**מבוא למשפט עברי- מחברת מקוצררת**

**מבוא והגדרות**

**הביטוי משפט עברי** הוא **מודרני**, מלפני כמאה שנה. נקבע ע"י משכילים יהודים ממוצא רוסי, שבמסגרת "החייאת הלאומי העברי-יהודי" טבעו מושג זה. הם חיפשו חוקים משפטיים תרבותיים ששייכים לעם-הלאום היהודי שזוהי בעצם ההלכה, אך מצד שני לא רצו להיות מחוייבים להלכה היהודית. לכן אותם משכילים חיפשו ביטוי "חילוני"-נייטרלי, ביטוי שיאפיין משפט שבבסיסו התרבות הלאומית היהודית בלי מחויבות לכללי ההלכה היהודית. **המשפט העברי הוא למעשה התחומים היותר משפטיים של ההלכה.**

**איסורא וממונא:** **בהלכה היהודית יש שני סוגי דינים:**

**1. דיני איסורים** – איסורא. לדוג': הלכות בשר וחלב. 2. **דיני ממונות** – ממונא.

**דיני האיסורים** ("איסורא") מזכירים **דין פלילי**, בעוד **דיני ממונות** ("ממונא") מזכירים **דין אזרחי**, פחות או יותר.

ההלכה היהודית נוגעת לכל תחומי החיים- מקימת האדם בבוקר עד שהוא הולך לישון. בעבר המושג משפט עברי התייחס רק לפן המשפטי (בעיקר דיני ממונות), אך עם הזמן הוא גוייר וכיום גם פוסקי הלכה משתמשים בביטוי זה.

**הבדלים בין דיני ממונות לדיני איסורים בהלכה:**

**א.** **משפט דתי הוא משפט שמרן יותר** מאשר שיטת משפט אזרחית. **ביד חכמים לתקן תקנות, ולפרש את התורה אך הבסיס הוא אלוקי**, ולכן יכולת השינוי היא מוגבלת ואיטית בהרבה משיטת משפט אזרחית. ישנה **גמישות גדולה יותר בדיני הממונות** מאשר מדיני האיסורים. בדיני ממונות ניתן לתקן תקנות הסותרות דיני תורה. בדיני איסורים כמעט ולא ניתן לתקן תקנות הסותרות דיני תורה. הערה**: החמרות- מותר אף בדיני איסורים**, אך **להתיר דיני תורה האסורים**- בדיני איסורים **אי אפשר** לתקן.

**ב.** **ספקא דממונא – לקולא, ספקא דאיסורא – לחומרא**.

**ג.** **יכולת ההתנאה**. **במשפט הישראלי ישנם חוקים שאפשר להתנות עליהם וישנם שאי אפשר להתנות עליהם**. לדוגמא: על חלק מדיני העבודה לא ניתן להתנות. במידה ונעשה הסכם בין המעביד לעובד הנוגד דיני עבודה מסויימים- אותו הסכם בטל ואינו תקף. ישנם חוקים שניתן להתנות עליהם. לדוג' חוק השומרים מסדיר את מערכת היחסים בין המפקיד לשומר. במידה ולא נעשה הסכם בין המפקיד לשומר ישנה ברירת מחדל של החוק החל על שני הצדדים, אך במידה ונעשה הסכם בין שני הצדדים, ההסכם יחול.

**אף בהלכה על חלק מההלכות ניתן להתנות**: "כל המתנה על מה שכתוב בתורה **בדבר שבממון** –תנאו **קיים**. **בדבר שבאיסור** – תנאו **בטל**". וזהו החילוק הראשון שבין דיני ממונות לאיסורים.

**דוגמאות לחלוקה זו של יכולת התנאה בדיני ממונות לבין התנאה בדיני איסורים**:

**1. משנה בכתובות ט',א':** ישנה מחלוקת אם אפשר להתנות על דבר שבממון. ע"פ הדין- פירות הנכסים של האישה שייכים לבעל, אך גוף הנכסים שייכים לאישה. בנוסף, במידה והאשה מתה- הבעל יורש. המשנה דנה לגבי אמירות שונות: **א.** "דין ודברים אין לי בנכסייך" – אמירה כזו היא עמומה ולא ברור מה הייתה כוונת הבעל בכתבו זאת לאישה. **ב.** מקרה בו כתב הבעל אמירה חד משמעית שמשמעה **תנאי על כך שאינו חפץ בפירות נכסיה ובירושה במידה ותמות**, במקרה זה תנא קמא סובר ש**אפשר להתנות**, כיוון ש**בדבר שבממון אפשר להתנות**. רשב"ג סובר שאי אפשר להתנות אף על דבר שבממון. הלכה כתנא קמא- בדבר שבממון התנאי קיים.

**2. תוספתא קידושין ג':** תנאי מתנה- מתנים את התקיימות החוזה בקיומו של תנאי מסויים. "הריני מקדשך על מנת שירצה אבא" - הבן מתנה את הקידושין בכך שאביו יסכים לקידושין. זהו **תנאי מתנה קלאסי**."על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם"- **תנאי זה מתנה על דיני איסור** (חל על האישה איסור להתחתן ללא חליצה או יבום) ואף לשיטת ת"ק **אי אפשר להתנות על מה שכתוב בתורה**.

**3. ע"פ דיני שומרים בשמות כב':** שומר חינם שטוען שהחפץ שהוטל עליו לשמור עליו נגנב/אבד **צריך להביא ראיה** שהחפץ נגנב/אבד (עדים/שבועה).משנה: **יכולים** השומר והמפקיד **להתנות ביניהם** **ש**במידה ויטען השומר שנגנב/אבד **יהיה השומר פטור משבועה** **כיוון שדיני שמירה הם דיני ממונות-** מי אחראי על תשלום הנכס שחסר.

**4. רמב"ם הלכות מכירה יג',ג':** דין הונאה קובע שאם אדם קונה נכס בערך הגבוה ב1/6 ממחיר השוק- רשאי לדרוש את הפער ואף לבטל את העסקה. **לא ניתן להתנות שדין הונאה לא חל באופן כללי**, אך אם **מתנים במפורש** על עסקה מסויימת שלא חל דין הונאה **ומצויין גובה ההונאה**- ניתן להתנות.

[**5. רמב"ם**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290521/290524/290525/I335327/קישור%20לביוגרפיות-%20מתנה.htm) **שמיטה ויובל ט',י':** **לא ניתן** בעת נתינת הלוואה **להתנות שלא יישמט החוב בשביעית** (שמיטת כספים) **מכיוון שזה דיני איסור**.אך אם התנו ש**הלווה לא ישמיט חוב זה ספציפית- מותר כי מדובר בדיני ממונות**.

**6. שו"ת** [**הרשב"א**](http://hl2.biu.ac.il/upload/140992/library/290521/290524/290525/I335327/קישור%20לביוגרפיות-%20מתנה.htm) **חלק ו,רנד:** לפי ההלכה בעל שאשתו/בתו נפטרו- יורש אותן. הירושה כוללת אף את הנדוניה אותה הכניס אביה בנישואין. האב של האשה, טען שלפי מנהג הגויים במקום מושבו- הוא יורש את בתו ולא הבעל. היא שמאחר וכולם הולכים לפי מנהג גוים זה, **כל הנושא אשה כאילו התנה זה כתנאי לנישואין**. הרשב"א: **כל דבר שבממון תנאו קיים**. אכן **במקום שנוהגים להתנות תנאי מסוים,** **אף אם לא התנו במפורש אלא בסתם נחשב הדבר כאילו התנו בניהם**. אבל מאחר וזה מנהג גוים, אסור ללכת לפי מנהג זה.

***המקרות הרישומיים של המשפט העברי***

**תורה שבכתב ותושבע"**פ **מדוע לא נכתבה התושבע"פ? הרי על מנת שלא ישכחו הלכות עדיף היה לכתבם מלכתחילה בנתינתן בדומה לתורה שבכתב?**

**א.** התושבע"פ עוברת מאב לבן וכך היא **תלמד רק ע"י היהודים** שילמדו את בניהם **ולא גויים זרים**. התורה שבכתב שהיא כתובה יכולה כטקסט להכתב ולהתגלגל בין אחד לשני וכך להלמד ע"י כל גויי הארץ. התורה שבכתב תורגמה ע"י העמים השונים ולבסוף השתמשו בה לרעתנו באמצעות עיוות פסוקים כדוגמת הנצרות.

**ב. ספר העיקרים לר' יוסף אלבו**: שתי סיבות: **1.** התורה נצחית ולא ניתנת לשינוי אך המציאות משתנה. **יש להתאים את העקרונות ההלכתיים למציאות המשתנה.** כשהתורה מעבירה כללים ועקרונות בע"פ- יש יכולת להתאים את הפתרונות למציאות המשתנה.

**2**. כיוון שאין סוף למציאויות המשתנות, לא שייך להעלותם על הכתב **מפאת אורך הכתבים** **שיווצרו**.

**הרמב"ם מחלק בין חמשה סוגי הלכות בתושבע"פ (גמ'):**

**1. פירושים מקובלים מפי משה**- "הלכה למשה מסיני"- **יש להם רמז בפס' ואפשר להוציאם בדרך סברתית**.

**2. פירושים שאף הם "הלכה למשה מסיני", אך אין סברה בהם ואין להם רמז בפס'**.

**בשני הסוגים הראשונים אין לפקפק ואין לחלוק עליהם** כיוון שעברו במסורת מדור דור עד משה רבנו בהר סיני **ואלו דברי ה' ממש**. מי שטוען שייתכן שנפלה טעות במהלך המסירה- מפקפק בכל מוסד התושבע"פ.

**3. דינים שנלמדו באמצעות י"ג המידות שהתורה נדרשת בהם**. רוב המחלוקות הם על בסיס באמצעות איזה מן המידות ללמוד בפס' מסויים וכיצד. בדינים מסוג זה **נפסקה הלכה כפי שלמדו רוב החכמים**. יצירת חכמים ע"פ הבסיס בכתובים.

**4. גזרות נביאים וחכמים בכל דור ודור כדי לעשות סייג לתורה**. **תקנות נוגעות לדיני האיסורים,** הוספת איסור נוסף על איסור דאורייתא. לדוגמא: **מדאורייתא** איסור אכילת בשר וחלב הוא איסור אכילת בשר בקר עם חלב. באכילת בשר עוף עם חלב ישנו רק **איסור דרבנן** לאכול. זהו סייג – תקנת חכמים **על מנת למנוע שאנשים לא יאכלו אף את איסור דאורייתא** – בשר בקר בחלב.

**5. תקנות חכמים-** תוספת מצוות עשה מדרבנן (לדוגמא: הדלקת נרות חנוכה).

**בשלושת הסוגים האחרונים יכולה להיות מחלוקת** בין חכמים כיוון שיש בהם עירוב של השכל האנושי; בסוג השלישי: שימוש שונה בלימוד של י"ג מידות שהתורה נדרשת בהן. בסוגים הרביעי והחמישי: יכול להיות שחכמים מסויימים יסברו שהתקנה הזאת היא חשובה ויתקינו אותה ואחרים יחשבו אחרת.

**דאורייתא ודרבנן:** האם אותן הלכות המובאות בתושבע"פ נחשבות מדאורייתא או מדרבנן?

**הלכות מהסוג הראשון והשני- מקורם מדברי תורה**. הלכות אלו **עברו במסורת** מדור לדור **ממתן תורה** בהר סיני **עד זמנם של חז"ל**, ומקורם א"כ מדאורייתא. **הלכות מהסוג הרביעי והחמישי- תוקפם מדרבנן**, כיוון שהן פרי יצירתם של חכמים.

**מחלוקת הרמב"ם ורמב"ן ביחס לסוג ההלכות השלישי- אם מקורם מדברי תורה או מדברי חכמים:**

**ספר המצוות**- אין מחלוקת על כך שישנם תרי"ג מצוות מדאורייתא, אך **כל מחבר מונה אותן בצורה שונה לפי שיטתו**.

**ספר המצוות לרמב"ם:** **החלק הראשון**- "שרשים"- הם הכללים, דרך הלימוד שבעזרתה מנה הרמב"ם את המצוות. אלו הם שרשי הרמב"ם לספר המצוות:

**השרש הראשון:** ימנו רק מצוות מדאורייתא ולא מצוות מדרבנן.

**השרש השני:** לגבי מצוות **הנלמדות מי"ג מידות שהתורה נדרשת בהם** (הסוג השלישי): **חזקה על מצוות אלו שהם מדרבנן, אלא אם** אומרים חז"ל במפורש על מצווה שהיא דאורייתא.

**ספר המצוות לרמב"ן:** **לגבי הסוג השלישי**: **חזקה על מצוות אלו שהן דאורייתא, אלא אם כתוב במפורש שהן דרבנן**.

במקרה בו חכמים לא אמרו מהו מקור המצווה- לפי הרמב"ם, מקורה מדרבנן. לפי הרמב"ן, מקורה מדאורייתא.

**סמכות חכמים בתחום המדרש ופסיקת ההלכה:**

**הסמכות והיקפה:**

**דברים יז',ח'-יג'**: **"**וְשָׁמַרְתָּ לַעֲשׂוֹת כְּכֹל אֲשֶׁר יוֹרוּךָ: עַל פִּי הַתּוֹרָה אֲשֶׁר יוֹרוּךָ וְעַל הַמִּשְׁפָּט אֲשֶׁר יֹאמְרוּ לְךָ תַּעֲשֶׂה **לֹא תָסוּר מִן הַדָּבָר אֲשֶׁר יַגִּידוּ לְךָ יָמִין וּשְׂמֹאל**" ע"פ פשט הפס', רואים כי ישנה חובה לשמוע לדברי חכמים.

**הספרי**: "אפילו מראים בעיניך על ימין שהוא שמאל ועל שמאל שהוא ימין, שמע להם".

**רש"י**: "וכ"ש שאומר לך על ימין ימין ועל שמאל שמאל".

**הרמב"ם:** "בי"ד הגדול שבירושלים הם עיקר שבע"פ, והם עמודי ההוראה ומהם חק ומשפט יוצא לכל ישראל ועליהן הבטיחה תורה. שנא': "ע"פ התורה אשר יורוך"- זו **מצות עשה**. **וכל המאמין במשה רבינו ובתורתו חייב לסמוך ולהישען עליהן**. כל מי שאינו עושה כהוראתן, עובר **בלא תעשה** שנא': "לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".

**מדוע שתלמיד חכם הראוי להורות יקשיב לדברי חכמים במקרה בו הוא סובר כי טעו בפירושם?**

**הרמב"ן**: התורה נתנה לנו בכתב, ובלתי אפשרי שכל הפירושים יהיו זהים בגלל המציאות המשתנה, **וירבו המחלוקות ותעשה התורה כמה תורות**. **התורה עצמה** מצווה על כך שיש להקשיב לדברי חכ' **בידיעה שייתכן ויטעו בהוראתם**. א"כ יוצא, שבמידה ואדם ילך עם "האמת שלו" ולא יקשיב לדעת חכ'- הוא עובר על הציווי להקשיב לדברי חכ' **אף כשייתכן ויורו טעות**. כשאדם מקשיב לדברי חכ' אע"פ שהוא סובר שהם טועים- הוא מונע הרחבת המחלוקות בישראל. בנוסף, **יש סייעתא דשמיא בפסיקת החכמים**, ולכן אינם טועים.

**ספר החינוך**: טוב לסבול טעות אחת ויהיו הכל מסורים תחת דעתם הטוב תמיד, ולא שיעשה כל אחד ואחד כפי דעתו **שבזה יהיה חורבן הדת וחלוק לב העם והפסד האומה לגמרי**".

**מעשה הממחיש את סמכותם של חכ' אף כנגד תלמיד חכם הראוי להורות:**

**גמ' ר"ה:** בעניין קידוש החודש אשר נהג בזמן חז"ל- שני עדים העידו כי בליל השלושים ראו את הירח, ובליל השלושים ואחת- לא ראו את הירח. זה לא הגיוני, כי אם נראה בליל השלושים, לא יתכן שלא ייראה בליל השלושים ואחת- ככל שעוברים הימים מהמולד הוא גדל. אלא אם נאמר שבליל השלושים ואחת עננים הסתירו את הירח או מניעה אחרת שמנעה מלראות את הירח. **ר"ג (הנשיא) קיבל את העדים**. **ר' יהושע קיבל דבריו של ר' דוסא שהעדים שקרנים.** ר"ג גזר על ר' יהושע שיבוא אליו עם מקל ומעות (איסור מוקצה) ביום הכיפורים שחל לפי חשבונו. ר' עקיבא ביקר את ר' יהושע, וראה אותו מצטער על כך שעליו לחלל את יו"כ החל לשיטתו. ר' עקיבא מנחם אותו, שהרי בסיכום עניין המועדות נאמר "אלה מקראי קודש אשר תקראו **אתם** במועדם"- המילה אותם נכתבת ללא ו'. משם דורשים חז"ל- **התורה נתנה סמכות לבי"ד לקבוע את זמני החגים**. לכן, מה שקבע בי"ד ובראשו ר"ג **הוא המחייב** ואין לך מה להצטער על כך. אמר לו ר' דוסא: ישנה סמכות לבי"ד של ר"ג, שהרי **כל בי"ד שקם מימות משה רבנו בעל סמכות כבי"ד של משה רבנו עצמו.** ר' יהושע עשה כמצוותו של ר"ג והלך ביו"כ שנפל בחשבונו לר"ג.הגמ' שם: השופט שבימיך **הוא מקור הסמכות**- **עליך לציית לו**.

**אגרות משה**: הקב"ה נתן את התורה לישראל **שיעשו כפי שיבינו** את הכתוב ואת המסור בע"פ בסיני, ויותר לא יפרש ולא יכריע הקב"ה בדיני התורה, ש**לא בשמים היא** אלא הקב"ה הסכים מתחילה להבנת ופירוש חכמי התורה.

**שיטות אחרת בדבר חובת הציות לחכמים:**

**1. ירושלמי בהוריות**: הירושלמי דוחה את גישת הספרי וסובר **שכשלשיטתך חכמים טועים- אל תקשיב להם.** תקף רק אם אותו אדם חולק הוא תלמיד חכם בר סמכא הראוי להוראה.

**2. המשנה בהוריות**: ת"ח הראוי להוראה ששוכנע בכך שבי"ד טועים, ונהג כדעת בי"ד והסתבר שבי"ד טעו- צריך להביא קרבן. **על אותו ת"ח לא לנהוג כדעת בי"ד במידה והוא משוכנע בטעותם** (בחדרי חדרים בלבד ולא בפרהסיה).

**קצות החושן**: הקב"ה מנחה אותנו ללכת לפי **השכל האנושי**, ועלינו לנסות ולדבוק באמת ובצדק- אך **גם אם לא נגיע לאמת המוחלטת**, **זוהי מצות התורה** ללכת לפי הבנת השכל האנושי שהקב"ה חנן אותנו בו.

**כיוון קצת אחר בנידון זה של "שמאל שהוא ימין":**

**עקידת יצחק**: חכ' שמכריעים כל מקרה ע"פ הכללים – הנה הם מחריבי עולם. על חכמים **להתאים את הכללים** למקרים ספציפיים **ובאפשרותם לקבוע חריגות**, מה שאין בידי האדם הפרטי לעשות.

**המחלוקת:** האם המחלוקת היא תופעה שלילית או חיובית?

**מקורות לפיהם המחלוקת היא תופעה שלילית:**

**1. תוספתא**: ר' יוסי מתאר את המצב האידיאלי שהיה בעבר, בו לא היו מחלוקות. כל בי"ד הולך ע"פ מסורת ברורה. במידה ובי"ד אינו יודע – בי"ד הגדול מכריע את המחלוקת אע"פ הרוב, ומשם יוצאת הלכה לכלל ישראל שאין לחלוק עליה.

אמר ר' יוסי: תחילה לא הייתה מחלוקת בישראל. היה בי"ד הגדול בירושלים בלשכת הגזית – 71 דיינים, סנהדרין גדולה. שאר בתי דינים בחלק מן העייריות בא"י – 23 דיינים, סנהדרין קטנה. שני בתי דינים נוספים היו בירושלים – 23 דיינים; אחד בהר הבית ואחד בחיל (החומה שמקיפה את הר הבית). אדם שהתקשה בשאלה מסויימת הולך לבי"ד האזורי שבעירו, אין בי"ד בעירו – הולך לבי"ד שסמוך לעירו. אם בי"ד אליו הגיע שמעו (יודעים את המסורת ההלכתית הנוגעת לשאלה הנשאלת), ענה בי"ד את התשובה. לא שמעו, הלך אותו אדם יחד עם אב בי"ד האיזורי לבי"ד שבהר הבית – אם שמעו, ענה בי"ד את התשובה. לא שמעו, הלכו אותם שניים יחד עם אב בי"ד שבהר הבית אל בי"ד שבחיל - אם שמעו, ענה בי"ד את התשובה. לא שמעו, הלכו אותם שלושה יחד עם אב בי"ד של החיל אל בי"ד הגדול בלשכת הגזית. אם שמעו, ענה בי"ד את התשובה. לא שמעו – כל דיין מעלה את טיעוניו, לאחר מכן, הרוב קובע. רוב מטמאין – טימאו. רבו המטהרין – טיהרו. משם הלכה יוצאת ורווחת בישראל.

אך בהמשך המצב השתנה מכורח המציאות, והתחילו מחלוקות בישראל:

**משרבו תלמידי שמאי והלל** [טרום תקופת התנאים] **שלא שימשו כל צרכן** [כנראה שהכוונה היא לכך שלא דייקו ולא ירדו לסוף דעתם של רבותיהם] **הרבו מחלוקות בישראל וגרמו שתהיה תורה אחת כשתי תורות.**

**2. ירושלמי**: טוב היה אילולא לא היו מחלוקות. אך ישנה השלמה עם המציאות הבעייתית של המחלוקת (ועוד אינה עתידה לחזור למקומה), נכון לעכשיו אין פתרון אלא רק עד שיבוא משיח בעזרת השם בקרוב.

"בראשונה לא הייתה מחלוקת בישראל אלא על הסמיכה בלבד. ועמדו שמאי והלל [סוף תקופת הזוגות] ועשו אותן ארבע מחלוקות. **משרבו תלמידי ב"ש ותלמידי ב"ה ולא שימשו את רביהן כל צורכן**, ורבו המחלוקות בישראל. ונחלקו לשתי כתות, אלו מטמאין ואלו מטהרין. ועוד אינה עתידה לחזור למקומה עד שיבוא בן דוד".

**מקורות לפיהם המחלוקת היא תופעה חיובית נצרכת:**

**1. אבות דר' נתן**:

"שמא יאמר לך אדם אשב ולא אשנה, [שהרי כל אחד מגיע לתוצאה לימודית שונה ואם כך לכאורה אין תועלת בלימוד]. ת"ל "נתנו מרועה אחד". אל אחד בראם ופרנס אחד נתנם. ריבון כל המעשים אמרם". כל צד במחלוקת יש לו לגיטימציה, יש שיקולים לכל צד במחלוקת. לכל תוצאה לימודית שתגיע – יש לה מקור בתורתנו. במקור זה רואים שטוב שיש מחלוקות ועמדות שונות, עליך לשמוע את הצדדים של כל מחלוקת ולהחכים. יש צדק בכל הצדדים, הקב"ה נתן את התורה בצורה בה כל הצדדים צודקים. מבחינה פרקטית, וודאי שישנה רק דבר אחד אותו יש לעשות, לצורך העניין, שו"ע. אך מבחינה רעיונית ריבוי הדעות והשיטות הוא אידיאלי.

**2. ריטב"א עירובין י"ג,ב' – לא בשמיים היא**:

"אלו ואלו דברי אלקים חיים" – שאלו רבני צרפת ז"ל: האיך אפשר שיהו אלו ואלו דברי אלקים חיים וזה אוסר וזה מתיר? ותרצו: כי כשעלה משה למרום לקבל התורה, הראו לו על כל דבר ודבר מ"ט פנים לאיסור ומ"ט פנים להיתר. ושאל לקב"ה על זה [=מה עושים פרקטית, שני הצדדים נשמעים משכנעים מאוד], ואמר לו הקב"ה, שיהא זה מסור לחכמי ישראל שבכל דור ודור, ויהיה הכרעה כמותם.

**3. תוספתא עדויות**:

"לעולם הלכה כדברי המרובין. לא הוזכרו דברי היחיד בין המרובין אלא לבטלן. ר' יהודה אומר: לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובין אלא שמא תיצרך להן שעה ויסמכו עליהן (=דעת הדחק). וחכ' אומרים: לא הוזכרו דברי יחיד בין המרובים אלא מתוך שזה אומר טמא וזה אמר טהור, זה אמר טמא כדברי ר' אליעזר, אמרו לו כדברי ר' אליעזר שמעתה.

**הסבר דברי ר"י**: דעת המיעוט היא לגיטימית, ובנסיבות מסויימות אפשר יהיה לעשות בה שימוש.

**הסבר דברי חכ'**: במידה ומישהו יאמר "שמעתי מרבותיי שבמקרה כזה טמא", נאמר לו דבריך נמסרו מפי מסורת אמיתית ונכונה, אך מקור שמועתך כדעת המיעוט שלא הולכים לפיה (לדוגמא כר' אליעזר בדוגמא בתוספתא).

**דוגמא לשיטת ר"י המובאת במקור הקודם הלכה למעשה** במקור הבא:

**גמ' בשבת מ"ד,א' - מ"ה, א'**:

מחלוקת ר"י ור"ש האם בשבת אפשר לטלטל את הנר אף לאחר שהנר כבה. הלכה נפסקה כדעת ר"י שאסור לעשות כן. בשעת הדחק רב התיר את לטלטל את הנר מאחר שישנה דעת מיעוט שאפשר לסמוך עליה, דעת ר"ש המתיר זאת לכתחילה. דעת המיעוט בעלת חשיבות, היא עמדה לגיטימית. פרקטית לא נפעל לפיה לכתחילה, אך בשעת דחק כזו – נשתמש בה.

**כיצד נוצרה מחלוקת?**

**הרמב"ם**: ראינו בשיעור מס' 1 כי הרמב"ם סובר כי ישנן חמש סוגי הלכות בתושבע"פ. לשיטתו של הרמב"ם, בסוג הראשון והשני לא יכול להיות שתהיה מחלוקת, כיוון שהן "הלכה למשה מסיני" – מפיו של הקב"ה ממש ע"י העברת המסורת. אך בשאר הסוגים מעורב השכל האנושי, הסברה ואז יתכנו הבדלים בדרך הפרשנות וביישום הכללים והמידות שהתורה נדרשת בהם. הרמב"ם אומר שאי אפשר לטעון שחל שיבוש בהעברת המסורת במהלך השנים.

ד"ר חבה אומר כי הסיבה שהרמב"ם אמר זאת היא כיוון שסבר שבמידה ונאמר שייתכן והמסורת השתבשה בדרך, נאבד לחלוטין את כל הערך של העברת המסורת ויהיה אפשר לפקפק בכל מעמדה של המסורת.

**שמואל בן חופני גאון**: מונה גאון זה עשר סיבות להיווצרות סתירות ומחלוקות במשנה ובתלמוד. "והסיבה השביעית: קצת ממוסרי השמועות היו שמים לב לשמועתם וזוכרים אותה, ומקצתם לא נתנו ליבם עליה מחמת טירדה וסברו בה שלא כמו שאמר המוסר".

**מהם הכלים להכרעה במחלוקת?**

**לא בשמים היא: כלים שמימיים, נבואה, בת קול**.

**מקורות המציגים כלים שמימיים ככלים שאינם לגיטימיים להכרעת מחלוקת:**

**א. בבלי תמורה:** שלשת אלפים הלכות נשתכחו בימי כשנפטר משה. אמרו ליהושע שישאל את הקב"ה מהי ההלכה באותן הלכות שנשתכחו. אמר להם: **לא בשמים היא**. אמרו לו שישאל הוא את הקב"ה על כך. אמר להם: **אין הנביא רשאי לחדש דבר**.

**ב. בבא מציעא נ"ט,ב'; תנורו של עכנאי**: נחלקו ר' אליעזר וחכ' **האם יש ללכת לפי ההוכחות שמקורן מן השמים** כדוגמת החרוב, אמת המים, קירות בית המדרש ובת הקול. **ר' אליעזר סבור שכן**. חכ' ובראשם ר' יהושע **סברו שאין לפסוק מסקנות הלכתיות לפי ראיות שמיימיות.** למסקנה, נאמר בגמ' שם כשיטת ר' יהושע: שכבר נתנה תורה מהר סיני **אין אנו משגיחין בבת קול**, שכבר כתבת בהר סיני: "**אחרי רבים להטות**".

**ג. רמב"ם, הקדמה לפירוש המשניות:** העובדה שאדם נביא, אין זה מקנה לו יתרון מהבחינה הלימודית, דרכי העיון והסברא (2 הסוגים הראשונים לפי חלוקת הרמב"ם). נביא אשר יאמר כי **התנבא אליו הקב"ה** (במידה ואמר הנביא כי הגיע בדרכי העיון והסברה נשמע לדבריו ולא נפסול אותו) **ואמר לו כי יש להוסיף או לגרוע מצווה מן המצוות**, נבואה בעניין הלכתי, ואף אם יעשה אותות ומופתים על מנת להוכיח שהוא נביא אמת- **הינו נביא שקר**. שהרי משה רבינו, אמר בשמו של הקב"ה **שלא תבוא מאת הקב"ה תורה אחרת ולא תשתנה**. **אחרי רבים להטות**, וההלכה כדברי אלף חכמים וחכם, ולא כדברי אלף נביאים נכבדים.

**מקורות המציגים כלים שמימיים ככלים לגיטימיים להכרעת מחלוקת:**

**א. בבלי, עירובין י"ג:** "יצאה בת קול ואמרה: 'אלו ואלו דברי אלהים חיים הן, והלכה כבית-הלל".

**ב. ריה"ל, הכוזרי:** כיצד חכמים יכולים להתקין תקנות ולגזור גזירות? הלא ישנו איסור "לא תוסיפו על הדבר", "לא תוסף עליו ולא תגרע...". **פס' אלו נאמרו רק להמון העם** שלא יפעלו מסברות הכרס. רק **הנביאים**, הכהנים והשופטים **רשאים להוסיף ולגרוע**. אותן דמויות מקבלות סיעתא דשמייא המופעלת באמצעות שכלם וחכמתם וכמובן עמלם במהלך השנים. לא ייתכן כי דמויות אלה יטעו כיוון שהם רבים במספרם ובזכות יכולותיהם השכליות ועמלם בתורה. **ריה"ל סבור כי לנביאים ישנה סמכות בעניינים הלכתיים.**

**ג. הראי"ה קוק, אגרות הראי"ה:** הכלל של "לא בשמיים היא" אינו מוחלט, לפי פשט המשנה באבות: "**וזקנים לנביאים**"- הנביאים חידשו הלכות והעבירום הלאה. לשיטת הרב קוק חלותו של הכלל "לא בשמיים היא" פועלת ע"פ החלוקה הבאה: במקום בו מצד הטיעונים השכליים רק לצד אחד של המחלוקת, לנבואה ולשאר הכלים השמימיים אין כוח לגבור על התוצאה השכלית. אך **במקום בו יש טיעונים שכליים לשני צדי המחלוקת**- ההכרעה בספק יכולה להיות ע"י כלים שמימיים. כך מוסברת בת הקול שפסקה הלכה כבית הלל. (ניתן לתרץ את המשנה באבות לשיטת הרמב"ם: הנביאים רק העבירו את המסורת הקיימת, ולא חידשו חידושים הלכתיים)

**ד. הראי"ה קוק, שו"ת משפט כהן:** במקום בו ישנם צדדים שכליים לשני צדי המחלוקת, למעשה מבחינה תורנית שני הצדדים נכונים הלכתית, **רק ההכרעה הפרקטית מתבארת לפי בת הקול**. אך במקרה בו אין שני צדדים שכליים לספק, אלא רק צד אחד הגיוני שכלית- **אין נביא רשאי לחדש דבר**, אפילו כשאין כאן נגד התורה, **מפני שנראה כתורה חדשה.**

**ה. שו"ת מן השמיים:** שו"ת שבו מובאות שאלות ששאל יעקב החסיד בשמים, והתשובות שענו לו מן השמיים. גם ספרו של **מרן השו"ע "מגיד מישרים"** קיבץ סודות קבליים שנגלו לו ע"י המגיד שנגלה אליו. עצם קיומו של שו"ת כזה, הפוסק הלכה ע"פ תשובות שמיימיות **מציג דעה אשר נותנת לגיטימציה לפסיקת הלכה בצורה כזו**.

**הכרעה ע"פ רוב**

**תוספתא סנהדרין**: בשאלה שמובאת לפני בי"ד, אפילו אם רק אחד החכמים אומר כי יש לו קבלה (שמועה) מרבותיו המתייחסת לשאלה הנידונה, ואילו שאר החכמים אומרים כי אין להם קבלה מרבותיהם. ההכרעה אינה לפי רוב במקרה זה**, מכיוון שישנה קבלה ומסורת** של היחיד **ועל פיה נפסקת ההלכה.**

**במקום שבו אין מסורת הלכתית**, ובשאלה בה נחלקו חכמים, כל אחד מן החכמים מביע דעתו ההלכתית-שכלית. **במקרה זה ההכרעה תיפול ע"פ דעת הרוב**; רוב המתירים/אוסרים.

חכם אחד מציג מסורת מסויימת אותה קיבל **מפי שני חכמים שונים**, ואילו שני חכמים אחרים קיבלו מסורת הפוכה, **שניהם מאותו חכם**. במקרה כזה נלך לפי מסורתו של האחד- כיוון שאנו **הולכים לפי מקורות המסורת, ולא לפני שומעי המסורת**. מהסתכלות שטחית נראה כי ההכרעה היא לפי היחיד ולא לפי הרוב, אך כשמתעמקים רואים **שההכרעה היא לפי רוב- רוב מקורות המסורת**.

**בבלי, ע"ז ז',א'**: שני חכ' חלקו ביניהם אם לאסור או להתיר. במקרה בו אחד החכמים **גדול מחברו** **בחכמה ובמנין- לך אחרי שיטתו**. **אם אין אחד גדול** מחברו- **לך אחר המחמיר**. ר' יהושע בן קרחה: **בדאורייתא, לך אחר המחמיר. בדרבנן- לך אחר המקל.**

**תוקפו המחייב של התלמוד:**

**הקדמת הרמב"ם ליד החזקה**: **בימי התלמוד**, היה מרכז תורני עיקרי ומרכזי בבבל ממנו יצאה תורה לשאר קהילות ישראל. תקנות, גזרות ומנהגים שהיו בימי התלמוד התפשטו לכלל קהילות ישראל. כופין את כל קהילות ישראל לנהוג בכל המנהגים שנהגו חכמים שבתלמוד. הואיל וכל אותם הדברים שבתלמוד הסכימו עליהם כל ישראל. **בתקופה שלאחר התלמוד**, המרכז התורני שהיה בבבל התפזר למקומות שונים בעולם וחיו יותר כקהילות לעצמן, כל קהילה שפסקה פסק מסויים **אותו פסק חייב רק את אותה הקהילה** ולא את כלל קהילות ישראל.

**דרשות הר"ן**: לפי שבזמן ההוא היו חכמים ישראל מקובצים בישיבותיהם לאלפים ולרבבות...וכיוון שהסכימו רוב מניין החכמים ההם בדברים המוסכמים בגמרא, **נצטווינו לילך אחריהם מזאת המצווה שהיא אחרי רבים להטות**.

**הכסף משנה, מרן השו"ע**: לפי שיטת הרמב"ם בי"ד רשאים לחלוק על בי"ד שלפניו **בהלכות שנלמדו ע"י י"ג מידות** ובאמצעות הסקה שיכלית, **אף אם אינם גדולים בחכמה ובמנין**. ב**גזרות ותקנות**, רשאי לחלוק בי"ד המאוחר **רק במידה והוא גדול בחכמה ובמנין.**

א"כ, **מדוע אמוראים לא יכולים לחלוק על תנאים** **באותן הלכות שנלמדו ע"י התנאים בלימודים שכליים**? מיום חתימת המשנה קיימו וקיבלו **שדורות האחרונים לא יחלקו על הראשונים**. וכן עשו גם בחתימת הגמרא- מיום שנחתמה, לא ניתנה רשות לחלוק עליה.

**סיבה אחרת מדוע אין לחלוק על תנאים: הערות החזון איש על הדברי סופרים**: **אין אופציה וברירה שלא לעשות זאת.** הפער בין התנאים לאמוראים היה גדול כ"כ, שלאמוראים היה ברור שלא יתכן כי האמורא צודק ויבטל דעתו של התנא. כך הפער בין האמוראים לדור שאחריהם, היה גדול כ"כ שלא הייתה ברירה לחכמי הדור שאחרי אלא לקבל את דברי האמוראים ולא לחלוק עליהם.

**שו"ע, חו"מ**: "כל דיין שדן **דיני ממונות** וטעה, **אם טעה בדברים הגלויים והידועים,** כגון בדינים מפורשים במשנה או בגמ' או בדברי הפוסקים (המאוחרים) ("טעות בדבר משנה", בלשון הגמ')- חוזר הדין ודנין אותו כהלכה, **משנים את פסק הדין.**

**הרמ"א**: **פוסק מאוחר יכול לחלוק על פוסק קודם, אך יש לעשות זאת בזהירות**- לא סתם חולקים על פוסק קודם אך ישנה אפשרות.

**היחס בין הפסיקה המאוחרת לבין הפסיקה המוקדמת – הלכתא כבתראי**

כלל הלכתא כבתראי (הלכה כפוסק האחרון) במקורו נאמר ע"י הגאונים **ביחס לחכמי התלמוד**, ישנה מחלוקת האם כלל זה כולל אף את הפוסקים שיבואו לאחר התלמוד.

**סדר תנאים ואמוראים:** כל מחלוקת בין תנא לתנא או אמורא לאמורא, ולא נפסקה הלכה כאחד מהם – **במידה והמחלוקת היא בין רב לתלמידו, הלכה כרב. מדורו של רבא - הלכה כאמורא האחרון.**

**תוס' קידושין:** מדוע דווקא החל מדורו של רבא הלכה כבתראי? "לפי שדקדקו יותר מן הראשונים להעמיד הלכה על בורייה". **לימוד בצורה מעמיקה ומקיפה** יותר מאשר אמוראים ראשונים.

**שו"ת מהרי"ק**: בתראי הכירו את דברי הראשונים, ואילו קמאי לא הכירו את דברי בתראי. **מדוע דווקא מרבא והילך סומכים על הפוסק האחרון?** עד רבא סדרי הלימוד היו כך שהרב היה משנן (כמו תוכי) את דברי רבותיו, ומעבירם הלאה. החל מזמנו של רבא למדו התל' את כל שיטות החכ', כל המקורות התנאים כולם ולא רק המקורות אותם רבם מכיר ולימד. **ההכרעות אינן רק ע"י שינון,** אלא ע"י נשיאה ונתינה, בדיקה וחקירה של השיטות השונות.

**שו"ת הרי"ד:** משל הפילוסופים-הענק והננס. הנמשל: חכמתו של הראשון היא גדולה משל השני. אך כאשר חכמת החכם השני מתווספת לחכמת החכם ראשון – החכמה המצטברת היא גדולה יותר משל החכם הראשון לבדו. **כוחו של הידע המצטבר**.

**שו"ת הרא"ש:** שני סוגי טעויות של דיינים:

1. **"טעות בדבר משנה"** (טעות בדבר הלכה מפורש וברור): מבטלים את פסק הדין ונותנים פסק דין חדש. הדיין לא צריך לשלם מכיסו.

2**. "טעות בשיקול הדעת":** טעות כזו לא מבטלת את פסק הדין, אך עשויה לחייב את הדיין לפצות את הצד הנפגע מכיסו.

**הראב"ד**- "טעות בדבר משנה"- אין הכוונה לפסק שסותר דברי משנה או תלמוד מפורשים, אלא **אף פסק שסותר דבריהם של גאונים**.

**הרא"ש**- **פסק שסותר דברי גאונים אינה טעות בדברי משנה**. הכלל: הלכתא כבתראי רק בתנאי שהפוסק המאוחר הכיר את דברי הפוסק המוקדם.

**שו"ת הרמ"א:** ביקש מרבו שיכתוב ספר פסיקה, אך כיוון שיפסקו כמוהו (הלכתא כבתראי) לא רצה לקחת זאת על כתפיו מתוך ענווה.

**כלל הלכתא כבתראי מתייחס רק לחכמי התלמוד, ולא לפוסקים שאחר התלמוד:**

**מהר"ם אלאשקר:** לא ייתכן שהגאונים יגידו על הפוסקים שאחריהם כי ההלכה תהיה כמותם, כי **הם לא ידעו מי יבוא אחריהם**.

**גישת ביניים**

**גט פשוט:** תקף בתנאי ש**רמתו** של הפוסק המאוחר **לא פחותה** מרמתו של המוקדם. קריטריונים: גודל חיבורו, רמת פרסום חיבורו.

**הקדמת הבית יוסף:** הלכתא כבתראי לא כלל מחייב, ולכן פוסק לפי שלושת עמודי ההוראה (הרמב"ם הרא"ש והרי"ף) ולא לפי פוסקים בני זמנו.

**הקדמת הרמ"א:** פסיקתו של מרן סטתה הרבה מהפסיקה האשכנזית, אשר היא אמונה על הכלל הלכתא כבתראי. לכן, החליט הרמ"א לכתוב את הגהותיו שיתייחסו לשיטת הפסיקה האשכנזית.

**טענת "קים לי"**

נוגעת **רק לאיסורי ממונות**. זו טענה שיכול לטעון אדם שמוחזק בממון, **אין בכוחה להוציא ממון מהצד שכנגד**, אלא לפטור מתשלום.

**שני סוגי מחלוקות ממוניות:** טענת "**קים לי" נוגעת רק למחלוקות משפטיות**, ולא למחלוקות עובדתיות.

1. **מחלוקת עובדתית**- הכלל "המוציא מחברו עליו הראיה" מתייחס למחלוקת עובדתית. **על התובע נטל ההוכחה**.

2.**מחלוקת משפטית**- מקרה בו **העובדות מוסכמות**, וישנה מחלוקת משפטית בה נחלקים בעלי הדין האם במקרה כזה למי שייך הכסף.

טענת "קים לי" היא במקרה שדיין הגיע להכרעה כי על הנתבע לשלם. בא הנתבע ומביא פוסקים רבים שסוברים כי הוא פטור משלם, וכי **הוא עצמו סבור כמו אותם פוסקים**. במקרה כזה, אי אפשר יהיה להוציא ממנו את הממון.

**הגבלות לשימוש בטענת "קים לי":**

**אורים ותומים:** כל מחלוקת שפוסקים בה השו"ע והרמ"א, והסכימו אחד עם השני לגביה ולא כתבו דעה אחרת בספרם, שאר הדעות שלא נכתבו בשו"ע וברמ"א אינן בנות-סמכא להסתמך עליהן בטענת "קים לי".

**שו"ת הרדב"ז:** אם לא נגביל את טענת "קים לי" יהיה אפשר להשתמש בה כמעט בכל דיון ממוני.

הגבלות לשימוש בטענת "קים לי":

**1**. אי אפשר לטעון טענת "קים לי" **כנגד הפוסק המקומי**. **2**. כשיש **מנהג ברור**, אי אפשר לטעון "קים לי" כנגד אותו מנהג. **3**. **לא ניתן** לטעון "קים לי" כ**דעת היחיד כנגד דעת הרבים**. אולם אפשר לדוגמא: לטעון כשניים מול עשרה. **4**. במחלוקת של **חכם נגד חכם**, אפשר יהיה לטעון "קים לי" רק אם שני החכמים הם **באותה הרמה**. **5**. על העמדה בה משתמשים בטענה להיות **מפורסמת**.

**שו"ת יביע אומר:** במקרים מסויימים יכול ביה"ד לטעון עבור אחד הצדדים טענת "קים לי".

**סמכות חכמים בתחום החקיקה**

**תקנות-** הסדרים ממוניים בין אדם לחבירו או בין אדם לציבור ולקהילה, בהתאם לצורך ולנסיבות המתחדשות בכל תקופה ובכל קהילה **גזירות-** הרחבה של איסורי התורה, שמטרתם להרחיק את האדם מן האפשרות שייכשל.

**בבלי, שבת:** נרות חנוכה הם מדרבנן ולא מהתורה, מדוע מברכים עליהם "אשר קידשנו במצוותיו ו**ציוונו**"?

1. **רב** **אויא**: "**לא תסור**"- ציווי זה מורה לנו לשמוע בקול חכמים, אף לתקנותיהם.

2. **רב** **נחמיה**: "שאל אביך ויגדך **זקניך ויאמרו לך**". התורה ציוותה לנו לשמוע בקול חכמים, ולכן יש בכך משום קיום מצוות ה'.

**הקדמת הרמב"ם למשנה תורה:** יש סמכות לחכמים לחדש מצוות, לומד זאת מהפס' "**לא תסור** מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"

**דברים י"ג,א' , דברים ד',ב':** "לא תוסף עליו ולא תגרע ממנו", "לא תוסיפו על הדבר...ולא תגרעו ממנו".

**רש"י**- הציווי לא להוסיף כוונתו **לא להוסיף בתוך המצווה** עצמה ולשנותה, אולם, **מותר להוסיף מצווה חדשה** ממש.

**רמב"ם הלכות ממרים ב',ט':** הכלל הוא: במידה וחכמים מייחסים את הגריעה אל עצמם- מותר. אם חכמים מייחסים את הגריעה **לתורה עצמה- אסור** (עוף בחלב- החמרה ולא איסור מהתורה).

**הכוזרי, ריה"ל:** לחכמים ולנביאים מותר להוסיף ולגרוע, אך לאדם מן השורה אסור.

**היקף סמכות החכמים בתחום החקיקה:** בשאלה האם ישנו כוח ביד חכמים לגזור גזירה, שעניינה לאסור דבר אשר אותו התורה התירה לעשות? **ישנה הבחנה בין מצוות עשה לבין מצוות לא תעשה:**

**מצוות עשה:** לחכמים יש סמכות לעקור מצוות עשה דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה"- אל תקיים מצוות עשה שהתורה אמרה לך לקיים. (שופר בשבת, 4 המינים בשבת)

ישנם ראשונים שמגבילים את אפשרות חכמים לעקור דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה", רק למקרים בהם המצווה לא נעקרת לגמרי.

**מצוות לא תעשה:** אין סמכות לחכמים לעקור דבר מן התורה ב"קום ועשה", הוראה לעבור על איסור תורה. לדוגמא: אין כוח ביד חכמים לומר שמעתה מותר יהיה לאכול בשר וחלב.

**חריגים:**

**א. הוראת שעה:** **יבמות, גיטין-** מרגע שהוקם ביהמ"ק, ישנו איסור להקריב בבמות (הקמת מזבח מחוץ לבית המקדש).

בספר מלכים אליהו מציע להקים שני מזבחות, אחד לקב"ה ואחד לאלוקיהם. האש תצא ותאכל את הקרבן של האלקים האמיתי.

הגמ' מעמתת את איסור ההקרבה בבמות מול מעשהו של אליהו, ועונה- "עת לעשות לה' הפרו תורתך". **זו הייתה הוראת שעה.** מותר **להפר איסור** תורה זה **על מנת להרבות** את קיום התורה.

מקרה נוסף- חובה לאכול מצות בפסח. בימי אסתר תקנו תענית **על מנת להציל את העם מכליון**, חרף העובדה שלא יאכלו מצות.

הוראת שעה שנמשכת כבר אלפיים שנה- בימי התנאים, התירו לכתוב את התורה שבע"פ, **מחמת החשש שהיא עלולה להשכח**. על אף שהתר זה נמשך כבר אלפיים שנה, זוהי עדיין הוראת שעה, והיא יכולה להמשך כל עוד הנסיבות להיתר נמשכות ונצרכות.

**סנהדרין מ"ו, א'-** הכלל "בית דין מכין ועונשין **שלא מן התורה**" הוא חלק מסמכות חכמים בהוראת שעה, אך הוא מיוחד לתחום הפלילי, תחום בו נעשה בו שימוש מיוחד (מיום שבטלה הסנהדרין, אין לבית הדין סמכות לענוש על פי דין תורה).

**דוג':** על מנת לבלום את תופעת ההתיוונות, חכמים החליטו **כדי לחזק את שמירת השבת** יש להעניש במוות רוכב על סוס בשבת (למרות שאיסור רכיבה הוא מדרבנן ולא מהתורה).

**ב. הפקר בי"ד:** ככלל, רק בעה"ב יכול להפקיר את רכושו. אולם, גם בי"ד יכול לקבוע כי רכושו של אדם אינו שייך לו, ואף להעביר את הבעלות מהחפץ אל אדם שלישי. נשאלת השאלה, כיצד חכמים יכולים לעשות זאת? הלא לכאורה יש במעשה זה משום איסור גזל.

**גיטין ל"ו:** המקור לסמכותם של חכמים לעשות כן- **עזרא-** עזרא איים על העם שבמידה ואחד מהם לא יבואו לעצת השרים והזקנים יוחרם כל רכושו- ממקור זה למדים על כוחם של חכמים **רק להפקיר רכושו של אדם, אך לא להעבירו לאדם אחר.** **יהושע-** כשם שאב מוריש רכושו לבנו, כך בי"ד רשאי להפקיע ממון ולהעבירו למי שירצה.ממקור זה למדים על כוחם של חכמים **אף להעביר בעלות.**

**תוספתא שקלים:** איסור כלאיים: אסור לגדל שני סוגי גידולים שאינם מאותו מין באותה ערוגה. אולם, כלאיים שנזרעו, בדיעבד מותרים באכילה. בחודש אדר היו שלוחי בי"ד מפקירים את תוצרת שדות הכלאיים, **ע"מ למנוע מאנשים לעבור על איסור כלאיים**.

**ג. הפקעת קידושין:**

**משנה גיטין ד', א'-ב'** ניתן לקדש או לגרש אישה ע"י שליח. אדם שמינה שליח לגרש את אשתו והתחרט- הוא יכול לבטל כל זמן שהשליח לא הספיק להגיע אל האישה, ע"י הודעה לשליח או לאישה ולבטל. **מדאורייתא** ישנה אפשרות אחרת- להגיע את בי"ד שסמוך אליו ולבקש ממנו לבטל את הגט ששלח. יכולה להווצר מכך תקלה, האישה, תחשוב שהגט הוא גט, ולא תדע שהבעל הלך וביטל אותו בבי"ד. **כדי למנוע בעיה זו תיקן רבן גמליאל שלא יוכלו לבטל גט בבי"ד מפני תיקון העולם**.

**גיטין ל"ג, א'-** נחלקו תנאים במקרה בו אדם עבר על אותה תקנה של ר"ג שהזכרנו וביטל את הגט בבי"ד, האם הגט בטל בדיעבד? **רבי:** הגט מבוטל בדיעבד, הנישואין בתוקף. **רשב"ג:** הגט אינו מבוטל, הגט הוא גט. שא"כ מה כח בי"ד יפה?

שואלת הגמ': **כיצד תקנת חכמים של "מפני תיקון העולם" יכולה להפקיע דין תורה** שמאפשר לבטל גט בבי"ד? ישנו תנאי כללי הפועל על כל קידושין, שהן ע"פ דעת חכמים. במקרה זה, **חכמים הפקיעו את הקידושין** בין אותם בני זוג- יוצא כי הם לא היו נשואים מעולם.

**ירושלמי גיטין-** הקידושין מופקעים **מכאן ולהבא**, אך **לא רטרואקטיבית**.

**ביטול תקנות:** יותר קל לבטל תקנה וגזירה כשהטעם שלה ידוע מאשר תקנה שהטעם שלה לא ידוע.

**משנה גיטין:** יש תקנות שחכמים התקינו **והם הסבירו את טעם התקנה בהבאת נימוקו**. דוגמאות: **א.** אם לקחו אדם בשבי אין פודים אותם אלא במחיר סביר. הסיבה לתיקון התקנה- **מפני תיקון העולם** (אחרת זה נותן לחוטפים לגיטימציה להמשיך לחטוף).

**ב.** ילד מצא כסף ברחוב אע"פ שההרמה שלו לא מקנה לו את הכסף מהתורה כי הוא קטן, באו חכמים ותיקנו שהכסף שייך לו **מפני דרכי שלום,** פירוש, שהוריו של הקטן לא יתקוטטו עם אדם שיראה את הקטן מוצא ויקח ממנו, כיוון שהקטן לא זוכה מדאורייתא.

**עבודה זרה ל"ה,א':** לפעמים חכמים תיקנו תקנה למשך שנה **ללא הבאת נימוקה**. הסיבה- בשביל שתתפשט בארץ, ולאחר שנה מביאים את הנימוק, **ומכיוון שההלכה כבר התפשטה בכל הארץ**, הציבור **לא יוכלו לפעול נגד התקנה** בטענה שהנימוק לא הגיוני.

**קריטריונים לביטול תקנות שטעמן אינו ידוע:** **משנה עדויות:** בית הדין המבטל צריך להיות **גדול בחכמה ובמניין** מבית הדין שהתקין את התקנה. **עבודה זרה:** **מידת התפשטותה** של התקנה בישראל. **רמב"ם:** **תקנה שפשטה בכל ישראל**- ניתנת לביטול רק אם בית הדין המבטל צריך להיות גדול בחכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה. **תקנה אשר לא התפשטה בכלל ישראל**- אפשר לבטלה אף בלי בי"ד שיהיה גדול בחכמה ובמניין. **חריג:** תקנה שפשטה בכל ישראל אך היא **סייג לאיסור שבתורה- לא ניתן לבטל בשום מקרה.**

**מגבלות לחכמים על אופן התקנת התקנות: רמב"ם:** **1.** "אין גוזרים גזירה על הצבור **אלא אם כן רוב הצבור יכולים לעמוד בה**".

**2.** גזירה שגזר בית דין וחשב שרוב הציבור יכול לעמוד בה, **ולא פשטה בכלל ישראל**- **בטלה מעצמה** ולא צריך לבטלה.

**ביטול תקנות שטעמן ידוע: ביצה:** **1.** לפני מתן תורה הותקנו 2 תקנות- לא לקיים יחסי אישות ולא לעלות להר סיני. הטעם היה ידוע (מעמד הר סיני), ובכל זאת נזקקו להיתר מיוחד לחזור לקיים יחסי אישות ולעלות על הר סיני. **2.** בשלוש השנים הראשונות של כל נטיעה, אסור לאכול את הפירות שגדלו ("ערלה"). בשנה הרביעית יש להעלות את הפירות לירושלים ולאכול אותם שם בקדושה ("נטע רבעי"). מן השנה החמישית והלאה, הפירות מותרים לכל. מי שגר רחוק מירושלים, וקשה לו להעלות את הפירות, יכול לפדות את הפירות בכסף, לעלות לירושלים, ולקנות בכסף זה פירות ולאוכלם שם בקדושה. חכמים תיקנו שבאזור הקרוב לירושלים, אין לפדות פירות, אלא יש להעלות את הפירות עצמם לירושלים. **הטעם לתקנה**- **כדי שיהיו שווקי ירושלים מעוטרים ומלאים תמיד בפירות**. לר' אליעזר היה כרם בתחום זה, וביקש להפקיר את פירותיו לעניים, כדי לא לטרוח להעלותם לירושלים. אמרו לו תלמידיו שכבר נימנו חכמים **וביטלו את התקנה,** כיוון שמדובר בתקופה שלאחר חורבן הבית, ועל כן הטעם לתקנה כבר לא רלוונטי.

**מכאן-** לא בטלה התקנה מאליה אף שבטל הטעם, אלא **רק לאחר שנימנו חכמים לבטלה**.

**מי יכול לבטל תקנה אשר טעמה ידוע וכבר לא רלוונטי?** **רמב"ם:** **בכל תקנה מכל סוג שהוא,** בין שטעמה ידוע ובין שטעמה לא ידוע רלוונטית או לא רלוונטית, בכל מצב קיימת **חובה שבית הדין שמבטל את התקנה יהיה גדול בחכמה** ובמניין מזה שתיקן את התקנה. **הראב"ד, המאירי:** בית הדין המבטל תקנה אשר טעמה ידוע, אך לא רלוונטי יותר, **לא חייב להיות גדול בחכמה ובמניין.**

**רא"ש, רדב"ז:** תקנה שטעמה ידוע והיא כבר לא רלוונטית **לא צריכה ביטול כלל, היא בטלה מעצמה**.

**הערה:** חכמים יכולים לגרום לנו לעבור על תקנות במקרים כמו לדוגמא, הוראת שעה (קל וחומר אם דין תורה מותר- גם תקנות).

**תקנות הקהל:** יש בסמכותו של הקהל עצמו להתקין תקנות, כאשר ישנה מעורבות מסויימת של בית הדין או של החכמים.

**תוספתא ב"מ:** רשאים בני עיר לקבוע כללים מסוימים כלפי הציבור (כמו מס לפעילות ציבורית), ולקנוס את מי שלא יעמוד בתקנה.

**תשובות הגאונים:** 2 דרכים להתקין תקנות: **1**. ע"י החכמים. **2**.כל בני המדינה מתכנסים להתקין תקנה והיא מתקבלת על כולם- התקנה הופכת להיות תקנה מחייבת.

**שו"ת רבנו גרשום:** מעמדו של הציבור/הקהל **זהה לכוחו של בית דין**. כללים שהורחבו גם לסמכותם של הקהל להתקין תקנות: הפקר בית דין הפקר ו"בית דין מכין ועונשין". הכלל הראשון לתקנות מהתחום האזרחי, והכלל השני לתקנות מהתחום הפלילי.

מקרה של ספינה שטבעה והקהל הפקיר את האבידות שנמכרו לאדם אחר בשביל להשיבם לבעליו. **כפי שבהפקר בי"ד הפקר יש כוח ביד חכמים להפקיר רכוש של אדם ולהעניקו לאחר, כך גם הציבור יכול להפקיר את הרכוש שמצאת ולהחזירו לבעליו המקוריים.**

**שו"ת הרשב"א:** יש לקהל סמכות לתקן תקנות ו**כמו שאדם מחויב לדין תורה כך הוא גם מחויב לתקנות של הציבור**.

כאשר בני זוג רוצים להתחתן קיימת חובה שבמעמד הצעת הנישואים יהיו שני עדים. תקנה שתוקנה בקהילות מסוימות, אוסרת לקדש אישה אם לא יהיו עשרה אנשים שישמשו בתור עדים (כאשר מדאורייתא נדרשים שני עדים בלבד).

**שו"ת הרא"ש:** האם הרוב יכול לכפות את תקנתו על הפרט? **לא ניתן להגיע להסכמה מוחלטת, אך כולם מחויבים** מכיוון שאם ניתן לאדם מסווים לחרוג מן הכללים אז אף אחד לא יקבל את הכללים ויבצע אותם. לדוג: אם נפטור אדם אחד מלשלם מיסים אז אף אחד לא יסכים להיות "פראייר" ולשלם.

**מרדכי:** אין בכוחו של הרוב לכפות את המיעוט **אלא אם כן** **המיעוט קיבל על עצמו מראש** להישמע לתקנות הקהל.

**שו"ת הרשב"א:** החלטות של **נבחרי ציבור** תקפות כלפי כל הקהל, כפי שהחלטות של בית הדין חלות על כולם.

**ב"ב:** **כאשר יש אדם חשוב** (תלמיד חכם הבקיא בהלכה ובתורה) בקהילה **הציבור לא יכול לתקן תקנה מבלי לקבל ממנו אישור.**

**אם אין אדם חשוב אז לא צריך אישור**. (מקרה השוחט והעורות- תקנה שבוטלה מסיבה זו).

**שו"ת הריב"ש:** התנאי הנדרש של **אישור "איש חשוב"** הוא **רק כאשר מדובר בהסדר של אגודה מקצועית** (בעלי מקצוע). כאשר מדובר בתקנה שתקפה **כלפי כל העיר לא צריך אישור** של אדם חשוב.

**רא"ש:** **גם כאשר מדובר בתקנה של כל בני העיר** יש צורך באישור של אדם חשוב.

**למה נדרש אישור של "אדם חשוב"?**

1. על מנת **למנוע עושק**- להבטיח שמדובר בתקנה שלא מקפחת אחרים או פוגעת בהם (בעיקר מקרים של אגודה ציבורית).

2. לבדוק ש**התקנה** **לא סותרת הלכה קיימת** (בעיקר כלפי תקנות לכלל הציבור).

**לתקנת קהל אסור לסתור דין תורה**

**שו"ת הריב"ש:** במקרה של שטרות של גויים, על פניו מותר להשתמש בהם (מותר להתנות על דיני ממונות), אך אם השטרות כוללות ריבית (האסורה מהתורה, ולא ניתן להתנות על דיני איסורים)- אסור לציבור לתקן תקנה המאפשרת זאת. **כפי שלחכמים אסור לתקן תקנה שהיא עבירה על איסור כך גם קהל לא יכול לתקן תקנת קהל הסותרת דין תורה.**

**המנהג:** האם בכוחו של המנהג **לחדש** הלכה?

**גמ' פסחים:** (מקרה בו לא זכר הלל אם מותר לטלטל את סכין הקרבן בפסח, וראה שהציבור מטלטל את הסכינים בתוך צמר בהמותיהם ונזכר שכך ההלכה) במקרה זה, **המנהג מגלה מהי ההלכה הקיימת, אך לא מחדש או יוצר הלכה חדשה**.

**הטור:** תקנת השוק- אדם קונה חפץ אשר מתגלה כי הוא גנוב. **לפי** **ההלכה-** במקרה של גזילה , בעלי החפץ לא מתייאש כיוון שייתכן ויוכל למצוא את הגזלן. ולכן, על קונה הגזילה להחזיר את הגזילה לבעליה המקוריים. במקרה של גניבה , בעלי החפץ התייאש – ולכן הקונה רשאי להשאיר את החפץ בבעלותו. **מנהג סותר-** גם הקונה חפץ גנוב, ולא רק גזול יצטרך להשיב אותו לבעלים המקוריים. **הטור פוסק כי** **יש לפעול ע"פ המנהג, ולא לסטות ממנו.**

**ילקוט שמעוני:** האבות הנהיגו מנהג להתפלל שלוש תפילות. **לא ניתן להוסיף מנהגים על דעתנו**, אלא רק מה שהתקינו קדומים.

**ירושלמי ב"מ:** **א**. מדבר על תנאי העסקה של פועלים- המעסיק **מחויב לנהוג כמנהג המדינה**. **בכוחו של המנהג ליצור הלכה חדשה. ב**. מקרה נוסף בו נקבע כי תפריט המזון שמסופק לפועלים גם כן יהיה כמנהג המדינה, ואין צורך לקבוע אותו מראש.

**ירושלמי יבמות:** יש מנהג לקיים את טקס החליצה בסנדל. אפילו אם יבוא אליהו הנביא ויאמר כי חולצים בנעל ולא בסנדל לא נקשיב לו, כיוון שיש מנהג לחלוץ בסנדל. **המנהג מבטל הלכה.** לשיטת הירושלמי, **אף בדיני איסור והיתר ולא רק בדיני ממונות**- בכוחו של המנהג **לבטל הלכה**. אולם, משמע **מכל המקורות, מלבד מקרה זה, כי בדיני איסור והיתר אין בכוחו של המנהג לבטל הלכה.**

**שו"ת התשב"ץ: בדיני ממונות** בכוחו של מנהג לבטל הלכה. **כוחו של המנהג** תלוי בכמה הוא **קדום** וכמה הוא **נפוץ.**

**שו"ת הרא"ש:** מנהג הסותר בין דיני איסור והיתר ובין דיני ממונות, אין ללכת אחר המנהג. כ"כ, **אין כח למנהגים לסתור דיני תורה.**

**שו"ת הרשב"א:** מנהג הסותר דיני ממונות: **מנהג גוים- אין לו תוקף**. **מנהג ישראל- יהיה לו תוקף** אף אם סותר דיני ממונות.

**מנהג הסוחרים:** לשם ביצוע מכר יש לבצע מעשה קניין (הגבהה). הסוחרים פיתחו מנהג לרשום על חביות שנמכרו לפלוני ובכך סיימו את המכר (קניין סיטומתא). למרות שלפי התורה יש לבצע מעשה קניין לשם סיום העסקה, הגמרא קובעת שמנהג זה תקף ומחייב.

**מעמד חוקי הכנסת ע"פ ההלכה** מהו היחס בין ה**דין הישראלי** הנוהג במדינה לבין ה**דין ההלכתי**?

**כיצד יוכל דין זר לחייב את ההלכה?** 1. לראות בחוק כמעין **תקנות הקהל.** 2. לראות בחוק כמעין **מנהג.** ציבור הנוהג לפי חוק מסוים זמן רב, זהו מנהג ובכוחו לחדש הלכה. 3. **דינא דמלכותא דינא**. ההלכה מכירה בדין המלכות **אף כאשר דיניה סותרים את ההלכה**.

**דינא דמלכותא דינא: גמ' נדרים:** על פי המשנה ניתן להתחמק מתשלום מיסים. אבל על פי ההלכה יש הכרה בשלטון זר מכוח דינא דמלכותא דינא. **2 תירוצים** לכך: **א.** מקרה של מוכס שאין לו קצבה (המוכס **אינו נוהג בשוויון**). דינא דמלכותא דינא תקף **רק כאשר הדין הוא שוויוני ולא עושה עוול.** **ב.** מקרה של מוכס העומד מאליו (גובה **מטעם עצמו** ולא מטעם המלכות).

**גמ' ב"ב:** ע"פ ההלכה חזקה בקרקע מהווה רק ראייה לפיה בית דין יכול להעביר בעלות, לעומת הדין הפרסי בו יש לחזקה בקרקע משמעות מהותית ולמעשה יוצרת את הקניין. **הגמ' מסכימה לכך שחזקה היא מהותית, מדינא דמלכותא דינא של הפרסים.**

**הנימוקים לתחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא":**

**1. הר"ן:** **תקף רק במלכי עכו"ם,** מכיוון שיש בכוחם לגרש את אלו שלא יצייתו לחוקים. **מלכי ישראל- לא תקף** (ארץ ישראל שייכת לכולם). **שליטת המלך בשטח מדינתו נותנת לו את האפשרות לחייב את נתיניו בחוקי המדינה**.

**2. הרשב"ם:** למלך **אין זכות לכפות** את חוקי מדינתו על אזרחיו, אלא **האזרחים עצמם מקבלים על עצמם** מרצונם **את חוקי המלך**.

**3. הרמב"ם:** סמכות המלך נובעת מכך **שהסכימו האזרחים להיות כעבדים למלך**, ומכח זה הינם כפופים לחוקיו.

**4. רש"י:** **אחת מ7 מצוות בני נוח** היא **מצוות דינים**, המורה על הקמת בתי דינים, ועל כן גם אנו מצווים להישמע לדינים אלו.

**5. ר"ת:** מקור הכלל הוא **בתקנת חכמים**. חכמים באחד הזמנים תקנו תקנה המסדירה את היחסים בין השלטון ליהודים, התקנה היא דינא דמלכותא דינא המחייבת לציית לפקודות המלכות.

**הגדרת מלכות** מהי הגדרת מלכות אשר דינה יחייב לפי הכלל "דינא דמלכותא דינא"? פוסקים רבים אומרים כי אין הכוונה למלך דווקא, אלא **לכל שלטון.**

**שו"ת משפט כהן, הראי"ה קוק:** דינא דמלכותא דינא חל על **כל שלטון אשר נבחר ע"י העם,** ולאו דווקא על מלך.

**הרשב"א: גם על שליט אזורי** חל הכלל דינא דמלכותא דינא, ולאו דווקא על מלכות כללית גדולה ומקיפה.

**על איזה מלך חל דינא דמלכותא דינא?**

**1. הרמב"ם, רשב"ם:** הכלל תקף **בין במלך גוי ובין במלך יהודי** (מכיוון שלשיטתם **התוקף לכלל מגיע מהסכמה**, ועל כן אין הבדל).

**2. הר"ן, בעלי התוס': תקף רק במלך גוי** (מכיוון שלשיטת הר"ן **התוקף לכלל הוא על מנת למנוע גירוש**, ומלך ישראל לא יכול לגרש).

**3. המאירי: חל רק על מלך גוי**, מכיוון שיש כלל קדום יותר שנותן אותן סמכויות למלך ישראל (מכוח נאום המלך).

**נאום המלך:** העם מבקש משמואל להמליך מלך. שמואל מביא לעם את תשובת ה' בנאום המלך בו הוא מתאר את המציאות כאשר ימונה מלך לעם (החרמת רכוש, גיוס למטרות המלך). יש מחלוקת בסנהדרין: שמואל סבר כימה שתואר בנאום המלך הם סמכויותיו של המלך, ורב סבר שמטרת הנאום הייתה הפחדה ולכן אין אלו סמכויותיו של המלך. **לפי דעת שמואל, לא נזקקים לכלל דינא דמלכותא דינא כאשר עוסקים במלך ישראלי, שהרי יש לו סמכויות רחבות מכח נאום המלך**. דינא דמלכותא דינא נצרך להאצלת סמכויות למלך גוי בלבד. ומכיוון שפוסקים להלכה כשמואל, המאירי טוען **שאין צורך** להחיל את דינא דמלכותא דינא על מלך ישראל.

**היקף הכלל:**

**1.הריטב"א:** א. דינא דמלכותא דינא יחול **רק על כללים וחוקים ישנים** מימים ימימה, על כללים וחוקים חדשים לא יחול הכלל.

ב. אולם, תהיה לדין המלכות תחולה **גם על כללים וחוקים וחדשים, במידה ויסכימו עליהם בני המלכות** (הגוים בני מלכותו).

**2. שו"ע והתשב"ץ:** דין המלכות צריך להיות דין שוויוני (חעל כל האזרחים במידה שווה), **במידה ואינו שוויוני וצודק – איננו תקף.**

**3.הרמ"א:** דינא דמלכותא דינא **חל רק על מסים ומכסים התלוים בקרקעות ושטחים**. הגבלה זו מתאימה לשיטת הר"ן, שסבור כי כוחו של המלך מבוסס על בעלותו בקרקע ולכן הוא יכול להטיל מיסים או לקבוע תקנות הקשורות לקרקע עליה הוא שולט.

**4.הרמ"א:** דין המלכות **חל על חוקים וכללים אשר חוקקו באופן ישיר לטובת הנאת המלך ולתועלתו, או לתקנת בני המדינה**. אך אין לאמץ כללים הנוגעים בין הפרטים, שאינם נוגעים למלך.

**5.הש"ך:** לעולם לא נאמר דינא דמלכותא דינא על דין אשר סותר את ההלכה. **דין המלכות לא יחליף את מערכת ההלכה היהודית**.

**דינא דמלכותא דינא בדין הפלילי**

**רמב"ם:** רוצח אשר לא התחייב מיתת בי"ד מאחר ולא התמלאו התנאים המאפשרים לפסוק לו מיתת בי"ד (לדוגמא: לא היו שני עדים או לא הייתה התראה), **רשאי מלך ישראל להרגו על מנת לתקן העולם** כפי מה שהשעה צריכה. הרמב"ם בהלכות מלכים **מתיר למלך ישראל להרוג מורד במלכות, ולא רק רוצחים**, במידה והוא סבור כי השעה צריכה לכך.

**הר"ן בדרשות הר"ן:** הצורך של עם ישראל במערכת משפט הוא מ2 סיבות: **א.** מסיבות חברתיות. **ב.** להעמיד את חוקי התורה על תילם. כשיש מלך- המלך ידאג לאכיפת הסדר החברתי והסנהדרין תדאג לאכיפת הדין הדתי. כשאין מלך- הסנהדרין תדאג ל2 התחומים. יוצא שבכל מקרה בדין הפלילי לא נזקקים לדינא דמלכותא דינא, אלא רק להקשרים החברתיים של הדין הפלילי.

**מעמד בתי המשפט בעיני ההלכה** האם מותר להתדיין בפני ערכאות גוים?

**גיטין:** "ואלה המשפטים אשר תשים **לפניהם**". "לפניהם" – ולא לפני עובדי כוכבים, **אסור להתדיין בערכאות גוים**. "לפניהם" – ולא לפני הדיוטות, **אסור להתדיין אצל יהודים שלא בקיאים בהלכה**.

לפי רש"י גם כשדיני הגויים הם כדיני ישראל, אסור להתדיין בפניהם, כי זה יוצר מצג שדיני הגויים טובים משל ישראל (חילול ה').

**רמב"ם:** כל הדן בדיני עכו"ם כאילו הרים יד חרף וגידף והרים יד בתורת משה.

**שו"ע בשני מקומות:** אפילו התרצו שני בעלי דין יהודים לדון בפני ערכאות גוים – **אסור, כיוון שזהו איסור** דתי-הלכתי, **ולא ניתן להתנות על איסורים** אלא רק על ממונות כפי שראינו. אף אם התחייבו במעשה קניין לדון בפני ערכאות גוים – אין זה תופס, ואסור.

**מרדכי, ספר התרומות:** במידה והתחייבו **במעשה קניין** להתדיין בפני ערכאות גוים, **לא יוכלו לחזור בהם**, ויידונו בפני ערכאות גוים.

**אילו בתי דינים מוגדרים כערכאות גוים, לרבות מערכת המשפט הישראלית?**

**האם הבעייתיות בהתדיינות לפני ערכאות גויים היא תוכן הדינים או זהות הדיינים במערכות אלו – שהם גויים?**

(אין שום בעיה להתדיין במערכת המשפט הישראלית **בדינים פליליים**, השאלה היא לגבי דיני ממונות).

**רוב הפוסקים: בא"י, ישנו איסור לדון במערכת הדין הישראלית** (למרות שכמעט אין שופטים גויים). הסיבה היא שזה מביא לזילותה של ההלכה ושדיני התורה פחות טובים. (לא ניתן להחשיב כבוררות, מכיוון שבבוררות הצדדים באים מרצונם).

**ציץ אליעזר:** מפקח על בתים משותפים, יהיה אפשר לדון בפניו. ההבדל הוא **שמערכת המשפט הישראלית היא מחייבת**. הכרעות המפקח הן על-פי שיקול דעתו. **ככל שמערכת מסוימת תדון שלא על-פי מערכת כללים נוקשה**, ותסתמך יותר על-פי שיקול דעת הדיניים – **ההלכה תכיר בה יותר**, לדון בפניה. דוגמאות: בי"ד הישראלי לענייני תעבורה, עבודה.

**בי"ד של הדיוטות- מכשיר אשר מאפשר להתיר לפי חלק מהפוסקים את מערכת בתי המשפט הישראלית.**

**סנהדרין: במקום בו אין בי"ד מומחים** בעירו של המלווה **יוכל הלווה להתדיין בערכאות שבסוריא** (בתי דין של יהודים, שלא היו בקיאים בדין תורה). אך במקרה בו ישנו בי"ד מומחים בעירו של המלווה – לא יוכל הלווה להתדיין בערכאות שבסוריא.

**הר"ן:** במקומות בהם לא היו דיינים אשר בקיאים בדין תורה, הותר למנות ערכאות שבסוריא שידונו . **כוחם הוא מכוח הציבור, הציבור קיבל עליהם קבלה-ציבורית כבוררים שידונו אותם.**

**שו"ת הרשב"א:** במקום בו אין בי"ד בקיאין מומחין, ישנה אפשרות למנות בי"ד הדיוטות כשאין ברירה, במידה ואנשי העיר קיבלו אותם עליהם. **אותם חברי בי"ד צריכים להיות אנשים כשרים, יראי אלקים, אנשים ראויים.**

**המאירי:** מתיר לבי"ד של הדיוטות, אשר אינם יודעים דין תורה **לאמץ מערכת דין אחרת** אשר ישפטו לפיה.

יש המסתמכים על המאירי **להתיר התדיינות** בבי"ד שמשתמש בחוקים שאינם לפי ההלכה, כמו **במערכת המשפט הישראלית**.

**חזון איש:** אין אפשרות לעשות זאת, מאחר **שמתעוררת מחדש הבעיה של התדיינות בפני ערכאות גוים,** שהתוכן של אותם דינים הוא דין זר, והשימוש בדינים אלה מייקר שם עבודה זרה כדברי רש"י. במקרה כזה, **על בי"ד של הדיוטות לדון ע"פ שיקול דעתו בלבד.**

**משפט ומוסר**

יש עבירות עליהן אין עונשין בבי"ד, אלא יש להן דין שמיים בלבד. בדיני נזיקין יש מושג: "פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמיים"- בי"ד לא יחייב אותך, אך תתחייב בדיני שמים אם לא תעשה. **חיוב מוסרי** איננו אכיף, **חיוב משפטי** נאכף ע"י כוח חיצוני, ביהמ"ש.

**ועשית הישר והטוב:**

**דברים:** (יז) שָׁמוֹר תִּשְׁמְרוּן אֶת מִצְוֹת יְדֹוָד אֱלֹהֵיכֶם וְעֵדֹתָיו וְחֻקָּיו אֲשֶׁר צִוָּךְ:(יח) וְעָשִׂיתָ הַיָּשָׁר וְהַטּוֹב בְּעֵינֵי יְדֹוָד לְמַעַן יִיטַב לָךְ..."

**מדוע יש להוסיף צווי נוסף הנוגע לעשיית הישר והטוב בפס' י"ח**? הלא התורה והמצוות הם הישר והטוב בעיני ה'! **הרמב"ן**- בפס' י"ז ישנו חיוב של "ועשית הישר והטוב בעיני ה' ", אשר הוא מעין חיוב "סל"- אשר מצווה לפעול בכל מקרה ומקרה לפי הדבר אשר הוא טוב בעיני ה'. **התורה לא תוכל להתייחס לכל הסיטואציות שיקרו אי-פעם ולצוות כיצד יש להתייחס אליהן**, לכן התורה ציוותה לנהוג לפי "הישר והטוב" בכל סיטואציה שהיא. הרמב"ן **לא מדבר על קושי טכני** בפירוט כל המקרים האפשריים כולם, **אלא על קושי מהותי**: לעיתים יכולה להיות אותה סיטואציה שבמצב מסוים ובזמן מסוים הפתרון הנכון יהיה אחד ובמצב אחר בשל נסיבות שונות הפתרון יהיה שונה. ז"א **הפתרונות משתנים בהתאם לשאר הנסיבות הקיימות בכל סיטואציה וסיטואציה**. אי הציון של כל התרחישים בתורה מאפשר גמישות בין סיטואציות שונות.

**רמב"ן ויקרא:** דוג' נוספת לציווי "סל" הוא הציווי "**קדושים תהיו**". לדוג': התורה מעולם לא אסרה או הגבילה אכילת בשר או שתיית יין. **אין בזלילת בשר ושתיית יין בכמויות משום איסור, אולם, ברור כי אין רוח התורה נוחה מכך**. אסור להיות נבל ברשות התורה, למתוח את הגבולות לגמרי, אלא **להתנהג באופן סביר**. אדם שמתנהג בצורה כזו, עובר על ציווי "קדושים תהיו".

**דוג' לתקנות שתיקנו חכמים אשר מגשימות את העקרון של "ועשית הישר והטוב":**

**1. ב"מ: דינא דבר-מצרא:** ע"פ הדין, כאשר אדם מוכר קרקע, עליו להציע קודם לבעל הקרקע שסמוכה אליו. במקרה שבו המוכר מכר לאדם אחר בלי להציע לשכנו, הדין הוא ש"מסלקין אותו"- אין אפשרות לכפות על המוכר למכור למצרן (השכן), אך מתייחסים לקונה כאל שליח של המצרן, והמצרן משלם לקונה את מה ששילם. בצורה זו אף אחד לא נפגע ע"פ הציווי **"ועשית הישר והטוב".**

**במקרה כזה שעלה בגמ' עלו שלושה תירוצים:**

**רב:** **אין זכות קדימה משפטית, אולם יש זכות קדימה מוסרית**. לא ניתן לסלק אותו מהקרקע, אבל מבחנה מוסרית זה לא בסדר אם הוא לא יאפשר להם לרכוש את הקרקע ממנו. **הוא לא עושה את הישר והטוב.**

**רב נחמן:** **במצב רגיל,** בו בני המיצר (בעלי הקרקעות הסמוכות) אינם שותפים/אחים **לא יוכלו לדרוש ממנו להסתלק**.

**חכמי נהרדעא:** **קיימת זכות משפטית בדבר, בכל מצב ועניין**. הטעם לכך הוא שנאמר: "ועשית הישר והטוב בעייני ה'.

מדוע פועל כאן הכלל של "ועשית הישר והטוב"? מכיוון **שאף אחד לא מפסיד מהעסק** הזה: בעל הקרקע מקבל את הסכום שהוא רצה. צד ג' מקבל את הכסף ששילם עבור אותה הקרקע והשכן מקבל את הקרקע שרצה. **"זה נהנה וזה לא חסר".**

ניתן להשתמש בכלל של "דינא דבר מצרא" **רק בתנאי שאף אחד אחר לא יפגע.** (**חריגים**- מכר את כל נכסיו לאחד/לבעליו הראשונים).

**2. ב"מ: "שומא הדר":** אדם שלווה כסף ובזמן הפירעון אין לו כסף או נכסים להחזיר, המלווה יכול לגבות קרקע שהלווה מכר לצד ג' לאחר ההלוואה, בשני תנאים: **א**. במידה וצד ג' יכול היה לדעת על השיעבוד. **ב**. במידה וההלוואה הייתה בשטר, ולא בע"פ.

**אפשר לגבות מנכסים משועבדים, רק במידה ואין ללווה נכסים אחרים.** תמיד הולכים מהנכס האחרון שנמכר עד הראשון, מכיוון שהקונה הראשון יכול לומר שהוא דאג שישארו עוד נכסים ללווה לשם פירעון החוב.

מלווה אשר מעוניין להוציא קרקע מנכסים משועבדים מן הלווה- על בי"ד האחריות לממש את השעבוד, בשלושה שלבים: **א**. **שטר חיפוש נכסים.** מורה למלווה לבדוק איזה נכסים נשארו ואיזה הוא מכר. **ב**. **שטר אדרכתא** (=דריכה, דריסת רגל). לאחר שקיבל את תמונת הנכסים, נותן בי"ד רשות וזכות למלווה לבצע חזקה על קרקע מסוימת. (המלווה עדיין לא קיבל בעלות). **ג**. **שומא**. בי"ד מעביר בעלות על הקרקע בשווי ההלוואה למלווה. ("שומא הדר"- שומא חוזרת. החזרת הנכס מבעליו החדשים לבעלים הראשונים).

אם לאחר סיום שלושת השלבים, יגיע הלווה ויגיד שיש באפשרותו לשלם את החוב, והוא מבקש את הקרקע בחזרה (רק במידה ולא מכר לצד ג')? חכמי נהדרדעא: **יוכל להשיב את החוב ולקבל את הקרקע, תוך שנה.** אמימר: **יוכל לעשות זאת לעולם, ולא רק תוך שנה**.

ההלכה של שומא-הדר היא מן **"ועשית הישר והטוב"** משום שהמצב חוזר לקדמותו **בלי שאף צד נפגע מכך**.

**לפנים משורת הדין**

**מצוות השבת אבידה כוללת: 1**. **איסור להתעלם** מן האבידה. **2**. **חובה להשיב** את האבידה לבעליה.

המצוה קיימת **רק כאשר הבעלים לא התיאשו מהאבידה** (ויתור על הבעלות). **אם התיאשו- החפץ הוא הפקר ואין חובה להחזירו**.

בכדי להשיב- חובה להכריז על האבידה. בזמן ביהמ"ק היו מכריזים על האבידה ב"אבן הטוען", בשלושת הרגלים. זמן ההכרזה אורכו שלושה רגלים (כשנה). לאחר חורבן ביהמ"ק, מכריזים בבתי כנסיות ובבתי מדרשות, אלו מקומות בהם הציבור מתכנס יחד. לאחר שנה של הכרזה על אבידה, מניחים את האבידה עד שיבוא אליהו. אם האבידה מתקלקלת עם הזמן, לדוג': פרחים, אפשר למכור או לפדות אותה לשימוש ולהניח כסף במקומה. ולכשיבוא המאבד, לשלם לו את הכסף.

בעניין **אבידה אשר הטיפול בה דורש תשלום**, המשנה מחלקת את המקרים לשניים: **1**. **דבר שאוכל ועושה**, לדוג': פרה, הנותנת חלב. מקזזים את ההוצאות מההכנסות של החלב. במידה ועברה שנה ולא בא המאבד, יוכל המוצא למכור את האבידה. **2**.**דבר שאוכל ואינו עושה**, לדוג': כלב. אין איך לקזז את ההוצאות. אם המאבד לא בא תוך חודש, אפשר למכור ולהניח את הכסף ולקזז את ההוצאות.

**מבחן הייאוש הוא מבחן אובייקטיבי**. אפילו אם המאבד הוא אדם חריג, ואינו מתייאש לעולם, המבחן הוא לפי "האדם הסביר".

חפץ אשר יש בו סימן, נחזיר אותו ע"פ סימנים.

**דוגמאות לייאוש בעלים:**

1. **חפץ אשר אין בו סימן**. לדוג': שטר של 100 ₪, המאבד מתייאש אוטומטית כיוון שיודע שאין סיכוי שימצא את השטר שאיבד.

2. **חפץ אשר שוויו הוא פחות מפרוטה**. ההנחה היא שכשאדם מאבד חפץ בשווי כזה הוא לא מחפש אותו.

3.**חפץ אשר נמצא במקום אשר רוב העוברים ושבים בו הם גוים**. כיוון שלגויים אין חיוב להשיב אבידות, המאבד יתייאש.

**דוגמאות להנהגה של לפנים משורת הדין**

**1. ב"מ כ"ד:** **א**. רב יהודה ושמואל הלכו בשוק שרוב המשוטטים בו גוים. שאל רב יהודה מה יהיה הדין אם ימצא ארנק (אשר יש בו סימן) בשוק זה? אמר שמואל: הרי אלו שלו. אם בא ישראל ונתן בה סימן? ענה לו: חייב להחזיר. אמר רב יהודה: אתה סותר את עצמך! אמר לו שמואל: **לפנים משורת הדין**. במקרה בו יש ייאוש, אין חובה הלכתית להחזיר, אולם אם יבוא ישראל ויתן סימנים: יהיה חייב להחזיר לפנים משורת הדין. **ב.** אביו של שמואל מצא חמורים במדבר, והחזירם **אע"פ ששנה שלמה עברה** ולא הגיע המאבד לבקשם. הנהגה זו היא **לפנים משורת הדין**. **ג.** אותו מקרה כמו **א'**, אך עם רב נחמן ורבא. רב נחמן ענה על שאלה זו: כי אין חובה להחזיר, אע"פ שאותו מאבד "עומד וצווח" (אף לא לפנים משורת הדין)

**2. ב"מ ל':** מובא מקרה שסבל מבקש מר' ישמעאל עזרה בהעמסת משא על הגב. כדי לחסוך את הטרחה ר' ישמעאל משלם לו את שווי המשא ומפקיר אותו. המקרה חוזר על עצמו עד שר' ישמעאל מכריז שהמשא מופקר לכולם מלבד הסבל. **לכאורה ר' ישמעאל פטור** ממצוות טעינה כי הוא נכלל בכלל "זקן ואינה לפי כבודו"! עונה הגמ': **לפנים משורת הדין התנהג**.

**3. ב"מ פ"ג:**

רבה בר חנן שכר סבלים שיסחבו חביות יין שבמהלך עבודתם שברו חלק מן החביות, ודרש פיצוי מן הסבלים. כפיצוי לקח מהם את הגלימה שלהם. באו והתלוננו על כך לרב. רב הורה לרבה להחזיר להם את הגלימה. שאל רבה את רב: כך הוא הדין? ענה רב: כן, "למען תלך בדרך טובים" (משלי), **רש"י:** "בדרך טובים"=**לפנים משורת הדין**. התלוננו הסבלים לפני רב כי הם עבדו כל היום, והם רעבים. אמר רב לרבה: שלם להם שכרם. התלונן רבה: כך הוא הדין? ענה רב: כן, "וארחות צדיקים תשמור".

במקרה הנוכחי, רב **חייב** את רבה לנהוג לפנים משורת הדין, **ולא רק הציע** לו הצעה בעלמא.

**4. כתובות:**

אישה אחת הלכה לר' חייא שהיה חלפן כספים בעל מומחיות גדולה בתחום, והראתה לו מטבע מסוים. החלפן אמר לה: המטבע בעל שווי . חזרה אליו לאח"כ, ואמרה לו כי רצתה לשלם לאנשים במטבע והם לא רצו לקחת אותו. אותו אישה דורשת מר' חייא שיפצה אותה, מאחר וההערכה שלו הייתה מוטעת. ר' חייא מסכים ומפצה אותה**. ע"פ דיני הנזיקין בהלכה, ר' חייא היה פטור** מלפצות אותה, כיוון שבמומחה מיוחד אשר טועה- אנו מניחים כי הטעות שלו היא אונס. במקרה של אונסין- אדם פטור. אדם שאינו מומחה וטעה, טעותו היא רשלנות והוא חייב. ר' חייא יכול היה להפטר, ולא לשלם לה מאחר והיה אנוס! **ר' חייא פעל לפנים משורת הדין.**

**האם ישנה חובה לנהוג לפנים משורת הדין?**

**מרדכי:** **כופין** לנהוג לפנים משורת הדין, **רק את מי שיש בידיו את היכולת הכלכלית לנהוג לפנים משורת הדין** (עשירים).

עובדת הכפייה הסלקטיבית (כפיה רק לעשירים) מלמדת שזה לא הדין, אלא לפנים משורת הדין.

**רמב"ם, רא"ש, בית יוסף: אין חובה** לנהוג לפנים משורת הדין, אלא "**הרוצה לילך בדרך הטוב והישר" יוכל לעשות כן**.

**פתחי תשובה:** גם לשיטת מי שסובר שיש לכפות על לפנים משורת הדין, **אין מדובר על כפיה ממש** (נטילה בכוח), אלא ביה"ד מפעיל **"כפיה קלה":** לחץ באמצעות דברים אותם מטיח ביה"ד באותו אדם, נידוי, איומים וכו'. מפעילים את מכבש הלחץ **ע"פ הנסיבות הקונקרטיות**: לא תמיד פועלים באמצעות אותם כלים, בהתאם לנכונות השיקולים במקרה נתון, בוחרים את כמות הלחץ.

**שיקולים בהם יש להתחשב בשאלה האם ישנה דרישה לנהוג לפנים משורת הדין:**

**1. רמב"ם:** **ככל שהאדם בעל מעמד חברתי/תורני גבוה יותר**, לדוג': תלמיד-חכם, כך **הדרישה ממנו לנהוג לפנים משורת הדין עולה**.

**2+3. תוספות:** שיקולים נוספים בהם יש להתחשב: **א**. ישנו הבדל אם ההתנהגות לפנים משורת הדין **גורמת להפסד, או אם היא גורמת למניעת רווח**. דוג': אדם אשר מחזיר ארנק שבעליו התייאשו ממנו ונתנו לו עליו סימן, אינו מפסיד, אלא רק מנע רווח מעצמו.

**ב**. כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין פירושה **לדרוש מאדם לנהוג מעבר לנורמה הרגילה**, **הדרישה** לנהוג לפנים משורת הדין **פוחתת**. כאשר ההתנהגות לפנים משורת הדין פירושה לדרוש מאדם לנהוג כפי שאחרים נוהגים בידיוק, הדרישה לנהוג לפנים משורת הדין עולה. דוג': החיוב של מצוות הטעינה היא מצווה החלה על הכל, אך ר' ישמעאל בעל פטור ספציפי משום "זקן ואינה לפי כבודו".

**4. מרדכי:** יש להתחשב אף **במצבו הכלכלי של האדם**. אם מדובר באדם עשיר, אפשר לכפותו.

**חיוב בדיני שמיים:**

**משנה ב"ב:** אדם אשר הזיק, חייב לפצות את הניזוק. **במקרה של גרמא – פטור מדיני אדם, וחייב בדיני שמיים** .

**גרמא**= בניגוד לנזק הנעשה בידיים, זהו נזק הנגרם בעקיפין. דוג': אדם אשר התנגש ברכב של חברו, מעבר לפגיעה ברכב, אותו אדם גרם לאובדן ימי עבודה, טרחה בחיפוש רכב חדש.

**דוגמא לגרמא: תוספתא ב"ק:** אדם אשר פיזר רעל (אפילו בכוונה תחילה) במקום בו ידוע כי הכלב של חברו מסתובב שם. זוהי גרמא מאחר **ואותו אדם לא הרעיל את הכלב ממש, אלא הרעיל אותו בעקיפין**.

אדם אשר נועל את השער שלו ע"מ שהכלב לא יברח, אדם אחר פתח את השער (אפילו בכוונה תחילה) והכלב ברח החוצה ונשברו לו הרגליים באיזו שהיא צורה. זוהי גרמא, מאחר **שאותו אדם לא שבר לו את הרגליים ממש, אלא רק הראה לו את הדרך החוצה.**

**המשמעות של "חיוב בדיני שמים":**

**רש"י:**  אמנם יש פטור מדיני אדם (ע"י בי"ד), אך יבוא לאדם חיוב בדיני שמיים- **העונש ניתן ע"י האל והינו מוסרי-ערכי ולא ממוני**.

**ראב"ן:** במקום בו ישנו חיוב בדיני שמיים, **על בי"ד להודיע** למזיק שבמידה והוא לא ישלם על ההיזק שנוצר בגרמא, **הוא ייענש בדיני שמיים.** במידה והמזיק ישלם בעבור ההיזק בגרמא, העונש בדיני שמיים- יעלם. תפקיד ביה"ד להודיעו על כך שיענש במידה ולא ישלם.

**ים של שלמה:** **על ביה"ד ללחוץ מסיבית** על המזיק לשלם, על אף שאינו יכול לכפות ממש.

**המאירי:** אדם אשר מחזיק ממון בידיו שלא כדין, פסול לעדות. מזיק אשר לא משלם לניזוק את הנזק, למעשה מחזיק בממון הניזק שלא כדין. ויהיה פסול לעדות.

**מידת חסידות**

**דוגמאות למידת חסידות:**

**1. ב"ב:** אדם יכול לקבוע בעודו בחיים, כי נכסיו יתחלקו אחרת מהקבוע בירושה מדאורייתא (שרק הבנים יורשים). אדם אשר הוריש את נכסיו לזרים, ולבניו לא השאיר דבר מן הירושה- הירושה תקפה. **אך אין רוח חכמים נוחה הימנו**. **רשב"ג:** אם בניו של אותו אדם מקולקלים- טוב שלא הוריש להם. **רשב"ם**: חכמים **כועסים על מצב זה,** שגרם לכך שלא תועבר הנחלה ליורשים מדאורייתא (הבנים).

**2. ב"ק:** גזלנים ומלווים בריבית אשר רוצים לחזור בתשובה, לבעליהם המקוריים של אותם חפצים וכספים שנגזלו אין לקבל מהם את הגזלות שאותם אנשים גנבו מהם, **וכל המקבל – אין רוח חכמים נוחה הימנו.**

**3. מסכת שביעית:** אע"פ שהחוב נמחק בשמיטה, "המחזיר חוב בשביעית **רוח חכמים נוחה הימנו**". "הלווה מן הגר שנתגיירו בניו עמו- לא יחזיר לבניו, **ואם החזיר – רוח חכמים נוחה הימנו**". גר שהלווה לפלוני, ונפטר קודם שהחזיר לו פלוני את החוב. גר נחשב כנולד מחדש, ובניו אינם יורשים מן הדין. אם החזיר פלוני לבניו של הגר שנפטר את החוב- **רוח חכמים נוחה הימנו**.

**4. ב"מ:** **הונאה:** על מכירת חפץ בפער של למעלה מ-1/6 ממחיר השוק יחול דין הונאה ויוכל הקונה לדרוש את הפער, או לבטל את המכר. וכן אותו דין בקניה בפער של 1/6 כלפי מטה, יוכל המוכר לדרוש את הפער, או לבטל את המכר. פרק הזמן בו אפשר לדרוש הונאה **הוא הזמן בו באופן סביר היה אפשר לברר מהו מחיר השוק**. הונאה של מטבע (ערך המטבע)- בערים יש זמן קצר, בכפרים זמן יותר ארוך (כי לוקח זמן לברר את ערך המטבע). **מוכר אשר מחזיר לאחר פרק הזמן הסביר- זוהי מידת חסידות.**

**5. חולין:** רק עניים זכאים להנות ממתנות עניים. אדם אמיד שנתקע בעיר אחרת ללא כסף, **מותר לו לקחת** ממתנות העניים ו**אינו חייב להחזיר.** אולם, **מידת חסידות היא להחזיר לעניי עירו סכום זה**.

**שו"ת תשב"ץ:** אישה עשירה שהיורש מן הדין שלה הוא קרוב עני שלו ילדים תלמידי חכמים, מעדיפה להוריש לעניים/ביה"כ. היא מבקשת יעוץ מה לעשות. עונה התשב"ץ: לפי הגמ' **לא ראוי להעביר ירושה לצדדים שלישיים** במקום להעבירו ליורשים המקוריים.

אין זה דבר ראוי, אך אם תחליט בכל זאת לעשות זאת- העברת הנכסים **תתפוס הלכתית.**

במחשבה שניה, אומר התשב"ץ, **כי אף אם תחליט להעביר נכסיה לעניים או לביהכ"נ – מתנה זו תהא מבוטלת**. (לפי הירושלמי סדר העדיפויות הוא עניים לפני ביה"כ). ישנה הלכה, ש**אדם אשר ביקש לעשות עבירה בנכסיו, אין שומעין לו**. ולכן אם ציוותה האישה להוריש לביה"כ, צוואתה מבוטלת. **על אף שהעיקרון "אין רוח חכמים נוחה הימנו" איננו מחייב** מבחינה משפטית, **לעיתים בשם עיקרון זה רשאי בית הדין** "לצעוד צעד נוסף" ו**להתערב** ביחסים שבין אדם לחברו. במקרה זה, הדבר מוביל לביטול צוואה.

**מי שפרע ומחוסר אמנה**

במכר, בנוסף לגמ"ד דרוש מעשה קניין. **כל עוד לא נעשה מעשה קניין, החפץ שייך למוכר**, אע"פ ששילם הקונה למוכר. **שני הצדדים** **רשאים לחזור בהם** כל זמן שלא נעשה מעשה קניין.

**רמב"ם: מקרה א'**: קונה שילם עבור המכר, אך לא ביצע מעשה קניין- המכר כאמור לא נקנה ע"י הקונה. אע"פ ששני הצדדים רשאים לחזור בהם, במידה ואחד מהם חוזר בו – **ביה"ד מקללים את הצד החוזר בקללת "מי שפרע "**. להלכה נקבע שביה"ד עצמו מקלל את אותו אדם בפועל, ולא רק אומרים לו שיקולל בקללה זו בידי שמיים. **מקרה ב'**: כל פרטי העסקה סוכמו, אולם התמורה לא שולמה. אע"פ שמבחינה הלכתית מותר לכל אחד מן הצדדים לחזור בהם- מי שחוזר בו מבין השניים, **הרי הוא ממחוסרי אמנה** (=אדם לא אמין) **ואין רוח חכמים נוחה הימנו**. **מקרה ג':** אדם הבטיח לחברו לתת לו מתנה ולא נתן- הרי הוא ממחוסרי אמנה. **מסייג הרמב"ם** הלכה זו רק למקרה בו המתנה שהובטחה היא מתנה בעלת ערך נמוך. **במתנה שערכה גבוה- אין זה ממחוסרי אמנה** אם לא נתן את המתנה, מאחר והמקבל לא האמין מלכתחילה שיתן לו מתנה בעלת ערך גבוה סתם כך.

**שו"ת שבות יעקב: (**מקרה דומה בו קניין חל אולם לא הועבר כל התשלום עבור המכר): קונה שביצע מעשה קניין בחפץ, אף שלא שילם את התמורה המלאה אלא רק חלקה, הבעלות הועברה אליו. אם המוכר רודף אחרי הקונה בדרישה שישלם את מה שנשאר לו, ישנה בכך העדה על חוסר גמירות דעת של המוכר למכור את החפץ, אלא אם יקבל את כל התמורה. מאחר **ולא הייתה גמירות דעת**, **שני הצדדים רשאים לחזור בהם מהמכר**. המוכר שדהו מפני רעתה, ומחזר אחר כספו- **אין החיזור אחר הכסף מעיד על חוסר בגמירות דעת.** **מקרה נוסף:** מוכר מכר ב-1000 ₪ חביות יין, קיבל רק 100 ₪ מהתמורה, והקונה עשה מעשה קניין בחביות היין. הקונה לא הספיק לשלם על החביות עד שמחיר היין עלה ל-1,500. כשראה זאת המוכר, הוא חיזר אחר כספו ורדף אחרי הקונה לשלם לו **בכוונה על-מנת שיתבטל המכר**. מבחינה הלכתית לכאורה הדין עם המוכר, והוכח כי לא גמר בדעתו למכור, ויוכל לחזור בו מן המכר. עונה המשיב- **יש לדון את המקרה** של המוכר חביות יין **כמוכר שדהו מפני רעתה**. מבסס זאת על המעשה בפסחים: רב מציע לבנו, שבכל מקום בו הוא מכר משהו והתחרט על המכירה, חזור בך כשזה אפשרי משפטית. **חוץ ממקרה בו התחרטת על מכירת יין**- אל תלך ותבטל את המכירה, אלא תשמח כי ייתכן ואותו יין היה מחמיץ כשהיה בבעלותך. יוצא מכאן, כי **יין נחשב כסחורה גרועה, והמוכר יין נחשב כמוכר שדהו מפני רעתה.** כפי שאמרנו, המוכר שדהו מפני רעתה – אף אם מחזר אחר כספו, אין זה מעיד על חוסר בגמירות דעת, והמכר קיים.