**מחברת מקוצרת- משפט עברי- דנה קוזניצקי**

**משפט עברי=** **משפט שמבוסס על הלכה.** יהודים שחיו ברוסיה רצו ליצור משפט לאומי-עברי שיקשור אותם לעולם היהודי.

* **משנה** – הקובץ הראשון בתורה שבע"פ. היא מכילה הלכות שנאמרו ע"י התנאים.
* **תלמוד** – סוגה לימודית שהחלה ונפוצה בתקופת האמוראים. נכתב כפרשנות לדברי התנאים (כותבי המשניות והברייתות). הגות זו התפתחה בבבל ובישראל במקביל. הליך זה הוביל לכתיבת שני תלמודים: התלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי. התלמוד הבבלי נפוץ יותר מהירושלמי ולרוב הוא זה שהתקבל הלכה למעשה.
* **ברייתא (מארמית: "חיצונית")** – מאמר של תנאים שלא הוכנס לסדר המשניות ונותרה חיצונית להן.
* **מדרש** – מביא פסוק ולאחר מכן כלל (בניגוד למשנה אשר אינה מביאה פסוק אלא רק את הדין).

**דיני ממונות ודיני איסורים:**

בארץ קיימת הבחנה בין המשפט הפלילי לאזרחי. **בהלכה לעומת זאת, קיימת הבחנה** בין **דיני איסורים** **(מה מותר ומה אסור עפ"י ההלכה (יכול גם לעסוק בממון)) ודיני ממונות (בעיקר בעניינים כלכליים שבין אדם לחברו).**

**הבדלים בין דיני הממונות לאיסורים:**

1. **ספק-** יכול להיות משפטי/ הלכתי/ עובדתי. בדיני ממונות לא נחמיר במידה ויהיה לי ספק ואילו בדיני איסורים נחמיר (מתקשר לכלל "המוציא מחברו עליו הראיה").

* עולה שאלה בנוגע **לגניבה=** "החזקה בידי שלא כדין". אך מה אם אני מחזיקה כסף- מדובר בדיני איסורים (אסור לגנוב) או ממונות? בספק נחמיר או נקל? מאחר והספק הוא ממוני- אם הכסף שברשותי הוא אכן שלי, ספק ממון להקל.

1. **גמישות-** דיני ממונות גמישים יותר מדיני איסורים (גם בגלל שלמנהג יש משמעות חזקה יותר בדיני ממונות ביחס לדיני איסורים). על כן, הסמכות של החכמים להתקין תקנות תהיה רחבה יותר בדיני ממונות.

* רמת גמישות= כאשר הצדדים מסכימים ביניהם על משהו.

1. **חוקים שניתן להתנות עליהם (=האפשרות לסטות מההלכה)-** **בדיני איסורים אסור להתנות משום שהעבירה היא לא רק כלפי הפרט.** דוג' מהתוספתא- לא ניתן להתנות על כך שלאחר הנישואין אישה תהיה עם גברים אחרים/ שאישה לאחר מות בעלה לא תהיה חייבת לעבור ייבום או חליצה מפני שיש איסור על כך**. לעומת זאת, בדיני ממונות, יש מחלוקת בין** **התנאים** (משנת 200 לפנה"ס- 200. יצירה הלכתית עיקרית היא משנה + התוספתא) **והאמוראים** (משנת 200-500. היצירה העיקרית היא הגמרא).במשנה (תנאים) ההלכה נפסקה שבענייני ממונות ניתן להתנות תנאי שהוא שונה מההסדר שקבעה התורה בתנאי ששני הצדדים הסכימו לכך. דוג' מהמשנה- אם בני זוג הולכים להתחתן והאישה היא בעלת נכסים רבים, היא יכולה לבצע תניה שהבעל לא יאכל פירות מנכסיה במהלך הנישואים ושהוא לא יירש אותה במידה והוא מביע את הסכמתו בצורה ברורה, בשונה מהחוק בהלכה. דוג' מהתוספתא- מותר להתנות על הסכמת האב לנישואין. דוג' נוספת: "מקדש על מנת שאין לה מזונות"- לזוג מותר להתנות ביניהם שהגבר לא יהיה חייב במזונות לאישה ובתמורה הוא לא יאכל מפירות נכסיה (הסכמה דו"צ).

* **דוג' שו"ת הרשב"א:** ראובן משיא את בתו לאה לשמעון ומביא לה נדוניה. לשניים נולדה בת אשר מתה לימים ביחד עם לאה. משכך, הקשר המשפחתי של ראובן עם שמעון נותק. על כן, ראובן תובע את הנדוניה ועושה זאת לפי דיני גויים משום שלפי הדין היהודי, אשר מחייב את האדם בכל מקום אשר הוא נמצא, הבעל הוא זה שיורש את אשתו.   
  **ניתן לאמץ שתי גישות בנושא זה**: 1) אם בקהילה יש מנהג מוקבל, נניח למקרה שלנו- התירוץ של ראובן להליכה לדין הגויים היא זו- שהנדוניה חוזרת למשפחת הכלה אם זו מתה- נכבד את המנהג. התניה יכולה להיות מכללא (תנאי שאין צורך שיהיה מפורש בחוזה משום שהוא ברור מאליו), כי ההנחה היא שהאב והחתן היו מודעים להיותו של הנוהג מקובל ונפוץ.  
  2) אם אדם בוחר לאמץ את הדין הזר מכוח היותו דין זר- אין לאפשר את התניה כי עולה מכך שאותו אדם מאמין שהדין הזר יותר טוב מהדין היהודי. הרשב"א מאמין שזו הייתה עילת התביעה של ראובן ועל כן לא מוכן לקבלה.
* **דיני שמירה- מסווגים לדיני ממונות וניתן להתנות עליהם. יש שני סוגי שומרים:**

1. **שומר חינם-** אדם השומר על חפץ מבלי לקבל תמורה. אם הוא פשע ולא שמר כראוי או/ולא נשבע (כלי ראייתי) יהיה עליו לפצות את הבעלים.
2. **שומר שכר-** אדם המקבל שכר עבור השמירה ועל כן יש לו אחריות חמורה יותר. הוא יכול לקבל פטור מפיצוי רק במידה והחפץ/ חיה ניזוקה מאונס (אירוע שלא בשליטתו) והוא צריך להישבע על כך.

* האחריות על אדם שהוא **שואל חפץ** היא כמעט מוחלטת והוא בכל מקרה חייב לפצות את הבעלים.
* האחריות על אדם שהוא **שוכר חפץ** היא בינונית ובגניבה/ אבדה הוא יהיה חייב ואילו באונס לא (כמו השומר בשכר).
* **דיני הונאה=** בתרמית/ תו"ל- מכירת דבר מה במחיר החורג ב20% ממחיר השוק. במצב זה הצד הנפגע יבקש לקבל החזר/ לבטל את העסקה. דיני ההונאה נתפסים כדיני ממונות וניתן להתנות עליהם (כך שההונאה לא תחול והצד שנפגע לא יוכל לבקש החזר/לבטל את העסקה) בתנאי שהתניה מפורשת וספציפית, ושני הצדדים יודעים על מה מדובר.
* **שמיטת חובות=** אם מלווה נותן הלוואה ומועד הפירעון שלה הוא בשנת השמיטה=השנה השביעית (שנה של מגבלות בעבודות הקרקע), החוב יבוטל (הדבר נובע מכך שאם לאדם אין פירות גם אין לו כיצד להחזיר את החוב). עם זאת, הלווה יכול לוותר על הזכות הממונית, להתנות עליה, להחזיר את הכסף והחוק שבשביעית לא יימחק.

**תורה שבכתב ותורה בעל פה:**

הדעה הרווחת היא שבמעמד הר סיני ניתנו שתי תורות- בעל פה ובכתב משתי סיבות (תשובה לחלוקה ולסכנה בשיבוש התורה שבע"פ):

1. אסור היה להביא את התורה שבעל פה לכתב- אחת הסיבות היא כדי להשאירה חסויה משאר אומות העולם וכדי לבדל את מצוותיו של עם ישראל מיתר העמים.
2. אם כל התורה הייתה בכתב הכתוב היה מקבע את הדברים ומחייב לנהוג על פיהם ללא הכרה במציאות המתחדשת. על כן, התורה שבעל פה באה כדי לתת חופש תמרון, גמישות והתאמה של אורח התקופה לתורה.

**לדברי הרמב"ם לתורה שבע"פ 3 חלקים:**

1. הלכות שמשה קיבל בהר סיני וניתן למצוא להן אסמכתאות בכתובים.
2. הלכות שמשה קיבל בהר סיני ולא ניתן למצוא להן אסמכתאות בכתובים.
3. דינים שהוציאו על דרכי הסברא- הלכות חדשות שחכמים מסיקים מתוך ההלכות שניתנו בהר סיני על דרך היגיון או מדרש.

* **עולה השאלה- כיצד נסווג הלכות אלו- כדין תורה או כדין מדרבנן?** **הרמב"ם** בספר המצוות (בשל המסורת ההלכתית שטוענת שיש תרי"ג מצוות שניתנו על ידי ה' הוא כותב את ספר זה שמחולק ל2 חלקים: 1) קובע 14 כללים שמנחים אותו איך למנות את המצוות 2) על סמך הכללים הוא קובע מהן אותן מצוות שנכנסות תחת 613 המצוות) אומר שברירת המחדל היא שכאשר נאמר במפורש שהמסקנה היא מהתורה והלכה למשה מסיני (דרשו אותה מפסוק מסוים)- נסווג כדין תורה וכאשר לא נאמר כלום נסווג כדין מדרבנן. **הרמב"ן** חולק עליו וטוען שכאשר ההלכה לא מוגדרת, יש לסווג אותה כדין תורה.

1. גזרות (הלכות) של חכמים- זוהי לא פרשנות, אלא חקיקה, גזירה, שבאה לעשות גדר וסייג.
2. תקנות (הלכות) של חכמים- הנוגעות ביחסים בין אדם וחברו, עשייה דתית..

* לא ניתן לבטל/ לחלוק על החלק הראשון והשני (לעיתים גם על השלישי) משום לא ניתן לחלוק על דברים שנאמרו במעמד הר סיני (**במבוא התלמוד** נאמר שגם בשאלה שמיוחסת למסורת ההלכתית יכול להיות שתהיה מחלוקת שנובעת מהבנה לקויה, חוסר ריכוז והקשבה). לעומת זאת, על החלק הרביעי והחמישי (לפעמים גם על השלישי) ניתן. כיוצא מכך, קיימת גמישות בדין דרבנן ובספק נקל. ואילו, בדין תורה לא קיימת גמישות ובספק נחמיר.

**סמכות החכמים כפרשנים:**

**חובת ציות לדברי החכמים:**

1. **חובת ציות טוטאלית-** גם אם אדם בטוח שהחכמים טועים, הוא חייב לציית להם ציות טוטאלי מכוח היותם חכמים והוא לא צריך להרגיש שהוא חוטא. יש להניח שהם אינם טועים משום שה' נתן לעם את התורה והסמיך את החכמים לפרש אותה. יתרה מזאת, ה' מעדיף לספוג טעויות של חכמים ובלבד שתהייה אחידות באשר לציווים הדתיים (כך גם בהרא"ה ספר החינוך) משום שאם עושים מאזן של רווח והפסד, אז ההפסד שנגרם מטעות אחידה, קטן מהבלגן שהיה קורה אם כל אחד היה פועל לפי ראות עיניו. **בשו"ת אגרות משה** נאמר שיש ללכת לפי דעת רוב גם אם הוא טועה משום שה' נתן את התורה לבני ישראל כדי שיבינו אותה כהבנתם וכל עוד הם פעלו בתו"ל, יושר וניסיון להבין את האמת השמימית זה בסדר לטעות.

* **סיפור של הרמב"ן**- הייתה אי וודאות לגבי היום בחודש בגלל הירח, דבר אשר היה קריטי ליום כיפור. ר' יהושע חשב שיום כיפור יוצא ביום שונה ממה שחשב רבן גמליאל אך הוא בכל זאת הגיע ביום שרבן גמליאל אמר כדי לא לערער את סמכות בית הדין.

1. **אם ביה"ד טעה חובת הציות אינה טוטאלית-** על האדם לציית לביה"ד רק אם הוא צודק. לפי ההלכה, עבירה שנעשתה בשוגג לא תביא לענישה, אבל תוטל על העבריין (שידע שביה"ד טועה וציית לו בכל זאת) או ביה"ד שטעה אחריות מסויימת (הקרבת קורבן), שכן היה עליו להיות ערני. קיימת עמדה שאומרת שלא כל אדם יכול להחליט שביה"ד טעה אלא רק מי שהוא חכם שלומד את ההלכה ומבסס את טענתו על לימודיו. לעיתים תהיה אחריות ציבורית כשלא יודעים מי אשם משום שאם היה מטופח יותר ע"י סביבתו, המקרה לא היה קורה (במקרה זה ביה"ד יקריב את הקורבן או יעשה מעשה לכפר על האחריות בשם הציבור).
2. **ביה"ד לא יכול לטעות**- יש כללים ותפקיד ביהמ"ש זה לדעת מתי ניתן לחרוג מהם. כשביה"ד חורג מהם, הוא לא טועה, זה רק נראה לאדם הפשוט (ההדיוט) שלא מבין את השיקולים ואין לו את הידע עליו הסתמך ביה"ד. **ספר עקידת יצחק-** אותו דיין שדן תמיד לפי הכללים ומיישם אותם אוטומטית מבלי לבחון את המקרה הקונקרטי ומבלי להבין מתי צריך לסטות מהכלל- הוא בבחינת מחריב עולם והוא גורם נזק עצום.

**מחלוקת:**

**איך מכריעים במחלוקת?**

* אם יש מסורת אחת אוטומטית נפסוק לפיה, אך מקום בו יש מסורות סותרות, נפסוק לפי רוב המעבירים (ולא השומעים).
* כשיש שתי דעות סותרות/ כשאין הלכה ויש חילוקי דעות בין חכמים- נעלה את השאלה ההלכתית להצבעה עפ"י רוב.

**לאיזה בית משפט פונים קודם במידה ויש שאלה?** בית הדין בעיר-> הר הבית-> ביה"ד בחו"ל-> ביה"ד הגדול=הסנהדרין.

* **הדין שחל על השופטים הוא להעביר את המסורת** (את ההלכות שלמדו) ולא לחדש הלכות ולתת תשובות לשאלות שלא קיימות. **בית הדין הגדול הוא בית הדין היחיד שמוסמך לחדש הלכה.** חידוש ההלכה נעשית בהצבעה ועל ידי רוב של 23 דיינים מתוך 71. כאשר ישנה הכרעה עליו להפיץ בעם כי יש מסורת חדשה בעניין שאלה זו, כך שאם היא תתעורר בעתיד, יש הלכה כתובה ואין צורך לעבור את כל בתי הדין.

**בעד ונגד המחלוקת:**

* **בעד המחלוקת**:
* פלורליזם רעיוני- ריבוי הדעות מפרה ומלמד. אין עמדה אחת נכונה משום שמגוון הדעות הן מהאל, מהתורה, והכל לגיטימי.
* המחלוקת היא לא תקלה- היא נובעת מזה שה' בכוונה בלבל את משה עם ריבוי דעות כך שלא ידע מה ללמד את העם והשאיר לנו את הדברים פתוחים כדי שנדון בהם ונכריע.
* יש להזכיר את דעת המיעוט כדי לדעת שהעמדה הזו מבוטלת (מחזק את דעת הרוב ומונע בלבול)/ כדי להראות שהיא דעה לגיטימית והיא בתוך הספקטרום המותר של ההלכה למרות שנפסק לפי דעת הרוב. על כן בנסיבות מסוימות ננהג לפיה- למשל, נפסק שאסור לטלטל (להעביר ממקום למקום) נר בשבת גם אם הוא דלוק וגם אם הוא כבוי. אך דעת המיעוט מוזכרת ובשעת דחק יהיה ניתן לעשות זאת (היהודים בגולה עם החנוכיות על עדן החלון).
* במידה ונראה כי לא קיימת מחלוקת ונפסק דבר פה אחד- לא נרשיע/ נרשיע את הנאשם. משום שהחשד יהיה שאף אחד לא התאמץ לטעון טענות נוספות.
* **נגד המחלוקת**:
* כשיש רק גוף אחד שיכול להכריע, ושאר הגופים כפופים לו, אסור שתהייה מחלוקת.
* **התלמוד הירושלמי-** מביא כדוג' את הילל ושמאי מתקופת הזוגות שלא עשו את הדברים כראוי (התרבו תלמידי שמיים לא מוכשרים מספיק) וטוען שבגלל זה התרבו את המחלוקות בישראל. כלומר, ניתן לראות כי המחלוקת מתוארת כתקלה, כדבר שלילי.

**האם ניתן להכריע שאלה הלכתית ומחלוקת בכלים נבואיים?**

אלפי הלכות נשכחו כשמשה רבנו נפטר ולא ניתן לשחזר אותן בכוחות אנושיים. על כן, חושבים לנסות לשחזרן בכוחות שמיימיים (בפועל כמעט ולא נמצאה בספרות ההלכתית שימוש או ניסיון להשתמש בהוכחות לא אנושיות כדי להוכיח שהלכה היא כך או אחרת).   
אלו הדעות בנושא:

* **נגד השימוש בכלים נבואיים בענייני הלכה:**
* **הרמב"ם** טוען שבענייני הלכה הנביאים והחכמים שווים במעמדם. על כן, נביאי שקר הם אלו שינבאו בענייני הלכה (יוסיפו/ יגרעו/ ישנו מצוות/ יחדשו בתחום השבת/ יחזקו עמדה מסויימת ויגידו שהיא הנכונה כי כך ה' אמר להם) משום שהיא כבר ניתנה ולא תינתן פעם נוספת- "לא בשמים היא" (לפי דברי שמואל). בנוסף, ה' לא ילך נגד מה שאמר למשה.
* **תנורו של עכנאי-** מדובר בתנור שהיה מפורק לחלקים וחובר בחול. השאלה הייתה האם תנור שכזה, שמחובר בחיבור מעין זמני נחשב לתנור שלם שמקבל טומאה או לתנור שבור שלא מקבל טומאה. הייתה מחלוקת בנוגע לתשובה בין החכמים **ר' יהושוע** (בית הילל)- שטען שהכלי שלם ומקבל טומאה, **לבין ר' אליעזר**(בית שמאי)- שטען שהכלי שבור ולא מקבל טומאה. ר' אליעזר, בעל הכוחות האדירים, ניסה להביא ראיות רגילות מהמקורות שיחזקו את עמדתו והחכמים לא משתכנעים מכיוון שהוא בא מבית שמאי שנחשב לנחות יותר. בעקבות כך, הוא מביא מס' ראיות מגורמים שמיימיים שמצביעים באופן ברור על כך שעמדתו היא הנכונה. למרות זאת, החכמים עדיין לא מקבלים את עמדתו בטענה שקיים כלל, אותו קיבלנו בהר סיני, שאומר שאין להיעזר בגורמים שמיימיים כדי להכריע מחלוקת הלכתית וכי "אחרי רבים להטות" (יש לקבל החלטות על פי רוב). על כך אומר ה' "נצחוני בניי"- תומך בחכמים ואומר שבצדק הם מתעלמים מהסימנים ששלח- יש כמה תשובות אפשריות לכל סוגיה ויש להכריע כל אחת כזו בעזרת האמצעים שברשותנו. כדי להוכיח את נקודתם וכדי למנוע מחלוקת בישראל, החכמים, לוקחים את הדברים צעד אחד קדימה ופוסלים את כל הלכותיו של ר' אליעזר למפרע ומנדים אותו.
* **רש"י בבא מציעא, שם-** במידה ויש ספק אם משהו טהור או שלא- נחמיר גם אם דעה זו נוגדת לדעתו של ה'. זאת משום שיש כלל שאומר שבספק נחמיר וכי יש להכריע בהלכות לפי הכלים האנושיים ולא האלוהיים.
* **מסכימים/ מסכימים חלקית בשימוש בכלים נבואיים בענייני הלכה:**
* **התלמוד הבבלי** מביא עמדה אחרת ומייחס חשיבות לגורמים נבואיים בהכרעה של מחלוקת הלכתית בסיפור של בת קול- יישות נבואי רוחנית שהכריעה במחלוקת בין בית שמאי לבית הילל.
* **הספר הכוזרי** מספר על עימות בין מלך לחכם יהודי כאשר המלך מעלה שאלה- איך העובדה כי קיימות מצוות שנוספו על ידי חכמים מתיישבות עם האזהרה "לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו"? החכם עונה לו כי האיסור נאמר בכוונה להמון העם ואילו החכמים **והנביאים** כן יכולים להוסיף ולגרוע מן המצוות.
* **הרב קוק + שו"ת משפט כהן:**

1. המשנה הראשונה במסכת אבות אומרת כי משה קיבל את התורה והעביר אותה הלאה עד הנביאים. כלומר, היו לנביאים משקל. הייתה סיבה להעברת התורה מהזקנים לנביאים.
2. ניתן לשלב בין העמדות השונות- במקום בו יש יכולת להכריע באמצעות הכוח השכלי- "לא בשמיים", נשתמש בו. אך במקום שבו מגיעים לדרך ללא מוצא, לאחר שמיצינו את כללי ההכרעה, ניתן להשתמש בכוחות השמימיים. וכך היה בשני הסיפורים- במחלוקת שבין שמאי והילל, שהובאה בתלמוד הבבלי, לא היה ניתן להכריע ביניהם ועל כן בת קול התערבה והכריעה. אך בסיפור התנור הייתה אפשרות לפעול עפ"י רוב ולכן לא היה צורך להשתמש בכוחות שמיימיים.

**"הלכתא כבתראי"- הלכה כאחרונים- כלי הכרעה נוסף במחלוקת:**

**מי היה קודם? תנאים -> אמוראים-> סבוראים-> גאונים-> ראשונים-> אחרונים.**

**לפני הלכתא כבתראי:**

* **הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה (כוחם המיוחד של המשנה והתלמוד)**- לא ניתן לחלוק על הקודמים משום שהאמוראים אמרו שהם יקבלו על עצמם את דברי התנאים כדברים מחייבים ואין דרך לסגת- דבר זה מחייב את כולם וכל עם ישראל הסכימו על כך (יכול להיות מטעמי נוחות ומניעת מחלוקת). על כן, כוחם של התלמוד או המשנה לא נובעים מתפיסה בסיסית שלא אפשרה לחלוק עליהם, אלא מסוג של מוסכמה.
* **ר' יוסף קארו**- מתחזק את הרמב"ם. הוא טוען שבית דין לא יכול לבטל **תקנה או גזרה** שקבע בית דין שקדם לו אך בעניין הפרשנות מותר לקבל את המאוחרת. אם כך, מדוע האמוראים לא חולקים על התנאים (אם מותר לחלוק על פרשנות קודמת)? מטעם הסכמה- מיום חתימת המשנה קיבלו את העובדה שדורות אחרונים לא יחלקו על הראשונים.
* **החזון איש (בהקשר לדברי הרמב"ם ור' יוסף קארו)**- טוען שהמעמד המיוחד של המשנה והתלמוד לא נובע מהסכמה, אלא הוא אינהרנטי. לדעתו, יישור הקו שנעשה בנושא ("הלכה כראשונים") נובע מחוסר ברירה משום שהאמוראים ראו שיש ירידת דורות מתמדת- הם ראו שהתנאים הם אלו צודקים יותר ועל כן לא ניתן לחלוק עליהם.

עצם העובדה שאי אפשר לחלוק עלהמשנה והתלמוד יוצרת השלכה מאוד חמורה- לא ניתן להגיד בתביעות בנזיקין שפסק דינו של השופט הוא טעות. אך יש בהלכה מושג שנקרא "בית דין שטעה" שאומר שכאשר יש לדיין טעות בדבר משנה, כלומר ישנה טעות בדבר מפורש- הוא פסק כאשר במקום מסוים נאמר שההפך הוא הנכון, פס"ד זה יבוטל משום שהוא כאילו לא היה משום שהוא נפסק בטעות. ואילו כאשר לדיין יש טעות בשק"ד (פסק למשל לפי דעת מיעוט), הפס"ד לא יבוטל אך הדיין יצטרך לפצות את הנפגע מכיסו שלו (מוסכם בין הפוסקים). שולחן ערוך אומר שהכל ייחשב כטעות בדבר משנה ואילו הרמא טוען שסטייה מדברי פוסקים לא נחשבת לטעות בדבר משנה. מותר לי לסטות מפניהם משום שהם לא המשנה והתלמוד.

**כלל הלכתא כבתראי:**

* **סדר גאונים ואמוראים**- עד תקופה מסוימת (תקופת רבא)- תקופה רביעית / אמצע התקופה של האמוראים, העדפנו את הפסיקה של הפוסק המוקדם יותר משום שהיא יותר קרובה למקור, למסורת, לזמן של מתן תורה. ומתקופת רבא ואילך – מעדיפים את הפסיקה של המאוחרת יותר. מה גרם לשינוי בתפיסה ? (**תוספות קידושים+שו"ת מהרי"ק**) האחרונים דקדקו יותר להעמיד הלכה על בוריה מאשר הראשונים, כיוון שעד תקופת הרבא הלימוד היה שינון של מה שנלמד מהרב (יש ללכת לפי הרב ולא לפי תלמיד) ואילו לאחר תקופה זו למדו ממקורות שונים- למדו את ההלכה בצורה מדוקדקת יותר ולא הסתמכו על מה ששמעו מהרב הספציפי, אלא על דעות של כל מיני רבנים.
* **שו"ת הרי"ד**- איך ניתן לומר שהראשונים יותר גדולים מאתנו ומצד שני להגיד שניתן לחלוק עליהם? כדי לענות על תשובה זו הוא מביא משל: אם נרכיב ננס על ענק- הננס יראה למרחק גדול יותר. כלומר, התוספת של המאוחרים קטנה יותר אך אם נוסיף אותה לתוספת של הראשונים היא תהיה גדולה יותר. זו חוכמה שמצטברת לדורות שקדמו לנו והסך המצטבר גדול יותר.
* **הרב אלשקר**- הלכתא כבתראי תקף רק לזמנם של האמוראים ולא נכון תמיד- יש לפסוק לפי מה שנראה לנו נכון ובהתאם למצב. אי אפשר לתת באופן אוטומטי וגורף העדפה לאחרונים משום שיכול להיות למשל שפתאום תחול ירידת דורות.
* **גט פשוט**- הלכתא כבתראי נכון גם ביחס לפוסקים מאוחרים יותר, אך רק אם הפוסק המאוחר גדול בחוכמה כמו הפוסק הקודם (הוא מביא דוג' של מישהו שכתב רק את מסכת שבת לעומת הרמב"ם).

**דרך ההכרעה של רבי יוסף בן אברהם קארו:**

רבי יוסף אמר שכשבאים לפסוק הלכה ברמה האידיאלית אני צריך להכיר את כל המקורות והפרשנויות הנוגעות להלכה (להכיר את דברי הראשונים, האחרונים, לדעת את ההלכה, להביא טיעונים וראיות וכו') ועל פי זה להכריע. אך ישנן בעיות עם דרך זו משום שהיא אינה מעשית ואדם רגיל לא יכול לעמוד בה- האדם הרגיל לא יספיק לגעת בהכל, יותר מידי חומרים ומידע אשר חלקם גם לא ברורים, יש סכנה שאדם עלול לשכוח את הדברים הקודמים עד שיגיע לאחרונים וכו'. הפתרון לבעיה זו הם ספרי הקיצור אך גם בהם יש בעיה- נכון להיום, לפי תמונת הספרות הכוללת, הם מקצרים מידי- אין בהם את כל המקורות וכו'. על כן, הוא אומר שהוא פורש את הפתרון: ספר שמכיל את הכל **כשולחן ערוך** (השם של הספק האחר שלו). ספר זה מהווה סיכום- הוא נותן את כל הדעות, המקורות, הפרשנות ואת השורה האחרונה. כלומר, אם נלך לפי ספר זה לא יהיה צורך לפתוח את כל המקורות. **בעייתיות:** מחסור בזמן + הראשונים היו גדולים מאתנו. על כן הוא מכריע במקום בו יש מחלוקת בצורה "טכנית"- לפי רוב בין הדעות של **הרי"ף הרמב"ם והרא"ש** וזאת כדי לא לשנות את המנהג (לעיתים מכריע לפי הרשב"ם). אם אין בין שלושתם רוב/ הם לא דנו בנושא, לוקחים פוסקים אחרים ולפיהם פוסקים רוב.

**הרמא** טוען שקארו סוטה מן הכלל הנהוג כיום- הלכתא כבתראי ומשלים את מפעלו של קארו כדי שיתאים להלכה שלנו כיום. בנוסף, הוא מסביר במקור אחר שברגע שאדם כותב ספר הלכה הוא הופך לאחרון ואנשים מתבססים על דעתו- אחריות כבדה מאוד.

**שאלת התקדים:**

* **שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם**- ספר פסיקה בא לקבוע הלכה לדורות לכל המקרים הרלוונטיים ואסור שיהיו בו סתירות בין מקרה למקרה/ יש לתת הסבר לסתירות משום שהוא חשוב יותר. ואילו תקדים ניתן באופן קונקרטי המתחשב בנסיבות המקרה דבר אשר עלול לגרום לסתירות. אם כן, האם ניתן לסמוך על תשובת הפוסק בתקדים בהתחשב בעובדה שאנו לא מודעים לכל הנסיבות? מצד אחד יש הצדקה לכך שתקדים יהיה מחייב- תהיה אחידות ובימה"ש לא יוכל לקבוע לפי דעתו- הכללים יהיו ידועים מראש גם לפוסק וגם לאנשים שצריכים לדעת כיצד להתנהג. מצד שני יש לתקדים גם חסרונות- הוא מנציח טעויות, מגביל את הפרשנות של בתי המשפט וכו'. **בהלכה, אין חובה להתייחס לתקדים כמחייב אך הוא לא חסר ערך**, יש בו מעין הנחיה התקדים מונח לפני בית הדין- והם יכולים לבחור כמה משקל להעניק לתקדים ביחס לחומר האחר.
* **הרמב"ם** טוען כי דיין העושה היקש אוטומטי עלול להזיק לחברה משום שקיימים הבדלים קלים בין מקרה למקרה אשר עלולים להשפיע על התוצאה. הוא אף צריך להתייעץ ואם לא יעשה זאת הוא יהיר וגאוותן.
* **שו"ת מהרי"ל**- נותן לתקדים משקל חזק באומרו שעדיף ללמוד מספרי השו"ת, הדנים במקרים קונקרטיים, מאשר מספר פסיקה עיוני מפני שברמה הפרקטית לתשובות יש יותר משקל מאשר לדברים תיאורטיים.
* **שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם**- נגד היקש אוטומטי ממקרה למקרה- במקרה קונקרטי התקדימים חשובים אבל לא לצורך ביצוע היקש אלא על מנת להעשיר את הפוסק ולסייע לו בשיקול דעתו.
* **סנהדרין-** אין על הדיין לפחד לפסוק ולקח על עצמו אחריות- הוא נשפט על האם הוא ביצע את מה שמוטל עליו ולא על פסיקתו. עליו לעשות מה שנכון בעיניו.
* **הרב"א** מבקש שכל עוד הוא בחיים, אם ירצו לבטל פס"ד שלו, שיתייעצו עמו- יכול להיות שישכנע אחרת ויכול להיות שישתכנע בעצמו יחזור בו מפסק דינו. ואילו לאחר מותו הוא מבקש לא לבטל את פסקי דינו אך גם לא להשתמש בהם כתקדים מחייב משום ש"אין לדיין אלא מה שעיניו רואות"- הדיין הוא עצמאי (זו גם הסיבה לכך שאין בית דין לערעורים בהלכה).

**קים לי:**

בהלכה יש עמדות סותרות רבות. טענת קים לי היא טענה הנטענת בעת מחלוקת בין תובע לנתבע בדיני ממונות (משום שהגישה בדיני ממונות היא שיש להקל. בכוחה של טענה זו לפתור מתשלום ולא להוציא ממון). לפי טענה זו הנתבע יכול לטעון טענת קים לי (לפי רוב הפוסקים רק הוא יכול להעלות אותה ולא בית הדין בשבילו) ו"לנטרל" את פסק הדין (להגיד כי הפסיקה של ביה"ד לא מחייבת אותו) במידה ובניגוד לפסיקתו של ביה"ד, קיימת פסיקה שסותרת אותה בהלכה. כלומר, קיים פוסק הסובר אחרת מפסיקתו של פסק הדין, אשר בדרכו הנתבע מאמין, ועל כן ביה"ד לא יכול לכפות עליו את פסק הדינו. מה עומד מאחורי טענת זו? העמדה שסוברת שאין בהכרח עמדה אחת בלבד שהיא נכונה, ויש עמדות אחרות שלא התקבלו כהלכה מחייבת אבל אינן בהכרח לא נכונות.

* טענה זו דורשת עקביות- במידה ובחרתי קים לי כשולחן ערוך אני לא יכול לטעון אחר כך כדעת הרמא (למשל) משום שבמצב כזה קיים חוסר תו"ל- לא באמת קים לי כשולחן ערוך כי בזה אני מאמין, אלא כי הבחירה היא מטעמי נוחות.

**מקורות המצמצמים את השימוש בטענת קים לי:**

* **אורים ותומים**- מעלה את הבעייתיות שיש סביב הנושא של טענת קים לי- כמעט בכל נושא ניתן למצוא עמדה חולקת ואם נקבל קים לי בכל מקרה ומקרה, בצורה גורפת ורחבה נוכל לנטרל כל פסיקה נוגדת, דבר אשר מערער את סמכות בית הדין. על כן הוא מציע פתרון אשר מצמצם טענה זו- במקום בו השולחן ערוך והרמא הביעו דעה (התקבלו כמוסכמים ומחייבים), לא ניתן לטעון קים לי כנגדם.
* **בעייתיות בפתרון זה**: הוא לא באמת מצמצם- קיימות הרבה מחלוקות שהתעוררו מאוחר יותר אשר אין בהן טענות של השולחן ערוך והרמא, מה שמאפשר עדיין לטעון טענות קים לי רבות.
* **שו"ת מהרי"ק**- פתרון נוסף לצמצום- כדי לטעון קים לי צריך שיהיה מדובר בטענה שיש לה אחיזה של ממש בפסיקה ההלכתית; לא ניתן לטעון קים לי אם רוב (מספרי ואיכותי) חכמי ישראל דוגלים בשיטה מסויימת, גם אם נמצא פוסק שטוען כנגדם.
* כנגד דעה זו, **בשו"ת מהרשד"ם**- מדובר על סיפור בו **רוב הדעות** אומרות שבמקרה הקונקרטי המלווה יכול לפנות קודם לערב לפני שמוצו ההליכים נגד הלווה (משום שהערב הוא ערב קבלן + היה שטר ערבות שאמר שאפשר לפנות ראשית אל הערב) **ועם זאת**, בשל שיקולי צדק, **נטענה טענת קים לי שהתקבלה** ומציגה דעה שאומרת שיש קודם כל למצות את ההליכים נגד הלווה.
* **שו"ת רדב"ז**- מצמצם את טענת קים לי ב3 דרכים: צריך שתהייה עקביות בטענת קים לי + אין לטעון קים לי כנגד המנהג בקהילה/ רב מקומי מטעמי כבוד ומשפטיות + לא ניתן לטעון קים לי במצב של רוב מול יחיד, אלא רק במצב של פוסק יחיד נגד פוסק יחיד כאשר הם באותה רמה.

**סמכות החכמים בתחום החקיקה:**

**תלמוד בבלי מסכת שבת**- לפני שאדם מקיים מצווה הוא אמור לברך. יש מצוות שהן מדברי חכמים כמו קריאת מגילה בפורים או הדלקת נרות חנוכה. לכאורה מתעוררת בעיה, ה׳ לא באמת ציווה אותנו במצווה הזאת (היא ניתנה ע״י חכמים). **רב אויא (הרמב"ם מסכים עימו):** מסביר את הסוגיה הזאת- החובה לציית לחכמים מהפסוק **"לא תסור"** אינה רק בהקשר של פרשנות, אלא יש גם חובה לשמוע לדברי חכמים גם בתקנות שהם מתקינים וכו' שהרי סמכות החכמים נובעת מתוך רצונו של ה' ומהכוח שהוא מעניק לחכמים להתקין תקנות. **רב נחמיה:** מיישב את הסוגיה הזאת- **"שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך"-** בספר דברים נכתב פסוק זה "זקנים" הם בעצם חכמים ולכן יש להקשיב להם. עם זאת, מקור זה מופיע מקטע הלכתי ולכן הוא חלק יותר.

**מקורות המיישבים את סמכות החכמים להתקין תקנות ולגזור גזרות יחד עם הוראת התורה- לא להוסיף/ לגרוע ממנה:**

* **רש"י**- האיסור להוסיף ולגרוע אינו נוגע לכמות המצוות אלא לתוכנן.
* **רמב"ם**- עפ"י התורה אסור לאכול בשר בהמה עם חלב. כדי לא להוסיף/ לגרוע החכמים אומרים כי עוף וחלב מותרים מן התורה אך הם גוזרים שהדבר אסור.
* **ספר כוזרי**- האיסור להוסיף או לגרוע נוגע רק להמון העם ולא לחכמים והנביאים. במקום שבו חכמים מוסיפים משהו שאינו מתנגש עם הוראה של התורה יש לציית להם. אך נשאלת השאלה האם יש לחכמים סמכות להתקין תקנה שסותרת את התורה (להימנע ממצוות עשה / לקיים מצוות לא תעשה)? הכלל הבסיסי הוא שחכמים יכולים לעקור דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה" (לא לבטל לחלוטין את המצווה אלא רק לסייג באופן חלקי בנסיבות מסויימות), והם (למעט מקרים חריגים) לא יכולים להורות לעשות משהו שהתורה אוסרת ב"קום ועשה". דוג'- מותר לחכמים לקבוע שאין לתקוע בשופר בראש השנה אם זה יוצא ביום שבת.

**"קום ועשה" מותר בהוראת שעה:**

* **אליהו**- בשל ריבוי העבודה הזרה בישראל, אליהו מציע לעשות מבחן בו עובדי העבודה הזרה ואנחנו נקים שני מזבחים מחוץ לבית המקדש (כי לזרים אסור בתוכו), דבר שאסור כל עוד קיים בית מקדש, ומי שה' יאכל את הקורבן שלו- הה' שלו הוא האמיתי. הדבר מותר למרות ההלכה שאוסרת זאת מטעם הוראת השעה כדי להראות את גדולתו של ה' ולהפסיק את העבודה הזרה.
* **הרמב"ם**- מותר לעבור על איסור לצורך חיזוק העם. הדוג' הבולטת ביותר לכך היא כתיבת התורה שבע"פ מתוקף הוראת שעה (שנמשכת עד היום) מחשש שנשכח אותה.

**ענישה בהוראת שעה:**

דין תורה מאפשר עונשי מוות או מלקות בהתקיים מס' תנאים מצטברים שמהווים תנאי סף כזה שכמעט ולא מאפשר יישום בפועל: סנהדין שלא קיים כיום, 2 עדים כשרים שראו את המקרה (לפי תנאי ההלכה הרבה מאוד פסולי עדות), העדים הזהירו את העבריין לפני ביצוע המעשה והוא עשה את העבירה בכוונה.

**סנהדרין**- ניתן לתת עונש מוות במקרים של הוראת שעה גם כאשר התורה אינה מחייבת לכך. מקור זה מתאר 3 סיפורים: 1) במקור מתואר אדם שרכב על סוס בשבת ורצו לסקול אותו בשל כך. נראה כי הדבר אינו ראוי משום שאין מדובר באיסור מהתורה, אלא באיסור חכמים, אך סקלו אותו בכל זאת משום שהוראת השעה היוותה בסיס לסקילתו. 2) סקלו אדם ששכב עם אשתו בפומבי למרות שאדם כזה לא חייב מדין תורה. 3) 80 איש הוצאו להורג ביום אחד מתוקף הוראת שעה משום שהתעסקו בכישוף על אף שלא היו עדים או שימוע ומותר לפי התורה להוציא להורג אדם אחד ביום.

**"הפקר בית דין הפקר"= לבית דין יש סמכות להכריז על קרקע כהפקר:**

* **תוספתא שקלים**- כלאיים= איסור לזרוע שני סוגים צמחי פרי בסמיכות זה לזה. אנשים זלזלו באיסור זה משום שאומנם אסור לזרוע אך התוצרת החקלאית מותרת לאכילה. חכמים הבחינו בזלזול האנשים וכדי למנועו שלחו את שליחי בית הדין בתחילת העונה החקלאית ובמקום שבו הם הבחינו שיש כלאים, הם קבעו שהסחורה היא הפקר וכל אדם יכול לבוא ולקחת את מה שצמח. בנסיבות רגילות הדבר היה נחשב כגזל, אך הסמכות של החכמים להפקיר את רכושו של בעל השדה מתגברת על איסור גזל מכוח "הפקר בית דין הפקר".
* **גיטים-** מכאן נלמד שבית דין יכול להפקיע רכוש של אדם- עזרא רצה לעשות אסיפת עם וכדי לגרום לאנשים להגיע לאסיפה הוא הוציא קול קורא שמי שלא יגיע- יוחרם כל רכושו והוא יוחרם מבחינה חברתית.
* **משנה גיטין-** לפי דין תורה בשנת השמיטה; חוב שאדם חייב לאדם אחר נמחק ואילו חוב שאדם חייב לרשות ציבורית לא נמחק. חוק זה גרם לאנשים רבים להימנע מלהלוות לנזקקים מהחשש למחיקה. נראה כי הלכה זו, שבסיסה לעזור לעניים, מבצעת את ההפך. על כן, הלל הציע פתרון מלאכותי- "תקנת פרוסבול"- לפיה החובות יהפכו מפרטיים לציבוריים. עולה השאלה כיצד הלל מתקין תקנה שמשמעותה ביטול דין תורה (למרות שבפועל לא ביטלו, כולם השתמשו בתקנה)? 2 תשובות אפשריות: 1) אכן מתנגש עם דין תורה אך בדיני ממונות מכוח "הפקר בית דין הפקר" החכמים יכולים להעביר רכוש מאדם אחד לאחר. 2) שנת שמיטה נוהגת רק כשרוב היהודים נמצאים בארץ ישראל, בתקופתו של הלל זאת לא הייתה המציאות ולכן כלל אין שנת שמיטה מדין תורה אלא רק מדיני חכמים. המקור כולו הוא ע״י חכמים.

**הפקעת קידושין:**

ניתן לסיים נישואים בהלכה או על ידי מוות של אחד מבני הזוג או על ידי גט שנמסר לגבר מרצונו על ידי ההלכה. מכיוון שגט היא פעולה משפטית הוא יכול להישלח ע"י שליח והגירושים יכנסו לתורף ברגע שהשליח יעביר לידי האישה את הגט. אם אדם שולח שליח לגרש את אשתו ומתחרט הוא יכול לבטל אותו כל עוד הגט לא הגיע לאישה על ידי עצירת השליח/ להגיע לאישה או לבית דין מקומי לפני השליח ולבטל את דברי השליח שעתיד לבוא. הבעיה בביטול הגט על ידי בית דין היא שלעיתים הנשים לא ידעו על ביטול הגט, התחתנו והולידו ילדים ממזרים. על כן, **רבן גמליאל** תיקן תקנה זו מכוח "תיקון עולם" ופסק שלא ניתן לבטל נישואין בדרך זו.

**גיטין**- **רבי יהודה** טוען שבמידה ומישהו, למרות האיסור, ביטל את הגירושין בביה"ד רחוק, הביטול תקף. ואילו **הרשב"ג** טוען שהוא לא תקף. אם כן, כיצד רבן גמליאל תיקן תקנה המנוגדת לתורה? 2 תשובות אפשריות: 1) לפי דין תורה האישה אכן נשואה אך מכוח תקנת חכמים היא לא נחשבת נשואה והיא יכולה להתחתן בשנית. 2) מלכתחילה הקידושין מותנים בהסכמת חכמים. מכאן, במידה והם לא מסכימים לקידושין, הם מתבטלים למפרע- כאילו לא התחתנו מעולם ואין צורך בגט והילדים אינם ממזרים.

**סמכות חכמים בתחום ביטול תקנותיהם:**

כל הקריטריונים אשר ניתן בעזרתם לבטל דין תורה- ניתן לבטל בעזרתם גם תקנות חכמים (הוראת שעה, "קום ועשה" וכו') לפי קל וחומר. נשאלת השאלה האם ניתן לבטל תקנות חכמים מכוח קריטריונים נוספים. על כן, נבחין בין 2 סוגי תקנות:

1. **תקנות שאנו יודעים מדוע התקינו אותן, מה הנימוק שעומד מאחוריהן ועל כן קל יותר לבטלן (מבטלים אותן על ידי בית דין גדול יותר במניין ובחוכמה).** דוג' לתקנות אלו (**משנה גיטים**):
2. "אין מבריחים שבויים"- אין להציל שוביים בסכום גדול מידי מטעם "תיקון עולם"- כדי לא הכביד על הציבור וכדי לא לעודד חטופים לדרוש מעבר למקובל.
3. מצוד חיה, עופות ודגים- כשצייד לוכד דג הוא לא שייך לו עד שהוא יבצע "מעשה קניין"- אקט פורמלי להגדרת הבעלות כגון הגבהת חפץ. על כן, לפני ה"מעשה קניין", במידה ואדם אחר ייקח את הדג מרשת הצייד, המעשה לא ייחשב גזל.
4. מציאת חפץ על ידי קטין/ חירש/ שוטה- משום שאין להם כשרות משפטית, הם לא יכול לקבל בעלות על הרכוש שמצאו וייחשבו כגוזלים, על אף שלפי דין תורה הדבר מותר.

* **עבודה זרה**- תוקפה של גזירה תלוי במידת קיבולה בציבור. על כן, כאשר חכמים התקינו תקנה הם לא הסבירו את הסיבה עד לחלוף שנה מפני החשש שאנשים שלא מאמינים בנימוק, לא יבצעו אותה. יתרה מזאת, לעיתים הם היו מספקים לעם נימוק השונה מהנימוק האמיתי על מנת שהוא יקיים את התקנה.
* **מאירי ביצה**- **ביטול תקנה שטעמה ידוע**- בעבר, חכמים התקינו תקנה שאומרת שאדם שגר קרוב לירושלים לא יכול לפדות את פירותיו בכסף כדי שהיא תהיה מעוטרת. אך כיום, אין בירושלים בית מקדש והיא כבר לא מוקד עלייה, כך שהטעם אינו רלוונטי. אם כן, האם התקנה בטלה? היא לא בטלה מעצמה, אלא יש לערוך הצבעה (הסבר בדברי הרמב"ם בפסקה הבאה).

1. **תקנות שלא אמרו לנו מה הטעם שלהן-** פרוצדורת הביטול עשויה להיות מסובכת יותר משום שאין אנו יודעים אם התקנה רלוונטית גם לימינו. על כן (**משנה עדויות**), יש להזכיר את דעת המיעוט כדי שכאשר נרצה לבטל את פסק הדין, בית הדין יוכל להסתמך על דעת המיעוט, ובכך להראות שהוא גדול בחוכמתו (דבר שיותר קשה מאשר להראות שהוא גדול במניין- שני מצטברים לביטול פסק דין של בית דין מוקדם יותר).

* **הרמב"ם-** טוען שעבודה זרה אומרת שיש גזרות של חכמים שלא ניתנות לביטול בכלל, גם לא עם שני התנאים המצטברים (מסביר שגדול במניין= חכמים שמחוץ לבית הדין שהסכימו לתקנה). יש ראשונים שאומרים שיש 18 גזרות כאלו ואילו הרמב"ם מרחיב את הרשימה וטוען שגזרות אלו הן כל הגזרות שבאו להרחיב איסורי תורה.

**תקנה שטעמה בטל:**

* **הרמב"ם** אומר שעל החכמים לחשוב לפני גזירת גזרה האם הציבור יעמוד בה, ובמידה והתשובה היא לא- מראש אין לגזור אותה; במידה ואחרי שגזרו גזירה היא לא התפשטה- היא בטלה מעצמה. ובמידה והציבור לא דחה אותה ישר אך הרוב לא קיבל אותה- היא לא בטלה מעצמה, אלא יש לבטל אותה (הפרוצדורה תהיה קלה- גם בית דין שלא גדול בחוכמה או במניין יוכל לבטל אותה). במידה והתקנה (בין שהטעם שלה ידוע ובין שלא) בטלה כי היא כבר לא תקפה יותר (לא בגלל הציבור, אלא משום שהיא כבר לא רלוונטית)- יש צורך בבית דין גדול בחוכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה.
* **הראב"ד+ המאירי ביצה**- ביטול תקנה שטעמה לא רלוונטי, לא צריך להיעשות בבית דין גדול בחוכמה ובמניין, אלא ע"י כל בית דין אחר עם מניין.
* **הרדב"ז**- כשתקנה לא נכנסה לתוקף ולא פשטה בכל ישראל, היא בטלה מאליה ואינה צריכה ביטול.
* **הרא"ש**- התקנה מראש הותלתה בקיומו של הטעם וכשמתבטל הטעם אז התקנה כאילו לא הייתה קיימת.

**תקנות קהל:**

**ההתפתחות העיונית של מקבלי ההחלטות: בית דין-> הסנהדרין-> הקהל-> נציגי הציבור.**

זוהי פרוצדורה חלופית להתקנת תקנות אשר נזקקים אליה בעיקר שאין בית דין. תקנות הקהל הן אסיפת העם, בהן משתתפים רק זקני העיר, והן מחייבות את כלל הציבור- סמכות אשר נובעת מכוח ההסכמה. נשאלת השאלה האם תקנות אלו מחייבות גם את מי שהתנגד בעת המעמד.

* **תוספתא בבא מציעא-** מקור זה עוסק בכפייה לתשלום לבניית בית כנסת למען הקהילה. הציבור רשאי לכפות את מי שמתנגד.
* **שו"ת הרשבא-** לציבור יש כוח מקביל לכוחו של בית הדין, ולכן, גם לציבור יש כוח להתקין תקנות בדיני ממונות ולהעניש ולקנוס את מי שלא פועל לפיהן.
* **שו"ת הרשב"א ד-** ניתן לקנוס את מי שעובר על תקנות הציבור בתנאי שהסכמת הציבור היא פה אחד.
* **שו"ת הרשב"א א-** כדי לקדש אישה יש צורך ברצון של שני הצדדים ושני עדים. אחת הקהילות התמודדה עם פריצות רבה (גברים היו מקדשים נערות רבות והפכו אותן לאסורות סתם) התקינה תקנה לפיה יש צורך בעשרה עדים והעובר עליה חייב בקנס- דבר אשר סותר דין תורה. לדעת הרשב"א לקהילה יש סמכות להתקין תקנה כזו אשר היא תקפה רק באותה קהילה ורק במידה והיא נועדה למנוע פעולה בלתי רצויה. סמכות זו דומה לסמכות הפקר בית דין הפקר, כמו שלחכמים יש סמכות להפקיע קידושין – כך גם לקהילה בתקנת קהל.
* **שו"ת הרשב"א ג-** במקור זה הוא סותר את הדברים שאמר במקורות האחרים וטוען שגם אם לא כל הקהל מסכים אלא רק הרוב- התקנה עדיין מחייבת את כולם (גם את מי שלא היה במעמד/ נולדו לאחר האסיפה) מלבד למי שהתנגד לתקנה ואמר באופן מפורש שהתקנה לא חלה עליו. חלק "מתרצים" את הסתירה בכך שהם טוענים שניתן לעשות הפרדה בין סוגים שונים של תקנות- בחלק יהיה עונש כבד יותר, בחלק פחות וכו'. הרשב"א מציין המון בכתביו את החרם (אמצעי אכיפה, בעל הקשר חברתי (בעוד לנידוי יש הקשר דתי), במקום שלא היו אמצעי אכיפה אחרים (סמכות שלטונית) שאפשר לשמור על הסדר). הרעיון הוא לקבוע בתקנה כי כל אדם אשר לא סר לה יוחרם.
* **שו"ת הרא"ש-** הרא"ש מכביד יותר מהרשב"א וטוען כי הסכמת הקהל היא עפ"י רובוכי אדם אינו יכול לטעון כי הוא מוחה על תקנה ולא לסור לה. הרי שאם ניתן ליחיד להוציא את עצמו מהכלל, נשלל הכוח מתקנות אלו.
* **שו"ת לב שמח**- אדם שלא מגיע להצבעה- התקנה אינה מחייבת אותו הרי שאנשים יכולים לפטור עצמם מן המעמד ובכך להקשות על התקנת תקנות. הסמכות של תקנת הקהל היא כשל בית דין- מחייבת את כולם בין אם הם נכחו או לא.
* **מרדכי בבא קמא-** עצם ההשתתפות בהליך התקנת התקנות מלמדת על כך שאדם מקבל את דעת הרוב, ולכן, גם אם הוא מוחה על התקנה היא מחייבת אותו. לעומת זאת, את מי שלא השתתף לא ניתן לחייב.
* כיום, התקנת תקנות בצורה של אסיפת עם היא אינה ישימה, ולכן, העם בוחר נציגים שידברו בשמו. **שו"ת הרשב"א-** על הציבור להסמיך שבעה אנשים- "טובי העיר", הם אינם חייבים להיות חכמים/עשירים, אלא רק כאלו שהציבור סומך עליהם. אם יש שבעה נציגים אין צורך בהסמכה מפורשת, במידה ויש פחות סמכותם תהיה מוגבלת.

**אישור אדם חשוב על הסכמים בתוך העם:**

**בבא בתרא ט, א:** בעבר היה מקובל ששוחט מקבל את העור של הבהמה ששחט מהבעלים כתשלום על העבודה. ע"מ לגרום לסדר הסכימו ביניהם השוחטים שכל שוחט עובד ביום אחר, ומי שישחט ביום שלא שלו ייקחו לו את העור שקיבל. במקור מסופר על שוחט ששחט ביום לא שלו ותבע את השוחטים האחרים על כך שלקחו לו את העור. הרב הפוסק פסק כי יש להשיב לו את העור. לכאורה, הדבר נראה כמנוגד להסכמה של השוחטים, אך הרב משיב כי השוחטים יכולים להסכים ביניהם הסכמות הכוללות סנקציות כל עוד אין אדם חשוב בעיר, מרגע שיש- יש צורך לקבל אישור שלו על הסכמים אלו.

* + - * הסיבות לכך שי שצורך באישור של אדם חשוב (חכם המקום בעל השפעה דתית ורוחנית) למען תקפותם של הסכמים אלו:
* **פיקוח הלכתי**- לוודא שאין מדובר בהסכמה הנוגדת את ההלכה.
* **למנוע פגיעה בצד ג** - לוודא שאין צד נוסף הנפגע מן ההסכם (למשל נהגי מונית שמחליטים לא לקחת פחות מ100 ₪ לנסיעה).
* **מכובדות** - רואי כי הסכם בעל השפעה על הציבור יקבל אישור של אדם חשוב.

נשאלת השאלה האם יש צורך באישור של אדם חשוב רק על הסכמים השייכים לאגודה מקצועית (בעלי מקצוע) או על כל תקנת קהל:

* **שו"ת הריב"ש-** מצמצם את הצורך באישור רק לחברי אגודה מקצועית.
* **רא"ש בבא בתרא-** גם הסכמה של כלל העיר דורשת אישור של אדם ללא חשוב, ללא הסכמה התקנה לא רלוונטית.

**מקורות האוסרים תקנת קהל המנוגדת לדין מדיני האיסורים:**

* **שו"ת הריב"ש-** אי אפשר שהסכמת קהל, במקרים רגילים, תסתור דין תורה בדיני איסורים. הוא מציין כי לא ניתן שלווה ייתן ריבית בעבור מה שלווה למלווה גם אם רוצה בכך- זה איסור בתורה. ובנוסף מציין שהקהל יכול להתעסק רק בדברים שבממון, ובדברים שאינם בממון הוא אינו יכול להתעסק. על כן, הקהל יכול להכשיר שטר כזה אם הוא מדבר על חוב, גם אם זה לפי דיני עמים אחרים. אך הם בשום אופן לא יכולים להכשיר שטר כזה אם יש לו סעיף של ריבית, גם אם הקהל הסכים על כך.
* **שו"ת הרשב"א-** הייתה תקנת קהל האוסרת משחק בקובייה אשר לא נדרשה משום שממילא דבר זה נאסר ע"י ההלכה.

**מנהג:**

לעיתים מנהג הוא ביטוי להלכה קיימת ולעיתים הוא יוצר נורמה חדשה מחייבת.

**מקורות המציגים מנהג המשמש ביטוי לנורמה קיימת:**

**גמרא במסכת פסחים סו, א:** יש שני סוגי קורבנות: **קורבן פרטי,** שאדם רוצה או חייב להביא וניתן להקריבו רק ביום חול, **וקורבן ציבורי**, כל הציבור מקריב קורבן ביחד וניתן להקריבו גם בשבת. **קורבן פסח** הוא בין קורבן פרטי לבין קורבן ציבורי- הוא בעל מעמד ציבורי משום שכולם מקריבים אותו במועד מיוחד- י"ד בניסן, אך הוא בעל מעמד פרטי משום שכל קבוצה מביאה קורבן משלה.על כן, **האם אפשר להקריב קורבן פסח בשבת? הלל הזקן** אמר שפסח הוא קורבן ציבור **לפי מדרש פסוקי התורה** **לפי גזירה שווה** (לומדים משהו ממקור אחד בתנ"ך שבו יש ביטוי x למקור אחר עם אותו ביטוי, בדוג' שלנו מדובר על המילה- "במועדו"- זה אותו מושג בו השתמשו בקורבן התמיד. ולכן, כמו שמקריבים את קורבן התמיד גם בשבת כך גם יש להקריב את קורבן פסח במועדו- גם אם אותו מועד מתקיים בשבת).  **באותו נושא, התלמוד הירושלי פאה ז, ה: בעניין טלטול הסכין,** הלל הזקן ידע מה ההלכה לפי מה שלמד לפני אך הוא לא זכר מי אמר הלכה זאת. על כן, הוא **רצה לחכות ולראות מה הציבור, המבוגרים עושים** כדי שמדבר זה נלמד מה המנהג הקיים במקום.

**על כן, בשני המקורות האלה אנחנו רואים מנהג או התייחסות למנהג לא כנורמה חדשה, אלא כקיימת כאשר המנהג הוא זה שמזכיר לנו אותה. כלומר, המנהג הוא דרך להיזכר בהלכות שאתה שכחת והוא משקף הלכה.**

**מקור המציג מנהג שיוצר נורמה חדשה:**

**טור חושן-** מקור זה מדבר על מקרה בו אדם גנב/ גזל (גנב עושה את המעשה בסתר ואילו גזלן גונב בצורה גלויה) ומכר את מה שגנב לקונה אשר היה תם לב. במקרה זה, בהתמודדות הקיימת בין הבעלים לקונה, הטור מעדיף את הבעלים. לעומת זאת, לפי המנהג בעיר, החפץ אכן צריך לחזור לבעלים, אך הם צריכים להחזיר לקונה את מה שהוא שילם כדי שלא יפסיד. יש ללכת לפי המנהג משום שהוא ראוי ויש בו היגיון (יוצר שלום), גם אם הוא סוטה מן ההלכה.

**מקורות הדנים בחובה לציית/לשמר מנהגים:**

לא נמצא פסוק בתורה המציין באופן ישיר כי יש לסור למנהגים וכי הם מחייבים. לכן, חיפשו פסוקים המשקפים רעיון זה בצורה עקיפה.

* **ילקוט שמעוני משלי כב, כג-** "אל תסג גבול לעולם אשר עשו אבותיך". פסוק זה עוסק בענייני חלוקת הארץ אך המקור מפרשו כך: כאשר יש מנהג מהעבר אין לשנותו.
* **המאירי מגן אבות-** עך אף שהמקור לחובה לציית/ לשמר את המנהג הוא לא חזק, חז"ל רואים ערך בשימור המנהגים.

**מקורות הדנים בחובה להחלתו של המנהג:**

* **שו"ת הרא"ש כלל סימן י-** נותן משמעות למנהגים אך בצורה מסויגת- רק תקנת חכמים יכולה לסתור הלכה ממונית ולא מנהג. מנהג אשר מקורו בעבירה הוא אינו תקף. ובעצם, מנהג יהיה תקף רק כאשר הוא מוסיף על איסור בתורה וכד'.
* **שו"ת תשב"ץ חלק א סימן קנג-** נותן משמעות רחבה יותר למנהג- גם אם מדובר במנהג הסוטה/שונה מן ההלכה הוא עדין יכול להתקבל תקף כל עוד הוא אינו סותר אותה.
* **ירושלמי, בבא מציעא, ז, א**- אילו אדם שוכר פועלים חלים עליו כל מנהגי המקום של הפועלים (תנאי מכללא). למשל, שעות העבודה שלהם, הארוחות אותם הם דורשים וכו'. מכאן, משמעותו של המשפט כפשוטו היא שהמנהג גובר על ההלכה בהקשר לדיני עבודה.   
  במקור זה אף נידון חשיבותו של המנהג, לכאורה, נראה כי החכמים בירושלמי מסכימים עם רבי מאיר ופשוט התנסחו בצורה שונה. אך אנו מגלים כי ההבדל בניסוח אכן מלמד על הבדלים בהסכמה של אותם חכמים:
* **"הלכה כרבי מאיר"-** זאת ההלכה הנוהגת ומפיצים אותה.
* **"מנהג כרבי מאיר"-** לא דורשים את הדבר כהלכה (ובעצם, לא מפרסמים באופן יזום) אך מי ששואל על אותו עניין מפנים אותו למנהג.
* **"נהגו"-** לא דורשים את הדבר כהלכה ולא מורים זאת למי ששואל אך אילו אדם כבר נהג כאותו מנהג לא אומרים לו כי הוא נהג בצורה מוטעית.

**מקור המדגיש את חשיבותו של המנהג לעניין סוחרים:**

**בבא מציעא עד, א- רקע:** ע"מ שתתבצע עסקת מכר בהלכה יש צורך באלמנט נוסף לגמירת הדעת- מעשה הקניין (במקרים מסוימים מעשה הקניין אף יעיד על גמירות דעת). דוגמאות למעשה קניין:

* אילו מדובר בחפץ הניתן לטלטול- מעשה הקניין יהיה להרים/להגביהה את החפץ.
* אילו מדובר בחפץ כבד שלא ניתן להגביה- מעשה הקניין יהיה לגרור אותו.

**המקור:** במקום מסוים היה נהוג שבעת מכירת חביות יין היו מסמנים את החביות שנמכרו, במקום מעשי הקניין שמצויינים בהלכה, משום שהן היו כבדות מידי. סימון זה ביטא את גמירות הדעת והוא נקרא "קניין סיטומתא". מתעוררת השאלה האם המנהג- "מנהג הסוחרים", שסותר את ההלכה, משמש מעשה קניין וכי לאחר הסימון החוזה אכיף ותקף, או כי לא ניתן לבצע מעשים אחרים אשר לא מנויים בהלכה. המקור הבא עונה על שאלה זו.

**שולחן ערוך חושן משפט סימן רא-** במידה והתרחש חוזה בדברים ונפסק תשלום, גם אם בצורה פורמלית מעשה הקניין לא התבצע- הרי שיהיה לא מוסרי לא לאכוף את ההסכם. כלומר, למרות שיש הלכה הקובעת את מעשי הקניין, אילו יש מנהג סוחרים, המנהג מחייב גם הוא.

* + - * **לסיכום: על אף שהמנהג צומח מלמטה, הוא מהווה דוג' ליצירת נורמות ע"י הציבור.**

**דינא דמלכותא דינא:**

**מקורות התומכים בכלל דינא דמלכותא דינא:**

**תלמוד בבלי מסכת נדרים דף כז עמוד ב משנה-** כאשר אין ריבונות לעמ"י יכולה להיווצר התנגשות בין ההלכה היהודית לחוקי הגויים. בשאלה כיצד לנהוג יש לבחון שיקולים כמו: כיצד ההלכה מתייחסת לחובות השלטוניות? האם השלטון הזר כופה לקיים את חוקיו? במקור מתוארת סיטואציה בה מגיע מוכס אשר נשלח ע"י המלך במטרה לגבות מיסים.

* **משנה**- מאפשרת לאדם לנדור למוכס כי הרכוש שלו הוא הקדש (רכוש המוקדש לה' ואסור לגעת בו) או נדר (אדם נודר כי הוא לא יכול ליהנות מהרכוש- למשל, ליהנות מהפירות בשדהו) ובכך לא לשלם מיסים. נראה כי המשנה מאפשרת לשקר ע"מ להתחמק מתשלום מס.
* **גמרא**- יש כלל לפיו "דינא דמלכותא דינא", כלומר, ברגע שיש הוראת מלך יש חובה לקיים אותה. עם זאת, מתעוררת בעיה, שהרי ר' שמואל אינו יכול לחלוק על המשנה משום שהוא אמוראי, והמשנה מוקדמת לו בזמן (תנאים). לר' שמואל יש כרגע שני אופציות: לחזור בו מדבריו או להוכיח כי המשנה נוגעת למקרים מסוימים בלבד. ר' שמואל טוען כי התרת המשנה לשקר מתאפשרת רק כאשר למוכס אין קצבה (מוכס אשר אינו קובע סכום מסוים ולוקח אותו לכולם אלא קובע סכום לכל אדם לפי ראות עיניו). ר' ינאי מציע תירוץ אחר להיגיון שבדברי המשנה, ולטענתו מדובר במוכס אשר עומד מאליו (מוכס אשר אינו פועל מכוח סמכותו).
* **רש"י** – מפרש את הדברים ואומר כי מוכס שאין לו קצבה הוא מוכס שנוטל כל מה כל מה שהוא רוצה ולכן הוא כגזלן וניתן לשקר לו. ואילו מוכס אשר לא עומד מאליו הוא מוכס אשר לא מגיע במצוות המלך (ובעצם, לא שליחו).

**תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף נה עמוד א-** יש דין פרסי כי לאחר 40 שנים שאדם ישב על קרקע ברציפות ומשלם עליה מס קרקע ובעל הבית הקודם יושב בעיר ולא מוחה ישנה חזקה כי אותו אדם הוא בעל הקרקע (=חזקה מהותית). ואילו הדין העברי דורש 3 שנים ואומר שהחזקה היא ראייתית (חזקה המהווה ראיה בלבד- עד שלא מביאים ראיות לבית הדין הקרקע לא באמת שלך) ולא מהותית (חזקה המעבירה בעלות). ההלכה אומרת כי למרות שמדובר בדין פרסי יש לסור אליו **כאשר חיים תחת השלטון הפרסי** בשל "דינא דמלכותא דינא". מקור זה מדגים את השימוש בכלל גם **בהקשר למקרקעין.**

**מקורות העוסקים במקור הסמכות של הכלל "דינא דמלכותא דינא":**

* **הר"ן-** הסמכות של "דינא דמלכותא דינא" מגיעה מהעובדה שהמלך הוא בעל הקרקע הבלעדי והוא היחיד שיכול לקבוע כללים. כלומר, **הסמכות היא מכוח בעל הבית**. עם זאת, הכלל לא תקף למלך ישאלי משום שהוא לא הבעלים היחידי של הקרקע, אלא של כל העם.
* **רשב"ם מסכת בבא בתרא גדף נד עמוד ב-** אנחנו מקבלים עלינו מרצוננו את חוקי המלך מאחר שהדבר מחיל סדר, מונע מריבות ומאפשר פיתוח. יש לנו כציבור שיושבים תחת שלטונו של מלך אינטרס לקבל את חוקיו וכלליו ולכן הסיבה של "דין המלכות דין" לא נובעת מזה שהמלך בעל הבית אלא מאחר שמרצוננו קיבלנו את חוקי המלך. לפי הר"ן ראינו שדין המלכות דין לא חל על מלך ישראל, על פניו אפשר לחשוב שגם כאן זה לא חל, אבל האינטרס שלנו בסדר ואחידות אולי דווקא חל גם בישראל כך שהעיקרון חל גם במדינת ישראל. **הסמכות מכוח הסכמה משיקולי סדר ושלום.**
* **הרמב"ם**- **מכוח ההסכמה להיות עבדי המלך.** נשים לב כי הבסיס לקיום מצוות מלך אחר גם אצל הרשב"ם וגם אל הרמב"ם הוא בסיס ההסכמה. ההבדל הוא למה ההסכמה ניתנת (להיות עבדי המלך או אינטרס קבלת שלטון בשל שיקולי סדר ושלום).
* **משנה מסכת גיטין פרק א משנה ה**- **הסמכות מכוח מצוות הדינים:** שטר הוא מסמך משפטי כתוב. ישנם שטרות אשר נעשו לפי כללי המלכות אך לא לפי כללי ההלכה, נשאלת השאלה האם שטרות אלו תקפים גם בבתי דין יהודיים ולא רק בבתי המשפט הכלליים. **רש"י** אומר כי שטר זה תקף משום "דינא דמלכותא דינא". נשאלת השאלה מכוח מה הכלל תקף כאן. רש"י עונה כי אחת ממצוות בני נוח החייבים בה כולם היא מצוות הדינים. במסגרת מצוות דינים התורה הסמיכה שלטונות זרים לקבוע כללי שטרות (אשר אינם חייבים להיות כללי השטרות של ההלכה היהודית).
  + - * כלל זה לא תקף לעניין שטרות הקשורים בגיטי נשים משום ששטרות אלו נוגעים גם לדיני האיסורים, ולא רק למצוות הדינים.
* **שו"ת בעלי התוספות סימן יב-** **הסמכות מכוח תקנת חכמים:** רבנו ת"ם טוען כי חכמים אימצו את התקנה דין מלכות ואנו חייבים לקיים משום שמדובר בתקנת חכמים. ולכן, הכלל "דינא דמלכותא דינא" תקף רק לכללים אשר היו תקפים באותה תקופה אשר תיקנו החכמים את אותה תקנה- יש להקשיב לכלל לא בגלל שזה הכלל, אלא להקשיב משום שהחכמים אמרו להקשיב לכלל הזה.

**מיהו מלך?**

* **שו"ת הרשב"א חלק א סימן תרלז-** הכלל חל בארצות אשר מופצות בהן מטבעות אשר חקוקה עליהן דמות המלך. זהו סממן לכך שהציבור מקבל עליו את המלך (שימוש במטבעות).
* **שו"ת המהרי"ק קצ"ר**- אילו אנו דוגלים בכך כי כל אדם בעל קרקע (כמו הר"ן) יכול לקבוע כללים הנכנסים תחת הכלל, אז הרי שלא רק מלך נכנס בכלל, אלא אפילו כל הדיוט יכול להיכלל לכלל "דינא דמלכותא דינא" בארצו. הוא מוצא חיזוק לדבריו אצל הרשב"א אשר מסכים כי גם שר בעיר יכול להיכלל בכלל.

**מי מוגדר מלך?**

* **שו"ת מהרשד"ם מו"מ שנ**- מלך= 2 דרכים להבין: מלך שהוא בשלטון יציב ולא כשכל חודש מעמידים שליט אחר. או אדם שהוא מלך לכל ימיו (לא בר החלפה).
* **שו"ת משפט כהן (ענייני א"י) סימן קמד יד**-טוען ששלטון לא חייב להיות מלך. התחליף לו הוא מי שנבחר על ידי העם. הוא אף טוען ששלטון נבחר יותר טוב ממלך משום שהוא "עלה" בהסכמה.

**מקורות הדנים בשאלה האם מלך ישראל נכנס תחת הכלל:**

* **ר"ן נדרים כז,ב-** לא רלוונטי למלך ישראל, שהרי הכלל מבוסס על בעלות המלך בקרקע וארץ ישראל שייכת לכל העם.
* **רמב"ם גזלה ואבדה ה,יא-** הכלל חל גם על מלך ישראל שהרי הכלל מבוסס על הסכמת העם להיות עבדי המלך- והרי אין זה משנה למי שייכת הארץ.
* **שמואל א פרק ח-** נשאלת השאלה האם מה שמתאר שמואל (המלך יכול לקחת שדות, בנות, רכוש ועוד) הן סמכויות המלך, או שמדובר בתוצאות נגררות של המלכת המלך וכי ברצונו להפחיד את העם. נחלקו שני אמוראים בשאלה זו, מפורטת התשובה במקור הבא.
* **בבלי סנהדרין כ,ב- שמואל** ( מתקופה אחרת שמפרש את שמואל מתקופת התורה) אומר כי מדובר בסמכויות המלך ואילו **רב** אומר כי מדובר בניסיונות הפחדה.
* **מאירי נדרים כז,ב-** הלכה כשמואל (סמכויות המלך).

**סייגים לכלל "דינא דמלכותא דינא":**

1. **שו"ת תשב"צ א, קנח**- **אם המלך קובע כלל שחל באופן לא שוויוני על כלל האזרחים, לא חל על הכלל "דינא דמלכותא דינא" (סייג). רמב"ם גזלה ואבדה ה, יד**- על דין המלכות להיות שווה על כולם. צו שמתייחס לחלק מהאוכלוסייה באופן שונה, לא חל עליו דין המלכות דין (מאחר וזה כמו מוכס שאין לו קצבה). אמרה זו לא כוללת חוקים אישיים כמו מס, הרי שבחוק זה כל אחד משלם מס לפי ההכנסה שלו- החוק קובע כללים סטנדרטיים אחידים שחלים על כולם.
2. **רמ"א, חושן משפט סימן שסט, ח**- **דין המלכות דין חל רק על תחום מאוד צר של נושאים- מיסים ונכסים שתלויים בקרקע (סייג).** עמדה זו מתיישבת עם עמדתו של הר"ן לפיה יש לסור למלך משום שהוא בעל הקרקע. אלו שמתנגדים לטענה זו, טוענים שהחוק חל על כל הנושאים ומבססים את עמדתם על כלל ההסכמה או סמכותו של המלך בגזר דינים.
3. נושא נוסף בו מקור זה דן הוא השאלה למי מגיעה הנדוניה של האישה לאחר שבני הזוג מתגרשים (הבעל או האב). במקרה זה לא נפנה לדין המלכות משום שאין הכרעה זו תשפיע באופן ישיר על המלך (אמנם באופן עקיף, ניתן להגיד שאינטרס המלך הוא שאנשים לא יריבו, אך באופן ישיר עניין זה לא משפיע על המלך). על כן, **במקום בו אין הרעה/ השפעה על המלך/ על כלל הציבור, אין לומר דינא דמלכותא דינא (סייג).**
4. **מגיד משנה גזילה ואבידה ה, יג**: **אם המלך עושה דין חדש שלא היה מקובל אצל המלכים הקודמים לא ניתן להגיד דינא דמלכותא דינא (סייג).** סייג זה מסתדר עם נימוקו של רבינו תם – הכלל חל רק על חוקים שהיו נהוגים בתקופת שמואל.

**ההתנגשות בין ההלכה לדין המלכות:**

* + - * **נשים לב כי בכלל "דינא דמלכותא דינא" יש בעייתיות רבה אם משתמשים בו בצורה קיצונית – שהרי הוא מבטל את ההלכה.**

**ש"ך חושן משפט עג**- ע"מ להבטיח שמשכנתא (ההלוואה) תוחזר, מופקד רכוש השב לבעליו כאשר הוא מחזיר את המשכנתא. אילו מגיע מועד הפירעון והלווה לא החזיר את הכסף מוכרים את המשכון (מכירת החפץ צריכה להיעשות באישור של בית דין כדי להבטיח שהוא יימכר במחיר השווי ולא תחת לחץ). **השאלה:** כמה זמן יש להמתין ממועד הפירעון ועד למועד מכירת החפץ/ מימוש המשכון? אולי בזמן הזה יביאו למלווה את הכסף אותו הוא רוצה וכו'. **תשובת ההלכה:** 30 יום. אך הש"ך מדבר על מקרה בו **דין המלכות** הוא לחכות שנה. **מה עלינו לעשות?** **פוסקים מאוחרים יותר טוענים כי במקום שההלכה מספקת תשובה אין לבחון את החוקים הזרים** (כלומר, יש לחכות 30 יום).

**עולה השאלה מהי מידת ההשפעה של דין המדינה על סכסוכים בבית דין הדן עפ"י ההלכה (כיום). כיצד נוכל להחיל את דין המדינה:**

* **דינא דמלכותא דינא**- נדגיש כי ראשית יהיה צורך בקביעה כי הכלל חל גם על מלך ישראל. שימוש בכלל זה תלוי בדיין, ככל שלמדינת ישראל יהיה ערך דתי הוא ייטה יותר לשימוש בחוקיה.
* **תקנת הקהל**- הקהל יקבל על עצמו תקנות מכוח ההסכמה. לדעת חלק מהדעות הדבר לא פרקטי (משום שאי אפשר לאסוף את כל התושבים) אך לפי הרשב"א הדבר יכול להתבצע גם ע"י נציגי הקהל.   
  קושי בשימוש באמצעי זה:

1. ישנה בעייתיות מיוחדת כאשר ההלכה והחוק מסדירים נושא מסוים בצורה שונה (החוק סותר דין תורה).
2. יש צורך באישור של אדם חשוב = תלמיד חכם, וכל עוד הוא לא ניתן אישור, התקנה "לא יכולה לצאת לפועל".

* **מנהג**- דרך זו מאפשרת הכרה עקיפה ולא ישירה. בדרך זו אנו מאמצים את החוק מכוח מנהג של העם (הדבר פשוט יותר לאלו שקשה להם לקבל את חוקי המדינה מכוח דינא דמלכותא דינא או תקנת הקהל). בעייתיות:

1. מנהג אמור לבוא מהעם- ולא מחוק שהולכים לפיו.
2. דרך זו מאפשרת מנהג התומך בעבירות.
3. יידרש זמן לאמץ את החוק לאחר שהתקבל- למנהג לוקח זמן עד שהוא מתקבל ועד שהוא באמת הופך למנהג שגם מגיע לכולם.
4. לא ניתן להחיל את החוק הנוהג על כולם אלא רק על אלו הנוהגים בו.

**סמכות המלך לתת עונשים פליליים:**

* + - * דנו בקשיים שבעונשים מסוג זה+ גם כשהיה בימ"ק כמעט ולא נענשו בעונשים אלו. עפ"י המשנה סנהדרין שהורג אחת ל7/70 שנה הוא סנהדרין קטלני. מצב זה גורם להעלמת אפקט ההרתעה.
* **רמב"ם רוצח ושמירת הנפש-** למלך יש סמכות להחליט על עונש מוות גם אם אין האדם חייב מוות מדין תורה.
* **דרשת הר"ן:** **מציע פתרון לבעייתיות בעונשים אלו**: הר"ן טוען כי עם ישראל זקוק לשתי מערכות חוקים שישמרו על שני אינטרסים שונים: מערכת שתשמור על סדר חברתי, ומערכת שתשמור על חוקי התורה ותאכוף אותם. **תפקיד הסנהדרין מצטמצם ליישום דין תורה והיא יכולה לתת עונש מוות/מלקות לפי הכללים שדנו בהם. עם זאת, יש צורך בגוף משפטי נוסף, שהרי אם נשאיר את מלאכת השיפוט רק לסנהדרין ימנע הסדר החברתי בשל חוסר יכולת ההרתעה.** ולכן, הוקמה מערכת חברתית-אזרחית (במקביל לסנהדרין) שבראשה המלך שמטרתה להתמודד עם הפן החברתי של העבירות. ובעצם, התהליך יחול כך: ראשית אדם יובא לפני הסנהדרין, במידה ויימצא שאינו אשם הוא יועבר לידי המלך שיחליט האם נגרם נזק חברתי. **המלך לא אמור לטפל במישור הדתי כלל אלא ישפוט עפ"י מערכת דינים משלו אשר מושפעת מדין התורה אך לא מחויבת לו. ביחס לענישה הפלילית חברתית, לפי הר"ן, יש סמכות למלך להקים מערכת שתאכוף את הדין הפלילי.**

**בתי דין של הדיוטות (דיינים אשר אינם בקיאים בתורה):**

**מקורות העוסקים בהיתר למנות דיינים אשר אינם בקיאים בדין תורה:**

**שו"ת הרשב"א ב, ר"צ-** **רקע למקור:** ישנה טענה כי כל אדם המעמיד דיין שלא ראוי לדון (שאינו בקיא בידע ולא מוסמך לדון בדין תורה- דנים מצטברים לדיין)- כאילו עובד ע"ז. במצב של בוררות (בית דין חיצוני, ללא אכיפה של המדינה), הנתבע יכול להחליט כי הוא אינו מגיע לפתרון הסכסוך ואין דרך לחייב אותו להגיע. זאת בניגוד לבית הדין אשר יכול לאכוף את חיוב ההגעה.   
**המקור:** הייתה תקופה שהיה בה חוסר בדיינים בעיירות היהודיות ועל כן, היה חשש כי הציבור היהודי יפנה למערכות משפטיות של גויים (דבר האסור עפ"י ההלכה), משום שכל עוד אין דיינים- לא ניתן לאכוף נתבעים להגיע. במצב כזה, גם כאשר יגיעו דיינים אשר מוסמכים לדון בדין תורה- הציבור כבר רגיל לפנות לערכאות של גויים, דבר אשר אסור לפי ההלכה ויגרום לניוונה. הרשב"א מציע פתרון- להרחיב את האיסור על פנייה לערכאות גויים ולמנות דיינים מתוקף הסכמת הציבור. ובעצם, הציבור מסכים מראש כי דיינים אלו מוסמכים לאכיפה. דיינים אלו יישבו בבתי דין של הדיוטות. דרישה נוספת לגבי דיינים אלו היא שעליהם להיות בקיאים בנושאים אחרים- גם אם לא בתורה. למשל, על הדיין להיות כשר, ירא אלוקים, שונאי בצע, יודעי מדע ויודעי נפשות.

**ר"ן סנהדרין-** הסיבה שקיבלו בתי דין של הדיוטות היא שהציבור קיבל על עצמו דיינים אשר אינם בקיאים בתורה.

**מקורות המסייגים את ההיתר למנות דיינים אשר אינם בקיאים בתורה:**

* **שולחן ערוך חושן משפט ח, א-** מציג 2 סייגים: ניתן למנות בתי דין של הדיוטות **בתנאי שבמקום אין דיינים שבקיאים בדין תורה** **ובתנאי שאותם דיינים שמינו יהיו הכי ראויים לכך.**
* **חזון איש סנהדרין טו-** מדגיש כי **אין על הדיינים אשר אינם בקיאים בדין תורה להיות כפופים למערכת חוקים אחרת** (למשל, של שלטון עם אחר). כלומר, גם אם ההכרעה שלהם אינם מתבצעת על בסיס דין תורה עליה להיות מתוך שק"ד ולא מערכת חוקים שונה. איפה שיקול הדעת יתבטא? אחת השיטות היא שבית הדין רשאי לבצע פשרה ולא ליישם את הדין. פתרון זה של פשרה הוא אף זה המצווה והרצוי עפ"י ההלכה שהרי כך אין אנו מחליפים את התורה במערכת חוקים אחרת (נציין כי פשרה אינה סותרת דין משום שהיא מוסכמת על שני הצדדים).

קשם לקבוע כי בתי המשפט היום הם כבתי דין של הדיוטות משתי סיבות: ראשית, קשה לקובע כי אין אנשים, חיצוניים (לא בבתי דין), המוסמכים לדון בדין תורה (על אף שלא הסמיכו אותם לפי הספר). שנית, גם אם נניח כי אין אנשים בקיאים הרי שהשופטים דנים לפי מערכת דינים אחרת.

**ערכאות של גויים:**

**רמב"ם סנהדרין כו, ז-** נשאלת השאלה למה הכוונה בערכאות גויים. האם הכוונה ליהודי אשר דן עפ"י מערכת חוקים אחרת (=דיני עכו"ם) או האם הכוונה לגוי (גוי=יד עכו"ם), ובעצם, האם ב"גוי" הכוונה לדיין (שהדיין הוא גוי) או למערכת הדינים (יהודי שדן לפי מערכת חוקים אחרת). הרמב"ם מזכיר את הפס' **"ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם"** ומפרש כי במילה "לפניהם" הכוונה לפניהם (לפני ישראל) ולא לפני גויים או הדיוטות. ובעצם, הבעייתיות לפי הרמב"ם היא במערכת חוקים אחרת – ואין משמעות לזהות הדיין (גוי או יהודי). באילו מצבים נפנה לערכאות של גויים:

* כתובע אין לפנות לערכאות של גויים אך כנתבע הדבר אפשרי (וגם אין כ"כ ברירה...).
* נשים לב כי אילו הצד השני בסכסוך אינו מאמין בהלכה- בית הדין יכול לתת אישור לפנות לערכאה של גויים.
* במידה ופניתי לבית דין של תורה והוא פסק כי פלוני חייב לתת סכום כסף לאלמוני- אלמוני רשאי לפנות להוצאה לפועל למרות שמדובר ברשות אזרחית, מאחר שהיא מאפשרת אכיפה של דין הנפסק ע"י ההלכה.
* עפ"י ההלכה על האדם לפנות לבית דין הלכתי מתוך תו"ל והאמון כי ההלכה היא הדין הנכון. במידה ואדם פונה להלכה מטעמי נוחות- אין היא תהיה כלי בידיו.

**משפט ומוסר- עשיית הישר והטוב:**

**פירושים: עשיית הישר והטוב** – בין האדם לחברו. **קדושים תהיו** – בין האדם למקום.

* בפס"ד **כיתן נ' וייס** (חברה גדולה מול משפחה קשת יום) השופט אילון פוסק לטובת החברה אך מבקש ממנה לשלם פיצויים למשפחה לפנים משורת (לפי הדין לא מגיע אך באים לקראת) הדין ומבסס זאת על מקורות מהמשפט העברי. השופט שמגר טוען כי אין לעשות כן וכי תפקיד ביהמ"ש הוא לעשות דין במסגרת הדין, ולא "לבוא לקראת".
* **רמב"ן דברים ו-** ישנו צמד של פסוקים, הראשון מצווה עלינו לשמור את חוקי ה', והשני מצווה עלינו לעשות הישר והטוב. על פניו, לעשות הישר והטוב זה לקיים את חוקי ה', ולכן, מדוע יש כפילות? עפ"י הרמב"ן ל**עשיית הישר והטוב יש משמעות נוספת- לנהוג לפנים משורת הדין.** החוקים מכסים מקרים מסוימים אך לא את כולם, הרמב"ן אף מציין שכתיבת כל האיסורים היא שגויה, שהרי החיים הם דינמיים. לכן, **במקרה של לקונה, נשלים לפי עקרון ועשית הישר והטוב**. נציין גם כי עם מושג זה יש בעייתיות בשל העמימות שלו (מה שייחשב טוב בעיני X לאו דווקא ייחשב טוב בעיני Y וכ').
* **דוגמא לתקנה של חכמים המבוססת על עשיית הישר והטוב:** **דינא דבר מצרא**= דינו של בן הגבול (נרחיב בהמשך).
* **רש"י ויקרא יט-** ישנו ציווי להיות קדושים, בד"כ מושג זה מזוהה עם פרישות (מלשון נזירים שפורשים מלעשות מעשים כמו שתיית יין וכו'), אך הרמב"ן משייך אותו לאיסור עריות (בשל סמיכות הפרשיות). הרמב"ן קובע כי אמנם התורה הגדירה את האסור והמותר, אך גם בתור הדברים שמותרים יש לקבוע הגבלות. נסכם, לפי הרמב"ן **קדוש הוא מי ששם לעצמו מוגבלות בתוך התחום המותר.**

**לישר והטוב ניתן למצוא כמה ביטויים "בחיי היום יום" בדבריו של הרמב"ן:**

1. **חכמים כמתקיני תקנות-** החכמים מתקינים תקנות שמגשימות בעיניהם את עיקרון העל של עשיית הישר והטוב. בצורה כזאת הכלל הופך ממוסרי למשפטי.

**תלמוד בבלי בבא מציעא קח-** "דינא דבר מצרא" - דינו של בן הגבול. בסיטואציה זו לא מדובר על יחסי שכנות רגילים, אלא על מקרה מיוחד בו יש אדם שמחזיק בקרקע אמצעית בין שורה של קרקעות שמוחזקת על ידי קבוצה של שותפים/ אחים. דבר זה מפריע לשותפים שקנו את שאר הקרקעות, והם היו מעדיפים שאותו אדם לא יהיה שם, אך מכיוון שהוא הבעלים של הקרקע הרצויה- אי אפשר לדרוש ממנו לקום ממנה. הסיטואציה מתעוררת בשלב שבו אותם בעלים של קרקע אמצעית מבקש להעביר את הקרקע שלו, האם בנסיבות האלה יש זכות קדימה לשותפים או שהוא יכול למכור אותה לכל המרבה במחיר. יש 3 אופציות בסיטואציה זו:

* הרב יהודה – **אין זכות משפטית אפילו לא במקרה של שותפים אבל קיימת זכות מוסרית.**
* הרב נחמן – **במקרה מיוחד זה קיימת זכות משפטית ולא רק מוסרית.** ניתן לסלק את הקונה מהקרקע והוא יקבל פיצוי על מה שישלם. במקרה של שכן רגיל אין אפשרות לבוא בטענה של זכות קדימה.
* חכמי נהדרעי – **יש זכות משפטית גם ביחסי שכנות רגילים. דעה זו נפסקה להלכה.**

נציין כי ההליך מתרחש בצורה כזאת: המוכר (עם הבית הבודד) מוכר את הקרקע (למישהו שהוא לא אחד מהשותפים) ורק לאחר מכן ניתן לאכוף את עשיית הישר והטוב ולהחזירה לשותף (ע"י גירוש הקונה ופיצויו). נשאלת השאלה מדוע פועלים בדרך זו (של גירוש) ולא מלכתחילה דורשים אישור של השותפים, למה לא ישר מוכרים להם?

* **דרך אמיתית לבחון מהי עלות הקרקע**- ע"י מכירתה לצד ג השכן לא יכול לעשוק את הבעלים בשל ערך רגשי שיש לו לקרקע.
* **בא להתגבר על גמירות הדעת**- אי אפשר להכריח אדם למכור, ולכן עוקפים זאת באמצעות שליח. צד ג הוא כשלוחו של השכן.

נדגיש כי ישנם מצבים בהם לא תהיה קיימת זכות משפטית "דינא דבר מצרא". אילו ישנו חשש לפגיעה בצדדים נוספים לא נלך לפי הכלל ועשית הישר והטוב. ולכן, במקרים של מכירת מס' קרקעות ביחד לא תהיה זכות קדימה (שהרי הקונה עשוי להתנות את קניית הקרקעות רק בכך שכל הקרקעות ימכרו לו). גם במקרים של נתינת קרקע במתנה/ירושה לא תהיה זכות קדימה בשל הערך הסנטימנטלי שיש לקרקע בעיני המקבל.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לה, א-** "שומא הדר"- שמאות מלשון הערכה והדר מלשון חוזר. אדם מלווה כסף ללווה ולאחר זמן מסוים הלווה צריך להחזיר את החוב. החשש של המלווה הוא שיגיע מועד הפירעון והלווה לא יפרע את החוב מתוך רצון רע או כי אין לו ממה להחזיר- לכן מלווה סביר ירצה להבטיח מראש שבבוא הזמן יהיה מאיפה לגבות את החוב. הבעיה מתעוררת כאשר ללווה במועד הפירעון אין כסף אבל גם אין לו מקרקעין או מיטלטלין ואי אפשר לממש את נכסיו כדי לפרוע את החוב. על כן, כדי למנוע מצב כזה, על המלווה או לדאוג לערב שיחזיר לו את הכסף או ליצור שיעבוד על נכסי המקרקעין של הלווה.

**מה זה שיעבוד**? זוהי זכות שאומרת שלמלווה יש זכות קודמת על קרקע הלווה. כיצד צד ג' ידע שיש למלווה זכות קודמת על קרקע הלווה? על המלווה לעשות את ההלוואה **בשטר חוב עם עדים** (נכתב על ידי הסופר בעיר) כך שיהיה לעניין פרסום וכשפלוני יבוא לרכוש את הקרקע הוא יכול לבדוק אצל הסופר האם הקרקע משועבדת למישהו/ היא כבר נמכרה למישהו אחר. במידה ועשה כן, הוא יכול ללכת לקונים של הנכסים בימים שני, שלישי ורביעי ולדרוש את הנכס בטענה ששעבודו (המוכר (הלווה) חייב לו כספים) גובר ועל כן זכותו גוברת והקונה יוכל לפנות רק ללווה בטענות. במידה והמלווה לא עשה את ההלוואה בשטר חוב עם עדים הוא ייחשב כרשלן ולא תוקנה לו זכות זו.

* + - * אמצעי הגבייה היה **אופותיקי**- מתייחס לנכס מסוים.
      * **שיעבוד סף**= שיעבוד שחל לא על נכס ספציפי, אלא על כל הנכסים שיהיו לאדם בעת הפירעון.
      * אם הגענו למצב שהמלווה רוצה לממש את הקרקע הוא צריך לעשות זאת באמצעות בית הדין. **מימוש הקרקע בבית הדין מתבצע בכמה שלבים שלאחריהם הקרקע שלו (יש לחכות 30 יום בין שלב לשלב כדי לתת ללווה הזדמנות לפרוע את החוב):**

1. עליו לפנות לבית דין ולהוכיח שהחוב אכן קיים (אם הלווה לא מודה בכך צריך להביא ראיות). אם הלווה לא פורע את החוב, בית הדין יוצר "שטר חיפוש נכסים"- המלווה צריך להראות איזה נכסים קיימים ומה אפשר לממש.
2. "**שטר אדרכתא**" (=דריסת הרגל)- בית הדין מאשר למלווה לתפוס חזקה במקרקעין ששייכים או היו שייכים לחייב. הקרקע עוד לא עוברת לבעלותו, אלא יש חזקה על הקרקע.
3. שלב השומא - שמאי מקרקעין מעריך בדיוק כמה הקרקע שווה (במידה והיא שווה יותר/ פחות מההלוואה קיימים תשלומי איזון) ולאחר מכן מעבירים אותה למלווה והוא יכול לעשות בה כרצונו.   
   * + - **אם כעובר זמן הללווה יכול ורוצה להחזיר למלווה את הכסף ולקבל את הקרקע שלו-** **האם המלווה חייב למכור לו את הקרקע?**

* **נהרדעי**- לאחר שנה מיום השומה אין חובה להחזיר את הקרקע.
* **אמימר**- יש חובה להחזיר את הקרקע לעולם. הלכה נפסקה כאמימר עפ"י העיקרון "ועשית הישר והטוב". אך קיימים 2 סייגים לכלל זה- 1) השומה חוזרת כל עוד הקרקע לא נמכרה לצד שלישי. 2) במידה והמלווה השקיע בקרקע יש שתי אופציות: יוחזר שווי ההשקעה או שלא יהיה ניתן להחזיר את הקרקע ללווה.

1. **בית הדין-** לבית הדין יש מס' כלים לעשיית הישר והטוב, אנו נתעסק ב2: לפנים משורת הדין וחיוב בדיני שמיים.
2. **לפנים משורת הדין:**

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב**- אילו אנו מניחים כי בעל האבדה התייאש ממנה- האבדה הופכת שייכת למוצא. אילו ההנחה כי בעל האבדה לא התייאש ממנה- יש לקחת אותה ולהכריז על עליה. נשים לב כי המבחן לגבי הייאוש מהאבדה הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי, מהם הקריטריונים למבחן זה:

1. חפץ אשר אינו שווה פרוטה- בעל שווי מינימלי.
2. חפץ אשר אין בו סימנים- שהרי ע"מ להשיב אבדה יש צורך במתן סימנים.
3. חפץ הנמצא במקום שרוב העוברים בו אינם יהודים. זאת משום שעל גויים לא חלה חובת השבת אבדה, ולכן המאבד במקום כזה מניח כי חפצו לא ישוב אליו. עם זאת, חובה להשיב אבדה גם ללא יהודי (במקום של יהודים).

**כיצד מכריים על אבדה?** לפי המשנה, בזמן שהיה בית מקדש, היה מקום לידו ששם היו מתרכזים כל המוצאים וכל המאבדים וכאשר היו עולים לרגל היו מאתרים זה את זה. פעולת ההכרזה צריכה להתארך שלושה רגלים- בערך שנה. לגבי הבעלות על החפץ לאחר שנה יש מחלוקת- לפי המשפט הישראלי האבדה שייכת למוצא, ולפי המשפט העברי הבעלות אינה עוברת ועל המוצא לשמור את החפץ עד שיגיע אליהו הנביא ויאמר מי המאבד.

* + - * חפץ מתכלה ניתן למכור (למשל תפוח) ולשמור את הכסף (למאבד) באישור של בית דין, ע"מ להבטיח שהמוצא לא ימכור אותו במחיר נמוך מדי.

**מתי אדם יהיה פטור מהחזרת האבדה ולהתעלם ממנה:**

* חפץ אשר שווה פחות מזמן ההשקעה של המוצא בהחזרת האבדה.
* חפץ אשר בהשבתו יש צורך בלעבור על איסור תורה (למשל, כהן הרואה אבדה ליד בית קברות).
* חפץ אשר אין בכבודו של המוצא להרים אותו (למשל, אדם מכובד שרואה חפץ מלוכלך שאותו לא היה מרים גם אילו היה שלו).

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב-** רב יהודה ורבי שמואל יוצאים לשוק שהרוב העוברים בו הם אינם יהודים. רבי יהודה שואל את רבי שמואל מה יש לעשות בארנק שיימצא במקום זה. נציין כי בעבר, לארנקים היו סימני היכר. רבי שמואל עונה לו שהוא יכול לקחת את הארנק לעצמו (בשל האופי הלא יהודי של המקום). היה והמאבד גילה כי רבי יהודה מצא את הארנק. נשאלת השאלה האם על רבי יהודה יש חובת השבה. לכאורה, נראה כי משום שהמאבד אינו התייאש יש להשיב לו את האבדה, אך מדובר במבחן אובייקטיבי ולכן אין חובה להחזיר. עם זאת, עונה רבי שמואל כי במקרה כזה יש חובה (ולא רק ראוי) להשיב את האבדה לפנים משורת הדין. נדגיש כי דעה זו של ר' שמואל אינה מסוכמת.  
הלך אדם ומצא חמור בעל סימן במדבר. עפ"י הדין יש לשמור על החמור שנה ולאחר מכן ניתן לפדות אותו בכסף ולהשיב את הכסף לבעליו. עם זאת, אותו אדם בחר להשאיר את החמור מעל שנה – ובכך פעל לפנים משורת הדין.

* + - * **אדם שצווח=** אי אפשר להגיד אם צווחה היא סימן לזה שאדם התייאש/ לא התייאש מהאבדה משום שניתן לפרש את סימן זה לשני כיוונים- ייאוש מן האבדה או "התבאסות" על האבדה. על כן, יש ללכת לפי המבחנים האובייקטיביים.

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל עמוד ב-** ר' ישמעאל (אדם חשוב) פוגש אדם זקן שנשא שק והניח אותו על הרצפה לנוח. כשהוא מעוניין לקום מבקש הזקן מר' ישמעאל לעזור לו להרים את השק על גבו. נציין שיש חובה הלכתית לעזור להרים משא. על אדם חשוב לא קיימת חובה כזו. על כן, שאל אותו ר' ישמעאל כמה השק שווה וענה לו הזקן: חצי זוז. הביא לו ר' ישמעאל חצי זוז ע"מ לקנות ממנו את השק (וכך לא יצטרך להרימו). לאחר מכן אמר ר' ישמעאל שהוא מפקיר את השק (וכך אם מישהו אחר ייקח את השק אין זה יהיה גזל). החליט הזקן לבקש מר' ישמעאל עוד פעם לעזור לו להרים את השק (שהרי השק הפקר והזקן יכול לקחתו והוא רוצה עוד כסף). הציע לו ר' ישמעאל חצי זוז נוסף ושוב הפקיר את השק. ביקש שוב הזקן עזרה בהרמה וחוזר חלילה. לבסוף אומר ר' ישמעאל לזקן שהוא מפקיר את השק לכולם חוץ מלו (נציין כי הדבר אינו באמת אפשרי). במקרה זה, ר' ישמעאל נהג לפנים משורת הדין – שהרי היה יכול לומר לזקן שזה לא מכובד לאדם במעמדו להרים את השק ולכן הוא אינו חייב לעזור לו (דינים אלו דומים להשבת אבדה).

**תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף פג עמוד א-** מוביל שבר את המשא שהיה אמור לשאת. המעסיק דרש מהמוביל כסף בעבור האובדן. למוביל אין כסף ולכן המעסיק מבקש את מעילו (נציין שבעבר מעיל היה חשוב מאוד לאדם) והמוביל לא מסכים. פנו לרב שיכריע במחלוקת ורב טוען כי על המעסיק להחזיר את המעיל. רש"י מפרש כי דעתו של רב היא לפנים משורת הדין. המובילים מתלוננים על דבר נוסף- שהרי המעסיק לא משלם להם את שכרם (בגלל ששברו את המשא). רב פוסק שיש לשלם להם את שכרם מלפנים משורת הדין.

**תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צט עמוד א-** אישה מקבלת מטבע אשר היא אינה מזהה. אומר ר' חייא לאישה כי המטבע מאושר ותקין. מאוחר יותר האישה חוזרת לר' חייא ואומרת לו שאף אחד לא מוכן לקבל ממנה את המטבע בשוק. ר' חייא מפצה את האישה על חוות דעתו המוטעית, כלומר, על אובדן המטבע. לפי ההלכה ברגע שאדם פונה לייעוץ אצל המומחה הגדול ביותר בתחום מסוים- במידה והוא טעה אין הדבר נכנס תחת רשלנות ואין חייב המייעץ לפצות. ולכן, במקרה שלנו, לא היה חייב ר' חייא לפצות אותה (ר' חייא היה הגדול בתחומו) ולכן הוא פעל לפנים משורת הדין.

**כפייה לנהוג לפנים משורת הדין**:

* **בעד:** **מרדכי מסכת בבא מציעא, רנז:** לגבי החובה להתנהג לפנים משורת הדין- טוען בעל המקור כי כמסקנה מהמקור של ר' ישמעאל, בנסיבות מסוימות יש לנהוג כך. ולכן, בתי הדין האשכנזיים אף כופים על כך (נדגיש כי נהיגה זו אינה מן הדין אלא בית הדין כופה על כך). **כדי להחליט באילו נסיבות ננהג לפנים משורת הדין נבחן את הפער הכלכלי בין הצדדים.** **הרמ"ה** מסכים עם דעה זו.
* **נגד: רמב"ם גזילה ואבידה:** לא כופים לנהוג לפנים משורת הדין אלא רק אם האדם בוחר לעשות כך (יש ציפייה אך אין חובה). הרא"ש והרמב"ם מסכימים איתו.
* קיימות גם דעות ביניים.

**הקריטריונים שנבחן בשעה שאנו באים להכריע האם יש לנהוג לפנים משורת הדין (הנסיבות):**

* מצב כלכלי.
* מעמד דתי חברתי- ככל שאדם נמצא במעמד גבוה יותר החובה/ציפייה גדולה יותר.
* האם ההתנהגות לפנים משורת הדין גורמת להפסד- פחות אדרוש לנהוג לפי "לפנים משורת הדין". ואילו היא תמנע רווח- אדרוש יותר התנהגות של "לפנים משורת הדין".
* האם ההתנהגות לפנים משורת הדין דורשת מהאדם לנהוג כמו כל אדם אחר או משהו עבר. במקרה שההתנהגות תדרוש לנהוג כמו כל אדם אחר- ניטה לכיוון הכרעה לפנים משורת הדין.

1. **חיוב בדיני שמיים**:

חיוב בדיני שמיים יתרחש כאשר אדם מבצע נזק באופן עקיף (לדוגמא: אינו מרעיל בהמה של אחר הרועה בשדהו אלא מרעיל את השדה, אדם כזה יהיה פטור מדיני אדם אך חייב בדיני שמיים).

* + - * בעייתיות: לעיתים מונע הרתעה, שכן אדם לא נענש בפועל על ידי בית דין.
* **רש"י גיטין נג-** דיני שמיים = עונש מהשמיים. נותן מענה לפן האיסורי (שהרי העונש מרתיע) עם זאת, אין כאן מענה לפן האזרחי (לא יהיה תשלום פיצויים לניזוק).
* **ראב"ן-** לטענתו ע"מ לפצות את השמיים (לכפר על העונש) על האדם לשלם פיצוי, ובכך אנו עונים גם לפן האזרחי.
* **ים של שלמה-** על בית הדין לדחוק באדם (שכנוע בלי חיוב) לשלם פיצויים לניזוק ע"מ לקיים את רצון האל (טיעון פחות ישים בחברה חילונית).
* **גזלן פסול עדות**- אמצעי הרתעה- אדם החייב בדין שמיים ולא מפצה את הניזוק נחשב גזלן ועל כן הוא פסול עדות.

1. **האדם הפרטי-** גם בהקשר הזה נראה שבית הדין מתערב (ממליץ) אך לא כופה. נעסוק ברוח חכמים ומידת חסידות:
2. **מקורות העוסקים ברוח חכמים:**

* **בבא בתרא קלג-** עפ"י ההלכה יש שני דרכים לרשת אדם: כפי איך שהדין מסדיר או כפי שהצוואה מסדירה. במשפט העברי הצוואה שונה משל ימינו. עפ"י המשפט העברי לא ניתן לצוות לאחר המוות, ולכן, על האדם להעביר את הנכסים כפי שהוא רוצה בעודו בחיים. כלומר, הנכסים צריכים לעבור לאנשים כשהאדם עוד בחיים. הדבר מייצר קושי שהרי אדם אינו יודע עד מתי יחיה, ולכן, ישנה פרוצדורה (עקיפה כביכול) של מתנה הניתנת שנייה לפני המוות. בגדול, יש תוקף משפטי לפרוצדורה זו אך רוח חכמים אינה נוחה ממנו (מושג זה יוסבר במקור הבא).
* **רשב"ם בבא בתרא קלג-** "אין רוח חכמים נוחה הימנו"- האדם אינו פועל לפי הדין וזה מכעיס את החכמים. עם זאת, בניגוד לדיני שמיים, אין בית הדין דוחק על האדם לבצע אחרת אלא יש באמירה זו הכוונת התנהגות בלבד.
* **משנה שביעית י:** במקור זה מופיעים שלושה מקרים של **רוח חכמים נוחה/ לא נוחה עמו**:

1. אדם שפקע חובו בשנה השביעית והוא עדיין משיבו (משיב את החוב למרות שהוא לא חייב)- רוח חכמים נוחה עמו. חכמים מעודדים התנהגות זו אך בית הדין לא יכפה על כך.
2. אדם שהתגייר ובניו לא התגיירו עמו- לא נחשבים יורשים לפי ההלכה והרכוש לא יעבור אליהם אם לא נכתבה צוואה מסודרת. לכן, במידה ואדם לווה כסף מאדם שהתגייר ובניו לא התגיירו ממנו, הוא רשאי לשמור את הכסף לעצמו משום שהכסף הופך להפקר כאשר אין יורשים, אך אם יבחר להחזיר לילדיו את הכסף רוח חכמים נוחה עמו. מכיוון שמצב זה הוא כ"כ נדיר, החכמים לא התקינו תקנה שתסדיר את הנושא והילדים ייחשבו כיורשים מלכתחילה.
3. ע"מ שעסקת מכר תיחשב תקפה יש צורך במעשה קניין. עפ"י ההלכה, ברגע שאדם מבצע מעשה קניין, גם אם לא שילם, החפץ הופך לשלו. הליך זה יוצר מצב בעייתי משום שאנשים עלולים לא לשלם לאחר שביצעו מעשה קניין. המשנה אומרת שהחפץ אמנם עובר אך ישנה ציפייה שאדם יעמוד בדיבורו ובמידה ולא, רוח חכמים לא תהיה נוחה עמו. המשנה מכנה אדם כזה "**אדם חסר אמנה**", אין לכינוי זה משמעות פורמלית אך אנשים בד"כ ימנעו מלעשות עסקים עם אדם שהוגדר כך.

* **שו"ת תשב"ץ חלק ג-** במקור מסופר על אישה ערירית שיש לה קרוב משפחה רחוק עני המקבץ נדבות. אילו האישה לא תרשום צוואה אותו קרוב משפחה יירש אותה. האישה אינה רוצה לתת לו את הכסף אלא לתרום אותו לבניית בתי כנסת או לתרום לעניים ולכן היא מתייעצת עם רב. נציין שכאשר האישה נותנת את הכסף למטרות אלו היא אינה נותנת אותו ממש לבית כנסת אלא לציבור (שהרי בנייה ותיקונים מוטלים על הציבור). כנ"ל לגבי עניים (שהרי תרומה להם מוטלת על הציבור). ולכן, הרב אומר שראוי שתיתן את הכסף לקרוב משפחתה העני (טכנית, היא יכולה לתת את כספה לציבור, אך הרב מייעץ לה אחרת).   
  החלק השני של התשובה אף מרחיק לכת יותר, הרב טוען כי ניתן אפילו לבטל צוואה כזו (המורה להוריש רכוש לבתי כנסת/עניים) והוא מבסס זאת על מסכת בתלמוד הירושלמי: רבי יהודה מראה לרב שער שבנה ומספר לו על הכסף הרב שהוא עלה. התגובה המצופה מרב היא שבח והתפעלות אך הוא מבקר את השער ואומר כי נקברו כסף על חשבונו, שהרי היה אפשר להשקיע את הכסף הזה באנשים שצריכים אותו. ובעצם, שום דבר מפואר לא שווה צרכים חיוניים אחרים של בני העיר. עפ"י ההלכה אם אדם מצווה בצוואתו לעשות בנכסיו עבירות- אין מכבדים את צוואתו. במקרה זה, האישה כביכול ציוותה להשתמש בירושתה לעבודה זרה (בתי הכנסת במקום קרוב משפחתה שזקוק לכסף) ולכן ניתן לבטל את צוואתה. התשב"ץ תולה זאת בכמה גורמים: הצוואה אינה נוחה בעיני חכמים ולא נעשה שימוש בעשיית הישר והטוב כלפי הקרוב משפחה.
  + - * נדגיש כי לא ניתן להניח כעת כי כל פעם שאדם מבקש להעביר את נכסיו למען בית כנסת צוואתו בטלה.

1. **מקור העוסק במידת החסידות:**

**בבא מציעא נא, ב-** כאשר חפץ נמכר בהפרש נמוך/גבוה בשישית משוויו- המכר בטל (חל דין הונאה). כלל זה תקף גם למטבעות (אם ערכו של המטבע האמיתי היה פחות מערכו של המטבע נמכר (ערך מטבע= לפי משקלו, שחיקתו וכו'))- רק שהתנאי הוא הפרש של 20%. בשל מהירות המעבר של המטבע בין אנשים (שלא כמו של חפץ) יש חשיבות מכרעת לזמן בהונאת מטבעות. את המטבע ניתן להשיב למוכר במשך הזמן שלוקח ללכת למומחה שיברר מהו ערכו האמיתי של המטבע. כלומר, בזמן הזה, אני יכולה להתחרט כדי לקבל את כספי חזרה אם המחיר לא תואם את מחיר הקנייה. הזמן= בכרך (עיר) פרק הזמן יהיה הזמן שלוקח ללכת לסניף בנק ולבדוק מה שוויו האמיתי של המטבע. ואילו בכפר הזמן יהיה עד ערב שבת כי אין בכפר בנקים וממילא עד השבת הוא יהיה צריך לחזור לכפר.  
  
יחד עם זאת, אילו אדם מגיע אחרי הזמן שהוקצב והמוכר מזהה את המטבע ראוי שיפצה אותו מכוח מידת החסידות.