**הקדמה**

1. **דיני איסורים** – עוסקים בשאלות של מה מותר ומה אסור (דומים באופיים למשפט פלילי). דוגמה – אסור להרוג, לגנוב. לרוב לא ניתן להתנות.
2. **דיני ממונות** –יחסים בין בני אדם, במישור הכספי (משפט אזרחי). דוג': דיני שמירה, דיני חוזים. מחלוקת לגבי התניה. לרוב ניתן להתנות גם בדינים שנקבעו בתורה. (הסכמת הצדדים, התניה מפורטת ומפורשת, על מקרה ספציפי בלבד)
3. **להבחנה** בין דיני איסורים לדיני ממונות יש מספר השלכות:
	1. ספקא דממונא לקולא, (**ממון להקל**) ספקא דאיסורא לחומרא (**איסורים- מחמירים**)
	2. מידת הגמישות –**דיני ממונות- גמיש** יותר מדיני איסורים ויש אפשרות להתקין תקנות.

**התנאה על מה שכתוב בתורה**

1. **נכסי אישה נשואה**

משנה כתובות ט, א: לפי ההלכה, **נכסים של אישה לאחר החתונה שייכים לגבר והוא זה שיורש אותה. בתמורה עליו לדאוג לכל צרכיה**. השאלה: האם בני הזוג, יכולים לחתום על **הסכם ממון?** (משמע, להתנות על ההסדר ההלכתי).

* 1. **מפורש** – אם הגבר אומר : "דין ודברים אין לי בנכסיך" **האישה רשאית למכור** את הנכס ששייך ללא רשותו של הבעל, אך **הבעל אינו מוותר על הירושה.**
	2. **מפורש**- "ובפירותיהן ובפירי פירותיהן בחייך ובמותך" – אם הבעל אומר משפט זה הוא **ויתר לחלוטין על ממונה** ועל האפשרות לרשת אותה. התניה **חייבת להיות מפורשת.**
	3. **צמצום-** שמעון בן גמליאל – **גם אם נכתבה תניה מפורשת, הבעל ירש את האישה כשהיא תמות**. לא ניתן להתנות
1. **נישואין**

תוספתא קידושין ג, הלכה ז: (קובץ מקביל למשנה, דברי תנאים שלא נכנסו למשנה)

* 1. **ייבום:** **לפי ההלכה**- אם איש ואישה נישואים. האיש מת ואין ילדים. "על מנת שאם מתי לא תהא זקוקה ליבם" **(כדי שהכלה לא תצטרך להתחתן עם אחד מאחיו) – עליה לקיים טקס חליצה**. **אחרת - ייבום**. **אין אפשרות להתנות על כך משום שזה דיני איסורים.**
	2. **מזונות**: לפי ההלכה- במידה והבעל התנה את הקידושין בזה שהוא לא יהיה חייב לאישה מזונות במידת הצורך, והיא הסכימה – **התניה תופסת, משום** **שהיא עוסקת בענייני ממונות**.
1. **דיני שמירה**

תלמוד בבלי בבא מציעא צד,א.שמות כב:

* 1. **שומר חינם** – אדם שצריך לשמור על חפץ בחינם (כטובה). רמת האחריות ונטל ההוכחה שלו במידה והחפץ נגנב נמוכה יחסית.
	2. **שומר שכר** – אדם ששומר על רכוש ומקבל תשלום על כך. רמת אחריות ונטל הוכחה גבוהה יחסית.
	3. **שואל –** אדם שמשאיל רכוש מאדם אחר מבלי לשלם לו.

לכל אחד מהמקרים, במקרה של מחלוקת משפטית, יש חומרה שונה, המתבטאת ברמת האחריות הנדרשת ובחיוב לתת ראיה. שומר שרוצה להיות פטור מהנזק עליו להביא לכך ראיה – ע"י שבועה או עדים (תלוי בסוג השומר). **במקרים אלה אפשר להתנות על ההלכה, גם מבחינת רמת האחריות וגם על חובת הבאת הראייה.** חוק השומרים האזרחי יונק מהמשפט העברי וזהה לו.

1. **הונאה**- **הסכמה מפורשת ובצמצום**

רמב"ם הלכות מכירה פרק יג, הלכה ג+ד: **במקרה בו יש עסקת מכר במחיר שאינו מחיר השוק. (תרמית /תו"ל).**

* 1. **מעל 20% - הונאה**- הנפגע יכול לדרוש ביטול/החזר ההפרש.
	2. **מתחת ל20% - לא חל דין הונאה** (פערי מחירים סבירים בשוק)
	3. **אדם מבצע עסקה ומתנה אותה בכך שהקונה לא יטען טענת הונאה- לא עומד**. עם זאת, בדיני ממונות, **ניתן להתנות על ההונאה**, **תניה במפורש**, הסכמת הצדדים, ובידיעה לכך ששווי הממכר שונה מהתשלום שניתן.
1. **הלוואה בשמיטה** (כל 7 שנים, בשנת שמיטה כל ההלוואות נמחקות)

**רמב"ם שמיטה ויובל ט,י:**

* 1. **לא ניתן להשתנות על שמיטה – באמירה כללית**, למרות שמדובר בדיני ממונות.
	2. במידה וצד מלווה לצד שני ומתנה את ההלוואה בכך שהחוב הספציפי לא יישמט, ההתנאה תעמוד. כיוון **שניתן להתנות על חוב ספציפי אך לא על השמיטה**. (התניה מפורשת, ספציפית ומצומצמת)
	3. מתוך חשש שהעשירים לא ילוו כיוון שחוב לא ישולם נוצר **הפרוזבול:** **העברת החוב הפרטי לבית הדין,** חוב ציבורי (חוב ציבורי לא נשמט בשמיטה) אך, חכמים מעודדים להחזיר כספים שלוו גם בשנת שמיטה.

**מגבלה על היכולת להתנות**

שו"ת הרשב"א חלק ו,רנד: (ר' שלמה בן אדרת, ספרד, המאה 13)

נולדה לזוג ילדה והאישה והילדה מתו. הסב דורש את הנדוניה (דין הגויים וזה הנוהג בקהילת מגוריהם) למרות שלפי דין ישראל הבעל הוא היורש. אם הייתה תניה מפורשת- ילכו לפי דין גויים. כאן זה לא קרה. הסב טוען כי הנוהג המוכר (תנאי מכללא) הוא ללכת לפי דין גויים ולכן זה נחשב לתניה מפורשת.

**האם ניתן להתנות על ענייני ממון בתנאי מכללא שמקורו בגויים?**

* **לגבי תנאי מכללא מדין ישראל- ניתן להכיר בתנאי שהנוהג מוכר לכולם.**
* **תנאי מכללא בדין גויים- לא עומד על מנת לשמור על המשפט ההלכתי ולמנוע התחקות אחר הגויים.**

**ספקות – חומרא וקולא- התנגשות בין דיני ממונות לדיני איסורים**

שערי יושר, שער ה', פרק א': (ר' שמעון שקופ, פולין, מאה 20)

* 1. **ישנו ספק ולא ידוע האם הוא נוגע לאיסורים או לממונות** (צד א' חייב לשלם לצד ב', במקרה שצד א' שכח אם החזיר את סכום הכסף – מצד אחד ניתן להחליט שמדובר בעניין ממונות מאחר שמדובר בתשלום אך מצד שני ניתן לקבוע שמדובר באיסורים מאחר שייתכן ומדובר בגזל).

**ראשית יש לקבוע את הספק ביחס לדיני הממונות.**

* 1. **הוסר הספק** - נקבע שישנו חוב, **ניתן לפנות לדיני האיסורים ולהחליט האם קיים במקרה זה גזל.**
	2. **הספק יישאר** - הרי שצד א' (הלווה) יהיה בעליו החוקיים של הכסף. **על** **צד ב' (המלווה) לפנות לביהמ"ש** שיקבע שאכן הכסף שייך לו, ורק אז הוא יוכל לבסס תביעת איסור כלפי צד א'.

**תורה שבע"פ מול תורה בכתב-**

**פרשנות ויקרא**– ספרא בחוקותי, פרשה ב', ח,יב:

"אלא החוקים והמשפטים והתורות אשר נתן ה' בינו ובין בני ישראל בהר סיני ביד משה". **"התורות" –אחת בע"פ ואחת בכתב**. **במקור אסור היה לכתוב את התורה שבע"פ**. במטרה לייחד את ישראל ושעמים לא יוכלו להתחקות אחריו. **(לבסוף נכתבה כדי שלא תשכח – הוראת שעה)**

1. **הפרדת התורה שבע"פ**-
	1. ספר העיקרים מאמר שלישי,כג. יוסף אלבו:

תשובה לשאלה **מדוע ישנה חלוקה בין תורה כתובה לתורה שבע"פ**. המבנה מכוון **ע"מ לאפשר מידה רבה יותר של גמישות**, פרשנות והתאמה למציאות לכל דור ודור.

* 1. הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות:

הרמב"ם מפרט את החלקים של **התורה שבע"פ ומחלק אותה לחמישה חלקים.**

* **חלק ראשון ושני –** **(1)הלכות שנמסרו למשה מסיני** שיש להם ראיה בכתוב. **(2)הלכות שאין להם ראיה בכתוב**

**(אין עליהם מחלוקת** על מנת למנוע שיבוש או אי הבנה, צו אלוקי)

* **חלק שלישי** – **פרשנות לא כתובה** שחכמים שואבים מתוך הפסוקים בעזרת ההיגיון. (**יכולה להיות מחלוקת**)
* **חלק רביעי וחמישי** – **חקיקה של החכמים בעצמם** **ועליהן יכולה להיות מחלוקת**. (לא פרשנות של תורה אלא תוספת שלהם). **רביעי** – גזירות (איסורים) שמטילים החכמים. לעשות סייג לתורה (החמרה בהלכה על מנת שלא יעבור עליה). אך, מהרגע שהגזירה נגזרה והציבור קיבל אותה, לא ניתן לחלוק עליה. **חמישי** – תקנות ומנהגים בין אדם לחברו כמו הדלקת נרות חנוכה. אין חובה מהתורה אבל מדובר במנהג מחייב).
	1. ספר המצוות לרמב"ם – השגות הרמב"ן לספר המצוות לרמב"ם:

**במקרה שיש ספק - דברי חכמים - ניתן להקל. דברי תורה - מחמירים.**

**האם כלל הלכתי שנלמד מפסוקים הוא מדאורייתא [תורה] או מדרבנן [חכמים]?**

* + 1. לפי הרמב"ם, כאשר מדובר על 613 מצוות מדובר על מצוות מהתורה. **במידה וחכמים אמרו במפורש שמקור ההלכה בתורה היא מהתורה**. במידה **ולא נאמר כלום, מניחים שהיא מדברי חכמים.**
		2. אם לוקחים את חמשת החלקים שהרמב"ם מציע ובוחנים האם מתורה או חכמים– **חלק ראשון ושני הם דין תורה, חלק רביעי וחמישי הם דברי חכמים. לגבי החלק השלישי קיימת מחלוקת**.
		3. הרמב"ן חולק על הרמב"ם וטוען שברירת המחדל היא **שהלכה שלא נאמר לגביה כלום היא מהתורה- מחמיר.**
		4. מדוע החכמים מסתכמים על הפסוקים כדי לפסוק הלכות חדשות? **א. עוזר לזכור הלכות. ב. על מנת שהציבור יקבל את ההלכה ביתר קלות.**
		5. קיימים 3 מצבים בהם בא לידי ביטוי ההבדל בין דברי תורה לחכמים: **1. ספקות 2. צרכים מיוחדים 3. מידת הגמישות**.

**סמכות חכמים**

סמכות חכמים מתחלקת ל-2: :**סמכות החכמים לפרש את התורה וסמכות חכמים לחוקק חוקים.**

**מקור הסמכות**

**דברים פרק יז** – לאחר שמתקבלת פסיקה מפי חכמים היושבים בסנהדרין יש לפעול לפיה. **מי שסוטה בכוונה מפסק הדין של החכמים ימות** (לפי חז"ל רק זקן ממרא - חכם שהוא מיעוט וממשיך לפסול ע"פ דעתו ימות)

1. **היקף החובה: גישה אחת – ציות מוחלט לבית הדין**
	1. פרשנות רש"י (פרשנות לספר דברים פרק יז)
		1. **גם אם אומרים לך שימין זה שמאל ושמאל זה ימין -מדובר בחובת ציות מלאה,** גם כשברור שבית הדין טועה. שני פירושים: **1. כשבית הדין צודק ויש לשמוע לו. 2. בית הדין בד"כ לא טועה.**
		2. חובת הציות לחכמים קיימת משום שבדר"כ **חכמים מבינים יותר ממי שמגיע אליהם לפסיקה** ולכן הפסיקה נכונה ומותאמת לתורה. (עונה על שאלת הסתירה לתורה)
	2. פרשנות רמב"ם (הלכות ממרים פרק א) – **חובת הציות היא ל5 חלקי התורה (לעיל).**
	3. פרשנות רמב"ן (רמב"ן דברים יז, יא) – גם במקרה בו אדם חושב שהחכמים טועים, יש לבצע את מה שהם קובעים. **משום שאלוהים ציווה להקשיב לדברי חכמים**. הסיבה לכך **מניעת מחלוקות** שתביא לכך שכל אדם יתנהג בצורה שונה והעם יפוצל לכמה תורות. בנוסף, **יש להניח שהחכמים לא טועים, מאחר שיש להם השראה מה'.**
	4. ספר החינוך-מצוה תצו: **אי הקשבה תוביל לפילוג**, פעולה של כולם לפי טעות עדיפה על מצב בו כל אחד פועל בדעתו. גדול בתורה – סביר להניח שיטעה פחות.
	5. תלמוד בבלי מסכת ראש השנה, דף כד, עמוד ב
		1. בעבר היו קובעים מתי **ראש חודש** על פי עדים. ישנה חשיבות מתי ראש החודש מפני שלפיו קובעים את החגים. ראש השנה נחגג 3 ימים כיוון שלא יכלו לקבוע את יום תחילת השנה באופן מדויק.
		2. לא ידעו מתי חל ראש השנה כי לא ידעו אם הירח נולד ב30 או ב31. רבן גמליאל (אב בית הדין)- קבע ב30. רבן הורקנוס – 31. (ר' יהושע מסכים איתו) ר' יהושע מחויב לפעול לפי דעתו של ר' גמליאל ולנהוג כרגיל ביום שלדעתו חל כיפור. ר' עקיבא אומר לר' יהושע שהוא לא צריך להיות מטורד שכן **הקביעה של בית הדין מחייבת**. (נסמך על "אלה מועדי ה' מקראי קודש אשר תקראו אתם" – ניתן לקרוא את המילה במקום כאותם כאתם, ז"א ישראל). ר' יהושע לא מתרצה מההסבר של ר' עקיבא. (לא ראה בו סמכות דיא, והפירוש הראה לו פשטני)

רבי דוסא בן הורכינס-30. רבי דוסא מסביר לר' יהושע שערעור על קביעה של בית דין עשויה לערער על הסמכות המוסדית ואת הקביעות של בית הדין מאז ימי משה. **בכל דור יש לעשות לפי בית הדין שעומד בדורו.** שמותיהם המפורשים של 70 הזקנים לא כתובים כדי שזה יהיה סימן לדורות. ר' יהושע קיבל את פסיקתו של ר' גמליאל. **לא משנים שמותם של השופטים, עלינו ללכת אחריהם כך או כך. אין להתרפק על החכמים שבעבר אלא לכבד ולציית לחכמים שבהווה.**

* 1. דרשות הר"ן, דרוש יא+ז:

יש להקשיב לבית הדין, גם אם חושבים שהם טועים כי:

1. ניתן להניח שהרוב יגיע לאמת. הוכחה לכך היא **ששגיאות חכמים מועטות.**
2. **עדיף שכולם יפעלו לפי אותה טעות מאשר פיצול.** (כמו חינוך ורמב"ן)
	1. קצות החושן, הקדמה (פירוש לשולחן ערוך- אריה ליב)

התורה ניתנה לאדם ולא למלאכים, השכל האנושי פועל על פי יכולתו ולכן **ניתן לסבול טעויות במידה וכולם פועלים לפיהן**.

* 1. שו"ת אגרות משה, הקדמה,

פועלים לפי רוב החכמים. גם במידה ונראה שהמיעוט צודק. מאחר **וה' נתן תורה לישראל שיפעלו ע"פ הבנתם.**

1. **גישה שניה – ציות חלקי**
	1. ירושלמי הורית א, מה טור ד / ה"א – **יש לציית לבית הדין כל עוד בטוחים שהוא אינו טועה, אם ברור לך שהוא טועה אין חובת ציות**. מגישה זו עולה השאלה מי קובע שבית הדין צודק או טועה.
	2. משנה הוריות א, א
		1. **אדם שעבר עבירה לא בכוונה**- **יש להביא קורבן לבית המקדש** כיוון שהיה צריך להיות אחראי למעשיו.
		2. **מקרה בו בית הדין טעה בהוראה שלו וקבע שמשהו מותר**. כעבור זמן, מגלה את הטעות וקובע שמעתה הדבר אסור. לגבי מי שעבר את העבירה בזמן שבו היא הייתה מותרת, האם עליו להביא קורבן. הפתרון הוא **שבית הדין מביא קורבן בשם** הציבור ע"מ לכפר על מי שעבר את העבירה בזמן בו האיסור הותר.
		3. **במקרה בו יש הוראה של בית דין שמכילה טעות אבל קיים חכם שמודע לטעות**. **אם החכם יבצע את הפסיקה, הוא חייב בקורבן – מהיותו חכם לא היה חייב בציות מלא**, עליו לעשות את הדבר הנכון לדעתו. **מי ראוי להחליט? מי שראוי להוראה** (לא נמנע עם הסנהדרין מחוסר מקום אך חכם מספיק). **אסור לו להורות לאחרים** (זקן ממרא).
	3. ספר עקידת יצחק, שער מג
		1. תפקיד בית הדין הוא לפרש את החוק ולהבין האם הוא חל על מקרה קונקרטי. בית הדין עשוי לקבעו שמקרה שונה מהמוכר. מה שעשוי להשתמע כאילו בית הדין טעה אך בפועל הכלל המוכר לא מתאים למקרה הספציפי. **דיין שפוסק רק לפי הדין ולא על עובדות המקרה נחשב כמחריב את העולם.**
2. **הכרעה**

**חילוקי דעות**- חיובי/שלילי?

* 1. תוספתא חגיגה ב,ט

במקרה של סוגייה פונים: בית דין בעיר- בית דין בעיר סמוכה, בית דין מחוץ לחומה בירושלים- בית דין בתוך החומות בירושלים-בית הדין הגדול (הסנהדרין). **אם הדיינים הכירו את ההלכה היו מכריעים על פיה. אם לא היו ממשיכים לבית דין גדול יותר**. **אם בית הדין הגדול לא מכיר את ההלכה, קובע הלכה מחודשת ומכריע על פי רוב והיא הקובעת בישראל.** רק בה"ד הגדול יכול לפסוק הלכה חדשה, לשאר אין סמכות הכרעה אלא רק הערת המסורת הקיימת. **יצירת המחלוקת החלה כאשר התלמידים לא שימשו את רבותיהם כמו שצריך - תלמידי בית שמאי ובית הלל, לכן נוצרו בישראל 2 תורות.**

**המסקנה: מחלוקות לא רצויות, יש צורך בגוף אחד שיקבע את ההלכה.**

* 1. תלמוד ירושלמי מסכת חגיגה פרק ב, הלכה ב
* בעבר לא היו מחלוקות, הן התחילו רק בתקופת בית הלל ושמאי – נוצרו 4 מחלוקות, ולאט לאט הן התרבו. **הסיבה היא שהעם לא למד כמו שצריך, ולא בחן כראוי**. אך אין דרך לחזור חזרה ויש ללמוד לחיות עם 2 התורות, עד שהמשיח יגיע. **מקור נוסף שרואה את המחלוקת כשלילית ולא רצויה.**
	1. תוספתא עדויות א, ד –
		1. **במקרה של מחלוקת יש ללכת לפי הרוב**.
		2. **אז למה יש צורך להעלות את דעת המיעוט? כמה גישות:**
			1. דעת המיעוט מוזכרת **כדי לבטל אותה**. (אין בה צורך וצריך להדוף אותה)
			2. דעת המיעוט נשמרת כדי שבמחלוקת בהמשך **ידעו שמדובר בדעת מיעוט ולא יהיה ויכוח מה המסורת.**
			3. דעת המיעוט חשובה מאחר שהיא **מראה שגם עמדה זו לגיטימית**. בעתיד יכול להיות בה שימוש
	2. **דוג' טובה לגישה האחרונה** נמצאת במסכת שבת מד, א
		1. האם מותר לטלטל נר שנדלק וכבה בשבת? ר' מאיר-אסור כי מוקצה. ר' שמעון -מותר כי כבה. ההלכה כדעת ר' מאיר.
		2. מה קורה בשבת כשמדליקים נרות חנוכה בחוץ ואז הם כבים? (נרות בחוץ סיכנו את עמ"י) **נפסק לפי דעת מיעוט של ר' שמעון כיוון שמדובר בשעת דחק.**
	3. אבות דרבי נתן פרק יח נוסחה -**למחלוקות יש ערך.** יש להקשיב לכולם על מנת **לאפשר ריבוי דעות.** (מקשה על הפן המעשי)
	4. ריטב"א מסכת עירובין דף יג/ב
		1. בת קול: "אלו ואלו דברי אלוקים.. אך הלכה כבית הלל". מכיוון שהם ענווים וצנועים ומקדימים את דברי בית שמאי.
		2. קיים קושי באמירה **"אלו ואלו"** מאחר שה' יודע מה התשובה, עמדה אחת קולעת לדבריו. ה' לא סותר את עצמו. לא יכול להיות ש2 דעות שונות ממש יכולות להיות מהקב"ה.
		3. הפתרון: כל דבר שנאמר למשה במעמד הר סיני ניתן לו 49 נימוקים בעד ו49 נימוקים נגד. **לכן, כשיש מחלוקת, ייתכן ששני הצדדים צודקים מאחר שקיימים נימוקים לשני הכיוונים.** ריבוי הדעות מקורו באל, והן נועדו לאפשר לחכמים לדון ולהכריע בעזרת הכלים האנושיים שלהם ולהתאים את ההלכה לכל תקופה (חיזוק נצחיות התורה). **המחלוקות מקורן באל והן תופעה מלכתחילה!**
	5. הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות – **לא תתכן מחלוקת לגבי דברי משה לעם ישראל –** בחלק הראשון והשני של התורה בע"פ. בחלק השלישי רביעי וחמישי – תיתכן מחלוקת.
	6. מבוא התלמוד, ה – **בניגוד למקור הקודם – תיתכן מחלוקת גם בחלק הראשון והשני בעקבות חוסר הקשבה להלכה**. מתוך תקלה, שכחה וכו' ואז נוצר שיבוש בהעברת המסורת.

**הכרעה במחלוקת**

* 1. מתעוררת שאלה 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 חכם אחד אומר שיש מסורת** **וכל השאר לא מכירים** את המסורת, **המסורת קובעת**. (אין הצבעה)
		2. **במקרה בו אין בכלל מסורת/ שתי מסורות סותרות** יש להעלות את הסוגייה להצבעה **והנושא יוכרע לפי רוב.**
		3. במקרה בו מיעוט מתבסס על שתי מסורות (אותה מסורת מ2 רבים שונים) ורוב מתבסס על מסורת אחרת (מסורת מפי אותו רב אחד), הפסיקה- **מספר מסורות גוברות על מספר אנשים.** (קושי- מצב בו מס' מסורות נובעות ממסורת אחת)
	3. בבלי עבודה זרה ז, א

חכם **אחד אמר לו מותר ואחר אמר לו אסור**, מה הוא עושה?

1. **נלך לפי הגדול בחכמה ובמניין**, אם שניהם באותו מעמד - **נלך עם המחמיר.**
2. ר' יהושוע בן קרחה: **דברי תורה- נחמיר. דברי חכמים – נקל.**

**לא בשמיים היא**

* 1. תלמוד בבלי מסכת תמורה דף טז עמוד א
		1. עלתה בקשה בפני יהושע לשאול את הקב"ה לגבי הלכות שנשכחו, אך יהושע אמר ש**התורה כבר לא נמצאת בשמיים** ולכן לא ניתן לשאול את מה שנשכח. הועלתה אותה בקשה לנביא שמואל וענה כדברי ר' יהושע.
	2. הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות
		1. **לא ניתן להשתמש בנבואה כשרוצים לפרש את התורה.**
		2. **נביא שיוסיף או יגרע מצווה הוא נביא שקר וחייב במיתה.**
		3. אם נביא טוען שהגיעה אליו נבואה והוא פירש אותה כמצווה – **דבריו בטלים.** אם היה אומר שזה נבע מלימוד תורה פרשנות שונה מדברי חכמים יתכן ודבריו היו מתקבלים. **פסיקת הלכה זה תפקיד החכמים ולא הנביאים.**
	3. תלמוד בבלי מסכת עירובין דף יג עמוד ב – "אלו ואלו דברי אלוקים.. אך הלכה כבית הלל" – ההכרעה כבית הלל נעשתה בהתגלות אלוהית (בת קול). **כאן הגמרא נותנת לגיטימציה להכרעה בסוגיה הלכתית דרך השמיים.**
	4. **ספר הכוזרי** – מאמר שלישי אות מא – לכאורה לא ניתן להוסיף ולגרוע על התורה. האיסור תקף רק לפשוטי העם, אך **לחכמים – נביאים, כהנים ושופטים, יש אפשרות להוסיף/ לגרוע, מכוח הכוחות השמיימיים שקיבלו מאלוהים. לפי מקור זה – נביא כן יכול לחדש בענייני הלכה לפי נבואה.**
	5. בבא מציעא, נט, ב
		1. בסיפור תנורו של עכנאי ר' אליעזר **משתמש בכלים שמיימיים שונים ע"מ להוכיח את דבריו** (חרוב, מים, כותלי בית המדרש ועליהם מקבל ראיה **מבת קול**). ר' יהושע **אמר בתגובה "לא בשמיים היא",** ולכן לא ניתן להקשיב לבת קול.
		2. חכמים (בראשם רבן גמליאל) לא מסכימים עם מעשיו של ר' אליעזר שכן **הכלים שהוא משתמש בהם להכרעה לא מקובלים עליהם**. "אחרי רבים להטות" – יש להכריע על פי רוב מהרגע שה' נתן לנו את התורה, ולא בעזרת כלים שמיימיים. אפשר להבין שגם אלוקים תומך בגישה זו "ניצחוני בני".
		3. בתגובה הם מבטלים את כל הפסיקות הקודמות של ר' אליעזר ומנדים אותו.
		4. גם בשמיים קיימת מחלוקת לגבי דרך ההתנהלות הנכונה. (הנחשול בא להטביע את רבן גמליאל ונסוג לאחר שטען שהגלה את ר' אליעזר לטובת העם וצמצום המחלוקות)

**ישנם הבדלים בין הבת קול בסיפור של בית הלל ושמאי לבין זו ב"תנורו של עכנאי":** 1. בתנורו של עכנאי היה רוב מוחלט ביותר לעומת בית הלל שהובילו קצת על בית שמאי. 2. בית הלל היו פחות חריפים מבחינה שכלית מבית שמאי. ככה נולד ספק שאולי האיכות משלימה את הפער על הכמות של בית הלל. לעומת זאת, לא חייבים לפרש את 2 הסיפורים כסתירה אלא**, ההכרעה ע"ב בת קול תלויה בנסיבות**: 1. בבית הלל הבת קול תמכה בכללי הפסיקה, בית הלל היה הרוב. 2. הבת קול בתנורו של עכנאי הגיע רק כדי לכבד את רבי אליעזר ולא לפסוק הלכה. **(מהמחברת של רותם)**.

* 1. אגרות הראי"ה א, קג
		1. **יש להקשיב לנביאים לגבי נבואה של התורה שבע"פ.** יש ערך לנבואה ולא סביר לטעון שלא תהיה לכך משמעות.
		2. שופט צריך לפסוק לפי עיון וסברא. **במקום בו יש ספק- ניתן להשתמש בכלים שמימיים כדי להכריע – נבואה.**
	2. שו"ת משפט כהן
		1. **אם בת קול פנתה מעצמה- ניתן להשתמש**. **אם העם פנה לנביא לפנות לבת קול- לא ניתן להשתמש.**
		2. במקום שבו מבחינה שכלית **הסוגייה נותחה ולא התקבלה החלטה-ניתן להשתמש בבת קול** ע"מ להכריע. **לחידוש/ שחזור הלכה, כאשר היא מלכתחילה לא ברורה - לא ניתן.**

**סמכות חכמים בתחום המדרש ופסיקת ההלכה**

1. **מעמד התלמוד**
* **הכלל הוא שאמורא (חכם תלמוד) לא יכול לחלוק על תנא (חכם משנה).** כאשר יש עמדה תנאית אחת, אמורא לא יכול לחלוק עליה. **האמורא יכול לגבור על עמדה תנאית מנוגדת לשלו ב2 דרכים**: 1. מציאת מקור קדום התומך בעמדתו ; 2. מציאת פרשנות למקור התנאי שמסבירה למה עמדתו זהה לעמדה התנאית.
* כלל נוסף הוא שפוסקים מאוחרים לתלמוד לא יכולים לחלוק על אמוראים.

**עולה השאלה למה פוסק או אמורא לא יכולים לחלוק על מה שנאמר לפניהם?**

* 1. **עמדה 1 – הסכמת רוב העם בימי התלמוד**
		1. *הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה* – **רוב העם קיבל את הכתוב בתלמוד כשהיו כולם באותו מקום**. כיום העם מפוזר ולכן קשה לקבל הכרעה שמקובלת על כולם. **לא מדובר בהיררכיה/ חכמה אלא על מה שרוב העם קיבל**. עקרונית ניתן לחלוק על אמורא, אך מכיוון שכל עמ"י קיבל את התלמוד אסור לחלוק עליו.
		2. *הר"ן* – **מסכים עם הרמב"ם.**
		3. *כסף משנה, ממרים ב,א* – **מעמדו של התלמוד נובע מכך שהוסכם לא לחלוק על מה שנאמר** שם לאחר החתימה.
	2. **עמדה 2 – גדולת הדור הקודם**

*חזון איש* –לא מדובר בהסכמה חברתית אלא במחויבות לקבל את דבריהם **כתוצאה מחוכמתם של האמוראים והתנאים.**

1. **טעות בית דין**
* קיימים שני סוגים של טעויות :
* **טעות בדבר משנה** – **טעות בדבר מפורש. יש הלכה מופרשת ולא נדרש שיקול דעת. פס"ד מבוטל.**
* **טעות בשיקול דעת** – **הלכה לא מפורשת, נדרש שק"ד והדיין טעה בו.** **פס"ד לא מבוטל.**
	1. שולחן ערוך חו"מ, כה, א
		1. **גם פסיקה בניגוד לדברי פוסקים קודמים תיחשב לטעות בדבר משנה ולכן הפס"ד יתבטל**. פוסק מאוחר יתקשה לחלוק על פוסק שקדם לו.
		2. הרמ"א טוען ש**אם נראה לפוסק שהדין (כדברי הגמרא) לא תואם את מה שקבעו הפוסקים שלפניו ניתן לחלוק.**

**\*השו"ע והרמ"א מסכימים על תוקפם של המשנה ותלמוד, בניגוד לדברי הפוסקים שהשו"ע נותן להם תוקף והרמ"א כן משאיר פתח לחלוק עליהם**

1. **הלכתא כבתראי-** לפי כלל הלכתא כבתראי, **ההלכה מעדיפה את הפוסק המאוחר.**
	1. סדר תנאים ואמוראים, סימן כה- **עד תקופת רבא הכלל היה שמעדיפים את החכם המוקדם. אחרי רבא- מאוחר.**
	2. תוספות קידושין, מה, ב, ד"ה "הוה" –**מתקופת אביי ורבא דקדקו יותר להעמיד הלכה על בוריה**, **ולכן יש לקבל את דבריהם על-פני המוקדמים.**
	3. שו"ת מהרי"ק סימן פד
		1. המהרי"ק מסביר מה השתנה שגרם לשינוי בתפיסה שמעדיפה את האחרונים על-פני הראשונים. (מתוך הריף)
		2. הבבלי נחתם אחרי הירושלמי. מי שחתם את הבבלי הכיר את הירושלמי ולכן **אם יש סתירה אז מנסחי התלמוד הבבלי החליטו במודע לא לקבל את דברי הירושלמי.** ולכן **יש להעדיף את הפוסק המאוחר על הפוסק המוקדם**. **מחילים את הדין רק בתקופת אביי ורבא והלאה** כיוון שלפני לא היו חולקים על דברי מוריהם.
		3. מתן **עדיפות לפוסק מאוחר מותנה בכך שהוא הכיר את דברי הפוסק** המוקדם שהוא חולק עליו.
	4. שו"ת הרי"ד, סב
		1. אם הרי"ד נתקל בעמדה שהוא חולק עליה הוא מביע את עמדתו לגביה, ללא תלות במי אמר אותה.
		2. המאוחרים קטנים יותר מהמוקדמים (משל הננס על הענק), 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.**
	5. שו"ת מהר"ם אלשכר סימן נד

הלכה כבתראי 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**. ולכן בימינו יש להעדיף פוסקים ראשונים.

* 1. שו"ת גינת ורדים חלק חו"מ כלל ה,ג – **במקרה של מחלוקת- הלכה כראשונים .**
	2. גט פשוט, כללים, ג' - **מקבל את הלכה כבתראי אך מסייג** מעט – רק כאשר הפוסק המוקדם והמאוחר נמצאים באותה רמה נותנים עדיפות לפוסק המאוחר. אם הפוסק המאוחר לא ברמת המוקדם לא נותנים לו עדיפות אלא לראשון. בפועל – קשה לבדוק האם נמצאים באותה רמה **ופוסקים לפי הראשון.** – כמעט סותר את המהרי"ק.
	3. הקדמת הבית יוסף
		1. לא תמיד התלמוד מכריע מה צריך לעשות, הוא לא מביא הכרעה ברורה של הדרך שבה צריך לפעול ויש עוד עניינים שהתחדשו אחר חתימת התלמוד. על פי מה יכריעו?
		2. יוסף קארו מסביר כיצד הוא הכריע במקום בו יש מחלוקת. בצורה פרקטית ופשוטה. **הוא פוסק הלכה על בסיס שלושה פוסקים חשובים (רמב"ם, הרא"ש והרי"ף),** אם יש מחלוקת של שניים מול אחד, הולכים לפי דעת הרוב. 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. **לא מקבל את הלכתא כבתראי.**
	4. הקדמת הרמב"ם למשנה תורה – **צריך לדון בכל מקרה לגופו**, ואין עדיפות לפוסקים מאוחרים. אין מקום לתת עדיפות לא למוקדם ולא למאוחר. כל דיין יבדוק מה שנראה לו. **לא מקבל את הלכתא כבתראי.**
	5. הקדמת הרמ"א לדרכי משה – **שולחן ערוך** פסק כדעת ראשונים והתעלם מפוסקים מאוחרים, **חרג מהכלל הלכה כתבראי.** (בניגוד להתנהלות הקהילה)
	6. שו"ת הרמ"א- **פוסק כאחרונים בהתבסס על הכלל של הלכה כבתראי.**
		1. רבי שלום שכנה – רבו של הרמ"א, לא רצה לכתוב ספר הלכה, כיוון שלא רצה שיסתמכו על דבריו בקביעת הלכה.
		2. אשכנז (הרמ"א)- אחרונים. ספרד (ר' יוסף קארו)- ראשונים.
1. **תקדים מחייב/מנחה**
	1. **חשיבות התקדים** – **אמנם תקדים אינו מחייב אך הוא בעל ערך**. ניתן לחלוק עליו אך לא בקלות. ניתן לחלוק עליו על מנת לתת חופש לדיינים לפסוק לפי אומד דעתם.
	2. הרמב"ם הלכות סנהדרין כ,ח - **לרוב יש הבדל בנסיבות של המקרה הקונקרטי לבין המקרה של התקדים**. לכן פסיקה לפי תקדים מחייב היא בעייתית והיא עלולה לגרום לפסיקה מוטעית.
	3. תלמוד בבלי, בבא בתרא, קל
		1. רבא אמר לר' פפא ור' הונא **אם אתם חולקים על פס"ד שלי** אל תבטלו אותו לפני שאסביר לכם את פסיקתי ובמידת הצורך אחזור בי. במותי במידה ואתם חולקים על הפס"ד אל תתייחסו אליו כתקדים, מאחר ואין לי איך להתמודד עם טענות הנגד.
		2. **נימוק לכך שהתקדים אינו מחייב – "אין לדיין אלא את מה שעיניו רואות"** תמיד לפסוק לפי מה שהדיין רואה.
* סנהדרין ו,ב – **נימוק נוסף לציטוט**- בהקשר של פחד אפשרי של הדיין – **חכם לא צריך לפחד לחלוק על קודמיו ולהיכנס ל"שיתוק מחשבתי" – יש לו עצמאות וכן סיוע מאלוקים.**
	1. שו"ת מהרי"ל סימן עב – **יש מקום לסמוך על תקדימים, והם אפילו מקור טוב יותר מספרי פסיקה**. הסיבה לכך היא שבספרי פסיקה מתייחסים להיבט העיוני, אך במבט על תקדימים אנחנו רואים מה קובעים הלכה למעשה. **המהרי"ל אינו קובע שפסק דין קודם הוא תקדים מחייב.**
	2. שו"ת רבי אברהם בן הרמב"ם סימן צז – **תפקידו של התקדים הוא ללמד את הדיין איך לתרגם את הכללים לידי מעשה.** ככל שדיין יקרא יותר תקדימים ויבין את השיקולים הוא יוכל להיות דיין טוב יותר.

1. **קים לי**- חל רק בדיני ממונות.
* הנתבע יכול לטעון שפסיקת בית הדין לא תואמת מקור, 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. אנחנו בעצם מונעים מצב שבו כל אדם ינסה לתבוע כסף לפי טענת קים כי ימצא איזה דיין כלשהו שאומר כמוהו.
* הכלל :"המוציא מחברו עליו הראיה". התובע חייב להעלות את כל הטענות ואם לא עשה כך עומדת לנתבע הזכות להעלות קים לי. **הצדקה לטענת קים לי היא שבעולם ההלכות והמשפט לאו דווקא קיימת אמת אחת מוחלטת**.
1. אורים ותומים חו"מ, קנ"ד – **יש צורך לצמצם את טענת הקים לי כדי שהיא לא תרוקן מתוכן את מערכת המשפט**. (על כל דבר ניתן לטעון קים לי לאור הפרשנויות הרבות).
* **לא ניתן לטעון קים עם הרמ"א והשולחן ערוך**. כיוון שמדובר בהלכה מוסמכת ואין לערער עליה.
1. מהרי"ק – **לגבי ממונות בלבד. (לא ניתן באיסור והיתר)**
* לא ניתן לטעון קים לי כשמדובר בדעת יחיד. **לא ניתן להתבסס על מיעוט שולי**. (לא ברור אם בכמות או באיכות)
1. שו"ת רדב"ז ב, תתכה
2. **אדם צריך להיות עקבי לגבי הפוסק כאשר הוא מעלה טענת קים לי** ולא לשנות לפי מה שנוח. אם ינהג כך הוא מעלה קים לי שלא בתו"ל.
3. **לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד הפוסק המקומי**, שמקובל באותה הקהילה. (תנאי מכללא- הסכמה של הקהילה לא לטעון קים לי)
4. **לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד מנהג ברור שחל במקום.**
5. **לא ניתן לטעון טענת קים לי במקום שמדובר ביחיד כנגד רבים. ניתן לטעון ביחיד מול יחיד.**
6. **לא ניתן לטעון טענת קים לי כשמדובר ביחיד שרמתו פחותה מיחיד אחר** שרמתו גבוהה יותר.
7. במקרה בו יש **יחיד נגד יחיד**, ששניהם באותו מעמד, ורק אחד מהם התפרסם, **לא ניתן לטעון קים לי נגד המפורסם.**
8. **לא ניתן לטעון קים לי כנגד בית דין של מומחים.** רק כשמדובר בבית דין בו לא מומחים ניתן לטעון אחרת.

**דגשים:**

* על מנת למנוע מצב בו דבר לא יפסק לעולם קיימות המגבלות להלן. לא כל המגבלות של הרדב"ז מקובלות על כולם, אבל עולה מהן רוח הדברים של הגבלת קים לי ע"מ לאפשר לבית הדין לפעול.
* **טענת קים לי עומדת רק במהלך המשפט**, לאחר שהכסף כבר הגיע (המשפט נגמר) אין אפשרות להוציא ממנו את הכסף וטענת קים לי לא תתקיים. (גם אם היא עומדת)
1. שו"ת הלכות קטנות חלק א סימן קפ"ב
* בבה"ד הגדול בירושלים לא מקבלים את טענת "קים לי" – שכן אתה מבטל את כל חושן המשפט – שהוא מלא במחלוקות, ומבטל גם את כל דיני הגמרא. אם נקבל אותה זה יצור מצב שאתה נותן את ממונם של ישראל לפושעים. **בה"ד בעצמו לא יטען קים לי אלא רק הנתבע**.

**סמכות חכמים בתחום החקיקה**

1. **מדוע קיימת חובה לציית לתקנות חכמים**
	1. תלמוד בבלי מסכת שבת דף כג עמוד א
		1. עולה **השאלה לגבי נוסח הברכה במצוות שאינן מהתורה** (כמו חנוכה או פורים) לאור **המילים ציוונו**- הציווי לא ניתן מאלוהים אלא מחכמים.
		2. מדובר **בציווי עקיף של ה' כיוון שאלוקים במילים "לא תסור"** **ציווה אותנו להקשיב לדברי חכמים**. (רב אויא)
		3. רב נחמיה- "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך" - **זקנים הכוונה לחכמים** ולאו דווקא זקנים בגיל. (מקור חלש יותר כיוון שהוא לא נוגע ישירות להלכה, בשונה מ"לא תסור")
	2. הקדמת הרמב"ם למשנה תורה – **הרמב"ם מאמץ את "לא תסור"** וטוען כי אי ציווי לדברי חכמים היא **עבירה עקיפה על התורה**. **כאשר חכמים גוזרים גזירה:**

א. עליהם לשאול האם הציבור יוכל לעמוד בה.

ב. לוודא שהגזרה פשטה בכל ישראל- אם לא היא פחות מחייבת.

* 1. השגות הרמב"ן לספר המצוות שורש א- הפסוק **"לא תסור"** **מתייחס רק להוראות של החכמים כמפרשי התורה או כמעבירי המסורת ולא לתקן תקנות (להמציא חוקים**). יש צורך לציית לחכמים לפי הפסוק "שאל אביך ויגדך זקניך ויאמרו לך", אבל אם אני לא אציית להם, זה לא נחשב שעברתי על דין תורה. (בניגוד לתפיסת הרמב"ם)
1. **קשיים במתן סמכות לחכמים להתקין תקנות**

דברים פרק יג פסוק א – "את כל הדבר אשר אנכי מצווה אתכם אותו תשמרו לעשות **לא תוסיף עליו ולא תגרע ממנו".** עולה השאלה איך מתן סמכות לחכמים מתיישבת עם איסור זה.

* 1. רש"י –הכוונה היא **אסור להוסיף או לגרוע ממצווה קיימת** אך **מותר לצוות מצווה חדשה.**
	2. רמב"ם הלכות ממרים סוף פרק ב –**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).
	3. ספר הכוזרי מאמר שלישי אות מא –**האיסור נוגע להמון העם ולא לחכמים**, כדי שלא יחדשו מצוות לפי דעתם. **לחכמים יש שיקול דעת להוסיף ולגרוע.**
	4. הרשב"א ראש השנה טז, - מסביר את האיסור **לא להוסיף כאיסור שנוגע לאנשים פרטיים ולא לחכמים.** **לחכמים יש סמכות להוסיף ולגרוע.** (דוגמת הוספת יום לחגים בחו"ל)
1. **גבולות סמכות החכמים להתקין תקנות (לעקור דבר מן התורה)**
* כל עוד החכמים מוסיפים איסור או מצווה אין התנגשות חזיתית עם התורה, שאלה לגבי **גבולות הסמכות מתעוררת בעיקר במקרה של התנגשות עם דין תורה.** במקרה של התנגשות של דברי חכמים עם דין תורה- דין תורה גובר. עם זאת, **בנסיבות מסוימות יש סמכות לחכמים "לעקור דבר מן התורה".**
* **חכמים רשאים לעקור דבר מן התורה בשב ואל תעשה** (להורות לציבור לא לקיים מצווה שהתורה חייבה לקיים).
* **חכמים לא יכולים לעקור דבר מן התורה בקום ועשה** (התורה אסרה דבר מה והחכמים אומרים שיש לעשות אותו). **למעט 4 חריגים המפורטים בהמשך.**
* דו' לשב ואל תעשה - חכמים קבעו שאין לתקוע בשופר בראש השנה אם הוא חל בשבת. כיוון שחששו שיוביל לחילול שבת. **התנאי לביטול מצוות עשה הוא שלא גורעים את המצווה לחלוטין.**
* לגבי קום ועשה, **ההיגיון במתן אפשרות להוראות שעה** היא ש**יכולות להיות נסיבות מסיומות בהן מישהו יעבור עבירה ע"מ לקיים מצוות בהמשך.** (כמו כתיבת התורה שבע"פ)

הדוגמאות קשורות לקום ועשה :

**הוראת שעה:**

* 1. יבמות צ, ב – מדובר על סיפור בתנ"ך על **אליהו בהר הכרמל**. עמ"י עובדים גם את אלוהים וגם עבודה זרה. בכדי להכריע את מי נכון לעבוד, אליהו ונבחר של העבודה הזרה יביאו קורבן להר הכרמל. הקורבן שיישרף הוא הקורבן של העבודה שיש לדבוק בה. **יש איסור בתורה להקריב קורבן מחוץ לבית המקדש מרגע שנבנה בית המקדש ואליהו עובר על כך ומקריב בהר הכרמל**. מכיוון **שמדובר בהוראת שעה**, וע"י כך שעבר על איסור לא תעשה הוא מנסה להחזיר את העם בתשובה. אומר המדרש שהוא עשה את זה כיוון שזאת הייתה הוראת שעה, העם עובד עבורה זרה והוא מנסה להחזיר אותם לדרך הישר, **ולכן ניתן לעבור עבירה באופן זמני כדי לפתור בעיה ספציפית.**
	2. רמב"ם ממרים, ב, ד – **בית דין יכול לעקור איסור לפי שעה, לטובת מטרות מסוימות** (הצלת העם, קירוב העם לדת). אך אין לקבוע הוראות אלו לדורות. לדוג' רופא שמציל חיים בשבת – "**חלל** עליו **שבת אחת** כדי שישמור שבתות הרבה". **התורה שבע"פ** נכתבת במשך דורות למרות האיסור. **יש ערך בלהמשיך לקרוא לזה הוראת שעה, מזכירים לעצמינו שזה זמני ולא קבוע** כי לא רואים דרך להחזיר את המצב לאחור.

**הוראת שעה בענישה:**

* 1. סנהדרין מו, א –בהוראות שעה בה"ד נותן עונשים גופנים בשונה מדין התורה. העונשים הנפוצים בתורה הם בד"כ עונש מוות או מלקות, וכל עונש לעבירה ספציפית. **לבית הדין ניתנה הסמכות להחליט על עונש מוות או מלקות, אך במידה שבה"ד יחליט להרוג או להלקות אדם ללא סיבה – זו עברה של בה"ד.**
		1. חכמים גזרו שאסור לרכב על סוס בשבת. מדובר באיסור חכמים ולא באיסור תורה (לפיו חילול שבת = עונש ממות) ולכן אדם שעובר על התקנה לא נענש בעונש מוות. מסופר על אדם שרכב על סוס בשבת בתקופת היוונים, ובה"ד סקל (הרג) אותו על אף שעבר "רק" על תקנת חכמים. **הסיבה: באותה השעה היה צורך להרוג אותו.** כיוון שהמעשה נעשה בתקופת שלטון היוונים שניסו לבטל את השבת, והעם נחלק בין מתייוונים לשומרי מצוות, מעשהו של אותו רוכב תרם ללחץ היוונים וכנראה הרגו אותו מסיבה זו, **על מנת לחזק את שמירת השבת.**
		2. אדם היה עם אשתו במקום פומבי, ובה"ד נתן לו מלקות. על אף שזהו לא העונש שהגיע לו ע"פ דין תורה, בה"ד פסק כך כיוון שהוא ראה צורך לחזק נקודה זו, נכון לאותה שעה.
		3. **המסקנה – מפסיקות בה"ד נלמד שניתן לעבור על איסור אחד (פסיקת בה"ד שאינה מותאמת לעבירה) בשביל שלגרום לעם להקפיד יותר בשמירת המצוות.**
	2. רמב"ם סנהדרין כד, ד-ט – יש לבית דין סמכות להעניש כשאין היתר מהתורה בכמה מקרים: לעשות סייג לתורה, הוראת שעה, במקרה של שמועות עקשניות שלמעביר השמועה אין אינטרס. **למרות שיש סמכות רחבה לבית הדין, הוא צריך להיות זהיר שהמעשים שלו יהיו לשם שמיים ושיהיה לו כבוד לבריות.**

**"הפקר בית דין הפקר":**

* 1. יבמות פט,ב- מה קורה אם ילד מוצא 50 שקלים (אין לו כשרות משפטית לבעלות) ואדם חוטף לו את הכסף. אם האבא של הילד לא יעשה כלום, הוא ילמד אותו שאפשר לגנוב לו. ומצד שני אין לו לפי החוק בעלות על ה50 שקלים. ולכן, תקנת חכמים קבעה שלילד יש בעלות על מה שהוא מצא. ולכן אם משהו גונב לו את זה הוא גזלן. יש פה בעיה כי זה נוגד את דין תורה. **התשובה: "הפקר בדין הפקר" מאחר שבית דין יכולים להפקיר ממון, הוא יכול גם לקבוע תקנות בדיני ממונות.** בנוסף, **כמו שאבות יכולים להנחיל לילדיהם מה שהם רוצים**, **כך גם חכמי העם יכולים להתקין תקנות בדיני ממונות** ולהחליט מה שייך למי.
	2. תוספתא שקלים, פרק א, הלכה ג – באמצע חודש אדר שליחים של בית הדין היו סורקים את השדות ע"מ לראות אם יש שדה עם כלאים. **אם היו מוצאים שדה כלאים היו מכריזים שזה הפקר** (המקור הראשון לכלל הפקר בדין הפקר). בתור עונש לבעל השדה הפקירו את רכושו. **בה"ד מורה לעבור על איסור גזל מתוך מטרת הרתעה לא לעבור על איסור מן התורה.**

לומדים את זה מתוך:

* + - 1. עזרא שכשרצה לכנס את העם הודיע שכל מי שלא יתייצב רכושו יוחרם, שם נכתב שיש סמכות לבית דין להפקיר ממון.
			2. יהושוע שמכניס את עמ"י לישראל ומחלק את הארץ לנחלות. ראשי המטות – המנהיגים יכולים להנחיל לעם את מה שהם רוצים.
	1. **פרוזבול** (גיטין לו, א)-בשנת שמיטה חוב שאמור להשמט יועבר לבית הדין.
		1. מדובר על מקרה בו הייתה תקנה שנועדה לחלשים (שמיטה בשביעית) אבל בפועל פגעה בהם מאחר שאנשים פחדו להלוות להם (פחדו שהחוב לא יחזור) לטובת כך נוצרה התקנה של **הפרוזבול – חובות פרטיים נשמטים אך חובות ציבוריים לא. בפרוזבול המלווה מעביר את הזכות לקבל את כספו לבה"ד ואז החוב הוא ציבורי ולא נשמט.**
		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 ולכן אין בעיה.
			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, אבל הפרוזבול אומר שבית הדין מפקיר את ממונו של הלווה לטובת המלווה (ולבית הדין מותר להפקיר ממון).

 **הפקעת קידושין:**

* 1. משנה גיטין ד, א-ב
		1. 2 דרכים לקטוע נישואין: מוות או גט. ניתן למסור גט ע"י שליח כיוון שמדובר בפעולה משפטית.
		2. במידה ושולח הגט מתחרט יש לו 2 אופציות לפי דין תורה: 1. להשיג את השליח לפני שהגיע ליעדו. 2. לפנות לבית הדין בעירו ולמסור הודעת ביטול. האדם יכול ללכת לבית הדין במקום מגוריו ולמסור להם הודעת ביטול, או אפילו להכריז על ביטול בפני כמה עדים. מצב זה יוצר בעיה כיוון שהאישה חושבת שהגט מבוטל ועלולה להינשא מחדש ולהביא ילד ממזר. ולכן לפי ר' גמליאל **לא ניתן לבטל בהודעת ביטול - מפני "תיקון עולם"- למנוע היווצרות של תוצאה קשה ובעייתית.**
	2. גיטין לג, א- המשך של משנה גיטים.
		1. האם אדם שלא מקשיב לתקנות חכמים ופועל לפי דין תורה יכול לבטל את הגט מרחוק, או שמא דברי רבן גמליאל גוברים.
		2. תקנת חכמים למעשה מתירה איסור של אשת איש, מאחר שיש אישה **שלפי דין תורה היא נשואה אך לפי תקנת חכמים היא גרושה**. בהמשך **הייתה מחלוקת האם רבן גמליאל התקין תקנה בלי שיניים (המלצה) או עם שיניים (הלכה).** רבי אומר שעדיף לא לבטל מרחוק, אבל אם ביטל מרחוק הגט מבוטל (בלי שיניים). רבן טוען שלתקנה יש שיניים, והבעל לא יכול לבטל את הגט ברגע שהוא שלח אותו גם אם הוא הולך לבית דין לבטל. כיוון שאין משמעות לתקנה אם אין לה שיניים כי גברים ימשיכו לבטל מרחוק.
		3. "כל המקדש על דעת חכמים הוא מקדש"- **כשאדם מקדש אישה קיים תנאי מכללא לפיו הקידושין נעשים בהסכמת החכמים.** ולכן **אם שחכמים חושבים שההתנהגות לא ראויה הם יכולים לבטל את הנישואים** מלכתחילה.(ביטול נישואים לגט מרחוק). מבחינת ילדים אין בעיה מאחר שילד שנולד לאישה נשואה מאדם אחר הוא ממזר אבל ילד שנולד לזוג לא נשוי לא נחשב ממזר. למעשה **יש סמכות של חכמים לעקור דבר מן התורה ולהפקיע קידושין שלפי דין תורה הם לא מופקעים.** **הבבלי-ביטול למפרע** (ביטול של הנישואין מלכתחילה). לבקש מהגבר להגיד שהנישואים אף פעם לא היו נישואים. **הירושלמי-ביטול מכאן והלאה.** (הילד יישאר ממזר)
	3. ירושלמי גיטין ד, מ"ה: בירושלמי אומרים שלחכמים יש סמכות לעקור דבר מן התורה והם מביאים דוגמא לכך: לפי דין תורה מותר לתרום לכהן יין במקום ענבים ושמן במקום זיתים. חכמים הוציאו תקנה שזה אסור - ומכאן יוצא שלכל אחד מותר לאכול את זה (למרות שמהתורה זה אסור). לכן לפי הירושלמי לחכמים יש סמכות לעקור דבר מן התורה, **ובכך גם יכולים להפקיע קידושין.**
	4. בבלי מסכת בבא בתרא מ"ח, ב: הכוח להפקעת קידושין של חכמים מטעם אחר. במקרה בו איימו על משהו למכור משהו והוא חתם על חוזה – האם הייתה גמרות דעת והחוזה תופס? או מקרה שאיימו על אישה להתקדש למישהו, האם היא באמת מקודשת? עקרונית לפי דין תורה – יש גמירות דעת במקרים אלה והם תופסים. אולם חכמים פסקו שבמקרה בו האישה אוימה אין קידושין. הסיבה: **כמו שהאדם סטה מהדין וכפה את הקידושין על האישה, ככה חכמים סוטים מהדין ומפקיעים ממנו את הנישואין (וזאת שוב, למרות דין התורה).**
	5. בבלי מסכת יבמות: אדם שעשה קידושי מחטף (ילדה בגיל 12 שאדם מסוים הכניסה לחופה, אך אדם אחר הקדים אותו וקידש אותה ראשון). **חכמים קובעים כי הקידושין עם החוטף אינם תקפים, מכיוון שלא עשה כהוגן ולכן גם כך מתנהגים איתו**.
1. **הערמה על הדין - ערמה = לא תרמית, אלא עקיפה של איסור תורה באמצעות תקנה "מוסכמת".**
2. משנה מסכת מעשר שני פרק ד משנה ד-ה: יש איסור להלוות בריבית או להחזיר בריבית. חכמים הערימו על הקושי הזה ויצרו את "היתר עסקה". במקום שהעברת הכספים תחשב הלוואה היא תחשב עסקה, כעין שותפות. במידה ויהיה רווח אצל מי שקיבל את הכספים, הוא יחזיר את הכספים למלווה אבל לא ב"ריבית" אלא ייתן לו חלק מהרווחים. **\*ההיתר אינו אסור הלכתית, אבל הוא תוקן בצורה מלאכותית כדי לעקוף את איסורי התורה.**
3. תלמוד ירושלמי (וילנא) מסכת יבמות פרק ד הלכה י"ב: אדם בעל שדה צריך להפריש תרומה לכוהנים, המהווה כ2% מהיבול שלו. התרומה אסורה באכילה לכלל ישראל מלבד הכוהנים. בגמרא מובא סיפור שהתרחש בתקופת רעב. בסיפור מסופר על כך שר' טרפון, שהיה כהן, נישא ל300 נשים כדי שגם הן יוכלו לאכול מהתרומה שלו, וכך לעזור להן להתגבר על הקושי של תקופת הרעב. סיפור זה מובא כדוגמא ל"הערמה", **שימוש בעיקרון המשפטי של נישואין כדי לתת לאותן נשים לאכול מהתרומה, מבלי כוונה להינשא להן באמת.**
4. משנה מסכת מעשר שני פרק ד משנה ד-ה: פירות מעשר שני הם פירות שצריך לאכול בירושלים. כיוון שהדרישה לעלות עם כל פירות המעשר השני מכבידה על רוב האנשים, ניתן "לפדות" את קדושת המעשר מהפירות ולהמיר אותו לסכום כסף השווה לערך הפירות בתוספת חומש. אם אדם פודה פירות של אדם אחר בכסף, הוא לא צריך להוסיף חומש. חכמים תיקנו שאפשר להביא את פירות המעשר לקרוב משפחה או לעבד, וכך אין חיוב להוסיף חומש. **ברור לכל הצדדים שלא מדובר במתנה אמיתית של הפירות אלא ניסיון "הערמה" על הדין כדי להימנע מחומש.**

הגמרא מביאה דוג' נוספת, ניתן לתת את הפירות במתנה לחבר, ואז לפדות אותם מבלי לשלם חומש, כיוון שהן שייכות לחבר. כמובן שלאחר הפדיון החבר מחזיר את הפירות לבעליהן המקורי.

1. תלמוד בבלי מסכת נדרים דף מח עמ' א: אדם הנודר נדר מחויב לקיימו, ואם הוא מפר את נדרו הוא עובר עבירה. הגמרא מביאה מקרה, בו אדם נודר שלא ייהנה מרכוש שכנו. אותו אדם מגיע למצב שאין לו מה לאכול והאופציה היחידה שלו היא לבקש אוכל משכנו, על אף שנדר שלא ייהנה מרכושו. **במקרה זה ניתן "להערים" על הנדר כך: השכן ייתן את האוכל במתנה לאדם אחר, וכך הנודר יוכל לאכול ממנו, כי זה כבר לא רכוש השכן.**

מקרה נוסף אותו מביאה הגמרא, אבא נדר לא ליהנות מרכוש בנו, ואז בנו חיתן את בנו (נכדו של הנודר). האב לא יכל להגיע לחתונה מבלי להפר את הנדר. כדי "להערים" על הנדר, הבן נתן לשכן במתנה את החצר והסעודה, ואמר לו שהוא עושה זאת כדי שאביו יוכל להשתתף. השכן הקדיש את ה"מתנה" לשמים, וכשנשאל למה עשה זאת, הרי זו לא הייתה כוונתו של הבן, ענה השכן שהוא עשה את זה כדי שלא תהיה עליו עבירה שהערים על הדין.

**ההבדל בין שני המקרים – אפשר להערים על הדין בתנאי שעושים את הפעולה המשפטית בצורה מלאה ואמיתית. במקרה השני, נאמר במפורש שהמתנה לא אמיתית אלא מטרתה היא להערים על הדין, ולכן הערמה זו פסולה.**

1. תלמוד בבלי מסכת שבת דף קכד עמ' א: יש כלל בהלכה האוסר לשחוט באותו יום אם ובן לאכילה (בבע"ח כמובן). הגמרא מביאה מקרה בו הפרה ובנה נפלו לבור ביום טוב. ביום טוב מותר להעלות את הבהמות מהבור רק לצורך אכילה. ר' יהושע אומר שכדי להוציא את שניהם - נעלה קודם אחד מהם כדי "לשחוט" ואז נאמר שהוא לא "מוצלח" ולכן נעלה את השני. **"הערמה" זו נועדה למנוע צער בעלי חיים, ולא נובעת מאינטרס אישי.**
2. חידושי הרשב"א מסכת ביצה דף י"א עמוד ב' לא לומדים ממקרה אחד של הערמה לאחר כי הערמה מעלה לנו קושי. כוונת הרשב"א היא **שעלינו להיות זהירים.** מצד אחד לא חסמו את הדרך, אך מצד שני **צריך להיות זהירים ולא לעשות שימוש לא מבוקר בהערמה.**
3. רש"י, ביצה יז, ב: הגמרא עוסקת בדיני יום טוב, בו מותר לבשל אוכל לאותו יום, אך אסור לבשל אוכל שמיועד ליום שאחריו. במצב בו האדם כבר שבע ולא יאכל אסור לבשל, ולא ניתן להערים על איסור זה. במידה ואדם "הערים" כדי להכין אותו, האוכל אסור באכילה. לעומת זאת, אדם שבישל במזיד אוכל שלא מיועד לאותו היום, על אף שגם הוא עובר על איסור, האוכל יהיה מותר באכילה. **לפי רש"י הערמה חמורה מחוטא במזיד, כיוון שלמזיד וסביבתו ברור שהוא חוטא, ויש סיכוי שהוא יחזור בתשובה. לעומת זאת, מי שעובר על הדין ב"הערמה" נותן לגיטימציה לעקיפת הדין וזלזול בהלכה, וסביבתו עלולים ללמוד ממנו.**
4. דוגמאות נוספות להערמה:
5. **איסור חמץ –** על מנת לא לזרוק את כל החמץ בפסח, "מוכרים" אותו לגוי. ברור לכל שמדובר באקט טקסי והגוי לא שילם ולא לוקח את החמץ, הוא נשאר אצל היהודי. אולם בנסיבות **כדי למנוע הפסד כלכלי**, התירו למכור את החמץ.
6. **מכירת קרקע בשנת שמיטה לגוי –** בשנת שמיטה אסור לעבוד את הקרקע ולכן "מוכרים" אותה לגוי על מנת שיהיה אפשר להמשיך לעבוד אותה. **ברור לכולם שזאת עסקה מלאכותית ומאפשרים אותה בהתאם לנסיבות – שוב, מניעת הפסד כלכלי.**
7. שולחן ערוך, חושן משפט, סימן צט, סעיפים ו-ז: מקרה בו אדם חייב חוב לחברו, והוא נתן במתנה למישהו אחר את הנכס שלו כדי שהנושה לא יוכל לגבות. **ההערמה הזו אסורה כיוון שהיא באה לפגוע במישהו אחר.** הכותב כל נכסיו לאחר, ורק אחר כך מלווה מאחרים - עדיין יוכל הלווה לגבות את החוב, מתוך הבנה שזה תרגיל, שמטרתו פגיעה בלווה. **\*יש הבדל בין הערמה על הדין להערמה על אדם אחר. הערמה על אדם אחר תמיד תהיה אסורה.**
8. שו"ת הרא"ש כלל עח סימן א: מסכים עם דברי השו"ע. **ניתן להערים על איסור דתי אך לא ניתן להערים במידה וזה פוגע באדם אחר.**
9. **סמכות חכמים לבטל תקנות** – של חכמים

על-פניו חכמים יכולים לבטל תקנות, מאחר שהם אלו שהתקינו אותן. יש לעמוד על **הבחנה בין תקנות חכמים בעלות סיבה מפורשת לבין תקנות בהן לא נאמר במפורש** מה הסיבה. **אם לא יודעים מה הסיבה קשה לבטל את התקנה.**

**דוגמאות למקרים שידוע מה הטעם:**

* 1. משנה גיטין ד: במשנה נאמר לא משלמים על שבויים מחיר מופקע, **מפני תיקון עולם**. רבן גמליאל סובר, שלא משלמים משום תקנת שבויים. מה המשמעות של תיקון עולם? לא ניתן לקחת מכספי הציבור סכום מופקע עבור אדם אחד. כניעה לדרישות השובים תביא לכך שהם ימשיכו לשבות ולדרוש סכומים מופקעים. **מהי תקנת שבויים? לא משחררים את השבויים מתוך פחד כיצד ינהגו השובים עם שאר השבויים שבידיהם.**
	2. משנה גיטין ה, ח
		1. עפ"י דין, אם אדם פרס רשת וברשת הזו נלכד בע"ח, הוא לא שייך לו. כיוון שלא התקיים מעשה קניין (אקט פורמלי). במצב דברים זה יכול לקרות שאדם יתפוס בע"ח ברשת ואדם אחר יבוא ויטען שזה שייך לו. **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 זכויות בעלות**. אך מדרכי שלום הוחלט שלקיחת אותו הדבר מהם היא גזל.
		3. חכמים תיקנו שבור של האדם שהכי קרוב לאמת המים יתמלא ראשון כדי למנוע סכסוכים – משום דרכי שלום.

לפעמים **חכמים הסתירו את הטעם להתקנת תקנה בכוונה כדי שהעם לא יוכל להטיל ספק בתקנה** לאור אי הסכמה עם הסיבה. הציבור צריך להיות מעורב ב2 רמות: 1. האם הציבור יוכל לעמוד בה 2. האם בפועל הציבור מקיימה.

* 1. עבודה זרה לה, א – **לא מגלים את הטעם של תקנה אלא לאחר שנה**. כיוון שלא רצו שהציבור יחשוב שהטעם לא סביר או לא תקף לגביו ולכן לא יקיים אותה.
	2. משנה עדויות א, ה
		1. מקרה בו **ניתן להסתמך על דעת מיעוט הוא שהמציאות מצריכה שינוי של תקנה**. ואז יסתמכו על דעת המיעוט.
		2. כדי **שבית דין יבטל תקנה של בית דין שקדם לו הוא צריך להיות גדול ממנו בחכמה ובמניין.** קשה יהיה לבטל תקנה מתוך הקושי למצוא בית דין שיגיד על עצמו שהוא גדול בחכמה מבית דין שהיה לפניו. בנוסף, **תקנה שכוחה פשט בישראל**- כוחה חזק וקשה לבטל אותה. **תקנה שכוחה לא פשט** - כוחה חלש ויהיה קל לבטל אותה.
	3. רמב"ם ממרים ב, ב-ג
* **גזירת חכמים שמרחיבה איסור תורה (בשר חלב)** **לא ניתנת לביטול, גם אם בית הדין גדול בחכמה ובמניין.** הכוונה היא לא במספר החכמים שיושבים בבה"ד, הרי הם תמיד 71 חכמים – הכוונה היא במספר החכמים מחוץ לבה"ד – האם הם תומכים בתקנה הישנה או תומכים בלשנות אותה.

**2 מצבים:**

* **גזירה שהציבור לא היה מסוגל לעמוד בה בטלה ואסור לאכוף אותה – בטלה מאליה.**
* **גזירה שנגזרה** אבל לא ברור לגמרי האם הציבור מקיים אותה או לא, ואחרי זמן מה מגלים **שהיא אף פעם לא פשטה**, **היא לא בטלה מאליה מאחר שהיו כאלו שקיימו אותה אך היא ניתנת לביטול.** במצב כזה בית הדין יוכל לבטל את התקנה גם אם הוא לא גדול מבית הדין שקדם לו בחכמה ובמניין.
	1. מסכת ביצה ה, א
		1. לפי דין תורה, אדם בעל תוצרת חקלאית, צריך להפריש ממנה שורה של תרומות ומעשרות ולהביא לבעלי תפקידים בירושלים. בעבר היה קשה להגיע לירושלים וכחלופה ניתן היה לפדות את הפירות בכסף ולתרום אותו לצדקה. אך, ברגע שנכנס עם הפירות לתוך חומות ירושלים, אסור לפדות אותם.
		2. החכמים התקינו תקנה לפיה מי שגר קרוב לירושלים ברדיוס מסוים, ויש לו פירות מעשר שני, לא יכול לפדות אותם. **הטעם לזה הוא כדי לעטר את שווקי ירושלים בפירות**. סיבה זו הייתה רלוונטית כשאר היה בית מקדש וירושלים הייתה מקום מרכזי. **כעת הטעם לא עומד שכן אין בית מקדש. האם ניתן לבטל את התקנה? תקנה זו התקבלה בהצבעה ולכן ניתנת לביטול רק בהצבעה.**
	2. רמב"ם ממרים ב, ב-ג – גם אם בטל הטעם בגינו התקינו הראשונים את התקנה המקורית, האחרונים לא יכולים לבטל אותו עד שיהיו גדולים מהם בחכמה ובמניין. עמדתו של הרמב"ם לא מוסכמת.
	3. הראב"ד –**חולק על הרמב"ם**. ומספר שר' יוחנן בן זכאי ביטל את התקנה של מעשר שני למרות שלא היה גדול בחכמה ובמניין. **בשביל לתקן תקנה שהטעם ידוע וכבר לא רלוונטי, בית דין יכול לבטל אותה גם אם לא גדול בחכמה ובמניין.**
	4. מאירי ביצה ה, א – **כל בית דין יכול לבטל תקנה שהטעם שלה כבר לא רלוונטי ע"י מניין**. במידה והטעם עדיין רלוונטי צריך בית דין גדול בחכמה ובמניין.
	5. שו"ת הרא"ש ב, ח –**במידה וטעם האיסור ידוע, ברגע שבטל הטעם האיסור בטל מאליו. (דעה מרחיבה)**
	6. רדב"ז ממרים ב, ב – אם הטעם ידוע והוא בטל התקנה מתבטלת מאליה. **(כמו הרא"ש)**
1. **תקנות הקהל**- **אספת עם שמחליטה על כללים שיחייבו את העם כקבוצה.**

קיימות **2 דרכים לקבוע תקנות קהל**: 1. **הסכם רב משתתפים בו עליו כל העם חותם**- מה קורה עם מי שלא חתם או לא השתתף? האם התקנה חלה עליו? 2. **הסכם שמקובל על הרוב**.

* 1. תוספתא בבא מציעא יא
		1. **בני העיר רשאים לקבל החלטות על עצמם ולכפות אותן על הכלל**. הם רשאים להתנות על דיני ממונות וכן לקנוס את מי שלא עומד בהתניות אלו.
		2. קיימים כללים שנוגעים לבעלי מקצוע מסוים: הצבעין והצמרין רשאים לומר שכל מקח שמגיע לעיר הם לא יתחרו עליו ותהיה חלוקה של העבודה ושל ההכנסות, מדובר למעשה במעין ביטוח שיתופי. החמרים גם עשו ביטוח שיתופי – במידה ולאחד מהם ימות החמור, כל השאר יקנו לו חמור חדש.
		3. **יש כאן 2 סוגי הסדרים – רלוונטיים לכל הציבור, ורלוונטיים לחלק ממנו – בעלי המקצוע.**
		4. מדובר במקור הראשוני למשהו שמזכיר תקנות או כללי התנהגות של הקהל. עדיין לא מדובר ממש על תקנות קהל אבל מדובר על תקנות שבני העיר מחילים על עצמם.
	2. תשובות הגאונים שערי צדק ח"ד ש"ד, טז –"**זקנים" (חכמים) יכולים להתקין תקנות. מכאן שהעם יכול להתקין תקנות** ולאכוף אותן.
	3. ש"ת יכין ובועז ב, כ – **מעמדו של הציבור שווה ערך למעמדם של החכמים**. חכמים יכולים להפקיר מכוח "הפקר בית דין הפקר" וכך גם הציבור.
	4. רבינו גרשום: מדובר על ספינה שטבעה והייתה תקנה של הציבור שצריך להחזיר לבעלים את הרכוש. הבעיה היא שזה נוגד את דין תורה שאומר שכל מה שנסחף לים דינו הפקר. הדילמה: היה מקרה של אדם שאיננו יהודי ששם ידו על רכוש מהספינה ומכרו לשמעון. ראובן בעל הרכוש, תבע את שמעון בגלל שהפר את התקנה. שמעון התנגד לתביעה כיוון שאינה לפי דין תורה. **נפסק: אומר רבנו גרשוני - בעקבות החלטת הקהילה, למרות דין התורה, חובה להשיב את הרכוש לבעלים.**
	5. שו"ת הרשב"א ד, קפה – הציבור רשאי לתקן תקנות ולעשות הסכמות והן מחייבות כמו דין תורה. **ניתן להטיל סנקציות על מי שלא נוהג לפי ההסכמות שלהם, ובלבד שההסכמה הייתה פה אחד.**
	6. שו"ת הרשב"א א, א-רו
		1. בקידושין נדרשים שני עדים ע"מ שיהיה להם תוקף (דין תורה). רצו להתקין תקנה לפיה קידושין צריכים להיעשות בפני עשרה אנשים. (על מנת למנוע קידושי מחטף) **החידוש הוא ברצון לשנות איסורים – אשת איש.**
		2. הקהל רשאי לעשות זאת, ובלבד שהסכימו על כך אנשי העיר, אך אם יש תלמיד חכם שלא הסכים- התקנה בטלה. הקהל יכול להפקיע קידושין כמו שבה"ד רשאי.

עלתה השאלה האם צריך **הסכמה של כל הקהילה או של הרוב?**

* 1. שו"ת הרשב"א ג, תיא
		1. **גם מה שרוב הקהל מסכימים עליו תקף- לא צריך פה אחד**. כשהקהל מתקין תקנות אלו הוא צריך לקחת בחשבון שהציבור יוכל לעמוד בתקנה.
		2. **התקנות חלות גם על מי שלא נכח, שנולד אחרי קבלת ההחלטה ומי שהיה בדעת** **מיעוט אלא אם הוציא עצמו מהכלל במפורש.**
		3. **מי שלא יעמוד בתקנות יופעל עליו חרם,** לא במובן של נידוי אלא במובן של חרם חברתי.
	2. שו"ת הרא"ש ו, ה,ז
		1. **במידה ויש אנשים שמוציאים עצמם מהכלל, עליהם ללכת בכל זאת לפי החלטת הרוב ולציית לכללים.** הרא"ש סוגר את הפתח שהרשב"א פתח כשהוא טען שהמיעוט יכול להוציא עצמו מהכלל.
	3. שו"ת לב שמח חו"מ, ה – "אחרי רבים להטות"- אם נותנים לאדם כוח להוציא עצמו מן הכלל נותנים כוח רב מדי למיעוט. ולכן הולכים לפי הרוב.
	4. מרדכי בבא קמא, קעט – כולם חלק מההחלטה למעט מי שלא הסכים עליה בהתחלה באופן מובהק (הוציא עצמו מהכלל/ נולד אחרי) כפי שקורה בהסכמים רב משתתפים.
	5. שו"ת הרשב"א א, תרי"ז – אין צורך בכל הקהל, אלא רק **בשבעת טובי העיר** שהם אנשים שהציבור בחר כדי שיהוו מעין אפוטרופוסים של העם לתקנת תקנות. לדעת הרב, פחות מ 7 פרנסים לא יכולים לתקן תקנות כיוון שזה לא מספיק אנשים כדי להכפיף את כל הציבור אלא אם הציבור נתן את רשותו במפורש.
	6. בבא בתרא ט, א
		1. **על מנת שיהיה לתקנות קהל תוקף צריך חכם שיאשר אותן בתנאי שקיים באותה עיר.**
		2. **שוחטים** עשו ביניהם הסדר של חלוקת עבודה לפיה כל אחד שוחט ביום אחר בשבוע- מי שמפר קורעים לו את עור הבהמה שקיבל מהשחיטה. אחד השוחטים שחט ביום לא שלו וקרעו לו את עור הבהמה. השוחט הגיע בפני דיין ודרש פיצוי בעוד שהשוחטים האחרים טענו שהיה הסדר ביניהם. הדיין חייב את השוחטים לשלם.
		3. מקרה זה סותר את העקרון לפיו אגודות מקצועיות מוסמכות לקבוע הסדרים בתוך עצמן. עם זאת, באותה עיר היה אדם חשוב שלא נתן את אישורו על הסכם זה ולכן הוא לא תקף.
		4. נדרש אישור של אדם חשוב מכמה סיבות**: 1. וידוא שההסדר הוגן כלפי כלל הציבור. 2. וידוא שההסדר לא סותר את ההלכה. 3. מפאת כבוד לחכם.**
		5. אם הסיבה הראשונה היא הנכונה, אז סביר שזה לגבי הסדרים של בעלי מקצוע ולא של כל בני העיר, מכיוון שאם בעלי המקצוע מקבלים הסדר ביניהם יש סיכוי שהם יכולים לפגוע בכל הציבור. אם הסיבה שצריך אישור של אדם חשוב זה בגלל שצריך פיקוח הלכתי, זה רלוונטי לתקנה של כל בני העיר ולא רק לתקנות של אגודה מקצועית.
	7. שו"ת הריב"ש, שצט –הצורך באישור אדם חשוב הוא רק כאשר מדובר בתקנה של בעלי אגודה מקצועית (השוחטים במקרה הנ"ל). אם מדובר בתקנת קהל כללית שחלה על כל בני העיר הם לא צריכים אישור אדם חשוב. כנראה שריב"ש **סובר שמטרת הכלל הוא מניעת קיפוח בין אנשים.**
	8. רא"ש בבא בתרא א, לג – **בכל מקרה של תקנת קהל יש צורך באישור של אדם חשוב**. (מהסיבות 2 ו3 לעיל - בבא בתרא 4)
	9. שו"ת הריב"ש, שה – בהלכה היהודית יש כללים ברורים איך נראה שטר, והם שונים מכללי הגויים. הקהל התקין תקנה ששטר בין יהודים שהוא לפי דיני הגויים – תקף. הריב"ש (האיש החשוב) פסק שהתקנה תקפה. זאת משום שכל מי בחר להשתמש בשטר של גויים קיבל על עצמו את תקנת הציבור. **אולם במידה ובשטר יש ס' של ריבית, האסור ע"פ דיני תורה -הס' בטל. מסקנה – הקהל יכול לתקן בדיני ממונות אך לא יכול לעבור על איסורי תורה.**
	10. שו"ת הרשב"א ז, רמ"ד – הסכימו הקהל **והחרימו** שלא לשחק בקובייה, ואח"כ נשארו הקהל שרוצים להתיר את המשחק בקובייה. האם הם יכולים להסכים להתיר את האיסור כיוון שכעת הם הרוב? לא כיוון שהיא נוגדת את איסור תורה. (משחק קובייה נחשב לגזל)
1. **מנהג –** צורה נוספת של יצירת נורמה הלכתית. **2 סוגים של מנהגים: 1. מנהג יוצר (יוצר נורמה הלכתית חדשה) 2. ומנהג מקיים (מגלה נורמה ישנה קיימת)**. ההבדל בין תקנה למנהג הוא שתקנה קובעים בצורה יותר פורמלית, וצריך לחשוב מראש האם כל הציבור יעמוד בה ולעומת זאת מנהג זה משהו שהציבור עשה ועם הזמן זה נתפס.
	1. פסחים סו, א
		1. האם ניתן להקריב קורבן כשפסח נופל על שבת. קורבן ציבורי דוחה את השבת. מאחר שבפסח כולם צריכים להקריב מדובר למעשה בקורבן ציבורי ולכן דוחה שבת. נלמד מתוך הביטוי בפסוק "במועדו".
		2. האם מותר להביא סכין לשחיטת הקורבן בשבת (אסור לטלטל סכין בשבת)? במקרה הלל שכח מה ההלכה ואמר שנחכה לראות מה העם עושה. העובדה שהציבור נהג כפי שנהג מלמד שזאת ההלכה. ראו שבשבת הציבור קושרים את הסכין לבהמה במקום לטלטל אותה בעצמם. **מנהג זה לא קבע הלכה חדשה אלא הזכיר הלכה קיימת שנשכחה. מנהג מקיים**
	2. טור חושן משפט סימן שסח
		1. הלכה: מי שקונה או לוקח גזלה מגזלן, צריך להחזיר לבעלים את הגזלה שהייתה שייכת להם.
		2. הסיבה: ההלכה עושה **הפרדה בין גנב לגזלן**. גנב מגיע בסתר מבלי שבעלי החפץ יודע מי הוא, לכן הוא מתייאש "ומוותר" על הבעלות שלו. גזלן גוזל בגלוי והבעלים יודעים מי הוא. לכן הם לא מתייאשים, הם יודעים איפה הרכוש שלהם. הצד השלישי לא יכול לקבל את הרכוש כי הבעלים לא התייאשו ממנו.
		3. יש מנהג במקום כלשהו לפיו הרכוש שנגנב שנקנה ע"י מישהו, צריך לחזור לבעלים אבל הבעלים צריך לשלם לקונה את מה ששילם לגנב. **מנהג שכולם מחויבים לו ויש לאמץ אותו, למרות שהוא משנה את ההלכה** (בעיקר מאחר שיש בו היגיון). **מנהג יוצר.**

**מהיכן לומדים שיש למנהג ערך וחובה לציית לו?**

* 1. ירושלמי פאה ז, ה – במידה ובית הדין שכח את הנורמה יראה מה נהוג וייזכר בה. (מקור למנהג מקיים)
	2. שאילתות,עו – הפסוק "שמע בני מוסר אביך ואל תיטוש תורת אימך" **– אל תנטוש את המנהג, לך אחרי המבוגרים**. ומכאן הגיע המקור לציות למנהג.
	3. ילקוט שמעוני משלי כב, כג – "אל תסג גבול עולם אשר עשו אבותיך". **אם יש מנהג שעשו אבותיך אין לשנות אותו**.
	4. המאירי מגן אבות, עמ' ו – "ראוי לכל חכם ולכל בן מעלה להעמיד מנהג על מתכונתו". **יש ערך ואין לסטות ממנהג.**
	5. שו"ת הרא"ש כלל נה, סימן י – חולק על בנו הטור לגבי תוקפם של מנהגים. בדיני איסור והיתר, המנהגים שחכמים קבעו שיש ללכת אחריהם הם מנהגים שנועדו **לעשות סייג והרחקה מאיסורים בלבד (מנהג מחמיר), ולא מנהגים הנוגדים את ההלכה.**

גם בדיני ממונות, רק חכמים יכולים לתקן תקנות העוקרות דבר מן התורה, ואפילו מנהג מוטעה שהתקיים במשך שנים רבות, אין לו תוקף מחייב ויש לבטלו.

* 1. שו"ת תשב"ץ א, מט – מנהג הוא בעל תוקף מחייב. **אם אין במנהג חשש איסור תורה, צריך לקיים אותו.**
	2. שו"ת תשב"ץ חלק א סימן קנג – **ככל שהמנהג נהוג ביותר מקומות התוקף שלו חזק יותר**. **אין לשנות מנהג שקיים במשך הרבה שנים**, אלא אם הוא מתיר איסור תורה. **אם המנהג התחיל בתקופת הגאונים התוקף שלו חזק יותר.**
	3. ירושלמי, בבא מציעא, ז, א
		1. פועלים כפופים למנהג המקומי שלהם, ולכן מי ששוכר אותם צריך לפעול בהתאם לכך. מסופר 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 (סוג אוכל). האב נלחץ ואמר לו ללכת מהר לסכם איתם לפני שיתחילו לעבוד.
		2. ר' שמעון בן גמליאל אומר שלא היה צריך להגיד להם איזה מזונות הוא יספק **מכיוון שהולכים אחר מנהג המדינה**.

מסקנת הגמרא: **מנהג ששונה מההלכה גובר עליה.** ברור שזה נאמר רק בהקשר של דיני ממונות (כאשר הגישה המצמצמת ביותר אומרת שהכלל מדבר רק על דיני עבודה), וברור שאם יש מנהג לעבור על איסור זה לא תקף, אך עדיין אמירה זו היא חריפה.

* 1. בבלי מסכת תענית דף כ"ו עמוד ב': **הלכה חזקה מהמנהג.** המשנה דנה בשאלה מתי הכוהנים מברכים את העם ביום כיפור. לפי ר' מאיר, גם בתפילת מנחה ונעילה. לפי חכמים, רק בשחרית ובמוסף.

3 ניסוחים לאימוץ ההלכה כרבי מאיר:

* 1. **הלכה** כרבי מאיר – אומרים בצורה מפורשת שזו ההלכה.
	2. **מנהג** כרבי מאיר – אם משהו שואל אז אומרים לו שזו ההלכה.
	3. **נהגו** כרבי מאיר – לא אומרים שזו ההלכה אלא לא מתקנים מי שעושה כך.

 מפירוש הניסוחים לומדים שההלכה **חזקה** יותר.

* 1. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן רב – **מנהג לא יכול להתיר איסור.** מסופר כי על ספר התורה יש כל מיני קישוטים ועטרות ונהגו לשים את הקישוטים על ראשים של ילדים. שאלו האם מותר לעשות זאת? התשובה היא שעקרונית רצוי להימנע מכך כי זה לא ראוי, אך אם כבר נהוג ככה לא ימנע מהעם לעשות זאת. אם זה היה מנהג שעובר על איסור הרשב"א היה מתנגד אליו. **מסקנה – מנהג המורה לעבור על איסור חסר תוקף.**

**מנהג של שלטון זר**

* 1. שו"ת רשב"א ו, רנד מתי נקבל מנהג גויים?

אדם שאשתו ובתו נפטרו, דורש את הנדוניה של אשתו, דבר לו הוא זכאי ע"פ דין תורה. לעומתו, אבי הכלה רוצה את הנדוניה לעצמן כיוון שהוא נתן אותה מתוך מחשבה שיהיו לו צאצאים. טענת האב מתבססת על מנהג הגויים (כאשר לבת אין צאצאים הנכסים חוזרים לאביה). פסיקת הרשב"א: **כאשר יש "תחרות" בין דין זר לבין דין דתי, דין התורה תמיד יגבר על הדין הזר.** הקהל יכול לבחור לנהוג ע"פ הדין הזר מטעמי נוחות, אך אין לראות זאת כך שהדין הזר גובר על דין התורה.

* 1. בבא מציעא עד, א

כדי שהסכם יהיה תקף ומחייב משפטית צריך **מעשה קניין**. מעשה קניין בא לפתור את הבעיה של הוכחת גמירת דעת. אם העסקה היא במיטלטלין צריך להרים את החפץ.

קונה קנה **חביות יין** שהיו ואכסן אותן אצל המוכר. כדי להבטיח שהחביות שמורות לקונה היו מטביעים סימן שמסמן כי החביות הללו נמכרו (**סיטומתא**). נשאלת השאלה האם החותמת מחליפה מעשה קניין רגיל או לא. התשובה – המנהג במקום היה שבמקום להרים את החביות מטביעים את אותו הסימן, והבעלות עברה. כלומר – **אם המנהג מחשיב את החותמת כמעשה קניין זה מחייב.**

* 1. שולחן ערוך חושן משפט סימן רא – בסוגית ה**סיטומתא**. 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. במציאות בה יהודים חיים לא תחת שלטון ישראל, **עד כמה הם מחויבים לפעול לפי חוקים של שלטון גויים?**
2. **מקור הכלל**
	1. תלמוד בבלי מסכת נדרים דף כז עמוד ב
		1. הבהרת מונחים:
			1. נדר – התחייבות שאדם מתחייב בעצמו, (ללא צד שני) אם אדם מפר התחייבות זו -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. **אדם יכול לנדור נדר שהרכוש לא שלו ובכך משנה זו סותרת את כלל דינא דמלכותא דינא מאחר שהיא מאפשרת לרמות את המדינה.**
		3. גמרא – ניתן לרמות את המס רק במקרים מיוחדים**: או שלמוכס אין קצבה** (לא לפי הוראות המלכות) **או שהמוכס עומד מאליו** (אדם שאומר שהוא מוכס למרות שהוא לא מוכס).

בשני המצבים הללו המוכס פועל שלא בסמכות השלטון ולכן אפשר להבין מדוע המשנה נתנה אופציה להתחמק מהתשלום.

**מסקנה: דין מלכות מחייב.**

* 1. מסכת בבא בתרא נה עמ' א – אדם שמשלם מיסים על קרקע, מקבל עליה בעלות. **כלל זה אינו מחייב מבחינה הלכתית וממנו נלמד שדינא דמלכותא דינא תקף גם בדיני מקרקעין.**

מכאן עולה השאלה **למה למעשה דין המלכות מחייב הלכתית?**

* 1. ר"ן על נדרים – המלך הוא הריבון על הארץ, הקרקע היא בבעלותו. לכן חובה לציית לדין מלכות, במידה ולא נציית לו הוא עלול לגרש אותנו. הר"ן מבחין בין מלך גוי למלך ישראל, ארץ ישראל בבעלות עם ישראל ולכן הכלל לא חל על מלך ישראל. הנימוק: **סמכות המלך נובעת מכך שהמלך הוא "בעל הבית".**
	2. ראש נדרים ג, יא – כמו שאדם פשוט רשאי להכתיב כיצד יתנהגו בשטחו, כך המלך, שהארץ בבעלותו, רשאי להכתיב איך להתנהג בה.
	3. רשב"ם מסכת בבא בתרא דך נד עמוד ב – החובה לציית למלך לא נובעת מכך שהוא בעל הקרקע, אלא **מכך שאנחנו קיבלנו על עצמנו להתנהג לפי הכללים שלו.** קבלת חוקי המלך זהה להתניה בדיני ממונות. במקרה שע"פ חוקי המלך צריך להעביר רכוש מאדם אחד לאחר, על אף שזה נוגד את ההלכה זה לא נחשב גזל, כיוון שזה נעשה בגלל דין המלכות וההלכה מכירה בדין המלכות. **הרשב"ם לא מגביל את הכלל רק למלך גוי, כיוון שהוא מבסס אותו על קבלת הסמכות ולכן הוא יכול להיות רלוונטי גם במלך ישראל.**
	4. רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יח – **מלך הוא מי שהעם קיבל את המטבע שלו.** קבלה זו מלמדת על **ציות מוחלט** והסכמה להיות **עבדים ללא גבולות.**
	5. משנה מסכת גיטין פרק א משנה ה – רש"י – **ההלכה מכבדת שטר שנעשה לפי כללים של גוים.** הסיבה לכבד את השטר היא שדין המלכות דין. **הסמכות של המלך נובעת ממצוות דינים (המצווה להקמת מערכת משפט שתסדיר את החברה).**
	6. שו"ת בעלי התוספות סימן י"ב– **מדובר בתקנת חכמים-** חכמים ראו לנכון לאמץ את דין המלכות שהיה בזמנם. **התקנה רלוונטית רק למה שהיה קיים אז, וברגע שמגיע מלך חדש התקנה לא תקפה עד אשר יתקינו אותה מחדש.**

**קביעת מקור הסמכות (תקנת חכמים, מצוות דינים, קבלה ע"י העם, "בעל הבית") משפיעה על חוזק הסמכות.**

1. **מיהו מלך**
	1. רמב"ם –**מלך הוא מי שהמטבע שלו התקבל בקרב העם.**
	2. שו"ת המהרי"ק קצ"ד – **דין המלכות דין** הוא כלל שתקף לא רק למלך, אלא **לכל שליט מקומי או בעל קרקע.** מי שיש לו בעלות על קרקע יכול להכתיב כללי התנהגות.
	3. שו"ת מהרשד"ם חו"מ שנ – המבחן למלכותו של המלך, הוא שמלכותו נמשכת **לאורך זמן**. במקום בו מתחלף המלך כל כמה שנים הכלל לא מתקיים.
	4. שו"ת משפט כהן (עניני א"י) סימן קמד יד – כל שלטון שהוא יש לו סמכויות של מלך. **שלטון נבחר אפילו יותר טוב ממלך**, מאחר שבשלטון נבחר יש **הסכמה אמיתית** לקבל את השלטון הזה כ"מלך".
2. **מלך ישראל**
* בזמן שנקבע הכלל לא חשבו על מציאות בה עם ישראל מתנהל בצורה עצמאית כשלטון ישראל שלא מתנהג לפי ההלכה. בתפיסה ההלכתית מדינה יהודית אמורה להתנהל על-פי ההלכה.
* כיום הדין האזרחי לא מתנהל לפי ההלכה, **האם ניתן לאמץ חובה מהדין הישראלי לתוך פסיקה של בית הדין** שפוסק לפי ההלכה **מכוח דינא דמלכותא דינא**?
	1. ר"ן – הכלל רלוונטי רק למלך גוי כיוון שהוא יכול לגרש אותך מארצו, **אך אינו חל על מלך ישראל כי הקרקע לא של המלך אלא של העם**. גם אם המלך גוי אך מולך בא"י, אין מחויבת להקשיב לו – שוב, הוא לא הבעלים של הקרקע.
	2. רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יח – **מי שלא משלם את המכס הוא גזלן, בין אם מדובר במלך גוי או מלך ישראל**. מאחר שהמלך זכאי לקבל את חלקו. **מכאן שהכלל דינא דמלכותא דינא חל גם בהקשר של מלך ישראל.** המסקנה מסתדרת עם קביעת הרמב"ם שהמקור לכלל הוא הסכמה כללית של העם.
	3. ספר שמואל
		1. יש מחלוקת האם חובה על עמ"י מבחינה הלכתית למנות מלך. בכל מקרה בספר נביאים מפורטות הסמכויות שלו.
		2. העם מבקש משמואל למנות מלך. **שמואל אומר לעם מה יהיה הסמכויות של המלך.** ניתן להבין את מה ששמואל אומר בשתי דרכים **1. מספר לעם מה הסמכויות שיש למלך לפי ההלכה** **2.** מזהיר מפני מה שהמלך עלול לעשות לעם **ע"מ להפחיד אותם, משום שלא אוהב את בקשתם.**
	4. מסכת סנהדרין כ ב – מחלוקת איך להתייחס לדברי שמואל הנביא - לפי שמואל (האמורא)- **הכוונה לסמכויות המלך האמיתיות** ושמואל היה חייב להסביר לעם מה הן. לפי רב- **מטרתו להפחיד את העם.**
	5. מאירי נדרים כז, ב –**לגבי מלך ישראל יש כלל אחר, לא דינא דמלכותא דינא, שמקורו בסמכויות שניתנו למלך בספר שמואל.**
1. **היקף הכלל**- **דיני ממונות בלבד**, אין עיסוק באיסורים.

יש דעות שונות בנוגע ל**מגבלות על דינא דמלכותא דינא.**

* 1. שו"ת תשב"ץ א, קנח – **אם המלכות קבעה חוק פרסונלי**, חוק לא שוויוני שחל רק במקום מסוים או על אדם מסוים, **החוק לא מחייב והכלל "דינא דמלכותא דינא" לא חל עליו.**
	2. רמב"ם גזלה ואבדה ה, יד – **כלל שחל באופן שרירותי או לא שוויוני** הוא גזל **והוא צריך לחול על כולם באופן שוויוני.**
	3. שולחן ערוך חושן משפט סימן שסט, ח
		1. בדר"כ דינא דמלכותא עולה בנושא מיסים ומכסים שקשורים לקרקע (הר"ן- **הכלל נובע מבעלות המלך על הקרקע**). **יש הטוענים שדינא דמלכותא חל על כל תחום (הכלל נובע מכך שקיבלנו על עצמינו את כללי המלך ללא קשר לתחום מסוים).**
		2. **דינא דמלכותא 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 ונלך לפי ההלכה**. (לדוגמה – במקרה בו זוג נישא, האישה מתה ויש ויכוח כל הירושה-מקרה פרטי ולכן יידון לפי ההלכה).
	4. מגיד משנה הלכות מלווה ולווה כ"ז,א – **הכלל חל על חוקים שמהם המלך מפיק תועלת**, כמו מיסים. הוא אינו חל על חוקים שבין אדם לחברו.
	5. רמ"א שולחן ערוך חושן משפט סימן שסט סעיף יא – אדם שאשתו ובתו נפטרו, דורש את הנדוניה של אשתו, דבר לו הוא זכאי ע"פ דין תורה. לעומתו, אבי הכלה רוצה את הנדוניה לעצמו כיוון שהוא נתן אותה מתוך מחשבה שיהיו לו צאצאים, והתבסס בטענתו על הדין הזר. טענת האב נדחתה כיוון שדין תורה גובר על הדין הזר. **לענייננו, סיבה נוספת לכך שטענת האב נדחתה, היא שבדינים פרטיים אין לקיים את הכלל דינא דמלכותא דינא, אלא רק בדינים שמהם המלך נהנה באופן ישיר. הסיבה לכך היא שאם ניתן לכלל תחולה רחבה מדי, לא תהיה משמעות לדיני ישראל.**
	6. ריטב"א בבא בתרא נה, א – הריטב"א מקבל את הנימוק לכלל דינא דמלכותא דינא, שלפיו חכמים קיבלו על עצמם את הכלל כתקנה, ולא סביר שחכמים קיבלו על עצמם חוקים עתידיים שטרם נחקקו. **לכן, הכלל דינא דמלכותא דינא חל רק על החוקים המוכרים של המלכים שקדמו לתיקון התקנה. אלא אם חכמים יתקינו תקנה חדשה בהתאם אליהם ויקבעו שגם לגביהם דינא דמלכותא דינא.**
	7. מגיד משנה גזילה ואבדה – דינא דמלכותא דינא לא מוגבל דווקא לכללים של מלכים ישנים אלא **יכול להיות קשור לכללים חדשים- תלוי בהסכמה של העם למלך.**
	8. הש"ך חושן משפט עג
		1. במקרה בו אדם מלווה לאדם אחר ולוקח משכון מתעוררת השאלה מה קורה במידה ומגיע מועד הפירעון. **לפי ההלכה- שלושים יום ממועד הפירעון ניתן לממש את המשכון ע"י בית דין. לפי הדין הזר- ניתן לממש לאחר שנה.**
		2. **האם נפעל לפי דינא דמלכותא או לפי דין תורה?** התשובה הייתה שנקבל את דיני הגויים **רק בדברים שאינם מנוגדים לתורה ואינם מפורטים בהלכה**. במקרה שלנו, חוקי המדינה סותרים את ההלכה ולכן אין לקבלם. **מסקנה – הכלל חל רק כאשר הוא לא נוגד את התורה ואין פירוט הלכתי.**
1. **דינא דמלכותא דינא במדינת ישראל –** ביה"ד הרבני יכול להתחשב בחוקי המדינה תוך שימוש באחד משלושה כללים:

א. **דינא דמלכותא דינא –** כלל זה רלוונטי **רק לפי הדעה שהכלל חל גם על מלך ישראל**. בכל אופן הכלל מוגבל ולא יהיה שייך בכל המקרים.

ב. **תקנת קהל –** **חוקי הכנסת זהים לתקנות קהל**, וההגבלות עליהן זהות - אפשר לראות בכנסת גוף שנבחר ע"י הציבור (מקביל לשבעת הפרנסים) ומכיוון שהכנסת מייצגת את הציבור, לחוקים שהם קובעים יש סוג של מעמד של תקנת קהל.

ג. **מנהג –** יש לקבל את חוקי הכנסת מכיוון שזה **המנהג שהתפשט בעם**.

1. **דין המלך בפלילי**
2. ההלכה מכירה בסמכות המלך להעניש עבריינים שלא לפי דין התורה – אם אדם עבר עבירה שיש בה קשר חברתי (לדוגמא רצח או גניבה) ולכן אין בעיה לקבל את חוקי המדינה בדין הפלילי. **דין המדינה זה בעצם סוג של דין מלך ולכן המדינה רשאית להעניש עבריינים.**
3. בעבר הייתה מחלוקת בעניין. בקום המדינה החרדים קיבלו את הדין הפלילי של המדינה, אבל הרב הרצוג אמר שאנחנו נצפה שהוא יתכתב עם ההלכה באופן מסוים ולא נשכח את ההלכה בסוגיות הללו.

**משפט ומוסר**

**ועשית הישר והטוב**

1. **מבוא**
	1. הסוגייה המרכזית היא היחס בין חיוב משפטי לחיוב מוסרי. **חיוב משפטי- ניתן לכפות על האדם. חיוב מוסרי- לא ניתן לאכוף או לתבוע מי שלא פועל לפיו.** משתדלים שכל חובה משפטית תהיה חובה מוסרית, אך **לא כל חובה מוסרית היא חובה משפטית**.
	2. **פס"ד קיטאן נ' וייס** עוסק בשומר שרצח אדם באמצעות הנשק שקיבל במסגרת עבודתו. בפס"ד השופטים ניסו להגיע לפשרה לפיה החברה תשלם סכום כסף למשפחת הנרצח אך זו נדחתה. לאחר דחיית התביעה אלון מבקש מהחברה לשלם למשפחה את הסכום שהסכימה לשלם במסגרת הפשרה – לפנים משורת הדין. השופטים האחרים לא אהבו את הבקשה של אלון, כיוון שתפקידו של ביהמ"ש לפעול בדין ולא לפנים משורת הדין. מכאן **עולה השאלה האם תפקיד ביהמ"ש הוא רק לעשות דין או לעשות מה שצודק.**
	3. במשפט העברי, **האינטרס לקיים את הדין הוא לא רק חובה חוקית, אלא גם חובה דתית**. אם נאמר לאדם **שה' רוצה שהוא ינהג באופן מסוים** הוא ישאף לנהוג כך.
2. **רמב"ן**
	1. דברים פרק ו
		1. "**שמור תשמרון את מצוות השם** אלוהיכם ועדותיו וחוקיו אשר **צווך**" - **צוויו לעשות את דבר ה' לפי דין**
		2. **"ועשית הישר והטוב בעיני השם** למען ייטב לך ובאת וירשת את הארץ הטובה אשר נשבע השם לאבותיך". – **לפנים משורת הדין, לפעול לפי הטוב והישר- לא תמוך ציווי. לא קיים עיקרון ברור וחד משמעי.** (לפעול לפי עקרון העל)
	2. **הרמב"ן** מחלק את פירושו לשתיים:
3. על דרך הפשט – "עשיית הישר והטוב" זה המניע. המניע שצריך להוביל אותנו בקיום המצוות הוא עשיית הטוב, ולא השכר על קיום המצוות.
4. על דרך הדרש – הפסוק הראשון מצווה לשמור על החוק, והפסוק השני מוסיף שהציפייה מאיתנו היא לנהוג **בתום לב**. כלומר, המדרש מפרש את התוספת **כדרישה שהיא מעבר לדרישת שמירת החוק, הדרישה לנהוג תום לב.**
5. התורה לא יכולה להקיף במצוותיה את כל ההנהגות שנוהג האדם, לכן יש אמירה כללית שגם במקומות שלא ברור מה התורה מצווה, וגם בהתנהגויות בין אדם לחברו, **יש לנהוג בתום לב ולחשוב איך האלוקים היה מצפה שננהג באותו רגע.**
6. הרמב"ן מוסיף, שכיוון שהתורה נצחית וכלליה אמורים להתאים למציאות המשתנה, הציווי לנהוג בתום לב הוא עיקרון שאמור להנחות אותנו כיצד לנהוג בכל דור ודור. לכן, לשיטת הרמב"ן, דרך זו של נתינת כללים היא מצב של לכתחילה, **ותום הלב הוא כלל המרחף מעל כל אורח החיים וקבלת ההחלטות של אדם באשר צווה ובאשר לא.**
	1. ויקרא פרק יט – וידבר השם אל משה לאמור: דבר אל כל עדת בני ישראל **ואמרת אליהם קדושים תהיו** כי קדוש אני השם אלוהיכם.
		1. לפי רש"י, קיים עיקרון הסמיכות – קשר בין פסוקים הבאים אחד אחרי השני, למרות שנראה שמדברים על נושאים שונים. הפסוק הקודם עסק בגילוי עריות, ולכן **הכוונה ב"קדושים תהיו" היא לפרישה מגילוי עריות**.
		2. לפי הרמב"ן, מדובר על איסור רחב יותר מעריות. כמו שיש עקרון על של עשיית הישר והטוב, ישנו גם **עקרון-על של להיות קדושים**. מכאן, שהציווי להיות קדושים עוסק במגבלות שעל אדם להציב בפני עצמו- אפילו שמותר, על מנת לא להיות נבל ברשות התורה. **מתקשר לעקרון עשיית הישר והטוב. יש הוראות שהן ברורות, ולצידן יש עקרון-על שצריך להנחות את ההתנהגות.**
		3. הרמב"ן מייחס את **"ועשית הישר והטוב" למישור של בין אדם לחברו**, ואת הפסוק **"קדושים תהיו" למישור של בין אדם למקום** (אלוהים, איסורים דתיים שהגיעו ממנו). יש אצל הרמב"ן מבנה שיטתי של כתיבת החוק, ולאחר מכן כתיבת עיקרון-העל שמאחוריו.

**העיקרון של עשיית הישר והטוב משפיע בשלושה מישורים:**

1. **תקנות חכמים-** עקרון זה עומד בבסיס תקנות חכמים. כאשר חכמים מתקנים תקנה הם רואים יישום של עשיית הישר והטוב. **ברגע שהחכמים מתקנים תקנה, יש הפיכה מחיוב מוסרי לחיוב משפטי**.
2. **בית הדין-** כשבית הדין פוסק הוא צריך לא רק לעשות את הדין הפורמאלי, אלא גם להגשים את העיקרון.
3. **האדם הפרטי באשר הוא-** ישנה ציפייה מאדם פרטי שהוא ינהג ע"פ עקרון עשיית הישר והטוב.
4. **תקנות חכמים**
	1. **דינא דבר מצרא - זכות קדימה של שכן**
		1. עד שנת 69 חל חוק עות'מאני שקבע זכות קדימה, **כאשר אדם מוכר את הדירה/קרקע שלו, לשכנים שלו יש זכות קדימה לקנות אותם לפני אנשים זרים.**
		2. היה חשש שבגלל האינטרס של השכן לקנות, המוכר יעלה לו את המחיר.
		3. אחרי 69 בוטל החוק מלבד מקרים מיוחדים ונחקק חוק חדש, כנראה הסיבה היא שהחוק פוגע בחופש הקניין למכור את הנכס למי שרוצים.
	2. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף קח, א-ב
		1. מספר שותפים להם בעלות על קרקעות, ובין הקרקעות יש קרקע ששייכת לאדם חיצוני. כשאותו אדם חיצוני מעוניין למכור את הנכס שלו לצד ג'.
* רב יהודה- **אם צד ג' קנה את הקרקע מאותו המוכר הקונה הוא חצוף אך לא ניתן לסלק אותו,** אין כנגדו טענה משפטית.
* רב נחמן- במקרה של **אחים ושותפים יש להם זכות קדימה משפטית, ניתן לחייב את צד ג' למכור להם את השדה**. אך, במקרה של **שכן רגיל אין זכות קדימה משפטית לשכן וניתן למכור לצד ג.**
* נהרדעי- **גם ביחסי שכנות רגילים יש זכות קדימה משפטית. לאור עקרון הישר והטוב**. (המוכר לא מפסיד)

**נפסק לפי חכמי נהרדעי**. מכירה לשכנים לא תפגע בצג ג' שימשיך בחיפוש אחרי קרקע, אך מכירה לצד ג' תפגע בשכנים המעוניינים להרחיב את שטחם. בנוסף – למוכר זה לא משנה למי הוא מוכר.

* + 1. חריגים בהם הכלל לא תופס:
* מסירת הקרקע **במתנה/ ירושה** – מכירה לשכנים תהיה פגיעה במקבלי המתנה/ היורשים.
* **אדם המוכר את כל נכסיו לאחר** – **עסקת חבילה** לצד ג' שייתכן שאם היא לא תכלול את השטח הבעייתי (שהשכן רוצה) העסקה לא תתממש – פגיעה במוכר.
* **בעלים ראשונים** – אדם שמכר שטח שברשותו ומעוניין לרכוש אותו מחדש – פגיעה לשכן תפגע בבעלים המקורי.

**כלומר – הכלל דינא דבר מצרא לא מתקיים כאשר צד מסוים נפגע – המוכר או הקונה.**

* 1. רש"י מסכת בבא מציעא – מדוע מסלקים את הקונה ולא מפנים את הטענה כלפי המוכר?
1. על מנת להבטיח שהמוכר לא יפגע, רוצים שהבעלים המקוריים של השטח יקבלו את המחיר המלא.
2. **לגמירת דעת**- צד ג' הוא שלוחו של המוכר המקורי, העסקה מעידה על גמירת דעתו של המוכר למכור את השטח.
	1. טור חושן משפט סימן קע"ה – **מהות התקנה היא עשיית הישר והטוב, לכן כאשר לא נגרם נזק למוכר, עדיף שימכור את הקרקע לשכנו.**
	2. **שומא הדר – העברת בעלות לפי שווי ההלוואה**
	3. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לה, א
		1. אדם נותן הלוואה לאדם אחר. המלווה לקח כשיעבוד נכסי מקרקעין של הלווה. הבעיה עולה כ**שנכס מסוים משועבד והבעלים שלו מנסה למכור אותו לצד ג'.** על מנת **שללווה תהיה עדיפות על קונים אחרים זכותו צריכה להיות מפורסמת לציבור.** 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). כדי שלשטר יהיה קול הוא צריך להיות מפורסם אצל סופר העיר. **במידה וקונה מעוניין לרכוש שטח עליו לבדוק אצל סופר העיר האם השטח משועבד.**
		2. **שלבים בכדי שהמלווה ישתמש בקרקע המשועבדת**: (בין השלבים יש 30 ימים בהם הלווה יכול להחזיר את החוב)
* **שטר חיפוש נכסים –** בה"ד מוציא שטר נכסים עבור המלווה, ולפי השטר על המלווה לספק תמונת מצב על הנכסים, מהם הנכסים, למי הם נמכרו ומה סדר המכירה.
* **שטר אדרכתא (שטר דריסת רגל) – בה"ד מוציא שטר שהוא** מעביר **לחזקתו** של המלווה את נכס המקרקעין**.**
* **השומה –** בית הדין קובע את שוויה המדויק של הקרקע, ומעביר **לבעלותו** של המלווה קרקע בשווי ההלוואה.
	+ 1. **לאחר התהליך –** **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 על כך קיימת מחלוקת:
* חכמי נהרדעי- אם **תוך שנה** מגיע הלווה ומבקש לפדות את הקרקע שלו זה **מתאפשר.**
* אמימר- **אין מגבלת זמן על האפשרות לפדות את הקרקע, בנימוק של ועשית הישר והטוב**.
	1. רמב"ם הלכות מלוה ולוה פרק כב הלכה טז – הרמב"ם פוסק הלכה בדומה לדעת אמימר. הלווה או יורשיו **תמיד** יוכלו לפדות את הקרקע המשועבדת מהמלווה. **אך יש ללווה זכות לפדות בחזרה את הקרקע בתנאי שהקרקע עדיין בבעלותו של המלווה**, מכיוון שאפשר להגיד שהמלווה רק היה אמור לקבל כסף.
		1. במידה והקרקע עברה לצד ג' אין אפשרות לפדות את הקרקע, שכן זה יפגע בצד ג' שקיבל את הקרקע בקניה או ירושה – אי אפשר לבוא בטענה שהיו אמורים לקבל רק כסף.
		2. במידה והמלווה השקיע בקרקע, ניתן לפדות אותה אך הלווה חייב להחזיר את כספי ההשקעה. במידה וההשקעה הובילה לעלייה בערך השדה, יש מחלוקת האם הלווה צריך לשלם גם את העלייה בערך השדה.
	2. **דינא דבר מצרא ושומא הדר הן דוגמאות לתקנות חכמים על-בסיס עשיית הישר והטוב, ולהן זכות משפטית אכיפה.**

**לפנים משורת הדין**

**כלי אותו בית הדין יכול להפעיל ע"מ ליישם את עיקרון עשיית הישר והטוב**. גם בלפנים משורת הדין בית הדין מעורב.

שמות פרק י"ח פס' כ': "והזרתה אתהם את החוקים ואת התורות והודעת להם את הדרך שילכו בה ואת המעשה אשר יעשון".

פרשנים על הפס' – מכך שמציינים גם את הדרך וגם את המעשה, אנו לומדים שיש **הבדל בין הדרך, שהיא הדין, לבין המעשה, שניתן לעשותו לפנים משורת הדין. לא תמיד צריך כך, כיוון שזה עלול לעודד רמאים.**

1. **השבת אבדה**
	1. התורה קובעת שאם אדם מוצא מציאה הוא **צריך להשיב אותה לבעליה ולא להתעלם**. בישראל קיים חוק השבת אבידה – כאשר אדם מוצא אבידה יש חובה ללכת למשטרה, ואחרי 4 חודשים אם אדם לא בא לקחת את האבדה, החפץ עובר למוצא.
	2. **איך משיבים אבדה?** בימי בית המקדש – **בשלושת הרגלים** כל העם היה מגיע לבית המקדש. המוצאים והמאבדים היו מתרכזים במקום ספציפי (אבן הטוען), ושם היו מכריזים על מציאת האבדות. אחרי החורבן – צריך **לפרסם במקום ציבורי** שכולם יכולים לראות. כאשר **יש חובת השבה** קיימת חובת הכרזה. יש להכריז על מציאת האבדה במשך **שנה**. אחרי שנה **לא צריך להכריז או לנקוט פעולה כלשהי**, אבל האבדה לא שייכת למוצא אלא הוא **צריך לשמור עליה** עד שיימצא המאבד.
	3. **פס"ד הנדלס** – אדם מצא ערימה של איגרות חוב מונחות על הרצפה בחדר כספות, ופנה לבנק כדי שישיב את איגרות החוב לבעליהן. לאחר תקופה, כיוון שאף אדם לא דרש את איגרות החוב, המוצא דרש את איגרות החוב לעצמו והבנק סירב.

**פסיקת ביהמ"ש:** **השופט אלון (מיעוט), קבע שאיגרות החוב שייכות למוצא. השופט התבסס בקביעתו על דיני המשפט העברי**. השופט ברק (רוב), קבע שהאיגרות שייכות לבנק.

* 1. יש אבדות **שאין חובה להחזיר אותן**. **מבחן הייאוש- אם בית הדין מניח שהמאבד התייאש מהאבדה שלו. (****פחות מפרוטה, ללא סימנים, במקום שרוב התושבים אינם יהודים).**
* המצווה להשיב אבידה חלה כלפי אבדה של יהודי או גוי כאחד. אך, אם מוצאים אבדה במקום בו הרוב אינו יהודי כנראה שמי שימצא אותה גוי, ועליו לא חלה חובת השבת אבדה. ולכן מניחים שהבעלים התייאש.
* באבדה שעלולה להתקלקל יש למכור אותה ולשמור את הכסף לבעלים המקוריים. (מוצא יכול לקנות בעצמו אך חובה עליו לקנות בסכום האמיתי)
* בחפץ שיש עליו הוצאות תחזוקה, יש לשמור 30 ימים ואז אפשר למכור ולשמור את הכסף לבעלים.
* חפץ שיכול להביא לי תפוקה עליו לשמור אותו במשך שנה (התפוקה תכסה על ההוצאות)
	1. יש מקרים בהם אדם יהיה **פטור מהשבת אבדה והוא רשאי להתעלם**: **1.** **כאשר המאמץ לאסוף את האבדה ולטפל בה שווה יותר מהאבדה עצמה (חפץ כבד למשל). 2. זקן ואינה לפי כבודו – אדם מכובד שלא ראוי לו להסתובב עם האבדה.**
1. **דוגמאות להתנהגות לפנים משורת הדין**
	1. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב
		1. רב יהודה שואל את רב שמואל בשוק מה הדין לגבי מציאת ארנק ומכיוון **שרוב התושבים אינם יהודים**- **אין מצוות השבת אבידה.** (מניחים ש**התייאש**, מופיע לעיל)
		2. במקרה בו הוא מוצא ארנק, לא מכריז על כך ואיכשהו המידע מגיע לבעלים המקוריים שרוצה את הארנק. **הייאוש אובייקטיבי ולכן ההנחה היא שהבעלים המקורי התייאש.** רב שמואל- **יש חובה להחזיר מכוח לפנים משורת הדין.** רב יהודה- קיימת סתירה כיוון **שלפנים משורת הדין לא יכולה להקים חובה משפטית.**
		3. שמואל לומד זאת מאביו (שהחזיר חמור לאחר יותר משנה). ההבדל הוא **שאביו של שמואל** נהג לפנים משורת הדין **מרצונו** בעוד **ששמואל טוען שקיימת חובה לנהוג לפנים משורת הדין.**
		4. רבא שואל את רב נחמן שאלה מאוד דומה. רב נחמן קובע שאין חובה להחזיר. כיוון שמבחן הייאוש הוא מבחן אובייקטיבי ולכן אין חובה להחזיר. (הצער של הבעלים לא משנה) **לפי רב נחמן אין חובה לנהוג לפנים משורת הדין.**
* **שני הסיפורים חולקים האם לפנים משורת הדין זו חובה או רשות.**
	1. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ל עמוד ב
		1. **ר' ישמעאל הולך בדרך. הוא פוגש סבל שמבקש ממנו לעזור לו להרים שק כבד**. ר' ישמעאל לא רוצה להתעסק עם הסל ולכן קונה ממנו אותו ומפקיר אותו לכולם. לאור ההפקרה הסבל עושה מעשה קניין ומבקש שוב עזרה. ר' ישמעאל משלם לו שוב ומפקיר אותו שוב, הסבל עושה זאת שוב ושוב אז **ר' ישמעל מפקיר לכולם חוץ ממנו**. רבי ישמעאל יכול היה להשתחרר מהסבל באמצעות "**זקן ואינה לפי כבודו"** **הוא לא עשה זאת משום לפנים משורת הדין**. למעשה אין הפקר שהוא לא לכולם אך כיוון שהסבל לא הבין בדין רבי ישמעאל ניצל זאת על מנת שלא יתעשר על חשבונו.
		2. **הבדלים בין דו' זו לדו' הקודמת 1.חובת החזרה לעומת נוהג פנימי לפעול לפנים משורת הדין 2. סיפור מעשי לעומת עיוני ללמידת הלכה.**
	2. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף פג עמוד א – רבא שוכר סבלים שיעבירו לו חבילות יין ממקום למקום **ואחת החביות נשברת.** רבא מבקש פיצוי אך הם לא מפצים אותו. רבא לוקח את הגלימה שלהם במקום. הסבלים הולכים לרב שאומר לרבא להחזיר את הגלימה שלהם ולשלם להם משכורת עבור עבודתם בשל היותם עניים. **כיוון שזהו הדין "למען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור", משמע הדין אומר שעליו לנהוג לפנים משורת הדין.**
	3. תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צט עמוד ב – אישה הלכה לשולחני רבי חייא שיגיד לה האם המטבע שקיבלה טוב. **רבי חייא טעה ואמר לה שהמטבע מעולה.** לפי ההלכה, אם אדם מגיע להתייעץ עם מומחה והוא נתן חוות דעת מוטעית המומחה יהיה פטור מפיצוי. **רבי חייא נוהג לפנים משורת הדין ומפצה את האישה למרות שאינו חייב.**
1. **מתי מצופה מאדם להתנהג לפנים משורת הדין**
	1. מרדכי בבא מציעא, רנז – **המרדכי אומר שהכפייה לנהוג לפי משורת הדין היא רק על מי שביכולתו לפעול כך – על העשירים** ולכן הוא נבדל מהדין עצמו (שבמסגרתו לא ניתן לעשות העדפות לצד כלשהו בהתאם למצב האישי שלו). קיימת על כך מחלוקת.
	2. רא"ש בבא מציעא ב, ז
		1. דוג של הארנק- מי שרוצה יכול לנהוג לפנים משורת הדין, **קיימת חובה מוסרית אך לא משפטית**. (לא בכפייה)
		2. הרא"ש, ש"ע והרמב"ם -**אין חובה** לנהוג לפנים משורת הדין. הרמ"א- **2 הדעות לגיטימיות – ניתן לכפות וניתן לא לכפות.**
	3. פתחי תשובה שם – **גישת ביניים**: **כופים אבל לא מפעילים אמצעי כפייה רגילים כמו עונשים**.(כן **מפעילים לחץ**, עשייה מתוך יראת כבוד)
	4. **שיקולים בציפייה לנהוג לפנים משורת הדין**
		1. **מצב כלכלי** – כאשר צריך **להתחשב בחלש** תהיה יותר ציפייה לנהוג לפנים משורת הדין.
		2. **מעמד חברתי-דתי** – לפי הרמב"ם, מצופה מאדם **שמעמדו החברתי-דתי גבוה** להיות יותר זהיר בהתנהלות שלו. (כיוון שהוא מקדש את ה' ואם לא ינהג כך מדובר בחילול ה')
		3. **הפסד מול רווח –** כאשר התנהגות של לפנים משורת הדין **גורמת הפסד, נצפה פחות לפעול לפנים משורת הדין**. אם ההתנהגות **רק גורמת הפסד רווח, נצפה לפעול לפנים משורת הדין**.
		4. **ויתור על פטור מול התנהגות מעבר לנורמה** –כאשר המשמעות של התנהגות לפנים משורת הדין היא לא לנצל פטור מיוחד, הציפייה תהיה יותר גבוהה. כאשר המשמעות היא לנהוג מעבר לנורמה הציפייה תהיה נמוכה יותר.
* לא בכל מקרה כל השיקולים יביאו לאותה התוצאה. **בית הדין צריך לאזן בין השיקולים השונים.**

**חיוב בדיני שמיים- בעיקר בדיני נזיקין**

חיוב בדיני שמיים הוא דרך נוספת שבה"ד יכול להביא את עשיית הישר והטוב לידי ביטוי. בשונה מהמשפט הישראלי, בו בדיני הנזיקין אין הבדל בין גרימת נזק בפועל לבין מחדל (גרימת נזק באופן ישיר או עקיף) **בהלכה מתייחסים לגרימת נזק במחדל בצורה פחות חמורה**.

1. **חייב בדיני שמיים**
	1. משנה מסכת בבא קמא ו ד – דוג' לחיוב בדיני שמיים. אדם נתן אש לחירש, שוטה או קטן והוא גרם לנזק. האדם שנתן את האש **פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים**. האדם שנתן את האש נחשב כגורם לנזק עקיף (**גרמא**), כיוון שמסירת האש לאנשים לא פיקחים גרמה לנזק.
	2. מסכת בבא קמא נה ב – אדם שם רעל לפני בהמת חברו. אם הוא האכיל אותה בפועל, חייב לשלם על הנזק שנגרם לבעל הבהמה. אם הוא פיזר את הרעל בחצר והבהמה באה ואכלה אותו בעצמה, הוא יהיה פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמיים, כיוון שגרם לנזק בגרמא. אין השפעה לכוונתו הפנימית של האדם, אלא רק לאופן הנזק – ישיר או עקיף.

**חיוב משפטי נגזר רק מנזק ישיר. בגרמא אין חיוב משפטי, אבל יש חיוב בדיני שמיים.**

* 1. **מהו חיוב בדיני שמיים?** רש"י – דיני שמיים = עונש משמיים. **בנזק עקיף האדם פטור מלשלם (עונש, פיצויים וכו'), אך כיוון שהוא עבר עבירה יענישו אותו מהשמיים.**
	2. ראב"ן בבא קמא יא נה – כאשר אומרים חייב בדיני שמיים, מתכוונים לכך שבה"ד לא כופים לביצוע החיוב, אלא **הם לוחצים על החייב שישלם ע"מ שירצה את חברו שניזוק**. ההנחה היא שאדם רוצה למלא את חובתו הדתית ולכן גם ללא כפייה משפטית, יש סבירות גבוהה שהוא ישלם על הנזק. הנחה נוספת היא שלמרות הפטור מדיני אדם, המזיק ינסה לרצות את הניזוק לפחות בחלק מהסכום ע"מ להיות פטור גם בדיני שמיים. 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'). **הרציונל העומד בבסיס דיני שמיים – שהמזיק ירצה את חברו.**
	3. ים של שלמה בבא קמא ו ו – אמנם בה"ד לא כופה על אדם לשלם את חובו כאשר הוא חייב בדיני שמיים, אך הוא לוחץ עליו שירצה את חברו וכך ייפטר מחיוב בדיני שמיים. רציונל זהה למקור הקודם.
	4. לפי ההלכה יש מגוון של פסולי עדות. חלקם במקרים מסוימים וחלקם תמיד – כמו גזלן. **גם אדם שצריך לשלם בדיני שמיים ואינו שילם, נחשב גזלן.** כל אדם שחייב בדיני שמיים פסול מלהעיד כי בפועל יש עליו חובה לשלם, אך אין אכיפה. **חיוב בדיני שמיים = חובת תשלום ללא אכיפה.**

**מידת חסידות/רוח חכמים נוחה**

גם מהאדם הפרטי מצפים שההתנהגות שלו תגשים את הרעיון של עשיית הישר והטוב. לפעמים הדין מכווין את ההתנהגות אך לא מתערב בכך. המינוח שמשתמשים בו הוא "רוח החכמים נוחה" או "מידת חסידות".

1. תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף קלג עמוד ב
	1. **עוסק בסוגיית ירושה**. ההלכה קובעת איך הנכסים מתחלקים בין היורשים. אם אדם רוצה שהנכסים יחולקו באופן אחר הוא רשאי לתת את הנכסים במתנה שתיכנס לתוקפה רגע לפני מותו.
	2. **באופן טבעי הנכסים אמורים לעבור לבנים, אם אדם נותן את נכסיו לצד ג' יש תוקף אך רוח חכמים לא נוחה עם זה. \*רשב"ג: אם בניו הלכו בדרך לא טובה – הנפטר עשה מעשה נכון.**
2. רשב"ם, שם – לפי התורה הנחלה צריכה לעבור מהאבות לבניהם כיוון שהיא האמצעי להתפרנסות המשפחה. זוהי הסיבה שבנות לא מקבלות ירושה (לא מפרנסות). **הסיבה שלחכמים אין נחת רוח ממעשיו היא כי הוא עקר את נחלת בניו ולקח מהם את אמצעי הפרנסה שלהם**. \*לדעת חבה, הסיבה שחכמים לא עשו תקנה שתאסור זאת היא כדי להשאיר פתח ליוצאי דופן (עשיר שרוצה להוריש לעניים, בן לא בריא וכו').
3. תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דך צד עמוד ב – אסור להלוות בריבית. **אם מלווה בריבית/ גזלן רוצה לחזור בתשובה עליו לפנות לאנשים במטרה להחזיר את כספם. אך אסור לקבל מהם (יקל עליו לחזור בתשובה), רוח חכמים לא נוחה**. (משפטית מותר אך רוח חכמים אינה נוחה עם זה) \*חבה – כמובן שאין לוותר לכל גזלן, רק שמדבור בסכומים שהנפגע יכול לעמוד בהם לולא יקבלם חזרה.
4. משנה מסכת שביעית פרק י, משנה ט
	1. בשנת שמיטה החובות נשמטים. **אדם שיש לו כסף להחזיר בשנת שמיטה אך הוא לא רוצה להחזיר והוא משתמש בשנת השמיטה, משפטית מותר אך רוח חכמים לא נוחה עמו**. מטרת השמטת החוב היא לסייע לחלשים, והלווה לא נכנס לקטגוריה זו.
	2. לפי ההלכה, כשאדם התגייר הוא כאילו נולד מחדש. בשל כך רואים אותו כמי שאין לו קרובי משפחה. **אדם שלווה מגר והגר הולך לעולמו, אין חובה להחזיר את החוב לבניו, אבל רוח חכמים לא נוחה עם זה.**
	3. **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. (תקף גם לבי מתנה)**
5. חבה – חכמים לא מתקינים תקנות בנושאים שקשורים לרוח חכמים כיוון שמדובר במקרים נדירים ולא רוצים להטריח את המערכת.
6. תלמוד בבלי מסכת חולין דף קל עמוד ב – **מתנות 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 צריך לתת מעשר לעניים). **המקרה הוא שבעל בית (אינו עני) נסע למקום ונגמרה לו הצידה. מותר לו להנות ממתנות עניים מאחר שבאותו הרגע הוא מוגדר עני והוא השתמש כדין. מבחינה משפטית- אינו צריך להחזיר. לפי מידת חסידות- עליו להחזיר.**
7. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעה דף נא עמוד ב- במקרה **בו מוכר מכר סחורה במחיר מופקע מדובר בהונאה (גם מתוך טעות בת"ול)** הצד השני יכול לבטל את העסקה או לבקש פיצוי. תוך כמה זמן ניתן לטעון טענת הונאה? **אם בכפר- עד יום שבת של אותו שבוע** (כיוון שלקראת שבת הולכים לשוק בעיר) **אם בעיר- בירור תוך 5 שעות**. (שולחני זמין רק בעיר)
8. גמרא נב,ב **[המשך של 7]: אם עבר כבר חודש** ואותו מוכר שמכר במטבע בעל ערך נמוך יותר מגיע לקונה והוא מזהה אותו ואומר לי תחזיר לי את הכסף (אם אדם חרג מהזמנים בגדול), **על המוכר להחזיר לקונה את הערך של המטבע לפי מידת חסידות. אך אין חובה משפטית**.
9. שו"ת תשב"ץ חלק ג, קצ- **מידת החסידות ורוח חכמים לא מחייבות את הפסיקה של בית הדין, אך היא יכולה להשפיע עליה בעקיפין.**
	1. אישה שיש לה נכסים אבל אין לה קרובי משפחה מדרגה ראשונה. יש לה קרוב משפחה עני עם ילדים שלפי הדין אמור לרשת אותה, **והיא מעוניינת להוריש את נכסיה לעניים או לבית הכנסת**. האם דעת חכמים נוחה עם פעולה זו?
	2. נכסים 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. אך **בפועל דברים אלו לא ראויים שכן היא פוטרת את הציבור מלתרום לבית הכנסת. מכאן שלמעשה האישה נותנת את הירושה שלה להרבה צדדי ג' במקום לקרוב שלה. (כנ"ל לעניים)** . יש משל נוסף הנקרא **עני המהפך בחררה**. (עני שחטפו לו את השלל). דבר שמותר משפטית אך נחשב כלא מוסרי. כביכול, **כלל העניים שהיא רוצה להוריש להם חטפו ליורש המקורי.**
	3. בדר"כ אם היא כבר מתה לא ניתן לשנות את הצוואה כיוון שש מצווה לפיה חובה לקיים את רצון המת. אך יש אפשרות להשתמש ב**סייג הנקרא שכיב מרע. לפיו, אם אדם גוסס ביקש שיעשו עוול עם רכושו- אין לקיים את צוואתו**. התרומה של האישה לבית הכנסת מקבילה לסיפורו של ר' יהודה שהשקיע כסף בבית כנסת יפה ולא ראו זאת בעין יפה כיוון שהיה צריך לתרום את הכסף לעניים. ולכן רצון האישה לתרום את הכסף לבית כנסת במקום ליורש העני הוא בגדר שכיב מרע וניתן לבטל את הצוואה.
	4. רוח 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.**
	5. לאור העבודה שמדובר באדם עני ששינוי הצוואה של אותה האישה עשויה להביא אותו לצאת מהעוני. חכמים מנסים ככל הניתן למצוא שיקולים שיוכלו לתמוך בפסיקתם לפיה מעשה האישה הוא אינו ראוי.

**מי שפרע ומחוסר אמנה- מתקשר לדיני קניין**

**מי שפרע**- דומה לחייב **בידי שמיים**. **מחוסר אמנה-** דומה **לרוח חכמים אינה נוחה.**

* 1. משנה מסכת בבא מציעא פרק ד'- כדי שלעסקת מכר יהיה תוקף משפטי בהלכה, צריך שיהיה **מעשה קניין**. (הגבהה, קניין חליפין וכו) כל עוד לא נעשה מעשה קניין אין העדה על גמירת דעת ולכן ניתן להתחרט. אדם שחוזר בו מעסקה ששילם עבור החפץ אך לא עשה מעשה קניין נאמר הביטוי "**מי שפרע"**. במקרה שסוכמו הפרטים אך הכסף עדיין לא שולם נאמר הביטוי "**מחוסר אמנה**". יש 2 גישות: 1. אומרת שמדובר באיומים. 2. לפי הרמב"ם מדובר בקללות. יש מחלוקת האם מעשה הקניין הוא מדין תורה או מדיני חכמים.
	2. רמב"ם הלכות מכירה פרק ז-ט - **מי שפרע- קללה בידי בית הדין.** וכך פוחת הסיכוי שצד לעסקה יתחרט (חשש מהקללות). לא תמיד תהיה קללה אלא **קיימת התחשבות בנסיבות:**
* אם הביטול הוא מתוך אינטרס אישי- לא בסדר.
* אם טעות בתו"ל בית הדין יתחשב.
* במידה ואדם עושה משא ומתן בנוגע לעסקה ואז חוזר בו, רואים בו מחוסר אמנה.
* במידה ואדם אחד אומר לחברו שייתן לו מתנה מסוימת ולא עומד בכך- גם עליו רואים כמחוסר אמנה כיוון לא עמד במילתו.
* אם אדם אומר שייתן לחברו מתנה גדולה ויקרה והרי ברור שהוא לא יוכל לעמוד במתנה זו ולא הייתה כוונה של ממש, עליו לא אומרים שהוא מחוסר אמנה.