**מחברת מבוא למשפט עברי**

**מס' דגשים:**

רשימת קריאה באתר לא רלוונטית- נקבל חומר קריאה במיילים

ציון בקורס מורכב- 20% מבחן מבוא, 10% נוכחות פעילה, 70% מבחן סוף סמסטר.

**28.02.13**

**מה זה משפט עברי?**

הביטוי משפט עברי נולד לפני מאה שנה על ידי משכילים יהודים שגרו ברוסיה ולא ראו עצמם כפופים להלכה (לא היו שומרי מצוות) והם היו חלק מתנועת החייאת הלאום העיברי והם שאפו לעורר את המשפט התרבותי היהודי של עם ישראל. הם רצו ליצור משפט שמושפע מההלכה אך לא כפוף לה במלואו ומכך שיצרו משפט שבסיסו ההלכה היהודית אך הוא אינו דתי לגמרי וקראו לו בשם משפט עברי (ולא משפט יהודי). בפועלם הם יצרו משפט חדש שנשען על הדורות הקודמים, הקימו כתבי עת, חברות, ספרים, הקמת ביה"ס למשפטים בתל אביב המבוסס על משפט עברי וכו'.

לימים, המשפט העברי לא צלח והעיסוק במשפט העברי חזר להיות מנת חלקם של שומרי מצוות ומכאן שגם הביטוי משפט עברי היום הוא בקונוטציה של משפט הלכתי, דתי, יהודי, מקורות מסורתיים מורחבים.

**ההבדל בין משפט עברי להלכה:**

בדר"כ כשעוסקים במשפט עברי לא דנים בכל נושאי ההלכה (הלכות כשרות, שבת, קדושה), אלא מתכוונים לנושאים המשפטיים יותר (דין אזרחי, פלילי, ציבורי, דיני אישות) שיתכנסו רק הם למשפט עברי.

השופט אילון הגדיר את נושאי המשפט העברי כך: כל נושא שיש לו מקבילה במשפט הנוהג יעסקו בו במשפט העברי.

בעולם ההלכה יש הבחנה בין סוגים שונים של מצוות וניתן לזהות הבחנה דומה (לא זהה) במשפט העברי.

**ההלכה במשפט שאנו מכירים כיום:**

גם כאשר עוסקים בענייני ממון משפטיים העולם הדתי משפיע עליהם.

בנוסף, המאפיין הבסיסי של משפט פלילי הוא עבירות וענישה ובמובן הזה גם בהלכה יש עבירות ועונשים אך בהלכה לעיתים העונש יהיה בדין שמיים (כאן נכנס הפן הדתי).

גם בדיני הנזיקין משתמשים בכלים דתיים.

בנוסף, כמו בדיני החוזים גם בהלכה כאשר יש הסכם משפטי מחייב הצדדים לא יכולים לחזור בהם (או שיתנו להם קללה מהשמיים) וגם מהם נדרשת מידה של מסוימות.

לעיתים האכיפה והענישה בהלכה יהיו בעזרת כלים דתיים (קללה או ענישה משמיים).

**הבחנה בין עניינים בעלי אופי חברתי שכלי לבין כללים שנוגעים יותר לפן הדתי-**

היכולת להתנות-

במשפט הישראלי שי חוקים קוגנטיים וחוקים דיספוזיטיביים. אותו הדבר גם בהלכה. הכלל הוא שמתנה על מה שכתוב בתורה בדבר שבממון. הלכה זו הייתה מחלוקת בין התנאים ונפסקה בתלמוד.

הסבר:

כלומר, אם אני מבקשת ממישהו שישמור לי על חפץ והשומר הסכים לשמור המשמעות היא שעשינו בינינו הסכם שמירה. רמת האחריות של השומר עולה מסוג השומר- אם זה שומר חינם רמת האחריות שלו נמוכה יותר.

לא ניתן להתנות על- "דבר שבאיסורים" כמו לדוגמא האיסור לגבות ריבית. אם הסכימו מראש על ריבית גם אין לזה תוקף. מי שגובה ריבית נחשב גזלן.

ההבדל בין המקרה של השומרים למקרה של הריבית הוא שדיני השומרים לא נוגעים לשאלת האסור והמותר- הם באים להסדיר מערכת יחסים בין אדם לחברו- אם הם מצליחים להסדיר את התנאים ביניהם אז הם יכולים לפעול כרצונם. הריבית לא מוגדרת כעניין שבין אדם לחברו אלא כעניין שבין אדם למקום (לה') ולמרות שהעבירה הזו היא כלפי אדם ההסכמה של הלווה לא תעזור.

* מהמשנה:

"מתנה שומר חינם להיות פטור משבועה":

מעלה 2 שאלות-

1. מה רמת אחריות בהיבט המהותי? מתי השומר יהיה חייב ומתי פטור?
2. שאלת נטל הראייה- מיהו זה שצריך להוכיח מה קרה לחפץ? הבעלים או השומר? ההלכה גורסת כי השומר הוא שצריך להיות חייב. גם כי קל לו יותר להוכיח וגם כי- המוציא מחברו עליו הראיה.

בהלכה אפשר לצאת מחובת נטל הראיה באמצעות שבועה. השומר יכול או להביא עדים שיעידו מה קרה או להשבע שהחפץ לא אצלו (השבועה היא סוג של נטל ראיה) בדיני שומרים בהלכה נטל הראיה יוטל על הושמר. הצדדים יכולים להסכים לשנות גם את נטל הראיה.

* דוגמא נוספת להתניה:

"הריני מקדשך על מנת שירצה אבא"

אדם מקדש אשה בתנאי מסוים (נניח שאבא שלה יסכים). לפי ההלכה אדם מקדש אשה כאשר הוא נותן לה טבעת (מעשה קניין פורמלי שמעיד על גמירות דעת). רצון האב מהווה תנאי מתלה- ברגע שהוא לא יתקיים הנישואין לא יצאו לפועל.

מה שמעניין אותנו הוא בהמשך ההלכה- "על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבום" (יבום= אם אדם מת ללא ילדים אז האשה מתחתנת עם אח שלו והוא מביא לה ילדים אלא אם עושים חליצה והיא זורקת עליו נעל). אם אדם אומר לאשה בקידושין שהוא מוותר לה על הייבום התנאי הזה לא תופס כי לא ניתן להתנות על עניין הייבום. למרות שהתורה מציגה את הייבום כדרך להגשים משפחה למת (בין אדם לחברו) עדיין הייבום נתפס כמצווה דתית שיוצרת איסור לאישה להנשא לאדם אחר- כל עוד היא לא עברה חליצה או ייבום היא עדיין נשואה. האסור להנשא גם הוא דתי.

* דוגמא נוספת להתניה:

במקור של הרמב"ם- "על מנת שאין לך עליי אונייה (הונאה)- יש לו עליו הוניה.

היום הונאה היא סוג של רמאות אבל הביטוי הונאה בהלכה לא עוסק בהכרח במקרה של תרמית אלא בהקשר זה הוא עוסק במקרה בו אדם מכר או קנה חפץ במחיר שהוא גבוה או נמוך ממחיר השוק באופן משמעותי. עצם העובדה שהחפץ נמכר במחיר זול או גבוהה מדיי מפעיל את דין ההונאה. הכוונה יקר הוא זול מוגדרת כפלוס מינוס 20%.

הצד הנפגע רשאי לדרוש החזר של ה-20% או לבטל את המקח (או להפך אם הוא נמכר בזול אז המוכר יכול לבטל). הרמב"ם אומר שאם בחנות מסוימת המוכר קובע מחירים יקרים מאוד ושם בכניסה שלט שלא חל עליו דיני הונאה זה לפי הרמב"ם לא רלוונטי ועדיין חלים עליו. אבל אם המוכר אומר שהמחיר שלו הוא 200 ויש במקומות אחרים ב-100 ומציין זאת לפני הלקוח אז הלקוח לא יכול לבוא אליו בטענת דיני הונאה.

הרמב"ם אומר שאפשר לחשוב שדין הונאה דומה לריבית- לאיסור ואז זה קוגנטי. אבל הביטוי הונאה בהלכה הוא לאו דווקא תרמית, הוא נעשה גם בתו"ל והקביעה היא שדין הונאה מסווג כדבר שבממון ולכן כן ניתן להתנות עליו אבל הרמס"ם אומר שגם שמתנים תלוי כיצד מתנים- יש להתנות באופן ספציפי.

* דוגמא נוספת היא בדין של שמיטה:

כל שנה שביעית מוגדרת כשנת שמיטה. לשנת שמיטה יש 2 משמעויות- האחת היא מגבלה בעבודת הקרקע והמשמעות השניה היא שמיטת חבות- דהיינו, כל החובות הפרטיים שמועד פירעונם בשנת השמיטה נמחקים. הקשר בין שתי המשמעויות הוא שבשנת שמיטת קרקעות אנשים לא עובדים אז אין להן כסף להחזיר חובות. הדרך בה ניתן לעקוף את בעיית השמיטה היא על ידי שטר פרוזבול שמשמעותו שאדם מפנה את החוב שיש לו כלפי החייב לבית הדין- ואז בעצם הופך את החוב הפרטי לחוב לרשות הציבורית- חוב כזה איננו נמחק ובית הדין ממנה את המלווה כשליח לגבות את החוב עבורו. זו אכיפה פורמאלית.

ההסבר שמאפשר לעקוף את הכלל ולהתנות עליו הוא פרקטי- המטרה היתה להקל על החייבים אך יצא מצב שאנשים לא רצו להלוות כספים בגלל השנת שמיטה ולכן יצרו את "תקנת הפרוזבוד" שאכן מאפשרת.

מבחינת ההתניה ההסבר של הרמב"ם על כך הינו שלא ניתן לומר "שדין השמיטה לא חל עלי" כי כל עוד אתה יהודי זה כן חל עליך אבל כן ניתן בעסקה ספציפית להסכים בין המלווה ללווה שדין שמיטה לא יחול על חוב ספציפי. (בדומה להונאה שניתן להחריג אותה במקרה ספציפי).

**סייג ליכולת ההתנייה בדיני ממון- הרשב"א (ר' שלמה בן אדרת, ספרד המאה ה-13)**

בעיה שהרשב"א מעלה:

אדם שמשיא את בתו ונותן לה נדוניה אז אם הם מתגרשים האישה לוקחת את הנדוניה איתה. אבל אם האשה מתה אז הבעל יורש את כל הנדוניה. במצב שבו יש ילדים אז אין בעיה להורים של האשה שמתה כי הנדוניה בסוף תגיע לנכדים שלהם אבל במצבים שהאשה מתה ואין ילדים אז ההורים של האשה רצו את כל הנדוניה חזרה. 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 אולם הרשב"א אומר שבאופן עקרוני דרישת האב תקפה אבל הוא מסייג זאת.

התשובה של הרשב"א:

באופן עקרוני ניתן להתנות אבל יכולת ההתנאה לא יכולה להיות מעקף למערכת. כי אם הצדדים היו מתנים בניהם אז ניחא אבל כאן יש תנאי מכללה שהולכים לפי הדין הזר- הקביעה ההלכתית היא שהבעל יורש והדין הזר אומר שהאבא יקח חזרה והמנהג הוא שאנחנו כקהילה מאמצים את הדין הזר. הרשב"א אומר שהתנאי מכללא הזה לא יכול להיות כי אנחנו מוחקים דין תורה ומאמצים דין זר (ואז תהיה הפקרות ויבחרו מה מאמצים ומה לא וינטשו את התורה). גם שההלכה מוכנה להתחשב בדין הזר זה לא יהיה אימוץ טוטאלי לעולם. הרשב"א אומר שאפשר להתנות אבל באופן ספציפי על מערכת מסוימת אבל לא ניתן לאפשר באופן כללי לעקור את דיני התורה.

*גם שמדובר על תוקפו של מנהג וגם כשעוסקים על היכולות לבטל כלל של התורה ועל מקומה של הסברה בהקשרים מסוימים- ככל שמדובר בעניינים שבממון- הגמישות גדולה יותר. וככל שמדובר בעניינים שנוגעים לאיסור ולהיתר יהיה פחות אפשרות להתנות ופחות משקל לתקנות ומנהגים.*

**התורה שבכתב והתורה שבע"פ:**

במסורת ההלכתית עוסקים בתורה שבכתב ובתורה שבע"פ. התורה שבכתב היא חמשת חומשי תורה והתורה שבע"פ היא כל השאר. התורה שבע"פ לפי המסורת ניתנה למשה רבנו במעמד הר סיני (בנוסף לתורה שבכתב). התורה שבע"פ היא ביאורים, הסברים, תיאורים ודברים רבים שציווה ה' את משה.

בספר ספרא חוקותי פרשה המדרש אומר שניתנו שתי תורות לישראל, אחת בכתב ואחת בע"פ.

הביטוי תורה שבע"פ לא מתייחס רק להלכות שניתנו למשה אלא לכל הפעילות התורנית של חז"ל (תקנות, גזרות, פירושים) כל אלה יכנסו לתורה שבע"פ וגם עניינים שיתחדשו במהלך התורות לפי חכמים.

למה יש תורה בע"פ? (זה סתם מבלבל ואפשר לשכוח לכאורה)

1. רבי יוסף אלבו: הפרטים המתחדשים הם רבים מאוד משיכללו בספר ולכן ניתנה למשה תורה ברמזים כדי שהחכמים יוציאו מהם את הפרטים. המציאות דינמית ולכן צריך להתאים את התורה למציאות המשתנה. התורה שבע"פ יכולה להתאים פיתרונות למציאות לעומת התורה עצמה שהיא ניצחית ולכן זה מרחיב לנו את יכולת המשחק בעזרת המבנה הזה של תורה שבכתב ותורה שבע"פ.
2. הרמב"ם (בהקדמה לפירוש המשנה): אומר שהתורה שבע"פ כוללת חמישה חלקים:
3. פירושים מקובלים מפי משה שיש להם רמז בכתוב ואפשר להסיקם בסברה.
4. פירושים מקובלים מפי משה שאין ראיות עליהם בכתוב.

שני החלקים הראשונים הם הלכות שעל פי המסורת הם הגיעו למשה מהר סיני יחד עם התורה שבכתב. ההבדל הוא שבחלק הראשון ניתן לגבות את ההלכות במדרש פסוקי התורה ובחלק השני יש הלכות שניתנו למשה בסיני שאין להם גיבוי בכתוב. אבל בכל מקרה הם הלכות שניתנו למשה בהר סיני ולכן אין בהם מחלוקת היות ויש משקל עצום למסורת. לחלקם יש אסמכתות בתורה שבכתב ובחלקם אין אסמתכה כזו. בכל מקרה הן מוגדרות כהלכות שבמסורת נמסרו למשה ועוברות בע"פ מדור לדור.

1. החלק השלישי הוא דינים שהוציאו על דרכי הסברה (כלומר- לא הלכות שלפי המסורת נאמרו בהר סיני אלא הלכות שחידשו חכמים מעצמם באמצעות דרשה של פסוקי התורה- לפי י"ג מידות שהתורה נדרשת בהם) ונפלה בהם מחלוקת ונפסק הדין לפי הרוב. בהלכות הללו נוצרות מחלוקות כי החכמים לא חייבים לפרש ולהסכים אותו הדבר.
2. בחלק הרביעי מדבר הרמב"ם על גזרות שתיקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור כדי לעשותם סייג לתורה. לדוגמא לפי ההלכה אסור לבשל גדי בחלב עמו והמשמעות של חכמים היא שאסור לאכול בשר וחלב. לפי התורה האיסור הוא על בשר בהמה ובשר עוף לא נאסר ורק החכמים הם אלו שאסרו אותו. (כדי שלא נתבלבל בין בהמה לעוף) זה דוגמה לגזרה של חכמים והרמב"ם אומר שבגזרות חכמים יש מחלוקת ולכן גם בשאלה הזו יש מחלוקת בתלמוד.
3. החלק החמישי הם הדינים העשויים על דרכי חקירה וההסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם, שאין בהם תוספת במצווה ולא גרעון. \*להשלים פה ממש כמה מילים\*

המשותף בין גזרות לתקנות הוא שהם כללים שמקורם בחכמים (הביאו אותם ביוזמתם) אבל הגזרות דומות יותר לדיני האיסורים (הרחבה על איסורי התורה שנעשית ע"י חכמים כמו באוכל בשר וחלב) והתקנה עוסקת יותר בעניינים שבין אדם לחברו, לדוגמא- "דין הדבר מצרה" אדם שיש לו שדה ומוכר אותו אז לשכן שגובל בו יש זכות קדימה לרכוש את אותה קרקע, זו תקנה של חכמים שלא מוסיפה וגורעת ממצווה ולא קשורה למצווה אחרת. זו תקנה שבאה להסדיר יחסים בין בני אדם. אלו הם כללים שחכמים גוזרים מסמכותם ויש סמכות לשנות אותה.

**06.03.2013**

 **יש שני סוגי הלכות:**

הלכות שמקורם מתורה הם דאורייתא והלכות מדברי חכמים הם מדרבנן.

החובה לציית ולשמור היא זהה גם בהלכה שמקורה בדברי חכמים וגם הלכה שמקורה בדברי תורה. זאת היות ולחכמים יש סמכות להתקין תקנות ולגזור גזירות אשר נשאבת מהתורה ומאחר שכך יש חובה לציית מהחכמים ובכל זאת החלוקה לכללים שמקורם מהתורה לעומת כללים מחכמים יש לה חשיבות בהקשרים שונים. הגמישות של הלכה מדברי חכמים גדולה מהגמישות מהלכה שמקורה בדברי תורה. אין סמכות לבטל הלכה שמקורה בתורה. תקנה שמקורה בדברי חכמים ניתן לבטל אותה ברמה הפורמלית.

הבדל נוסף בהלכה שמקורה מהתורה והלכה שמקורה בדברי חכמים: אם יש ספק בהלכה מדרבנן אז מקלים ואם יש ספק בהלכה מדאורייתה אז מחמירים.

בשל ההבדלים הללו- לשאלה אם הלכה היא מקורה מהתורה או מדברי חכמים יש לה חשיבות.

איך יודעים אם הלכה היא מדאורייתא או מרבנן?

הלכות שניתנו במעמד הר סיני הן הלכות מהתורה- כי ראינו שבחלק הראשון והשני הרמס"ם מוצא גיבוי שלעיתים יש בפסוקים ולעיתים לא ניתן אך בכל מקרה זה נחשב הלכות מהתורה. ולכן הלכות שנכנסות לקטגוריות הראשונות של הרמב"ם תוקפת מהתורה.

לגבי החלק הרביעי והחמישי הם הלכות שמעצם מהותם הם מדרבנן כי הם תקנות והלכות של חכמים ולכן בוודאי שהחלקים הרביעי והחמישי ייכנסו לתוך הלכות שמקורם מדברי חכמים.

ההתלבטות היא ביחס להלכות שהן בחלק השלישי כי חכמים לומדים אותם ממדרש פסוקי התורה.

לעיתים חכמים דרשו את פסוקי התורה והגיעו למסקנה הלכתית ויש לעיתים שחכמים קבעו הלכה מסוימת ואז הסמיכו אותה על פסוק בתורה (למה? כדי שזה יתפס כמשהו שנובע מהתורה ויקיימו אותו במוטביציה גבוהה).

מוסכם שיש 613 מצוות בתורה- תרי"ג מצוות.

השאלה איך מונים את המצוות (מה מכניסים, אם יש מצווה שמופיעה כמה פעמים בתורה, יש כל מיני ניסוחים ועוד) פיתחה את ענף ספרי המצוות. בין השאר לרמב"ם יש ספר שנקרא "מצוות התורה" והוא מתחלק לשני חלקים. בחלק הראשון יש את 613 המצוות ובחלק השני הוא מסביר מה הנחה אותו לקבוע איזה מצווה נכנסת או לא.

הלכה שמקורה מדברי חכמים לא נכנסת למניין המצוות.

בשאלת הסיווג בין המצוות יש מחלוקת בין רמב"ם לרמב"ן בעניין זה.

הרמב"ם אומר שכל מה שלא כתוב בתורה וכן כתוב בתלמוד אז- אם חכמי התלמוד ציינו במפורש שההלכה הזו מקורה מן התורה היא תסווג כהלכה דאורייתה ותכנס למניין 613 מצוות אך אם הם שתקו אז אני אניח שזה מדרבנן ולא אכניס את זה לתוך מניין המצוות.

הרמב"ן כתב הסגות על ספר המצוות של הרמב"ם ואמר שכל עוד לא נאמר אחרת הוא מניח שזה מהתורה- רק אם בתלמוד נאמר במפורש שההלכה מקורה בחכמים והפסוק הוא אסמכתה ולא מקור רק אז אני אניח שזה מדרבנן. (כלומר- בדיוק הפוך מהרמב"ם).

**סמכות חכמים:**

1. סמכות חכמים שמפרשים את התורה ומכריעים במחלוקת.

***נק' המוצא לסמכות חכמים היא הפסוקים בספר דברים (פרק י"ז פסוק ח'-י"ג) שם כתוב כי אם יש התלבטות אז צריך ללכת למקום אשר יבחר השם (בית המקדש) ושם לגשת לכוהנים וללווים ולשופטים ולשאול אותם ואז לעשות כמו מה שהם אמרו בדיוק. אם לא תציית במזיד לדברים של החכמים הוא יומת. וכך כל העם ישמעו והם יפחדו ולא יעשו עוד דברים כאלה במזיד. (חז"ל פירשו את מי שימות כך שזה רק מי שמוגדר כזקן ממרא- אחד החכמים שפנו אליו והיו בדעת מיעוט בסנהדרין ואז יצא ועשה לפי דעתו ולא לפי דעת רוב הסנהדרין).***

מי היה השופט בימים ההם? יש כפילות שדורשת הסבר

מה היקף חובת הציות לדבריהם של החכמים?

**גישה ראשונה היא של הספרים-**

רש"י: יש מדרש הלכה (על הפסוקים של ספר דברים לעיל) של רש"י שמפרש את "ימין ושמאל" ואומר כי יש חובת ציות מלאה- הוא אומר שהחובת ציות מלאה גם אתה משוכנע שהחכמים טעו (גם אם אומרים לך שיד ימין שלך היא שמאל שלך אז אתה צריך להקשיב לחכמים).

הרמב"ן: תחילה מצטט את דבריו של רש"י ומסביר אותם- גם אם תחשוב בלב שלך שהם טועים תעשה כמצוותם ואז הוא נותן משל על ה"חלב" בגוף של הבהמה (חלק שאסור לאכול אותו) ואומר שנכון שה' נתן את התורה אבל הוא גם קבע את הגוף המוסמך לפרש אותה (הסנהדרין) וברגע שהגוף הזה מכריע את הפרשנות בדרך מסוימת מכאן ואילך זה כאילו מה שהתורה ציוותה כי היא ציוותה לקיים את מצוותיה בהתאם למוסמכים. ולכן גם אם נראה בעיני שזה שמאל ימין וימין שמאל זה לא משנה כי מה שקובע זה מה שהחכמים קבעו. הוא לא שולל את האפשרות שהחכמים בפרשנותם לא כיוונו בדיוק למה שה' היה רוצה לומר אבל הה' ציווה אותך לקיימה לפי החכמים ולכן כאשר אתה מתייחס לדבר כאל מותר כי כך ציוו החכמים אתה עושה כפי שה' ציווה אותך.

הרמב"ן אומר שיש הרבה דברים שלא כתובים בתורה ואז זקוקים להכרעה של חכמים וברגע שנזקקים לחוכמתם יכולה להיות מחלוקת ואז אם כל אחד יאחז בדעתו אז יהיו כמה תורות ואז הוא אומר שמבחינה פרקטית נקבע מנגנון הכרעה שיחייב את כולנו לפעול על פיו- הסנהדרין.

מעבר לכך, אל תחשוב בכלל שהחכמים טועים כי זה לא יכול להיות שהם טועים כי רוח השם עליהם וסביר להניח שה' גורם להם לחשוב כך.

ספר החינוך: דעות בני האדם חלוקים זה בזה ויודעים כולם שאם כל אחד יפרש את דברי התורה כמו שהוא חושב אז התוןרה תהפוך לכמה תורות ולכן ה' שהוא אדון כל החוכמות ציוונו להתנהג לפי הפירוש האמיתי המקובל על חכמינו הקדומים מדור לדור. וגם אם החכמים טועים לא נחלוק עליהם ונעשה כטעותם כי עדיף שתהיה טעות אחת ושלא שיעשה כל אדם לפי דעתו כי אז תהיה חורבן הדעת ופילוג בין האנשים.

מעשה שהיה כך היה:

בתקופת חז"ל היו מחליטים כל חודש האם לעבר את החודש (לעשות אותו 30 יום) והיו מחליטים את זה ע"י יציאה של עדים להרים לבדוק מתי הירח "נולד מחדש" ואם במהלך ה-30 היו רואים את הירח נולד היו מכריזים עליו כראש חודש חדש ואם לא היו רואים היו הופכים את החודש למעובר והיום שלאחר מכן היה ראש חודש.

המשנה מספרת על מקרה בו באו שני עדים שאמרו סיפור מוזר- הם ראו את הירח בליל ה-30 אבל הוא גם לא נראה במוצאי ה-30 ואז היה נדמה או שהם לא ראו טוב או שהם לא מספרים משהו. הספירה מאוד חשובה למועדי החגים ולכן חקרו את זה. רבן גמליאל הנשיא לקבל את העדות שלהם כאמינה ועל סמך דבריהם נקבע כי היום ה-30 הוא א' לחודש הבא. רבי דוסא אחר אמר שהם עדי שקר כי אשה לא יכולה להיות בהריון וללדת ויום אחרי שוב להיות בהריון.

רבי יהושע האמין לרבי דוסא. ואז המשמעות היא שהנשיא רבן גמליאל קבע שיום מסוים הוא יום כיפור ורבי יהושע חושב שזה יום אחרי זה. רבן גמליאל אמר לרבי יהושע שביום שבו הוא חושב שזה יום כיפור הוא חייב להגיע לרבן גמליאל כי אז כולם יראו שהוא "חוטא" ביום כיפור ואז שהוא יודע שרבן גמליאל צודק.

רבי עקיבא ורבי יהושע מדברים ביניהם ורבי יהושע בדילמה כי הוא מרגיש שאם יעשה מה שאמר לו רבן גמליאל הוא מחלל את יום הכיפורים לשיטתו. רבי עקיבא אמר לו שהוא יכול להביא עדות מהפסוקים שיש תוקף לסמכות של רבן גמליאל והפסוק שהוא מביא זה מפרשת ויקרא על מועדים שבו יש כתיב חסר במילה "אותם" וזה אומר שאפשר לקרוא את המילה כ-"אתם" וזה אומר שה' נתן לחכמים סמכות להכריע ולהחליט מתי חל כל חג וחג.

רבי יהושע הולך לרבי נוסא (מי שבמקור חלק על רבן גמליאל ורבי יהושע הסכים איתו) ורבי נוסא אומר לו שגם אם הוא חושב שרבן גמליאל טועה אסור לו לבוא נגדו וחייבים לציית לנשיא שמכריע. רבי יהושע משתנע מהנימוק שלו.

הוויכוח יכול להתפרש כריב של סמכויות ובכל זאת רבי יהושע מקבל את המנהיגות של רבןםגמליאל וברגע שרבי יהושע מציית ומגיע לרבן גמליאל אז רבן גמליאל לא מוכיח אותו, להפך- הוא מנשק אותו ואומר לו שהוא חכם ושהוא גדול ממני בחוכמה אבל אין מה לעשות- הוא הנשיא.

במשנה- גם במסכת ראש השנה לא נשללת אפשרות שביה"ד טעה במובן שלא כיוון לאמת של ה' ואף על פי כן כדי לשמור על מעמד ביה"ד חשוב שיציית גם מי שחושב שביה"ד טעה.

הר"ן- דרשות הר"ן גם כן עוסקת בסוגייה זו. לא שולל אפשרות שהחכמים יטעו- אפשרי שהם יטעו.

קצות החושן (ספר שמבוסס על שולחן ערוך)ואגרות משה:

 יכול להיות שחכמים לא מכוונים לאמת אובייקטיבית וכוונת השמיים ויכול להיות שיהיה פער בין מה שחכמים אומרים לכוונת התורה ובכל זאת התורה ניתנה לנו על דעת החכמים- חובת הציות שלנו היא לתורה כפי שהחכמים פירשו אותה.

**גישה נוספת מסייגת את חובת הציות במקרה בו החכמים טועים.**

התלמוד הירושלי- מסכת הוריות. המסכת עוסקת בכך שביה"ד מוציא הוראה ואז מגלה שהוא טעה ואז מה עושים עם כל השוגגים שהקשיבו לביה"ד וטעו? האם הם אנוסים? הם צריכים להוציא קורבנות?

מי שציית לביה"ד לא צריך להביא קורבן כי הוא בעצם אנוס- הוא פעל בהתאם להוראה של ביה"ד והוא לא חייב להביא קורבן כי הוא סומך על החכמים. אף על פי כן אומרת הגמרא שאם מדובר בתלמיד חכם שיודע שמשהו אסור אבל עדיין עשה את הפעולה לפי ביה"ד אז הוא כן צריך להביא קורבן. למה להביא? הוא הקשיב לביה"ד הרי? הוא יודע שחכמים טעו ושהדבר אסור והוא חשב שגם אם הם טועים הוא חייב להקשיב להם. אז הטעות שלו היא שחובת הציות לחכמים היא לא מלאה כי כאשר אתה תלמיד חכם ("שראוי להוראה") אתה צריך לדעת שאתה לא חייב לציית לכל הוראה ולציית לדבריך ולכן הוא צריך להביא קורבן. מכאן למדים שאם הוא חכם הוא לא צריך לציית לדברי חכמים.

בנושא הסוגייה בה עסקינו, הגישה הזו אומרת שאם ביה"ד צודק להקשיב לו ואם אתה משוכנע שביה"ד טועה אתה יכול להמשיך לפעול לפי דעתך כל עוד אתה תלמיד חכם ("ראוי להוראה").

**שילוב:**

ספר עקידת יצחק:

למרות שחכמים החליטו לרוג מן הכלל זה לא כי הם טעו אלא כי הם חשבו שהכלל לא חל על המקרה הספציפי הזה. למרות שזה נחזה כאילו הם סוטים מן הכלל האמת היא שבמקרה הזה צריך לחול כלל אחר. משלב את שתי הגישות בכך שאומר שמצד אחד יכול להיות שיראה לך שהם טועים אבל אתה בעצם טועה. נק' המבט שונה כי אתה אדם רגיל שלא מכיר את הדברים ואין לך שיקול דעת. החכמים הםאלו שיודעים להחליט ולשקול בדעתם מה גבולותיו של הכלל ואם המקרה הזה נכנס לכלל או יוצא ממנו. זו בעצם טעות אופטית ואתה לא מבין מספיק ובעל שיקול דעת כדי לדעת מתי הכללים חלים ומתי לא.

ביה"ד צריך לדעת מתי מיישמים כלל ומתי חורגים ממנו. זה לא נראה אמת מהתבונן מהצד שלא יודע. האמת היא שגם יציאה מהכלל היא אמת. ביה"ד שעושה הכל אוטומטית ולא יודע לצאת מהכלל זה בית דין שמחריב עולם וזה לא טוב.

ש.ב: לקרוא הלכות ממרים של הרמב"ם פרקים א'+ב'.

**13.03.2013**

**תופעת המחלוקת:**

הספרות ההלכתית מלאה במחלוקות, תופעת המחלוקת מעלה דילמה. האם אנו מתייחסים אליה כדבר רצוי, פלורליסטי ומעשיר או שמא היא תקלה מסוימת שלא אמורה להיות.

מאחר ואנו מתייחסים אל התורה כשניתנה משמיים אז אין מקום למחלוקת לכאורה.

גם בשאלת היחס למחלוקת יש מחלוקת (סטיגידיש!).

דוגמאות מהמקורות:

1. התוספתא (קובץ תנאים מקביל למשנה) חגיגה:

תחילה לא היתה מחלוקת כי בית דין של 71 היה בלשכת הגזית (סנהדרין) ושאר בתי הדינים של 23 היו בעיירות שבא"י. לפי ההלכה דיני נפשות מצריך 23 ובעניין ממוני ניתן להסתפק ב-3 דיינים ולכן היו בערים שונות פזורים בתי דין שונים. שני בתי דין של 3 ו-3 היו בירושליים, אחד בהר הבית ואחד בחיל (אזור פנימי יותר בהר הבית).

איך היו מכריעים כאשר היתה התלבטות?

נצרך (אדם שיש לו שאלה הלכתית) היה הולך קודם כל לבית הדין שבעירו, אם אין בעירו היה הולך לבית דין סמוך לעירו. אם בית הדין מכירים את הדבר ויש להם מסורת הלכתית כבר אז הם עונים לו אם לא אז הם לא דנים בעניין כי אין להם סמכות לקבוע הלכה אז הדיין הראשי מבין ה-23 פונה לבית הדין בהר הבית (גם עם 23 דיינים אבל קרוב לבית הדין הגדול אז אולי הם יודעים יותר- יותר חכמים בגלל הנסיבות), אם הם שמעו ויודעים הם אומרים להם ואם לא הם גם לא קובעים הלכה אלא פונים לבית דין יותר קרוב לבית הדין הגדול שבחיל (גם עם 23 דיינים). ואם גם הם לא יודעים אז פונים לבית הדין של הגדול בגזית (מינימום 23 דיינים, מקסימום 71 דיינים, אם ברגע הפנייה מס' הדיינים קטן מזה אז אסור להם לדון בזה בהרכב חסר). בית הדין הגדול בגזית היה בעצם סוג של בית מדרש שדנים ומעלים שאלות יזומות לא בהכרח כפיתרון לשאלה ספציפית. הלכות שנקבעו היו מועברות הלאה.

רק ברגע שבית הדין הגדול בגזית לא שמעו עדיין תשובה לשאלה אז הם צריכים לדון בעניין ולהכריע בו. ההכרעה היתה בדעת רוב ומשם ההלכה יצאה והפכה לרווחת בישראל. (יש חובה לציית לדעת הרוב, גם אם יש דעת מיעוט עדיין היא חייבת ללכת לפי הרוב ולא ליצור עוד מחלוקת).

מכאן כי התוספתא קובעת שלא יכולה להיות מחלוקת כי יש מנגננון הכרעה אחיד וברור- בית הדין הגדול והם יוצרים מסורת הלכתית מחייבת.

ממשיכה התוספתא ומציינת כי ברמת האידיאל לא אמורה היתה להיות מחלוקת בשל התהליך המתואר הנ"ל אך במהלך הדורות- תלמידי שמאי והלל הרבו מחלוקות ונעשו שתי דורות.

**ממקור זה ניתן לראות כי תופעה המחלוקת הינה תקלה לא רצויה.**

1. תלמוד הירושלמי, חגיגה:

הייתה מחלוקת בעניין שקשור על סמיכה לקורבן. תלמידי בית הלל ובית שמאי התרבו ורבו המחלוקות בישראל. **התלמוד הירושלמי מכיר בכך ומציין כי לא ניתן לבטל את תופעת המחלוקת (למרות שהיא מצטיירת כשלילית) אלא עד שיבוא המשיח.**

2 המקורות הנ"ל מסתייגים מהמחלוקת ולא רואים אותה בעיין יפה. מקור שכן מקבל את המחלוקת היא מקור בתוספתא- אבו דברי נתן (עוסקת במוסר ודרך ארץ ולא בהלכה).

1. אבות דברי נתן (מתבסס על מסכת בקהלת):

אם אתה נכנס לבית מדרש ושומע ריבוי דעות אז המסקנה שלי יכולה להיות שאולי עדיף שאני לא אלמד כי במילא כל דעה שתרצה להגיד יהיה מישהו שיסכים איתך. התוספתא אומרת שלא צריך לא ללמוד אלא לדעת שכל הדעות ניתנו מאל אחד ולכן עלייך ללמוד את כל הדעות ולא לחשוב שדעה אחת היא נכונה ואחרת לא נכונה. **את הדעות השונות לא רואים כסוג של תקלה אלא כמשהו מעשיר וחשוב שנלמד את כל הדעות.**

1. ריטב"א- מסכת עירובין

הגמרא אומרת שאלו ואלו (גם בית שמאי וגם בית הלל) דברי ה' חיים והלכה היא כבית הלל. למה דווקא בית הלל? כי הם היו נוחים וענווים והיא מקדימים את דברי בית שמאי לדבריהם.

איך יכול להיות שגם אלו וגם אלו דברי ה' חיים?

הריטב"א קובע: כי כשעלה משה לקבל את התורה 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 היא מותר או אסור. **המשמעות היא שגם דעה אחת וגם ההפוכה היא לגיטימית והמחלוקת היא דבר טוב.**

כאשר רש"י מתמודד עם השאלה הזו תשובתו היא: הפוסק מדמה דבר לדבר. ברגע שאין לו תשובה הוא עושה היקש ומדמה לעניין אחר. לעיתים הדמיון עומד על חוט השערה (מקרה מסויים דומה במובנים מסויימים לדבר אחד ובמובנים אחרים לדבר אחר) לפעמים מספיק שיש הבדל קל בין מקרה למקרה כדי שהדין ישתנה ולכן אנחנו לא יכולים להגיד שחכם אחד פוסק נכון והשני אומר דברי הבל- כי כולם משתמשים באותם רעיונות וכללים וכל אחד מדמה אותו למקרה הסציפי שלו ומכאן באות המחלוקות. עצם ריבוי הדעות יכול להביא לתשובות נכונות יותר. (במילים אחרות- 2 הצדדים פועלים לפי אותם כללים וכשאדם ניגש עם שאלה אז אחד מוצא שהוא דומה למקרה איקס ולכן הוא פוסק באופן שהוא פוסק והשני מוצא שהוא יותר דומה למקרה וואי ולכן פוסק אחרת ולכן- המחלוקת נוסעת מההבדל בהיקש של המחלוקות והכל נובע מאותם כללים ולכן זה כולם דברי ה' חיים).

1. תוספתא במסכת עדויות:

מסכת יוצאת דופן כי רוב המסכתות עוסקות בעניין מסויים (סוכה, קידושין, שבת ועוד) והמסכת עדויות היא מביאה עדויות של חכמים בעניינים שונים אין לה נושא מוגדר. המשותף לכל העדויות הם שהם כולם שמועות שחכמים שמעו. נאמר בתוספתא כי במקום בו יש רוב ומיעוט ההלכה היא כדעת הרוב. לפיכך, מצופה כי כאשר יש וויכוח הלכתי מסויים המשנה היתה צריכה להביא לפנינו רק את דעת הרוב, אבל בפועל מביאים את דעת המיעוט ויש לכך שני פירושים:

1. חכמים אמרו שכדי להראות לקורא שהדעה הזו לא נכונה
2. רבי יהודה אומר שדעת המיעוט מובאת כדי להראות לנו שגם עמדת המיעוט היא רלוונטית ולגטימית ויש לה אחיזה בהלכה (ואפשר יהיה להשתמש בה בנסיבות המסויימות המתאימות). לדוגמא להסתמכות על דעת המיעוט במסכת שבת מ"ד, א -עסקה בטלטול נר בשבת אחרי שהוא כבה. ההלכה נפסקה כדעת רבי יהודה (אסור לטלטל את הנר גם אחרי שהוא כבה). הגמרא מספרת שהיה אסור ליהודים להדליק נרות מחוץ לבית כי הנוצרים היו חושבים שזה כשפים ואוסרים את זה ואז עלתה בעיה בחנוכה שהיו חייבים להוציא החוצה את החנוכייה והם היו מכניסים את הנרות בלילה שהנוצרים לא יראו ובשבת הייתה להם בעיה להכניס את החנוכיה. כאשר הדבר בא לפני רב הוא אמר לה שמותר להכניס את הנר אחרי שהוא כבה ואז הם אמרו לו שרבי יהודה אמר שאסור והוא ענה להם שהעובדה שבמשנה בדעת מיעוט יש את עמדת רבי שמעון ושלא העלימו אותה בפנינו והיא קיימת זה מלמד שעמדתו נתפסת כלגיטימית ולכן מותר לטלטל את הנר.

"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 מהרמב"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.

יש ניסיון לגשר בין הגישה שמוכנה לקבל את הנבואה כחלק מהבסיס ההלכתי לבין גישתו של הרמב"ם ששולל שימוש של נבואה במסגרת הזו.

לדוגמא:

הרב קוק- שו"ת משפט כהן:

עושה הבחנה בין שני מצבים-

הוא כן מקבל כלגיטימי בת קול או הוראה שמימית בעיניני הלכה ובלבד שהיא לא יזומה על ידינו אלא נעשתה מאליה. למשל בסיפור של בית הלל ובית שמאי שיצאה בת קול לא פנו לה' וביקשו ממנו שיכריעו הלכה אלא שיצאה בת קול כביכול מיוזמתה ואמרה שההלכה כבית הלל. כאשר היא יוצאת מיוזמתה זה לגיטימי. אבל להזמינה או לפנות לה' שיתן לנו הכרעה זה לא לגיטימי. המצב השני הוא בקשת בת קול או איזשהו סימן שמיימי- כמו שרבי אליעזר ביקש ב "תנורו של ערכאי", לטענת הרב קוק זה לא לגיטימי.

לא ניתן לחדש דבר שלא היה קיים בעזרת נבואה אבל כאשר יש טעם בדברי שתי קבוצות (שמאי והלל) חלוקות וצריך לפסוק הלכה ביניהם ולהחליט איך לנהוג בפועל הכרעה כזו יכולה להיעשות ע"י בת קול.

לכאורה לפי הקריטריון הזה במקרה של רבי אליעזר כן היה מקום להשתמש בבת קול כי זה היה דומה למחלוקת בין בית שמאי לבית הלל והרב קוק לא נותן לכך מענה.

בפועל, לא היה יותר מדיי שימוש בבת קול ולו בגלל שב-2000 שנה האחרונות אין נבואה ולכן אנחנו לא נתקלים בדילמה האם להשתמש בבת קול או לא אולם כן קיימים מס' מקורות של שו"ת שרבי יעקב החסיד טען שענו לו מהשמיים. כמו כן קיימות דוגמאות נוספות כמו לדוגמא "מגיד השירים" של רבי יוסף קארו .

**אך איך כן מכריעים הלכה?**

1. אחרי רבים להטות (ביטוי שמקורו בסנהדרין): מקום בו יש דעת רוב ומיעוט בדר"כ ההלכה תהיה לפי דעת הרוב. יש לשים לב שיש לכך חריגים- כללי פסיקה אחרים שלעיתים סותרים את כלל זה.

דוגמא למקור בו עוסקים ב"רוב קובע" ובחריגים לו-

**תוספתא סנהדרין ז,ב:**

כאשר שני אנשים נידונים באותה עבירה, גם אם זה עבירה שהיא של בטוח של מיתה (נואף, נואפת) צריך לדון אותם בנפרד ולא ביחד. כל הצבעה תעשה בנפרד.

אם אחד אומר שיש מסורת הלכתית שהוא מכיר גם אם השאר לא מכירים אז לא מעלים את הדבר להצבעה ונוהגים לפי המיעוט שמכיר את המסורת והעלה אותה (ההנחה היא שמי שמכיר מסורת אז לא מפקפקים בו ומבררים אם הוא דובר אמת כי ההנחה היא שלא משקרים). אבל כאשר יש וויכוח בסנהדרין ולאף אחד אין שמועה- מסורת הלכתית באשר לשאלה הסציפית אז הרוב כן קובע.

אם יש סיטואציה שכמה חכמים בסנהדרין שמעו דברים שונים לגבי המסורת ההלכתית אז יכול להיווצר מצב שיש 2 שמועות (מסורות הלכתיות) אז מה שמכריע זה לא רוב שומעי המסורת אלא רוב מעבירי המסורת. כלומר- אם אני מכירה מסורת משני רבנים שונים ושלושים איש שמעו מסורת מאותו רב ספציפי אז לי יש 2 מקורות ואני גוברת על המסורת שלהם.

איך תתכן סתירה בין מסורות שונות?

גם כי המסורות עוברות מדור לדור ולכן נעשה הליך כמו טלפון שבור, וגם ייתכן וקבוצה שלמה שומעת רב אומר דבר מה וכל אחד מבין משהו אחר מטעויות אנוש.

הרמב"ם טוען שלא יכולה להיות מחלוקת מהותית כי משה קיבל רק תורה אחת מסיני ואם נופלת טעות זה רק ברגע בו השכל האנושי מתערב ונופלות טעויות אנוש.

ההכרעה לפי רוב היתה נוחה כאשר היה מוסד מוסדר כמו הסנהדרין. הבעיה היא כאשר אין סנהדרין ואין רוב שיכריע. הספירה היא לא אפשרית. איך מודדים את הרוב?

בגלל שזה בעייתי וניתן רק לקבוע רוב באופן משוער אז יש כללי הכרעה שיותר שמישים בימנו.

כללי ההכרעה:

1. הלכה כסתם משנה, כלומר כאשר נאמרה הלכה בלי להזכיר את שמו של החכם, הלכה כמותו.
2. בדאורייתא- לפי המחמיר, בדרבנן- לפי המקל.
3. כללי פסיקה שמימיים- מחלוקת בין שני חכמים ספציפיים, תמיד הלכה כאחד מהם: ר' יהודה ור' שמעון- תמיד ר' יהודה.
4. מי שגדול יותר בחוכמה ובמניין.

איך מודדים מי גדול בחוכמה ובמניין (מס' התלמידים שיש לו)? רוב/ מי מחמיר ומי מקל וגם שיקול של חוכמה ואיכות.

בבלי עבודה זרה מגדיר שהאיכות ועוצמתו של החכם שאומר את הדברים ולא רק את כמות האנשים סביבו.

1. הרמב"ם בהקדמתו לספר "היד החזקה" דיבר על מעמדו של התלמוד. התלמוד מנסה לישב בין מקורות סותרים (תנאים, אמוראים, סברה לדוג') או לתמוך בעמדה מסוימת. כאשר תהיה מחלוקת בין תנא לבין אמורה הנטיה תהיה לנסות ליישב ביניהם אך אם הם יהיו סותרים ברמה שלא ניתן ליישב הכרעה תהיה לדעת האמוראים.

אם יש עמדה בתלמוד של הלכה מסוימת לא יקום אדם מאוחר יותר ויסבור אחרת או יפסוק אחרת (רק במקרים חריגים), כפי שבתלמוד לא חלקו על דברים שנקבעו במשנה.

ש: הרמב"ם עוסק בממה נובעת העובדה שהחכמים בתקופת המשנה חכמים יותר מהתלמוד והחכמים בתלמוד חכמים יותר מהחכמים שלאחריהם?

ת: הרמב"ם מסביר זאת בכך שתקנות שמופיעות במשנה ובתלמוד מחייבות את כלל ישראל הואיל וכל אותם הדברים הסכימו עליהם כל ישראל. חכמי התלמוד החליטו שהם לא חולקים על המשנה אלא מקבלים אותו כסוג של יישור קו ואותו דבר חכמים מאוחרים יותר מקבלים את התלמוד כסוג של יישור קו- דבר שכל ישראל קיבל על עצמו ולא ניתן לחזור מההסכמה ולכן הוא מחייב. היתרון של המשנה על התלמוד התלמוד על פוסקים מאוחרים לא נוסע מכך שאיזשהו חכם יותר גדול בידע או בסמכות אלא נובע מהעובדה שהיתה הסכמה של כל העם בכל תקופה שנבעה או מטעמים של נוחיות או מהכרה בכח העודף של החכמים הקודמים שיותר קרובים למסורת. אבל זה לא שלא היתה להם ברירה אחרת.

הערותיו של החזון אי"ש על כך:

לפי החזון אי"ש מדובר בהסכמה בלית ברירה, בשל מיעוט הלבבות ורמתם הפחותה של האמוראים ביחס לתנאים. הם סברו שלא יכול להיות שהדור הקודם טועה והם צודקים ולכן הם פשוט מקבלים את הדברים של דור קודם להם.

מה מוגדר טעות בדבר משנה?

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

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

שולחן ערוך חו"מ כה,א- מגדיר טעות בדבר משנה כדינים המצויים במשנה, בגמרא או בדברי הפוסקים- פסק הלכה שנוגד דברים אלו הוא טעות גלויה ודידועה 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 זה- 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:

**הלכה כבתראי-**

 הלכה כאחרונים. לכאורה, אם יש מחלוקת בין פוסקים ראשונים לפוסקים מאוחרים אנו נעדיף את דבריהם של הפוסקים המאוחרים. הכלל עוסק ביחס למחלוקת בין חכמי התלמוד שמעדיפים אמורא מאוחר לבין ראשון. לאחר מכן הכלל התגלגל לדורות מאוחרים יותר.

המקור לכלל זה מופיע אצל הגאונים בסדר "תנאים ואמוראים".

מקורות שעוסקים בהלכה כבתראי-

סדר "תנאים ואמוראים":

כל מקום שחולקים תנאים ואמוראים ולא נפסקה הלכה ויש רב שחולק על תלמידו, ההלכה תהיה לפי הרב.

עד תקופתו של האמורה רבה (אמוראי שחי בדור הרביעי של האמוראים, אמצע תק' האמוראים) אנו מעדיפים את האמורה המוקדם על המאוחר. אבל אם המאוחר הוא מדורו של רבה ואילך (מחלוקת מאוחרת יותר) מעדיפים את דבריו של האמורה המאוחר על פני המוקדם- הלכה כבתראי.

הנימוק לכך הוא שהם דיקדו יותר- חל שינוי בסדרי הלימוד החל מאותה תק'.

עד לתק' זו היו משננים את מה שלמדו מרבותיהם, מתקופה זו ואילך הלימוד היה יותר נרחב ואקטיבי- הציגו דעות שונות וסתירות ולכן כוחו של התלמיד היה גדול מכוחו של הרב ומכאן נובע הכלל הלכה כבתראי.

שו"ת הרי"ד:

הריף הביע עמדה מסוימת ובה הרי"ד וחלק על עמדה שלו. אחד הטיעונים שהעלו כנגד הרי"ד- אמרו לו איך אתה חולק על הרי"ף?

הרי"ד טוען- חלילה שאני עושה זאת. הרי"ד מביא את משל הפילוסופים וטוען שאמנם ענק צופה הרבה יותר רחוק מננס אבל הננס שרוכב על צווארי הענק רואה את זה יותר טוב. והוא אומר שכך אנחנו- ננסים שיושבים על כתפי הענקים. כלומר, אנחנו לא חכמים יותר מהחכמים של פעם, אנחנו הרבה פחות מהם! אבל בגלל שאנחנו יודעים מה הם חשבו אז אנחנו יכולים לראות ולדעת יותר. החוכמה שלי מתווספת לחכמים הענקים שהיו לפני ואז אני יודע יותר בגלל מצבור הידע.

הרי"ד טוען שיש להניח שיש לו חכמה מצטברת יותר גבוהה מהרי"ף ולכן מותר לנו לחלוק על דבריהם של הקודמים לנו מתוך צניעות וענווה ולכן מותר לחלוק על הקודמים עלינו ויש לאחרונים עדיפות.

הרא"ש והראב"ד חולקים על עמדת הרי"ד-

הראב"ד: אם פוסק מאוחר חלק על אחד מדברי הגאונים זה נחשב לטעות מדבר משנה. הגאונים זה כמו משנה ותלמוד- אסור לחלוק.

הרא"ש: אנו 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 שטענו כי מסורת הפסיקה האשכנזית אימצה את כלל הילכה כבתראי בעוד שהספרדים לא אימצו זאת.

הרמ"א:

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.

ב"בית יוסף" ר' יוסף קארו 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 אני יוצר כלל טכני לבחור איזה דעה חזקה יותר אבל בעצם התפקיד שלו הוא לא מכריע.

בהקדמתו לספר דברי משה טוען הרמ"א: נוצר פער בין האשכנזים והספרדים היות ו"שולחן ערוך" הספרדים התייחסו רק לרבנים הראשונים (רמב"ם, ריף, ראש) ולא התייחסו לאחרונים. לעומתם, האשכנזים וביניהם הרמ"א לא מוכנים להתעלם מהכלל "הלכה כבתראי" לפיו האחרונים מחליטים וכתב הגהות על הספר "שולחן ערוך" של הספרדים למסורת האשכנזית בספרו "המפה".

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.

**10.04.2013**

**סמכות חכמים בתחום המדרש ופסיקת ההלכה- קים לי:**

בימינו, מקום בו יש דעות שונות הולכים לשופט והוא קובע. פעם, בעיקר בדיני ממונות זה היה מורכב הרבה יותר.

נניח ויש ויכוח ממוני בין שני אנשים והם הולכים לדיין כדי שיפסוק מי חייב ומי לא. אם ביה"ד פסק שאחד חייב לשלם לשני הוא יכול לומר שבספר הלכתי מסוים באותו נסיבות פטורים ואז הוא פטור. ברגע שיש דעות שונות- מחלוקת. והתפקיד הברור של הדיין הוא להכריע האם להלכה הדעה הראשונה או השניה. אדם לא חייב למלא אחר פסק הדין אם יש לו דעה אחרת להסתמך עליה שפוטרת אותו.

טענת קם לי אין בכוחה להוציא ממון אלא רק להישאר מוחזק בממון.

אם הנתבע מחזיק בממון אז טענת קים לי לא יכולה להוציא כסף מהנתבע לתובע אבל יכולה למנוע הוצאת הנכס או הכסף מהנתבע אל התובע.

טענת הקים לי עוסקת במקום בו יש ספק משפטי. ספק משמעותו לא כאשר השופט לא יודע להכריע אלא כאשר יש דעות שונות בהלכה וביה"ד מתבקש להכריע כדעה מסוימת ואז הנתבע טוען קים-לי כדעה השניה. המשמעות היא שמי שמחזיק בנכס (הנתבע) התובע מבקש לשנות את המצב וביה"ד מקבל את התביעה ואז הנתבע מעלה פוסקי הלכה אחרים שסבורים במציאות מסוימת הוא לא חייב לפי חכמים מסוימים והוא דובק בהם. ואז- אם טענת הקים לי מתקבלת ביה"ד חייב ליסוג בעמדתו. הוא לא בהכרח חייב להוציא פס"ד אחר אלא המשמעות היא שלא ניתן יהיה לאכוף את פס"ד של ביה"ד. טענת קים לי איננה מספיק חזקה כדי להוציא ממון אלא רק כדי למנוע הוצאת ממון כי טענת הקים לי אומרת שביה"ד לא יכול לממש את פס"ד מסיבה שהיא פרוצדורלית, כדי להוציא כסף צריך פס"ד חדש ולא מספיק טענת קים לי.

יש בהלכה מושג של "תפיסה".

בדר"כ מי שמבקש לשנות את המצב עובדתי הוא זה שצריך להוכיח- המוציא מחברו עליו הראיה. אם תובע חושב שהנתבע חייב לו כסף ואז הוא לוקח מהנתבע 100 שקל הוא לכאורה מחזיק בהם אבל הנתבע יכול לומר שזה לא כדין ואז התובע יגיד שלקחתי בכח ושזה שלי אבל בנסיבות רגילות לא ניתן לקחת משהו בכח ולהעביר נטל ראיה. אך יש מקרים מסוימים בהם הדברים אינם חד משמעיים שם תפיסה יכולה להועיל.

פירוש תפיסה הוא שאם לקחת לא ניתן להוציא ממך. ביה"ד לא יפסוק שמגיע לך אבל אם לקחת כבר לא ניתן יהיה לקחת ממך חזרה.

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

1. אורים ותומים, חו"מ קנ"ד- מעלה את הבעייתיות בטענת קים לי- ר' יונתן אייבשיץ. ר' יונתן חי במאה ה-17 ורצה לעשות יישור קו, והחליט שגם כאשר טוענים קים לי זה לא הכרעה ברורה כנגד "שולחן ערוך" והרמ"א. דהיינו, לא ניתן לטעון קים לי נגד הלכות של שולחן ערוך ושל הרמ"א. וזאת היות שאם נאשר טענת קים לי בכל מקרה אז לא יהיה טעם לדיון. השולחן ערוך והרמ"א הם ספרים שנלמדו על ידי כולם ומוסכמים ע"י כולם ולכן נבחר לבצע את הצמצום הזה על ידם.
2. שו"ת רדב"ז- כדי שניתן יהיה לטעון טענת קים לי צריך לעמוד בשורה של תנאים מצטברים ורק בהתקיים כל אותם תנאים ניתן יהיה לטעון טענת קים לי.

התנאים:

* מרא דאתרה: לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד הפוסק המקובל של אותו מקום- המרא דאתרה (בעל מקום לא במובן קנייני אלא ניהולי).
* דלה נהגו כוותיה: לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד מנהג מקובל במקום מסויים.
* דהוי פלוגתה כיחיד כנגד יחיד: לא ניתן לטעון קים לי כדעת יחיד אלא כדעת רוב משמעותי או אם יש יחיד כנגד יחיד.
* דהוי פלוגתה בשווים: לא בודקים רק מספרית, בודקים גם מספרית, אם יש פוסק גדול בחוכמה ובמניין והוא מול פוסק זוטר אז אין מחלוקת שוות כוחות של יחיד נגד יחיד.
* דשניהם מפורסמים, שנמצאו חיבוריהם ונתפשטו דבריהם ברוב ישראל: טענת קים לי חייבת להיות מפורסמת, לא תתקבל דעה נדירה ולא מוכרת.

בהצטברות התנאים בעצם מצמצמים את טענת הקים לי, יש הסבורים כי המגבלות הללו חמורים מדיי. גם כיום משתמשים בטענת קים לי, לא אפשרי התפרעות יותר מדיי אולם במצבים בהם יש ספק רב ויש 2 עמדות גדולות למשל שולחן ערוך מול הרמ"א אז ניתן לטעון קים לי.

לסיכום: ראינו עקרונות חשובים של פסיקת הלכה. דנו בסמכות חכמים כפרשנים ונדון בהמשך בסמכוץ של חכמים כמחוקקים- מתקיני תקנות וגוזרי גזרות (תקנות מתייחס לענייני ממון וגזרות מתייחס לענייני איסור והיתר). כאשר חכמים מתקינים תקנה הם לא מפרשים את התורה אלא אומרים בפירוש כי היא לא התייחסה לעניין זה והם קובעים שכך דבר מסוים יהיה.

1. סמכות חכמים כמי שמוסמך להתקין תקנה.

הקדמה:

לפני שאדם מברך נרות חנוכה הוא מברך על הנר- "שציוונו להדליק נר חנוכה". חג חנוכה לא מצויין בתורה אלא תוצאה ממאורע הסטורי 1000 שנה אחרי שנכתבה התורה. לא הה' ציווה אותנו לחגוג חנוכה אלא החכמים.

למה אנו אומרים "ציוונו" אם ה' לא ציווה על כך? כי יש פסוק בתורה שאומר שחייבים להקשיב לדברי חכמים, וכאשר אני מקיימת קביעה של החכמים אני מקיימת את מצוות הה' ואז לכאורה ה' "ציוונו".

(להשלים לפני ואחרי החלק הזה של ההקדמה)

**דברים פרק ד', ב:**

אסור לחכמים להוסיף ולגרוע על דברי התורה. אם כך משתמע שאסור להתקין תקנות ולגרוע מהתורה. קיימים הסברים שונים לכך-

1. כוזרי ג', מא: "לא בשמים היא"- האיסור להוסיף ולגרוע הוא לאנשים רגילים ולחכמים מותר.
2. רשי י"ג, א: בפירושו לתורה מביא מדרש הלכה שאומר מה זה "לא תוסיף עליו"-רש"י בעצם אומר שאסור להוסיף ולגרוע בתוך המצווה. מותר כן לקבוע מצווה חדשה (שצריך להדליק נר של חנוכה) אבל אסור להחליט עכשיו שצריך עוד ציציות מהמכנסיים כי זו מצווה קיימת ואסור להדר אותה (להחמיר בה, לשנות אותה). אסור לשנות מתכונת של מצווה אבל מותר לגזור גזירה חדשה או להוסיף מצווה חדשה.
3. רמב"ם בהלכות ממרים: חכמים יכולים להתיר בשר עוף אך אנו אוסרים אותו כדי שלא יתבלבלו. מה שאסור לחכמים לעשות זה להגיד שבשר עוף וחלב זה אסור מן התורה- אסור להם לשייך את האיסור וההחמרה שלהם לתורה. מותר להחמיר אך לא להשליך את זה על התורה אלא לקחת אחריות על התקנה או הגזרה שהם מוסיפים.
4. הראב"ד משיג על דבריו של הרמב"ם: הוא מאמץ את הפרשנות של רש"י: האיסור להוסיף ולגרוע הוא על מצוות עשה (לולב, ציצית, תפילין וכולי) אך כאשר הרמב"ם אמר שהאיסור להוסיף ולגרוע מיוחס לתורה הוא לא נכון בעיניו. כנגד, הוא חושב שהחכמים יכולים להוסיף ולגרוע ולייחס זאת לתורה (מוכיח שגם בתלמוד נהוג כך).

לכאורה, להחמיר זה תמיד טוב (כשזה לא בא על חשבון דברים אחרים). אותו רעיון לגבי להוסיף מצוות חדשות (חנוכה, פורים).

עיקר כוחם של החכמים לא ניכר במקום בו הם מוסיפים אלא במקום בו הם יכולים לסתור דין תורה- לעשות דבר שהתורה אמרה לא לעשות או להפך ולכן את עיקר הדיון בסמכות החכמים נייחד לשאלה מתי יכולה אותה תקנה או גזירה להיות סותרת לדין תורה.

**הכלל לגבי סמכות החכמים:**

חכמים רשאים לעקור דבר מן התורה ב-"שב ואל תעשה" אבל הם לא יכולים לעקור דבר מן התורה ב- "קום תעשה".

"שב ואל תעשה"- נניח התורה אמרה להניח תפילין ואנחנו נגיד לא להניח תפילין. כמו לדוגמא בראש השנה המצווה על פי דין תורה הינה לשמוע תקיעת שופר גם כשהוא חל בשבת. חכמים חששו שתקיעה בשופר יכולה לגרום לחילול שבת ומכאן שהתורה אמרה לקיים מצווה והחכמים עקרו דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה" והורתה לא לתקוע בשופר בשבת. החכמים מסכימים ברובם עם זה הוראה.

"קום ועשה"- להתיר לאדם לעשות משהו שהתורה אסרה. לא מענישים על אי קיום מצוות עשה או על המנעות מעשיית מצוות אלא על מעשה אסור שנתפס חמור יותר ולכן גם בהקשר של עקירת דבר מהתורה- באופן בסיסי לאפשר לנו לעשות דבר אסור עקרונית חכמים לא מתירים. לכללקרון זה יש כמה חריגים שרובם נובעים מעיקרון אחד.

החריגים:

א . יבמות צ,ב: אם נביא אומר לעבור על מצווה מהתורה לפי שעה (לא כדבר קבוע)- אז תשמע לו. לכאורה למדים מכך שניתן לעקור דבר מהתורה ב"קום ועשה". הגמרא אומרת שזה בסדר רק במסגרת הוראת השעה.

חכמים לומדים את זה ממלכים א', י"ח-

בכל תקופת הנביאים מה שהטריד אותם זה העובדה שעם ישראל עבד במקביל עבודה זרה.היה רעב 3 שנים בארץ ואליהו הציע לעשות מבחן. הוא יקים מזבח לה' והם יקימו מזבח לפולחן האלילים, מי שתרד על ההר שלו אש מהשמים ותשרוף את השמיים זה אומר שהוא הה' ויש רק אחד. לאלילים לא יורדת אש ולאליהו כן ואז כולם מבינים שהשם הוא הה'.

הסיפור חשוב לנו כי יש הלכה שאומרת שמאז בית המקדש אסור להקריב קורבן במזבח מחוץ לבית המקדש. אליהו עובר עבירה כאשר הוא מעלה קורבן בהר הכרמל הוא הרשה זאת לעצמו כי זה היה צורך השעה ומכאן למדים שכהוראת שעה יכול היה אליהו לעבור על התורה ב-"קום ועשה". דוגמא נוספת היא שאסור לכתוב את התורה שבע"פ ובכל זאת כתבו אותה בהוראת השעה של יהודה הנשיא כבר 2000 שנה.

אדם שעשה דבר שמוגדר כאסור לפי התורה (חילול שבת) העונש שלו הוא מיתה- סכילה בבית דין. כדי ליישם בפועל את הלכות התורה יש תנאי סף כ"כ נוקשים שזה לא יישומי כמעט אבל ברמת העיקרון אדם שחילל שבת העונש שלו הוא עונש מיתה. אדם שרכב על סוס בשבת לא עשה מעשה שאסור בשבת ולא ראוי לו מיתה. חכמים גזרו והוסיפו איסורים וקבעו שאסור לרכב על סוס. אדם שרכב על סוס בשבת עקרונית יגיע לבית דין והוא לא יהיה חייב מיתה כי הוא עבר על דברי חכמים אבל לא על מצווה בתורה.

מעשה באדם שרכב על סוס בשבת בימי יוונים והגיע לבית דין, היה מצופה שיענישו אותו אבל הם החליטו להמית אותו- לא כי זה מה שהגיע לו לפי דין אלא כי זה היה צורך השעה (היה צריך לחזק את נושא השבת).

דוגמא נוספת היא אדם ששכב עם אשתו תחת עץ תאנה והחליטו להמית אותו למרות שזה לא מגיע לו לפי דין אלא כי הוראת השעה חייבה את חיזוק הצניעות.

העניין הוא שהוראת השעה הוא הדרך היחידה שניתן להעניש אדם כי את עונשי התורה אפשר לתת רק כאשר יש סנהדרין וברגע שאין סנהדרין לא ניתן לתת את עונשי התורה. אז אם בית דין רוצה להעניש אדם על איסור חכמים או איסור תורה אין לו סמכות כי אין סנהדרין אז הוא ידון במסגרת הוראת שעה ולא דין תורה. וכל הענישה ב-2000 שנות גלות התבססה באופן פורמלי על הוראת שעה.

היו קהילות שהשלטון נתן להם סמכות להעניש עבריניים מהקהילה אפילו עונש מוות.

הרמב"ם בהקשר לחריג הוראת השעה: יש לנהוג בהוראת השעה בזהירות מרובה.

האם חכמים רשאים לעבור על איסור מן התורה?- לעשות דבר שמהתורה אסור.

מסכת יבמות קובעת שחכמים לא רשאים להורות לנו לעבור על איסור למעט 4 מקרים:

**הבסיס המשפטי לתקנות חכמים בדיני ממונות-**

1. הוראת שעה (אליהו בהר הכרמל, כתיבת התורה שבע"פ) ראי לעיל
2. הוראת שעה ספציפית בתחום הפלילי- בית דין רשאי לסטות מהפרוצדורה ומהתורה בהוראת שעה. ראי לעיל

**17.04.2012**

1. הפקר בין דין- הפקר.

לפי ההלכה יש איסור גזל- אסור שימצא בידי ממון שאיננו שלי ושאני מחזיק בו שלא כדין כי אז אני אהיה מבחינת גזלן.

התוספתא היא המקור הראשון לכלל שמופיע כסוג של קנס. יש איסור בתורה לגדל כלאיים (אם נגיד יש כרם של גפנים שאני מגדלת אותם בלי מרחק נדרש מחיטה שאני מגדלת זה אסור לפי התורה ואסור לאכול את זה אלא צריך לעקור את הגידולים האלה- יש סוגים רבים של גידולים שאסור לגדל אותם באותה ערוגה).

כחלק מהאכיפה על איסור כלאיים היו יוצאים שולחי בית הדין בחודש אדר (כי אז התבואה של השנה החדשה מתחילה לנבוט וזה הזמן שבו אפשר לזהות היכן יש כלאיים בשדות) והם היו מפקירים את הכלאיים- כלומר: מסירים את הבעלות דל בעל השדה באותם כלאיים וברגע שזה הפקר כל אחד מהציבור יכול לקחת את זה וזה סוג של קנס שגורם לנו להישמר מגידול כלאיים.

התוספתא עוסקת ב- מכח מה בית הדין יכול לקחת את הכלאיים ולהפוך אותם להפקר? (בלי להחשב גזלן בעצמו) כדי שתהיה סמכות לחכמים להפקיר את אותם פירות צריך שההלכה תקנה לחכמים סמכות להפקיר רכוש של אדם כדי שההפקר יתפוס מבחינה משפטית.

המשנה אומרת שלחכמים יש סמכות להפקיר רכוש של אדם ומסכת יבמות מסבירה למה-

אנו למדים שיש סמכות לבית דין להפקיר משני פסוקים:

1. ספר עזרא (עזרא הוא מראשי החוזרים מגלות בבל לא"י, בין תקופת בין ראשון לבית שני) כאשר הוא רוצה לאסוף את כל עם ישראל הוא קובע שבעוד שלושה ימים כולם מתאספים וכדי לגרום לאנשים לבוא לאסיפה הוא מאיים שכל מי שלא יתייצב יוחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה. זאת אומרת שבית הדין של עזרא מאיים בסוג של סנקציה על כל הציבור ומכאן אנו למדים שלעזרא היתה סמכות להפקיר רכוש של אותם אנשים, דהיינו שיש לאותו בית דין סמכות להפקיר ממון (כסוג של סנקציה- עונש).
2. ספר יהושע: מתאר את חלוקת הנחלות בא"י (התחלקה לשבטים) הפסוק מתאר את חלוקת הנחלות לראשי האבות. ורבי אלעזר אומר שכמו שלאבא יש רכוש והוא יכול לעשות איתו כל מה שירצה בירושה שלו גם ראשי הציבור ובית הדין יכולים לחלק מהקופה הציבורית איך שהם רוצים ומזה נובעת הסמכות של הפקר בית דין- הפקר. מאחר שבית דין רשאי לעשות חלוקה מתי שהוא רוצה המשמעות היא שבית דין לוקח ממישהו אחר ונותן למי שאני רוצה. כאן אנו רואים סמכות רחבה יותר- הראשים מנחילים למי שהם רוצים, כלומר לא רק לוקחים כמו בכל הדוגמאות עד עתה אלא גם נותנים למי שהם רוצים.

דוגמא נוספת להפקר בית דין הפקר:

פרוזבול- לפי דין תורה בשנת השמיטה אני לא חייב להחזיר את שאני חייב והמשמעות של תקנת הפרוזבול היא שאני יהיה חייב להחזיר לך את ההלוואה. לפי דין תורה לא חייבים ולפי הפרובזבול שתיקן הלל כן חייבים להחזיר. נשאלת השאלה מי נתן להלל את הסמכות לתקן את תקנת הפרוזבול ואחת התשובות היא שהוא הרשה לעצמו כי הפקר בין דין הפקר. הוא מפקיע בעלות מאחיו ונותן אותם לאחרים. ממון שהיה צריך להישאר אצל הלווה מעביר אותו הילל לידיו של המלווה שנותן את הכסף. וכך מתגברים על בעיית הגזל. יש לבית דין סמכות להפקיר ממונו של אדם וכך להתגבר על סוגיית הגזל לכן זה מסווג תחת הקטגוריה של לעקור דבר מהתורה ב- קום ועשה.

1. בית דין בנסיבות של הפקעת קידושין יכולים להתיר איסור:

לפי ההלכה אדם מקדש אישה בדר"כ בקידושי כסף (טבעת שנותן הגבר לאשה), כדי שלהתחייבות תהיה תוקף היא צריכה להיות מלווה במעשה קניין- אקט פורמאלי שעושה המתחייב שיוצר או מעיד על גמירות הדעת. ברגע שאשה התקדשה לאשה (גם אם נישאה לו אחר כך וגם אם לא- פעם היה זמן רב בין האירוסין לבין הנישואין) מרגע הקידושין האשה נמצאת במעמד של- אשת איש. על פי הדין לאשת איש אסור לקיים יחסי אישות עם מישהו אחר או להתחתן עם מישהו אחר כל עוד היא לא התגרשה כדין. בנוסף, לפי ההלכה- אישה מקודשת אם היא הרתה למישהו אחר הילד נחשב כממזר והמשמעות של זה מבחינת המעמד האישי שלו היא קשה כי הוא כמעט ולא יכול להינשא (הילד הממזר). כל עוד הגט לא נמסר לאישה היא לא מגורשת. כאומרים שהבעל צריך לתת את הגט לאשה אפשר גם שהבעל ימנה שליח עם הגט לאשה והאשה תמנה שליח שתקח את הגט מהשליח של הבעל (שלוחו של אדם כמותו- זה כאילו הם נתנו וקיבלו אחד מהשני).

* אומרת המשנה במסכת גיטין:

אפשר לשלוח את הגט לאשה באמצעות שליח. אם הבעל מסר גט בידי שליח האשה תהיה מגורשת רק כאשר השליח יתן את הגט לאשה וכל עוד הגט לא נמסר לידי האשה (או לשליח של האשה) אז הבעל יכול להתחרט. אם הוא לא הספיק והגט כבר הגיע לידי האשה אז האיש לא יכול לבטל אותו.

* משנה ב' התקנה של רבן גמליאל:

לפני התקנה של רבן גמליאל אם מישהו שולח לאשתו גט על ידי שליח ואז מתחרט והשליח עדיין לא הגיע לאשה אבל אין לו דרך לעצור את השליח או להגיע לפניו אז הוא היה יכול ללכת לבית דין בעירו ולמסור להם סוג של הצהרה- אני שלחתי גט לאשה ואני מבטל את הגט הזה. ברגע שהגט מבוטל אז האשה לא גרושה והיא ממשיכה להיות נשואה לו למרות שיכול להיות שהשליח בכלל לא יודע מזה והוא ימסור לאשה את הגט והאשה תחשוב שהיא גרושה ותתחתן ותביא ילדים ובעצם אחרי מלא שנים הוא יבוא ויגיד לה שהיא לא גרושה והיא תגלה שהיא בכלל לא נשואה כדין והילדים שלה ממזרים.

אחרי התקנה רבן גמליאל קבע שלא ניתן לעשות ביטול כזה מרחוק (ללכת לבית דין בעירי ולבטל את הגט בהצהרה). הוא התקין את התקנה הזו מפני תיקון עולם כדי לא ליצור מצב שיווצר תקלה לאשה ולילדיה מבלי שהם מודעים לכך.

* תנאים בדור מאוחר יותר נחלקו ביניהם מה משמעותה ותוקפה של תקנתו של רבן גמליאל הזקן.

גיטין ל"ג א': פירשו את תקנן רבנן בשני דרכים-

1. 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 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 אישות, הוא רק ניסה למנוע הגעה למציאות כזו.
2. דעת רבן שמעון גמליאל (הנין של רבן גמליאל הזקן) מרחיקת לכת והוא סבור שזו לא תקנה כי אין לה שיניים. מבחינת המעמד האישי אני יכול להשיג מה שאני רוצה בזה שאני מבטל את הגט. אין משמעות לתקנה של רבן גמליאל אם לא קובעים שהביטול הוא לא ביטול. היה צריך לקבוע שאם מבטלים מרחוק אין ערך לביטול ולא רק להגיד אל תבטל מרחוק (נו נו נו).

הבעייתיות בתקנת רבן גמליאל הזקן היא:

האשה הזו שנשלח אליה גט שבוטל מרחוק ע"פ דין תורה הגט הוא לא גט ומכח תקנת חכמים הביטול הוא לא ביטול הגט קביל והיא גרושה. אז בעצם לוקחים תורה שלפי דין תורה מוגדרת כאשת איש ומח תקנת חכמים אתה אומר לה שהיא כן יכולה להתחתן עם מישהו אחר.

בעצם חכמים עקרו דבר מהתורה ב-קום ועשה. אסור לה לחיות עם מישהו אחר ומתירים לה.

הגמרא שואלת- איך רבן גמליאל מאפשר להתיר אשת איש לעולם?

חכמים בעצם מפעילים את המעין תנאי מתלה שיש בכל נישואין ועל ידי כך מבטלים למפרע את הקידושין כאילו מעולם לא היו.

החכמים ביטלו את הקידושין למפרע ועכשיו האישה צריכה להחזיר לו את הטבעת אבל הפקר בית דין הפקר- אז לפי זה המשמעות היא שהם ביטלו את הנישואין ואז החכמים מפקירים את הנישואין והטבעת הולכת לבית הדין (למדינה) אז הפקר בית דין הפקר.

התלמוד הירושלמי אומר שרבן גמליאל צודק כי אין משמעות לתקנה אם לא קובעים שהביטול בבית דין הוא לא ביטול.

אז מה הסיבה שרבי יהודה הנשיא מותיר את דין תורה על קנו?

בגלל שחכמים לא יכולים לעקור דבר מן התורה. אם דין תורה זה שזה ביטול חכמים לא יכולים לבטל אותו.

התלמוד הירושלמי אומרים שחכמים יכולים לעקור דבר מן התורה (כמו למשל בדין התרומה- אדם שיש לו תוצרת חקלאית צריך להפריש תורה של תרומות ומעשרות מהתוצרת החקלאית שלו- יש מציאות שלפי דין תורה אדם שהפריש פירות מסוימים זה יחשב כתרומה והמשמעות של תרומה זה שהפירות אסורים באכילה לכל אדם חוץ מכוהנים כי רק לכוהנים בטהרה מותר לקבל תרומות ומי שאיננו כהן אסור לו לאכול תרומה. יש מציאות מסוימת שאם הפרשתי מהפירות תרומה לפי תקנת חכמים התרומה איננה תרומה ומותרת באכילה לכל אחד) וכמו שהם עוקרים דבר מן התורה אז הם יכולים לעקור דבר מן התורה בענין של אשת איש ולהתיר לאישה שלפי דין תורה נשואה להפקיע את נישואיה ולהותיר לה להינשא לאדם אחר.

הירושלמי אומר בעצם שחכמים יכולים להתיר איסור אשת איש ופרוצדרות הביטול היא באמצעות תנאי מכללא.

זאת בניגוד לתלמוד הבבלי שאומר כאילו הקידושין אף פעם לא היו והירושלמי אומר שמעתה והלאה הקידושין לא תקפים.

\*שאלה שהיתה פעם במבחן בנושא זה: אשה נשואה לראובן ונפרדה ממנו וחיה עם שמעון וילדה ילדים משמעון. בהנחה שראובן מוכן לשתף פעולה האם יש דרך להתיר את הממזרות? לפי הבבלי אפשר שהוא יכתוב גט וישלח עם שליח ולפני שהשליח יבוא יגיד לבית דין שהוא מבטל את הגט ואז לפי הבבלי מפקיעין את הקידושין בדיעבד ויוצא שהיא אף פעם לא היתה נשואה לראובן והילדים לא יהיו ממזרים. (לפי הירושלמי זה לא יעבוד).

לסיכום:

עיקר הסמכות באה לידי ביטוי במקום בו התקנה מתנגשת עם דין תורה. ב- שב ואל תעשה זה יותר פשוט וב-קום תעשה יש ארבע קטגוריות שבהן ניתן.

בהנחה שחכמים התקינו תקנה- האם ניתן לבטל אותה? דין תורה ראינו כיצד ניתן לעקוף. מה קורה כאשר חכמים מתקינים תקנה וגוזרים גזרות?

נניח חכמים גזרו שאסור לאכול בשר עוף בחלב ויבואו חכמים בדור מאוחר יותר ויגידו שאין טעם לגזרה הזו וירצו לבטל את אותה תקנה של החכמים-

\*ברור שבאותם קטגוריות בהן ניתן לבטל דין תורה אפשר גם לבטל דין חכמים (הם הרי לא יותר חשובים מהתורה).

לכאורה, ניתן לחשוב שאם בני אדם קבעו אז גם בני אדם אחרים יכולים לבטל... אך התשובה יותר מורכבת:

ראשית, יש להבחין בין שני סוגים של תקנות-

1. תקנות שהנימוק שלהם ידוע. למשל:
2. תקנות על פדיון השבויים לשם תיקון עולם.
3. מציאת חרש, שוטה וקטן יש בהן משום גזל, מפני דרכי שלום. (יש בהן גזל- למרות שחרש שוטה וקטן לא זוכה במציאה אם מישהו לוקח מהם את המציאה הוא גזלן)

אם התקינו תקנה והסבירו לנו מה הטעם ואז אנו רואים שהנסיבות כבר לא רלוונטיות אז ניתן יהיה ביתר קלות לבטל את התקנה ואפילו להגיד שהיא מתבטלת מאליה.

1. תקנות שהנימוק שלהם לא נאמר במפורש.

יש הרבה מקרים בהם חכמים לא אומרים מה הנימוק שהיא אותם להנמיק תקנה. זה שהם לא אומרים לא אומר שאין טעם ולא אומר שאנחנו לא יכולים לנסות לחשוב מה הביא אותם להתקין את התקנה הזו. לעיתים בכוונה לא אמרו מה הטעם. כאשר היו גוזרים גזרה בא"י לא היו מגלים את הטעם בגזרה בשנה הראשונה בגלל שהם פחדו שאנשים יזלזלו ויגידו שאין להם צורך בקיום הגזרה או שהנימוק לא מספק אותם אז בגלל זה עדיף שלא נדע מה הסיבה ולא תהיה לנו ברירה ולא נוכל להתווכח ונהיה חייבים למלא אחר הגזרה.

לפעמים, חכמים תיקנו תקנה ואמרו את הנימוק לטענה אך אמרו טענה משכנעת לציבור ולא את הסיבה האמיתית (כי פחדו שהיא לא תשכנע את הציבור).

הגורמים בהם ניתן לבטל-

אומרת המשנה במסכת עדויות:

1. אין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו עד שיהיה גדול ממנו בחכמה ובמנין. דהיינו, לפחות לגבי תקנות שהטעם איננו מוכר, בית דין מוסמך לבטל תקנה או גזרה של בית דין שקדם לו ובלבד שבית הדין המבטל יהיה גדול בחכמה ובמניין מבית הדין שתיקן את התקנה.

אם התנאי לביטול התקנה הוא שבית הדין גדול בחכמה ובמנין אז רעיונית אי אפשר ליישם את זה כי אין מציאות בה בית דין מאוחר ראה את עצמו גדול וחכם מבית הדין שקדם לו.

אומרת הגמרא במסכת עבודה זרה:

1. עוד גורם שנלקח בחשבון זה השאלה האם התקנה פשטה בכל ישראל או לא. ככל שהתקנה פשטה בכל ישראל, יכולת הביטול היא קשה יותר. ככל שהיא לא פשטה בכל ישראל. הציבור בפועל לא נוהג על פיה אז יהיה קל יותר לבטל אותה. השאלה אם הקריטריון הוא "ברוב ישראל" או ב"כל ישראל" שנויה במחלוקת.

האם התנאים הללו מצטברים? איך ניתן להתייחס אליהם?

אומר הרמב"ם בממרים ב': יש תקנות שלא ניתנות לתיקון כלל גם לא על ידי בית דין גדול וחכם. מתי לא ניתן לבטל בכלל?

כאשר מתקיימים שתי עקרונות מצטברים:

1. שמדובר בתקנה שבית דין גזרו כדי לעשות סייג לתורה- הרחבה של איסור קיים (בשר עוף בחלב)
2. אם זה פשט בכל ישראל- כולם נוהגים כך.
* אזי תקנה זו לא ניתנת לביטול. גם לא ע"י בית דין גדול וחכם.
* לעומת זאת, אם מדובר בגזרה או תקנה או מנהג אחרים שהם לא הרחבה של איסור ושכן פשטו בכל ישראל הם יהיו ניתנים לביטול על ידי בית דין גדול בחוכמה ובמניין.
* אם תקנה לא פשטה בכל ישראל (גם אם הן הרחבת איסור וגם אם הן לא), היא ניתנת לביטול גם על ידי בית דין שאיננו גדול בחכמה ובמנין.

**24.04.13**

הרמב"ם מחלק את סוגי התקנות ל-4 ומאפיין מה ניתן לבטל ואיך:

1. תקנות שבעצם בטלות מאליהן- תקנות שלא פשטו מראש בישראל.
2. תקנות שניתנות לביטול גם ע"י ביה"ד רגיל- שאיננו גדול בחוכמה ובמנין- תקנות שתקופה מסוימת עמדו על תילן אך לאחר זמן הסתבר שבפועל רוב הציבור לא נוהג לפיהן. מאחר ובעבר כן נהגו לפיהן (לא מגדיר כמה שנים אחורה) אז אם מבקשים לבטל ניתן ע"י כל בית דין אבל היא לא בטלה מאליה!
3. גזרות שאינן סייג לתורה אבל פשטו בכל ישראל- יהיו ניתנות לביטול אבל רק ע"י ביה"ד שגדול בחכמה ובמנין.
4. תקנות שלא ניתנות לביטול כלל- המעמד שלהם הוא כמו של דין תורה. בהסתייגות אחת- ניתן יהיה להתייחס אליה כמו אל דיון תורה ובמקומות בהן ניתן לעקור דבר מן התורה יהיה במקביל גם ניתן לבטל (נניח במסגרת הוראת שעה) גזרה של דיינים שניתנה בישראל (אם דין תורה אפשר וודאי אפשר גם של חכמים).

הלכה ה':

הרמב"ם מוסיף ואומר שהשאלה אם גזרה פשטה בכל ישראל או לא היא בעצם לא רק שאלה של בדיעבד אלא גם של מלכתחילה כי כאשר בית דין גוזרים גזרה אחד השיקולים שהם לוקחים בחשבון היא השאלה האם הציובר יהיה מסוגל לעמוד בזה ואם ההנחה היא שהציבור לא יהיה מסוגל לעמוד בו אז מראש לא צריך להתקין תקנה כזו. אם חשבו שהציבור יעמוד בה והוא לא עמד בה אז כנראה שזה היה טעות ואז יפעלו לפי הלכות ו' וז' (בטלות מאליו ובטלות מבית דין רגיל).

מה לגבי תקנות שטעמן ידוע?

מסכת ביצה (דינים שקשורים ביום טוב):

יש בהלכה מושג של נטל רבעי.

לפניו נעסוק במהי עורלה? כאשר אדם נוטע עץ, הפירות שהעץ נותן ב-3 שנים הראשונות (מיום נטיעתו) נחשבים כעורלה ולפי ההלכה אסורים באכילה וצריך להשמיד אותם. הפירות של השנה הרביעית (נטע רבעי) הפירות הן קודש הילולים להשם ובעל הפירות צריך להעלות אותם לירושליים ולאכול אותם בירושליים. אם למישהו קשה להעלות את הפירות לירושליים הוא יכול לפדות את הפירות בכסף ולעלות עם הכסף לירושליים (באחד משלושת הרגלים).

זה היה דין תורה.

ואז חכמים התקינו תקנה- באיזור גאוגרפי מסוים שמי שמגדל פירות בתחום הזה (שיחסית קרוב לירושליים) לא יכול לפדות את הפירות אלא חייב להעלותם לירושליים. החכמים הסבירו את הטעם לתקנה- כדי ליצור שפע בשווקי ירושליים של פירות.

רבי אליעזר היה אדם עשיר והיה לו כרם של פירות בתוך אותו תחום. הוא חיי בתקופה של אחרי הקורבן כאשר בית המקדש חרב והוא נמצא יחסית קרוב לירושליים ויש לו הרבה פירות שאסור לו לפדות והוא צריך לעלות אותם לירושליים פיזית. הדבר מקשה עליו ולכן הוא רוצה להפקיר את הפירות לעניים ועל ידי כך הוא לא יעלה לירושליים. תלמידיו אמרו לו שלא יפקיר את הפירות כי כבר נימנו חכמים וביטלו את התקנה. למה ביטלו אותה? כי היא כבר לא עונה על הטעם. הסיבה היתה להעשיר בשפע פירות את ירושליים וברגע שהמקדש חרב וירושליים חרבה אז האינטרס הזה של להעשיר את ירושליים בטל ולכן חכמים התאספו והצביעו על ביטול התקנה. מכאן רואים שני דברים:

1. תקנה שבטל טעמה ניתן לבטל אותה.
2. תקנה כזאת שאיינה בטלה מאליה צריך לבטל אותה.

הרמב"ם אומר: שגם תקנה שטעמה ידוע והטעם בטל עדיין היא צריכה ביטול והביטול יכול להעשות רק ע"י בית דין שגדול בחוכמה ובמניין. לפי הרמבם אין הבדל בין תקנה שטעמה ידוע לבין תקנה שנימוקה איננו ידוע. בכל מקרה אם התקנה פשטה בכל ישראל היא איננה ניתנת לביטול אלא ע"י בית דין שגדול בחוכמה ובמניין.

הראב"ד אומר: הסוגיה של עיטור ירושליים בפירות קשה על המרב"ם כי הראשונים תיקנו ורבי יחונן בן זכאי ביטל אותה אחרי החורבן כי התבטל הטעם של הראשונים (לעטר את שווקי ירושליים). לפי הראב"דראם מדובר בתקנה שהטעם שלה ידוע עדיין היא צריכה ביטול (כמו הרמב"ם) אבל הביטול יכול להעשות ע"י כל בית דין (בניגוד לרמב"ם שקובע שצריך להיות גדול בחכמה ובמנין).

המאירי: (שו"ת הרא"ש ב,ח: המאירי מסכים עם דעתו של הראב"ד שאם מדובר בתקנה שטעמה בטל היא ניתנת לביטול לאו דוקא ע"י בית דין שגדול בחוכמה ובמנין.

ראשונים- ביניהם הראש: יש כאלו שמרחיקים לכת יותר וטוענים שתקנה שהטעם שלה ידוע (מפורש וברור שזה הטעם) והוא כבר לא רלוונטי היא יכולה להיות בטלה מאליה ולא צריך הילוך של ביטול.

הראש אומר שבמקרה הספציפי של הפירות עם חורבן ירושליים זה לא היה וודאי מה הטעם בידיוק ושהטעם כבר לא רלוונטי ולכן כן צריך בית דין אבל במקום שידוע בבירור שהטעם ברור מאליו ומפורש אז הטענה בטלה מאליה.

רדב"ז: 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 הקהל:**

כאשר אין בית דין גדול וסנהדרין אז מי מוסמך להתקין תקנות חכמים? בעיתי- אך ככה"נ תקנות קהל.

ציבור יכול לקבל על עצמו כל מיני הסדרים באחת משתי דרכים:

1. הסכם
2. תקנה

ההבדל בין הסכם לתקנה הוא שבהסכם כולם חותמים על הסכם בהם הם מתחייבים וחותמים על תנאים. דרך אחרת היא באמצעות תקנה מסוימת. אם מרצה רוצה שכולם יגיעו לשיעור הוא יכול ליצור איתנו הסכם ולעשות מעשה קנין (בואו לשיעור ואני יעשה מבחן קל- ואז אסור להפר את ההסכם). תקנה פירוש הדבר שנניח לצורך העניין שהמרצה מוסמך להתקין תקנות ולהגיד לנו שנגיע לשיעור בלי שום תמורה ושום מעשה קניין- המרצה כופה עלינו. יש גם דרך ביניים- שהמרצה רוצה להחליט איתנו מה הדרך שלנו ומגיעים לפשרה, לא מצבעים איזשהו הסכם אבל מגיעים להחלטה משותפת וזה גם יכולה להיות תקנה. כי תקנה יכולה להיות ע"י חכמים שמוסמכים להתקין תקנות ולחילופין היא יכולה להעשות ע"י כל הציבור וברגע שהסכמנו על תנאים מסוימים זה מחייב את כולם גם בלי מעשה קניין ואפשרות אחרת היא ליצור הסכם רב משתתפים.

מקור קדום לתקנות קהל מוצאים בתוספתא:

בני העיר יכולים לכפות זה על זה לבנות בית כנסת (כל אחד יתרום לקופה משותפת). הם רשאים לקבוע תקנות שנוגעות למחירים, למידות ועל שכר הפועלים. ורשאים להטיל קנסות על מי שעובר על התקנות הללו. התוספתא מדברת על כך שבני העיר מסכימים לשלם כל אחד לצורך מטרת בניית בית הכנסת ואז נוצרת מעין סוג של תקנה בלי שהתלווה אליה מעשה קניין ואז התוספתא מלמדת אותנו שניתן ליצור תקנה בלי חכם שמתקן אותה ובלי הסכם אלא תקנה שקיימת לקהל ויש שתי דוגמאות לכך- גם ההסכם של בעלי החמורים וגם ההסכם של הקהל לגבי בית הכנסת.

כבר בגאונים מוצאים שהסכמת הזקנים (החכמים) יכולים בעצם להסכים וההסכמה שלהם תחייב את כלל הציבור. (זה ברור לא הסכם, כי זה מס' חכמים שמחייבים את כולם ואז זה תקנה). יכול להיות שכל מי שעומד מאחוריהם זה או כל הזקנים או לחילופין כל בני המדינה נכנסים תחתיהם.

שו"ת יכין ובועז:

את אותה סמכות שיש לבית דין להעניש שלא מן התורה יש גם לציבור סמכות. אותם סמכויות שיש לבית דין יש בעצם גם לציבור. אז אם עד אתה דיברנו על סמכות רק לחכמים יש גם לציבור. (מסתמך על התוספתא עם החמורים ובית הכנסת).

הרשב"א:

1. ברור שהציבור רשאי לתקן תקנות ולעשות הסכמות כפי מה שיראה בעיניהם והרי הוא כדין תורה. בתשובה זו הוא מסייג ואומר שכל הציבור צריכים להסכים לתקנה. מבחינתו הציבור רשאי לעשות הכל לפי מה שיראה בעינו (כולל ענישה).
2. הרשב"א נשאל לגבי קידושין- יש תקנה שכדי לקדש אישה צריך 2 עדים כשרים. ואז חכמים התקינו תקנה חדשה שנבעה מתופעה של קידושי מחטף- גיל הכשרות המשפטית של אשה להנשא הוא 12 וחצי והיתה תופעה שאנשים מבוגרים פיתו ילדות בנות 13 להתחתחן איתן וכדי למנוע תופעה כזו היו קהילות שהתקינו תקנה שקידושין יהיו מול 10 אנשים. השאלה היא מה המשמעות אם עברתי על התקנה- קידשתי אישה לא בנישואי מחטף בלי 10 אנשים אז מה המשמעות של העבירה על התקנה? היו קהילות שקבעו שגם הנישואין לא תופסים וגם יש קנס (למרות שמדין תורה היא כן נשואה) אז התקנה היא עם המון עוצמה.

ואז נשאל הרשב"א האם ניתן ליצור תקנה כזו-

הרשב"א אמר שבבירור רשאים בני העיר לעשות כן. שזה דבר אפשרי, למרות שלתקנה יש משמעות גם מבחינת דיני ההיתר וגם מבחינת דיני האישות.

1. סמכות הרוב שוות ערך לסמכות בית הדין הגדול וכמו שבית הדין הגדול יכול לתקן תקנה ולא שואל אחד אחד אם הוא מסכים אז גם רוב הציבור יכול להתקין כך תקנה על כולם בלי לשאול את כולם. הרוב צריך להיות יחסית לכל העיר והוא מחייב את כולם.

שו"ת הרא"ש:

לעיתים כשהיו רוצים להתקין ץקנה ולתת לה תוקף- היו גוזרים חרם על מי שלא יקיין את התקנה. הרא"ש טוען שעפ"י התורה –"אחרי רבי להטות"- אם לא הייה 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. 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 כל הציבור שותף לתקנה 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.

**יש סוגייה בתלמוד במסכת בבתרא:**

מספרת סיפור כזה- שני שוחטים עשו ביניהם הסכמה על חלוקת ימי עבודה עם סנקציה- כל מי שישחט שלא ביום שלו קורעים לך את העור של הבהמה (כי השכר של השוחט זה העור של הבהמה ואז אם קורעים את העור אז השוחט שהפר את ההסכמה מפסיד כסף).

קרה מצב שבאמת אחד השוחטים הפר את ההסכמה וקרעו את העור של הבהמה ואז הצד הניזוק תבע את אלו שקרעו לבהמות שלו את העור והרב חייב אותם בפיצוי על שווי העור.

אבל למה? ראינו בתוספתא שבני אגודה מקצועית (כמו מקודם עם הבעלים של החמורים) לחלק ביניהם את ימי העבודה כולל קנס של מי שפועל לא ביום שלו.

הרב מסתייג לדבי התוספתא ואומר שהתוספתא שאמרה שבני האגודה המקצועית יכולים לעשות ביניהם חלוקת ימי עבודה וגם סנקציה זה במקום שאין בו אדם חשוב אבל עיר שיש בה אדם חשוב הם לא יוכלים להתנות על דעת עצמם וצריכים את האישור של האדם החשוב וכל עוד אין גושפנקא להסכמה שלהם אז היא לא תקפה.

בקרה דנן היו רבנים חשובים בעיר ולכן הוא לא קיבל את ההסכמה של השוחתים.

מהו אדם חשוב? מי שבקיא בהלכה.

מכאן, כדי שיהיה תוקף משפטי מחייב לאותה הסכמה צריך אישור של אדם חשוב.

הריב"ש: הדרישה לאדם חשוב היא דווקא כאשר מדובר באגודה מקצועית אבל כאשר מדובר על הסכמה של כלל בני העיר אז אין צורך באדם חשוב.

הרא"ש: חולק על הריב"ש. נזקקים לאישור של אדם חשוב לא רק בתקנה של אגודה מקצועית אלא גם בהסכמה של כל בני העיר- היא לא תהיה תקפה ללא אישור של האדם החשוב!

למה צריך אישור של אדם חשוב? פיקוח הלכתי, לראות שתקנה לא סותרת דין תורה (על חכמים לא צריך פיקוח כי הם יודעים מה ההלכה).

הריב"ש: חושב לעצמו שאותה אגודה מקצועית יכולה ליצור הסכמה שהיא פוגעת בציבור ואז בגלל זה חייבים לאישור של אדם חשוב (נניח השוחתים היו מעלים את המחיר של הבשר בהסכמה ביניהם). כאשר מדובר בתקנה של כל העיר לא צריך אישור של חכמים כי אם כל הציבור מתקין תקנה אז באופן ברור כל האינטרסים באים לחשבון ומגיעים לתקנה שבאופן כללי מטיבה עם הציבור ולא פוגעת בו ולכן אין בכלל צורך בפיקוח.

הריב"ש מסתייג בדבריו ומביא לדוגמא סוגייה על שטר חוב שכלל גם גביית ריבית (אסור לגבות ריבית) והקהל הסכימו שהשטר כולל הריבית מחייב ואז התעוררה השאלה אם להסכמה יש תוקף או לא והריב"ש אמר שלא- גם אם הציבור הסכים אין להסכמה תוקף כי כמו שחכמים לא יכולים להתקין תקנה שהמשמעות שלה היא לעבור על איסור אז גם הציבור לא יכול להתקין תקנה שעוברת על איסור ואז לתקנה לא יהיה תוקף.

הריב"ש מכריע כי השטר לא בטל כולו בגלל שיש בו סעיף שאינו תקף אלא רק הס' הספציפי בטל.

**01.05.13**

**המנהג:**

לא בדיוק תקנת חכמים אלא משהו שעולה מהשטח אך אנו נעסוק בו בהקשר של תקנות חכמים שכן המנהג הוא מקור ליצירה/חידוש של פסיקת הלכה ובמובן זה הוא דומה לתקנת חכמים. גם מנהג בסופו של דבר לא נוצר בחלל ריק אלא כחלק ממעורבות חכמים ביצירת המנהג או בגושפנקה לו.

בעניין המנהג יש ניואנסים שונים והעמדות בהקשר למיקומו של המנהג ועד כמה הוא סותר דין תורה הן שונות גם במקורות מוקדמים (חז"ל) וגם במאוחרים יותר (ראשונים).

מנהג יכול להיות משני סוגים:

1. מעיד על הלכה: מנהג אשר לא מחדש דבר אלא רק מגלה הלכה- מעיד על מהי ההלכה.
2. יוצר הלכה: מנהג במצבים מרחיקי לכת יותר בהם הוא ממש יוצר הלכה חדשה (במצבים קיצוניים אפילו סותר דין תורה).
3. הסוג הראשון הוא פשוט יותר היות והוא רק מסייע לנו לגלות הלכה שאנו לא זוכרים מהי.

לדוגמא:

1. ברייתא ממסכת פסחים-

 כיום אין בית מקדש ולכן לא מכירים את נושא ההלכה. כשהיה בית מקדש עיקר חג הפסח היתה הקרבת קורבן בערב החג ואז אכילתו. יש כלל שאומר שבדר"כ אדם שרוצה או חייב להביא קורבן יחיד, לא יכול להביא אותו בשבת שכן בהקרבת קורבן יש פעולות הכרחיות לחילול שבת. קורבן ציבור לעומת זאת מותר להביא בשבת כי כל יום יש קורבן קבוע שמקריבים ויש קורבנות מיוחדים לשבת. עם קורבן פסח התעוררה בעיה מיוחדת. כי מצד אחד כל אחד מביא אותו מעצמו ומצד שני יש לו מאפיינים של קורבן ציבור- זה גם חובה, גם כל הציבור מחויב להביא אותו. ואז התעוררה השאלה האם בפסח זה נחשב קורבן ציבור או לא (ומכאן- השאלה היא האם ניתן להקריב קורבן פסח בשבת או לא). העניין הוא שפסח חל בשבת פעם ב-20 שנה ולכן לא זכרו האם הוא דוחה שבת או לא.

הלל הבבלי קבע שבגלל שנאמר "מועדו" בפסח אזי זה דוחה את השבת. בעקבות זאת מינו את הלל כנשיא. לאחר מינויו הלל עוקץ אותם ואומר להם שחבל שאין אף אחד מהם שהם מינו כנשיא שהם היו צריכים להשיא אותו כאשר הוא מבבל.

שאלו את הלל שאלה נוספת- מקריבים את קורבן הפסח ע"י שחיטה עם סכין והם שאלו אם הם שכחו להביא סכין בערב שבת האם מותר יהיה ללכת להביא אותה בשבת (אסור לטלטל סכין בשבת) העניין הוא שמה שאפשר היה לעשות לפני כן אי אפשר לעשות ביום שבת וכן אפשר להקריב קורבן בשבת כי אי אפשר להקריב לפני ולכן אם הם שכחו להביא את הסכין אז מה הם יעשו (כי הם יכלו לעשות זאת לפני כן).

הלל שכח מה התשובה ולכן הוא אמר שהוא יבדוק מה האנשים עושים כדי להזכר בהלכה. למחרת הם ראו מה אנשים עושים וראו שאנשים היו תולים את הסכין לבעל החיים והוא היה הולך עם הסכין וככה הם היו פותרים את הבעיה ואז הלל ניזכר בהלכה- כך צריך לעשות. יש לתלות את הסכין לפני כניסת שבת על בע"ח. אז בעצם יש מנהג שמקבל תוקף של הלכה. הלל לא זכר את ההלכה ואז כאשר הוא ראה איך אנשים נוהגים כך הוא ניזכר בהלכה.

1. ירושלמי פאה ז, ה

כל הלכה שרופפת בבית דין (לא יודעים איך לנהוג במצב מסויים) צא וראה איך האנשים נוהגים בפועל וכך תנהג כי כנראה העובדה שאנשים נוהגים כך משקפת את כך שזה ההלכה.

\*בשני המקורות הללו אין מנהג שקובע הלכה חדשה אלא המנהג רק מסייע בידינו לדעת מהי ההלכה. מסתבר שיש מקורות בהם למנהג יש משמעות כמחדש הלכה.

1. ילקוט שמעוני משלי, כב, כג

רבי שמעון בר יוחאי מפרש את הפסוקים הללו "אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך" ואומר שאם אדם רואה מנהג שאנשים נוהגים בו אין לשנות אותו או להוסיף אחרת אלא לעשות כמו אבותיך. ר' בר יוחאי אומר שהם תיקנו את התפילה ולא היה זה מנהג שהם עשו אלא אבותינו כשהתפללו בעצם קבעו תקנה לכל הדורות שאחריהם.

1. שאילתות

מניין שהמנהג הוא בעל ערך? כי יש פסוק מספר משלי- "שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך" מזה למדים שיש ערך למנהג.

1. הטור

מצטט מקור קדום יותר ביחס למנהג.

תקנת השוק- אדם גנב דבר מסוים ומוכר אותו לצד ג' עכשיו מתעוררת בעיה אם הקונה הוא תמים ובנסיבות הללו קובעים תקנת שוק אז יש להכיר ברכישה זו ואם אין תקנת שוק החפף יחזור לבעלים המקורי תוך הפסד של הקונה. הטור אומר שבהלכה מבחינים בהקשר זה בין גדילה לבין גניבה. גזלן זה כמו שודד שעושה מעשה לאור יום ומזהים מי גזל. אם גנב נכנס בסתר וזהותו לא ידועה. ההלכה קובעת שאם מדובר בגזילה אז הבעלים לא מתייאש מהחפץ כי הוא יודע מי גנב אותו והוא ינסה להחזיר אותו ואז לא תחול תקנת שוק. אבל אם מדובר בגניבה והבעלים לא יודע מי גנב אז ההנחה היא שהבעלים יתייאש ואז תחול תקנת השוק. הטור מצטט מנהג שאומר שבנסיבות אלה בהם אדם קונה מגנב או גזלן הוא מחזיר את החפץ לבעלים בשני המקרים ואז הבעלים יצטרך לשלם לקונה את מה ששילם לגנב. זה לא משתלם לבעלים אבל אולי יש לו עניין סנטימנטלי 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 י'ט)

1. תלמוד ירושלמי בבא

המשנה קובעת שבדיני פועלים (תנאי שכר ועבודה) מה שקובע זה המנהג במדינה. המנהג במדינה גובר על הסכמה מפורשת (כמו בדיני עבודה שלנו שלא ניתן להתנות עליהם). הם עוסקים בהתחייבות של מעביד לארוחת צהריים לעובד ואז הרשב"ג אומר שהאוכל יהיה כדין תורה- לא יותר ולא פחות, דהיינו- הם לא יכולים לדרוש אנטריקוט ואת האוכל הכי יוקרתי אם המעביד לא התחייב לכך.

בתלמוד הבבלי מוצאים את המנהג יותר כמגלה הלכה ובטח שלא סותר דין תורה. בתלמוד הירושלמי אנו מוצאים הלכה שמעצימה את המנהג עד כדי שהמנהג גובר על ההלכה.

במסורת הפסיקה האשכנזית יש קו שיותר מעצים את המנהג ואף מחזק אותו ככזה שסותר הלכה ואילו בספרדית ניתן להבחין בקו שיותר מגביל את המנהג.

יש משמעות למנהג בנסיבות הבאות:

* הצורך במעשה קניין- ע"פ ההלכה כדי שהסכם ככלל והסכם מכר בפרט יכנס לתוקפו וניתן יהיה לאכוף אותו על הצדדים יש צורך במעשה קניין.

בבא מציעא: היה מנהג שאדם רוכש חביות יין שעדיין לא סיימו את תהליך הייצור ואז לבעלים זה טוב כי הוא מקבל כסף יותר מהר והקונה משלם מחיר יותר נמוך אבל אני כקונה גם לוקח סיכון כי היין עלול להחמיץ ולהתקלקל. כשהיו קונים את היין המוקדם היו משאירים אותו אצל הבעלים כי לאנשים לא היה מקום לחביות.

איזה מעשה קניין צריך לעשות? קודם כל להגביה את החבית ולשים חותמת כדי שידעו של מי היין. הבעיה הייתה שהחתימה לא היוותה מעשה קניין וההסכם לא תקף מבחינה משפטית כי אין גמירות דעת. יש אמוראים שראו את החותמת כשוות ערך למעשה קניין ויש כאלה שסבורים שהחותמת היא לא מעשה קניין ולכן לא משלימה את פעולת המכר- רק בעלת משמעות מוסרית אך לא חוזית (היה צריך סימן כדי לראות למי שייכת כל חבית כי כולם נשארו אצל בעל היקב גם אחרי הקניה ואז אם היין מחמיץ נניח אז שהקונה לא יגיד שזה לא שלו או משהו כזה).

עם זאת, במקום בו יש מנהג שמתייחסים לחתימה כאל קניין אז מכבדים את המנהג ויהיה לו תוקף משפטי. מה שיוצא הוא שדרכי הקניין הם תלויי מנהג ותלויי מקום. מקום בו נהוג שהחותמת יוצרת מחויבית משפטית ולא רק מוסרית- היא תכובד כעסקת קניין.

\*\*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 נקבע 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- בי 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- בםסח 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:

1. 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 נין לומר שה' לא חשב את האפשרות של הפרצה ואם נתן חוק עם פרצות אזי חשב שנשתמש בפרצות הללו בזמן הצורך.

המשותף לאל 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 ההלוואהקלאסית שהתורה מדבר עליה. התורה מדבר 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.

**29.05.13**

1. דוגמא נוספת להערמה- **מעשר שני**
2. משנה מסכת מעשר שני:

 אדם שיש לו תוצרת חקלאית צריך להפריש ממנה שורה של תרומות ומעשרות. מתחיל בתרומה גדולה מהפירות לכוהנים ולאחר מכן מפריש מעשר ראשון (10% ללוויים שהם עצמים מפרישים עשירית מזה לכוהנים). אחרי מעשר ראשון עושים גם מעשר שני (בשנים מסוימות) ובשנים אחרות מעשר עני, בשנה השביעית הפירות כולן הפקר ואין להשתמש בהם. את הפירות של המעשר השני מעלים לירושליים או שמוכרים אותם ומביאים את הכסף לירושליים. מי שגר קרוב לירושליים לא יכול לפדות את הפירות אלא חייב לעלות כדי להעשיר את ירושליים בפירות. אם ירושליים רחוקה ממני אני צריכה למכור את הפירות ב-125% מהשווי שלהם ואת הכסף להביא לירושליים. צריך להוסיף את החומש (125%) כאשר פודים את הפירות שלי עצמי, כאשר מישהו אחר פודה את הפירות שלי מספיק הקרן (100%) ולא צריך להוסיף גם חומש (125%). (בקיצור מעשר שני חייבים להביא לירושלים ואם אני גרה רחוק ולא באלי לסחוב תפירות אני משלמת כסף ומביאה לירושליים. נגיד המעשר השני הוא תפוזים בשווי מאה שקל אני מביאה 125 שקל לירושליים כשמזדמן לי להגיע לשם, ואם אני עושה טובה למישהו ומשלמת בשבילו כשאני עולה לירושליים אני משלמת 100 שקל בשבילו ולא 125).

המשנה אומרת שמערימים על מעשר שני. (יעני כל אחד שולח את השני כדי לא לשלם את המס).

אדם שולח את הבן הגדול שלו עם 100 שקל לירושליים ואז לא משלמים את החומש.

המשנה מתארת דרך להערים- הערמה לא מבטלת חובה להפריש מעשר שני אלא מאפשרת לפדות את המעשר במחיר הקרן ללא התוספת של החמש.

1. ברכות ל'ה ב:

הגמרא אומרת שמתחייבים בפירות רק שאני מכניס אותם אליי הביתה- למקום מגודר, כל עוד הם בשדה הפתוח הם לא חייבים במעשר. ברגע שהם רואים פני הבית זה מתחייב במעשר.

ההלכה אומרת שאם מכניסים את הפירות הבייתה בדרך עקיפה- למשל מעלים את הפירות לגג ומהארובה הבייתה ואז מאחר שלא הכנסתי בדרך ראשית זה לא מחוייב במעשר.

יש כאן עוד דוגמא להערמה שדרכה מנסים להפטר מהמעשר.

מבחינה טכנית הערמה היא בסדר אבל מבחינה מהותית זה מתנגש עם הדין (הפוך מהיתר עסקה ופרוזבול) כי מנסים למצוא דרך להתחמק מאותם מיסים.

לא ברור לחלוטין אם המשנה רואה בזה משהו רצוי או לא אבל מה שבטוח הוא שיש ביקורת רבה על הכנסת הפירות בדרך עקיפה מהגג ואז התחמקות מוחלטת מתשלום מיסים (לא מפרנסים את משרתי הציבור- הלויים והכוהנים).

1. דוגמא כאשר הערמה נתפסת כמותרת- אם לאדם יהודי נולד כבש בכור הוא צריך להפריש אותו כקורבן (קורבן בכור לפרה או לכבשה). אם לבכור יש מום לא מביאים אותו לקורבן כי אי אפשר להקריב בעל חיים בעל מום ואז מותר לשחוט אותו ולאכול אותו. כאשר אין בית מקדש (ואז אין קורבנות בכלל) לפי ההלכה צריך לתת לו לרעות בשדה עד שיהיה לו מום ואז הוא יהיה מותר לאכילה.

אם יש לי פרה וכבשה בשותפות עם לא יהודי אז זה לא חייבים להביא קורבן.

המשנה אומרת שכאשר אין בית מקדש לגמרא יש פתרון נוח- או לעשות שותפות עם גוי (אפילו של אחוז אחד) ואז לא יהיו חייבים בקורבן. הגמרא אומרת שעוד פתרון נוח זה במהלך הלידה לפגוע לו באוזן ואז הוא יהיה עם מום (אם הוא כבר יצא אסור לי לעשות לו מום אלא רק כאשר הוא בתוך הבטן).

השימוש בהערמה הזו ברור על רקע כך שמבחינה מהותית במילא לא מקריבים את הבכור אז עדיך ליצור הערמה ושלא נתבלבל וננהג בו ללא הקדושה שמתלוות אליו (גם ככה אי אפשר כי אין בית מקדש).

\*כל נושא הערמה עניינו לעקוף איסורים בין אדם למקום ויכול להיות להם השלכה עקיפה על עניינים שבין אדם וחברו אולם בעקרון זה בא להתגבר על איסורים.

הערמה שבאה לפגוע באדם אחר באופן חזיתי נחשבת כשלילית (הכל באופן עקיף יכול לפגוע אבל צריך שזה יהיה ממש ישיר).

דוגמאות להערמה כזו:

1. ממסכת 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.

1. 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).

**נושא הערמה הוא בעצם חלק מהנושא המרכזי של סמכות חכמים שחולק לשניים- פסיקת הלכה ופרשנות (סוגיות משנה של מחלוקת) ועוד חלק היה על חכמים והיכולת שלהם להתגבר על דין תורה ומנהג וסיפחנו לזה גם את נושא הערמה ובזה סיימנו את הסוגיה של סמכות חכמים בחלק שלהם כמחוקקים ונעבור לדון בסוגיה נוספת אחרת שעוסקת ביחס שבין ההלכה לחוק.**

**יחס בין ההלכה לחוק-**

היחס בין ההלכה לחוק הוא שאלה כפולה:

1. האם החוק בנסיבות מסוימות ראוי לאמץ את ההלכה- בעניין זה לא נעסוק כאן.
2. האם ההלכה מאמצת לתוכה את החוק- כאשר נדון בשאלה באופן כללי על היחס בין ההלכה למערכת משפט זרה- ואז ניישם זאת באופן ספציפי למציאות בארץ- היחס בין ההלכה לבין המשפט הישראלי.

בהלכה מבחינים בין דיני איסורים וממונות. איסורים זה איסור לחלל שבת ועבודה זרה נניח וממונות זה היחס בין שומר לבעלים- עד כמה חייבים להשיב עבודה ומתי, עד כמה דיני המקרקעין הם שלי או שלך וכולי.

כאשר עוסקים באיסור והיתר אין מצב בו ההלכה תכיר בחוק אשר סותר חלק בהלכה.

דהיינו, אם היה חוק שאומר שאדם חייב לאכול חזיר, ברור שההלכה לא תתן לגיטימציה לחוק שמורה לי להמנע מקיום מצווה דתית.

אין כמעט מציאות כזאת היום.

אנחנו נעסוק יותר בדיני ממונות- האם ההלכה תכיר (ובאיזה אופן) בחוק זר (במציאות שלנו בחוק הישראלי) כחלק מהפיתרון ההלכתי?

נניח שאני עובד אצל מעביד והוא לא משלם לי פיצוים ואנחנו לא רוצים להתדיין בביהמ"ש האזרחי אלא בבית דין שדן לפי הלכה. מבחינת המדינה זה מותר כי לפי החוק הישראלי אפשר ללכת בסכסוך אזרחי לבוררים וביה"ד שדן לפי הלכה הוא סוג של בוררות. (לא ביה"ד ממלכתי שזה אסור אלא בביה"ד רבני חרטא שנקראים בוררים). אם שנינו הסכמנו והלכנו לביה"ד רבני- או שאותו ביה"ד שבא לפתור את הסכסוך עובד לפי ההלכה- פותח את השולחן ערוך ולא את החוקים של ביה"ד לעבודה או שלחילופין ביה"ד יפתח את חוק המדינה ויפעל לפיו ויאמץ את חוק המדינה כחלק מההלכה מכח הכלל- "דינא דמלכותא דינא" או מכח היותו תקנת קהל או מכח היותו מנהג.

דוגמא נוספת זה אם אני מעלימה מס מהמדינה אז ברור שמבחינת החוק אני לא בסדר אבל השאלה היא איך ההלכה תקח את זה (לא רשום בשולחן ערוך להפריש 30% מס הכנסה)- או שמבחינה דתית לא עברתי עברה. או שהיא תחליט שהיא מאמצת ומכירה את חבות המס וגם מבחינה הלכתית אתה חייב לשלם.

אלו סוגי השאלות שעוסקים בהם כרגע.

השאלה דורשת דיון בשאלות משנה-

1. שאלת הכלל "דינא דמלכותא דינא"- דין המלכות דין, כלומר שלדין המלכות יש תוקף של דין, ההלכה נותנת תוקף לדין המלכות. הדיון בסוגיה זו בתלמוד ובראשונים בעיקרה נסוב סביב מציאות בה עם ישראל חיי תחת שלטון זר ובאופן טבעי היה מתח ביחס של השלטון הזר לבין ההוראות של ההלכה והדיון ב- דין המלכות דין נעשה סביב הקונספט הזה.

המשנה אומרת: ברגע שאדם מקבל על עצמו נדר הוא מחויב למלא את נדרו.

אם אדם מוכר פירות ובה מוכס (אחראי על המס) ואומר שהוא רוצה לקחת חלק מהפירות למלך אז בעל הבית אומר שהפירות הללו קדושים והם של תרומה. אם המוכס לא מאמין אז בעל הבית נודר נדר שאם הוא משקר אז הוא לא יכול להנות מהפירות או לעשות מהם כלום ואומר שאם הוא היה משקר הוא לא היה נודר כזה נדר.

הבעיה היא שהפירות הם לא באמת קדושים ומוכר הפירות הוא שקרן אז המשנה אומרת שאפשר לקיים את הנדר הזה ולא למלא אותו.

למה זה?

שמואל אומר- הרי דין המלכות הוא דין אז אם המלכות קבע לשלם מס אז איך המשנה נותנת דרך להתחמק מתשלום?

עונה הגמרא-

רב חנינא אומר שדבריו של שמואל הם נכונים ובדר"כ לא מעלימים את המס ואם כן הוא מסביר את המקרה של המשנה כמקרה מיוחס של מוכס שאין לו קצבה (שהוא נוטל כל מה שהוא רוצה ולא פועל לפי קריטריונים), אין לו גבול לוקח מה שהוא רוצה.

או שזה מוכס שעומד מאליו- אדם שחורג מסמכותו, לא קיבל מינוי מהמלך אלא על תקן מתנדב כזה ולא פועל לפי סמכות מרכזית.

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":

1. 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 הר"ן הסיבה לכך שההלכה מכירה בדין מלכות היא מפני שהמלך נתפס כבעלים על הקרקע ומכוח זה יש למלא את כלליו. רק במלך ישראל ולא במלך נוכרי. כי במלך גוי הארץ שייכת למלך והוא יכול לגרש אותנו ומלך ישראל לא יכול לגרש ומאחר שאין לו בעלות הוא לא יכול לכפות עלינו איך להתנהג.
2. נימוקו של הרשב"ן- 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).
3. 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.
4. נימוקו של רש"י- במשנה במסכת גיתים רש"י מקשר את סמכות המלך ואת החובה לציין לדין המלך לנושא של- שבע מצוות בני נוח.

יש שבע מצוות שהן אוניברסליות- דהיינו, שהן לא מיועדות רק לעם ישראל אלא מחייבות כל אדם באשר הוא.

שבע המצוות הן: איסור עבודה זרה, גילוי אריות, שפיכות דמים, ברכת השם, גזל, איסור איבר מן החי ומצוות דינים. רש"י אומר שצריך לציית מכח מצוות דינים.

מצוות דינים הם שיש גישות שונות באשר למהותה:

המצמצים אומרים שזו מצוה להקים מערכת משפט שתדון את מי שעובר על אחת משש העבירות האחרות והמרחיבים סבורים שזה מצווה להקים מערכת משפט כללית שתדון בכל הנושאים שבין אדם לחברו והתכנים לא חייבים להיות זהים להלכה אבל כן צריך מערכת משפט.

רש"י אומר שלפי המרחיבים חייבים להקים מערכת משפט ולקבוע כללים וממילא ההלכה נתנה למלך סמכות לחוקק חוקים והמלך הזר עושה זאת מתוך ההלכה ולכן אנו מחוייבים לחוקק לאותם חוקים שהמלך חיקק.

1. נימוקו של רבינו תם-

שו"ת בעלי התוספות סימן י"ב:

דינה דמלכותא אומרים רק בדברים שהנהיגו קדמונים. רבינו תם אומר שכמו שחכמים בעלי סמכות להתקין תקנות כך גם חכמים בימיו של שמואל התקינו תקנות שהם מאמצים את דין המלכות בעניינים שונים. דהיינו, האימוץ של דין המלכות לא נעשה בגלל שיש סמכות למלך ושאנחנו מחויבים לו אלא בגלל שהחכמים הגיעו למסקנה שדיני המלכות הם נוחים וטובים ורצוי לקבל אותם. איזה דיני מלכות חכמים אימצו? את מה שהם הכירו בזמנם- אבל אם יבוא מלך מאוחר יותר ויקבע כלל חדש שלא היה מוכר בימי חז"ל אז התקנה לא חלה עליו.

הכלל לא יחול על קביעות חדשות כי התקנה לא תופסת לגביהם.

אז זה ההבדל בין לקבל את הכלל מהנימוק של רבנו תם (חל רק הדין הזר שהיה תקף בימיהם של חז"ל, השאר לא נכנס לדינא דמלכותא דינא) לבין נימוקים אחרים שההגבלה הזו איננה קיימת.

1. נימוקו של הרמ"א- שולחן ערוך חושן משפט סימן שסט סעיף ח':

על סמך הנימוק של הר"ן שהנימוק הוא בעלות בקרקע אז הרמ"א אומר שדברים שלא קשורים למיסים וקרקע לא חל הכלל של דינא דמלכותא דינא.

בנוסך הוא מביא את הדעה שמגבילה את זה לדברים שקשורים להנאת המלך- שלמלך צומחת תועלת ישירה אבל לא לדברים שהם בין אדם לחברו.

דעתו יכולה להתאים גם לר"ן וגם לרמב"ם הוא לא רואה בזה סתירה.

האם דינא דמלכותא דינא רלוונטית גם למלך ישראל?

ברור שזה לא נאמר ביחס למלך ישראל אלא ביחס למלך זר ולהתמודדות של דין ההלכה עם הדין הזר. השאלה אם אפשר להחיל את אותו כלל גם במלך ישראל שמחוקק חוקים שסוטים מן ההלכה?

יש הסבורים שאין בכך צורך כיוון שלמלך ישראל יש אפשרות לעשות מה שהוא רוצה בלי קשר לכלל דינא דמלכותא דינא.

בפרשת המלך בספר שמואל במינוי המלך הראשון שאול, שמואל נעלב שהעם רצו מלך ככל הגויים ואז הוא פנה לעם ואמר להם מה המלך יעשה להם (למה זה לא טוב) ואז שמואל מזהיר את העם ואומר שאם יהיה להם מלך הוא יקח את הבנים והשדות ואת כל הרכוש וכולם יהפכו לעבדיו של המלך- שמואל לא אמר דברים נכונים בהכרח הוא רק עשה את זה כדי להפחיד את העם. העם לא נרתע מדבריו ואז התמנה שאול.

בהנחה שנאמץ את עמדתו של שמואל- אז בעצם לא צריך דינא דמלכותה דינא כי הכל שייך למלך ולא נזקקים לו.

יש פוסקים שאומרים שכל הדיון הזה הוא מיותר אם פוסקים לפי דעת שמואל ואם פוסקים לדעת רב אז לא.

השאלה אם דינא דמכלותא דינא רלוונטית או לא היא רלוונטית לפי דעת רב- כי דבריו של שמואל זה רק מה המלך עלול לעשות ולא מה שהוא עושה.

שאלה זו נידונה רבות בספרות הפסיקה בשנים לקראת הקמת קום המדינה.

\*\*אומנם מדברים כל הזמן על דינא דמלכותא דינא אבל מלך זה לאו דווקא מלך- אם כי גם שאלה זו תלויה בנימוקים השונים (אם מאמצים את הר"ן אז הרכוש לא כולו של המלך בשילטון דמוקרטי ולכן לפי הר"ן זה בכלל לא רלוונטי, לעומת זאת ם לוקחים את דבריו של הרשב"מ שהסכימו לדברי המלך אז זה עוד יותר דמוקרטי שמדובר בשלטון דמוקרטי- כי הוא נחבר על ידי העם ויסוד ההסכמה בא לידי ביטוי עוד יותר).

\*\* דוגמא למצב שסותר את דין תורה-

יש דיון בשולחן ערוך שנקרא משכון- אני מקבל ממך הלוואה ונותן לך חפץ כבטוחה ואם הגיע מועד הפירעון ולא פרעתי את החוב אז המלווה יכול לקחת את החפץ. התעוררה השאלה- כמה זמן צריך להמתין כדי שתוכל לקחת את החפץ. ההלכה קובעת שפרק הזמן הוא 30 יום, אחרי 30 יום רשאים לממש את המשכון.

הש"ך דן בהתנגשות שיש בין ההלכה שקובעת שפרק הזמן הוא 30 יום לבין הדין הזר שקבע שפרק הזמן הוא שנה והתעוררה השאלה האם ההלכה מכירה בדין הזר ולכן גם במשקפיים של ההלכה אי אפשר (אנשים לוקחים הלוואה לפי הדין הזר) או שנשארים נאמנים להסדר של ההלכה.

הש"ך אומר שלא יעלה על הדעת שבמקרה הזה של עניין המשכון נאמץ את הדין הזר.

מתי מאמצים את הדין הזר?

התנאי הבסיסי יהיה שזה לא סותר דין תורה - מקרים אחרים הוא כאשר יש לקונה בהלכה ואז אפשר לאמץ דין זר אבל במקום בו יש הלכה ברורה מפורשת ודין זר סותר אותה לא יכול להיות שנתעלם מדין ההלכה.

דינא דמלכותא דינא באה לפתור בעיות הלכתיות פרוצדורליות- התנגשויות צריך לפתור וזה אחד האמצעים לפתור אבל לא יכול להיות שזה יחליף את ההלכה ולכן הש"ך אומר שזה רלוונטי רק בלקונה ולא בסתירה.

כן ניתן לראות מקומות שמקבלים את דינא דמלכותא דינא גם כשיש סתירה אבל זה הרבה יותר קשה. כשרק יש לקונה זה יהיה קל יותר.

**06.06.13**

1. תקנות קהל

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. משמעות להכרה מכוח מנג 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

השלמה נוספת- לקרוא בחומר קריאה: 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 להעצחם את מערכת השיפוט של הקהילה, הייתה חיזוק האיסור להתדיין בבתי דין של הגויים.

איך מגדירים ערכאות של גויים? האם עפ"י החוקים או עפ"י זהות הדיינים?

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.

(את הנושא הזה יש למוד עצמאית מחומר הקריאה)

1. מנהג
2. דין מלך

**משפט ומוסר**

**ועשיית הישר והטוב**

אחד הכללים שמסייעים בהבחנה בין משפט למוסר הוא שאלת האכיפה- אם יש כלל משפטי שפיו 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 לקחת אותו 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.

נפתח את הדיון במושג כללי יותר:

"עשיית הישר והטוב":

ציווי זה מצוי בחומד דברים פרק ו' פס יז- לצטט

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 היר והטוב בעיני השם- משמע לעשות מה שהשם אומר- משמע מה שהשם ציווה לעשות. אם כך, הפסוק הראון 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.

כיצד הרעיון של "עשיית הישר והטוב" נכנס בתקנות חכמים: תקנות שמחוקקים חכמים מכוח עשיית הישר והטוב, כך שהם לא נחשבות למוסרות אללמשפטיות שכן הן ניתנות לאכיפה (למרות שמבוססות על המוסר)

שתי תקנות:

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

* תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא- אמר רבי יהודה: מדובר על מקרה בו כמה אחים/ שותפים בעלים על שורה של קרקעות ובתוכם יש קרקע ששיכת לאדם אחר. כל עוד היא שייכת אדם האחר אין להם שום עילה נגדו, לא משפטית ולא מוסרית. בעל הקרקע לא אמור להסתלק מהקרקע הזו זה ברור. ולכן העיסוק שלנו הוא בשלב בו אותו בעל הקרקע מוכר אותה לצד ג'. פה מתעוררת השאלה האם יש לתת זכות קדימה לאחים/ שותפים או שלא ניתן זכות קדימה. שאלה זו מתעוררת משום שבהנחה ויש שווי שוק לקרקע, לאחים ולשותפים היא שווה יותר מבחינת התועלת שלהם שכן היא מחוברת לכל הקרקעות שלהם. לאחים/שותפים יש ערך מוסף לרכישת הקרקע. אולם, לצד ג' אין ערך מוסף לקרקע. במצב זה תתעורר השאלה האם יש לחייב את המוכר להציע את הקרקע שלו קודם כל לאחים/שותפים? באופן טבעי ברור שבעל הקרקע יכול לנצל את הערך המוסף ולמכור להם ביקר יותר. שכן מדובר בשוק חופשי. או האם יש לחייבו בזכות קדימה.

(להשלים מאודליה)

כשהיה חוק זכות קדימה בארץ היה חייבים במצב זה להציע זכות קדימה. לפי ההלכ הזה מסובך יותר- אם בעל הקרקע מכר אותה לצד ג'- יקחו את הקרקע מצד ג' לשכנים/שותפים. למה צריך צעד עקיף זה ולא להעביר ישירות לשותפים/שכנים? רואים את הקונה כשלוחו של השכנים/שותפים. וזאת משום שאי אפשר לחייב אדם למכור לאדם אחר שכן לצורך עסקה צריך גמירות דעת. אולם למנות שליח להליכים משפטיים אפשר. פה אין מינוי של שליח מכוח הסכם אלא זו מעין שליחות מכוח הדין- הקונה הוא כאילו שליח ולכין לשכן תהיה זכות לסלק את הקונה ולקבל את הקרקע לעצמו בתנאי שישלם את המחיר ששלים הקונה. וזאת משום ש"ועשית הישר והטוב בעיני השם"- החכמים הללו תפסו את הכלל "דינא דבר מצרא" כהגשמה של עשיית הישר והטוב- כי פה מסייעים לאחד מבלי לפגוע באחר: המוכר מקבל את הסכום שהיה אמור לקבל, הקונה לא הפסיד הפסד של ממש כי יכול לקנות קרקע אחרת, והשכן הרוויח כי קיבל קרקע שבשבילו יש לה ערך מוסף.

שימי לב, זה מסוייג רק למקרה בו באמת יש עשיית הישר והטוב, כך שאין פגיעה ממשית שאף אחד מהצדדים. למשל, במצב בו יש פגיעה.

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

2. "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:

א. 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.

3. 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.

4. 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.

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

עקרון הישר והטוב שמופנה לבית הדין ועליו ליישמו במישורים שונים:

1. "לפנים משורת הדין"-

נראה כמה מקרים בהם בסוגיות התלומודיות חכמים נהגו בעצמם או הורו לנהוג לפנים משורת הדין. ונבין תמונה כללית יותר שעולה מאותם מקרים:

א. 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 יבודה 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.

רבי ישמעאל נוהג לפנים משורת הדין והוא לא רוצה להמנע מלסייע לאותו סבל.

**12.06.13**

מקרה נוסף בו היתה התנהגות לפנים משורת הדין:

הגמרא מספרת שרבא בנו של בר-חנן שברו לו סבלים חבית של יין והוא רוצה פיצוי על הנזק שגרמו לו. מאחר שמדובר בסבלים שאין להם הרבה כסף ואין לו דרך גבות מהם הוא לוקח את הגלימה שלהם (מעיל עליון) כערובה שתבטיח את החזרת הנזק או לחלופין הוא יוכל למכור את זה.

באו להתלונן לפני הרב על על מה שהתלמיד שלו עשה להם. הרב אמר לתלמידו להחזיר להם את הגלימה. רבא שואל אותו למה? האם זה הדין? (הוא תמהה על הקביעה שלפיה עליו להחזיר את הגלימה) הרב אומר שזה הדין כי ספר משלי יש פסוק שרשום שצריך ללכת בדרך טובים ולשמור אורחות צדיקים. הרב מחייב את תלמידו להחזיר את הגלימה כי עליו ללכת בדרך טובים.

רש"י מסביר שבדרך טובים זה לפנים משורת הדין ולפנים משורת הדין צריך להחזיר את הגלימה. הניסוח של רב כלפי רבא זה לא שראוי להחזיר את הגלימה אלא כציווי להחזיר את הגלימה והוא אומר שזה הדין כי צריך ללכת בדרך טובים.

הסבלים לא הסתפקו בכך שהחזירו להם את הגלימה ואומרים לרב שהם עבדו כל היום והם עניים ורעבים ואין להם מה לאכול. הרב אומר לתלמידו ללכת ולהביא להם את המשכורת שלהם (השכר שהיו צריכים לקבל לו לא היו שוברים את החבית) רבא מתקומם ושואל האם זה הדין? הרב אומר שכן זה הדין כי אורחות צדיקים צריך לשמור (המשך של הפסוק מקודם) צריך לנהוג לפנים משורת הדין גם כדי להחזיר להם את הגלימה וגם לשלם להם שכר טירחה לאותו יום גם אם לא יצא לתלמיד כלום מהפועלים.

רבא לא רצה לנהוג לפנים משורת הדין והרב כופה עליו במובן מסוים לנהוג לפנים משורת הדין.

שימי לב שהמערכת יחסים בין רב לרבא היא לא רגילה- זה תלמיד ורבו ולכן יכול להיות שבגלל זה הרב מרשה לעצמו לחייב את תלמידו לנהוג לפנם משורת הדין. לא ידוע מה היה אם זה היה רב ואדם אחר שלא תלמידו.

תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צט עמוד ב: דוגמא נוספת היא אשה שהביאה דינר לרבי חייא (פעם שווי המבטע היה נקבע לפי המשקל שלה והשליט היה מטביע חותם על מטבע. כשמקבלים מטבע צריך לבדוק מה שוויה לפי משקלה). רבי חייא היה מומחה מיוחד לענייני כספים (שולחנאי). הגמרא מספרת שאשה באה לרבי חייא לבדוק את המטבע ורבי חייא נותן לה חוו"ד חיובית על המטבע. למחרת האשה באה לפני רבי חייא ואמרה שהיא הראתה את המטבע ואמרו לה שהוא מזוייף והיא באה אליו בתלונות כדי שיפצה אותה.

רבי חייא אמר לרב שילך להחליף את המטבע לאשה ולכתוב בפנקסים (ספרי החשבונות) שזהו עסק ביש (נגרם לי הפסד) רבי חייא לוקח על עצמו לפצות את אותה אשה ולהשיב לה את שווי המטבע. הגמרא שואלת למה רבי חייא עשה כן? הסיבה היא שהגמרא קובעת שכאשר אדם נותן חוו"ד מוטעת ונגרם נזק עקרונית יש להם חובת אחריות, הגמרא אומרת שאם מדובר במומחה מיוחד מאוד שנתן חוו"ד מוטעית שגרם נזק הוא יהיה פטור מלפצות את הניזוק (למה? הרי נראה שזה הפוך...) הסיבה היא שאנחנו מניחים שאם מומחה כזה גדול טעה טעותו היא לא רשלנות אלא אונס- היעדר רשלנות. מכאן שרבי חייא כביכול פטור אז למה הוא שילם לה פיצוי? הוא פעל לפנים משורת הדין ולא ניצל את העובדה שהוא מומחה.

**יש מחלוקת בראשונים- האם מהמקרים הללו אנחנו למדים שביה"ד יכול לחייב אדם לנהוג לפנים משורת הדין?**

מרדכי בבא מציעא אומר שכיוון שרואים שהיו כופים לנהוג לפנים משורת הדין, גם בביה"ד שלנו אנחנו כופים לעשות לפנים משורת הדין- אם היכולת בידו לעשות.

מרדכי נותן דוגמאות לעוד רבנים אשכנזים מבעלי התוספות שגם חשבו כמוהו.

הרא"ש חולק על עמדה זו וסבור שלא כופים לפנים משורת הדין.

הרמב"ם לא קובע שחייבים להחזיר אלא שקודם כל זה שלך ולמרות שזה שלך אם אתה רוצה ללכת בדרך הישר אז תעשה לפנים משורת הדין.

מתעורר הקושי מדבריו של הרב מרדכי- איך אפשר לכפות לנהוג מלפנים לשורת הדין? מרדכי אומר שרק אם יש יכולת- רק אם עשירים (אבל יש דין שאומר שדין עשיר כדין עני) וזה מלמד שזה נשאר במישור של לפנים משורת הדין כי אם זה היה דין זה לא רלוונטי להבחין בין עשיר לעני, ההבחנה יכולה להיות רק במקרה של לפנים משורת הדין ומרדכי כופה לפי המצב הכלכלי- אם זה פער כלכלי משמעותי אז הוא יכפה מלפנים לשורת הדין בעד העני. העובדה שזה תלוי במצב כלכלי מלמדת שלמרות שביה"ד מעורב בזה זה עדיין במישור של לפנים משורת הדין והחידוש הוא שביה"ד שמעורב וכופה לנהוג לפנים משורת הדין.

השאלה הנכונה היא מתי ביה"ד יכפה ומתי הוא יתעלם?

1. שיקול ראשון הוא במצב הכלכלי כפי שראינו אצל מרדכי.
2. שיקול נוסף הוא שברור שמצפים מתלמיד חכם לנהוג לפנים משורת הדין יותר מאשר אדם רגיל ולכן זה הסיבה שרב כופה על רבא בר חנן.
3. בעלי התוספות מעלים שיקול נוסף- נניח במקרה של הארנק- אם נוהגים לפנים משורת הדין ומחזירים את הארנק אני לא מפסיד כסף (לכל היותר אני לא מרוויח) אבל לפי רבי חייא שהוא נהג לפנים משורת הדין הוא הפסיד כסף, אותו דבר רבא ששברו לו את החבית, ככל שההתנהגות לפנים משורת הדין מונעת רווח הציפייה שתנהג לפנים משורת הדין גבוהה יותר, כאשר זה יגרום לך הפסד אז הציפייה היא נמוכה יותר.
4. בעלי התוספות מעלים עוד שיקול- צריך לנהוג כאדם רגיל ולא לנצל את הפטור שניתן לי. כמו בסיפור עם רבי חייא שפטור כי הוא מומחה מיוחד וההתנהגות שלו לפנים משורת הדין אמרה שהוא לא מנצל את המעמד המיוחד אלא נוהג ככל אדם אחר ומפצה על הנזק שנגרם. לעומת זאת, במקרים כמו של החמורים והארנק אין פטור שמיועד לקבוצה נבחרת או אדם נבחר- כל אחד שנגרם לו נזק רשאי לקבל פיצוי. ההתנהגות שם לפנים משורת הדין המשמעות שלה היתה- אל תנהג כמו שרוב בני האדם יכולים לנהוג אלא ממך רוצים התנהגות ברמה גבוהה יותר ושאתה תשלם שכר ותוותר על הנזק שלך למרות שרוב בני האדם לא חייבים לעשות את זה. ככל שיש לך יותר פטור אז אומרים אל תנצלי את הפטור אלא תנהגי כמו כל אדם. צריך לשקלל את כל הנתונים השונים כי הם יכולים להביאנו לתוצאות שונות.

**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.

לדוגמא: ראובן ושמעון מתדיינים- אחד משלם כסף לעד שקר שיעיד לטובת ראובן. אותם עדים באים למשפט וביה"ד מחייב את שמעון לשלם לראובן. אם אחרי כמה שנים זה מתגלה ולא מוצאים את העדי שקר אז אני השוכרת יעלה למשפט על כך שלקחתי עדי שקר ואני אהיה חייבת בנזק עקיף- דיני שמיים. אי אפשר להגיד שאין קש"ס ושאין אשם- יש הכל אבל עדיין זה עקיף וזה דיני שמיים.

הדין של "גרמה" (פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים) הוא לא נדיר בהלכה אלא נפוץ מאוד- הרוב של דיני הנזיקין!

רש"י אומר- פטור מידי אדם לשלם וחייב בדיני שמיים זה עונש משמיים לאנשים הרשעים.

הראב"ן אומר- שאין הכוונה שרק משמיים יענישו אותך אלא שביה"ד ממש יהיה מעורב בעניין ולא כופים עליו והמטרה היא שישתכנע וירצה את חברו. ביה"ד לא כופה אלא גורם לך לרצות את חבריך- לא בהכרח לשלם את כל ה-100%, אפשר להתפשר עם החבר על סכום מסויים. המטרה של חייב בדין שמיים הוא שבסופו של דבר החייב בדין שמיים ישלם את הנזק!

ים של שלמה- לא צריך לכפות בדברים של שמיים אבל צריך לדחוק בו שישלם. כל מקום שאומרים חייב בדיני שמיים לא סתם יענישו אותך משמיים אלא רוצים שהוא ישלם, או הכל או חלק.

המשותף ללפנים משורת הדין ולחיוב בידי שמיים הוא שבשניהם ביה"ד בהחלט מעורב. מעודד לשלם כדי לצאת ידי שמיים וכדי מלפנים משורת הדין.

**האדם הפרטי: מידת חסידות**

אם אדם יודע שבבוא הזמן הנכסים יתחלקו לפי דין והוא רוצה לשנות את החלוקה אז הפיתרון שהיום הוא יעשה צוואה- הוא מצווה מה יעשו בנכסיו לאחר מותו.

בהלכה- כאשר אדם נפטר יש כללים מיוחדים ואם אדם רוצה לשנות זאת אז הוא עושה "מתנה מחיים" (כי התפיסה היא שאדם לא יכול לקבוע מה יעשו בנכסים לאחר מותו). נותן דבר כאילו במתנה וממשיך להשתמש בו ורגע לפני שהוא מת הוא מעביר את המתנה. אם אדם עושה זאת נחלק את מה שהוא ציווה ונחלק את הנכסים בהתאם למתנות שהוא חילק ולא לפי החלוקה שנקבעת בדין. המשנה אומרת-אדם שלא רוצה שבניו ירשו אותו ונותן נכסים לאנשים אחרים אז ביה"ד יכבד את מה שהוא עשה אבל החכמים לא מרוצים מההתנהגות הזו.

רשב"ם: החכמים כועסים עליו שהוא עוקר ירושה של התורה ונותן למישהו אחר. וזה לא התנהגות רצויה.

תלמוד בבלי מסכת בבא קם:

אדם שגזל (או שלקח בכח או שלא מחזיר משהו של אחר) ואדם שהלווה בריבית (אסור להלוות בריבית, זה כמו גניבה) ועכשיו רוצה "לחזור בתשובה"- לתקן את דרכיו ולהפסיק לגבות ריבית והוא מתחרט על מה שהוא עשה. התשובה שלו לא תתקבל כל עוד לא החזיר לכל אחד בדיוק את מה שמגיע לו.

הברייתה אומרת שהגזלנים שהחזירו את הריבית אז התשובה שלהם תתקבל אבל מי שמקבל מהם בחזרה את הריבית אז רוח החכמים לא נוחה מהם (כי אז אין תמריץ לאדם גזלן להפסיק להיות גזלן כי לא יהיה לו כסף אם הוא יחזיר לכולם את הריביות אז הרבנים לא מחייבים אבל מעדיפים שאנשים לא יקחו חזרה את מה שגזלו מהם כדי שאותו אדם יחזור בתשובה).

**הרב לחני'ץ- מרצה אורח** (שימי לב שהשיעור לא צריך להיות כאן כרונולוגית ולבדוק איפה הוא צריך להיות).

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.

בד"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 בהגשת 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.

הבחינה-
הבחינה מוגבלת בזמן (בין שעתיים לשעתיים וחצי) ובמקום

ציון על הנוכחות יתעדכן בהמשך

מבחן בחומר סגור- לא צריך לדעת מי הפוסק.

יכול להיות שיהיה קטע שנצטרך להתייחס אליו לאור החומר (כמו אנסין לדוגמא), יכול להיות 3 סוגי שאלות: שאלה בצורה של אירועון קצר, לעלות דיונים לשני כיוונים, ציטוט ממקור מסויים שיהיה קריא ונגיש וברור.

שאלה אינפורמטיבית- מושגים ועוד, שאלות מתנה.

להסתכל באינטרנט על המבחנים של יעקב בעולם המשפט.

אפשר לשלוח שאלות בקבוצת ציון אם יעקב יפתח.

יש בנוסף עוד מספר מאמרים שיעקב יפרסם וצריך ללמוד אותם.