כל מה שצריך למבחן - מבוא למשפט עברי

תוכן

[איסורא וממונא 1](#_Toc46089582)

[תורה שבע"פ ושבכתב 2](#_Toc46089583)

[ציות לחכמים 2](#_Toc46089584)

[היחס למחלוקות 3](#_Toc46089585)

[הכרעת מחלוקות 4](#_Toc46089586)

[נבואה 4](#_Toc46089587)

[תוקפו המחייב של התלמוד 5](#_Toc46089588)

["הלכה כבתראי" 5](#_Toc46089589)

[תקדים בהלכה 6](#_Toc46089590)

[המקור לסמכות חכמים בתחום החקיקה 7](#_Toc46089591)

[ביטול תקנות חכמים 9](#_Toc46089592)

[תקנות קהל 10](#_Toc46089593)

[מנהג 11](#_Toc46089594)

[חוקי הכנסת 11](#_Toc46089595)

[מוסר 14](#_Toc46089596)

[כללי 19](#_Toc46089597)

[צקליסט קייס משפטי 19](#_Toc46089598)

[שות התשב"ץ 19](#_Toc46089599)

[שות שבות יעקב 20](#_Toc46089600)

# איסורא וממונא

הבדלים בין איסורא (מותר ואסור) לממונא (בין אדם לחברו ובעיקר עניינים כלכליים):

1. דיני ממונא יותר **גמישים** מאיסורא.
2. **שות מהריק:** "**ספק ממנות לקולא סמפק ממונות לחומרא**" –קשור להמוציא מחברו עליו הראיה.
3. כתובות- דין ודברים אין לי בנכסיך: אפשר להתנות על דיני ממונות, אבל כל עוד ההתניה לא מפורשת, ננסה לצמצם את ההתניה כמה שאפשר.
4. **תוספתא:** אסור להתנות על דיני איסורא, כגון: ריבית ויבום.
5. מידת הגמישות בהתקנת תקנות ומנהגים שסותרים דיני איסורא היא מצומצמת לעומת ממונא.
6. אפשר **להתנות על דיני ממונא** (מחלוקת), דוגמאות:
	* **הרשב"א:** התנאה מראש **שהאב ירש את ביתו** ולא בעלה (להלכה לא אפשרי כי זה מנהג של דיני הגויים).
	* **התנאות בהסדרים של נישואין**- קידושין שמותנה בהסכם האב/ התנאה שלא יתן מזונות.
	* **אפשר להתנות על דיני שומרים** (רמת האחריות, נטל ההוכחה וכללי השמירה).
	* אפשר להתנות **על דין הונאה** בצורה ספציפית על עסקה מסוימת (לא באופן כללי).
	* אפשר להתנות על חוב ספיציפי **שדין שמיטת כספים** לא תחול עליו (לא באופן כללי).
7. **שערי יושר-** למרות שגזל זה גם איסור וגם ממון, הממון הוא זה שיוצר את האיסור ולכן מדובר על ספק ממון.

# תורה שבע"פ ושבכתב

תורה שבע"פ ותורה שבכתב הועברו למשה בהר סיני. היה איסור לכתוב את התורה שבע"פ (נכתב בסוף כהוראת שעה מחשש להיעלמותה). מדוע התורה שבע"פ גם לא נתנה בכתב:

1. **י"א:** כדי שהתורה לא תופץ ותשאר אצל עם ישראל.
2. **ר' יוסף אלבו (ספר העיקרים)** מונה 2 סיבות:
	1. התורה דינמית ויש להתאים את הדברים למציאות המשתנה וזה ניתן רק בעל פה.
	2. מבחינה טכנית לא ניתן.

\*

**הרמב"ם** חילק את התושב"ע לחמישה חלקים:

1. **פירושים מקובלים מפי משה** (יש אסמכתא מהכתוב) - אסור לחלוק – דאורייתא
2. "**הלכה למשה מסיני**" (אין אסמכתא מהכתוב) - אסור לחלוק. - דאורייתא
3. **מדרשי ההלכה** (הוצאו על דרכי עיון וסברא ע"י חכמים) - ניתן לחלוק. – מחלוקת רמבם רמבן מה הנקודת הנחה – האם דרבנן או דאווריתא.
4. **גזרות של חכמים**- לא נקבע לפי התורה (החמרה לאיסור-קשור לדת) - ניתן לחלוק. - דרבנן
5. **תקנות ומנהגים של חכמים**-לא נקבע לפי התורה (בין בנ"א, למשל ממונות- קשור לחברה) - ניתן לחלוק. – דרבנן

\*

הסיבות שהצמידו מדרשי הלכה לפסוקים: **1.** מקבל משנה תוקף אצל הציבור **2.** נוח לזכור.

מה דין מדרש הלכה מחובר לפסוק?

1. **הרמב"ם** - **הלכה היא** **מדאורייתא**, גם אם היא נמצאת בתלמוד, בתנאי: **1.** שחכמים פירשו אותה לפי 13 המידות **2.** הדגישו שהיא דאורייתא. (נקודת הנחה שזה דרבנן, אלא כן הדגישו)
2. **הרמב"ן** - נק' המוצא צריכה להיות שכל מדרשי ההלכה הם דאורייתא אם פורשו ע"י 13 המידות, אלא אם צוין שהיא דרבנן.

# ציות לחכמים

**סמכות חכמים מסווגת לשניים:**

 **חכם כשופט** - מפרש את התורה ומכריע ויכוחים. **חכם כמחוקק** - גוזר גזרות ומתקין תקנות.

**המקור לסמכויות החכמים כשופטים –** פרשת "זקן ממרא" (דין המיתה הוא רק לחכם שהיה בדעת מיעוט ויצא נגד הדין) –"לא תסור מן הדבר...".

**עמדות בנוגע לחובת הציות לדברי חכמים:**

בעד חובת ציות לחכמים בכל מצב:

* **רמב"ם**- "כל אשר יורוך". - מצוות עשה להקשיב לחכמים (לכל ה5 הסוגים) ויש גם מצוות לא תעשה של "לא תסור"
* **ברייתא-** "בימים ההם"- כל בית דין הוא כמו של משה, אין לערער עליו.
	1. **רש"י** על הספרי - "ימין שהוא שמאל..." - ציות "עיוור" לחכמים גם אם אתה חושב שהחכם טועה.
	2. **הרמב"ן** - רוצים להימנע מ"תעשה התורה לכמה תורות". יתכן והחכמים טועים, אבל נעדיף טעות אחת על ריבוי תורות. לבסוף אומר שעל אדם להאמין שחכמים לא טועים כי ה' מכוונם. הקב"ה אמר להקשיב להם גם אם טועים.
	3. **ספר החינוך והר"ן**- עדיף לסבול טעות אחת ושכולם יהיו מסורים לפסיקה אחת.
	4. **רבן גמליאל ור' יהושע ביום כיפור ( מ' ראש השנה)**- אין לחלק על קביעת בית דין כי היא מוסמכת מ71 זקנים שבתורה. פקפוק עליה יביא לערעור המוסד.
	5. **קצות החושן**-ה' נתן את התורה לפי הכרעת השכל האנושי, גם אם לא אמת אובייקטיבית – ה' לקח בחשבון שיהיה טעויות..
	6. **שו"ת אגרות משה**- ה' הביא את התורה ועכשיו עומד בצד- הוא קבע כללי הכרעה. פרשנות חכמים מכריעה ואין להתעסק במה ה' התכוון.
	7. **עקידת יצחק**- בית דין לפעמים סוטה מן הכללים כדי להגיע לאמת ואדם פשוט יכול לחשוב שהם טעו כי אין לו ראיה רחבה. מה שנאמר לא תסור ימין ושמאל זה רק בעיניי המתבונן, כי הדיין לפעמים צריך לחרוג מימין לשמאל (בתוך מסגרת ההלכה) במקרים שהנסיבות מצדיקות. הוא אמר שדיין שהוא רובוט מחריב את העולם, ודיין צריך להפעיל שיקול דעת. הגדרת בית הדין זה להפעיל שיקול דעת- הרי כלל כל אחד יכול להפעיל.

נגד חובת ציות לחכמים בכל מקרה(רק כשצודקים)

* **תלמוד ירושלמי**- יש לציית לחכמים רק שצודקים, כשטועים לא.
* **מסכת הוריות**- תלמיד חכם לא מסתפק בפר העלם דבר, אלא צריך להביא חטאת, והגמרא אומרת שהוא לא היה צריך להקשיב לחכמים, כי שהוא בטוח שהם טועים לא צריך להקשיב- סימן שאין חובת הקשבה.
* **דברי הרב ודברי התלמיד מי שומעין**?
* **דרך ליישב:** רק תלמיד חכם יכול לחלוק על בית הדין כשחושב שהם טועים.

# היחס למחלוקות

**האם מחלוקות בהלכה דבר חיובי או שלילי:**

דעות שטוענות שהיא שלילית:

* **תוספתא**- פעם לא היו מחלוקות, מאחר שבי"ד מקומי(23 דיינים) לא ידע את המסורת הוא היה פונה לבי"ד אחר עד שהיו מגיעים לבי"ד בלשכת גזית(71 דיינים) ואם הוא לא ידע היו מכריעים בהכרעת רוב. משרבו תלמידי הלל ושמאי רבו המחלוקות כי לא למדו מספיק- זאת אומרת האידיאל הוא ללא מחלוקות. היום אין סנהדרין
* **ירושלמי­** בתחילה המחלוקת הייתה רק בעניין הסמיכה. בתקופת שמאי והלל התרחבה שאלת המחלוקת, והשאלה היא לא רק בעניין הסמיכה, אלא כבר 4 מחלוקות מאחר שלא שימשו כל צרכם. אלא טיהרו ואלא טימאו ומאז המחלוקות רבו עד בו המשיח.

דעות שטוענות שהיא חיובית:

* **ברייתא**- אל יגיד אדם שלא ילמד בגלל הפירושים הרבים כי ה' הביא לריבוי הדעות ולכן יש ללמוד את כל הדעות – כל הדעות מה' – בעלי אסופות.
* **גמרא-** במחלוקות הלל ושמאי "אלו ואלו דברי אלוקים חיים". הכריעו לדעת הלל מאחר: 1. הציגו את דברי שמאי בתחילה ולכן זה מוכיח שהם יותר בקיעים 2. בשל צניעותן, מראה שהתחשבו בזולת.
* **לא ידוע-** שתי עמדות נכונות, בנסיבות שונות נאמץ עמדות שונות.
* **ריטבא-** כשמשה קיבל את התורה ה' הציג דעות שמתירות ואוסרות על נושאים שונים. בעצם האדם מכריע את ההלכה ומחלוקת היא לא תקלה. בכל נסיבה נבחר דעה שונה.
* **תוספתא**: למה מציינים את דעת המיעוט?

**חכמים-** שנדע שנפסלה, ואין היא ההלכה – לחזק את דעת הרוב.

**ר' יהודה**- בנסיבות מסוימות נשתמש בדעת מיעוט. דוגמא לדעת ר' יהודה:

* נקבע להלכה לפי ר' יהודה שמותר לטלטל פמוט בשבת שכבה רק אם לא השתמשו בו. ר' שמעון התיר גם אם השתמשו בו וגם אם היה דלוק בכניסת שבת. בתקופה שהיה בעייתי להדליק נרות חנוכה בחוץ בגלל הגויים, נוצרה בעיה כאשר הדליקו נרות חנוכה לפני שבת ורצו להכניסה כשתכבה בגלל הגויים. במקרה זה של שעת דחק השתמשו בדעת המיעוט של ר' יהודה והתירו. דבר זה מראה שאלו ואלו דברי אלוקים חיים.

האם יש מחלוקות בהלכה למשה מסיני?

* **הרמב"ם**- **לא** יתכן מחלוקת כי היא עברה במדויק מדור לדור. מדרשי הלכה והלכות חכמים כן כי הם בדרך פרשנות (סברה)
* **ר' שמואל בן חופני**- **כן** יכולה להיות מחלוקת כי יתכן ששמעו לא נכון.

# הכרעת מחלוקות

סיכום כללי ההכרעה:

1. יש מחולקת ואין מסורת בכלל בנושא– מכריעים על פי רוב.
2. יש מחלוקת ויש רק חכם שמכיר את המסורת – הולכים על פיו.
3. יש מחלוקת ויש שני חכמים שאומרים שמכירים את המסורת אבל אלה מסורות חולקות – הולכים לפי רוב של המסורות כלומר אם אחד ממכיר את המסורות משני רבותיו השונים ויש מצד שני שלושה שמכירים את המסורת מרב אחד הולכים לפי הראשון.
4. יש מחלוקת -ואין רוב אז הולכים לפי "רוב איכותי" "גדול בחוכמה ובמניין"
5. אם אין הכרעה של רוב איכותי אז בדברי תורה מחמירים ובדברי סופרים מקלים.
6. כללי הכרעה שמיים – "הלכה לפי רבי עקביא" וכו'
7. הלכה כסתם – במקום שרבי יהודה הנשיא לא ציין את של הפוסק נתייחס לכך שמדובר בהכרעת הרוב וכדעת הרוב.
8. א"א לבחור כל סוגיה רב אחר.

# נבואה

**נבואה- האם הוא כלי לגיטימי להכרעה במחלוקת הלכתית?**

דעות שנבואה היא כלי לא לגיטימי

* **בבלי, מסכת תמורה-** יהושע ושמואל אומרים שנביאים אינם רשאים לשחזר דברים הלכתיים. יכולים רק בענייני רשות ליציאה למלחמה , החזרה בתשובה, תוכחה, אך לא הלכה. שולל יחס בין הלכה ונבואה.
* **תנורו של עכנאי**- מוכח שם שלא ניתן להכריע הלכה ע"י נבואה כי "לא בשמיים היא" ויש לפסוק לפי דעת הרוב "אחרי רבים להטות. חכמים נידו את מי שהשתמש בנבואה. אפשר להבין שגם אלוקים תומך בגישה זו.
* **בבא מציעא**- מרגע שניתנה התורה, אם יש מחלוקת בין אלוקים לאדם, חכמים קובעים גם אם סוטים מדרך ה'(בעצם נבואה). דעה זו לא הוסכמה בתלמוד כי היה שימוש בנבואה.
* **הרמב"ם**-אין נביאים יכולים לחדש בענייני הלכה בשם נבואה. אם נביא יבקש להציג עמדה שונה, לאחר עיון וסברא- יש לתת לו משקל זהה לחכמים אחרים ונכריע לפי רוב. אדם המתערב בהלכה מכוח הנבואה, הוא נביא שקר – משה אמר זאת (לא בשמים היא). תפקיד הנביא: 1. דרבון ענייני מצווה והלכה . 2.ענייני רשות- יעוץ למלך האם לצאת למלחמה וכו'.

דעות שנבואה היא כלי לגיטימי

* **מסכת עירובין-** במחלוקת בית הלל ובית שמאי יצאה בת קול ואומרת: "אלו ואלו דברי אלוקים חיים והלכה כבית הלל". ההכרעה כאן נעשתה ע"י בת קול.
* **ספר הכוזרי-** מתיחס לפסוק שסור לגרוע ולהוסיף על התורה. טוען שהכוונה היא לאדם פשוט אך **נביאים** וחכמים יכולים לחדש כי ה' מכוון אותם. בנוסף, חכם מול נביא, נביא עדיף.

 דעת אמצע

* **הרב קוק-** נביא לא יכול להוסיף ולגרוע אם אפשר להכריע(כמו עכנאי), אך במקום שאי אפשר להכריע באמצעים רגילים אפשר להסתמך על נבואה (בית הלל ושמאי).
* **הרב קוק**: במקום שיש מחלוקת שלכל צד יש הסבר טוב, אז אפשר להכריע, במקום שאין הסברים, א"א להכריע כי זה נראה כמו תורה חדשה.

דוגמאות לפסיקה מנבואה: 1. שו"ת מן השמים. 2. המגיד ישירים.

# תוקפו המחייב של התלמוד

תלמוד לא יסתור משנה, וחכם מאוחר יותר לתלמוד לא יחלוק על התלמוד והמשנה.

במקרה של מחלוקת במשנה אמורא יכול לאמץ לו דעה.

 מה מקור התוקף המחייב של התלמוד?

* **רמב"ם**-המעמד המחייב של התלמוד אינו נובע מעליונות של חכמי התלמוד, כי אם מהכרעת הרוב של חכמי ישראל לגביהם.
* **כסף משנה**- מקשה על הרמבם, לפי דבריו, למה אמוראים לא חולקים על תנאים? לדעתו ברמה הפורמלית אפשר לחלוק על מי שקדם לך. אולם הסכימו האמוראים לא לחלוק על התנאים ולכן אין חולקים עליו – מכח ההסכמה ולא מכח הגדולה של הדור הקודם.
* **חזון איש**- המעמד המיוחד שיש לתלמוד נובע מהעליונות של חכמי התלמוד- ירידת הדורות.
* **שולחן ערוך**-בטעות בדבר משנה (טעות בדבר מוסכם כגון דינים מפורשים במשנה, בגמרא או בדברי פוסקים הראב"ד: כולל גאונים. הרא"ש: לא כולל גאונים)-מבטלים את פסק הדין.

בטעות בשיקול דעת (לא הייתה הלכה, ובי"ד טעה בסברתו)- ישנה אחריות לבי"ד לפצות את הנפגע.

* **הרמ"א**- חולק על שולחן ערוך, הוא מתיחס לטעות בדבר משנה ואומר שאי אפשר לחלוק על התלמוד, אולם על דברים מוסכמים אחרים אפשר לחלוק.

# "הלכה כבתראי"

1. הגדרה: 2 הלכות מתקופות שונות הסותרות אחת את השניה, נעדיף את החדשה יותר. מתקיים רק שהסתמך על פוסקים שקדמו לו (הנ"ל מדור רביעי לאמוראים).

בעד הלכתא כבתראי (הלכה כאחרונים) (יותר נפסק אצל האשכנזים)

* 1. מדור רביעי צורת הלימוד השתנתה משינון לעיון עצמי, לכן הועדפו אחרונים.
	2. **בעלי התוספות**- מרבא פוסקים לפי אחרונים כי דקדקו יותר מראשונים בהלכה.
	3. **ש"ות מהרי"ק על התוספות**- נפסוק כאחרונים גם אם הקלו וגם תלמיד נ' רבו. מביא דוגמא שהבבלי עדיפים על הירושלמי כי הם הכירו את הירושלמי והירושלמי לא את הבבלי. בעצם האחרון הכיר את נימוק הראשון ולא הפוך. למה מרבא? כי סדרי הלימוד השתנו. הם לא שיננו את רבותיהם, אלא למדו את כל הדעות והתעמקו ולפי זה הלכו.
	4. **הרא"ש**- טעות בדבר משנה זה רק שלא ראית את המקור, אבל אם האחרונים רואים את דברי הראשונים אז יש להם עדיפות, כי הלכה כבתראי. אפשר לחלוק על גאונים.
	5. **שו"ת הרי"ד**- המאוחרים הם ננסים הרוכבים ע"ג הענקים (הקודמים להם).
	6. **הרמ"א**- כתב את ספרו בשביל לחלוק על השו"ע, כי חייבים לפסוק הלכה כבתראי, כי אולי אם הראשון היה רואה את מה שכתוב, היה משנה את דעתו.

 נגד הלכתה כבתראי (יותר נפסק אצל הספרדים)

* 1. **שו"ע** של רבי יוסף קארו הוכרע לפי שלושה חכמים ראשונים(הרמב"ם, הרי"ף והראש).
	2. **הרמבם:** אין עדיפות לאף אחד, פוסקים כל מקרה לגופו (למעט אמוראים, שאותם קיבלו כל עם ישראל)
	3. **מהרם אלשקר:** הלכה כבתראי זה נכון רק בין האמוראים, אבל אחרי חתימת התלמוד – תמיד יש עדיפות לוותיק יותר (לא חייבים לקבל את דעתו, אבל יש לו עדיפות).
	4. **גט פשוט:** אומרים הלכה כבתראי רק במקרה שהאחרון שווה לראשון, אבל בגלל שזה אף פעם לא קורה- לא פוסקים ככה.

# תקדים בהלכה

 אינו מחייב אלא מנחה, מה הסיבות לכך ומקורות?

* 1. **רמב"ם-** חשש שיטעו בסברות ויהיה עיוות דין. מתיחס לאדם שפוסק לבד בלי להתייעץ. מי שרוצה לפסוק על בסיס תקדים, חייב להתייעץ עם גדול אחר.
	2. **בבא בתרא**- לא להגביל לדיין את שיקול הדעת- אין לדיין אלא את מה שעיניו רואות (הריטבא: נכון בדברים שקשורים לסברא- כל דיין צריך ללכת אחריו לבבו).
	3. **תוספתא סנהדרין-**  1. תלמיד לפני רבו צריך להגיד דעתו (=תקדים לא מחייב) 2.כל פוסק צריך לפסוק בעצמו, ואם יטעה, זה "כללי המשחק".

 מקורות שמראים שתקדים אינו מחייב אך בעל משמעות

* **שו"ת מהרי"ל**- הלכות מתשובות קודמות (שו"ת עם פסק) הם מקור מנחה טוב יותר מפסיקה תאורטית כי הם הלכה למעשה. **– ההלכה למעשה עוזרת לנו להבין את הצדדים השונים ויש לתת לזה משקל**.
* **שו"ת רבי אברהם**- ספר פסיקה נועד לתת כללים ברורים, בלי חילוקים. לעומת-זאת תשובה הלכתית קונקרטית יכולה לתת את דבריה לשיעורין, כי תפקידה הוא חד פעמי. – בעתיד ילמדו מהתשובה, אבל לא יפסקו בול אותו דבר זה הסיבה שבתלמוד חילקו חילוקים- כל פס"ד צריך התייחסות לתקופה שלו. אם כן, יש משמעות לתקדים, אבל לא מחייב (בהתאמה למציאות).
* **"קים לי" - ברור לי-** במקרה של פסיקת בי"ד סביב ויכוח **ממוני** בין שני אנשים, כאשר הדיין בחר דעה מבין כמה, יכול המפסיד לטעון, כי הוא חולק על דעת הרוב והוא סבור כדעת המיעוט. הלכה זו יכול לטעון רק המחזיק בנכס, אשר מבקשים להוציא ממנו במטרה להשאיר את המצב כפי שהוא.
* "קים לי" יוצר חוסר משמעות לביה"ד. "לשוא עמלו בונים" - מייתר את ההלכה והפסיקה. לכן יש מגבלות -
	+ לא ניתן לטעון נגד דברי השו"ע והרמ"א **(אורים ותומים).**
	+ לא ניתן להשתמש: נגד פוסק המקום **(הרדב"ז)**
	+ לא ניתן להשתמש: נגד מנהג הקיים באותו מקום. **(הרדב"ז)**
	+ לא ניתן להשתמש ביחיד מול רבים (שיהיה יחיד מול יחיד). **(הרדב"ז)**
	+ לא ניתן להשתמש נגד פוסק שמעמדו יותר גבוה. **(הרדב"ז)**
	+ לא ניתן להשתמש כאשר שני הפוסקים לא מוכרים (אפילו ששתיהם באותו מעמד). **(הרדב"ז)**
	+ **חבה**: לא ניתן להשתמש באי עקביות (במקרה אחד אלך לפי פוסק זה ופעם לי אחר).
	+ במקרה של דיין מומחה שקיבלו עליהם, א"א אחרי ההפסד לטעון קים לי (כי הם הסכימו לפסיקת הדיין) **(הרדב"ז)**

**יביע אומר** סבור שקים לי זה דין בשלב הפסק דין (בדיונים, האדם צריך להזכיר את דעה זו, והדיין צריך לשקלל את זה בשיקוליו) מנגד יש אומרים שזה דין בהוצאה לפועל (אחרי שהדיין החליט, אני לא מסכים להוציא את זה ממני עקב טענת קים לי) **הנפקא מינה:** היכולת לבצע תפיסה. אם זה שלב בפסק הדין- א"א לבצע תפיסה כי הדין לא נקבע, אבל אם זה בשלב ההוצאה לפועל, אפשר לבצע תפיסה.

למה צמצמו את דין קים לי? 1. למנוע מצב של כל דאלים גבר. 2. לצמצם זליגה לבתי דין של גוים.

# המקור לסמכות חכמים בתחום החקיקה

* 1. למה מברכים בחנוכה "ברוך אתה ה'...וציוונו"? הרי חכמים קבעו חג זה. משום שאלוקים ציווה להקשיב לחכמים.

מאיפה נלמד את מקור הסמכות

* 1. **הרמב"ם-** "לא תסור" (רב אוויא) - ה' נתן לחכמים את הכוח לחוקק (איחוד הסמכות לשפוט ולחוקק). אימץ זאת משום שזה נותן לחכמים סמכות מהתורה לחוקק. **משקל חזק לחכמים**. לדוג'- מי שלא מדליק נר חנוכה, עובר על איסור תורה של "לא תסור", וכן מבטל עשה ("ככל אשר יורך..").
	2. **רמב"ן-** "זקניך יאמרו לך" (רב נחמיה) – "לא תסור" מדבר על הלכות שחכמים הסיקו מהתורה (פרשנות), אבל לא על חקיקה. פסוק שהוא לא הלכתי כמו "לא תסור". **פחות משקל לחכמים**. לדוג'- מי שלא מדליק נר חנוכה- עובר על איסור חכמים מהפסוק הנ"ל ומבטל עשה.

**"לא תוסיפו ולא תגרעו" -** כיצד זה מסתדר?

* 1. **רש"י**- לא לשנות מתכונת מצווה (5 המינים), אבל מותר להוסיף מצווה (אסור לשנות בתוך מצווה)
	2. **רמב"ם-** אסור להוסיף ולהגיד שזה דין תורה, אבל מותר אם מדגישים שזה דין חכמים.
	3. **רשבא וכוזרי-** האיסור הוא להמון העם, אבל לחכמים מותר להוסיף.

האם מותר לחכמים לחוקק חוקים שסותרים דין תורה? יש להבחין בין מצוות עשה לאל תעשה:

* **מותר** -כשהתורה אומרת לעשות וחכמים **"שב ואל תעשה"!** למשל, אל תתקע בשופר בר"ה שחל בשבת. צמצום נק' של "עשה" ולא ביטול טוטאלי. (דעה בראשונים: נכון רק אם הם לא אוסרים את המצווה לגמרי)
* **אסור** -כשהתורה אומרת על תעשה וחכמים אומרים **"קום ועשה"!**, **למעט** -
1. **"הפקר ביה"ד הפקר" -** לחכמים מותר להפקיר מפלוני ולהעביר לאלמוני מבלי שיחשב גזל.
* מקור: **1.** **עזרא**- הפקר לרכוש של מי שלא הגיע **2.** **יהושע** נותן לראשי בית אב של השבטים את הנחלות. כמו שאבות יכולים לחלק נחלות ככה גם חכמים(מקור יותר חזק כי יש פה גם לקיחה ולא רק החרמה).
* דוגמאות-
	+ **כלאיים-** בי"ד הפקיר בשביל שלא לעודד אנשים לגדל כלאים (שמותר לאכול מהם אבל רק אסור לגדל)
	+ **פרוזבול-** מעיקר הדין, שמיטה אמורה לבטל הלוואות. פרוזבול תוקן כך שהלוואה עוברת לבית הדין שהיא רשות ציבורית וכך השמיטה לא משמטת (מספיק שלושה אנשים, לא חייבים ממש בית דין). שואלת הגמרא- איך זה מותר, הרי זה לעבור על איסור תורה, ועונה, שמדובר על שביעית דרבנן, ולכן כל עניין שמיטת החובות הוא דרבנן. אם כן, מקשה הגמרא, כיצד חכמים שמטו חובות נגד איסור תורה של לא תגזול? עונים, הפקר בי"ד הפקר. (תירוץ נוסף: חכמים בשב ואל תעשה בכוחם לעקור דין תורה.)
	+ **כסף קידושין:** במקרה של שליח לגט, הבעל יכול לבטל את הגט כל עוד הוא לא ניתן. רבן גמליאל ביטל דין זה בשביל שלא יהיה טעויות. מה קורה כאשר אדם לא מקשיב לרבן גמליאל ומבטל את הגט בכל זאת? רבי יהודה: הגט מבוטל, והאישה עדיין אשת איש. רשב"ג: למרות שהגט מבוטל, רבן גמליאל במקרה כזה יבטל את הקידושין, כי כל המקדש על דעת חכמים הוא מקדש. אם כן, מה יקרה עם הכסף שאצל האישה ? הפקר בי"ד הפקר.
	+ לקיחה מקטן
1. **"הוראת שעה" -** לפי **הרמב"ם**, לעבור עבירה בשביל שמירת הלכות הרבה. הדוגמא המפורסמת - אליהו בהר הכרמל- עבר על איסור הקרבה מחוץ לבית המקדש (הבמות). – עת לעשות לה' הפרו תורתך.
2. **הוראת שעה בתחום הענישה- בית הדין מכין ועונשין** - כדי להעניש מהתורה נדרשים 2 עדים + התרעת העבריין טרם המעשה + 23 דיינים + אין מיעוט במשפט. לעיתים נפסקו עונשים גם ללא תנאים אלו עקב הוראת שעה (הרמב"ם: יש להזהר בתחום זה ולא "להגזים"), דוגמאות:
* סקלו איש שרכב על סוס בשבת לפי הוראת שעה(לא אסור מדאורייתא אך, אסור מדרבנן, אך רצו להרתיע מחלול שבת ואי ציות לפסיקות חכמים בתקופה זו).
* הענישו אדם שקיים יחסים במקום לא צנוע בהוראת שעה (לא אסור, אך לא ראוי)
1. **"הפקעת קידושין" –** ההלכה מנסה למנוע ממזרות, לכן נקבע שבמשך שנה מהרגע בו האישה נפרדה מבעלה, התינוק נחשב כצאצא של הבעל. בנוסף, גבר יכול לשלוח גט לאשתו ע"י שליח, וע"פ התורה הוא יכול לבטלו בבי"ד, במידה שהתחרט. אולם, קיים חשש ממזרות, ולכן רבן גמליאל הזקן התקין תקנה שלא ניתן לבטל גט ע"י מסירת הודעת בבי"ד, ללא העברת הודעה על כך לשליח או לאישה עצמה. רבי יהודה אומר על התקנה שבדיעבד הגט מבוטל, אם ביטל בבי"ד. לעומתו, רבי שמעון בן גמליאל טוען שאם ביטל בבי"ד, הגט אינו מבוטל, גם לא בדיעבד. נוצר מצב שחכמים התירו איסור אשת איש ע"פ דין תורה! מהי הסמכות לכך? חכמים תירצו זאת בכך שכאשר אדם מקדש אישה הוא עושה זאת בתנאי שחכמים יסכימו. לכן, במקרה של ביטול גט מרחוק, חכמים יכולים לחזור בהם מהסכמתם ולהפקיע קידושין מלכתחילה. כעת, בשל הגירושין, האיש צריך להחזיר לאישה שווה פרוטה. את הבעיה הזו פותרים באמצעות הפקר ממון.

דוגמא נוספת להפקעת קידושין היא כאשר כופים את האישה להינשא, בי"ד יכולים להפקיע את אותם הקידושין, מפה ולהבא. זאת בטענה שהגבר נהג שלא כהוגן. בנוסף, יש קהילות שהתירו נישואין רק בעשרה עדים.

יש שני סוגי סמכויות: 1. הפקעת קידושין מלכתחילה(בבלי) – כל המקדש על דעת חכמים הוא מקדש ומשנים למפרע את הקידושין. 2. ביטול מכאן ולהבא(ירושלמי)- לחכמים יש סמכות להפקיע קידושין (בלי קשר לתנאי על דעת חכמים) – "יותר כח".

# ביטול תקנות חכמים

יש להבדיל בין תקנות שטעמן ידוע ללא ידוע

דוגמאות לתקנות שטעמן ידוע: אין פודין (משום הכבדה על הציבור ועידוד חטיפות)**/** מי שפרס רשת, החיה שלו (מפני דרכי שלום)**/**מציאת חירש קטן ושוטה משום גזל (מפני דרכי שלום)**/** בור שקרוב לאמה ומתמלא ראשון (מפני דרכי שלום).

הסיבות להתקנת תקנות שטעמן לא ידוע:

* מגלים את הטעם רק אחרי שנה כדי שאנשים לא יזלזלו בתקנה.
* היו מביאים את הטעם לא האמיתי כי פחדו שלא מספיק ישכנע או יעורר התנגדות.

קיטריונים שצריך כדי לבטל תקנה:

* **משנה בעדויות**- בי"ד שרוצה לבטל תקנה צריך להיות גדול ממנו בחכמה ובמניין.
* **ביצה-** אחרי מעמד הר סיני, למרות שה"קדושה" כבר הלכה עדיין היה צריך לבטל את האיסורים כל דבר שהתקבל במנין צריך מנין אחר להתירו
* **המאירי-** טעם שלא ידוע צריך בית דין שגדול בחכמה ובמניין כדי לבטל אבל שטעמו ידוע כל בית דין יכול לבטל.
* **מסכת עבודה זרה**- האם התקנה פשטה או לא פשטה.
* אין גוזרים על הציבור תקנה שהוא לא יכול לעמוד בא.

מחלוקת מה משפיע על הביטול מבין הקיטריונים:

* **הרמב"ם-**
* אם מדובר בתקנה שלא קיבלה שום תוקף בציבור (לא פשטה), היא חסרת משמעות, בטלה.
* אם כעבור זמן הגיעו למסקנה שהציבור לא קיבל אותה – היא ניתנת לביטול ע"י כל בית דין
* אם מדובר בתקנה שאיננה מרחיבה איסור, ופשטה בכל ישראל, ניתן לבטלה על ידי כל בי"ד גדול בחכמה ובמניין (ואין הבדל אם הטעם ידוע או לא).
* אם מדובר בגזירה שמרחיבה איסור ופשטה ברוב ישראל – לא ניתנת לביטול בכלל. (חוץ מהוראת שעה). הרמב"ם לא מבחין בין תקנה שטעמה ידוע לבין תקנה שטעמה איננו ידוע.
* שתי נקודות שחולקים על הרמב"ם:
* יש רק 18 גזירות שמרחיבות איסורים שאי אפשר לבטל אותם.
* יש הבדל בין תקנות שטעמן ידוע ושלא ידוע.

מה קורה שמתבטל הטעם לתקנה (כאשר הטעם ידוע וברור)?

* **משנה**- סיפור שמראה שבוטל תקנת עיטור השווקים ע"י יוחנן בן זכאי כי טעמה לא רלוונטי, שם נאמר שיש צורך לבטל את התקנה, למרות שבטל הטעם.
* **הראב"ד על המשנה לעיל**- כל בי"ד יכול לבטל תקנה שבטל נימוקה (הוכחה מהמקרה של הר סיני- הרי ברור שהם לא היו גדולים יותר, ועדיין הם ביטלו).
* **הרא"ש**- ברגע שהטעם של התקנה בטל, בטלה התקנה עצמה (הוא מסביר שבמשנה על עיטור השווקים פשוט היה חשש שיש טעם אחר).
* **הרמב"ם**- גם כאשר בטל הטעם, אם פשטה ב"יד צריך להיות גדול בחכמה ובמניין(ראה לעיל)

# תקנות קהל

 חכמים, הקהל ונציגי הקהל או נציגי אגודה מקצועית יכולים לתקן תקנות, הלך והתרחב ככל שבתי הדין הצטמצמו. לא צריך קניין. אפשר לכפות את מי שהפר תקנות אלו. שתי תפיסות:

1. מצד החוזי- הסכם משותף.
2. כח של הקהל – הקהל יוצר חקיקה. [קריטי להשתמש בניסוח הזה!]
	1. **תוספתא-** אפשר לכפות את כולם לבנות בית כנסת וכו'.
	2. **רבינו גרשום:** תקנת הקהל יכולה להפקיר רכוש- כי יש לה כח כמו בית דין (המקרה של ספינה שנטרפה, ולכאורה מדובר באבידה בזוטו של ים, הציבור הפקיר את האבדות מידי המוצאים).
	3. **שו"ת יכין ובועז-** הציבור רשאי להעניש ולהפקיר כמו שבי"ד רשאי.
	4. **רשב"א-** כמו שדין תורה מחייב אותך כך הסכמת חיוב מחייבת. יכולה למשל להפקיע קידושין(תקנה של קידושין ב10) כי לחכמים מותר למרות שסותר דין תורה. אולם אי אפשר לתקן תקנה של לעבור על איסור (היתר לשחק בקוביה).

 האם זה מחייב גם את מי שלא היה שותף להתקנת התקנה?

* **הרא"ש ולב שמח**- הסכמת קהל היא תקנה(סוג של חקיקה) אשר קבילה לגבי כולם(כולל מי שמתנגד ולא נכח בהצבעה- גם מי שמצטרף מאוחר יותר לקהילה).
* **הרשב"א:** כמו שיש חובה להקשיב למלך, יש חובה להקשיב לתקנת הקהל (במקרה שזה תקנה שהציבור יכול לעמוד בה)
* **רבנו תם**- הרוב לא יכול לכפות על המיעוט להישמע לתקנות קהל, במקרה והוא לא היה חלק מהתהליך. אם המיעוט נמצא בכינוס, אז אפשר לכפות אותו (כי הוא מגלה דעתו שהוא מבטל את דעתו בפני הרוב) – אבל א"א לכפות את מי שמצטרף מאוחר.

לפי **הרשבא** גם נציגי העם יכולים להתקין תקנות מכוח הציבור והם: שבעה טובי העיר שהעמידם הציבור פרנסים על ענייני העיר. נציגים שהצביור בחר ולא צריך שיהיו בהכרח חכמים או עשירים.

[יש צדדים לכאן או לכאן האם חברי כנסת יכולים להחשב טובי העיר, והאם צריך אישור של אדם חשוב במקרה של חקיקה- יש צורך לבחון במקרה של קייס!]

**הגבלות על תקנות קהל:**

* לא יסתרו דין תורה באיסור, אבל יכול לסתור דין תורה בממון (שינוי שיטת המס-הרשב"א)
* כאשר יש איש חשוב (לפחות תלמיד חכם) במקום, צריך לבקש רשות (המקרה לגבי השוחטים והעור):
* **ריב"ש** צריך אישור רק בהסכם של בני אגודה מקצועית (1.מונע פגיעה בשאר העיר- פיקוח. 2. לבני אגודה מקצועית אין חלות של תקנת קהל, ולכן הם צריכים סמכות חקיקה מהאדם החשוב).
* **הרא"ש**- צריך אישור בכל תקנה הנוגעת לכל בני העיר ( 1.אישור הלכתי. 2.כבוד לחכם).- אבל רק במקרה של רב חשוב מאוד.

דוגמאות לתקנות קהל:

* חרם דרבי גרשום- אי נשיאה יותר מאישה אחת ולא נושאים אישה בעל כורחה.
* יש להביא גם לבת ירושה ולא רק לבן
* שהבעל לא יקח את הנדוניה אם האישה מתה או לפחות בשנים הראשונות.

# מנהג

1. מנהג מגלה הלכה 2. מנהג יוצר הלכה

דוגמא למנהג מגלה הלכה- מסכת פסחים- גילו לפי המהג שאפשר לטלטל סכין בשבת בפסח.

דוגמא למנהג יוצר הלכה- בעל הטורים- לפי המנהג גם אדם שגנבו ממנו (לא גזלו) יכול לדרוש מצד ג' את החפץ(צריך לשלם לו בתמורה ללקיחת החפץ). "לא סיג גבול רעך..."

פסוקים שמלמדים על מקור המנהג בתורה:

1. **ילקוט שמעוני על בסיס משלי**-אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך" – לא להגדיל,להקטין או לשנות-שימור המנהג. מקור יחסית חלש, כי מדובר על ספר מוסר ולא על ספר חוקים.
2. **בעל הטורים על בסיס דברים:** לא תשיג גבול רעיך אשר גבלו ראשונים"- לא מחייב ממש, אבל מסמל את הרעיון שיש צורך לכבד את מה שנהגו לפניך.
3. **השאילתות על בסיס משלי:** "שמע בני מוסר אביך ואל תיטוש תורת אימך"
4. "אל תבוז כי זקנה אימך" – זה לא מקור הלכתי ולכן מוריד מכוחה.

האם מנהג יכול לסתור דין תורה?

* **הרא"ש-** 1)מנהג שסותר הלכה אינו תקף (גם ממון), יכול רק להרחיב איסור. (הולכים אחרי המנהג רק שיש אי-וודאות, אבל אם וודאות, ההלכה מנצחת תמיד) 2) אם לא זוכרים את ההלכה נשמע למנהג.
* **התשב"ץ-** כל עוד המנהג לא סותר איסור חייבים לקבל מנהג אבות. עוד אומר שככל שנוהגים יותר אנשים את המנהג והוא משתרע על מקומות רחבים יותר כך כוחו רחב יותר
* עוד אומר שאם זה מנהג שלא סותר איסור תורה יש לו תוקף. גם אם המנהג סותר דיני ממונות יש לו תוקף. אם המנהג סותר דין תורה של איסורים (לא של ממונות) אין לו תוקף.

מתי מנהג יסתור דין תורה:

1. **יכול לסתור דיני עבודה**- בבא מציעא- דוגמא לפועלים שנדרשים לעבוד זמן כמנהג המדינה או אוכל של הפועלים נקבע לפי מנהג המדינה ולא כמו בתורה. (בהוכחת מנהג, המוציא מחבירו עליו הראיה)
2. וויכוח כין הרב **דיכובסקי לרב שרמן** האם תנאי הגננות בגן פרטי צריך להיות כמו בגן ציבורי, מכוח המנהג או שבקהילה הזאת זה לא המנהג.
3. **יש למנהג כוח בדיני קניין**- **בבא מציעא** – הקניין נעשה ע"י רישום על חביות יין. הוכרו מכוח המנהג קניין סטומתא(מנהג הסוחרים בקניין) למרות שלא נקבעו לפי התורה .
4. **שו"ת רשב"א**- **מנהג שכל מהותו הוא חיקויי דיני גויים אין לו תוקף**, אפשר להתנות. הדוגמא עם האב שיורש את ביתו לפי מנהג הגויים.
5. **הרשב**"**א:** מותר להשתמש בעטרות ספרי תורה, למרות שזה תשמיש קדושה, בשביל שמחת החג. – מדובר על איסור "חלש" ולכן המנהג מנצח אותו.
6. **שלוש ביטוים בגמרא:** הלכה-דורשים ומודיעים בפומבי. נהגו- לא מודיעים, אבל מורים ככה למי ששואל. מנהג: לא מודיעים, לא מורים, ואם נהג, בדיעבד תופס..

# חוקי הכנסת

חוק אינו יכול לחייב אותך לעבור על דין תורה. אנחנו נדון בתוקפם של חוקים שנוגעים לממונות.

**שלושה דרכים להכיר בדין המדינה:(1. דין המלך) 2. מנהג.3 תקנות קהל 4. דינא דמלכותא דינא.**

יש הבדל בין הכרה ע"י מנהג להכרה ע"י תקנת קהל:

* 1. ע"י תקנת קהל אתה מכיר באופן ישיר בסמכות גורם זר לחוקק. ע"י מנהג אתה מכיר באופן עקיף ע"י הכרה בהלכות המדינה ולא בסמכות. **שני השלכות לזה**:
* פוסקים רבים מעדיפים לאמץ בגלל זה את המנהג כהכרה בדין.
* אם זה חוק חדש, לא מכירים בו כמנהג, אך בתור תקנת קהל כן.
1. **דין המלך(פלילי)**

בגלל תנאי הסף הנוקשים שצריך לקיים כדי להעניש נמצאו שני פתרונות: הוראת שעה (ראה לעיל) ודין מלך (לענייננו).

מאיפה סמכוית הענישה של המלך?

* 1. נלמד מהמצווה ה7 של 7 מצווות בני נח: ע"ז, שפיכות דמים, גילוי עריות, גזל, עבר מן החי, ברכת ה', **ומצוות הדינים**.
* מצוות הדינים=
	+ גישה מצמצמת- מערכת ביהמ"ש כדי לדון במי שעבר על ששת המצוות.
	+ גישה מרחיבה- בית משפט שיאכוף את הסדר החברתי.
* כמו שמלך גוי יכול לעניש, כך גם מלך ישראל

מה הם סמכויות המלך?

* 1. **הרמב"ם-** ההלכה מעניקה למלך סמכות ענישה לרוצחים. פלילי זה לא בעייתי, ממוני אולי. (יש מחלוקת למה בדיוק התכוון, בפשט, התכוון רק לרוצחים)
	2. **הר"ן-** ההלכה מעניקה למלך סמכות להשליט סדר חברתי (צריך גם סנהדרין שתאכוף את חוקי התורה וכשאין מלך היא תקח את סמכות המלך, אך לא להפך) הר"ן הגדיר שתי מערכות;
1. מערכת משפט הלכתית- הצדק האלוקי (שיקולים דתיים)
2. דיני המלך- לעשות סדר בחברה (שיקולים חברתיים) (ולכן פלילי לא בעייתי לרוב השיטות, הרב הרצוג חולק)
3. **דינא דמלכותא דינא** (דין המלכות הוא הדין- לעניין ממון (לא פלילי ולא דתי))

מקורות לכלל מההלכה:

* **מסכת נדרים- יש לתת למוכס מיסים מכוח הכלל**, אך אם זה מוכס שפועל מדעת עצמו או שנוהג באי שוויוניות הדין לא חל ואפשר לשקר לו.
* **בבא בתרא-** יש חזקה ראייתית אם אדם יושב על הקרקע 3 שנים(לא צריך שטר). **נלמד מכוח הכלל שאם אדם יושב על הקרקע 40 שנה אז הוא נחשב כבעל הקרקע.**
* ע"י הכלל **אפשר להשתמש בשטר שנעשה על כללי מלכות זרה** ולא לפי ההלכה.

נימוקים להכרה בדינא דמלכותא דינא:

* **הר"ן-** המלך הוא **בעל הקרקע ואם לא ננהג כרצונו יגרש אותנו**.(לא חל בא"י) -לא מסתדר עם שלטון דמוקרטי.
	1. **רשב"ם-** **הסכמת כל הנתינים לחוקי המלכות, מישיבתם בארצו (**הסכמה ישירה).-מסתדר עם שלטון דמוקרטי. הסכמה לחוקים ישירות.
	2. **הרמב"ם**- הכלל חל במקום שיש שימוש במטבעות שהמלך חקוק בהם. **זה שהם הסכימו לכך שהוא המלך שלהם, מביע הסכמה לחוקיו** (הסכמה עקיפה)-לא מסתדר עם שלטון דמוקרטי. הסכמה למלך שיוצר את החוקים.
	3. **רש"י**- מתוקף המצווה השביעית שקבלו הגויים - מצוות הדינים. אולם לא חל על שטר גט(חייב להיות לפי ההלכה). – אפשר לקבל שטר שהוא לא גט.
	4. **ר"ת** – חכמים בתקופת האמרואים תיקנו תקנה המעניקה תוקף לאותה מלכות כדין תורה. תקנה דווקא על אותה מלכות.

היקף הכלל: מה מוגדר מלך, והיקף הסמכות.

* מה מוגדר מלך?
* **הרשב"ם**- מלך **שפשטה מנהיגותו בפשט המילה**: 1. שמשתמשים במטבע. 2. שטיבעו יוצא באותם ארצות.
* **המהר"יק-** לעניין מכסים, זה נכון לגבי כל אדם שיש לו קרקע- ע"פ הנימוק של בעלות בקרקע.
* **הרשבא והמהריק**: לא חייב להיות דווקא מלך יכול להיות אפילו עיר בתוך המלוכה (יותר מתאים עם הנימוק של ההסכמה, ולא הקרקע- כי המלך הוא בעל הקרקע)
* **הרב קוק**- כשאין מלך הסמכויות חוזרות אל העם, ולכן זה יכול להיות שלטון שנבחר בהסכמת העם.
* **המהרשד"ם**- דווקא מלך ולא שלטון.
* **הרמבם**: מצד אחד מדבר על מלך דווקא, מצד שני מדבר על הסכמה- לא ברור מה שיטתו.

האם חל על מלך ישראל?

* **הר"ן-** מלך ישראל אינם הבעלים של הקרקע (כי כל ישראל שותפים בקרקע) ולכן זה לא חל עליו
* **הרשב"ם הרמב"ם**- חל גם על מלך ישראל כי זוכה בהסכמת הנתינים.
* **המאירי:** לא צריך לחול, כי חייבים להקשיב לו בגלל משפט המלך.

מקור נוסף שיכול להיות סמכות למלך ישראל(ספר שמואל):

**משפט המלך**- הרתעה או סמכות:

* **מסכת סנהדרין**: ישנה מחלוקת לגבי הדברים ששמואל הנביא אומר לגבי המלך. שמואל אומר: מגלה את סמכות המלך. רב: איום בעלמא (לא מחייב).
* **המאירי-** פוסק לפי שמואל ולכן אין צורך להשתמש בדמ"ד לעניין מלך ישראל. אולם מי שפוסק לפי רב צריך להשתמש בכלל כדי לתת למלך ישראל סמכות.
* **משפט המלך בשלטון של היום:** . מי שרואה במדינה התגשמות חזון נביאים רואה במדינה ערך דתי, והנטייה שלו תהיה לתת לרשויות המדינה יותר סמכות מבחינה הלכתית **(או דמ"ד, או תקנות הקהל – תחולה ישירה).** ומי שרואה במדינה משהו חסר ערך מבחינה דתית יירתע יותר לתת להם כוח של דמ"ד ויתייחס לחוקי המדינה מחייבים מכורח מנהג – המדינה יצרה חוק, החוק יצר מנהג, ולכן זה תקף – רק במקרה שהחוק אכן התקבל אצל העם (תחולה עקיפה). – דוג- היה ויכוח של גננות שלא העניקו להן כל הזכויות והן הגישו תביעה בבית הדין הממוני. הרב דייכובסקי אמר שיש חוק של המדינה ולכן חייבים לתת לגננות את הזכויות (חל מתוקף תקנת הקהל). הרב שרמן אמר שהוא לא מכיר בחוק מבחינה הלכתית, אבל מוכן להכיר בחוקים רק אם יש מנהג. בקרב הגנים של החרדים לא נהגו במנהג, ולכן אמר שלא מגיע לגננות את הזכויות.
* היקף הסמכות:
* **ר"י ורמבן:** חל רק לגבי דיני מלך ישנים - מתאים לשיטת רבנו תם. **מגיד משנה**: הרמבם לא מקבל- כי זה מבוסס על הסכמה למלך, ולא קשור לתקנה.
* **רמבם ושו"ע:** המלך לא יכול לגזול או לתת כלל אישי, אלא רק כללים החלים על כולם. (**הרמ"א:** יש מחלוקת האם מס רק לסוג מסוים של פועלים נחשב חוסר-שיוון)
* **תשב"ץ:** חל רק אם הדין שוויוני ונוהג בכל ממלכות המלך.
* **שיטה ברמ"א**: חל רק בנושאי מיסים ומכסים- מתאים לשיטת הר"ן- בעלות בקרקע ולכן זה חל גם כל מה שקשור לקרקע. לפי שיטת ההסכמה זה פחות הגיוני.
* **הרמ"א:** חל רק במה שקשור לטובת המלך והמדינה- עניין ציבורי (ולא בין אדם לחברו). **הרשב"א**: חולק.
* **הרמ"א:** צריך להזהר שזה לא יבטל כל דיני תורה בממונות (לא מסתדר עם הנימוק של הסכמה)
* **הש"ך:** חל כאשר יש לאקונה בתורה, אבל לא כאשר יש דין תורה שאומר אחרת (דוגמא: זמן פירעון אם לא נקבע מועד הלוואה 30 יום ואי אפשר לקבוע מכוח הכלל שהוא שנה).
* **הרמא:** לא מסכים עם הש"ך – וכך נפסק להלכה. בפועל קיימים מקרים שהכלל סותר דין תורה.

# מוסר

ישנם דברים שהם של **המוסר** (מעין "תקנת הציבור"). פס"ד כיתן נ' וייס (מחלוקת בין שמגר לאלון האם לגבות כסף לפנים משורת הדין) ממחיש כי השימוש במוסר רווח בהלכה אבל לא בשפיטה האזרחית ואי אפשר לאכוף. דוקטרינות מוסריות -

1. **"עשיית הישר והטוב"** (להלן עי"ט) - הרמב"ן אומר שהתורה לא מונה את כל המצוות כדי להשאיר פתח למצוות מוסריות שבין אדם לחברו המשתנות מעת לעת, ולכן התורה מציינת בכלליות "ועשית הישר והטוב "(דומה לתורה שבכתב לבע"פ). סייג - הכלל תקף כל עוד לא פוגע באחר. עקרון עי"ט זה חל ב3 מישורים:
2. כשחכמים קובעים תקנות מחייבות
3. כששבית דין בא לפתור סכסוכים
4. התנהגות אדם פרטי בינו לבין חברו
5. **"קדושים תיהיו"-**
* רש"י- **פרושים מהעריות** וכך תיהיו קדושים
* הרמב"ן- **לא להיות נבל ברשות התורה**- דומה לעשיית הישר והטוב, אך נוגע לבין אדם למקום.
* דוגמאות לעשיית עי"ט בתקנות חכמים מחייבות:
* **"דינא דבר מצרא"** (דין בן הגבול) - עלי לתת לשכני זכות קדימה ברכישת השטח שלי.
* לדעת ר' יהודה לא ניתן לאכוף דין זה כי הוא מוסרי בלבד. מי שתופס בשדה בין אחים, הוא חצוף, אבל א"א לסלק אותו.
	+ 1. לדעת ר' נחמן אם מדובר בשכנים שהם אחים/שותפים (ובאמצע יש את השדה המדוברת) אז כן יש חובה משפטית(שכן רגיל- מוסרית).
		2. נפסק כחכמי נהרדע ש"דינא דבר מצרא" מחייב משפטית, ולכן יש לתת לשכן(גם רגיל) זכות קידמה ברכש הנכס (אוכפים על הקונה המקורי ולא על המוכר).
		3. הכלל לא תופס כאשר הוא מרעה לאחר. למשל, המוכר קנה עסקת חבילה אם הקונה(לא רק השטח) ועכשיו בגלל הכלל הוא מפסיד את העסקה.
		4. למה מחכים שהקונה יקנה, ולא פשוט אומרים שהמוכר לא יכול למכור? 1. כדי לגלות את שווי הנכס. 2. אנחנו יוצרים שליחות על הקונה, בשביל השכן (התקנה יוצרת שליחות)
		5. **הגמרא:** הדין לא חל במקרה של מתנה. **אמימר:** אם מדובר על מקרה שהשדה משועבד בשביל מתנה (למקרה שהמתנה לא תספיק וכו') אז זה נחשב מכר והדין כן חל.
		6. כנראה לא חל כאשר מטרת השכן היא למכור את השטח ולא להשתמש (לפי מבחנים של חבה).
		7. המקרה לא חל במקרה שבעלים קודמים מעוניין לחזור לשטח שלו (כי יש כאן הפסד רגשי של הבעלים הקודמים)
1. **"שומא הדר"** (שומה חוזרת) –
	* 1. אדם שמלווה ע"י שטר(לא בע"פ), יכול לטרוף את הנכס של הלווה אם לא החזיר לו את הכסף בזמן.
		2. אם הלווה מכר נכס שלו לצד ג' ועכשיו אין לו נכסים, יכול המלווה לטרוף את הנכס מצד ג', מאחר שלא בדק שאכן ללווה יש דרך להחזיר למלווה את הכסף.
		3. אם מכר כמה נכסים, יטרוף המלווה את האחרון כי הוא לא דאג שישאר ללווה, ואם נכס זה אינו מספיק פונה לאחד לפני אחרון עד שיקבל את כספו.
		4. כמה שלבים לתהליך הטריפה ע"י בי"ד (בין כל שלב ושלב יש 30 יום כדי לאפשר ללווה להחזיר את הכסף.)
			1. צריך להוכיח שקיימת הלוואה.
			2. צו לחיפוש נכסים – נותנים למלווה יכולת להציג תמונה מדויקת של נכסי הלווה, ולמי שייך כל אחד.
			3. דריסת רגל (שטר אדרכתא- מלשון דריכה) על נכס- בי"ד נותן חזקה למלווה על הקרקע (בלי הערכת שווי) - עדיין לא שלו לגמרי
			4. שומה. – עושים שומא לנכס בצורה מדויקת, ומעבירים את החלק המתאים ביחס להלוואה לבעלות המלווה, ואז זה לגמרי שלו.

אם הלווה השיג כסף אחרי שלב השומא, האם יש חובה להחזיר לו את הנכס?

* נהרדע- נותנים ללווה שנה להחזיר את הכסף ולפדות את הנכס. לאחר מכן, אין חובה להחזיר.
* ר' אמימר והרמב"ם- שומא לעולם חוזרת- מגשים את עקרון עשיית הישר והטוב.
* **סייג-** כאשר יש פגיעה באחד הצדדים- למשל אם מלווה מכר לצד ג' הלווה לא יוכל לדרוש את הכסף(צד ג' רצה את הנכס ולא את הכסף). או אם המוכר השקיע בשטח ויגרם לו נזק. – זה דין בגברא ולא בחפצא- צפייה מהטורף להחזיר את הנכס.

דוגמאות לעשיית עי"ט ע"י בית דין

1. **"לפנים משורת הדין"** (להלן למ"ה) - "...את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון", מכאן למדים שיש הבדל בין הדרך (החובה) לבין העשייה (לפנים משורת הדין). אינו בר אכיפה (חוץ מחריגים בהמשך).

השבת אבדה הדין

* ישנו איסור להתעלם מהחפץ ("לא תוכל להתעלם") וכן חושב להשיב ("השב תשיבם")
* לפי הדין אם יש חובה להשיב, יש צורך בהכרזה (בעבר- בשלשת הרגלים- בדר"כ שנה)
	+ - 1. אדם לא חייב להשיב אבדה רק אם מניח אובייקטיבית שהמאבד התייאש (היאוש צריך להיות בשעת הנפילה)– 1. אין סימן מעיד 2. שנאבד במקום של גויים שלא מצווים בהשבת אבדה 3. לא שווה פרוטה.
			2. מעיקר הדין, אם אין יאוש, האבידה לא אמורה להיות שייכת למוצא אלא תהיה מונחת עד שיבוא אליהו. – אסור להשתמש בשוויה ובחפץ.
			3. הכלל הוא שאתה לא צריך להוציא יותר מכמה שהחפץ שוהה. ולכן, אדם שמצא חיה - אם "עושה ואוכל" צריך לשמור עד שנה ואז רשאי למכור ולשמור את הכסף לבעלים (כי אולי הבעלים מעדיף את החיה עצמה, ולכן מחכים כמה שיותר), ואם "אוכל ואינו עושה" רשאי למכור אחרי 30 יום ולשמור את הכסף לבעלים.
			4. אם זה משהו מתכלה(פירות, פרחים), רשאי למכור או להשתמש ותת תמורתו –רק באישור בי"ד כדי לראות שאדם לא מרמה.
			5. פטור מהשבה אדם שאין זה מכבודו להרים את החפץ, אך מרגע שהרים חייב (ר' ישמעאל והזרדים - הוא נהג למ"ה בזה שנתן כסף).
			6. יש תקנה שיש חובת השבה לגוי (משום דרכי שלום)
* דוגמאות לחובה לנהוג לפנים משורת הדין:
1. הסיפור עם שמואל- כאשר אדם מצא אבידה אם סימן במקום של גויים והגיע אליו אדם ונתן סימנים- יש להחזיר משום לפנים משורת הדין- אפילו שהוא התייאש, תחזיר לו.
* מקרה דומה לזה הוא הסיפור עם אביו של שמואל שהחזיר את חמורים בשלמותם לבעלים(ולא מכר) מלפנים לשורת הדין.
* **רב נחמן**- **חולק** על שמואל ואומר שאין צורך להחזיר אבידה שנמצאה במקום של גויים ויש לה סימנים בלפנים משורת הדין- זה שאדם צווח זה לא אומר שלא התייאש אלא הצווחות זה בגלל הצער .
1. ר' ישמעאל קנה חמור ע"מ לעזור לאדם לפרוק סחורה (מצוות טעינה ופריקה) למרות שאינו חייב לפי דין "זקן ואינו לפי כבוד". הוא עשה זאת מפנים לשורת הדין.
2. שולחני רגיל, במקרה של טעות בהערכת מטבע, צריך לפצות את הניזוק עקב מצג שווא רשלני. שולני מומחה, פטור מלהחזיר, מפני שאנחנו יוצאים מנקודת הנחה שאם אפילו הוא לא ידע, אף אחד לא יכל לדעת ולכן אין כאן רשלנות (סוג של אונס). עם-זאת, ר' חייא החזיר כאשר הוא טעה.
3. פועלים לקחו חביות יין, ושיעבדו את הגלימות שלהם במקרה שישבר. החביות נשברו, ורב הכריח את רבה לשלם להם את שכרם וגם להחזיר את הגלימה, למרות שעל פי דין הוא לא היה חייב - מלפנים לשרות הדין.

האם יש חובה לנהוג מפנים לשורת הדין:

**מרדכי והרמ"א**- בבתי הדין שלהם כפו אנשים לפעול לפנים משורת הדין, אבל רק אם הוא יכל לעמוד בנטל.

**הרמב"ם והרא"ש**-אי אפשר לכפות לפנים משורת הדין, אלא מדובר רק על המלצה מוסרית.

**דעת ביינים**- **כפיה מתונה**- לא מכריחים בכוח(הוצאה לפועל), אך בי"ד לוחצים עליו (במילים).

* + מידת העוצמה שבית דין יפעיל קורה בנסיבות המקרה.

באיזה מקרים יש צפייה מבית דין לכפות (הנפקא מינה בין כפייה לבין חיוב ע"פ המרדכי):

1. אדם עשיר והשני לא – תלוי במצב הכלכלי.
2. מעמד החברתי והדתי גבוה יותר - חכם שנוהג מפנים לשורת הדין עושה קידוש ה' כי יסתכלו עליו.
3. לא נגרם לאדם נזק ורק רווח( למשל בהשבת אבידה). כשיש הפסד, הצפייה פחתה.
4. אם יש לו פריווליגיה מיוחדת אז נצפה יותר שינהג מפנים לשורת הדין (מומחה מיוחד, זקן).
5. **"חייב בדיני שמיים"** - בי"ד ארצי לא יכול לחייב אותך (לכפות), אבל דין שמים (אלוקים) מחייב אותך. -לא פטור, אלא חובה דתית מוסרית. מתי חייבים?
6. הבחנה בין נזק ישיר לאכיף:
* אדם שעושה נזק ישיר לאחר- חייב בדיני אדם. דוגמא:
* נתן סם מוות בפי בהמה
* אדם גורם נזק עקיף- גרמא (לא קשור ליסוד הנפשי (זדון או שוגג))- **חייב בדיני שמים**, דוגמא
* פיזר סם בשטח ובהמה אכלה אותו ומתה
* שיחרר בהמה בכלוב ומתה
1. אדם שיודע עדות לחברו ולא אומר.
2. אדם ששוכר עדי שקר להעיד.
3. אדם ששורף שטר חוב

המשמעות של חייב בדיני שמיים:

* + 1. **רש"י** - העונש ינתן ע"י האל.
		2. **ים של שלמה:** ביה"ד ידחק במזיק לשלם במילים.
		3. **הראב"ן**: צריך להודיע לו שהוא חייב מדיני שמיים.

משמע יש מקום לשיקול דעת לביה"ד- הוא לא יכול לכוף אבל יכול לעודד. כמה הם יעודדו תלוי בנסיבות- כמה הוא אשם וכו'.

* + 1. **המאירי-** אם לא יפצה יחשב לגזלן ויהיה פסול לעדות - משמע יש מקום לשיקול דעת לביה"ד. – התפיסה היא שהוא חייב, פשוט אין "כח" להוציא ממנו- נפקא מינה גם לתפיסה.
		- בחייב בידי שמיים יש שיקול דעת לבי"ד וככל שהנסיבות חמורות כך ידחק יותר במזיק לשלם(בכוונה/רשלנות, עשיר/עני, סוג נזק).
* דוגמאות לעשיית עי"ט בין בני אדם (מקביל הרבה פעמים ל"אין רוח חכמים נוחה הימנו"):

.

1. **בבא בתרא**- אדם שיש לו בנים ומחליט להדיר אותם מהירושה ולתת לאנשים אחרים- אין רוח חכמים נוחה הימנו. סייג בשם רבן גמליאל- אלא אם בניו נהגו שלא כשורה.

**רשב"ם- -** חכמים כועסים כי הוא עוקר דיני תורה. שתי אפשריות: 1. לא בפועל אלא לא מבסוטים ממנו. 2. כפשוטו- אם הוא יתעייץ איתם, יגידו לו לא לעשות ככה.

1. **בבא מציעא**- אדם שחוזר בתשובה, ע"פ דין צריך להחזיר ריבית\גזל שלקח, חכמים לא מבסוטים מנגזל שלוקח את הכסף חזרה כי זה גורם בושה לחוזר בתשובה ויגרום לפחות חזרה בתשובה (תקנת השבים קשורה לפה).
2. **מסכת שביעית-**אדם לא חייב להחזיר חוב בשנה השביעית, אך אם יכול להחזיר את החוב רוח חכמים תיהיה נוחה הימנו.
3. **מסכת שביעית**- אם אדם ובניו התגיירו, במקרה של החזרת הלוואה אין אדם חייב להחזיר את חוב לבניו במקרה שהגר מת. אולם רוח חכמים תיהיה נוחה הימנו אם יחזיר. (למה לא תיקנו תקנה? חבה אומר כי זה דבר נדיר מאוד)
4. לפי דין הסכם מחייב רק בקניין, אולם רוח חכמים תיהיה נוחה הימנו אם יקיים את ההתחייבות בלי שנעשתה קניין.

דוגמאות **ל"מידת חסידות":**

* במקרה של הונאה במטבע, שבו יש בעיה בזיהוי המטבע ע"י מי הונה אותך וגם אותו הונו, נקבע שהזמן שמותר לך לבקש את כספך בחזרה הוא לפי הזמן הסביר שיקח לו לבדוק את המטבע- גר בעיר: הזמן שלוקח לו להגיע למומחה שיבדוק. גר בכפר: עד ערב שבת(הזמן שמגיעים לעיר ואז יכול לבדוק. **אך לפי מידת חסידות, אם מי שהונה אותו מזהה את המטבע- יכול גם אחרי שנה.**
* לפי הדין מי שיש לו פחות מ200 זוז זכאי למתנות עניים(במטלטלין-משהו שניתן למישוש).
* **מסכת חולין**: אדם שנע ממקום למקום ואינו עני, רשאי למתנות עניים ואינו מחויב להשיב כשחוזר לביתו, **אולם לפי מידת חסידות ראוי כשיגיע לביתו ישלם לעניים מה שקיבל.**
* בכל המקרים האלה אין התערבות בית דין אולם יש מקרים שהוא יכול להתערב בעקיפין:
* **שו"ת התשבץ-** אישה שחולה ורוצה לתת את הירושה לביהכ"נ או לעניים ולא לקרובה העני. הוא פוסק שרוח חכמים לא נוחה הימנה. לצד האישה: 1. זה לא ממש הבן שלה. 2. היא מעבירה למטרות טובות. לצד הקרוב: הוא מסכן ועני.

מיצד שני הוא טוען שאפשר לבטל צוואה זו: מראה סיפור הלכתי שתרומה לבית כנסת ולא לעניים היא עבירה. הוא מביא הסבר הלכתי שאם אדם גוסס ומורה להשתמש בנכסיו לעבירה אין שומעים לו. **לכן האישה שגססה ורצתה להעביר את הכסף לבית כנסת ולא ליורשה העני זו עבירה ולכן אפשר לבטל צוואתה.**

1. **מי שפרע** (דומה לחייב בדיני שמיים- יש חיוב, אבל א"א לכוף) **ומחוסר אמנה** (דומה למידת חסידות ורוח חכמים- אין חיוב, אבל מצופה ממך להתנהג אחרת)**:**
* **"מי שפרע" -** שולמה תמורה אך לא נעשה מעשה קניין, ואחד מהצדדים חזר בו –לפי דין לא חייב , אך מצפים ממנו שיעמוד בהתחייבות שלו, **ויש מחלוקת אם מודיעים לו שהוא חטא (אביי) או מקללים אותו (רבא) (הרמב"ם ונקבע להלכה)**. אם מקללים אותו, למה לא לתקן תקנה כזאת? כי לא רצו לייצר תמריץ שלילי לא להציל את החפץ אחרי שכבר קיבלת עליו כסף.
	1. **"מחוסר אמנה" –**רמב"ם- רק סוכמו הפרטים בלי שום מעשה. (כסף לא שולם ולא נעשה קניין). ביה"ד לא יקלל, אך "רוח חכמים לא נוחה הימנו" ויחשב אדם לא אמין בשוק.
	2. **רמבם**- אדם שהתחייב להביא לחברו מתנה מועטת וסבירה(חברו התיחס לזה ברצינות), ולא נתן זה כמו מחוסר אמנה ולא אוכפים, אך רוח חכמים לא נוחה הימנו. אם זה מתנה מרובה אדם לא מאמין ולא מסתמך ולכן לא חל עליו הכלל.
	3. **שתי הכללים הנ"ל, תלוים בשיקול דעת**- במקרה שיש סיבה טובה וכו' אז בית הדין יתחשב.

סיפור שקשור לנושא

**שו"ת ר' יעקב ריישר-** אדם שמכר לחברו יין והביא לו חלק מהכסף ונעשה קניין, והמוכר רדף אחרי הקונה שיקבל את הכסף, ובנתיים היין התיקר האם רשאי המוכר לחזור בו? לפי דין כביכול מותר לו מהכלל שאם נעשה קניין ואדם רודף אחר כספו, אפשר לחזור בו כי זה מראה על העדר ג"ד. ר' ריישר אומר במקרה שאדם מוכר שדה מפני רעתו ומחזר אחר כספו ונעשה קנין אין זה מעיד על העדר ג"ד כי הוא פשוט פוחד שהצד השני יתחרט ולכן מחזר. הוא מביא מקור שאומר שגם מכירת יין זה מוכר שדה מפני רעתה(יכולה להחמיץ) ולכן זה כמו המקרה שלנו ואין רשאי לחזור בו. חבה מסופק מהתשובה ופשוט מדובר בחוסר הגינות ולכן הרב מנסה בכח להציל את הנעשק.

# כללי

**המקרים שיש לדעת היטב-היטב את הפרטים:**

* 1. כללי הכרעה מדויקיים.
	2. שומא הדר
	3. דינא דבר מצרא
	4. פרוזבול
	5. דיני השבת אבידה
	6. שות התשבץ
	7. שות ר' יעקב ריישר

# צקליסט קייס משפטי

* 1. זיהוי **המנגון ההלכתי** האפשרי:
1. הפקר בי"ד.
2. שומא הדר.
3. דינא דבר מצרא.
4. השבת אבידה.
5. פרוזבול.
6. מעשה קניין
	1. **דיון** בפרטי המנגון ההלכתי (ע"פ המחברת)
	2. לאחר-מכן, חייבים דיון בשאלה האם יש **חובה לציית לחוקי המדינה**, שלוש מנגנונים:
		1. **דינא דמלכותא דינא**
		2. **מנהג**
		3. **תקנת הקהל.**
	3. בכל אחד מן המנגונים, צריך לחזור אחורה במחברת ולפרוס את כל המחלוקת בעניין, תוך שימת דגש על השאלה האם זה סותר חוק אזרחי או לא, או לחלופין חוק תורה.
	4. לבחון האם אפשר לטעון טענת **קים לי** (רק בדיני ממונות).
	5. לבחון האם **התקנה בטלה**, מפני שהטעם שלה בטל (ע"פ דעת הראב"ד)
	6. יש צורך לבחון האם יש **בעיה מוסרית** (מי שפרע, רוח חכמים אינה נוחה, חיוב בדיני שמיים וכו'..) במקרה שכן, יש לבחון האם **כופים** על נקודה זו.
	7. האם יש **תקדים** לכאן או לכאן שמכריע את הכף? במקרה שכן, יש צורך לבחון מה התוקף המשפטי של תקדים?

# שות התשב"ץ

מדובר בתשובה על אישה חולה בעלת רכוש. על פי דיני הירושה יש סדר קדימויות לפי קרבה, אבל אפשר לתת מתנה (דומה לרעיון של צוואה) ולתת את הרכוש למישהו אחר שלא לפי ברירת המחדל. ראינו שרוח חכמים לא נוחה באבא שמשנה בדיני הירושה של בניו. במקרה שלנו מדובר על קרוב שהוא לא הבן של האישה שאמור לירש אותה על פי דין, והיא רוצה לתת את הנכסים שלה לטובת מטרות ציבוריות; לעניים או לבית הכנסת. השואל ציין שאותו קרוב של האישה הוא גם עני ויש לו בנים בני תורה ובת שצריכה להינשא, והוא נצרך ללכת לקהילות לגייס כסף. השאלה הנשאלת האם דעת חכמים נוחה ממה שהאישה עושה או לא. השואל לא שואל את התשב"ץ האם מותר לה לעשות את זה כי ברור לשואל שזה מותר וזה תקף משפטית. הוא מתלבט האם רוח חכמים נוחה במקרה הזה.

למה הוא בכל זאת מתלבט האם רוח חכמים נוחה ממנו, הרי ראינו שאדם שמעביר את נכסי בניו לאחרים רוח חכמים לא נוחה ממנו?

התשובה שבמקרה שלנו יש כמה נסיבות שונות:

א) הקרוב הזה הוא לא הבן של האישה וזה נראה פחות מחויב שהנכסים יעברו אליו.

ב) הקרוב הוא אדם עני שצריך כסף לחתן את בתו ולפרנס את בניו.

ג) מנגד, האישה לא רוצה להעביר את הנכסים לאיש זר, אלא למטרות ציבוריות.

התשב"ץ מביא את הנאמר בגמרא שאין לשתף פעולה עם אדם שרוצה להעביר את הירושה אפילו מבן רע לבן טוב, וכן מבן לבת. אם אמרו לא לעשות כן (לשנות את ברירת המחדל של הירושה) באנשים שרואיים לרשת (בין בנים), כ"ש שאין לסייע במי שרוצה להעביר נכס למישהו שבכלל זר ולא נוגע לירושה. הקדש לבית כנסת שהאישה רוצה לתת זה כמו לתת לאדם זר. ולמה? משום שהקדש בית כנסת זה לתחזק את בית הכנסת, וזה דברים שגם ככה מוטלים על הציבור. האישה פשוט חוסכת לאנשים אחרים לשלם לבית הכנסת, ויוצא שהיא מביאה את הכסף שלה לאדם זר. ואנחנו יודעים שמי שמעביר לצד ג רוח חכמים לא נוחה ממנו. לגביהעניים הוא אומר שגם לא ראוי לתת להם משתי סיבות:

א) היא פוטרת את הציבור מהחיוב המוטל עליהם לפרנסם (כמו מה שאמר על בית הכנסת) אז היא נותנת לציבור לא לעניים.

ב) היא מעבירה מקרוב הראוי ליורשה לקרוב שלא ראוי ליורשה. כחיזוק לנימוק השני, יש דין של עני המהפך בחררה. אם עני מהפך בחררה (הופך את החלה צד בתנור ומראה שרוצה לזכות בה, אבל עוד לא מגביה בפועל וזוכה בה) ובא עני אחר וחוטף את זה, הוא יכול לעשות זאת על פי דין (משפטית) כי העני הראשון עוד לא זכה בחלות אבל החוטף נקרא רשע כי זו התנהגות לא ראויה מוסרית. גם כאן הקרוב של האישה הוא עני בעצמו המצפה לירושה, ואם יתנו לעניים אחרים, זה דומה לעני המהפך בחררה שבא אחר ונטלה ממנו, וזה כאמור לא ראוי.

זה לא בדיוק כמו עני בחררה כי כאן לא באים עניים אחרים ולוקחים ממנו, אבל זה דומה לעיקרון, מאחר שהקרוב כבר בתוך העסק של הירושה ולא ראוי לקחת ממנו.

לכן התשב"ץ מגיע למסקנה שרוח חכמים לא נוחה ממה שהאישה עשתה, למרות שמשפטית זה תקף.

עד כאן אין חידוש הלכתי גדול בתשובה.

הוא מוסיף חידוש גדול שאפשר גם לקבוע שהמתנה של האישה בטלה גם משפטית. ולמה?

יש בירושלמי בסוף מסכת פאה סיפור. בסיפור נאמר שרבי הראה לרב בית כנסת ואמר לרב שרבותיו השקיעו המון ממון בבית כנסת הזה. רב ענה לו, שהם "השקיעו המון נפשות בבית כנסת הזה" (שילמו בחיי אדם), כי הם יכלו לתת את הכסף כדי ללמד אנשים תורה (חינוך) או עבור חולים. רב קורא על מה שאבותיו של רבי עשו את הפסוק "וישכח ישראל את עושהו ויבן היכלות". הפסוק בפשוטו מדבר על עבודה זרה שעם ישראל עשה. רב הראה לרבי יהודה שחושב שמה שאבותיו נתנו ממון רב לבית הכנסת זה מעשה חמור ולא טוב. עד כאן הירושלמי.

התשב"ץ מסיק מהסיפור שהמצווה ללמד תלמידים ולפרנס עניים היא יותר גדולה מבניין ביה"כ. וככה באמת כתבו קצת מהראשונים. יש דין של צוואת שכיב מרע שאומר הרמב"ם, שאם הוא ציווה לעשות עבירה בכנסיו אין שומעים לו. התשב"ץ כתב, שמכיוון שהאמורא רב אמר שנתינה לבית הכנסת על חשבון עניים וחינוך נכנס בפסוק "וישכח ישראל עושהו" זה נחשב סוג של עבירה, ולכן לא צריך להקשיב לצוואה (מתנה במשפט העברי) של האישה.

ברור שהדרך הזו היא דרך לא חדה:

א) זה סיפור בירושלמי ולא הלכה. ב) לא נראה שרב התכוון שזו עבירה. ג) לא ברור שהאישה רוצה לפאר בית כנסת אלא נראה שפעלה לצורך תחזוקה וזה לא דומה לסיפור של רב. ד) לא ברור שהיא הייתה שכיב מרע. כלומר דברים כאן עומדים על כרעי התרנגולת. ה) יש התעלמות מהאופציה השנייה שהאישה רצתה להביא לעניים.

התשב"ץ רצה להגיע לתוצאה שחוש הצדק אומר אותה ולכן עשה את המהלך הזה כנראה. התשב"ץ הבין שהבית כנסת לא יסגר גם ככה – ימצא דרך להחזיק אותו. גם קופת הצדקה של העיר תתקיים. ומנגד עומד כאן אדם עני וקשה יום שיש לו הזדמנות לצאת ממעגל העוני.

# שות שבות יעקב

בעניין דרך המכירה הרבה פעמים אדם היה קונה כמות יין מאוד גדולה לכל העונה, והיה לוקח את היין ונותן תשלום מאוחר יותר.

המקרה שלנו עוסק בראובן שמכר יין לשמעון בעד אלף זהובים. שמעון נתן בשלב הראשון רק מאה זהובים, ומשך את היין אליו. לכאורה נעשה כאן כבר מעשה קניין והעסקה הושלמה. אבל כאן המקרה יותר מורכב. הגמרא אומרת שיש דין שאם המוכר מחזר אחר כספו אצל הקונה בצורה אובססיבית מה עם הכסף שהוא חייב לו, זה מראה במקרים מסוימים שהמוכר חושש מהעסקה ולא בטוח גמר בדעתו לקיים את העסקה. לכן הוא יכול לחזור בו. במקרה שלנו ראובן היה מחזר אחר המעות קודם שהספיק שמעון להביא את שאר הכסף, והוא רצה לחזור בו מהעסקה מאחר שהיין התייקשור. הוא טוען שנכון שהייתה משיכה (מעשה קניין), אבל מאחר שהוא חיזר אחר הכסף זה מראה שלא הייתה גמירות דעת. ולכן הוא יכול לחזור בו מהעסקה.

לכאורה התשובה הייתה שיש מקום לאפשר למוכר לחזור בו. נראה איך השבות יעקב עונה על זה.

השבות יעקב פותח בסוגיה במסכת בבא מציעא (עז ע"ב) של המוכר שדהו מפני רעתה. מזה אומר? מדובר על מקרה של אדם הרוצה למכור סחורה לא טובה, אך קשה לו היפטר מסחורה כזו. הוא רוצה כמה שיותר מהר לקיים עסקה של מכירה. הגמרא אומרת שבמקרה כזה (מוכר שדה מפני רעותה) גם כשהוא מחזר אחר כספו זה לא מראה על חוסר גמירות דעת (בניגוד למצב רגיל), אלא להפך הוא מחזר אחר כספו כדי לוודא שהקונה לא יעשה צרות וירצה לבטל את המכירה. הכלל שבמוכר שדה מפני רעתה גם במחזר אחר כספו הקניין חל.

איך זה מתקשר אלינו? השבות יעקב אומר, שנראה שהמקרה שלנו דומה למוכר שדה מפני רעתה. כלומר שמכירת היין הייתה סחורה גרועה שלא יכול לחזור בו המוכר מהעסקה. איך הוא מחליט שזו הייתה סחורה גרועה?

יש סיפור בגמרא במסכת פסחים (קיג ע"א). האמורא רב רצה ללמד את איבו בנו דיני מסחר. אחת העצות שהוא נתן לו, שכל דבר שהוא ימכור הוא עשוי להתחרט אח"כ, אבל ביין אם הוא ימכור שלא יתחרט אף פעם ותמיד יהיה מאושר. למה? רש"י מסביר מאחר שיין עשוי להחמיץ, ולכן אם מצליחים למכור יש להיות שמחים בדבר ולא להתחרט על המכירה.

לפי זה אומר המשיב יין דומה למוכר שדהו מפני רעתה (סחורה גרועה), ולכן זה שהמוכר במקרה שלנו חיזר אחר כספו לא מבטל את גמירות הדעת בעסקה, ואנחנו אומרים שנגמרה העסקה.

המשיב אומר שהסיפור הזה הוא דברי אגדה וזה לא מקור הלכתי ישיר, א"כ כיצד ניתן להסיק דברי הלכה ממנו? הוא עונה שכאן האגדה לא סותרת הלכה אלא רק מיישמת הלכה, ולכן ניתן לסמוך עליה.

במקרה שלנו להגדיר יין כסחורה גרועה תמיד זו אמירה מרחיקת לכת. קשה לקרוא לזה מוכר שדה מפני רעתה. למה המשיב מגיע למסקנה הזו? כנראה מאוד לא נוח לו מהתנהגות המוכר שהיה תאב לכסף, כשלא הייתה נסיבה חריגה שהצדיקה מוסרית חזרה מהעסקה.