע בידינו להבין/להזכר מהי ההלכה.

**2. מנהג כיוצר הלכה:**

א. מנהג יוצר הלכה ואף סותר הלכה: הלכות שמהם עולה שלמנהג יש משמעות כמחדש ואף סותר הלכה :

* **הלכה מספר משליי**- ספר מהתנ"ך של דברי מוסר, לקחים על העולם- "**אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך**"- מילים המיוחסות לשלמה המלך. "**אל תסג גבול**"- אמר ר' שמעון בר יוחאי: **אם ראית מנהג שעשו אבותינו, אל תשנה אותו**. כגון, אברהם תיקן תפילת השחר, יצחק תיקן תפילת המנחה, יעקב תפילת ערבית. שימי לב, שר' בר יוחאי אומר שהם "תיקנו את התפילה" ולא היה זה סתם מנהג שהם עשו אלא אבותינו כשהתפללו בעצם קבעו מן תקנה לכל הדורות שאחריהם.
* **שאילתות**- מניין יודעים שלמנהג יש ערך? יש פסוק מספר משלי "**שמע בני מוסר אביך ואל תנטוש תורת אמך**"- **מזה למדים שיש ערך למנהג.**
* **טור, חושן משפט** רבי יעקב בעל הטורים, בנו של הראש - מדבר על הלכה המתייחסת ל**תקנת השוק** שמתייחסת למצב בו אדם גנב, ומוכר אותו לצד ג'. מתעוררת בעייה שהקונה הוא קונה תמים ולא יודע שהחפץ גנוב ומסתבר שהוא גנוב. האם בנסיבות אלו נותנים תקנת שוק שמשמעותה היא שכדי לנהל שוק סביר יש להכיר ברכישה זאת. או שאין תקנת שוק והחפץ יצתרך לחזור לבעלים המקורי תוך הפסד של הקונה?

הטור אומר שבהלכה מבחינים בהקשר זה בין **גזילה** לבין **גניבה**:

גזלן מזכיר יותר שודד שעושה מעשה לאור יום ומזהים מי גזל.

גנב נכנס בסתר וזהותו לא ידועה.

ולכן ההלכה קובעת: שאם מדובר בגזילה הבעלים לא מתייאש מהחפץ שכן הוא יודע מי גזל אותו וינסה להשיג את החפץ חזרה ומניח שיש סיכוי שהחפץ יחזור לו. במצב זה לא תחול תקנת השוק והקונה התמים יצתרך להחזיר. אולם, אם מדובר בגניבה ההנחה היא שהבעלים מתייאש ואז תחול תקנת השוק.

הטור **מצטט מנהג** שאומר שבנסיבות אלו בהם אדם קונה מגנב או גזלן הוא מחזיר את החפץ לבעלים בשני המקרים ואז הבעלים יצתרך לשלם לקונה את מה ששילם לגנב. זה לא בדיוק משתלם לבעלים אולם אולי יש לו עניין סנטמנטלי בחפץ. ואז **בניגוד להלכה** לא מתבטלת לחלוטין תקנת השוק ע"י המנהג אולם נוצר מצב ביניים שסותר חלקית את ההלכה ומצמיח הלכה חדשה. אומר הטור **שאם אכן יש כזה מנהג שמשנה את תקנת השוק/יוצר תקנת שוק מיוחדת אסור לשנות את המנהג** ומסתמך על הפסוק :לא תסיג גבול רעיך אשר גבלו ראשונים " (דברים, יט) שכן...

* **תלמוד ירושלמי מסכת בבא מציעא**- אומרת המשנה שקובעת ש**בדיני פועלים מה שקובע זה מנהג המדינה**. **ומנהג המדינה אפילו גובר על הסכמה מפורשת שהסכים העובד**.(דומה לחלק גדול מחוקי המדינה כיום שלא ניתן להתנות עליהם שכן ההנחה היא שביחסי עובד מעביד יש יתרון גדול למעביד). במקרה דנן, המעביד הבטיח להם אוכל ורבי יוחנן היה סבור שאם סיכמו על ארוחת צהריים ולא סגרו את הדברים אז יכלו הפועלים לדרוש כל דבר. אולם הרשב"ג אומר שלא היה צריך לסכם בדיוק מה יאכלו שכן הכל כמנהג המדינה. ז"א מאחר שהתחייבו באופן סתמי לארוחה ולא נקבע מה יהיה בארוחה- הולכים לפי דין המדינה.

התלמוד הירושלמי מסיק מהמשנה הזו- ש**המנהג מבטל את ההלכה**. וזאת משום שהדין המקורי הוא שהפועל צריך לעבור משחר עד ערב והמשנה מתארת מצב בו נהגו לא להשקים ולהעריב (מנהג המדינה מקל עליהם) בניגוד לדין והמנהג נתן זכויות יתר לפועלים בניגוד להלכה. ומכאן רואים שהמנהג גובר גם על הדין וגם על ההלכה.

\*\*במסורת הפסיקה האשכנזית יש קו שיותר מעצים את המנהג ואף מחזק אותו ככזה שסותר הלכה. ואילו בפסיקה הספרדית רואים קו שיותר מגביל את המנהג.

יש משמעות למנהג בנסיבות הבאות:

* **הצורך במעשה קניין**- עפ"י ההלכה כדי שהסכם בכלל והסכם מכר בפרט יכנס לתוקפו וניתן יהיה לאכוף אותו על הצדדים יש צורך במעשה קניין.

בבא מציעא- היה מנהג שאדם שרכש חביות יין לפני שהסתיים תהליך הייצור- כך הקונה היה משלם מחיר זול יותר . במצב זה זה טוב למוכר וטוב לקונה אולם יש פה לקיחת סיכון שהיין יכול להחמיץ ואם היין לא יהיה טוב הקונה מפסיד ואם היין יהיה משובח הקונה מרוויח וכך גם המוכר.

מכיוון שהייתה התחייבות יש לעשות מעשה קניין. מעשה הקניין היה אמור להיות הגבהה את החבית. זה היה קשה פיזית ולכן היו שמים חותמת של הקונה על חביות היין וכך ידעו מה של מי. הבעייה היא שהחתימה לא היוותה מעשה קניין. משאין מעשה קניין כנדרש ההסכם לא תקף מבחינה משפטית שכן אין העדה על גמירות דעת.

* יש אמוראים שרואים את החותמת כשווה ערך למעשה קניין והמשמעות היא שהצדדים לא יכולים לחזור בהם כי יש הסכם משפטי מחייב.
* יש כאלו שסבורים שהחותמת אין בכוחה להוות מעשה קניין ולהשלים את פעולת המכר. לגישתם, לחותמת יש משמעות מוסרית יותר שכן לא יהיה זה מוסרי לבקש חזרה מההסכם אחרי החותמת. אולם משפטית ההסכם לא אכיף. **ההלכה אומרת שהחותמת לא מהווה מעשה קניין ולא משלימה את המעשה המכר מבחינה משפטית אולם יוצר מחוייבות מוסרית**. ובכל זאת **במקום בו יש מנהג שמתייחסים לחתימה כאל קניין אז מכבדים את המנהג ויהיה לו תוקף משפטי**. למדים מכך **שדרכי הקניין הם תלויי מנהג** ובמקום בו יש מנהג לבצע דרך קניין מסויימת והמנהג מתייחס לדרך פעולה כדרך פעולה שיוצרת מחויבות משפטית ולא רק מוסרית- זה יכובד!

\*\***שני הנושאים בהם מנהג מקבל משקל הכי גדול הוא בדיני העבודה ובדיני הקניין.**

\*\***הרשב"א מסייג את המנהג אפילו בדיני הממונות במידה והמנהג הוא מנהג שמחקה את דיני הגויים**.

**סוגיית הערמה על החוק**- סוגייה אחרונה בסמכות חכמים (למרות שלא בדיוק מתקשר לסמכות חכמים).

הערמה על החוק נעשית לא פעם בתקנה של חכמים ולכן נתייחס לזה כחלק מסמכות חכמים.

יש להבחין בין שני מונחים:

**פיקציה**- היא לא בדיוק העמרה. בפיקציה קובעים מצב עובדתי שלא מתבסס על נתוני אמת. למשל, יש משפט שאומר "שלוחו של אדם כמותו" – לפי אחד ההסברים רואים את השליח כידו הארוכה של האדם. בתחום הדתי יש לעניינים שונים בהלכה צורך במחיצה. יש גל שאומר שאם יש רווח של פחות משלושה טפחים בין הרצפה לבין המחיצה או במחיצה עצמה זה נחשב כאילו המחיצה אטומה. זהו דין לבוד- רווח שפחות מ24 ס"מ יחשב כאילו איננו קיים. זה נחשב לפיקציה שכן המציאות היא אחת והמציאות ההלכתית היא אחרת.

**הערמה על החוק**- כאן אין מציאות מדומה אלא יש ניצול של החוק כדי לעקוף את החוק. מבחינה פורמאלית אנו לא עוברים על החוק, עושים דבר שאיננו חוקי. אולם, מבחינה מהותית אם מתייחסים למטר החוק, כוונת החוק, רצון המחוקק אנו סוטים מאותה מהות.

קיימות דוגמאות רבות להערמות בהלכה בהקשרים שונים. למשל, בשבת אם יש שריפה אסור לכבות את השריפה ואסור להוציא את הדברים שלי מהבית. אולם, אני יכול להערים על החוק וללבוש על עצמי כמה בגדים כי כאילו קר לי וכך אני מתחקם ומוציא את הבגדים החוצה כחלק מהלבוש שלי. או לחלופין לקרוא לשכנים שיקחו מהמחסן מזון שתי סעודות. אנו לא נתייחס לסוג זה של הערמות אלא מתייחס רק לסוגים בעלי משמעות משפטית.

חידושי הרשב"א מסכת ביצה- "**ואין אומרים בהערמות זו דומה לזו**". בהערמות אי אפשר להשוות בינהם כי גם אם נראה מקרים דומים בסוף ההלכה תגיד שבמקרה אחד זה בסדר ובמקרה אחר זה לא.

הרמב"ם אומר שמה שמותר נקרא **העמרה** ומה שאסור נקרא **מרמה**- אבל איך קובעים מה זה מה? הרמב"ם לא אומר.

סוג הערמות שעיקרו **פעולות קנייניות שנעשות כדי לעקוף דין/הלכה מסויימת ובכל זאת רואים שנותנים להם תוקף:**

* **תלמוד ירושלמי מסכת יבמות**- מספר על רבי טרפון שהיה גם הוא מערים- רבי טרפון היה אדם עשיר והיה כהן. אדם שיש לו תבואה צריך להפריש תרומה מהתבואה שלו. תרומה זו ניתנת לכהנים ואסורה באכילה אלא לכהן או בני ביתו הסמוכים על שולחנו. לפי ההלכה, אישה בת ישראל (שלא בת כהן) אם היא מתחתנת עם כהן ברגע שהתקדשה לו מותר לה עפ"י דין תורה לאכול תרומה. רבי טרפון הלך וקידש 300 נשים כי היה רעב כבד והוא עשה זאת לא בכוונה שיחייה עם נשים אלו והם יהיו נשותיו אלא עשה זאת בגלל שרצה להאכילם מהתבואה הרבה שיש לו.

התלמוד מביא סיפור זה לא בביקורת כלפי רבי טרפון.

* **דוגמאת הפרוזבול**- המשנה מתארת מציאות בה העם מבצע העבירה שכן הפסוקים בתורה שמדברים על שמיטת חובות אומרים שאסור לחשוש מאי החזרת החוב בגלל שנת השמיטה. בפועל אנשים הפסיקו להלוות כי פחדו שמא לא יוחזר החוב. ולכן הלל התקין את תקנת הפרוזבול שמשמעותה היא לעבור על דין תורה. הכיצד? יש 2 אפשרויות: או ששמיטת הכספים היא רק דין מדרבנן ולכן אפשר לעבור עליה ע"י הפרוזבול. או שמכוח הפרק בית דין הפקר יש לחכמים סמכות לעקור דבר מהתורה. ומכאן רואים שמשמעות התקנה של הלל היא סטייה מדין תורה.

הראשונים שואלית מה הייתה בעצם תקנתו של הלל אם האפשרות של הפרוזבול נלמדת גם מפסוקי התורה? הסבר אחד אומר שאכן הייתה אפשרות כזאת בדין תורה והלל הפך את זה לדין המוני. הסבר נוסף הוא שהלל כן התקין תקנה בכך שלא צריך להעביר בפועל את השטרות לבית הדין אלא מספיק להגיד בפני שלושה אנשים שהוא מעביר את השטרות לבית הדין- "לעשות בכאילו". כך או כך ברור שבפרוזבול יש מעקף של שמיטת חובות. השימוש ההמוני מהווה ניצול של פרצה שיש בדין. הערמה על הדין.

* **דוגמא ממכירת חמץ**- בפסח יש איסור לאכול חמץ ויש איסור שבכלל יהיה לי חמץ. התורה דורשת שהחמץ שאסור שיראה וימצא אצלי הוא שלי אולם חמץ אחר של גוי מותר לי לראות ומותר שימצא בבית שלי אפילו. מה שעושים במכירת חמץ אנחנו מנצים את ההלכה הזו שמאפשרת חמץ של גוי שימצא בביתי מבצעים מכירת חמץ שהיא לא באמת מכירה אמיתית שכן במקור היו באמת מוכרים את החמץ לגוי וזה היה מותר. בהמשך עשו מכירה שכללה את העברת החמץ לידי הגוי אבל עם כוונה מובלעת לבצע עסקה חוזרת אחרי פסח. בשלב השלישי התחילו לעשות את אותה פעולה בלי להוציא את החמץ מהבית- מוכרים את החמץ לגוי ובאופן בלתי פורמאלי הוא מסכים שאני קונה אותו חזרה אבל אני משאיר את החמץ אצלי אבל הוא לא שייך לי. בשלב הרביעי כבר ויתרו גם על התשלום- הגוי התחייב שהוא קונה ולכן היה עושה מעשה קניין (לא חייב להיות תשלום) ואז עשו מכירה חוזרת אחרי החג. ובשלב החמישי (כיום) אף אחד לא מוכר את החמץ אלא רב העיר מוכר את החמץ של כולם ביחד- נותנים יפוי כוח לרב שימכור את החמץ שלי והוא הולך לגוי שלא באמת משלם ומקבל את הרשימות של החמץ וזה הכל. אין כמעט פוסקי הלכה שיוצאים נגד הסיפור למרות שיש פה מעקף מושלם של דין התורה. הערמה על הדין.
* **דוגמא בעניין הגבלה בעבודת הקרקע בשנת השמיטה**- אסור לעשות עבודת קרקע אבל אפשר לשמר את מה שקיים. עצים שנותנים פרי בשנת שמיטה מותרים לאכילה. נוצר קושי גדול בארץ עם קום המדינה והתעוררה מחלוקת גדולה סביב הענייןץ הדרך שפעלו בה הייתה מכירה של הקרקע- מכרו את הקרקעות לגוי ואז כשהקרקע לא של יהודי מותר לעבד אותה. לא באמת התכוונו למכור את הקרקע לגוי, המכירה הייתה רק על הנייר כדי להתגבר על האיסור של שנת השמיטה. היו מתנגדים כמו החזון איש למשל והרב קוק התיר. רואים פה מקרה של הערמה של שימוש בדרכי הקניין שעלידיהם עוקפים מבחינה פורמאלית את דין התורה אולם מבחינה מהותית עולה פה קושי.
* **היתר עסקה**- היתר עסקה זו פרוצדורה שבאה לעקוף את איסור הריבית שכן אסור ללווה לשלם ריבית למלווה. גם אם לווה מרצונו נתן את הריבית חייב המלווה להחזירה ללווה. כדי לעקוף את בעיית הריבית נוצר היתר עסקה שמשמעות להפוך את היחסים בין הלווה למלווה מיחסי הלוואה ליחסי שותפות כביכול. בהיתר עסקה נוצרת פרוצדורה שמבחינה פורמאלית זה לא נחשב להלוואה למרות שמבחינה מהותית זו הלוואה.

**עניין ההערמות מהווה קושי ברמה המהותית וכיצד מאפשרים זאת**? ניתן להעלות כמה תשובות:

* **הפרצה היא חלק מההלכה**. תשובה שמופיעה אצל חלק מפוסקי ההלכה. הפרצה היא חלק מההלכה ולכן אי אפשר להתייחס לטיעון שכאילו כשאני מבצע את מכירת החמץ או הפרוזבול וכדומה כאילו אני עובר מהותית על החוק. אין מהות ופורמאליות- החוק הוא פורמאלי. אותו החוק שנתן את האסור הוא החוק שנתן את היתר העסקה למשל. הוא שנתן את הפרצה. במיוחד בחוק דתי לא ניתן לומר שה' לא חשב את האפשרות של הפרצה **ואם נתן חוק עם פרצות אזי חשב שנשתמש בפרצות הללו בזמן הצורך**.

המשותף לכל המקרים הנ"ל הוא שבניגוד לנאמר אין סתירה מהותית של החוק ולא בגלל שהחוק לא מתייחס למהות אלא משום שמבחינה מהותית אולי היה ראוי שהדין יהיה אחרת. למשל, **נושא ההיתר עסקה**- נניח ויש לי כסף ואתה רוצה לעשות עסק ולהרוויח מהעסק כסף. איזה סיבה אמיתית יש שאני אתן את הכסף שלי ואתה תעשה רווחים והכל ישאר לך. אם אני נותן כסף אני צריך להנות ממנו. למה שלא אקבל חלק מהרווחים? עצם העובדה שלווים ממני כסף כדי לעשות עסק אתה במחשבה שהולך להרוויח- הריבית מהווה כאילו נתח מהכסף שאתה צפוי לקבל אם אכם העסק מצליח. זו לא ההלוואה הקלאסית שהתורה מדברת עליה. התורה מדברת על הלוואה לעני כחלק ממצוות הצדקה וסיוע לחלש. הרמב"ם אומר שצדקה בצורת הלווה טובה יותר מצדקה כמתנה. כאשר אני נותן הלוואה לעני יש הצדקה מהותית לזה שלא אקח ממנו ריבית אולם כשאני נותן למישהו הלוואה כי הוא רוצה דירה יותר גדולה אין סיבה שהוא לא יתן לי גם להנות מאותה הנאה שהא נהנה מכספי. במקרה זה בעיית הריבית היא דווקא בעיה םורמאלית ולא בעייה מהותית ולכן בנסיבות אלו דווקא מהותית אין קושי אלא יש קושי פורמאלי ועל הקושי הפורמאלי אפשר להתגבר באמצעות ההערמות.

כך גם **בהלכת החמץ**- אם מדובר בכמויות גדולות של חמץ חבל ללכת ולשרוף כמויות ענק שלא ניתנות למכירה וההערמה במקרה זה היא דווקא בסדר.

כנ"ל גם **בדוגמא של רבי טרפון** שקידש 300 שנים כי הרי מהותית הוא עשה זאת בכוונה טובה בשעת משבר. מצד אחד יש תרומה רבה שתזרק ומצד שני נשים רבות רעבות.

**מנימת הסיפור למדים על טיב ההערמה- האם טובה או לא:**

* **משנה מסכת מעשר**- מעשר שני הוא אדם שיש לו תוצרת חקלאית ממנה הוא צריך להפריש תרומות ומעשרות. מתחיל מתרומה גדולה שהיא עפ"י חז"ל בממוצע 2 %. אחרי זה "מפריש ראשון"- 10% ללויאים. ממנה הלביאים מפרישים עוד 10% לכהנים. ומפרישים 9% למעשר שני או מעשר עני. מעשר שני ומעשר עני זה לפי השנים- בשנים מסויימות לאלו ובשנים אחרות לאלו. את המעשר השני מעלים לירושלים ואוכלים שם. מי שקשה לו יכול לפדות את הפירות בכסף ואותו לקחת לירושלים. עפ"י דין תורה את הפירות יש לפדות בשווי של 125%. אם מישהו אחר פודה את הפירות שלי והוא לא בעל הפירות מספיק שיפדה אותם ב100%. התוספת של ה25% מוטלת רק על הבעלים. (אני אוכלת את הפירות בבית לא מוכרת אותם ואז לוקחת את הכסף של 125% לירושים- כאילו מעין כנס). המשנה מספרת על מקרה הערמה לפיו- מערימים על מעשר שני, ע"י כך שהבעלים אומר לבנו הגדול שיקח 100 ש"ח מתנה ויפדה את הפירות. מה שקורה זה שברגע שהבן פודה את הפירות ולא הבעלים הוא צריך לתת לירושלים רק 100 ולא 125.

מלשון המשנה ניתן להבין סיפור זה בשני דרכים : **או שהמשנה פשוט מתארת אפשרות לעשות זאת או שהיא אומרת שזה לגיטימי ואפשר להערים על מעשר שונים.**

לעומת זאת: **מקרה בו נראה שההערמה נתפסת בצורה שלילית:**

* **ברכות לה,ב**- אומרת הגמרא- אדם מתחייב להפריש תרומות ומעשרות רק כשאדם מכניס אותם אליו הביתה (למקום מגודר ומשתמשם). כל עוד הפירות נמצאים בשדה פתוח הבעלים לא מתחייב במעשר. על אכילה מזמדמנת בשדה הפתוח- לא מחייבים במעשר. ההלכה אומרת שאם אדם מכניס את הפירות הביתה בדרך עקיפה, למשל דרך הארובה שבגג, מאחר שזה לא הוכנס בדרך הראשית זה לא מתחייב במעשר. המשנה מתארת דרך לעקוף את חיוב המעשר. בדורות הראשונים אנשים רצו להתחייב במעשר. אולם בדורות האחרונים יש ירידת הדורות ולכן הם מצאו את הטריקים להפטר מהמעשר. באמצעות הערמה זו מכניסים דרך הגג בדרך קבע- מה שמתנגד מבחינה מהותית עם הדין. אולם מבחינה פורמאלית זה לא מתנגש כי באמת לא חייבים במעשר אם זה נכנס מהגג. **מנימת דברים זו ניתן לראות כי הערמה זו לא נתפסת כדבר חיובי**. וזאת בניגוד למקורות קודמים.

**מקרה בו ההערמה נתפסת כמותרת ואף מובאת כעצה איך צריך לנהוג:**

* "**קורבן בכור"-** ההלכה קובעת כי אם לאדם שיש לו צאן נולד לו כבש או שה ראשון, אותו יש להפריש לקורבן- "קורבן בכור". רק בעל חיים של יהודי חייב בקורבן. אם יש שותפות בין גוי ליהודי במרעה גם הוא לא חייב לקורבן. אם בבכור יש מום לא מביאים אותו לקורבן ובמקרה זה אפשר לאכול אותו. במקרה בו אין בית מקדש ולא מקריבים כשנולד בכור צריך לתת לו לרעות בו בשדה עד שיפול בו מום ואז הוא יהיה מותר לאכילה. המשנה מביאה שני פתרונות: 1. לעשות שותפות עם גוי- מספיק שלגוי יהיה אחוז קטן (אפילו חצי אחוז) של שותפות, לא יהיה חייב היהודי בבכור. 2. בכור מתקדש כבכור רק מרגע שהוא יצא לאויר העולם. ולכן אפשר להכניס את היד לרחם הנקבה לפני יציאתו ולהטיל בו מום קטן ואז כשיצא לאויר העולם יהיה בעל מום ויהיה מותר לאכילה. שני הפתרונות הם גם סוג של הערמה שכן יש פה בעל חיים שהוא בקדושת בכור ואילו האדם עושה פעולות כדי להוריד את קדושת הבכור. הגמרא רואה הערמה זו בצורה חיובית וזה מסיבות נקודתיות: הגמרא שמייעצת לעשות זאת מדברת אחרי חורבן בית המקדש בו כבר אין צורך בקורבן הבכור. במקרה כזה יש לתת לו לטייל בשדות עד שיפול בו מום כאשר במקרה זה עולה החשש שיעבור זמן רב עד שזה יקרה מה שעלול להביא לבלבול ולשחוט ולאכול או להביא לגזם את הבכור כשעשייה כזו תהווה עבירה. מבחינה מהותית ממילא לא מקריבים את הבכור ולכן בעיני חז"ל עדיף שנעשה הערמה זו מאשר שנבצע חטא.

שימי לב, **כל נושא ההערמה ענינו לעקוף איסורים שבין אדם למקום**. יכול ויש להם השלכה עקיפה לבין אדם וחברו (התגברות על הפרוזבול, היתר עסקה, הערמה על נושא המעשרות שע"י כך אני פוגע בכהן בלוי ובעני) אולם בעקרון זה בא להתגבר על איסורים ולא לפגוע באדם אחר. **הערמה שבאה לפגוע ביחסים שבין אדם לחברו נתפסת כהערמה שלילית** (לא תמיד אסור אולם בעלת יחס שלילי. לדוגמא:

* **תלמוד בבלי מסכת סוטה**- אדם שהוא חסיד שוטה או רשע ערום הוא גורם לרע בעולם. חסיד שוטה זה אדם שרואה אשה טובעת בנהר ולא מציל אותה כי הוא מקפיד על צניעות, רשע ערום (ערמומי) לפי הגמרא הוא זה שנותן מתנות עניים- מעשר לעני (בשניה השלילית והשישית).

מגדירים את העני לפי מי שמתחת לקו העוני. קו העוני הוא 200 זוז. אם יש עני עם 199 זוז ומביאים לו ארגזים של מלא פירות ששווים יותר מזוז אחד ואז הכל במכה אחת הוא יכול לקחת. אבל אם יש שני עניים. אחד עם 195 זוז ועני אחר מביא לו 5 זוז (ואז העני עם ה-195 כבר לא יהיה עני) כדי שכל המעשר עני יגיע אליו זה נקרא רשע ערום.

* תלמוד בבלי מסכת בבא-

ע"פ דין תורה אם אדם נפטר הבנים יורשים אותו ולא הבנות אבל כל עוד הן לא נשואות הן זכאיות לקבל נדוניה ומזונות. בעניין המזונות- זכותן של הבנות קודמת לזכות הבנים. אם אדם השאיר קרקע בשווי 1000 שקל ובשביל להאכיל את הבנות עד שיתחתנו צריך את כל ה-1000 שקלים אז נותנים את כל הכסף לבנות ולא לבנים. למה? כי הבנים יסתדרו לבד.

הדין הזה נוגע רק לשווי של המקרקעין ולא לכל המטלטלין שהוא השאיר- כי בזה הזכות שלהם שווה- מאכילים בנים ובנות עד שיגמר. אם זה יהיה נכס מקרקעין הוא יהיה משועבד רק לבנות.

איך מערימים? הבנים מוכרים את נכס המקרקעין שאבא הוריש כדי להפוך את זה למטלטלין ואז לא יהיה זכות לבנות.

אם אשה מתחתנת עם בעל והוא מתחייב בכתובה למיליון שקלים ויש לו בכיס 2 שקל אז הוא אומר לה שנמצא ערבים לחוב. האבא של החתן חותם על ערבות. המשנה מספרת על זוג שחיי בעוני והאבא של החתן היה עשיר וקמצן. לאשה היתה כתובה ואביו היה חתום על ערבות. התרגיל שאפשר לעשות זה שהזוג מתגרש, לוקח את הכסף של הכתובה שהאבא ערב לה ואז הזוג נהיה מיליונק ומתחתן שוב.

בנסיבות כאלו של אבא קמצן ובן מסכן אז אפשר אולי להבין אבל בנסיבות אחרות שזוג מתחמן חבר משותף ומתגרש כדי שהערב ישלם ואז מתחתן שוב אז הגמרא אומרת שאסור לעשות זאת כי זה הערמה וזה רשע ערום. (וגם מי שמייעץ להם על זה הוא רשע ערום).

**הנושא המרכזי בו דנו היה סמכות חכמים שחולק לשניים:**

1. פסיקת הלכה ופרשנות

2. החכמים בפן המחוקקים: היכולת להתגבר על דין תורה בתקנות קהל, מנהג והערמה.

**סיימנו את נושא סמכות החכמים כמחוקקים ועוברים לדון בסוגייה אחרת העוסקת ביחס שבין ההלכה לחוק**:

**היחס בין ההלכה לחוק**

היחס בין ההלכה לחוק הוא שאלה כפולה:

1. האם החוק בנסיבות מסויימות ראוי לאמץ את ההלכה? לא נדון בשאלה זו.

2. האם ההלכה מאמצת לתוכה את החוק? נדון בשאלה באופן כללי על היחס בין ההלכה למערכת משפט זרה- ואז ניישם זאת באופן ספציפי למציאות הישראלית- היחס בין ההלכה למשפט הישראלי.

**בהלכה מבחינים בין דיני איסורים לבין דיני ממונות**:

* בעניין איסור והיתר- אין מצב בו ההלכה תכיר בחוק שסותר את החלק הזה של ההלכה. למשל, אם היה חוק שאומר שאדם חייב לאכול בשר חזיר, ולא, יכנס למאסר. ההלכה לא הייתה מכירה בחוק זה בשום אופן. בפועל, בימינו אין כמעט מציאות כזו בו יש חוק שמחייב לעבור על איסור או לקיים מצווה דתית. לכל היותר, החוק לא אוסר או לא מחייב לקיים את אותו האיסור.
* בעניין דיני ממונות-

העיסוק שלנו יהיה בדיני הממונות- **האם ההלכה תכיר באופן מסויים בחוק זר כחלק מהפתרון ההלכתי**? נניח כי אדם עובד אצל מעביד והמעביד לא משלם לו שכר. בהנחה והאדם והמעביד הם שומרי מצוות והם רוצים שהסכסוך יפתר בבית דין של ההלכה- מבחינת המדינה זה מותר כי בסכסוכים אזרחיים אפשר ללכת לבוררים (המדינה אפילו מעודדת זה). אותו בית דין שבא לפתור את הסכסוך- לפי ההלכה- יחפש את פסיקתו לפי ההלכה. במידה ולא ימצא תשובה בהלכה לדיין יקומו 2 אפשרויות: או לא לפסוק דבר כי אין הלכה או לאמץ את דין המדינה כחלק מההלכה.

דוגמא נוספת: עפ"י דין המדינה חייבים לשלם מסים ויש כללים לכך. אסור להעלים מיסים. נניח כי אדם מעלים מסים, מבחינת החוק הוא לא בסדר. אך מה דעת ההלכה על אדם זה? האם ההלכה תאמר שמשום שבהלכה לא חייבים במיסים אז זה בסדר כי מבחינה דתית לא נעברה עבירה. או לחלופין, תאמר ההלכה שההלכה מכירה בסמכות המדינה לחייב מסים ולכן גם מבחינה הלכתית האדם חייב לשלם את המס. ואז במידה והמס לא ישולם גם מבחינה דתית האדם נהג שלא כדין?

אלו סוגי השאלות בהם נעסוק. שאלות אלו דורשות דיון בשאלות משנה:

**דינא דמלכותא דינא- דין המלכות- דין!**

כבר מהכותרת רואים כי ההלכה נותנת הכרה לדין המלכות- דין הממלכה.

שימי לב, דיון זה נעשה בקונטקסט של פעם בו העם היהודי חי תחת מלכות זרה שהיא לא מדינה יהודית.

* **תלמוד בבלי מסכת נדרים**- נדר הוא סוג של שבועה שאדם מקבל על עצמו התחייבויות בלשון נדר. הרגע שהוא מקבל על עצמו כך הוא מחויב למלא את נדרו. במצב בו מגיעה נוכס ורוצה לקחת את פירות המעשר שלי. בעל הבית מסביר לנוכס כי אלו פירות קדושים והנוכס לא מאמין לו. האדם נודר נדר שהפירות הם של הקדש ואם לא הוא לא יוכל להנות מהם. ולכן אם היה רוצה לשקר את הנוכס לא היה נודר נדר כזה. בדרך זו משכנעים את הנוכס שהפירות הם פירות הקדש. במצב בו באמת היה זה שקר ואלו לא פירות הקדש, אומרת המשנה שאפשר לעשות את הנדר בכאילו ולא למלא אותו. במצב זה האדם מעלים מס ומשתמש בנדר כדי שיאמינו לו. לכאורה, זה בדיוק אותו מקרה בו מעלימים מיסים ממס הכנסה. **המשנה בעצם אומרת שמותר לי לשקר את הנוכס**. שואלת הגמרא, מה פתאום מתירה המשנה לשקר את הנוכס ולהעלים את המס? הרי יש את הכלל של "דינא דמלכותא דינא"- **בעייני ההלכה יש לשלם את המס אם קבעה זאת המדינה**. אומרת הגמרא בנסיון ליישב בין השניים:
* אכן אסור להעלים על המס כי דינא דמלכותא דינא. אולם, הנוכס לא עובד עפ"י קריטריונים אלא גובה את המס בצורה לא קבועה (כך היה בעבר) ולכן נוכס כזה מותר לשקר אותו. אולם, מי שפועל לפי קריטריונים אי אפשר לשקר אותו.
* אם מדובר במוכס העומד מאליו- מוכס שחורג מסמכותו ולא קיבל מינוי מהמלך לגבות את המס ואז אפשר יהיה לשקר את המוכס.

**מכוח מה ההלכה מכירה בסמכותה של המלכות לחוקק חוקים שיחייבו גם על פי ההלכה**?

מה פתאום שדין זר יחייב עפ"י ההלכה?

קיימות דעות שונות, כאשר הנימוקים השונים יש השלכה גם על היקף הכלל "דינא דמלכותא דינא":

* **נימוקו של הר"ן**- מצטט את דבריהם של בעלי התוספות ואומר כי מפני שהארץ היא של המלך. המלך יכול לומר כי אם לא ימולאו חוקיו יגורשו מהארץ. לפי בר"ן הסיבה לכך שההלכה מכירה בדין מלכות היא מפני שהמלך נתפס כבעלים על הקרקע ומכוח זה יש למלא את כלליו. ולכן זה רק במקרה של מלך זר ולא מלך ישראל כי מלך ישראל הארץ לו שייכת לו אלא לכל ישראל ולכן הוא לא יכול לגרש אותנו.
* **נימוקו של הרשב"ם**- נכדו של רש"י, מבעלי התוספות- לא נובע מכפייה של המלך כפי שאומר הר"ן, אלא זה נובע מהסכמה של העם. ההלכה מכירה בכך שכן כל אדם מקבל על עצמו ללכת לפי דין המלך. (זכרי, למדנו לעיל שאם אנשים בינהם סוטים מדיני הממונות וקובעים הסכמות בינהם- הסכמות אלו מחייבות אותם ולכן מאחר שכולם הסכימו לקבל את דיני המלך- מחוייבים ללכת עלפיהם ולכן ההלכה מכירה בהם מכוח ההסכמה).
* **נימוקו של הרמב"ם**- יש תוקף לדין המלכות משום הסכמה להיות עבדים של המלך. במובן זה הוא מזכיר קצת את הר"ן. כל מה שהמלך מכתיב במלכותו מחייב את אלו שקיבלו על עצמם להיות עבדים של אותו מלך. אצל הרמב"ם יש יסוד של הסכמה ראשונית- אצל הר"ן יש הסכמה לחוקי המלך ואצל הרמב"ם הסכמה ראשונית להיות עבדים שמהסמכה זו נובעת הסכמה לחוקים.
* **נימוקו של רש"י**- מקשר את סמכות המלך ואת החובה לציית לדיניו לנושא של שבע מצוות בני נוח. אחת ממצוות אלו היא "מצוות דינים"- לפי הגישה המצמצת- מצווה להקים מערכת משפט שתדון על מי שעובר על אחת משש העבירות האחרות. לפי הגישה המרחיבה- מצווה זו היא מצווה להקים מערכת משפט שתדון בעבירות שבין אדם לחברו כאשר התכנים לא חייבים להיות זהים לתכני ההלכה. לפי הגישה הרחיבה אומר רש"י כי מצוות דינים היא מצווה המוטלת על המלך להקים מערכת משפט. התורה נתנה למלך את הסמכות לחוקק חוקים ומחאר שסמכות זו ניתנה ע"י ההלכה- ההלכה מכירה בחוקים שהמלך הזר חיקק.
* **נימוקו של רבנו-תם**, מבעלי התוספות- כמו שלחכמים סמכות להתקין תקנות, כם הם התקינו תקנה שמשמעותה במאמצים את דין המלכות בעניינים שונים. האימוץ של דין המלכות לא נעשה מכוח מחויבות או סמכות למלך, אלא מכוח תקנת חכמים. החכמים הגיעו למסקנה שדים המלך הוא טוב לנו מסיבות מסויימות. ולכן, התקינו תקנה שאימצה את הדין הזר. ברגע שהותקנה תקנה זו אנחנו מחוייבים לציית לה כמו שחייבם לציית לכל תקנת חכמים אחרת. התקנה של דינא דמלכותא דינא נקבע בזמן חז"ל שם הם איצמו את הדין הקיים בזמנו ולכן לגישתו של רבנו תם פירושו של דבר הוא שחוקים חדשים שיקבעו ע"י המלכות, לא יכנסו תחת תקנה של דינא דמלכותא דינא.
* **הרמ"א אומר על סמך נימוקו של הר"ן** אז שדין דמלכותא דינא חל רק על ענייני מיסוי וקרקעות כי רק בגלל נושאים אלו יכול המלך לגרש אותנו. ועל סמך דעתו של הרמב"ם הוא אומר שזה חל רק על דברים שמביאים הנאה למלך- כי למלך עניין רק במה שמביא לו הנאה ולא אכפת לו בין אדם לאדם (בגלל תפסית ברמב"ם שהם עבדים שלו).

במקור, הכלל דינא דמלכותא דינא נאמר ביחס למלך זר ולא למלך ישראל. **האם אפשר להחיל את אותו כלל גם במלך ישראל שמחוקק חוקים שסוטים מההלכה?**

יש הסבורים שאין בכך צורך, כיוון שבמלך ישראל יש את הסמכות לעשות כל מה שרוצה בלי קשר לכלל דינא דמלכותא דינא. באומרם כך הם מסתמכים על ספר שמואל א' פרק ח': לקראת סוף ימיו של שמואל העם דורש מלך. שמואל כועס מאוד על העם מהסיבה שציפה שבניו יקבלו את ההנגה אחרים ולכן ראה בפניית העם חוסר אמון בו ובבניו וגם רואה בבקשה זו פגיעה באמונה באלוקין שכן לא סומכים על הנהגת השם. לבסוף ממנים את שאול למלך. טרם כך, שמואל נותן נאום שלם בפני העם שם אומר מה יעשה להם המלך כשיתמנה: אֶת-בְּנֵיכֶם יִקָּח, וְשָׂם לוֹ בְּמֶרְכַּבְתּוֹ וּבְפָרָשָׁיו, וְרָצוּ, לִפְנֵי מֶרְכַּבְתּוֹ.  **יב** וְלָשׂוּם לוֹ, שָׂרֵי אֲלָפִים וְשָׂרֵי חֲמִשִּׁים; וְלַחֲרֹשׁ חֲרִישׁוֹ וְלִקְצֹר קְצִירוֹ, וְלַעֲשׂוֹת כְּלֵי-מִלְחַמְתּוֹ וּכְלֵי רִכְבּוֹ.  **יג** וְאֶת-בְּנוֹתֵיכֶם, יִקָּח, לְרַקָּחוֹת וּלְטַבָּחוֹת, וּלְאֹפוֹת.  **יד** וְאֶת-שְׂדוֹתֵיכֶם וְאֶת-כַּרְמֵיכֶם וְזֵיתֵיכֶם, הַטּוֹבִים--יִקָּח; וְנָתַן, לַעֲבָדָיו.  **טו** וְזַרְעֵיכֶם וְכַרְמֵיכֶם, יַעְשֹׂר; וְנָתַן לְסָרִיסָיו, וְלַעֲבָדָיו.  **טז** וְאֶת-עַבְדֵיכֶם וְאֶת-שִׁפְחוֹתֵיכֶם וְאֶת-בַּחוּרֵיכֶם הַטּוֹבִים, וְאֶת-חֲמוֹרֵיכֶם--יִקָּח; וְעָשָׂה, לִמְלַאכְתּוֹ.  **יז** צֹאנְכֶם, יַעְשֹׂר; וְאַתֶּם, תִּהְיוּ-לוֹ לַעֲבָדִים.

שמואל מזהיר את העם ואומר שכולם יהיו עבדיו של המלך.

**יש מחלוקת האם דינא דמלכתוא דינא רלוונטית או לא?**

שמואל האמורא סבור שכל מה שמתואר פה בפרשת המלך- למלך מותר לעשות- זה בעצם תיאור סמכויותיו של המלך. קיימת מחלוקת אם זה באמת כך. בהנחה שנאמץ את עמדותו של שמואל האמורא- לא צריכים את דינא דמלכותא דינא במקרה של מלך ישראל כי למלך ישראל גם ככה יש את הסמכות הזו לעשות כרצונו וגם לחוק חוקים שלהם יש משמעות ממונית. ולכן יש פוסקים שאומרים כי הדיון של דינא דמלכותא דינא בנוגע למלך ישראל הוא מיותר.

שאלה זו נידונה רבות בשלב שלפני קום המדינה. שכן לפני כן לא היה עימות בין חוקי ההלכה לבין חוקי מלך ישראל.

מי שבהשקפת עולמו ראה את מדינת ישראל כתופעה חיובי אימץ את הכלל דינא דמכותא דינה . ומי שראה את מדינת ישראל כתופעה לא טובה שכן לא הולכת לפי ההלכה ולכן רצה לצמצם את סמוכיותיה- קבע שדינא דמלכותא דינה לא חל על מלך ישראל.

למרות שאומרים דינא דמלכותא דינא- לא בהכרח יש חיוב למלך. גם זה תלוי בנימוקים השונים. אם למשל, לוקחים את נימוקו של הר"ן שמדבר על בעלות המלך על הקרקע רואים שזה לא רלוונטי בשלטון דמוקרטי ולכן לפי הר"ן זה לא רלוונטי בכלל הכלל של דינא דמלכותא דינא. אולם לפי גישת הרשב"ם מדובר בהסכמה ולכן במדינה דמוקרטית הכלל עוד יותר תופס עמדה. זוהי גם גישתו של הרב קוק שגן בכך. ואומר שהשלטון הוא תחליף למלך ושלטון נבחר הוא אפילו טוב יותר משלטון של מלך. ובוודאי אם מאמצים את הכלל של דינא דמלכותא דינא כעניין של הסכמה.

בשולחן ערוך יש דיון **בשאלה של "משכון"-** הבאת חפץ כבטוחה להלוואה שניתנה. ה

שאלה אחרי כמה זמן אדם צריך להמתין להחזר החוב כדי שיוכל למכור את החפץ?

**ההלכה קובעת כי פרק הזמן הוא 30 יום**. רבי שבתאי הכהן (אש"כ) דן בהתנגשות שיש בין ההלכה שקובעת 30 יום לבין **הדין הזר שקבע שפרק הזמן הוא שנה**.

האם ההלכה מכירה בדין הזה בעניין זה? או שמא יש להשאר נאמנים לדין ההלכה?

הש"ך אומר כי לא יעלה על הדעת שבמקרה זה נאמץ את הדין הזר. שכן את הדין הזר מאמצים מכוח דינא דמלכותא דינא כאשר אין דין תורה בעניין. אבל במקום בו יש הלכה מפורשת והדין הזר סותר אותה- לא יתכן שנאמץ את הדין הזר. אש"כ סומך גישתו על הגיון שכן זה לא בדיוק עולה מהנימוקים. ההגיון לפי אש"כ הוא שדינא דמלכותא דינא בא לפתור עניינים נקודתיים אולם **לא יכול הכלל להחליף את ההלכה ולכן הוא רלוונטי רק בעניינים בהם יש לאקונה.**

גישתו זו לא עומדת בדיוק במבחן המציאות שכן רואים הפעלה של הכלל גם במקומות בהם יש סתירה עם דין תורה. אולם, ברור ש**אם דין המלכות סותר דין תורה יהיה קשה יותר לאמץ את הדין הזר.**

**דרך נוספת לראות בחוק של הכנסת כמחייב לפי ההלכה: מכוח תקנת קהל.**

דרך נוספת לראות בחוק של הכנסת כמחייב לפי ההלכה: **לראות בחוק של הכנסת מעין סוג של מנהג**.

**זוהי הכרה עקיפה**- אנו לא מכירים בחוק בגלל שהמחוקק חוקק אותו אלא בשל היותו מנהג רווח בציבור.

המשמעות להכרה מכוח מנהג ולא הכרה ישירה:

א. יהיה צריך להראות בפועל שהציבור נוהג לפי אותו חוק.

ב. זה יקח זמן- מרגע חיקוק הכנסת רק עד שיעבור זמן לפיו אפשר יהיה להראות כי זה מנהג.

וזאת בניגו למצב בו אנו מכירים בחוק מכוח דינא דמלכותא דינה או מכוח תקנת קהל- אין לנו שיקול דעת. ואילו פה יהיה צורך לחכות עד לאימוצו.

\*\*לחלק מהפוסקים קל יותר להכיר בחוק מכוח מנהג וזאת משום שכך אין צורך להכיר בגוף המחוקק כגוף בעל סמכות הלכתית כביכול לחוקק חוקים אלא רק מכירים בחוק עצמו מכוח היותו מנהג.

השלמה בנושא תהיה שיעור הבא ע"י מרצה אורח:

**הרב לחני'ץ- מרצה אורח**

בתי דין רבניים הם ממלכתיים ששיכיים למדינת ישראל ופועלים במסגרת החוק.

כאשר יהודי רוצה להתגרש הם מחויבים לפי החוק להתגרש בביה"ד הרבני. ביה"ד הרבני עוסק במתן הגט ובסוגיות הממוניות עוסקים בביהמ"ש למשפחה.

אנו נעסוק בביה"ד לממון שהם אינם גופים ממלכתיים בהכרח- הם עוסקים בענייני ממון מכל הסוגים והמינים.

רק כאשר הצדדים בחרו לבוא מול ביה"ד לממונות וחתמו על הסכם בוררות הם יבואו מול ביהמ"ש זה.

לאחר חתימה על הסכם הבוררות, החלטת הבורר היא מחויבת וניתן לאכוף אותה אפילו ע"י הוצאה לפועל.

רוב ביה"ד לממונות הם גופים פרטיים לחלוטין.

יש עוד ווריאציה והיא כאשר מועצה דתית מפעילה כשירות לתושבים אפשרות להתדיין בדיני ממונות והיועמ"ש מבקש להבהיר לאנשים שאומנם הם פנו למועצה דתית אבל זה במסגרת חוק הבוררות וזה בהסכמה בלבד להתדיין מולו.

**אפשר להסתכל על ביה"ד בשתי נק' מבט:**

1. נק' מבט אזרחית: חוק הבוררות נועד לאפשר לאנשים להתדיין בפני מי שהם רוצים אבל מבחינת מערכת המשפט הישראלית היא מעודדת פניה לבוררות כדי להוריד את העומס על מערכת המשפט הציבורית.

ד"כ התדיינות בפני ביה"ד לבוררות זולה יותר והרבה פעמים לא צריך לבוא עם עו"ד.

הבוררות היא בהסכמה לא ניתן לכפות אותה והוק מאפשר אכיפה בהוצאה לפועל לאחר שיש הסכמה.

1. מבחינה תורנית: ביה"ד לא רואה עצמו עובד של הצדדים (כמו רואה חשבון שנבחר כבורר) אלא ממשיך מסורת ביהמ"ש העברי. נק' מבט זו מאוד חשובה כי ביה"ד יכול לומר לצדדים שהוא מוכן לדון בסכסוך אבל הוא דורש לדון במכלול הסכסוך בנושאים שרלוונטיים (לא רק בחלקים מסוימים ממנו). ביה"ד דורש סמכות במכלול הסכסוך אבל הוא גם יודע לומר שעניין מסויים לא רלוונטי.

לביה"ד יש מחויבות הלכתית- הוא פועל במסגרת ההלכה ונעזר בחוק הבוררות (כי הוא רוצה שניתן יהיה חוקית לאכוף את פסק דינו).

כמו כן ביה"ד נעזר במוסדות אזרחיים.

**תהליך דיון ביה"ד לממונות:**

1. תהליך התביעה מתחיל ב**הגשת כתב תביעה והסכם בוררות חתום ותשלום אגרה** (200 ש"ח). התהליך מתבצע רק מול התובע תחילה.
2. **פנייה לנתבע** (הוראות היועמ"ש)- ביה"ד פונה לנתבע ומבקש את תגובתו.

אפשרות אחת היא לא לדון ואז ביה"ד מוציא לתובע אישור הלכתי לפנות לביהמ"ש- אישור פניה לערכאות (יש אנשים שחושבים שלא יכולים לפנות לביהמ"ש ללא אישור של ביה"ד הלכתי).

אפשרות שניה היא שהנתבע מבקש להתדיין בפני ביה"ד אחר וההלכה היא שמקום הדיון נקבע ע"י הנתבע. הנבתע גר בירושליים וזכותו לומר שהוא רוצה להתדיין בירושליים- הנתבע לא יכול לומר שהוא יכול להתדיין באילת אלא רק במקום מגורו שלו וחובה על התובע ללכת אחריו. קורה שיש מספר ביה"ד בעיר והנתבע יקבע איפה שנוח לו.

אפשרות שלישית היא זה בורר לו אחד- זבל"א. כל אחד רוצה בורר אחר ואז כל אחד מהצדדים מביא בורר שלו ונפגשים עם בורר שלישי. הרבה ביה"ד לא מעודדים את התהליך הזה כי הוא דורש פיקוח רב.

אפשרות רביעית היא הסכמה להתדיין בפני ביה"ד. חתימה על הסכם בוררות ע"י הנתבע.

יש אפשרות לקבוע את ביה"ד כבורר מוסכם כבר בחוזה.

תמיד נתבקש לכתוב פסקה של תניית הבוררות בה נקבע מראש איפה נדון במקרה של מחלוקת. אפשר בחוזה לבחור את הבורר המסויים (לא מומלץ להגיד סתם בפני בורר בדין תורה כי זה יגרום לעוד מחלוקת). מאותו רגע הצדדים מחויהבים לבורר ובמקרה של מחלוקת אין צורך לחתום שוב על הסכם בוררות.

בחוזה אחיד צריך להשאיר שורה ריקה ולתאם עם הלקוח לראות אם הוא מעוניין בכך (אחרת זה תנאי מקפח).

1. **הסכם הבוררות:**

המסמך המרכזי שמגדיר את סמכויות ביה"ד.

הצדדים צריכים בהסכם להגדיר מיהו הבורר וע"י מי יקבע.

מגדירים את המרחב של הסכסוך בו עוסק ביה"ד- ויהיה ס' שגם כל נושא אחר הקשור לנושא הבוררות שיועלה ע"י הצדדים במהלך הבוררות (לוקחים בחשבון שהדיון יכול לגלוש לטענות נוספות וביה"ד רוצה אחריות על המכלול).

הס' המרכזי הוא שביה"ד יפסוק בסכסוך לפי דין תורה וגם לפי הסמכות לבצע פשרה. השימוש בסמכות הזו שונה מביה"ד אחד לאחר. ישנם ביה"ד שהולכים לפשרות שרירותיות ולכן רבים מבקשים להוריד את הס' הזה. אבל אף אחד מביה"ד לא מוכן לדין רק לפי דין כי גם בהלכה רשום שכאשר יש קושי בבירור עובדתי הדיין מוסמך לבצע פשרות.

התחייבות לשלם על "גרמה" ומניעת רווח- ביה"ד מבקש להרחיב את הסמכות בעניין זה.

בנוסף- ס' אשר קובע שהמפסיד בדין לאו דווקא צריך לשלם הוצאות משפט- רק אדם שפעל בתו"ל.

ס' הקובע שניתן לתבוע חברה בע"מ.

המשך התהליך:

1. הגשת כתב הגנה ע"י הנתבע
2. קיום דיון מהותי- מתחיל מהפגישה הראשונה, לא מורחים את התיק
3. הזמנת עדים+מומחים
4. אופציה לסיכומים
5. פסק דין
6. ערעור ברשות- יש אפשרות בחלק מהביה"ד לערעור ברשות
7. אישור/ביטול בביהמ"ש המחוזי, הוצל"פ.

עילות ביטול פס"ד- ביהמ"ש המחוזי לא יבטל את פס"ד כי השופט טעה מהותית בדין תורה אלא יבדוק את ההוגנות ועמידה בדרישות הפורמליות (מסמך לא חתום וכו').

**ייחודו של הדיון בביה"ד:**

השיטה היא אינקוויזטורית- לא עו"ד מנהלים את הדיון אלא הדיינים. משמע- האדם מדבר עם הפנים.

אין הכרח להיעזר בעו"ד.

סד"א מינמלי- העסק גמיש, אפשר להפתיע עם מסמך באמצע הדיון.

פחות פורמליזם- מאפשר באמת לגעת באמת ולא להתעסק רק בפרוצדורה.

**מעמדם של חוקי המדינה ע"פ ההלכה:**

קומה ראשונה- ההלכה ע"ב שולחן ערוך חלק חושן משפט

קומה שניה- תקנות על בסיס:

1. **משפט המלך**: מתחיל מהמלכים בתנ"ך עד הלכות מלכים ברמב"ם. הסמכויות של המלך הן בנושא חוץ וביטחון, פיקוד על הצבא ובקיום ענישה פלילית.
2. **דינא דמלכותא- דינא**:דין המלך מחייב. מקורו בגמרא בתלמוד הבבלי והוא עוסק בעניינים ממוניים.

הרמב"ם פוסק שבענייני ממונות דין המלך הוא מחייב. אז בעצם, למה לבוא לביה"ד? כולנו יודעים מה דין המלך (המדינה).

הרשב"א בשו"ת עסק בשאלה לגבי וויכוח על ירושה. צד אחד רוצה לחלק לפי ההלכה ואחר לפי החוק. הרשב"א דוחה את הטענה לעשות זאת לפי חוק וטוען כי- לא יעלה על הדעת שחוק המדינה יחליף את חוק התורהץ אם יש חוק תורה זה אומר שהוא קיים בשביל להישאר וחוק המדינה יכול רק להשלים אותו ולא להחליף אותו.

חוקי המדינה שעוסקים בתחומים שהם התפתחות טכנולוגית של השנים האחרונות נראה כתקנה משלימה ובעלת תוקף הלכתי- נניח בתחום המקרקעין יש מקום גדול בביה"ד לחוק הישראלי.

לעומת זאת בעניני החוקים הבסיסיים ההלכה מתווכחת ועומדת על עמדתה מול המשפט הישראלי (חוק החוזים, חוק המכר וכו').

יש מצבים בהם הדיין כן יעדיף חוק ישראלי בקונסטולציה מסוימת והלכה בקונסטולציה אחרת. כל פעם יעדיף דבר אחר.

1. **תקנות הקהל**.

**מעמדם ההלכתי של בתי המשפט בישראל** (למידה עצמאית)

האם יש בהלכה איסור להתדיין בפני ערכאות של גויים? בתי משפט שגויים מנהלים אותם. קיים איסור כזה- האיסור הלך והתרחב עם השנים באופן טבעי כיוון שתמיד היה מאבק לשמר עד כמה שניתן את השיפוט, לפחות בתחום דיני ממונות, בתוך הקהילה. היו אלפי בתי דין שעסקו בענייני דיני ממונות בעבר, ולכן קיימים אלפי כתבי פסיקה שהם מעין פסקי דין בדיני ממונות עפ"י ההלכה.

אחת הדרכים להעצים את מערכת השיפוט של הקהילה, הייתה חיזוק האיסור להתדיין בבתי דין של הגויים.

(מתוך סיכומי ארז נעים)

כאשר אין בית מקדש וסנהדרין, מערכת המשפט שצריכה להיות קיימת ע"פ ההלכה הינה מערכת המשפט של המלך.

הרב קוק קבע כי כאשר אין מלך ישראל המולך על העם, סמכות זו מוחזרת לאומה בכללה, כלומר למדינה (כי העם הוא הריבון) והיא רשאית למנות לעצמה שלטון. לכאורה הכרת המשפט העברי בדין המלך, הרשאי לסטות מדיני התורה, אומרת שלא אמור להיות הבדל בין משפט פלילי ע"פ ההלכה לבין משפט פלילי ע"פ דין המלך. עם זאת, דין המלך אינו מנותק לגמרי מדיני התורה. הוא אומנם רשאי לסטות מהם, אבל עליו לפעול לאורם. כך שאם המשפט הפלילי בישראל היה ע"פ המשפט העברי, ככל הנראה היה מורגש הבדל כלשהו במשפט הפלילי במדינה. מנגד, גם לא היה מורגש הבדל גדול כל כך.

כמובן שישנו קושי של ההלכה להכיר בדיני מדינת ישראל, במיוחד כיוון וזהו עם ישראל אשר לא החיל את דיני ההלכה. עם זאת, ההלכה מכירה בדין זר. אך קושי מהותי יותר הוא הכרה במערכת המשפט של המדינה. כיום, על פי חוקי המדינה, לא ניתן להכריח אדם להישפט ע"פ ההלכה (מלבד בהקשרי נישואין וגירושין). כדי שאדם יקבל לגיטימציה, ע"פ ההלכה, לתבוע במערכת המשפט של המדינה כל שעליו לקבל הוא כתב סירוב מבית הדין הרבני (המאשר כי הנתבע אינו מסכים להישפט ע"פ ההלכה). לעומת זאת, אדם חייב להגיע להליך משפטי במערכת המשפט של המדינה (גם אם הוא רוצה להישפט על פי ההלכה) אם נתבע במערכת משפט זו.

**האם לאדם שרואה עצמו כפוף להלכה, מותר לפנות לבית דין אזרחי**?

**ר' טרפון**: "כל מקום שאתה מוצא אגוריאות (בתי דין) של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל אין אתה רשאי להיזקק להם. שנאמר ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם". מכאן הסיק טרפון כי אסור לפנות לערכאות גויים, בשל שתי מגבלות:

1. אסור להתדיין בפני גויים (גם אם הם דנים ע"פ דיני ישראל).
2. אסור להתדיין בפני הדיוטות (כאלה שאינם בקיאים בדיני תורה).

**האם שני האיסורים הללו רלוונטיים למציאות של מדינת ישראל**?

* **האיסור להתדיין בפני ערכאות של גויים**

**רמב"ם**: לדברי הרמב"ם, מצויות שתי גרסאות שונות ביחס לסוגיה שנוצרו ככל הנראה בשל טעות בהעברה מהכתב אל הדפוס:

1. "כל הדן בדייני עכו"ם (עובדי כוכבים ומזלות) ובערכאות שלהן, אף על שהיו דיניהם כדיני ישראל, הרי זה רשע וכאילו חרף וגדף והרים יד (מרד) בתורת משה רבינו".
2. "כל הדן בדיני עכו"ם..."

לשוני בין שתי הגרסאות חשיבות גדולה:

* אם מדובר בדייני עכו"ם – לא רלוונטי למדינת ישראל, כיוון ו(רוב) הדיינים במדינה יהודים ולא עובדי כוכבים ומזלות ולכן ניתן לפנות לבית דין אזרחי.
* אם מדובר בדיני עכו"ם – רלוונטי למדינת ישראל. מה שקובע זה מערכת הדינים (ולא הדיינים) וכיוון ובבתי המשפט בארץ לא דנים על פי דין תורה, אין לפנות לבית דין אזרחי.

הערה: יש לזכור כי אין להתנות על איסור בהלכה. מכאן שהחשיבות של הנושא כה גדולה.

**פס"ד רבני**: כשעם ישראל מזניח תורתו הקדושה ודן על פי חוק זר, הרי הוא בועט בתורת אלוקים. על פי פסק דין זה אסור לתבוע בפני ערכאות של המדינה. כל שניתן הוא להיתבע בערכאות אלו, אם סירב התובע לפנות להליך שיפוטי, על פי ההלכה.

שופט בית המשפט העליון, מנחם אלון ללא ספק סבור כי התשובה היא שאין האיסור רלוונטי למציאות של מדינת ישראל. אחרת, לא היה הופך לשופט במערכת בתי המשפט של המדינה.

יש גישות שונות בנוגע לשאלה הנ"ל, אך ככל הנראה הגישה הרווחת בקרב הרבנים במדינת ישראל רואה במערכת המשפט של המדינה ערכאות של גויים.

**איך מגדירים ערכאות של גויים? האם עפ"י החוקים או עפ"י זהות הדיינים?** (למידה עצמית)

בתי דין של הדיוטות- בתי דין בהם השופטים הם דיינים, הם רואים עצמם מחויבים להלכה אולם לא מספיק בקיאים בהלכה ולכן הם דנים עפ"י כללים אחרים.

בתי המשפט של הארץ הם לא בתי דין של הדיוטות שכן הם לא מפעילים שיקול דעת.

(מתוך סיכומי ארז נעים)

* **האיסור להתדיין בפני הדיוטות**

עוד בתקופה קדומה נדרשו לשאלה האם ניתן להישפט בפני ערכאות של הדיוטות (כאלה שאינם בקיאים בדיני תורה), לדוגמא בדבר ערכאות בסוריה, שם שפטו יהודים שלא היו בקיאים בהלכה. ההלכה הסכימה להכיר בערכאות של הדיוטות, כיוון ואם לא היה אישור לפנות לערכאות אלו, היו נאלצים אנשי הקהילה לפנות לערכאות של גויים, שלא על פי תורה. העדיפות הייתה לשמר עד כמה שניתן את השיפוט היהודי בקהילה. מקום בו אין דיינים הבקיאים בהלכה, היה זה מבחינת הרע במיעוטו.

**שולחן ערוך**: "כל המעמיד דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה ואינו ראוי להיות דיין, אל עף פי שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות, הרי זה שהעמידו עובר (עבירת) בלא תעשה". במילים אחרות, אין להעמיד דיין שאינו חכם בתורה.

**הרמ"א**: "ואסור להעמיד עם הארץ לדיין על סמך שישאל כל פעם לחכם" (הדיין חייב להיות עצמאי ואם יאלץ לפנות כל פעם לחכם, תישלל עצמאותו). "ועיירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים, או שכולן עמי הארץ וצריכים להם דיינים שישפטו ביניהם שלא ילכו לפי ערכאות של עובדי כוכבים, ממנים הטובים והחכמים שבהם (לדעת אנשי העיר), אף על פי שאינם ראויים לדיינים. וכיוון ושקיבלו עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן. וכן כל ציבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינם ראויים מן התורה". על פי הרמ"א, אם אין בקהילה חכמים שבקיאים בדין תורה, ניתן למנות דיינים שאינם בקיאים בדין תורה ומרגע שהם מונו, לא יכול אחד הצדדים לסרב להישפט בפניהם. בחירת הדיינים מחייבת את הציבור והנבחרים הופכים לבית דין ולא רק לבוררים (מבחירת הצדדים הנידונים).

**המאירי**: האפשרות להקים בתי דין של הדיוטות קיימת רק בתנאי שאין במקום מומחים בתורה. טיעון זה רלוונטי למציאות של היום במדינת ישראל והוא מקשה על הכרה במערכת המשפט של המדינה כבתי דין של הדיוטות וזאת משום שיש מומחים בתורה במדינת ישראל.

**משפט ומוסר**

אחד הכללים שמסייעים בהבחנה בין משפט למוסר הוא שאלת האכיפה- אם יש כלל משפטי שלפיו חייב אתה לעשות/ להמנע מלעשות פעולה מסויימת, הכלל יהיה אכיף.

* כלל משפטי הוא כלל אכיף
* כלל מוסרי הוא כלל שבלתי אכיף

כלל מוסרי הוא לא בהכרח משפטי. כלל משפטי משתדלים שיהיה מוסרי.

יש לזכור כי משפט עברי הוא משפט בעל מאפיינים דתיים ועובדה זו בעלת השלכות בהקשרים שונים מבחינת יישומו במציאות של היום – אי אפשר להכיל אותו על מערכת משפט בחברה לא דתית.

דוגמאות:

משפט פלילי: אחת מדרכי הענישה במשפט הדתי בהלכה שתרתיע אנשים מלבצע עבירות היא "דין שמיים". לדין שמיים יש תפקיד מרכזי בענישה וזה טריוויאלי. אולם, מסתבר שגם בעיסוק בדיני ממונות הפן הדתי בא לידי ביטוי בהקשרים שונים: החל מדיני הנזיקין שם יש מושג של "פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים"- גרמתי לאדם נזק אז אני אהיה חייבת פיצוי, יכול ואהיה פטורה מפיצוי ויכול ואהיה פטורה מפיצוי אבל חייבת בדיני שמים- לאמירה זו יש משמעות בחברה שמתנהלת לפי ההלכה.

**"עשיית הישר והטוב":**

**ציווי זה מצוי בחומש דברים פרק ו':**

**פסוק י"ז**: *"שמור תשמרון את מצוות יהוה אלוהיכם ועדותיו וחוקיו אשר ציווך"*.

**פסוק י"ח**: *"ועשית הישר והטוב בעיני יהוה למען ייטב לך ובאת וירשת את הארץ הטובה אשר נשבע יהוה לאבותיך".*

צמד הפסוקים הללו מעוררים קושי: כשחז"ל באים לדרוש את הציווים בתורה, ההנחה הפרשנית היא שאין דברים מיותרים שכן התורה היא יצירה אלוקית. פס' יז אומר כי יש לצוות את מצוות השם. ופס יח' אומר שיש לעשות הישר והטוב בעיני השם. לעשות הישר והטוב בעיני השם- משמע לעשות מה שהשם אומר- משמע מה שהשם ציווה לעשות. אם כך, הפסוק הראשון כבר אומר זאת. למה הכפילות? אחד הפירושים בהקשר זה:

* **הרמב"ן-** דברים פרק ו פסוק יח- לפי הדרש פסוק יז אומר כי יש לשמור את מצוות השם. משמע כל מה שהשם אומר יש לעשות. פסוק יח מוסיף ואומר כי גם בעניינים ונושאים שהשם לא ציווה איך להתנהג, תנסה לעשות את הישר והטוב בעיני השם. התייחסות הרמב"ן היא בעיקר בין אדם לחברו- לגישתו, התורה קבעה שורה של כללים ועניינים אולם יש עניינים רבים שהיא לא הזכירה. התורה נתנה עקרון על- "ועשית הישר והטוב"- אם אדם נמצא במצב אליו אין התייחסות בתורה אז התורה נתנה לו פתרון- "לעשות את הישר והטוב". הרמב"ן מתכוון לומר כי למרות שהיה אפשר לחשוב על כל הסיטואציה שכן השם נתן את התורה אולם לא כל המצבים מוזכרים בתורה משום שהתורה ניתנה כך בשל הרצון להתאימה ולהגמישה לזמנים החיים- התורה היא נצחית וצריכה להיות בעלת גמישות ע"מ להתאימהץ ולכן, זה הפתח שמאפשר לפעול עפ"י רצון השם- בסוגיות המתאימות לזמנים השונים. עקרון זה יש ליישם בשלוש שרמות: 1. ברמת של המחוקק- בבוא המחוקק לחוקק חוקים עפ"י ההלכה- הם צריכים להגשים את הרעיון של עשיית הישר והטוב. 2. ברמת בית הדין- כשבית הדין בא להכריע בעניין זה או אחר הוא צריך ליישם עקרון זה. 3. ברמה של האדם הפרטי- כשהוא צריך עצמו להחליט כיצד להתנהג עליו לשאוף להגשים את עשיית הישר והטוב.

נכון שעקרון זה הוא נתון לשיקול דעת שכן כל אדם תופס את הישר והטוב בצורה מעט שונה, אולם עדיין זו צריכה להיות המסגרת של הנסיון להגשים את הישר והטוב. זה שביישום הפרטני יהיו אולי הבדלים זה בסדר.

הערה חשובה: את הדפוס הזה של הרמב"ן בו הוא מתייחס לעשיית הישר והטוב כדאי להביט בפסוק בויקרא יא א' וב' שמדבר על יחסים שבין אדם למקום: " תהיו קדושים"- כיצד אפשר לצוות על אדם להיות קדוש? הרמב"ן נותן פירוש דומה ומסביר ציווי זה: הכוונה היא "להיות פרושים"- גם אדם שמקפיד על ההלכה באופן פורמאלי עדיין יכול להיות נבל ברשות התורה. התורה לא אסרה אכילת בשר ויין ולכן מותר לאכול בשר ויין. ולכן אדם יכול כל היום להיות במרוצה אחר התאוות הגופניות שכן הוא לא עושה מה שאסור לעשות אולם כל היום עוסק במה שמותר לעשות- כזה אדם יהיה נבל ברשות התורה. לפיכך, אחרי שהשם פירט את האיסורים שאסר אותם לגמרי, כדי לסתום את הפרצה שאדם יכול להיות נבל ברשות התורה ולהרגיש עם זה טוב- נתן השם את הציווי "להיות פרושים"- כאשר ביטוי זה בא לומר לאדם שמעבר להוראות הפורמאליות של מה מותר ומה אסור- על האדם לשים לעצמו גבולות. את הגבולות התורה לא קובעת וחז"ל לא קובעים. זה תלוי באדם ובנסיבות. כולם מבינים שיש הבדל בין לשתות יין שאינו בהכרח דבר רע, לבין להתמכר ליין, שאינו טוב. איפה עובר קו הגבול לא נאמר. בשיקול זה מונחה האדם ע"י הציווי "פרושים תהיו" שאמור להנחות את האדם בכל החסר בין האדם למקום. ברמב"ן מקשר כלל זה לכלל "ועשית הישר והטוב". זהו אותו עקרון של אוסף הלכות ועקרון על המנחה שמצב של חוסר.

ציווי עשיית הישר והטוב, מהווה עיקרון מנחה בשלושה מישורים:

1. כש**חכמים** קובעים תקנות מחייבות.
2. כש**בית דין** בא לפתור סכסוך בין שניים.
3. כאשר **אדם פרטי** מחליט איך לפעול ביחסים בין אדם לחברו.

 גם חכמים, גם בית דין וגם אדם פרטי נדרשים להגשים את הציווי של עשיית הישר והטוב.

1. **תקנות שמחוקקים חכמים מכוח עשיית הישר והטוב**: כך שהם לא נחשבות למוסריות אלא למשפטיות שכן הן ניתנות לאכיפה (למרות שמבוססות על המוסר)

דוגמא ראשונה: "**דינא דבר מצרא**"- דין בן המצר- דין בן הגבול- בתרגום חופשי לשפה משפטית: "זכות קדימה".

בר = דין של בן. מצרא מלשון גבול.

דינא דבר מצרא = דין בן הגבול.

על פי עיקרון זכות הקדימה, אם אדם מוכר מגרש, עליו לתת לשכנו זכות קדימה לרכישת הנכס.

עיקרון זכות הקדימה היה קיים בישראל עד 1969, עת בוטל בשל העדפת עיקרון חופש הקניין המתיר לאדם לעשות כרצונו ברכושו.

**תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא**: אדם המחזיק בקרקע שנמצאת בין שתי קרקעות של אחים / שותפים, מכר את הקרקע לאחר. התקנה דינא דבר מצרא עוסקת באדם שקנה את הקרקע – האם יש לסלקו ולתת זכות קדימה לאחים / שותפים?

**רב יהודה (בשמו של רב)**: הקונה הוא חצוף / לא מוסרי. עם זאת, לא ניתן לסלקו משם כי לאחים / שותפים אין זכות קדימה משפטית. העיקרון דינא דבר מצרא הוא עיקרון מוסרי של עשיית הישר והטוב אך אינו בר-אכיפה.

**רב נחמן**: במקרה זה ניתן לסלק את הקונה, ע"י החזרת סכום הרכישה. זאת כיוון וכאשר השטח נמצא בין שטחי אחים / שותפים, זכות הקדימה איננה רק זכות מוסרית אלא היא זכות משפטית. עם זאת, ל"בן מצר רגיל" (שכן רגיל) אין זכות קדימה משפטית.

**חכמי נהרדע**: גם במקרה של שכן רגיל, עומדת זכות קדימה משפטית וניתן לסלק את הקונה.

סיכום דעות החכמים לגבי עיקרון דינא דבר מצרא:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **רב יהודה** | **רב נחמן** | **חכמי נהרדע** |
| עיקרון מוסרי. לא בר-אכיפה.  | עיקרון משפטי בר-אכיפהרק במקרה שהקרקע בין אחים / שותפים | עיקרון משפטי בר-אכיפה בכל מקרה  |

ההלכה נפסקה לפי חכמי נהרדע ועיקרון דינא דבר מצרא הוא תקנת חכמים שהפכה למחייבת ואכיפה בבתי דין.

הערות:

1. כלל זכות הקדימה מבוסס על עיקרון "עשיית הישר והטוב". חכמי נהרדע קבעו את ההסדר הזה תוך שהם רואים למול עיניהם את טובת הכלל. לפיכך, ההסדר מותנה בכך שעשיית הישר והטוב לאחד, לא תרע עם האחר / עם הכלל.

**רש"י**: מקום בו עשוי להיגרם נזק למוכר, לא יחול דינא דבר מצרא. "לית בהו משום דינא דבר מצרא" – לא תקנו חכמים לעשות הישר והטוב כשהדבר בגדר רעה למוכר וקונים ימשכו ידם מלקנות את הקרקע מחשש שהשכנים יסלקו אותם ממנה.

2. ההתמקדות היא בקונה (צד ד') ולא במוכר (צד ג'), מסיבות הנוגעות לדרכי הקניין. לא ניתן לאלץ אדם למכור את נכסיו, אך כן ניתן למנוע מהקונה האחר לקנות. לכן מתייחסים אל הקונה כשלוח של האחים / השותפים (שקנה את הקרקע בשבילם).

\*\***דינא דבר מצרא צומצם מאוד עם השנים. הוא מהווה דוגמא לתקנה המגשימה את רעיון עשיית הישר והטוב.**

דוגמא שנייה: "**שומא הדר שומא חוזרת**"-

נניח אני חייבת למישהו כסף והגיע מועד הפרעון ואין לי ממה לפרוע. באופן עקרוני כל רכושי (למעט צורכי קיום מינימלי) משועבד להחזר החוב. גם מטלטלין וגם מקרקעין. אדם הלווה כסף בשטר- אוטומטית כל הנכסים שיש לו משתעבדים לפרעון החוב. הליך מימוש הקרקע כולל בתוכו שלושה שלבים:

1. בית הדין מוציא שטר חיפוש נכסים- בא המלווה תובע את הלווה על שהוא לא מחזיר את החוב. בית הדין מחייב את החייב לשלם אולם לחייב אין ממה לשלם. המלווה רוצה לממש את הקרקע ובית המשפט אומר שיש לחפש מה יש לו.
2. שלב דריסת רגל- לבית הדין מונחת תמונה לפיה מה יש לחייב. בית הדין נותן למלווה זכות תפיסה, חזקה בפועל, בקרקע זו או אחרת לפי הכללים בשלב זה, הקרקע עדיין לא עוברת לבעלותו של המלווה- הוא רק מקבל בה דריסת רגל (חזקה בה). היא עדיין לו שלו משום שזה בנוי בינתיים על סוג של הערכה של בית הדין ולא אומדן מדוייק של סוג הקרקע אל מול שווי החוב.
3. שלב השומא- בית הדין שם (אומד באופן מדוייק) את שוויה של הקרקע ומעביר למלווה קרקע בשווי החוב. שלב זה הינו הסופי שכן בו הקרקע עוברת לבעלותו של המלווה. מרגע זה הוא בעלים לכל דבר ועניין.

בין כל שלב ושלב יש פרק זמן של לפחות 30 יום- יכול הלווה וגם מי שקנה את הקרקע מהלווה- יכול להחזיר את הכסף(לשלם את החוב למלווה) ולהשאיר את הקרקע אצלו.

נניח ואחרי פרק זמן ממושך- מגיע הלווה עצמו או הקונה שממנו נקלחה הקרקע ואומר כי כעת יש לו כסף והוא רוצה לפדות את הקרקע שלו, לשלם את החוב ולקבל לידיו את הקרקע חזרה. האם הוא רשאי? לכאורה, התשובה היא "לא" כיוון שהבעלים בקרקע כעת הוא המלווה ואי אפשר להכריח אותו למכור. פה נכנסים חכמי נהר דעה ואומרים **ששומא הדר עד תריסר ירחי שתא**- אפשר לפדות את הקרקע חזרה עד 12 חודשים. אחד אמוראים לעומת זאת אומר כי לדעתו **שומא חוזרת לעולם**- תמיד אפשר לפדות את הקרקע חזרה וזאת משום שנאמר "**ועשית הישר והטוב**"- כי כל אחד קיבל מה שהיה אמור לקבל מלכתחילה.

\*\*שימי לב, אם המלווה מכר את הקרקע לאדם אחר- לדרוש ממנו לפדות את הקרקע כבר לא יהיה עשיית הישר והטוב שכן האדם שקנה ציפה לקרקע- הוא לא רוצה כסף.

\*\***שתי התקנות הנ"ל באות להגשים את היעד של עשיית הישר והטוב כעקרון מנחה לחכמים שמחוקקים תקנות.**

**משפט ומוסר**

**"לפנים משורת הדין"**

**1. עשיית הישר והטוב ע"י בית דין (החובה לנהוג לפנים משורת הדין)**

לפנים משורת הדין = מעבר לכתוב בחוק.

הביטוי "חובה לנהוג לפנים משורת הדין" מהווה קושי, שכן אם מדובר במשהו מוסרי, כיצד הוא מוגדר כ"חובה"?

חובה זאת נלמדת גם מעיקרון "עשיית הישר והטוב" אך גם ממקור נוסף:

**ספר שמות, פרק י"ח, פסוק כ**: "והזהרתה אותם את החוקים ואת התורות והודעת להם את הדרך (דרך חיים) ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון".

חז"ל לומד מהכפילות (דרך ומעשה) שיש הבדל לעיתים בין הדרך שיש ללכת לבין המעשה בפועל (לפנים משורת הדין).

מתי צריך לנהוג לפנים משורת הדין?

המקרים הראשונים הם מתוך עיקרון השבת אבידה. במשפט העברי יש שני סוגי אבידות:

* מקרים שאדם מוצא משהו ורשאי הוא לקחת לעצמו.
* מקרים שאדם מוצא משהו וחייב הוא להחזיר אותו לבעליו:
1. ראשית יש לאתר את הבעלים.
2. אח"כ יש להשיב לו את החפץ.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא**- רב יהודה ושמואל הם שני אמוראים מהדור הראשון של האמוראים. שניהם הולכים בשוק של מעבדי עורות שרוב המצויים באותו שוק הם גויים. רב יהודה שואל את שמואל אם נניח והיה מוצא עכשיו ארנק, מה הדין במקרה זה?

**עפ"י ההלכה יש חובת השבת אבידה שהיא מצווה דתית**- אדם מצווה להשיב אבידה ולא יכול להתעלם ממנה. עפ"י ההלכה אי אפשר להתעלם מהאבידה המונחת אלא הוא חייב להרימה ולדאוג להחזיר אותה לבעליה (בנסיבות מסויימות יש פטור- למשל, אם אדם זקן ומכובד מצא משהו שבחיים לא היה מרים את זה לעצמו הוא גם לא חייב לטפל בו כהשבת אבידה. או כהן שרואה אבידה בבית קברות ולא יכול להכנס).

איך משיבים אבידה? עפ"י ההלכה יש חובה להכריז על זה שמאתי אבידה כדי שמי שאיבד יוכל לפנות אליי. ההכרזה נעשית בבית המקדש כשהיה. וכשאין בית מקדש פרסום בבתי כנסת וכדומה. שימי לב, לא כל אבידה חייבים להחזיר- חייבים להחזיר כאשר מניחים שהבעלים לא התייאש ממנה- ז"א ויתר על בעלותם על החפץ, אין לי חובה להחזיר שכן זה כבר חפץ של הפקר. אם מניחים שהבעלים התייאש מהחפץ הכלל הוא שאני יכולה לקחת לעצמי ואם מניחים שלא התייאש קמה חובת ההחזרה וחובת ההכרזה. איך לדעת אם הבעלים התייאש או לא? המבחן הוא אובייקטיבי- אם החפץ לא מסומן אז האדם מתייאש כי הוא יודע שאין לו סיכוי להוכיח שזה שלו. או אם מדובר בחפץ שלא שווה פרוטה. אף אחד לא יחפש עט ששווה חמישה שקלים. הסימן יכול להיות בגוף החפץ, במקום בו הוא מונח, באריזה, בצורה בה הוא מונח וכדומה- כל דבר שעל פיו אפשר לזהות את החפץ. מקרה נוסף בו הבעלים התייאש: אם מצאתי מציאה במקום בו רוב האנשים לא יהודים, והבעלים הוא יהודי, הוא מתייאש- שכן חובת ההשבה לא חלב על הגויים ולכן סביר להניח שבגלל שאף אחד לא יהיה חייב להשיב את החפץ אני אתייאש. ואפילו אם מצא אותו יהודי הוא יודע שהבעלים התייאש כי רוב העוברים שם הוא יהודי. חובת ההכרזה היא עד בערך שנה (שלושה רגלים). אחרי שנה אפשר להפסיק לפרסם את דבר האבידה. אולם, המציאה לעולם לא תעבור לבעלותו של המוצא. הוא צריך לשמור אותו תאורטית בצד כל הזמן. אפילו אם מצאתי שק תפוחים שאם אל אעשה בו שימוש הוא ירקב, עליי למכור את התפוחים, לשמור את הכסף ובבוא היום להחזיר למאבד. למשל, אדם שמצא בעל חיים יתכן ואני לא יכול לגדל אותו וגם כדי לגדל אותו אני צריך להוציא עליו הוצאות כספיות. גם אם אחזיר את הכלב, מחיר ההוצאות עולה על שוי הכלב. בנסיבות אלו אומרת המשנה שאני רשאי למכור אותו תלוי איזה בעל חיים: אם זה בעל חיים שיש עליו הוצאות אולם יש ממנו תמורה- אי צריך להחזיק אותו שנה וכעבור שנה יכול למכור ולשמור את הכסף. אם זה בעל חיים שאוכל ואיננו עושה- אחרי 30 יום אני יכול למכור אותו ולשמור את הכסף למאבד.

בסיפורנו, הרב שמואל אמור היה לענות כי במציאת הארנק במקום הגויים מניחים כי הבעלים התייאשו ממנו. ממשיך רב ושואל שאלה נוספת: מה קורה אם המאבד הגיע עליי איכשהו (מבלי שהכרזתי) ומצביע על הסימנים שתואמים את הארנק. האם קמה עליו חובה להשיב את הארנק? לכאורה התשובה היא לא, שכן הארנק כבר שייך למוצא. אולם שמואל עונה כי חייב להחזיר. אולם תשובה זו סותרת את הדין. עונה הגמרא "לפנים משורת הדין"- עפ"י הדין אין צורך להחזיר אולם לפנים משורת הדין חייבים להחזיר. נאמר כי שמואל למד זאת מאביו שהחזיר חייה שמצא אחרי יותר משנה ולכן עשה זאת לפנים משורת הדין. ושמואל ממשיך את מסורת אביו.

סיפור נוסף: רבי ישמעאל ורבי יוסי הולכים ופוגשים אדם שנושא על גבו שק זרדים. האדם מניח את השק על הרצפה לנוח וכעת מבקש מהרב לסייע לשים את השק על גב הגמל. קיימת חובה לסייע לזולת ורבי ישמעאל לא כל כך רוצה לעזור לו אולם לא נעים לו לסרב. ולכן, הוא פשוט מציעה לקנות ממנו את השק ולגמור את העניין. הסבל נותן לו את שווי השק אולם הוא לא רוצה לקחת אותו אז הוא מפקיר אותו והראשון שרואה את השק זה הסבל וזוכה בו- לוקח אותו חזרה. ואז שוב מבקש מרבי ישמעאל לעזור לו, ואז שוב הוא נותן לו את שווי השק וכך עוד הפעם. רבי ישמעאל מבין שהוא הולך עוד הפעם לעשות זאת אז הוא אומר שהוא מפקיר את השק לכולם חוץ מסבל. אבל אין דבר כזה כי הפקר הוא לכולם. איך עשה זאת? בעצם ההפקר היה לכולם וגם הסבל יכל לזכות בשק שוב אולם הסבל לא ידע ורבי ישמעאל כאילו עבד עליו. שואלת הגמרא מדוע לא נחלץ רבי ישמעאל מהסבל בצורה יותר פשוטה? הרי יש את הפטור של השבת אבידה בעניין של זקן מכובד. כך יכל היה רבי ישמעאל לומר שהוא לא חייב לעזור לו וזה הכל. מדוע בכל זאת לא פטר עצמו? הוא נהג לפנים משורת הדין- הוא רצה לעזור לסבל- תחליף לעזרה זה שקנה ממנו את השק.

**2. " דין שמיים"**

**ביה"ד: מקרים בהם אדם פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים**

מונח זה מוכר בהלכה בעיקר בדיני הנזיקין של ההלכה. כאשר בדיני הנזיקין אנו מבחינים בין שני סוגים של נזק שאדם עושה בעצמו:

1. נזק שאדם עושה בידיו- אדם מרעיל כלב של שכן ברעל שהוא שם באוכל שהגיש לכלב בידיו הוא. זה יחשב כנזק שאני חייב לפצות את הניזוק כי עשיתי את הנזק בידיים.
2. נזק שאדם גורם באופן עקיף- נזק שאני גורם לך כאשר הקש"ס ברור בין ההתנהגות לנזק, אך הנזק עצמו נגרם בעקיפין- אם אדם מפזר רעל בחצר של השכן כאשר הוא יודע שהכלב מסתובב שם לפעמים ובאמת הכלב טעם את הרעל ומת. זה יחשב כ"גרמה"- נזק שגרמתי ולא עשיתי בידיים ואז אני לא חייב בפיצויים לאדם אלא בדיני שמיים.

דוגמאות:

1. עושה נזק – אדם הנותן סם מוות בפני בהמת חברו (מאכיל את כלבו של חברו בסם ממית).

גורם נזק – מי שמפזר סם באיזור בו מסתובב כלבו של חברו, כך שייתכן שהכלב יאכל את הסם וייתכן שלאו. במקרה זה, הנזק לא נעשה בידיו של המזיק אלא הוא גרם לנזק, בצורה עקיפה. לכן, יהיה פטור מדיני אדם, אך חייב בדיני שמיים.

2. אדם שם חיה בתוך כלוב סגור ומישהו פתח את דלת הכלוב, כך שהחיה יצאה ונפגעה פיזית. האדם שפתח את הכלוב לא פגע בחיה בידיו, אלא גרם לה נזק (עקיף). לפיכך, יהיה פטור מפיצוי משפטי וחייב בידי שמיים. אם הוא היה לוקח את בעל החיים ופוגע בו בידיו הוא היה נחשב לעושה נזק.

המשמעות של "חייב בדיני שמים":

**רש"י**: "פטור מדיני אדם" – פטור מלשלם.

"וחייב בדיני שמיים" – 'פורענות לשלם לרשעים שנתכוון להפסיד את ישראל' – **העונש ניתן ע"י האל והינו מוסרי-ערכי** ולא ממוני.

**ראב"ן** **(רבי אליעזר בן נתן)**: "וכן בכל מקום שאמרו: 'חייב בדיני שמים', אם בא לפני בית הדין צריכין להודיעו – אין אנו כופים אותך, אבל צריך אתה לצאת ידי שמיים, כי דינו מסור לך. כדי שייתן אל ליבו וירצה את חברו ויצא ידי שמיים". על בית הדין להודיע שהוא פוטר את המזיק, אבל עליו לצאת ידי שמיים. זאת מתוך שאיפה שהאדם ישלם את מלוא הפיצוי או לפחות יגיע עם הניזוק להסדר, כדי שירצה את חברו. לדבריו, אין זו כפיה מובהקת אך **על בית הדין להיות מעורב כדי להנחות את המזיק שעליו לרצות את חברו.**

**ים של שלמה (ר' שלמה לוריא), בבא קמא**: "ומצאתי כתוב בתשובה וזו לשונו (של החכם המשיב): 'נראה לי, היכן שנאמר חייב בדיני שמיים, אין לבית דין לכופו לשלם, מכל מקום בדברים, בלא כפי יש לדוחקו...". ים של שלמה מביא תשובה שהינה מרחיקת לכת יותר מתשובת הראב"ן וקובעת כי **על הבית הדין להיות מעורב במקרה ולדחוק במזיק לשלם**. עם זאת, יש לציין כי המהרש"ל אינו מקבל את הדעה הזאת.

הדין קובע כי גזלן (מי שמחזיק בידיו ממון שלא כדין) פסול לעדות (כיוון והוא אדם לא אמין).

**המאירי**: מרחיק לכת אף יותר וקובע כי במקרה שבית דין קבע שאדם גרם נזק ולכן פטור מדיני אדם, אך חייב בדיני שמיים, אם המזיק לא יפצה את הניזוק, הוא איננו אמין ולכן יהיה פסול לעדות. זאת כיוון ואומנם "בית דין ארצי" אינו יכול לכפות על המזיק לפצות את הניזוק ע"פ דיני אדם אך הוא אינו פוטר אותו מפיצוי ע"פ דיני שמיים ("בית דין שמימי"). לכן, ע"פ המאירי, **אם המזיק לא יפצה את הניזוק, הוא בעצם גזלן ולפיכך יהיה פסול מעדות**.

סיכום דעות החכמים בדבר העיקרון "חייב בדיני שמיים":

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **רש"י** | **ראב"ן** | **ים של שלמה** | **המאירי** |
| העונש ניתן ע"י האל (דגש על הפן הערכי ולא הממוני) | על בית הדין להנחות את המזיק לרצות את חברו | על הבית הדין לדחוק במזיק לפצות את חברו  | על בית הדין לפסול מעדות מזיק שלא מפצה את חברו |

בעוד במקרה של "חייב בדיני אדם", אין בית הדין יכול להפעיל שיקול דעת ועליו לפעול על פי הדין, במקרה של "חייב בדיני שמיים" לבית הדין מתאפשרת הפעלת שיקול דעת וגמישות, בהתאם לנסיבות (אם גרימת הנזק נעשתה במכוון / ברשלנות).

**מידת חסידות, רוח חכמים נוחה הימנו**

**עשיית היישר והטוב ביחסים שבין אדם לחברו (מבלי התערבות בית דין)**

הביטויים ההלכתיים "מידת חסידות" ו"רוח חכמים נוחה הימנו" הם ביטויים הבאים להכווין התנהגות של אדם בבוחרו כיצד לנהוג ביחסיו עם חבריו וזאת מבלי שבית הדין מתערב.

דוגמאות למידת חסידות ורוח חכמים נוחה הימנו:

1. **משנה**: "הכותב את נכסיו לאחרים והניח את בניו – מה שעשה עשוי, אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו". התפיסה ההלכתית קובעת שכל עוד אדם חי הוא יכול לחלק את נכסיו כיצד שירצה, אך אינו יכול לצוות כיצד יחולקו נכסיו לאחר מותו, כי לאחר מותו נכסיו כבר לא שלו ועוברים ישירות לבניו. לכן, נקבע בהלכה שהצוואה היא מתנה. ברגע שניתנה הנכסים יתחלקו על פי רצונו. המשנה קובעת כי אם אדם שיש לו בנים מחליט להדיר את בניו מהירושה ולתת אותם לאנשים אחרים, מבחינה משפטית יש תוקף למעשיו והם יועברו לאותם אחרים, אך החכמים אינם מרוצים מכך כיוון ונכסים צריכים לעבור מדור לדור. הדבר אינו משנה מבחינה משפטית, אך בא להכווין התנהגות ולהורות לחכמים לייעץ לאנשים לא לנהוג כך.

**רשב"ם**: 'אין רוח חכמים נוחה הימנו' – "אין לחכמים נחת רוח ממעשיו, אלא חרון אף גורם להן שכועסין עליו, שהרי עקר נחלה דאורייתא". החכמים כועסים על האדם שלא פעל כפי שממליצה התורה.

2. **ברייתא**: "תנו רבנן: הגזלנין ומלווי בריבית שהחזירו – אין מקבלין מהן, והמקבל מהן – אין רוח חכמים נוחה הימנו.

אמר רבי יוחנן: בימי רבי נשנית משנה זו. ששנינו: מעשה באדם אחד שביקש לעשות תשובה. אמרה לו אשתו: ריקה, אם אתה עושה תשובה, אפילו אבנט אינו שלך (שכן כל רכושו היה גזול ועליו להשיבו לבעליו) ונמנע, ולא עשה תשובה. באותה שעה אמרו: הגזלנין ומלווי ריביות שהחזירו – אין מקבלין מהם והמקבל מהם – אין רוח חכמים נוחה הימנו".

ע"פ דין, כפי שאם אדם גזל דבר מאחר, עליו להשיב לו את הרכוש, כך לגבי מלווה בריבית. כאשר מלווה בריבית נותן למישהו כסף והלווה בא לתת לו ריבית, עליו להחזירה לו, כי הלוואה בריבית אסורה. עם זאת, אמרו חכמים כי יש לוותר לגזלן (המלווה בריבית) ולא לקבל ממנו חזרה את הריבית. זאת משום שאם המלווה בריבית ייאלץ להחזיר לכולם את הריבית, לא יהיה לו ממה לחיות. לפיכך, **אדם רשאי לקבל חזרה את הריבית מהמלווה, אבל רוח חכמים תהיה נוחה ממנו אם לא יקבל את חזרה את הריבית.**

3. **מסכת שביעית**: "המחזיר חוב בשביעית, רוח חכמים נוחה ממנו". **אדם לא חייב להחזיר חוב בשנה השביעית ובית דין אינו יכול לכפות עליו לעשות זאת. עם זאת, אם הוא יחזיר את החוב, רוח חכמים תהיה נוחה ממנו**. הרי התקנה שאין להחזיר חובות בשביעית היא תקנה סוציאלית המבוססת על כך שבשנה השביעית לא עובדים את האדמה ואין מאיפה להחזיר כסף. אבל אם יש לאדם כסף כדי להחזיר את החוב, מצופה ממנו שיחזיר את הכסף.

4. "הלווה מן הגר שנתגיירו בניו עמו, לא יחזיר לבניו. ואם החזיר, רוח חכמים נוחה ממנו". אדם שהחליט להתגייר וילדיו עימו, אין ההלכה רואה בהם יותר כאב ובניו, כיוון ואדם שהתגייר כאילו נולד מחדש. לכן, ע"פ ההלכה, אם אותו אדם לא הקים משפחה חדשה, בעצם אין לו יורשים ולאחר מותו נכסיו הם הפקר וכל הקודם זוכה. אם בניו גרים איתו, הם יתפסו את נכסיו ולא תהיה בעיה. אך אם הוא הלווה כסף לאחר, אין חובה הלכתית להחזיר את הכסף לבניו. אך חכמים מצפים מהלווה להחזיר את הכסף, כי ילדיו רואים בו כאביהם ולכן ייפגעו. לכן, אומרים חכמים כי **הלווה מן הגר שנתגייר, אינו חייב להחזיר לבניו את ההלוואה, אך חכמים מעודדים את הלווה להחזיר לבניו את ההלוואה.**

5. ע"פ ההלכה ישנם סוגים שונים של **מתנות עניים**:

* פאה – כמות של תבואה בסוף השדה אשר בעל השדה צריך להשאיר לעניים ולא לקצור.
* לקט – כמות קטנה של שיבולים הנופלת מיד הקוצר, בעת הקצירה, ואותה אין להרים, אלא להשאיר לעניים.
* שכחה – כמות קטנה של תבואה שנשכחה במקום גידולה ולא נקצרה, בעת הקצירה, אותה יש להשאיר לעניים.
* מעשר עני – בשנים השלישית והשישית (למחזור השמיטה), על החקלאי להפריש מעשר זה כמתנה לעניים, נוסף על שאר מתנות העניים. עם זאת, הוא רשאי להלוות לעני כסף ולנכות את דמי החוב ממעשר העני, כך שיישאר אצלו ויימנע ממנו סרבול יתר.
* תרומה (מעין הקדש) – על החקלאי לתרום 1% מהתוצרת החקלאית לטובת הכוהנים ועליהם לאכול זאת בטהרה.

ברייתא תשמע- עפ"י דין יש שורה של מתנות עניינים- מעשר עני. עפ"י דין אלו שייכים לעניים. העני הוא מי שאין לו שווי של 200 זוז. הברייתא מתארת מציאות קצת מיוחדת- בעל בית (שהוא לא אדם עני) עובר ממקום למקום. בהמצאו בעיר אחרת, נגמרה צידתו, ואין לו כסף- כרגע הוא עני. במצב זה מותר לו לאכול ממתנות עניים. ברגע שהוא חוזר הביתה לרכושו- עפ"י דין הוא לא חייב להחזיר כסף שכן כשהוא השתמש במתנות העניים היה מותר לו. אי אפשר לתבוע ממנו להחזיר כסף (מתנות עניים זה גם ממון שאין לו תובעים אז אין מי שיתעב להחזיר גם). ולמרות זאת, אומרת הגמרא שמידת חסידות אומרת שטוב יהיה אילו יפריש לעניים את השווי בו אכל.

המשותף לכולם הוא שבית הדין באופן ישיר לא מתערב בהם אלא רק מכתיב וכיצד הוא מצפה שינהג האדם.

אולם, **בעקיפין מה שאומר בית הדין משפיע**:

* **שו"ת תשב"ץ-** נשאלה שאלה: אישה אחת יש לה נכסים. וחלתה. האישה ערירית. אם היא תמות ולא תעשה צוואה אז קרוב כלשהו ירש אותה. אולם, היא רוצה להעביר נכסיה לעניים/לבית כנסת. הקרוב שאמור לרשת אותה עפ"י דין הוא עני ויש לו בנים בני תורה ובת שצריכה להינשא והוא הולך לאסוף כסף בקהילות שלו ע"מ לחתן את בתו עם נדוניה. השאלה נשאלת ע"י דיין שגר בעירה והנושא הגיע לפתחו- שואל האם זה בסדר שהאישה תצווה נכסיה לעניים/לבית כנסת ולא לקרוב העני שלה? השואל לא מעלה על דעתו לחשוב שאסור לאישה לצוות נכיסה למטרות עניים אלא הוא שואל "אם רוח חכמים נוחה הימנו אם לאו"? מצד אחד האישה בעלת מטרה טובה מצד שני גם הקרוב העני זקוק לכסף. ולכן, קשה לדיין לאמר לאישה שמעשהה לא נכון/ לא טוב.

תשובה התשב"ץ: מביא ציטוט של הגמרא שאומרת שאין לדיין להתערב במקרה בו אדם רוצה להעביר נכסיו שלא עפ"י דין תורה (למשל, לתת לבן אחד יותר מלאחר או למשל לבנות). אם הגמרא מסתייגת מהעברת נכסים שלא עפ"י דין אפילו בין ילדיו, אז כל שכן תסתייג היא בהעברה לצד ג'. התשב"ץ אומר שאם האישה תתרום את כספה לבית הכנסת (בית הכנסת זקוק לכסף רק בשביל תחזוקה והוא ממומן ע"י הציבור) היא בסה"כ פוטרת את הציבור מתשלום התחזוקה ובכך בעצם היא מעבירה את הנכסים מהקרוב ומעבירה את זה לכל אחד ואחד ממתפללי בית הכנסת שמהווים צד ג' שכלל לא ראוי לרשת אותה. אותו הדבר, גם אם היא נותנת את כספה לעניים היא בעצם פוטרת כל אחד מבני הקהילה לשלם את הצדקה ממנה מתפרנסים העניים. (קיימת חובה על הקהילה לתת כסף לעניים). ולכן, אם עדיין לדיין יש את הכח לתת עצה לאישה- עליו לומר לה ש"אין רוח חכמים נוחה עמנו"- זה לא ראוי ועדיף שתעביר את רכושה לקרוב.אין לזה השפעה על הצוואה של האישה והתשובה לא משפיע על תוקף הצוואה. תשובת התשב"ץ לא מחייבת כי "רוח חכמים לא נוחה או כן נוחה" לא מחייב את האישה. לכאורה, נראה שכאן הייתה צריכה להסתיים התשובה. אולם, משיב התשב"ץ מוסיף משהו שהוא כלל לא נשאל עליו: אומר הוא שכן אפשר לבטל את תוקפה של הצוואה! תוספת זו מרחיקה לכת שכן במיוחד קיימת המצווה לקיים את רצונו של המת. משיב התשב"ץ מספר סיפור: רבי יהודה הנשיא הולך עם תלמידו ברחוב ומראה לו שער לבית כנסת שהוא עצמו בנה (בנה במובן של שילם עליו לא בנה פיזית). תגובת תלמידו היא לא ההתפלאות שהנדרשת לכאורה אלא הוא אומר שמבנה זה נבנה על חשבון חייהם של אנשים- עדיף הכסף היה מושקע למסכנים או לחינוך וסדרי העדיפויות שלהם לוקים בחסר. התשב"ץ אומר כי מכאן נראה שהמצווה לתת לתלמידים חינוך ופרנסה לעניים מאשר לבנות בית כנסת. מי שסדר העדיפויות שלו לא כזה- כאילו עובר עבירה. מרגע שהצוואה שלה מהווה עבירת עבירה- ניתן לבטל את צוואתה. מה שעושה התשב"ץ הוא מרחיק לכת מאוד. שגן בסיפור על רבי יהודה הנשיא ותלמידו לא באמת הייתה הכוונה לכך שנעברת עבירה. ולא באמת ניתן להסיק מכך הלכה כללית לכך שבמקרה של ציווי נכסים לבית כנסת אפשר לבטלם. בנוסף נראה כי אם הקרוב של האישה לא היה עני, תשובת התשב"ץ הייתה משתנה.

\*\*תשובת התשב"ץ מרתקת במובן המדגים את כוחו של הפוסק המובא בתוספת לתשובה הסטנדרטית- המהלך שעש הינו מרחיק לכת אולם הוא מרתק.

החצי השני של תשובת התש"בץ יכול לבוא לעולם בזכות החלק הראשון שלה- לולא אנו יודעים שחכמים לא מרוצים/בעיניי ההלכה לא ראוי שאדם ישנה את חלוקת הכנסים מדין דורה- אי אפשר היה להגיע לחלק השני של התשובה. רק בגלל שרוח הדברים היא שפעולת האישה היא לא ראויה- איפשר לעצמו הפוסק להרחיק לכת ולהגיע לדרך הזו לבטל את צוואת האישה.

**חיובים שהם לא עד הסוף משפטיים:**

1. "מי שפרע"- מושג זה מתקשר למקרה ספציפי שמשמעותו "חייב בדין שמיים".

2. מחוסר אמנה- מידת חסידות, רוח חכמים נוחה המנו, עם התייחסות למקרה מסויים.

**"מי שפרע"-**

דיברנו על כך שעפ"י ההלכה כדי שהסכם מכר יתפוס והבעלות תעבור צריך מלבד גמירות דעת- מעשה קניין. במטלטלין- משכה/הגבההת החפץ. במקרקעין- עשיית שטר, חפירת הקרקע ועודץ כל עוד לא נעשה הקניין הבעלות לא עברה. לאי העברת הבעלות יש נפקות בנושאים של אחריות לגבי החפץ- למשל אם הוא ניזוק, מי ישא בהפסדים. עפ"י ההלכה מעשה הקניין לא קשור לתמורה- גם אם שילמתי ולא ביצעתי מעשה קניין, הבעלות לא עברה. ולהפך- אם נעשה מעשה קניין ולא שילמתי- ההסכם תקף ואני חייב את הכסף.

על רקע הנאמר- **מה זה "מי שפרע"?**

* **משנה מסכת בבא מציעא פרק ד**-

א. אם שולמה תמורה ולא בוצע מעשה קניין- יכול הצד לחזור בו. אבל, אם שולמה תמורה, לא בוצע מעשה קניין וצד מבקש לחזור בו- מבחינה משפטית רשאי. אבל אדם שמבקש לחזור בו לאחר ששולמה תמורה, מקבל "מי שפרע"- מי שהעניש את אנשי דור המבול ואנשי דור הפלגה הוא גם יעניש "עתיד להפרע" ממי שאינו עומד בדיבורו. משפטית אי אפשר לאכוף עליו את קיום המכר והוא רשאי לחזור בו אולם שידע שה' עלול להעניש אותו על שלא עומד בדברו.

\*\*"מי שפרע" זהו ביטוי שמשתמשים בו רק לגבי מקרה של עסקת מכר בו לא בוצע מעשה קניין. לכאורה נראה כי מה שצריך בעסקה זה רק גמירות דעת אם כך למה יש צורך שמעשה קניין- יש מחלוקת האם מעשה הקניין הוא שיוצר את גמירות הדעת או הוא שמעיד עליו? נראה שמעשה הקניין מעיד על כך שהייתה גמירות דעת. מאחר שכך, ברור שמבחינה מהותית אם לא גמר האדם בדעתו וחוסר מעשה הקניין נובע מכך- זה בסדר גמור שיחזור בו. ברגע שהייתה גמירות דעת אמיתית ועדיין היה חסר מעשה קניין מסיבה אחרת ואז האדם נתלה בחסרון הפורמאלי של היעדר מעשה הקניין מהותית זה לא בסדר למרות שמשפטית זה תקף. ולכן ניתן "מי שפרע". כיצד בית הדין ישמיע את "מי שפרע" יהיה תלוי בנסיבות המקרה וסיבת החזרה בו של האדם.

\*\*מתקשר ל"דמיי שמיים"

**"מחוסר אמנה"-** מצב בו הייתה הסכמה על הפרטים ועדיין לא ניתנה תמורה ולא נעשה מעשה קניין- זהו מצב פחות מתקדם מאשר "מי שפרע".

* **אומר הרמב"ם-**

הלכה ח: אם אדם נושא ונותן בדברים- יש בינינו שיח בו הסכמנו לעסקה כלשהי ועדיין לא עשינו מעשה קניין ולא שולמה תמורה- ראוי שנעמוד בידבורינו. אם חזרנו בנו מי שחוזר הוא "מחוסר אמנה". (זוהי סטיגמה חברתית- מן כינוי שמתביע חותם על האדם).

הלכה ט': אם אדם נתן הבטחה לתת מתנה- אי אפשר לתבוע אותו לתת את המתנה אולם עדיין ראוי שיעמוד בדיבורו ואם לא עומד בדיבורו הוא "מחוסר אמנה". הרמב"ם מסייג ואומר כי מדובר על מתנה מועטת (סבירה). שכן אם אדם יבטיח לי מתנה אדירה לא אמורה אני להתייחס ברצינות להבטחה.

\*\*מתקשר לרוח חכמים נוחה עמנו.

**יישום 2 המושגים הנ"ל:**

* **רבי יעקב ריישר**- ראובן מכר יין לשמעון ושילם לו 10%. וביצע מעשה קניין. התמורה בשלמותה טרם שולמה. עד ששולמה יתר התמורה, מחיר היין עלה והמוכר רצה לחזור בו מהעסקה כדי להרוויח יותר. במקרה דנן היה מעשה קניין ביודעו של המוכר. אולם הבעיה היא שהגמרא אומרת במקרה אחר, שאם המוכר "רץ" אחרי הקונה ומנדנד לו בשאלה מה עם הכסף? זה אומר שהקונה טרם גמר בדעתו. ובמקרה זה רשאי כל צד לחזור בו- זו הטענה של המוכר במקרה דנן. בסנוף אומרת הגמרא שאם המוכר מוכר סחורה לא טובה והוא מחזר אחרי הכסף שחייב לו הקונה- אין זה מעיד על חוסר גמירות דעת אלא זה משום שהוא פוחד שיבין שהסחורה גרועה והקונה הוא שיחזור בו.

במקרה דנן, היין הוא סחורה טובה, ולכן זה שמוכר חזר אחר כספו אומר שהוא לא גמר בדעתו. ולמרות זאת, הפוסק אומר כי כן אפשר לאכוף את ההסכם וזאת בשל סיפור שהוא מביא בו רב אומר לבנו בסיפור אגדה שיין בגלל שהוא מחמיץ נחשב לסחורה לא טובה ולכן ניתן לומר במקרה דנן בהמוכר מחזר אחר כספו לא בגלל שלא גמר בדעתו אלא בגלל שהסחורה כביכול לא טובה והמוכר מפחד שהקונה יחזור בו. (שימי לב שלא פוסקים הלכה מתוך דברי אגדה אולם אם האגדה באה להשלים את דבר ההלכה זה בסדר).

\*\*להגדיר יין כסחורה לא טובה מלכתחילה זו הגדרה מרחיקת לכת שכן יין הוא סחורה מאוד פופולארית את יהודים. אין ספק כי הפוסק עושה זאת בנסיבות העניין רק בשל ענייני צדק- הוא מבין היא המוכר רוצה לנצל את עליית המחירים. בהקשר זה דומה המקרה לתשובה הקודמת במקרה של מחוסר אמנה.

המבחן:

שלוש סוגי שאלות: מאין ארועון קצר/ שאלה שבה יהיה ציטוט ממקור כלשהו שם נתבקש להתייחס למקור- בדר"כ תהיינה שאלות משנה לאור החומר הנלמד / שאלה אינפורמטיבית- שאלת מושגים זו שאלת מתנה בדר"כ.