**סיכום לחילונים שאין להם מושג | משפט עברי**

מרצה: ד"ר יעקב חבה | תשע"ח סמסטר א' 2017/18

מקור מלומד/חכם נושא כותרת

**מושגי מפתח:**

* **משפט עברי =** כלל ההוראות המשפטיות המופיעות בהלכה ובמקורות עבריים בכלל. מקורות המשפט העברי העיקריים: התורה שבכתב (תנ"ך-עפ"י המסורת נכתב ע"י משה, "הלכה למשה מסיני", המשנה, התלמוד, שו"ת, ספרי הלכה). בניגוד ל"תורה שבכתב" מכונים כל יתר המקורות (המשנה, התלמוד וכו') "תורה שבעל פה".
* **תושב"ע =** מונח חז"לי למכלול הפירושים וההלכות שאינם כתובים בתורה שבכתב, ואשר עברו במסורת או התחדשו על ידי חכמים. על פי חז"ל, משה קיבל את התורה שבכתב בהר סיני, עם פירוש מצוותיה בעל-פה.
* **הלכה =** כינוי ביהדות לכלל הדינים והמצוות שעל פיהם מצווה היהודי לנהוג.
* **חכמים =** חכמי ישראל בדורות השונים מחולקים ל: תנאים, אמוראים, סבוראים, גאונים, ראשונים ואחרונים.
* **תנאים =** יצרו את המשנה.
* **משנה =** הקובץ הראשון בתורה שבע"פ. 200 לפנה"ס- 200 לספירה.
* **ברייתא =** מאמר של תנאים שלא הוכנס לסדר המשניות, ולכן נותרה חיצונית להן. לפי כללי הלימוד של חכמי התלמוד, הברייתא היא מקור תנאי שווה ערך למשנה.
* **תוספתא =** קובץ מסודר של מסורות מתקופת התנאים, הנקראות ברייתות, שלא נכללו במשנה.
* **אמוראים =** יצרו את התלמוד.
* **תלמוד =** סוגה לימודית שהחלה ונפוצה בתקופת האמוראים. התלמוד נכתב בעיקר כפרשנות לדברי התנאים. הגות זו התפתחה במקביל בבבל ובארץ ישראל, דבר שהוביל לכתיבתם של שני תלמודים: התלמוד הבבלי והתלמוד הירושלמי.
* **גמרא =** התלמוד הבבלי (חיבור אשר מסוכמת בו הגותם ההלכתית והאגדית המרכזית של האמוראים). 200-500 לספירה.
* **התלמוד הירושלמי =** חיבור המפרש את המשנה, מוסיף עליה ומרחיב אותה. כולל בתוכו את תלמודם של האמוראים מארץ ישראל ומבבל על המשנה וכן על תחומים אחרים.
* **שו"ת (שאלות ותשובות) =** מכיל מאגר של שאלות ותשובות הלכתיות, אשר נשאלו ע"י הציבור הרחב ונענו ע"י רב אחד או קבוצה של רבנים. (לא חייב לעסוק רק בנושאי הלכה).
* **דיני איסור ודיני ממון =** בדיני ממונות יש יותר גמישות מדיני איסורים.
* **דאורייתא =** חוקים שמקורם בתורה (ניתנו ע"י אלוהים למשה). [אם יש ספק, מחמירים].
* **דרבנן =** חוקים שחכמים הוסיפו על גבי מערכת ההלכות דאורייתא (תקנות חכמים). [אם יש ספק, מקילים].
* **סברא =** מונח הלכתי, המתאר היגיון פשוט, שאינו נצרך לדין מפורש בתורה, אך נקבע על פי הגיון פשוט של חכמי התורה.
* **בית שמאי ובית הלל =** קבוצות תלמידים אלו היו בנות פלוגתא קבועות שפעלו בסנהדרין בתקופה המקבילה פחות או יותר לתקופת שלהי בית המקדש השני וחורבנו. ככלל, דברי בית שמאי תובעים החמרה במצוות יותר מאשר בית הלל, אך ישנם חריגים לכלל זה.
* **שולחן ערוך =** ספר הלכה שכתב ר' יוסף קארו בצפת בשנת 1563 .
* **גאונים =** מהמאה ה-7 עד למאה ה-11, חיו בבבל ובא"י. הגאונים עסקו בפירוש התלמוד כפי שקיבלו אותו מהסבוראים (וקודמיהם האמוראים), והתמקדו בהנחלתו לעם כך שישפיע על כל תחומי החיים.
* **מדרש =** ביהדות, מדרש או דרשה הם שיטה של פרשנות המקרא. כפעולה, "מדרש" מתייחס לשיטה של פירוש של פסוק מקראי. במסורת היהודית מחלקים את פרשנות המקרא לארבע שיטות עיקריות: פשט (המובן הראשוני של הכתוב), רמז (פרשנות), דרש (פרשנות מרחיבה) וסוד (מיסטיקה). המדרש, כפי ששמו מעיד עליו, עוסק בעיקר בדרש, ומעט גם ברמז.

**מלומדים/חכמים:**

* **רמב"ם** – רבי משה בן מימון. מגדולי הפילוסופים של היהדות. פעל בימי הביניים.
* **רמב"ן** – רבי משה בן נחמן. מגדולי פוסקי פרשני ספרד.
* **רבי אליעזר** – תלמיד בית שמאי. מגדולי התנאים בדור השני.
* **רבן גמליאל** – רבן גמליאל דיבנה. ראש בית הדין.
* **הרב קוק** - חי לפני 100 שנה, הקים את הרבנות הראשית בארץ ישראל עם רצון שזו תהיה התשתית לסנהדרין.
* **רמ"א** – רבי משה איסרליש. מגדולי פוסק אשכנז בספרד במאה ה-16.
* **המהרי"ל** - רבי יעקב הלוי בן משה מולין. היה מנהיגה הרוחני של יהדות אשכנז בימיו. כתב תשובות לכל רחבי ארצות אירופה.
* **תשב"ץ** - שמעון בן צמח דוּרָאן. מגדולי רבני אלג'יריה. מחבר שו"ת התשב"ץ ונוספים.
* **הר"ן** - רבי נסים בן ר' ראובן גִירוֹנְדִי. מן הראשונים. מגדולי פרשני התלמוד.
* **רב** – מאחורני התנאים ומראשוני האמוראים.
* **רבי עקיבא** – בן הדור השלישי של התנאים. חי בארץ ישראל. המנהיג הרוחני של בר כוכבא.
* **רבי ישמעאל** - רבי ישמעאל בן אלישע, מגדולי הדור השלישי של התנאים. בעל הברייתא על המידות שהתורה נדרשת בהן.
* **רבי חייא** – חי בדור המעבר בין התנאים לאמוראים.
* **רי"ף** - רבי יצחק בן יעקב אלפסי. מן הראשונים.
* **רשב"ן** - רבי שמואל בר נחמני. אמורא ארץ ישראלי.
* **המאירי** - רבי מנחם בן שלמה למשפחת המאירי. מגדולי מפרשי התלמוד וחכמי פרובנס.
* **רבי שלמה לוריה** - היה מגדולי פוסקי ההלכה ופרשני התלמוד, וממנהיגי יהדות אשכנז במאה ה-16.
* **רש"י** - רבי שלמה בן רבי יצחק ירחי הצרפתי. גדול הפרשנים של התלמוד.
* **רב נחמן** - רב נחמן בר יעקב. מגדולי אמוראי בבל בדור השני והשלישי. מעמודי התווך של התלמוד הבבלי.
* **ראב"ד** - רבי אברהם אבן דאוד הלוי. ראב"ד הראשון. בעל "ספר הקבלה".
* **רב יהודה הנשיא** – רבי או רבינו הקדוש. היה תנא בדור החמישי, נשיא הסנהדרין ועורך המשנה, נצר למשפחת הלל הזקן וחותֵם תקופת התנאים.
* **רבן גמליאל הזקן** - תנא בדור הראשון לתנאים, נשיא הסנהדרין.
* **הרא"ש** - רבי אשר בן יחיאל. מגדולי פרשני התלמוד והפוסקים ובעל השפעה מכרעת על עיצוב ההלכה היהודית.
* **הרשב"א** - רבי שלמה בן אברהם אבן אדרת. מגדולי חכמי ספרד בתקופת הראשונים.
* **רשב"ג -** רבן שמעון בן גמליאל. נשיא הסנהדרין באושא בדור שאחרי מרד בר כוכבא, בנו של רבן גמליאל. תנא בדור הרביעי.
* **רבי מאיר** - מגדולי התנאים בדור הרביעי, ממנהיגי התקופה שאחרי מרד בר כוכבא.
* **רבי יהודה -** רבי יהודה בר אלעאי. תנא בדור הרביעי של תקופת התנאים. מגדולי תלמידיו של רבי עקיבא.

מבוא והגדרות

**מהו משפט עברי?**

לכאורה משפט ההלכה היהודית. לא מופיע ספרות ההלכתית אלא בספרות של העשרות שנים האחרונות. ביטוי זה הוא אינו ביטוי מוכר ולא השתמשו בו בספרות ההלכתית המוקדמת. הביטוי התחדש לפני כ100 שנה. הוא התחדש ע"י משכילים שחיו ברוסיה שרצו לחדש במסגרת החייאת השפה העברית ופריחת הציונות, ליצור מערכת משפט שמחוברת לעולם היהודי. כשחיפשו איך להגדיר את מערכת המשפט, הם חיפשו שם שיושפע מהתרבות היהודית ולא יבטא רק את המסורת ההלכתית ולכן בחרו בביטוי **משפט עברי**. הכוונה הייתה ליצור שיטת משפט שתהיה מבוססת על התרבות היהודית רבת השנים אך לא בהכרח. השיטה לא הצליחה בארץ ולימים, אימצו אותה אנשי ההלכה.

כשאנו מדברים על **משפט עברי**, אנו מדברים על הלכה בתחומים משפטיים כגון דיני אישות, משפט פלילי, משפט ציבורי ולא מתכוונים לדיני שבת, דיני טהרה וכו'.

בעולם המשפט קיימת אבחנה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי, אבחנה זו לא קיימת במשפט העברי. בהלכה ההליך הפלילי וההליך האזרחי משולבים (אדם גנב, אם ישפט במשפט עברי הוא יחויב להחזיר את הגנבה וגם לפצות את הנפגע – במקום 2 הליכים ש1 עוסק בעונשין ו1 בנזיקין). בהלכה יש אבחנה שונה – דיני איסורים (מה אסור ומה מותר) ודיני ממונות (מה שמכונה כיום משפט אזרחי). במשפט ההלכתי, יכול לקרות מצב שאדם לא ייענש למרות שעבר עבירה (לדוגמה: אדם שהלווה בריבית יחזיר את הריבית אך לא ייענש).

**ההבדלים בין דיני ממונות לדיני איסורים:**

1. **גם בהלכה, בהשוואה למשפט כיום, בדיני ממונות יש יותר גמישות מאשר בדיני איסורים.** בדוגמאות הבאות נראה חוקים שיש עליהם התנאות. אם מדובר בדין ממונות אז ההתניה מיושמת, אם בדין איסור אז ההתניה מבוטלת. דוגמאות:
2. לפי ההלכה – כאשר זוג נישא, הבעל יורש את נכסי האישה. כל עוד הם נשואים, הבעל זכאי לקבל את פירות הנישואין. אם הנישואין מסתיימים – הנכסים חוזרים לאישה. אם הנישואין מסתיימים בגלל מותה של האישה – בעלה יירש אותה. במקרה שזוג עומד להינשא, האישה מתנה לבעל שהיא לא מעוניינת שהוא יירש את נכסיה ואם הנישואין יסתיימו כתוצאה ממותה, הוא לא יירש את נכסיה. לפי ההלכה, אם הבעל **התנה** בצורה מפורשת שאינו זכאי לרשת את פרי האישה, ויש הסכמה ביניהם כדין, ההלכה תקבל התניה זו.
3. לפי ההלכה – במידה ואדם מקדש אישה והוא מציב "**תנאי מתלה**" (תלוי), שהוא יקדש אותה רק אם אביו יסכים, אם לא יסכים, הקידושין לא תקפים.
4. כאשר אישה מתחתנת עם איש והוא מת בלי לתת לה צאצאים, ואין לו ילדים מאישה אחרת, צריך "ליבם" את האישה, היא צריכה להינשא לאחיו של בעלה. היא יכולה לבחור לא להתחתן איתו ולכן היא צריכה לעבור "חליצה". הפרוצדורה של החליצה היא **תנאי מתלה**.
5. בהלוואה בריבית לא ניתן להתנות כי מדובר בדיני איסורים, אסור להלוות בריבית. כדי להתנות על ריבית יש פרצה, יהפכו 2 אנשים לשותפים ולכן יהיה להם היתר עסקה.
6. יש אדם שמקבל על עצמו חפץ של מישהו אחר לשמור עליו. במידה וקרה שכאשר החפץ היה אצל השומר, והוא נגנב נשאלת השאלה – על מי נטל ההוכחה? במשפט העברי תמיד על השומר - השומר צריך להוכיח שלא התרשל בשמירה. (נטל ההוכחה במשפט העברי = או באמצעות עדים או באמצעות שבועה). השומר יכול **להתנות** שאם יקרה משהו לחפץ, הוא לא חייב להציג ראיות. מנגד גם בעל החפץ יכול להתנות לשומר שאם יקרה משהו לחפץ, השומר יצטרך לשלם. לפי ההלכה ניתן להתנות אם יש בין הצדדים הסכמה.
7. כשאנו מדברים על הונאה בהלכה, זה לאו דווקא תרמית. בהלכה יהיה דין הונאה גם אם היה תום לב ולאו דווקא הייתה תרמית (חוסר תום לב). המשמעות של הונאה היא שהיא נותנת זכות לביטול העסקה בגלל פער שהיה בה. הונאה היא דיני איסורים, אך אם הייתה התניה מפורשת ומוסכמת בין הצדדים אז מדובר בדיני ממונות ולכן ניתן להתנות.
8. שמיטת כספים – כל החובות הכספיים שאמורים לפרוע בשנת השמיטה מתבטלים. אם אכן יש חוב, ניתן להתנות כי גם בשנת שמיטה החוב לא יבוטל. אם יש הסכמה בין הצדדים הרי שאלו דיני ממונות ולכן אפשר להתנות. פרוזבול – חוב פרטי לציבורי.
9. כאשר אישה מתחתנת, אב הכלה צריך לשלם לבעל נדוניה. אם האישה מתה הבעל יורש את הנדוניה. קרה מקרה שאישה התחתנה, ולאחר החתונה ילדה לבעלה בת. לאחר זמן מה קרה מקרה והאם וביתה מתו. לפי ההלכה האב אמור לרשת את הנדוניה. האב האלה שאלה בפני הרשב"א, הוא אומר שאם הייתה הסכמה שהנדוניה תחזור לאב במקרה שכזה אז זה בסדר כי מותר להתנות בדיני ממונות.
10. **תקנת חז"ל יכולה לבטל דין תורה בענייני ממונות, אך אין היא יכולה לשנות דיני איסורים.**
11. **ספקא דממונא- לקולא, ספקא לאיסורא- לחומרא** (אם יש ספק בממונות נוטים להקל. אם יש ספק באיסורים נוטים להחמיר).

**חלוקת התושב"ע לפי הרמב"ם:**

חלק ראשון- פרושים שנאמרו למשה ויש להם רמזים בכתוב

חלק שני- הלכה למשה מסיני ואין עליהם ראיות

חלק שלישי- דינים שהוצאו על דרך הסברא

חלק רביעי- תקנות שתינו חכמים לסייג

חלק חמישי- מנהגים שתיקנו חכמים

* **החלקים הראשון והשני** נחשבים להלכות שמקורן מן התורה.
* **החלקים הרביעי והחמישי** נחשבים להלכות שמקורן מדברי חכמים.
* לגבי **החלק השלישי** ישנה מחלוקת- הרמב"ם טוען כי ההלכות שהחכמים למדו מהתורה ואמרו עליהם שהם מדאוריתא- יכללו בהלכות דאורייתא, אך ההלכות שהחכמים לא אמרו עליהם במפורש שהם מדאורייתא- יכללו בהלכות דרבנן. הרמב"ן טוען כי ההלכות שנלמדו מפסוקי התורה הם מדאוריתא, חוץ מההלכות שנאמר עליהם במפורש שהם מדרבנן. **עיקר המחלוקת היא בהלכות בהם חכמינו לא אמרו במפורש אם הם מדרבנן או מדאוריתא.**

1. **חלק ראשון:** פירושים מקובלים מפי משה, שיש להם רמז בכתוב ואפשר להוציאם דרך ההיגיון (סברא) - לא תיתכן בהם מחלוקת.
2. **חלק שני:** "הלכה למשה מסיני", אין רמז בכתוב ולא תיתכן בהם מחלוקת.

* **שני החלקים הראשונים** הם הלכות/פירושים שלפי המסורת ניתנו למשה בע"פ ואין עליהם עוררין. לחלק יש ביסוס בכתובים ולחלק אין, אבל בכל מקרה ההלכה עומדת ולא תיתכן עליהם מחלוקת.

1. **חלק שלישי:** דינים שהוציאו על דרכי הסברא - הלכות שלא נמסרו למשה בסיני אלא הלכות שחכמים למדו בעצמם מכוח ההיגיון, הפרשנות וכללי המדרש. באלו תיתכן מחלוקת היות והסברא מבוססת על לימוד ושכל אנושי, מה שמאפשר ניתוח ופרשנות שונה (בניגוד להלכות משה מסיני).
2. **חלק רביעי:** הגזרות שתיקנו הנביאים והחכמים בכל דור ודור - לא הלכות שמקורן בתורה אלא הלכות שבאופן מפורש מגיעות מדברי חכמים. חכמים החליטו שיש לאסור דברים מסוימים בכדי להגן על איסורי התורה (משמרת למשמרת, סייג). היות ומעורב פה השכל האנושי, יכולה להתקיים מחלוקת. דוגמא לכך: האיסור לאכול עוף בחלב.
3. **חלק חמישי:** הדינים העשויים על דרך החקירה וההסכמה בדברים הנוהגים בין בני אדם - תקנות ומנהגים. בניגוד לחלק הרביעי העוסק בהרחבת מעגל האיסורים, התקנות והמנהגים קובעים הסברים למנהגים שהם לתועלת האדם. לא איסור והיתר אלא תקנה ביחסים בין פרט פרט שחכמים חשבו שתועיל לציבור ולסדר החברתי. המשותף לתקנות אלו הן שמקורן בדברי חכמים ולא אסורים או מצווים מהתורה.

* **מדוע חשוב להבחין בין מקורות ההלכה?** ספק בדין תורה יש להחמיר, ספק בדין שמקורו בדברי חכמים - אפשר להקל.

מחלוקת

**מקורות ההלכה**

ספר המצוות של הרמב"ם בא למנות את מצוות התורה. הכלל הראשון שמנחה את הרמב"ם במניין המצוות הוא שיש לכלול רק מצוות מהתורה ולא מדרבנן. הכלל השני הוא שזה שהלכה נלמדה מכוח כללי פרשנות מפסוקי התורה, עדיין לא מחייבת שהיא מהתורה. זה שחכמים הצמידו הלכות לפסוקים לא אומר שהם אכן מבוססים על הפסוקים.

**איך קובעים?** רק אם חכמים אמרו במפורש שמקור ההלכה הוא מהתורה. במידה ולא נאמר במפורש - מניחים שמדרבנן. הרמב"ן חולק על הרמב"ם וחושב שברירת המחדל היא שהלכה הנלמדת באמצעות מדרש פסוקי התורה - מקורה מהתורה, אלא אם נאמר במפורש שהיא מדרבנן.

**מה היקף חובת הציות? עד כמה ניתן לסייג את חובת הציות בתנאים מסוימים?**

העמדה "הקיצונית" הגורסת כי חובת הציות מלאה ומקיפה:

🡨 ספרי דברים, קנד: ימין ושמאל – אפילו אם אתה בטוח שהחכמים טועים (אמרו על ימין שמאל ולהיפך) עליך לציית ולשמוע לדבריהם. מדוע חובת הציות מלאה? אין ערעור על פסק הלכה של חכמים, הגוף בעל הסמכות להכריע ולפרש. ברגע שאמרו את דברם, גם אם אדם בטוח שטעו – עליו לשמוע בקולם.

**מה עומד מאחורי חובת הציות המלאה הזו?**

🡨 רמב"ן דברים יז, יא: "ימין ושמאל" - אפילו אם אומר לך על ימין שהוא שמאל או על שמאל שהוא ימין, לשון רש"י. וענינו, אפילו תחשוב בלבך שהם טועים, והדבר פשוט בעיניך כאשר אתה יודע בין ימנך לשמאלך, תעשה כמצוותם. ...תאמר: כך ציווה אותי האדון המצווה על המצות שאעשה בכל מצותיו ככל אשר יורוני העומדים לפניו במקום אשר יבחר. ועל משמעות דעתם נתן לי התורה אפילו יטעו.

**הפרשנות, בדומה לתקדים של ביהמ"ש, מחייבת. ולמה?**

*"והצורך במצווה הזאת גדול מאד. כי בתורה נתנה לנו בכתב, וידוע הוא שלא ישתוו (יהיו זהות) הדעות בכל הדברים הנולדים, והנה ירבו המחלוקות ותעשה התורה כמה תורות".*

* המחלוקות עשויות ליצור כתות והתפלגות בקרב העם. הנזק שייגרם ממקרה כזה כה גדול, שחייבים גוף אחד שיכריע בין המחלוקות והדעות השונות (גם אם במחיר של טעות).

*"וחתך לנו הכתוב הדין, שנשמע לבית דין הגדול העומד לפני השם במקום אשר יבחר בכל מה שיאמרו לנו בפירוש התורה... כי על הדעת שלהם הוא נותן לנו התורה, אפילו יהיה בעיניך כמחליף הימין בשמאל. וכל שכן שיש לך לחשוב שהם אומרים על ימין שהוא ימין, כי רוח השם על משרתי מקדשו ולא יעזוב את חסידיו, לעולם נשמרו מין הטעות ומן המכשול".*

**עקידת יצחק:** גם אם לאדם הפרטי זה עשוי להיראות כאילו ביה"ד טעה, זה נובע מההסתכלות הצרה שלו. לביה"ד יש כוח להסתכל בצורה רחבה ומעמיקה יותר בסוגיות שהאדם הפרטי לא יכול להבין.

**סמכות החכמים בפסיקה**

🡨 כתוספתא חגיגה ב, ט: **בית דין של שלושה:** דיני ממונות. | **בית דין של 23:** דיני נפשות (דינים שעונשם מלקות או מיתה) | **בית דין של 71:** בית דין גדול.

אדם קודם כל פונה לביה"ד שבעירו, ואם אין בעירו - לביה"ד של העיר השכנה. אם השאלה מוכרת לחכמים ויש להם פתרון שלמדו מהמסורת ההלכתית, השאלה מוכרעת. אם השאלה חדשה ולא מוכרת, הולכים האדם השואל והדיין הבקיא ביותר מבין השלושה ופונים לבית דין של 23 היושב בהר הבית. אם גם שם לא ידעו להכריע היו פונים לבית הדין הגדול (הסנהדרין) בירושלים. אם גם הם לא ידעו כיצד לפתור את המחלוקת היו מעלים את השאלה להצבעה (רק בענייני מסורת הלכתית). אחרי ההצבעה הדבר היה הופך לתקדים מחייב.

עוד אומרת התוספתא כי כאשר לא היו מחלוקות בפני בית הדין הגדול, היו החכמים משקיעים את זמנם בלמידה.

🡨 תוספתא עדויות א, ד: *"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."*

**ההלכה תמיד תהיה כדעת הרוב.** דעת היחיד מוזכרת כדי לבטל אותה (להסיר ספק). ר' יהודה אומר שיש להזכיר את דעת המיעוט לא כדי לבטל אותה אלא להיפך - כדי להפוך אותה ללגיטימית. אומנם ביום יום לא פועלים לפיה (כי ההכרעה לפי הרוב) אבל הכנסת דעת המיעוט לתחום הלגיטימיות מאפשרת לנו במקרים חריגים לנהוג לפיה. דוגמא: שבת מד,א (דעת ר' שמעון לגבי טלטול נר).

המחלוקת בתקופת הלל ושמאי

חובת הציות היא **בעצם כפולה** – חלק מהסמכות של הרבנים בפרשנות היא להכריע מה הפרשנות הנכונה. הסנהדרין הוא הגוף המכריע ומתוכם באים חכמים. כדאי להבין את הכלים שבהם משתמשים חכמים כדי להכריע נדון במחלוקת. המחלוקת היא תופעה שמעוררת סימן שאלה – מצד אחד, העובדה שיש מחלוקת מחייבת את כל אחד מהצדדים להוכיח ולנמק וכך הדברים מתלבנים בצורה יותר טובה. מצד שני, הלכה מפי המסורת היא אלוהית, היא מבטאת את הרצון האלוהי, המחלוקת מצביעה על כך שאנחנו אולי לא עושים את מה שאלוהים מצווה. גם אצל חז"ל, יש חילוקי דעות בנושא המחלוקת.

🡨**רבי יוסי** אומר כי בתחילה לא היו מחלוקות כי הייתה פרוצדורה מאוד ברורה. הפרוצדורה הייתה שכאשר אדם מגיע להישפט (בעירו או בעיר סמוכה), הרבנים פוסקים על פי ההלכות שלמדו, שעברו אליהם. התפקיד של החכמים הוא להעביר את המסורת ולא לחדש הלכות. אם אין הלכה שדומה למקרה שמוצג בפני חכמים, הולכים לבית-דין בירושלים. יכול להיות שבירושלים החכמים ידעו לזהות את ההלכה המתאימה למקרה. אם גם בירושלים (בהר הבית) לא הכירו הלכה מתאימה, אז עוברים לבית-דין העליון. אם גם בבית-דין עליון, במעמד של 71 רבנים, אף אחד לא שמע הלכה, מעלים את העניין למניין (=הצבעה) ברוב. **רבי יוסי אומר שבעצם בהתחלה לא הייתה מחלוקת,** אך מ"*שרבו תלמידי שמיי [שמאי] והלל*", כלומר צמחו זרמים שונים של חכמים בעם, נוצרה מחלוקת.

🡨 תלמוד ירושלמי מסכת חגיגה פרק ב', הלכה ב': כמו רבי יוסי, גם אומר כי לא הייתה מחלוקת כי המנגנון היה ברור. וברגע שצמחו זרמים שונים בין החכמים (שמאי והלל) נוצרה המחלוקות, נוצרו כמה סוגים וגרסאות של תורות ורק כשיגיע משיח בן-דוד המחלוקת תעלם ויהיה רק זרם אחד.

* מ2 מקורות אלה עולה יחס שלילי לתופעת המחלוקת.
* בדיני ממונות היה צורך ב3 דיינים ואילו בדיני איסורים ונפשות היה צורך ב23 דיינים. בבית הדין העליון ישבו 71 דיינים.

דעת המיעוט במחלוקת

🡨 תוספתא עדויות א, ד:כשהיה מניין בבית הדין העליון, הייתה **דעת מיעוט ודעת רוב**. **למה בכל זאת הזכירו את דעת המיעוט?** אם היא לא נחשבת בהלכה האלוהית. חשוב לדעת מהי דעת רוב ומהי דעת מיעוט כדי שחכמים יכירו את כל הדעות כדי שכשהמסורת ההלכתית תתגלגל, החכמים ידעו להבדיל בין הדעות ויפסקו לפי דעת רוב שמייצגת את ההלכה, המסורת. לפי עמדה זו, אין חשיבות לדעת המיעוט.

🡨 רבי יהודה: עמדת המיעוט לא מוזכרת כדי להגיד שהיא לא רלוונטית, הציטוט של עמדת המיעוט בא להגיד שהיא גם עמדה לגיטימית במובן הרעיוני ובמובן המעשי. העובדה שיש עמדת מיעוט תאפשר לנו במקרים מסוימים להשתמש בה וליישם אותה.

**דוגמה לשימוש בדעת המיעוט (מתוך דיני שבת**): האם מותר לטלטל נר בשבת? יש מחלוקת בנושא שאלה זו. לפי רבי שמעוני (דעת מיעוט) – בזמן שנר דולק, אסור לטלטל אותו, אם היה דולק בתחילת שבת וכבה, מותר לטלטל אותו. לפי רבי מאיר ורבי יהודה (דעת רוב) – גם אחרי שהנר כבה אסור לטלטל אותו. **יישוב המחלוקת לפי הגמרא:** בשבת, היהודים הדליקו נרות והגויים כיבו להם את הנרות בחרדה שאולי מדובר במעשה כישוף (באותה תקופה). עולה שאלה האם הם יכולים לטלטל את הנר? בנסיבות האלה ניתן לפסוק על פי דעת המיעוט, דעת רבי שמעון, כי בנסיבות הנ"ל זה לגיטימי.

🡨 לפי **בעלי התוספות** – **כל העמדות (דעות המיעוט ודעות הרוב) הכל מקור אלוהי.** לכן יש להקשיב לכולם. בסופו של דבר כאשר יהיה על חכם להחליט מה מותר ומה אסור – יהיה איזשהו מנגנון שיקבע איך ההלכה רוצה שנפעל. מבחינה עיונית – קשת העמדות היא ראויה וחיונית כי מקורה מאותו אל. יש חשיבות לריבוי הדעות ולחשיבה השונה.

המחלוקת בין בית שמאי לבית הלל כדעת מיעוט ודעת רוב

ברמה הרעיונית והעיונית, גם בית שמאי וגם בית הלל הם דברי אלוהים והם לגיטימיים. ברמה במעשית, יש לפסוק על פי הלכת בית הלל. מכיוון שבית הלל היו צנועים יותר מבית שמאי – היו מקדימים את דברי שמאי בדבריהם ולכן ההלכה נפסקת לפי בית הלל. ניתן להסביר זאת כך, שבית הלל היו "פתוחים" יותר והקשיבו גם להלכה שנפסקה על ידי בית שמאי, הם בחנו בצורה אמיתית את כל ההלכות שנשמעו ושמעו את קשת הדעות והנימוקים ורק אז פסקו. הסבר אחר לכך, הוא בהתנהלות. בית הלל התנהלו בצורה יותר מסודרת ומכבדת ולכן יש לפסוק על פי הלכתם.

🡨 ריטב"א מסכת עירובין דף יג/ב:*"אלו ואלו דברי אלוהים חיים"* – איך זה יכול להיות שלאלוהים מגוון דעות? גם במקור כשניתנת התורה למשה בהר סיני ניתנו לו 49 דעות לכאן ו49 דעות לכאן, כלומר אלוהים מציג קשת של דעות ולא מכריע אלא מציג בפני העם את מגוון הדעות ומטיל על החכמים לפסוק איזה עמדה היא יותר נכונה.

**שאלת המחלוקת- שתי עמדות עקרוניות:**

1. המחלוקת דבר שלילי
2. המחלוקת היא דבר חיובי – משנה, מסכת עדויות

**מתי אפשרית המחלוקת?**

הרמב"ם חילק לכמה חלקים את התורה בע"פ, אותן הלכות שהן הלכה ממשה לסיני לא יכולות להיות במחלוקת. עמדת הרב שמואל בן חופני גאון- מחלוקת אפשרית כתוצאה מטעות או שכחה ולכן יכולה להיות מחלוקת בהלכה שמקורה ממשה לסיני.

איך מכריעים מחלוקת? מהם הכלים באמצעותם החכמים יכולים להכריע באותה מחלוקת?

**הכלל שבאמצעותו אי אפשר להכריע במחלוקת-**

🡨 תלמוד בבלי מסכת תמורה דף טז עמוד א עניינים הקשורים בקורבנות : *"אמר רב יהודה אמר שמואל: שלשת אלפים הלכות נשתכחו בימי אבלו של משה. אמרו לו ליהושע שאל! אמר להם "לא בשמים היא" אמרו לו..."*

**התיאור המתואר כאן-** משה מקבל את התורה במעמד סיני- חלק מהתורה נמסרת בע"פ, כשמשה מת הוא לוקח איתו 3000 הלכות שהוא לימד אך שכחו ולא מצליחים לשחזר אותן. אז פונים ליהושוע (המנהיג שהגיע אחריו) ומבקשים ממנו שיפנה לאלוהים וביקש את ההלכות מחדש. הוא עונה *"לא בשמים היא"* (אדם לא ישאל עצמו איך לקיים מצוות זו התשובה- זו לא משימה בלתי אפשרית), התורה כבר נמסרה והוא לא יכול לשאול את אלוקים שוב. מגיעים לתקופת שמואל (בערך 300 שנים אחרי מתן תורה) ועדיין לא מצליחים לשחזר את ההלכות. שמואל מוגדר כאחד מגדולי הנביאים ומבקשים ממנו לשאול אל אלוקים מהן אותן הלכות- הוא עונה להן שהוא לא יכול כי הוא בתור נביא לא יכול לחדש דבר בענייני הלכה. בעניין נבואה הוא לא יכול לשאול את אלוקים, כי נביא לא יכול לחדש בענייני הלכה. אין תפקיד לנבואה בעניין הלכה.

**הרעיון מאחורי האמרה-** תורה לא נמצאת בשמיים, אלוקים נתן את התורה לארץ ומכאן והילך הוא לא יוסיף ויגרע מכוח הנבואה. אלוקים לא ייתן נבואה נוספת המפרשת את ההלכה, מרגע שההלכה נתנה היא הפכה להיות ארצית שכל הבנתה נעשית ע"י החכמים בארץ ולא ע"י כוחות שמיימיים.

מחלוקת בנושא עמדת הנבואה בין הרמב"ם לרבי אליעזר

**עמדת הרמב"ם**

הרמב"ם מאמץ עמדה זו- הקדמת הרמב"ם לפירוש המשניות

**מתייחס לעניין תפקיד הנבואה**- האם הוא קיים בענייני הלכה? וכן הוא דן במעמדו של נביא שקר (מציג עצמו כמתנבא בשם האלוקים, אך אם מגלים זאת הוא חייב במיתה. גם נביא אמת אשר נבא נבואה שקרית חייב במיתה).

**היחס בין נבואה להלכה-** הנבואה אינה מועילה, אין לה תפקיד בפירוש התורה ובהוצאת ענפי המצות בשלש עשרה מידות. (פנחס- נכדו של אהרון הכהן , נביא)

יהושוע ופנחס נביאים בעוד רבינא ורב אשי אינם נביאים.

* העובדה שיהושוע ופנחס נביאים לא נותן להם יתרון כשזה נוגע להלכה, אין להם יתרון על רבינא ורב אשי. לנביא אין תפקיד עפ"י רמב"ם ואין לו יתרון כשמדובר בדברים הלכתיים.

**שני תפקידי הנביאים:**

1. מצווה בהלכה- לדרבן את העם לקיים את המצוות, להזהיר את העם שיענשו אם לא יקיימו את המצוות, באופן כללי- לשמור שבת, לא לעבוד עבודה זרה.
2. ענייני הרשות- אם המלך רוצה להתייעץ אם לצאת או לא לצאת למלחמה הוא מתייעץ עם הנביא.

* לנביא אין תפקיד בענייני הלכה.

**הוא מגדיר מי נקרא נביא שקר-**

התנבא בשם האלוקים ופועל במסגרת סמכותו, אומר לעם להאמין באלוקים ולקיים מצוות כחלק מתפקיד הנביא. אם הנביא התנהל בסדר אבל במסגרת הנבואות שלו- הציע לגרוע או להוסיף מצוות, או לשנות הלכה שנלמדה מפי משה לסיני, הוא נביא שקר. גם אם יעשה אותות ומופתים (הנביא צריך להוכיח שהוא נביא באמצעות עשיית מופתים) עדיין הוא נחשב כנביא שקר. במסגרת הכללים נאמר לגדול הנביאים כי התורה ניתנת לו ותעבור לעם ישראל ולא תהיה תורה נוספת. לא יכול להיות שאלוקים יעבור על כלליו ואמר לנביא אחר להוסיף או לגרוע מצווה, נביא שטוען טענה כזו הוא נביא שקר אשר עונשו הוא עונש מוות.

אם אדם טוען שהוא מכוח הנבואה אומר משהו שקשור להלכה- הוא נביא שקר.

הרמב"ם מדגים כמה יש להרחיק לכת- גם בפרט שנראה שולי והוא מחדש חידוש הלכתי פעוט- הוא נביא שקר, כי לא יכול להיות שהוא קיבל נבואה כזאת.

**אם יש מחלוקת בין החכמים-** יש הרבה 1001 חכמים שהדבר מותר ויש אלף חכמים שהם נביאים שאומרים שהדבר אסור, העובדה שהם נביאים לא רלוונטית כי לנבואה אין קשר לענייני הלכה. לפי רמב"ם- סופרים רוב מספרי, העובדה שהמיעוט הם גם נביאים- אין לזה משקל כשמדובר בענייני הלכה.

עפ"י הרמב"ם- לחכמים יש תפקיד בענייני הלכה, **יכולים להתבטא בעניין הלכתי בניגוד לנביאים.**

**עמדת רבי אליעזר - מחלוקת בנושא תנורו של עכנאי**

**תנורו של עכנאי-** יש בהלכה מושגים הקשורים לטומאה וטהרה, יש כלל שכלי יכול לקבל טומאה, כלי שבור איננו מקבל טומאה (משהו שקשור במוות- מוות של אדם, בע"ח ותופעות הקשורות אובדן חיים).

**התנור של עכנאי היה מיוחד-** היה בנוי חוליות-חוליות אשר שמו זו על גבי זו וחיברו באמצעות חול. נשאל שאלה אם זה תנור שלם ואז הוא מקבל טומאה או לא? ואז הוא לא מקבל.

\*עכנאי- או שם האדם או סוג התנור (עכן-נחש הבנוי מחוליות חוליות).

**היתה מחלוקת בשאלה- האם הכלי מקבל טומאה?**

חכמים- כלי כזה יכול לקבל טומאה

רבי אליעזר (תלמידי בית שמאי, המחלוקת קשורה למחלוקת השוררת בין בית שמאי לבית הלל)- כלי זה אינו מקבל טומאה ולכן הוא טהור.

**לעובדה שהכלי טמא יכול להיות כל מיני השלכות-** אי אפשר לאכול מדברים שחוממו בו וכו'.

הגמרא מביאה ברייתא: *"והזה הוא תנור של עכנאי..."*

רבי אליעזר **בדעת מיעוט**. בד"כ הולכים עפ"י **דעת הרוב.** רבי אליעזר יושב בבית המדרש ומנסה לשכנע בצדקתו. הוא מנסה להביא טענות- למה התנור הוא תנור שלא מקבל טומאה? הם לא משתכנעים. ההכרעה צריכה להיות כדעת החכמים- כדעת הרוב. רבי אליעזר מגייס ראיות קונבנציונאליות- פסוקים וכו'.. מכיוון שהם לא השתכנעו הוא אמר להם- אני אספק הוכחה באמצעות החרוב שאני צודק. כשהוא אמר את זה, החרוב קם וזז *("אם הלכה כמותי- חרוב זה יוכיח. נעקר חרוב ממקומו מאה אמה.."*). רבי אליעזר מגייס את החרוב והחרוב עוזר לו. החכמים *"הרימו ידיים"-* החרוב לא פועל באמצעות עצמו, הם חשבו כי אלוקים רצה להראות שרבי אליעזר צודק ואמרו שהם עדיין לא מקבלים את עמדת רבי אליעזר. הוא אומר להם- אם אתם לא משתכנעים מהחרוב אולי אמת המים תשכנע אתכם. ברגע שהוא אומר זאת, המים מתחילים לזרום הפוך. יש כאן התערבות ניסית אשר גורמת למים לסוג. **החכמים לא משתכנעים.** הוא אמר להם שיש לו ראיה נוספת- כתלי בית המדרש יוכיחו צדקתו. ברגע שהוא אומר זאת כתלי בית המדרש מתחילים ליפול.

**רבי יהושוע** אומר לקירות- מה אתם מתערבים? אנחנו מתווכחים- הוויכוח בינינו.. רבי יהושוע אומר לרבי אליעזר שזה לא רלוונטי- אין צורך בתופעות נסיות (נס). **הקירות בדילמה-** רבי יהושוע אומר להם לא ליפול ורבי אליעזר אומר להם כן ליפול. הקירות נשארו לעמוד באלכסון. הסיפור מראה את המתח בין הכוחות השמימיים לבין העובדה שחכמים אומרים שהם המוסמכים (אלוקים אמר שהם יכריעו-אז מה השתנה?)

רבי אליעזר מבין שהעובדה שהקירות נשארים לעמוד באלכסון- העסק לא לגמרי אתו.

הוא ייתן להם ראיה ישירה ויפנה לשמיים- קול אשר אומר שהוא צודק- אין מה להתווכח עם רבי אליעזר, כל מה שהוא אומר מבורך. אם קודם היה אפשר לפרש- הרוח הזיז את החרוב, הייתה רעידת אדמה, זוהי ראיה חותכת.

רבי יהושוע- *"לא בשמיים היא"-* אומר לאלוקים שהוא שלח קול אך הם לא מקבלים את זה, זה לא לגיטימי. הוא זה שקבע את הכללים ולפיה הדיון הוא ארצי ולא בשמיים ולכן גם בת הקול אינה משכנעת את החכמים.

רבי נתן (אחד החכמים) פגש את אליהו הנביא ואומר לו שהוא סקרן לדעת איך אלוקים מגיב לכל הנעשה, אליהו עונה לו- אלוקים אמר שהם צודקים ושהוא מקבל את עמדתם כי זה מה שהוא קבע.

קל לחשוב שרבי אליעזר צודק לפי כל הראיות שהציג, בגלל זה צריכים החכמים לעשות מעשים שעמדתו של רבי אליעזר לא מקובלת- הם עושים שני דברים כדי שיהיה ברור עד כמה הם מסויגים מעמדתו:

ההכרעה **מכירה בדעת רוב** כי דבריו של רבי אליעזר נדחים **והתנור טמא.** מכאן והלאה גם רבי אליעזר צריך לקבל את הגישה הזו. לקחו את כל האוכל שרבי אליעזר אמר שהוא טהור ושרפו אותו כמעשה סמלי. זה יצר אפקט של פגיעה ברבי אליעזר וכדי להעביר את המסר כי כל מה שהוא אמר לא רלוונטי.

עשו הצבעה עליו וקיללו אותו, נידו אותו (גם משמעות הלכתית- המנודה מתנהג כאבל).

יש מתיחות בסיפור- ראיה שמימית לפיה רבי אליעזר צודק, מצד שני *"ניצחו בניי"-* כדברי אלוקים, לפי הכללים- החכמים צודקים.

\*אם יש הלכות חדשות, לא פוסלים את הקודמות\*

צריך היה להודיע לרבי אליעזר שהוא מנודה- רבי עקיבא התנדב לעשות זאת- זאת משום שלרבי אליעזר יש כוחות ואי אפשר לדעת מה יעשה, רבי עקיבא יגיד לו בצורה רגועה, רבי עקיבא הלך אליו ולא התקרב אליו ולבש בגדים שחורים- רבי אליעזר שאל מה קרה ורבי עקיבא אמר לו שמעוניינים בנידויו. רבי אליעזר מקבל עליו את הדין והתנהג כמנודה. הוא התחיל לבכות. מרוב שרבי אליעזר הצטער היו נזקים חקלאיים, הבצק החמיץ וכו'.. רבי אליעזר כעס עד כדי כך- שהסתכל על משהו והוא נשרף. ניתן לראות כי הרוח הנסית (נס) היא עם רבי אליעזר.

רבן גמליאל (ראש בית הדין)- שט בספינה ואז עמד לטבוע, הוא טען שאלוקים הביא את הגל מהשמיים כי הם פגעו בכבודו של רבי אליעזר. בסופו של דבר הכעס נמוג, אלוקים לא כועס יותר על רבן גמליאל ואומר לו שזהו לא מאבק סמכויות אלא למען התורה- כדי שהתורה תשמר צריך לקבל את כללי המשחק- לקבל את דעת הרוב. אלוקים נרגע והכל חוזר לקדמותו.

* **בשורה התחתונה-** דעת הרוב התקבלה.

**מתח בין שתי עמדות-**

* עמדת חכמים (הרמב"ם מאמץ)- שולל כל קשר של עניינים נבואיים להלכה.
* רבי אליעזר- מוכן לקבל קשר בין ענייני הלכה לנבואה.

העמדה של רבי אליעזר לפיה מוכנים לקבל עניינים נבואיים- באה לידי ביטוי גם במקורות אחרים בתלמוד:

🡨 תלמוד בבלי מסכת עירובין דף יג עמוד ב *"אמר רבי אבא אמר שמואל.."*

ההכרעה בדעת של בית הלל לא הייתה הכרעת החכמים, אלא יצאה בת קול *"הלכה כבית הלל"*. זו אותה בת קול שנדחתה בסיפור הקודם. במקרה הנוכחי ההכרעה בין בית הלל לבית שמאי נעשית באמצעות בת קול. נראה כאילו יש עמדה של החכמים- תנורו של עכנאי, לא מוכנים לקבל בת קול ככלי משחק לגיטימי.

עמדה אחרת (רבי אליעזר)- בת קול היא כלי לגיטימי- אם היא אומרת שהלכה כבית הלל אז ההלכה כבית הלל.

🡨 רבי יהודה הלוי: כוזרי, סיפור מסגרת בכוזר של מלך שלא ידע מה האמת והביאו בפניו חכמים, בסוף הוא השתכנע שהחכמים היהודים צודקים והעם התגייר. ספר הכוזרי- הדיון בין המלך לחכם היהודי. המלך שואל שאלות וניתנות לו תשובות. המחבר מתאר את סמכות החכמים להתקין תקנות ולגזור גזרות- להוסיף מצוות לתורה או לגרוע, המלך הכוזרי שאל את החכם היהודי- מצד אחד הוא קרא את התורה בה היה כתוב שאסור להוסיף ולגרוע ולעומת זאת הוא אומר שהחכמים יכולים להוסיף ולגרוע (סותר את דברי האלוקים).

החכם היהודי אמר- האיסור להוסיף ולגרוע נוגע להמון העם, שלא יוסיפו ויגרעו על דעתם לפי רצונם. הציבור לא יכול להוסיף ולגרוע. החכם אומר שלנביא לכהן לשופט ולחכמים מותר להוסיף ולגרוע.

* רבי יהודה הלוי מקבל את עמדת רבי אליעזר- יש לנבואה תפקיד בענייני הלכה, לנביא מותר להוסיף ולגרוע. לא רק שלנביא יש סמכות להוסיף ולגרוע- גם הכוהנים והשופטים מקבלים סיוע מן השכינה- הם לא מקבלים סיוע בצורה ישירה אך יושבים בבית המקדש ומקבלים סיוע מלמעלה. גם כוח החכמים לא נובע רק משכלם אלא מהסיוע השמימי שהם מקבלים.

**יש המנסים לעשות פשרה בין העמדות-** ביניהם הרב קוק. חזונו היה משמעותי- הוא מתעסק בספריו בשאלה מה כוחה של הנבואה. הוא לא שולל כוח של נבואה בענייני הלכה.

*"במקום שאין שם שום צד מקום ספק ע"פ סברת העיון..."*

*"אם ישנם שני צדדים ע"פ פלפולא דאורייתא, שכל צד מראה פנים בתורה, אלא שההכרעה אינה ידועה".*

**ההבחנה היא-** אפשר להשתמש בנבואה **כמוצא אחרון**- שבו ההלכה לא ברורה.

אם יש מחלוקת בין בית שמאי לבית הלל- כל העמדות מבוססות ויכולות להיות נכונות, לא מצליחים בכוח השכל להראות למה עמדה לא יכולה להתקבל (שכלית- איך זה מגובה במסורת). אין כלי להכריע בין שתי עמדות. במקום בו יש דילמה הלכתית ברורה ומוצה כל ההליך הלימודי- מגיעים למסקנה שאין יכולת להכריע, אז אפשר להשתמש בנבואה או בת קול כדי להכריע.

(בית שמאי ובית הלל- הביאו ראיות, השתמשו בכלים הרגילים כדי לשכנע בצדקתם) כששתי העמדות מגובות בראיות, אפשר להכריע בקולות שמימיים. לחדש הלכה בכוחות שמימיים זה בלתי אפשרי. הכוחות השמימיים- רק כשמדובר במוצא אחרון לשם הכרעה. **זה מראה כי שתי העמדות הן לגיטימיות. להמציא עמדות ולחדש הלכות באמצעות כוחות שמימים-אסור.**

במחלוקת בית שמאי ובית הלל היה לימוד ועיון, השתמשו בשאר האמצעים לכן אפשר להשתמש בכוחות שמימים לשם הכרעת המחלוקת. ברגע שהגיעו להכרעה באמצעות הכללים ההלכתיים הרגילים- לא ניתן להשתמש בכלי שמימי.

במחלוקת עם רבי אליעזר והחכמים- אפשר להגיע להכרעה, השימוש שלו בבת קול היה בלתי לגיטימי.

הרב קוק טוען כי אלו למעשה שני צדדים לאותה גישה- ברור מהמקורות השונים שיש מקורות שמדגישים את הצד השלילי של השימוש בכוחות שמימים והפוך.

**לסיכום,** באמצעות כוחות שמימים קשה להכריע. במקומות בהם אין בת קול או במקרים בהם חושבים שהשימוש בכוחות שמימים הם לא לגיטימיים- הפסיקה כמעט אף פעם לא נעשית באמצעות כוחות שמימים. הגישה השוללת שימוש בכוחות שמימים תפסה אחיזה.

כיצד מכריעים כשיש מחלוקת?

**כלל ההכרעה הבסיסי כשיש מחלוקת:** *"אחרי רבים להטות"-* **פועלים לפי דעת הרוב.**

🡨 התוספתא במסכת סנהדרין: מתייחסת לעניין ההכרעה בדעת רוב ושואלת- מתי צריכים להכריע בדעת רוב?

*"אחד אומר משום שמועה"-* אם אחד מהחכמים אומר שיש לו מסורת הלכתית ושההלכה היא כזו- ואחרים אומרים *"לא שמענו"* (לא שמעו מרבותיהם התייחסות לשאלה*)"לא על זה מניין עומד"-* לא מעלים את העניין להצבעה כי אין צורך- יש מסורת. אמנם יש רק אחד ששמע את המסורת אבל זה לא משנה- ברגע שיש מסורת שהועברה ע"י אחד מהחכמים די לכך שנקבע שזוהי ההלכה.

**מתי צריך להעלות הצבעה*?*** *"אחד אוסר ואחד מתיר אחד מטמא ואחד מטהר.."-* כאשר כולם אמרו *"לא שמענו"-* כלומר, אף אחד לא 'יבל מסורת מהי ההלכה בעניין הזה ויש חילוקי דעות- אז *"מניין עומד"-* מעלים את העניין להצבעה.

*"אחד אומר משום שנים ושנים אומרים משום אחד, יפה כח האחד האומר משום שנים, מכח שנים האומרים משום אחד"-* **הרוב במקום שבו יש מסורות שונות-** מעלים את העניין להצבעה כשאין מסורת ויש ויכוח, במקום שיש מסורת אחת היא הקובעת, במקום בו יש מסורות שונות- הולכים עפ"י רוב המסורות ולא עפ"י רוב שומעי המסורות- אם אחד אומר משום שנים- כלומר הוא אומר שהוא שמע משניים מרבותיו שההלכה בעניין מסוים היא כזו ובאים שני חכמים כנגדו (לדוגמה) ואומרים שהם שמעו מסורת הפוכה מהרב שלהם (אותו רב) יש כאן שני מעבירי מסורת כנגד מעביר אחד של מסורת. מאחר שהמקבלים הם רק מעבירי המסורת- לא צריך להתייחס לכמה אנשים שמעו אלא לכמה חכמים העבירו את ההלכה הזו. הולכים עפ"י רוב המסורת. כשאין מסורת- עפ"י הצבעה.

**במקום בו יש מסורת-** המסורת קובעת. במקום שיש בו מסורות שונות- הולכים לפי רוב מעבירי המסורת ולא לפי רוב מקבלי המסורת.

(אם עשרה חכמים אומרים את אותה הלכה אבל כולם בשם אותה מסורת- שמעו מאותו אחד- הם נספרים כקול אחד). **ההכרעה תיעשה בדעת רוב.** במקום שבו ההלכה לא מתבססת על שכלם של ההלכים אלא על מסורות- ההחלטה תיעשה לא עפ"י רוב שומעי המסורות.

🡨 ברייתא בתלמוד: *"הנשאל לחכמם וטימא- לא ישאל לחכם ויטהר. לחכם ואסר-לא ישאל לחכם ויתיר.."* אם אתה לא מסכים עם תשובה של רב והולך לרב אחר כדי לקבל תשובה אחרת**- זה לא בסדר,** צריך לקבל את דעת הרב הראשון. אם יש תשובות שונות לשאלה ואין מסורת- אין הכרעה, אין מצב של רוב- האדם צריך להחליט כיצד הוא נוהג- כדעת האוסר או כדעת המתיר.

בנסיבות מסוימות יש חשיבות לא רק לשאלה המספרית אלא גם לשאלה- מי החכם שאמר את הדברים? *"מי גדול בכוחו ובמניין"-* במקרה שבו אין יכולת להכריע עפ"י רוב- מכריעים עפ"י מי שגדול יותר בחוכמה ובמניין- ההנחה היא שמי שקדם לאדם- חכם ממנו.

**יש מקרים שבהם אפשר לבחון את זה- לפי בתי דין- בית דין מכובד יותר או פחות.**

* **מניין-** האם כוונה לוותק או למספר התלמידים (מעיד על גדלותו של האדם). יש *אומרים "מניין החכמים שהסכים איתו".* במקרה זה אומר התוספתא- הולכים אחרי מי שנחשב.
* **אם זה מצב של "תיקו"-** אי אפשר להגיד שאחד גדול מהאחר- הולכים אחר המחמיר. ללכת אחר המחמיר- רלוונטי בשאלות של אסור ומותר (מחמיר ומקל זה יותר בשאלה של אסור ומותר), אם מדובר על דיני ממונות-מחמיר על אדם שישלם? קשה יותר לדבר על מחמיר ומקל בעניינים כאלה. (ללכת אחר המחמיר- רק במקום שלא מצליחים להגיע להכרעה. כי כשמחמירים אף פעם לא עושים דבר אסור- האדם לא נמנע מלקיים חובתו).

**בתלמוד יש לפעמים כללי הכרעה שמיים (בתלמוד)-** ההלכה מוכרעת לפי פלוני- כנראה שאותו חכם נתפס כיותר בקיא בתחום. לא בודקים כל מקרה לגופו- אלא מניחים—לבדוק (מחלוקת בין הלל ושמאי- נכון להגדיר מתי כל גוף צודק- כל מקרה לגופו, ההכרעה היא כללית- הלכה כבית הלל או כבית שמאי) **הלכה בדעת רוב קל יותר לעשות** כשכולם מרוכזים באותו מקום ואז אפשר לקבוע- כאשר יש קהילות שונות קשה לדבר על רוב ומיעוט. בכל זאת הכלל של רוב ומיעוט מלווה אותנו עד היום. (לבדוק על מי בדיוק מדובר- היה בקיא בעניין של רוב ומיעוט) הטיעון של רוב ומיעוט נוכח לאורך הדרך ועד היום. הטיעון של הכרעה לפי פלוני- לא נכון ביחס לדורות מאוחרים יותר- אי אפשר היה להשתמש בו בתקופות מאוחרות יותר.

**במקום שבו יש מחלוקת במשנה ההלכה היא "כסתם משנה"-** עמדה שמובאת במשנה באופן אנונימי- לא מצוין שם החכם שאמר אותה. זהו כלל שמתכתב עם העניין של-דעת רוב. ההנחה היא שהעמדה שמובאת במשנה באופן סתמי- ללא ציון שם החכם, היא העמדה המציינת את דעת הרוב.

נניח והיינו מעלים עניין להסכמה- ואחד היה חולק- כדי לטהר את המחלוקת מציינים בשם את דעת המיעוט (כולם היו בעד למעט ---).

כשנערכה המשנה ע"י רבי יהודה הנשיא- ההנחה היא שהדעה שהובאה באופן אנונימי מייצגת את עמדת הרוב.

כאשר יש משנה שמובאת ללא ציון שם של מי שאמר את הדברים- זה משקף את ההלכה.

גם להלכה כסתם משנה יש יוצאים מן הכלל. חלק מהכללים מתנגשים זה עם זה. בנסיבות כאלה צריך להכריע איזה כלל גובר על המקרה המסוים. יש פה עניין של שיקול דעת אך הכללים שקיימים הם מכווינים (למשל הכלל הוא שבמקרים בהם צריך להכריע פועלים עפ"י דעת רוב).

🡨 הלכתא כבתראי- **מעוררת שאלה-** **האם במקום שבו יש ויכוח או אי-הסכמה בין פוסק מוקדם לפוסק מאוחר, האם נותנים עדיפות לפוסק המוקדם או לפוסק המאוחר?**

יש התלבטות מכיוון שההלכה בנויה על מסורת- והפוסק המוקדם קרוב למסורת, חכמה בנויה על משהו שהצטבר (כל דור מוסיף) והחכמה הולכת ומתרבה ואולי דווקא יש עדיפות לפוסק המאוחר.

🡨 ספר התנאים והאמוראים: *"כל מקום שחולקים שני תנאים או שני אמוראים זה על זה, ולא הפסקה ההלכה לא כזה ולא כזה, אם יש רב החולק על תלמידו..."-* ההלכה כדעת הרב- כדעת הפוסק המוקדם יותר. מתאר מהפך שחל בכלל או בהתייחסות לפער בין פוסק מוקדם לפוסק מאוחר- עד תקופה מסוימת- עד תקופתו של רבא (אמצע תקופת האמוראים)- הועדף הקדום יותר, מהתקופה הזאת והילך- מעדיפים את פסיקתו של הפוסק המאוחר יותר. **האם זה בגלל שינוי בעמדות? או שיש שנוי שהתרחש שגרם לתפיסה להשתנות?**

🡨 בעל התוספות: פירוש של תלמידיו של רש"י- מתקופת רבא חל שינוי- החלו לדקדק יותר מהראשונים ולכן אפשר לסמוך עליהם יותר (מאשר אלו שקדמו להם).

🡨 שו"ת של המהר"יק, סימן פד: **דן בשאלה מה עדיף ראשונים או אחרונים?**

עד תקופת המעבר רבא- הלימוד היה מבוסס על שינון של כל תלמיד של מה שאמרו רבותיו. מאחר והתלמיד יודע מה שהוא שמע מרבו- עדיף לפסוק כדברי הרב ולא כדברי התלמיד.

מתקופת "מעבר רבא" חל שינוי- לא כל אחד נצמד לשיטה של הרב שלו- אלא למדו מקורות שונות והשוו ביניהם וכך ליבנו את ההלכה בצורה יותר מדוקדקת. מאחר שחל השינוי ומתקופת מעבר רבא- התלמיד קולט ממקורות מידע שונים – ההלכה ככל שהיא מאוחרת יותר היא מדוקדקת יותר מאחר והיא מבוססת על יותר מקורות ולכן יש עדיפות לפוסק היותר מאוחר. המהפך שהיה בתקופת מעבר רבא- שבה נותנים עדיפות לאחרונים ולא לראשונים-כשהתלמיד מייצר ידע משלו- המבוסס על רבותיו- שהנם ממקורות שונים והוא מוסיף ומרחיב- יש עדיפות לפוסק המאוחר יותר.

🡨 שו"ת הרי"ד, סבח (מאה 13)- מבעלי התוספות- בתריא- אחרונים: **גם מתלבט בשאלה המוצגת-** פעם היו אנשים שהיו בקיאים בתורה, תפיסה המבוססת על מסורת- ככל שחוזרים אחורה בזמן- מי שקיים את המסורת קיים כהלכתה כי הוא היה קרוב יותר. מדור מסוים ההלכה מעדיפה דווקא את הפוסק המאוחר. **איך זה מתיישב מבחינה רעיונית?** *"תחילת כל דבר אי משיב לאדונה על מה שכתבת אלי..."* הביא עמדה שסותרת את עמדת רבי יצחק אלפסי, אחת כהטענות כלפי הרי"ד הייתה שהוא סותר את עמדתו של הרי"פ- הרי"ד טען שהוא לא התכוון לחלוק עליו אבל א זאת הוא חולק (אפשר לחשוב שזה מס שפתיים). טען שהוא פרעוש לעומת הריפ- אבל בכל זאת הוא חולק עליו כי הוא חולק על כל אדם ולכן אם הוא חושב שהוא טועה הוא יחלוק עליו.

גם במקום שבו הוא חושב שהם טעו והוא צודק- הוא לא עושה את זה מתוך יוהרה ומתוך כך שהוא חושב שהוא טוב מהם, אבל הוא חולק עליהם כי זה מה שהוא מבין לא כי הוא יותר חכם.

מציג משל (הננס והענק)- מצד אחד רואים שהראשונים היו חכמים יותר- מצד שני מתווכחים איתם הדורות המאורחים יותר ורואים שהם צודקים.

**אדם ענק ואדם נמוך-** האדם הענק יראה רחוק יותר. אך אם לוקחים את הגמד ומניחים אותו על כתפי הענק- העיניים של הגמד גבוהות יותר והוא יראה למרחק רב יותר- במצטבר הוא גבוה יותר. *"כך אנחנו ננסים רכובים על גבי ענקים..."-* אומר כי הם לא גדולים מאלה שקדמו להם (הוא גמד ואילו הם ענקים) אך הוא רוכב על גביהם. ברמה האובייקטיבית הם תרמו יותר ביחס לגמד והוא פחות חכם מהם- אך במצטבר, יחד, החוכמה מתפתחת.

נניח והקטן רואה מחלוקת בין שניים שהיו גדולים ממנו והוא צריך להחליט מה הוא עושה- כדי שהוא יוכל להכריע הוא צריך להיות מעל שניהם- רק כך יוכל להחליט מי מהם צודק.

אם ההלכה היא שהדורות הולכים ומתמעטים- משתקים את הכולת של פוסק המאוחר להכריע עניינים הנתונים למחלוקת ולא הוכרעו בדורות הקודמים. את זה ניתן לפתור באמצעות המשל- שומעים את הנימוקים השונים וכך מכריעים. החוכמה השולית שמוסיף הפוסק המאוחר היא קטנה אך היא מצטברת לחוכמה גדולה יותר.

🡨 דברי הרא"ש*: "אנו תופסין דברי האחרונים עיקר כיוון שידעו סברת הראשונים..."*- בתנאי שהפוסק המאוחר הכיר את דברי הפוסק שקדם לו- אז ניתנת לו עדיפות. במקום שבו יש מחלוקת בין פוסק מאוחר למוקדם- ומסתבר שהפוסק המאוחר לא הכיר את פסק ההלכה של הקודם לו- אין לו עדיפות- אין פה חכמה מצטברת. יכול להיות שאם הוא היה רואה את דברי הפוסק הקודם הוא לא היה חולק עליו בסיטואציה הנוכחית. **התנאי של הלכה כבתראי- היכרות של הפוסק המאוחר עם הפוסק הקודם.**

* קיימת רמת כבוד למי שקדם אך ברמת המעשה- ההלכה היא כדעת הפוסק המאוחר.

🡨 הקדמת הרמב"ם (12-13) למשנה תורה: *"לפיכך, אין כופין אנשי מדינה זו לנהוג..."*

הרמב"ם אמנם לא אומר שבמקום שבו יש מחלוקת בין ראשון לאחרון צריך לפסוק לדעת הראשון- אך הוא לא אומר שהוא נותן עדיפות לאחרון- כל מקרה ידון לגופו. אם נראה לאדם שהראשון צודק אז הראשון צודק וכן הפוך. לא מקבל את ההלכה כבתראי- לא נותן עדיפות גם לפוסקים הקודמים. יש לבדוק כל מקרה לגופו.

**הכוח ניתן למכריע-** האדם ייבחן ביכולותיו מי הוא הצודק.

הרמב"ם טוען שזה לא נכון לתת עדיפות באופן אוטומטי. זה נוח לקבוע כלל ברור, אבל קביעת כללים לא תמיד יוצרת פתרון מתאים.

🡨 שולחן ערוך לא קיבלו את **הלכת כבתראי**- כי אז צריך לפסוק לפי החכמים שחיו בתקופתו אלא דווקא נותן עדיפות לראשונים ובכך היווה חלק מהבסיס למחלוקת בינו לבין הרמב"ם.

הלכה כבתראי- מאמץ הרא"ש (יותר פסיקה אשכנזית).

הרמב"ם והרי"ף(קודם לראש- המאה ה-11-12) פסקו בצורה דומה.

שולחן ערוך ספר מסכם יותר- "השורה התחתונה"- הפך מקביל לספר הלכה. לספר זה אחד מפוסקי דורו של יוסף קארו הוסיף הערות לספר שולחן ערוך- בכל מקום שבו הפסיקה האשכנזית הייתה שונה.

🡨 רמ"א + (הספר התאים למסורת האשכנזית והספרדית וזה הפך להיות ספר פסיקה שמה שכתוב בו מתקבל- אם נפסק משהו בשולחן ערוך והרמ"א לא חולק עליו- זו תהיה ההלכה) .

הרמ"א תכנן לכתוב ספר הלכה- אך כשקיבל לידיו את הספר של רבי יוסף קארו הוא הבין שהספר שלו מיותר והוא העדיף להוסיף הערות לספר הזה.

רבו של הרמ"א- שכנ"ו- *"וכן קיבלתי הלכה למעשה מאדוני מורי אבי הגאון רבן ומאורן של כל בני הגולה מהר"* שלום המכונה שכנ"ו...- *"שיעשה פוסק"*- יכתוב ספר הלכה. רבי שלום שכנ"ו נמנע מלכתוב ספר הלכה כי הוא היה אמון על השיטה של הלכה כבתראי- אם הוא יכתוב ספר הוא יהיה האחרון וכולם יפסקו כמוהו- הוא לא מעוניין לקחת את האחריות. הוא לא רוצה לקבל על עצמו את המשימה של זה שמכריעים כמוהו א ההלכה ולכן נמנע מלכתוב ספר הלכה.

הויכוח בשאלה- הלכתה כבתראי או לא- עומד בבסיס ספרו של הרמ"א.

הקדמת הרמ"א לדרכי משה- *"והוא העיקר והוא התכלית המובקש בזה המחקר, כי ידוע..."*

פסק כמותם למרות שהם הראשונים ולא האחרונים. הרמ"א מסביר למה יש פער בין השולחן ערוך לבין מה שנהוג אצלו- שולחן ערוך התעלם **מהלכה כבתראי**- הוא נתן עדיפות לפוסקים ראשונים. בגישה שלהם הם דווקא נותנים עדיפות לפסיקה המאוחרת. מסיבה זו הוא נאלץ להוסיף הערות על שולחן ערוך כדי להתאים את הספר לפסיקה שלהם. הם מתמקדים במחלוקת בין הפסיקה הספרדית והאשכנזית- היא נובעת מהשאלה אם נותנים עדיפות לראשונים או לאחרונים.

* שולחן ערוך- עדיפות לראשונים. שיטת הפסיקה האשכנזית של הרמ"א- עדיפות אחרונים, הלכה כבתראי. מכך נוצרו פערים.

התקדים

ההבדל בין **ספר פסיקה** לבין **תקדים** הוא כי ספר פסיקה הוא כמו חקיקה , הוא קובע חוקים לכל המקרים האפשריים , ותקדים קובע חוקים לגבי מקרה ספציפי**. אם אין תקדים מחייב אז אין יציבות** – ביהמ"ש פוסק לפי הכללים המשפטיים האחידים ולפי קו מנחה שמקובל על כל נותני הדין. אם אין תשובה אחידה, זה יוצר חוסר יציבות בדין, לכן יש יתרון בתקדים מחייב. החיסרון בתקדים מחייב הוא שהוא מצמצם את שיקול ביהמ"ש, הוא מנציח טעויות – לכן תמיד עולה השאלה האם תקדים יכול לחייב או לא? בפסיקה הישראלית, מצאו איזון – העליון מחייב וכל עוד הוא לא שינה אותו אז זה מחייב ערכאות נמוכות יותר. כלומר, מצד אחד יש תקדים מחייב ומצד שני הוא אינו בלתי מוגבל. השאלה היא כמה אפשר להסתמך על תקדים אם הוא יהיה שגוי בהמשך.

בהלכה אין תקדים מחייב. בית הדין יכול להודות בטעויות והוא אף עושה זאת ומשנה פסקי דין. אך אם פסיקה משתנה, הפסיקה לגבי אותו מקרה בלבד משתנה, אין הוא מהווה בין דין מחייב. **לא ניתן לערער** בבית דין דתי מאחר וכאשר חותמים על שטר הבוררות, חותמים כי לא ניתן לבוא בטענות מול בית הדין כי הפסיקה של בית הדין שגויה. **ניתן לעקוף זאת** באמצעות פנייה לבית דין אחר שעלול לפסוק אחרת. התקדים הוא חלק מהחומר המונח בפני בית המשפט, בית הדין יעשה בו שימוש על פי שיקול דעתו. יש שיגידו שיש לתת לו יותר מקום ויש כאלו שיגידו שפחות.

**מדוע אין תקדים מחייב?**

🡨 על פי בבלי בבא בתרא קל,ב:נאמר כי אם מגיע אל שופטים פסק-דין של שופט אחר, אל תבטלו אותו, חכו שאגיע לפניכם ואשכנע אתכם לגבי צדקתי או להפך, הם ישכנעו אותו כי הם צודקים. במידה וקוראים השופטים פסק-דין קונקרטי של שופט אחר (כבר מת), אל תבטלו את המקרה כי זה כבר היה, הוא לא מחייב אתכם ותפסקו על פי שיקוליכם. [בית הדין לא יכול לשנות את הפסיקה שלו לאחר שכבר פסק. לפי החוק בהלכה, אם בית הדין טעה, הוא לא יכול לשנות את הפסיקה אך הוא יכול לפצות מכיסו את הנאשם]

🡨 סנהדרין ו,ב: תדע את מי אתה דן, תהיו זהירים, כי אם אתם תעשו טעות בדין – אלוהים יעניש אתכם. גם אם הציבור לא יודע, יש מי שיודע שהדיין עשה טעות – אלוהים ידון אותו. אמירה זו גורמת לאנשים לא לרצות לעסוק בדינים – אך נאמר גם שרק מי שיעשה טעות שלא בתום לב ולא יפסוק לפי מה שמאמין אז אלוהים לא יעניש אותו. מכאן ניתן להבין כי אי אפשר לפסוק תקדים מחייב מאחר כי הדיינים פוסקים לפי ראות עיניהם ולפי מה שהם מאמינים בו. אך, אין התעלמות מהתקדים, הוא כן מנחה.

🡨 רבי אברהם בן הרמב"ם**:** סוגיה שגם בתלמוד נלקחת בחשבון – לפעמים קובעים הלכה ויש מקרים שההלכה לא תקיפה כלפיהם. אך, נקבעת הלכה אחידה כדי לא לגרום לאי הבנות או לחוסר וודאות כי אדם יודע שהוא צריך להתנהל על פי אותה הלכה. אין שיקול דעת במשפט – המשפט אמור לגרום לכך שכולם ינהגו כהלכה הנהוגה. לכן אין צורך בתקדימים, כי כולם אמורים לנהוג על פי ההלכה האחידה. פסיקה אמורה להיות אחידה בלי סתירות, ותשובות – עלולות להיות תשובות שונות למקרים.

🡨 דוגמה הנותנת יותר משקל לתקדים - שו"ת מהרי"ל סימן עב: הייתה טענה נגד המהרי"ל - למה הוא מסתמך על תשובות (פסיקות) קודמות. הוא אומר שאפשר להשתמש בתשובות כי תשובה היא הלכה למעשה ואילו הלכה(=ספר פסיקה) היא תיאורטית. אי אפשר לדעת אם יישמו את ההלכה והאם היישום שלה היה יעיל והניב תוצאות.

מעמדו של התלמוד – הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה

**תנאים (משנה, ספר הבריתא), לאחר מכן- אמוראים (תלמוד) לבסוף הגאונים, הסבוראים, ראשונים אחרונים..** אמורא לא יכול לחלוק על תנא. התנא עומד מעל האמורא. כשאמורא חולק על תנא, דבריו יתבטלו (אם אמורא סטה מדברי תנאים- דבריו יבוטלו). יכולה לקרות מצב בו יש חילוקי דעות בין התנאים ואז אמורא יאמץ עמדה של תנא אחד ולא של אחר. ברגע שהאמורא מוצא לעצמו תנא שסובר כמוהו- הוא רשאי לאמץ שיטתו. אם יש עמדה מוסכמת בין התנאים- האמורא לא יכול לחלוק עליה.

(כאשר יש עמדה תנאית המופיעה במשנה ומוצאים שאמורא חלק עליה- זה משהו שלא יכול לקרות, יש הנחה מראש שאמורא מכיר את כל מה שמופיע במשנה ואם כך- לא יכול להיות שהוא יסטה מדברי המשנה, יכול להיות שתהיה אמרא תנאית שלא מופיעה במשנה ויכול להיות שאמורא לא הכיר).

**אימות בין מקורות שונים-** מקור תנאי לאמוראי. כשהם נראים כסותרים- לא נמהר למחוק את דברי האמורא, אלא ננסה ליישב בין השניים. או שננסה למצוא בתנאים עמדה אחרת שדברי האמורא יתאימו לה- או ננסה לאבחן (דיברו בנסיבות שונות ולכן הם לא סותרים זה את זה). יכול גם לדבר על שני מקורות אמורים ושני מקורות תנאים. היישוב הסופי יכול לדחות את דברי האמורא כי הם סותרים את דברי התנא, יכול להיות שיימצא תנא אחר התומך בדברי האמורא ולכן האמורא רשאי למצוא תימוכין ויכול להיות שמדובר בנסיבות שונות והם לא סותרים אחד את דברי השני.

אמורא לא יכול לחלוק על מה שתנא אמר.

**היחס בין תנאים לאמוראים-** נכון גם ליחס בין האמוראים לדור המאוחר יותר- מה שהתקבל בתלמוד הופך להיות מוסכמה שאי אפשר לחלוק עליה. יכול להיות שהתלמוד לא הכריע וכל פוסק פסק אחרת- אם התלמוד הביא עמדה אחת או התלמוד הביא עמדות שונות וקבע כי ההלכה על פי עמדה מסוימת- פוסק מאוחר יותר (גם זה הסמוך לתקופת האמוראים) לא יחלוק על ההכרעה התלמודית.

אם יימצא פוסק הסותר את דברי התלמוד- דבריו ידחו או שיצליחו ליישב את העמדות.

**ממה נובע כוחו של התלמוד?**

יש כלל לפיו לא דוחים דבריהם של אחרונים. בין אמוראים לחכמים מאוחרים יותר יש עדיפות לדברי האמוראים- לא לפי הכלל **הלכתה כבתראי**. הרמב"ם מתייחס לשאלת מעמדו של התלמוד.

הקדמת הרמב"ם לספר היד החזקה:

**🡨** הרמב"ם מתייחס לשאלת תקנות חכמים. במסגרת תקנות חכמים יש חשיבות לשאלה האם ניתן לכפות על הציבור תקנה של החכמים, שנית- משקל מבחינת תוקף התקנה להתנהלות הציבור.

השאלה אם יש גוף המוסמך לכפות על כולם תקנה- את מי זה מחייב? אם חכמים התקינו תקנה וזה לא תפס את הציבור- תוקפה של התקנה חלש יותר. יש פה מערכת איזונים-סמכות החכמים להתקין תקנות ובפועל הציבור צריך לקבל את התקנה. אם הציבור לא קיבל את התקנה אז כוחה חלש יותר.

**🡨** רבינא ורב אשי: סוף חכמי האמוראים. זוהי התקופה האחרונה (סוף תקופת התלמוד) בה היה גוף מוגדר שהתקין תקנות שחייבו את כולם. הרמב"ם אומר כי בתקופת התלמוד יש ריכוז יהודי אחד תורני שממנו פושטת תורה על כל ישראל- מה שחכמי התלמוד אומרים וקובעים מחייב את כולם. לאחר מכן זה קהילות-קהילות- יש פיזור, מה שבית דין קובע בקהילה אחת רלוונטי לקהילה שלו. אין מחויבות של בית דין אחד לקבל תקנה של בית דין אחר- כל אחד יעשה כהבנתו. לפי הרמב"ם- מה שנאמר בתלמוד- כולם כפופים לו, כי הסכימו עליהם כל ישראל. עולה מדבריו כי השאלה אם אנחנו מקבלים את התלמוד כמחייב או לא- הייתה שאלה פתוחה- היה אפשר להגיד שלא מקבלים את התלמוד- אבל כל ישראל הסכימו וקיבלו את התלמוד כדבר מחייב ולכן הוא הפך להיות מחייב. כוחו לא נובע באופן ישיר גלל חוכמתם של חכמי התלמוד (היו חכמים גדולים יותר ולכן יש לקבל את דבריהם) כוחו של התלמוד נובע מכך שישראל קיבלו על עצמם את התלמוד כמחייב.

זה כן נובע ממעמדם באופן עקיף- הסכימו לקבל את התלמוד כדבר מחייב כי הכירו בחוכמתם של חכמי התלמוד. לא הספיקה העובדה שהם גדולים- זה לא אומר שאי אפשר לחלוק עליהם, העובדה שאין חולקים עליהם- הסיבה שמחויבים לתלמוד זה לא כי הוא תלמוד וכי אנחנו מחויבים לחכמי התלמוד, אבל הוסכם לקבל את התלמוד כמחייב- וזה נתן לתלמוד את כוחו.

*"וזה עניין הסכמת הגמרא, שאין ישראל רשאי ללוק על דבריו כלל, והיא לנו.."*

**למה יש כוח מרכזי לתלמוד?** למה לא ניתן לחלוק עליו? הסכימו לקבל את זה וזה כדין תקנה שהתקבלה ומחייבת את כל ישראל.

**מדוע לא חולקים על חכמי התלמוד?**

הרמב"ם- הסיבה שלא חולקים על חכמי התלמוד- הפוסקים המאוחרים יותר קיבלו את כללי התלמוד ככללים מחייבים.

היחס בין האמוראים לתנאים "כסף משנה" (יוסף קארו)- פירוש של הרמב"ם בו- אחרי שהרמב"ם מתאר שניתן לחלוק על ראשונים- למה לא חולקים אמוראים על תנאים? אם אמורא אומר משהו ויש אמרה תנאית השונה מדברי האמורא- זה מהווה קושי על דבריו והוא צריך להסביר איך דבריו מתיישבים עם דברי התנא- ואם לא- דבריו לא יתקבלו. אמוראים יכולים לחלוק על תנאים (חכם מאוחר יכול לחלוק על חכם שקדם לו) אבל כמו אצל הרמב"ם- אמוראים קיבלו על עצמם שלא לחלוק על תנאים. העמדה לפיה כוחו של התלמוד נובע מהסכמה שנויה במחלוקת.

🡨 הערות החזון אי"ש על דברי סופרים (אברהם קרליץ, מאה 19-20): זוהי לא הסכמה מתוך החלטה- מטעמי נוחות או יישור קו, זה נעשה בלית ברירה- מתוך הכרה בגדלות האמוראים ביחס לתנאים וביחס לפוסקים מאוחרים יותר- לא הייתה ברירה אלא לקבל את דברי הראשונים (לא יכול להיות שהפוסק המאוחר יותר צודק והאמורא טועה), בגלל הפער בין האמוראים והתנאים לדורות המאוחרים יותר- אין ברירה אלא לקבל את דבריהם כמוסכמים. לפי דעת החזון איש- זה לא עניין של הסכמה אלא בלית ברירה.

גם אצל הרמב"ם- קיבלו את דברי עקב הכרה בגדלות הראשונים.

חזון איש- הגדולה כשלעצמה מונעת מחכמים מאוחרים יותר לחלוק על דברי התלמוד.

טענת קים לי (אני סבור כפלוני)

נניח שתובע ונתבע הלכו לבין דין ובית הדין שמע את הדברים וקבע שהנתבע חייב לשלם לתובע. כיום אחרי מקרה כזה- הנתבע צריך לשלם. יש בהלכה אפשרות שמתעוררת בתקופת הראשונים המאוחרים יותר שהנתבע יוכל לטעון טענת "קים לי"- **אם בשאלה הזו יש מחלוקת** (יש הסבורים כי הנתבע חייב לשלם ויש פוסקים הסבורים כי הנתבע פטור מלשלם), בית הדין מכריע באותה עמדה כי הנתבע חייב לשלם.

**הנתבע חולק עליהם-** הוא סבור כדעת אלה שטוענים כי הוא לא צריך לשלם, ברגע שהוא אמר **"קים לי"-הוא סבור דעה לפיה הוא פטור ולכן הוא פטור- מסתמך על סברא.**

ברגע שהוא טוען שהוא סבור אחרת- בית הדין לא יכפה עליו לשלם. אי אפשר להוציא ממון מכוח הטענה- אם נקבע כי הנתבע פטור מלשלם- לא יעזור לתובע לטעון **"קים לי"** כי בכוח הטענה לפטור מתשלום- אין מכוחה להוציא ממון. ברגע שיש דעות שונות ומאפשרים לנתבע לטעון "קים לי"- הנתבע בפועל כמעט תמיד יהיה פטור. הפוסקים חושבים על הקושי שבעניין הזה ומנסים לצמצם את הטענה- כדי שגבולותיה יהיו צרים יותר.

**מה עומד מאחורי טענת קים לי?**

מבוססת על הטענה- לפיה בסופו של יום גם העמדה החולקת היא לא עמדה שנשללת לחלוטין מעולם ההלכה- מאחר והיא גם נכונה- החכמים בחרו אמנם דבר אחד אבל האדם חושב דבר אחר, בשביל להוציא ממון צריך חיוב חד משמעי- שהחיוב לא מוטל בספק משפטי. החכמים הכריעו את הספק אך לא יכולים לכפות על האדם לפי הכללים שהם קובעים כי גם הכללים שהאדם בוחר לחיות על פיהם הם לגיטימיים.

תפקידו של בית הדין בטענה זו הוא מתייתר- כי בסוף לא ייושם פס"ד. **קים לי תקף לדיני ממונות ורק לנתבע- לא לתובע.** יכול להיות שיהיה נתבע שלא יטען את הטענה- בית הדין לא יזום את הטענה. לפי טענה זו- ידו של התובע על התחתונה- כי נטל ההוכחה מוטל עליו- תובע מנסה לשנות מצב עובדתי קיים- הנתבע בד"כ לא רוצה לשנות את המצב הקיים- ולכן אם רוצים לשנות את המצב הקיים צריך להביא ראיה- לכן רק נתבע יכול לטעון טענת "קים לי" ולא התובע. הבעיה בטענה היא לכאורה- מספיק שיש פוסק שפוסק בצורה מסוימת- אם נוח להשתמש בדעתו ניתן להשתמש בה ואז להיחלץ מהחוק. במקום בו יש התנגשויות בהלכה- ניתן להבינה, כשהיא פתוחה לגמרי- היא יוצרת קשיים.

🡨 אורים ותומים, חו"מ קנ"ז: חושן משפט= חלק משולחן ערוך העוסק במשפט (דיני ממונות וכו'). *"אפילו אחד מאלף"-* ישנן פסיקות רבות. אם תתאפשר טענת קים לי בכל מקרה- כל אחד יעשה מה שהוא רוצה ואין משמעות לעבודת בין הדין- תמיד הנתבע יוכל לפטור עצמו מהדין ולכן יש לצמצם זאת. האורים ותומים מנסה לצמצם את טענת קים לי- אי אפשר לטענות טענת קים לי נגד שולחן ערוך והרמ"א (כשהם חלוקים בדעתם אז כן) אך אם הם אינם חלוקים ביניהם בדעת- אי אפשר לטעון קים לי, גם אם יש פוסקים הסוברים אחרת. חכמי הדור קיבלו את הספר כספר מוסכם ומחייב- אז כמו שלא ניתן לחלוק על אמוראים- לא ניתן לחלוק על מה שכתוב בשולחן ערוך וברמ"א.

(חי 200 שנה אחרי שולחן ערוך אז הפערים מצומצמים מהפערים כיום) וכך למעשה מוקטנת התופעה.

🡨 שו"ת רדב"ז, ב, תתכה : בן דורו של שולחן ערוך. הוא שואל האם אדם יכול לטעון טענת קים לי כדבר והיפוכו? נניח ויש מחלוקת בין פוסק א' לפוסק ב', ולמישהו היה נוח כפוסק ב' וטען קים לי כפוסק ב'. לאחר מכן יש ויכוח בשאלה הלכתית נוספת בה נחלקים פוסק א' ופוסק ב' ונוח לאדם קים לי כפוסק א'.

**האם ניתן לטעון קים לי כפוסק אחד ולאחר מכן קים לי כפוסק אחר?**

אם לכל דבר יש כמה תשובות נכונות- ניתן לבחור את הטענה הנראית לאדם כנכונה. מה שעומד מאחורי **טענת קים לי**- (עשה לך רע- מסכת אבות, לך על פי דרך אחת), אם פעם הולכים כדעה אחת ופעם כאחרת לפי מה שנוח זה מראה על חוסר תו"ל, לא באמת קים לי כפלוני (קים לי כפלוני- הולך בשיטתו באופן מתמיד ולכן צריך ללכת עם השיטה גם אם זה נוח וגם אם זה לא). הוא טוען שזה בלתי אפשרי- אי אפשר להגיד קים לי לפי מה שנוח. **מציין מגבלות/תנאים נוספות על טענה זו:**

1. מר הדאתרא- בעל המקום- הרב המקומי- הפוסק של העיר הזאת-לא ניתן לטעון קים לי בניגוד לדעת הפוסק המקומי- כי הוא רב המקום והוא קובע את הכללים. מר הדאתרא זוהי סוג של מוסכמה. אם חיים תחת שלטונו הרוחני של רב מסוים- קיבלנו על עצמנו את הכרעותיו ולכן לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד ההכרעה- מראש הסכמנו לאותן פסיקות.
2. לא ניתן לטעון טענת קים לי שלא נהגו כמוה באותו מקום- אם יש מנהג ברור באיזור לנהוג לפי דעה מסוימת- לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד המנהג. אם יש מנהג שעל פיו נוהגים- יש לפעול עפ"י מנהג המקום- אי אפשר לטעון טענת קים לי כנגד המנהג כי המנהג מחייב את האדם.
3. אפשר להגיד טענת קים לי שזה יחיד כנגד יחיד ולא יחיד כנגד רבים- אם יש עמדת רוב שזו העמדה שהתקבלה ויש עמדת מיעוט, לא ניתן לטעון טענת קים לי כדעת היחיד. כאשר אין רוב מובהק ניתן להגיד קים לי כנגד העמדה האחרת.
4. אם יש פוסק אחד שנחשב מאוד גדול ואחד שמעמדו קטן יותר- לא ניתן לטעון טענת קים לי כנגד הפוסק המוכר יותר ובעל העוצמה הרבה יותר. טענת קים לי- כשיש מידה מסוימת של שוויון (שני הפוסקים הם בעלי מעמד שווה).

(בית הדין נותן פסק דין אחד גם אם היו ויכוחים, אם רוב הפוסקים סוברים משהו ובהתאם לכך פוסקים בית הדין ומביאים פוסק חיצוני אי אפשר לטעון קים לי לעמדתו).

**בגלל הבעייתיות שהטענה יוצרת ניסו לצמצם אותה (כמו בדברי הרדב"ז).**

סמכות חכמים

החכמים כמחוקקים המוסיפים או גורעים מן התורה , הם מתערבים בתהליך החקיקה. הם לא רק מפרשים את התורה אלא בפירוש יוצרים. נדבר על סמכות החכמים לחוקק.

מניין הסמכות של חכמים לחוקק ולהתערב בתורה?

🡨 תלמוד בבלי מסכת שבת דך כג עמוד א': ברכת חנוכה היא ברכה שציוו חכמים, בברכה נאמר "וציוונו" (אלוהים), אך לא באמת אלוהים ציווה. התלמוד אומר שהחכמים נצתוו ע"י אלוהים לפרש את התורה והוא ציווה על העם להישמע לקול חכמים ומכאן הסמכות שלהם בתור מחוקקי חוקים.

🡨 **הקדמת הרמב"ם למשנה התורה:** מדבר על החובה לציית לדברי חכמים. הרמב"ם אומר כי יש מצוות רבות שנוספו לאחר שנחתם ספר התורה. מצוות אלו מקורן בדברי חכמים ולהן פירושים ודקדוקים. הוא אומר כי כל מצוות אלו "חייבים אנו לקבלם ולשומרם" – החובה לציית לדברי חכמים נוגעת גם לחכמים כמחוקקים – לתקנות, לתוספות וחוקים, יש חובה לציית להם מפסוק זה.

**ישנם פסוקים המעלים קושי לגבי סמכות החכמים –**

דברים פרק יג פסוק א | דברים פרק ד פסוק ב: אלוהים אומר "אל תוסיפו ואל תגרעו" – איך הסמכות של החכמים לתקן תקנות מתיישבת עם הסמכות של החכמים כמחוקקים?

**התמודדות עם הקושי-**

🡨 רש"י אומר כי האיסור להוסיף ולגרוע מתייחס לשינוי הפנימי של המצווה הקיימת. אבל האיסור אינו חל על הוספת מצווה שלא כתובה בתורה היא מותרת, כלומר להוסיף דבר אחר.

🡨 הרמב"ם מסביר קצת אחרת (מתוך **"הלכות ממרי"**)- הוא מתייחס לדוגמת האיסור על ערבוב בשר וחלב- אם יבואו החכמים ויקבעו כי התורה אוסרת גם על בשר וחלב , ואם יבואו החכמים ויגידו שהתורה אסרה על בקר וחלב והם מוסיפים גם עוף – זה לגיטימי. כלומר, מותר להוסיף לתורה כל עוד החכמים מייחסים את זה לעצמם ולא לתורה , כי יש חובה לציית לדבריהם. האיסור להוסיף ולגרוע הוא מותר ולגיטימי כל עוד החכמים מייחסים את זה לעצמם.

🡨 בעזרת ר' יהודה בן שמואל הלוי (מתוך **ספר הכוזרי**)- ר' יהודה הלוי עושה אבחנה אחרת, להמון העם, לאדם הפשוט נאמר לא להוסיף ולגרוע ואילו כלפי החכמים זה לא רלוונטי, לחכמים יש את הסמכות להוסיף ולגרוע.

עקרונית יש סמכות לחכמים להוסיף ולגרוע וחובה על העם לציית לדברי חכמים. כאשר מדברים על הסמכות להוסיף לגרוע, להוסיף יותר פשוט מלגרוע. ההוראה של החכמים לא מתנגשת עם התורה כאשר יש הוספה של הוראה/איסור, ואילו כאשר הם גורעים מהתורה, השאלה היא האם הם רשאים [האם בסמכותם] להתנגש עם התורה? לגרוע מהתורה? **הכלל הבסיסי** הוא שחכמים יכולים לגרוע מן התורה, להורות "שב ואל תעשה", להימנע מלקיים חובה, אך הם לא יכולים להורות לאדם לעשות "קום ועשה" משהו שהתורה אסרה עליו. חכמים קבעו כי בשנים שסוכות חל בשבת אז לא נוטלים ארבעת המינים, דוגמה נוספת היא שהם קבעו כי בשנים שראש השנה יוצא בשבת, לא תהיה תקיעה בשופר. על פי קביעות אלה ניתן לראות כי החכמים לא מבטלים לחלוטין את התורה, אלא המצווה עדיין מתקיימת, במקרים שלפנינו כאשר אותם חגים לא "נופלים" על שבת.

מתי סמכות חכמים לעקור דבר מהתורה **בקום ועשה**?

**הוראת שווא בסמכותם של חכמים** –

🡨 מלכים א,יח: מתוך אליהו בהר הכרמל – אליהו היה נביא בימי אחאב כמלך ישראל. עם ישראל עובד עבודה זרה כולל המלך. תפקיד הנביא הוא למנוע את עבודת האלילים. אליהו מציע מבחן שבו הוא יקים מזבח וגם כוהני העבודה הזרה גם יקימו מזבח ויקריבו קורבן – המטרה הייתה לראות איזה אלוהים יגיב לקורבן – איזה אלוהים קיים ואמיתי? אליהו מנסה ומצליח וכולם מריאים לאלוהים ומיד חוזרים לעבודת האלילים. **בהלכה יש איסור לפיו כל עוד קיים בית המקדש, אסור להקריב קורבן מחוץ לבית המקדש.**כאשר אליהו הציע לעשות את המבחן, הוא הקריב קורבן מחוץ לבית המקדש – אסור על פי הלכה. ההלכה אומרת שהיה מדובר בהוראת שווא. מאחר שאליהו הוא חכם, ובסמכותו לעבור על ההלכה באופן חד פעמי – אין זה אומר שלאחר שעבר על האיסור מותר לעבור על ההלכה. הוראה זו באה על מנת לקרב את העם אל אלוהיו וזוהי מטרה שמתגברת על מטרת האיסור.

🡨 רמב"ם: נאמר כי אם באותו הרגע, יש צורך בביטול מצוות "עשה", או לעבור על צוות "לא תעשה" כדי *"להחזיר רבים לדת, או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים",* עושים לפי צורך השעה. כמו שמחללים שבת בגלל פיקוח נפש – חילול ועבירה על איסור, במסגרת הוראת שווא, זה דבר אפשרי למען מטרות חשובות (כמו החזרה בתשובה, פיקוח נפש). התועלת שבהוראת השווא מתגברת על התועלת שבאיסור.

**הוראת שעה – הקשר פלילי / הקשר הענישה**

🡨 סנהדרין מו,א: רבי אליעזר בן יעקב אומר כי בית הדין נותן עונשים למי שעל פי דין התורה לא היה אמור להיענש כך. כמו למשל עונש מוות או עונש מלקות שאסור על פי התורה ונגזרים על אדם שעל פי התורה לא מגיע לו להיענש בעונשים אלה. נאמר כי הם נהגו כך כי הם רצו לעשות סייג לתורה – חשבו שאם יפעלו כך הם יחזקו את התורה. כלומר, *"השעה צריכה לכך"*– כדי לחזק את דברי התורה ולאכוף אותה, החמירו עם העונש. מקרי דוגמה: אמנם על פי דין תורה לא היה מגיע לאדם שרכב על סוס בשבת עונש מוות, אבל למען יראו ויראו ועל מנת **להרתיע נגזר עונש זה בימי היוונים**. בתקופה שבה מקרה זה קרה, היוונים ניסו לגרום ליהודים להתבולל ולכן היה צורך שעתי. מקרה נוסף הוא שאדם הטיח את אשתו כנגד התאנה (באופן פומבי) – אין איסור לעשות זאת בצורה פומבית ובכל זאת, בית הדין גזר לו עונש מלקות. מדובר בהוראת שעה. **ישנה בעייתיות עם סמכות זו של החכמים** – העונשים שנגזרו על אנשים לצורך הרתעה בגלל "צו השעה", לא היו ידועים לציבור באותה העת, יש כאן חוסר צדק. ניישב בעייתיות זו עם העובדה שבאותה העת, העונש שירת מטרה נעלה וחשובה ובנוסף מדובר בעניין חד פעמי.

🡨 הוראת שעה במהלך השנים בהקשר הפלילי תפסה נפח מאוד משמעותי מכיוון שבאותן תקופות, הייתה ליהודים סמכות להקים בתי דין יהודים והייתה להם את הסמכות לענישה. היהודים יכלו לתת עונשים לפי מה שההלכה שלהם קובעת – נתנו להם את הסמכות לבצע משפט. הוראת שעה הייתה הבסיס היחידי שמתוכו היה אפשר להעניש בגלל שלא הייתה מערכת ענישה. במקור זו הייתה אמורה להיות מערכת חד פעמית בגלל שעה ייחודית וצורך ייחודי וחיוני.

🡨 סנהדרין כד, ד-ט: רמב"ם גם מדבר על הוראת שעה. גם הוא אומר שעבירה על איסור הוא בסמכות חכמים מכוח הוראת שעה כדי לעשות סייג לתורה, כדי לחזק את התורה. הוא מנמק כי הוראת שעה נועדה לזמנים ספציפיים שבהם היא נחוצה מטעמים ייחודיים. **מצד שני,** ישנו חשש שבית הדין ינצל סמכותו במסגרת הוראת שעה ולכן הוא מדגיש שיש לפעול על פי הוראת שעה רק לאחר שיקולים ומחשבה רבה, ועל בית הדין לפעול בזהירות רבה ולא "אצבע קלה על ההדק".

**הפקר בית דין הפקר**

חלק מאיסור גזל הוא להחזיק ממון שהוא לא שלי. מקרים לדוגמה: חויבתי בדין לשלם או להחזיר הלוואה. ולכן, גם בדין, שבו נקבע שהכסף אמור להיות של צד מסוים ובית הדין מורה אחרת (הכסף שייך לצד השני), בית הדין עושה פעולה של גזל שלא כדין – אם זה נעשה במתכוון , **בית הדין גזלן.** במקום שבו בית הדין קובעים תקנה ממונית, המשמעות שלה היא שממון שהיה שייך לאחד יהיה שייך לאחר – יש בה יסוד של פעולת גזל. כיצד יכול בית דין לעשות דבר כזה? זוהי עבירה על איסור. ניישב זאת בעזרת דוגמאות:

🡨 תוספתא שקלים פרק א הלכה ג: פעם בחצי שנה היו עושים מפקד על מנת לאסוף כספים לבית המקדש. בדרך כלל בחודש אדר היו עושים מפקד כדי לדעת גם מהו המצב הכספי של האנשים. בחמישה עשר בחודש אדר, שליחים מטעם בית הדין היו יוצאים "פקחים" של בית הדין כדי לבדוק את השדות של האנשים – היה איסור לשתול 2 סוגי זרעים = כלאיים. אותם פקחים, אם היו מוצאים עבירה על האיסור היו הופכים את השדה להפקר (מותר לאכילה ע"י כל). כלומר הם גזרו גזל על האדם בגלל שהוא עבר על האיסור. לפי מקור זה, בית הדין יכול לבצע גזל אם יש עבירה על איסור מסוים – כמו במקרה שלפנינו על כלאיים.

🡨 **מקרה נוסף** הוא שרצו לכנס מועצת עם, כדי לחייב את כולם להגיע הכריזו שמי שלא יגיע, רכושו יוחרם. כלומר, בסמכות חכמים להחרים רכוש, דבר שמשמעו גזל, וזה לא ייחשב לכזה.

🡨 גיטין לו,א: פרוסבול (=הליך פורמאלי שבו הנושה/המלווה מעביר את הזכות שלו כלפי הלווה לבית הדין, הופך את החוק מפרטי לציבורי). לעשות "פרוסבול" הוא לעבור על ההלכה , הוא בעצם שמיטת חובות. אתה לוקח מאדם ממון שלא כדין. ניישב זאת בעזרת הפקר בית דין הפקר – בסמכות חכמים לקחת מאחד ולתת לאחר וזה לא ייחשב גזל. בפרוסבול זהו שינוי ביחסי הממון.

🡨 משנה גיטין ד, א-ב: אסור לאישה נשואה לקיים יחסי אישות עם מישהו שאינו בעלה – עונש על עבירה חמורה זו הוא עונש מוות. להתיר איסור זה הוא סנסציה (עבודה חמודה במיוחד). **איך אפשר לבטל קידושין?** דרך אחת היא מיתה, דרך נוספת היא גט שניתן מרצונו של הבעל (אם הבעל לא נותן את הסכמתו אז האישה עדיין נשואה). [פעילות משפטית ניתן לעשות באמצעות שליח – מישהו אחר יבצע את הפעולה בשמי, אבל התוצאות יתייחסו אליי ולא אל השליח]. נגיד שאדם רוצה לקדש אישה אבל היא לא "בהישג ידו", הוא יכול לשלוח שליח עם כסף אל האישה, ואם היא מסכימה היא יכולה להיות מקודשת לו באמצעות שליח. אותו דבר בגירושין, אדם יכול למסור גט באמצעות שליח לאישה נניח ששליח מוסר גט לאישה, בזמן שהשליח בדרך לאישה, הבעל מתחרט, עומדות בפניו 2 אפשרויות: או לרוץ אחרי השליח לפני שהוא מגיע לאישה, או לשלוח שליח נוסף שיגיע לפני השליח הראשון לאישה ויגיד לה שהיא עומדת לקבל גט אבל הוא מבוטל.

המשנה אומרת שאם הבעל מתחרט ושולח שליח נוסף או תופס את השליח עם הגט – אם הגט הגיע לידיה של האישה לפני שהבעל עשה את אחד משני הדברים הללו – היא גרושה. **הבעיה היא שעל פי ההלכה עקרונית, הבעל יכול לבטל את הגט גם בלי לבצע את הפעולות הללו בעזרת בית דין.** אם הוא ילך בפני בית דין ויעיד בפני 3 אנשים שהוא מבטל את הגט – הגט מבוטל. האישה לא מודעת לביטול הגט – היא עלולה להתחתן, ללדת ילדים – מבחינת החוק היא עוברת על ההלכה – הילדים שלה ממזרים, היא קיימה יחסי אישות עם איש אחר בעודה נשואה. המשנה אומר כי בהתחלה הייתה אפשרות לבטל את הגט . רבן גמליאל הזקן קבע  כי אי אפשר לנהוג כך בגלל הבעייתיות שנוצרת – אסור לבטל גט מרחוק!

גיטין לג,א: רבן גמליאל הזקן קבע כי מי שיבטל גט מרחוק, הביטול בטל ולא נחשב. הוא קבע זאת מסמכות חכמים.  האמוראים נחלקו בנושא זה- רבי יהודה הנשיא אומר כי עדיף לא לבטל גט מרחוק, אבל אם אכן נעשה ביטול מרחוק האישה עדיין נשואה (הביטול לא מבוטל) למרות הבעייתיות. רבן שמעון בן גמליאל [רשב"ג] אומר כי התקנה הינה מרחיקת לכת, ביטול מרחוק בטל. סמכות החכמים לבטל היא מכוח הבעייתיות שנוצרת. החכמים התירו איסור אשת איש.

לפי רבן שמואל בן גמליאל- לתקנה יש שיניים, ביטלו לא מבוטל. אישה שעל פי דין תורה נחשבת נשואה ומכוח התקנה היא לא נשואה- אישה שלא קיבלה גט כדין ובאו חכמים ואמרו שלמרות שהיא לא קיבלה גט הם מתירים אותה. רבן גמליאל הזקן התקין- לא ניתן לבטל את הגט בביטול מרחוק כדי למנוע תקלות. **מחלוקת תנאים**- המשמעות של רבן גמליאל הזקן- אם ביטלו אז מבוטל- כלומר החכמים לא התערבו בהשפעות של המעמד האישי של ביטול הגט אלא אמרו לא לעשות- אבל אם זה נעשה זה נעשה. או כדעת שמעון בן גמליאל- אם ביטלו אינו מבוטל- אם עשו ביטול גל מרחוק- הביטול תופס.

גם אם בוטל הגט מרחוק- הביטול הוא לא ביטול והאישה תיחשב לגרושה.

**איך זה מתקשר אלינו?**

רבן שמעון בן גמליאל (אם ביטלו לא מבוטל)- לא ניתן לבטל את הגט מרחוק- לפי דין תורה. לאור תקנת חכמים- האישה גרושה ויכולה להתחתן, יש כאן תקנת חכמים שמאפשרת לעבור על איסור חמור- איסור אישה נשואה לחיות עם אדם אחר (אחד האיסורים החמורים עפ"י דין תורה). עפ"י תקנת חכמים- לוקחים אישה נשואה והופכים אותה ללא נשואה. יש כאן איסור תורה שהחכמים מפקיעים.

🡨 תשובת הגמרא- חכמים- איך עושים קידושין? כסף קידושין. יש שני דברים שאחד קיצוני יותר ואחד פחות- *"כל המקדש על דעת חכמים מקדש"-* כמו קידושין על תנאי. אדם יכול לקדש אישה בתנאי שהאב יסכים- במידה והוא מסכים- האישה מקודשת. זהו תנאי מתלה- מתלים את הקידושין בהסכמת האב. כל מי שמקדש מקדש על דעת חכמים- תנאי מתלה. הקידושין מותלים בהסכמת החכמים. אם החכמים לא יסכימו- לא יהיה קידושין. מאחר שכל מי שמקדש מקדש על דעת חכמים- החכמים יכולים להפקיע את הקידושין (אם הם לא מסכימים זה כאילו לא התקדשה האישה). לכאורה- היא הייתה נשואה, אך היא חשבה שהיא נשואה לו אבל אם החכמים קובעים שהנישואין מבוטלים ואם נולדו ילדים- הילדים נולדו מחוץ לנישואין. איש ואישה שחיים ביחד ואינם נשואים- הילד לא ממזר. במקרה בו חכמים מבטלים את הקידושין למפרע- הם לא פוגעים בילדים מהנישואין.

**אין התנגשות חזיתית עם דין תורה**- הם לא היו נשואים, לא התירו איסור אשת איש. יש פה חידוש- כל הקידושין מותלים בדעת חכמים.

**יש סוגיות דומות של הפקעת קידושין:**

🡨 בתלמוד הבבלי- **הפקעת קידושין**- סוגיה של קידושי מחטף (חוטף אישה ומקדש אותה)- אם היא מעל גיל 12 (12 וחצי) היא יכולה להינשא עפ"י דין תורה, יש לה כשרות משפטית להינשא. אפשר להשיא לפני גיל 12 ואז האב מקבל את כספי הקידושין. שיקול הדעת בגיל הזה הוא לא מגובש. "קידושי מחטף"- מסתירים את העדים ונותנים לה את כסף הקידושין- היא לא יודעת שיש עדים והקידושין "תופסים". בנסיבות כאלה- הקידושין לא תופסים (איסור אשת איש- אם קידש אותה היא נשואה)- איך אפשר להפקיע את הקידושין האלה? מאחר והבעל פעל בצורה לא תקינה- החכמים פעלו בצורה לא תקינה (חרגו מהכללים הרגילים) ואז אפשר להפקיע את הקידושין. זה יותר מרוכך מדין תורה- בניסוח פה- מאחר וכל הקידושין היו בתנאי מתלה שהם מסכימים- הם יכולים לבטל את הסכמתם ואין קידושין. לא מצאו פה דרך חדשה לבטל קידושין (בד"כ או מוות של אחד הצדדים או גט) אם הפקיעו את הקידושין למפרע זה לא דרך שלישית לבטל קידושין- כאן הנישואין לא היו קיימים מראש. יש פה מעין דרך שלישית לבטל קידושין- כי החכמים הפקיעו את הקידושין (בנסיבות מיוחדות כמו שראינו- הבעל פעל בצורה שלא הוגנת או שיש חשש ממזרות)- יש להם זכות לבטל את הקידושין.

שאלה לדוגמה שהייתה במבחן- **האם לכאורה יש דרך להתיר ממזרים בעניין זה?**

נניח לצורך העניין אישה נשואה לפלוני ונולד לה ילד ממישהו אחר- הילד הוא ממזר. לאה וראובן חשבו שהם נשואין ונולדו לה ילדים ממישהו אחר (משמעון). הם לא היו נישואין באמת ואז הילדים לא באמת ממזרים- כי היא לא הייתה נשואה. יש דרך לפתור את זה-

אם אומרים שהביטול למפרע- הקידושין של לאה וראובן לא היו אף פעם ואז הילד לא ממזר- זה בתנאי שאומרים שהקידושין במקרה של הפקעת קידושין מתבטלים למפרע. אם הניסוח הוא שהקידושין מתבטלים מכאן והלאה- זה לא יעזור (לפי הניסוח הירושלמי). מכוח זה שקידושין על דעת חכמים- במקרים כאלה חכמים לא מסכימים.

**ביטול למפרע-** לפי התלמוד הבבלי.

תלמוד ירושלמי- מכאן והלאה.

העניין הזה עלה בפסיקת הלכה (אם אפשר להתיר ממזרים בדרך הזו?) הפוסקים אמרו שלא. בין שאר הנימוקים- נימוקי מדיניות. החכמים השתמשו בממזרות כאיום שמרחף על האישה שהיא יודעת שתוצאה של קיום יחסי אישות מחוץ לנישואין יכולה להיות קשה. מצד אחד לא רוצים להתיר ממזרים מצד שני אם תהיה דרך מובנית זה לא יהווה הרתעה.

סמכות חכמים – ביטול תקנה

דיברנו על השאלה האם חכמים יכולים לבטל דין תורה? בכל מקום בו ניתן לבטל דין תורה ניתן לבטל תקנת חכמים. כמו שיכולנו לבטל בהוראת שעה דין תורה- נוכל בהוראת שעה לבטל דין חכמים. אותם קריטריונים שאפשר לבטל דין תורה- אפשר לבטל דין חכמים.

**האם ניתן לבטל לגמרי תקנת חכמים?**

כלומר, למחוק איסור תורה או דין תורה זה לא אפשרי. האם תקנת חכמים אפשר? כאשר חכמים התקינו תקנה או גזרו גזירה- הייתה להם סיבה. האם כאשר הנסיבות משתנות, הטעם מתבטל והתקנה לא ישימה או לא נדרשת- האם תקנה כזו יש סמכות לחכמים לבטל או ברגע שהיא נתקנה לא ניתן לבטל?

ביטול תקנות- שני סוגים של תקנות:

1. תקנה שהטעם שלה מוכר וברור
2. תקנה שלא יודעים מה הטעם שלה

סוגי תקנות:

**תקנה שיודעים מה הטעם שלה - פידיון שבויים:** יש תקנות חכמים שמציינים למה היא תוקנה- למשל- "אין פודים את השבויים יותר.."- כאן המתקנים ציינו את הסיבה לתקנה- "מפני תיקון עולם"- נחלקים החכמים- האם כדי לא להטיל נטל כלכלי על הציבור או כדי למנוע חטיפות עתידיות (אם יראו שמשלמים להם הרבה הם יחטפו עוד)? לא מדובר פה על שבויי מלחמה (חטיפות על רקע כלכלי- דרישת כופר עבור אדם). הנפקות בין שני ההסברים- אם קרוב משפחה מוכן לשלם מקום הציבור- אם הבעיה היא נטל כלכלי אין בעיה, אבל אם יש חשש מחטיפות עתידיות- זה שונה.

🡨 **בשורה התחתונה** – נטל כלכלי לא מהווה תיקון עולם ולכן ניתן לבטל את התקנה. מצד שני, כשמדובר במניעת חטיפות עתידיות, לא ניתן לבטל כי כן מהווה תיקון עולם = כוונת החיקוק.

**יש גזירות של חכמים** (למשל הגזירה על בשר וחלב- עם העניין של הבלבול)- לפעמים אפשר להבין מה הטעם שעומד מאחורי. לפעמים החכמים מסתירים את הנימוק- או באופן מקרי או לפעמים היו מגלים את התקנה רק שנה אחרי.

**תקנה שהציבור בפועל לא הלך על פיה-** חלשה יותר מזו שהתקבלה ע"י הציבור. לחכמים שמתקינים תקנה יש אינטרס שהעם יפעל על פי התקנה- ואז זה נותן לה תוקף חזק. אם לא אומרים מה הטעם- אדם יעשה מה שאומרים לו כי הוא לא יודע מה הסיבה שהביאה את החכמים להתקין את התקנה. אם הוא יודע מה הטעם- התקנה אולי פחות תתפשט. בכוונה היו מסתירים את הטעם כדי שהתקנה תתפשט בצורה יותר מהירה ותקבל גושפנקא חזקה על ידי כך שהציבור פועל על פיה.

לפעמים חכמים היו מתקינים תקנה ומציגים את הנימוק הלא נכון- כי אם יגידו את הנימוק הלא- אמיתי על הציבור זה יסתבר יותר על אוזנו של הציבור ויקבל אותה. לפעמים שיש טעם לתקנה יכול להיות שהוא לא אמיתי- ומציגים משהו אחר כדי שהתקנה תתקבל.

גם תקנות שלכאורה יש טעם בצידן- אם הטעם לא רלוונטי- אין סיבה שהיא תמשיך להתקיים. התשובה של מי שאומר אחרת- זה שאתה חושב שאתה יודע מה הטעם לא אומר בהכרח שאתה יודע אותו- יכול להיות שיש הנמקה אחרת.

**כשדנים בשאלת ביטול תקנה**: יש להבחין בין תקנה שהטעם שלה ידוע לבין תקנה שהטעם שלה לא ידוע. **תקנות שטעמן איננו ידוע:**

🡨משנה עדויות א,ה: המשנה שואלת למה צריך להביא את דעת המיעוט – מזכירים את דעת המיעוט כדי שבמקרה מסוים היא תחשב למידע לגיטימי. באופן זה, אם יש תקנה שיכולה לבטל תקנה, היא תבטל רק על ידי בית-דין שגדול בחוכמה ובמניין מבית הדין שהתקין את התקנה. אם יש דעת מיעוט, לא מבטלים את התקנה. אם אין דעת מיעוט – אפשר לבטל את הקביעה הקודמת של החכמים. מכאן ניתן לראות את חשיבות דעת המיעוט בביטול תקנה של בית דין. **משמעות דרישת בית דין בעל יותר חוכמה ומניין וללא דעת מיעוט** היא שאף אחד לא יכול לבטל את התקנה או שכמעט אי אפשר לבטל תקנה – בית דין לא יצהיר שהוא בעל חוכמה ומניין גדול יותר מבית דין קודם.

אם התקנה לא פשטה בכל ישראל – תוקפה של התקנה חלש ופרוצדורת הביטול קלה יותר.

🡨 עבודה זרה לו,א – לו,ב: עולה כי ישנן תקנות שגם בית דין גדול בחוכמה ובמניין לא יכול לבטל תקנה. יש תקנות שלא ניתנות לביטול, יש תקנות שתוקנו על ידי בית דין גדול בחוכמה ובמניין ויש תקנות שהתפשטו בכל ישראל.

🡨 רמב"ם ממרים ב, ב-ג: הרמב"ם יוצא מנקודת הנחה שבדרך כלל, בית דין לא יצהיר כי הוא גדול בחוכמה ובמניין מבית דין קודם. הוא מגדיר תקנות שלא ניתן לבטל- תקנה שהציבור נוהג על פיה – פשט בישראל. בנוסף, כל איסור שקבעו חכמים כדי לעשות סייג לתורה (לחזק/להרחיב), גם אם יקום בית דין גדול בחוכמה ובמניין, הוא לא יכול לבטל אותה. **מה קורה כאשר לא פשט בכל ישראל?** הרמב"ם אומר שיש לחלק את תיקון תקנות לשני שלבים – האם עם ישראל יכול בקיום התקנה? אם הציבור לא מסוגל לעמוד בתקנה, אין טעם לתקן אותה. אם חכמים קבעו תקנה מתוך מחשבה שהעם יכול לעמוד בה, אם התקנה לא פשטה בעם [בפועל הציבור לא קיבל את התקנה] – אין לתקנה ערך ועדיין צריך ביטול.

ביטול תקנות שטעמן איננו ידוע על פי הרמב"ם:

* אם מדובר בגזרות חכמים – סייג לתורה – לפי הרמב"ם לא ניתנות לביטול כלל
* אם מדובר בתקנה או גזירה (לא סייג) והיא פשטה בעם ישראל – ניתנת לביטול רק על ידי בית דין גדול בחוכמה ובמניין.
* אם מדובר בתקנה שהחזיקה מעמד זמן מסוים, אך בפועל לא פשטה בעם ישראל – ניתנת לביטול על ידי כל בית דין.
* אם מדובר בתקנה שמראש הציבור לא קיבל אותה – מדובר בתקנה חסרת משמעות שלא צריכה ביטול.

**ביטול תקנות שטעמן ידוע-**

🡨 מסכת "ביצה": על פי ההלכה, אדם שנוטע עץ, ב3 שנים הראשונות, פירות העץ "עורלה" אסורים לאכילה. בשנה הרביעית, הפרי מותר באכילה, אך צריך לאכול את הפירות הללו בירושלים. אם קשה לי לקחת את הפירות בירושלים, באפשרותי להמיר את הפירות בכסף ולהשתמש בו בירושלים. מהשנה החמישית והלאה – אין הגבלות – מותרות לאכילה בכל מקום. **חכמים התקינו תקנה –** מי שגר קרוב לירושלים לא יכול לפדות את הפירות (תמורת כסף) וחייב להביא אותם לירושלים. תקנה זו תוקנה על מנת *"לעטר שווקי ירושלים"* על פי הגמרא. מסופר על רבי אליעזר שגר ליד ירושלים, התעצל לקחת את הפירות בשנה הרביעית לירושלים ולכן החליט "להפקיר" את הפירות, לתת אותם לעניים. תלמידיו אמרו לו שהוא לא צריך להפקיר את הפירות, אלא יכול לפדות את הפירות בכסף מאחר ועשו מניין בבית דין ולכן התקנה בוטלה. ההלכה הפורמאלית עדיין קיימת , אבל התקנה לא קיימת – חכמים ביטלו אותה מאחר והיא כבר לא רלוונטית (באותם ימים ירושלים לא הייתה עיר בירה ולכן אין צורך לעטר את שווקיה). מכאן ניתן לראות כי **כאשר נסיבות התקנה בטלות , והתקנות לא רלוונטיות ניתן לבטל את התקנה. התקנה כבר לא משרתת את המטרה שנועדה לשרת ולכן ניתן לבטל אותה.**

🡨 הרמב"ם מוסיף כי גם כאשר יש תקנה, שאנו יודעים מהו הנימוק שהביא להתקין את התקנה, ואנו יודעים שהנימוק בטל, עדיין צריך לבטל את התקנה רק באמצעות בית דין גדול בחוכמה ובמניין.

🡨 הראב"ד ביקר את קביעתו של הרמב"ם – הוא אומר שאם הנימוק של התקנה בטל, ניתן לבטל את התקנה גם ללא בית דין גדול בחוכמה ובמניין. המאירי מסכים עם קביעתו - אם היינו מניחים שגם החכמים שהתקינו את התקנה, היו קובעים שהתקנה לא רלוונטית, כל בית דין יכול לבטל אותה.

🡨 הראש אומר כי "כיוון שטעם האיסור ידוע, אם נתבטל הטעם בטל האיסור ממילא" – התקנה תוקנה מטעמים מסוימים, אם אותם נימוקים בטלים , גם התקנה עצמה בטלה.

🡨 הרדב"ז ממרים ב,ב: כשאמרו מהו הנימוק – טענה שהטעם שלה לא ידוע מתבטלת מאליה – מראש אמרו חכמים שהם מתקינים תקנה כל עוד הנסיבות מסוימות – ברגע שהנסיבות אחרות, אין צורך בביטול התקנה כי היא הייתה מוגבלת בזמן מראש. ברגע שהנסיבות השתנו- התקנה לא תקיפה.

**לסיכום ניתן לראות שלפי דעת חכמים, תקנה שטעמה ידוע אך בטל ניתנת לביטול , הרמב"ם טוען כי גם אם התקנה בטלה מאליה יש לבטלה באמצעות בית דין בעל גדול בחוכמה ובמניין, לעומת שאר החכמים שאומרים שכל עוד הנסיבות/הנימוקים בטלים, התקנה מאבדת את תוקפה.**

תקנות הקהל

מי שאמור להתקין תקנה או לגזור גזירה, הם החכמים. גם אם זה לא היה הגוף הפורמאלי של סנהדרין/בית דין גדול, היה מדובר בגוף פורמאלי שבכוחו לתקן תקנה. המציאות שנעלמה עם השנים שלא היה גוף רשמי ומרכזי שתיקן תקנות שיחייבו את כולם כי כל בני ישראל התפזרו. **לכן, הקהל כ"קהל" התחיל בנוהג שהוא עצמו מתקין תקנות.** יש קושי, כאשר מדובר בקבוצה גדולה של אנשים, קשה ליישם את התקנה כך שכל הקבוצה תקבל עליה את תוקפה ותאכוף אותה. **כיצד נתמודד עם הקושי?** יש אפשרות להסמיך גוף פורמאלי שיעסוק בתיקון תקנות.

כשאנו עוסקים בתקנות הקהל, אנו נשאל את עצמינו האם מדובר בהסכמות שהן תקנות או בתקנות שהן הסכם של רב משתתפים.

🡨 תוספתא: הסכם שמגביל תחרות, נותן פרנסה שווה לכולם. דוגמא לעוד תקנות: הצמרין והצבעין רשאים להיות שותפים ולחלק ביניהם את התעסוקה בעיר ולמנוע תחרות. גם הנחתומים רשאין לחלק ביניהם את ימי העבודה. החמרים מסכמים ביניהם שאם חמור של מישהו מת כולם יעזרו לו במימון (סוג של ביטוח). מדובר כאן על הסכמים שהם של קבוצה קטנה.

במקרה זה ההסכמה נוגעת רק בבעלי המקצוע אך יש לה השפעה גם על אחרים ולכן יש כאן יסוד של תקנה. יש בתוספתא יסוד בסיס למעין תקנות שבני העיר עושים בעניינים שקשורים בבני העיר לצרכי מסחר וכדומה. **בתקופת הגאונים**- הנוכחות של תקנות הקהל הולכת ומתפתחת עם השנים, כאשר שיאה בימי הביניים. החל מהמאה ה12 וה13 והלאה. גם אצל הגאונים מוצאים משהו דומה בתשובה לשאלה, בה הגאון אומר שתקנה חייבת להיות חלה על כל הציבור בצורה שווה.

🡨 הלכה כה: הסכם שנכרת בין בני אותה קבוצה, הייתה שאם החמור של אדם מת, אז כולם משלמים על החמור (סוג של ביטוח), פיזור נזק, כולם משתתפים בכיסוי ההוצאה. אם החמור מת בפשיעה (התרשלות של הבעלים) אז לא ישתתפו בהוצאות. גם אם מדובר בהסכם שמדובר רק לקבוצה מסוימת, באופן עקיף זה מתקשר גם לאחרים – יש השלכה רחבה יותר.

🡨 תשובות הגאונים- שערי צדק חד,שד,טז: בתקופת הגאונים, הנוכחות של תקנות הקהל בתהליך התפתחות, שיאה מגיע בתקופת ימי הביניים. יש להן בסיס מסוים בתוספתא. בדוגמה שלפנינו, גאון שהתייחס להתקנת התקנות (לא ברור מי כתב את זאת)- תקנה חייבת לחול על כולם בשווה.

🡨 רבינו גרשום מאור הגולה סימן סז: הוא מתייחס לאיזושהי תקנה ולשאלה מאיפה הסמכות להתקין תקנה בדיני ממונות לקהל? במקרה שלפנינו, מדובר בספינה שנטרפה ללב ים. התקנה המדוברת היא שאם מישהו מוצא משהו הוא שלו, אפילו אם הוא יודע מי הבעלים, החפץ הופך להיות הפקר ומי שמוצא אותו לוקח אותו. **ההנחה היא שמי שספינתו נטרפה בים התייאש ולא מצפה לקבל חזרה את ה"חפץ".** התקנה פועלת על פי "מבחן הייאוש". בעקבות טריפת הספינה, התאסף הקהל והסכים כי למרות שעל פי דין מי שמוצא משהו שניצל מהספינה יהיה שלו, הסכימו כי החפץ יוחזר לבעלים. באותו מקרה, פלוני מצא סחורה [קנה אותה מסוחר], והיה וויכוח האם הוא צריך להחזיר את החפץ לבעלים או לא. התשובה של רבינו גרשום מתייחסת לשאלה **מאיפה הסמכות של הקהל להתקין תקנה שכזו?** הוא אומר שלקהל כוח להתקין את התקנה מכוח הפקר בית דין הפקר – באותו אופן הפקר ציבור הפקר, הציבור רשאי לקבוע תקנות ממוניות שהרכוש יהיה שייך לבעל הרכוש המקורי ולא למי שמצא אותו.

🡨 תשובת יכין ובועז ב,כ: גם מקור זה מדבר על הפקר בית דין הפקר. באותו אופן הציבור מקבל את הסמכות להתקין תקנות כי ממון של אדם יעבור לאדם אחר והוא רשאי לקבוע תקנות ממוניות.

**עד עכשיו היינו בטוחים שהסמכות היא בידי חכמים מידי שמיים. במקרים שלפנינו הסמכות עוברת לעמדת הציבור ואף הדעה נהפכת – הכוח הוא בידי הציבור ועליו להיבחר כדי לייצר את הציבור.**

🡨 תוספתא: ציבור יכול גם להעניש ולא רק להתקין תקנות, כפי שלבית דין יש את הסמכות להעניש. כמו שחכמים בסמכותם לתקן תקנות ממוניות (הפקר בית דין הפקר) גם ציבור יכול לתקן תקנות ממוניות. באותו אופן, כמו שבית דין יכול להעניש, גם הציבור יכול להעניש.

🡨 שו"ת הרשב"א, ד,קפה: להסכמות הקהל יש סמכות **כדין תורה**. הסכמה של הציבור מחייבת כמו שדין תורה מחייב. כנראה שתוקפם של תקנות אלה שנקבעו בהסכמת הציבור, כוחם כתקנות חכמים. כלומר, הציבור אשר קיבל את ההסכמה לתקנות יכול גם לשנות – לא צריך בשביל זה בית דין גדול בחוכמה. הדבר השני העולה מהמקור, היוצר קושי הוא כי יש **דרישה להסכמה פה-אחד** כדי שלתקנה תהיה תוקף וכדי שיוכל להיעשות שינוי. ברמה הפרקטית יש קושי להשיג הסכמה פה-אחד. זה מעלה את השאלה האם מדובר בהסכם[אפשר לאכוף כלפי רק למי שהסכים] או בתקנה[אפשר לאכוף את זה על כולם].

🡨 מקור נוסף המדבר על הסמכות בנושא קידושין: הסמכות הזו היא מרחיקת לכת. היא הולכת כל כך רחוק, שבמקרה שלפנינו נראה כיצד תקנו תקנות בנושא קידושין ואיסור אשת איש שנחשבות לתקנות מחמירות שאין להפר או לשנות.

התקנה ב"איסור אשת איש" הנהוגה היא – קידושי אישה יש לעשות מול 2 עדים. הקהל תיקן תקנת קהל על פיה יש לקדש אישה מול 10 עדים אחרת זה לא תקף. זוהי תקנה השוללת דין תורה. **זוהי תקנה מרחיקת לכת** כי מי שהתחתנה מול פחות מ10 עדים לא נחשבת אישה נשואה וילדיה ממזרים. **על פי המקור,** הסמכות מגיעה, שוב, מסמכות חכמים – הפקר בית דין הפקר – כמו שלחכמים הסמכות להפקיע נישואין/קידושין גם בסמכות תקנות קהל לעשות זאת – לבטל קידושין.

🡨 שו"ת הרשב"א, ג,תיא: הרשב"א מתקן את ניסוחו, במקום הסכמה בפה-אחד, הוא אומר שהסמכות לתקן תקנת קהל בעלת תוקף הוא בהסכם שיש בו **רוב של הסכמה**. קשה ליישב בין מקור זה למקור הקודם, יש כאן בעייתיות בצורת סתירה. ושוב, כמו שבית דין גדול יכול לכפות על כל בית ישראל, גם הסכמה של רוב מהקהל יכול לתקן תקנות בעלות אותו תוקף. הרוב מהווה תחליף לבית הדין – הוא מקבל את הסמכויות שלו. הוא יכול לכפות על הציבור.

🡨 שו"ת הרא"ש, ו,ה,ו,ז: הרא"ש נותן תשובה דומה לתשובתו של הרשב"א לסמכות הקהל. נניח שבעלי דעת מיעוט אומרים מראש שאינם מקבלים על עצמם את התקנה שתוקנה על ידי הסכמת קהל, **האם זה אפשרי?** הוא עונה כי **יש ללכת לפי הרוב**. היחידים המהווים את דעת המיעוט חייבים לקיים את ההסכמה של הרבים. אם קובעים שתהיה החלטה פה-אחד, בעצם נותנים למיעוט את כוח הוטו על התקנה, ואין לרכז כוח בידי יחידים.

🡨 שו"ת לב שמח חו"מ,ה: הוא נשאל- נניח שהיה מישהו ששותף להסכמה והיה בדעת מיעוט, הוא חלק מהתהליך ולכן הוא מוכן לקבל את דעת הרוב. מי שלא השתתף בהסכמה לא היה חלק מהתהליך ולכן כופים עליו להסכים.

יש גם עמדות אחרות החולקות על העניין שהסכמות הקהל מהוות תקנות:

🡨 ספר מרדכי- ספר הלכות. מצטט את דברי רבינו תם, הנכד של רש"י- הסכמת הקהל מסוג זה מחייבת רק מישהו שהתרצה ולאחר מכן חזר בו, אך מי שמראש לא הסכים לא כפוף. **אז מה החידוש בתקנת הקהל מסתם הסכם רגיל?** כדי שהסכם כלשהו יכנס לתוקפו צריך קודם כל גמירות דעת של שני הצדדים. אפילו קידושין חייבים להיות רק כשיש כוונה וגמירות דעת של שני הצדדים. בהלכה, דורשים עוד דרישה פורמאלית שנקראת "מעשה קניין"- מעשה סימלי שבא כדי ליצור/ להעיד על גמירות הדעת. בקידושי אישה מעשה הקניין מסתמל בחפץ שווה פרוטה- בדר"כ טבעת. בענף היהלומים היה נהוג בעבר ללחוץ ידיים ולומר "מזל וברכה"- כאשר אין רצון להיכנס לעסקה משפטית אדם לא יגיד את המשפט הזה. ההבדל של הסכמת בני העיר שהיא לא צריכה מעשה קניין כדי להיכנס לתוקף. זאת אומרה התקנה הזו לא מחייבת את מי שמראש לא הסכים לתקנה, אך הייחודיות שבה היא שלא צריך מעשה קניין כדי להכניס את ההסכמה לתוקף.

**בקהילה גדולה אי אפשר לכנס עבור כל החלטה את כל הציבור. צריך להקים מוסד שהוא יקבל את ההחלטות האלה. המינוי של האנשים כנציגים הוא בבחירת כלל הציבור. ולכן דעת הנציגים משקפת את דעת הרוב ואפשר להסתמך עליהם בהסכמות. אי אפשר להתנהל בצורה אחרת עבור אסיפות עם.**

🡨 הרשב"א: הציבור מעמידים 7 פרנסים שהם נקראים "7 טובי העיר" ולהם יש הסמכות לקבל הסכמות עבור הציבור. כל הסכמה שלהם היא כאילו כל בני העיר החליטו בה. המינימום שהוא גוף של 7 אנשים. לא חייבים להיות תלמידי חכמים. הם לא צריכים הרשאה מפורשת, אלא יכולים לקבוע כללים בכל דבר ועניין. גוף יותר קטן יכולים לטפל רק בעניינים שהציבור הסמיך אותם לצורך כך. המספר 7 מייצג משהו שלם, ניתן לראות זאת בכל מיני מקורות בתנ"ך.

בקרב האחרונים קיים דיון בשאלת 7 טובי העיר: כיצד הם מקבלים את ההחלטות? צריך שכולם יהיו נוכחים בעת ההצבעה וקבלת ההחלטה? באיזה רוב יכולה להתקבל ההחלטה? אם נוכחים רק 5 מתוך ה7 ו4 הם בעד ההחלטה האם אפשר להחשיב שההחלטה הוכרעה ברוב?

אישור/פיקוח אדם חשוב בתקנות קהל

הגמרא מספרת שהייתה קבוצה של שוחטים חילקה ביניהם את העבודה בין אנשי העיר. המקובל היה ששכר השוחט הוא העור של הבהמה שנשאר אצל השוחט. ההסכם היה שמי שישחט לא ביום שלו, ישחיטו לו את העור ואז הוא לא יוכל להנות מכך ולא ירוויח כלום מזה. קרה מקרה ששוחט שחט ביום שלא שלו, קרעו לו את העור. הוא הלך לבית דין ותבע אותם בתביעת נזיקין. רבא חייב לפצות אותו על הנזק. מדוע? הרי לפי התוספתא בני העיר רשאים לחלק ביניהם את העבודה ורשאים לקנוס מי שלא עומד בתנאים. רב פפא מסביר- כל מה שנאמר בתוספתא הוא רק אם אין אדם חשוב בעיר, אך כל עוד יש אדם חשוב בעיר חייבים להמלך בו כדי שהתקנה תכנס לתוקפה.

**מה זה "אדם חשוב"?** בגדול אחד המרכיבים של אדם חשוב זה שהוא תלמיד חכם ומנהיג של הציבור.

**למה צריך אישור של אדם חשוב?**

1. פיקוח הלכתי. לציבור או לקבוצת אנשי מקצוע יש כוח שניתן להם לקבוע כללים וצריך לבחון שהם לא חורגים מסמכותם וקובעים כלל שנוגד את ההלכה.
2. כבוד. לא יכול להיות שיקבלו החלטות בלי הגושפנקא של אדם חשוב בעיר. צריך לבקש ממנו הסכמה כדי לכבד אותו. אם היה כאן רק עניין הלכתי היו אומרים להם ללכת לאיש הלכה גם בעיר אחרת. יש אבחנה דווקא אם יש אדם חשוב בעיר, ולכן נשמע שזה מצרכי כבוד.
3. פיקוח חברתי- בחינת ההסכמה אל מול אינטרסים אחרים. ייתכן שההסכמה תפגע באינטרסים של אחרים בציבור. אם בעלי מקצוע מחלקים ביניהם את הימים הם יכולים ליצור מונופול ולייקר את המחיר וככה לפגוע בציבור שמשתמשים בשירותי בעל המקצוע. אישור אדם חשוב נובע ממקום של פיקוח חברתי כדי לוודא שההסכמה לא פוגעת בחלקים אחרים של ציבור. לפעמים הרוב דורסני ויכול לקפח את צרכי המיעוט.

**ישנה מחלוקת בנושא מתי צריך אישור אדם חשוב, לפנינו כמה מקורות שמציגים גישות שונות:**

🡨 שוחטים עשו ביניהם חלוקת עבודה, קבעו שמי שישחט ביום שלא שלו, יקרעו לו את העור. אחד השוחטים עשה זאת, לכן שאר השוחטים שחטו לו את העור. הוא הגיע לפני בית הדין, והרב חייב את השוחטים בפיצויים כלפיו. גם הסכמה צריכה להיות בנוכחות אדם חשוב – גם מתוך כבוד לאדם החשוב, פיקוח הלכתי-לוודא שהתקנה לא נוגדת את הגבלות ההלכה וכדי להבטיח שהזכויות של אחרים לא יפגעו. **לפי הסבר זה,** נוכחות אדם חשוב רלוונטית רק בתקנה של אגודה מקצועית ולא במקרה של בני העיר כולה.

🡨 שו"ת הריב"ש שצט: לפי מקור זה, **רק כשמדובר בתקנה של אגודה מקצועית,** בני העיר **לא צריכים** אישור אדם חשוב.

🡨 לפי מקור אחר, אישור אדם חשוב נדרש בכל מקרה, לאו דווקא במקרה של אגודה מקצועית אלא בכל תקנה.

כפי שאמרנו תקנת קהל בנסיבות מסוימות יכולות לחרוג מההלכה, למשל בדיני ממונות – לפי הרשב"א בדיני ממונות למשל בדיני מס, אפשר להטיל חיובים אלא אם מדובר בדין תורה. אם יהיה מדובר באיסור, אי אפשר להכשיר תקנת קהל כשמדובר באיסור.

מקורות שדנים בנושא התרת דיני איסורים בתקנות קהל:

🡨 ריב"ש: **דן בנושא השטר (=הסכם)** – השטר נעשה באופן שתקף לפי דין זר ולא לפי דין ישראל. שטר שיש לו תוקף בערכאות של גויים, אנחנו בני ישראל נכבד אותו אם יש על כך הסכמה. חריג הוא מקרה של גט שחייב להיות לפי שטר ישראל.

כאשר מדובר בשטר שנעשה בין יהודי ליהודי, אם הקהל קיבל את השטר שמכובד על ידי הערכאות של הגויים, אז גם דיני ישראל יכולים לכבד את השטר. מקרה זה תקף לכל פרט לענייני שמיטה וריבית. השטר שנעשה על פי הגויים, נכבד אותו, אך אם הוא כולל סעיף ריבית, **אפילו שהייתה הסכמת קהל,** הריבית לא תקיפה כי מדובר בדין איסור. זה מתקשר לנושא חוזה בלתי תקף – ברגע שבשטר זר קיים סעיף שמתיר דין איסור, רק הסעיף הנוגע לאותו איסור לא תקף.

🡨 הרשב"א **גם מתייחס לדיני איסורים בתקנות קהל:** משחקי מזל וקוביות הם בדין איסור – אחת הסיבות היא מאחר שעלול להיות גזל, אדם שמפסיד משחק לא באמת רוצה להעביר את הכסף לצד המנצח ולכן אסור לשחק משחקי קובייה. הרשב"א אומר שגם אם הקהל יתיר את משחקי הקובייה, זהו דין איסור ולכן אין להתיר אותו, וגם ההסכמה על תקנה זו בטלה.

**לסיכום,** תקנות קהל הם כלי מאוד חשוב בעלי אחיזה משמעותית בציבור היהודי - ככל שהקהילה היהודית הייתה גדולה יותר. **החל מהמאה ה-10,11 עניין זה לא קיים.** תקנות הקהל שימשו מענה לשאלות שעלו בקהילה. זהו כלי שבאמצעותו חוקקו חוקים, תקנו תקנות, בעיקר ממוניות שבאו להסדיר את חיי הקהילה היהודית. זו הייתה פרוצדורה שבה היה ניתן להשתמש במהלך השנים כי לא הייתה דרך אחרת.

מנהג יוצר הלכה

מנהג שממנו מתקינים תקנות קהל

פרוצדורה נוספת שבאמצעותה הציבור היה מתקין תקנות. מנהג יכול להעיד על הלכה קיימת – למשל, מנהג שעבר בין דורות, לפיו הציבור נוהג – הסיקו כי זהו מנהג שעבר מדורות קודמים והתפשט הלאה. מנהג יכול ליצור הלכה חדשה, כלל חדש, עד כדי כך שהוא משנה דין תורה (בעיקר בדיני ממונות ולא בדיני איסור). אנו נראה דוגמאות למנהגים שנוצרו:

🡨 מסכת פסחים: בעבר, הייתה מצווה להקריב קורבן ביום הפסח, ולאחר מכן לאכול את הקורבן ביחד עם המצה בליל הפסח. ההלכה שלפנינו היא כאשר יום הפסח חל בשבת. בדר"כ בשבת, היו מקריבים קורבנות גם בשבת, אך רק קורבן ציבור ולא קורבן יחיד מאחר וזה מחלל שבת (אדם צריך להשיג את הקורבן). **התעוררה השאלה האם ניתן להקריב את הקורבן בשבת?** **כיצד יש להתייחס אל הקורבן של ליל פסח – קורבן ציבור או קורבן יחיד?** אדם אשר ניסה לענות על השאלה, על פי סיפור בבלי, טען כי גם בפסח אפשר להקריב קורבנות שבת, אפילו שאלה קורבנות ציבור. על פי פסוק שלמד, קורבן פסח דוחה את השבת. **רק הוא ידע את התשובה** ולכן מינוהו לנשיא בית דין. אותו אדם ניסה להעמיד את העם ולגלג עליהם מאחר ולא למדו תורה – הוא הגיע מבבל ובכל זאת יש לו ידע רב בתורה בניגוד להם. העם העמיד בפניו שאלה נוספת, מאחר והוא לגלג להם, **מה קורה אם אדם לא הביא סכין בליל השבת?** לאותו אדם לא הייתה תשובה. הם הציגו את השאלה בפני העם – חיכו לראות כיצד נהגו אנשים במקרה שכזה – מי שהיה צריך להביא את הסכין בשבת לא טלטל אותו בשבת אלא "טלטל" אותו באמצעות כבש או טלה כדי לא לחלל את השבת. בעצם, ברגע שהעם לא ידע מה ההלכה, הוא פנה לראות כיצד אנשים מתנהגים. מנהג משקף הלכה ידועה ובמקרים כאלו – למנהג יינתן תוקף בהנחה שזו ההלכה הקיימת. המנהג הוא לא מקור כשלעצמו, הוא לא מחדש הלכה, אלא נותן תוקף להלכה קיימת. בעזרת המנהג, חושפים מהי ההלכה.

🡨 טור חושן, משפט סימן שסח: **הגמרא מבחינה בין גזלן לגנב** – גנב מגיע בסתר, וגזלן גונב לאור יום. לא יודעים מיהו הגנב ולכן בעל הבית מתייאש ממנו. הגזלן בא בפנים חשופות והנגזל לא מתייאש כי הוא יודע מי גנב ממנו. נניח וה**גזלן** מוכר את החפץ לצד שלישי – אותו צד שלישי לא ידע שהחפץ גנוב. אם האדם שממנו נגנב החפץ מיואש (אינו יודע את זהות הגנב) אז החפץ שייך לצד השלישי. אם האדם שממנו נגנב החפץ לא מיואש (יודע את זהות הגזלן), אז החפץ עדיין שייך לו ועל הצד השלישי להחזיר לו את החפץ.

🡨 לפי הלכתא, גם מי שקונה מגנב (בעל החפץ לא יודע את זהותו), החפץ חייב לחזור אל בעליו המקוריים, והצד השלישי שקנה את החפץ יקבל את כספו בחזרה.

הלכתא: "סתם כזילה לא הווי יאוש בעלים.."- מתארים מנהג שגם מי שקונה מגנב צריך להחזיר לבעלים- אומנם יקבל את הכסף אך יחזיר לבעלים בניגוד להלכה- אם זה באמת המנהג במקומכם- כולם חייבים לציית למנהג ואדם לא יכול להחליט כי הוא לא יחזיר לבעלים כי ההלכה אומרת שהנגנב התייאש. לומדים כי למנהג יש חשיבות מכך שהתקנה מונעת מריבה. מאיפה לומדים את תוקפו של המנהג? "לא תסיג גבול רעייך אשר גבלו ראשונים"- אם עשו חלוקה של נחלות- לא ניתן להסיג את הגבול (ראשונים- כך נהגו) ולא ניתן לשנות את ההלכה הזו. מסתמכים פה על פסוק שהוא אינו מקור חזק.

**אין מקור חזק לציית למנהגים אך קיימים מקורות רבים שמהם מסיקים שיש עניין לציית למנהג:**

🡨 משלי כח,כב: לפי מקור זה, *"אל תסג גבול עולם"* – אם ראית מנהג שעשו אבותינו, אל תשנה אותו. אל תשנה מנהג, אל תוסיף לו כי כך אבותיך נהגו. פסוק נוסף במשלי א,ח נאמר אותו הדבר.

🡨 ירושלמי, פאה ז,ה: אם יש מחלוקת ולא ברור מה נפסק, *"צא וראה מה ציבור נוהג ונהוג"*. יש להסתכל על מה שהציבור עושה. מניחים כי מה שהציבור עושה מקורו במנהג ואין מקורו בטעות. זהו מנהג שמשקף הלכה קיימת. ההלכה באה מלמטה ולאו דווקא מלמעלה. אם יש ספק בנושא, יש לקבוע על פי בית הדין, אך בדר"כ ההלכה באה מלמטה ואנו מאמצים אותה ורואים בה הכרעה מחייבת.

🡨 הרא"ש: על פי התורה, ניתן לעשות מלאכה בערב פסח בבוקר כי זה לא יום חג אלא יום רגיל. יש מקורות שאומרים שזהו כן יום חג ואין לעשות מלאכה. אחרים נהגו לא לעשות מלאכה בבוקר יום הפסח למרות שהתורה מתירה זאת – **נאמר כי מי שפעל על פי נוהג זה, מחויב אליו.** נוהג זה אינו מתנגש עם ההלכה. **בעניין איסור והיתר** הרא"ש אומר שמנהג לא יכול להתנגש עם ההלכה, הוא יכול לחזק את ההלכה. בעניין ממון, יש בכוח בית דין לתקן תקנות. אפילו בדיני ממונות – מנהג לא יכול לסתור דין תורה. **תקנה כן יכולה לסתור דיני ממונות ואילו מנהג לא יכול לסתור דיני ממונות בניגוד למה שראינו בדבריו של הטור.**

🡨תלמוד ירושלמי בבא מציעא ז,א:בעבר, פועל במשנה הוא פועל על בסיס יומי ולא עובד קבוע כמו שכיום. כאשר שוכר, שוכר פועלים, והוא מבקש מהם לעבוד בניגוד לשעות העבודה המקובלות. למרות שמראש, השוכר התנה מול הפועל כי יעבוד מעבר לשעות העבודה המקובלות, אם זהו לא מנהג המקום, אדם לא יכול לאכוף עליו לעשות זאת **אפילו שהסכים**. אם מנהג המקום נותן גם אוכל בנוסף לשכר, אדם חייב לספק גם מזון כי כך מנהגו אפילו שלא סיכמו על כך מראש. **בעצם אומרת המשנה שתנאי העבודה של הפועל לא חייבים להיות מסוכמים בין הפועל לשוכר אלא יקבעו על פי מנהג המקום, אפילו שנעשה סיכום בין בעל הבית לפועל.** הפועל זקוק לפרנסה ואוכל והוא יסכים לכל תנאי שיקבע על ידי בעל הבית – לכן, החוק בא להגן על הפועל – גם אם הפועל הסכים לתנאי מסוים, הנוהג הוא שקובע.

כלל נוסף הוא כי כל עוד הפועלים לא התחילו את עבודתם, השוכר יכול לחזור בו. אם הפועל התחיל לעבוד, אי אפשר לעצור את עבודתו. הרשב"ג אומר כי אם קיים מנהג מסוים, על פיו יש לנהוג. כלומר במקרה שאדם התחייב להציע ארוחה מפוארת לפועליו, הוא לא מחויב ליותר ממה שאמר, והפועלים לא יכולים להתלונן, כי זה לא מנהג המדינה. בנוסף, בגמרא נאמר כי בכוחו של המנהג לגבור על ההלכה (דיני ממונות – הלכות פועלים).

🡨 בנושא ייבום וחליצה כאשר הבעל נפטר והאישה נשארת ללא ילדים – על פי הגמרא, **בדיני קידושין מנהג מבטל הלכה** – גם אם יתגלה שמנהג החליצה אמור להיות בנעל ולא בסנדל, מאחר ודורות נהגו בחליצת סנדל, המנהג מבטל את ההלכה וניתן לעשות חליצה בסנדל.

בענייני איסור והיתר יהיה קשה לראות את המנהג כמשנה משהו בדיני איסור והיתר- אבל יש לפעמים איסור והיתר שבשוליים- איסורים שהם לא חזקים והמנהג יכול לגבור עליהם. **למשל-** תשובת הרשב"א (**שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סימן רס**)- עטרות ספרי תורה- קישוטים של ספרי התורה. היה מנהג כי לוקחים את הקישוטים האלה ומקשטים ילדים ואנשים- זהו תשמיש של קדושה ואסור לעשות בו תשמיש של חול. נשאלה השאלה האם זה אפשרי. הוא מביא לכאורה דוגמה למנהג שגובר על הלכה באיסור והיתר. זה חלק משמחת התורה זה מרבה את כבוד התורה ולכן האיסור הוא לא מאוד חזק. במקום כזה הוא כן טוען שניתן ללכת עפ"י המנהג.

**היכולת להתנות**

תשובת הרשב"א- אשר דיבר על מקרה בו אישה קיבלה נדוניה מאביה ולאחר מכן היא מתה וגם כן ביתה- התעורר ויכוח בין אב האישה לחתן מי ירש את האישה. עפ"י דין תורה- הבעל יורש את אשתו- אבל זה עורר קושי עד כדי שאבות נמנעו מלתת נדוניה לבנותיהם (פחד שהבעל ירש אותה). היו תקנות לפיהן ניתן להתקין תקנה לפיהן האבא ירש את הבת בתנאים מסוימים. תקנה כזו יכולה להיות תקנה כי הוא סותר דין תורה, אבל זה עניין ממוני שניתן להתנות עליו.

באותו ויכוח החתן בא ואמר כי מגיע לו הכסף כי נוהגים לפי מנהג הגויים בעניין זה- והמנהג הוא שהאב יורש את ביתו, ועל דעת זה הם מתחתנים. הרשב"א טען כי לא מקובל עליו- לאמץ את זה בגלל היותו מנהג הגויים- זה לא יתקבל על הדעת. אם זה דבר טוב והותקנה תקנה כי הגיעו לאותה מסקנה שהדין הזר הגיע אליה- זה בסדר. אם אומץ הדין הזר- זה לא בסדר.

זהו המאבק לשמר את ההלכה כהלכה תקפה, אם מאפשרים לאמץ דין זר בגלל שהוא דין זר- לפי הרשב"א זה לא מקובל. כך גם במנהג- מוכן להכיר במנהג שלא מקורו בחיקוי הגויים- אם מקור המנהג בזה שחיקו את הגויים- מנהג כזה לא יתקבל גם אם הוא אינו סותר דין תורה. זה חלק מהניסיון לבדל את הולכם ההלכה היהודי. כחלק מהניסיון לחזק את ההלכה- הרשב"א מוכן היה לאמץ מנהג מעצם היותו מנהג- אבל אם מקור המנהג בדין זר הוא לא יהיה תקף, יכול להיות שהוא יהיה חופף למנהג וזה בסדר.

**לעניין המנהג יש החזקה בדיני ההלכה בקניין- באמצעות עניין הסיטומתא.**

עפ"י ההלכה- כדי שעסקת מכר או התחייבות תיכנס לתוקפה, צריך שהעסקה תלווה מעשה קניין (אקט פורמלי שעושה בד"כ הקונה- המסמל בעלות ומעיד על גמ"ד בין הצדדים- למשל, אם מדובר במיטלטלין- הגבהת הנכס למשל- גידור).

🡨 סוגיה בתלמוד על אדם הרוכש חביות יין מהמייצר אותן, הסוחר קונה את היין בשלבים מוקדמים- בו היין עדיין לא מוכן אבל גם אם הוא קונה את היין כשהוא מוכן, הוא קונה כמות יין וכל פעם לוקח לפי הצורך. הסוחר היה כותב את חותמו על גבי המכסה וכך בעצם מסמן את החביות שהוא רכש. בכך הוא לא עושה מעשה קניין- כי תשלום התמורה איננו תחליף למעשה קניין- למרות שבד"כ מעשה קניין הוא הגבהה או משיכה- **הסיטומתא** זה הרישום ע"ג החבית. במקום שנהגו ומשתמשים ברישום הזה כתחליף לקניין לשם רכישה- זה מהווה תחליף למעשה קניין הנובע ממנהג הסוחרים.

סביב זה פוסק "**שולחן ערוך**"- *"מכר לו בדברים בלבד, ופסקו הדמים ורשם הלוקח רושם על המקח כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו, עף על פי שלא נתן לו מהדמים כלום.."-* מדובר בחיוב מוסרי.   
יקנה הרושם- מי שעשה את הרישום, זה היה בהסכמתו של המוכר- הסכמה מפורשת או הסכמה שבשתיקה.   
אם הקונה יעשה רישום ללא הסכמתו של המוכר- זה לא מועיל. אם מגביהים את החפץ ללא הסכמה זה לא מעשה קניין כי אין פה הסכמה של הצד שכנגד. גם אם הקונה יעשה את הרישום ללא הסכמה של המוכר- הרישום הוא חסר משמעות. המשמעות של העברת בעלות- אף אחד מהצדדים לא יכול לחזור בו, ברגע שנעשה מעשה קניין לא ניתן לחזור- אך ניתן לאכוף את ההסכם, אם קורה משהו ליין- **מי יישא באחריות?** האחריות היא בידי הקונה כי הוא הבעלים (אם השומר התרשל בשמירתו תהיה לו אחריות אך אם השומר לא התרשל בשמירתו האחריות היא בידי הבעלים).

ממשיך שולחן ערוך ואומר וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו, כגעון על ידי שנותן הלוקח פרוטה למוכר או על ידי שתוקע לו כפו וכן כל כיוצא בזה- הדוגמה שלמדים מתוך סוגיית התלמוד- סיטומתא- מנהג הסוחרים- היא לא רשימה סגורה. כל דרך שבה נוהגים הסוחרים לסכם ביניהם בהעדה על גמ"ד זה יהיה תחליף למעשה קניין (במקום שבו מסירת מפתח מסמל העברת בעלות זה יהיה תחליף למעשה קניין).

**לדוגמה-** עניין "מזל וברכה"- **האם כשאומרים זאת מחויבים לעסקה?** בית הדין קבע שכן כי הוחלט כי זה הנוהג להעדה על גמ"ד. מנהג הסוחרים הוא זה שיכריע ולא בהכרח יהיה צורך במעשה קניין.

**סמכות חכמים- הערמה על הדין (ניצול פרצות בהלכה)**

**שאלת היחס של ההלכה לחוקי המדינה**- ברמה האידילית ברור שבתפיסה של ההלכה מדינה יהודית צריכה להתקיים עפ"י חוקי ההלכה. במציאות החיים במהלך אלפי שנים- לא הייתה מדינה יהודית עצמאית ויהודים חיו בקהילות תחת שלטון זר- זה עורר מתח בין הכללים ההלכתיים לבין הדין הזר (הם היו מעורבים- חיי מסחר למשל גם תחת אנשים אשר לא כפופים להלכה היהודית). נוצר מתח בין הדין הזר לבין ההלכה- **השאלה היא עד כמה ההלכה מכירה בדין הזר כחלק מההלכה?**   
אם עושים עסקה עם מי שאינו יהודי לא חייבים להתדיין עמו במסגרת ההלכה היהודית- אם יש עסקה שמעורבים בה יהודי ולא יהודי- ההלכה צריכה לתת לזה משקל. השאלה היא- אם שני יהודים עשו עסקה לא עפ"י כללי ההלכה אלא עפ"י כללי המדינה בה הם חיים. נניח ונוצר סכסוך והם באים לבית הדין של הקהילה כדי שיפתור את הסכסוך- האם בית הדין יטען כי נעשתה עסקה שלא במסגרת ההלכה? בית הדין ייתן תוקף לעסקה שנעשתה עפ"י כללים של הדין הזר ועל כן הוא ייקח זאת תחת חסותו.   
נניח והועסק עובד, ויהיה סכסוך בין העובד למעביד והם דנים בבית הדין עפ"י ההלכה והשולחן הערוך- או שבית הדין יטען כי נכון שבשולחן ערוך לא מופיעה זכות העובד אך זה חוק המדינה- האם ההלכה תאמר כי היא מכירה בחוק כמחייב הלכתית ולכן הוא מחויב לחוק או שההלכה תתעלם ותתייחס למה שכתוב בשולחן ערוך.

ב-70 השנים האחרונות- המדינה העצמאית שלא מתנהלת עפ"י ההלכה- זה לא בסדר מבחינה הלכתית (אם היינו חיים תחת שלטון זר זה היה שונה), אך כשחיים תחת שלטון שאמור להיות יהודי- הוא אמור להתנהל עפ"י ההלכה ואם הוא לא מתנהל עפ"י ההלכה נוצר קונפליקט בין שאלת ההלכה לדין המדינה.

נניח ומדינה הייתה קובעת חוק לפיו אדם חייב לחלל שבת- בתפיסה ההלכתית אין מקום לציית לחוק כזה וגם אם החוק יורה זאת- אין לעשות זאת למרות הסיכון בעבירה על החוק- מכיוון שאין חוק המורה לעבור על איסורים- הוא אמור לגבות את האיסור. אין התנגשות אמתית בין הדין במדינה להלכה.   
  
בהקשרים מסוימים בדיני ממונות, המדינה מאפשרת להתדיין גם במערכת דינים אחרת- אם רוצים להתדיין במוסד אחר- ניתן להתדיין בפני מוסד בוררות וניתן גם להכתיב לו עפ"י איזה דין הוא ידון (עפ"י ההלכה, עפ"י דין המדינה- מכתיבים זאת באמצעות שטר בוררות). בוררות- בתנאי שיש הסכמה- אם אין הסכמה ניתן לכפות להגיע לביהמ"ש- ואז מחויבים להיענות ולהגיע לדיון, כאשר מדובר בבוררות- לא ניתן לחייב לבוא לבוררות- אלא מתוך הסכמה של שני הצדדים והם מחויבים להסכמה.   
המדינה מכירה בפס"ד של בורר כפסק דין שניתן לממש אותו בהוצאה לפועל (ביהמ"ש מאפשר פס"ד של בורר מבלי להיכנס לגופו של עניין).

**אם מעוניינים שבית דין יכריע בסכסוך הממוני ולא ביהמ"ש-** יש אפשרות שבית הדין יחזור להכריע בעניינים של דיני ממונות- כאשר יש הסכמה בתי דין רבניים יפעלו כבתי דין ולא כבוררים- ואז פסק הדין שלהם יהיה מכריע כמו זה של ביהמ"ש. לא ניתן לכפות להגיע לבית דין כזה.

היה והוחלט להתדיין לפני מוסד בוררות שמתדיין עפ"י ההלכה ויש סכסוך- האם אותו מוסד יגיד שהוא יפתור את העניין עפ"י הכתוב בשולחן הערוך או שלמרות שזה לא כתוב בשולחן ערוך אבל זה כתוב בחוק וההלכה מכירה בחוק? כשפוסקים עפ"י ההלכה, ההלכה מאמצת לתוכה את החוק ולכן החוק מחייב גם מבחינה הלכתית. זה מתעורר בדיני ממונות- זה היה יכול להתעורר גם במשפט פלילי- שם זה לא מתעורר משתי סיבות:

**נקודת מבט של המדינה**- משפט פלילי לא מופרט (נניח שאדם יתקוף מישהו והקורבן והעבריין ירצו לפתור את העניין עפ"י בית דין שפועל עפ"י ההלכה- עפ"י התפיסה של המדינה העניין הוא בין העבריין והמדינה- ואת המשפט הפלילי המדינה לא מפריטה- היא לא מעוניינת בבורות במשפט פלילי- זה מתנהל בבתי משפט).

**מבחינה הלכתית המשפט הפלילי הוא פחות בעייתי**- כבר הראשונים עומדים על כך שהמשפט הפלילי- ככל שמדובר בענישה של התורה, היא לא ענישה ישימה (התורה קובעת ביחס למעשים אלו עונשים- כמו עונש מיתה- יש עבירות שהעונש בגינן הוא עונש מלקות ויש עבירות אחרות שיש תוצאה ממונית לעבירות ועבירות שאין ענישה בגינן) גם יסוד ההתרעה בענישה וגם הגמול- באים לידי ביטוי גם בדין שמיים- יש כוח עליון שמעניש את הראוי לעונש, לכן לא חייבים לבצע את כל ההלכה- יהיה מי שיעשה את זה.

**דין תורה הנותן עונש מוות ומלקות**- הם על הנייר ולא קיימים בפועל כי הם מותנים בקיום הסנהדרין- מאחר ואין סנהדרין ואין בית מקדש- כבר 2000 שנה אין לנו ענישה של תורה. גם כשהיה סנהדרין אישור הענישה בפועל הוא כמעט לא אפשרי עקב דרישות סף-כמו 2 עדים כשרים (במשפט הישראלי כל עד הוא כשר), בהלכה יש פסולי עדות (בד"כ העדים הנוכחים בקרבת מקום ורואים את העבירה הם פסולים). לפני שבוצעה העבירה התרו באותו אדם המבצע את העונש (הזהירו אותו מפני ביצוע העבירה) והוא החליט שהוא עושה בכל זאת- אם האזהרה נעשתה בסמוך למעשה- הוא עדיין יחוב בעונשי המיתה וכו'.. זה כמעט לא קיים ברמה הפרקטית. גם כאשר היה סנהדרין שישב בבית המקדש הענישה בעונש מוות ומלקות היא יותר ענישה רעיונית ולא מעשית.

**איפה יש משפט פלילי במובן החברתי של המילה?**

אלו שהסף המוסרי שלהם נמוך יותר- צריך לאיים עליהם שלא יעברו את העבירה ולכן ניתנים עונשים, אם נותנים עונש שהוא על הנייר ולא בפועל- מהו המסר שיעבור לציבור העברייני? הסיכון שהם ייקחו כשהם מבצעים את העבירה הוא לא גבוה. מטרת הענישה להרתיע אבל אם היא לא מיושמת בפועל היא לא מרתיעה. **יש הבדל בין שני סוגי עבירות-**

1. אם מדובר בעניין של איסור אכילת חלב ובשר- העונש מלקות, נניח ובפועל לא נותנים עונש מלקות (תנאי סף נוקשים, אין סנהדרין)- זה לא עניין שמפרק את החברה, בעשיית המעשה לא נעשה דבר שפוגע באחר.
2. אם מדובר בעניין של פגיעה באחר (כמו גניבה) אי אפשר לסמוך על כך שאלוקים יעניש. זה גם יוצר אי סדר בחברה (אם הענישה של די תורה לא אפקטיבית).

🡨 רמב"ם רוצח ושמירת הנפש ב, ד- עוסק ברצח לפי ההלכה- אם הוא רצח במזיד הענישה היא מיתה, אם זה היה בשוגג הוא צריך ללכת לעיר מקלט ולהימצא בעיר המקלט עד מותו של הכהן הגדול, אם הוא יצא מעיר המקלט לפני כן- הוא חשוף לפגיעה. מדובר על מקרים בהם אדם לא יחויב במיתה- לא היו שני עדים, עפ"י הגדרת עבירת הרצח- צריך כוונה תחילה, בהלכה- ככל שאדם מתכוון להרוג הוא יהרוג בדרך שלא תגרום לו לענישה על דרך עונש מוות. יכולה להיות מציאות בה אדם יתכוון להרוג, מתכנן להרוג בדרך אחרת הוא יכול לעקוף את עונש המיתה.

🡨 הרמב"ם אומר שיש פה עוד סמכות ענישה- אם חשבנו כי עונשו של הרוצח מתמצה במה שפוסק לו הסנהדרין- לא כך, אם הוא מאיזו שהיא סיבה לא ניתן לתת לו עונש מוות (עשה בעקיפין, לא הייתה התראה, שני עדים כשרים..) זה לא סוף פסוק- מה שבית הדין זיכה אותו זה לא הסוף, המלך או בית הדין של המלך יכול עדיין להרוג אותו- אבל אז עונש המוות לא יהיה בדין תורה אלא במסגרת דין המלך (מיועד יותר לפן החברתי). הרמב"ם מזכיר זאת בהקשר עבירת הרצח. מורד במלכות (מסרב לצו אישי של המלך- צו אשר הופנה אליו). הרמב"ם אומר שגם למורד במלכות יש סמכות למלך לתת עונש מוות.

דין/סמכות המלך

🡨 דרשות הר"ן, דרשה יא-בעל ספר **"דרשות הר"ן"-** קובץ מאמרים העוסק בנושאי יסוד שונים שבהם הוא מאריך ומרחיב. דרשה יא עוסקת במבנה הסמכות השלטונית האידילית בא"י. הר"ן בדרשותיו מתייחס לעניין סמכות המלך להעניש והיחס בינה לבין סמכות הענישה של בית הדין.   
"...ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשופט שישפוט בין פרטיו שאם לא כן, איש את רעהו..." – בני האדם באשר הם צריכים שתהיה מערכת משפט שתשפוט בין הפרטים- אחרת כל אחד יעשה מה שהוא רוצה ותהיה שחיתות שלטונית- כל אחד יעשה מה שירצה- אין מי שיעשה סדר ומיישב סכסוכים.   
**"ישוב מדיני"-** כל חברה שצריכה להתקיים- חלק מהצרכים הוא שופט שישפוט בין פרטיו, עם ישראל בהקשר זה הוא לא שונה- כמו שכל חברה צריכה שופט כך גם עם ישראל. אבל בעם ישראל צריך משפט מסיבה נוספת- "להעמיד את חוקי התורה על תלם"- ליישם את חוקי התורה, גם אם העבירה לא גורמת נזק חברתי- זוהי מטרה העומדת בפני עצמה ולא קשורה בהכרח לעניין הסדר החברתי. הסדר החברתי לא ייפגע אם אדם יחלל שבת, או יאכל בשר וחלב בביתו, בכל זאת צריכה להיות מערכת משפט שתאכוף את דין התורה ותיצור סדר חברתי. המערכת המיישמת את דיני התורה היא ייחודית לעם ישראל.

**"משפט אמיתי"-** דין תורה. יכול להיות שאדם לא יהיה חייב בעונש עפ"י דין תורה (לא הזהירו אותו, הוא עשה זאת בדרך עקיפה ולא ישירה ועפ"י דין תורה הוא לא אמור לקבל עונש) אך ברמה החברתית הנזק שגרם הוא גדול והוא צריך להיענש עפ"י השיקול החברתי ולא עפ"י השיקול הדתי.   
יש רשות שופטת אחת- הסנהדרין ובתי הדין שתכליתם לשפוט לפי המשפט האמיתי- דין תורה ואין להם תפקיד יותר מזה, תפקידם הוא רק ליישם את דיני התורה. אם אדם עשה מעשה חמור אך הוא לא עונה על הקריטריונים של דין התורה- לא ידונו בכך. יכול להיות שברמה התורתית אין לדון בעניין אך ברמה החברתית מדובר במעשה חמור שיש לדון בו- הסנהדרין לא יעניש אך ברמה החברתית הוא נזק גדול- האלוקים מקים את הסנהדרין (מיישם את דין התורה) ומערכת המשפט הנוספת, חברתית- המלך או מי מטעמו, המלך יכול להאציל את סמכותו לסנהדרין- במקום שיקים מערכת משפט יתקיימו שתי מערכות משפט. אם הוא יקבל עונש עפ"י דין תורה, אם הגיעו למסקנה שעפ"י דין תורה לא ניתן להעניש- יענישו תחת כובע המלך.

הר"ן מוסיף כי המלך רשאי לדון בהיבט החברתי. אם אין מלך- הסנהדרין חובשים את שני הכובעים (או שהמלך מאציל את הסמכות)- יעשו את התפקיד הדתי והחברתי, כשאין סנהדרין- המלך לא יכול לעשות זאת- הוא לא יכול לקבל את התפקיד הדתי. המלך יכול להתעסק רק בפן החברתי.  
המלך רשאי לסטות מדין תורה בענישה ובהגדרת העבירה- הוא לא מחויב לדין תורה- יכול לפעול עפ"י שיקול דעתו. דין תורה כן צריך להנחות אותו אך לא לחייב אותו. הצורך החברתי מחייב אותו לסטות מהם- הוא רשאי להסתפק בפחות ראיות, או להעניש את מי שעפ"י דין תורה לא אמור להיענש, אך עדיין הוא משתמש בדין תורה- ניתן לסטות מהם עפ"י שיקול דעת.

הדברים של הר"ן פותרים את הקושי בהקשר הפלילי- כשנידונה השאלה הזו- המצב האולטימטיבי הוא שמדינת ישראל תתנהל עפ"י ההלכה כשמדובר בשלטון יהודי, גם פוסקי הלכה שחשבו כך- לא ידעו מה ייעשה בנוגע למשפט פלילי – אי אפשר לנהל משפט פלילי עפ"י דיני התורה- אין להם סמכות ענישה, אבל ניתן להשתמש בדין המלך (שלטון). יש סמכות למלך להקים מערכת משפט פלילית.   
**"שבע מצוות בני נוח"-** בדורו של נוח כל העולם נחרב- כל מי שיש בעולם הם בני נוח, כשנוח יוצא מהתיבה אלוקים מצווה אותו על 7 מצוות. 7 המצוות הללו- איסור לעבוד עבודה זרה, גילוי עריות, שפיכות דמים, איסור גזל, אבר מן החי..

**מצוות דינים-**

**מצמצמת-** מצוות להקים מערכת משפט שתשפוט מי שעובר על אחת משש העבירות האחרות.   
**מרחיבה-** מצוות דינים היא מצווה להקים מערכת משפט שתעשה סדר בחברה- הם לא מחויבים לתוכן של מערכת המשפט של ההלכה היהודית- אבל חובה שתהיה מערכת משפט כדי ליצור סדר בחברה. מערכת המשפ הזאת תטפל בעבריינים ותיצור סדר בסכסוכים אזרחיים.

7 המצוות מוגדרות כמצוות אוניברסליות- כל אדם מחויב להם- לא צריך לאכוף את המצוות על

שאר האנשים אך בתפיסה ההלכתית הם מחויבים.

**"גר תושב" –** מי שאינו יהודי שרוצה לשבת בקרב עם ישראל ועם ישראל כוחו עליו- הוא צריך לקבל על עצמו שבע מצוות בני נוח. המצווה השביעית היא מצוות דינים- מצווה להקים מערכת בתי משפט שתשפוט- תעשה סדר בחברה. למלך ישראל יש סמכות להעניש (מבחינת סמכויותיו מלך ישראלי לא יהיה פחות ממלך זר)- כמו שהתורה מחייבת שלטון כלשהו להקים מערכת משפט, כך גם בישראל יש סמכות למלך להקים מערכת משפט ולהעניש ענבריינים. בהקשר הפלילי- יש סמכות למערכת של מלך או שלטון להקים מערכת של משפט פלילי- לא בהכרח עם שיקול דעת פתוח לגמרי (יכול להיות שעדיין דין תורה צריך לעמוד לנגד עיניו במישור התיאורטי אך פועל הוא

יכול לסטות במקרים מסוימים מדין התורה).

**האם יש למלך סמכות גם בהקשר האזרחי?**

בני ישראל נכנסים לא"י בהנהגת יהושוע- לאחר מכן מתמנים שופטים בזה אחר זה (תקופת השופטים) לקראת סוף ימיו של שמואל- פונה אליו העם ואומר כי הוא מעוניין במלך. שמואל כועס עליהם משתי סיבות- רואה בזה פגיעה באלוקים וכן פגיעה אישית בו (קיווה כי בניו ימשיכו אחריו). מסתבר שבניגוד לעמדתו של שמואל אלוקים טוען כי אם הם מעוניינים במלך- יהיה. האלוקים ימנה מלך. הוא מספר להם מה המלך עלול לעשות להם- נותן להם סדרה של איומים (משפט המלך):" ויאמר שמואל את כל דברי ה' אל העם השואלים מאותו מלך.." – הוא ישתמש בבנים לצרכיו. גם הבנים וגם הבנות- ישתמש בהתאם לצרכיו, ייקח את השדות שלהם וייתן למי שהוא מעונין, החמורים- בסוף הם גם יהיו עבדיו ואז לא ניתן יהיה לעשות כלום. הוא חשב שאחרי סדרת איומים כזו הם לא יהיה מעוניינים -למרות זאת, הם עדיין היו מעוניינים והתמנה מלך- שאול.

בבלי סנהדרין כ,ב- האם מה שמתואר שיקרה מלך- האם אכן שמואל בא להגיד כי זהו אכן משפט המלך. כשהמלך יעשה את כל הדברים שתוארו, אי אפשר יהיה לפעול כנגד כי זוהי סמכותו. האם התיאור הוא אכן תיאור סמכויותיו של המלך עפ"י ההלכה או שמא זה לא תיאור סמכויות של המלך אלא דרך לאיים עליהם. הוא רצה לגרום להם לחזור בהם ממה שאמרו- הוא רק אמר שזהו סיכון שהם לוקחים על עצמם אך אלו לא בהכרח סמכויות המלך. האם כל המתואר בספר שמואל הם חלק מסמכויות מלך או רק נאמר כדי לאיים? שאלה המופיעה במסכת סנהדרין והאמוראים דנים בו. לדעת האמורא שמואל- אלא סמכויות המלך, אם המלך יעשה את זה הוא לא חורג מסמכותו כי מותר לו. רב אומר כי כל המתואר בפרשת המלך אלו לא סמכויותיו של המלך אלא כדי להפחיד את העם, זה לא אומר שהמלך רשאי לעשות את כל המתואר. אם מקבלים את עמדת אמורא שמואל- למלך יש סמכות גם בדיני ממונות (רשאי לקחת מה שהוא רוצה, לפתור סכסוכים- הוא לא מחויב בדין תורה)- אם אומרים שהכל זה כדי לאיים- אין מקור לסמכותו של מלך להקים מערכת משפטי בדיני ממונות.

**איך ההלכה מתייחסת לחוק המדינה?** *"דינא דמלכותא דינא"*

האם כאשר מנסים לפתור סוגיה אזרחית המונית, האם ההלכה תיקח בחשבון גם את החוק? בשיעור הקודם למדנו מדין המלך. הכרה של ההלכה בחוקי המדינה אפשרית ב2 דרכים- דרך הכרה עקיפה ודרך הכרה ישירה:

**1.דרך הכרה עקיפה** – להשתמש במנהג כמקור נורמטיבי ולראות את חוק המדינה כסוג של מנהג. לא מכירים בסמכות של הגוף המחוקק, אלא מכוח היותם מנהג הציבור הם מחייבים. לא באופן ישיר אלא באופן עקיף. בדרך הזו, ההלכה לא מכירה באופן ישיר בסמכות הגוף המחוקק – לא בהיותו גוף מחוקק אלא בחוקיו שכמנהג שהציבור מקיים. ההסבר לדרך העקיפה מקורו בתשובה לשאלה - **מדוע *"דינא מלכותא דינא"*- למה בהכרח מחויבים לדין המלכות?**

🡨 על פי הר"ן המלך הוא בעל הבית, בעל הקרקע שעליה העם חי, ולכן על אדם לכבד את חוקיו ולשלם את המיסים שהמלך גובה. מאחר והעם חי בשטחו של המלך – עליו לציית לחוקיו.

🡨 אומר הרשב"ג כי על חוקי המלך יש הסכמה חברתית – לעם אינטרס לקבל את חוקי המלך מכיוון שזה יוצר סדר, מאפשר למלך לשרת את הציבור. אין הכוונה שיש הסכמה לכל חוק שהמלך מחוקק , אך יש הסכמה כללית שהמלך מחוקק חוקים ויש לפעול על פיהם. העם מרצונו מקבל את הכללים של המלך.

🡨 הרמב"ם גם מדבר על הסכמת העם אך בדרך אחרת. אם מכוח חוק המלך, אדם מחזיק ברכוש של אדם אחר – אין בכך גזל מאחר שאנו מכירים, מסכימים לחוק המלך.

🡨 רש"י נותן הסבר קצת אחר במסכת גיתים – מדוע כל השטרות כשרים גם אם נעשו על פי דין גוים? בגלל *"דינא מלכותא דינא"*. מאחר שהתורה ציוותה גם את מי שאינו יהודי, להקים מערכת חוקים. המלך קיבל את הסמכות מכוח התורה ולכן על כולם לציית לכלל שלו. ההלכה כביכול נתנה לו סמכות לחוקק חוקים. **גט אישה לא ניתן לעשות על פי דין המלכות אלא על פי דין ישראל** מאחר וליהודים חוקים משלהם בדיני קידושין. בשורה התחתונה – סמכות המלך נובעת מהתורה.

🡨 רבנו תם: כפי שלחכמים סמכות לתקן תקנות ממוניות מכוח "הפקר בית דין הפקר" בדיני ממונות מכל מיני סיבות – אחת התקנות שתקנו חכמים הייתה תקנה שמאמצת את דין המלכות. הם החליטו לאמץ את דין המלכות מכוח תקנה מאחר וחיו תחת שלטון מלך זר. כלומר, הגוף של החכמים שמוסמך לתקן תקנות אימצו את חוק המלך – התוקף של חוק המלך ניתן על ידי חכמים. כלומר, לא מכירים בסמכותו של מלך, אלא מכוח תקנות חכמים מאמצים אותו.

**2.דרך הכרה ישירה** – מכירים בחוק בגלל העובדה שהגוף המחוקק חוקק אותו. מכירים בסמכות הגוף המחוקק. דרך אחת היא תקנות הקהל בדיני ממונות. הדרך השנייה היא מכוח כלל המופיע בתלמוד *"דינא דמלכותא דינא"* = דין המלכות דין -

🡨 מתניתין, משנה: כאשר אדם נודר נדר, ומפר את הנדר, לעיתים הוא מתחייב מול בית דין וזה אחראי על עונשו. בנדר, אדם יוצר לעצמו איסורים, באפשרותו להתיר את הנדר. על פי מקור זה, לכהן אסור לאכול/להשתמש בתרומה. כאשר מגיע אדם שגובה מיסים (=רוכס), אל לו לקחת את פירות כמיסים אשר מיועדים לתרומה. על מנת להוכיח שהפירות הם תרומה, אדם נודר נדר שהפירות הם תרומה. לפי המשנה, אפשר לרמות את הרוכס וכן לאכול את הפירות אפילו שנדר נדר. בשורה התחתונה – אם בא רוכס לגבות מס מותר לרמות אותו. **המשנה מעלה לגיטימציה להעלמת מס ואף מציעה דרך (נדר).** הגמרא שואלת – **כיצד זה אפשרי?** הרי על פי שמואל, דין המלכות תקף – אם המלכות קבעה שצריך לשלם מס, ההלכה מכירה בתוקף המלכות לחייב אדם. רב חיננא א"ר כהנא אומר שזה אפשרי להעלים מס לפי המשנה, רבי ינאי אומר שזה לא אפשרי. **במחלוקת זו נעשה אבחנה לפי נסיבות המקרה**: רב חיננא א"ר מדבר על מקרים שבהם המוכס גובה מיסים לא שוויוניים (המס בדר"כ אחיד כלפי כולם) או שגובה על דעת עצמו ללא צו מלך, כלומר גובה מיסים לא חוקיים. **במקרים כאלה** מותר להעלים מס.

על פי *"דינא דמלכותא דינא"* **חובה לציית לדין המלכות**. העלמת מס מותר לעשות במקרים שגביית המס היא לא חוקית, כלומר במקרים כאלה אפשרי לא לציית לדיני לחוק המדינה. 🡨

🡨 בבלי בבא בתר נה, א: (אריס=אדם שעובד אדמה בשטח של אדם אחר) כשאדם לא משלם מיסים, לגובה מס סמכות למכור את הקרקע שלו. גם כאן על פי המשנה יש לכבד את חוק הגוים.

🡨 מסכת גיתים: שטר של גוים כשר אפילו שלא חתום עליו יהודי, מקבלים את חוקי המדינה כי, על פי רש"י *"דינא דמלכותא דינא"*- אנו מכבדים את השטר שנעשה בערכאות של גוים.

ניתן לראות שההלכה מקבלת את חוקי המלכות בדיני מיסים, דיני מקרקעין ודיני שטרות.

**מיהו מלך?** מתי נגיד *"דינא דמלכותא דינא"*?

🡨 על פי הרמב"ם מלך הוא "מלך שמטבעו יוצא באותן הארצות" – היה מקובל שהמלך היה מטביע את חותמו על המטבע – על המטבע דיוקן המלך. אם הציבור לא משתמש במטבע של המלך, הציבור לא מקבל את המלך. זוהי ההגדרה של הרמב"ם – מלך המטבע שלו מקובל בארצו, דהיינו הציבור קיבל אותו כמלכם – אז הוא מלך ש*"דינא דמלכותא דינא"*.

🡨 המהרי"ק (רבי יוסף קולון, המאה ה-15): על פיו, לאו דווקא מלך, כל "הדיוט" יכול לפסוק בארצו. כלומר, לא חייב להיות מלך, אלא כל אחד יכול לקבוע כללים על הקרקע שבבעלותו – כפי שהסביר הר"ן. לא צריך להיות מלך כדי שדין המלכות יהיה דין, אלא כל שליט בעירו – כל אדם בעל קרקע (עליה הוא קובע כללים וחוקים משלו) הוא **מלך**.

🡨 מהרשד"ם (רבי שמואל מדינה): לא מסכים עם בן דודו המהרי"ק – לא כל שליט בעירו הוא מלך, אלא רק מלך ממש – מלך לא מתחלף מהר, הוא מתמנה עד סוף ימיו.

🡨 שו"ת משפט כהן (עניני א"י) סימן קמד, יד: על פי הרב קוק הסמכות של המלך נובעת מהסכמת העם, כשאין מלך - הסמכות בידי העם. *"דינא דמלכותא דינא"* יחול גם על נבחרי העם.

**האם גם מלך ישראל נכנס לקטגוריה של *"דינא דמלכותא דינא"* ?**

**דגש חשוב:** *"דינא דמלכותא דינא"* לא בא להסדיר שלטון של המלך על העם. אלא, נולד על רקע מציאות שבה יהודים חיים תחת שלטון זר. יש מתח באופן טבעי בין שני צדדים אלו וצריך לגשר על פערים אלו.

🡨 הר"ן, נדרים, כז: מאמץ את הנימוק שהמלך הוא בעל הבית על הקרקע ולכן יש לחיות על פי חוקתו. על כן, לפי הר"ן, תחת "דינא דמלכותא דינא" נכנס גם מלך.

🡨 הרמב"ם: דיבר על סוגית המס, יש לשלם את המס של המלך שתחתיו חיים בני ישראל, אפילו אם הוא גוי. כלומר גם מלך גוי וגם מלך מישראל נכנסים תחת "דינא דמלכותא דינא".

🡨 בפרשת המלך , ספר שמואל: כאשר העם ביקש לעצמו מלך משמואל, נאמר שהוא עלול לקחת את בני ובנות ישראל לעצמו. הוצגו 2 דעות – הראשונה כי אלו הן סמכויות המלך, הוא רשאי לעשות בכספי התושבים מה שיחפץ. השנייה, המלך עשוי לעשות שימוש לשם הפחדה בסמכויותיו. קיימת מחלוקת.

🡨 מאירי: כאשר דן ב"דינא דמלכותא דינא", הוא מביא את דברי התוספות לפיהן, כאמור בהלכה של פרשת המלך, למלך מותר לחוקק חוקים מתוקף "דינא דמלכותא דינא" , "מלך מותר בו". המלך רשאי להחליט ולקבוע בדיני ממונות. ברמה המהותית הוא חל גם על מלך ישראל וגם על מלך גוי. לכאורה, להכיר בסמכות המלך מכוח "דינא דמלכותא דינא" שקולה להכרה בסמכותו מההלכה.

**האם "דינא דמלכותא דינא" עוסקת גם במלך ישראל?**

שאלה זו הטרידה את הפוסקים במשך שנים רבות. הפוסקים ניסו לגשר על הפער שבין המצב הרצוי – שיהיה מלך ותהיה מדינת ישראל לבין המצב בקיים לפיו ישראל חיו תחת שלטון זר. עד היום קיימים בתי דין רבניים אשר נותנים משקל ל"דינא דמלכותא דינא".

**על אילו דינים יחול "דינא דמלכותא דינא"? (דיני ממונות ולא דיני איסורים)**

🡨הרמב"ם, גזלה ואבדה

🡨 שו"ת תשב"ץ- הכלל הראשון העולה משני המקורות- כדי שיכול כלל "דינא כמלכותא דינא", על הכלל להיות שוויוני. המשנה שאמרה שאפשר להתחמק מתשלום כאשר מדובר במוכס שאי לו קצבה או מוכס החורג מסמכותו, בעקבות זה אומר הרמב"ם- כדי שיחול הכלל- הכלל צריך להיות שוויוני ולחול על כולם. מדובר במס לא שוויוני, בניגוד למס המס שהוא כן שוויוני וכפוף ל"דינא כמלכותא דינא".

🡨 הרמ"א: מגבלה מוסכמת שהחוק צריך להיות שוויוני וצודק. לא מדובר בביטויים של שחור ולבן- יש ערפול מסוים. מגבלות מהותיות של הכלל "דינא כמלכותא דינא"- הרמ"א מביא אותה להלכה, הכלל יחול רק בחוקי מיסים ונכסים התלויים בקרקע.

אם מבססים את הכלל על בעלות המלך בקרקע- יש הגיון שאומר כי אם אדם בעלים על הקרקע הוא יכול לקבוע האם לשלם או לא לשלם דמי כניסה או מיסים והוא יכול לקבוע דברים הנוגעים לדברי בקרקע- כי זה שלו. אדם לא יכול להכתיב כללי התנהגות ביחס לקרקע. יש הגיון בלהגיע למסקנה כזו אם מנמקים את בעלות המלך בקרקע. הכלל מוחל בדיני מיסים ודיני מקרקעין.

🡨 הרשב"א- מביא עמדה שאומרת שהכלל חל רק בדברים שצומחת מהם תועלת ישירה למלך (הופכת את החברה ליותר מסודרת). לדוגמה: מסים, קרקעות...

🡨 הרשב"א דוחה את זה- זה לאו דווקא בדברים שצומחת מהם תועלת למלך, אבל זה דומה להבחנה של מסים וקרקעות- רק מנוסח אחרת.

🡨 ריטב"א- חלק ראשון- מתיישב עם הנמקה של תקנת חכמים (רבנו תם)- על מה מבוסס דינא דמלכותא דינא? תקנת חכמים שאימצה את דין המלכות ודינים שהחכמים לא אימצו לא חל עליהן הכלל.

הוא מערב בין שתי הנמקות- מצד אחד הנמקה של תקנת חכמים (חייבים שיהיה מחויב בדין חדש ולא בדין ישן), אך אם מדובר בדין חדש- צריך הסכמה- שכל בני מלכותו יסכימו עליו (פרוצדורה שתביע את הסכמת העם). מדובר בתקנה שאימצה את דיני המלכות אך הוא גם השתמש ביסוד ההסכמה.

אם מדובר בדינים ישנים- לא צריך שכל פעם יסכימו עליהם מחדש, אם מדובר בדין חדש- צריך ליצור הסכמה שתבוא לידי ביטוי.

🡨 ש"ך חושן משפט עג- לקיחת משכון כשניתנת הלוואה- מועד הפרעון מגיע- אם לא משולם החוב ניתן למכור את המשכון ולקבל עליו תמורה, בה ישתמשו לפרעון החוב. כיום לא חייבים לקחת את המשכון- ניתן לרשום ברשם המשכנות וכך גם בהלכה. נניח ולאדם יש משכון- הגיע מועד הפרעון והוא לא נפרע- האם ניתן למכור מיידית או שצריך לתת פרק זמן ללווה לשם החזרת החוב? ההלכה קובעת 30 יום (אולי בזמן זה ישיג הלווה כסף). אחרי 30 יום, אם הוא לא פורע, ניתן למכור. צריך להמתין 30 יום עד שממשים את המשכון. הש"ך מביא דוגמה לדין זר- מכירת המשכון לאחר שנה- זאת כי בינתיים הוא מבוטח- לעומת זאת הנזק שיגרם ללווה הוא נזק גדול. הש"ך מתמודד עם השאלה- הם חיים תחת שלטון הקובע שנה וההלכה קובעת 30 יום? האם מכוח דינא דמלכותא דינא יהיה ניתן למכור כעבור שנה? הוא מטיל מגבלה חדשה על הכלל "דינא דמלכותא דינא"- אומרים זאת רק במקום שבו דין המלכות משלים את ההלכה ולא כאשר הוא מתנגש עם ההלכה.

מאחר ויש הסדר הלכתי ברור בשאלה- ניתן למכור תוך 30 יום, זה הסדר מחייב ודינא דמלכותא דינא לא יכול לעקוף זאת, כי אז לא תהיה משמעות להלכה.

לפי התפיסה ההלכתית- אי אפשר בלעדי התפיסה הזו. דינא דמלכותא דינא לא בא להחליף את ההלכה וליצור מערכת דין חלופית. לא יכול להיות ש"דינא דמלכותא דינא" תהפוך לעיקר וההלכה תהפוך ל"שוליים", ניתן להשתמש בה כדי להשלים ולא כדי להחליף.

* **אם יש פתרון הלכתי שיכול לענות על השאלה- ימנעו מלאמץ את הדין הזר.**

מעמד מערכת המשפט על פי ההלכה

**האם יש היתר לפנות להלכה כמערכת משפט? מתחלק לשני חלים-**

פן חיובי- הסוגיה של בתי דין של הדיוטות (אינם מומחים בדין תורה)- האם ההלכה מכירה בבתי דין שאינם מומחים בדין תורה.

פן שלילי- האם נכון להתייחס לבתי המשפט בישראל כערכאות של גויים. (ערכאות של גויים- לא מתייחס לזהות הדיינים אלא לתוכן הדין).

המציאות שבה ההלכה עוסקת בסוגיות הללו ההיא סוגיה שבה יהודים חיים בקהילות תחת שלטון זר, יש צורך בכללים מוסדרים. אם יאסרו לפנות לערכאות של גויים- לא יהיה למי לפנות. ערכאות של גויים זה אסור לכן אין למי לפנות. ככל שהתעצם עניין איסור פנייה לערכאות גויים היה צריך לאשר בתי דין של הדיוטות. ההרחבה של הכרת בתי דין של הדיוטות והאיסור לפנות לערכאות גויים שהתרחב- השיפוט יישאר בתוך הקהילה היהודית ולא יזלוג החוצה לפנייה לערכאות אחרות.

ברגע שפונים לערכאות של גויים זה הולך ומתרחב ומעמד הקהילה מצטמצם.

(אם רוצים לכפות פסק בורר- רק אחרי שביהמ"ש המחוזי מאשר אותו- ניתן לפנות להוצאה לפועל. בתי דין לממונות משמשים כמוסדות בוררות- לא ניתן להגיע איתו להוצאה לפועל אלא אם כן בית דין אישר אותו). צריך את הסכמת התובע והנתבע לתביעה בבית דין הדן עפ"י ההלכה.

🡨 ברייתא, מסכת גיטין:אפילו אם דין ערכאות הגויים הוא כדין ישראל אי אפשר להיזקק להם. הבעיה של ערכאות של גויים היא שאלה תפיסתית- לא רוצים שאנשים יפנו למוסדות האלה. גם אם התוצאה תהיה אותה תוצאה כמו זו של דיני ישראל, אנחנו לא מעוניינים שיפנו אליהם כי זה יחליש את המערכת הקהילתית יהודית.

*"לפניהם ולא לפני הדיוטות"* מקור לשתי הדיוטות שקובעות כי אין לפנות לערכאות של גויים ואין לפנות

לבתי דין של הדיוטות. מדובר פה על ערכאות של עובדי כוכבים. האם עובדי כוכבים זה כל מי שאינו יהודי? עובדי כוכבים- החשש הוא שמא ילמדו לעבוד עבודה זרה והיא רואה בתפיסת ערכאות הגויים תפיסה דתית- עצם הפנייה לשם מהווה מעין הכרה בעבודת הכוכבים. הפוסקים הפכו את עובדי הכוכבים לגויים ואז זה קיבל תחולה רחבה יותר. עולה כי ההלכה לא מכירה בבתי דין של הדיוטות.

מקום אחר בו כן מכירים בבתי דין של הדיוטות-

🡨 משנה-*"דיני ממונות בשלשה"-* שלושה דיינים (בניגוד לדיני נפשות שכדי לתת עונש מוות צריך בית דין שמורכב מ23 שופטים, מלקות-23, בדיני ממונות צריך שלושה), "שניהן בוררין להן עוד אחד.."- סוג של בוררות- התובע הוא בורר אחד, הנתבע בוחר בורר שני- המשנה מתייחס לבית הדין ולא בוררות- התובע בוחר בית דין אחד, הנתבע בוחר בית דין שני ושניהם בוחרים בית דין שלישי. למה יש צורך בשלושה בתי דין? התובע מגיש תביעה בבית דין מסוים- הנתבע רוצה להתדיין בבית דין אחר, מאחר וכל אחד רוצה משהו אחר- צריך להגיע להסכמה על בית דין. לא מדובר על הליך בוררות אלא על הליך של דין והשאלה היא מיהו בית הדין שידון בכך. יש פה ויכוח בין המלווה ללווה או בין התובע לנתבע- באיזה בית דין להגיש את התביעה. צריך להגיע לבית דין מוסכם.

🡨 **מובאת עמדה של רבי אלעזר**: היכולת להתלבט בבית דין נתונה למלווה- ללווה אין יכולת בחירה (הוא לא יכול לא להסכים לדון בבית דין מסוים). איך מיישבים זאת?

🡨 הגמרא: זה שאפשר לכפות על הלווה מדובר על בית דין שבעירו המורכב מדיינים מומחים ואז הלווה לא יכול להתנגד ואפשר לכפות עליו לדון בבית דין מסוים. אם מדובר בערכאות שבסוריא (בית דין שאינו של מומחים) יכול הלווה לסרב לדון בבית דין ולהגיד שהוא לא רוצה להתדיין בבית הדין הזה. יש הכרה בבתי דין של הדיוטות- היא מוגבלת אך קיימת.

🡨 רש"י: ערכאות בסוריא- *"שלא היו בקיאין בדין תורה"*

🡨 ר"ן סנהדרין כג, ב:כיוון שמדובר בערכאות בסוריא- אין אנשים הבקיאים בדין תורה. הר"ן מסביר למה ניתנה הכרה לבתי דין של הדיוטות- כי אין מומחים. סמכותם נובעת מהסכמה- בדין תורה אין סמכות לבתי דין של הדיוטות אך הציבור יכול לקבל על עצמו בתי דין של הדיוטות וזו הופכת להיות מערכת מוסכמת. המשנה אומרת שאפילו דיינים שפסולים מלשמש כדיינים יכולים לשמש כבוררים.   
ניתן למנות בורר שהוא בד"כ פסול לשבת בדין. כמו ששניים יכולים להסכים לקבל על עצמם בורר למרות שהוא פסול לשבת בדין- ניתן להסכים לקבל בית דין שהוא פסול. ברגע שבני העיר קיבלו על עצמם זה מחייב אותם- אפשר לקבל במקרה זה בית דין שידון למרות שלא מדובר במומחים ובקיאים.

ראינו שני דברים:

(א) מדובר במקומות שאינם בני תורה- הכרנו בבתי דין כאלה כי לא הייתה ברירה- הנימוק אומר משהו גם על היקף הדין- הכרה בבית דין של הדיוטות- נובעת מכך שאין מומחים, אם ההכרה נובעת מזה- אם מצויים במקום כאלה דיינים מומחים לא ניתן הכרה לכך.

(ב) המקור הפורמלי הוא ההסכמה- ברגע שהציבור הסכים זה מחייב את הציבור.

🡨 שו"ת הרשב"א ב, רצ:*"הודיענו מה שאמרו: כל המעמיד דיין שאינו הגון.."-* מקום בו אין אנשים הבקיאים בדין תורה ואנו חייבים להעמיד בית דיינים שיוכלו לכפות על הצדדים להתדיין כי אם זה לא ייעשה (אם לא יוקמו בתי דין המוסמכים לדון גם במקרה בו הדיינים אינם בקיאים בדין תורה)- יפנו לערכאות של גויים (רבו האנסין- כשהולכים לערכאות של גויים אם יחליטו משהו שעפ"י דין ישראל לא קיים- יצטרך לפעול לפי ערכאות הגויים). מצד אחד אין אנשים הבקיאים בדין תורה, מצד שני אם זה לא ייעשה- יפנו לערכאות של גויים.

עקרונית, הדיינים צריכים להיות בקיאים בדין תורה אך בהסכמת הציבור ניתן למנות דיינים שאינם בקיאים בדין תורה. הרשב"א אומר= הוא מוותר על הקריטריון של בקיאות בדין תורה, אך עדיין אותם אנשים צריכים להיות אנשים כשרים- מבינים מדע, שונאי בצע, יראי אלוקים.

**שאלה:** ראובן נתמנה סופר על הקהל...

בד"כ בהלכה אנו צריכים שני עדים שיראו את המעשה מתחילתו ועד סופו. שני עדים נדרשים כשיש שטר כדי שיהיה לו תוקף- אם לא הוא לא שטר. כל עד צריך לחתום בעצמו. גם אם יש שני עדים זה לא אומר שניתן לפנות להוצאה לפועל- מי אמר שהחתימות למשל אמיתיות?

יש בעיה כשהנתבע כופר- הנתבע יכול להגיד שהשטר מזויף ויש להוכיח שהשטר אותנטי. זאת באמצעות הבאת העדים שיעידו שזה אמיתי. אם אין שטר וטוענים שחייבים כסף- אותו אדם חייב גם בלי שטר.

אם כך מה מועיל השטר?

1. יוצר שעבוד נכסים שאין בהלוואה בע"פ
2. יש פרוצדורה שאפשר לעשות כדי לקיים את השטר. למה הכוונה **"לקיים את השטר"?** נניח ומועד הפירעון הוא בעוד שנתיים- יהיה קשה למצוא את העדים. יש ללכת מיידית לבית הדין ולבקש מהם לקיים את השטר- או באמצעות שהעדים יגידו שהם אכן חתמו והשטר יהיה תקף, או לחלופין- ניתן לקיים את השטר באמצעות השוואה של החתימות. ברגע שקוים השטר, השטר הופך להיות שטר שניתן לפנות איתו להוצאה לפועל- לא צריך לעבור עוד הליך להוכחת החוב.

במקרה דנן, בכל מקום יש סופר העיר- הוא זה שכותב שטרות ומסמכם משפטים. פונים לסופר כדי שיכתוב שטר- צריך שני עדים לכך. נניח ועושים עסקה, מגיעים שני עדים, העסקה מתבצעת ואז הסופר חותם, מחתים את השטר ואז אדם נוסף, לפעמים עד שהסופר חותם על השטר, העד השני מת ואז יש בעיה- מה עושים במקרה כזה? נשאר רק עד אחד.. הם הסכימו על תקנה ביניהם שבמקרה כזה יכול הסופר לחתום גם בשם העד הנוסף. הסופר למעשה מאשר שהעד הנוסף היה נוכח במקום כשהעסקה בוצעה ומסתפקים בזה. הם קבעו שאף אחד לא יוכל לערער על זה.

**האם אפשר לעשות תקנה כזו או לא? זו תקנה המוותרת על חתימה של אחד העדים-**

🡨 הרשב"א: התקנה הזו תקפה כי ראינו שבדבר שבממון ניתן להתקין תקנות הנוגדות את דין תורה (למרות שלפי דין תורה צריך שני עדים) ניתן לקבל את תקנת אחד העדים.

ממנים קרוב משפחה כבורר. אנו יכולים להסכים כי קרוב משפחה יהיה דיין (בדיני ממונות).   
או שמסכימים על מינוי בורר למרות שהוא פוסל, ניתן להסכים על סטייה מדיני הממונות- אם הסכמנו שמספיקה החתימה של הסופר הסכמנו וההסכמה תקפה. הסכמת הציבור מועילה כדי למנות בית דין גם כאשר מדובר בדיינים שאינם בקיאים בדין תורה.

🡨 היכולת למנות בית דין המורכב מדיינים שאינם בקיאים בדין תורה, מובאים בדברי הרמ"א:

שולחן ערוך חושן משפט ח, א:אסור למנות דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה. רבי יוסף קארו לא דן בבתי דין של הדיוטות. איו למנות בתי דין של הדיוטות מי שממנה דיין כזה- לדיין הזה אין תוקף ובכך הוא למעשה עבר עבירה.

הרמ"א מביא את עניין בתי דין של הדיוטות להלכה- בית יוסף שואל האם ניתן למנות דיין שאיננו בקיא בדין תורה ולעשות איתו תנאי- כל דבר הוא ישאל גדול ממנו ולא יכריע מדעתו- אי אפשר למנות כזה דיין. כי הדיין צריך להיות בקיא בעצמו. הרמ"א מדגיש כי למרות התוצאה תהיה כדין תורה זה לא מספיק- צריך שהוא עצמו יהיה בקיא בדין תורה. אם כל האנשים לא בקיאים בדין תורה וצריך דיינים שישפטו ביניהם כדי שלא יפנו לערכאות של גוים- ממנים דיינים אחרים- "הטובים והחכמים שבהם".   
הרמ"א מכשיר בתי דין של הדיוטות (בניגוד לשולחן ערוך) אבל יש פער בין מה שאומר בראשית דבריו לבין מה שהוא אומר בהמשך-

נקודת המוצא היא שמדובר במקום בו אין דיינים הבקיאים בדין תורה ואז אין ברירה וצריך למנות דיינים שאינם בקיאים בדין תורה. ברגע שזה מוסכם זה תקף.

במשפט האחרון הרמ"א מוסיף- זה לא מותנה בזה שאין דיינים שלא בקיאים בדין תורה. הנימוק המשפטי הוא הסכמה, ההסכמה למעשה היא היסוד המשפטי זה לא תלוי בשאלת הבקיאות. זה לא

מוגבל דווקא למקומות שאין ביניהם בקיאים.

🡨 אורים ותומים חושן משפט כב, א- ר' יונתן אייבשיץ (אורים ותומים- פירוש של שולחן ערוך)   
*"חס ושלום למנות דיינים חסירי מדע..."-* אורים ותומים לא מקבל את פרשנות דברי הרמ"א- כל ההיתר להסתמך על בתי דין של הדיוטות והיכולת לכפות אותם על הציבור- מותנה בכך שאין דיינים הבקיאים בדין תורה. הסכמת הציבור תועיל במקום שבו אין דיינים שבקיאים בדין תורה.   
יש מחלוקת בשאלה- האם אחרי שהכרנו בבתי דין של הדיוטות (ההכרה נבעה בצורך בהתמודדות מול הערכאות הזרות), אחרי שהכרנו- האם ההכרה מוגבלת למקום שבו אין בקיאים או שהיא אינה מוגבלת במקומות שבהם יש בקיאים.

**על פי מה הם דנים אם הם לא בקיאים בדין תורה?**

🡨 מאירי בית הבחירה סנהדרין כג, א:מדבר על ערכאות שבסוריא. נימוסים- חוקי הגויים. הערכאות שבסוריא לא דנים עפ"י דין תורה, הם דנים עפ"י שיקול דעתם. בפני בתי דין של הדיוטות מושפעים מדברי ערכאות דיני הגויים.

🡨 חזון איש סנהדרין טו, ד: **איך בתי הדין ידונו?** (אין בהם מי שבקיא בדין תורה)- בתי דין כאלה לא יכולים לקבל על עצמם מערכת חלופית מחייבת- אין פירוש הדבר שהם לא בקיאים בדין תורה שהם יכולים לאמת מערכת אחרת כי אז הם מחללים את דין התורה. הם יכולים להשתמש בשיקול הדעת שלהם ולפסוק אך לא לקבל מערכת אחרת. אם הם מאמצים מערכת חוקים חלופית- פירוש הדבר- דין תורה לא מספיק חשוב והם משתמשים במערכת חוקים אחרת שכביכול גוברת על דין תורה. חזון איש אומר שאין זה יעלה על הדעת.

**היכולת להכיר בבית דין אזרחי בישראל כבית דין של הדיוטות-**

\*הם לא מאמצים מערכת חוקים זרה להלכה ולא כפופים למערכת החוקים אלא פועלים יותר עפ"י שיקול דעת. המערכות הרגילות של בית המשפט כפופות לחוק. ככל שמדובר במערכות משפטיות שיש בהן יותר שיקול דעת- יש שם מרחב תמרון של שיקול דעת ומבחינה הלכתית זה פחות בעייתי.

**האם נכון לראות בזה ערכאות של גוים?**

איסור לפנות אליהם- אם בתי משפט הם ערכאות של גוים- אם מדובר באדם המקפיד על ההלכה- אסור לו לפנות לערכאות של גוים. יש להבין מהם גבולות האיסור.

אם תבעו אדם בבית משפט אזרחי- הוא יכול להתגונן. הוא אינו צריך לוותר על תביעתו- התובע צריך לפנות לדין תורה, לתבוע את פלוני, הם יזמנו את הנתבע לדין- הוא לא יתייחס ובמקרה כזה- בית הדין ההלכתי ייתן היתר לפנות לבית הדין האזרחי. ברמה הפורמלית צריך לקבל היתר, ברמה הלא פורמלית- אם יכולים להעריך שהצד השני יסרב לפעול לפי בית דין תורה- ניתן לפנות לבית דין אזרחי.

🡨 משנה, מסכת גיטין:*"ותניא היה רבי טרפון אומר.."-* הבעיה היא של דיינים, אם הבעיה היא של זהות הדין- אם הם עובדי כוכבים והם עובדים עפ"י דין ישראל- ניתן לפנות אליהם. ערכאות של גויים- התפתח עם השנים כדי ליצור חיץ בין הקהילה לסביבה. מדובר על בעיה של גזל- אם אדם מחזיק בידיו ממון שלא שייך לו- זה גזל. הבעיה בלפנות לערכאות של גוים היא במקורה בעיה פשוטה של גזל- חוסר צדק לא אובייקטיבי אלא הלכתי- גזל ברשות החוק. לכן- אם היו דיינים אינם יהודים הדנים עפ"י דין ישראל ומחליטים כי זהו לא גזל- הם מגיעים לאותה תוצאה שגם ההלכה הייתה מגיעה אליה. בכל זאת עפ"י המשנה אין מקום לפנות לעובדי כוכבים הפועלים לפי דיני ישראל. בתפיסה ההלכתית דין זה חלק מעשייה דתית (באים ליישם את הדין האלוקי בארץ ויש להם תפקיד דתי- מאחר ובתפיסה ההלכתית בית הדין עושה תפקיד דתי- ברור למה ההלכה לא מוכנה להכיר בערכאות של עובדי כוכבים- ברגע שפונים לערכאה כזו עושים עשייה דתית שקשורה בעבודת כוכבים).

**משפט ומוסר** "ועשית הישר והטוב"

חובה משפטית, אם אדם לא מתקיים אותה, אוכפים אותה. כאשר מדובר בחיוב מוסרי, לא אוכפים, המשפט לא אוכף. אי אפשר לתבוע בביהמ"ש על אי מתן צדקה. קיימת אכיפה ציבורית, אבל אין חובה משפטית. אולי מתוך "לחץ חברתי" אדם יקיים את החיוב המוסרי, אבל אין הוא חב חובה משפטית לכך. החברה לפנים משורת הדין.

🡨 דברים פרק ו: יש לשמור את הכללים שהתורה מצווה – **החיוב הכי בסיסי.**

**מה הציווי הזה מוסיף?** לעשות את הישר והטוב בעיני השם. כאשר דבר נכתב מספר פעמים, זה לא לשווא – בא להוסיף משהו או לחדש. במקור זה, כפי שנאמר בתורה יש לעשות את הישר הטוב, התוספת היא מה המילים "הישר והטוב" באות להוסיף.

🡨 רמב"ן מפרש מקור זה כך – המטרה לקיום מצוות לא צריכה להיות תועלתנית אלא פשוט הרצון לעשות טוב. על פי הרמב"ן החלק השני של הפסוק, התוספת למצווה היא המטרות בשמן יש לעשות טוב.

🡨 אם עשית "ישר וטוב" , עשית "פשרה ולפנים משורת הדין"- בחלק הראשון של פסוק, כל מה שאלוהים ציווה אותך אתה צריך לעשות, החלק השני של הפסוק אומר שגם מה שאלוהים לא ציווה צריך לעשות לפי מה שישר וטוב, מה שמוסרי. הרמב"ן אומר שלא ריאלי לצפות מהתורה למנות את כל כללי ההתנהגות האפשריים הקיימים , לכן על פי התורה יש לעשות "טוב וישר" , מונח זה כולל עשיית פשרה וכל אלה עומדים "לפנים משורת הדין". מעבר לכללי בין אדם לחברו הכתובים, בתורה כלל על המשלים את כל החסר בכללי ההתנהגות בין אדם לחברו – בכל נסיבות שבהן, אדם לא יודע כיצד לנהוג, הוא ישים לנגד עיניו לעשות את הטוב בעיני השם וכך ינהג.

🡨 ויקרא פרק יט: מציג ציווי על העם להיות קדוש, **איך אדם יהיה קדוש?** הוא נימנע מכל מיני דברים. אם כל המשמעות של קדושים תהיה לשמור על ההלכה, אין משמעות באמרה זו. **מהי התוספת בפסוק זה?**

🡨 רש"י: כאשר 2 דברים מובאים בתורה בסמוך זה לזה, לא יד המקרה בדבר, אלא יש גם סמיכות רעיונית. הפסוק שלפני מקור זה מדבר על איסורים בתורה כמו גילוי עריות, התמכרות ליין וכו'. רש"י אומר שהכוונה בפסוק יט הוא להציב גבולות, את הגבולות שהתורה מציבה אין לעבור, אך אין גם לבחון את הגבולות. גם מה שאינו נחשב כעבירה הלכתית, אך כן עובר על עיקרון העל של כללי בין אדם לחברו אין להפר – יש להציב גבולות לעם, לא די בשמירה על הכללים שהתורה כותבת במפורש.

עשיית הישר והטוב ב3 רמות – מול חכמים שבסמכותם להתקין תקנות האוכפות את הישר הטוב, הסמכות של החכמים נובעת מהרעיון של עשיית הישר והטוב. הרמה הבאה היא מול הפרטים המבצעים ומיישמים את עיקרון הישר והטוב.

**עשיית הישר והטוב בתקנות חכמים -**

בתקנות חכמים, ברגע שתוקנה תקנה המיישמת את עשיית הישר והטוב, זה מחייב. לדוגמה:

1. *"דינא דבר מצרא"*(=זכות קדימה) – תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא דף קח א-ב: זכות קדימה, פירושה היא מתן זכות ראשונים. במקור זה 3 דעות – דעת רב, דעת רב נחמן ודעת חכמי נהרדע: כאשר אדם מחזיק בכמה קרקעות ויש אדם שמחזיק בקרקע שנמצאת "באמצע", כל עוד אדם הוא בעל הקרקע אי אפשר לגרש אותו. רק אם אותו אדם ירצה למכור, תהיה זכות קדימה. מי שרוכש קרקע מאדם כזה, צד ג' שלא קשור לבעלי הקרקעות – על פי רב, אדם כזה הוא חצוף, זה לא מוסרי, ההתנהגות הזו של צד ג' שקונה קרקע בין אחים או שותפים שמעוניינים בקרקע הזו לא בסדר, למרות שמבחינה משפטית אי אפשר לתבוע אותו כי הוא ביצע מעשה חוקי. בית דין לא יכול לכפות עליו לתת את הקרקע לאחים/שותפים. דעת רב נחמן חולקת עליו- במקרה כזה שאדם קנה קרקע בין אחים/שותפים, זכות הקדימה שלהם היא משפטית, כלומר האדם קנה את הקרקע בדרך לא חוקית ולכן ניתן לכפות עליו להעביר לאחים/שותפים את הקרקע. זכות הקדימה היא לא רק ברמה המוסרית אלא גם משפטית בניגוד לדעת רב. הדעת השלישית היא של חכמי נהרדע- גם במקרה של שכנות רגילה (לא קרקע באמצע קרקעות), גם אז קיימת זכות קדימה משפטית. כלומר, עליך למכור קודם לבעל הקרקע השכנה, לו יש זכות קדימה. דעה זו יותר מחמירה. ראו בכלל זה "עשיית טוב וישר בעיני השם" – השכן מרוויח יותר, קרקע ששווה לו יותר (גם קרקע וגם בקרבת הקרקע שכבר בחזקתו).

**אנו עוסקים בזכות קדימה שעוסקת בעשיית הישר והטוב – אומרים חכמים שאם זכות הקדימה תגרום לעוול לאחד מהצדדים, אז היא לא תפעל כדי לעשות את הישר הטוב.**

1. תלמוד בבלי, מסכת בבא מציעא דף קח, א-ב: מדבר על מתנה. במתנה לא יוצרת זכות קדימה. כלומר, כל עוד יש שכן שרוצה את הקרקע, יש לו זכות קדימה אפילו אם נתנה במתנה לצד שלישי.
2. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף לה,א: מלווה כסף ללווה. במקרה אחד ללווה יברח בלי להחזיר את הכסף. במקרה אחר ללווה לא יהיה כסף להחזיר. מלווה רוצה להבטיח את מקור הכסף שממנו תוחזר הלוואה. יש אפשרות לממש נכסים של הלווה אם אין לו כסף מזומן להחזיר, בכפוף לכך שצריך להשאיר ללווה משהו בשביל לחיות – מגורים מינימליים. הבעיה היא – מה יקרה במצב שבו יגיע מועד הפירעון ואין מיטלטלין ואין מקרקעין לגבות מהם את החוב. פתרון אחד לבעיה הוא בחירת ערב לחוב על מנת שיחזיר אותו – הערב יכול ללכת ללווה ולדרוש את הכסף. בהלוואות – נניח והבנק עיקל את הנכס של הלווה – לבנק זכות קדימה בנוגע לנכס – גם אם הלווה מכר את הנכס לצד ג', הקרקע משועבדת לבנק. הלווה היה צריך לפרסם שהקרקע שלו משועבדת, אחרת אנשים לא ירצו לקנות קרקעות.

משפט ומוסר ועשיית הישר והטוב

**אחד המאפיינים המרכזיים בין כלל מוסרי להלכתי- אכיפה.**

נניח ולא מפצים את הניזוק- המשפט יכפה עליו. הרעיון הוא שאם אדם לא מקיים חובה משפטית- אוכפים אותה (אם לווים כסף ולא מחזירים- ביהמ"ש יקח בכוח). כאשר מדובר בחיוב מוסרי- חיוב מוסרי לא אוכפים (נניח ויש אדם רעב שלא אוכל- ומבקש כסף על כך, אם אותו אדם ירצה לתת לו כסף הוא ייתן לו ואם לא אז לא- לא יתבעו אותו על כך). יכול להיות שיש מעין אכיפה ציבורית- אם אותו אדם יגיד שהוא רעב ולא יתנו לו- האנשים מסביב יסתכלו עליו בעין לא יפה ומתוך חשש הוא ייתן.

**הויכוח הוא האם ביהמ"ש מכניס שיקולים שהם לפנים משורת הדין?**

(פס"ד וייס) השופט אלון קורא לחברה לפעול לפנים משורת הדין, המערכת של לפנים משורת הדין

היא חלק מהשיקולים של בית המשפט. שמגר- המקור הבסיסי לפעול לפנים משורת הדין-

🡨 דברים פרק ו' : (**יז**) *"שמור תשמרון את מצוות.."-*יש לשמור את הכללים שהתורה מצווה (החיוב הכי בסיסי) (**יח**) *"עשית הישר והטוב בעיני השם.."*

**מה הציווי הזה מוסיף?** לעשות את הישר והטוב בעיני השם- נכתב בפסוק הקודם, יש מחלוקת האם בנסיבות מסוימות התורה חוזרת על עצמה- אבל התפיסה היא שהתורה אינה חוזרת על עצמה ואם משהו נכתב שוב זה לא סתם- המטרה היא לחדש. לכן- ההנחה המדרשית- אפשר לדלג על החלק הראשון, מה באות המילים "ועשית הישר והטוב" להוסיף?

🡨 רמב"ן דברים פרק ו' פסוק יח:הסיבה שבגללה צריך לקיים את המצוות לא צריכה להיות מטרה תועלתנית אלא הרצון שלך לעשות את הטוב והישר בעיני אלוקים. הפסוק השני בא לתאר את הכוונה שצריך לעמוד בפני מקיים המצוות- המטרה של קיום המצוות- לעשות הישר והטוב בעיני אלוקים ולא מנסיבות אחרות.

הרמב"ן אומר- ועשית הישר והטוב- עשיית לפנים משורת הדין. היחס בין יז ליח- כל מה שאלוקים ציווה צריך לעשות לפי הפסוק הראשון, הפסוק השני אומר- גם במקרה ולא ציווה אותך כיצד להתנהג- עלייך לפעול כטוב וכישר בעיניו. במקום שבו אין תשובה איך להתנהג- צריך להגשים את הרעיון של עשיית הישר והטוב.

הרמב"ן אומר כי זה עניין גדול- הרעיון שמצד אחד יש חוקים ומצוות שאלוקים מצווה אותך ומצד שני עקרון על של עשיית הישר והטוב- המבנה הזה הוא חשוב ובעל ערך- זאת כי זה לא ריאלי שהתורה תיתן מענה לכל התנהגות בכל סיטואציה בכל זמן- ומאחר שזה לא ריאלי- התורה מנתה חלק מכללי ההתנהגות, לכן עפ"י התורה יש לעשות "טוב וישר"- מונח זה כולל עשיית פשרה.

ישנו כלל על המשלים את כל החסר בנסיבות שבין אדם לחברו- במקרים בו אדם לא יודע איך לנהוג כי התורה לא כיוונה אותו- ישים לנגד עיניו את השאיפה לעשות את הטוב והישר בעיני השם וכך יתנהג.   
לא ניתן להזכיר בתורה את כל התנהגויות האדם- טכנית.

**למה צריך את המבנה של תורה בכתב ותורה שבע"פ?** מאחר והתורה היא נצחית ואחד מעיקרי האמונה היא שהיא נצחית ולא תשתנה- לעומת זאת מציאות החיים היא דינמית והמבנה הזה מאפשר יותר גמישות (בתורה שבע"פ יש גמישות ויכולת התאמה למציאות)- יכול להיות שלכך הרמב"ן מתכוון- כללי ההתנהגות בין בני אדם משתנים מתקופה לתקופה- לא נכון לומר שיש פתרון אחד לכל הזמנים והמצבים, יכול להיות שהעובדה שיש פה עקרון על שאמור להנחות אבל המילוי שלו בתוכן יכול להשתנות- הוא מבנה מכוון לפי הרמב"ן- אין להשאיר את הדבר פתוח לגמרי- אבל הישר והטוב משתנה מזמן לזמן ומקום למקום.

יש עקרון על של עשיית הישר והטוב שצריך להתמלא בתוכן וזה בהתאם לתקופה וברמות שונות (ע"י החכמים למשל). עשיית הישר והטוב- עקרון על המנחה את החכמים כשהם מסדירים התנהגות בין בני אדם.

כאשר בית הדין צריך לתת פתרון שאין לו תשובה ברורה- הוא ישים לנגד עיניו את העקרון של עשיית הישר והטוב, זה מנחה גם את האדם הפרטי- אם יש כלל ברור צריך להתנהג עפ"י החוק. במקרה בו אין עקרון ברור- צריך לנסות להגשים את הרעיון של עשיית הישר והטוב (מופנה גם לחכמים כמחוקקים, גם לבית הדין המפעיל את החוק וגם לאדם הפרטי).

את המבנה שהרמב"ן מתאר כמבנה של פרטים ועקרון על- רואה אותו כמבנה שיטתי של התורה בהקשרים שונים.

🡨 ויקרא פרק יט:*"וידבר דוד אל משה לאמור.."* - ציווי שמשה אמור לצוות את בני ישראל והרעיון שלו הוא "קדושים תהיו". זה מעלה הרבה ספקות- מה זה להיות קדוש? אם הוא יקיים את כל הוראות ההלכה- זה מה שיהפוך אותו לאדם קדוש.

קדושה בתורה- אדם הנמנע מכל מיני דברים. אם להיות קדוש פירושו להימנע מהאיסורים בתורה- זה פשיטא (אם כתוב שאסור, ברור שאסור). אם יש ציווי נוסף של להיות קדוש- זה בא להוסיף עוד משהו, להרחיב. אם המשמעות של קדושים תהיה לשמור על ההלכה, אין משמעות באמרה.   
  
רש"י מתייחס גם לאמרה "קדושים תהיו"- ישנו מדרש הנבנה על סמיכות מקום (כאשר שני דברים בתורה מובאים בסמיכות- יש סמיכות רעיונית בכך).

🡨 רמב"ן ויקרא פרק יט פסוק ב':גם במערכת האיסורים- יש דברים אסורים ברמה הפורמלית ולכן אסור לעשות זאת מבחינה הלכתית. מה מוסיף קדושים תהיו? גם בדבר שמותר- יש לשים גבולות. (לא נאמר שאסור לדבר בלשון לא נקייה, ומי שעשה זאת לא עבר עבירה הלכתית, אבל הוא לא עמד בעניין של "קדושים תהיו" ).

הרמב"ן אומר שכמו שעשיית הישר והטוב היא מעין עקרון על שבא לומר שאחרי כל כללי ההתנהגות בין אדם לחברו יש עקרון על של עשיית הישר והטוב, אותו דבר במערכת האיסורים- יש דברים פורמליים אסורים, אבל גם מה שמותר יש לשים גבולות- הגבולות הם לא קבועים, התוכן יכול להתמלא בהתאם לזמן, מקום ונסיבות.

יכול להיות שהחכמים יחליטו לאסור משהו- ויש דברים שישארו פתוחים ואדם ימלא אותם בתוכן לפי העניין. **יש מחיר לכך-** משאירים את הדברים מעורפלים ואדם יכול לנצל זאת לרעה. היתרון- זה יותר גמיש ודינמי, יותר מותאם למציאות. המבנה הזה חוסר ביחסים בין אדם וחברו וגם באיסורים (קדושים תהיו).

לפנים משורת הדין

בסוגית השבת אבדה

לפי ההלכה יש חובת השבת אבדה. חובה זו פירושה, כאשר אדם מוצא מציאה, אסור לו להתעלם ממנה וברגע שמרים אותה הוא חייב להשיב אותה לבעליה ע"י הכרזה והשבה למאבד. השבה תהיה על פי סימנים. כאשר היה בית מקדש, היו מחזירים למקום שנקרא "אבן טוען", וכאשר נחרב בית המקדש, היו מפקידים את האבדה בבתי המדרש. אבדה שיש להשיב לעולם לא תעבור לבעלותו של המוצא. גם אם לא מצא את הבעלים האבדה לא עוברת אליו *"עד שיבוא אליהו".*

**יש מקרים שלא חייבים להשיב** –אלו שלא חייבים הם מקרים שבהם אנו יוצאים מנקודת הנחה אובייקטיבית שהמאבד התייאש. ברגע שהתייאש = ויתור בעלות, הוא הפקיר את האבדה. לא ניתן לדעת מי הבעלים ולכן זהו מבחן אובייקטיבי – המוצא צריך להניח לבד שהמאבד התייאש. כיצד הוא מניח? לחפצים יש סימנים שעל פיהם ניתן להחליט.

**מקרה נוסף שבו נניח שהבעלים התייאש (גוי)-** אם האבדה נמצאה במקום שבו רוב העוברים ושבים אינם יהודים. מדוע? חובת השבת אבדה מופנית ליהודים, ולכן בהנחה שבאותו מקרה השבת אבדה נובעת רק המצווה בתורה, ועל פי הסימנים האבדה שייכת לגוי – אין חובת השבת אבדה – המוצא יכול לקחת לעצמו. בנוסף, הבעלים כנראה יתייאש כי לגוים אין חובת השבת אבדה.

**כאשר אדם מוצא חפץ שהוא מתכלה,** דהיינו שאם לא יחזיר אותו לבעליו באופן מיידי הוא יתקלקל – חובה על אדם להשיב. אם אותו מוצא יחכה זמן מסוים, האבדה תתקלקל. במקרה כזה, המוצא יכול למכור את האבדה ולשמור את הכסף בשביל הבעלים. אפשרות למכור יש במקרים נוספים- במקרה שבו הוצאות הטיפול על ה"חפץ" יקרות, כמו למשל אם מוצאים בהמה של אדם. המוצא זכאי לקבל חזרה את הכסף שהוציא על הטיפול של ה"חפץ". **צריך להחזיק את ה"חפץ" במשך 30 יום, לאחר 30 יום אדם רשאי למכור את ה"חפץ". אם לטיפול ב"חפץ" ניתנת תמורה למוצא, אותו אדם צריך להחזיק בו שנה לפני שימכור אותו.**

יש איסור להתעלם מאבדה – על אדם יש חובת השבת אבדה. יש חריגים למקרה זה-

אדם מוצא אבדה ששווה 100, שלוקחת ממנו שעת עבודה ששווה 200 – במקרה כזה אדם רשאי להתעלם מהאבדה ולהמשיך הלאה. מקרה נוסף, "זקן ואינה לפי כבודו", זקן במעמד החברתי שלו, במידה ואדם מוצא אבדה שלא מכבודו להרים אותה, כלומר אם ירים אותה זה יפגע בכבודו , הוא לא מחויב.

**שאלה שהייתה במבחן- נניח שלפי החוק הישראלי יש חובת השבת אבדה מכוח חוק. אם הלכתי היום ומצאתי אבדה במקום שהרוב הוא לא יהודי. האם על פי ההלכה יש לי חובה להשיב אותה? או שאני יכול להניח שהבעלים התייאש?** לפי המצוות במקום של גוים לא צריך להשיב אבדה, אך בגלל שיש חוק "זר" של השבת אבדה, סביר להניח שהבעלים לא התייאש ולכן כן צריך להשיב את האבדה. מצוות השבת אבדה מתבססת על כך שהבעלים יתייאש – לא במקרה שלפנינו.

מקרים שבהם יש השבת אבדה וחובה לנהוג ב"לפנים משורת הדין":

1. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף כד עמוד ב: רב יהודה ושמואל נמצאים בבל, מקום שיש בו בעיקר גוים. רב יהודה מעלה את השאלה- אם אדם מצא כאן ארנק מה הדין? ארנק הוא חפץ שיש בו סימן, אז ארנק היה חתיכת בד ש"עיצבת" כפי שרצית (גודל, צבע, רקמה). התשובה של שמואל היא מי שמצא כאן ארנק "הרי הוא שלו". רב יהודה שואל שאלה נוספת- אדם מחליט לקחת את הארנק, ומגיעה הידיעה לבעלים, הוא מגיע ומתאר את הסימנים של הארנק, האם על המוצא להחזיר את הארנק לבעלים? התשובה של שמואל היא שעל פי הדין- מבחן הייאוש הוא אובייקטיבי- אם אדם הפקיר את הארנק, התייאש, אז לא צריך להחזיר לו ומאחר ובמקום כזה שיש בו גוים, סביר להניח שהתייאש. אך, שמואל גם אומר **"לפנים משורת הדין"-** צריך להחזיר את החפץ, על פי שורת הדין לא צריך להחזיר, אך מכיוון שצריך לנהוג **לפנים משורת הדין** צריך להחזיר את הארנק לבעליו.

הגמרא אומרת ששמואל למד את ההתנהגות של "לפנים משורת הדין" מאביו- הוא מצא חמור והחזיר אותו לאחר שנה, למרות שלפי המצווה, לאחר שנה הוא רשאי למכור את האבדה.

העמדה שמציג שמואל שלפיה יש חובה לנהוג במקרה כזה ב"לפנים משורת הדין" מצויה במחלוקת. מוצג סיפור דומה לסיפור דנן שסותר את קביעתו של שמואל:

רב נחמן קובע שעל פי מצוות חובת השבת אבדה, אין צורך להחזיר את האבדה. נשאלת השאלה, אותו אדם צווח ומבקש את החזרת האבדה- למה לא להחזיר לו? על כך משיב רב נחמן שזה שאדם צווח, לא אומר שהוא לא התייאש – מבחן אובייקטיבי, לפיו הבעלים התייאש והאבדה עוברת למוצא.

**שמואל אומר שחובה לנהוג לפנים משורת הדין ואילו רב נחמן אומר שאין חובה, לא חייבים להחזיר את הארנק לפי מצוות חובת השבת אבדה.**

1. רבי ישמעאל דרבי יוסף- אדם סוחב שק מלא בזרדים, עוצר על מנת לנוח. עובר רבי ישמעאל ואותו אדם מבקש ממנו לסייע לו לסחוב את השק, על פי המצווה יש חובה לעזור. רבי ישמעאל לא רוצה להרים את השק ולכן הוא מחליט לקנות מהזר את השק. תמורת שוויו (חצי זוז) קונה רבי ישמעאל את השק ומפקיר אותו (הוא לא מעוניין להרים אותו כי הוא לבוש בלבוש מהודר). **אדם עלול לעבור ולקחת את השק וזה ייחשב גזל**, כדי להימנע מכך, רב ישמעאל מפקיר את השק ("מתייאש") כדי לא להכשיל אדם אחר. הסבל "זוכה מן ההפקר" ומבקש שוב עזרה מרבי ישמעאל, ושוב רבי ישמעאל לא רוצה לעזור לו לסחוב את השק ושוב משלם לו חצי זוז ומפקיר את השק ושוב מבקש ממנו הסבל את השק – וחוזר חלילה. **בדיני הפקר,** ברגע שאדם מפקיר חפץ, הוא לא הבעלים שלו. אדם לא יכול להפקיר לכל העולם חוץ מאדם אחד. **רבי ישמעאל מתחכם**- הוא אומר לסבל שהוא מפקיר את השק כלפי כולם חוץ ממנו. הוא יכול היה לפעול בצורה אחרת- הוא יכול היה להגיד לסבל שהוא לא מחויב לעזור לו מכיוון שזה לא מכבודו והוא לא רוצה לעזור לו. **מדוע רבי ישמעאל לא עשה זאת?** אומרת הגמרא שהוא לא רצה להשתמש בפטור "זקן ואינו לפי כבודו", הוא רוצה לנהוג על פי "לפנים משורת הדין", הוא רוצה לסייע לאותו סבל ולכן מעדיף לשלם לו.
2. תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף פג עמוד א: רבה בר חנן שוכר סבלים שיעבירו לו חביות יין ואחת מהחביות נשברת (כיום ביטוח). אותה חבית שווה יותר משכר הפועלים. באופן טבעי רבא דורש מהסבלים תשלום על החבית, אך הם סבלים ואין להם כסף (אחרת לא היו בוחרים במקצוע זה). רבה החליט לקחת את המעיל שלהם, כדי לפצות את עצמו חלקית על הנזק. **הסבלים מתלוננים כלפי המורה של רבה- רב.** רב מגיע אל רבה ומוכיח אותו – מדוע לקח מעילים מאנשים עניים. ורבה מצדו לא מקבל זאת, הסבלים עשו לו נזק – מי שגרם נזק צריך לשלם. הוא שואל מדוע עליו להחזיר את המעילים? זה ויתור על שווי הנזק? **תשובתו של רב:** "למען תלך בדרך טובים", זה הדין כי צריך ללכת בדרך טובים, צריך לנהוג "לפנים משורת הדין". רבה בלית ברירה מחזיר את המעילים. הסבלים לא מסתפקים במעיל- הם אומרים לו שהם רעבים ועבדו קשה ואין להם כסף לאוכל. רבה פונה לרב – רב אומר לו שהוא צריך לשלם להם למרות הנזק, לוותר על המעילים, לוותר על הפיצויים של הנזק ולשלם להם את שכרם – על רבה לנהוג "לפנים משורת הדין".
3. תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צט עמוד ב: רבי חייא היה שולחני (=חלפן כספים), באותה תקופה נחשב למומחה בענייני מטבעות. אישה מקבלת מטבע תמורה סחורה. היא מגיעה אל רבי חייא כדי לבדוק את המטבע והוא מרגיע אותה שהמטבע בסדר והיא יכולה לקחת אותו בלב שקט. אותה אישה חוזרת אל רבי חייא ומספרת לו שבניסיונה לרכוש דברים בשוק, אף אחד לא מוכן לקבל את המטבע. היא באה אל רבי חייא בטענה שהוא גרם לה נזק – נתן לה חוות דעת מוטעית לפיה המטבע כדין. רבי חייא פונה לרב- רב אומר לו לפצות את האישה ולתת לה מטבע אחר ולתעד זאת בספרי החשבונות שלו "דין שעסק ביש". **הגמרא אומרת שרבי חייא עשה "לפנים משורת הדין"**, כיוון שההלכה קובעת שכאשר אדם הולך למומחה הוא מצפה לקבל חוות דעת מהימנה. אם אותו אדם נתן חוות דעת לא טובה – לכאורה רשלנות. לעומת זאת, לפי הגמרא אם פונים למומחה והוא טועה, הטעות היא בגדר "אונס"- היעדר רשלנות. ההנחה היא שכאשר מדובר במומחה כמו רבי חייא, לא מדובר ברשלנות אלא בטעות בלתי נמנעת- אם הוא טעה, כנראה שהיה קשה שלא לטעות. למרות זאת, הוא פועל מיוזמתו "לפנים משורת הדין" ומצפה את האישה. ניתן לומר שרבי חייא מנסה לשמור על שמו הטוב ולכן מפצה את האישה.

**האם זו חובה או רשות לנהוג "לפני משורת הדין"? באיזה מידה?**

🡨 מדרכי בבא מציעא, רנז (רבי מרדכי הכהן, אשכנז, המאה ה-13): בהתייחסות לסוגיה שלפנינו אומר "כיוון שחזינה" – מאחר וראינו בסוגיות שכפו על החכמים לפעול "לפנים משורת הדין", כל החכמים (מציג שורה של ראשונים) כופים לעשות "לפנים משורת הדין". יש לפעול כך כאשר יש אפשרות כלכלית לפעול. **אם כופים זה כבר לא "לפנים משורת הדין"?** התשובה לכך שהכפייה היא לא תמידית – תלוית מצב כלכלי. נסביר זאת כך: אסור לבית דין להעדיף עני או עשיר – לעשיר יש יציבות כלכלית שמאפשרת לו לשלם ואילו לעני אין כסף – דין חייב להיות דין אמת ולכן שיקולים אלה לא רלוונטיים. הגמרא מספרת שהמלך שלמה היה עושה משפט צדקה, **כיצד עשה גם משפט וגם צדקה?** חז"ל אומר ששלמה היה עושה את הצדקה מחוץ לבין הדין. מחוצה לו ניתן להתחשב בעני. בתוך בית הדין אי אפשר להתחשב בשיקולים הנ"ל. "לפנים משורת הדין" ניתן גם לכפות.

🡨 רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק יא הלכה ז: הרמב"ם מתייחס להלכות גזלה ואבדה. הוא אומר שכאשר רוב העיר גוים, אם נמצאה אבדה במקום שבו הרוב יהודי – חייב להכריז. אם נמצאה האבדה במרכזים של גוים- המציאה היא של המוצא אפילו אם אדם הראה סימנים שהמציאה שלו. **אף על פי שהאבדה שלו,** מי שרוצה ללכת בדרך הישר ולנהוג "לפנים משורת הדין" – יחזיר את האבדה, אבל אין חובה. כלומר, **אין חובה לנהוג "לפנים משורת הדין" אבל זה ראוי.**

🡨 הרא"ש בבא מציע ב,ז: דעת הרא"ש כדעת הרמב"ם – לא כופים לעשות "לפנים משורת הדין".

🡨 שולחן ערוך חושן משפט סימן יב סעיף ב – רמ"א: חולק על הרמב"ם והרא"ש. מציג את 2 העמדות שלא כופים, אך חולק עליהן - הוא סבור שניתן לכפות "לפני משורת הדין", זוהי חובה שיש לפעול על פיה.

🡨 פתחי תשובה שם (פירוש לשולחן ערוך): בספר אורים ותומים נכתב, "חייב אתה לעשות כן ואם אינך שומע אתה עבריין". יש דרכי כפייה שונות לבית דין, הקיצונית ביותר היא כפייה פיזית. דרך פחות קיצונית היא כפייה חברתית ע"י נידוי, חרם. כפייה ודברים – בית דין לוחץ. מקור זה מציג עמדת ביניים, לא כופים בשוטים (פיזית) אלא משתמשים בכפייה חברתית (נידוי). יש מחלוקת בנוגע לאיזה סוג של מעורבות יש לבית הדין בסוגיה – האם בית הדין לוחץ? כופה? מנדה? **כמה לחץ מפעיל בית הדין?** אדם צריך לפעול על פי הדין, למה בית הדין צריך לכפות בסוגיית "לפנים משורת הדין". דווקא בגלל שההלכה נתפסת כפורמאליסטית, קשה לשינוי – **המישור של "לפנים משורת הדין" מאפשרת גמישות** – בהתאם להתאמתו של המקרה להלכת "לפנים משורת הדין", אז בית הדין יתאים את רמת הלחץ שיפעיל על אותו אדם.

**מתי אדם ינהג "לפנים משורת הדין"?** **מהם הקריטריונים, השיקולים לפיהם אדם צריך לנהוג כך?**

1. **מעמד כלכלי**- כיש פער כלכלי בין צדדים- נצפה מהצד החזק לנהוג "לפנים משורת הדין" כלפי הצד החדש.
2. **מעמד חברתי דתי**- ככל שהמעמד החברתי של האדם יותר גבוהה, נצפה ממנו שינהג "לפנים משורת הדין".

בהלכה יש מצוות "קידוש השם" – איך לא עוברים על האיסור של חילול השם? רמב"ם אומר שכאשר אדם מתנהג ביחסיו עם הבריות מעבר לנורמה הרגילה – זה קידוש השם. התורה הביאה אותו להיות אדם יותר מוסרי. אדם שלמד את התורה ונהג בצורה קלוקלת, זה חילול השם. **נצפה מאדם ברמה דתית תורנית גבוהה לנהוג ברמה מוסרית גבוהה.** אחד הקריטריונים לפיהם אדם ינהג "לפנים משורת הדין" הוא המעמד הדתי.

1. **רווח והפסד**- נניח שאומרים לאדם לנהוג "לפנים משורת הדין" כאשר מצא ארנק – האם נגרם לו הפסד? התשובה לכך היא לא, הוא לא הוציא דבר מכיסו. אומרים בעלי התוספות – כאשר ההתנהגות "לפנים משורת הדין" לא גורמת לך הפסד, ואולי אף רווח – מצופה ממך שתנהג "לפנים משורת הדין.
2. **פטור מחובה כללית-** פטור מחובה כללית-שיקול נוסף- האם ההתנהגות לפנים משורת הדין, משמעותה היא שדורשים ממך נורמות שמעל הנורמות הרגילות או שאומרים לך אל תשתמש בפטור מיוחד שיש לך אלא תנהג ככלל בני האדם?

רבי ישמעאל עם הסבל- במקרה הזה רוב בני האדם העוברים ליד הסבל היו צריכים לעזור לו, לרבי ישמעאל היה פטור כי הוא זקן. ההתנהגות של לפנים משורת הדין- לא מנצל את הפטור ונוהג ככלל בני האדם.

רבי חייא- רוב האנשים שהאישה היתה הולכת להתייעץ איתם והעצה לא היתה נכונה- היו צריכים לפצות אותה. רבי חייא היה פטור עקב מעמדו, אך הוא לא ניצל זאת והתנהג כאדם רגיל אשר צריך לפצות.

**המקרה עם הסבלים ששברו את החבית-** כל אדם שהסבלים שברו לו חבית זכאי לקבל פיצוי- הויתור שלו על הפיצוי (ויתר על מה שכולם זכאים לו)- היא לפנים משורת הדין, הוא התנהג מעל הנורמה הרגילה בניגוד למקרים הקודמים. כאשר המשמעות של ההתנהגות לפנים משורת הדין היא לא לנצל את המעמד המיוחד ולהתנהג כאדם רגיל- הציפייה לנהוג לפנים משורת הדין היא גבוהה יותר מאשר במקרה בו לפנים משורת הדין מבקש לפעול מעל הנורמה הרגילה.

יש לאזן בין השיקולים השונים בבית הדין. מכיוון שהשיקולים שונים- לא ניתן להפוך זאת לדין אלא זה נשאר במישור של "לפנים משורת הדין" עם מרחב של משחק לבית הדין- עד כמה לדרוש יותר ופחות.

חיוב בדיני שמיים

*"חייב בדיני שמיים"* – משפט שנאמר בעיקר בהקשר של דיני הנזיקין בהלכה. נזק שאדם גורם הוא בהתנהגות רשלנית שגרמה לנזק. הביטוי בהלכה בהקשר הזה הוא **פעולות שאדם גורם נזק בידיים** – הוא חייב לשלם לא משנה אם הזיק בכוונה או שלא בכוונה, ברשלנות או לא ברשלנות – הוא מחויב לפצות את הניזוק. גם אם "אנוס" (=רשלנות בהלכה). כלומר, **כאשר אדם גורם בידיים נזק** "גרמא" – מדובר באחריות מוחלטת. כאשר אדם גורם את הנזק באופן עקיף, המזיק פטור מדיני אדם (=בין הדין לא יאכוף עליו חיוב לשלם) אבל יהיה חייב בדיני שמיים. לא כל אדם הגורם נזק (לא בידיים) לא יחוייב בדיני אדם.

🡨 ההבחנה בין נזק שאדם עושה בידיים לבין נזק שנגרם על ידי אדם "גרמא" , כלומר ההבחנה בין קשר ישיר לקשר עקיף מוכרת בהלכה. רוב מאורעות גרם נזק נופלים בגדר "גרמא". לדוגמה:

1. אדם שנותן סם המוות לפני בהמת חברו – מרעיל את הבהמה של השכן שלו ונגרם נזק. במישור הנזק הכלכלי שנגרם לבעלים של הבהמה- **השאלה היא כיצד הדבר נעשה?** אם עשה בידיים- קנה את הרעל ונפל בטעות ליד הבהמה והיא אכלה יחויב דיני אדם. אם קנה את הרעל ופיזר אותו במקום שבו בעל החיים מסתובב- והבהמה אכלה את הרעל ומתה – גרם לנזק בצורה עקיפה – הוא יחויב בדיני שמיים.
2. יש שאלה **האם שמעון חייב לראובן?** אדם אחר יודע עדות לטובת ראובן, לכן הוא חייב כסף לראובן. אדם בהלכה מחויב להעיד גם אם לא זומן – חובה אישית. מה קורה אם אותו עד לא מעיד לטובת ראובן? התביעה נדחית ונגרם בעקיפין נזק לראובן ע"י העד – "גרמא", כתוצאה המחדל של העד נגרם נזק – יחויב בדיני שמיים.

מה המשמעות של חיוב בדיני שמיים?

🡨 רש"י מסכת גיטין דף נג עמוד א- לתת לאדם **עונש** מידי שמיים כיוון שהייתה לו כוונה לגרום לנזק. מה קורה כאשר אין כוונה אבל נגרם נזק בדרך עקיפה? משתמע מרש"י שאם לא בכוונה אז פטור מדיני שמיים.

🡨 **ראשונים אחרים:** ראב"ן (רבי אליעזר בן נתן, בעלתי התוספות) בבא קמא, סימן יא- אומר שהמשמעות של חיוב בדין שמיים, זה לא רק ענישה, שמשמיים יענישו אותו. לחיוב בדין שמיים יש משמעות לאמירה של בית הדין. כאשר מגיע מקרה לבית הדין של מזיק בגרם, תפקידו של בית הדין לא נגמר בלפטור את האדם מדין אדם, אלא תפקידו גם ליידע אדם שהוא מחויב בדין שמיים. **מטרת הגישה** *"כדי שייתן את לבו וירצה את חברו"*, כלומר מטרה של הרתעה – כתוצאה מכך שהוא עלול לחוב בדין שמיים הוא ישלם לחברו את עלות הנזק. **כיצד יחליטו על עלות הפיצויים?** יחליטו ביניהם על העלות. על פי הראב"ן המטרה היא לשלם.

🡨 ים של שלמה, בבא קמא, ו,ו (רבי שלמה לוריה)- בדברים בלא כפייה "יש לדוחקו". כלומר, תפקיד בית הדין הוא לא רק ליידע אדם שהוא יחוב בדיני שמיים, אלא ללחוץ עליו שישלם מאחר וחב בדיני שמיים. בניגוד לפרשנות של הראב"ן, רבי שלמה לוריה נותן פרשנות יותר קשוחה.

🡨 המאירי אומר בנושא חיוב בדין שמיים- במשפט הישראלי בדיני עדות, כל אדם כשר לעדות, אך זה שאדם העיד לא אומר שבית המשפט יקבל את העדות. ואילו בהלכה יש רשימה ארוכה של פסולי עדות – המשותף להם הוא בשאלת הנאמנות. לפי ההלכה, גם גזלן הוא פסול עדות. אומר המאירי שאם בית דין קבע שאדם חייב בדיני שמיים, **אם הוא לא משלם אז הוא פסול עדות מתוך תפיסה שאינו נאמן.** כשאתה חייב דיני שמיים, אתה חייב ולא אוכפים עליך.

**נשאלת השאלה, למה לא מלכתחילה לחייב אדם בדיני אדם – וישלם?**

חיוב בדין שמיים יכול לעבוד בחברה שבה כולם מקבלים חיוב בדין שמיים – חברה שמקבלת, וזה מרתיע אותם, חיים תחת יראת השם. בחברה לא מאמינה, חיוב בדין שמיים לא רלוונטי כיום. נניח, שכולם כפופים בדין שמיים ומאמינים – יש הבדל בין דיני הנזיקין כיום ובין איך שהצטיירו בהלכה בעבר. חיוב בדין שמיים נותן לבית הדין כלי שגורם לתוצאה צודקת לאו דווקא באמצעות הדין הפורמאלי. דווקא בגלל שההלכה נתפסת כפחות פורמאליסטית ונותנת שיקול לביהמ"ש- זה האיזון, באותם מקרים בהם ניתן הנזק, ניתן כלי לביהמ"ש "לשחק" איתו. יכול להיות גם מקרה שאדם לא "ייכנע לדין שמיים". אך מאחר שחיוב בדין שמיים הוא פקטור בחברה מאמינה במובן של הרתעה- לכן שיטת ההרתעה ואולי אף היתרון של חיוב בדין שמיים.

**בשורה התחתונה-** חיוב בדין שמיים מותנה בקיומה של חברה מאמינה. הסיבה לכך שמחייבים בדין שמיים "גרמא" במקום חיוב בדיני אדם , כדי ליצור סוג של צדק, כדי שאדם יעשה את המעשה שנכון לעשות – אדם ישלם מתוך יראת שמיים, ולא בגלל שבית הדין חייב אותו. בנוסף זה מאפשר גמישות לבית הדין, שאין לו בדר"כ.

**גם חיוב בדין שמיים, המטרה היא להגיע למטרה צודקת כמו ב"עשיית הישר והטוב".** "עשיית הישר והטוב" ו"חיוב בדין שמיים" הם שני כלים שבית הדין יכול להשתמש בהם כדי לפעול בצורה לא פורמאלית ויותר גמישה. גם במקום שבית הדין לא מתערב באופן ישיר, אז הדין כן מתערב ומכווין את ההתנהגות.

**נדון במקרים שבהם בית הדין לא מתערב, אך משפיע על בית הדין באופן עקיף.** בהלכה יש 2 מונחים שנתייחס אליהם בהלכה- "מידת חסידות" ו"רוח חכמים נוחה הימנו". המשותף לשני המושגים הוא שמדובר בהתנהגות וולנטרית , בין הדין לא מעורב בה. דוגמאות:

🡨 תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף קלג עמוד ב: במשפט הישראלי יש את חוק הירושה הקובע את עזבונו של נפטר. אם הצוואה היא כדין הנכסים יתחלפו לפיה. אם אין צוואה כדין, ברירת המחדל היא חוק הירושה. בהלכה מבנה דומה- ההלכה קובעת מי זכאי לרשת נכסים של נפטר, לא בהכרח דומים לזכאים לפי החוק הישראלי. נניח שחכמים לא מרוצים מהתנהגות הילדים – אין לחכמים רוח נחת ממעשיו "רוח חכמים לא נוחה הימנו". אומר שאם הצוואה תגיע לבית הדין, הוא יכבד אותה. אך אם אדם יגיע לבית הדין להתייעץ לגבי צוואתו – לפי רוח ההלכה, הנכסים יעברו ליורשים הטבעיים של אדם. כאשר אומר לאדם "רוח חכמים נוחה הימנו" זה מייצג את דעת אלוהים וכך ראוי שינהג. הרשב"ג (רבן שמעון בן גמליאל) אומר שאם בניו של אדם לא נוהגים בדרך לא ראויה.

🡨 תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף צד עמוד ב: "ריקה"- טיפש

הסיטואציה המתוארת- אדם גזל או הלווה ריבית (אסור עפ"י ההלכה)- אדם המלווה ריבית טוען כי מאחר והלווה הסכים זה לא נתפס כאיסור חמור, אך מבחינה הלכתית- ברגע שאדם מלווה בריבית הוא צריך להחזיר את הריבית והגזלה. נניח ואדם רוצה לחזור בתשובה ולתקן את דרכיו- הוא חייב להשיב את הגזלה והריבית לבעל הגזלה או הריבית. הגמרא מספרת סיפור בו אדם מעוניין לחזור בתשובה (לשפר דרכיו), הוא צריך להשיב למי שהוא גזל ממנו את הכל והדרישה הזו מרתיעה אותו- במיוחד כשלא מדובר בגזלה חד פעמית אלא מכך הוא חי כל חייו, הוא לא יוכל לעמוד בכך ולא עשה תשובה. אם באמת אדם רוצה לחזור בתשובה- הדרישה הזו מבחינה הדין מחייבת והנגזל זכאי לקבל חזרה את הגזילה. מדובר על גזלן שגזל מעט מהרבה אנשים, במקרה הזה יכול להיות שהנגזל שכח מזה וזה לא ישנה את מצבו הכלכלי אם יקבל את הגזלה בחזרה. ההנחייה כאן- הגזלן והמלווה בריבית "אין רוח חכמים נוח עמם"- הדין רוצה לעודד לשנות את דרכם ואם זה לא מכביד עליו איך יקל על האחר "רוח חכמים לא נוחה על זה שיעמדו על קוצו של י' ויש להקל. בכך הדין למעשה מכווין התנהגות.

🡨 משנה מסכת שביעית פרק י, משנה ט: 3 מקרים במקור זה-

1. שביעית- שנת שמיטה, מי שבכל זאת מחזיר את החוב למרות שלא היה צריך להחזיר- "רוח חכמים נוחה ממנו"(החכמים מעודדים את החייב להחזיר את החוב למרות שמבחינה פורמלית הוא נמחק)- מחיקת החובות בשביעית היא חלק מסיוע לחלש. מבחינה מהותית- מאחר ומחיקת החובות מהווה קושי במובן בו מלויים חששו להלוות מחשש שמא החוב יימחק- חז"ל פעלו בדרכים שונות כדי לעקוף את דין שביעית.
2. דיני ירושה, מי דורש אדם שנפטר – הילדים שלו. נגיד שגר התגייר ואין לו ילדים "חדשים" אלא רק ילדים ביולוגיים מתקופת היותו אדם לא יהודי. כשהוא מת אין לו יורשים כי אין לו ילדים חדשים (יהודים). זה המקרה היחיד שבו לא יהיו לאדם יורשים – אין אפשרות לעלות בדורות מאחר וברגע שהתגייר הוא התחיל שושלת חדשה. ברגע שאין לו יורשים, הנכסים שלו הופכים להיות **הפקר**. במקרה שלנו מדובר בגר שהלווה לפלוני כסף. הכסף אצל הלווה – יש בעיה להקנות אותו ליורשיו (אם מת). אם אין יורשים אז **הכסף הפקר ולכן הוא של הלווה**. על פי ההלכה – הוא לא חייב להחזיר את הכסף לילדי המלווה הגר כי הם לא יורשיו, אך יש באפשרותו לעשות זאת – בכך **"רוח חכמים נוחה הימנו".** חכמים לא התקינו תקנה מאחר ומדובר במקרה נדיר, אך הם כן מכוונים התנהגות – הדין מצפה מאדם לנהוג לפי רוח חכמים ולהחזיר את החוב.
3. כדי שעסקת מכר תושלם, צריך לעשות מעשה קניין (להרים את החפץ). אם אנשים "סיכמו בדברים" (סיכמו את פרטי המכר) אבל לא עשו עדיין מעשה קניין, עקרונית מבחינה משפטית כל צד יכול לחזור בו. אם באמת היה סיכום של הפרטים והייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים ולצד השני כוונה דומה, נכון שמבחינה פורמאלית חסר מעשה הקניין – **הציפייה מאדם לא לחזור בו**.

**מידת חסידות**

מופנית לשכבת אנשים בחברה שפועלים מעל המידות הרגילות.

🡨 תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף נא עמוד ב: נניח שאדם רכש מטלטלין, מהו הזמן שבו אדם יכול לחזור בו? מהו פרק הזמן הסביר שבו צריך לאפשר לצד הנפגע לחזור בו? המשנה דנה בשאלת פרקי הזמן שניתנים. בענייננו הונאה במטבעות – אדם נתן לאחר מטבע והונה אותו – הצהיר על שווי גבוה מהשווי האמיתי של המטבע. האדם שהונו אותו יכול לטעון טענת הונאה. אז לפי המשנה, עד מתי אפשר להחזיר את המטבע? לטעון טענת הונאה? **בעיר- ניתן ללכת מיד לשולחני (=בנקאי).** **בכפר הזמן יותר ארוך כי שם אין שולחני, הזמן הסביר הוא עד ערב שבת** מאחר ובערב שבת בדר"כ נוסעים לעיר לקנות סחורות, כלומר לא מחייבים אדם שגר בכפר לנסוע במיוחד לעיר. המשנה מוסיפה – נניח שהזמן הסביר הוא 48 שעות, אדם מגיע לאחר 48 שעות, פורמאלית אדם לא חייב לקחת חזרה את המטבע. אך אם אותו אדם מחליט בכל זאת להחזיר את הפער בשווי המטבע – תהיה זו מידת חסידות. על פי הדין, יש פרק זמן מוגבל לטענת הונאה, אך אם אכן מזהה אדם שנפלה טעות והייתה הונאה, להחזיר את הפער של שווי המטבע היא פעולה של מידת חסידות.

🡨 תלמוד בבלי מסכת חולין דף קל עמוד ב: **בהלכה מתנות עניים** – אדם שיש לו תוצרת חקלאית, חלק ממנה ייתן לאנשים שאין להם. לקט (כל 2 שיבולים להשאיר), שכחה (שכח אדם שיבול אחרי שליקט עומרים, לא יחזור לקחת אותו), עומרה (אם קרה ונפלה שיבולת, יש חובה להשאיר אותה לטובת עניים ולא להרים אותה) לקט שכח דעה (יש חובה להשאיר 2% מהשדה לאחר שסיימת לקצור אותו כדי שעניים יוכלו ללקט את אותו חלק), מעשה עני (אדם שיש לו תוצרת חקלאי צריך להפריש תוצרות ומעשרות – הוא צריך להפריש בשנים השישית והשביעית להפריש את המעשר לעניים). **מי מוגדר עני?** לפי המשנה – מי שאין לו 200 זוז. 200 זוז אמורים להספיק לאדם לצרכים מינימליים לשנה. אם לאדם אין 200 זוז, אדם רשאי לאסוף עד 200 זוז במעשרים (אלא אם כן אדם מגיש לו יותר). **בענייננו סיטואציה מיוחדת:** בעל בית נוסע למקום אחר למטרת עסק, אבל העסקה מתעכבת. הוא נמצא בעיר אחרת אבל אין לו שם כסף , הוא "עני זמני" , באותה עת הוא נזקק. אומרת המשנה שכרגע הוא עני ולכן הוא יכול לקחת מעשר עני. **מה קורה כאשר חוזר הביתה?** **האם עליו לתת לעניים?** "ממון שאין לו תובעין" (אי אפשר לתבוע ולדרוש מאדם להחזיר מעשר עני). באותה העת היה מותר לאדם לקחת מעשר עני, עקרונית על פי הדין הוא לא צריך להחזיר את הכסף כי היה מותר לו. יחד עם זאת אומרת הברייתא שמידת חסידות תחזיר את הכסף שלקחת והשתמשת בו – תחזיר. נהנת ממשהו לא היה שלך, אך על פי הדין היה לך מותר וכן אין אפשרות לתבוע אותך כי "ממון שאין לו תובעין", אך במידה ותחזיר – מידת חסידות.

במקרים הללו של "רוח חכמים נוחה הימנו" ו"מידת חסידות", בין הדין לא מעורב בצורה ישירה שלא כמו עשיית הישר והטוב וחובה בדין שמיים, אך הוא כן מכוון התנהגות – באופן עקיף כן עשוי להשפיע על העמדה של בית הדין.

נראה מקרים שבהם "רוח חכמים נוחה" כן משפיע על הדין:

🡨 שו"ת תשב"ץ חלק ג, קצ: בדין ההלכתי, שופט לא יודע כיצד להכריע ולכן מתייעץ עם שופט בבית דין אחר- יש לזכור שבעבר היו מתכתבים באמצעות אגרות. במקרה דנן, שאלה של פוסק – אישה חלתה ורוצה להעביר את נחלתה (=ירושה) אך אין לה ילדים קרובים, אלא קרובים רחוקים שעל פי הדין אמורים לרשת אותה. אך אותה אישה רוצה להוריש את נחלתה לעניים או לבית כנסת. השואל מוסיף נתון נוסף- הקרוב שאמור לרשת את אותה אישה על פי דין, הוא עצמו עני, יש לו בת שצריכה להינשא ובנים. השאלה של השואל היא לא האם האישה יכולה לתת את הנכסים לעניים? האם אם היא מתה יש לכבד את רצונה? אלא שואל **האם דעת רוח חכמים נוחה או לא?** הדילמה של השואל היא – מצד אחד קשה להגיד לאישה שרוצה לתרום את כספה שהיא פועלת שלא כדין, מצד שני, הקרוב שאמור לרשת אותה הוא עני בעצמו, ולמנוע ממנו את הכסף של האישה – למנוע ממנו אמצעים לבתו ובניו. **תשובתו של המשיב-** לפי הגמרא, **אין לשתף פעולה עם דבר שכזה**- לפי דעת רבן שמעון בן גמליאל (תנאים), גם אם בנים נוהגים שלא כשורה, יש להעביר להם נכסים. אפילו כאשר אדם רוצה להעביר את הנכסים ולהעביר אותם ממי ש"ראוי" על פי דין לרשת אותם, אל לו לעשות זאת. עוד אומר המשיב, הבית כנסת זקוק לכסף לתחזוקה השוטפת שלו – הוצאות האחזקה "נופלות" על ציבור בית הכנסת. כאשר אדם מעביר ירושה לבית כנסת, הוא פוטר את אותו ציבור מההוצאות ובדרך עקיפה מורישה לכל אחד מהם כסף – הוא לא כדין. ההסבר של המשיב הוא בעצם אם תוריש האישה את הכסף לבית הכנסת, למטרה נוחה, היא בעצם מורישה אותו לציבור ולא לטובת הבית כנסת ולכן "רוח חכמים לא נוחה". **תשובתו של המשיב היא לא האם על פי דין יש לאפשר את רצונה של האישה אלא האם "רוחה חכמים נוחה".** המשיב ממשיך ב"אוביטר" – גם אם האישה קיימה את רצונה ומתה , אפשר לבטל את מה שעשתה. קשה להגיד שלתת את הכסף לבית הכנסת זו עבירה. גם רבי יהודה הנשיא לא עשה עבירה- פשוט עפ"י רב סדרי העדיפויות שלו לא היו נכונים- להפוך את זה לעבירה עד כדי אי כיבוד מעשי האישה זה מרחיק לכת.

התשב"ץ מרשה לעצמו לבטל את הצוואה.

אם מחלקים את התשובה לשני חלקים- אחרי שנלמד שמה שנעשה עשוי מתקבלת תוצאה אחת, החצי השני- בשביל לקחת אחריות לקחת דבר שעל פניו הוא מרחיק לכת- יש פה תעוזה משפטית של התשב"ץ, אך הוא יכול לעשות זאת בנסיבות האלה להגיע לתוצאה צודקת. הוא יכול להשתמש בכך כדי להגיע לתוצאה שנראית לו נכונה. התשב"ץ טוען כי הוא פסל את המתנה- הוא לא היה עושה זאת ללא הרקע של "רוח חכמים נוחה ממנו"- הוא לא היה מגיע לעניין זה, מאחר וברור כי רוח חכמים אינה נוחה מהתנהגות האישה שממדרת את העני הקרוב- במקרה הספציפי הזה אין פירוש שבית הדין פוסל צוואה- אך זה מנחה איך להתנהג- אם האישה שואלת איך כדאי לנהוג מנחים אותה מתי רוח חכמים נוחה, מכיוון שרוח חכמים אינה נוחה ממקרים כאלה- הוא יכול היה לנהוג בדרך משפטית אשר תאפשר לו לפסול את הצוואה.

השפעה ישירה לרוח חכמים נוחה לא קיימת- נתון לשיקול דעתו של האדם, אך השפעה עקיפה יכולה להתקיים, כפי שהוצג בדוגמה הזו.

**לסיכום**, בעניין עשיית הישר והטוב- באה לידי ביטוי בשלוש רמות:

חכמים כמחוקקים, בית הדין המגיע לעשיית הישר והטוב באמצעות כלים של לפנים משורת הדין וחייב בדין שמיים בדיני נזיקין, ישנה פנייה לאדם הפרטי- ציפייה כי האדם הפרטי ייעשה את הישר והטוב (מקרים בהם ההלכה אמרה ויש מקרים שבהם אפילו לא מצוין אם רוח החכמים נוחה או לא נוחה עם המקרה הספציפי- במקרים כאלה האדם יהיה מושפע מעקרון עשיית הישר והטוב).

**התשובה של התשב"ץ בנושא הצוואה:** באופן ישיר רוח חכמים נוחה ולא נוחה- לא משפיע על בית הדין, אך באופן עקיף זה כן יכול להשפיע על התוצאה של בית הדין.

מי שפרע ומחוסר אמנה

*"מי שפרע"-* מתכתב עם הביטוי של חייב בדיני שמיים- הביטוי מחוסר אמנה- מתקשר לרוח חכמים לא נוחה ממנו. שני הביטוי נאמרים בהקשר ספציפי שעוסק בדיני הקניין.

במסגרת דיני הקניין- כדי שלעסקת מכר בהלכה יהיה תוקף משפטי- יש לעשות מעשה קניין (לא מספיקה גמירות הדעת) אלא צריך שיתלווה לגמירות הדעת מעשה הקניין- כיוצר את גמירות הדעת או כמעיד על גמירות הדעת.

ללא מעשה קניין אין המעשה כפוף להסכם- כל אחד יכול לחזור בו. אפילו אם שולמה התמורה ע"י הקונה למוכר- כל עוד לא עשה מעשה קניין- הצדדים יכולים לחזור בהם, אם הם חוזרים בהם- הכסף ששולם יוחזר חזרה לקונה. נניח שאירע משהו לחפץ (נגנב, נשרף או התקלקל) בין השלב בו סוכם על העסקה לבין השלב בו בוצע מעשה הקניין- כל עוד לא בוצע מעשה הקניין החפץ עדיין שייך למוכר ולכן המוכר יפסיד אם החפץ יתקלקל או ניזוק. ברגע שבוצע מעשה קניין, הבעלות עברה מהמוכר לקונה ואם החפץ ניזוק- מי שיפסיד הוא הקונה (יכול להיות שלקונה תהיה עילה נזיקית כנגד המוכר- כי אם הוא קנה ממנו חפץ, ביצע מעשה קניין- אך החפץ עדיין נשאר אצלו והוא רק מתכוון לקחת אותו בעתיד- הוא שומר עליו, אם הוא התרשל בשמירה- תהיה תביעה נזיקית או חוזית מכוח דיני השומרים).   
אם מתייחסים לפן דיני הקניין- החפץ היה בבעלות הקונה, העניין שהוא נמצא פיזית אצל המוכר לא מורידה ולא מעלה מבחינה קניינית.

מעשה הקניין הופך את העסקה לעסקה משפטית מחייבת, עם זאת, יש משמעות לשלבי טרום מעשי הקניין- העובדה שחלק מהעסקה נעשתה ועדיין מעשה הקניין לא בוצע- אין העברת בעלות פורמלית וכל אחד רשאי לחזור בו אבל זה לא אומר שאין ערך מוסרי למערכת היחסים ביניהם טרם מעשה הקניין.   
מעשה קניין- לא רק בעסקת מכר- למשל- במסגרת קידושין-אשר בהם יש מעשה קניין). יש פה

התחייבות שנוצרת כחלק מהקידושין והיא נעשית באמצעות מעשה הקניין.

בנסיבות בהן התמורה שולמה, מי שיבקש לחזור בו לפני מעשה הקניין יהיה המוכר ולא הקונה (הקונה כבר שילם), ברמה עקרונית- שניהם יכולים לחזור בהם. מבחינה מוסרית- מי שיחזור בו יקבל **"מי שפרע".**🡨 **מסכת בבא מציעא:** "משך הימנו פירות"- משך נחשב כמעשה קניין. אם נעשה מעשה קניין והקונה לא שילם את התמורה למוכר- הבעלות עבר מהמוכר אל הקונה והקונה חייב לשלם את הכסף שהוא התחייב לשלם- זה חוב כספי שרובץ עליו. מבחינת העסקה- היא הושלמה כי היה מעשה קניין.   
אם נתן לו מעות (הקונה שילם את מלוא התמורה למוכר) אך עדיין לא עשה מעשה קניין (משך את הפירות9- הוא יכול לחזור בו- כי עוד אין עסקה משפטית מחייבת.

"מי שפרע את אנשי דור המבול"- העניש. מבחינה משפטית- רשאים הקונה והמוכר לחזור בהם (או אחד מהם)- מאחר ועוד לא היה מעשה קניין- יכול לחזור בו, אך אלוקים יעניש אותו (את מי שלא עומד בדיבורו ומנסה לחזור בו מההסכמה).

אמנם בלי מעשה קניין אין מעשה משפטי מחייב- אך כאן הדרישה היא לגמ"ד- ואם שולמה תמורה מקונה למוכר יש כאן גמירות דעת וכאן החוסר במעשה הקניין לא מעיד על חוסר גמירות הדעת. הצורך במעשה קניין בא להעיד על גמירות הדעת. גם אם שולמה התמורה והיתה גמירות דעת- מכיוון שלא נעשה מעשה קניין, הם יכולים לחזור בהם, אך הם יענשו מכוח אלוקי.

🡨 תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא, דף מח עמוד ב:עד כמה מי שפרע מרחיק לכת (רבא ואביי) האם מי שפרע רק מודיעים לו את זה, הויכוח בין אבייל רבא עד כמה האמירה של מי שפרע- היא מרחיקת לכת, האם בית הדין רק מיידע (אם הוא רוצה לחזור בו הוא יכול אך יכול להיענש) או שבית הדין ממש מקלל אותו (מאחלים שאלוקים יעניש אותם), גם כך וגם כך- זהו לא כלי אכיפה פורמלי (יכול להיות שמי שפרע לא מטריד אותו).

במשפט דתי יהיה לזה משמעות כלפי הציבור וככל שזה ייאמר בצורה חריפה – העוצמה בהתאם, אם ביהמ"ש ממש מקלל ולא רק מודיע- הסיכוי שאחרי שבית הדין קילל את אותו אדם- הסיכוי שהוא יתעקש ויגיד שאף על פי כן הוא חוזר מההסכם-פוחת באופן משמעותי.

🡨 רמב"ם, הלכות מכירה פרק ז:מי ששילם תמורה והבעלות לא עברה (לא היה מעשה קניין)- הרמב"ם פוסק לשיטת רבא (מקללים את החוזר בו בבית הדין), אחרי שאותו אדם שמע את ההפחדות האלה ובכל זאת הוא מתעקש לחזור בו מן ההסכם- אז יחזירו לו את הכסף והעסקה תתבטל.   
🡨 לדעת חבה: בפועל- הדרך שבה בית הדין יאמר את הדברים תהיה מושפעת מן הנסיבות. נניח והקונה מגלה כי יכול היה לקנות את החפץ במחיר יותר טוב ומבקש לחזור בו, ברמה המוסרית- איך מתייחסים לקונה או מוכר שמבקש לחזור בו כשמגלה שהעסקה לא היתה רווחית? התחושה תהיה לא נוחה (נעשתה כבר עסקה, סגרו את הפרטים). לעומת זאת, אם צד מבקש לחזור בו מההסכם מכיוון שהחפץ כבר קיים בביתו-בשל טעות- מבחינה מוסרית- נקל, מכיוון שהאדם מבקש לחזור בו לא מסיבה רווחית. ברמה המוסרית יש הבדל בין שני סוגי המקרים.

אם נניח לא היה מעשה קניין אבל נסגרו הפרטים ואחד הצדדים מבקש לחזור בו- בית הדין יכול לטעון כי "מי שפרע"- במקום שבו ברמה המוסרית בית הדין סבור כי יש פה עוולה מוסרית מצידו של מי שמבקש לחזור בו מההסכמה- יחמיר, אם השיפוט המוסרי כלפי הצד המבקש לחזור בו יהיה שיפוט מוסרי מקל יותר- בית הדין יאמר את הדברים בצורה פחות עוצמתית ואז העסקה באמת תתבטל.   
מי שפרע מזכיר את עניין חייב בדין שמיים.

**"מחוסר אמנה"-** דומה לרוח חכמים נוחה עמנו, בשלב פחות מתקדם של העסקה- מוכר וקונה סיכמו את פרטי העסקה, לא שולמה תמורה ולא נעשה מעשה קניין (במי שפרע כבר שולמה התמורה).   
  
🡨 **הרמב"ם-** כשלא שולמה תמורה ולא נעשה מעשה קניין (שלב מקדים של העסקה)- מי שמבקש לחזור בו בשלב הזה- זה לא כל כך חמור ולכן זה לא "מי שפרע" אך עדיין הוא "מחוסר אמנה" (אדם לא אמין ואולי זה יפריע לו בתחום העסקים) ורוח חכמים אינה נוחה ממנו. אפילו אם לא מדובר בעסקת מכר- זה עדיין תקף- אם הובטחה מתנה ולא מקוימת ההבטחה אותו אדם "מחסר אמנה" כשמדובר במתנה סבירה. כאשר מובטחת מתנה סבירה- על אף שזו מתנה ואין יכולת לאכוף משפטית את קבלתה, זה מחוסר אמנה (רוח חכמים לא נוחה עם מי שמבטיח הבטחות ולא עומד בהן). הציפייה לעמוד בהבטחתך- לא רק בעולם העסקים ולכן זה תקף גם למתנה.

שו"ת שבות יעקב חלק ב, קעח (ר' יעקב ריישר, אשכנז, מאה 18): עוסקת במעשה קניין (צד שמבקש לחזור בו). שאלה- ראובן מוכר כמות גדולה של יין לשמעון בסכום של 100 זהובים. שמעון משלם לו חלק מהתמורה אך משך את היין אליו- יש פה מעשה קניין ועדיין לא שולמה מלוא התמורה (רצה להביא לו את הכסף החסר). המוכר נכנס ויוצא אחר כספו- כלומר, מתנהג באובססיביות- שואל מתי יועבר לו הכסף. לפני שמשלים שמעון את התמורה לראובן- מחיר היין התייקר ב-50% (מחסור ביין, עונה לא מוצלחת וכו'). כעת, רוצה המוכר לחזור בו (ראובן תמורת אותו יין יכול לקבל 1500 זהובים) מתוך כוונה להרוויח מן ההסכם. האם מבחינה משפטית יכול המוכר לחזור בו או שמא לא?

רובד גלוי- האם יש למוכר עילה משפטית לחזור בו, יש פה גם רובד סמוי- הרוב המוסרי- האם ראוי לאפשר בנסיבות הללו לחזור בו או לא ?

העילה המשפטית האפשרית של המוכר המבקש לחזור בו (על פניו- הוא לא יכול לחזור בו כי היא מעשה קניין- הקונה "משך את היין" וכן היין נמצא אצלו)- כאן נכנס העניין שהמוכר "מחזר אחר כספו", הגמרא טוענת שיש נסיבות שבהן למרות שהיה מעשה קניין- הנסיבות מלמדות שלא היתה גמירות דעת. מעשה הקניין הוא אקט פורמלי- אך מה שעומד מאחוריו- גמירות הדעת, אנו רוצים לוודא שהצדדים גמרו בדעתם באמצעות מעשה הקניין (מעשה הקניין יעיד על כך שהצדדים גמרו בדעתם).   
בנסיבות בהן היה מעשה קניין אך הצדדים לא גמרו בדעתם להשלים את העסקה- למשל כאשר המוכר "מחזר אחר כספו" באופן החורג מהדרך המקובלת. לא שהגיע מועד הפירעון והכסף לא שולם- זה מקובל. זה שהוא מחזר אחר כספו אומר שהוא לא בוטח בקונה ולכן לא רצה להעביר את הבעלות.   
מהתנהגות המוכר אנו מסיקים כי הוא לא גמר בדעתו למרות מעשה הקניין, במקום בו המוכר מחזר אחר כספו אנו מניחים שלא היתה גמירות דעת- ואם לא היתה גמירות דעת- יכול המוכר לחזור בו.   
זו הטענה המשפטית של המוכר. השאלה היא אם בנסיבות אלה מקבלים את הטענה.

**נוסף נתון נוסף-** הכלל הוא מעשה קניין= גמירות דעת, אם המוכר מחזר אחר כספו זה אומר שלא היתה גמירת דעת. עם זאת, לא כל פעם שהמוכר מחזר אחר כספו- מעיד על חוסר גמירות הדעת, אנו צריכים לבחון למה המוכר מחזר אחר כספו- יכול להיות שמדובר בכך שהוא לא בוטח בו ולא העביר את הבעלות כי לא היה בטוח שישלם, ישנם מקרים בהם המוכר מעוניין למכור והוא העביר את הבעלות לקונה, הוא מחזר אחר כספו לא עקב היעדר גמירות דעת אלא כי הוא מפחד שהקונה יתחרט או יעשה לו בעיות (עפ"י הגמרא)- זה במקרה בו הוא מוכר "שדה שאינה פוריה" סחורה גרועה- נניח והקונה לא שילם את כל הכסף, המוכר מפחד שהקונה יעשה צרות, ניתן להתמודד איתו בבית הדין, אך אין לו עניין בכך. אם הכסף אצל המוכר ביד- הסיכוי שהקונה יעשה בעיות נמוך.

במקרה כזה- העובד שהמוכר מחזר אחר כספו לא מלמדת על חוסר גמירות דעת, אלא על פחד בה הקונה ינסה להתחרט. לא כל פעם שמוכר מחזר אחר כספו מלמד על חוסר גמ"ד (רק כשמדובר בסחורה טובה), אבל חיזור אחר כסף במכירת סחורה גרועה- לא מלמד על חוסר גמ"דץ (שדהו מפני רעתה)

ראובן מוכר לשמעון יין- על פניו מדובר בסחורה טובה. אם זו לא סחורה גרועה- הוא יכול לחזור בו בטענה כי לא היתה גמירות דעת. נתייחס אל ראובן כמוכר סחורה גרועה (מניחים שהיתה גמירות דעת)- ולכן החיזור אחר הכסף לא מלמד על חוסר גמירות דעת.

🡨 מסכת פסחים:אומר רב לבנו- הוא טורח בו בלימוד והדבר לא עוזר (כנראה יכולת הקליטה וההבנה לא מאוד טובה)- בסופו של דבר הוא יצטרך לחיות ולכן הוא מלמד אותו להיות סוחר. כל דבר שאתה אומר ואח"כ רוצה לבטל את העסקה- עלייו לשמוח שמכר את היין- שהרי היין עלול להחמיץ (לפעמים היו מוכרים את היין בתהליך התסיסה שלו). יין זו סחורה מסוכנת ולכן יש להתפטר ממנה מהר.   
🡨 מהגמרא ניתן ללמוד שמתייחסים ליין לסחורה גרועה ולכן במקרה שלנו- הסיבה לפיה המוכר חיזר אחר כספו- עקב כך שהוא מכר סחורה גרועה (לא כי הוא מכר סחורה גרועה אלא כי יין מוגדר כסחורה גרועה)- לכן הקונה לא יכול לחזור בו. המשיב חוסם לראובן את הדרך ואומר כי הוא לא יכול לחזור בו- אין לו עילה משפטית כי מניחים שהוא

גמר בדעתו למכור.

המשיב עצמו לא מרגיש בנוח כיוון שיש כאן הגדרה מרחיקת לכת- כל יין היא סחורה גרועה? זו אמירה קיצונית ואין לכך מקור שהוא מעבר לסיפור הזה.. הוא שואל בהמשך שאלה- **איך אפשר להסיק מסקנה הלכתית מדברי אגדה?** ניתן ללמוד מכך כי כאן האגדה לא סותרת את ההלכה אלא משלימה אותה ולכן ניתן להסתמך עליה ולהגיע למסקנה הלכתית שראובן לא יכול לחזור בו.

אם מתייחסים לרובד הסמוי- המשיב רואה בפניו מוכר לא הוגן- המוכר היה שלם עם מכירתו, נתן את הסחורה לקונה והקונה שילם לו חלק מהתמורה והיה אמור לשלם לו את התמורה בהמשך. המוכר מבקש לחזור בו מכיוון שהמחיר התייקר והוא רוצה להרוויח והמשיב רואה בזה מעשה לא הגון מבחינה מוסרית ורוצה לחסום אותו- לא מספיק כי הוא יטען כי אותו אדם לא מוסרי- הוא מנסה למצוא צורה משפטית שתמנע מהמוכר לחזור בו (וזה קורה ע"י הגדרת היין כסחורה גרועה- לא בטוח שהכוונה היא כללית וצריך תמיד להתייחס ליין כסחורה גרועה). אלו הכלים העומדים לרשותם בעת ניתוח- אך יש לדון כל מקרה לגופו.

רוח חכמים לא נוחה ממי שחוזר בו מדיבורו- המשיב חושב כי ההתנהגות של המוכר מבחינה מוסרית היא קלוקלת והוא מסוגל לבנות מבנה משפטי אשר יאפשר לו לחסום את הדרך בפני המוכר גם ברמה המשפטית, החסימה המשפטית נשענת על הרקע של הבעיה המוסרית שיש בהתנהגות.

**המבחן כולל שני חלקים- החלק הראשון בחומר מהספר של אלון (20-25%)- תהיה שאלת בחירה- 3 מתוך 4 וכו'. יש לכתוב את מה שיודעים.**

**חלק שני- נלמדו במהלך הסמסטר. 3 סוגים של שאלות: ארועון המתאר עובדות שיש לנתח לאור**

**החומר ההלכתי, סוג אחר- ציטוט מתוך מדרש ושאלות עליו.**

הספר של מנחם אלון

**ייחודיותו של המשפט העברי**

1. משפט חי ונוהג למעשה – מתנהג מאז התפתחותו בתקופת התלמוד ועד היום באותו קו ולאורם של אותם כללים. הוא עדיין רלוונטי גם כיום.
2. משפט מתפתח
3. משפט דתי ולאומי שחובר על ידי לאום אחד שלא כמו המשפט הקתולי והמוסלמי שחובר על ידי בני לאומים שונים.

**משפט עברי בגולה**

1. משפט אזרחי
2. משפט פלילי – לפעמים, לרוב מוכרע במשפט "זר" שגם בתי המשפט בישראל נחשבים חלק מהם.
3. משפט ציבורי – ברמת הקהילה היהודית – מסורת עתיקת שנים בעלת רצף. ברמת הקהילה הייתה אפשרות לקהילה לקבוע תקנות לציבור.

חוק הבוררות מכיר באנשים שרוצים להכריע בסוגיה מסוימת שיבחרו לעצמם בורר. עוד בספר של מנחם אלון. לפי החוק הישן, יכלו לכפות על אנשים להגיע לבוררות בבית הדין הדתי.

**הפנייה לערכאות הגויים**

נוצרה עקב סירוב מתדיינים חזקים לבוא בפני בית דין של ישראל או לקיים את פסק דינו.

פתרון: ר' פלטוי גאון- אם אדם מסרב לבוא לדין לפני דייני ישראל, מותר להביאו לפני דייני עכו"ם (=עובדי כוכבים).

הרמב"ן- (300 שנה מאוחר יותר) חולק על פתרון זה וקבע כי רק הוצל"פ (=הוצאה לפועל-יש בידך פסק דין של דייני ישראל, הגויים יאכפו אותו) מותרת ע"י העכו"ם ולא ההתדיינות עצמה.

פתרון נוסף: כאשר שהצדדים הסכימו להתדיין בפני ערכאות גויים (רשב"א ור"ת), הש"ך כתב שההסכמה תקיפה על שופט גוי מסוים ולא על "ערכאות" ככלל.

היתר נוסף: כאשר יש לשלטון הנאה מהמשפט מותר להתדיין לפני גויים מכוח "דינא דמלכותא דינא" (הרמ"א ועוד).

**מוסדות חלופיים לערכאות של גויים**

1. בוררות – העדיפו שופטים לא מקצועיים אך יהודים על מנת שלא יפנו לערכאות של גויים. בוררויות הם בתי דין לא קבועים בניגוד לבתי דין של הדיוטות.
2. בתי דין של הדיוטות – 2 סוגים קיימים:
3. לא "סמוכים" – יודעים את ההלכה אך אין בידם הסמכה.
4. לא יודעים את הדין – דנים לפי רעיונות של נימוסין, אין להם מחויבות לדין אלא לצדק ויושר והם לא יודעים את ההלכה.

הסמכות היא במשפט אזרחי בלבד, והיא חלק ממגמה שמטרתה מניעה מן האנשים לפנות לערכאות של הגויים, הפתרון הוא "הרחבת השורות" של בתי הדין.

הרשב"א הרחיב את הסמכות כך שתכלול גם משפט פלילי, אם כי דרש זהירות מוגברת יותר מבתי הדין של ההדיוטות בכל הנוגע למשפט פלילי. הרא"ש כתב שדווקא העניינים הפלילים מקובל היה למוסרתם להדיוטות שידונו על פי מנהגם.

\*\* כיום אין סמיכה ולכן כל בתי הדין הרבניים הקיימים הם בתי דין של הדיוטות. סמיכה= "איש מפי איש" הסמיך אותו לדון, כלומר, שופט מוסמך הוא אדם שהוסמך על ידי שופט קודם בעל סמיכה.

**ביקורת על בתי הדין של הדיוטות**

הביקורת על בתי הדין של הדיוטות נבעה מכך שלאורך הזמן נוצרה מציאות שבה גם במקומות שבהם היו דיינים ראויים, המשיכו בתי הדין למנות את המקורבים וההדיוטות.

**המשפט העברי לפי תקופות** (על פי מנחם אלון)

שתי התקופות הכלליות:

1. **עד חתימת התלמוד** – התקופה של המקורות, מה שמחייב ולא ניתן לחלוק עליו.
2. **מאחורי תקופת התלמוד ועד ימינו** – מקורות לא מחייבים, ניתן לחלוק.

הסיבה לחלוקה היא כי עד התלמוד כל דברי המשפט העברי הם המקורות (התורה נחשבת לחוקה) שעליהן מתבססת ההלכה ואין לערער על המקורות האלה.

**תקופות המשנה של התקופה הראשונה**

1. המקרא עד ימי עזרא ונחמיה – חוזרים מהגלות ובונים את בית המקדש השני
2. מעזרא ונחמיה עד תקופת הזוגות – תקופת הסופרים
3. תקופת הזוגות – למעשה תנאים, 2 אנשים: 1 נשיא, 1 בית הדין (מתחילה ב160 לפנה"ס)
4. תקופת התנאים – סביב חורבן בית (סביב שנת 70 לספירה)
5. תקופת האמוראים (סביב שנת 220 לספירה)
6. תקופת הסבוראים – חתימת התלמוד (סוף המאה החמישית עד סוף השישית)

\*במבחן שואלים בדר"כ – לסדר את התקופות לפי הסדר

**תקופת משנה של התקופה הכללית השנייה**

1. גאונים (עד 1040)
2. מכאן מתחילה התקופה הרבנית.
3. הראשונים (עד המאה ה-16)
4. האחרונים (עד סוף המאה ה-18)
5. תקופת אבדן האוטונומיה הרבנית.
6. עד ההתעוררות הרבנית.
7. עד ההתעוררות הלאומית.
8. עד הקמת המדינה.
9. מקום המדינה ועד ימינו.

**משפט המלך**

משפט שלא כפוף לכללים של התורה אלא מטרתו לעשות סדר- התורה לא באה לטפל באנשים שנוהגים שלא בדרך הישר, כמו למשל בסוגיית גנב/גזלן, התורה לא מתמודדת עמה. משפט המלך בא לטפל במקרים אלו שבהם התורה לא מטפלת כמערכת משפט מסודרת שעניינה לעשות סדר. בנוסף, נועד לעסוק בדברים שעוסקים בציבור כמו למשל מיסים.

1. משפט וצר שלא נבע באופן ישיר מחכמי ההלכה.
2. המשפט שמגדיר את הסמכות של האומה בשאלת הנהגת הכלל.

\*\*תקף גם למנהיגים בארץ וגם לראשי הגולה בחו"ל.

**הגדרת המשפט העברי** לפי מנחם אלון

*"אותו חלק של ההלכה, שמקובל לכללו היום במערכות משפטיות אחריות".*

למרות זאת, ישנם דברים המשותפים לחלק של המשפט העברי ושאר "ההלכה היהודית".

1. חשיבה ומונחים משותפים.
2. עקרונות משפטיים משותפים – שליחות
3. תלות של הוראות דתיות בהוראות משפטיות (ביכורים)
4. פיקציות משפטיות משותפות (בור וחמץ)
5. פעולות גומלין בין חלקי ההלכה השונים (חיוב האב במזונות ילדיו מדין צדקה, פריעת בעל חוב מצווה- כפייה לקיים מצוות, נדבר ושבועה בהתחייבות עסקית, פסק דין של גירושין במשפט הישראלי).

**מדרש התורה**

1. מדרש יוצר – מדרש שדרישתו יוצרת את ההלכה הנדרשת ממנו (זקן ממרא-אדם שחולק על הסנהדרין אחרי שמורה, התייעצות דיינים במשפט)

\*\*במבחן שאלה שמבקשת דוגמה למשפט יוצר.

פרשנות שונה של הלכות המופיעות במדרש יוצרת הלכות אחרות (גירושין, מתי יגרש אדם את אשתו).

1. מדרש מקיים/אסמכתא – מדרש שדרישתו היא רק דרך לזכור הלכה שהייתה ידועה עוד קודם המדרש ("סימנים", "מעות קונות", "מיטב", "לא יומתו אבות על בנים").

**מדרשי הלכה**

מקורם בשני בתי מדרש עיקריים, בית המדרש של ר' עקיבא ובית המדרש של ר' ישמעאל.

נוצרו מהסיבות הבאות:

* נוצרו הלכות רבות על ידי מדרש התורה והן נלמדו בסמיכות לפיסוק שממנו נוצרו.
* הזיכרון של ההלכות נוח יותר באמצעות הצמדת ההלכה לפסוק.

**בתי המדרש ומדרשי ההלכה שלהם**

ר' ישמעאל

* מכילתא דרבי ישמעאל לספר שמות.
* ספרי- על ספר במדבר.
* ברייתא- דרבי ישמעאל (שלוש עשרה מידות).

ר' עקיבא

* מכילתא דרבי שמעון בר יוחאי לספר שמות.
* ספרא (תורת כוהנים) – ויקרא
* ספרי זוטא- במדבר
* ספרי- ספר דברים

תרגול עם מתרגל – 7.1.2017

**המשנה**

בשונה ממדרשי ההלכה, המשנה אינה מקושרת לפסוק בתורה בדרך כלל והיא מביאה את ההלכות באופן מופשט. בנוסף, המשנה מסודרת לפי נושאים ועניינים ולא לפי סדר הפסוקים.

הסיבות לכתיבת המשנה מתחלקות לשתיים. האחת, עקב ריבוי הלכות מפסוקים המצויים במקומות שונים בתורה, היה צורך בכינוס כל המקורות למקום אחד. השנייה, ריבוי ההלכות ניתק כבר את היכולת להסמיך כל אחת לפסוק ולכן הוחלט להציגם כקובץ של הלכות.

המשנה נכתבה על ידי רבי והושלמה על ידי תלמידיו בדור שאחריו.

**חלוקת המשנה ואופייה הקודיפיקטיבי**

**להשלים**

 אלון בספרו אומר שהמשנה הוא כן קודקס, לא כמו סעיפי החוק שלנו. המשנה הוא קודקס קזואיסטי, הוא מספר סיפור שלפיו נגזר החוק.

**ניסוחה של המשנה**

המשנה מנוסחת כקודקס – ספר חוקים. ניסוחה של המשנה קצר ובהיר. המשנה מנוסחת לרוב באופן קזואיסטי, כלומר, מביאה את ההלכות מתוך מקרים רבים ומפורטים של דוגמאות ולא קובעת את ההלכה כעיקרון מופשט.

לעיתים מנוסחת בנוסח קזואיסטי, מוצג מקרה בלבד שממנו נגזר חוק- משנה מסכת בבא בתרא פרק ב משנה א: "לא יחפור אדם בור סמוך לבורו של חבירו ולא שיח ולא מערה ולא אמת המים ולא נברכו כובסין אלא אם כן הרחיק מכותל חיבור שלשה טפחים וסד בסיד..."

במקום להגיד – אל תחפור, ואל תעשה דברים שעלול להזיק למבנה של חבר שלך – הניסוח הוא בצורת דוגמה שממנה אמור הקורא להסיק איזשהו עיקרון.

לעיתים מנוסחת במשנה במבנה קזואיסטי נורמטיבי – יש גם סיפור על החוק, והוא גם מוצג כפי שהוא-

משנה מסכת בבא פרק א משנה ו: "אין חולקין את החצר עד שיבהא ארבע אמות לזה וארבע אמות לזה ולא את השדה.... כל שיחלק ושמו עליו חולקין ואם לאו אין חולקין אימתי בזמן שאין שניהם רוצים בזמן ששניהם רוצים אפילו בפחות מכאן יחלוקו וכתבי הקודש אף על פי ששניהם רוצים לא יחלוקו".

לעיתים מנוסחת בנוסח נורמטיבי טהור, כלומר, החוק מובא לכשעצמו- משנה מסכת בבא קמא פרק א משנה ב: "כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו הכשרתי במקצת נזקו חבתי בתשלומין כהכשר כל נזקו נכסים שאין בהן מעילה...".

**התלמוד והאמוראים** **להשלים**

1. התלמוד הבבלי והירושלמי נקראים גם גמרא.
2. התלמ

**פועלם של האמוראים**

1. פירוש המשנה
2. דרישת הלכות חדשות מתוך המשנה – מלמדים הלכות חדשות.
3. קיבעת כללי פסיקה בין התנאים.
4. שאלות ותשובות בתוך התלמוד.
5. ריכוז ההלכות שבתוספתות והברייתות – הלכות שלא נכנסו למשנה, האמוראים רבי יחיא ורבי הושעיה מרכזים אותם, את המסורת וההלכה שלא נכנסה למשנה עצמה.
6. יצירת מושגים מופשטים – "אין ברירה" (=אין בחירה), "אסמכתא", "ההזמנה מילתא" (=האם הכנה של משהו נחשבת כאילו השתמשתי בו? לדוגמה אם לאדם יש שקית שבה הוא שם את התפילין, אסור לשים בזה מטבעות כסף, שימוש חולין, מה קורה אם השתמשתי בשקית עם מטבעות אך תכננתי להשתמש בה לתפילין, זו הזמנה, השאלה היא האם נחשב כאילו השתמשתי בתפילין או לא?).
7. תקנות ומנהגים – מחוקקים וקובעים תקנות שמתייחסים למנהגים מסוימים כמנהגים מחייבים, דבר שהמשנה פחות עושה.

**הבדלים בין התלמוד הבבלי לירושלים**

1. מו"מ ארוך לעומת קצר.
2. טיב העריכה – קשה להבין מה הירושלמי אומר כי אין פסיק ונקודה.
3. עיסוק במסכתות של מצוות התלויות בארץ – בירושלמי יש יותר מסכתות.

**סבוראים**

תקופה שהחלה בסוף תקופת האמוראים ונמשכה בין 50 ל150 שנה. דבריהם של הסבוראים, שעניינם העיקרי היה להכריע בין דעות המובאות בתלמוד, נכנסו לתלמוד בחלקם.

**פירושים של התלמוד בתקופת הגאונים**

1. תשובות הגאונים – התייחסות לגמרא אגב שאלות ותשובות.
2. רבנו חננאל – פירוש הסוגיה בתמצית.
3. ר' גרשום מאור הגולה.
4. רש"י (אחרי התקופה) – פירוש קצר וקולע לסוגיות.

**ספרות החידושים של הראשונים לתלמוד הבבלי**

1. בעלי התוספות – שיטת פרשנות שמביטה על התלמוד באופן קולקטיבי ופחות על הסוגיה הנקודתית, הסגנון הוא כמו המשך של התלמוד עצמו, הפירוש נוצר מתוך מו"מ מתוך בתי המדרש של בעלי התוספות שהיו מורכבים מאנשים רבים (בניגוד לרש"י). לעיתים בתוך דברי בעלי התוספות מצויים שאלות ותשובות "הלכה למעשה".
2. החידושים הספרדיים: הר"י מיגש, ראב"ד, הרמ"ה, רמב"ן, רשב"א, ריטב"א, הר"ן, המאירי, שטמ"ק.

**ספרות החידושים שהאחרונים לתלמוד הבבלי**

מהרש"א (מורנו הרב שלמה איידלס) – חידושי הלכות וחידושי אגדות – נקודתי יותר

"פני יהושע" – דן בדברים ממבט רחב יותר מאשר המהרש"א.

**ספרות הפוסקים**

1. ספרי ההלכות – שותי"ם/רי"ף. – כל מה שלא ספר פסקים, כלומר, ספרים שבהם רואים את מקורות ההלכה וכיצד הגיעו לאותה מסקנה, רואים את הרקע לפסיקה.
2. ספרי פסקים – משנה תורה לרמב"ם – מנוסח בצורה נורמטיבית, פשוטה וקלה. ההלכה כתובה בצורה תמציתית בלי לדון במקורות.
3. ספרים שהמשלבים את ההלכות והפסקים בית יוסף ושולחן ערוך – רבי יוסף קרו כתב ספר שמשלב גם את הדרך וגם את החוק עצמו.

\*\*בין הסוגים קיים שוני לשוני, כלומר בספר הפסקים ישנה רק המסקנה וכן שוני מבני, שכן לרוב ספר הפסקים מסודר לפי סדר הנושאים וההלכות מורכב מהשאלות שנשאלו ללא ספר לימודי מסוים.

**מהותה של הקודיפיקציה במשפט העברי**

המשפט העברי שונה משיטות אחרות, שכן מבחינה מהותית אין הכוונה כי הקודקס עוקר כל מה שהיה לפניו, אלא הוא מהווה סיכום והכרעה הבנוי על טקסטים קודמים (קומפילציה), יחד עם זאת, מבחינה נורמטיבית, החיבור ההלכתי החדש אחרי שהכריע יכול להיחשב לקודקס לעניין זה שהוא המכריע ולא אלה שקדמו לו.

**הרי"ף – ספר ההלכות של הרי"ף**

1. דומה בסגנונו לספר "הלכות גדולות" לר' יצחק קירא.
2. עוסק במסכתות הנוגעות לזמנו (ללא רוב סדרי קדשים טהרות וזרעים). ביחס להלכות הנוהגות מסדר קדשים וטהרות חיבר את "הלכות קטנות".
3. מבנה הספר דומה מאוד לתלמוד עצמו.
4. מביא דברי אגדה שיש מהם מסקנות הלכתיות.

**הרמב"ם**

מאפייני המשנה תורה – 14 כרכים של נושאים שונים.

1. ריכוז החמור מהתורה עד ימיו. + הכרעה בין נסחים שונים.
2. בירור וסידור לפי עניינים.
3. הלכה אחידה סתמית וסופית (ללא ציון מקור ודעות חולקות).
4. סגנון בהיר.
5. ניסוח קזואיסטי נורמטיבי.

\*\*\*הרמב"ם כתב גם את פירוש המשנה, מורה נבוכים, ספר המצוות וספר שאלות ותשובות.

**השגות על דרכו הקודיפיקטיבית של הרמב"ם**

1. מכתבים ששלח המרב"ם לאנשים שהתכתב עימם (רבי פנחס הדיין ורבי יהודה אבן עקנין) ובהם מופיעה הביקרות שספג הרמב"ם.
2. השגות הראב"ד ומחלוקתו העקרונית עם הרמב"ם ששינה מדרך המחברים שהיו לפניו.
3. התנגדותו של הרא"ש לפסיקה מתוך הרמב"ם מבלי ללמוד את דברי התלמוד.

**הטור**

1. החזרת ההכרעה להלכה, משנה ברורה והלכה פסוקה.
2. שמירה על רציפות ההלכה (הבאת הדעות השונות).
3. הכרעה בבסיס על פי הרי"ף וכאשר פוסקים אחרים כמו הרמב"ם חלקו על דעתו, הביא דעות נוספות והכריע על פי אביו הרא"ש.
4. החיבור של הטור הוא תרכובת של ספר הלכה עם ספר פסקים, כלומר הבאת ההלכה הסתמית ולאחריה, ישנה הבאה של הדעות השונות והפרשנויות השונים של הראשונים.
5. מחולק ל4 טורים (חלקים) או"ח, יו"ד, אבהע"ז, וחו"מ.
6. בשונה מהרמב"ם פתח עם הלכות הדיינים בעוד אצל הרמב"ם ביד החזקה הם מצויים בסוף החיבור.

**השולחן ערוך (ספר פסקים) והבית יוסף (ספר הלכות)**

נכתב עקב פגעי הגלות וסכנת הפיכת התורה ל"שתי תורות".

הבית יוסף ספר הלכות והשולחן ערוך ספר פסקים. בדומה לעצה שנתן רבי פנחס הדיין לרמב"ם, לכתוב ספר הלכות שממנו נובע ספר הפסקים.

הבית יוסף הוסמך לטור – בית יוסף הוא ספר שנכתב על הטור – הוא כתב על הטור את הפרשנות שלו.

הכרעה על פי רוב בין הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש. היכן שאין רוב כי חלקם או כולם לא הביעו את עמדתם, יפנו לפוסקים הראשונים האחרים.

**הרמ"א**

חיבר אץ הדרכי משה (מקבילה לבית יוסף) ו"המפה" על השולחן ערוך וכן את הספר תורת חטאת (ספר פסקי על דיני איסור והיתר).

הרמ"א כתב את המפה בסגנון דומה לשולחן ערוך, למרות שלכתחילה לא רצה לכתוב ספר כה מקוצר.

המפה הפכה את השולחן ערוך לספר מקובל בכל תפוצות ישראל.

הסיבות לחיבור של ה"דרכי משה" למרות קיומו של "בית יוסף":

1. קיצור הבאת הדעות.
2. להביא דברים שהבית יוסף לא הכיר מתורת חכמי אשכנז.
3. אופן ההכרעה של בין הבית יוסף הוא לפי שלושת עמודי ההוראה, הרמ"א אומר כי הכלל שצריך להיות הוא הכרעה לפי "הלכתא כבתראי" (למעשה הכריע הרמ"א כפי דעתו).

**נושאי הכלים של השולחן ערוך**

נו"כ שכתבו על השולחן ערוך, בדומה לרמ"א כרמו להתקבלותו הרחבה של השולחן ערוך.

בין נושאי הכלים ניתן לציין את ה"שך, הסמ"ע, המגן אברהם והט"ז.

גם פוסקים נוספים ומאוחרים יותר גרמו להתקבלותם של דברי השו"ע (חוות יאיר).

**ספרות השו"ת (השאלות התשובות)**

חלה בימי הגאונים, נערכה על ידי כל בני הישיבה ולא רק בידי הגאון שהשיב את התשובה.

עסקה בכל תחומי ההלכה, המשפט והמחשבה.

החלפות שמות השואלים בשמות בדויים.

בתקופת הראשונים ישנו מעבר במהלך התקופה מתשובות קצרות יותר בסגנונם של הגאונים לתשובות ארוכות יותר, ומרכזי ההלכה הם רבים יותר (אין מרכז אחד בבבל).

**השואלים**

בדרך כלל, ליותר מחכם אחד.

שאלות של חכמי הלכה ששאלו שאלות שהגיעו אליהם מקהילתם.

שאלות שהופנו מבתי המשפט האזרחיים.

תשובות ללא שאלות – הוראות לציבור.

**כללים בתשובות**

עונים רק לדיין כאשר שני הצדדים נוכחים, **מדוע?**

* כדי שלא להיות עורכי דין של אחד הצדדים.
* כדי לא לטעות בעובדות.
* לא לגרום לבעל דין להסתמך על קים לי שלא במקום (השפעה בלתי הוגנת על בית הדין באמצעות סוג של "פורום שופינג").

**מבנה צורה וסגנון של השאלות והתשובות**

עברית עם שילוב ארמית בסגנון תלמודי. התשובות בעברית שימרו את השפה, תשובות שנכתבו בשפות אחרות, בעיקר ערבית, השתכחו בחלקן הניכר כאשר עברו היהודים למקומות שבהם לא דיברו ערבית.

התשובות הועברו ליעדן על ידי שליחים, מסיבה זו, לעיתים המענה לקח זמן רב.

שמות בדויים ומקומות בדויים לעיתים.

שאלות בדויות (תרומת הדש"ן).

**המשפט העברי במדינת ישראל**

חוק יסודות המשפט. מחליף את סעיף 46 לדבר המלך ומועצתו.

עקרונות המשפט העברי כחלק מהמשפט הפוזיטיבי הישראלי.

הענקת משמעות לעקרונות מגילת העצמאות אגב קבלתו של חוק יסודות המשפט ובתוכו עקרונות המורשת היהודית והישראלית ("מדינת ישראל תהיה מושתת על יסודות החירות הצד והשלום לאור חזונם של נביאי ישראל").

לדעת אלון לאקונה היא לא רק חסר מלא בחוק אלא גם פרשנות של מושג קיים תיעשה על ידי שימוש בחוק יסודות המשפט, זאת לאור הביטוי "שאלה משפטית הטעונה הכרעה".

מורשת ישראל = המשפט העברי.