נושא: **מבוא למבוא למשפט עברי**

**הקדמה**

1. הביטוי משפט עברי הוא ביטוי חדש יחסית שעבר שינויים במהלך השנים. כיום, כשאומרים משפט עברי מתכוונים בד"כ לחלקים המשפטיים של ההלכה. במסגרת הקורס, המטרה היא לדבר על נושאי מבוא כלליים. ללמוד להכיר את המערכת דרך שאלות של תורה משפטית.
2. משפט עברי, בהיותו משפט דתי, הוא על פניו קוגנטי באופיו. בניגוד למשפט שנוהג היום שמקורו הוא בני אדם, עליו ניתן לעיתים להתנות, משפט דתי מקורו באל.
3. **דיני איסורים** – עוסקים בשאלות של מה מותר ומה אסור (דומים באופיים למשפט פלילי). דוגמה – אסור להרוג, אסור לגנוב וכדו'.
4. **דיני ממונות** – עוסקים בהסדרת יחסים בין בני אדם, במישור הכספי (דומים באופים למשפט אזרחי). דוגמה – דיני שמירה, דיני חוזים.
5. להבחנה בין דיני איסורים לדיני ממונות יש מספר השלכות:
   1. ספקא דממונא לקולא, ספקא דאיסורא לחומרא – בספקות בתחום הממונות ניתן להקל, אך בספק בתחום האיסורים יש להחמיר.
   2. מידת הגמישות – מידת הגמישות בדיני הממונות משמעותית בהרבה ממידת הגמישות שקיימת (אם בכלל) בדיני האיסורים. למשל, היכולת להתקין תקנות בדיני ממונות רחבה יותר מאשר היכולת להתקין תקנה בדיני האיסורים. היכולת לסטות מדין תורה בדיני ממונות רחבה יותר מהיכולת בדיני איסורים. היכולת להתנות על דיני ממונות רחבה יותר מהיכולת להתנות על דיני איסורים.
6. באופן כללי, לא ניתן להתנות על דיני איסורים. לגבי התניה על דיני ממונות, השאלה שנויה במחלוקת בין התנאים אך ההלכה הפסוקה היא שניתן להתנות על דיני ממונות שנקבעו בתורה.

**מתנה על מה שכתוב בתורה**

1. **נכסי אישה נשואה**
   1. מקור – משנה כתובות ט,א.
   2. לפי ההלכה, במקרה בו אישה מקבלת נכסים לפני נישואיה או במהלך נישואיה, הנכסים האלו שייכים לה ולא לתא המשפחתי. עם זאת, בתקופת החיים המשותפים, הפירות של הנכס שייכים לבעל. התפיסה הממונית בהלכה זו היא שהאיש מחויב לדאוג לאישה בכל צרכיה, ובתמורה האישה צריכה לתת את ההכנסות שלה לאיש. בפקיעת הנישואין (מוות/גירושין), האישה היא זו שתקבל חזרה את הנכסים. אם האישה מתה לפני האיש, הוא יורש את הנכסים שלה.
   3. כיום, זוג שנישא יכול לחתום על הסכם ממון, ע"מ שחזקת השיתוף לא תחול על נכסיהם. המשנה דנה בשאלה דומה בהלכה – האם בני הזוג, מראש ולפני שהם נישאים, יכולים לעשות ביניהם הסדר ממון (משמע, להתנות על ההסדר ההלכתי).
   4. "דין ודברים אין לי בנכסיך"
      1. הפרשנות המצמצמת אינה פרשנות לפיה אין למשפט זה משמעות. המשמעות של תניה זו היא שהאישה רשאית למכור את הנכס, ולא שהבעל מוותר על הפירות או על הירושה במידה והנכס נשאר בידי האישה.
      2. במידה והבעל מוסיף "ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותך" – האמירה מפורשת ולא משתמעת לשתי פנים. לכן, ניתן להבין ממשפט זה שהבעל ויתר על הזכויות הממוניות שלו בנכסי האישה. מכאן שניתן להתנות על הזכויות הללו, אך ההתניה חייבת להיות מפורשת. במידה והיא לא מפורשת, הפרשנות תהיה בצמצום.
      3. שמעון בן גמליאל – גם אם נכתבה תניה מפורשת, הבעל ירש את האישה כשהיא תמות.
2. **נישואין** 
   1. מקור – תוספתא קידושין ג, הלכה ז.
   2. "הריני מקדשך על מנת שירצה אבא" – התנאי הבסיסי לטובת קידושין הוא גמירת דעת. לפי הלכה זו, קיים תנאי נוסף לפיו הקידושין יכנסו לתוקף רק אם אב החתן יסכים (תנאי מתלה). כאן אין התניה על מה שכתוב בתורה.
   3. "על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם" (כדי שאם החתן ימות הכלה לא תצטרך להתחתן עם אחד מאחיו) – תנאי זה לא יכול לעמוד, מאחר שהוא מתנה על איסור ולא על ממון. אסור לאישה להינשא כל עוד לא היו חליצה או יבום.
3. **דיני שמירה**
   1. מקור – תלמוד בבלי בבא מציעא צד,א.שמות כב.
   2. אם אדם נתן לאדם אחר לשמור כסף או כלים (שומר חינם), והם נגנבו:
      1. אם מוצאים את הגנב, הגנב משלם פי שתיים.
      2. אם לא מוצאים את הגנב, השומר צריך להישבע ששמר כראוי ושלא גנב, ואז הוא לא יצטרך לשלם.
   3. אם אדם נתן לאדם אחר לשמור על בהמה (שומר שכר):
      1. אם השומר טוען שהבהמה מתה ואין לכך עדים, הוא צריך להישבע והוא יהיה פטור.
      2. אם הוא טוען שהבהמה נגנבה הוא צריך לשלם.
   4. מכאן ששומר חינם שנשבע יהיה פטור, אך שומר שכר יהיה פטור רק אם הבהמה מתה, ולא אם הבהמה נגנבה.
   5. בהמשך נידון גם שואל, שם נאמר כי במידה והבהמה מתה והבעלים נמצאים השואל פטור, ובמידה והוא לא נמצא השואל צריך לשלם.
   6. מכאן שיש סוגים שונים של שומרים, שהאחריות של כל אחד מהם שונה בהיקפה. בכל מקרה, כל עוד אין עדים למה שהתרחש, השומר צריך להישבע.
   7. התניה על שבועה
      1. ניתן לתאר מצב בו אדם מעוניין לשמור על דבר מה, אך לא רוצה להישבע (גם אם מדובר בשבועת אמת). מצבים כאלו קורים מאחר ששבועה היא דבר מרתיע בכל מקרה. בנוסף, כשמישהו דובר אמת יכול להיות מקרה בו הוא לא בטוח ב-100% שמה שהוא אומר נכון ולכן לא יהיה מוכן להישבע על כך.
      2. מכאן שהשאלה היא האם ניתן להתנות על השבועה בדיני השמירה. לפי המשנה, שומר חינם יכול להיות פטור משבועה, שואל יכול להיות פטור מלשלם ושומר שכר יכול להיות פטור משבועה ומלשלם. לכן, נראה כי ניתן להתנות על דיני השמירה.
4. **ריבית**
   1. לפי ההלכה, אסור לגבות ריבית. ההלוואה בתורה נתפסת כחלק מצדקה (עזרה לאדם במצוקה להשתקם). במקרה בו אדם מלווה כסף לאדם אחר, הוא מתנה את זה במתן ריבית והלווה מסכים. עולה השאלה האם תנאי זה תקף. מקרה זה מבלבל, מאחר שעל פניו מדובר בכסף (חלק מדיני ממונות). אולם, התורה וחז"ל תופסים את הריבית כאיסור, ולא רק כתנאי ממוני. מכאן שלא ניתן להתנות על ריבית.
   2. היתר עסקה
      1. מקרה א' – אדם רוצה לפתוח חנות והוא צריך השקעה של 100,000 ₪ כדי לפתוח את החנות. הוא לווה את הכסף הזה מאדם אחר והם מסכימים שההחזר יהיה עם ריבית. הסכם זה אסור.
      2. מקרה ב' – שני צדדים עושים הסכם שותפות, אחד תורם כסף והשני תורם ידע וניסיון. הם מסכימים שהחלוקה ברווחים היא 50/50. כעבור זמן מה המשקיע מקבל את כספו חזרה ומאותו הרגע הוא קוצר רווחים. במקרה זה לא מדובר בריבית, ולכן הסכם זה מותר.
      3. המטרה של היתר עסקה היא להפוך את מערכת היחסים של המלווה והלווה ליחסי שותפות במידת מה. דבר זה נכון בעיקר למקרה של רווחים, ופחות למקרה של הפסדים.
5. **הונאה**
   1. מקור – רמב"ם הלכות מכירה פרק יג, הלכה ג+ד.
   2. דיני הונאה עוסקים במקרה בו יש עסקת מכר במחיר שאינו מחיר השוק. מקרה כזה יכול לקרות בגלל תרמית אבל גם בגלל טעות בתו"ל.
   3. הכלל בהונאה הוא שבמידה ומחיר העסקה סטה ממחיר השוק בעד 20%, לא חל דין הונאה. הסיבה לכך היא שתמיד בשוק יהיו פערי מחירים סבירים. ברגע שפער המחירים הוא מ-20% ומעלה, מתאפשר לצד הנפגע לדרוש החזר (של ההפרש) או לבטל את העסקה. לפעמים תהיה רק זכות אחת מהשתיים.
   4. במידה ואדם מבצע עסקה ומתנה אותה בכך שהקונה לא יטען טענת הונאה, התנאי לא עומד. עם זאת, מאחר שמדובר בדיני ממונות, ניתן להתנות על ההונאה. התניה זו תהיה רק במפורש, ומכאן שעל-מנת שהצדדים יתנו על הונאה צריך ששניהם יביעו הסכמה לכך ששווי הממכר שונה מהתשלום שניתן וכן ידיעה על כך (המוכר מעיד שהוא מוכר משהו ששווה 100 ב-200. הקונה מעיד שהוא קונה משהו ששווה 100 ב-200). רק אם ההסכמה מפורטת ומפורשת ההתניה תעמוד.
6. **הלוואה בשמיטה**
   1. **מקור – רמב"ם שמיטה ויובל ט,י.**
   2. במידה וצד מלווה לצד שני ומתנה את ההלוואה בכך שחובו לא יישמט בשנת השמיטה, ההתנאה לא תעמוד מאחר שלא ניתן להתנות על שמיטה.
   3. במידה וצד מלווה לצד שני ומתנה את ההלוואה בכך שהחוב לא יישמט, ההתנאה תעמוד. זאת מאחר שלא ניתן להחליט שחוק השמיטה לא יחול על הצדדים, אבל כן ניתן להתנות על חוב ספציפי שלא יישמט. מכאן שההתניה צריכה להיות מפורשת, להיות רלוונטית למקרה ספציפי (ולא לכל החוק) ולהתפרש באופן מצמצם (חריגה קטנה ככל הניתן מהדין).
7. **מגבלה על היכולת להתנות**
   1. מקור – שו"ת הרשב"א חלק ו,רנד.
   2. שאלה – האם ניתן להתנות על ענייני ממון בתנאי מכללא שמקורו בגויים.
   3. תשובה – נקודת המוצא לפי הרשב"א היא שניתן להתנות על דיני ממון (לכן אם היה תנאי מפורש הוא היה עומד). לגבי תנאי מכללא, הרשב"א מוכן להכיר בו במקרה בו מדובר בנוהג ברור שכולם נוהגים על-פיו (גם במקרה בו הצדדים במקרה המסוים שכחו להצהיר על התנאי במפורש). עם זאת, מאחר שהתנאי מקורו בדיני הגויים לא ניתן לקבל אותו (על-פניו הגבול דק בין מקרה בו צדדים מסכימים בעצמם על דבר מה מאיזו סיבה שהיא לבין מקרה בו הם פועלים לפי נוהג שנוהג במקום בו הם נמצאים ומקורו בגויים. אולם, המטרה הייתה לשמר את השיפוט בתוך הקהילות, ולא לעודד התחקות אחר העמים הזרים).

**ספקות – חומרא וקולא**

1. כאמור, בספק לגבי דיני ממונות יש להקל אך בספק לגבי דיני איסורים יש להחמיר.
2. **התנגשות בין דיני ממונות לדיני איסורים**
   1. מקור – שערי יושר, שער ה', פרק א'.
   2. במקרה בו ישנו ספק ולא ידוע האם הוא נוגע לאיסורים או לממונות (לדוג' האם צד א' חייב לשלם לצד ב' – מצד אחד ניתן להחליט שמדובר בעניין ממונות מאחר שמדובר בתשלום אך מצד שני ניתן לקבוע שמדובר באיסורים מאחר שייתכן ומדובר בגזל), יש ראשית לקבוע את הספק ביחס לדיני הממונות. רק אם לאחר שהוסר הספק ביחס לדיני הממונות נקבע שישנו חוב, ניתן לפנות לדיני האיסורים ולהחליט האם קיים במקרה זה גזל.
   3. חשוב לזכור שמאחר שבדיני הממונות ספק הולך לקולא, במידה והספק יישאר הרי שצד א' יהיה בעליו החוקיים של הכסף. צד ב' יצטרך ראשית לקבוע בקביעה משפטית שאכן הכסף שייך לו, ורק אז הוא יוכל לבסס תביעת איסור כלפי צד א'.

**תורה שבע"פ מול תורה בכתב**

1. **פרשנות ויקרא**
   1. מקור – ספרא בחוקותי, פרשה ב', ח,יב.
   2. ויקרא – "אלא החוקים והמשפטים והתורות אשר נתן ה' בינו ובין בני ישראל בהר סיני ביד משה".
   3. "התורות" – משמע שתי תורות, אחת בע"פ ואחת בכתב. במקור הכוונה הייתה שאסור להעלות את התורה שבע"פ על הכתב. עולה השאלה, מדוע המבנה הכפול הזה? למה לא כל התורה מרוכזת באותו האופן? אחד הפתרונות המוצעים הוא שהתורה שבע"פ מטרתה לשמר את עם ישראל כעם ייחודי, מאחר שאת התורה הכתובה כל עם יכול לחקות.
2. **הפרדת התורה שבע"פ**
   1. מקור – ספר העיקרים מאמר שלישי,כג. יוסף אלבו.
      1. מדובר בתשובה נוספת לשאלה מדוע ישנה חלוקה בין תורה כתובה לתורה שבע"פ. לפי אלבו, המבנה מכוון ע"מ לאפשר מידה רבה יותר של גמישות, פרשנות והתאמה למציאות. אין הכוונה שהגבולות פתוחים וניתן לעשות כל העולה על הדעת. גם תורה שבע"פ היא אינה דבר פרוץ, אבל מרחב התמרון רחב יותר ממה שניתן בתורה שבכתב.
   2. מקור – הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות.
      1. הרמב"ם מפרט את החלקים של התורה שבע"פ ומחלק אותה לחמישה חלקים.
      2. חלק ראשון – פירושים מקובלים מפי משה (הלכות שנמסרו למשה בהר סיני) שיש להם ראיה בכתוב.
      3. חלק שני – פירושים מקובלים מפי משה שאין להם ראיה בכתוב.
      4. חלק שלישי – פרשנויות שהייתה מחלוקת לגביהן והתקבלה החלטה ברוב דעות. מחלוקת יכולה להיות בחלק השלישי אבל לא בחלקים הראשון והשני (מאחר ששם זה יהיה כתוצאה משיבוש או אי-הבנה, שלפי הרמב"ם הם לא אפשריים).
      5. חלק רביעי וחמישי – חקיקה של החכמים בעצמם (לא פרשנות של תורה אלא תוספת שלהם). רביעי – גזירות (איסורים) שמטילים החכמים. הם לא אסורים מהתורה אבל החכמים אוסרים אותם בכל זאת מאחר שהם רוצים לעשות סייג לתורה (משמרת למשמרת – יש משהו אסור וקיים חשש שאנשים יעברו עליו מחוסר הבנה, לכן אוסרים משהו נוסף שיגביל את הגישה לאיסור המקורי). לגבי גזירות אלו יכולה להיות מחלוקת בעת היווצרותן, ואז ניתן לדון עליהן. מהרגע שהגזירה נגזרה והציבור קיבל אותה, לא ניתן לחלוק עליה. חמישי – תקנות ומנהגים בין אדם לחברו (למשל, הדלקת נרות. אין חובה מהתורה אבל מדובר במנהג מחייב).
   3. מקורות – ספר המצוות לרמב"ם. השגות הרמב"ן לספר המצוות לרמב"ם.
      1. יש להבחין בין דברי תורה לדברי חכמים. הבחנה זו חשובה מאחר שדברי תורה צריך להחמיר ודברי חכמים ניתן להקל.
      2. לפי הרמב"ם, כאשר מדובר על 613 מצוות מדובר על מצוות מהתורה. כל מה שמדברי חכמים מתווסף ל-613. בנוסף, לא כל הלכה שחכמים הסיקו באמצעות מדרש או פרשנות של התורה תיכנס ל-613 מצוות. זאת מאחר שייתכן שמדובר בהלכה לה מצאו החכמים רמז בכתוב, ולכן מקורה בתורה, ומצד שני ייתכן שמדובר בהלכה שהחכמים הסיקו באמצעות פרשנות, ואז מקורה בחכמים. גם במקרה בו החכמים מסמיכים הלכה על התורה אין הדבר אומר שמקור ההלכה בתורה עצמה. רק במידה והחכמים אמרו במפורש שמקור ההלכה בתורה ניתן להסיק שהיא מהתורה (ואז לכלול אותה ב-613). במידה ולא נאמר כלום, מניחים שהיא מדברי חכמים.
      3. אם לוקחים את חמשת חלקי התושב"ע שהרמב"ם מציע ובוחנים את שאלת הסיווג שלהם (האם כלל כזה הוא מן התורה או מדברי חכמים) – חלק ראשון ושני הם דין תורה, חלק רביעי וחמישי הם דברי חכמים. לגבי החלק השלישי קיימת מחלוקת, המרב"ם טוען כאמור שרק במידה ונאמר במפורש לגבי הלכה שמקורה בתורה ניתן להבין שהיא מהתורה. כל עוד לא נאמר כלום מדובר בדברי חכמים (זו תהיה ברירת המחדל). הרמב"ן חולק על הרמב"ם וטוען שברירת המחדל היא שהלכה שלא נאמר לגביה כלום היא מהתורה. רק כשנאמר במפורש שמדובר בדברי חכמים מקור ההלכה יהיה דברי חכמים.

נושא: **סמכות חכמים**

**הקדמה**

1. ניתן לחלק את סמכות החכמים לשני חלקים:
   1. סמכות החכמים לפרש את התורה.
   2. סמכות חכמים לחוקק חוקים.

**מקור הסמכות**

1. **דברים פרק יז** – כשיש התלבטות לגבי סוגיה משפטית, יש להגיע לסנהדרין (שבבית המקדש), לפנות לחכמים (הכוהנים והלויים) ולהציג להם את הבעיה. לאחר שמתקבלת מהם פסיקה, יש לבצע את מה שהם אומרים בדיוק. מי שסוטה במזיד מפסק הדין של החכמים ימות (לפי חז"ל עונש מוות רלוונטי רק למקרה בו חכם נמצא בדעת מיעוט בפסיקה מסוימת והוא ממשיך לפסוק לפי עמדתו, בלי לקבל את ההכרעה של הרוב. הסיבה לכך היא שהוא מורה לאחרים לנהוג לפי שיטת המיעוט וזה חמור יותר ממקרה בו אדם בפני עצמו ינהג באופן שונה ממה שפסקו החכמים).
2. **גישה אחת – ציות מוחלט לבית הדין**
   1. פרשנות רש"י (פרשנים לדברים פרק יז)
      1. גם אם אומרים לך שימין זה שמאל ושמאל זה ימין – אתה חייב לשמוע לו. לפי רש"י, מדובר בחובת ציות מלאה, גם כשברור שבית הדין טועה. וכל שכן כשאומרים שימין זה ימין ושמאל זה שמאל – ניתן לפרש בשני אופנים: 1. כשבית הדין צודק, על אחת כמה וכמה יש לשמוע לו. 2. בית הדין בד"כ לא טועה.
      2. עולה השאלה, מה קורה במקרה בו החכמים טועים ואומרים משהו שונה מהתורה. הרי החכמים הם בדרגה פחות גבוהה מדברי התורה, מאחר שדברי התורה נמסרו מה'. תשובה אפשרית לכך היא שהחכמים כנראה מבינים יותר ממי שמגיע אליהם לפסיקה, ושהם כנראה פוסקים בצורה נכונה ובהתאם לתורה.
   2. פרשנות רמב"ם (הלכות ממרים פרק א) – חובת הציות למה שאומר בית הדין הגדול היא חובה מלאה לגבי כל אחד מחמשת חלקי התורה.
   3. פרשנות רמב"ן (רמב"ן דברים יז, יא) – גם במקרה בו אדם חושב שהחכמים טועים, יש לבצע את מה שהם קובעים. במקרה כזה אדם לא צריך לחשוב שהוא עובר עבירה, אלא שהוא עושה כדברי חכמים (שה' ציווה לפעול לפי דבריהם). בחלק זה הרמב"ן לא שולל אפשרות שהחכמים טועים, אלא הוא אומר שהאדם מצווה לקיים את התורה לפי הפרשנות של החכמים בכל מקרה שהוא. הסיבה לכך היא שברגע שניתן יהיה לערער על סמכות החכמים יהיו מחלוקות רבות, וכל אחד ינהג בצורה שונה. מצב זה יוביל לפיצול בעם שילך ויגבר מאחר שהתורה תהפוך לכמה תורות. על-מנת לשמור על אחידות בעם יש לחייב את כל העם לפעול לפי דברי החכמים. מעבר לכך, יש להניח שהחכמים לא טועים, מאחר שיש להם השראה מה'.
   4. ספר החינוך – מצוה תצו – אחת המצוות היא לא להמרות על פי בית דין הגדול. הנימוק הוא שלא רוצים להגיע למצב בו כל אחד מפרש את התורה לפי דעתו ולפי הבנתו, מאחר שזה יוביל לפילוג. גם אם החכמים טועים יש לפעול לפי דבריהם, מאחר שפעולה של כולם לפי טעות אחת עדיפה מאשר מצב בו כל אחד פועל לפי דעתו.
   5. תלמוד בבלי מסכת ראש השנה, דף כד, עמוד ב
      1. בעבר הייתה קיימת בעיה לגבי המועד בו חל ראש השנה, מאחר שהוא חל ביום הראשון לחודש, ובאותה העת לא ידעו עד סוף היום האם החודש התחדש או לא. זו הסיבה שעד היום לראש השנה שני ערבי חג.
      2. התעוררה מחלוקת בבית הדין מאחר שהיה מקרה בו הגיעו עדים שהעידו שהירח נולד בליל ה-30, אך בליל ה-31 לא ראו אותו. רבן גמליאל (אב בית הדין) קיבל את העדות של ליל ה-30 וקבע שלא מפריע לו שלא ראו אותו בליל ה-31 (מכאן נקבע שאותו הערב היה ראש השנה, ולכן יום כיפור יהיה עשרה ימים לאחר מכן). רבן גמליאל פנה לרבי יהושע וקבע שעליו לקבל את הפסיקה שלו, וע"מ להראות שהוא קיבל אותה הוא יתנהל כמו ביום חול ביום בו הוא היה סבור שיום כיפור אמור לחול. רבי עקיבא פוגש את רבי יהושע ואומר לו שהוא לא צריך להיות מוטרד, מאחר שגם אם נכון שראש החודש הוא כפי שהוא חושב ולא לפי קביעת בית הדין, הקביעה של בית הדין היא המחייבת (הוא נסמך על האמירה "אלה מועדי ה' מקראי קודש אשר תקראו אתם – מאחר שזה כתיב חסר ניתן לקרוא את המילה במקום כאותם כאתם, ז"א עם ישראל. לכן, מתי שנקבע שחל המועד לפי קביעת העם הוא הזמן של המועד).
      3. המסקנה היא שבית הדין יכול להפעיל את השיקולים שלו ע"מ לקבוע מתי החודש מתחדש ולהחליט מתי חלים המועדים, וזאת בהתאם למצב באותה העת (איזה יום בשבוע חל המועד וכדו').
      4. רבי דוסא בן הורכינס הגיע וטען שהעדים הם עדי שקר. רבי יהושע הגיע להתייעצות עם רבי דוסא. רבי דוסא מסביר לו שאם רוצים לערער על קביעה של בית הדין בראשות רבן גמליאל הם יצטרכו לבחון כל קביעה של כל בית דין שהיה מאז משה, ובכך הוא יערער לגמרי על הסמכות המוסדית של בית הדין. בסופו של דבר, רבי יהושע קיבל את הפסיקה ועשה כדברי רבן גמליאל.
   6. דרשות הר"ן, דרוש יא
      1. מדובר במקור מתקופת הראשונים, ר' ניסים בן ראובן גירוני. דרשות הר"ן עוסק במושגי יסוד שונים, כשכל מאמר מתוכו עוסק בנושא יסוד בסיסי אחר.
      2. דרשה זו עוסקת בבית הדין. גם כאן נאמר שיש להקשיב לבית הדין, גם אם חושבים שהם טועים (האפשרות שהם יטעו קיימת, אך צריך בכל מקרה לפעול לפי דבריהם). מאחר שמנגנון ההכרעה הוא הכרעה עפ"י רוב, ניתן להניח שהרוב יגיע לאמת. זאת מאחר ששגיאות החכמים מועטות. עם זאת, גם כשקיימת טעות, עדיף לסבול אותה ושכולם יפעלו באותה הצורה מאשר שכל אחד יפעל לפי רצונו. במאזן רווח והפסד הנזק מאי-ציות גדול יותר מהנזק מציות לטעות.
   7. קצות החושן, הקדמה
      1. קצות החושן הוא פירוש לשולחן ערוך שנכתב ע"י ר' אריה ליב בן ר' יוסף.
      2. בהקדמה של הספר נאמר שנכון שלפעמים יכול להיות שהשכל האנושי לא יהיה השכל השמיימי, אבל מאחר שהתורה ניתנה לאדם הוא זה שצריך לפעול לפיה ולכן ניתן לסבול טעויות במידה וכולם יפעלו באותה הצורה.
   8. שו"ת אגרות משה, הקדמה
      1. מדובר בספר שו"ת של משה פינשטיין.
      2. כשיש מחלוקת, פועלים לפי הבנת רוב החכמים, גם אם הבנתם לא מכוונת לאמת שה' התכוון אליה. הסיבה לכך היא שהקב"ה נתן את התורה לישראל ע"מ שיפעלו לפיה עפ"י הבנתם.
3. **גישה שניה – ציות חלקי**
   1. ירושלמי הורית א, מה טור ד / ה"א – לפי גישה זו, יש לציית לבית הדין רק כל עוד בטוחים שהוא אינו טועה. גישה זו מעלה קושי, מאחר שעולה השאלה מי קובע שבית הדין צודק או טועה.
   2. משנה הוריות א, א
      1. אם אדם עבר עבירה בשוגג, עפ"י רוב צריך להביא קורבן לבית המקדש. מנהג זה נובע מכך שרואים את עובר העבירה כאחראי, ולכן הוא צריך לכפר על מעשיו. זאת בניגוד למי שעבר עבירה באונס, שהוא פטור מקורבן.
      2. מסכת הוריות מדברת על מקרה מיוחד בו בית הדין טעה בהוראה שלו וקבע למשל שמשהו מסוים מותר. כעבור זמן מה, בית הדין מגלה את הטעות וקובע שהדין משתנה ומאותו הרגע הדבר אסור. עולה השאלה לגבי מי שעבר את העבירה בזמן שבו בית הדין קבע שזה היה המותר, האם הוא צריך להביא קורבן (מאחר שמצד אחד זה לא בוצע בשוגג אך מצד שני לא היה פה אונס). לכאורה לא צריך להביא קורבן מאחר שהציבור ציית לבית הדין, מה שנחשב כדבר חיובי. הפתרון לכך הוא שבית הדין מביא קורבן בשם כל הציבור ע"מ לכפר על כל מי שעבר את העבירה באותה התקופה בה האיסור היה מותר בגין פסיקת בית הדין.
      3. קיימת גם התייחסות למקרה בו יש הוראה של בית דין שמכילה טעות אבל קיים חכם (דיין או תלמיד הראוי להוראה) שמודע לטעות. במקרה בו החכם יעשה לפי פסיקת בית הדין הוא כן יהיה חייב בקורבן מאחר שהוא חשב שהוא צריך לציית לבית הדין, בעוד שבהיותו חכם הוא לא צריך לציית לו ציות מלא.
   3. ספר עקידת יצחק, שער מג
      1. כשיש כלל אין בעיה למלא אותו. הבעיה עולה כשהכללים לא מתייחסים למקרה מסוים מאוד שמתרחש במציאות. תפקיד בית הדין הוא למעשה לפרש את החוק ולהבין האם חוק כזה או אחר חל על מקרה קונקרטי. אי-הבנה לא נובעת מוויכוח על הכלל, אלא מיישום הכלל על המקרה הקונקרטי.
      2. יכול להיות מקרה בו מגיעים לבית הדין ובית הדין יקבע שהמקרה שונה מהכלל המוכר. על-פניו ניתן לחשוב שבית הדין טעה, אבל האמת היא שלמקרה הספציפי הזה הכלל לא מתאים ויש להוציא אותו מהכלל. האמירה היא שבית הדין לא טועה (הוא תמיד יגיד על ימין ימין ועל שמאל שמאל), אלא מי שמגיע לבית הדין סבור שבית הדין טועה, מאחר שהוא לא מודע ובקיא מספיק ע"מ להבין שבית הדין פירש את הכלל כראוי (גם אם פירוש כראוי דורש סטייה מהכלל). התפיסה היא תפיסה חריפה, לפיה דיין שפוסק רק לפי הדין ולא בוחן האם המקרה הקונקרטי דורש סטייה מהכלל הוא למעשה מחריב את העולם.

**הכרעה**

1. **חילוקי דעות**
   1. לפני סוגיית ההכרעה, עולה השאלה האם יש ערך לחילוקי הדעות (האם היה עדיף שלא יהיה וויכוח). המחלוקת מעצם מהותה מלמדת שאחד הצדדים טועה.
   2. תוספתא חגיגה ב,ט
      1. בהתחלה לא הייתה מחלוקת בישראל, אלא היה את בית דין הגדול של שבעים ואחד בבית המקדש ואת שאר בתי הדין של עשרים ושלושה בעיירות ארץ ישראל. בירושלים היה בית דין מחוץ לחומה, אחד בתוך החומה (הר הבית) וסנהדרין של ה-71 בבית המקדש. כשמישהו היה צריך ללכת לבית דין הוא היה פונה לבית הדין שבעירו. אם אין לו בעיר הוא היה הולך לבית הדין בעיר הסמוכה. אם הדיינים הכירו את ההלכה היו מכריעים לפיה, אם לא הכירו לא היו מכריעים לפי דעתם אלא הדורש והדיינים פונים לבית הדין שמחוץ לחומה בירושלים. גם כאן אם לא מכירים את ההלכה פונים לבית הדין שבתוך החומות. אם בית הדין שבחומות מכיר את ההלכה פוסק לפיה ואם לא אז מגיעים לבסוף לבית הדין הגדול (בית הדין הגדול חייב שיהיו לפחות 23 דיינים ע"מ לקיים את הדיון. שעות הפעילות היו מהבוקר עד לקראת ערב. בשבתות וביום טוב גם נמצאים. כל זמן שלא מגיעים דורשים עם שאלות הדיינים לומדים באופן יזום). בבית הדין הגדול מעלים את השאלה, ובמידה וההלכה מוכרת פוסקים לפיה. אם לא מכירים את ההלכה צריך לקבוע אותה באופן מחודש ביחס למקרה מסוג זה שהגיע לבית הדין. ע"מ לקבוע הלכה נדרש מניין – כל אחד מביע את עמדתו ואז מכריעים. ההכרעה מתבצעת לפי הרוב, ולאחר שהיא נקבעת הלכה זו היא הקובעת בישראל. עם זאת, כשהיו תלמידי שמאי והלל שלמדו אבל לא ידעו ליישם את ההלכה נוצרו מחלוקות בישראל. מחלוקות אלו הובילו לכך שהיו שתי תורות בישראל, כשכל אחד פעל לפי הצד עמו הוא מסכים.
      2. המסקנה של תוספתא זו היא שהמחלוקת לא רצויה (היא תוצאה של תקלה), מאחר שברמה האידיאלית צריך להיות גוף אחד בלבד שמכריע בשאלות הלכתיות כשההכרעות שלו מחייבות את כולם.
   3. תלמוד ירושלמי מסכת חגיגה פרק ב, הלכה ב – גם כאן צוין כי תחילה לא הייתה מחלוקת בישראל פרט לעניין אחד. בית שמאי והלל הפכו מחלוקת אחת לארבע מחלוקות. עם הזמן התורה נחלקה לשתיים, כשאין דרך חזרה מכך (עד אשר יבוא המשיח).
   4. תוספתא עדויות א, ד
      1. במקרה בו יש רוב ומיעוט, ההלכה תהיה לפי הרוב. מדובר בתקופה אחרת בה כבר יש מחלוקות, ולכן היה צורך בכלל פשוט למקרה של מחלוקת.
      2. עולה השאלה מדוע נדרשים לדעת המיעוט אם דעת הרוב היא זו שקובעת, ומדוע לא מעלימים את דעת המיעוט:
         1. לפי התוספתא, דעת המיעוט מוזכרת כדי לבטל אותה.
         2. לפי החכמים, דעת המיעוט נשמרת כדי שבמידה ותהיה מחלוקת נוספת בנושא מסוים ניתן יהיה לדעת שמדובר בדעת מיעוט ולא יהיה ויכוח מה המסורת באופן חד משמעי.
         3. לפי ר' יהודה, דעת המיעוט חשובה מאחר שהיא מראה שגם עמדה זו לגיטימית. משמע, יכולות להיות נסיבות מיוחדות בעתיד שדעת המיעוט תהיה רלוונטית עבורן.
   5. שבת מד, א
      1. נר דולק אסור לטלטל בשבת. עלתה השאלה לגבי נר שכבה. ר' מאיר אמר שכל עוד הנר דלק בחלק מהשבת, הוא נחשב מוקצה. לכן אסור לטלטל אותו בשבת גם אם כבה. ר' שמעון אומר שברגע שהנר כבה ניתן לטלטל אותו. ההלכה נפסקה כדעת ר' מאיר.
      2. עלתה סוגיה לגבי נרות חנוכה, מה קורה כשמדליקים אותם בחוץ ואז הם כבים מסיבה כזו או אחרת. הגיע רב שהסביר שאכן נקבעה הלכה לפי עמדה אחת, אבל העמדה השנייה היא עמדה קיימת ולגיטימית שניתן להשתמש בה בשעת הדחק (כשאין ברירה). לכן ניתן להתיר את עמדתו של ר' שמעון ולאפשר את טלטול הנר שכבה.
   6. אבות דרבי נתן פרק יח נוסחה א
      1. מסכת אבות עוסקת פחות בהלכה ויותר בדרך ארץ.
      2. המסר מהמקור הזה הוא שהמחלוקות הן חלק מהעניין. כל העמדות מקורן ב-ה' וכולן לגיטימיות. לכן יש להקשיב לכל העמדות. בהיבט המעשי עמדה זו מקשה מאחר שהשאלה היא איך בסופו של דבר לפעול. המענה הוא שבסופו של דבר מכריעים, אבל העיקר הוא לאפשר ריבוי דעות ומחלוקות מאחר שיש להם ערך.
   7. דוגמא נוספת מהגמרא – "אלו ואלו, דברי ה' חיים.... הלכה כבית הלל". הסיבה לכך היא שבית הלל באופיים היו אנשים ענווים וצנועים. עם זאת, הלל מקדימים דברי בית שמאי לדבריהם. הנימוק לכך הוא שחשוב להקשיב לעמדה השנייה ע"מ לקבוע הלכה מזוקקת ומעוגנת.
   8. רטיב"א מסכת עירובין דף יג/ב
      1. קיים קושי נוסף באמירה "אלו ואלו" מאחר שה' יודע האם משהו טמא או טהור, ולכן רק אחת מהעמדות קולעת לדברי ה'. ה' לא יכול לסתור את עצמו.
      2. ההסבר הוא שלגבי כל דבר שנאמר למשה ניתן לו מספר נימוקים זהה למה משהו טמא ולמה משהו טהור. משה מסר את הנימוקים לעם ישראל ואלו צריכים להחליט האם מקבלים שהדבר טמא או טהור. בשל כך, גם כשיש מחלוקת ואחד אומר טהור והשני אומר טמא, ייתכן ששניהם צודקים מאחר שקיימים נימוקים לשני הכיוונים.
   9. הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות – כאמור, לפי הרמב"ם לא תתכן מחלוקת לגבי דברי משה לעם ישראל.
   10. מבוא התלמוד, ה – מקור זה מונה את הסיבות השונות למחלוקות. הסיבה השביעית היא שהמחלוקת נוצרת כתוצאה מחוסר הקשבה להלכה (לא היו מרוכזים). נראה שההתייחסות למחלוקת של מקור זה ושל הרמב"ם היא שמחלוקת נוצרת מתקלה, ולא בגלל שמלכתחילה יש דעות שונות.
2. **הכרעה במחלוקת**
   1. הכלל הבסיסי ביותר בהכרעה במחלוקת הוא הכרעה לפי רוב. עם זאת, מתעוררת שאלה מיוחדת לגבי ספירת הרוב במקרה בו יש מסורות הלכתיות סותרות (כל חכם אומר משהו אחר ששמע ממורו).
   2. תוספתא סנהדרין ז, ב
      1. במקרה בו רק אחד אומר שיש מסורת וכל השאר לא מכירים את המסורת, אין סיבה להצביע, והמסורת הזו היא הקובעת.
      2. במקרה בו אין בכלל מסורת יש להעלות את הסוגייה להצבעה והנושא יוכרע לפי רוב.
      3. במקרה בו יש שתי מסורות סותרות צריך להצביע ולהחליט לפי הרוב.
      4. במקרה בו אדם אחד (מיעוט) מתבסס על שתי מסורות ושני אנשים (רוב) שמתבססים על מסורת אחת הפוכה, הדעה שתתקבל היא זו של האחד שמתבסס על שתי מסורות. הסיבה היא שמעדיפים את הרוב של המסורות על-פני הרוב של השומעים. גישה זו מעוררת קושי מסוים, מאחר שגם במקרה בו אדם שמע מסורת משניים, יכול להיות ששניהם שמעו את המסורת מאחד, כך שבפועל אדם זה קיבל את המסורת מאחד.
3. **לא בשמיים היא**
   1. תלמוד בבלי מסכת תמורה דף טז עמוד א
      1. נאמר ש-3,000 הלכות שנמסרו ממשה נשכחו. עלתה בקשה בפני יהושע לשאול את הקב"ה, אך יהושע אמר שהתורה כבר לא נמצאת בשמיים ולכן לא ניתן לשאול את מה שנשכח.
      2. בהמשך ביקשו גם משמואל לשאול את הקב"ה, מאחר שלא הצליחו להיזכר בהלכות. במענה הוא אמר שאלה המצוות ושכנביא הוא לא יכול לחדש מצוות.
      3. במהלך השנים ביקשו שוב ושוב לשאול את הקב"ה אך שוב ושוב המענה היה שאין יכולת להתנבא בענייני הלכה (לא בשמיים היא).
   2. הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות
      1. הרמב"ם מאמץ את העמדה לפיה לא ניתן להשתמש בנבואה כשרוצים לפרש את התורה. צוין כי לעובדה שיהושע ופנחס הם נביאים אין משמעות לענייני הלכה, וכדי להמחיש זאת נאמר שהמעמד שלהם ביחס לעיון ולסברא זהה למעמד של רבינא ורב אשי (אחרוני האמוראים בבבל שלא היו נביאים).
      2. הרמב"ם גם עומד על הסוגיה של נביא שקר – נביא שמעבר לכך שהוא מתנבא בשם האל ומצווה על עבודת השם גם טוען שהקב"ה הוסיף מצווה או גרע מהמצוות (הוספה או הורדה של פסוק / שינוי פירוש מקובל) למעשה מתנבא בענייני הלכה. מתוך כך הוא נביא שקר, גם אם הוא נותן אותות ומפתים. גם משה שמסר את התורה קבע "לא בשמיים היא", כך שאין נבואה בענייני הלכה וכל נביא שטוען אחרת הוא נביא שקר. נביא שקר חייב במיתה.
      3. הרמב"ם נותן דוגמה – בא נביא שעד אותו הרגע נתפס כנביא אמת (נתן אותות ומפתים ואמר דברים שבסמכותו להגיד) שאומר משהו בעניין הלכה (למשל המרחק שניתן לצאת מעיר בשבת). אם הנימוק של הנביא הוא שהוא קיבל את הציווי בנבואה, הוא נביא שקר. אם הנימוק הוא שהוא הגיע לכך דרך עיון וסברא ניתן להעמיד את הקביעה שלו להצבעה ולהחליט האם היא תהיה הלכה. חשוב לזכור שבעניין עיון וסברא מעמדו של הנביא הוא כמו מעמדם של שאר החכמים.
      4. הרמב"ם מאמת את דבריו בכך שהציווי הוא לבוא לכוהנים הלויים והשופט, ולא אל הנביא.
   3. תלמוד בבלי מסכת עירובין דף יג עמוד ב – ההכרעה כבית הלל לא נעשתה בכלים אנושיים, אלא בהתגלות אלוהית (בת קול). לכאורה מדובר במקרה בו הגמרא נותנת לגיטימציה להכרעה בסוגיה הלכתית דרך השמיים.
   4. ספר הכוזרי – מאמר שלישי אות מא
      1. סיפור המסגרת הוא שמלך קורא לשלושה חכמי דת (יהודי, מוסלמי ונוצרי). ספר הכוזרי הוא תיאור של השיח בין החכם היהודי לבין המלך כשבסופו המלך מחליט להתגייר.
      2. עלתה השאלה איך החכמים יכולים להוסיף מצווה או איסור במידה ולא ניתן להוסיף או לגרוע מהתורה. המענה של החכם היה שהאיסור נוגע לעם (האדם הפשוט), כדי שלא יקרה שכל אחד עושה לפי דעתו. העם צריך להקשיב לחכמים (הנביאים, הכוהנים והשופטים) שלהם הסמכות להוסיף ולגרוע. מדובר פה בעמדה אחרת לפיה החכמים כן יכולים להוסיף ולגרוע, גם כאשר מדובר בנביא. פה דווקא מיוחס מעמד הלכתי לנבואה.
   5. בבא מציעא, נט, ב
      1. הסוגייה פה מתקשרת להבדל בין שמאי להלל ביחס למה נברא קודם, השמיים או הארץ. שמאי סבורים שהשמיים נבראו תחילה, ולכן מה שנשבר עדיין טמא. הלל סבורים שהארץ נבראה קודם ולכן התפיסה שלהם יותר מקלה (מתחשבת בצרכים הארציים), ולכן הלכת הלל מתנגדת לשימוש בכלים שמימיים של בית שמאי.
      2. בסיפור התנור של עכנאי רבי אליעזר משתמש בכלים שונים ע"מ להוכיח את דבריו (חרוב, מים, כותלי בית המדרש). בסוף רבי אליעזר אומר שייתן ראיה מהשמיים לאמת דבריו, ואכן בת קול מגיעה ואומרת שהוא צודק. עם זאת, רבי יהושע אמר בתגובה "לא בשמיים היא", ולכן אמר לקב"ה שלא ניתן לחרוג מהכלל ולתת בת קול שיש לפעול לפיה בענייני הלכה.
      3. הכרעה כדבר חכמים לא משפיעה על פסיקות קודמות שלהם (אם הם מחליטים על משהו שהיה טמא שהוא טהור לא הולכים אחורה ומשנים כל החלטה לגבי משהו טמא לכך שהוא טהור). במקרה זה החכמים נקטו עמדה קיצונית ואמרו שיש לפסול את כל הפסיקות הקודמות של רבי אליעזר, מאחר שהכלים השמיימיים שהוא מנסה להשתמש בהם לא מקובלים עליהם. החכמים החליטו לנדות את רבי אליעזר ורבי עקיבא מתנדב לטובת כך. רבי עקיבא מוסר לרבי אליעזר את הבשורה ובעקבות כך הצער של רבי אליעזר משפיע על כל הסביבה (כל מקום שהסתכל עליו נשרף וכו').
      4. באותה העת רבן גמליאל היה בים והגיע נחשול להטביע את הספינה שלו. רבן גמליאל אמר שלא עשה את שעשה למענו אלא למען כך שלא תהיינה מחלוקות בעם. לאחר שאמר זאת הים נרגע. מהלך זה מצביע על כך שגם בשמיים יש מחלוקת לגבי ההתנהלות (בחלק מהזמן יש תמיכה ברבי אליעזר ובחלק אחר ברבן גלמיאל).
   6. בבא מציעא פו, א – במחלוקת בין הקב"ה לבין הרוב, אין מקום למחלוקת ויש לפסוק לפי דברי הקב"ה.
   7. רמב"ם טומאות צרעת ב,ט – מחיל את כללי ההכרעה לפי רוב על מחלוקת עם דברי הקב"ה. אם הרוב אומרים טמא והקב"ה אומר טהור יש לפסוק טמא.
   8. אגרות הראי"ה א, קג
      1. מדובר באגרות שונות שנכתבו ע"י הרב קוק שנאספו ולוכדו. לגבי כלל לא בשמיים, צוין כי יש לגביו לא מעט מחלוקות. הבעיה היא שהנביאים הם חלק מהשרשרת בה עברה התורה שבע"פ, ולכן יש ערך לנבואה בכל הנוגע לתורה שבע"פ. לא נשמע סביר לטעון שבמקרה ההעברה של התורה שבע"פ הייתה לנביאים ושאין ערך לכך שהם נביאים.
      2. בהמשך הרב קוק מפריד בין שופט שפוסק לפי עיון וסברא לבין נביא שפוסק לפי רוח הקודש. במקום בו הסברה והעיון מובילים למקום חד משמעי, ניתן להחיל את כלל לא בשמיים היא. במקום בו נשאר ספק, ניתן להשתמש בכלים השמיימיים כדי להכריע הלכה.
   9. שו"ת משפט כהן
      1. יכול להיות שיש הבדל בין לקבל מסר מהשמיים לבין פניה לשמיים. אם בת קול יוצאת מעצמה ופוסקת, ניתן להשתמש בזה. אם רוצים שהנביא יפנה ויבקש בת קול, לא ניתן להסתמך על זה. לכן הגיוני שכשהעם ביקש מהנביאים לשאול את הקב"ה התשובה הייתה "לא בשמיים היא".
      2. במקום שבו מבחינה שכלית הסוגייה נותחה ויש טענות לכאן ולכאן אולם יש מקום לשתי העמדות, ניתן להשתמש בבת קול ע"מ להכריע. עם זאת, חידוש הלכה באמצעות נבואה הוא דבר בעייתי ולא ניתן לבקש מהקב"ה לשחזר את ההלכה.

**סמכות חכמים בתחום המדרש ופסיקת ההלכה**

1. **מעמד התלמוד**
   1. הכלל הוא שאמורא לא יכול לחלוק על תנא. ההנחה היא שהאמורא מכיר את כל המשנה ולכן אם יש אמירה שלו שסותרת את המשנה מדובר בסתירה. יכול להיות שאמורא יגיד אמירה שסותרת ברייתא אך דבריו ידחו. קביעה זו היא בסיס לחלק גדול מהסוגיות התלמודיות. סוגיה תלמודית קלאסית היא עימות בין שני מקורות. למשל מחלוקת בין שני אמוראים כשכל אמורא מביא מקור תנאי שתומך בעמדה שלו. אם אחד מהם יביא מקור שתומך בעמדתו והשני לא יביא מקור נגדי, ההכרעה תהיה ברורה. מה שעלול לקרות הוא שהאמורא השני ינסה להסביר את הברייתא בצורה שתומכת בעמדה שלו.
   2. כלל נוסף הוא שפוסקים מאוחרים לתלמוד לא יכולים לחלוק על אמוראים. אם יש מחלוקת בין מספר אמוראים ניתן להגיד שכזה או אחר צודק, אבל אם הייתה הכרעה הפוסק המאוחר מחויב למה שנאמר בתלמוד.
   3. עולה השאלה למה פוסק או אמורא לא יכולים לחלוק על מה שנאמר לפניהם?
   4. עמדה 1 – הסכמת רוב העם בימי התלמוד
      1. *הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה* – עד תקופת רבינא ורב אשי יש מרכז אחד בבבל שמה שהוא אומר מתקבל ע"י כולם. בהמשך יש פיזור ואין מוקד תורני אחד מובהק, אלא מוקדים שונים במקומות שונים. מה שמתקבל באזור אחד לא מתקבל באזור אחר ולא ניתן לכפות על אנשי מדינה אחת לבצע את מה שנקבע במדינה אחרת. לכן ניתן לחלוק על מה שנאמר אחרי התלמוד. עם זאת, מה שנקבע בתלמוד מחייב את כל עם ישראל. זאת מאחר שכל ישראל הסכימו על כל מה שנאמר בתלמוד וכל הקביעות שנקבעו בו הוכרעו ע"י החכמים של העם כולו. לא מדובר בהיררכיה אינהרנטית או בנימוק לפיו אותם החכמים יותר חכמים ממה שיש היום, אלא שרוב העם קיבל את מה שהיה אז ולכן זה רלוונטי לכל העם כיום.
      2. *הר"ן* – המעמד של התלמוד נובע מכך שרוב ישראל קיבלו את מה שנאמר בתלמוד במוסכם, ולכן לא ניתן לחלוק על כך.
      3. *כסף משנה, ממרים ב,א* – מעמדו המיוחד של התלמוד נובע מכך שהוסכם לא לחלוק על מה שנאמר שם לאחר החתימה.
   5. עמדה 2 – גדולת הדור הקודם
      1. *חזון איש* – לא הייתה ברירה לקבל את דברי התנאים והאמוראים, מאחר שהתנאים היו יותר גדולים מהאמוראים והאמוראים היו יותר גדולים ממי שהגיע אחריהם. מכאן שלא מדובר בהסכמה חברתית אלא במחויבות לקבל את דבריהם הנובעת מפער גדול בין הדורות.
2. **טעות בית דין**
   1. למעמד המיוחד של התלמוד יש חשיבות נוספת. בהלכה אין חסינות לשופט, וקיים מושג "טעות בית דין". טעות שכזו יכולה להוביל לשתי תוצאות, או שפס"ד יבוטל או שהדיין צריך לפצות את הצד הנפגע כתוצאה מהטעות שלו. המערכת לא בנויה בצורה היררכית ולכן כל בית דין יכול להגיד שבית דין אחר טעה. בשל כך קיימים בתי דין של ממונות שנותנים פס"ד ללא נימוקים, ע"מ שמי שהפסיד לא ילך לבית דין אחר ויטען שהייתה טעות. פתרון נוסף הוא להחתים את הצדדים על כך שלא יטענו שבית הדין טעה.
   2. ההלכה מבחינה בין שני סוגים של טעויות – טעות בדבר משנה וטעות בשיקול דעת. אם מדובר בטעות בדבר משנה פס"ד מתבטל. אם מדובר בטעות בשיקול דעת לא בהכרח מבטלים את הפס"ד, ובנסיבות מסוימות מחייבים את הדיין לפצות את הצד הנפגע.
   3. טעות בדבר משנה – טעות בדבר מפורש. יש הלכה מפורשת שבית הדין פסק בניגוד אליה. הטעות ברורה ולא נדרש שיקול דעת של הדיין. פס"ד כזה ניתן לבטל מאחר שהוא מוטעה על-פניו.
   4. טעות בשיקול דעת – במקרה בו אין הלכה מפורשת וחד-משמעית, אלא נדרש שיקול דעת של בית הדין ובית הדין טעה בשיקול דעתו.
   5. שולחן ערוך חו"מ, כה, א
      1. מוגדרת טעות בדבר משנה – אם הדיין טעה בדין המפורש במשנה או בגמרא הפס"ד מתבטל. זאת מאחר שהמשנה והגמרא התקבלו על כל העם ודבריהם מוסכמים (לא ניתן לחלוק עליהם). החידוש בשולחן ערוך הוא שגם פסיקה בניגוד לדברי פוסקים תיחשב לטעות בדבר משנה ולכן הפס"ד יתבטל. עניין זה משפיע על היכולת של פוסק מאוחר לחלוק על מה שנאמר ע"י הפוסקים שקדמו לו.
      2. הרמ"א חולק על כך וטוען שאם נראה לפוסק שהדין (כדברי הגמרא) לא תואם את מה שקבעו הפוסקים שלפניו ניתן לחלוק על דבריהם.
3. **הלכתא כבתראי**
   1. סוגיה זו מעוררת את השאלה, האם כאשר אנחנו באים לפסוק הלכה נותנים עדיפות לעמדה של פוסקים מוקדמים יותר או של פוסקים מאוחרים יותר. מאחר שההלכה מתבססת הרבה על מסורת שעוברת מדור לדור, אפשר להגיד שככל שהולכים אחורה בזמן המסורת יותר מקורית ולכן יש יותר משקל לפוסק מוקדם. עם זאת, לפי כלל הלכתא כבתראי, ההלכה דווקא מעדיפה את הפוסק המאוחר.
   2. סדר תנאים ואמוראים, סימן כה
      1. מדובר בהופעה הראשונה של הכלל.
      2. במקום בו יש מחלוקת בין רב לבין תלמיד, ההלכה לא תהיה כדברי התלמיד, וזאת עד תקופת רבא. מתקופת רבא ההלכה היא כדעת המאוחר. משמע, עד תקופת רבא הכלל היה שמעדיפים את החכם המוקדם. החל מתקופת רבא (ואביי) הכלל הוא להעדיף את החכם המאוחר.
   3. תוספות קידושין, מה, ב, ד"ה "הוה" – מוצגת סיבה לכך שהכלל השתנה – מתקופת אביי ורבא דקדקו יותר להעמיד הלכה על בוריה, ולכן יש לקבל את דבריהם על-פני המוקדמים. השאלה היא מה השתנה בסדרי הלימוד שגרם לכך שהחל מתקופת אביי ורבא דקדקו יותר.
   4. שו"ת מהרי"ק סימן פד
      1. המהרי"ק מסביר מה השתנה שגרם לשינוי בתפיסה שמעדיפה את האחרונים על-פני הראשונים. ההסבר שניתן הוא מדברי הרי"ף.
      2. התלמוד הבבלי נחתם אחרי התלמוד הירושלמי. מי שחתם את התלמוד הבבלי הכיר את התלמוד הירושלמי ולכן אם יש סתירה אז מנסחי התלמוד הבבלי החליטו במודע לא לקבל את מה שנקבע בתלמוד הירושלמי. מכאן שהסיבה להעדיף את הפוסק המאוחר על פני הפוסק המוקדם היא שהמאוחר הכיר את דברי המוקדם וחלק עליהם במודע, אך הפוסק המוקדם לא הכיר את דברי הפוסק המאוחר. השאלה היא למה לא ניתן להחיל היגיון זה גם על התקופה שלפני אביי ורבא. הנימוק שניתן הוא שעד ימי אביי ורבא התלמידים קיבלו את דברי מוריהם בלי לחלוק עליהם (ולא שמעו עמדות אחרות של מורים אחרים), ומתקופת אביי ורבא למדו את כל הדעות ותלמידים החלו לחלוק על מוריהם.
      3. המהרי"ק מסייג את כלל הלכתא כבתראי – במקרה בו פוסק מאוחר לא הכיר את הספר של הפוסק המוקדם (אם לא ציטט אותו או שהספר לא היה מוכר) אין סיבה לתת עדיפות לפוסק המאוחר. גם אם הוא חולק על דברי המוקדם, הרי שעמדת המאוחר לא מבוססת על כך שעיין בדברי המוקדם ולכן אין לכך משקל. משמע, מתן עדיפות לפוסק מאוחר מותנה בכך שהוא הכיר את דברי הפוסק המוקדם שהוא חולק עליו.
   5. שו"ת הרי"ד, סב
      1. הרי"ד מביא את משל הננס על גבי ענק ע"מ להסביר את העמדה לפיה המוקדמים חכמים יותר. להרי"ד יש כלל לפיו אם הוא נתקל בעמדה שהוא חולק עליה הוא מביע את עמדתו לגביה, ללא תלות במי אמר אותה.
      2. מוצגת עמדה של חכמי הפילוסופים לפיה הראשונים חכמים יותר, אך בה בעת חולקים על דבריהם. על-מנת להסביר זאת הסבירו שהענק רואה למרחק גדול יותר מהננס, אך כאשר הננס עומד על כתפי הענק הננס הוא זה שרואה למרחק גדול יותר. משמע, המאוחרים קטנים יותר מהמוקדמים, אך מאחר שהם מסתמכים על דבריהם ובונים עליהם הם יכולים לראות למרחק. התוספת של המאוחרים פחותה יותר מהתוספת של המוקדמים, אך במצטבר הם מוסיפים לידע.
   6. שו"ת מהר"ם אלשקר סימן נד
      1. הכלל הלכה כבתראי נאמר ביחס לחכמי האמוראים המאוחרים, והשאלה היא האם זה נכון גם לגבי פוסקים בתקופה שלאחר התלמוד.
      2. לפי מקור זה, הכלל חל רק לגבי הדורות שקדמו לחכמי התלמוד ולא על הדורות שאחריהם. זאת מאחר שלא ניתן לדעת מי הפוסקים המאוחרים שיגיעו ולכן לא הגיוני שהם קבעו כלל שיחול מעתה והלאה. הוא שולל את הגישה שהלכה כבתראי נכון גם לגבי פוסקים מאוחרים יותר, וזהו כלל שנכון לשעתו, אך זה לא כלל שמחזיק כתקף גם בהמשך. משמע, זהו כלל שרלוונטי לאמוראים אך לא רלוונטי באמת בימיו, ואדרבה בימינו. ולכן יש מקום להעדיף את הפוסקים הראשונים.
   7. שו"ת גינת ורדים חלק חו"מ כלל ה,ג – אם יש מחלוקת בין פוסקים ראשונים ואחרונים, אז הלכה כראשונים.
   8. גט פשוט, כללים, ג'
      1. מקבל את הכלל הלכה כבתראי אך מסייג מעט – גם הלכה כבתראי בנוגע לפוסקים יותר מאוחרים. זאת בתנאי שהפוסק המאוחר הוא שווה ערך לפוסק שקדם לו. איך ניתן לבדוק? אם מדובר בפוסק שכתב חיבור מקיף על כל נושאי ההלכה והוא הקיף את כל נושאי התלמוד אז ניתן לומר הלכה כבתראי כי הוא ראה את כל המכלול, כי הכלל מבוסס על זה שהפוסק המאוחר ראה את כל הכתבים שקדמו לו ויש לו את הידע לפסוק אחרת. פוסק שלא עשה חיבור כזה, לא ניתן לראות בו שווה ערך לפוסק המוקדם ולכן אינו יכול להחליף את ההלכה הקיימת, אין לו את הרמה הנדרשת. התלמוד אמנם מסודר לפי מסכתות אך לא פעם ניתן למצוא במסכת אחת נושא שקשור לנושא אחר. פוסק שלא מכיר את כל התלמוד, אינו יכול להגיד שההלכה הקיימת אינה טובה כי הוא אינו מכיר את כל המידע הרלוונטי ולכן אין לפסוק לפיו.
      2. הויכוח לגבי החלת הכלל "הלכה כבתראי" עומד במובן מסוים בבסיס ההבדל בין פסיקה של שולחן ערוך לזו של הרמ"א.
   9. הקדמת הבית יוסף
      1. אם כל אחד (כאדם רגיל) יצטרך לדון בכל שאלה מלכתחילה זה לא מעשי. עם זאת, לא תמיד התלמוד מכריע מה צריך לעשות, הוא לא מביא הכרעה ברורה של הדרך שבה צריך לפעול ויש עוד עניינים שהתחדשו אחר חתימת התלמוד. אם אפילו בית דין צריך לטרוח רבות כדי להבין את הדין, אז ברור שזה לא רלוונטי לומר לאדם הרגיל שעליו ללמוד כל סוגיה מא' ועד ת'. אם הוא יסתכל בספרי קיצורים, זה גם לא טוב כי הם מציגים דעה אחת.
      2. לאור המציאות הזו, יוסף קארו כתב ספר הלכה, שיצטט את הסוגייה, את הפוסקים ובד"כ גם את ההכרעה. הוא סומך את חיבורו על אחד מהפוסקים המפורסמים – כפירוש על ספר התורים לפי הסדר שלו. הוא מסביר כיצד הוא הכריע במקום בו יש מחלוקת. האידיאל היה לקחת את הנושא, ללמוד את הראיות, דברי הראשונים והאחרונים ומתוך כך להגיע למסקנה לגבי ההלכה הנכונה. עם זאת, כדי לעשות זאת הוא צריך להיות תלמיד ממש חכם וזוהי דרך ארוכה. לכן היה צורך למצוא דרך פרקטית ופשוטה יותר. הוא פוסק הלכה על בסיס שלושה פוסקים חשובים (רמב"ם, הרא"ש והרי"ף), אם כולם הסכימו אז פוסק כמותם, ואם יש מחלוקת של שניים מול אחד, הולכים לפי דעת הרוב (בד"כ הרמב"ם והרי"ף מול הרא"ש). במקום שבו לכל אחד מהפוסקים יש דעה אחרת, או אם יש סוגייה שהם לא דנו בה – הוא יפסוק לפי חכמים מקובלים אחרים שנתנו דעתם לגבי הנושא הרלוונטי. במקום להתעמק בכל סוגיה, הוא יצר שיטה טכנית לפיה הוא מתבסס על שלושת הפוסקים – אם אין רוב לפי הפוסקים, הולך לפי פוסקים אחרים.
   10. הקדמת הרמ"א לדרכי משה – השולחן ערוך פסק כדעת ראשונים והתעלם מפוסקים מאוחרים, כלומר הוא לא קיבל את כלל הפסיקה שבקהילות של הרמ"א פסקו לפיו – הלכה כבתראי. הוא למעשה סותר את הפסיקה שלנו שמבוססת על הכלל של הלכה כבתראי (הוא חרג מהכלל הזה בעוד שבקהילה שלנו מתבססים על כלל הזה).
   11. שו"ת הרמ"א
       1. הרמ"א פוסק כאחרונים בהתבסס על הכלל של הלכה כבתראי.
       2. רבי שלום שכנה – רבו של הרמ"א, לא רצה לכתוב ספר הלכה, מאחר שבפסיקה של האשכנזים מסתמכים על הלכה כבתראי. הרב לא רצה להיות האחרון מאחר שלא רצה שיסתמכו על דבריו.
       3. הרמ"א באופן עקבי אומר שיש להעדיף את הפוסקים האחרונים ומכאן הפער בינו לבין ר' יוסף קארו שהתעלם מהאחרונים. המסורת של הפסיקה האשכנזית נותנת עדיפות למאוחרים ולכן הרמ"א נוטה לחלוק עליו ולטעון שיש לכתוב ספר פסיקה המתאים להלכות של הפוסקים המאוחרים.
4. **תקדים מחייב/מנחה**
   1. חשיבות התקדים – לתקדים יש חשיבות כי הוא נותן יציבות אך לפעמים הוא מגביל את שיקול הדעת כי לא ניתן לחרוג מהפסיקה של ביהמ"ש העליון. בהלכה אין מושג של תקדים מחייב, כלומר פוסק מאוחר יכול לחלוק על פוסק שקדם לו, אמנם לא בקלות. תקדים אינו מחייב אך אין זה אומר שאין לו מעמד. לתקדים יש ערך. לגבי מקומו של התקדים, יש ניואנסים שונים לגבי החשיבות שלו ביחס להחלטות עתידיות. הסיבה שתקדים לא מחייב היא כדי לתת חופש לדיינים לפסוק לפי המקרה שמגיע אליהם ולפי אומד דעתם ולא להכריח אותם להיצמד למקרי עבר.
   2. תלמוד בבלי, בבא בתרא, קל
      1. רבא אמר לרב פפא ורב הונא (בנו של ר' יהושע): אם אתם נתקלים בפס"ד שלי ונראה לכם שהוא לא נכון, אל תבטלו אותו עד שאני אבוא לפניכם ע"מ להסביר לכם למה פסקתי ככה. אם יש איזשהו טעם לכך הוא יסביר להם, אם אין טעם, הוא יחזור בו מעצמו. עניין זה חל כל עוד רבא בחיים. לגבי התקופה לאחר שהוא מת, הוא אומר להם שלא יבטלו את פס"ד הקונקרטי שהוא נתן, ואם לדעתם הוא לא נכון, אז שלא יתייחסו אליו כתקדים. זאת מאחר שאם הוא היה יכול להתמודד עם טענות הנגד, הוא יכול היה לשנות את דעתם או לשנות את הפסיקה.
      2. נימוק לכך שהתקדים אינו מחייב – "אין לדיין אלא את מה שעיניו רואות" תמיד לפסוק לפי מה שהדיין רואה, יש עצמאות בפסיקה ולא חייבים לפסוק לפי מה שהיה נראה בעיני דיין אחר, במידה והוא קדם לדיין במקרה הנוכחי.
   3. הרמב"ם הלכות סנהדרין כ,ח – כמעט תמיד יש הבדל בנסיבות של המקרה הקונקרטי לבין המקרה של התקדים. לכן פסיקה לפי תקדים מחייב היא בעייתית והיא עלולה לגרום לפסיקה מוטעית (שמא לא תעמוד על נימוקי המקרה הספציפי + אין לדיין אלא מה שעיניו רואות).
   4. סנהדרין ו,ב – כאן נעשה שימוש של אותו רעיון (אין לדיין אלא מה שעיניו רואות) בהקשר של פחד אפשרי של הדיין – אם יעשה טעות ה' יתחשבן אתו וישפוט אותו. המענה הוא שמאחר שאין לדיין אלא מה שעיניו רואות אין סיבה לפחד. הדיין יפסוק לפי הבנתו וניסיונו ולכן לא ישפטו אותו על החלטתו.
   5. שו"ת מהרי"ל סימן עב
      1. מקור זה מציג תפיסה לפיה לתקדים משקל משמעותי יותר.
      2. התשובות (תקדימים) הן הלכה שיש לפעול לפיה, ולכן הן יותר משמעותיות מדברים תאורטיים של פוסקים. תמיד יש כללים כלליים, אבל ברגע שיש שאלה קונקרטית לגבי דבר מסוים מדובר בהלכה למעשה. הוראה שהיא הלכה למעשה צריכה לקבל משנה תוקף יותר מאשר אמירה כללית בספר פסיקה.
   6. שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צז
      1. טענה שכלל לא חד מספיק היא רלוונטית למישהו שכותב ספר הלכה שישמש דורות רבים, אבל לא לדיין שפוסק לגבי אירוע מסוים. הנימוק לכך הוא שכל מקרה לגופו, ולכן הגיוני שהפסיקה תהיה שונה בין כל מקרה ומקרה (ולכן לא ינבע מכך כלל חד משמעי). דיין שפוסק רק לפי הכתוב ולא לפי אומד דעתו הוא "חלש ורפה", ולמעשה מדובר בסתירת כלל אין לדיין אלא מה שעיניו רואות. הדיין צריך להבין את ספרי הפסיקה ולשקול את היישום שלהם לגבי המקרה הקונקרטי. תפקידו של התקדים הוא ללמד את הדיין איך לתרגם את הכללים לידי מעשה. ככל שדיין יקרא יותר תקדימים ויבין את השיקולים (איך הדיין הקודם יישם את ההלכה על המקרה שבא בפניו) הוא יוכל להיות דיין טוב יותר.
      2. למעשה פה נאמר שספרי הפסיקה הם המקור העיקרי לעבודתו של הדיין, והתקדימים חשובים כדי להבין איך ליישם את הכללים שבספרי הפסיקה.
5. **קים לי**
   1. מדובר בטענה שנתבע מפסיד יכול להעלות בבית הדין בעניין דיני ממונות. לאחר שבית הדין פסק הנתבע יכול לטעון שפסיקת בית הדין לא תואמת מקור מסוים, שלפי דעתו הוא הצודק. אין בכוחה של טענת קים לי לאלץ את הנתבע לשלם (התובע לא יכול להעלות טענת קים לי) אלא יש בכוחה רק לפטור את הנתבע מלשלם.
   2. כלל זה לכאורה מושך את השטיח מתחת למערכת המשפט, אך מצד שני הוא מתכתב במידה מסוימת עם כלל "המוציא מחברו עליו הראיה". טענת קים לי למעשה מחילה את כלל זה על הפן המשפטי של הדיון בין הצדדים (מעבר להוכחה של התובע כי הנתבע חייב לו מבחינה עובדתית, הוא צריך גם להראות שאין אף אחד שחושב אחרת ממה שהוא טוען). הצדקה לטענת קים לי היא שבעולם ההלכות והמשפט לאו דווקא קיימת אמת אחת מוחלטת. אם מקבלים את הטענה שלכל איסור או היתר יש מ"ט טעמים בעד ונגד הקביעה אז ניתן לקבל שכשבית הדין קובע דבר מה גם מי שטוען ההיפך ממנו צודק במידת מה.
   3. אורים ותומים חו"מ, קנ"ד
      1. לרוב ההלכות יש דעה חולקת, ולכן אם מאמצים את קים לי כטענה גורפת התוצאה תהיה שהחזק מנצח (מי שחזק יתפוס לעצמו את הרכוש. ברגע שבעל הרכוש יתבע ממנו את הרכוש הנתבע יוכל לטעון קים לי). אימוץ כזה של קים לי יביא למצב של הפקרות וחוסר סדר בחיים. מכאן שיש צורך לצמצם את טענת הקים לי כדי שהיא לא תרוקן מתוכן את מערכת המשפט.
      2. לפי מקור זה, כשיש הלכה מוסכמת בשולחן ערוך או במפה של הרמ"א, גם אם יש עמדה סותרת, לא ניתן לטעון טענת קים לי. זאת מאחר שמדובר בהלכה מוסכמת שאין לערער עליה. באופן זה ישנו צמצום מסוים של הטענה.
   4. מהרי"ק – ראשית המהרי"ק מצמצם את טענת קים לי לענייני ממונות בלבד. לא ניתן לטעון קים לי בענייני איסור והיתר. לגבי קים לי בממונות, לא ניתן לטעון אותה כשמדובר בדעת יחיד. כדי שיהיה ניתן לטעון קים לי צריך לבסס את הטענה על פוסקים שביססו את טענתם הסותרת (טענה של ממש) ולא על כאלו שפשוט טענו נגד הרוב. מכאן שהטענה לא יכולה להתבסס על מיעוט שולי (לא ברור האם שולי מבחינת כמות או איכות).
   5. שו"ת מהרשד"ם
      1. לפי כללי הערבות, אם אדם ערב ללווה, המלווה יבוא קודם כל ללווה ורק אם ללווה אין ממה לשלם הוא יבוא אל הערב. יש בהלכה מונח שנקרא ערב קבלן – ערב שמתחייב לפרוע את החוב בלי שום קשר אם ללווה יש ממה לתת. אם מקבלים את ההתחייבות הזו המלווה יכול לגבות את החוב מהערב גם לפני שפנה ללווה. השאלה היא האם התחייבות כזו תקפה או לא.
      2. לפי המהרשד"ם, לכאורה התחייבות כזו יכולה לעמוד. זאת מאחר שהערב מתחייב ושהוא צוין כערב קבלן. עם זאת, הערב יכול לטעון שיש לפנות ראשית ללווה מאחר שלהתחייבות של ערב לפיה ניתן לפנות אליו לפני הלווה אין תוקף. במצב כזה הוא יכול לטעון קים לי ולבסס דבריו על הפוסקים לפיהם אין תוקף להתחייבות כזו (למרות שרוב הפוסקים טוענים שיש תוקף להתחייבות כזו).
      3. כשיש דעת מיעוט ניתן לטעון קים לי, כל עוד לא מדובר בדעת יחיד ("נגד כל העולם").
   6. שו"ת רדב"ז ב, תתכה
      1. הרדב"ז מביא שורה של צמצומים לטענת קים לי.
      2. עלתה השאלה האם אדם יכול לטעון קים לי לפי פוסק מסוים לגבי נושא מסוים ובנושא אחר לטעון קים לי לפי פוסק אחר (להחליף צד לפי מה שנוח). ההיגיון בלדרוש עקביות הוא שאם אדם אומר שהוא פוסק כדעת השולחן ערוך בדבר מה הוא למעשה יכול לטעון שהלכה אחרת לא מחייבת אותו. עם זאת, אם אדם עושה מה שנוח לו בהינתן הסוגייה ניתן לטעון שהוא מעלה טענת קים לי שלא בתו"ל.
      3. לפי הרדב"ז, יש שורה של מגבלות לטענת קים לי:
         1. לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד הפוסק המקומי, שמקובל באותה הקהילה. למעשה מדובר במעין תנאי מכללא שכשצדדים נכנסים למחלוקת בבית דין הם מסכימים שיפעלו לפי דבריו של הרב המקומי.
         2. לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד מנהג ברור שחל במקום.
         3. לא ניתן לטעון טענת קים לי במקום שמדובר ביחיד כנגד רבים.
         4. לא ניתן לטעון טענת קים לי כשמדובר ביחיד שרמתו פחותה מיחיד אחר שרמתו גבוהה יותר.
         5. במקרה בו יש יחיד נגד יחיד, ששניהם בעלי מעמד גבוה, אבל רק אחד מהם התפרסם, לא ניתן לטעון קים לי נגד המפורסם.
      4. הסיבה להטלת מגבלות אלו היא שתמיד יש מחלוקת, והתרה של קים לי בכל מצב תוביל לכך שלא יפסק דבר לעולם. לא כל המגבלות של הרדב"ז מקובלות על כולם, אבל עולה מהן רוח הדברים של הגבלת קים לי ע"מ לאפשר לבית הדין לפעול.
      5. בנוגע לשאלה הקונקרטית, הרדב"ז קובע שצריך להיות עקבי. לא ניתן לטעון קים לי לפי מה שנוח. עמדה זו מוקצנת אצל הרדב"ז מאחר שלפי דבריו ברגע שאימצת עמדה מסוימת בטענת קים לי אתה צריך לדבוק בה בכל טענות הקים לי שלך בעתיד.
      6. בנוסף, אם דיין שהוא מומחה פוסק לטובת צד אחד לא ניתן לטעון טענת קים לי. רק כשמדובר בבית דין בו לא מומחים ניתן לטעון אחרת, לא ניתן לצאת כנגד בית דין של מומחים.

**סמכות חכמים בתחום החקיקה**

1. **מדוע קיימת חובה לציית לתקנות חכמים**
   1. תלמוד בבלי מסכת שבת דף כג עמוד א
      1. עולה השאלה לגבי מצוות שאינן מהתורה (כמו חנוכה או פורים) מאחר שקיים קושי בברכה שמברכים (אשר קידשנו במצותיו וציוונו).
      2. לפי רבי אויא מקור הסמכות הוא מהציווי "לא תסור". מאחר שה' ציווה לקיים את תקנות החכמים למעשה מדובר בציווי ישיר של החכמים, אך מדובר גם בציווי עקיף של ה'.
      3. לפי רבי נחמיה, מקור הסמכות הוא מהמקור "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך". מדובר במקור יותר חלש, מאחר ש"לא תסור" נוגע באופן ספציפי להלכה.
   2. הקדמת הרמב"ם למשנה תורה – קיימות מצוות שהתחדשו אחרי מתן תורה (נקבעו ע"י נביאים וחכמים). חייבים לציית למצוות אלו מאחר שנאמר "לא תסור מן הדבר אשר אני מצווה אתכם".
2. **קשיים במתן סמכות לחכמים להתקין תקנות**
   1. דברים פרק יג פסוק א – "את כל הדבר אשר אנכי מצווה אתכם אותו תשמרו לעשות לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו". עולה השאלה איך מתן סמכות לחכמים מתיישבת עם איסור זה.
   2. רש"י – לפי רש"י, הביטוי לא תוסיפו עליו ולא תגרעו לא מתייחס לתוספת של מצווה, אלא להוספה או גריעה ממצווה קיימת, מבחינת התוכן שלה (כגון תפילין או ארבעת המינים).
   3. רמב"ם הלכות ממרים פרק ב – ניתנת הדוגמה של גדי בחלב אמו. לפי המסורת התורה אוסרת לאכול בשר בחלב, אבל מתירה עוף בחלב. מכאן שאם בית דין יקבע שמותר בשר בחלב מהתורה הוא יגרע ואם הוא יקבע שאסור עוף בחלב מהתורה הוא יוסיף. עם זאת, אם בית הדין אומר שהוא זה שאוסר עוף בחלב זה לא נחשב כהוספה, מאחר שלא ייחסו את זה לתורה. למעשה אסור לחכמים לטעון שהתורה הוסיפה או גרעה איסור או מצווה כלשהם, אבל מותר להם להתקין תקנות מפיהם שהם מתקינים משיקולים שונים (ע"מ שהעם לא יתבלבל או ישכח).
   4. ספר הכוזרי מאמר שלישי אות מא – האיסור לא להוסיף ולא לגרוע נוגע להמון העם, כדי שלא יחדשו מצוות לפי דעתם. האיסור לא נוגע לחכמים.
3. **גבולות סמכות החכמים להתקין תקנות (לעקור דבר מן התורה)**
   1. כל עוד החכמים מוסיפים איסור או מצווה אין התנגשות חזיתית עם התורה (אין בעיה עם קביעה שצריך להדליק נר בחנוכה מאחר שאין איסור נגד זה בתורה. אין בעיה עם קביעה שאסור לאכול עוף בחלב מאחר שהתורה מתירה זאת ולא מחייבת זאת). שאלה לגבי גבולות הסמכות מתעוררת בעיקר במקרה של התנגשות עם דין תורה (במקום בו קיים איסור בתורה שחכמים רוצים להתיר / קיימת חובה בתורה שחכמים אומרים שאסור לבצע אותה). על פניו, במקרה של התנגשות של דברי חכמים עם דין תורה יש להקשיב לדין תורה. עם זאת, בנסיבות מסוימות יש סמכות לחכמים "לעקור דבר מן התורה" (לתת הוראה שמתנגשת עם דין התורה). יש להבחין מבחינת ההיקף בין הוראה של חכמים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה לבין קום ועשה. חכמים רשאים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה (להורות לציבור לא לקיים מצווה שהתורה חייבה לקיים). לעומת זאת, חכמים באופן עקרוני (למעט חריגים – הוראת שעה) לא יכולים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה (התורה אסרה דבר מה והחכמים אומרים שיש לעשות אותו).
   2. דוגמה לכך ניתן לראות במצוות תקיעת שופר – חכמים קבעו שאין לתקוע בשופר בראש השנה אם הוא חל בשבת. הסיבה לכך היא שחשבו שזה יכול להוביל לחילול שבת ע"י מעשים אחרים. יש שסבורים שהתנאי לביטול מצוות עשה הוא שלא גורעים את המצווה לחלוטין (במקרה הזה, לא אומרים שלא תוקעים יותר בשופר אלא אומרים שרק כשחל בשבת לא תוקעים בשופר).
   3. לגבי קום ועשה, ההיגיון במתן אפשרות להוראות שעה היא שיכולות להיות נסיבות מסיומות בהן מישהו יעבור עבירה ע"מ לקיים מצוות בהמשך. דוגמה להוראת שעה שחלה עד ימנו היא לגבי האיסור לכתוב את התורה שבע"פ. חכמים התירו לכתוב את התורה שבע"פ מאחר שחששו שהיא תשכח אך עד היום מדובר בהוראת שעה.
   4. יבמות צ, ב – מדובר במקור הסמכות למתן הוראת שעה. מדובר על סיפור בתנ"ך על אליהו בהר הכרמל (מלכים א, יח). אליהו הנביא אומר לעם "עד מתי אתם פוסחים על שני הסעיפים", מאחר שהם עובדים עבודה זרה. ע"מ להחליט עם איזו עבודה ממשיכים (עבודה זרה או עבודת ה') אליהו ונבחר של העבודה הזרה יביאו קורבן להר הכרמל. הקורבן שיישרף הוא הקורבן של העבודה שיש לדבוק בה. אליהו מנצח בוויכוח אך העם חוזר לעבודה זרה. סיפור זה חשוב לסוגיה זו מאחר שיש איסור בתורה להקריב קורבן מחוץ לבית המקדש מרגע שנבנה בית המקדש. מדובר במקרה זה בהוראת שעה, מאחר שאליהו קיווה שבאמצעות פעם אחת שיעבור על איסור הוא יגרום לעם להפסיק לעבוד עבודה זרה.
   5. רמב"ם ממרים, ב, ד – בית דין יכול לעקור איסור לפי שעה, זאת לטובת מטרות מסוימות (הצלת העם, קירוב העם לדת). עם זאת, אין לקבוע הוראות אלו לדורות.
   6. סנהדרין מו, א – עונשים
      1. העונשים הנפוצים בתורה הם בד"כ עונש מוות או מלקות. כדי לתת עונש כזה צריך להיות משפט בסנהדרין שיושב בבית המקדש (מה שלא יכול לקרות כיום). בנוסף, יש תנאי סף מסוימים שצריכים להתקיים (שני עדים שראו את הנאשם תוך כדי ביצוע העבירה והזהירו אותו שמדובר בעבירה – קשה למצוא עדים לא פסולים מאחר שרוב האוכלוסייה פסולי עדות). בשל כך קשה מאוד להגיע בפועל למצב בו ענישה זו מיושמת. זה מעורר קושי לגבי השאלה איפה כן יש ענישה בתורה?
      2. בהנחה שמישהו נשפט בסנהדרין ומגיעים למסקנה שלא ניתן לתת עונש, אבל בית הדין בכל זאת מחליט שצריך לתת עונש, סנהדרין הוא לכאורה עבריין (אין לו היתר להעניש את מי שהוא רוצה, יש להעניש רק את מי שעומד בדרישות). בברייתא נאמר שבית דין מעניש בניגוד למה שנאמר בתורה, מאחר שהוא סבור שזה יחזק את התורה. ניתנו דוגמאות לאנשים שהענישו אותם למרות שלא הגיע להם העונש מאחר שהשעה הצדיקה את הענישה (אדם שרכב על סוס בשבת – האיסור לרכב על סוס בשבת הוא מפי חכמים ולא מהתורה. אדם שהתנהג בצורה לא צנועה – לפי דין אין חובה לתת לו מלקות).
   7. רמב"ם סנהדרין כד, ד-ט – יש לבית דין סמכות להעניש כשאין הצדקה לכך מהתורה אם המטרה היא לעשות סייג לתורה. הרמב"ם אומר שסמכות זו היא למעשה בלי כל מגבלה (דין תורה כמעט לא ניתן ליישם אך מצד שני ניתן פתח אין סופי. בית דין רשאי לפי שיקול דעתו לחרוג מכללים פרוצדוראליים). דבר זה יכול להוביל למצב שהאצבע של בית הדין תהיה קלה על ההדק. הרמב"ם אומר שלמרות שיש סמכות רחבה לבית הדין, הוא צריך שהמעשים שלו יהיו לשם שמיים ושיהיה לו כבוד לבריות. הוא צריך להיות מאוד זהיר לפני שהוא נותן עונש לאדם שעל-פי דין אין להעניש אותו.
   8. הפקר בית דין (תוספתא שקלים, פרק א, הלכה ג) – באמצע חודש אדר שלוחים של בית הדין היו סוקרים את השדות ע"מ לראות אם יש שדה עם כלאים. אם היו מוצאים כלאים היו מכריזים שהפירות הם הפקר (מאחר שמותר לאכול כלאים אך אסור לגדל אותם). מדובר על המקור הראשון בו בית הדין מפקיר ממון. המקור של כלל הפקר בית דין הפקר הוא למעשה עונשי – בתור עונש לבעל השדה הפקירו את הרכוש שלו. כשהחכמים מתקינים תקנות בדיני ממונות הם למעשה מתבססים על מקור זה.
   9. פרוסבול (גיטין לו, א)
      1. מדובר על מקרה בו הייתה תקנה שנועדה לחלשים (שמיטה בשביעית) אבל בפועל פגעה בהם מאחר שאנשים פחדו להלוות להם (פחדו שהחוב יישמט ואז המלווה יאבד את הכסף). לטובת כך נוצרה התקנה של הפרוסבול – חוב שאמור להשמט יועבר לבית הדין במקום. בית הדין היה במקרים מסוימים טוען פרוסבול בשם בעל הדין, גם אם הוא לא העלה את הטענה (היה נפוץ מאוד לעשות פרוסבול ולכן בית הדין יצא מהנחה שהיה פרוסבול).
      2. עלתה השאלה, איך ייתכן שבתורה משמיטים חוב בשביעית והלל תיקן תקנה לפיה החוב לא נמחק:
         1. אופציה אחת היא שבאותה העת לא הייתה שביעית מהתורה, אלא רק מדברי חכמים. במקרה זה אין בעיה שהחכמים יתקינו תקנה שתנטרל את התקנה המוקדמת.
         2. רבא מסביר שיתכן ששמיטה היא מהתורה, אבל עדיין יכול לקרות מצב בו הלל מבטל את השמיטה. הנימוק לכך הוא הפקרה של בית הדין – עפ"י דין שמיטה החוב נמחק (משמע הכסף שייך ללווה), אבל ברגע שיש פרוסבול המשמעות היא שהלווה כן חייב לשלם (לוקחים את הכסף שהיה אמור להישאר אצל הלווה ומעבירים אותו למלווה. מפקירים את הכסף מידיו של הלווה לידיו של המלווה).
   10. משנה גיטין ד, א-ב
       1. כשאיש ואישה נישאו היכולת לקטוע את הנישואין היא בשתי דרכים – מוות של אחד מבני הזוג או גט שניתן לפי הכללים של מסירת גט. גט צריך להימסר מרצונו של האיש לאישה. כל עוד האיש לא מסר גט לאישה הם לא ייחשבו גרושים. אם אישה לא קיבלה גט כדין וכביכול נישאה לאדם אחר (לפי דין תורה היא לא יכולה להינשא לאדם אחר), ונולד לה ילד מהאדם האחר, הילד יוגדר כממזר.
       2. כל פעולה משפטית ניתן לבצע באמצעות שליח – אדם יכול למנות שליח שיבצע פעולה עבורו כשהתוצאה תתייחס לשולח. מאחר שגירושין וקידושין הם פעולות משפטיות ניתן לעשות אותם באמצעות שליח (כמו כל פעולה משפטית אחרת).
       3. מקור זה עוסק במקרה בו אדם שולח גט ומתחרט. אדם יכול להודיע שהתחרט עד שהגט הגיע לידיה של האישה (בין אם מודיע לשליח ששלח עם הגט ובין אם מודיע לאישה עצמה). יש דרך נוספת לבטל את הגט – אם אדם שלח את הגט לאישה עם שליח, הסיכוי שלו להשיג את השליח הוא אפסי. האדם יכול ללכת לבית הדין במקום מגוריו ולמסור להם הודעת ביטול. ברגע שאדם הודיע שהגט מבוטל זה אומר שגם כשהוא הגיע לאישה אין לו תוקף. מצב זה יוצר בעיה מאחר שיתכנו מקרים בהם אישה חושבת שהיא גרושה אבל למעשה הגט היה מבוטל. אם היא תינשא מחדש ותלד ילד הוא יחשב ממזר. בשל כך רבן גמליאל הזקן התקין תקנה לפיה לא ניתן לבטל את הגט מרחוק.
   11. גיטין לג, א
       1. קיימת מחלוקת בין התנאים מה המשמעות של תקנת רבן גמליאל הזקן (עד כמה היא מרחיקת לכת). האם אדם שלא מקשיב לתקנות חכמים ופועל לפי דין תורה יכול לבטל את הגט מרחוק (האם למעשה לביטול יהיה תוקף), או שמא דברי רבן גמליאל גוברים.
       2. לפי רבי יהודה הנשיא המשמעות של התקנה היא שלכתחילה צריך לא לבטל, אבל אם כבר בוטל הגט מרחוק הוא ייחשב כבטל. רבן שמעון בן גמליאל טען שהתקנה משנה דין תורה, ושהדרך היחידה לבטל את הגט היא להודיע לאישה לפני שהוא מגיע לידיה. המשמעות היא שתקנת חכמים למעשה מתירה איסור של אשת איש, מאחר שיש אישה שלפי דין תורה היא נשואה (אדם שלח גט ואז התחרט משמע הזוג עדיין נשוי) אך לפי תקנת חכמים היא גרושה (החרטה של האיש לא תקפה מאחר שביטל מרחוק).
       3. לפי המקור, כשאדם מקדש אישה לכאורה קיים תנאי מכללא לפיו הקידושין נעשים כל עוד החכמים מתירים זאת. מכוח עובדה זו חכמים יכולים לנצל את העובדה שכל הקידושין מותנים בהסכמתם ובכל מקום שהם חושבים שההתנהגות לא ראויה להגיד שהם לא מסכימים לקידושין (גם כעבור שנים מיום הקידושין). ברגע שמתקבלת החלטה כזו היא מבטלת את הקידושין לכתחילה. מתוך כך החכמים למעשה יכולים לקבוע שאנשים נשואים הם לא נשואים במידה ונוצר מצב בו אדם מנסה לבטל גט מרחוק. מבחינת חלוקה של ממון אין בעיה בקביעה כזו, מאחר שבית הדין יכול להפקיר ממון. מבחינת ילדים גם אין בעיה מאחר שילד שנולד לאישה נשואה מאדם אחר הוא ממזר אבל ילד שנולד לזוג לא נשוי לא נחשב ממזר. סוגיה זו מופיעה במקרים שונים בתלמוד, והמשותף להם הוא שמדובר במקרים בהם האיש התנהל בצורה לא ראויה (למשל ביטול מרחוק, כפייה של איש על אישה להתקדש – חוזה בכפייה באופן עקרוני תקף, אך כשמדובר בקידושין בכפייה בית הדין יבטל אותם). בתלמוד הירושלמי לא מצוין שכל הקידושין הם בהסכמת חכמים, ונאמר רק שלחכמים מותר להפקיע קידושין. עלתה השאלה האם מקור הסמכות הוא שלחכמים מותר לעקור דבר מן התורה. לפי הניסוח הזה שמוותר על התנאי מכללא למעשה יש סמכות של חכמים לעקור דבר מן התורה ולהפקיע קידושין שלפי דין תורה הם לא מופקעים. לפי ניסוח זה הסמכות של החכמים היא לבטל את הקידושין מכאן והלאה.
       4. היו מקרים בהם רצו להציל ממזרים מהממזרות – רצו שאדם שלא מסר גט יגיע לבית דין, ימסור גט לשליח ואז יודיע לבית הדין שהוא מתחרט. הבעיה היא שלפי הסמכות של התנאי מכללא ניתן יהיה לבטל את הקידושין לכתחילה, אך לפי הסמכות שמתבססת על לעקור דבר מן התורה הסמכות היא רק מכאן ואילך. פוסקי ההלכה קבעו שאי אפשר להפקיע קידושין לכתחילה באופן כזה ע"מ שלא יהיה קל מדי להתיר את הממזרים.
   12. סיכום
       1. לחכמים סמכות להפקיע איסורים במספר מישורים:
          1. הוראת שעה.
          2. הוראת שעה במסגרת ענישה.
          3. הפקר בית דין – מתקשר לאיסורים באופן עקיף.
          4. הפקעת קידושין – מקרה נוסף בו חכמים יכולים להורות לעבור על איסור (מתירים אשת איש). לפי על-דעת חכמים זה פחות קיצוני (קיים תנאי מכללא), ולפי סמכות חכמים למעשה ניתן להבין שיש דרך שלישית להפקיע קידושין (מוות, גט וסמכות חכמים).
4. **סמכות חכמים לבטל תקנות**
   1. על-פניו חכמים יכולים לבטל תקנות, מאחר שהם אלו שהתקינו אותן. מתברר שהסוגייה מורכבת יותר ממה שהיא נראית, ושיש מגבלה משמעותית על הסמכות של חכמים מאוחרים לבטל תקנה או גזירה של חכמים שקדמו להם (עד כדי שבנסיבות מסוימות זה בלתי אפשרי). לצורך כך חשוב לעמוד על הבחנה בין תקנות חכמים בהן נאמר במפורש מה הסיבה להתקנת התקנה לבין תקנות בהן לא נאמר במפורש מה הסיבה (או שנמסרה סיבה מסוימת והסיבה האמיתית לא נאמרה). באופן כללי, אם לא יודעים מה הסיבה שהביאה את החכמים להתקין את התקנה קשה יותר לבטל את התקנה. דוגמה לתקנה שהטעם שלה מוכר היא תקנה לפיה אסור לשלם על שבוים מחיר מופרז. המטרה של זה היא בשביל תיקון העולם (לא לעודד חוטפים לגבות מחיר גבוה ולא להטיל על הציבור עול כלכלי כבד מדי).
   2. משנה גיטין ה, ח
      1. עפ"י דין, אם אדם פרס רשת וברשת הזו נלכד בע"ח, הוא לא שייך לו. לפי ההלכה דבר שהוא הפקר (כמו אותו בע"ח) כדי שיהפוך להיות של מישהו לא מספיק שהוא יגיד שזה שלו, צריך לעשות מעשה קניין (אקט פורמאלי שמעיד על הבעלות). במצב דברים זה יכול לקרות שאדם יתפוס בע"ח ברשת ואדם אחר יבוא ויטען שזה שייך לו. לטובת כך, משום דרכי שלום, נקבעה תקנה לפיה אם מישהו תופס בע"ח ברשת ומישהו בא ולוקח אותו מדובר בגזל.
      2. דוגמה נוספת היא כאשר חירש, שוטה או ילד מוצאים דבר מה. לפי דין תורה לאוכלוסיות אלו אין יכולת להיות בעלים של קניין ולכן ניתן לקחת מהם את מה שמצאו, אך משום דרכי שלום הוחלט שלקיחת אותו הדבר מהם היא גזל.
   3. חשוב לשים לב שלפעמים חכמים הסתירו את הטעם להתקנת תקנה בכוונה. לפעמים החוזק של התקנה נובע מהתשובה לשאלה האם התקנה התפשטה בכל העם. כשחכמים מתקינים תקנה הם צריכים להתחשב בכך שצריך שכל (או רוב) העם יוכל ליישם אותה בפועל (לא להטיל על הציבור דברים שהוא לא יהיה מסוגל לעמוד בהם). גם כאשר חכמים כבר התקינו את התקנה וחשבו שהיא ראויה, אם בפועל הציבור לא נהג לפי התקנה הזו תוקפה של התקנה יהיה פחות חזק. מכאן שהציבור מעורב בשתי רמות – כשמתקינים את התקנה שואלים האם הציבור יוכל לעמוד בה, ואחרי שמתקינים את התקנה התוקף שלה מותנה בכך שהציבור בפועל נוהג על-פיה.
   4. עבודה זרה לה, א – כאשר גוזרים גזירה בא"י לא מגלים את הטעם אלא לאחר שנה. זאת מאחר שלא רצו שהציבור יחשוב שהטעם לא סביר או לא תקף לגביו ולכן לא יקיים את התקנה.
   5. משנה עדויות א, ה
      1. בשאלה מדוע מזכירים את דעת המיעוט בנוסף לדעת הרוב (כשההלכה עצמה נקבעת לפי דעת הרוב) אחת התשובות היא שניתן יהיה להסתמך על דעת המיעוט בעת הצורך. אחד המקרים בהם ניתן להסתמך על דעת מיעוט הוא שהמציאות מצריכה שינוי של תקנה. במקרה כזה בית הדין המאוחר יוכל להסתמך על דעת המיעוט ולהתאים את התקנה לדעת המיעוט שהייתה באותה העת.
      2. כדי שבית דין יבטל תקנה של בית דין שקדם לו (בניגוד להתאמת התקנה שמתבצעת בהסתמך על דעת המיעוט), הוא צריך להיות גדול ממנו בחכמה ובמניין. קשה יהיה למצוא בית דין שיגיד על עצמו שהוא גדול בחכמה מבית דין שהיה לפניו ולכן קשה יהיה להגיע למצב בו מבטלים תקנה.
   6. רמב"ם ממרים ב, ב-ג
      1. קיימות גזירות חכמים שלא ניתנות לביטול בכלל (גם אם בית הדין גדול בחכמה ובמניין מבית הדין הקודם). כאשר מדובר בגזירה של חכמים שהיא בעצם הרחבה של איסור תורה (למשל בשר בחלב שמחילים גם על עוף), גזירה כזו לא ניתנת לביטול, גם כאשר בית הדין גדול בחכמה ובמניין.
      2. כשמדובר בתקנה שהציבור קיבל ונהג לפיה, בית הדין צריך להיות גדול בחכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה ע"מ לבטל אותה. כשחכמים באים להתקין את התקנה הם צריכים להעריך האם הציבור יהיה מסוגל לעמוד בו. אם לא יוכלו לעמוד בו שלא יגזרו את הגזירה. במידה ואכן הנושא נבדק והוחלט שהציבור יוכל לעמוד בגזירה, אבל בפועל בית הדין טעה בהערכתו והציבור לא יכול לעמוד בה, גזירה זו בטלה ואסור לאכוף אותה. במידה ונגזרה גזירה אבל לא ברור לגמרי האם הציבור מקיים אותה או לא, ואחרי זמן מה בודקים מחדש ומגלים שהיא לא פשטה בכל ישראל – מצד אחד היא לא בטלה מאליה מאחר שהיו כאלו שקיימו אותה ומצד שני היא לא חסינה מביטול מאחר שהיא לא פשטה באופן מוחלט. במצב כזה צריכה להיות החלטה של בית דין לבטל את התקנה, אולם אין צורך שבית הדין יהיה גדול בחכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה.
   7. מסכת ביצה ה, א
      1. לפי דין תורה, אדם שיש לו תוצרת חקלאית, כדי שיוכל לאכול ממנה הוא צריך להפריש ממנה שורה של תרומות ומעשרות (תרומה גדולה לכהן. מעשר ראשון ללויים, מעשר שני שיכול להישאר אצל הבעלים אבל הוא צריך לאכול אותם בירושלים). לפני שעשה זאת הוא לא יכול לאכול מהם. מאחר שבעבר היה קשה להגיע לירושלים ניתן היה כחלופה לפדות את הפירות בכסף, אותו יש לבזבז בירושלים. עם זאת, ברגע שאדם נכנס עם הפירות לתוך חומות ירושלים, אסור לפדות אותם יותר.
      2. החכמים התקינו תקנה לפיה מי שגר קרוב לירושלים ברדיוס מסוים, ויש לו פירות מעשר שני, לא יכול לפדות אותם. הוא יהיה חייב להביא את הפירות עצמם לתוך ירושלים. הטעם לזה הוא כדי לעטר את שווקי ירושלים בפירות. סיבה זו רלוונטית כשיש בית מקדש וירושלים היא עיר מרכז, ולכן יש אינטרס שהשווקים יהיו מלאים בסחורה. עם זאת, כשאין בית מקדש לכאורה הטעם לא עומד. מדובר במקרה בו ידוע מה הטעם אבל הטעם כבר לא רלוונטי. עולה השאלה האם עדיין אלו שגרים באותו הרדיוס מסביב לירושלים צריכים לציית לתקנה, או שמא ניתן לבטל אותה. בעניין זה אומר המקור שכל דבר שהתקבל בהצבעה (במקרה זה תקנה) צריך הצבעה חדשה כדי לבטל אותו (כל דבר שבמניין צריך מנין אחר להתירו).
   8. רמב"ם ממרים ב, ב-ג – לפי הרמב"ם, גם אם בטל הטעם בגינו התקינו הראשונים את התקנה המקורית, האחרונים לא יכולים לבטל אותו עד שיהיו גדולים מהם בחכמה ובמניין. משמע, כשאומרים שצריך מנין אחר להתיר איסור המשמעות היא שצריך מנין גדול בחכמה ובמניין. בפועל הדבר אומר שקשה לבטל תקנות מאחר שיהיה קשה למצוא בית דין שיעיד על עצמו שהוא גדול בחוכמה מאלו שהיו לפניו. עמדתו של הרמב"ם לא מוסכמת.
   9. הראב"ד – הראב"ד חולק על דברי הרמב"ם. הוא משתמש בדוגמה של מעשר שני ומספר שר' יוחנן בן זכאי ביטל את התקנה למרות שלא היה גדול בחכמה ובמניין (זאת לאחר חרבן בית המקדש).
   10. מאירי ביצה ה, א – כל בית דין יכול לבטל תקנה שהטעם שלה כבר לא רלוונטי (הן שכמותו והן שפחות ממנו). תקנה כזו דורשת ביטול ע"י מנין, היא לא מתבטלת מאליה. במידה והטעם עדיין רלוונטי צריך בית דין גדול בחכמה ובמניין.
   11. שו"ת הרא"ש ב, ח – פה מוצגת עמדה שלישית בנושא. במידה וטעם האיסור ידוע, ברגע שבטל הטעם האיסור בטל מאליו. דברים אלו דומים לדבריו של הרדב"ז אבל ניתן גם לראות אותם כשונים במעט. זאת מאחר שהרא"ש מתייחס לאיסורים שנובעים מטעם מסוים ואין תקנה באותו העניין. כאשר זה המצב, והטעם בטל, האיסור מתבטל.
   12. רדב"ז ממרים ב, ב – גם כאן מוצגת העמדה לפיה אם הטעם ידוע והוא בטל התקנה מתבטלת מאליה. לא צריך ביטול של התקנה. מצב דברים כזה קורה רק כאשר התקנה תלויה בטעם זה במפורש. במקור זה מוצגת במפורש עמדה בנוגע לתקנות – אם הטעם לתקנה מסוימת בטל התקנה מתבטלת.
5. **תקנות הקהל**
   1. לאו דווקא החכמים הם אלו שמתקינים תקנות, אלא יש מושג בהלכה שנקרא תקנות הקהל. תקנות חכמים פירוש הדבר שיש גוף מסוים שמתקין תקנות (דומה לפרלמנט). עם זאת, יש פרוצדורה נוספת להתקין תקנות והיא נקראת תקנות הקהל. כאשר מדובר על תקנות הקהל מדובר על מעין אספת עם שמחליטה על כללים שונים שיחייבו את העם כקבוצה.
   2. כאשר העם מתאסף ומחליט על כלל עולה השאלה איך מסתכלים על הכלל הזה. האם מסתכלים על הכלל כהסכם רב משתתפים? במצב כזה מה יקרה עם אותם האנשים שלא נמצאים כשמתקבלת ההחלטה, האם הכלל חל עליהם? בנוסף, מה יקרה עם אלו שחולקים על ההחלטה? לכאורה, כל אחד שלא "חתם" על ההסכם וקיבל על עצמו את ההכרעה, הוא לא מחויב לו. עם זאת, אם ההסכמה הזו היא סוג של חוק, ויש לעם את הסמכות לקבל כללים מחייבים שחלים על כל העם, אז בהנחה שלכולם הייתה האפשרות להביע את עמדתם והתקבלה הכרעה ברוב, הכרעה זו מחייבת.
   3. תוספתא בבא מציעא יא
      1. בני העיר רשאים לקבל החלטות על עצמם ולכפות החלטות אלו על הכלל. הם רשאים להתנות על דיני ממונות שונים (שערים, מידות, שכר פועלים) וכן לקנוס את מי שלא עומד בהתניות אלו.
      2. בהמשך התוספתא מביאה כללים שנוגעים לבעלי מקצוע מסוים: הצבעין והצמרין רשאים לומר שכל מקח שמגיע לעיר הם לא יתחרו עליו ותהיה חלוקה של העבודה ושל ההכנסות. החמרין רשאים לומר שכל מי שמת חמורו יעמידו לו חמור במקומו, בתנאי שלא פשע – מדובר למעשה במעין ביטוח שיתופי. מדובר במקור הראשוני למשהו שמזכיר תקנות או כללי התנהגות של הקהל. עדיין לא מדובר ממש על תקנות קהל (לא נאמר דבר על הפרוצדורה) אבל מדובר על תקנות שבני העיר מחילים על עצמם.
   4. תשובות הגאונים שערי צדק ח"ד ש"ד, טז – במקור זה מדובר על "זקנים" (גוף של חכמים) שיכולים להתקין תקנות. לפי מקור זה, גם שאר העם יכול להתקין תקנות ולאכוף אותן.
   5. ש"ת יכין ובועז ב, כ – כמו שבית הדין יכול להפקיר ולעשות תקנות, כך גם הציבור יכול להפקיר. למעשה, מעמדו של הציבור שווה ערך למעמדם של החכמים.
   6. שו"ת הרשב"א ד, קפה – השאלה הייתה האם הציבור רשאי לעשות תקנות והסכמות וגדרים ביניהם ולקנוס על הסכמותיהם שלא מדין תורה. התשובה הייתה שהציבור רשאי לתקן תקנות ולעשות הסכמות "והריהו קיים כדין תורה". ז"א, כשם שהציבור מחויב לציית לדין התורה כך הוא מחויב לציית לאותן התקנות וההסכמות של הציבור עצמו. ניתן להטיל סנקציות על מי שלא נוהג לפי ההסכמות שלהם, ובלבד שההסכמה הייתה פה אחד. על-פניו, כשדורשים הסכמה פה אחד אין פה חידוש גדול (ניתן להסתכל על כך כחוזה רב משתתפים). ניתנת פה גם הדוגמה של בעלי מלאכה שמסכימים כולם לתקנה מסוימת שחלה עליהם.
   7. שו"ת הרשב"א א, א-רו
      1. השאלה הייתה לגבי קידושין – כשיש קידושין נדרשים שני עדים ע"מ שיהיה להם תוקף. רצו להתקין תקנה לפיה קידושין צריכים להיעשות בפני עשרה אנשים. זאת מחמת פריצים (אנשים שפיתו נערות צעירות והביאו שני אנשים בפניהם קידשו אותן. ההנחה היא שיותר קשה לעשות מעשה שכזה בפני עשרה אנשים). השאלה הייתה האם יש כוח בידי הקהל לעשות זאת. תקנה זו לכאורה מרחיקת לכת מאחר שהיא במקום מסוים מתנגשת עם דין תורה.
      2. התשובה הייתה שהקהל רשאי לעשות זאת, ובלבד שהסכימו על כך אנשי העיר. העוצמה שניתנת פה לעם מאוד חזקה מאחר שהוא בפועל מתיר איסור – קידושין בפני שני אנשים לא תקפים ולכן אישה שקודשה בפני שניים היא אסורה לפי דין תורה אך מותרת לפי הקהל.
   8. שו"ת הרשב"א ג, תיא
      1. גם מה שרוב הקהל מסכימים עליו תקף (משמע אין צורך בהסכמה פה אחד). כאן התקנות של הקהל הן כבר לא הסכם רב משתתפים אלא ממש תקנות. כשהקהל מתקין תקנות אלו הוא צריך לקחת בחשבון שהציבור יכול לעמוד בתקנה. ניתן להניח שהם ייקחו זאת בחשבון מאחר שלא מדובר כאן בחכמים אלא ממש בציבור עצמו.
      2. יש כאן דגש על כך שלא כל העם צריך להיות חלק מההחלטה – התקנות חלות גם על מי שלא נכח בעת קבלת ההחלטה וגם על מי שנולד אחרי שהתקבלה התקנה. אפילו מי שנכח והיה בדעת מיעוט מחויב להצבעה (אם לא אמר במפורש שהוציא עצמו מן הכלל הוא קיבל על עצמו את הכלל).
      3. מדובר כאן גם על חרם כאמצעי לאכוף את הכללים. חרם לא במובן של נידוי אלא במובן של חרם חברתי.
   9. שו"ת הרא"ש ו
      1. השאלה הייתה מה קורה כשיש הסכמת קהל ויש מספר אנשים שמוציאים את עצמם מהכלל. האם הם יכולים לעשות זאת או שברגע שהתקבלה התקנה היא מחייבת גם את מי שמוציא עצמו.
      2. התשובה היא שבעניין שהקהל מסכימים יש ללכת אחרי הרוב (אחרי רבים להטות) ושהמיעוט צריך לקבל על עצמו את ההחלטה, מאחר שאחרת לא ניתן יהיה לקבל החלטות. הרא"ש למעשה סוגר את הפתח שהרשב"א פתח כשהוא טען שהמיעוט יכול להוציא עצמו מהכלל.
   10. שו"ת לב שמח חו"מ, ה – כאן נאמר שאם נותנים לאדם כוח להוציא עצמו מן הכלל נותנים כוח רב מדי למיעוט. למעשה ניתן למיעוט כוח לעשות וטו ולכן הכלל הוא שיש לעשות לפי דעת הרוב והרוב מחייב את המיעוט.
   11. מרדכי בבא קמא, קעט – רבנו תם מתייחס לתקנת הקהל כהסכם רב משתתפים ולכן היא מחייבת רק את מי שהיה שותף לתהליך. הכוונה היא לא רק למי שתמך והיה בעד אלא גם מי שהתנגד אבל לא אמר במפורש שהוא לא מקבל על עצמו את התקנה. מתוך כך גם מי שנולד אחרי שהתקבלה החלטה בתקנת הקהל לא מחויב לאותה ההחלטה מאחר שלא לקח בה חלק.
   12. עד כאן מובן שתקנת קהל היא מחייבת ושיש לקבל אותה באספת עם. עם זאת, אספת עם היא לא תמיד פרוצדורה פרקטית ולכן היה צורך למצוא פרוצדורה יותר שימושית.
   13. שו"ת הרשב"א א, תרי"ז
       1. אין צורך בכל הקהל, אלא רק בשבעת טובי העיר (מנהיגות חברתית של הציבור ולאו דווקא תלמידי חכמים או האנשים המכובדים ביותר). ההחלטות עדיין יקראו תקנות הקהל, אך מדובר כאן במעבר מכך שיש צורך בקהל כולו כדי לקבל החלטה לכך שיש מנהיגות חברתית שיכולה לקבל את ההחלטות. שבעת טובי העיר הם אנשים שהציבור בחר כדי שיהוו מעין אפוטרופסים של העם.
       2. עלתה השאלה מדוע צריך שבעה נבחרים. התשובה שמציע הרשב"א היא שברגע שיהיו פחות משבעה הם יוכלו לפעול רק בנושאים שהציבור הסמיך אותם באופן מפורש (בדומה למיופה כוח). ברגע שמדובר בשבעה הם מוסמכים לטפל בכל נושא, גם אם הציבור לא נתן להם סמכות במפורש (בדומה לאפוטרופוס).
   14. שו"ת המבי"ט א, פד – שבעת טובי העיר מהווים תחליף לרוב הציבור והם מפקחים על כל ענייני הציבור.
   15. עולה שאלה לגבי הליך קבלת ההחלטות של השבעה – האם יש קוורום מינימאלי? האם יש רוב מינימאלי לקבלת החלטה? הנושא הזה נידון ויש תשובות שונות לשאלות הנוגעות אליו.
   16. בבא בתרא ט, א
       1. קיימת דרישה לגבי תקנות קהל שכדי שיהיה להן תוקף צריך שיהיה חכם שמאשר אותן. מקור זה הוא סיפור הלכתי שמהווה את המקור לדרישה זו.
       2. היה מקובל ששוחט ששוחט בהמה מקבל את העור של הבהמה בתמורה. שוחטים עשו ביניהם הסדר של חלוקת עבודה לפיה כל אחד שוחט ביום אחר בשבוע. נקבע שאם שוחט ישחט ביום לא שלו יקרעו לו את עור הבהמה שקיבל בתמורה. אחד השוחטים אכן לא עמד בהסדר ושחט ביום לא שלו ואכן קרעו לו את עור הבהמה. השוחט הסורר הגיע בפני דיין בדרישה לפיצוי בעוד שהשוחטים האחרים טענו שהיה הסדר ביניהם. הדיין חייב את השוחטים האחרים לשלם לו בגין הנזק.
       3. לכאורה מקרה זה סותר את העקרון לפיו אגודות מקצועיות מוסמכות לקבוע הסדרים בתוך עצמן ולקנוס את מי שלא עומד בהסדר. עם זאת, נאמר שכלל זה שמתיר לאגודות לעשות הסדר שכזה תקף רק במקום בו אין אדם חשוב. מאחר שבעיר בה התרחש אותו המקרה היה אדם חשוב והם לא קיבלו את אישורו לפני החלת ההסדר, הסדר זה חסר תוקף. אדם חשוב – בין היתר תלמיד חכם.
       4. עולה השאלה מדוע נדרש אישור של אדם חשוב. טעם אחד הוא וידוא שההסדר שנקבע הוגן כלפי כלל הציבור. טעם נוסף אפשרי הוא וידוא שההסדר לא סותר את ההלכה. טעם אחרון אפשרי הוא מפאת כבוד לחכם.
       5. לגבי מקרה זה ניתן לשאול מדוע נדרש אישור של אדם חשוב, מאחר שלכאורה הוא דומה לכל הסכם בין מספר אנשים והוא לאו דווקא מהווה תקנת קהל שמשפיעה על כלל הציבור. עם זאת, נראה שההליך לקבלת ההסדר בין השוחטים הוא הליך הדומה לתקנת הקהל, ובתקנת קהל לא נדרשים הכללים הבסיסיים של דיני החוזים בהלכה, לכן ניתן לשער שבמקרה זה לא מילאו את כללי החוזים (ומכאן שבמידה ומסתכלים על ההסכם בין השוחטים בתור חוזה הוא לא מילא את התנאים של דיני החוזים והוא לא תקף). ניתן לשער שאם השוחטים היו פועלים לפי כללי החוזים השאלה הייתה האם החוזה תקף או לא.
   17. שו"ת הריב"ש, שצט – עולה השאלה האם אישור אדם חשוב נזקק רק כשמדובר בקבוצה מסוימת שרוצה להחיל הסדר מסוים או בכל תקנת קהל שהיא. הריב"ש סבור שהצורך באישור אדם חשוב הוא רק כאשר מדובר בתקנה של בעלי אגודה מקצועית. אם מדובר בתקנת קהל כללי שחלה על כל בני העיר הם לא צריכים אישור אדם חשוב.
   18. רא"ש בבא בתרא א, לג – סבור שבכל מקרה של קבלת החלטה במתכונת של תקנת הקהל (בין אם באגודה מקצועית ובין אם בציבור כולו) יש צורך באישור של אדם חשוב. זאת בתנאי שיש אדם חשוב בעיר, במידה ואין ניתן עדיין לקבל החלטה בתקנת הקהל ללא אישור אדם חשוב.
   19. שו"ת הריב"ש, שה
       1. כזכור, על דבר שבממון ניתן להתנות ועל דבר שבאיסור לא ניתן להתנות. גם כאשר מדובר בתקנת קהל, היא יכולה להיות תקפה כשמדובר בדיני ממונות ולא יכולה להיות תקפה כשהיא מתנגשת עם איסור תורה.
       2. הדוגמה של הריב"ש לכך היא מציאות בה הקהל התקינו שהם מכבדים שטרות שנעשו לפי הכללים של ערכאות הגויים (גם אם הם נעשו בין יהודי ליהודי). הציבור יכול להתנות דבר כזה. עם זאת, אם השטר שנעשה לפי הדין הזר כולל בתוכו סעיף ריבית, גם בהנחה שריבית זו נהוגה בשטרות אלו, לא ניתן לכבד את הסעיף הזה. זאת מאחר שריבית היא איסור והציבור לא יכול להתיר איסורים. סעיף כזה לא מבטל את כל השטר אלא רק את סעיף הריבית עצמו.
   20. שו"ת הרשב"א ז, רמ"ד
       1. השאלה הייתה לגבי תקנת הקהל להחרים משחקי מזל שבהמשך רוצים להתיר – האם ניתן להתיר זאת.
       2. התשובה היא שלא ניתן להתיר זאת מאחר שמדובר בעבירה גם ללא ההסכמה הראשונה. עצם העובדה שהייתה תקנת הקהל לאסור איסור קיים לא אומרת שניתן להתיר את האיסור. משחקי מזל אסורים מאחר שקיים חשש גזל.
6. **מנהג**
   1. מנהג הוא צורה נוספת של יצירת נורמה הלכתית. כשמדובר על מנהג כיוצר נורמה הלכתית צריך להבחין בין שני סוגים של מנהגים: מנהג יוצר (יוצר נורמה הלכתית חדשה) ומנהג מקיים (מגלה נורמה ישנה קיימת).
   2. פסחים סו, א
      1. התעוררה בעיה לגבי הלכה הנוגעת להקרבת קרבן בפסח – האם ניתן להקריב קורבן כשפסח נופל על שבת. ניסו לשאול ולבדוק האם פסח דוחה את השבת ותשובה שעלתה (הלל) היא שקורבן ציבורי דוחה את השבת ומאחר שבפסח כולם צריכים להקריב מדובר למעשה בקורבן ציבורי ולכן הוא דוחה את השבת. שאלו מאיפה למדים על כך והתשובה הייתה שמאחר שהיה שימוש בביטוי "במועדו" (גזירה שווה).
      2. עלתה שאלה נוספת לגבי מקרה בו שכחו להביא את הסכין ביום שישי, האם מותר להביא את הסכין בשבת. התשובה הייתה לא לקבוע דבר בעניין מאחר שהלל לא זכר אלא לראות מה הציבור יעשה. למחרת ראו שהציבור קושרים את הסכין לבהמה במקום לטלטל אותה בעצמם. מנהג זה לא קבע הלכה חדשה אלא הזכיר הלכה קיימת שנשכחה.
   3. ירושלמי פאה ז, ה – כל הלכה שהיא רופפת בבית דין (בית הדין מתלבט) ואין אתה יודע מה טיבה, צא וראה מה הציבור נוהג ונהוג. המשמעות היא שמה שנוהג בציבור הוא שיקוף של נורמה קיימת, כך שבמידה ושכחנו את הנורמה ניתן להסתכל על מה שנהוג ולהיזכר בנורמה. כאן מוצג מקור נוסף למנהג מקיים.
   4. טור חושן משפט סימן שסח
      1. הטור מביא דוגמה למנהג יוצר. הדוגמה שניתנת היא של מישהו שקנה דבר מה שנגנב – אם הקונה קנה שלא בתו"ל ניתן להגיד ששיתף פעולה עם הגנב. הבעיה מתעוררת כשהקונה קנה בתו"ל. ההלכה דנה בנושא זה וקובעת שהבעלים גובר על הקונה ושהקונה צריך להשיב את מה שקנה לבעלים.
      2. הטור אומר שיש מנהג במקום כלשהו לפיו הרכוש צריך לחזור לבעלים אבל הבעלים צריך לשלם לקונה את מה ששילם לגנב. השאלה שעולה כאן היא לגבי מנהג שסוטה מההלכה. הטור משיב שאם אכן יש כזה מנהג כולם מחויבים לו ויש לאמץ אותו (בעיקר מאחר שיש בו היגיון).
   5. עולה השאלה איפה המקור לציות למנהג. קיימים מקורות שונים לכך אך הם במובן מסוים חלשים.
   6. ילקוט שמעוני משלי כב, כג – "אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך". הרשב"י פירש זאת כך שאם יש מנהג שעשו אבותיך אין לשנות אותו. ברור שזו לא המשמעות הפשוטה של הפסוק הזה, אך הוא נתפס כמעין אסמכתא. המשותף לכל האסמכתאות הוא הדגש על כך שיש ערך למנהגים.
   7. המאירי מגן אבות, עמ' ו – "ראוי לכל חכם ולכל בן מעלה להעמיד מנהג על מתכונתו". גם כאן ניכר שיש ערך למנהג ושאין לסטות ממנו.
   8. שו"ת תשב"ץ חלק א סימן קנג – במידה ויש מנהג, כל עוד הוא לא סותר איסורים יש חובה לציית לו.
   9. שו"ת הרא"ש כלל נה סימן י
      1. במקור זה הרא"ש אומר משהו מסויג יותר על המנהג. כשחכמים אמרו שיש לציית למנהג זה היה כשהמנהג החמיר. עם זאת, במנהג שיש בו עבירה נאמר שיש לשנות אותו.
      2. בעניין ממון, יש כוח ביד בית דין לתקן תקנות בעניין ממון (כפי שראינו לפני כן). הרא"ש לא מבין איך מנהג יכול לשנות דין ממון (אי אפשר להוציא ממון אלא בתקנת בית דין). לפי הרא"ש למעשה גם בדיני ממונות אין תוקף למנהג סותר.
      3. לסיכום, בדיני איסורים מנהג יכול להרחיב איסור אבל לא לבטל אותו. בדיני ממונות מנהג שמתנגש הוא לא תקף.
   10. ירושלמי, בבא מציעא, ז, א
       1. פה ניתנת משמעות מיוחדת למנהג ביחס לדיני עבודה. לפי המשנה המוצגת כאן, פועלים כפופים למנהג המקומי שלהם, ולכן מי ששוכר אותם צריך לפעול בהתאם לכך. המשנה מספרת על רבי יוחנן בן מתיה שאמר לבנו לשכור פועלים ולספק להם אוכל. הבן שכר את העובדים אך לא סיכם עמם מה יספק להם מבחינת האוכל. האב נלחץ ואמר לו ללכת מהר לסכם איתם לפני שיתחילו לעבוד.
       2. רשב"ג אמר שלא היה צורך להילחץ מאחר שהכול הולך לפי מנהג המדינה.
       3. רב הושעיה אמר שהמנהג מבטל את ההלכה. לפי הגישה המצמצמת המנהג גובר רק בדיני עבודה (זאת מאחר שרוצים להגן על העובד).
       4. בהמשך מובאת התייחסות למקרה בו רב אחד אומר "הלכה כרבי מאיר", אבל רב נוסף אומר "נהגו העם כרבי מאיר" ורב שלישי אומר "מנהג כרבי מאיר". ההבדל בין ניסוחים אלו הוא שמי שאומר שההלכה כרבי מאיר מלמד את ההלכה הזו כהלכה (יש למילה זו את הכוח הכי חזק). מי שאומר שמדובר במנהג פירוש הדבר שהוא לא בהכרח מלמד את זה באופן יזום, אבל אם שואלים איך להתנהג ניתן להגיד להתנהג בהתאם לאותו המנהג. מי שאומר נהגו לא מלמד את זה באופן אקטיבי, וגם לא נותן את זה כדוגמה כשהוא נשאל, אבל הוא מכשיר את ההתנהגות הזו בדיעבד.
   11. בבא מציעא עד, א
       1. כאמור, כדי שהסכם יהיה תקף ומחייב משפטית צריך מעשה קניין (אקט פורמלי שעושה הקונה שמלמד על זה שהוא בעלים). כל עוד מעשה זה לא נעשה ניתן להגיד שהחוזה לא מחייב. הדרישה למעשה קניין באה לפתור את הבעיה של הוכחת גמירת דעת. ברגע שידוע שזה המנהג אנשים ימנעו מלבצע את מעשה הקניין עד אשר יהיו בטוחים שהם מעוניינים בעסקה.
       2. הגמרא מספרת על אנשים שקנו חביות יין שהיו מאוכסנות אצל המוכר מאחר שלקונה לא היה איפה לאכסן אותן. כדי להבטיח שהחביות שמורות לקונה היו מטביעים סימן שמסמן כי החביות הללו נמכרו (סיטומתא). הנוהג היה שבמקום להגביה את החביות מטביעים את אותו הסימן. אז התעוררה שאלה האם צד יכול לחזור בו – זה שרוצה לחזור בו יטען שלא הייתה הגבהה ולכן יכול, והצד השני יטען שהיה סימון. השאלה היא למעשה האם ניתן לראות בסיטומתא כמעשה קניין של סוחרי היין.
   12. שולחן ערוך חושן משפט סימן רא – שולחן ערוך מתייחס לסוגית הסיטומתא. מתבצעת הבחנה בין שאלה מוסרית לבין שאלה משפטית (בלי קשר לתשובה לשאלה המשפטית בנוגע לסיטומתא, אם אכן התבצע רישום והקונה מחליט לחזור בו מדובר בבעיה מוסרית). בנוגע לשאלה המשפטית, אם יש מנהג בין הסוחרים שמעשה הקניין נעשה בדרך אחרת זה תופס והעסקה התבצעה.

**דינא דמלכותא דינא**

1. **רקע** – פירוש הביטוי הוא שדין המלכות הוא דין. זה מתעורר במציאות בה יהודים חיים לא תחת שלטון ישראל. בשלטון ישראל המערכת החוקית שחלה צריכה להיות ההלכה. השאלה שעולה היא לגבי חוק מקומי שחל באזור מסוים, עד כמה קיימת מחויבות מבחינת תפיסת ההלכה לציית לחוקים אלו? סוגיה זו מתקשרת לעניין יצירת נורמות הלכתיות וכן ליחס בין ההלכה לבין חוקי המקום.
2. **מקור הכלל**
   1. תלמוד בבלי מסכת נדרים דף כז עמוד ב
      1. הבהרת מונחים:
         1. נדר – התחייבות שאדם מתחייב בעצמו, כאשר אין צורך שיהיה צד שני להתחייבות זו. במידה ואדם מפר התחייבות זו הוא נחשב כמי שהפר איסור.
         2. תרומה – פירות שנחשבים להקדש (שמורים לכוהנים ואסורים באכילה).
      2. משנה – במידה ומוכס (גובה מיסים) רוצה לקחת רכוש בתור מס, בעל הרכוש יכול לטעון שמדובר בתרומה או בדבר מה ששייך לבית המלך, ולכן לא ניתן לקחת את הרכוש. ע"מ לשכנע את המוכס שאכן כך הדבר בעל הרכוש יכול לנדור נדר שהוא לא יכול ליהנות מהרכוש הזה. נדר זה משכנע את המוכס מאחר שאם הבעלים דובר אמת הרי שלא ניתן לקחת את הרכוש, ובמידה והוא משקר הרי שהוא לא יכול ליהנות מהרכוש מאחר שהוא נדר שאסור לו ליהנות ממנו. החידוש של המשנה הוא שהיא אומרת שניתן לנדור שזה תרומה או של בית המלך למרות שזה לא נכון (ולמעשה מאפשרת לנדור נדר ולא לקיים אותו). משנה זו לכאורה סותרת את כלל דינא דמלכותא דינא מאחר שהיא מאפשרת לרמות את המדינה.
      3. גמרא – האמוראים מנסים ליישב את הפער בין המשנה לבין דברי שמואל (לפיהם דינא דמלכותא דינא). לדבריהם, ניתן לרמות את המס רק במקרים מיוחדים: או שלמוכס אין קצבה או שהמוכס עומד מאלוי.
      4. רש"י – שאין לו קצבה משמע שנוטל כל מה שרוצה (הקבצה הייתה מכסה שהמוכס היה מקבל מהמלך, כמה הוא צריך להביא לו בשנה מהאזור שבאחריותו. מוכס הוגן היה מחלק את המכסה הזו על כל תושבי האזור אבל מוכס שאין לו קצבה לוקח כמה שהוא צריך מהאנשים הראשונים שהוא רואה כדי למלא את תפקידו). עומד מאליו משמע חורג מסמכותו (החליט על דעת עצמו שהוא מוכס).
      5. מכאן עולה השאלה למה למעשה דינא דמלכותא דינא, מכוח מה אומר שמואל את האמירה הזו. ההלכה לא חלה על אזרחי מדינה מסוימת אלא מחייבת את היהודי באשר הוא. מכוח מה למדינה מסוימת יש כוח לקבוע חוקים על מי שפועל לפי ההלכה (למה ההלכה אומרת שיש לציית לחוק המקומי). הראשונים נחלקים בשאלה זו ולכל נימוק יש השלכות על היקף הכלל.
      6. ר"ן – מוכס שאין לו קצבה לא נחשב "דינא". במוכס העומד מאליו משמע שלא במצוות המלך. הנימוק שמספק הר"ן לחובה לציית לדין המלכות הוא שהמלך הוא בעל הבית בממלכה, לכן אם לא נעשה מה שהוא מצווה נגורש. דבר זה נכון למלך שאינו מלך ישראל, מאחר שאסור לגרש את עם ישראל מארץ ישראל.
      7. בתלמוד דינא דמלכותא דינא נאמר בעיקר בשני הקשרים: מס ומקרקעין. זה מתיישב במידת מה עם מה שאומר הר"ן מאחר שהוא מדבר על סוגיה של מס ומצדיק זאת באמצעות הבעלות של המלך על הקרקע.
   2. רשב"ם מסכת בבא בתרא דך נד עמוד ב – לפי הרשב"ם התוקף של דינא דמלכותא דינא הוא חברתי. בני המלכות מקבלים על עצמם מרצונם את חוקי המלך ומשפטיו. קיים אינטרס של העם לקבלה של חוקים לטובת סדר חברתי.
   3. רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יח – הרמב"ם תחילה שואל מהו מלך. אחת האפשרויות היא שבאותה המדינה קיבלו את המטבע עם פניו של אותו המלך. קבלה זו מלמדת על כך שהעם הסכים על המלך (בדומה לרשב"ם), ולכן מצייתים לחוקים שלו. ההבדל בין הרמב"ם לרשב"ם הוא שלפי הרמב"ם העם הסכים להיות העבדים של המלך, ולכן אין גבול לסמכויות שלו.
   4. משנה מסכת גיטין פרק א משנה ה – רש"י – משנה זו מתייחסת לשטרות. לשטרות יש כללים המתייחסים לאופן בו צריך לכתוב אותם. משנה זו עוסקת בשטרות העולים בערכאות של גוים, ומציינת שההלכה מכבדת שטר שנעשה לפי כללים של גוים. הסיבה לכבד את השטר היא שדין המלכות דין. עם זאת, קיים הבדל בין גט לבין יתר השטרות (לא ניתן לכבד גט שנעשה בערכאות של גוים). הסיבה לכך היא שלגבי שטרות, הסמכות של המלך נובעת ממצוות דינים (המצווה להקמת מערכת משפט שתסדיר את החברה), וגט אישה לא חלק מהמצוות של בני נח (שבע מצוות נח מחייבות כל אדם באשר הוא). למעשה התורה ציוותה על המלך לקבוע דיני שטרות, ולכן הוא פועל במסגרת סמכותו.
   5. רבינו תם – לפי רבינו תם מדובר בתקנת חכמים. חכמים ראו לנכון לאמץ את דין המלכות שהיה בזמנם. נימוק זה חשוב מאחר שלפי נימוק זה התקנה רלוונטית רק למה שהיה קיים אז, וברגע שמגיע מלך חדש התקנה לא תקפה עד אשר יתקינו אותה מחדש.
   6. לשאלת ההנמקה מספר השלכות, ראשית על מי מוגדר מלך, שנית על השאלה האם מלך ישראל נכלל בהגדרה זו ולבסוף מה היקף החובה לציית לדין המלכות.
3. **מיהו מלך**
   1. רמב"ם – כאמור, לפי הרמב"ם מלך הוא מי שהמטבע שלו התקבל בקרב העם. ברגע שמטבע של המלך מתקבל על-ידי סוחר זה אמור שקיבלו אותו בתור מלך. סוגיה זו מעלה את יסוד ההסכמה בהקשר של המלך – המבחן לבדיקה האם הציבור הסכים לקבל עליו את המלך הוא בבחינת קבלת המטבע.
   2. שו"ת המהרי"ק קצ"ד – דין המלכות דין הוא כלל שתקף לא רק למלך, אלא לכל אדם ששולט בארץ. עצם העובדה שהוא שולט במקום ותופסים אותו כבעל הבית מקנה לו את הסמכות. נימוק זה מתכתב עם הנימוק של הר"ן. בהמשך נאמר שלא צריך להיות שליט על כל הארץ, וגם ביחס לשליט מקומי יכול לחול הכלל.
   3. שו"ת מהרשד"ם חו"מ שנ
      1. לא ניתן להחיל את הכלל על כל שליט שהוא מאחר שהוא יכול להתחלף בתכיפות. הכלל חל רק על מלך. הדילמה לגבי עמדה זו היא כמה לוקחים אותה לקיצון. אם למשל יש שלטון שמתחלף כל מספר שנים, האם זה מוגדר כמלכות (כשלטון מספיק יציב) כך שניתן להגיד שדין המלכות דין, או שמא מדובר רק על מלך שמושל כל ימיו.
      2. אפשרות אחת לפתרון הדילמה היא שימוש ביסוד ההסכמה למלכות. אם יש שלטון שנבחר כל מספר שנים, הרי שיסוד ההסכמה מתקיים בו ולכן ניתן להגיד שלגביו חל הכלל. לעומת זאת, אם מדברים על תפיסה של בעלות בקרקע (בדומה לר"ן), אז זה מתאים יותר למלך שהוא בעלים (קשה לדבר על שלטון נבחר כעל בעל הקרקע).
   4. שו"ת משפט כהן (עניני א"י) סימן קמד יד – מלך אינו דווקא מלך, אלא כל שלטון שהוא. שלטון נבחר אפילו יותר טוב ממלך, מאחר שבשלטון נבחר מסכימים כל פעם מחדש לשלטון ויש הסכמה אמיתית לקבל את השלטון הזה כ"מלך".
4. **מלך ישראל**
   1. במקור סוגיית דינא דמלכותא דינא באה להתמודד עם מציאות בה עם ישראל לא מנהל את ענייניו באופן עצמאי אלא חי תחת שלטון זר, וקיים צורך לאזן בין החיים ההלכתיים לכללי המקום. ברור שבזמן שנקבע הכלל לא חשבו על מציאות בה עם ישראל מתנהל בצורה עצמאית כשלטון ישראל, אך שלטון ישראל לא מתנהל לפי ההלכה. בתפיסה ההלכתית הפנימית מדינה יהודית אמורה להתנהל על-פי ההלכה.
   2. כיום הדין האזרחי לא מתנהל לפי ההלכה, והשאלה היא האם ניתן לאמץ את הדין הישראלי לתוך ההלכה או שמא כלל דינא דמלכותא דינא לא חל על דין ישראל. לדוגמה, שני אנשים שבאים בפני בית דין דתי בסוגיה של פיצויי פיטורין. לפי ההלכה בית הדין לא מוצא חובה לפיצויי פיטורין התקפה למקרה, אך בדין הישראלי כן קיימת חובה כזו. השאלה היא האם ניתן לאמץ חובה זו מהדין הישראלי לתוך פסיקה של בית הדין שפוסק לפי ההלכה מכוח דינא דמלכותא דינא.
   3. רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יח – מי שלא משלם את המכס הוא גזלן, מאחר שהמלך זכאי לקבל את חלקו. זאת בין שהמלך גוי ובין שהמלך מישראל. למעשה הרמב"ם אומר שעקרונית הכלל דינא דמלכותא דינא חל גם בהקשר של מלך ישראל.
   4. ספר שמואל
      1. לצד התפיסות לפיהן או שהכלל חל על מלך ישראל או שלא ישנה תפיסה שלישית, לפיה לא זקוקים לכלל בהקשר של מלך ישראל מאחר שבהגדרת סמכויות המלך יש סמכות לקבוע חוקים כאלו. בדברים פרק יז מופיעה האפשרות למנות מלך, אך לא מופיעות הסמכויות שלו.
      2. בספר שמואל (שמואל א פרק ח) העם מבקש משמואל למנות מלך והוא פונה לה' בבקשה למנות מלך. ה' מספר לשמואל מה המלך יעשה ושמואל מוסר זאת לעם (משפט המלך), ובמסגרת כך נמנים המעשים שיעשה המלך (לקחת את הבנים והבנות של העם, לקחת מהם רכוש וכדו'). ניתן להבין את מה ששמואל אומר בשתי דרכים – או ששמואל מספר לעם מה הסמכויות שיש למלך לפי ההלכה או ששמואל מזהיר מפני מה שהמלך עלול לעשות לעם ע"מ להפחיד אותם.
   5. אמוראים – לפי שמואל (האמורא) התיאורים בפרשת המלך הם תיאור של סמכויות המלך. לפי רב התיאור בפרשת המלך מטרתו להפחיד את העם. מאחר שיש מחלוקת בקרב האמוראים, גם בקרב הראשונים יש מחלוקת. אם מאמצים את עמדתו של האמורא שמואל, זה אומר שהמלך רשאי לעשות מה שהוא רוצה בכל הקשור לדיני ממונות. אם זה כך לא נזקקים לכלל דד"ד במלך ישראל, מאחר שחלק מהסמכויות שלו הוא לעשות כל העולה על רוחו בדיני ממונות.
   6. מאירי נדרים כז, ב – גם אם דד"ד חל במלך ישראל, מדובר בכלל המצומצם והפורמאלי. לגבי מלך ישראל יש כלל אחר שמקורו בסמכויות שניתנו למלך בספר שמואל (לפי פרשנות האמורא שמואל).
5. **היקף הכלל**
   1. כזכור, המסגרת של דד"ד הוא דיני הממונות, אין עיסוק באיסורים. בנוסף, גם מלך מחויב לכללים שהוא יוצר, לכן כל עוד הוא לוקח מאדם במסגרת הכללים זה כשר אך במידה וחורג מהכללים מדובר בגזל.
   2. רמב"ם גזלה ואבדה ה, יד – כלל שחל באופן זהה על כולם הוא כלל מחייב ויש לקיימו. עם זאת, כלל שחל באופן שרירותי או לא שוויוני הוא גזל.
   3. מגבלות על דד"ד – לא כל המגבלות מוסכמות על כל הפוסקים, ויש דעות שונות בשאלה אילו מגבלות יש לאמץ.
   4. הרמ"א חושבן משפט סימן שסט, ח
      1. הסוגיות העיקריות שבהקשרן עולה כלל דד"ד הן בנושאי מיסים ומכסים שקשורים בקרקע. השאלה שעולה היא האם כלל דד"ד מוגבל לסוג זה של מקרים או שמא ניתן להחיל אותו על סוגים נוספים של מקרים. אלו שטוענים שהכלל חל רק על סוגיות של מקרקעין מתכתבים עם תפיסתו של הר"ן (לפיה כאמור הכלל נובע מהבעלות של המלך על הקרקע). יש כאלו שאומרים שדד"ד חל על כל תחום.
      2. הגבלה נוספת שמעלה הרמ"א על דד"ד היא שהוא חל רק בהקשר לדברים שיש בהם הנאה למלך או שהם לתקנת בני המדינה כולם. ככל שמדובר בוויכוח פרטי בין אנשים לא ניתן להחיל את הכלל (לדוגמה – במקרה בו זוג נישא והאישה הולכת לעולמה. לפי ההלכה הבעל צריך לרשת את האישה אז עולה השאלה מה קורה במקרה בו לפי דין המלכות על האב לרשת. מאחר שמדובר בדבר בין פרטים שאין לו נגיעה לציבור אין להחיל את דד"ד).
   5. מגיד משנה גזילה ואבדה
      1. מגבלה נוספת נסמכת על דברי רבינו תם (שטען שמדובר בתקנת חכמים) ולפיה דד"ד חל רק בחוקי מלכים ישנים. אם מלך מחדש חוקים חדשים לא יחול עליהם הכלל. האפשרות היחידה לאמץ את החוקים החדשים במסגרת מגבלה זו היא שחכמים יתקינו תקנה חדשה בהתאם אליהם ויקבעו שגם לגביהם דד"ד.
      2. המגיד משנה טוען שהרמב"ם חולק על מגבלה זו, מאחר שהרמב"ם מבסס את דד"ד על הסכמה. בשל כך דד"ד לא מוגבל דווקא לכללים של מלכים ישנים.
   6. הש"ך חושן משפט עג
      1. באופן כללי, כשאדם נותן הלוואה הוא רוצה להבטיח שההלוואה תיפרע. מאחר שחוששים שהלווה לא יוכל לפרוע את החוב מנסים לקבל ממנו בטוחות. אחת הבטוחות האפשריות היא מָשכּוֹן (למשל מלווה נותן הלוואה של 100 ולוקח מהלווה דבר מה באותו השווי שישמש ערובה לחוב. במידה והלווה יחזיר את החוב יוחזר לו המשכון, במידה והוא לא יחזיר את החוב המלווה יוכל למכור את המשכון ע"מ לקבל חזרה את כספו). מתעוררת השאלה מה קורה במידה ומגיע מועד הפירעון, כיצד ממשים את המשכון? שאלה נוספת היא מתי ממשים את המשכון, האם בבוקר שלאחר מועד הפירעון? האם לאחר תקופה מסוימת? ההלכה קובעת שלאחר שלושים יום ניתן לממש את המשכון. את המימוש צריך לבצע באמצעות בית הדין (ע"מ להבטיח שזה יתבצע בצורה הוגנת ושאף צד לא יפגע).
      2. הש"ך מדבר על סיטואציה בה לפי הדין הזר מדובר על פרק זמן של שנה (אי אפשר לממש את המשכון אלא לאחר פרק זמן של שנה). השאלה שעלתה היא האם מכוח דד"ד צריך להמתין שנה עד למימוש המשכון (שאלה זו רלוונטית רק במקרה של שני יהודים, מאחר שברגע שאחד הצדדים לא יהודי אין ברירה אלא להתדיין בערכאות של גויים). הש"ך טוען שברור שאם דד"ד חל רק על מה שקשור למלך אין להחיל אותו במקרה של הלוואה בין שני פרטים. עם זאת, גם בהנחה שאין מגבלה ודד"ד חל על נושאים בין אדם לחברו, ניתן לבצע החלה זו רק כשאין סתירה בין דין המלכות לבין דין תורה. במקרה של מימוש משכון ההלכה לא שתקה. במידה והיא הייתה שותקת ניתן היה להגיד שמאמצים את דין המלכות, אך ברגע שקיים דין בהלכה ודין המלכות סותר אותו לא ניתן לאמץ את דין המלכות. הרחבה זו של הכרה בדין המלכות משמעותה ביטול דין תורה.
6. **דינא דמלכותא דינא במדינת ישראל**
   1. מכל זה עולה השאלה מה הרלוונטיות של דד"ד למציאות העכשווית בה עם ישראל מנהל את ענייניו באופן עצמאי תחת מערכת כללים שהיא מבחינת ההלכה "דין זר" (מאחר שחוקי המדינה לא נצמדים לכללי ההלכה). אם למשל שני אנשים הולכים לפתור סכסוך בבית דין, האם בית הדין יתעלם מדין המדינה וישים לנגד עיניו את ההלכה בלבד, או שמא הוא יכול להשתמש בחוקי המדינה לפתרון הסכסוך. בדברים הקשורים להתפתחויות עכשוויות שההלכה לא עסקה בהם (כמו למשל מניות, חברות וכדו') יהיה יותר קל לאמץ את דין המדינה מכוח דד"ד. עם זאת, בדברים הקשורים לנושאים שההלכה התייחסה אליהם (למשל נזיקין) יהיה יותר קשה לאמץ את דין המדינה מכוח דד"ד.
   2. ניתן להסתכל על דד"ד בהקשר של תקנות ומנהגים (דרך חדשה ליצור נורמה שהיא לא תקנות ומנהגים). בניגוד לדרכים הראשונות, דד"ד היא דרך עקיפה ליצור נורמה. עם זאת, במקרים מסוימים ניתן לראות בדד"ד תקנת קהל. כאמור, קשה להתקין תקנה עם כל העם, ולכן תקנת קהל תיקבע ע"י שבעת טובי העיר. אם מסתכלים על הגוף המחוקק במלכות כשבעת טובי העיר ניתן להסתכל על התקנות שלו כתקנת קהל, ובכך לאמץ אותן. הסתכלות זו מעלה קושי מאחר שתקנת קהל צריכה לקבל אישור של אדם חשוב, ולא כל חוקי המלכות (או במקרה של ימינו, של הכנסת) עוברים אישור. לגבי מנהג, חשוב לשים לב שיש הבדל בין אימוץ נורמה מכוח דד"ד לבין אימוץ מכוח מנהג. כשמאמצים את דין המדינה מכוח דד"ד או מכוח תקנת הקהל למעשה מכירים בסמכות של הגוף המחוקק לחוקק חוקים ומאמצים אותו מכוח היותו דין מלכות או מתוקף היותו של הגוף המחוקק טובי העיר. לעומת זאת, אם מאמצים את הכלל של הגוף המחוקק מכוח מנהג, במקרה כזה לא מכירים בסמכות של הכנסת אלא מכירים במנהג של הציבור (נכון שמנהג הציבור מבוסס לעיתים על חוק מסוים, אבל ההכרה מתבצעת מכוח המנהג). אימוץ החוק מכוח מנהג למעשה מהווה אימות עקיף של דין המלכות. בית הדין לא יכיר בחוק באופן ישיר, אלא בגלל שבפועל אנשים נוהגים באופן מסוים בית הדין יחייב לפעול לפי המנהג. היתרון במנהג לעומת השניים האחרים הוא שלא צריך לתת כוח לגוף המחוקק לחוקק חוקים שחלים על ההלכה בעוד שכן מכירים בכלל שחל בפועל.
7. **דין המלך בפלילי**
   1. הביטוי משפט פלילי לא קיים בהלכה. הוא עוסק בכללים שהעובר עליהם יקבל עונש מסוים. קיימת מערכת דומה בהלכה בה יש פעולות שאסור לעשות ועונשים בצידן. יש שניים וחצי סוגי עונשים בהלכה – מוות, מלקות (39 מלקות אלא אם העבריין לא יכול לעמוד בזה ואז נקבעת כמות מלקות אחרת) וממון (חיוב לשלם קנס). למרות שיש עונש מוות ומלקות, ניתן לממש אותם בתנאים מאוד מגבילים כך שבפועל לא ניתן לממש אותם (למשל, כדי לתת עונש מוות צריך שיהיה סנהדרין בבית המקדש). עולה השאלה איך מנהלים חברה בצורה זו? מטרת הענישה להרתיע אנשים מלבצע עבירה, וברגע שידוע שקשה לקבוע שיש להעניש מישהו הרי שאין הרתעה. קיימות פרוצדורות מסוימות לפתרון של מציאות זו. פרוצדורה אחת היא הוראת שעה (המאורע המסוים שאירע דורש הענשה ולכן יענישו).
   2. רמב"ם רוצח ושמירת הנפש ב, ד – הרמב"ם נותן למלך סמכות להעניש רוצחים. הרמב"ם מזכיר את זה גם בהקשר של עבירת מורד במלכות (הפרה של צו אישי מהמלך).
   3. דרשות הר"ן, דרשה יא
      1. הר"ן מדבר על המבנה השלטוני במדינת ישראל וכותב שהעם צריך מערכת משפטית משתי סיבות: להעמיד חוקי התורה על תילם (סיבה דתית ייחודית לעם ישראל) וכדי ליצור סדר בחברה (סיבה רלוונטית לכל עם). כביכול ה' ציווה להקים שתי מערכות משפט, אחת של סנהדרין שאחראית על דין תורה והשנייה של המלך שאמורה ליצור מערכת ענישה שתביא לסדר בחברה.
      2. בהמשך אומר הר"ן שהמלך יכול להאציל את סמכותו לסנהדרין. ז"א ברגע שיש סנהדרין הם יכולים לפסוק בשני התחומים. עם זאת, זה לא מתקיים בכיוון ההפוך והמלך לא יכול לקבל סמכויות מסנהדרין. מכאן שיש סמכות למלך להקים מערכת משפט שתעניש עבריינים, בעוד שהוא משוחרר מהמגבלות של דין תורה בכל הקשור לדיני ראיות וכו'.
8. **יחס ההלכה למערכת המשפט**
   1. עולה השאלה האם מבחינת ההלכה מותר לפנות לבתי משפט אזרחיים או שמחויבים מבחינה הלכתית לנסות לפתור את הסכסוך בבית דין שדן לפי ההלכה (כאמור, בהקשר של דיני ממונות בלבד).
   2. גיטין – מסכת זו פוסלת פניה לשני סוגים של ערכאות: בתי דין של הדיוטות (לא מכירים את ההלכה) ושל עובדי כוכבים. מתוך כך עולות שתי בעיות בהקשר של פניה לבתי משפט אזרחיים: האם בתי המשפט נקראים בתי משפט של הדיוטות והאם מתייחסים אליהם כערכאות של עובדי כוכבים.
   3. בבלי סנהדרין כג, א – ההלכה מכירה באפשרות לפתור סכסוך בבוררות. ההבדל בין בית דין לבין בוררות הוא שבוררות היא רק בהסכמת הצדדים, ובית דין פורמלי יכול לכפות את עצמו על אחד הצדדים. במציאות שההלכה רואה נגד עיניה בית דין שפועל לפי ההלכה אמור להיות בית דין שדן לפי ההלכה. הבעיה היא שיש מקומות מסוימים בהם הייתה בעיה למצוא דיינים שמוסמכים לדון לפי דין תורה (לא מספיק בקיאים). עלתה השאלה מה עושים במקום כזה בו יש קהילה בה אין דיין שעומד בקריטריונים, האם לא מקימים בית דין? נאמר שהוקמו בתי דין שהורכבו מדיינים שלא היו מוסמכים כדיינים. החשיבות בהגדרת גוף כזה כבית דין היא שהיא מאפשרת לו לכפות עצמו על צדדים בסכסוך.
   4. שו"ת הרשב"א ב, רצ
      1. השאלה – יש אמרה בגמרא שאם מעמידים דיין לא הגון (לא מסוגל לדון לפי דין תורה) זה כאילו לעבוד עבודה זרה. השואל שואל כיצד יש לפעול בעיירות שאין בהן מי שמסוגל לדון לפי דין תורה, ואחד מבעלי הדין לא מוכן להתדיין, כך שאם לא יועמד בית דין ילכו הצדדים לערכאות של גוים.
      2. תשובה – עקרונית לפי הדין אי-אפשר להעמיד דיינים לא מומחים בלי הסכמת בעלי הדין (בדומה לבוררים). עם זאת, הוא מציע פתרון לפיו הציבור מראש מסכים לקבל על עצמו דיינים שהם לא מומחים. ברגע שהציבור מקבל על עצמו דיינים אלו, הדיינים יכולים לכפות עצמם על צדדים לסכסוך. נקודה חשובה שמוסיף הרשב"א נוגעת לדרישות הסף של הדיינים ההדיוטות. יש לוודא שהם אנשים חכמים בעלי ערכים. נכון שהם לא בקיאים בדין תורה, אבל הם עדיין צריכים להיות ראויים.
   5. שולחן ערוך חושן משפט ח, א – לפי השולחן ערוך אסור למנות דיין גם אם הוא אדם טוב אם הוא לא בקיא בדין תורה. לכך הרמ"א מוסיף שבעיירות שאין בהן חכמים ראויים, אבל צריך דיינים, ניתן למנות את הטובים והחכמים שבהם למרות שהם לא ראויים להיות דיינים. הרמ"א מדגיש שאפשרות זו מתאפשרת ע"מ למנוע מצב של הליכה לערכאות של גויים (פניה לערכאות של גויים בעייתית מאחר שמכירים בהן ומכבדים אותן, ובנוסף עם הזמן דין תורה יאבד את מקומו לטובת דין הגויים).
   6. אורים ותומים חושן משפט כב, א – במקום שיש בעלי תורה הראויים להיות דיינים אסור בתכלית האיסור למנות דיינים לא בקיאים בדין תורה.
   7. חזון איש סנהדרין טו, ד
      1. גם כשממנים דיינים הדיוטות צריך לשאול לפי מה הם דנים (מהו הדין המהותי לפיו מכריעים). הוא לא יהיה דין תורה מאחר שהם לא מכירים אותו. לכאורה הם יכולים לאמץ מערכת דיני אחרת (של מדינה כלשהי) אותה הם מכירים. לחילופין, הם יכולים לקבוע בעצמם מערכת חוקים מסוימת לפיה הם יפעלו.
      2. החזון איש קובע שאסור לעשות זאת. גם בדיון בבית דין שדן לפי ההלכה ניתן להחליט שהולכים לפשרה ולא לדין. ההלכה קבעה שפשרה זה מצווה (היא מביאה שלום בין הצדדים). לא ניתן לכפות פשרה על הצדדים והיא צריכה לבוא בהסכמתם. המאפיין פשרה הוא שהיא משאירה הרבה שיקול דעת לשופט, בעוד שדין יותר מקובע. החזון איש אומר שאימוץ שיטת משפט מחייבת יוצרת מערכת חוקים שהיא חלופית לדין תורה, וזה בעייתי. לעומת זאת, אם בתי הדין של הדיוטות דנים לפי שיקול דעתם ובלי מחויבות למערכת דינים אחרת, זה דומה לפשרה. ברור ששיקול הדעת מושפע מהמטען של הדיין, ובמידה ולמשל יש דיין שיש לו ידע משפטי מוקדם סביר להניח שהפשרה לא תנבע מהטלת מטבע אלא מהידע שיש לאותו הדיין. עם זאת, פעולה של הדיין לפי שיקול דעתו היא שונה מפעילות שלו לפי דין אליו הוא כפוף ומחויב.
   8. השאלה היא איך כל זה נוגע למציאות של ימינו – איך ההלכה פנימית מתייחסת לבתי המשפט באותם המקרים בהם ניתן לפנות לבתי דין הלכתיים. אפשרות אחת היא להגיד שבתי המשפט היום הם בהגדרה הלכתית בתי משפט של הדיוטות. אם הם בתי דין של הדיוטות ניתן לתת להם הכרה הלכתית. עם זאת, יש קשיים בהכרה זו. קושי אחד הוא שבית דין של הדיוטות דורש שלא יהיה מי שבקיא בדין תורה. קושי נוסף הוא שבתי המשפט, גם אם אומרים שאין דיינים מוסמכים בהגדרה ההלכתית, לא פועלים לפי שיקול דעת. הם כפופים למערכת כללים. במובן הזה, ככל שהם פחות יהיו כפופים לכללים ויפעלו יותר לפי שיקול דעת יהיה יותר קל להכיר בהם כבתי דין של הדיוטות. בשל כך להלכה יותר קל להסמיך בתי דין מסוימים (כמו בית דין לעבודה) שמאופיינים יותר בשימוש בשיקול דעת.
   9. כאמור, בעיה נוספת היא בהגדרה של בתי משפט כערכאות של גוים. עולה השאלה מה כולל האיסור של פניה לערכאות של גוים, האם הוא נוגע לזהות הדיינים או למהות הדין? בשאלה זו נחלקו הפוסקים. אם האיסור נוגע לזהות הדיינים הוא לא רלוונטי להיום. עם זאת, אם אומרים שהאיסור נוגע לאופי הדין, מאחר שבתי המשפט כיום פועלים לפי "דין זר" ולא לפי דין ההלכה, הם בבחינת ערכאות של גוים. נטיית לבם של פוסקי ההלכה היא שבתי המשפט בישראל הם ערכאות של גוים ושלא ראוי להתדיין בפניהם. ברמה הפרקטית גם אנשים שרואים עצמם כשומרי הלכה פונים לבתי משפט אזרחיים. גם אם מניחים שיש איסור לפנות לערכאות של גוים ומגדירים את בתי המשפט כערכאות של גוים, האיסור נוגע רק לתובע ולא לנתבע. ברגע שתובע מגיש תביעה אין איסור על הנתבע להתגונן. הבעיה היא שבית דין שדן לפי ההלכה הוא בבחינת בוררות, והוא לא יכול לכפות עצמו על אחד הצדדים. הפתרון הוא שאם תובע מגיש תביעה בבית דין שדן לפי ההלכה והנתבע מסרב להתדיין, יש אישור לתובע להגיש תביעה לבית משפט אזרחי. סוגיה נוספת היא בהוצאה לפועל; אין הוצאה לפועל הלכתית. גם אם מקיימים את הדיון בבית דין שדן לפי ההלכה היא מתירה את הפניה לגופי הוצאה לפועל אזרחיים.

**משפט ומוסר**

**ועשית הישר והטוב**

1. **מבוא**
   1. הסוגייה המרכזית היא היחס בין חיוב משפטי לחיוב מוסרי. אם מדובר על חיוב משפטי יכולים לכפות על אדם לבצע את החיוב. עם זאת, אם מדובר על חיוב מוסרי הרי שלא ניתן לאכוף אותו ולתבוע מישהו שלא מקיים אותו. נכון שמשתדלים שכל חובה משפטית תהיה חובה מוסרית (זה לא תמיד ככה), מצד שני לא כל חובה מוסרית היא חובה משפטית.
   2. פס"ד קיטאן נ' וייס עוסק בשומר שנהרג בעקבות תאונה. המשפחה תבעה את החברה בתביעת רשלנות. ביהמ"ש דחה את התביעה והמשפחה הגישה ערעור לעליון. בעליון ישבו אלון, שמגר ושופט נוסף. השופטים ניסו להגיע לפשרה לפיה החברה תשלם סכום כסף למשפחה והחברה הסכימה אך המשפחה התנגדה. אלון כותב את פסק הדין, רובו עוסק בסוגייה הנזיקית ודוחה את התביעה. לאחר דחיית התביעה אלון מוסיף מספר עמודים בהם הוא מבקש מהחברה לשלם למשפחה את אותו הסכום שהסכימה לשלם במסגרת הפשרה. השופט שמגר מסכים עם אלון חוץ מהתוספת לגבי התשלום לפנים משורת הדין, זאת מאחר שזה לא תפקידו של ביהמ"ש. תפקידו של ביהמ"ש לפעול בדין ולא לפנים משורת הדין. מכאן עולה השאלה מה תפקידו של ביהמ"ש, האם רק לעשות דין או לפעמים לעשות מה שנראה צודק גם אם זה לפנים משורת הדין.
   3. סוגייה זו מתעוררת גם במשפט העברי, שם ישנם שיקולים שמשחקים בתוך הדין באופן כללי (הדין לעיתים כולל גם את מה שלפנים משורת הדין). שיטה כזו מתאימה למשפט דתי, מאחר שבמקרה זה האינטרס לקיים את הדין הוא לא רק חובה חוקית, הוא גם חובה דתית. אם נאמר לאדם שה' רוצה שהוא ינהג באופן מסוים הוא ישאף לנהוג כך (בהנחה כמובן שהוא מתנהל בחייו לפי הדת).
2. **רמב"ן**
   1. דברים פרק ו
      1. שמור תשמרון את מצוות השם אלוהיכם ועדותיו וחוקיו אשר צווך.
      2. ועשית הישר והטוב בעיני השם למען ייטב לך ובאת וירשת את הארץ הטובה אשר נשבע השם לאבותיך.
   2. הרמב"ן מעלה קושי בפרק זה. הפסוק הראשון מצווה לעשות את מה שהשם מצווה, בעוד שהפסוק השני מצווה לעשות את הישר והטוב בעיניו. לפי הרמב"ן, הפסוק הראשון נוגע לדין והפסוק השני נוגע למה שלפנים משורת הדין. הכוונה בכך היא שגם במה שאין ציווי צריך לפעול לפי הטוב והישר. לא מעשי שהתורה תתייחס לכל סיטואציה אפשרית ותכתיב כיצד לפעול וכיצד להגיב בכל מקרה. עם זאת, לאחר שהוזכרו מספר מקרים ברורים שמכתיבים את הטון (לא תקלל חרש, מפני שיבה תקום וכדו'), ניתן לקחת מהם את עקרון העל של לעשות את הישר והטוב ולפעול לפיו גם במקרים שהתורה לא מנתה בפירוש. כמובן שלא תמיד כולם יסכימו על מה ייחשב עשיית הישר והטוב. ההפסד מעקרון על זה הוא שלא תמיד הכול ברור וחד משמעי.
   3. את האמירה של הרמב"ן לפיה התורה לא יכולה למנות כל דבר ניתן לפרש בשני אופנים:
      1. מבחינה טכנית – אם היו מונים הכול התורה הייתה בלתי נגמרת.
      2. מבחינה מהותית – נימוק דומה לסיבת ההפרדה בין תורה בכתב ותורה שבע"פ. חיים בין אדם לחברו הם דבר דינאמי ומשתנה, ולכן יש צורך בעקרון שיאפשר את התאמת הדין לנסיבות ולתקופה.
   4. גם הדוגמאות שהרמב"ן מביא וגם ההיגיון אומרים שעקרון עשיית הישר והטוב מתממש בשלושה מישורים:
      1. עקרון המופנה לחכמים בבואם לפרש את התורה, להתקין תקנות וליצור נורמות מחייבות המבוססות על אותו העקרון. הדוגמה שהרמב"ן מביא של דינא דבר מצרא היא דוגמה למקרה בו החכמים מתקינים תקנה ומנמקים אותה בכך שהם מיישמים את עקרון עשיית הישר והטוב.
      2. עקרון המופנה לחכמים בבואם להכריע בסכסוך בבית דין. חומר הגלם עמו בית הדין צריך לעבוד הוא לא רק הדין במובן המצומצם של המילה, אלא גם עקרון עשיית הישר והטוב. עקרון עשיית הישר והטוב רלוונטי גם במקרים בהם החוק לא מכתיב כיצד לפעול אבל גם במקרים בהם החוק כן מכתיב. כל עוד אין סתירה של הדין ניתן ליישם את העקרון.
      3. ברמת האדם הפרטי שרוצה לדעת איך להתנהל במקרה מסוים.
   5. ויקרא פרק יט – וידבר השם אל משה לאמור: דבר אל כל עדת בני ישראל ואמרת אליהם קודשים תהיו כי קדוש אני השם אלוהיכם.
   6. עולה השאלה מה זה אומר להיות קדוש. הביטוי קדושה במשמעות החז"לית מתקשר לסוג של פרישות, אבל הפרשנים השונים מתקשים בסוגייה זו. לפי הרמב"ן, לא מדובר רק על איסור של עריות (מסתמך על פירוש של רש"י לפיו הקדושה קשורה לעריות מאחר שפסוקים אלו מופיעים אחרי פסוקים העוסקים באיסורי עריות), אלא על איסור רחב יותר. כמו שיש עקרון על של עשיית הישר והטוב, ישנו גם עקרון-על של להיות קדושים. אם התורה אומרת שיש דבר שאסור לעשות ברור שאסור לעשות אותו, ואם אדם עבר על כלל זה ברור שהוא עבר על כלל של התורה. עם זאת, ניתן להיות נבל ברשות התורה (אדם לא התנהג בהתנהגות אסורה אבל עדיין הוא יהיה סוג של נבל מאחר שימתח את ההיתר). מכאן שהציווי להיות קדושים עוסק במגבלות שעל אדם להציב בפני עצמו במסגרת מה שמותר לעשות (לפרוש גם ממה שמותר). הרמב"ן מיד מקשר את זה לעקרון עשיית הישר והטוב. הרמב"ן עומד על כך שזה מבנה שחוזר על עצמו בתורה – ישנן הוראות מסוימות שהן ברורות ומפורשות, ולצידן יש עקרון-על שצריך להנחות את ההתנהגות.
3. **תקנות חכמים**
   1. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף קח, א-ב
      1. מסכת זו עסקת בדינא דבר מצרא. כלל זה נוגע לבעלות על שטחים ומתעסק בשאלה האם יש זכות ראשונים לפלוני שרוצה לקנות שטח שאלמוני (שהוא שכנו) מעוניין למכור או שמא אלמוני לא מחויב לו ויכול למכור את השטח בשוק החופשי. לצורך העניין אם המוכר יכול למכור את השטח לצד ג' ב-100 אבל הוא מציע אותו לשכנו ב-110. סביר להניח שהשכן יסכים למחיר גבוה מ"מחיר השוק" מאחר שהערך של השטח עבורו גבוה יותר מאשר ערכו עבור כל אדם אחר בשוק. גישה אחרת אומרת שלא ניתן לנצל את העובדה שהשכן מעוניין בשטח באופן מיוחד ושהמחיר שבעל השטח יציע לשכן צריך להיות זהה למחיר השוק. ע"מ להשיג מטרה זו יש לקיים כלל לפיו יש לשכן זכות ראשונים כך שבעל השטח לא יכול למכור את השטח לצד ג' (האפשרות למכור לצד ג' תלויה בוויתור של השכן על השטח).
      2. המקרה המוצג במסכת הוא של מספר שותפים להם בעלות על קרקעות, ובין הקרקעות יש קרקע ששייכת לאדם חיצוני. כל עוד הוא מחזיק בקרקע אי אפשר להגיד לו דבר, אך השאלה מתעוררת כשאותו אדם חיצוני מעוניין למכור את הנכס שלו לצד ג'. לפי רב יהודה, אם צד ג' קנה את הקרקע מאותו המוכר הקונה הוא חצוף (התנהג בצורה לא מוסרית), אך לא ניתן לסלק אותו. אין כנגדו טענה משפטית. עמדה נוספת (רב נחמן) אומר שבמקרה המיוחד של אחים ושותפים יש להם זכות קדימה משפטית, ולכן אם צד ג' רכש את השדה ניתן לחייב אותו למכור להם את השדה. עם זאת, במקרה של שכן רגיל אין זכות קדימה משפטית. משמע שיש זכות קדימה, אך רק בתנאים מסוימים ולא בכל מקרה של שכנות. עמדה שלישית (נהרדעי) טוענת שגם ביחסי שכנות רגילים יש זכות קדימה משפטית. הנימוק לכך מתבסס על עקרון ועשית הישר והטוב (המוכר לא מפסיד דבר מלתת זכות ראשונים לשכן, הוא מרוויח את אותו הרווח שהיה מרוויח ממכירה לצד ג'. צד ג' לא מפסיד מאחר שהכסף שלו נשאר אצלו והוא יכול לקנות שדה אחר. השכן מרוויח, והוא היחיד שהיה יכול להרוויח באותה הצורה מעסקה זו).
      3. עולה השאלה מדוע מסלקים את הקונה ולא מפנים את הטענה כלפי המוכר. סיבה אפשרית אחת היא הרצון להבטיח שהמוכר לא יפגע, רוצים שהבעלים המקוריים של השטח יקבלו את המכיר המלא. סיבה אפשרית שנייה קשורה אולי לגמירת דעת; ניתן למעשה להסתכל על צד ג' כשלוחו של המוכר המקורי, כאשר העסקה ביניהם מעידה על גמירת דעתו של המוכר למכור את השטח.
      4. כאמור, כלל זה מבוסס על עקרון עשיית הישר והטוב. עולה השאלה מה יקרה בסיטואציה בה אחד הצדדים יפסיד מהחלה של הכלל. בהמשך המסכת נאמר שבמקרה בו אדם מוכר את כל השדות שלו לאדם אחד אין טענה של דינא דבר מצרא (זאת מאחר שהעסקה מתבססת על כך שכל השדות נמכרים יחד ולא רוצים להגיע למצב של פירוק העסקה כששכן של אחד השדות יגיע ויבקש זכות ראשונים על אותו השדה). כלל זה רלוונטי רק כשהעסקה נוגעת לשדה מסוים.
      5. כלל זה של דינא דבר מצרא צומצם במהלך השנים. רוב הדיונים בנושא נגעו לשאלה האם יכולה להיות פגיעה בהחלה של הכלל, וברגע שהבינו שיש פגיעה באחד הצדדים קבעו שהכלל לא חל.
      6. לסיכום – נותנים זכות קדימה לשכן במקום בו זה יכול להואיל לו מבלי שזה יזיק לאדם אחר, מאחר שזה עשיית הישר והטוב.
   2. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לה, א
      1. ניתן לראות דוגמה נוספת להחלה של כלל זה. אדם נותן הלוואה לאדם אחר. המלווה יחפש בטוחות להלוואה למקרה בו הלווה לא יוכל להחזיר את החוב. גם את נכסיו של הלווה ניתן לממש לטובת פירעון החוב. אחת הבטוחות שהמלווה יכול לקבל היא שיעבוד נכסי מקרקעין. הבעיה עולה כשנכס מסוים משועבד והבעלים שלו מנסה למכור אותו לצד ג'. כדי שזכותו של המלווה תגבר על זכותו של זה שמעוניין לקנות את הכנס צריך שזכותו תהיה מפורסמת לציבור. כל עוד זה לא חשוף לציבור לא ניתן לתת למלווה את זכות המימוש מאחר שצד ג' תמים יכול לבקש לקנות את הנכס. בהלכה כאשר אדם לווה כסף, וכנגד ההלוואה נכתב שטר, אוטומטית חל שיעבוד נכסים. כל נכסי המקרקעין שהיו ללווה ביום קבלת ההלוואה משתעבדים להחזר חוב. במקרה בו נמכרו מספר נכסים למספר קונים, המלווה ילך קודם כל לקונה האחרון (זאת מאחר שהקונים המוקדמים יכולים לטעון שלאחר שביצעו את העסקה עם הלווה עדיין היו לו מספיק נכסים לטובת פירעון החוב). ההבדל בין הלוואה בע"פ לבין הלוואה בשטר הוא שלהלוואה בשטר "יש קול", משמע היא מתפרסמת. לא כל אחד יכול היה לכתוב שטר ולכן כשצדדים רצו לכתוב שטר הם הלכו לסופר העיר. בשל כך היו יכולים אנשים לפנות לסופר העיר ולשאול אותו האם לגבי מקרקעין מסוימים יש שעבוד או לא.
      2. נניח שמגיעים למצב בו אין ללווה כסף והמלווה צריך להשתמש בקרקע לפירעון החוב. לטובת כך צריך הליך שיפוטי שיקבע שאכן צריכה להיות העברה של השטח. הליך זה כולל שלושה שלבים: בשלב הראשון בא המלווה לבית הדין ומבקש לגבות באמצעות מקרקעין. בשלב זה בית הדין אומר למלווה לספק שטר חיפוש נכסים של הלווה (תמונת מצב של הנכסים שבבעלותו). בשלב השני בית הדין מוציא שטר אדרכתא (שטר דריסת רגל). בשלב זה בית הדין מעביר לחזקתו של המלווה את נכס המקרקעין. בשלב זה עדיין אין העברה של המקרקעין לבעלות המלווה (הוא לאו דווקא שווה ערך לשווי ההלוואה). בשלב האחרון יש את השומה, בשלב זה בית הדין קובע את שוויה המדויק של הקרקע, ומעביר לבעלותו של המלווה קרקע בשווי ההלוואה. מרגע זה המלווה הוא בעל הקרקע. בין השלבים הראשונים עוברים לפחות 30 ימים בהם יש ללווה אפשרות להחזיר את החוב.
      3. חלק זה במסכת עוסק בשומא הדר. מדובר על מקרה בו לאחר שהנכס עובר למלווה הלווה מבקש לקבל את הנכס בחזרה בתמורה לכסף שהוא היה חייב. במידה והמלווה מסרב פונים לבית הדין. על פניו בית הדין צריך להגיד שהמלווה לא חייב להסכים ללווה. אולם, חכמי נהרדעי אומרים שאם תוך שנה מגיע הלווה ומבקש לפדות את הקרקע שלו זה מתאפשר. לצידם יש את אמימר שטוען שאין מגבלת זמן על האפשרות לפדות את הקרקע, בנימוק של ועשית הישר והטוב. התפיסה היא שכשמאפשרים ללווה לבטל את שלב השומה עושים את הישר והטוב – המלווה לא מפסיד מזה דבר (מקבל את הכסף שמגיע לו) והלווה מרוויח. זאת בהינתן שאף אחד לא מפסיד מכך. מכאן עולה השאלה האם במקרה בו המלווה מוכר את הקרקע לצד ג' ניתן לבקש מצד ג' להחזיר את הקרקע ללווה. התשובה היא שלא ניתן לבקש זאת, הלווה יכול לפדות את הקרקע רק מהמלווה עצמו (ולא ממי שקנה אותה, ירש אותה או קיבל אותה ממנו). סוגייה נוספת היא כאשר המלווה משקיע בקרקע (בנה עליה, שתל בה וכדו'). במקרה כזה על הלווה לתת למלווה את ההשקעה שלו (לגבי השיעור שהלווה צריך להחזיר יש מחלוקת ראשונים, האם צריך להחזיר את ערך הקרקע המקורי בנוסף למה שהמלווה השקיע או שבמקרה של עליית ערך הנכס צריך להחזיר את ערך הנכס החדש).
   3. דינא דבר מצרא ושומא הדר הן דוגמאות לתקנות שמותקנות ע"י חכמים על-בסיס עשיית הישר והטוב. במקרה זה תקנות אלו הן דבר אכיף שמצמיח זכות משפטית.

**לפנים משורת הדין**

1. זהו אחד מהכלים אותם בית הדין יכול להפעיל ע"מ ליישם את עיקרון עשיית הישר והטוב. חשוב לשים לב שגם במקרה של לפנים משורת הדין בית הדין מעורב.
2. **השבת אבדה**
   1. התורה קובעת שאם אדם מוצא מציאה הוא לא יכול להתעלם ממנה אלא צריך להשיב אותה לבעליה. בציווי לא להתעלם יש שני ציווים, ראשית לא להגיד שזה שייך לו ושנית לא להחליט שאין לו חשק להחזיר את האבדה. כשאדם מוצא אבדה לגביה יש חובה להשבה צריך לאתר את הבעלים. כדי לאתר את הבעלים צריך להודיע ברבים שנמצאה המציאה כדי שהמאבד יוכל לבוא, להזדהות ולקבל את האבדה חזרה. בזמן בית המקדש הייתה נקודה בה התאספו לטובת כך, ולאחר שלא היה בית מקדש היו מפרסמים זאת בבתי כינוס שונים. משך הפרסום מוגבל בזמן של שלושה רגלים (בערך שנה). כעבור שנה, במידה ואף אחד לא דרש את האבדה, אין חובה לפרסם אבל צריך לשמור עליה עד שיבוא הבעלים המקוריים. המוצא שומר על החפץ והוא לנצח יהיה בבעלותו של המאבד.
   2. יש אבדות שאין חובה להחזיר אותן ("הרי אלו שלו"). המבחן הוא מבחן הייאוש, אם מניחים (בית הדין באופן אובייקטיבי) שהמאבד התייאש מהאבדה שלו המוצא יכול לקחת אותה לעצמו. מניחים שאדם התייאש במקרים שונים – אם למשל מוצאים חפץ ששווה פחות מפרוטה, אם מוצאים חפץ שאין בו סימן היכר (למשל במקרה של שטר כסף), או אם מוצאים חפץ בעיר או במקום שרוב המצויים בו אינם יהודים. חכמים קבעו שצריך להחזיר אבדה למי שאינו יהודי באותה המידה בה צריך להחזיר אבדה ליהודי. עם זאת, אם מוצאים אבדה במקום בו הרוב אינו יהודי כנראה שמי שימצא אותה אינו יהודי, ועליו לא חלה חובת השבת אבדה. בשל כך, גם אם מצא את זה יהודי מניחים שהבעלים התייאש עקב המחשבה שהמוצא אינו יהודי ולכן לא תשוב אליו האבדה.
   3. יש מקרים בהם אדם יהיה פטור מהשבת אבדה והוא רשאי להתעלם: 1. במקום בו יש מניעה הלכתית (למשל חפץ שאסור לטלטול בשבת). 2. אם הזמן שנדרש להשיב את האבדה יקר יותר מערך האבדה. 3. זקן ואינה לפי כבודו – חפץ שלא ממעמדו של המוצא לקחת.
3. **דוגמאות להתנהגות לפנים משורת הדין**
   1. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב
      1. רב יהודה הולך אחרי שמואל בשוק (בו הרוב אינם יהודים) ושואל אותו שאלות הלכתיות, בין היתר מה הדין לגבי ארנק שאדם מוצא באותו השוק (ההנחה היא שארנק הוא חפץ בו יש סימן). שמואל עונה לו שבנסיבות כאלו המוצא רשאי לקחת אותו לעצמו, מאחר שמניחים שבעל האבדה התייאש.
      2. רב יהודה ממשיך ושואל מה יקרה במקרה בו הוא מוצא ארנק, לא מכריז על כך ואיכשהו המידע מגיע לאדם מסוים שמגיע וטוען שהארנק שלו. האם הוא חייב להחזיר לו את הארנק או לא. מאחר שמבחן הייאוש אובייקטיבי ההנחה עדיין תהיה שהבעלים המקורי התייאש ולכן באופן עקרוני אין חובה להחזיר. שמואל עונה תשובה אחרת, לפיה יש חובה להחזיר. רב יהודה טוען שיש פה סתירה מאחר שמצד אחד אין חובה להכריז ולהחזיר אך מצד שני אם המאבד מגיע למוצא יש חובה להחזיר. שמואל אומר שבמקרה בו אדם מגיע ומבקש את האבדה צריך לנהוג לפנים משורת הדין ולהחזיר את האבדה. הבעיה באמירה זו היא שלא ניתן להגיד שיש חובה לעשות משהו לפנים משורת הדין, אם יש חובה מדובר בדין, אך אם מדובר במשהו לפנים משורת הדין הרי שאין חובה.
      3. היה סיפור עם אביו של שמואל לפיו הוא מצא חמור במדבר והחזיר אותו לבעליו לאחר שנה לפנים משורת הדין. כששמואל אומר שצריך להחזיר את הארנק לפנים משורת הדין הוא למד זאת מאביו. ההבדל הוא שאביו של שמואל נהג לפנים משורת הדין מרצונו בעוד ששמואל טוען שקיימת חובה לנהוג לפנים משורת הדין.
      4. סיפור זה על שמואל ורב יהודה לא מוזכר ע"י כל האמוראים. מיד אחרי זה מובא סיפור דומה עם רבא ורב נחמן. רבא שואל את רב נחמן שאלה מאוד דומה. תחילה התשובה של רב נחמן דומה אך בנוגע למצב בו אדם מגיע מאוחר יותר ומבקש את האבדה רב נחמן קובע שאין חובה להחזיר. רבא שואל מדוע אין חובה אם המאבד לא התייאש, ורב נחמן אומר שהצער של המאבד על האבדה לא משנה מאחר שהמבחן אובייקטיבי ולכן אין חובה להחזיר.
   2. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל עמוד ב
      1. רבי ישמעאל הולך בדרך. הוא פוגש סבל שהניח שק שהוא מוביל על הארץ כדי לנוח. עכשיו הסבל רוצה להמשיך ללכת אז הוא צריך מישהו שיעזור לו להרים את השק על גבו. הוא מבקש מרבי ישמעאל לעזור לו. רבי ישמעאל לא רוצה להתעסק עם השק ולכן הוא שואל את הסבל כמה השק שווה. הסבל עונה שהוא שווה חצי זוז. רבי ישמעאל הציע לקנות ממנו את השק כך שהסבל יוכל ללכת לשלום. רבי ישמעאל מפקיר את השק ע"מ לא להכשיל את מי שייקח את השק מהדרך בהמשך. הסבל רואה שרבי ישמעאל מפקיר את השק ולכן עושה מעשה קניין ומבקש מרבי ישמעאל לעזור לו להרים אותו. רבי ישמעאל משלם לו שוב ומפקיר אותו שוב. הוא רואה שהסבל רוצה לחזור על אותו המעשה ולכן הוא אומר שהוא מפקיר לכל העולם חוץ מלסבל.
      2. נשאלת השאלה איך ניתן לעשות הפקר כזה שהוא למעשה לא הפקר (ברגע שיש הפקר הבעלים מוותר על הבעלות ולכן אין הצדקה לכך שהבעלים הקודם ימנע מאדם מסוים לקחת את ההפקר). אחד ההסברים הוא שהסבל לא הבין בדין ולכן רבי ישמעאל יכול היה לנצל זאת ולמנוע מהסבל להמשיך להתעשר על חשבונו. רבי ישמעאל היה יכול לצאת מהסבל בדרך יותר אלגנטית באמצעות זקן ואינה לפי כבודו. הסיבה שרבי ישמעאל לא השתמש בטענה זו היא שהוא נהג לפנים משורת הדין.
      3. אחד ההבדלים בין דוגמה זו לדוגמה הקודמת היא שבמקרה הקודם שמואל אומר לרב יהודה שהוא חייב להחזיר ופה רבי ישמעאל נוהג לפנים משורת הדין מרצונו. נקודה נוספת היא שבסיפור הקודם השאלה הייתה עיונית ופה זה קרה בפועל.
   3. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף פג עמוד א – רבא שוכר סבלים שיעבירו לו חבילות יין ממקום למקום ואחת החביות נשברת. רבא מבקש פיצוי על החבית שנשברה אך הם לא מפצים אותו. רבא לוקח את הגלימה שלהם בתור ערבון. הסבלים הולכים לרב שאומר לרבא להחזיר להם את הגלימה שלהם. רבא שואל את רב האם זהו הדין ומדוע עליו להחזיר את הגלימות. רב אומר שזהו הדין "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור", משמע עליו לנהוג לפנים משורת הדין. הסבלים באים וטוענים שהם עניים וטרחו להעביר את החביות לכן הם רוצים לקבל שכר על עבודתם. רב אומר שרבא צריך לשלם להם משכורת באותו הנימוק.
   4. תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צט עמוד ב – אישה קיבלה מטבע שלא זיהתה לכן הלכה לשולחני רבי חייא שיגיד לה האם המטבע טוב. רבי חייא אמר שהמטבע מעולה. בהמשך הגיעה אותה האישה ואמרה לרבי חייא שניסתה להשתמש במטבע הזה אך אף אחד לא קיבל אותו. רבי חייא אומר לרב לפצות את האישה על ההפסד שלה ולרשום בספרים שלו שזה הפסד. לפי ההלכה, אם אדם מגיע להתייעץ עם מומחה והוא נתן חוות דעת מוטעית המומחה יהיה פטור מפיצוי. מכאן שרבי חייא יכול היה להיות פטור מפיצוי האישה אך החליט לנהוג לפנים משורת הדין.
4. **מתי מצופה מאדם להתנהג לפנים משורת הדין**
   1. מרדכי בבא מציעא, רנז – מאחר שניכר שישנם מקומות בהם כפו להתנהג לפנים משורת הדין, גם בתי הדין כופים לעשות לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות. ניכרת כאן עמדה לפיה בבתי הדין כופים לנהוג לפנים משורת הדין. החיוב לנהוג לפנים משורת הדין תלוי בנסיבות של הצדדים (אם היכולת בידו לעשות) ולכן הוא נבדל מהדין עצמו (שבמסגרתו לא ניתן לעשות העדפות לצד כלשהו בהתאם למצב האישי שלו). דעה זו לא מוסכמת ויש דעות שחולקות עליה.
   2. רא"ש בבא מציעא ב, ז
      1. הרא"ש מצטט את הדוגמה של הארנק ואומר שלא כופים לנהוג לפנים משורת הדין. מי שרוצה יכול לנהוג לפנים משורת הדין, קיימת חובה מוסרית אך לא חובה משפטית.
      2. מחלוקת זו מובילה למחלוקת בין השולחן ערוך לבין הרמ"א. לפי השולחן ערוך אין חובה לנהוג לפנים משורת הדין אך לפי הרמ"א כן כופים לנהוג לפנים משורת הדין. מאחר שיש מחלוקת ראשונים בעניין יש אחרונים שמנסים ליישב את המחלוקת.
   3. פתחי תשובה שם – מוצגת פה גישת ביניים לפיה כופים אבל לא מפעילים את כל אמצעי הכפייה הרגילים. משתמשים באמצעי כפייה מוחלשים. ניתן להסתכל על זה ככפייה חלקית.
   4. שיקולים בציפייה לנהוג לפנים משורת הדין
      1. מבחינת השאלה מתי יש לנהוג לפנים משורת הדין, יש מספר קריטריונים שצריך לקחת בחשבון.
      2. מצב כלכלי – כאשר צריך להתחשב בחלש תהיה יותר ציפייה לנהוג לפנים משורת הדין.
      3. מעמד חברתי-דתי – לפי הרמב"ם, אם אדם למד תורה ומתנהג ביחסי בין אדם לחברו מעל המצופה הוא מקדש את השם. אם אדם למד תורה והוא פוגע באנשים ומזלזל בהם מדובר בחילול השם, מאחר שיסתכלו עליו ויגידו שלימוד התורה לא שווה אם אדם שלומד תורה מתנהג בצורה כזו. מכאן שמצופה מאדם שמעמדו החברתי-דתי יותר גבוה להיות יותר זהיר בהתנהלות שלו.
      4. הפסד מול רווח – יש הבדל בין מקרה בו ההתנהגות לפנים משורת הדין גורמת להפסד לבין מקרה בו ההתנהגות לפנים משורת הדין לכל היותר תמנע רווח. במקום שבו לפנים משורת הדין דורש להפסיד הציפייה/חובה לנהוג לפנים משורת הדין היא ברמה נמוכה יותר.
      5. ויתור על פריבילגיה מול התנהגות מעבר לנורמה – השאלה היא האם ההתנהגות לפנים משורת הדין מחייבת לנהוג מעבר לנורמה או מחייבת שלא לנצל פריבילגיה מיוחדת. כאשר המשמעות של התנהגות לפנים משורת הדין היא לא לנצל פריבילגיה מיוחדת הציפייה תהיה יותר גבוהה. כאשר המשמעות היא לנהוג מעבר לנורמה הציפייה תהיה נמוכה יותר.
      6. ברור שלא בכל מקרה כל השיקולים יביאו לאותה התוצאה. האיזון בין השיקולים תלוי מקרה ובית הדין יצטרך לשקול מה גובר על מה.

**חיוב בדיני שמיים**

1. סוגייה זו מופיעה בעיקר בהקשר של דיני נזיקין. בהלכה בדיני נזיקין יש הבדל בין מה שההלכה קוראת לו נזק ישיר לבין נזק עקיף. יש הבדל בין אדם שעושה נזק (ישיר) לבין אדם שגורם נזק (עקיף). הגמרא מביאה דוגמה לפיה יש לשכן של אדם כלב, ושווי הכלב הוא 1,000 ₪. אדם זה לא אוהב את הכלב והוא רוצה להיפטר ממנו, לכן הוא קונה רעל כדי להרעיל אותו. אם הוא יאכיל אותו את הרעל הוא עשה נזק, לעומת זאת אם הוא יפזר את הרעל בחצר והכלב בעצמו יריח את הרעל וימות הוא גרם לנזק. יש מקרים בהם ההבחנה חשובה מאחר שבמידה ונקבע שאדם גרם לנזק ולא עשה נזק הוא פטור (פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים – משמע בית דין לא יאכוף עליו לשלם). חשוב לשים לב שרוב דיני הנזיקין כיום הם של גרמא, ולכן לא מדובר בקטגוריה שולית שמופיעה לעיתים רחוקות.
2. **פטור מדיני אדם** – בית הדין לא יחייב את המזיק ולא יכפה עליו לשלם (באמצעות הוצאה לפועל למשל).
3. **חייב בדיני שמיים**
   1. רש"י מסכת גיטין דף נג עמוד א – חייב בדיני שמיים – פורענות לשלם לרשעים שנתכוין להפסיד את ישראל. רש"י למעשה לוקח את החיוב בדיני שמיים לענישה, זה במידה ואדם התכוון לגרום לנזק. הבעיה בפרשנות זו היא שהניזוק לא רואה מזה כלום (הענשה של המזיק לא מפצה את הניזוק).
   2. ראב"ן, בבא קמא, סימן יא
      1. במידה ומקרה של גרמא מגיע לבית הדין על בית הדין להגיד למזיק שלא מחייבים אותו אך שעליו לשלם כדי שיצא ידי שמיים. הראב"ן לוקח את חייב בדיני שמיים לכיוון של תשלום, ולפי דבריו בית הדין צריך להשתמש בחיוב בדיני שמיים כתמריץ למזיק לשלם לניזוק.
      2. עד שירצה את חברו – יכול להיות שהמזיק לא ישלם 100% מערך הנזק. התשלום שהמזיק ישלם תלוי בעוצמת האמירה שבית הדין מוסר בעת המשפט. ככל שהאמירה יותר חמורה כלפי המזיק אז המזיק יחשוב שעליו לשלם חלק גדול יותר משיעור הנזק, והניזוק ידע שיש לו מינוף יותר חזק לגרום למזיק לשלם. בית הדין ייקח שיקולים שונים בחשבון כאשר הוא מתנסח בפני המזיק במקרה של חייב בדיני שמיים (כגון חומרת המעשה, האם המזיק התכוון או לא וכדו').
   3. ים של שלמה, בבא קמא ו, ו – נמצא שכתוב שבית הדין דוחק במזיק לשלם במקרה של נזק גרמא.

**מידת חסידות**

1. גם מהאדם הפרטי מצפים שההתנהגות שלו תגשים את הרעיון של עשיית הישר והטוב. בשל כך, יש מקרים בהם הדין מכווין את ההתנהגות אבל בית הדין באופן ישיר לא מתערב בכך. המינוח שמשתמשים בו הוא "רוח החכמים נוחה" או "מידת חסידות".
2. **תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף קלג עמוד ב**
   1. עוסק בסוגיית ירושה. ההלכה קובעת איך הנכסים מתחלקים בין היורשים השונים של מי שהלך לעולמו. אם אדם רוצה שהנכסים יחולקו באופן אחר ממה שמכתיבה ההלכה הוא רשאי לתת את הנכסים במתנה שתיכנס לתוקפה רגע לפני מותו (אדם לא רשאי להכתיב את חלוקת נכסיו לאחר שהוא מת, ולכן על המתנה להיכנס לתוקף רגע לפני שהוא הולך לעולמו).
   2. במקרה בו אדם נותן את נכסיו לצד ג' כלשהו ולא לבניו, יש תוקף למה שהוא עשה אבל אין רוח חכמים נוחה עם זה. התפיסה היא שבאופן טבעי הנכסים אמורים לעבור לבנים. המשמעות בפועל היא שבהתייעצות יגידו לו שעדיף שלא יעשה זאת, אך עדיין יכבדו את רצונו.
3. **תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דך צד עמוד ב** – לפי ההלכה אסור להלוות בריבית. אם אדם מלווה בריבית והוא רוצה לתקן את דרכיו הוא צריך להחזיר את מה שלקח. אותו הדין במקרה של גזלן. ניתן לתאר מצב בו אדם חי בחיי גזל (בסה"כ הוא גזל הרבה, אבל מדובר היה בגזלות שכל אחת מהן בשווי יחסית נמוך). עבר זמן מאז שהוא גזל, והוא מנסה לתקן את דרכיו. מאחר שלא רוצים להרתיע את הגזלן מלחזור בתשובה, לא הגיוני לבקש ממנו להחזיר כל מה שגזל לכל אורך השנים. בשל כך אמרו חכמים שגזלן ומלווה בריבית שרוצים להחזיר מה שלקחו, אסור לקבל מהם. משפטית מותר לקבל מהם, אבל אין רוח חכמים נוחה עם זה.
4. **משנה מסכת שביעית פרק י, משנה ט**
   1. כאמור, בשנת שמיטה החובות נשמטים. מוחקים חובות בשנת שמיטה ע"מ לעזור לחלשים. אדם שיש לו כסף להחזיר בשנת שמיטה אך הוא בכל זאת לא רוצה להחזיר והוא משתמש בשנת השמיטה ע"מ לא להחזיר את החוב, רוח חכמים לא נוחה עמו. המטרה של השמטת החוב היא לסייע לחלשים, ולכן בפועל הלווה לא נכנס תחת הקטגוריה של אותם האנשים שרוצים לסייע להם. משפטית מותר לאותו הלווה לא להחזיר את החוב, אבל רוח החכמים נוחה עמו אם יחזיר את החוב.
   2. דוגמה נוספת נוגעת למי שלווה מגר. לפי התפיסה ההלכתית, כשאדם התגייר הוא כאילו נולד מחדש. בשל כך רואים אותו כמי שאין לו קרובי משפחה. אדם שלווה מגר והגר הולך לעולמו, הוא לא חייב להחזיר את החוב לבניו, אבל רוח חכמים תהיה נוחה עמו אם יחזיר את החוב.
   3. דוגמה שלישית נוגעת למעשה קניין (משיכה או הגבהה) בהסכם מכר. במקרה בו אנשים סיכמו ביניהם בע"פ שצד א' מוכר לצד ב' דבר מה תמורת סכום כלשהו, אך טרם בוצע מעשה קניין או שולם כסף, אם אחד הצדדים מבקש לחזור בו הוא רשאי לעשות זאת משפטית, מאחר שאין דבר מה מחייב. עם זאת, חכמים מצפים שאדם יעמוד בדיבורו, ולכן מי שמקיים את דברו, רוח חכמים נוחה ממנו. יש הטוענים שאותו העיקרון תקף גם לגבי מתנה (ברגע שאדם הבטיח עליו לעמוד בדיבורו).
5. עולה השאלה מה הבעיה של החכמים להתקין תקנה במצב בו רוח חכמים נוחה עם דבר מה. ניתן להניח שיש כלל שחכמים לא מתקינים תקנות על דבר שאיננו מצוי, הם מתקינים תקנות על דברים יחסית שכיחים. המקרים בהם עוסקת מידת החסידות הם מקרים נדירים ולכן לא רוצים להטריח את המערכת ולהתקין תקנה לגבי כל דבר מסוג זה.
6. **תלמוד בבלי מסכת חולין דף קל עמוד ב** – המשנה עוסקת במתנות עניים – לקט (מה שנופל לא מרימים), שכחה (מה ששוכחים לא חוזרים לקחת), פאה (משאירים פאה בשדה אותה לא קוצרים) ומעשר עני (בשנים שלישית ושישית במחזור של שבע שנים צרי לתת מעשר). המקרה הוא שבעל בית (משמע אדם שאינו עני) נסע למקום אחר ולקח אתו צידה לדרך, אבל במקום האחר נגמרה לו הצידה. אם נגמר לו האוכל אז אין לו מה לאכול והוא נאלץ לאכול מתנות עניים. לפי משנה זו, מותר לו להנות ממתנות עניים מאחר שבאותו הרגע הוא מוגדר עני. עולה השאלה האם הוא צריך להחזיר את מה שלקח כשהוא חוזר הביתה. משפטית הוא לא צריך להחזיר מאחר שמדובר בממון שאין לו תובעים, אבל מידת החסידות אומרת שהוא יחזיר. אם אדם אכל, נהנה, והוא מספיק עשיר, עליו להחזיר. חשוב לשים לב שלא מדובר באותם העניים שהוא כביכול לקח להם את מתנות העניים שלהם.
7. **שו"ת תשב"ץ חלק ג, קצ**
   1. מידת החסידות ורוח חכמים אמנם לא מחייבות את הפסיקה של בית הדין, אך הן יכולות להשפיע באופן עקיף על פסיקת בית הדין.
   2. השאלה שעלתה היא לגבי אישה שיש לה נכסים אבל אין לה קרובי משפחה מדרגה ראשונה. יש לה קרוב משפחה שלפי דיני הירושה אמור לרשת אותה, אבל היא מעוניינת להוריש את הנכסים שלה לעניים או לבית הכנסת. הקרוב שאמור לרשת אותה הוא אדם עני עם ילדים והוא צריך לשלם על הלימודים של ילדיו ועל נישואי ביתו. השאלה היא האם דעת חכמים נוחה עם פעולה זו. חשוב לשים לב שהשואל מניח שמשפטית הפעולה קבילה, ולכן השאלה היא לגבי רוח חכמים.
   3. התשובה היא שהכלל הבסיסי הוא שנכסים אמורים באופן טבעי לעבור ליורש הרגיל. הגמרא מסתייגת אפילו מהעברת נכסים בין הילדים עצמם, וכל שכן העברה לצד ג'. לכאורה ההעברה של הנכסים ע"י אותה האישה היא טובה מאחר שהיא תעביר אותם לעניים או לבית כנסת. עם זאת, דברים אלו בפועל לא ראויים מאחר שבית הכנסת בד"כ יביא כסף מהציבור לטובת קיום המקום ואם האישה תיתן את הכסף לבית הכנסת היא פשוט פוטרת את הציבור מלתת כסף לבית הכנסת. בשל כך בפועל אותה האישה נותנת לכל אדם בציבור את הכסף שהוא היה תורם אילולא הירושה שלה. מכאן שלמעשה האישה נותנת את הירושה שלה להרבה צדדי ג' במקום לקרוב שלה. אותו העיקרון תקף כלפי העניים (כל אדם בקהילה צריך לתת צדקה כדי לפרנס את העניים).
   4. בהמשך התשובה נקבע שגם אחרי שישנה צוואה כזו, למרות שהיא תקפה משפטית, ניתן לבטל אותה. יש סיפור בתלמוד הירושלמי לפיו רבי יהודה הנשיא מראה לרב שער של בית כנסת שהוא בנה. רבי אומר לרב שהמשפחה שלו השקיעה כסף רב ע"מ לבנות את בית הכנסת. רב אומר לו שהוא לא השקיע כסף, אלא חיי אדם (משמע הוא פגע בבני אדם בכך שבנה את בית הכנסת). את אותו הכסף היה ניתן לתת לאנשים עניים ומסכנים. רב מוסיף לכך "וישכח עם ישראל את עושהו ויבן היכלות". מכאן שצריך להעדיף עניים על-פני בית כנסת. כאמור, כאשר מדובר בשכיב מרע יש הקלות בכללים הפורמאליים בהקשר של ירושה. עם זאת, הרמב"ם קובע שאם שכיב מרע מצווה לעשות עבירה עם נכסיו לא מקיימים את הצוואה שלו. זאת מאחר שמניחים שאם שכיב מרע מצווה לעשות עבירה עם נכסיו כנראה הוא לא היה צלול. במקרה הנדון, ניתן להסתכל על הציווי של האישה כבטל.
   5. צריך הרבה תעוזה משפטית בשביל המהלך שבוצע בתשובה זו. מסתמכים פה על סיפור הנוגע לדו-שיח בין רב לבין רבי. מכאן עד לביטול צוואה של מישהי המרחק גדול. ככה"נ המשיב עושה זאת מאחר שהוא חושב שזה מה שנכון לעשות. בית הכנסת ככה"נ לא יפשוט את הרגל, וכשיש הזדמנות להוציא אדם מהעוני ע"י ירושה צריך לנצל אותה. מכאן שרוח החכמים לא מחייבת את בית הדין אבל היא יכולה להשפיע במידת מה על החלטה של בית הדין. חשוב להבין כל מקרה על רקע הנסיבות שלו, ולא לחשוב מיד שכל תרומה לבית כנסת בצוואה מבוטלת.