# חלוקת ההלכה לדיני איסורים וממונות

דיני ממונות, מותר להתנות בהסכמת שני הצדדים, למעט מקרים שבהם יש צד מאוד חזק וצד מאוד חלש (קורה הרבה ביחסי עובד מעביד). פרשנות של תניה בדיני ממונות נעשית בצורה מצמצמת. הפירוש המצמצם נלמד מהמקרה של הבעל שאומר שאין לו בנכסי אשתו כלום, מותר לו לעשות כן בתנאי שהתנה במפורש. הדבר לא חד משמעי עפ"י רבן שמעון בן גמליאל הבעל לא יכול להתנות על נכסי אשתו.

אדם המקדש אישה בתנאי שאביו יסכים זה מותר מכיוון שזה תנאי מתלה שמותר בדיני איסורים. אבל אם קידשה בתנאי שבמקרה וימות האישה לא תעבור ייבום או חליצה זה אסור, הסיבה לכך היא שזה נוגד את הלכת התורה בדיני איסורים. דוג' נוספת גבר ואישה שמתחתנים לא יכולים להסכים בין עצמם שהאישה תהיה עם גברים אחרים.

מותרת הסכמה דו צדדית של בעל ואישה. האישה מוותרת על קבלת כספי מזונות, בתמורה הבעל מוותר על רווחי האישה מנכסיה.

דיני שמירה – רמת השמירה משתנה, שומר חינם אם החפץ נגנב והוא לא פשע הוא לא חייב, שומר שכר חייב במקרה שנגנב אבל אם היה אונס פטור ושואל חייב בכל מקרה. אם חפץ נגנב והשומר טוען שהגניבה קרתה לא בשל רשלנותו. מי צריך להוכיח את הרשלנות בעל החפץ או השומר? בעיקרון נטל ההוכחה מוטל על השומר בתנאי שהודה על קבלת החפץ וחובתו להחזיר. הוא יכול להישבע שלא התרשל ואז ברוב המקרים יהיה פטור. עולה השאלה אם אדם לא רוצה להישבע, האם הוא יכול להתנות מראש שיהיה פטור משבועה המוכיחה שלא התרשל, נראה שכן כיוון שדיני שמירה הם חלק מדיני ממונות.

דיני הונאה – מעל 20% ממחיר השוק זו חזקה חלוטה שזו הונאה גם אם נעשה בתו"ל. ישנם שני סעדים אפשריים בגין הונאה, החזר ההפרש בין המחיר ששולם לבין מחיר השוק או ביטול העסקה. ע"פ הרמב"ם מותר להתנות על הונאה, אם **נאמר במפורש** שחפץ מסוים נמכר או נקנה תוך הונאה וננקב המחיר המקורי. בדיני קרקעות אין דין הונאה בשל קושי באומדן שווי הקרקע, ברם, במקרה שמדובר בהפרש קיצוני ממחיר השוק לדוג' פי שניים ניתן לטעון הונאה.

שמיטת כספים – בהלכה כל שבע שנים יש שנת שמיטה הכוללת שמיטת קרקעות ושמיטת חובות. הקשר ביניהם הוא שמי שלא עובד לא יכול להחזיר את החובות ושמיטת קרקעות מצווה לא לעבוד. חוב ציבורי לא שומטים. שמיטת הכספים היא חלק ממצוות צדקה כי ההלוואה מחזירה את העני לדרך הישר. בגלל שנוצר חשש שאנשים לא ילוו תקנו את תקנת הפרוזבול שהופך את החוב מחוב לאדם פרטי לחוב לרשות ציבורית ולכן לא חל עליו דיני שמיטת כספים.

ע"פ דעת הרמב"ם שמיטת כספים זה עניין של ממון ולכן ניתן להתנות עליו. בשביל להתנות נדרש להתנות באופן ספציפי על הלוואה ספציפית שלא תשמט ולא על שנת השמיטה באופן כללי.

איסור נשך (איסור ריבית). ע"פ ההלכה מדובר במצוות צדקה ולכן זה איסור ואי אפשר להתנות על זה. ברמה הפרקטית היום הסיבה להלוואות השתנתה, משכך נראה שהלוואה היא אינה מצוות צדקה במובנה הקלאסי. בשביל להתיר ריבית בפועל מותר לעשות היתר עסקה, הלווה והמלווה לשותפים ולכן מותר להם לחלק את הנכסים אחד עם השני.

מקרה אחר, האם צריך להחזיר נדוניה לאב הכלה עם נולדה ילדה לאחר מכן מתה האם ואז הבת. האב טוען שע"פ דין תורה הכסף שייך לו מכיוון שהבעל יורש. מנגד טוען אב הכלה שע"פ מנהג הגויים הנהוג בארצו הכסף שייך לו ושמדובר בתנאי מכללא. **הרשב"א** משיב שברמה העקרונית מותר להתנות מכיוון שזה ענייני ממונות. אך לא ניתן לטעון שיש כאן תנאי מכללא מכיוון שנקודות המוצא שאם לא התנו הולכים עפ"י דין תורה.

# הבדלים בין דיני ממונות לדיני איסורים

1. ספק איסורא לחומרה ספק ממון לקולא – כאשר ישנו ספק האם מדובר באיסור או ממון יש קודם לקבוע מה הדין בממון ורק לאחר מכן לפנות לדיני האיסורים. הסיבה לקדמות ממן היא שספק הולך לקולא אז קודם כל ידנו במקרה של ספק לקולא.
2. ניתן להתנות בדיני ממונות ובדיני איסורים לא.

כלל נוסף ללא קשר הוא ספק דאורייתא להחמיר ספק דרבנן להקל.

# היחס בין התורה שבכתב לתורה שבע"פ

נלמד מהפסוק "אלה החוקים... והתורות..." שיש שתי תורות אחד בכתב ואחת בע"פ. קיימים מספר הסברים לקיומן של שתי תורות (לדעת הספרי).

**ע"פ ספר העיקריים**, התורה היא נצחית אך מציאות החיים משתנה, משכך התורה שבע"פ מהווה מנגנון התאמה למציאות החיים.

**ע"פ הרמב"ם**, התורה שבע"פ מתחלקת לחמישה חלקים.

1. הלכות שנלמדות מהפסוקים ונלמדו מפי משה אך ניתן להבין אותן על דרך הסברא, אין בהם מחלוקת.
2. הלכות שניתנו למשה מסיני ואין להם זכר בתורה, אין בהם מחלוקת.
3. הלכות שנלמדו על דרך הסברא ע"י חכמים יש בהן מחלוקת כיוון שהוסקו על דרך ההיגיון.
4. גזרות שנגזרו ע"י חכמים בכדי להגן על איסורי התורה גם פה ישנה אפשרות למחלוקת.
5. תקנות שתוקנו בכדי להגן על יחסים של פרט מול פרט, מקורן של תקנות אלו הוא בדברי חכמים ולא בתורה.

חשיבות ההבחנה בין מקורות ההלכה היא לצורך הפעלת הכלל של ספק דאורייתא להחמיר ספר דרבנן להקל. הכללים שמנחים את הרמב"ם במניין המצוות בספרו, הם שיש לכלול רק מצוות מדאורייתא ולא מדרבנן. הכלל השני הוא הצמדה של הלכות לפסוקים לא מחייב שהכלל הוא מהתורה. ע"פ הרמב"ם אם חכמים אמרו במפורש שמדובר במקור מהתורה אזי זה מקור מהתורה אם לאו זה מדרבנן. הרמב"ן חולק על הרמב"ם וחושב שברירת המחדל שזה מהתורה אלא אם נאמר אחרת.

# חובת הציות לסמכות חכמים

עפ"י הספרי חובת הציות היא מקיפה ואין לזוז ממנה גם במקרה שאתה חושב כי חכמים טועים. הרמב"ן מסביר שיש לעשות זה מכוח הציווי ככל אשר יורוך. הסיבה לכך לדעתו היא למנוע מקרה של ריבוי דעות שיוביל לכמה תורות. בנוסף אין לחשוש שחכמים טועים כי יש להם סיעתא דשמיא. חובת הציות חלה גם על התורה שבע"פ.

דוג' לכך היא מחלוקת רבן גמליאל ורבי יהושע לעניין קביעת התאריך של ראש השנה. במקרה הזה גם רבי עקיבא וגם רבי דוסא תומכים ברבי יהושע ברמה העקרונית, אבל אומרים לו שיש לקיים את דברי רבן גמליאל מכוח היותו ראש הסנהדרין. הברייתא מוסיפה על הגמרא ואומרת שכל דור חייב להקשיב לביה"ד גם אם הוא נראה לו פחות צדיק.

עפ"י הרב פיינשטיין יש לנהוג כמצוות חכמים גם כאשר הוראתם אינה נכונה.

דעה הפוכה בנוגע לחובת הציות, בברייתא בירושלמי מסבירים את הפסוק ימין ושמאל בדיוק באופן הפוך מהספרי. ההסבר הוא שיש לציית רק שהן אומרים על ימין ימין ועל שמאל שמאל. ז"א אם יש חכם שמציית לחכמים למרות שהוא יודע שהם טועים אזי הוא צריך להביא קורבן על חטאו.

**עקידת יצחק** מביא דעה שונה, הוא מסביר שלביה"ד יש הסתכלות יותר רחבה ולכן נראה לפעמים, כי הם טועים ביישום כלל מסוים למרות שבפועל הם מיישמים כלל אחר שהוא יותר רלוונטי למקרה בו הם דנים.

# שאלת המחלוקת

ע"פ רבי יוסי ביה"ד אין להם מקום לשק"ד אלא רק למסורת, המקום היחידי שיש מקום לשק"ד זה אחרי כל הערכאות שהולכים לביה"ד הגדול וגם שם ההחלטה נעשית בהצבעה. לדעתו המחלוקת נגרמו כי בתקופת בית שמאי ובית הלל כי לא למדו מספיק טוב. מהמקור הזה ניתן לראות יחס שלילי למחלוקת.

ע"פ התוספתא במסכת עדויות, הדעה המקובלת היא עפ"י דברי הרוב אך בפועל דעת המיעוט נאמרת בכדי שיהיה ברור שדעה זו לא התקבלה ולא צריך לנהוג לפיה.

לדעת ר' יהודה הסיבה שמזכירים את דעת המיעוט היא לתת לה לגטימציה גם מבחינה מהותית אבל גם מעשית כי בשעת הדחק ניתן להשתמש בדעת המיעוט.

ע"פ אבות דרבי נתן יש חשיבות למחלוקת הכל בא מהאל גם המחלוקת.

על דברי בית שמאי ובית הלל נאמר "אלו ואלו דברי אלוהים חיים" אז למה נפסקה הלכה כבית הלל, כי היו צנועים יותר לכן הם קדימו את דברי בית שמאי לדבריהם, בפועל דיין צנוע נותן להלכה שלו משקל גדול יותר.

הריטב"א מסביר שלכל דעה יש את הלגיטימיות שלה וחכמים פשוט מחליטים מה לקחת. זה הסבר לכך שגם אלו וגם אלו דברי האל.

הרמב"ם כפי שציינו לעיל טוען שמחלוקת קיימת רק בתקנות של חכמים שהופעל בהם שק"ד. מנגדו טוען ש' אברמבון כי מחלוקת יכולה להיווצר גם כתוצאה מאי הבנה או חוסר ידיעה של הלכות התורה.

## כיצד ניתן להכריע בין מחלוקות

**הגמרא במסכת תמורה** מספרת שמשה מת נשכחו 300 הלכות. בנ"י ביקשו מיהושע שיגיד אותם, הוא מסרב כי לא בשמיים היא. גם שמואל מסרב כי הוא אומר שהוא יכול לחדש בענייני הלכה אבל לא יכול לתקן הלכות אחרות.

ע"פ **הרמב"ם** אין הבדל בענייני הלכה בין נביאים שהם חכמים לבין חכמים שאינם נביאים. ע"פ הרמב"ם תפקידו של הנביא הוא לעודד את העם לשמור הלכה ולייעץ לבעלי תפקידים כגון המלך. על פיו נביא שמורה בענייני הלכה מכוח היותו נביא זו אינדיקציה חזקה לכך שהוא נביא שקר. הוא מבסס את דבריו על תנורו של עכנאי. לאומת בת הקול של תנורו של עכנאי כן מסתמכים על בת הקול שאמרה אלו ואלו דברי אלוהים חיים במחלוקת בית שמאי ובית הלל.

**רבי יהודה הלוי** חכמים מותר להם להוסיף ולגרוע מכוח השכינה שיש להם, זה בניגוד להמון העם שלהם אסור להוסיף ולגרוע. ריה"ל מניח שכם יש כוח מיוחד לנביאים לפסוק בענייני הלכה.

**עפ"י הרב קוק** מותר לנביאים להכריע בהלכה רק כאשר אין דרך אחרת כגון במקרה שאין דעת רוב. יש הבדל בין מסר משמיים לבין לקבל פניה מהשמיים, זאת הסיבה שבתנורו של עכנאי לא קיבלו את בת הקול ומחלוקת בין בית הלל לבית שמאי כי לא היה דעת רוב קיבלו את בת הקול.

## הכללים להכרעה במחלוקת

ההנחה היא שיש לסמוך על דברי תנא יותר מאמורא. תנא יכול להגיד אמירה שסותרת את המשנה ברייתא אך דבריו ידחו, אם יש מחלוקת בין תנאים יכול אמורא להכריע ביניהם.

**הרמב"ם** בהקדמתו לי"ד החזקה, מה שנקבע בתלמוד עד תקופה רב אינה ורב אשי מחייב את כל ישראל. לאחר תקופה זו מה שנקבע במרכזים הקטנים תקף לתקופתם.

**הר"ן** מעמד התלמוד נובע מכך שרוב ישראל הסכימו לו. **הכסף משנה** לאומתו מסביר שהקונצנזוס הרחב עם התלמוד הוא תוצאה של ההסכמה שלא לחלוק עליו לאחר חתימתו.

**החזון איש** טוען שלא מדובר בהסכמה חברתית אלא פשוט גדלות הדור קודמת, לפיכך, לא ניתן לחלוק על הגמרא.

ע"פ ההלכה היהודית ניתן לתבוע בנזיקין דיין שטעה. לכן ביה"ד של ממונות נמנעים מלנמק את פסק דינם או שמחתימים את המדיינים מראש שהדיין חסין מתביעה נזיקית. ההלכה מבחינה בין שני סוגי טעויות.

1. טעות בדבר משנה (פס"ד מתבטל) מכיוון שמדובר בטעות בהלכה.
2. טעות בשק"ד לא בהכרח מבטלים את פס"ד, מקרה שלא היתה הלכה מפורשת.

**השולחן ערוך**, טעות בדבר משנה היא טעות בדברים גלויים ומפורשים גם של משנה גם של גמרא וגם של דברי פוסקים. **הרמ"א** לאומתו, טוען שניתן לחלוק על פוסקים בניגוד למשנה וגמרא.

**הלכתא כבתראי**- יש מקום להעדיף את הפוסק המאוחר על המוקדם. בתקופת האמוראים יש חלוקה לשניים עד תקופת רבא מעדיפים את החכם המוקדם. מתקופת רבא נעדיף את החכם המאוחר. הסיבה לכך עפ"י **התוספות** היא שבתקופת רבא היו לומדים טוב את ההלכות.

**המהרי"ק** הסיבה לכלל הוא כי המאוחר מכיר גם את המוקדם, משכך, יכול החכם להבין ולהחליט גם על פיו. התנאי אבל הוא שהמאוחר באמת יכיר את כלל המקורות המוקדמים אחרת אין לו יתרון.

**הרי"ד** מביא את משל הננסים על גבי ענקים.

**המהרי"ם** הכלל חל רק על דורות שקדמו לתלמוד ולא מי שאחריו.

**גינת ורדים** במקרה של מחלוקת פוסקים המוקדמים.

**גט פשוט** אומר שהלכתא כבתראי, חל רק כאשר החכם החולק שווה במעמדו לחכם הנחלק. לדוג' ששניהם כתבו ספר הלכות מקיף כך שהם מכירים את כלל הסוגיות באופן איכותי.

**הקדמת הבית יוסף** מסובך לפסוק ולהכיר את כל התלמוד לכן יש לפסוק ע"פ דעת הרמב"ם הרא"ש והרי"ף. כאשר הולכים ע"פ הרוב אם יש מחלוקת מצרפים אחרים.

**השולחן ערוך** יש לתעדף את דעת הפוסקים הראשונים, מנגד **הרמ"א** מעדיף את הפוסקים האחרונים.

## חשיבות התקדים המחייב

יש חשיבות לתקדים המחייב אבל ניתן לחלוק עליו ע"פ כללים.

**הגמרא בבא בתרא** רבא אומר שאין חשיבות לתקדים המחייב כאשר לא ברור מה המקור לתקדים זה. אם ניתן לשאול את הפוסק יש לשאול ואם לאו, אין לבטל את פס"ד אך הוא אינו מהווה תקדים מחייב.

**הרמב"ם** שימוש בתקדים מחייב יכול ליצור מצב שהבנת המקרה לא נכונה והשימוש לא יהיה נכון, משכך, אין להשתמש בתקדים מחייב.

**מסכת סנהדרין** לא ניתן מחויבות לתקדים המחייב כי הדיין לא יכול לדעת הכול אם יחויב התקשה לפסוק הלכה בפועל אך הדיין יכול לפעול ע"פ תקדים. "אין הדיין פוסק אלא מה שעיניו רואות"

**רבי אברהם** צריך להשתדל לתת דברים מדויקים וכללים אחידים, גם במקרים בהם הכלל יפגע צדקת הדין, כתוצאה מכלל אחיד. כל מי שפוסק בניגוד לספר הלכה צריך להסביר מדוע המקרה שונה. ברם, הדבר שונה בפסיקה בניגוד לתקדימים, כי כל מקרה יש לו נסיבות שונות וברור מאליו שהפסיקה תהיה שונה. בכל אופן ספרי הפסקים מהווים בסיס רחב לפסיקתו של הדיין, תוך הכלל שהדיין פוסק מה שעניו רואות.

## קים לי

טענה שטוען הנתבע המראה על מקור שהוא יכול לסמוך אליו שמצדיק את התנהגותו. טענה זו יכולה להישמע רק ע"י הנתבע והיא קיימת רק בדיני ממונות. ישנה בעיה עם טענה זו, כי לכאורה היא ממעיטה בחשיבות ביהמ"ש מחד, מאידך יש בזה המשך של הכלל המוציא מחברו עליו הראיה. ההיגיון מאחורי טענה זו שריבוי דעות הלכתיות מביא לריבוי התנהגויות.

**אורים ותומים** יש לצמצם טענת קים לי, במקרה של הלכה מוסדרת בשולחן ערוך או במפה אי אפשר לטעון קים לי.

**המהרי"ק** לא ניתן לטעון טענה זו שמדובר בדעת יחיד, לא ניתן לטעון טענה שהיא נגד כלל פוסקי ישראל. מכאן שלא ניתן להתבסס על מיעוט שולי לא ברור אם מדובר במיעוט איכותי או כמותי.

**המהרשד"ם** במקרה של ערב קבלן אמנם ע"פ דעת הרוב לא נדרש למצות הליכים כנגד הלווה בשביל לקבל הלוואה מערב קבלן. ברם, יכול הערב קבלן לטעון טענת קים לי, ולא יהיה ניתן לגבות ממנו לפני מיצוי הליכים.

**שו"ת רדב"ז** מביא מספר מקרים בהם לא ניתן להשתמש בטענת קים לי. המטרה של ההגבלות למנוע טענות קים לי שמקשות על ניהול שיטת משפט. מטרת השיטה היא לא לשנות את הדעה כל פעם שנוח אלא ליצר מצב אמתי של עשה לך רב.

1. אי אפשר לטעון קים לי משני פוסקים שונים כיוון שחובה לעשות לך רב.
2. קים לי לא יהיה נגד הפוסק המקומי.
3. לא ניתן לטעון קים לי כאשר זה סותר את מנהג בני העיר.
4. לא ניתן לטעון ע"פ מיעוט כאשר יש רוב ברור.
5. לא ניתן לטעון קים לי כנגד פוסק גדול.
6. לא ניתן לטעון קים לי אם פוסק מפורסם פוסק כנגד פוסק לא מפורסם ששווה לא ברמתו.
7. לא ניתן לטעון קים לי בבית דין שהוא מומחה לרבים.

## סמכות חכמים בתחום החקיקה

**במסכת שבת** יש ויכוח מדוע יש לברך על נרות חנוכה. לפי רב אויא תקנות חכמים הם ציווי מהכוח שניתן להם מהאל. רב נחמיה טוען שזה מכוח חוכמתם שלהם. **הרמב"ם** נוקט בגישתו של רב אויא.

בספר דברים כתוב לא תסור ימין ושמאל. **רש"י** האיסור להוסיף ולגרוע מתייחס למצווה קיימת. **הרמב"ם** מותר לעשות סייגים אבל צריך להגיד שזה לא נלמד מהתורה. **הכוזרי** חושב שמדובר באיסור להמון העם אבל לחכמים מותר.

**מה הגבול של חכמים להוסיף על התורה?** מותר להוסיף על התורה. השאלה היא מה קורה כאשר דעת חכמים מתנגשת עם הכתוב בתורה? **הכלל:** חכמים רשאים להגיד לעם שב ואל תעשה אבל אינם יכולים להגיד להם קום תעשה מצווה הנוגדת את התורה. לדוג' איסור על תקיעת שופר בראש השנה שחל בשבת. דוג' נוספת היא הפקר ביה"ד בכדי למנוע כלאיים. זה כלל עונשי שנוצר ע"י הסנהדרין.

**כלל נוסף** אמנם חכמים לא יכולים לעקור דבר מן התורה אך הם יכולים לעקור באופן זמני בתנאי שהם מציינים זאת. לדוג' פיקוח נפש דוחה שבת. דוג' נוספת היא הוראת שעה על מיתה או מלקות, בהלכה פסיקה על מיתה או מלקות דורשת סנהדרין בירושלים, שני עדים והתראה. סנהדרין קבעו שבנסיבות מסוימות כאשר נדרשת הוראת שעה למיתה או מלקות בשביל לחזק את משפט התורה ניתן לפסוק בדרישות נמוכות יותר.

**הרמב"ם** הכוח של בית הדין לתת מיתה או מלקות לא ע"פ החוקים, במטרה להורות סייג, היא נטולת כל מגבלה. צריך שביה"ד יעשה בזה שימוש מושכל בכדי לא להוביל למצב שיהיה לו יד קלה על ההדק.

**במסכת גיטין** דנים בהצדקה של פרוזבול, אופציה אחת שלא מדובר שרוב עם ישראל בארצו ולכן אין חובה ורק מבטלים תקנה. אופציה שניה מכוח הפקר ביה"ד מותר לעשות פרוזבול שזה כלי עונשי ממוני.

**במסכת גיטין** כתוב שמותר לשלוח גט אם שליח. אם השולח התחרט והגט עוד לא הגיע לאישה, יש לו שתי אפשרויות או להשיג את השליח או ללכת לביה"ד הקרוב ולהגיד שהגט מבוטל. עכשיו הדבר יצר מצב בעייתי כי יכול להיות שהאישה לא יודעת שהגט בוטל בביה"ד, מתחתנת עם משהו אחר ואז נולד ממזר. רבן גמליאל קבע שביטול גט שנשלח ע"י שליח בביה"ד זה אסור. יש מחלוקת כמה חזקה תקנתו של רבן גמליאל, ע"פ רבי יהודה הנשיא המשמעות היא שלכתחילה אין לבטל את הגט אבל אם בוטל בוטל. מנגד טוען רבן שמעון בן גמליאל שהתקנה משנה דין תורה כי מתירה אשת איש ולכן ביטול בביה"ד לא תופס. הוא מסביר את עמדתו שיש תנאי מכללא שחכמים מסכימים לקידושין ולכן אפשר להסתמך על המקור זה כדי לטעון שלא ניתנה הסכמת במקרים מסוימים של גירושין. מבחינת ממון אין בעיה כי ביה"ד יכול להתנות על חלוקת ממון. מבחינת הילד אם נולד בזמן הזה הוא לא ממזר כי היא לא אשת איש כי חגמים לא הסכימו לקידושין.

ע"פ התלמוד הירושלמי ניתן להפקיע קידושין ע"י חכמים גם למפרע אך הדבר לא התקבל להלכה למרות שבמקרים מסוימים זה יכל להקל על מניעת ממזרות.

סיכום לחכמים יש יכולת להפקיע במספר איסורים

1. הוראת שעה.
2. הוראת שעה במסגרת ענישה.
3. הפקר בית דין מתקשר לאיסורים באופן עקיף.
4. הפקעת קידושין מכאן והילך.

## סמכות חכמים לבטל תקנות

על פניו נראה שלחכמים מותר לבטל תקנות כיוון שמודבר בתקנות חכמים. לצורך ההבנה איזה תקנות מותר לבטל נדרש להבחין בין תקנה שיודעים מה הסיבה לה לבין תקנה שלא. באופן כללי תקנה שיודעים מה הסיבה יותר קל לבטל. לפעמים חכמים הסתירו את הסיבה לתקנה כי לפעמים חוזקה של התקנה נובע מכך שלא יודעים את הסיבה. לפעמים החוזק של התקנה נובע מהשאלה אם היא התפשטה בעם. כאשר חכמים התקינו תקנה והציבור לא תפס אותה אז היא תקנה חלשה יותר. מכאן שהציבור ערב בשתי רמות שמתקינים את התקנה בודקים אם ראוי שהציבור יעמוד בה ואחרי זה נדרש שזה יתפוס בפועל.

**במסכת עבודה זרה** כתוב שכאשר גוזרים גזרה בא"י לא מגלים את הסיבה לה, אלא רק לאחר שנה. המטרה היתה למנוע את התנגדות ציבורית לטעם.

**במשנה במסכת עדויות** מוסבר שניתן לבטל תקנה בביה"ד כאשר יש דעת מיעוט שאפשר לסמוך עליה והיא מתאימה בנסיבות העניין. ברם, ביה"ד שרוצה לבטל תקנה במקרה ואין לו דעת מיעוט להסתמך עליה, צריך להיות גדול בחוכמה ובמניין מביה"ד שתיקן את התקנה (קשה למצוא ביה"ד שיעיד על עצמו שהוא כזה).

**הרמב"ם** בהלכות ממרים מביא מספר אפשריות שבהן ניתן או לא ניתן לבטל תקנה.

1. כאשר מדובר בגזרה של חכמים שהיא בפועל הרחבה של איסור תורה, לא ניתן לבטל גם אם ביה"ד גדול במניין או בחכמה.
2. כשמדובר בתקנה שהציבור נוהג ביה"ד צריך להיות גדול במניין ובחכמה בכדי לבטל אותה.
3. אסור לאכוף תקנה שהציבור בפועל לא עומד בה, משכך היא בטלה באופן אוטומטי.
4. במקרה שנגזרה גזרה שחלק מהציבור מקיים אותה וחלק לא, אז נדרש ביה"ד שיבטל את התקנה אך אינו צריך להיות גדול במניין ובחכמה מבית הדין המתקן.

**במסכת ביצה** מובאת הלכה שעולים לרגל שגרו קרוב לירושלים היו מחויבים להביא את הפירות של המעשרות ולא לפדותם במטרה לקשט את שווקי ירושלים. ברגע שחרב ביהמ"ק לכאורה תקנה זו בטלה. ברם, צריך לבטל אותה ע"י הצבעה כמו שקיבלו אותה.

**הרמב"ם** אומר שגם שהטעם ידוע יש להתייחס לתקנה באותו אופן שמתייחסים לתקנה שאינה ידועה. **הראב"ד** חולק עליו ומביא דוג' מרבי יוחנן בן זכאי שביטל תקנות. **המאירי** מסכים עם הראב"ד ומוסיף שאם הטעם בטל צריך מניין אנשים לבטל את התקנה. **הרא"ש** לאומת המאירי אומר שברגע שבטל הטעם בטלה התקנה.

יש פרוצדורה נוספת להתקנת הלכות בנוסף לתקנות, היא נקראת תקנת הקהל. התקנה מותקנת ע"י אסיפה של הקהל שמסתיימת בהצבעה. השאלה איך מסתכלים על תקנה זו האם כהסכם רב משתתפים, אם כן מה בנוגע למי שלא לקח חלק באסיפה האם הוא מחויב לתקנה, או אולי כחוק המעניק לעם סמכות לקבל על עצמו מערכת חוקים ע"י אספות ומשאל.

המקור הראשון לזה הוא **בתוספתא לבבא מציעא** שם לא מדובר על תקנות קהל אבל כן תקנות שבני העיר החליטו להחיל על עצמם. שם מעמידים גם כללי ממוניים המחייבים את כולם וגם כללים לבעלי מקצוע.

**הגאונים שערי צדק,** במקור בתוספתא מדובר על תקנות שהתקנו הזקנים אך מותר גם שהציבור יתקין תקנות.

**יכין ובועז** מכוח הפקר ביה"ד הפקר, גם הציבור יכול לקבוע תקנות כי כוחו של ביה"ד מגיע מהציבור.

**הרשב"א** ניתן לקבוע תקנות להתקין ולהטיל סנקציות על מי שאינו עומד בהן. שאלה נוספת זה האם הקהל רשאי לתקן תקנה שמקדישים בעשרה במקום בשני עדים. התשובה כי גם כי נראה לכאורה כשינוי הדין הקהל יכול לעשות זאת. הוא מסביר שתקנות הציבור לא דורשות את הסכם הכלל אלא יכולות לשמש כתקנות גם כאשר הרוב מסכים להן. דעת המיעוט אינה יכולה להוציא אותה מן הכלל אלא אם אדם אמר במפורש שהוא הולך להוציא את עצמו מהכלל לפני תיקון התקנה.

**הרא"ש** גם אם אדם אמר שהוא מוציא את עצמו מן הכלל עדיין הוא לא יכול לעבור על תקנת הקהל.

**שות לב שמח** אין להוציא אדם מן הכלל כי הדבר מעניק כוח גדול מדי למיעוט.

**מרדכי בבא קמא** תקנת קהל מחייבת רק מי שהיה שותף בפועל להליך. עצם השתתפות בהליך מהווה קבלה של תנאיי המשחק. לפיכך, מי שנולד לאחר שהתקבלה תקנה אינו מחויב לה.

מתעוררת בעיה כי יש קושי לאסוף את כל העם בשביל לקבל החלטות. **הרשב"א** מסביר שלא צריך את כל הקהל ומספיק רק את נציגי הקהל, לא חובה מנהיגות דתית אלא אפשר גם מנהיגות אזרחית שהציבור בחר. מנהיגים אלו נקראים שבעת טובי העיר. המספר שבע נבחר כי הוא אי זוגי, חוזר בתורה ומספר מספיק רחב שייתן ייצוג הולם לדעות בעם. לפיכך, הם מוסמכים לטפל בכל נושא גם נושאים שלא הוסמכו להם בפועל.

**המבי"ט** 7 טובי העיר מהווים תחליף לכלל הציבור.

**בגמרא בבא בתרא** כתוב שבשביל להתקין תקנה צריך אישור של אדם חכם בעיר. מובא סיפור על השוחטים ורבא שהתקינו הסדר בעירו בלי להיוועץ איתו רבא לא קיבל את ההסדר. הסיבה לכך היא שנדרש לוודא שההסכם עומד בתנאי ההלכה ולתת לו תוקף הלכתי, ע"י האדם החכם בעיר.

**הרשב"א** מסיבר כי יש דברים שלא ניתן לתקן בתקנות קהל, ךדוג' התרת משחקי מזל שיש בהם מן הגזל שזה דיני איסורים.

נשאלת השאלה האם אישור של אדם חכם נצרך רק שמדובר בתקנה של איגודים מקצועיים או גם בתקנת קהל כוללת?

**הריב"ש** הצורך הוא רק שמדובר בקבוצה מסוימת של אנשים ולא בתקנות כוללת. מדובר רק שהתקנה היא בדיני ממונות אם לא זה לא רלוונטי.

**הרא"ש והרי"ף** בכל מקרה צריך אישור של האיש החושב. נובע מכך שאם יש איש חשוב בעיר יש לכבדו. אם אין אדם חשוב ניתן לקבל בתקנה כללית.

## מנהג

יש להבחין בין שני סוגי מנהגים מנהג יוצר ומנהג מקיים.

**דוג' למנהג מקיים** מקרה שערב פסח יוצא בשבת וצריך להביא סכין לשחיטה, מותר להשאיר את הסכין יום קודם בביהמ"ק אם שכחו את הסכין, קושרים אותו לבהמה ומביאים למקדש. שאלו את הלל מה ההלכה, הוא לא זכר אבל שראה את עולי הרגל קושרים את הסכין לבהמה, נזכר שלמד על כך. משכך, זה מנהג מקיים כי ההלכה כבר היתה קיימת רק נשכחה.

**דוג' למנהג יוצר מופיע בטור חושן משפט** במקרה שקונה קונה סחורה גנובה ללא ידיעתו והדבר מתגלה. מנהג יוצר הוא שצריך להחזיר את הסחורה למרות שעפ"י ההלכה אם עשה זאת בתום לב אינו חייב להשיב.

**המאירי ילקוט שמעוני** מנהג אבות אין לשנות.

**תשב"ץ** חובה לציית למנהג כל עוד הוא לא סותר דברי תורה.

**הרא"ש** מנהג המתנגש עם ההלכה בדיני ממונות אין לציית לו. יש להבחין בין תקנה למנהג בהיבט הזה כי תקנה יכולה לסתור דיני ממונות.

**ירושלמי** מנהג יכול להיות גדול מהלכה. לפחות בהיבט של העסקת פועלים. במקום אחר נאמר גם על ייבום וחליצה שניתן לעשות בסנדל במקום בנעל כי כך נהגו למרות שבתורה כתוב לחלוץ בנעל.

**בגמרא בבא מציעא** האם מנהג של קניין מהווה פעולה קניינית כמו הגבהה ולא ניתן לחזור מקניין זה? (מה דין פעולת הקיין במקרה חביות היין) **השולחן ערוך** מבחינה מוסרית אם יש מנהג אחר בין סוחרים לפעולת הקניין מהמצוי בהלכה יש לקיים אותה.

# דינא דמלכותא דינא

עד כמה יהודים בגלות מחויבים לדין הזר בארץ בה הם חיים?

**תלמוד בבלי מסכת נדרים** ניתן לנדור שתבואה מסוימת היא תרומה ובכך לשקר למוכס מטעם המדינה הזרה בכדי להציל את היבול. לכאורה יש כאן סתירה של דד"ד. הגמרא מסבירה שבעיקרון דין המלכות דין, אך מדובר במקרה של מוכס שאין לו קצבה או מוכס שעומד מעליו. מוכס שאין לו קיצבה זה מוכס שגובה לא באפן שוויוני ומוכס העומד מעליו זה מוכס שחורג מסמכותו.

**שמואל** מסביר שדד"ד היא תוצאה של פחד מעונש ולכן יש לקבל את דין המלכות.

יש מחלוקת בראשונים מה בדיוק הסיבה לדד"ד.

**הר"ן** יש לכבד את חוקי המלך כי הוא בעל הבית ואם לא יגרש אותנו. הדבר נכון מחוץ לארץ אבל ארץ ישראל שייכת לעמ"י ולכן לא נדרש לכבד את דד"ד.

**רשב"ם** התוקף של דד"ד הוא חברתי וקיים אינטרס חברתי לשמר את הסדר משכך דד"ד. לפי **הרשב"א** הכלל הזה יכול להיות רלוונטי גם בשלטון בישראל.

**הרמב"ם** שואל מה ההגדרה למלך? מלך זה מי שיש מטבעות שלו שניתן לסחור איתם. בדומה לרשב"א הוא מסכים שיש הסכמה חברתית לקבל את דברי המלך והדבר נכון גם בא"י.

**רש"י על משנה בגיטין** יש אפשרות לנהוג ע"פ מנהג שטרות של גויים, המקום היחידי שאי אפשר הוא בגט. הסיבה לכך היא שהתורה צוותא על מלך מכוח שבע מצוות בני נוח לקבוע דיני שטרות, אבל לא דברים שקשורים בגיטין.

**רבינו תם** חכמים ראו לנכון אותה תקופה לאמץ את הדין הקיים מרגע שהתחלפה המלכות והדין הקיים אינו קיים יותר אזי אין יותר משמעות לדד"ד.

## מיהו מלך?

**הרמב"ם** מלך זה מי שהטביע מטבעות שהתקבלו בידי העם. בדרך זו ע"פ הרמב"ם ניתן לבדוק את יסוד ההסכמה.

**המהרי"ק** דין מלכות הוא דין שנקבע לכל אדם ששולט מעצם השליטה שלו.

**המהרשד"ם** חולק על המהרי"ק וטוען שבתלמוד דיברו על מלך של ממש ולא שליט שמתחלף.

**משפט כהן** שלטון נבחר טוב יותר ממלך כי הוא מהווה הסכמה כללית.

## מלך ישראל

האם ניתן לאמץ את הדין הישראלי לתוך ההלכה או שמא הכלל של דד"ד לא חל?

**הרמב"ם** מלך שקבע כללי מס שוויוניים יש חובה לשלם לו גם אם הוא מלך ישראל. מכאן נלמד כי הכלל דד"ד רלוונטי גם לארץ ישאל.

**הר"ן** דד"ד חל רק על עובדי כוכבים.

**בספר שמואל**,שמואל מזהיר את העם מהיכולות של המלך. לא ברור אם האזהרה מפני מה שהמלך יכול לעשות בפועל (גם נגד הדין) או מכוח סמכות שההלכה מעניקה לו. **מדובר במחלוקת בין רב ושמואל.**

**מאירי** הסמכויות של מלך ישראל הרבה יותר גדולות מהסמכות של דד"ד ולכן אין צורך בכלל זה.

## היקף הכלל של דד"ד

הדיון נובע ממתח שמצד אחד יש לכבד את דין מלך מצד שני כיבוד מלא של דין המלך יהפוך את ההלכה למילה מתה. יש כל מיני הגבלות על הכלל של דד"ד

1. החוק חייב להיות שוויוני שיחייב את כולם **התשב"ץ והרמב"ם.**
2. יש דעה שאומרת שניתן לאמץ את דד"ד רק בדיני מיסים ומקרקעין **הרמ"א.**
3. ככל ומדובר בויכוח פרטי בין אנשים דין המלכות לא חל רק במקרים שיש בהם תועלת למלך או לציבור ניתן להחיל את דין המלך **הרשב"א.**
4. דד"ד חל רק על חוקים ישנים שנתקבלו בזמן שחכמים תיקנו את תקנת דד"ד אם רוצים להכניס עוד חוקים צריך ליצר תקנה חדשה **ריטב"א.**

האם אפשר מכוח דד"ד לממש משכון לאחר שנה לפי הדין הזר במקום לאחר חודש כפי הקבוע בהלכה? **ע"פ הש"ך** מדובר במקרה בין שני פרטים ולכן אין להחיל את הכלל, כמו כן גם אם לא היה הכלל הראשון, מדובר במקרה שההלכה לא שתקה לכן אי אפשר, במקרה וההלכה שותקת ניתן להשתמש בדין הזר.

לסיכום דד"ד יכול לחול מכוח הדין בעיקר בדברים שאין להם התייחסות ישירה בהלכה. ניתן להסתכל על דד"ד בהקשר של תקנות ומנהגים כיוון והגוף המחוקק יכול להוות את שבעת טובי העיר, אבל צריך גם אישור של אדם חשוב שזה אין. ניתן לאמץ את החוק מכוח מנהג שרוב ישראל עושים. יש הבדל בין לאמץ את החוק מכוח דד"ד או מכוח תקנות כיוון שזה מהווה הכרה בסמכותו של המחוקק. מכוח מנהג אין הכרה בסמכות המחוקק. לכן קל יותר במנהג מכיוון וביה"ד לא מכיר במחוקק עצמו אלא רק במנהג הקיים.

## דין המלך בפלילי

בהלכה יש דין פלילי הכולל עונשים מסוג מלקות, מוות וקנס. קשה מאוד לממש את העונש של מלקות ומוות. מרגע שלא ניתן להעניש בפועל יש קושי ליצר הרתעה. משכך, עולה השאלה איך מיצרים הרתעה?

**הרמב"ם** מעניק למלך סמכות להעניש רוצחים.

**הר"ן** מונה שתי סיבות לצורך במערכת שלטונית בארץ ישראל.

1. הגנה על חוקי התורה.
2. כדי ליצר דין בחברה. תפקידו של המלך הוא להוות מעין רשות מבצעת.

## יחס ההלכה למערכת המשפט

עולה השאלה האם מותר לפנות לביהמ"ש בישראל או שחובה לפנות לביה"ד? בפועל במשפט הפרטי ניתן ללכת ולפתור סכסוכים גם במקום אחר. לכן אין מניעה ללכת להתדיין בביה"ד ע"פ דין תורה.

**מסכת גיטין** אסור להדיין בפני שני סוגים של ביה"ד.

1. ביה"ד של הדיוטות
2. ביה"ד של עובדי כוכבים.

השאלה שעולה האם ביהמ"ש בישראל יכולים להיות אחד מאלה.

**בבלי בסנהדרין** כאשר אין את מי להסמיך כרבנים אפשר להשתמש בבהי"ד של הדיוטות ולכפות את הדין גם על מי שלא רוצה, המטרה היא למנוע הליכה לערכאות של גויים.

**הרשב"א** ע"פ דין אין יכולת לביה"ד של הדיוטות לדון אך אם נתנה הסכמת הצדדים לכך מראש או שהציבור מינה אותם מראש ניתן לעשות זאת, חשוב שהמנוי יהיה מראש.

**שולחן ערוך** אין למנות דיין שאינו בקיא בתורה גם אם יש לו מידות טובות. **הרמ"א** ניתן למנות דיין כזה במקרה ואין דיין אחר במטרה למנוע הליכה לערכאות של גויים.

**אורים ותומים** מסכים עם הרמ"א לגבי מינוי דיינים שאינם בקיאים בתורה.

**החזון איש** מתנגד לדעת הרמ"א, כי דיינים שלא בקיאים בתורה יגרמו לאימוץ מערכת חוקים שונה. הוא אומר שבמקרים מסוג זה ביה"ד צריך לשאוף לפשרה שזה ערך חשוב וגם בדרך זו לא יוחלף משפט התורה.

האפשרות להגיד על ביהמ"ש בישראל בתי דין של הדיוטות היא קשה כיוון שמדובר במצב שאין דיינים חכמים והיום יש דיינים חכמים. בנוסף ביה"ד של הדיוטות פועלים ע"פ שק"ד ולא ע"פ מערכת חוקים מה שלא קורה בפועל בביהמ"ש בישראל.

**הרמב"ם** מי שדן בערכאות של גויים הוא רשע. השאלה אם האיסור נובע מזהות הדיינים שהם גויים או מאופי הדין המדובר. אם מדובר בזהות הדיינים אז אין בעיה לדון בביהמ"ש בישראל אבל אם מדובר באופי הדין ישנה בעיה.

יש לציין שהאיסור על דיון בערכאות של גויים הוא איסור על התובע, כי הנתבע רשאי להגן על עצמו בערכאות של גויים. גם במקרה שתובע מגיש תביעה בביה"ד שדן ע"פ ההלכה והנתבע מסרב רשאי התובע ללכת לדין הרגיל מכיוון שבלי זה לא יהיה לו סעד משפטי.

# משפט המוסר

משפט מוסר אינו מחייב בניגוד להלכה. יש ניסיון שכל הלכה תהיה גם מוסרית אבל אין צורך שכל דבר מוסרי יהיה הלכה.

**פס"ד קיטן נ' וייס** ערעור תביעה נזיקית לעליון, לפני הערעור לעליון מוצאת פשרה מטעם החברה שפגעה, התובעים מסרבים ובערעור לעליון הם מפסדים. אלון טוען שיש לדחות את הערעור אבל לפנים משורת הדין יש לחייב את החברה לשלם את הפיצויים שהוצעו בהסכם הפשרה. שמגר מסכים שצריך לדחות את הערעור אך טוען שאין לחייב את החברה לשלם את שהוצע בפשרה כי לא תפקידו של ביהמ"ש לדון לפנים משורת הדין.

**הרמב"ן** בפרושו לחומש דברים, הציווי "ועשית הישר והטוב" מצווה לעשות טוב גם במקום שאין ההלכה מחייבת לכך. הציווי הזה צריך להנחות אדם בהתנהגות שלו בחיי היום יום. הבעיה כי עיקרון עשיית הישר והטוב הוא לא דין ברור וישנו קושי לקיים כללים לא ברורים. הרמב"ן מונה שתי הצדקות לשימוש בצווי לעשיית הישר והטוב.

1. יש קושי למנות את כל ההתנהגויות האסורות והמותרות בספר חוקים.
2. מבחינה מהותית אי אפשר לצפות את כל המקרים ולכן לא ניתן לצוות עליהם (חבה)

הרמב"ן מביא שלוש אספקטים לציווי הישר והטוב.

1. על חכמים מוטלת חובה לפרש את התורה כך שהיא תיצור נורמות שמורות על עשיית הישר והטוב.
2. ביה"ד בנוסף לפסיקה ע"פ ההלכה נדרש להכניס גם עקרונות של עשיית הישר והטוב.
3. האדם הפרטי צריך לנהוג ביום יום עפ"י עקרון זה.

**ויקרא** הפסוק קדושים תהיו. **רש"י** מפרש מקשר של סמיכות להיזהר בענייני עריות.

**הרמב"ן** חולק על רש"י, הוא מסביר שהפסוק מדבר על הלכות שאמנם לא כתובות בתורה אך יש לקיים אותן. הוא מסביר שהציווי קדושים תהיו מדבר יותר על מקרים שבן אדם למקום ואילו עשיית הישר והטוב מדבר יותר על מקרים של בן אדם לחברו.

עפ"י הרמב"ן "דינא דבר מצרא" מהווה עיקרון של עשיית הישר והטוב. הדין מדבר על מקרה של מכירת שדה, יש להעדיף את השכנים לשדה לפני קונים אחרים. המטרה היא למנוע סחיטה לתשלום נוסף מהשכנים הרוצים את השדה.

**בגמרא בבא מציעא** מה קורה כאשר קונה עבר על דינא דבר מצרא וקנה שדה בלי לתת עדיפות לשכן.

1. רב יהודה חושב שמדובר בחוצפה מצד הקונה, אך לא ניתן לסלק אותו כיוון שלא מדובר בחיוב משפטי.
2. רב נחמן ניתן לסלק אותו כי מדובר בחיוב משפטי, אבל רק במקרה כי השדה הנמכר מוקף לגמרי בשכן שרצה לקנות.
3. חכמי נהרדעא גם במקרה של שכן לצד אחד ניתן לחייב משפטית מכוח חובת עשיית הישר והטוב.

כשיש פגיעה כלכלית בצד המוכר אין חובה לכבד את דינא דבר מצרא. לכן כלל זה צומצם מאוד במהלך השנים. בדיונים בכלל זה התמקדו בלמצוא מה היא הפגיעה הכלכלית ואיך ניתן להתיר עסקה שבוצעה.

מקרה נוסף של עשיית הישר והטוב. במקרה של הלוואה אם יש משכון שנמכר ללא ידיעת המלווה, זכותו של המלווה לדרוש את המשכון למרות מכרתו לצד ג'. התנאי היחידי הוא שהמשכון חייב להירשם לשעבוד מראש. היה והיו כמה נכסים המלווה יפנה לקונה האחרון מכיוון שהקונים יכולים לטעון כי ביום קניית הנכס היה עוד ממה לגבות את החוב. בגביית החוב נעשים שלושה שלבים.

1. שטר חיפוש נכסים – מבקשים מביה"ד לגבות את החוב באמצעות מקרקעין. על המלווה מוטלת האחריות להראות איזה נכסי מקרקעין יש או איזה נכסי מקרקעין היו ונמכרו.
2. שטר אדרכתא (שטר דריסת רגל) – ביה"ד מאשר לתפוס חזקה על המקרקעין. חזקה זו עדיין לא בבעלתו כיוון שיתכן והקרקע לא שוות ערך לשווי ההלוואה.
3. שלב שומא – קובעים כמה הקרקע שווה ויכול להיות שצריך להחזיר מזומן עבור ההבדל בשווי. בשלב זה הקרקע עוברת סופית למלווה.

בין שלב לשלב חייב לעבור לפחות שלושים יום כדי לתת למלווה הזדמנות לפרוע את ההלוואה.

**שומא הדר** ע"פ חכמי נהרדעא יש ללווה שנה להחזיר את החוב ולקבל את הקרקע בחזרה מכוח עשיית הישר והטוב. יתרה מכך יש חכם שסובר שניתן להחזיר את הקרקע בכל שלב שיהיה כלומר אין מגבלת זמן. במקרה והקרקע נמכרה לצד ג' הלווה לא יכול לממש את ההלוואה ולקבל את הקרקע בחזרה במטרה למנוע פגיעה בשוק.

## לפנים משורת הדין

גם במקרה שלפנים משורת הדין ביה"ד מעורב.

**השבת אבידה** קיים איסור להתעלם וקיימת חובה להשיב. אין עונש על התעלמות מחפץ אבל זו עבירה. הפרסום גם הוא מוגבל לשלושת הרגלים הקרובים לאחר שנה אין חובה לפרסם אבל צריך לשמור על האבדה עד שיבוא בעליה ויקח אותה.

ישנם מקרים שהמוצא מבחינה אובייקטיבית יכול להסיק שהמאבד התייאש. במקרה זה יכול המוצא לקחת את אבידה לעצמו. הייאוש חייב להיות ברגע האיבוד ולא לאחר זמן. במקום שאין רוב יהודי יש להניח כי המאבד התייאש כיוון שהמצווה היא אך ורק על יהודים. ישנם מקרים בהם המוצא רשאי להתעלם.

1. במקום שיש מניעה הלכתית לאסוף את האבדה.
2. הזמן הנדרש להשיב את האבדה יקר יותר משווי האבדה.
3. חפץ שלא ממעמדו של המוצא לקחת "זקן ולא לפי כבודו".

**מסכת בבא מציעא** ר' יהודה שואל את שמואל מה קורה אם הוא מוצא ארנק בשוק שרוב ההולכים בשוק אינם יהודים, לכאורה גם אם יהודי איבד את הארנק מבחינה אובייקטיבית הוא התייאש. ברם, בפועל המאבד מגיע ומבקש את הארנק עפ"י סימנים. שמואל משיב שיש להחזיר את הארנק משום שהבעלים לא התייאש. לכאורה יש סתירה בדבריו של שמואל כי נכתב שהייאוש הוא אובייקטיבי. הגמרא מסבירה ששמואל לומד את זה לפנים משורת הדין.

מיד לאחר מכן הגמרא מזכירה סיפור דומה עם רב נחמן, רב נחמן פוסק שלא חייב להחזיר כי הייאוש הוא אובייקטיבי.

**מסכת בבא מציעא ל'** מסופר על רבי ישמעאל שסבל מבקש ממנו עזרה להרים שק על גבו. רבי ישמעאל לא רוצה להתלכלך, לכן מציע לסבל לקנות ממנו את השק. רבי ישמעאל מפקיר את השק, רואה את זה הסבל ומבצע מעשה קניין בשק ומבקש מרבי ישמעאל לעזור לו להרים אותו. רבי ישמעאל חוזר על הפעולה של קניית השק, אך הפעם אומר לסבל שהוא מפקיר את השק לכל העולם חוץ מלסבל. מבחינת ההלכה לא ניתן להפקיר בצורה כזו, אך רבי ישמעאל מניח שהסבל לא מכיר את הכלל. ר' ישמעאל יכל להימנע מלקחת את השק בטענה של זקן ואינו לפי כבודו. מוסבר כי רבי ישמעאל נהג לפנים משורת הדין עם הסבל.

**מסכת בבא מציעא פ"ג** רבא שוכר פועלים והם עושים נזק. הוא לא מוכן לשלם להם על העבודה ולוקח מהם את הגלימה שלהם כמשכון עד שיחזירו את שווי הנזק. הם הולכים לרב רבו של רבא ומבקשים שיחזיר להם את הגלימות ואת המשכורת עבור יום העבודה. רב לפנים משורת הדין מצווה על רבא להחזיר את הגלימות ולשלם עבור העבודה. **מדובר במקרה חריג שבו רב מחייב משהו אחר לנהוג לפנים משורת הדין.**

**מסכת בבא קמא** ר' חייא מומחה למטבעות העריך שווי של מטבע. לאחר זמן בעל המטבע חזר ואמר שלא מוכנים לקבל את המטבע ממנו כיוון שהוא לא באמת שווה את הסכום שהוערך. ר' חייא מחליף את המטבע למטבע בשווי אמיתי. ר' חייא לא התרשל וע"פ ההלכה לא היה חייב לפצות את בעלי המטבע אך העניק פיצוי לפנים משורת הדין.

**עולה השאלה מתי אנו מצפים מאדם להתנהג לפנים משורת הדין?**

**מרדכי על בבא מציעא** ניתן לכפות על אדם להתנהג לפנים משורת הדין. כפיה זו נעשית רק כאשר הנכפה יש לו יכולת כלכלית אמתית להתנהג לפנים משורת הדין.

**הרא"ש על בבא מציעא** חושב שאין לכפות לנהוג לפנים משורת הדין כמו בדוג' של הארנק עם רב נחמן. לנהוג לפנים משורת הדין היא חובה מוסרית ולא משפטית.

**מחלוקת בין שולחן ערוך לרמ"א** הרמ"א חושב שמותר לכפות ואילו השולחן ערוך חושב שלא ניתן לכפות.

**פתחי שערי תשובה** מותר לכפות אך לא מפעילים את כל אמצעי הכפייה הרגילים אלא אמצעים יותר עדינים.

**שיקולים בכפיה לפנים משורת הדין**

1. מצב כלכלי של הנכפה אם מדובר בצד חזק ובצד חלש.
2. מעמד חברתי – כאשר אדם למד הרבה תורה מצפים ממנו להתנהג ברמה מוסרית גבוהה יותר ולפנים משורת הדין. **ע"פ הרמב"ם.**
3. הפסד מול רווח – יש להבחין בין מקרים בהם ההתנהגות גורמת להפסד לבין מקרים בהם מדובר רק במניעת רווח לצד השני.
4. ויתור על פריבילגיה מול התנהגות מעבר לנורמה – אם מדובר בפריבילגיה מיוחדת קיימת ציפייה גדולה יותר לוויתור על פריבילגיה זו. אם מדובר בנורמה התנהגותית הציפיה נמוכה יותר.

כמובן שהאיזון בין השיקולים יוצר את הדין ולא מדובר בשיקול מכריע לצד מסוים.

# חיוב בדיני שמיים

## נזיקין

בהלכה בדיני נזיקין יש הבחנה בין נזק עקיף לישיר. בנזק ישיר יש אחריות מוחלטת בנזק גרמא פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמיים. הרעיון העומד מאחורי ההקלה בגרמא הוא כי באותה תקופה לא היה ביטוח ולכן תשלום החוב יכול להיות מאוד בעייתי ויכול לגרום לאדם פשיטת רגל. דוג':

1. הגמרא מבחינה בין מקרה בו אדם שם רעל בפיו של בהמה והרג אותה, לבין מקרה בו האדם פיזר את הרעל במרחב שהבהמה מסתובבת וכתוצאה היא אכלה ומתה. בשני המקירם הדבר נעשה בכוונה אך בראשון מדובר בנזק ישיר ובשני בנזק גרמא שמחוייב רק בדיני שמיים.
2. מקרה בו אדם יכול להעיד לאדם מסוים את האמת בדיני ממונות ובוחר שלא להעיד מדובר בנזק אבל החיוב הוא בידי שמיים.

הכלל של פטור מדיני אדם וחייב בדין שמיים אינו כלל שולי בנזיקין אלא כלל מרכזי המחייב את ההלכה.

**רש"י על מסכת גיטין** לוקח את החיוב למקום עונשי. ז"א אדם שהתכוון חייב בידי שמיים. יוצא מכך שעפ"י רש"י אם לא היתה כוונה בנזק עקיף אזי האדם פטור גם מדיני שמיים.

**ראב"ן** מקרה של גרמא המגיע לביה"ד לא ניתן לחייב אותו בפועל אך ניתן להמליץ לו לשלם ע"י איום שאם לא ישלם יחויב בדיני שמיים, דבר שיצור תמריץ למזיק לשלם. ככל שביה"ד פונה בחומרה יותר למזיק אזי עליו לשלם חלק גדול יותר מהנזק.

**ים של שלמה** במקרה שעולה כי המזיק בגרמאחייב ביה"ד יאיים עליו באיומים דתיים כדי שישלם.

## פסולי עדות

בהלכה קיימים הרבה מאוד שפסולים לעדות. גזלן לדוג' פסול לעדות גם אם לא גנב אלא רק לא החזיר חפץ בפועל. בהלכה ברגע שיש עדים אין לביה"ד שק"ד אלא עליו לסמוך עליהם.

**המאירי** בעניין גזלן,מי שחייב ע"פ דיני שמיים ולא שילם הוא נחשב פסול לעדות כיוון שהוא גזלן. כמובן שהתשלום יקבע עפ"י כמה ביה"ד לוחץ בהתאם לאשמתו.

# מידת חסידות/ רוח חכמים נוחה

מדובר במינוח שמורה על התנהגות שאין מכוח ביה"ד לחייב אבל חכמים כן רוצים שיקיימו דברים אלה.

**מסכת בבא בתרא** בדיני ירושה, מותר לעשות צוואה שלא מעבירה את הכספים לבנים. אך רוח חכמים לא נוחה עם זה, מתוך התפיסה שרכוש צריך להעביר לבנים.

**מסכת בבא קמא** גזלן שגזל דברים קטנים ומלווה בריבית שרוצים לחזור בתשובה, עפ"י ההלכה הם צריכים להחזיר את כל מה שלקחו. משום שהדבר קשה לעשות ובכל זאת יש רצון שיחזור בתשובה אין לקבל ממי שמחזיר את הכסף מכוח רוח חכמים נוחה.

**משנה שביעית** מקרה שאדם יכול להחזיר חוב אבל בגלל שנת שמיטה החוב נשמט והוא לא מחזיר. רוח חכמים לא נוחה ממנו כי המטרה היא לדאוג לחלשים והוא אינו חלש לכן ראוי כי יחזיר את החוב למרות השמיטה.

מקרה נוסף הוא אדם שלווה מגר אם היה לו בנים לפני הגיור הם לא נחשבים בניו יותר. בפועל הלווה לא חייב להחזיר לבניו של הגר את הכסף אך רוח חכמים לא נוחה עם מי שעושה זאת.

מקרה בו סגרו הצדדים חוזה אך לא ביצעו את פעולת הקניין בפועל. מבחינת המשפט העברי הם לא מחויבים לעסקה והם יכולים לחזור ממנה אך רוח חכמים אינה נוחה מזה.

עולה שאלה, מדוע חכמים צריכים ללכת בגישה של רוח חכמים לא נוחה או מידת חסידות ולא להתקין תקנה? התשובה היא שמשתמשים בכלי זה בכדי לטפל במקרים נדירים שלא הותקנה להם תקנה.

**מסכת חולין** מקרה שאדם נסע ונתקע בלי אוכל. הוא יכול לאכול ממתנות עניים. נשאלת השאלה, האם כשהוא מגיע לביתו ויש לו את הכסף צריך להחזיר את מה שלקח? מבחינה משפטית הוא לא חייב אבל רוח חכמים אינה נוחה ממנו.

**התשב"ץ** אישה שאין לה בנים רוצה לתרום את כספה לבי"כ ולא לתת ליורש שזקוק לכסף לצורך לימוד ילדיו. השאלה אם רוח חכמים תהיה נוחה ממנה. מדובר במקרה של העברת הכספים להרבה צדדי ג' כי כל הציבור נהנה מהירושה קצת. משכך רוח חכמים לא נוחה עמה. ישנה אפשרות לבטל את ההלוואה כי יש סיפור על רבי יהודה שמראה לרב שער יפה שהוא בנה לבי'כ. רב אומר לו שהכסף היה צריך ללכת קודם לעניים. עכשיו ע"פ הרמב"ם בצוואת שכיב מרע אם המוריש אומר לעשות דברים הנוגדים את ההלכה ניתן לבטל אותה מתוך הנחה כי הוא לא היה צלול. במקרה כזה ניתן לבטל את צוואת האישה. מדובר בפס"ד אמיץ כי ההשלכה מהסיפור של רבי יהודה לא קל לבטל תרומה לבי'כ ככל הנראה הפוסק הניח שלא יקרה כלום אם יחסר קצת כסף לבי'כ.